



Ziane Achour University of Djelfa
faculty of law and political sciences
Department Of Law



The legal system for missing between general rules and exceptional laws in Algerian legislation -comparative study-

Thesis submitted in fulfilment of the requirements
for the degree of doctor phase three in law
Specialty: Contracts and personal laws

Submitted by :

Elhoucine BenElbar

Supervised by:

Houcine Ali Moussa

Board of Examiners:

Name and surname	Scientific level	Scientific level	Affiliation
Assaad Elmahacene Lahrech	Professor	President	University of Djelfa
Houcine Ali Moussa	Professor	Supervisor and decision maker	University of Djelfa
Djamel Abdelkarime	Lecturer professor-A	Examiner	University of Djelfa
Sahra Daoudi	Lecturer professor-A	Examiner	University of Djelfa
Ahmed Zaidi	Lecturer professor-A	Examiner	University of M'sila
Elarabi Madjidi	Lecturer professor-A	Examiner	University of M'sila

Academic year :2020/2021



جامعة زيان عاشور - الجلفة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



النظام القانوني للمفقود بين القواعد العامة والقوانين الاستثنائية في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق
تخصص العقود و الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:

علي موسى حسين

إعداد الطالب:

بن البار الحسين

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	جامعة الانتساب	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الجلفة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ لحرش أسعد المحاسن
مشرفا ومقررا	جامعة الجلفة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ علي موسى حسين
ممتحنا	جامعة الجلفة	أستاذ محاضر أ	د/ عبد الكريم جمال
ممتحنا	جامعة الجلفة	أستاذة محاضرة أ	د/ داودي صحراء
ممتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ محاضر أ	د / الزايد أحمد
ممتحنا	جامعة المسيلة	أستاذ محاضر أ	د/ مجيدي العربي

السنة الجامعية : 2020-2021



الإهداء

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ، الحمد لله الذي منحني

الصحة و القوة لإتمام هذا العمل العلمي.

أهدي هذا النتاج العلمي بعد العناء والمثابرة :

إلى أمي و أبي العزيزين

إلى أخواني: ... مختار ، نورالدين ...

إلى أخواتي:....فاطنة، سالمة، مسعودة، حورية، نعيمة، وأمينة.

.....إلى كل طالب علم.

شكر وتقدير

الحمد لله على حسن توفيقه لي لإتمام هذا العمل.

خالص شكري وتقديري لأستاذي المشرف الدكتور: علي موسى حسين ؛ على صبره ودعمه وتشجيعه الدائم لي، حيث أمدني بتوجيهاته القيمة ولم يبخل علي بجهده ومعلوماته التي ساهمت في إثراء هذا البحث.....شكرا لك أستاذي....

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة،

فشكرا لهم على سهرهم وإبداء كل الملاحظات الضرورية.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل أساتذة لجنة التكوين كل بإسمه

وإلى رئيس لجنة التكوين البروفيسور: الأحرش أسعد المحاسن .

كما أشكر لرفيقي في مشوار الدكتوراه الأستاذ لوعيل قويدر على كل ما قدمه لي

كما أتقدم بشكري إلى كل أساتذة وموظفي كلية الحقوق التي احتضنتنا طيلة مشوارنا

الدراسي وعلى رأسهم عميد الكلية ورئيس قسم الحقوقكل بإسمه...

كما أشكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إعداد هذا العمل...شكرا لكم...

قائمة المختصرات

الطبعة	ط
دون طبعة	د ط
دون سنة نشر	د س
صفحة	ص
الجزء	ج

مقدمة

مقدمة

بسم الله الكريم، والحمد لله رب العالمين ، وبفضله نمضي حتى نبليغ اليقين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

تعد ظاهرة الأشخاص المفقودين، ظاهرة قديمة قدم وجود الإنسان، وقد ساهمت في وجودها عدة أسباب اختلفت باختلاف الأماكن والأزمنة، فهي ظاهرة تمس شريحة من الناس، ممن يغادرون أوطانهم إما طواعية بقصد السياحة أو طلب العلم أو العمل والتجارة، فيحدث أحيانا فقدان الأشخاص بسببها، أو بسبب ترحيل الأشخاص قسراً نتيجة للنزاعات المسلحة، إلى جانب ما يحدث في مختلف الأقطار من انتشار للنزاعات والفتن الداخلية، إضافة إلى ما تخلفه الكوارث الطبيعية كالفيضانات والزلازل، وهي ظروف غير عادية، كثيرا ما تتسبب في تسجيل عدد معتبر من الأشخاص المفقودين، وغيرها من الأسباب التي قد تؤدي إلى طول غيبة الشخص وانقطاع أخباره وعدم التأكد من موته أو حياته، وقد ينتج عن ذلك ضرر للغير، أو ضرر بمال المفقود ذاته أو ويزوجه وذويه.

وقد ساهم تقدم وتطور وسائل النقل والمواصلات في التنقل بين البلدان و سهل الإتصال بالأهل والأوطان، ومع ذلك فقد أدى إلى ظهور أسباب جديدة لقيام مشكلة الأشخاص المفقودين، فكثيرا ما نسمع عن غرق سفينة أو تحطم طائرة، دون العثور على جميع جثث الضحايا، إضافة إلى ما يشهده وقتنا الحالي من تنامي كبير لظاهرة الهجرة غير الشرعية من بلدان إلى أخرى.

إن استمرار غياب الشخص وعدم ظهوره، مهما كان سبب الفقدان، سيؤدي إلى عدم استقرار مركزه القانوني، والسبب راجع إلى كونه لا يعرف على وجه اليقين إن كان حيا فتستمر شخصيته القانونية، أم أنه ميت فيتم إنهاؤها، إلى جانب ما يسببه غيابه من ضرر لزوجته وذويه أو حتى على ماله، وكذا الغير الذي تعامل معه المفقود قبل فقده، لذلك كان من غير المعقول أن تستمر شخصيته القانونية قائمة إلى وقت غير محدد، خاصة إذا طال

غيابه وازدادت الشكوك حول وفاته دون أن يعثر عليه، كما أنه ليس من المصلحة أن يترك أمره معلقا دون بيان مصير أمواله أو المركز القانوني لزوجته، وبالتالي كان من اللازم إنهاء شخصيته القانونية عن طريق الموت الحكمي خلافا للأصل في انتهائها.

ولقد حددت المادة 25 من القانون المدني الجزائري، بداية الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، ونهايتها بالوفاة، والتي قد تكون وفاة طبيعية، أو قد تكون وفاة حكمية، وإذا كانت الوفاة الطبيعية للإنسان لا تطرح أي إشكال عملي، حيث تثبت عادة بشهادة يحررها موظف عمومي مختص، ويترتب على ذلك نهاية الشخصية القانونية للإنسان، بما يتبع ذلك من آثار قانونية، كقسمة أموال المتوفى بين ورثته، وإمكانية اقتران زوجته بآخر بعد انقضاء عدتها، وغيرها من الآثار، لكن الإشكال يطرح إذا كنا أمام مسألة المفقود فإنه يتقرر الموت الحكمي له بموجب حكم قضائي إعتادا على قرائن، أو بعد القيام بالبحث والتحري نتج عنه ترجيح احتمال حدوث الوفاة، دون إثبات ذلك بدليل قطعي، فهو موت غير ثابت على وجه اليقين، بل تقرر قضاء بناء على الظن الراجح والغالب، وبسبب ذلك، فقد يتبين بعد مدة من صدور الحكم القضائي أن الشخص الذي حكم بموته لا يزال حيا يرزق.

كل هذه المسائل دفعت بالمشروع الجزائري إلى التدخل من أجل معالجة هذه الظاهرة، حيث تناول الأحكام المتعلقة بالمفقود والغائب من خلال قانون الأسرة في المواد (من 109 إلى 115) الواردة في الفصل السادس بعنوان المفقود والغائب من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية، إضافة إلى قانون الحالة المدنية حيث تناول في المواد من 89 إلى 94 إجراءات الحكم بالوفاة بالنسبة للأشخاص المفقودين و الذين لم تثبت وفاتهم قطعا.

غير أن المشروع الجزائري أصدر قوانين جديدة وخاصة، تنظم حالات فقدان ظرفية تتعلق بظروف استثنائية طبيعية وأمنية، على غرار الأمر 03/02 المؤرخ في 25 فبراير 2002 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، والقانون 06/03 المؤرخ في 14 يونيو 2003 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي

زلزال 21 ماي 2003، والأمر 01/06 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

ومن هنا يتحدد موضوع هذا البحث، والذي نحاول من خلاله بيان النظام القانوني لأحكام المفقود، وما وضعه المشرع من حلول للتوفيق بين مصلحة المفقود ومصلحة ذويه، وأثر الفقد على حقوق المفقود وأمواله وزوجه، وعلى علاقاته القانونية المختلفة، معتمدين في ذلك على الأحكام التي وضعها الفقه الإسلامي وما استمدته المشرع الجزائري من هذا الفقه، فضلا عن الإشارة إلى بعض قواعد التشريع العربي المقارن.

1- أهمية البحث: حيث يستمد هذا البحث أهميته، من أهمية موضوعه:

- فأما أهمية موضوع الفقدان، فتظهر في إرتباطه بشريحة من الناس في هذا العصر، والذي انتشرت فيه العديد من الأسباب التي تؤدي بالشخص إلى الغياب عن موطنه، كظاهرة الهجرة غير الشرعية والسفر للعمل والدراسة، وكثير فيه نشوب النزاعات المسلحة والفتن الداخلية، مما يستدعي بيان الأحكام التي تحمي حقوق المفقود وتحفظ له حقوقه المالية والشخصية من الاعتداء عليها.

- من الناحية الاجتماعية : البعد الاجتماعي لظاهرة فقدان الأشخاص جلي، فلا يخفى علينا ما يخلفه فقدان الأشخاص من آثار اجتماعية ونفسية ومادية على ذويه، وما يلحقهم من جراء البحث عن مصيره ومكابدة آلام الفراق وعدم تبين ما إن كان حيا أو ميتا، وكثيرا ما يخلف المفقود زوجة وأولادا دون معيل ودون من يقوم بتوفير حاجياتهم، فيتسبب ذلك في عدة مشاكل مادية وأسرية لذوي المفقود، فدراسة أحكام المفقود وخاصة من جانب أثر الفقدان على أسرة المفقود وزوجته من الناحية المالية والشخصية، يوفر لنا الإجابة حول ما كفله القانون من حقوق لزوجة المفقود وأهله من جهة، وتبيين أحكام الشريعة في مسألة حقوق ذوي المفقود وزوجته وأولاده من جهة أخرى.

- من الناحية الشرعية : اختلف فقهاء المذاهب السنية الأربعة في مواضيع عدة بخصوص المسائل المتعلقة بالمفقود، لعل أهمها المدة اللازمة لانتظار المفقود والتي بعدها يحكم بموته، فالإمام بالخلاف الفقهي في المسألة الواحدة يجعل من هذا موضوع ذا أهمية بالغة.

- من الناحية القانونية: تتجلى أهمية موضوعنا في شقه القانوني من خلال الحاجة إلى جمع شتات أحكام المفقود المتناثرة ، كون المشرع الجزائري خصص لموضوع المفقود وأحكامه نصوصا ومواد في ظل المنظومة القانونية الأسرية، إلا أن هاته المواد لم تتناول جميع جزئيات وأحكام مسائل المفقودين، وتطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة فإن مالم يتطرق له في هاته المواد يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي، لأجل سد النقص التشريعي في هاته المسألة، كما أن المشرع الجزائري عالج أحكام المفقودين في حالات استثنائية وقاهرة في نصوص خاصة ومنفصلة عن قانون الأسرة، مما يضفي حيوية لموضوع دراسة أحكام المفقود وتتبع أهم نقاط التوافق والاختلاف في هاته النصوص الخاصة بمقارنتها مع الأحكام العامة في قانون الأسرة، كما أن محاولة استيعاب الموضوع في ظل الاجتهادات الفقهية الإسلامية واختيارات المشرع الجزائري وغيره من التشريعات محل المقارنة، يفيدنا في حصر هذه الاجتهادات ومقارنتها فيما بينها وتوضيح موقف التشريع المقارن منها والحلول التي أخذ بها، ثم بيان مسلك المشرع الجزائري وتقدير مدى توفيقه في اختياراته في الموضوع محل الدراسة.

- ومن الناحية القضائية: يعود للقضاء الفضل الكبير في تطبيق نصوص أي قانون، وإخراجه من مرحلة الجمود إلى الحياة العملية، وكذا سد الثغرات التي تعترضه في بعض الأحيان، لكن قد يقع الخلاف في العمل القضائي بخصوص المسألة الواحدة، كما هو الشأن في مسألة تحديد بدء احتساب مدة انتظار المفقود، ومسألة تحديد مصير المال الموقوف بعد الحكم على موت المفقود، وكذا تحديد بدء سريان تاريخ الفقد هل تحسب من يوم الفقد واختفاء الشخص المفقود أو من يوم صدور الحكم القاضي بالفقد، فقد كان للقضاء اجتهادات من أجل إيجاد حلول لهاته النقاط من خلال أحكامه وقراراته.

2- أسباب إختيار الموضوع: يمكن اختصار الأسباب التي دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع، في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

- فأما الأسباب الذاتية، فتتمثل في الرغبة الشخصية في الولوج إلى أحد موضوعات الأحوال الشخصية، ضمن باب النيانة الشرعية، وهو موضوع الفقد، ودراسته دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري والقوانين الإستثنائية، وفي الفقه الإسلامي؛ باعتباره مصدرا ماديا له، والتعرض إلى التطبيقات القضائية وكيفية إعمالها للنصوص القانونية، والإشكالات التي تصادفها في هذا الموضوع، وعرض أهم الحلول التشريعية التي أخذ بها التشريع المقارن في مسائل المفقود.

- وأما الأسباب الموضوعية لاختيار هذا الموضوع، فنتلخص فيما يلي:

إرتباط البحث بمجال قانون الأحوال الشخصية، وأحكام الفقه الإسلامي، وما يثار بشأن تطبيق الأحكام القانونية المنظمة لموضوع الفقد في الواقع العملي من إشكالات، والتي كان أحد أسبابها التنظيم المقتضب لهذا الموضوع في قانون الأسرة (المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة)، والتي لم تتناول كل جزئيات الموضوع، إضافة إلى ما تثيره هذه النصوص من غموض أو قصور في تنظيم بعض جوانب الفقد أحيانا أخرى، كما أن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 لم يلتفت إلى موضوع الفقد وما يثيره من إشكالات رغم ما صدر من قوانين إستثنائية خاصة بمفقودي الفياضانات وزلزال بومراس.

كذلك مسألة البحث عن الأشخاص المفقودين وطرق البحث والكشف عن المفقود، لم تنل حظها من البحث والدراسة سواء في مؤلفات الفقهاء القدامى وكذا المتقدمين، ونظرا لأهميتها خاصة بالنسبة لذوي المفقود وأهله الذين يبحثون عن مصير قريبهم المختفي، ويبحثون عن إجابة تنهي قلقهم الدائم، وتعتبر الوسائل الحديثة والتقنيات الجديدة من بين الوسائل المستعملة في عصرنا للبحث عن المفقودين والكشف عن مصيرهم، فأردت في بحثنا

هذا دراستها والوقوف على مدى إعمالها في الفقه الإسلامي والقانون، و ما الأثر المترتب عليها في مسائل المفقود.

3- أهداف البحث: تتمثل أهداف هذا البحث فيما يلي:

- تحليل وتوضيح النصوص الخاصة بموضوع المفقود في قانون الأسرة الجزائري والقوانين الخاصة، وفي الفقه الإسلامي، وفي بعض التشريعات العربية المقارنة.

- التعرف على الإختيارات الفقهية للمشرع الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، والوقوف على نتيجة إعمال المادة 222 فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة الجزائري، حيث أن مسألة الفقد لم تنظم في قانون الأسرة بكل جوانبها.

- إقتراح بعض التعديلات على النصوص المنظمة للفقد في قانون الأسرة الجزائري تلافياً للخلل، وتصويباً للخطأ، وترميمياً للنقص الموجود أحياناً.

- دراسة الموضوع مع الأخذ في الاعتبار ما يشهده العالم من تطور في التقنيات العلمية والطبية، ووسائل الاتصال الحديثة، والتي ساعدت بشكل أكثر في التعرف على الأشخاص المفقودين، ومدى إمكانية تعديل نصوص قانون الأسرة تبعاً لذلك، خاصة في مسألة المدة اللازم إنتظارها للحكم بعدها بموت المفقود.

4- الدراسات السابقة: وفيما يخص الدراسات السابقة للموضوع، فإن معظم مؤلفات الفقهاء القدامى لم تتناول موضوع المفقود بشكل مفصل، وأغلبها تتناوله في بعض الصفحات المتفرقة، في أحكام الزواج والطلاق، وفي أحكام الميراث، دون أفراد أحكام المفقود بدراسة منفصلة عن بقية مواضيع الأحوال الشخصية، ورغم ذلك، سجلنا مجموعة من المؤلفات والمذكرات الحديثة التي تناولت الموضوع نذكر منها:

- أطروحة دكتوراه عن كلية الشريعة جامعة دمشق، لسنة 2004، من إعداد عبد المنعم فارس سقا، بعنوان: أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-

- أطروحة دكتوراه عن كلية الحقوق جامعة الجزائر، لسنة 2012 من إعداد الأستاذ معيزة عيسى، بعنوان: الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، وقد عالج فيها إرث المفقود وما يتعلق به من أحكام.
- أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، لسنة 2013 من إعداد عبد النور نوي، بعنوان: أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري.
- مذكرة ماجستير عن كلية الحقوق جامعة بومرداس، لسنة 2010، من إعداد الطالبة شرابن ابتسام، بعنوان: المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، حيث تناولت أهم أحكام المفقود، غير أن هذه الدراسة تميزت بالاختصار وعدم التفصيل، كما أنها لم تتناول كل الأحكام المتعلقة بالفقد، كأثر عودة المفقود بعد الحكم بموته، واشكالية اعتبار الشخص مفقودا من تاريخ الفقد المثبت بحكم أم من تاريخ الحكم بالفقد، وغيرها.
- مذكرة ماجستير عن جامعة النجاح بغزة، لسنة 2003، من إعداد الطالب يوسف عطا محمد حلو، بعنوان: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، وهي دراسة حاولت الإلمام بأحكام الموضوع في ظل الفقه الإسلامي فقط دون التطرق لجانب التشريع الوضعي.
- كتاب بعنوان: الأحكام الخاصة بالمفقود، للدكتور علي سيد حسن، وهي دراسة في ظل أحكام القانون المصري.

5- إشكالية البحث:

إن النظام القانوني المتعلق بالمفقود مستمد في أصله من الفقه الإسلامي، وقد قلنا أنه ورد النص عليه في قانون الأسرة في المواد من 109 الى 115، وبقيت على حالها منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984، ولم يمسه تعديل 2005، إلا أن المشرع خص الحالات الاستثنائية بقوانين خاصة بالمفقودين فيها، مختلفة عن ما جاء في قانون الأسرة.

وعليه، يطرح هذا الموضوع الإشكالية التالية:

هل القواعد العامة الواردة في قانون الأسرة الجزائري عالجت مختلف المسائل المتعلقة بالمفقود ؟

- وهذا الطرح يحمل في طياته التساؤل عن لجوء المشرع الجزائري إلى استصدار نصوص خاصة تنظم حالات الفقد الإستثنائية، ومدى كفاية القواعد العامة المعتمدة في قانون الأسرة، وهل يمكننا أن نعتبره دليلا على قصورها على معالجة مثل هذه الحالات.
- وإنطلاقا من الإشكالية الرئيسية؛ يمكن طرح جملة من التساؤلات حول الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري في مسائل المفقود؟ و كذلك ماهي عناصر القوة وما نقاط الضعف في المسائل المتعلقة بالمفقود؟ وما موقع المشرع الجزائري ضمن القوانين العربية المقارنة؟
- للإجابة على إشكالية الموضوع وجملة التساؤلات المطروحة المنبثقة منها اعتمدنا المنهج الإستقرائي التحليلي المقارن الملائم للدراسة و الذي يستجيب لمقتضياتها.
- فالمنهج الاستقرائي قصدنا منه إستقراء وتتبع النصوص القانونية، وكذا القضايا والأحكام الفقهية في مختلف المذاهب والأحكام القضائية، من أجل الوصول إلى تحديد أثر الفقد على الحقوق الأسرية.
- أما المنهج التحليلي، فكما هو معروف، فالتحليل في أي دراسة قانونية وفقهية أمر لازم، حيث سنعمل على تحليل بعض من آراء الفقه وبعض من مضامين النصوص القانونية، بالإضافة إلى الأحكام والقرارات القضائية.
- أما اختيارنا للمنهج المقارن، فقد قصدنا منه المقارنة بين توجهات الفقه الإسلامي المختلفة في المسألة الواحدة، وكذا بين النصوص القانونية المنظمة لمسألة المفقود في التشريع الجزائري، سواء التي وردت في قانون الأسرة وكذلك التي جاءت بها القوانين الخاصة بالحالات الإستثنائية للمفقودين، والتطرق للتشريع المقارن لكي نعلم مكان القوة والقصور فيها، ولنحدد توجه المشرع الجزائري في ظل النصوص القانونية المعمول بها.

6- خطة البحث: وفاء منا للمنهجية الأكاديمية القانونية التي تفرض علينا تناول موضوع بحثنا هذا انطلاقاً من تصميم ثنائي، فلقد عملنا على دراسته وفق تقسيم مزدوج، فالبحث مقسم إلى مقدمة و بابين و خاتمة.

يعالج الباب الأول بيان الأحكام المتعلقة بإثبات فقدان والآثار المترتبة عنه، فتناولنا في الفصل الأول مفهوم المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال مبحثين، الأول تطرقنا فيه لتحديد مفهوم المفقود شرعاً وقانوناً، أما المبحث الثاني فخصصنا له لذكر أقسام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أما الفصل الثاني فكان مخصص للحكم بالفقدان والآثار المترتبة عنه وجاء تفصيل ذلك في المبحث الأول بالتطرق لإجراءات المتبعة لمنح صفة الفقدان، والمبحث الثاني الذي تناول الآثار القانونية المترتبة على الحكم بالفقدان.

أما الباب الثاني فجاء تحت عنوان الأحكام المتعلقة بموت المفقود والآثار المترتبة عنه؛ وتم معالجة هذا الباب في فصلين، الأول عالج الحكم بموت المفقود بين أحكام الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، من خلال المبحث الأول الذي تطرقنا فيه لمسألة البحث عن الأشخاص المفقودين، واستعمال الوسائل الحديثة في البحث والتحري عن المفقود وكذا مسألة استخدام الطب الشرعي وتقنية البصمة الوراثية للكشف عن هوية الأشخاص المفقودين، أما المبحث الثاني فعالج مسألة المدة اللازمة لانتظار المفقود، وتحديد تاريخ الحكم بالموت على المفقود ليختم هذا الفصل بالمبحث الثالث الذي تناول إجراءات رفع دعوى الوفاة الحكمية للمفقود، أما الفصل الثاني من هذا الباب كان خاص بدراسة آثار الحكم بموت المفقود بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال ثلاثة مباحث، الأول تناول آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لرابطته الأسرية، في حين تم التطرق لآثار الموت الحكمي على أموال المفقود وتصرفاته القانونية في مبحث ثان، ليتم في المبحث الثالث معالجة مسألة عودة المفقود وظهوره حياً بعد الحكم بوفاته و الآثار المترتبة على ذلك .

الباب الأول

الأحكام المتعلقة بإثبات فقدان
والآثار المترتبة عنه.

غالباً ما يترك المفقود وراءه زوجة وأولاداً، إضافة إلى ما يملكه من أموال، وهو ما جعل المشرع يتصدى لتنظيم المركز القانوني للمفقود من أجل تحديد مسؤولياته الأسرية وعلاقاته المالية؛ بغية إيجاد موازنة بين مصلحة المفقود ومصلحة الغير المتعلقة به، فبالنسبة للفترة التي تلي فقدته و انقطاع أخباره، يكون احتمال حياته أقوى من احتمال وفاته، وبالتالي فالأحكام المنظمة لهذه المرحلة تبنى على ضوء هذا الاحتمال، لكن وبمرور الزمن يغلب الظن على احتمال الوفاة، لذلك فإن المشرع يأخذ في اعتباره هذا الاحتمال عند تسوية مركز المفقود في هاته المرحلة.

وعليه سنتناول في هذا الباب ؛ الأحكام المتعلقة بإثبات فقدان وآثاره، وذلك من خلال تقسيمه إلى فصلين، لنتناول في الفصل الأول: مفهوم المفقود وأقسامه، من خلال تحديد مفهوم الفقد وتمييزه عن الغائب، بالإضافة إلى دراسة أقسام الفقد وأنواعه، أما الفصل الثاني فنتطرق فيه إلى: الحكم بالفقد وآثاره، فمن أجل إصدار حكم الفقد يجب إتباع مجموعة من الإجراءات، وعند صدور هذا الحكم ينتج عنه جملة من الآثار القانونية، سواء بالنسبة للمفقود أو بالنسبة لغيره.

الفصل الأول

مفهوم المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي
والتشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم المفقود:

بالرجوع إلى أقوال فقهاء الفقه الإسلامي نجدها قد اختلفت حول تحديد مفهوم للمفقود، ومرد ذلك يرجع للضابط المعتمد في كل مذهب لتحديد مفهوم المفقود، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد نظم الأحكام المتعلقة بالمفقود في قانون الأسرة في الفصل السادس من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية، وسنتناول في المطلب الأول تعريف المفقود، ثم نتطرق في مطلب ثانٍ للفرقة بين المفقود والغائب.

المطلب الأول: تعريف المفقود:

يتطلب منا ضبط تعريف المفقود الوقوف أولاً عند معناه اللغوي، وبعد ذلك نتناول التعريف الاصطلاحي في الفقه الإسلامي والفقه القانوني من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للمفقود:

المفقود مشتق من الفَقَدَ، وهو اسم مفعول، وفعله فَقَدَ، فيقال (فَقَدَ الشَّيْءَ يَفْقِدُهُ فَقْدًا وَفَقْدَانًا وَفَقُودًا، فَهُوَ مَفْقُودٌ وَفَقِيدٌ: عَدِمَهُ؛ وَأَفْقَدَهُ اللَّهُ إِيَّاهُ)¹؛ إذن فقد الشيء إذا عدمه فهو فقيد، ومفقود، الفقد: بفتح فسكون من فقد الشيء: أضاعه، وضاع منه، الضياع، و الغيبة يقال فقد الكتاب والمال ونحوه².

1 ابن منظور ، لسان العرب، ج3، دار صادر، بيروت، ط 03، 1414هـ، ص 337. أنظر: الدكتور سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 02، 1988، ص 288. أنظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج 1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 08، 2005، ص 307. أنظر: ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع ، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط 01، 1997، ص 398.

2 محمد رواس قلججي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط 02، 1988، ص 348. أنظر: مجمع اللغة العربية القاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر-، ط 04، 2004، ص 697.

والعرب تطلق كلمة " الفاقد " على المرأة التي مات زوجها، أو ولدها، ويقال أيضا للمتزوجة بعد موت زوجها فاقداً، وبقرة فاقداً إذا أكل السبع ولدها¹.

التَّفَقُّدُ: تَطَلَّبَ مَا غَابَ مِنَ الشَّيْءِ، (وروي عن أبي الدرداء أنه قال: من يتفقّد يفقد، ومن لا يعد الصبر لفواجع الأمور يعجز؛ فالتفقّد: تَطَلَّبَ مَا فَقَدْتَهُ، وافتقد الشيء: طلبه.)²

وفقدت الشيء أي: طلبته، وَتَفَقَّدَهُ أَي: طلبه عند غيبته³، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدَى هَدًى أَمْ كَآنَ مِنَ الْغَائِبِينَ﴾ (النمل-20)

وفي حديث عائشة، رضي الله عنها: (افتقدت رسول الله، صلى الله عليه وسلم، ليلة) أي لم أجده، وافتقدت الشيء: من افتعلت ومأخوذ من فقدت الشيء أفقده إذا غاب عنك أو طلبته عند غيبته ولم تجده.⁴

والفِقْدَانُ ضد الوجود والوجدان⁵، أي فقدان الشيء وذهابه⁶، ويأتي بمعنى العدم فهو نفي شيء من شأنه أن يوجد⁷.

1 أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج 4، دار مكتبة الحياة، بيروت د ط، 1960، ص 433. أنظر: الفيروزآبادي، مرجع سابق، ص307.

2 ابن منظور، المرجع السابق، ص 337. أنظر: محمد عيم الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط 01، 2003، ص 166.

3 الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، د س، ص478.

4 الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص307، ابن منظور الإفريقي، المرجع السابق، ص337.

5 بن الفراء أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي الشافعي، تفسير البغوي، تحقيق عبد الرزاق المهدي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 01، 1420 هـ، 504.

6 الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، ج 2، دار ومكتبة الهلال، د ط، د س، ص 56. أنظر: مرتضى الزبيدي محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق، تاج العروس من جواهر القاموس، ج33، دار الهداية، د ط، د س، ص 71.

7 أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، عالم الكتب، ط 01، 2008، ص1470. أنظر: أحمد رضا، المرجع السابق، ج 4، ص 48. أنظر: الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص 397.

قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالُوا وَقَبِلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ﴾ (٧١) قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ

بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ (يوسف - 72/71) أي ماذا تطلبون،¹

ويقال فقدت الشيء أي أضلته وأضعته، ويقال فقدته وأفقدته أي طلبته عند غيبته²، وكلا المعنيين يتحقق في المفقود؛ فهو الضائع المعلوم الذي غاب عن أهله وضل عنهم، وأهله يطلبونه ويسعون إلى معرفة مكانه والتحقق أحي هو أم ميت.

الفرع الثاني: التعريف الشرعي:

عرّف الفقهاء المفقود تعريفات عدة، لكن اختلفت تعريفاتهم فكانت تارة حول جهل مكانه، وتارة حول الجهل بحياته، وتارة أخرى حول انقطاع خبره وغير ذلك، وفيما يلي تفصيلاً لما جاء في المذاهب الفقهية:

أولاً: الفقه الحنفي:

عرفه صاحب المبسوط الإمام السرخسي (المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التتاد).³

فيظهر لنا من هذا التعريف، أن المفقود هو من لا تعرف حياته ولا موته بشكل يقيني، فيتم البحث عنه وقد يتم الوصول إلى معرفة خبره وقد يتعذر ذلك، ولم يقيد هذا

1 عبد القاهر الجرجاني، درج الدرر في تفسير الآي والسور، تحقيق طلعت صلاح الفرحان، محمد أديب شكور أمير، ج2، دار الفكر - عمان، الأردن، ط 01، 2009 م، ص 140، أنظر: السمعاني، تفسير القرآن، تحقيق ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، ج 03، دار الوطن، الرياض - السعودية، ط 01، 1418هـ - 1997م، ص 50.

2 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارع، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط 01، 1313هـ، ص310.

3 السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج11، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1414هـ/1993م، ص34.

التعريف المفقود بكونه مجهول المكان والموضع، إنما جعل جهل الحياة أو الموت هي أساس اعتبار الشخص مفقوداً.

كما عرفه الامام الزيعلي: (غائب لم يدر موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره).¹

ونجد صاحب كنز الدقائق الإمام النسفي عرفه بأنه: (هو غائبٌ لم يدر موضعه وحياته وموته).²، وقال الفقيه ابن نجيم في شرحه لكنز الدقائق (قوله "وهو غائب لم يدر موضعه" يعني لم تدر حياته ولا موته فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه)³.

كما جاء في تحفة الفقهاء للسمرقندي بأنه: (هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره).⁴

كما عرفه الامام الكاساني: (المفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت)⁵.

كما عرف الفقيه المرغيناني المفقود بأنه: (إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت)⁶.

1 الزيعلي، ج11، المرجع السابق، ص310.

2 أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، كنز الدقائق، تحقيق سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط 01، 1432هـ/2011م، ص396.

3 ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، دار الكتاب الإسلامي، د ط، ص 176.

4 السمرقندي أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 02، 1994، ص349.

5 الكاساني أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 02، 1406هـ/1986م، ص196.

6 المرغيناني أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، د ط، د س، ص126.

أما الإمام الحصكفي فعرفه أنه: (غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه أم ميت أودع اللحد البلقع أي القفر)¹

كما عرفه صاحب الملتقى أنه: (هو غائب لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته).²

من خلال تعاريف فقهاء الحنفية السابقة أنها تجتمع على اشتراط جهل حياة المفقود أو موته، إلا أن منهم من اشترط عدم معرفة مكانه، ومنهم من لم يضع هذا الشرط في اعتبار الشخص مفقوداً.

إلا أن الإمام ابن عابدين في حاشيته يرى أن الاختلاف بين هذه التعاريف اختلاف ظاهري، أو اختلاف بيان، فمن أضاف في تعريفه جهل الموضع إلى جهل الحياة والموت، فقد أراد بذلك البيان، فأصحاب هذه التعاريف أرادوا تفسير المراد بجهل المكان؛ لأن الغائب لو علم مكانه في دار الحرب ولكن تعذر علينا الإلحاح على حاله ومعرفة خبره، غلا خلاف في كونه مفقوداً، أما من لم يشترط في تعريفه جهل الموضع واكتفى بجهل الموت والحياة المستلزم لجهل الحياة.

يقول ابن عابدين: (.... لكن في الملتقى وغيره: هو غائب لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته، قيل فهذا صريح في اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه، قلت: الظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالباً وعدمه عدمه، فالعطف للتفسير، ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لا شك في أنه مفقود).³

1 الحصكفي علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1423هـ/2002م، ص360.

2 إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحَلْبِي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1419هـ/1998م، ص537.

3 ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، ج4، دار الفكر، بيروت، ط 02، 1412هـ/1992م، ص292.

ثانياً: الفقه المالكي:

عرفه الإمام مالك في المدونة: (المفقود الذي لا يبلغه السلطان ولا كتاب سلطان فيه قد أضل أهله وإمامه في الأرض فلا يدري أين هو وقد تلوموا في طلبه والمسألة عنه فلم يوجد ذلك الذي يضرب الإمام فيما بلغنا لامراته لأجل).¹

عرفه الدسوقي في حاشيته: (وهو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير؛ لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه).² وهو نفس التعريف الذي جاء في المختصر الفقهي للإمام ابن عرفة³

وقد ذكر ابن عبد البر في الكافي شرط جهالة المكان: (المفقود عند مالك وأصحابه على أربعة أوجه أحدها المفقود الذي قضى فيه عمر بن الخطاب وهو المفقود في أرض الإسلام في التجارات والتصرف أمره ولا يعرف مكانه فذلك يضرب السلطان لامراته أجل.....)⁴

وفي النوادر لابن أبي زيد القيرواني: (قال أبو زيد عن ابن القاسم: المفقود هو الذي يعمي خبره ولو عرف البلد الذي نزع إليه وغاب خبره كان مفقوداً ، وقال عيسى عن ابن القاسم عن مالك: المفقود على ثلاثة أوجه: فمفقود لا يُدري موضعه، فهذا يكشف عنه الإمام، ثم يضرب له بعد الكشف أربع سنين...)⁵

1 مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج2، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 01، 1415هـ/1994م، ص31.

2 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، د ط ، د س، ص479.

3 ابن عرفة أبو عبد الله محمد بن محمد، المختصر الفقهي لابن عرفة، ج4، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، دبي، ط 01، 1435 هـ/2014 م، ص475.

4 ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ج2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 02، 1400هـ/1980م، ص 567.

5 ابن أبي زيد القيرواني أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن النفري، النوادر والزيادات على ما في المدونة ، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، ج5، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 01، 1999 م، ص245. أنظر: أبو بكر محمد بن عبد الله

عرفه ابن رشد الجد: (المفقود هو الذي يغيب وينقطع أثره ولا يعلم خبره).¹
كما عرفه عليش في منح الجليل : (الذي غاب وانقطع خبره مع إمكان الكشف عنه
فخرج الأسير والمحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه)².
وما نلاحظه، أن الفقه المالكي قد جعل العبرة في انقطاع خبر المفقود مع إمكان
الكشف عنه، فأخرج بذلك من نطاقه الأسير الذي علم خبره، والأسير هو الذي أسره
المحاربون وذهبوا به إلى بلادهم، فإذا انقطع خبر الأسير كان مفقودا.
كما يتضح لنا أن المفقود في الفقه المالكي هو الشخص الذي تجهل حياته وموته
ومكانه، فالعبرة بعدم معرفة المكان الذي يوجد فيه من جهة، وعدم معرفة ما إذا كان على
 قيد الحياة من جهة أخرى.

ثالثا: الفقه الشافعي:

عرفه الامام النووي: (غاب غيبة منقطعة بأن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم
مكانه)³ وعرفه في كتاب روضة الطالبين بقوله: (المفقود: الذي انقطع خبره وجعل حاله في
سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وله مال - وفي معناه: الأسير
الذي انقطع خبره -)⁴

بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ج10، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 01،
1434هـ/2013م، ص625.

1 ابن رشد الجد أبو الوليد محمد بن أحمد ، المقدمات الممهديات، تحقيق الدكتور محمد حجي، ج01، دار الغرب
الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 01، 1408هـ/1988م، ص525.

2 عليش أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، د ط،
1409هـ/1989م، ص317.

3 النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، المجموع شرح المذهب ، ج18، دار الفكر، د ط، د س، ص158.

4 النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، ج6، المكتب
الإسلامي، بيروت، ط 03، 1412هـ / 1991م، ص35.

عرفه الأنصاري في أسنى المطالب بأنه: (الذي لا يعرف مكانه ولا موته ولا حياته).¹

وقد عرفه الإمام الماوردي عند تمييز المفقود عن الغائب بأنه: (منقطع الأخبار مجهول الحياة فحكمه على اختلاف أحواله في سفره واحد، سواء قعد في بلده أو بعد خروجه منه في بر كان سفره أو في بحر، وسواء كسر مركبه أو فقد بين صفي حرب).² وفي بحر المذهب للرويانى هو (غائب غاب شخصه وانقطع خبره وهو المفقود، فإذا فقد لا فصل بين أن يفقد في جوف البلد، أو في السفر، أو بين الصفيين في الحرب، أو كان في مركب فانكسر ولا يعلم حاله)³

رابعاً: الفقه الحنبلي:

الشرط الأساسى عند الحنابلة في المفقود هو إنقطاع الخبر، وعليه تدور أكثر التعريفات:

جاء في المغنى لابن قدامة أن المفقود: (أن يفقد، وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع).⁴

يقول الإمام البهوتي صاحب شرح منتهى الإرادات: (من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، وله حالان. من خفي خبره بأسر أو سفر غالبه السلامة كتجارة وسياحة....،

1 الأنصاري زكريا بن محمد بن زكريا ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج3، دار الكتاب الإسلامى، د ط ، د س، ص 133. أنظر: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1415هـ/1994م، ص261.

2 الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج 11، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1419 هـ/1999 م، ص 316.

3 الرويانى أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل ، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي) ، تحقيق طارق فتحي السيد، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01 ، 2009 ، ص364 وص

4 ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغنى لابن قدامة، ج 8، مكتبة القاهرة، د ط ، 1388هـ/1968م، ص130. أنظر: ابن قدامة ، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1414هـ/1994م، ص316. أنظر: ابن تيمية الحراني عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج1، مكتبة المعارف، الرياض، ط 02، 1404هـ/1984م، ص406.

وإن كان غالبه الهلاك كمن غرق في مركب فسلم قوم دون قوم أو فقد من بين أهله أو في مفازة مهلكة (...)¹.

خامسا: تعريف المفقود عند الفقهاء المتأخرين:

فيما يخص الكتاب والفقهاء المعاصرين لم يبتعدوا كثيرا عن تعريفات القدامى، فمجملة تعريفاتهم تذهب إلى أن المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره فلا تعلم حياته ولا وفاته.² عرفه الدكتور وهبه الزحيلي بأنه: (الغائب الذي انقطع خبره، فلم تعرف حياته أو موته، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات، فلو كان معلوم المكان ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود)³.

فقهاء الشافعية في العصر الحديث عرّفوا المفقود بأنه: (من غاب عن وطنه، وطالت غيبته، وانقطع خبره، وجعل حاله، فلا يعرف أحي هو، أو ميت؟)⁴ ونجد الشيخ ابن العثيمين قد عرفه: (المفقود من فقد ولم تعلم له حياة ولا موت، إما أنه دخل في حرب ولا يدري أسلم أم قتل، أو أنها جاءت فيضانات واجترفت الناس ولا يدري، أو ركب سفينة ولا يدري أين ذهب).⁵

1 البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، ج2، عالم الكتب، ط 01، 1414هـ/1993م، ص542. أنظر: البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د ط، ص498.

2 حيث عرف بأنه: (متى خفي خبره فلم يعلم موته من حياته)، أنظر: الكلذاني أبو الخطاب، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1998، 1، ص 244؛ محمد العبد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مؤسسة علوم القرآن، دمشق-بيروت، ط 4، د.س، ص 91. أنظر: عبد العزيز بن عبد الرحمان بن باز، متن الرحبية، الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية، السعودية، 1989، ص 104.

3 وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، دار الفكر، سوريا، ط 04، د.س، ص 7892.

4 مصطفى الخن وأخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج5، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط 04، 1413 هـ/1992 م، ص 131.

5 محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج 11، دار ابن الجوزي، ط 01، 1422 هـ، ص295.

سادسا: خلاصة آراء الفقهاء في تعريف المفقود:

- 1- اجتمعت تعريفات الفقهاء على وصف مشترك للمفقود وهو: جهل حياته وموته.
- 2- اختلف الفقهاء في الأسير، هل يدخل في تعريف المفقود أم لا؟ على قولين:
 - أ- قول الإمام مالك أن الأسير لا يعد مفقودا سواء علم موضعه أم لم يعلم.
 - ب- قول جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)؛ يعد الأسير مفقودا بشرط أن يحقق ما اشترط في المفقود بأن ينقطع خبره، وأن لا يعلم حاله.¹
- 3- كما نلاحظ أن تعريفات الفقهاء تدور حول فكرة أن المفقود هو من غاب وانقطعت أخباره وهو ما لا يختلف عن المعنى اللغوي، غير أنهم قد أضافوا للتعريفات بعض المعايير التي لا تدخل في الحقيقة الاصطلاحية، وتعتبر من قبيل أسباب الفقد أو حالة الفقد.

1 عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار النوادر، دمشق، ط 02، 2011، ص47.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للمفقود:

لقد عالجت أغلب القوانين العربية الأحكام المتعلقة بالمفقود في قوانينها المدنية، وتركت تفصيل أحكامه في قوانين الأحوال الشخصية، والملاحظ أنها اختلفت في تعريف المفقود، ويعود ذلك للمرجعية الفقهية التي استقت منها هذه البلدان قوانينها الأسرية، وسنتناول تعريف المفقود في القانون الجزائري، ثم نتطرق لتعريفه في بعض القوانين العربية المقارنة.

أولاً: تعريف المفقود في القانون الجزائري:

لم يتضمن القانون المدني الجزائري النص على الأحكام المتعلقة بالمفقود، لكنه ترك مسألة تنظيمها إلى قانون الأسرة، حيث نصت المادة 31 منه على أنه: (تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي)¹.

عالج المشرع الجزائري أحكام المفقود بقواعد عامة جاءت في قانون الأسرة، كما عالج حالات الفقدان الخاصة ببعض الحالات الاستثنائية والكوارث الطبيعية، بقوانين خاصة، لذلك سنتطرق هنا إلى تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري، ثم التعريف الذي جاءت به القوانين الإستثنائية والتي عالجت مسألة مفقودي الكوارث الطبيعية ومفقودي العشرية السوداء.

1 أنظر الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، 1975، العدد 78. كما نلاحظ أنه قبل صدور القانون المدني الجزائري في 26 سبتمبر 1975، كانت الأحكام المطبقة في هذا المجال هي أحكام القانون رقم 57-778 المؤرخ في 11/07/1957 المتعلق بالغياب والأهلية والولاية، وتواصل العمل بهذا القانون في الجزائر بعد الاستقلال بموجب قانون 31 ديسمبر 1962 وانتهى العمل به بمقتضى أمر 5 جويلية 1973 الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 5 جويلية 1975، ومنذ هذا التاريخ إلى صدور قانون الأسرة بمقتضى القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، طبقت مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك تطبيقاً للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

1- تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري المادة 109 منه وقد عرّفت المفقود بأنه: (الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم). يمكننا أن نستنتج من هذه المادة أنه يجب توفر عدة شروط لاعتبار الشخص مفقودا وهي كالتالي:

أ- غياب الشخص: بحيث انقطعت أخباره لمغادرته مكان إقامته المعتاد ولم يعد.
ب- عدم معرفة مكانه: أي لا يعرف مكان تواجده، وعدم العثور عليه أو رؤيته في مكان معين.

ت- عدم معرفة حياته أو موته: الشك وعدم التيقن من مصيره أحي هو أم ميت.
ث- صدور الحكم بالفقد: حيث أضاف المشرع الجزائري شرطا لاعتبار الشخص مفقودا عند غيابه وانقطاع أخباره، وعدم التيقن من موته أو حياته، يجب أن يصدر حكما قضائيا يقضي بالفقد، لاعتبار الشخص مفقودا.

ما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري للمفقود، أنه لم يخرج عن تعريف الفقه الإسلامي، والذي يعتمد على معيار الشك حول حياة الشخص المفقود من موته، مع الجهل بالمكان المتواجد فيه،

أما بالنسبة للمادة 109 من قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح الغائب في تعريفه للمفقود، حيث أن المشرع الجزائري لم يخلط بين الغائب والمفقود، وذلك بإضافة جملة " لا تعرف حياته أو موته"؛ وعليه ثبتت صفة الفقدان، ذلك أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود أي أن المفقود نوع من أنواع الغائب.

2- تعريف المفقود في القوانين الخاصة أو الاستثنائية:

شهدت الجزائر كوارث طبيعية خلفت العديد من المفقودين، ففي سنة 2001 أُلتمت بالجزائر كارثة فيضانات باب الواد، مما دفع بالمشرع إلى ضرورة إصدار الأمر رقم 03-02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، فنجد هذا الأمر أعطى تعريفا خاصا للمفقود، كما وقعت بعد ذلك كارثة طبيعية أخرى سنة 2003 متمثلة في زلزال مدينة بومرداس والذي خلف عددا معتبرا من الأشخاص المفقودين، مما استدعى المشرع إلى إصدار القانون رقم 03-06 والمتعلق بمفقودي زلزال بومرداس، والذي قدم أيضا تعريفا خاصا للمفقود، وهو ما نجده أيضا في الأمر رقم 01-06 المتعلق بمفقودي المأساة الوطنية ، حيث قدم تعريفا خاصا بمفقودي العشرية السوداء .

أ- تعريف المفقود وفقا للأمر رقم 03-02 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001¹:

بالرجوع إلى المادة الثانية من الأمر رقم 03-02 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 ، نجدها جاءت تعريف خاص بمفقودي هذه الكارثة الطبيعية، حيث نصت: (يصرح متوفى 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 أمر رقم 03-02 مؤرخ في 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية، عدد 15، 2002، ص 26.

يعتبر هذا التعريف تعريفا استثنائيا بالمقارنة مع التعريف الذي جاءت به المادة 109 من قانون الأسرة، حيث أضاف على الشروط الواردة في تعريف المفقود في قانون الأسرة، شروطا أخرى هي:

- ثبوت وجود الشخص في مكان وقوع الفيضانات.

- أن لا يظهر له أثر وأن لا يعثر على جثته بعد الفيضان وبعد التحري عنه بجميع الطرق القانونية.

والسبب راجع إلى أن هذا التعريف جاء لاستيعاب الظرف المستعجل لمفقودي هذا الفيضان، حيث تطبق أحكام الأمر رقم 02-03 بغض النظر عن الأحكام الواردة في قانون الأسرة، ذلك أن حالات الفقدان التي تسببت فيها فيضانات باب الواد في 10 نوفمبر 2001 شكلت حالة إستعجالية، حيث أن هذه الفيضانات اتصفت بطابعها الكارثي بسبب ما خلفته من خسائر في الأرواح ، وعدم العثور على مئات من جثث الضحايا، مما نتج عنه وضع معقد أصبحت معه القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة عاجزة عن الاستجابة لما تتطلبه معالجة ملائمة لهذا الوضع، ونظرا لهذا الاستعجال فقد اقترح حل تضمنه الأمر رقم 02-03¹.

ب- تعريف المفقود وفقا للقانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال ماي 2003²:

سبب الزلزال الذي ضرب ولاية بومرداس يوم 21 ماي 2003 خسائر في الأرواح والممتلكات، وعددا كبيرا من الأشخاص المفقودين، مما جعل المشرع الجزائري يصدر

1 عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 4، الديوان الوطني لأشغال التربوية، 2002، ص 201.

2 قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2003، ص 9.

القانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المتعلقة بمفقودي زلزال 21 ماي 2003، لمعالجة الحالة المستعجلة التي فرضتها تلك الكارثة، فوجد المشرع هنا أعطى تعريفا خاصا واستثنائيا للمفقود بالمقارنة مع التعريف العام الوارد في المادة 109 من قانون الأسرة.

فلقد نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من القانون 03-06 على: (يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية....)¹، وهي مادة مشابهة لنص المادة الثانية من الأمر رقم 02-03 السابق الإشارة إليه، ويلاحظ على المادة الثانية من القانون 03-06 أنها أضافت للشروط السابق الإشارة إليها في تعريف المفقود الوارد في قانون الأسرة، شروطا أخرى وهي:

- ثبوت وجود الشخص بمكان وقوع الزلزال.

- أن لا يظهر عليه أثر وأن لا يعثر على جثته بعد التحري بكل الطرق القانونية.

ج- تعريف المفقود وفقا للأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية²:

لقد جاء ميثاق السلم والمصالحة الوطنية بأحكام خاصة واستثنائية من أجل معالجة ملف الأشخاص المفقودين خلال العشرية السوداء التي شهدتها الجزائر في تسعينيات القرن الماضي، فوجد هذه الأحكام تميزت عن الأحكام الواردة في قانون الأسرة بالخصوصية والسرعة، حيث نصت المادة 29 من الأمر رقم 06-01: (بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على

1 أنظر المادة الثانية من القانون رقم 03-06، المرجع السابق، ص 9.

2 أمر رقم 06 - 01، المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006، ص 3.

المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه)، حيث نصت المادة 28 على: (تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي)، وقد عرفت المادة 27 من نفس الأمر ضحية المأساة الوطنية كما يلي: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية . تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى).

كما جاء تعريف المفقود في المادة 30 من الأمر 06-01 حيث نصت على أنه: (يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى).

وما يلاحظ على هذا التعريف المذكور في المادة 30 ، انه مشابه للتعريف الوارد في كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 السابق الإشارة إليهما، إلا أن الأمر 06-01 قد وضع شروطاً إضافية إلى تلك الواردة في المادة 109 من قانون الأسرة لتحديد مفهوم المفقود وهي:

- اشتراط أن يكون الفقدان في ظروف ناتجة عن المأساة الوطنية، أي حالات الفقدان الناجمة عن الأفعال المنصوص عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات¹، وهي ظروف فقدان تُغلب احتمال الوفاة على الحياة، لذلك تخضع لهذا القانون الإستثنائي، بينما تبقى حالات الفقدان التي تمت في نفس الفترة وليس لها علاقة بالعمليات الإرهابية أو التخريبية، تبقى خاضعة لأحكام قانون الأسرة لعدم وجود مبرر لاستثنائها من القواعد العامة الواردة في قانون الأسرة.

1 الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84، 2006.

- إشتراط محضر الضبطية القضائية يثبت بعد البحث والتحري وبعد مراجعة قوائم المفقودين، أن الفقدان كان إثر عمليات إرهابية أو تخريبية على مستواها، واعدادها محضر معاينة يسلم لذوي حقوق المفقود¹.

وبملاحظة تعاريف المفقود الواردة في كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 06-03 والأمر رقم 06-01، يلاحظ أن العناصر التي جاء بها تعريف المفقود في قانون الأسرة والتعاريف الفقهية متوفرة في هذه القوانين الخاصة، وهي:

- غياب الشخص من جهة والجهل بالحياة أو الموت من جهة أخرى.

- عدم التمكن من معرفة مكان المفقود.

كما أن هذه القوانين تشترط وجود الشخص في مكان وقوع الكوارث وزمانها، وذلك لتحديد سبب الفقدان لمنح صفة ضحية الفيضانات أو الزلزال أو المأساة الوطنية.

وما ميزها عن قانون الأسرة هو إشتراط عدم العثور على جثة المفقود، و عدم اشتراط صدور حكم بالفقدان في هذه الحالات الخاصة، لتفادي ضياع الوقت في الإجراءات تماشياً مع ما تهدف إليه هذه القوانين الاستثنائية من سرعة لمعالجة ملف المفقودين.

ثانياً: مفهوم المفقود في التشريعات المقارنة:

ظاهرة فقدان الأشخاص تمس كل المجتمعات والدول، لذا نجد التشريعات العربية، قد نظمت أحكام المفقود وحاولت أن تضبط مفهومه، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1- في القانون التونسي: عالج المشرع التونسي في الكتاب الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أحكام المفقود في الفصول من 81 إلى 84، حيث يعرف الفصل 81 المفقود بقوله: (يعتبر مفقوداً كل من انقطع خبره وممكن الكشف عنه حياً)¹.

1 أنظر المادة 30 من الأمر رقم 01-06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، المرجع السابق، ص 6.

ومن خلال ما جاء في هذا الفصل، نجد أن القانون التونسي جعل العبرة في تعريف المفقود هو جهل حياته أو موته وعدم القدرة على الكشف عنه، ولم يشترط جهل المكان وصدور حكم يثبت فقدان.

2- القانون المغربي:

بالرجوع لنصوص مدونة الأسرة المغربية نجدها لم تعط تعريفا للمفقود، وإنما نصت على بعض أحكام المفقود واجراءات الحكم بالفقدان في الأسباب الخاصة بالميراث، حيث جاء في المادة 327 منه على: (يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين)².

وما يمكن ملاحظته أن المشرع المغربي قد أعطى إعتبارا لتحديد مفهوم المفقود للجهل بحياة أو موته، وميز بين حالات الفقدان.

3- في القانون المصري:

عرفته المادة 74 من قانون الولاية على المال المصري بأنه من: (لا تعرف حياته أو مماته)³.

1 أنظر: المادة 81 من أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66 ، الصادر في 17 أوت 1956 .

2 المادة 327 من القانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5184، بتاريخ: 05 فبراير 2004، ص 418.

3 القانون رقم 119-1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري.

كما عالج القانون المصري أحكام المفقود في المادة 21 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 33 لسنة 1992¹ ، كما عاد و أصدر القانون رقم: 140 لسنة 2017² الذي عدل فيها أيضا والتي تنص على: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهالك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية، بحسب الأحوال بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهالك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود³ .

وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا⁴ .

1 قانون رقم 33 لسنة 1992، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 مكرر ب، في 01/06/1992، نصت المادة الثانية من نفس القانون قد نصت على: "تسري أحكام هذا القانون على من سبق فقده في أي من الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 21 ومضى على فقده سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون".

2 قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 22/07/2017، ص 10.

3 كانت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 21 في ظل القانون رقم 33 لسنة 1992 تنصان على: (ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهالك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود).

4 عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكمل لها، ط 2، دون بيان دار النشر، مصر، د.س، ص 96-95.

وكان هناك أيضا تعديل بالقانون رقم 2 لسنة 2006¹ للمرسوم بقانون رقم 29 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، حيث نص على : المادة 21 فقرة ثانية: (ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقدته، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.)

ما يلاحظ أن المفقود حسب القانون المصري، هو كل من لم تعرف حياته و موته، حيث انقطعت أخباره فلم يعرف أحي هو أم ميت، وهو تعريف مقارب لما جاء به كل من القانونين التونسي والمغربي.

4- في القانون السوري:

عرف قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 159 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1957 المفقود في المادة 202 منه، حيث جاء فيها: (المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان)².

والغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره، هذا الشخص يعتبر كالمفقود³.

يتبين أن قانون الأحوال الشخصية السوري عند تعريف المفقود جعل من عناصر التعريف الجهل بمكان المفقود والجهل بحياته.

1 الجريدة الرسمية المصرية، العدد رقم 6 مكرر بتاريخ 2006/02/15.

2 محمد خيرى المفتي، علم الفرائض والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري، محكمة النقض، سوريا، د ط، د.س، ص 286.

3 أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، د ط، 2009، ص 173.

5- تعريف المفقود في القانون الأردني:

بالرجوع إلى نص المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 نجدها عرفت المفقود بأنه (هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته)¹.

والجدير بالذكر ان المادة 571 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 الملغى بالقانون المذكور أعلاه، كانت تعرف المفقود بأنه: (الغائب الذي لا يدري مكانه ولا يعلم حياته ولا موته)².

يتبين لنا أن المشرع الأردني لم يذكر ضابط جهل المكان في تعريفه للمفقود، واكتفى بالنص على جهل حياة المفقود من موته.

6- تعريف القانون اللبناني للمفقود:

بسبب تعدد الطوائف الدينية ليس هناك أحكام موحدة بخصوص المفقود في القانون اللبناني، حيث تتعدد هذه الأحكام حسب تعدد القوانين المطبقة بشأن كل طائفة لتعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية في لبنان، فتعرفه المادة 33 من قانون الإرث لغير المحمديين في لبنان المفقود بأنه: (الغائب الذي لا يعرف مكان وجوده ولا يعلم أحي هو أم ميت) كما عرفته المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية بأنه: (الغائب الذي يعرف مكانه ولا تعرف حياته ولا موته)³.

1 قانون رقم 36 لسنة 2010 متضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية، ص 36.
2 أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ط1، 2006، ص 557.

3 قانون حقوق العائلة اللبناني الصادر بتاريخ 10 فبراير 1954.

كما جاء في المادة الأولى من قانون المفقودين والمخفيين قسراً¹ تعريف المفقود كما يلي: (المفقود هو الشخص الذي يجهل أقرابؤه مكان تواجدته بنتيجة نزاع مسلح دولي أو غير دولي أو خطف أو كارثة أو أي سبب آخر.)

وقد أضاف تعريفاً آخر للمخفيين قسراً وذلك لتمييزهم عن الأشخاص المفقودين في نفس المادة الأولى من نفس القانون وهو: (المخفي قسراً هو المفقود نتيجة الإعتقال أو الاحتجاز أو الاختطاف أو أي شكل من أشكال الحرمان من الحرية الذي يتم على أيدي موظفي الدولة أو مجموعات أو أشخاص، ويعقبه عدم الإعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصيره أو مكان وجوده، ما يحرمه من حماية القانون)

7- تعريف المفقود في القانون الدولي الإنساني:

تعد قضية الأشخاص المفقودين نتيجة للنزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية فضلاً عن أعمال العنف المسلح والإرهاب الدولي، إذ تمثل أولوية في جهود الدول التي تشهد مثل هكذا أوضاع غير إنسانية، من أجل البحث عنهم وتحديد مصيرهم وفقاً لإطار قانوني قوي يتناول أهم القضايا، لا سيما الجانب الشخصي للشخص المفقود وعائلته، فضلاً عن الجانب الموضوعي ونقصد بذلك الحد من هذه الظاهرة إلتماً بأحكام القانون الدولي الإنساني ذات الصلة، إذ تأخذ مسألة تحديد الوضع القانوني للأشخاص المفقودين أهمية كبيرة في نطاق القانون الدولي الإنساني، من حيث التركيز على نقطة جوهرية تمثل الرابط القانوني الذي يحكم التزامات أطراف النزاع المسلح، فالقانون الدولي في معرفة مصير أحد الأقارب هو أحد الاهتمامات الأساسية الدولية في القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان.

1 قانون رقم 105 المتضمن قانون المفقودين والمخفيين قسراً، الصادر بتاريخ 2018/11/30، جريدة رسمية عدد 52 بتاريخ 2018/12/06.

وفي ما يخص الاتفاقيات الدولية نجد أنّ البروتوكول الإضافي الأول 1977 يعدّ الحافز الأساسي لنشاط الأطراف المتعاقدة وأطراف النزاع المسلّح بالإضافة إلى المنظمات الإنسانية، فقد حدّد معيار الفقدان بالإبلاغ الذي يجري من أطراف النزاع، فتقديم الإبلاغ عن فقدان شخص ما، كفيل بحدّ ذاته بإضفاء صفة المفقود عليه، وبناءً على نص الفقرة الأولى من المادة (33) من البروتوكول الإضافي الأول عام 1977م يمكن القول إنّ المفقود: (هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولم يعد ذووه يملكون معلومات عنه، وقام الطرف الخصم بالإبلاغ عن هذا الفقدان) ، كما أنّ نص المادة المذكورة لم يذكر الأشخاص الذين يتعيّن على أطراف النزاع المسلّح تقديم بيانات عنهم، فيكون من البديهي أنّ هؤلاء الأشخاص هم المقاتلون أو المدنيون، التابعون إلى الدولة صاحبة الطلب المقدم، وبالمقابل للطرف الخصم واجب تقديم المساعدة والمعلومات اللازمة للمساعدة في عملية البحث¹.

وفي سياق التقارير الدولية بذلت جهود كبيرة في جميع أنحاء العالم لمعالجة قضية الفقدان ضمن إطار تشريعي محلي لمعالجة حالة الأشخاص المفقودين على المدى الطويل . والهدف هو اتخاذ قرار بشأن الحالات كلّها وإنهاء معاناة أسرهم ومنع الاختفاء في المستقبل، فقد عزّف المفقود بموجب المبادئ التوجيهية للقانون النموذجي للمفقودين الذي أعدته اللجنة الدولية للصليب الأحمر، فنصت المادة 02 منه بأنّه (الشخص المفقود هو الشخص الذي يكون مكان وجوده غير معوف لأقاربه و/أو اعتبر مفقودا استنادا إلى معلومات موثوق بها، وفقا للتشريعات الوطنية فيما يتعلق بنزاع مسلح دولي أو غير دولي أو حالة عنف داخلي أو اضطرابات داخلية أو كوارث طبيعية، أو أي حالة أخرى قد تتطلب تدخل السلطة المختصة في الدولة).².

1 أنظر، علي زعلان نعمة، محمود خليل جعفر، حيدر كاظم عبد علي، القانون الدولي الإنساني، دار السنهور، ببغداد، د ط، 2018، ص 20 .

2 أنظر الأشخاص المفقودون - كتيب للبرلمانيين - ، صادر عن الاتحاد البرلماني الدولي و اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ترجمة مجلس الشورى سلطنة عمان، جنيف ، سويسرا، رقم 17 - 2009، ص 40.

أمّا في ما يخصّ اللجنة الدولية لشؤون المفقودين فقد ذهبت الى تعريف الشخص المفقود بأنه: (هو شخص يُجهل مكان وجوده وقامت أسرته بالإبلاغ عن اختفائه، وقد يكون الشخص المفقود حياً أو متوفى)¹.

ونذكر أيضاً ما جاء في التقرير المقدّم إلى الجمعية العامة بشأن الأشخاص المفقودين، إذ جرى إدراج الأشخاص المفقودين في التقرير على أنّهم (أولئك الأشخاص الذين انقطعت عنهم الأخبار ولم يعد يعرف لهم مصير نتيجة النزاع المسلّح الدولي وغير الدولي)².

وبهذا نستخلص ان مصطلح " المفقودون " يشير إلى جميع الأشخاص الذين لا يُعرف مصيرهم او أماكن وجودهم، ولا تتوفر لأسرهم أي أخبار عنهم، واختفوا لمجموعة متنوعة من الاسباب، اذ ربما اعتقلوا أو خُطفوا أو قُتلوا أثناء القبض عليهم، او أثناء النزاع المسلّح، او احتجزوا في أماكن سرّية بمعزل عن العالم الخارجي ولمدة من الزمن، او يجري عزلهم عن قصد من الأطراف المتحاربة، وسواء كانوا أعضاء في الجماعات المسلّحة او المجموعات المسلّحة او أفراداً مدنيين.

1 أنظر، دليل مختصر عن جمع البيانات لأسر المفقودين ومنظمات المجتمع المدني، اللجنة الدولية لشؤون المفقودين، الطبعة الثالثة، اللغة العربية، لاهاي، هولندا، 2018، ص 02.

2 أنظر، تقرير اللجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان عن أفضل الممارسات بشأن مسألة الاشخاص المفقودين، مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة، رقم القرار/28، 21 كانون الثاني 2011، ص 04.

المطلب الثاني: التمييز بين الغائب والمفقود:

يتداخل مفهوم المفقود مع مفاهيم أخرى كالغائب، مما يستدعي التفرقة بينهما، وذلك سنحاول من خلال تحديد مفهوم الغائب في الفرع الأول، ثم التطرق في الفرع الثاني لآراء الفقه الاسلامي، و في الفرع الثالث نتناول موقف قانون الأسرة الجزائري من الغائب والمفقود.

الفرع الأول: مفهوم الغائب:

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

أولاً: تعريف الغائب لغة:

الغائب إسم فاعل لفعل غاب يغيب غيبة وغياباً،خلاف شهد وحضر، يقال غاب فلان بمعنى بَعْدَ، وغابت الشمس بمعنى إستترت واختفت¹.

نقول: غاب الرجل غيباً ومغيباً وتغيب: سافر، أو بانَ وقوم غُيبَ: غائبون.

الغيب: الشك، وجمعه غياب وغيوب و غائبون، والغيب: كل ما غاب عنك، وما غاب عن العيون وان كان محصال في القلوب.

وامرأة مغيبٌ ومغيبية، مغيبية: غاب بعلها أو أحد من أهلها².

ثانياً: تعريف الغائب في الفقه الشرعي:

الغائب عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو كل من غاب عن النظر، فلايختلف معنى الغائب على المعنى اللغوي، لكنهم اختلفوا في الضابط الذي يعد به الشخص غائباً³، حيث أن الأحناف والحنابلة لا يفرقون بين الغائب والمفقود خلاف المالكية الذين

1 مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص697.

2 ابن منظور، المرجع السابق، ج 2، ص 147.

3 عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص321.

ميزوا بينهما حيث نجد الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير وبعد كلامه عن الغائب الذي تزوج من تحت ولايته تطرق لمفهوم المفقود قائلاً: (...أو فُقِدَ بأن لم يعلم موضعه). وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن الغائب معلوم الموضع، إضافة إلى جعلهم الجهل بحياة الشخص أو موته فارقاً آخر للتمييز بين الغائب والمفقود¹.

ولقد عرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: (الغائب هو: من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه، وحياته معلومة، فإذا جهلت حياته فهو المفقود)².

01- عند الأحناف:

نستشف تعريف الغائب عند الحنفية في مسألة القضاء على الغائب، حيث قال ابن عابدين: (أن المراد به الغائب عن المجلس، وإن كان حاضراً في البلد)³.

فالمراد بالغائب عند الحنفية كل من غاب عن مجلس الحكم، وقالوا بأن القضاء على الغائب وللغائب لا يجوز إلا إذا كان عنه خصم حاضر⁴.

02- عند المالكية:

جاء فقهاء المالكية بتعريف الغائب وذلك عند حديثهم عن الفرق بين الغائب والمفقود، فقالوا إن الغائب في اصطلاح الفقهاء (هو من علم موضعه) ، أما المفقود عندهم هو الشخص الذي لم يعلم موضعه⁵.

1 بوشمة خالد ، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة ما يقابلها في القانون الوضعي، دار بغداد للطباعة والنشر، الجزائر، د ط، د س، ص 212. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 02، ص 230.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 29، دارالسلاسل ، الكويت ، ط 02، 1427 هـ، ص 62.

3 ابن عابدين، المرجع السابق، ج 03، ص 12. الكاساني، المرجع السابق، ج 04، ص 26.

4 بن مازة أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، ج 08، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 01، 1424 هـ - 2004 م، ص 272.

5 الدسوقي، المرجع السابق، ج 03، ص 302. أنظر الخرشبي، شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 05، ص 299.

كما جاء تعريف الغائب عند مسألة بيع مال الغائب لغرمائه حيث قال ابن رشد الجد (الغائب حي يعرف موضعه ولا يُعْرَفُ عَدَمُهُ وَلَا مَلَأُوهُ)¹.

كما جاء تعريف الغائب عند الإمام المواق صاحب التاج والإكليل، عند عرضه مسألة غياب أب البنت البكر فقال (وأما إن غاب الأب غيبة انقطاع وكانت حياته معلومة ومكانه معروفا.....)².

فالملاحظ عند فقهاء المالكية عند تعريف الغائب أنهم يقولون بأن موضعه محدد، وحياته معلومة.

03- عند الشافعية:

كما نستشف تعريف الغائب عند الشافعية في مسألة زوجة الغائب، ومدار تعريفه عندهم أن الغائب هو الذي يكون متصل الأخبار، معلوم الحياة، أو تعلم زوجته مكانه.

ف نجد عند الإمام الماوردي تفصيل حول الغيبة فيقول: (ولغيبية الرجل عن زوجته حالتان: إحداهما: أن يكون متصل الأخبار معلوم الحياة فنكاح زوجته محال، وإن طالت غيبته وسواء ترك لها مالا أم لا، وليس لها أن تتزوج غيره، وهذا متفق عليه، والحال الثانية: أن يكون منقطع الأخبار مجهول الحياة فحكمه على اختلاف أحواله كلها مفقود)³.

04- الحنابلة:

جاء في المغني لابن قدامة أنه: (إذا غاب الرجل عن امرأته، لم يخل من حالين: أحدهما، أن تكون غيبة غير منقطعة، يعرف خبره، ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها أن تطلب فسخ

1 ابن رشد الجد، البيان والتحصيل ، ج10، المجمع السابق، ص464.

2 المواق، التاج والإكليل، ج05، المرجع السابق، ص 67. أنظر: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي ، الجامع لمسائل المدونة، ج09، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 01، 1434 هـ - 2013 م، ص 48-49.

3 الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج 11، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط 01، 1419 هـ - 1999 م، ص316.

النكاح، فيفسخ نكاحه..... الحال الثاني، أن يفقد، وينقطع خبره، ولا يعلم له
موضع...¹.

فالغائب هو من يعرف خبره، ويأتي كتابه .

ثالثاً - أقسام الغيبة في الفقه الإسلامي:

وقد قسم الفقهاء الغيبة إلى نوعين: غيبة منقطعة وغيبة قريبة، وقد اختلفت المسميات لهذه
الغيبة إلا أن لها معنى واحد.

1- الغيبة القريبة، التي لم تنقطع فيها أخبار الغائب، كمن خرج لتجارة أو لحاجة ولا يريد
الإقامة والاستيطان في تلك البلاد التي سافر إليها².

2- أما الغيبة المنقطعة: فهي الغيبة التي سافر فيها الغائب مسافة بعيدة جدا عن بلده ويقوم
هناك في البلاد التي خرج إليها ، وقد قدرها بعض المالكية بأربعة أشهر³.

كما اختلف الفقهاء في تحديد الغيبة المنقطعة، فقد ذهب الحنفية إلى ما يلي⁴ :

ذهب الإمام أبو يوسف إلى روايتين: الأولى: قال ما بين بغداد والري⁵ . والثانية:
مسيرة شهر فصاعدا.

1 ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص130.

2 يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،
2003، ص 20.

3 الخطاب محمد بن عبد الله المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، ط 03، 1992،
ص 155 ؛ أنظر: عيش، منح الجليل، مرجع سابق، ص 301. أنظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق،
ج 5، ص 133.

4 الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،
الطبعة الثانية، 2003، ص 205. أنظر: ابن همام، شرح فتح القدير، ج 6، المرجع السابق، ص 290.

5 الري مدينة في بلاد فارس (طهران اليوم) بنيت مدينة طهران مكانها والى جانبها من جهة الغرب، أنظر: شهاب الدين
الحموري الرومي البغدادي، معجم البلدان، ج 3، دار صادر، بيروت، لبنان، د.س، ص 116.

وعن الإمام محمد روايتان: ما بين الكوفة والري، وما بين الرقة والبصرة، وذكر ابن شجاع¹ إذا كان غائبا في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة، فهي غيبة منقطعة، وان كانت القوافل تصل إليه في السنة غير مرة، فليست منقطعة².

وذهب فقهاء الحنابلة إلى ما يلي: قال الخرقى: (هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة)³، كمن هو في أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوهما.

وقال ابن قدامة قال القاضي ابن الفراء: (يجب أن يكون حد المسافة أن لا تتردد القوافل فيه في السنة إلا مرة، لأن الكفاء "الخاطب" ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها، فيلحق الضرر بتترك تزويجها، وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يقال إن السفر البعيد هو ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علق عليه الأحكام)⁴.

كما ذهب الإمام البهوتي إلى أن حداها ما لا يقطع إلا بالكلفة والمشقة، فقال: إذا غاب غيبة منقطعة لا تقطع إلا بكلفة ومشقة فوق مسافة القصر⁵.

كما أن الغيبة المنقطعة تقسم إلى قسمين:

- من لم تنقطع أخباره وحياته معلومة ومكانه معلوم.

- ومن جهل مكانه وحياته وموته، فهذا هو المفقود.

1 هو محمد بن شجاع أبو عبد الله البغدادي الحنفي؛ انظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 12، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983، ص 379.

2 يوسف عطا محمد حلو، المرجع سابق، ص 22.

3 ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 9، دار عالم الكتب، السعودية، ط 3، 1997، ص 385.

4 ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص 386.

5 البهوتي، كشاف الفناع، المرجع السابق، ج 5، ص 423؛ أنظر: البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، دس، ص 498.

رابعاً: التعريف القانوني للغائب:

1- قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب بقولها : (الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود).

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 منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته لمدة سنة في حكم المفقود. وعليه فالمشرع الجزائري جاء بصورتين:

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

الصورة الثانية: الغائب الذي منعه الظروف من الرجوع إلى محل إقامته وتسيير شؤونه مدة سنة فهو يعتبر كالمفقود.

ولاعتبار الغائب في حكم المفقود حسب نص المادة 110 السالفة الذكر يجب توافر

شروط:

أ- عدم رجوع الشخص إلى محل إقامته لمدة سنة لظروف قاهرة منعه من ذلك.

ب- عدم وجود نائب ينوب عن الغائب في إدارة شؤونه التي لا يستطيع حتما إدارتها بنفسه بحكم غيابه.

ج- أن يتسبب غيابه في ضرر للغير، والغير هو سواء من الأقارب الملزم بنفقتهم من زوجة و الأولاد أو أصوله، أو من الغير كالدائنين، أو الشركاء.

ح- صدور حكم قضائي يقضي بالغيبة¹.

1 حسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2014، ص 329.

2- القوانين العربية المقارنة:

أ- 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: - إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

- 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 ينييه في إدارتها.¹

ب- القانون السوري:

أدخل المشرع السوري في تعريف المفقود الغائب في بعض أحواله وسوى بينهما في بعض الأحكام²، حيث نص في المادة 203 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن: (يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه وإدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره.) والملاحظ أن هذا النص نفسه إقتبسه المشرع الجزائري حرفيا.

ج- القانون الأردني:

ميز المشرع الأردني بين الغائب والمفقود صراحة، حيث أفرد لكل منهما تعريفا، حيث نص في المادة 245 من قانون الأحوال الشخصية رقم 10-36 لعام 2010 على تعريف الغائب:

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 20-21.

2 أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، مطابع دار البحث، دمشق، د ط ، 2016، ص

(الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ومصالح غيره.)

أما تعريف المفقود فنص عليه في المادة 246 من نفس القانون: (المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته).

إلا أنه في المادة 247 من قانون الأحوال الشخصية رقم 10-36 لسنة 2010 ساوى في الأحكام بين الغائب والمفقود فيما تعلق بتعيين قيم لإدارة أموالهما، وفي إحصاء أموالهما وحصرها وإدارتها بالطريقة التي تدار بها أموال القاصر.

الفرع الثاني: الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي:

فرق الفقهاء بين المفقود والغائب، على أساس أن المفقود أخص من الغائب، حيث فقدان نوع من الغياب وفرع منه، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقوداً، فالغياب هو الحالة العامة والفقدان هو الحالة الخاصة، ففي الغياب يكون الشخص معلوم الحياة والمكان ولكنه غير موجود في موطنه وأما المفقود فهو غائب غير معلوم حياته من موته مع ملاحظة أن الشخص قد يصبح مباشرة مفقوداً¹.

أولاً: قول الحنفية:

فرق الحنفية بين الغائب والمفقود في بعض المسائل، ففي مسألة تنصيب الوصي من قبل القاضي يظهر تفريقهم بين الغائب والمفقود، حيث ورد أنه: ينصب القاضي الوصي على الصغير لإثبات حق له عند غيبة أبيه، إذا كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا، وينصب وصياً عن المفقود لحفظ حقوقه، ولا ينصب عن الغائب².

لكن في مسائل أخرى يعبر الحنفية عن المفقود بلفظ الغائب، كمسألة النفقة الواجبة لزوجته وأولاده، فقد جاء في الفتاوى الهندية: (إن من لا يستحق النفقة في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق من ماله في غيبته، لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب ممتنع)³، كما ذكروا (أن المفقود بمنزلة الغائب في مسألة القضاء بالنفقة)⁴، وفي ذلك إشارة إلى أن حكم الغائب يختلف عن حكم المفقود، إلا أنهما بمنزلة واحدة في مسألة القضاء بالنفقة.

ثانياً: قول المالكية: ميز المالكية بين الغائب والمفقود بشكل واضح، ومعياري التمييز عندهم أن الغائب معلوم الموضع أي المكان في حين المفقود مجهول الحال والموضع،

1 عابد فايد عبد الفتاح، غياب الشخص عن موطنه دراسة مقارنة في بعض النظم القانونية المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2014، ص 13.

2 ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 6، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د.س، ص 296.

3 نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 6، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1310هـ، ص 456.

4 ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د.س، ص 176.

ف نجدهم يقولون أن المفقود لا يسمى غائبا، حيث جاء في حاشية الدسوقي: (المفقود لا يسمى غائبا في اصطلاح الفقهاء، لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه)¹.

وعند تطرقهم لأحكام الزوجة مثلا فقد فرقوا بين حكم من غاب زوجها ومن فقدت زوجها، حيث أجازوا لزوجة الغائب رفع أمرها إلى الحاكم الذي يأمر زوجها الغائب بالمجيء أو نقلها إليه أو الطلاق، فإن لم يستجب لذلك طلقها الحاكم، أما زوجة المفقود فقد وضعوا لها أحكاما تختلف طبقا لظروف الفقد².

ثالثا: قول الشافعية:

لديهم أن الغائب أعم من المفقود، حيث يقول الإمام الشافعي: (ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء، وأولى منه حي غائبا كان أو حاضرا، بعيد الغيبة منقطعاً مئوساً منه، مفقوداً أو غير مفقود، وقريبا مرجو الإياب غائبا)³.

ففي قوله: (بعيد الغيبة منقطعاً... مفقود أو غير مفقود)، دلالة على أن الغائب أعم من المفقود وبهذا فرق بينه وبين من كانت غيبته قريبة ويتوقع عودته.

ويؤكد أن الغائب أعم من المفقود ما جاء به صاحب إعانة الطالبين: (المعتمد أنه متى امتنع من الإنفاق وهو قادر على نفقة المعسرين يمتنع الفسخ مطلقا، حضر أو غاب انقطع خبره أو لا)⁴.

1 الدسوقي، ج 4، المرجع السابق، ص 487. أنظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د س، ص 495.

2 الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 05، المرجع السابق، ص 300.

3 الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج 5، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1990م، ص 240.

4 الدمياطي أبي بكر محمد، إعانة الطالبين، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س، ص 90.

ويُفرق الشافعية بين الغائب الذي انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته وهذا هو المفقود وبين الغائب الذي لم ينقطع خبره، فالفرق بين الغائب والمفقود هو في أن:

- الغائب يشمل من له الحالتين الآتيتين: انقطاع خبر الشخص وجهل مصيره، وكذلك من لم ينقطع خبره وأمكن معرفة حاله.

- أما المفقود فيقتصر على من انقطع خبره ولم نتمكن من معرفة حياته من موته.

رابعاً: قول الحنابلة:

يعد المفقود عند الحنابلة قسماً من أقسام الغائب، فإذا غاب الشخص يكون تحت

إحدى الحالتين:

أ- أن تكون غيبته غير منقطعة، ولكن يعرف خبره ويأتي كتابه.

ب- وأن تكون غيبته منقطعة، وتكون بأن يفقد وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع¹.

فيشترط الحنابلة في المفقود الغيبة و انقطاع الخبر، وهذا ما يجعله نوعاً من أنواع

الغائب الذي يضم أيضاً من كانت غيبته دائمة وخبره معلوماً، وحاله مكشوفاً².

1 ابن قدامة، المغني، ج 6، دار الكتاب العربي، مصر، د.س، ص 263.

2 فارس عبد المنعم سقا، المرجع السابق، ص 61.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التمييز بين الغائب و المفقود:

إن المشرع الجزائري و باستقراء نص المادتين 109 و 110 من قانون الأسرة، نلاحظ أنه قد سوى في الحكم بين الغائب والمفقود، في حين أن الغائب شخص لا يزال قيد الحياة وهذا لا يجيز بتاتا إنهاء الشخصية القانونية¹، فالمادة 110 قالت بأن هذا الشخص الغائب يكون في حكم المفقود إذا ما توافرت الشروط التي ذكرتها المادة 110، رغم العلم بحياته.

كما أن عدم ظهور الشخص الغائب بسبب الغياب أو بسبب فقدان يسبب ضررا للغير كما يسبب ضررا بمصالح الشخص نفسه، مما جعل المشرع يعتبر الغائب كالمفقود من حيث كيفية معالجة هذه الأوضاع، عن طريق تعيين من يتولى إدارة شؤونه².

و يظهر الفرق بين الغائب والمفقود من ناحيتين:

- أن الغياب أعم وأشمل من فقدان، فكل مفقود غائب؛ وليس كل غائب مفقود، فالغائب قد يكون مفقودا إذا انقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته، ويكون غير مفقود إذا كانت حياته معلومة ومكانه معلوم، أو كانت جهة إقامته غير معلومة، ومنعته ظروف قاهرة من الرجوع على محل إقامته، أو أن يباشر شؤونه بنفسه أو عن طريق من ينوب عنه في إدارتها³.

- أن الغياب لا أثر له في إنهاء الشخصية القانونية للغائب ما دامت حياته معلومة ومؤكدة⁴، ومن ثم تستمر شخصيته القانونية قائمة، وكل ما في الأمر، أنه قد يتسبب غيابه في

1 محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 324 .

2 علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2011، ص 197.

3 محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 324.

4 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر 2001، ص 141.

تعطل مصالحه واستحالة مباشرتها، لذا يجوز للمحكمة، وبناء على طلب من يهيمه الأمر، أن تعين وكيلا عنه لإدارة شؤونه أثناء غيابه، وإن ترك وكيلا تثبته المحكمة¹.

لقد عيب على المشرع الجزائري إعتبار الغائب كالمفقود في الحكم حسب المادة 110 من قانون الأسرة، واقتروا تعديلها بحذف عبار (يعتبر كالمفقود)، وجعل نص المادة تعريفا للغائب فقط، مع النص فيها على رعاية مصالح الغائب، ومنع الإضرار بمصالح الغير، بأن يعين وكيل للغائب يتولى إدارة شؤونه دون حاجة إلى إلحاقه في الحكم بالمفقود، فلا يمكن التسوية في الحكم بين المفقود والغائب، لأن هذه المساواة توصلنا إلى جواز إصدار حكم يقضي باعتبار الغائب مفقوداً، ومنه إصدار حكم بعد مدة يقضي باعتباره ميتاً فتنتهي شخصيته حكماً، مع ما يترتب على ذلك من تقسيم تركته على ورثته وهو لا يزال على قيد الحياة².

فلا يمكن التسوية بينهما إلا فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانوناً مثلاً من أجل المحافظة على مصالحه وإدارة أمواله، كذلك حق الزوجة في طلب التطليق والنفقة، أما باقي المسائل، كالحكم بالفقدان والحكم بالوفاة والميراث بعد الوفاة فلا يمكن تطبيق هذه المسائل على الغائب، بسبب أنه تعلم حياته، فقط أنه لا يستطيع العودة إلى محل إقامته³.

وعليه ومما سبق، فيحسن بالمشرع الجزائري تعديل نص المادة 110 من قانون الأسرة وهو ما ذهب إليه الأستاذ محمد سعيد جعفرور⁴ حيث قال بتعديلها كما يلي:

- بحذف العبارة الأخيرة من المادة 110 السابقة، والتي تعتبر الغائب كالمفقود، بحيث تقتصر صياغة المادة على تحديد تعريف الغائب فقط دون تسويته بالمفقود.

1 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 324. أنظر : علي فيلاي، المرجع السابق، ص 197.

2 محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 325.

3 بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2008، ص 175.176

4 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 325.

- إضافة فقرة جديدة إلى النص السابق تخول القاضي إما إمكانية تثبيت وكيل الغائب، إن ترك الغائب وكيلا، أو تعيين وكيل عن الغائب يتولى إدارة شؤونه في حالة عدم ترك وكيل عنه، وذلك تقاديا لما قد يحدث من تعطيل لمصالحه، ومن ضرر للغير بسبب غيابه، وعليه تصبح صياغة نص المادة 110، على النحو التالي:

(الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل ، ولكن حياته محققة ومكانه معلوم. إذا تجاوزت مدة الغياب سنة أو أكثر و تسبب غيابه في ضرر الغير وإدارة شؤونه بنفسه، عين له القاضي وكيلا لإدارة شؤونه، بناء على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة).

وتبني ما نص عليه المشرع الأردني في المواد 245 و 246 و 247 من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 10-36 لسنة 2010، حيث ميز بين الغائب والمفقود.

المبحث الثاني: أقسام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون:

بالرجوع الى أقوال واجتهادات فقهاء المذاهب الفقهية في مسألة تقسيم حالات المفقود، نجد أن الفقهاء من الحنفية والشافعية ذهبوا إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع، وقالوا أن المفقودين نوع واحد، واكتفوا ببيان تعريف المفقود والأحكام المتعلقة به، وقالوا إن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو، ولا يعلم مكانه، ولم يدر أحي أم ميت، ومضت على ذلك مدة من الزمن فهو مفقود بهذا الاعتبار دون النظر إلى الظروف والأحوال التي رافقت الفقدان.

أما الفريق الآخر وهم المالكية والحنابلة، فذهبوا إلى تقسيم المفقود بحسب حالات وظروف الغياب ومكان الفقد إلى عدة أنواع، وبذلك ينتج أنه ليس كل من غاب عن أهله وفقد له نفس الحكم، فمن فقد بعد أن خرج للتجارة أو طلب العلم، وطالت غيبته وانقطعت أخباره في تلك البلاد، له حكم مختلف عن فقد في صف القتال أو في حال غرق سفينة ولم ينج منها إلا القليل.

وعليه يمكن القول أن فقهاء هذا الفريق إعتدوا معيارين لتقسيم حالات الفقدان، فذهب الحنابلة إلى أن المفقود تختلف أحواله باعتبار الغيبة ذاتها، ويأخذ المالكية بمعيار مكان الفقدان.

المطلب الأول: أنواع الفقدان في الفقه الإسلامي:

كما ذكرنا سابقا أن فقهاء من الحنفية والشافعية لا يقسمون المفقودين إلى أنواع، بل عندهم المفقودون نوع واحد ويخضعون لنفس الأحكام، لذا سنتناول في هذا المطلب، أنواع الفقدان عند فقهاء الحنابلة والمالكية

الفرع الأول: عند الفقه الحنبلي (باعتبار الغيبة):

يقسم المفقود عند الحنابلة بحسب نوع وظرف الغيبة إلى: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك¹.

أولاً: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة:

كأن يختفي شخص ويفقد في ظروف طبيعية وعادية غالبها السلامة، و يغلب على الظن فيها بقاؤه حيا، ومن هذه الحالات التي تغلب عليها السلامة كالمسافر لطلب العلم أو العمل، أو للتجارة، أو من خرج للسياحة و اختار المقام بتلك البلاد النائية عن بلده²، ولم يرجع إلى أهله ولم يعلم خبره، كما أعتبر الأسير من قبيل الغيبة التي ظاهرها السلامة، إذ أن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله³، فهذه الحالات يغلب معها السلامة.

1 محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مكتبة دار التراث، السعودية، د ط، د.س، ص 91.
2 ابن قدامة المقدسي أبي محمد موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، 1994، ص 399؛ المرادوي، المرجع السابق، ص 215؛ ابن مفلح شمس الدين أبي عبد الله محمد، الفروع وبذيله تصحيح الفروع، المجلد 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1997، ص 25.
3 البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج 5، ص 421.

ثانياً: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك¹:

كأن يفقد شخص في ظروف يغلب على الظن موته عن حياته، لأن الفقد احاطت به ظروف من شأنها تغليب هلاك الشخص، كمن فقد في طوفان أو زلزال، فإنه يغلب على الظن فيها الهلاك، وكذلك من فقد في الحروب الأهلية، وهي الفتن الجماعية، وكذلك من فقد في أرض عمها القتال كمن فقد في حرب الخليج صراعات ما يعرف بالربيع العربي في سوريا وليبيا وغيرها...، وكذلك من فقد في سقوط طائرة وانفجرت، وكمن فقد في سفينة غرقت ولم ينج منها إلا القلة، أو من فقد إثر إنهيار عمارة، أو فقد في أثناء زلزال أو فيضان.

الفرع الثاني: حالات الفقد عند الفقه المالكي (باعتبار مكان الفقد)

قسم فقهاء المالكية المفقود إلى أكثر من نوع²، فنجد أن حال المفقود تختلف باختلاف المكان الذي فقد فيه، وكذا الأحوال والظروف التي أحاطت بحالة الفقد، لهذا التقسيم أثر في الأحكام المطبقة على كل نوع من هاته الأقسام، ولم يتفق فقهاء المالكية على عدد أقسام المفقود فمنهم من قال ثلاثة، وذهب آخرون أنها أربعة، ومنهم من قال أنها خمسة، ومنهم من قال إنها ستة³، ويمكن عرضها إجمالاً في خمسة طوائف كما يلي :

أولاً: المفقود في بلاد الإسلام:

حيث يمكن أن يفقد الشخص في أرض الإسلام في حالة الرخاء أي السلام، سواء كان مسافر للتجارة أو العمل أو لطلب العلم أو للسياحة...⁴، ثم انقطعت أخباره وآثاره،

1 البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج2، ص42.

2 أنظر: عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار النوادر، دمشق، الطبعة 02، 2011، ص50.

3 محمد التهامي كنون، أقرب المسالك إلى موطأ الإمام مالك، مطبعة فضالة، المغرب، 1988، ص 3043. ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 01، 2013، ص 373.

4 جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة 01، 2015، ص 23.

كمن فقد في زلزال أو سيل أو نحو ذلك، وقد أورد الفقه الإسلامي لهذه الحالة أحكاما خاصة به وبزوجته وأمواله تختلف عن غيرها من الحالات.

ثانيا: المفقود في بلاد الشرك (بلاد العدو): أي في بلاد غير المسلمين، سواء كان ذهابه لتلك البلاد للتجارة أو طلب العلم أو للسياحة أو العمل أو غيرها من الأسباب الكثيرة لتوجه المسلمين إلى بلاد الشرك، وذلك قد يكون في زمن السلم أي أن يذهب الشخص إلى بلاد ليس بينها وبين المسلمين حرب،

وقد اختلف في أمر الأسير، فمنهم من اعتبره في حكم مفقود أرض الشرك، ومنهم من يخرج الأسير من ذلك الحكم¹.

ثالثا: مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض " زمن الفتن ":

ويمكن أن يفقد الشخص في أرض الإسلام لكن ليس في زمن الرخاء بل في زمن الفتنة ومحاربة المسلمين بعضهم بعضا، كالحروب الأهلية أو التوترات الداخلية التي مرت أو تمر بها الكثير من الدول خاصة العربية منها، ومنها الفتنة التي مرت بها الجزائر في العشرية السوداء حيث تدخل في هذه الحالة، إلا أن المشرع الجزائري عالج أحكامه بطريقة تختلف عما جاء به الفقه المالكي².

رابعا: المفقود في القتال مع الكفار:

وقد يفقد الشخص في زمن القتال والحرب مع غير المسلمين أو ما يسميه الفقهاء المعتزك بين الصفيين في الحرب ضد العدو، كالمفقودين في حروب المسلمين مع أعدائهم كحرب الشيشان والبوسنة والهرسك ، أو في الحروب مع العدو الصهيوني.

1 الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، د ط، د س، ص 149.

2 شراين ابتمام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2009-2010، ص 33.

وقد ذكر ابن رشد في المقدمات¹، أن للمالكية في هذا النوع أربعة أقوال حين عالجوا مسألة زوجة المفقود ومدة تربصها في حالة فقد زوجها في القتال مع الكفار وهي:

ج-الأول: حكمه كحكم مفقود أرض الشرك في غير الحرب أي زمن السلم، فيصار للتعيمير.

ح-حكمه حكم المفقود في الفتن بين المسلمين، بأن تؤجل زوجته سنة بعد إنتهاء المعركة.

خ-تتربص سنة من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وهو قول ابن رشد.

د-تتربص سنة بعد نظر الحاكم في الدعوى، والتفتيش عن المفقود، قبل ضرب مدة السنة، وهذا قول هو الذي كان عليه القضاء في الأندلس، وهو الذي رجحه فقهاء المذهب كالمواق والعدوي والدردير والدسوقي².

خامسا: المفقود في أرض الوباء:

من بين التقسيمات التي ذكرها الفقه المالكي للمفقود بحسب مكان غيبته، حالة المفقود في أرض الوباء، والمقصود بذلك الأرض التي ينتشر فيها وباء معين كالطاعون أو الكوليرا أو أرض أصاب أهلها موت جماعي نتيجة زلزال أو فيضان أو غير ذلك من الكوارث، حيث قال اللخمي: (من فقد ببلد توجه إليه زمن الطاعون حكم بموته لقول مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال)³ ، يموت الرجل في سفره ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة، تتزوج نساءهم ويقسم مالهم.

فالمفقود في بلاد الوباء (أمره بين، إما أن ينجو ويكون مع الأحياء عندما ينجلي الأمر، أو يكون قد مات، فتعتد زوجته عدة وفاة ويقسم ماله)⁴ .

1 ابن رشد، المقدمات الممهديات، ج 2، المرجع السابق، ص 156.

2 الخطاب، ج4، المرجع السابق، ص 161. الدسوقي، ج3، المرجع السابق، ص 483.

3 الخطاب، ج 5، المرجع السابق، ص 503.

4 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان، لبنان، د ط، د.س، ص 106.

إن تقسيم المالكية للمفقود رغم اختلافهم عن التقسيمات التي اعتمدا الحنابلة إلا أنها وافقت تقسيم الحنابلة من ناحية الهلاك والسلامة، فالمفقود في أرض الإسلام زمن الرخاء ماهي إلا حالة تغلب عليها السلامة والمفقود في أرض الوباء وفي القتال هي حالة يغلب عليها الهلاك كما أن كلا التقسيمين لا دليل منقول عليه من القرآن والسنة، فهو أمر اجتهادي مستتدين في ذلك على القرائن وغلبة الظن، كما أن تقسيم المفقود في أرض الشرك في حالة السلم يكون في حال يصعب فيها البحث والتحري عن المفقود وذلك في عصر الفقهاء القدامى لسوء العلاقات بين دار الإسلام ودار الكفر، ولضعف وسائل الاتصال آنذاك ، أما في عصرنا الحالي بظهور وسائل الاتصال الحديثة ووجود العلاقات الدبلوماسية بين الدول وانتشار السفارات والقنصليات، أصبح من السهل الوصول والبحث عن المفقودين في أراضي البلدان غير المسلمة، أي أن هذا التقسيم لا اعتبار له في وقتنا الحالي إلا في حالة الحرب وسوء العلاقات.

المطلب الثاني : حالات الفقدان في التشريع الجزائري

وبعض القوانين العربية :

الفرع الأول: الحالات العامة للفقدان في قانون الأسرة الجزائري:

ورغم أن المشرع الجزائري قد أخذ في تقسيمه لأحوال المفقود في قانون الأسرة بالتقسيم الذي قدمه الفقه الحنبلي حيث اعتبر أن حالة المفقود تختلف ما إذا كان يغلب عليه فيها السلامة أو الهلاك، إلا الملاحظ على المشرع الجزائري أنه أخذ في النصوص الخاصة بالتقسيم حسب المكان الذي فقد فيه الشخص.

أولاً: ظاهرها السلامة: ونجد أن المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري قد نصت على: (... وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي ...)، حيث يتضح أن المشرع قد ترك أمر تحديدها إلى القاضي.

ثانياً: ظاهرها الهلاك: وقد نص المشرع الجزائري على حالة المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك في نص المادة 113 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

وفي هذا السياق، يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري على الرغم من عدم ذكره لبعض الحالات الاستثنائية الخاصة في نص المادة 113 مثلما فعله نظيره المصري في المادة رقم 21 السابق الإشارة إليها، إلا أنه ونظراً لما عرفته الجزائر في السنوات الأخيرة من كوارث طبيعية أودت بحياة الكثيرين وفقد الآلاف على إثرها وتحديداً على إثر الفيضانات التي شهدتها الجزائر العاصمة في 10 نوفمبر 2001، وكذا زلزال بومرداس والمناطق القريبة منها في 21 ماي لسنة 2003، حيث صدر الأمر رقم 02-03

والقانون رقم 03-06 المتعلقين بمفقودي هاتين الكارثتين، إذا يتضح أن المفقودين في هاتين الكارثتين يندرجون ضمن الحالات التي يغلب عليها الهلاك إلا أنها تعد استثناء من الحالات العامة التي تضمنتها المادة 113 من قانون الأسرة، وذلك نظرا للأحكام الخاصة التي تسري على المفقودين في هذه الحالة.

ويعتبر الأشخاص المفقودين بسبب الأوضاع الأمنية منذ بداية التسعينات كالمختطفين من الجماعات الإرهابية الذين انقطع خبرهم، مفقودين في حالة استثنائية ويغلب عليهم الهلاك، وقد صدر الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية وأدرج فيه أحكاما استثنائية عن تلك التي جاء بها قانون الأسرة.

الفرع الثاني: الحالات الخاصة للفقدان في القوانين الإستثنائية:

سبقت الإشارة إلى أن المادة 113 من قانون الأسرة، كرست تقسيم أحوال المفقود باعتبار الغيبة ذاتها إلى غيبة يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك، حيث أخذ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة بالتقسيم الذي أخذ به المذهب الحنبلي، غير أنه ومن خلال النصوص الخاصة التي وضعت في ظروف استثنائية كرس التقسيم الذي جاء به المذهب المالكي معتمدا على إعتبار مكان الغيبة، وذلك كما يأتي:

أولا: المفقود في مكان وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001:

حيث وضع الأمر 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 في منطقة باب الوادي بالجزائر العاصمة، شروطا عديدة لاعتبار الشخص مفقودا، من بينها أن يثبت وجوده في أماكن وقوع الفيضانات، وهو ما أكدت عليه المادة 2 من الأمر المذكور حيث جاء فيها

(يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية...)¹.

ثانيا: المفقود في مكان وقوع زلزال 21 ماي 2003:

نجد كذلك أن أحكام القانون 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003 الذي مس مدينة بومرداس والمناطق المجاورة لها، كرس التقسيم على أساس مكان الفقد حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الثانية من هذا القانون على يصرح متوفى، 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.

وعليه، فكل من لم يعثر عليه وثبت وجوده في المنطقة التي مسها الزلزال وأحدث فيها أضرارا مادية وبشرية، مع توفر باقي الشروط التي نص عليها القانون المنظم لهذه الحالة، فإنه يعتبر مفقودا بحكم القانون.

ثالثا: المفقود في المأساة الوطنية:

مرت الجزائر بحالة استثنائية حيث كانت بنص القانون في حالة طوارئ، وبالتالي فالمفقودين بسبب الأوضاع الأمنية التي عاشتها البلاد منذ مطلع التسعينيات وخاصة المختطفين من طرف الجماعات الإرهابية، هم مفقودون في ظروف يغلب عليها الهلاك بالإضافة إلى كونهم مفقودين في بلاد الإسلام في حالة فتنة بين أبنائها المسلمين، وقد وضحت ذلك المادة 27 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، حيث جاء فيها : (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه

1 أنظر النص الكامل المادة 02 من الأمر رقم 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001.

2 أنظر المادة 2/2 من القانون رقم 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003.

في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية. تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعددها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى).

كما نصت المادة 28 من نفس الأمر على: (تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي).

حيث يوحي مصطلح المأساة الوطنية الذي تضمنته النصوص القانونية، على الفتنة التي مر بها أبناء الشعب الواحد، حيث تعتبر مأساة الأشخاص المفقودين إحدى عواقب آفة الإرهاب.

حيث أكد الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية أن الفقد كان في العديد من الحالات بفعل النشاط الإجرامي للإرهابيين الذين ادعوا لأنفسهم حق الحكم بالحياة أو الموت على كل إنسان جزائرياً كان أم أجنبياً¹.

والنتيجة، أن الأمر 03-06 قد كرس تقسيم المفقود حسب مكان الغيبة وهو في الجزائر أثناء المأساة الوطنية رغم عدم التصريح بذلك.

ومن خلال ما سبق، يتضح أن القانون الجزائري أخذ بتقسيم أحوال المفقود باعتبار الغيبة ذاتها إلى غيبة يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك، حيث أخذ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة بالتقسيم الذي أخذ به المذهب الحنبلي، غير أنه ومن خلال النصوص الخاصة التي وضعت في ظروف استثنائية كرس التقسيم الذي جاء به المذهب المالكي والذي يقسم أحوال المفقود باعتبار مكان الغيبة.

1 مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية، مجلة النائب، عدد خاص، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، 2005، ص 138.

الفرع الثالث: حالات الفقدان في بعض التشريعات العربية:

أولاً: القانون المصري:

وفي هذا السياق نص القانون المصري في المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وأما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا).

وقد عدل هذا النص بالنسبة لحالة المفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك بالقانون رقم 33 لسنة 1992¹ والقانون رقم 140 لسنة 2017². حيث تنص المادة 21 المعدلة على: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهالك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده).

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية).

من هذه المادة نستخلص أن المشرع المصري على غرار نظيره الجزائري قد اعتد بحالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك، إلا أنه قد فصل بعض الحالات وذكرها على

1 أنظر: قانون رقم 33 لسنة 1992، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 مكرر ب، في 1992/06/01. حيث كانت الفقرة الثانية من المادة 21 السابقة في ظل القانون رقم 33 لسنة 1992 تنص على أنه: "ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية".

2 أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 2017/07/22، ص 10.

سبيل الحصر ونظمها بأحكام خاصة، فيمكننا اعتبار الفقد على ظهر سفينة غرقت، أو الفقد في طائرة سقطت أو الفقد بين القوات المسلحة أثناء عمليات حربية حالات فقد خاصة يغلب عليها الهلاك¹.

ثانيا: القانون التونسي:

كما كرست العديد من القوانين العربية حالة المفقود التي يغلب فيها السلامة، فقد نص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على هذه الحالة²، كما نص القانون المصري على حالة المفقود التي تغلب عليها السلامة بعبارة (وفي الأحوال الأخرى...) حين قارنها بتلك التي يغلب عليها الهلاك³.

وعلى خلاف ذلك فإن القانون التونسي كرس حالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية كما يلي: (إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بوفاته...) ⁴، فيتضح أنه هذا حدو القانون الجزائري في هذا التقسيم الذي جاء عاما و لم يذكر فيه حالات خاصة مثل التي جاء بها القانون المصري.

ثالثا: القانون المغربي:

بالرجوع لمدونة الأسرة المغربية، حيث جاء في المادة 327 منه على: (يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته.

1 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، د ط، د س، ص 143.

2 أنظر: مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق، ص 16.

3 المادة 21 من قانون رقم 33 لسنة 1992 والتي تنص (... وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود...)

4 أنظر الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق، ص 16.

أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين)¹.

نلاحظ أن المشرع المغربي إعتد تقسيم المفقود على أساس الظروف المصاحبة للفقْدان، وميِّز بين الظروف الاستثنائية أي غير العادية والتي يغلب فيها الهلاك، والظروف العادية التي لا يغلب فيها الهلاك، وعلى هذا الأساس فرق في المدة التي بعدها يحكم بموت المفقود.

1 المادة 327 من القانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، ، ص 418.

الفصل الثاني

الحكم بالفقد وآثاره

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفصل الثاني: الحكم بالفقد وأثاره في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

لا شك أنه عند انقطاع أخبار المفقود عن أهله وعن كل من تربطه به علاقة شخصية أو معاملات مالية، فإنه ينتج عن هذه العلاقات وضع شائك بالنسبة للحقوق والالتزامات التي تتوقف على المفقود بشخصه، وبالرجوع إلى الفقه القانوني نجدهم قد 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 ويريد رفع الضرر عن نفسه، فلا يكون ذلك إلا بالتقاضي أمام القسم المختص، ويكون وفق دعوى قضائية مستوفية الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وبمقتضى المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري قد أعطى القانون لكل من له حق أو وقع له ضرر بسبب هذا الغياب، أن يرفع دعوى بموجبها يطلب إثبات صفة الفقدان، فإذا ثبتت هاته الصفة للمفقود حينها يترتب عن هذا الحكم آثار قانونية.

ولتبيين المركز القانوني للمفقود في فترة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته، فإننا سنقوم بدراسة وتوضيح الشروط التي لابد من تحققها لإضفاء صفة الفقد للشخص الغائب، ثم نتطرق إلى معالجة الآثار التي تترتب على صدور الحكم بفقدانه.

وستتناول في هذا الفصل:

المبحث الأول: إجراءات منح صفة الفقدان .

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الحكم بالفقد.

المبحث الأول: إجراءات منح صفة الفقدان:

إن اعتبار المفقود ذلك الشخص الغائب الذي لا تعلم حياته أو موته، ولا يعلم مكان تواجدته أصلاً، غير كاف لمخاضته قضائياً، واعتبار صاحب الحق في الدعوى المرفوعة أمامه لاستيفاء حق من الحقوق أو لرفع ضرر تقرر بناء على غيابه، إذ يجب إثبات واقعة الفقدان واستصدار حكم قضائي، وهذا الأخير يستوجب دعوى قضائية وفقاً للإجراءات القانونية المحددة لذلك. وهو ما سنعالجه في هذا المبحث، حيث نتناول في المطلب الأول القواعد الإجرائية لدعوى الفقد، وفي المطلب الثاني الإجراءات المنصوص عليها في القوانين الخاصة .

المطلب الأول : القواعد الإجرائية العامة لدعوى الفقدان:

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي المختلفة، نجد أن الفقهاء لم يحددوا أي إجراء حتى يكتسب الغائب صفة المفقود، واكتفوا عند مخاضته من قبل أي شخص أمام القاضي إثبات واقعة الفقد، فيقوم القاضي بدوره في التقصي والتحري عنه، وعند التأكيد من حالة الفقد، يقرر القاضي ما يتخذه من أحكام بعد تحديد مدة لانتظار المفقود قبل الحكم بموته.¹

ووفقاً للمادة 109 من قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري قد أضاف شرطاً لاعتبار الشخص مفقوداً، وهو شرط صدور حكم يقضي بذلك، ويتم صدور الحكم بالفقدان وفق إجراءات قانونية، سواء ما تعلق بالاختصاص القضائي، أو ما يتعلق بمباشرة دعوى الفقدان وفقاً للأشكال القانونية، وهو ما سنعرضه فيما يلي:

1 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 3 ، ص 102؛ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 34.

الفرع الأول: الإختصاص النوعي و الإقليمي في دعوى الفقدان:

يتحدد الإختصاص القضائي في دعاوى فقدان الأشخاص وما تعلق بها، لما هو مقرر في القواعد العامة للاختصاص القضائي التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وذلك نظرا لعدم ورود نص خاص في قانون الأسرة يحدد الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي لهاته الدعاوى.

أولا: الاختصاص النوعي في دعوى الفقدان:

بالرجوع إلى المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹ نجدها بينت الاختصاص العام للمحاكم، أما الاختصاص النوعي للأقسام فقد نصت المادة 423 من نفس القانون في الفقرة الخامسة منها، على أنه: (ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: ... 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم)².

وعليه فإن قسم شؤون الأسرة هو المختص نوعيا في دعاوى الفقدان وما تعلق بها.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقدان:

نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وان لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

1 المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام. ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة. تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا "

2 أنظر: المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذن ترفع دعوى فقدان إلى المحكمة المختصة إقليمياً بنظر الدعوى، فجعلت المادة السالفة الذكر صلاحية الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه .

وطبقاً لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الاختصاص الإقليمي للمحكمة ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، كما نجد أن المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على بعض الدعاوى التي تستثنى من المبدأ العام للاختصاص الإقليمي وهو محل إقامة المدعى عليه، وهي تسع حالات واردة على سبيل الحصر ولم يرد فيها النص على ما يتعلق بدعوى فقدان، وموطن المدعى عليه في دعاوى فقدان، هو موطن الشخص المفقود، فإذا لم يكن له موطن معروف هنا يعود الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها آخر موطن له.¹

الفرع الثاني: مباشرة دعوى فقدان:

يشترط لقبول جميع أنواع الدعاوى بما في ذلك دعوى الفقد شروطاً عاماً، فيجب على من يرفعها أن تتوفر فيه الصفة، وأن تكون دعواه مستندة إلى حق أو مصلحة شرعية. ف جاء في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شروط قبول الدعوى، حيث نصت أنه (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة ومحتملة يقرها القانون. يثير تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون).

1 أنظر نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولاً: الصفة كشرط في دعوى الفقدان:

يقصد بها تلك العلاقة المباشرة بين أطراف الدعوى بموضوع النزاع، أو هي السلطة الممنوحة قانوناً لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق¹

ويجب أن تتوافر الصفة في أطراف الدعوى إذ نصت الفقرة الثانية في المادة 19 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (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 شرط الصفة مطلوب من أطراف الدعوى أو الخصومة عبر مراحل الدعوى إلى غاية الفصل في الدعوى.

وطبقاً لنص المادة 114 من قانون الأسرة فإن الصفة في رفع دعوى الفقدان تكون لكل من الورثة أو النيابة العامة أو من له مصلحة.

وربطاً بما سبق ذكره سنوضح فيما يلي صفة المدعي، وكذا صفة المدعى عليه في دعوى الفقدان.

1 - المدعي في دعوى الفقدان:

طبقاً لما نصت عليه المادة 114 من قانون الأسرة، فإن أصحاب الحق أو من لهم الصفة القانونية في رفع دعوى الفقدان هم: الورثة، النيابة العامة، وكل من له مصلحة.

أ- **ورثة المفقود:** جاء في المادة 126 من قانون الأسرة أنه: (أسباب الإرث القرابية والزوجية)، وعليه فورثة المفقود هم كل من يتوفر فيه أحد أسباب الإرث المذكورة.

والمقصود بالقرابة صلة النسب بين الوارث والمورث، وهذا الطريق هو الأصل في الميراث ويعد أقوى أسبابه وتشمل الفروع والأصول والحواشي وذوي الأرحام².

1 نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية - الخصومة - التنفيذ والتحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 51. أنظر سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 351.

2 محمد محدة، المرجع السابق، ص 72. أنظر زكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة

ويقصد بالزوجية؛ عقد الزوجية الصحيح القائم بين الزوجين و يحصل به التوارث حتى ولو لم يتم وطء، وهو ما جاء في المادة 130 قانون أسرة (يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء.)، وقد ذكر المشرع الجزائري الزوجية مطلقة دون تفرقة بين صحيح ومختلف فيه.¹

ب- النيابة العامة: بناء على المادة 114 من قانون الأسرة فالنيابة العامة لها حق رفع طلب الحكم بالفقدان، وبالرجوع لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي وردت بموجب الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، على أن: (تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون).

يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة باستصدار حكم يقضي بفقدان الشخص وهذا حسب ما ورد في نص المادة 114 من قانون الأسرة؛ وفي هذه الحالة هي لا تدعي حقاً ذاتياً خاصاً بها، وحسب المادة 03 من قانون الأسرة فإن القانون أعطى لها الصفة في رفع دعوى الفقدان إذ تعتبر طرفاً أصلياً في هذه الدعوى، و تجدر الإشارة أن النيابة العامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتي هي فوق كل اعتبار، وقد جاء المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية نجدها قد أكدت على أن النيابة العامة تباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثله أمام كل جهة قضائية.

ج- من له مصلحة: تنص المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون).

هي المنفعة التي يسعى أطراف النزاع إلى تحقيقها؛ وهي الدافع لرفع الدعوى، كما عرفت بأنها الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من جراء رفعه لها²، و حسب المادة سالفة الذكر أعلاه يجب أن تتوافر في المصلحة خصائص وهي:

الفلاح، الكويت، ط 1، 1984، ص 245.

1 محمد محددة، المرجع السابق ص 70. أنظر محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الصابوني للطباعة، القاهرة، 2002، ص 31.

2 عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار كليك للنشر، الجزائر، ط 01، 2012، ص 28.

أن تكون قانونية أي يقرها القانون وتستند على حق شرعي، و مباشرة للدعوى، وقائمة أي أنها لم تنزل وقت رفع الدعوى أو محتملة.

2- المدعى عليه في دعوى الفقدان:

حسبما ورد في المادة 114 من قانون الأسرة، نجد أنها لم تحدد صفة المدعى عليه الذي ترفع عليه دعوى بالفقدان، وبالرجوع إلى القواعد العامة في الإجراءات المدنية والتي تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي¹، ولقد جاء في المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية: ... - اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه)، و جاء في المادة 19 من نفس القانون: (... اسم ولقب الشخص المبلغ له موطنه).

فالمدعى عليه في دعوى الفقدان هو المفقود نفسه، ولإيجاد حلول لذلك فقد تواترت الإجتهاادات القضائية، بحيث قبلت دعوى الفقدان التي ترفع ضد النيابة العامة²، وبالرغم من المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري منحها فقط حق رفع الدعوى، غير أنه بالنظر إلى نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة فنجد أنها تكرر صفة الطرف الأصلي للنيابة العامة في جميع الأحكام الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة، ، إلا أنه يمكن النيابة عن المفقود وتمثيله خاصة وأن المادة 38 من القانون المدني³ أشارت إلى النيابة عن المفقود والغائب أي إمكانية تمثيله قبل الحكم عليه بالفقد.

1 أنظر المادة 18 من ق.إ.م.إ (يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية: ... 4- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه)، والمادة 19: (... اسم ولقب الشخص المبلغ له موطنه).

2 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 10/04/2002 رقم 290808، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 2003، ص 372.

3 حيث تنص المادة 38 من القانون المدني الجزائري على: (موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا ...).

ثانيا: المصلحة كشرط في دعوى الفقدان:

تعد المصلحة شرطا أساسيا في أي دعوى قضائية، فلا دعوى بغير مصلحة¹، ولقد عبر المشرع الجزائري في نص المادة 114 من قانون الأسرة عن الفئة الثانية التي يحق لها رفع دعوى الفقد بعبارة (من له مصلحة)، ويجب أن تكون المصلحة قانونية، شرعية، وقائمة وحالة، وإيجابية ملموسة²، فالمدعي في دعوى الفقدان لا بد أن يبرر مصلحته في رفع هاته الدعوى، وذلك بأن يدعي حقا يعترف به القانون، فمصلحة الوارث قد تتمثل في مال مورثه بتقسيم تركته واستيفاء حقه منها، ومصلحة الغير قد تكون في المعاملات المالية أو الديون بينه وبين المفقود وغيرها من المصالح، ومصلحة الزوجة تتمثل في إزالة الضرر عنها بسبب بقاءها معلقة في انتظار مصير زوجها المفقود.

الفرع الثالث: إجراءات رفع دعوى الفقدان:

عند توفر مجموعة من الإجراءات التي يتطلبها القانون في رفع أي دعوى قضائية، عندها يمكن رفع دعوى الحكم بالفقدان أمام القضاء، ويتم ذلك بتقديم عريضة افتتاحية حسب ما نصت عليه المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع مراعاة أحكام المواد 15 و16، و17 من نفس القانون³، وبعد رفع دعوى الحكم بالفقد توكل لكل ذي صفة من أعوان الدرك أو الشرطة أو المحضر القضائي مهمة معاينة المكان القاطن فيه الشخص المفقود وسماع الشهود ويقوم بتحرير محضر يثبت حالة فقدان الشخص.

أولا: إيداع نموذج عن محضر الإثبات:

تتعدد حالات فقدان الأشخاص فقد يكون اختفاء الشخص لأسباب غير عادية وظروف غامضة، كأن يتم اختطافه، ففي هذه الحالة تقوم الجهات المعنية بتحرير بطاقة المعاينة والإثبات التي تتضمن شهادة هذه الجهات، بأن هذا الشخص المفقود تم اختفائه، وتحتوي البطاقة على

1 محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 23.

2 المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 أنظر المواد 14، 15، 16، 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعض البيانات الخاصة بالمفقود كاسمه ولقبه وتاريخ ومكان ميلاده، ويتم ذكر موضوع وتاريخ المحضر والجهة المرسله إليها مع تبيان طالب تحرير هذه البطاقة والغرض من هذا الطلب ويقوم العون بتوقيعها.¹

ثانيا : إيداع نموذج عن بطاقة معاينة:

بالإضافة إلى هذه الوثائق الرسمية، لا يمكن إنكار الدور الرئيس الذي تلعبه شهادة الشهود في إثبات واقعة فقدان، وشهادة الشهود كوسيلة للإثبات القضائي هي إخبار أمام القضاء بصدور واقعة من قبل الشاهد تثبت حقا لشخص آخر²، وإثبات حالة فقدان تعتبر من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود³.

وعند حضور الشاهد للإدلاء بشهادته، فعليه أن يذكر إسمه ولقبه وسنه وموطنه ومهنته ومدى قرابته أو مصاهرته لأحد الخصوم، وهذا ما نصت عليه المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن يؤدي اليمين، وإن لم يحلف كانت شهادته قابلة للإبطال حسب المادة 152 فقرة 02، ويستثنى من أداء اليمين القصر الذين بلغوا سن التمييز حيث تسمع شهادتهم على سبيل الاستدلال حسب المادة 153 من نفس القانون، وبعد الإنتهاء من السماع لشهادة الشاهد تدون في محضر يذيل بتوقيع الشاهد، فإذا امتنع عن التوقيع أو كان له عذر في ذلك أشار له في المحضر.⁴

وبعد ذلك يقوم المحضر القضائي بتبليغ ميعاد الجلسة للمعنيين مع مراعاة البيانات التي يجب أن يتضمنها التكليف بالحضور حسب المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويكلف المدعى عليه بالحضور وفقا لما نصت عليه المادة 20 من نفس القانون.

ومن المعلوم أن الشخص المفقود مجهول الإقامة والموطن فمن غير الممكن تبليغه

1 دليلة براف، مقال أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2003، ص 38.

2 أنظر المواد من 150 إلى 163 من قانون المدنية الإجراءات والإدارية.

3 دليلة براف، المرجع السابق، ص 38 .

4 نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 209 .

شخصيا، وقد نصت المادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه عند استحالة التبليغ الرسمي شخصا للمطلوب تبليغه فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار.

و حسب المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعد استكمال إجراءات طلب الحكم بالفقدان، ومرور مدة معينة لا تقل عن سنة من حالة الفقد والغياب، وبعد حصر أموال المفقود، يحكم القاضي بالفقدان في جلسة علنية¹.

و حسب المادة 109 من قانون الأسرة: (... ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم)، ومن تاريخ صدور الحكم يعتبر الشخص مفقودا وتترتب في حقه الآثار القانونية بسبب الحكم بالفقدان.

الفرع الرابع : الشروط الموضوعية لإصدار الحكم بالفقدان:

إضافة إلى الشروط الشكلية السابقة لا بد أن تتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية لإعتبار الشخص مفقودا، المتمثلة فيما يلي:

عدم معرفة حياة هذا الشخص من موته، وأن تمضي مدة سنة على الأقل على انقطاع أخباره، وأن يصدر حكم بفقده².

أولا : أن يكون الشخص غائبا: ذكرت المادة 110 من قانون الأسرة أن الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته³، أو من كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج بلاده واستحال عليه أن يباشر شؤونه بنفسه وأن يشرف على من ينيبه في إدارتها، مما يترتب عليه تعطيل مصالحه أو إلحاق ضرر بالغير⁴.

ويتحقق هذا الشرط عملا بمقتضى حكم المادة 110 من تقنين الأسرة، وبما يفهم من نص

1 شراين ابنتسام، المرجع السابق، ص 48 .

2 دليلة براف، أحكام المفقود، مرجع سابق، ص 36.

3 المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

4 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 326.

المادة 53 من التقنين ذاته¹، متى استمر غياب الشخص سنة فأكثر.

ثانياً: أن لا تعلم حياة الشخص الغائب من موته: فيجب أن تكون أخبار الغائب قد انقطعت، بحيث لم يعد يعرف أحي هو فترجى عودته أم ميت، أما في حالة إذا أمكن الجزم بحياته، رغم انعدام موطن معلوم له، فهنا لا يمكن اعتباره مفقوداً، وعليه لا يعتبر في حكم المفقود، ومثاله الشخص الموجود في بلاد بعيدة و أهله متأكدون من حياته.

ثالثاً: أن تمضي مدة سنة على الأقل على انقطاع أخبار الغائب: على الرغم من أن نصوص قانون الأسرة لم تحدد المدة التي يجب أن تمر على انقطاع أخبار الشخص المفقود لإصدار حكم بفقده، فإنه لا يمكن إصدار الحكم بالفقد إلا إذا مضت مدة سنة واحدة على انقطاع آخر خبر عنه، وهي المدة التي أشارت إليها المادة 110 من قانون الأسرة في شأن الغائب، وذلك على اعتبار أن مضي هذه المدة يكفي لغلبة الظن على أن الغائب أصبح مفقوداً².

وبترتب على ذلك أنه يجب على كل من يطالب بإصدار حكم بفقد شخص ما أن يثبت انقطاع أخباره، ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات، وذلك نظراً لأن انقطاع الأخبار يعتبر واقعة مادية.

رابعاً: أن يصدر حكم باعتبار من انقطعت أخباره مفقوداً: إن مجرد غياب الشخص وانقطاع أخباره لا يجعل الغائب مفقوداً قبل صدور حكم قضائي يعتبره كذلك، ونص المادة 109 من قانون الأسرة صريح في هذا المعنى، إذ هو يقضي بأن المفقود (... لا يعتبر مفقوداً إلا بحكم).

ونستخلص هنا بأن وصف المفقود طبقاً لهذا النص، لا يصدق على الغائب إلا بحكم، ومعنى ذلك أن الغائب لا يعتبر مفقوداً ابتداء من تاريخ انقطاع أخباره؛ بل ابتداء من وقت صدور الحكم بفقده، فليس لحكم القاضي بالفقد أثر رجعي يمتد إلى يوم انقطاع أخبار الشخص؛ بل إن

1 نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للزوجة أن تطلب التخليق للأسباب الآتية: ... 5 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

2 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 327.

أثره فوري، أي مباشر، يعمل به ابتداء من تاريخ صدوره، وبعبارة أخرى يعتبر الحكم بإثبات الفقد حكماً منشأً لحالة جديدة، ومن المعلوم أن طلب الحكم يرفع من طرف أي مصلحة، وعملاً بحكم المادة 114 من قانون الأسرة (يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة).

المطلب الثاني: إجراءات إعلان حالة الفقدان في القوانين الخاصة بظروف استثنائية:

نصت صراحة المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري عند تعريف المفقود ضرورة صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقوداً، وهو ما يقتضي إتباع إجراءات قضائية تكون غالباً طويلة في مدتها، وبالرجوع للكوارث والأزمات التي مست البلاد، نجد المشرع الجزائري خصّ فئة الأشخاص المفقودين فيها بأحكام خاصة تتميز بطابعها الاستعجالي، وذلك لغرض التكفل بملف العدد الكبير المسجل من الأشخاص المفقودين وذويهم، ومما تضمنته هذه الأحكام الإجراءات الخاصة بإثبات الفقد، حيث تم الاستغناء عن وجوب صدور حكم قضائي بالفقد كما هو منصوص عليه في المادة 109 من قانون الأسرة وفقاً للقواعد العامة، والإكتفاء بمحاضر المعاينة التي تعدها الضبطية القضائية، وهو ما تضمنه كل من الأمر رقم 02-03 المتعلق بمقودي فيضانات 2001، والقانون 03-06 المتعلق بمقودي زلازل 2003، حيث يعتبر الشخص مفقوداً بناء على محضر معاينة، وهو نفس الإجراء الذي اتبعه المشرع في معالجة ملف الأشخاص المفقودين في ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، لذا سنفصل فيما سبق في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: إثبات صفة الفقدان في القوانين الخاصة بالكوارث الطبيعية:

نجد أن المشرع الجزائري ومن أجل للتصدي للحالات الاستثنائية اجتهد وجاء بنصوص مكملة لقانون الأسرة، وذلك في كل من الأمر 02-03 المتعلق بفيضانات باب الواد في 11 نوفمبر 2001، والقانون 03-06 المتعلق بمقودي زلازل بومرداس في 21 ماي 2003، فنلاحظ أن المشرع الجزائري في كل منهما أبقى على القاعدة العامة الواردة في قانون الأسرة بأنه لا فقدان إلا بحكم قضائي، إلا أنه كرس تبسيط إجراءات إثبات الفقدان والاكتفاء بمحاضر المعاينة التي

تعدّها الضبطية القضائية.

ومن المعروف أن إجراءات صدور الحكم بالفقدان وفقا للقواعد العامة وما تضمنته المادة 109 من قانون الأسرة، فإنها تحتاج إلى انتظار مدة سنة من انقطاع خبر الشخص للحكم بفقده، إلا أن ما خلفته فيضانات باب الواد سنة 2001 من مفقودين جعلت المشرع يعد ملفهم من الحالات الإستعجالية والاستثنائية، حيث تم التخلي بموجب الأمر رقم 02-03 عن وجوب صدور حكم قضائي لإثبات حالة الفقد، حيث يعتبر الشخص مفقودا بمجرد محضر معاينة تعدّه الضبطية القضائية وهو ما ورد النص عليه بالفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا الأمر.

وقد عرف قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادة 12 منه أعضاء الضبطية القضائية؛ بأنهم موظفون منحهم القانون صفة الضبطية القضائية، بحيث تكون مهمتهم البحث عن الجرائم والتحقق منها وإجراء التحريات المختلفة لمعرفة مرتكبيها، بغية التوصل إلى الحقيقة، كما تقوم بجمع الاستدلالات وإعداد محاضر بأعمالها وإرسالها إلى وكيل الجمهورية ليتخذ ما يراه مناسبا بشأنها¹.

وطبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، للضبطية القضائية صلاحيات عادية وأخرى استثنائية، غير أن الأمر 02-03 أوكل لها صلاحيات بنص خاص، تتمثل في البحث والتحري عن الشخص المفقود في الأماكن التي وقعت فيها الفيضانات، فإذا لم يتم العثور عليه أو على جثته، تعد الضبطية القضائية في هذه الحالة محضر معاينة بفقدان الشخص محل البحث، وتكون موقعة وتتضمن ذكر الإجراءات التي قامت بها الضبطية القضائية.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر رقم 02-03، على ضرورة تسليم محضر المعاينة بفقدان الشخص لذوي حقوقه أو لكل ذي مصلحة في اجل لا يتعدى (04) أربعة أشهر من وقوع الفيضانات.²

1 خلفي عبد الرحمان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر، 2015، ص 62.

2 أنظر المادة 02 من الأمر رقم 02 - 03.

كما نجد أن القانون 03-06 المطبق على الأشخاص المفقودين خلال زلازل مدينة بومرداس في 21 ماي 2003 أوكل لرجال الضبطية القضائية مهمة البحث والتحري عن الأشخاص المفقودين، وإعداد محاضر المعاينة وتسليمها لذوي حقوق المفقود أو لكل من له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من يوم وقوع الزلازل.¹

و عند الرجوع إلى نص المادة 02 من الأمر رقم 02-03 والمادة 02 من القانون رقم 03-06، فنجد هنا في حالة الكوارث الطبيعية وإثبات صفة الفقدان للأشخاص المفقودين في هاته الظروف، يجب توفر شروط وهي:

- ثبوت وجود الشخص في أي مكان من الأماكن التي وقعت فيها فيضانات 10 نوفمبر 2001 أو زلازل 21 ماي 2003.

- عدم ظهور أي أثر للشخص، بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته و لا بموته.

- عدم العثور على جثة الشخص رغم إجراء كل ما أمكن من تحريات.

- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء البحث، وتسليمه لذوي حقوقه أو لكل ذي مصلحة، في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من وقوع الفيضانات أو ثمانية أشهر من وقوع الزلازل.²

وحسب رأي الأستاذ عبد المجيد زعلاني، ونظرا للظرف الاستثنائي الذي فقد فيه الضحايا، أن المدد التي حددها كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 أنها مدد قصيرة نسبيا، مما يسمح لأقارب المفقود من التقدم في الإجراءات، وهي كافية بالنسبة للشرطة القضائية لكي تقوم خلالها بالتحقيقات اللازمة والتأكد من فقدان المعني.³

ويمكننا أن نلاحظ بالمقارنة مع ما أقرته الأحكام العامة في هذا الشأن، فإن إجراءات إثبات

1 أنظر المادة الثانية من الأمر رقم 03-06.

2 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 338.

3 عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودين فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 201.

الفقد هذه تتسم بالبساطة والسرعة في ترتيب حقوق ذوي المفقود، وخاصة ما تعلق منها بالآجال القصيرة التي يجب أن تسلم فيها محاضر المعاينة، خاصة مع العلم أن استصدار أحكام قضائية للعدد الكبير من المفقودين الذين أسفرت عنهم هذه الكوارث يتطلب وقتاً أطول و لإجراءات معقدة وطويلة، إضافة إلى ذلك فالمحاضر التي تعدها الضبطية القضائية وفقاً لأشكال القانونية تكتسي حجية كاملة في الإثبات.¹

الفرع الثاني: إثبات صفة الفقدان بالنسبة لمفقودي المأساة الوطنية:

لقد جاء النص في الفصل الرابع من الأمر رقم 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية²، على إجراءات خاصة لدعم التكفل بالمفقودين، وجاء بالعديد من الاستثناءات على القواعد العامة المقررة في قانون الأسرة، سواء ما تعلق منها بالإجراءات أو بالمواعيد أو الحكم، حيث أنه قد تخطى عن وجوب صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقوداً واكتفى بمحاضر المعاينة، وبالرجوع لنص المادة 27 من الأمر رقم 06-01 فنجدها بعد أن عرفت المفقود، بينت أن صفة ضحية المأساة الوطنية تترتب على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى، كما أن المادة 27 على أنه: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، التي فصل الشعب بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية. تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى).

وما نسجله هنا أن الأمر رقم 06-01 وافق في أحكامه كل من الأمر 02-03 والقانون 03-06، بتخليه عن الإجراءات التي يتطلبها صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقوداً، واكتفى هو الآخر بمحاضر المعاينة التي تعدها الضبطية القضائية وفقاً لأشكال القانونية، بعد أن

1 شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص 58.

2 الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص 3.

تتم عملية البحث والتحري بجميع الطرق القانونية عن الشخص ضحية المأساة الوطنية دون ظهوره وتبين مصيره¹.

وجاء أيضا المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية²، ليؤكد ذلك، فنصت المادة 02 منه: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث والتحري التي قامت بها).

وعند الإنتهاء من إعداد محاضر المعاينة وتحريها من قبل أعوان الشرطة القضائية، يتم تسليمها إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة، في أجل لا يتجاوز سنة واحدة من تاريخ نشر الأمر في الجريدة الرسمية.³

وربطا على ما سبق نجد هذا الأمر قد كرس بدوره فكرة الآجال القصيرة استثناء عما عليه العمل في القواعد العامة في قانون الأسرة، التي تقضي بأن لا تقل المدة عن سنة، إلا أن هذا الأمر قد جعل مدة التسليم أطول مما عليه في القوانين الخاصة بالكوارث الطبيعية السابقة، ويعود ذلك إلى ما تقتضيه خصوصية كل حالة عن الأخرى.⁴

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن المفقود في الظروف العادية لا تثبت له صفة الفقدان لمجرد غيابه وعدم العلم بحياته من موته، ويشترط صدور حكم قضائي يقضي بفقدان الشخص، خلافا للقوانين الجزائرية الخاصة والتي صدر كل منها في ظرف استثنائي، حيث اكتفى هنا المشرع الجزائري بمحاضر المعاينة والتي تسلم إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل من له مصلحة، وفي آجال قصيرة مقارنة مع ما ورد في قانون الأسرة.

1 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 201 .

2 مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فيفري سنة 2006 والمتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص 8.

3 أنظر المادة 02 /30 من الأمر 06-01.

4 شراين ابنتسام، المرجع السابق، ص 60.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الحكم بالفقدان:

في البداية هنا يجب التمييز بين الحكم بفقدان الشخص والحكم بموت المفقود، فالشخص المفقود يعتبر حيا قبل صدور الحكم بوفاته، ومعنى ذلك أنه ليس للحكم بالفقد أي أثر على الشخصية القانونية للمفقود التي تظل قائمة خلال الفترة ما بين الحكم بالفقد والحكم بالموت، فيعامل معاملة الشخص الحي، سواء بالنسبة إلى حقوقه المالية والتزاماته، أو بالنسبة إلى زوجته، وهو ما سنعالجه من خلال التطرق لمسألة المحافظة على الحقوق المالية للمفقود في المطلب الأول، و الآثار المتعلقة بالرابطة الأسرية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المحافظة على الحقوق المالية للمفقود:

يترتب على صدور حكم الفقدان عدة آثار منها ما يتعلق بأموال المفقود الخاصة ومنها ما يتعلق بمال غيره، وكما هو معلوم أن أموال الشخص المفقود تنقسم إلى قسمين؛ يحوي القسم الأول ما كان يملكه من عقارات أو منقولات قبل فقدانه، إضافة إلى ما له من ديون في ذمة الغير، أما القسم الثاني فهي تلك الأموال التي قد تؤول إليه من غيره بعد حادثة الفقدان وعادة تكون عن طريق الميراث أو الوصية وغيرها.

وفي هذا المطلب سنبيين الأحكام التي تكفل الحفاظ على هاته الحقوق، فنستعرض الأحكام التي تضمن رعاية مصالح المفقود وتحفظ عليه أمواله، بالإضافة إلى الأحكام التي تحافظ على حقوق المفقود في تركة الغير.

الفرع الأول: إدارة أموال المفقود:

من المعلوم في الشريعة الإسلامية و كذلك القانون، أن الأموال لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا بسبب معين من بيع أو وصية أو هبة أو ميراث أو غير ذلك.

وقد حرم الله تعالى أخذ الأموال إلا بأسباب معينة ومشروعة، ولا يجوز أخذ شيء منها إلا بحقه، ولا يصرف منه إلا لمستحقه، والمفقود لم يثبت موته حتى يورث ماله، ولم يعلم أو يثبت أنه تصرف في هاته الأموال تصرفا يزيل ملكيته عنها، ولا أنه اتصف

بأوصاف من سفه أو جنون تدعو للحجر عليه، وبذلك تبقى أمواله له، وعلى ذمته ما يطرأ عليها أي تصرف يزيل ملكه عنها، وبما أن المفقود عاجز عن النظر لنفسه وأن حفظ المال هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وضرورة من الضرورات الخمس، وقد شرع الإسلام العقوبات على أخذ مال الغير بدون مسوغ شرعي¹، فقد وجب على القاضي المحافظة على أمواله وأملاكه، لأنه مكلف شرعا بالنظر لكل من لا يستطيع النظر لنفسه كالصبي والمجنون².

ومن المعلوم أن المفقود طيلة فترة غيابه يصبح عاجزا عن القيام على شؤونه بنفسه، فإن هذا يقتضي وجود من ينوب عنه في إدارتها، ولتجنب ما قد يلحق أموال المفقود من أضرار، فيتوجب أولا حصر تلك الأموال، ثم تعيين من ينوب عنه في إدارة هذه الأموال، و كذا تحديد سلطات تصرف هذا النائب في مال المفقود وحدودها.

أولا: حصر أموال المفقود:

عالج المشرع الجزائري مسألة حفظ أموال المفقودين من الضياع، فنجده نص في المادة 111 من قانون الأسرة على أنه: (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون).

لذلك تعتبر عملية حصر أموال المفقود إجراء ضروريا الغرض منه المحافظة على أموال المفقود من كل استيلاء غير مشروع أو تلف أو ضياع يمكن أن تتعرض له، فنجد بعض الأحكام القضائية التي قضت بالفقد، قام فيها القاضي بتعيين موثق لحصر أموال المفقود³، حيث أن القضاة عادة ما يسندون هذه المهمة ولا يقومون بذلك شخصيا.

1 عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، 1994، ص 236.

2 يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 130.

3 قضية رقم 117/2003 المرفوعة أمام محكمة غرداية التي ورد في منطوق الحكم ما يلي: " حكمت المحكمة حال

كما نجد نص المادة 111 من قانون الأسرة صريحا في منح القاضي صلاحية حصر أموال المفقود، غير أنه ومن خلال التطبيقات القضائية يلاحظ أن القاضي لا يمكنه حصر هذه الأموال شخصا وبنفسه، و عليه يمكن للقاضي الإستعانة بتعيين خبير يتولى إعداد تقرير حول كل أموال المفقود المنقولة والعقارية وجردها وتحديدتها بدقة.

ثانيا: تعيين مقدم يتولى إدارة أموال المفقود:

للمحافظة على أموال وممتلكات المفقود التي تركها، لا تكفي عملية حصرها فقط، فلا بد أيضا من تعيين من يتولى رعايتها وإدارتها، إلى غاية التأكد من حياة المفقود أو موته، ولقد وضع المشرع الحدود التي يتصرف فيها هذا الوكيل أثناء إدارة وتسيير أموال المفقود.

1- صفة المقدم الذي يتولى إدارة أموال المفقود:

عند غياب الشخص عن أهله وبلده، ورفع من له مصلحة الأمر إلى القضاء، وجب على القاضي البحث والتحري عنه بعد معرفة مكان فقده، ووجهة سفره واسمه، وبيحث عنه مستخدما كل وسائل البحث والتحري، وإذا كان لهذا المفقود أموالا يجب على القاضي عند اصدار الحكم تنصيب من يحفظ على المفقود أمواله، والمفقود هنا عاجز عن تسيير شؤونه بنفسه¹.

واختلفت التسميات التي أطلقت على الشخص الذي ينصب لحفظ مال المفقود، إذ أن هناك من الفقهاء من أطلق عليه تسمية وكيل من أهل الفضل والأمانة²، وهي نفس التسمية التي قدمها الفقه الحنفي³.

أما المشرع الجزائري في المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري سماه المقدم: (على

فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علنيا حضوريا ابتداءيا الحكم بفقد المسمى (س) مع تكليف الأستاذ (ع) الموثق الكائن مقره بغرداية لحصر أموال المفقود في محضر رسمي في مهلة شهر من تبليغه بنسخة من هذا الحكم مع تعيين شقيقه (ل) لتسيير أمواله والمحافظة عليها". أنظر شارين ابتسام، المرجع السابق، ص 50.

1 جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 101..

2 الغرياني، المرجع السابق، ج 3، ص 102.

3 ابن عابدين، ج 6، المرجع السابق، ص 457.

القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون).

أ- تعريف التقديم:

عند قراءة نص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تحيل على المادة 99 من نفس القانون، والمقدم يعينه القاضي من بين الأقارب، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره ولو كان لا تربطه بالمحجور عليه علاقة قرابة.

- التقديم في اللغة:

المقدم من كل شيء أوله، قدمه جعل قداما، تقدم إليه في كذا، طلب منه وأمره وأوصاه به وفوض إليه، وقدم الشيء إلى غيره قرّ به منه، وقدم على الأمر أقبل عليه¹. مأخوذة من قام على الشيء قياما أي حافظ عليه، وقيم الصغير هو الذي يقومه ويتولى أمره، وكذلك بمعنى التكفل لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ.....﴾ سورة النساء 34.

- أما اصطلاحا: أو ما يعرف بالتقديم، فهي الولاية التي يفرضها القاضي على شخص راشد بأن يتصرف لمصلحة قاصر في تدبير شؤونه المالية، والقيم هو من يعينه القاضي لتنفيذ وصاية والقيام بأمر المحجور عليهم من قصر ومجانين وسفهاء وحفظ أموال المفقودين².

- أما التقديم قانونا: فقد عرف المشرع الجزائري المقدم في المادة 99 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: (المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو نقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة).

1 مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2 ، المكتبة الإسلامية، تركية، 2003 ، ص719

2 باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2010، ص 7.

ويلاحظ أن نص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري قد اعتمد مصطلح "مقدم" للشخص الذي ينصبه القاضي لحفظ أموال المفقود، ويستنتج من نص هاته المادة الأخيرة أنه يتمشى مع إذا كان الشخص المفقود فاقد الأهلية أو ناقصها مع عدم وجود ولي أو وصي، وبالتالي فإن وجود الولي أو الوصي يغني عن تعيين المقدم لحفظ أموال المفقود. فالتقديم أو القوامة، كما تسميها المادة 44 من القانون المدني الجزائري أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية¹، هي نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى القيم للولاية على مال المحجور عليه لأحد عوارض الأهلية.

وإذا كان المفقود عديم الأهلية أو ناقصها، فإن من كانت له الولاية أو الوصاية أو القوامة عليه، هو الذي يستمر في رعاية شؤونه، أما إذا كان كامل الأهلية وطال غيابه مما ترتب عليه تعديل مصالحه أو مصالح غيره، ففي هذه الحالة تقوم المحكمة بتعيين وكيل لإدارة أمواله، فإن كان المفقود قد عين وكيلاً عنه، وجب على المحكمة تثبيته متى توفرت شروط تعيينه، وإلا أقالته وعينت غيره².

وما يلاحظ أن مواد قانون الأسرة الجزائري لم تذكر الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة، ونجدها اكتفت بالنص على أن تعيين المقدم يكون بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وذلك حسب ما جاء في المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري، في حين نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نص على من تثبت له القوامة، والذي تنص المادة 01/469 منه على أنه: (يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره)، غير أنها لم تحدد درجة القرابة بين المقدم والشخص الخاضع لنظام التقديم³، كما أن القاضي

1 جاء نص المادة 44 من القانون المدني الجزائري كالتالي: (يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام

الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون).

2 علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة، مصر، 1984، ص 36.

3 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 619.

يفصل في طلب تعيين المقدم بواسطة أمر ولائي ويتأكد قبل ذلك من قبوله التعيين طبقا للمادة 471 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ب- شروط التقديم:

نشير بداية إلى أنه عندما نتحدث عن النائب الشرعي في قانون الأسرة؛ فيقصد به الولي أو الوصي أو المقدم بحسب الأحوال، كما أنّ المشرع حدّد في قانون الأسرة سلطات الولي وأخضع الوصي والمقدم لنفس الأحكام طبقا لمقتضيات المادتين 95 و 100 من قانون الأسرة الجزائري.

وحسب ما نصت عليه المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري، فإنّ المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، وهي تحيلنا على المادة 93 من قانون الأسرة؛ والتي تنص على أنه: (يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة).

- **الإسلام:** يشترط قانون الأسرة أن يكون المقدم مسلما أي أنه يدين بالدين الإسلامي، وعليه لا يقبل تعيين مقدم غير مسلم على أموال المفقود المسلم، أما غير المسلم فيجوز أن يكون مقدما على غير المسلم إذا توفرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون حسب بعض أقوال الفقه¹.

- **البلوغ والعقل:** يجب على المقدم أن يكون بالغا عاقلا حسب المادة 93 من قانون الأسرة فلا يتصور لغير البالغ والمجنون أن يكون مقدما، فهو بحاجة إلى من يرعى مصالحه وأمواله.

- **القدرة والأمانة وحسن التصرف:** فيجب أن يكون المقدم أهلا للقيام على شؤون المفقود وقادرا على حماية مصالحه²، كما يشترط في المقدم مثله مثل الوصي أن يكون أمينا حسن التصرف. فالإشراف على مصالح المفقود يستدعي أن يكون المقدم نزيها ويمتاز بحسن

1 نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وقضاء، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 296.

2 وهو ما تضمنته المادة 04/469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التدبير والحرص الشديد على ما هو مكلف به.

ويخضع مدى توفر هذه الشروط من عدمها للسلطة التقديرية للقاضي، فيمكن أن يقوم بعزل المقدم إذا لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة، وهو ما يستفاد من المادتين 100 و 93 من قانون الأسرة.

وفي هذا الصدد نشير أن المشرع الجزائري و طبقا للمادتين 09 و 09 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري، فإن القاضي في حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب عليه أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 09 مكرر 01 من قانون العقوبات، والمتمثلة في الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية والتي من بينها عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما¹، وهنا الحكم على الشخص بالحرمان من هذا الحق يعد عقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية، وعليه فلا يمكن له أن يكون مقدما على أموال المفقود من حكم عليه بمثل هاته العقوبات.

2- مدى سلطة المقدم على أموال المفقود:

عند تعيين القاضي مقدما يتولى إدارة أموال المفقود وتسييرها لا يعني بالضرورة أن يترك هذا الأخير حرا في تصرفه، إنما هو مقيد في ذلك ولا بد عليه أن يلتزم بمجموعة من الحدود والضوابط.

والأصل أن المقدم يعتبر أمينا أو حفيظا على أموال المفقود، ولذلك فإن أول واجباته أن يتسلم هذه الأموال بعد جردها، وأن يقوم برعايتها على أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد²، ومع عدم وجود نص قانوني في قانون الأسرة يوضح تلك الحدود والضوابط التي تحكم تصرفات المقدم في إدارته لأموال المفقود، يمكن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة استنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة.

1 أنظر المادتين 09 و 09 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري.

2 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 38.

أ- ضوابط إدارة المقدم لأموال المفقود:

كأصل عام يستطيع المقدم القيام بجميع أعمال الإدارة المعتادة دون الرجوع إلى المحكمة، فيكون له الحق في جمع المحاصيل، ويمكنه قبض الديون التي يقر بها أصحابها بأنها للمفقود، وليس له أن يخاصم عن دين لم يقر به الغريم، ولا في نصيب للمفقود في عقار أو عرض في يد غيره، لأنه ليس بمالك ولا نائب عن المالك، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وحفظ مال المفقود يتحقق فيما وصلت يد الحافظ إليه، فأما الخصومة وإقامة البينة فيما لم يكن في يده ليس من الحفظ، فيكون فيها كأجنبي آخر¹، وإنما يملك هذا الوكيل المخاصمة في دين بعقده هو، لأنه أصيل في حقوق عقده.

كما يجوز للمقدم أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من أموال المفقود كالثمار وما يشابهها، و يحفظ أموالها، لأن حفظ عينه عليه متعذر فيصير إلى حفظ أموالها، ولأنه مكلف بحفظ الصورة والمعنى، وهنا تعذر عليه حفظ الصورة فاكتفى بحفظ المعنى وهو المالية²، كما أن بيع المنقولات التي يسارع إليها التلف لا يعتبر من أعمال التصرف وإنما يعد من قبيل أعمال الحفظ.

وأما ما لا يتسارع إليه الفساد سواء كان عقارا أو منقولا فلا يجوز له بيعه، لأنه لا ولاية على الغائب وهو مكلف بحفظ مال الغائب فقط، والحفظ يتناول حفظ الصورة والمعنى، وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ضرورة تدعو إليه فلا يجوز حتى ولو احتاج لبيع ذلك لإنفاق على من تلزمهم نفقته³، ويجوز له أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد، لأجل أن ينفق منه على زوجة المفقود وولده ومن تلزمهم نفقته، ولا يعد هذا من القاضي قضاء على الغائب بل يكون تمكينا للمستحق من أخذ حقه، والوصول إليه، لأنهم لو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه، فالقاضي يعينهم على ذلك، فقد جاء في قوله (صلى الله عليه وسلم) لهند امرأة أبي

1 السرخسي، المرجع السابق، ج 11، ص 41.

2 جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 102.

3 السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 39.

سفيان: (خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف).¹

إضافة لما سبق يمكن أن يقوم المقدم بجميع الأعمال اللازمة للمحافظة على أموال المفقود، وبقائها صالحة لوجه الاستعمال الذي خصصت له، كالترميمات وإصلاح الأعطاب التي تصيب الآلات المخصصة لاستغلال الزراعي أو الصناعي أو استبدالها بغيرها، على أن سلطة الوكيل على أموال المفقود لا يجوز أن تتعدى أعمال الإدارة المعتادة، فلا يجوز له مثلا أن يغير من وجه الإستغلال الذي خصصت له هاته الأموال كأن يبني على الأرض الزراعية أو يحول مزرعة إلى مصنع حتى ولو كان في ذلك مصلحة ظاهرة للمفقود.²

ب- تصرفات المقدم الخاضعة للإذن القضائي:

تنص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها : " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام" والتي تحيل إلى المادة 95 من قانون الأسرة، والتي بدورها اعتبرت أن " للوصي نفس سلطات الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون والتي تتحدث عن سلطات الولي على أموال القاصر، وحددت بعض التصرفات بحيث لا يمكن للمقدم القيام بها إلا إذا تحصل على إذن من القاضي، وهي:

ب-1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة:

هنا نجد أنه يجوز للمقدم أن يبيع العقار المملوك للمفقود، لكن يتعيّن عليه طلب الإذن من قاضي شؤون الأسرة المختص، والذي يجب عليه أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، على أن يتمّ بيع العقار بالمزاد العلني طبقا لنص المادة 89 من قانون الأسرة، وهذا كلّه حماية لأموال المفقود.

كذلك الشأن بالنسبة لقسمة العقار وإجراء المصالحة، إذ لا بدّ للنائب من الحصول على إذن من القاضي، هذا الأخير يتوجب عليه تعيين خبير لتقييم الحصص ومعاينتها

1 رواه البخاري، وهو رواية السيدة عائشة رضي الله عنها صحيح البخاري كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه بالمعروف 6/534 برقم 5364 ، صحيح مسلم كتاب الاقضية باب قضية هند 6/248 برقم 1714 .

2 علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 40.

ميدانيا لأنّ القسمة وإجراء المصالحة عادة ما تستوجب تقديم مشروع قسمة أو صلح، وهذا يحتاج إلى مخططات، وهذا العمل الفني لا يستطيع القاضي التأكد منه وحده، لذا حفاظاً على حقوق المفقود يتوجب عليه تعيين خبير ليتمكن القاضي من إصدار حكمه بالقسمة أو الصلح.

إلى جانب ذلك اشترط المشرع حصول النائب الشرعي على إذن القاضي في حالة رهن العقار، باعتباره حقا عينيا تبعا له آثار خطيرة قد تؤدي إلى نزع ملكية هذا العقار في حالة عدم تسديد الدين.

ب-2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

لقد اشترط المشرع حصول النائب الشرعي على الإذن إذا ما أراد بيع منقولات القاصر أو المفقود ذات الأهمية، ولكنه لم يضع معيارا معينا لمعنى الأهمية الخاصة، خصوصا إذا كان معنى الأهمية الخاصة لمنقول معين يختلف من شخص لآخر، فما يعتبره الشخص الفقير مهماً يعتبره شخص آخر غني غير ذي أهمية، كما أنه يرى بعض الفقه أنه يتعين على المقدم أن يحصل على إذن من القاضي عند بيع أي منقول مملوك للمفقود كبرت قيمته أو قلت.

ب-3- التصرف في أموال المفقود بالإقراض أو الاقتراض على حسابه:

إقراض مال المفقود فيه تعطيل لهذا المال لبقائه دون استثمار، والاقتراض فيه احتمال أن تنجم خسارة لذا فالمقدم ممنوع من هذين التصرفين لخطورتهما إلا إذا أذن القاضي بهما¹.

1 حيث تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري: (على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة، 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، 3 - استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد).

ج- رقابة القاضي على المقدم:

يجب أن يقدم المقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي عرضا عن إدارة أموال المفقود وعن أي إشكال أو طارئ يتعلق بمهمته طبقا لنص المادة 2/471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يتعين عليه أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم حسابا عنها بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى ورثة المفقود.

وحسب ما جاء في المادة 97 من قانون الأسرة، فإن المقدم ملزم عند انتهاء مهمته بتسليم أموال المفقود التي في عهده، وكذلك ملزم بتقديم حساب وإثباتات مؤيدة بالمستندات عن إدارته لأموال المفقود، وقد حددت هذه المادة مدة شهرين كحد أقصى لتسليمها.

3- تقاضي المقدم نيابة عن المفقود:

بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء اتفقوا على أنه إذا باشر الوكيل تصرفا لحساب المفقود، فإنه يستطيع مقاضاة الغير في شأن هذا التصرف، بل إن هذا الحق يظل ثابتا للوكيل حتى بعد عودة المفقود، لأن ما وجب بعقده فهو أحق بالمخاصمة فيه، كذلك أيضا أنه لا يمكن للمقدم أن يكون خصما نيابة عن المفقود بالنسبة للتصرفات التي يكون هذا المفقود قد أجزاها قبل فقده¹.

لكن عند إدعاء شخص على المفقود حقا من دين أو مطالبة باستحقاق أو شركة أو عقار أو رد بعيب أو زواج أو طلاق، فإن دعواه تكون غير مقبولة، إذ لا يجوز القضاء على الغائب بغير خصم عنه، والمقدم هنا ليس بخصم عن المفقود، بل هو مجرد أمين على أمواله، كما أن ورثة المفقود لا يخلفونه إلا بعد موته، ويسري نفس الحكم إذا كان التصرف الذي أجزاه المفقود قد أكسبه حقا من الحقوق كنصيب في عقار أو منقول في يدي شخص آخر، أو دين، أو وديعة، إذ لا يجوز للوكيل أن يخاصم فيه من جده، لأنه لا يعدو أن

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 43.

يكون حفيظا على أموال المفقود، وحفظه يتحقق فيما وصلت يده إليه¹.

وإن كان إجماع الفقهاء منعقدا على أن الوكيل لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يتقاضى نيابة عن المفقود، إلا أن آراء الفقه الإسلامي قد تباينت بصدد الحالة التي يأذن فيها القاضي للوكيل بالتقاضي نيابة عن المفقود، وذلك على رأيين:

- الرأي الأول: أن حكم القاضي لا ينفذ إلا إذا أقره قاض آخر وسند هذا الرأي أن تلك المسألة مختلف فيها، ومن ثم يكون القاضي الأول قد اجتهد في نفس القضاء، فيسري عليه المبدأ المقرر لحالة صدور الحكم من قاض محدود في قذف لتشابه الحالتين، ومؤدى ذلك عدم جواز إنفاذ الخصومة إلا إذا أمضاها قاض آخر².

- الرأي الثاني: وهو الراجح أن الخصومة تنفذ دون توقف على إمضاء قاض آخر، لأن المجتهد فيه ليس نفس القضاء بل سببه، وبمعنى أوضح لأن اجتهاد القاضي لا ينصب على مدى حقه في إنفاذ خصومة الوكيل، وإنما ينصرف إلى واقعة أخرى مفادها هل تكون البيئة حجة على الغائب من غير خصم حاضر أم لا، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه أسوة بحالة الأخذ بشهادة المحدود في قذف³.

ويعتبر الرأي الأخير الأقرب لمصلحة المفقود ومصلحة دائنيه على حد سواء، فهو من ناحية أولى يحفظ على المفقود حقوقه التي لم يقر بها مدينوه، إذ أن هذه الحقوق قد تضيع عليه إذا ما أجلنا المطالبة بها إلى حين عودته، خاصة إذا طالت مدة انتظاره، و من ناحية أخرى يحفظ على الغير حقوقهم ويرعى مصالحهم التي قد تتداخل إذا لم نفصل في دعاوهم طوال فترة غياب المفقود، هذا إلى أن هذا الرأي يعتبر أكثر تماشيا مع روح العصر الذي نعيش فيه حيث تتشابك العلاقات وتتعدد إلى أقصى الحدود، كما انه يتفق مع الحلول التي قررها اغلب الفقهاء، ومثال ذلك ما قرره البعض من أنه إذا كان المفقود قد اشترى

1 السرخسي، المرجع السابق، ج 11، ص 41.

2 الزيلعي، المرجع السابق، ص 310.

3 السيواسي، ج 6، المرجع السابق، ص 440؛ السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 41.

شيء دون أن يعجل الثمن كله أو بعضه، وعجز الوكيل والورثة عن الوفاء بحق البائع في الأجل المضروب جاز للقاضي بيع المبيع وإيفاء الثمن للبائع¹.

وفي حالة إذا كان المفقود قد رهن شيئاً قبل فقدانه، وحل أجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن دون أن يوفي الورثة أو الوكيل بحق الدائن، كان لصاحب الدين أن يطلب بيع المرهون ليستوفي حقه من حسيلة بيعه²، وإذا كان الحق الذي يطالب به الغير متعيناً، كما لو باع المفقود قبل غيابه عقاراً توافرت بالنسبة له شروط الأخذ بالشفعة، كان لجاره طلب الشفعة دون انتظار عودته³.

وتظهر أهمية هذا الرأي خاصة في حالة الوديعة أو الدين، ذلك أن الأخذ بالقاعدة التي تقضي بعدم جواز القضاء على الغائب بغير خصم على إطلاقها من شأنه منع الوكيل من المطالبة بحق المفقود إذا كان مدينوه غير مقرين ومعترفين بهذا الحق، وقد يتوفى هؤلاء المدنيين دون أن يوصوا بحق المفقود وتكون عليهم ديون أخرى فيضيع عليه ماله، أما إذا أجزنا للقاضي أن يأذن للوكيل بالمخاصمة في ذلك وأن ينفذ خصومته، فإن هذا سيحفظ حق المفقود من الضياع، وهو ما قرره أنصار الرأي الثاني⁴.

وبالرجوع إلى بعض التشريعات العربية، نجد المشرع المصري قد اعتنق هذا الرأي حين أوجب على الوكيل أن يعرض على المحكمة ما يرفع على المفقود من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ، وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة⁵، وكذلك حين ألزمه باستئذان المحكمة قبل رفع الدعاوى على غرماء المفقود إلا إذا كان التأخر في رفعها من شأنه أن يصيب المفقود بضرر أو يؤدي إلى ضياع حق له⁶، كما استلزم المشرع الحصول

1 ابن عابدين، ج 6، المرجع السابق، ص 459.

2 ابن عابدين، المرجع نفسه، ص 460.

3 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 205؛ الزيلعي، ج 3، المرجع السابق، ص 311.

4 السرخسي، ج 11، المرجع سابق، ص 41.

5 المادة 42 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال.

6 المادة 12/39 من المرسوم بقانون المشار إليه.

على هذا الإذن أيضا قبل التنازل عن الحقوق والدعاوى، وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام¹.

4- إنهاء مهام المقدم:

بالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم ينص على أسباب إنتهاء مهام المقدم، مثلما نص عليها بشأن الوصي والولي في المواد 91 و 96 من قانون الأسرة، إلا أنه في المادة 100 من قانون الأسرة نص على أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، وعليه وقياسا يمكننا القول أن أسباب إنتهاء مهام الوصي هي نفسها أسباب إنتهاء مهام المقدم².

أ- موت المفقود حقيقة أو حكما:

إذا ثبتت موت الشخص المفقود حقيقة بالبينة أو شهادة الشهود، أو أصدر القاضي حكما يقضي بموت المفقود بعد إنقضاء مدة إنتظار المفقود اللازمة حسب كل حالة، فهنا لم يبق مبررا لمواصلة المقدم لمهامه في إدارة أموال المفقود وعليه تنتهي مهامه حتما.

ب- حالة ظهور المفقود حيا:

إذا رجع المفقود إلى أهله حيا، فهنا يسلم المقدم جميع ما يديره من أموال وأعمال إلى صاحبها الأصلي، وتنتهي مهامه.

ج- حالة وفاة المقدم أو فقده :

في حالة موت المقدم أثناء القيام بمهامه ، هنا تنتهي مهامه قانونا، وفي حالة فقدان المقدم، وهنا تنتهي مهامه أيضا ويعين القاضي خلفا له لتسيير أموال المفقود، وعلى ورثة المقدم أن يسلموا أموال المفقود عن طريق القضاء³.

د- زوال أهلية المقدم:

1 المادة 13/39 من المرسوم بقانون المشار إليه.

2 أنظر المواد 90 و91 والمواد 96 و97 و98 من قانون الأسرة الجزائري.

3 أنظر المادة 97 من قانون الأسرة.

بالرجوع للمادة 93 من قانون الأسرة نجد أنها تشترط في المقدم أن يكون عاقلاً وقادراً، وبناء عليه فإن أصيب المقدم بأحد عوارض الأهلية أو بسبب من أسباب إنعدامها، فقد إختل شرط من شروط صلاحية تعيين المقدم، كأن يصيبه جنون أو سفه، فهنا لا يمكنه رعاية أموال المفقود وتنتهي مهامه.

هـ- حالة إستقالة المقدم:

يمكن للمقدم أن يتقدم إلى قاضي شؤون الأسرة بطلب إعفائه من مهام إدارة وتسيير أموال المفقود وللقاضي النظر في هذا الطلب وإذا قبل به هنا نكون أمام سبب من أسباب إنتهاء مهام المقدم.

و- حالة عجز المقدم و عزله:

إذا صار المقدم عاجزاً عن إدارة وتسيير أموال المفقود والمحافظة عليها لسبب صحي، أو لعدم مقدرته على ذلك، هنا يمكن للقاضي الحكم بإنهاء مهام المقدم، كما أن للقاضي الحق في عزل المقدم إذا ثبت لديه أن المقدم لم يحسن المحافظة على أموال المفقود وإدارتها، وأظهر تسيباً وإهمالاً في تسييرها وكانت تصرفاته تهدد مصلحة المحافظة على مال المفقود بناء على طلب من له مصلحة¹.

ثالثاً: الإلتزامات المالية في ذمة المفقود:

بالرجوع لنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يتولى المقدم الذي تعينه المحكمة بموجب الحكم الصادر بالفقد، تسيير أموال المفقود وما يتبع ذلك من تنفيذ للإلتزامات التي تنشأ عن ذلك.

فخلال الفترة ما بين الحكم بفقد المفقود والحكم بموته يعد المفقود حياً، وبالتالي فإنه يقع تحمل الإلتزامات المالية على ذمته المالية، فالمفقود يعتبر مسؤولاً عن النفقات الواجبة عليه تجاه زوجته وأولاده وللمن يقع عليه حق نفقتهم ، ولا يحكم برفع النفقة على المفقود إلا

1 أنظر المادة 96 من قانون الأسرة

بعد صدور الحكم بموته، ولا يجوز أن ينطبق على المفقود لاعتباره حيا خلال الفترة بين الفقد وقبل صدور الحكم باعتباره ميتا، كما أنه نتيجة إدارة وتسيير أمواله من قبل المقدم تتشأ أعباء و التزامات جراء ذلك ، يتم الوفاء بها من الذمة المالية للمفقود¹.

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بميراث المفقود في الفقه الإسلامي والقانون:

قد يكون المفقود مورثا أي يكون هو الميت الذي تنتقل تركته إلى غيره من ورثته، وقد يكون المفقود وارثا من غيره كأن يموت شخص يكون المفقود أحد ورثته.

الميراث في مال المفقود في حالة توريث الغير من المفقود، فإن أموال المفقود لا تورث حتى يتبين أمره، فتبقى أمواله على ملكه وتحفظ له إلى حين عودته أو الحكم بموته، فإن ثبتت وفاته في تاريخ معين ومحدد هنا انتقلت تركته إلى ورثته الموجودين على قيد الحياة في ذلك التاريخ المعين الذي مات فيه².

وإن لم تعلم حياته من موته بدليل واستمر على ذلك، بقيت أمواله على ملكه إلى أن يحكم القاضي بوفاته بعد مرور مدة الإنتظار، وهنا تنتقل تركته إلى ورثته الموجودين على قيد الحياة حين صدور الحكم بالوفاة، إذ أن المفقود يعد ميتا بالنسبة لأمواله من حين تاريخ الحكم بوفاته لا من تاريخ الحكم بالفقدان، ويعتبر تاريخ الحكم بموته هو تاريخ الوفاة وعلى ذلك من مات من ورثته قبل صدور الحكم فإنه لا يرث من المفقود³.

أما الحالة الأخرى؛ وهي عندما يكون المفقود وارثا، فإنه طالما لم يحكم بوفاة المفقود لا بناء على دليل ولا بناء على غلبة الظن والتحري وفقا لاجتهاد القاضي، فيعتبر المفقود حيا ويرث من مات من مورثيه، لكن هنا يرث بمقتضى التقدير والاحتياط لأنه قد يكون ميتا

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 330.

2 حسنين محمد مخلوف، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص ص 167، 168.

3 مصطفى عاشور، علم الميراث، مكتبة القرآن للطبع والنشر، القاهرة، دون سنة، ص 196.

في الحقيقة أو يحكم بموته، وسنعالج فيما يلي حالة ميراث المفقود من الغير.

أولاً: توريث المفقود من غيره في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء بالنسبة لميراث المفقود من غيره، فعند الحنفية لا تثبت له أي حقوق من غيره كالميراث والوصية والهبة، فلا يرث من غيره لعدم تحقق شروط الإرث فيه وهو نحقق حياته، و حياة المفقود غير محققة، بل هناك احتمال أن يكون ميتاً، فهو لا يرث ولا يورث¹.

أما رأي جمهور الفقهاء هو أن المفقود يرث من غيره، ويعتبر حياً، فيحدد له نصيبه على هذا الأساس حتى يتبين أمره²، ويوقف له نصيبه من تركة مورثه الذي مات في أثناء فقده، أما عن فائدة وقف نصيب المفقود، فالغرض منها رجاء تحقق حياة المفقود بعد موت مورثه³، لذا اعتبر المفقود في مدة فقده وارثاً لغيره احتياطاً لاحتمال أن يكون حياً وقت وفاة مورثه، وعليه يوقف له نصيبه إلى أن تتبين حقيقة أمره، بظهوره حياً أو الحكم بموته، فإن ظهر حياً ورجع أخذ نصيبه المحجوز له⁴.

وإن لم يظهر وحكم القاضي بموته ، فنميز هنا بين حالتين:

1- الحالة الأولى: إذا حكم القاضي على المفقود بالموت بناء على دليل يثبت ذلك بالبينة:

فهنا لا خلاف بين الفقهاء على أنه متى ثبت للقاضي موت المفقود ببينة شرعية أو أوراق رسمية أو غيرها من الأدلة، فإن وفاته تكون من التاريخ الذي أسندت البينة أو الأوراق الرسمية إليه وفاته، لأن حكمه في حكم الموت الحقيقي⁵، وعليه يكون:

1 وهبة الزحيلي، افقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص421.

2 وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 421.

3 محمد عليش، ج 4، المرجع السابق، ص 317.

4 محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 508.

5 مؤمن أحمد ذياب شويح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص 110.

أ- فإن كان تاريخ موته متأخرا عن موت مورثه، كان مستحقا لهذا النصيب المحجوز له بالميراث، فيضم إلى بقية أمواله الأخرى لتكون فقط لورثته الموجودين وقت الحكم بوفاته دون من مات قبل ذلك التاريخ.

ب- و إن كان تاريخ موته سابقا على تاريخ موت مورثه، فإن النصيب الذي كان موقوفا له لا يستحقه بل يرد إلى مستحقيه من ورثة المورث الآخرين، لعدم تحقق شرط من شروط الإرث فيه، وهو حياة الوارث وقت موت المورث، ولا يستحق ورثة المفقود غير أمواله الأخرى¹.

ج - أما إن جهل تاريخ موته، بأن لم يعلم إن كان قبل موت مورثه أم بعده، فكذلك الأمر لا يستحق شيئا من الحصة المحجوزة له، ويرد هذا النصيب المحجوز للورثة الآخرين ولا يستحق ورثة المفقود شيئا غير أمواله الأخرى، لأن حياته وقت موت مورثه مشكوك فيها والميراث يثبت بيقين لا بالشك².

2- الحالة الثانية: إذا حكم القاضي بموت المفقود اجتهادا منه، وتصبح هنا الوفاة حكمية.

في هذه الحالة التي لا يعلم فيها عن المفقود حياة أو موت ويحكم القاضي بموته بعد مرور مدة من الزمن، فقد اختلف الفقهاء فيمن يستحق النصيب الموقوف له ، إذا ما حكم على المفقود بالموت، فهل يعتبر ميتا من تاريخ الحكم بالموت أم من تاريخ الفقد، وبناء على ذلك فالفقهاء في هذه المسألة على قولين:

أ- القول الأول: يكون النصيب الموقوف للمفقود، كما لو علمت حياته بعد موت مورثه، فيدفع المال المحجوز لورثة المفقود، لأن الأصل حياته ولا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن تربصه، وهو رأي الحنابلة في الصحيح عندهم ورجحه كثير من فقهاء المذهب³.

1 محمد طه أبو العال خليفة، أحكام الموارث، مرجع سابق، ص 542.

2 مريم أحمد الداغستاني، الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 2001، ص 11.

3 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 209؛ المرادوي، ج 7، المرجع السابق، ص 338؛ البهوتي، كشف

و يرى أصحاب هذا المذهب أنه ما دام لم يعلم موت المفقود حين وفاة مورثه، فإن ما يوقف له من إرث أو وصية يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها سائر أمواله، فينفق منه على زوجته، ويقضى منه دينه في مدة تريضه، ويورث عنه إذا حكم بموته، أما عن القدر الذي يوقف للمفقود من تركة مورثه، فغالبية أنصار هذا الرأي يقررون أن التركة يجب أن تقسم على فرض حياة المفقود، ثم تقسم مرة على فرض وفاته، ويعطى كل وارث اليقين، وهو أقل النصيبين على تقدير الحياة والوفاء ويعطى للمفقود نصيبه، أما ما زاد على ذلك فيكون للورثة أن يتصالحوا عليه¹.

أدلة أصحاب هذا القول: استدلت أصحاب القول الأول بأن النصيب الموقوف يعطى للمفقود بما يلي:

أ-1- طالما لم يحكم بموت المفقود، فإنه يرث من يتوفى من أقربائه أثناء فقدده، لأنه لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور الحكم المشار إليه، أما قبل ذلك فإنه يعد حيا وتثبت له كل أحكام الأحياء.

أ-2- ما دما قد سلمنا بأن المفقود لا يعتبر ميتا بالنسبة لأمواله الثابتة له إلا من تاريخ صدور الحكم بحيث لا توزع هذه الأموال إلا على ورثته الموجودين في هذا التاريخ المذكور، فإنه يتعين تقرير نفس المبدأ بالنسبة للأموال التي يكتسبها من غيره وقت الفقد بالميراث والوصية والهبة، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى الوقوع في التناقض، إذ يترتب عليه اعتبار المفقود حيا وميتا في آن واحد، فيكون حيا بالنسبة لأمواله الثابتة التي تركها قبل فقدده،

القناع، ج 04، المرجع السابق، ص 464.

1 أنظر: البهوتي، ج 4، كشاف القناع، المرجع السابق، ص 464؛ ابن قدامة، الكافي، ج 2، المرجع السابق، ص 399، النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص 1519. وهناك رأي آخر يرى أن التركة تقسم على فرض حياة المفقود فقط، ورأي ثالث يقرر أن التركة تقسم على الورثة الموجودين لأن حياتهم محققة، أما المفقود فلا يرث للشك في حياته. أنظر: المغني والشرح الكبير، ص 209. وجدير بالذكر أن صاحب المغني قد خرج عن هذا المذهب الحنبلي في هذه المسألة وقرر أنه إذا حكم بموت المفقود، فإن نصيبه في التركة يرد إلى ورثة مورثه، ولكنه أجاز لورثة المفقود أن يتصالحوا مع ورثة المورث على ما زاد عن نصيبه، على أن يكون ذلك قبل الحكم بموته. أنظر: ابن قدامة، المغني، ج 07، المرجع السابق، ص 211.

ويكون ميتا بالنسبة للأموال التي يكتسبها من غيره¹.

ب- القول الثاني: أن النصيب الموقوف يرد على ورثة مورث المفقود، أي على ورثة المورث الأول، وليس لورثة المفقود استحقاق في ذلك، لأنه لا يعلم أيهما مات أولا ولا توريث مع الشك، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية ووجه عند الحنابلة واختاره منهم ابن قدامة في المغني².

و يرى أصحاب هذا القول أن نصيب المفقود في الميراث أو الوصية يوقف إلى أن يتبين أمره، فإن ظهر حيا أخذه، وان حكم بموته رد المال إلى ورثة المورث أو الموصي.

- **أدلة أصحاب القول الثاني:** استدلت أصحاب القول الثاني برد الموقوف على ورثة مورث المفقود بما يلي:

ب-1- احتجوا لذلك بأن استصحاب الحال، وان كان يصلح سببا لإبقاء ما كان على ما كان، إلا أنه لا يصلح لإثبات أمر لم يكن ثابتا من قبل، وبديهي أن الإبقاء على أموال المفقود يعتبر إبقاء لما كان، في حين أن ضم نصيبه من إرث أو وصية فيه إثبات حق لم يكن ثابتا له.

ب-2- من شروط الميراث أن تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث وبعد شرطا لاستحقاق الإرث، ولما كان هذا الشرط غير متوفر بالنسبة للمفقود نظرا لأن حياته ليست ثابتة على وجه اليقين، فإن نصيبه في الإرث أو الوصية لا يضم إلى أمواله وإنما يوقف إلى أن يتبين أمره ويرتبط مصيره بمصيره³.

1 محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والموارث، مطبعة مخيمر، دون ذكر البلد والسنة، ص 255 .

2 ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج 6، ص 456؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص 486؛ النووي، المجموع شرح المذهب، ج 16، ص 68؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 208؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 464.

3 مصطفى خفاجي، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، ط02، 1948،

ب-3- أما الأموال التي كان يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكن مفقودا، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت سبب الملكية، أي أنه يعتبر بالنسبة لها ميتا من وقت الوفاة وذلك لأن حياته ثابتة بما يسمى له في الفقه باستصحاب الحال، أي اعتبار حال الحياة التي كانت قبل الفقد ثابتة بعده، واستصحاب الحال يصلح سببا لإبقاء الحقوق الثابتة ولا يصلح سببا لاكتساب حقوق جديدة¹.

ورد أصحاب الرأي الأول على القول بأن هذا من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في التناقض حيث يفرض المفقود حيا بالنسبة لأمواله الثابتة له ويفرض ميتا بالنسبة لأموال غيره، بأنه قول غير صحيح، ذلك أننا لم نعتبره بالنسبة لأموال غيره ميتا بيقين، بل رجحنا احتمال حياته، فلما صدر الحكم أصبحت وفاته مؤكدة منذ ذلك الوقت، وبهذا يتوافر شرط استحقاق وراثته لأموال تركته، أما شرط خلافته هو لمورثه فقد كان محل شك قبل صدور الحكم المشار إليه، ثم انقلب هذا الشك إلى يقين بصدور هذا الحكم، وبذلك يكون شرط استحقاقه للإرث منتفيا سواء قبل الحكم أو بعده².

ويعلق الكاساني على ذلك بقوله: (والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة، لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله، ولا تبين أم أرتة كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فال يرث أحدا كأنه ميت حقيقة، لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان، واستصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن، فتقع الحاجة إلى الإثبات

1 أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص584. أنظر: عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 02، 1938م، ص 260.

2 السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 43؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 303؛ الزيلعي، ج 03، المرجع السابق، ص 312.

واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن¹.

ثانيا: كيفية توريث المفقود:

طريقة استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود من تركة مورثه فذلك يتطلب التفرقة بين عدة حالات، وفي جميع الحالات فإن للمفقود بالنسبة للميراث من غيره لا يخرج عن ثلاث صور:

1- الصورة الأولى: حالة كون المفقود الوارث الوحيد للميت، ففي هذه الحالة يأخذ المفقود التركة كلها²، أو كون مع المفقود ورثة يحجبون به حجب حرمان، فلا تقسم التركة، بل توقف كلها حتى يتبين أمره³، فإن ظهر حيا أخذ المال كله، وان حكم بموته ردت التركة إلى الورثة كل بحسب نصيبه⁴، و مثاله: إذا توفي شخص عن ابن مفقود وكان له أخوة (سواء كانوا أشقاءه أو لأب)، أو توفي عن ابن مفقود وكان له أولاد أبناء (أبناء ابن وبنات ابن)، فالتركة توقف كلها للإبن المفقود؛ لأنه يحجب كل من أولاد الإبن والإخوة حجب حرمان، إذا ثبتت حياته أخذ كل التركة وإذا تحققت وفاته سواء بصور حكم قضائي أو بثبوت قرينة قاطعة على وفاته، فإن التركة في هذه الحالة تقسم على باقي الورثة كل بحسب نصيبه

2- الصورة الثانية، في حالة كون المفقود غير وارث، ففي هذه الحالة تقسم التركة من غير وقف⁵، لاعتباره غير وارث⁶، وذلك عندما يكون المفقود محجوبا حجب حرمان بوارث آخر أولى منه بالميراث، فهنا المفقود لا يرث شيء و تقسم التركة بين الورثة دون وقف نصيب للمفقود، مثال: توفي عن زوجة، ابن، وأخ شقيق مفقود.

1 الكاساني، ج 08، المرجع السابق، ص 313.

2 منصور الكافي، علم الفرائض (الموارث) في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2005، ص 127.

3 عمرو عيسى الفقى، الميراث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، د س، ص 180.

4 محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار السلام، الجزائر، د.س، ص 193.

5 عبد العزيز عزة، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2009، ص 192.

6 محمد عبد الله بخيث ومحمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة، ص 149.

فهنا التركة تقسم على الورثة ولا يوقف نصيب من التركة للأخ الشقيق المفقود؛ لأنه محجوب بالإين بالترجيح بالجهة، فجهة البنوة مقدمة على جهة الأخوة.

3- الصورة الثالثة، إذا كانت أنصبة من معه من الورثة تختلف على التقديرين، تقدير حياته وتقدير موته، وهنا اختلف الفقهاء في ميراثه وميراث من معه، على أقوال ثلاثة:

أ- القول الأول: ذهب فقهاء الحنفية¹ والمالكية²، والمشهور عند الشافعية³، والحنابلة على الصحيح من المذهب⁴، من أن الورثة يعاملون مع المفقود بالأضر، فلا يعطون إلا ما تيقن لهم، فيعمل مسألتين: الأولى على فرض أنه حي والثانية على احتمال أنه ميت، ثم تقسم المسألة على التقديرين، فمن نقص حقه بحياته قدر نصيبه كما لو كان المفقود حيا، ومن نقص حقه بموته قدر نصيبه كما لو كان المفقود ميتا لأن ما زاد عليه مشكوك في استحقاقه له، ومن ورث في حال دون حال لم يعط شيئا حتى يتبين حاله.

ب- القول الثاني: ذهب الشافعية في أحد الوجهين⁵، من أن تقسم على تقدير موت المفقود فقط، لأن هذا هو الظاهر من حاله، إذ لو كان حيا لتوصل خبره غالبا.

ج- القول الثالث: ذهب الشافعية في وجه⁶ والحنابلة على قول⁷، من أن المسألة تقسم على تقدير حياة المفقود فقط، لأن الأصل حياته.

والراجح: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأنه وسط بين القولين، والأحسن للمفقود ولباقي الورثة، وفيه يعطى كل وارث اليقين وهو أقل النصيبين على تقدير حياة المفقود أو

1 الكاساني، ج 8 ، المرجع السابق، ص 313 .

2 الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج05، المرجع السابق، ص 133 .

3 النووي، المجموع شرح المذهب، ج 17 ، دار الفكر، د ط ، د.س، ص 68.

4 ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 205.

5- النووي ، المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ج 16، ص 69.

6 النووي ، المرجع نفسه، ص 69.

7 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 206.

وفاته، والباقي يوقف للمفقود إلى أن يتبين أمره كما هو الشأن بالنسبة لميراث الحمل¹، أي أن طريقة حل المسألة التي يكون فيها مفقود تكون على مراحل، فتحل المسألة على فرض أن المفقود حي، ثم تحل المسألة على فرض أن المفقود ميت².

فإن كان المفقود يحجب الورثة حجب حرمان توقف التركة بأكملها إلى أن يتبين أمره، ومن سقط في إحداهما لم يأخذ شيئاً، ومن لم يختلف نصيبه في المسألتين أخذ اليقين وهو الأضر "الأسوأ" في حقه، ووقف الباقي وهو نصيب المفقود وفرق الأنصبة وقت ظهور المفقود فإن ظهر حياً أخذ نصيبه المحجوز وكمل للباقي أنصباؤهم، وإن حكم بموته أخذ الورثة التركة كل حسب نصيبه³.

4- أمثلة توضيحية على طريقة توريث المفقود:

وفيما يلي أمثلة عن كيفية استخراج ميراث المفقود:

أ- حالة إذا كان مع المفقود ورثة حاضرون و أنصبتهم لا تتأثر بتقدير موته أو حياته:

مثال 01: توفي عن: زوجة، و أخوين لأم، و أخ لأب، وأخ شقيق مفقود.

نحل المسألة على مرتين، على فرض حياة المفقود ثم على فرض وفاته ونقارن بين أنصبة الورثة.

1 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 6، ص 464. أنظر: نظام وجماعة من علماء الهند،

الفتاوى الهندية، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص 318.

2 البهوتي، كشف القناع، ج 4، المرجع السابق، ص 466.

3 محمد محدة، التركات والموارث، المرجع السابق، ص 279.

المسألة الثانية على فرض وفاة المفقود			المسألة الأولى على فرض حياة المفقود		
أصل المسألة	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة	الأنصبة	الورثة
24			12		
3	4/1	زوجة	3	4/1	زوجة
4	3/1	أخوين لأم	4	3/1	أخوين لأم
5	عصبة	أخ لأب	0	0	أخ لأب
0	ميت	أخ شقيق مفقود	5	عصبة	أخ شقيق مفقود

عند المقارنة بين المسألتين، نرى أن نصيب كل من الزوجة والأخوين لأم لا يتغير، فهنا نعطي لكل منهما نصيبه كاملا، ويوقف نصيب الأخ الشقيق المفقود (05 سهام)، فإن ظهر المفقود حيا ورث وأخذه، أما إذا حكم بموته أو تبينت وفاته بالأدلة وكان تاريخ وفاته قبل وفاة مورثه هنا أخذ النصيب الموقوف للأخ تعصيبا.

مثال 02: توفي عن: زوج، و جدة، وعم، وأخ شقيق مفقود. وتحل المسألة على مرتين

المسألة الثانية على فرض وفاة المفقود			المسألة الأولى على فرض حياة المفقود		
أصل المسألة	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة	الأنصبة	الورثة
6			6		
3	2/1	زوج	3	2/1	زوج
1	6/1	جدة	1	6/1	جدة
2	عصبة	عم	0	0	عم
0	ميت	أخ شقيق مفقود	2	عصبة	أخ شقيق مفقود

عند المقارنة بين حل المسألتين، نلاحظ أن نصيب كل من الزوج والجدة لا يتغير في كلتا الحالتين، هنا نعطي كل وارث منهما نصيبه كاملا، ويوقف نصيب الأخ الشقيق المفقود، فإن ظهر حيا أخذه وان حكم بموته أو تبينت وفاته أخذه العم.

ب- حالة يكون المفقود هو الوارث الوحيد أو كان يحجب جميع الورثة حجب حرمان:

مثال 01: توفي شخص عن أب مفقود و أخوين لأم.

حساب النصيب الذي يوقف للمفقود يكون كما يلي:

نقوم بالحل على أساس مسألتين، الأولى على فرض حياة المفقود والثانية على فرض موته.

المسألة الثانية على فرض وفاة المفقود			المسألة الأولى على فرض حياة المفقود		
أصل المسألة	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة	الأنصبة	الورثة
3			1		
0	ميت	أب مفقود	1	عصبة	أب مفقود
$3 = (2+1)$	$3/1$	أخوين لأم	0	محجوبين	أخوين لأم

بالمقارنة بين حل المسألتين نجد أن المفقود يحجب الورثة حجب حرمان فنوقف

جميع التركة ولا نقسمها حتى يتبين حال المفقود.

مثال 02: توفي عن ابن مفقود، و أخ شقيق.

ونقوم بحلها على مرتين ، مرة على أساس حياة الإبن المفقود وأخرى على أساس وفاته

كالتالي:

المسألة الثانية على فرض وفاة المفقود			المسألة الأولى على فرض حياة المفقود		
أصل المسألة	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة	الأنصبة	الورثة
1			1		
0	ميت	أبن مفقود	1	عصبة	أبن مفقود
1	عصبة	أخ شقيق	0	محجوب	أخ شقيق

عند المقارنة بين حل المسألتين، نلاحظ أن المفقود حجب الوارث الذي معه وهو الأخ الشقيق حجب حرمان، نوقف كل التركة حتى يتبين أمر المفقود، فإن ظهر حيا دفعت له، وإن حكم بوفاته أو تبين أنه ميت أخذها الأخ الشقيق.

ج- في حالة كون المفقود غير حاجب لباقي الورثة:

فإن استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود ، يكون بتقسيم التركة مرتين كما يلي:

- مرة على فرض أنه حي
 - وأخرى على فرض أنه ميت
 - ثم نستخرج المسألة الجامعة، ونعطي كل وارث من الورثة أقل السهام، ويحتفظ بالنصيب الموقوف للمفقود إلى أن يتبين أمره¹.
- ويتم بذلك بالنظر بين أصلي المسألتين بالنسب الأربعة، التماثل والتداخل والتباين والتوافق:

- في حالة التماثل يكون أصل الجامعة هو نفس أصل المسألتين ولا إشكال.
- في حالة التداخل نأخذ أحدهما الأكبر نجعله أصلا للجامعة.
- في حالة التباين ، أصل الجامعة يكون حاصل ضرب كامل أصل المسألة الأولى في كامل أصل المسألة الثانية.
- في حالة التوافق يكون أصل الجامعة هو وفق أحد الأصليين ضرب كامل الأصل الآخر.

وعند تبين حال المفقود ومرور مدة الإنتظار التي ضربها القاضي يكون توزيع التركة والحل كالتالي:

- إذا ظهر المفقود حيا أخذ ما حفظ له.

1 مصطفى عاشور، علم الميراث، مرجع سابق، ص196، أنظر: محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 176.

- إذا ثبت موته بعد موت مورثه كان ما حفظ له حقا لورثته².

- إذا ثبتت وفاته قبل وفاة مورثه، أو لم تعلم حياته ولا وفاته، وإنما حكم القاضي بها بناء على ما توفر لديه من أدلة، لم يستحق المفقود شيئاً من التركة ورد هذا النصيب المحجوز له إلى من يستحقه من الورثة¹.

مثال 01: مات عن زوجة ، و أم ، و جد ، و ابن مفقود، وتحل كالتالي:

أصل الجامعة 24		على فرض وفاة المفقود			على فرض حياة المفقود		
يوقف	يعطى	أصل المسألة 12	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة 24	الأنصبة	الورثة
3	3	3	¼	زوجة	3	8/1	زوجة
4	4	4	3/1	أم	4	6/1	أم
6	4	3+2	6/1+ع	جد	4	6/1	جد
13	مجموع الموقوف	0	ميت	ابن مفقود	13	عصبة	ابن مفقود

ثم نقوم بإيجاد المسألة الجامعة وأصلها 24 ، فتصبح أنصبة الورثة كما يلي:

الحل: يعطى كل وارث نصيبه الأقل في المسألتين أي ادنى نصيب يرثه في الفرضين السابقين لأنه يأخذه في كلتا الحالتين فتأخذ:

الزوجة 03 سهام و الأم 04 سهام وللجد 04 سهام

وعليه يكون مجموع النصيب الموقوف 13 سهما، تبقى موقوفة إلى أن يتبين أمر المفقود،

1 محمد صبحي نجم، محاضرة في المواريث والتركات والوصايا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص

فإن ظهر حيا أخذها كلها، وفي حالة حكم القاضي بموته فإنها ترد إلى مستحقيها¹، فتأخذ منها الزوجة 03، والأم 04، والجد 06 لكي يستوفوا ما تبقى من أنصبتهم.

مثال 02: توفيت عن: زوجة، أخ لأم، ابن عم شقيق و بنت مفقودة،

فإن استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود يكون بالخطوات التالية :

نقوم بقسمة التركة على مرتين، إحداهما على فرض حياة المفقود والثانية على فرض موته، ونحتفظ بالنصيب الموقوف إلى أن يتبين أمر المفقود².

ويكون الحل كما يلي: يعطى كل وارث النصيب الأقل في الفرضين التاليين:

أصل الجامعة 24		على فرض وفاة المفقود			على فرض حياة المفقود		
يوقف	يعطى	أصل المسألة 12	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة 8	الأنصبة	الورثة
3	3	3	4/1	زوجة	1	8/1	زوجة
4	0	2	6/1	أخ لأم	0	محجوب	أخ لأم
5	9	7	عصبة	ابن عم	3	عصبة	ابن عم
12	مجموع الموقوف	0	ميتة	بنت ابن مفقودة	4	2/1	بنت ابن مفقودة

ثم نقوم بإيجاد المسألة الجامعة وأصلها 24، فتصبح أنصبة الورثة كما يلي:

يعطى كل وارث نصيبه الأقل في المسألتين أي ادنى نصيب يرثه في الفرضين السابقين لأنه يأخذه في كلتا الحالتين فتأخذ:

الزوجة 03 سهام و الأخ لأم 04 سهام و ابن العم 09 سهام

وعليه يكون مجموع النصيب الموقوف 12 سهم، تبقى موقوفة إلى أن يتبين حال

المفقود، فإن رجع حيا ورثها، وفي حالة حكم القاضي بموته فإنها ترد إلى مستحقيها، فيأخذ

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 68، أنظر محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 177.

2 محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 177.

منها الزوجة 03 سهام و الأخ لأم 04 سهام و ابن العم 05 سهام.

ثالثا: ميراث المفقود من غيره في القانون الجزائري وبعض التشريعات العربية:

1- ميراث المفقود من الغير في القانون الجزائري:

لقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور¹، حيث نص في المادة 113 من قانون الأسرة على أنه: (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون).

بالرجوع لنص المادة 109 من قانون الأسرة نجدها صريحة في عبارتها الأخيرة على أنه: (... لا يعتبر مفقودا إلا بحكم)، وهنا وجب علينا التفرقة بين الحكم بفقدان الشخص والحكم بموته، فقبل الحكم بالفقد لا يمكن اعتبار الشخص مفقودا، ومن ثم فلا مجال للكلام عن أية أحكام تتعلق بالمفقود، وعلى ذلك فإننا نقصد بمركز المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا، أي مركزه خلال الفترة بعد صدور الحكم بفقدانه وقبل صدور الحكم باعتباره ميتا.

وقد بينت المادة 115 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أنه: (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته)، كما نصت المادة 133 من هذا القانون في فقرتها الأولى على أنه: (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون).

وعليه نستخلص أن المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا، يعتبر حيا بالنسبة لجميع الأحكام دون تفرقة بين الأحكام التي تضره وتفيد غيره كتقسيم أمواله على ورثته، والأحكام التي تفيده وتضر غيره كاستحقاقه الإرث عن مورثه، فقبل الحكم باعتباره ميتا تبقى له شخصيته القانونية²، ومن ثم تكون له صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات.

1 بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2013، ص 509.

2 تطبيقا لنص المادة 01/25 من القانون المدني: (تبدأ شخصية الإنسان بنمام والدته حيا وتنتهي بموته).

ويترتب على ذلك أن أموال المفقود الخاصة تظل ملكا له ولا توزع على ورثته، وذلك بصريح نص المادة 115 من قانون الأسرة حيث لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله على ورثته إلا بعد صدور الحكم باعتباره ميتا، ومن ثم فإنه قبل صدور هذا الحكم تبقى أمواله مملوكة له.

كذلك يرث المفقود في تركة غيره بصريح نص المادة 133 التي تعتبر الوارث المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا وتعتبره حيا، ولذلك فإن المفقود قبل صدور هذا الحكم يدخل ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بفقده وقبل صدور الحكم عليه بالموت الحكمي، وطالما أن المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا يعتبر في نظر القانون الجزائري حيا فإنه تصح له الوصية والهبة.

وما يجدر بالتوضيح هنا أن استحقاق المفقود الإرث في تركة غيره، واستحقاقه الوصية والهبة عن غيره، هي أمور أو أحكام تنفع المفقود وتضر غيره، ومع ذلك فإن المال المورث للمفقود عن غيره والمال الموصى له به والموهوب له يكون ملكا خاصا له ولا يعاد إلى تركة مورثه أو تركة الموصي أو إلى الواهب، إذا حكم على المفقود باعتباره ميتا بعد ثبوت حقه في الإرث أو الوصية أو الهبة، بل يدخل هذا المال ضمن تركة المفقود ويوزع على ورثته هو¹، وليس على الورثة الذين كانوا ينتظرون التأكد من وضعيته، فهو من الناحية القانونية حي وبالتالي تتأكد ملكيته لنصيبه²، وهو الأمر الذي يستفاد من نص المادة 111 من قانون الأسرة (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع...)، ذلك أن من بين المهام المنوطة بالمقدم الذي تعينه المحكمة في الحكم الذي

1 إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص 944.

2 بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 182.

تصدره بفقد المفقود، تسيير أموال المفقود وتسلم ما استحقه قبل أن يحكم بموته، من ميراث أو تبرع ريثما يتم توزيعه مع باقي أموال المفقود على ورثته عندما يحكم باعتباره ميتاً¹.

ويمكننا القول أن المركز القانوني للمفقود قبل الحكم باعتباره ميتاً في القانون الجزائري، هو مركز أخذه عن المذهب الحنبلي الذي لا يفرق في هذا الشأن بين الأحكام التي تضر المفقود وتنفع غيره وبين الأحكام التي تنفع المفقود وتضر غيره؛ حيث يعتبر حياً بالنسبة لها جميعاً طالما لم يصدر الحكم باعتباره ميتاً بعد، كما نلاحظ أن موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بمركز المفقود قبل الحكم باعتباره ميتاً يختلف عن موقف المشرع المصري الذي يأخذ بمذهبي الإمام أبي حنيفة والإمام مالك، حيث يفرق بين الأحكام التي تضر المفقود وتنفع غيره وبين الأحكام التي تنفع المفقود وتضر غيره.

2- ميراث المفقود من الغير في بعض التشريعات المقارنة:

أ- في القانون المصري:

نجد المشرع المصري اتبع رأي الحنفية والمالكية، وذلك بموجب المادتين 02 و45 من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943، حيث نصت المادة الأولى على أنه: "يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً"، ونصت المادة الثانية² بأن: "يوقف للمفقود من تركته نصيبه فيها، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه..³".

1 إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 944.

2 ونجد أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي أيضاً قد أخذ في مادته 332 بحكم مطابق لهذه المادة من قانون الموارث المصري؛ أنظر: دعيح المطيري، أحكام الميراث على ضوء قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002، ص 197.

3 كما أخذت بهذا الحكم أيضاً مجلة الأحكام العدلية، أنظر في ذلك: سليم رستم، شرح المجلة، دار الثقافة، الأردن، د.س، ص 21.

فقد قرر المشرع المصري رد هذا النصيب إلى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصي الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصي ليوزع فيما بينهم، وهذا يعني أن المشرع عامل المفقود في هذه الحالة كما لو كان ميتا من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم، وبيرر هذا الخروج عن الأصل أن حياة المفقود طوال فترة الفقد ليست إلا مجرد حياة احتمالية لا تكفي لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره، حيث أن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية هو تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصي¹.

وهنا المشرع المصري نظم هذه المسألة بنص حاسم، وهو ما يعود بنا إلى الخلاف الواقع عند بعض شراح قانون الأسرة الجزائري في مسألة ميراث المفقود، والذي نرى أن أحد أسبابه يكمن في تردد المشرع وعدم النص صراحة وبشكل حاسم على هذه المسألة، فالمادة 133 السابقة، ذكرت أن الوارث إذا كان مفقودا فهو يعتبر حيا، وسكتت دون الإشارة إلى أن المال الموقوف يكون من حقه هو ويوزع على ورثته هو أن حكم بموته، ولا يرد على ورثة مورثه.

وعند نظرنا في موقف المشرع المصري؛ وهو رد النصيب الموقوف على ورثة مورث المفقود وقت موته، ولم يكتف بفكرة وقف ذلك النصيب دون بيان مصيره، وهو ما ناره مسألة مهمة تستدعي إعادة النظر في نص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري، بالنص صراحة على أن المال الموقوف للمفقود الذي اعتبر حيا، سيوزع على ورثته هو إن حكم بموته، ولا يرد على ورثة مورث المفقود وقت موته.

وقد وضح المشرع المصري الإجراءات الواجب إتباعها في قسمة أموال التركة أو غيرها من الموال التي يكون المفقود شريكا فيها، فأوجب على الوكيل أن يستأذن المحكمة في قسمة هذه الأموال بالتراضي إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك، على أن تقوم المحكمة بتعيين الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات التي يلزم إتباعها، كما أوجب عليه أيضا أن

1 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، مرجع سابق، ص 144.

يعرض على المحكمة عقد القسمة لكي تتأكد من عدالتها¹.

أما إذا أرت المحكمة أن القسمة الإتفاقية لا تكفل الحفاظ على حقوق المفقود، فيكون لها أن تأمر باتخاذ إجراءات القسمة القضائية، وفي هذه الحالة يتعين تصديق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص، ويجوز لهذه المحكمة عند الإقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك².

وفي حالة رفضت التصديق، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم، ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص³.

بالإضافة لذلك فقد نص المشرع المصري على أنه: (إذا رفعت دعوى على المفقود من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرار جسيما)⁴.

كما نجد نصوص قانون المرافعات المصري قد خولت النيابة العامة السلطات التي تمكنها من الحفاظ على حقوق المفقود في تركة الغير، وأوجبت على أقارب الشخص المفقود أن يبلغوها بغياب أي احد من أفراد الأسرة متى كان مقيما معهم، وذلك تحت العقوبات الجنائية المتمثلة في الغرامة أو الحبس لمدة لا تتجاوز السنة إن كان القصد من عدم التبليغ هو الإضرار بالغايبين⁵.

1 المادة 40/1 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال.

2 المادة 40 / 2، 3 من المرسوم المشار إليه.

3 المادة 40 / 4، 5 من المرسوم المشار إليه.

4 المادة 41 من المرسوم المشار إليه.

5 علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 70.

ومتى تم إبلاغ النيابة العامة كان عليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الغائبين بأن تحصر مؤقتا ما لهم من الأموال الثابتة أو المنقولة وما عليهم من التزامات في محضر يوقع عليه ذوو الشأن، ولها أن تأمر بوضع الأختام على كل أو بعض الأموال وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 955 وما بعدها من قانون المرافعات المصري، ولها بناء على ما يصدر من قاضي الأمور الوقفية، أن تأمر بنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان آمن¹، كما لها أن تتخذ كل الإجراءات التحفظية التي من شأنها الحفاظ على أموال المفقود.²

ومتى تم جرد الأموال كان على النيابة العامة أن تقوم بتسليمها إلى وكيل الغائب على أن ترفع محضر الجرد إلى المحكمة للتصديق عليه بعد التحقق من صحة البيانات الواردة فيه.³

وإذا عينت المحكمة للتركة مصفيا قبل التصديق على محضر الجرد، يتولى المصفي جرد التركة كلها ويحرر محضرا مفصلا بما لها وما عليها يوقعه هو وممثل النيابة العامة ووكيل الغائب ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، أما إذا كان تعيين المصفي بعد التصديق على محضر الجرد فيسلم الوكيل عن الغائب نصيبه في التركة إلى المصفي بمحضر يوقعه هو و المصفي وممثل النيابة العامة ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، وذلك ما لم يرد المصفي إبقاء المال كله أو بعضه تحت تصرف يد الوكيل عن الغائب لحفظه وإدارته مؤقتا حتى تتم التصفية، ويثبت ذلك على نسختي محضر الجرد المشار إليه ويوقع عليه الأشخاص السابق ذكرهم، وعند انتهاء التصفية يسلم ما يؤول إلى الغائب من

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 70.

2 أنظر المادتين 984 و985 من قانون المرافعات المصري.

3 أنظر المادتين 989 و990 من قانون المرافعات المصري.

التركة إلى وكيله مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 989 وما بعدها¹.

ب- في القانون السوري:

لقد أخذ المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية في حكم ميراث المفقود من غيره بمذهب الجمهور، أي أنه قضى بحفظ النصيب المستحق للمفقود من تركة الغير بصورة مؤقتة ريثما يتبين حاله ومصيره، وقد نص في المادة من قانون الأحوال الشخصية 302: (يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه.)²

1 أنظر المادة 991 من قانون المرافعات المصري.

2 عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص 690.

المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بالرابطة الأسرية :

إن اعتبار المفقود حيا في القانون الجزائري خلال مرحلة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته فإنه يترتب عليه إضافة إلى الآثار المتعلقة بأموال المفقود، آثار متعلقة بالرابطة الأسرية منها وجوب النفقة في ماله لكل من له عليه حق النفقة، فضلا على الإبقاء على الرابطة الزوجية.

وتوضيح ذلك، يتطلب منا أن نبين أولا تحديد المستحقين للنفقة والأموال التي يثبت فيها هذا الحق، ثم نأتي بعد ذلك إلى الآثار التي تترتب على الفقد بالنسبة لزوج المفقود.

الفرع الأول: النفقات الواجبة على المفقود:

تنص المادة 78 من قانون الأسرة أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج ، والسكن وأجرته، وكل ما يلزم ويعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وهذه النفقة هي التي ينفقها الشخص على زوجته وأولاده وأقاربه وثبت وجوبها بالأدلة من الكتاب والسنة والإجماع ، وأن من أسباب وجوبها الزوجية والقرباة ، وبما أنه عند صدور الحكم بالفقدان يعتبر الشخص المفقود حيا فإنه يتحمل بالالتزامات، ومنه تكون النفقة واجبة على زوجته وأولاده وأقاربه

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أن: (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون).

و نصت المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث).

من خلال نص المادتين نجد أنه يثبت حق النفقة لزوج المفقود ولفروعه وإن نزلوا وأصوله وإن علوا، مع الإشارة إلى أن النفقة تجب للزوجة حتى في حالة كونها موسرة، لأن حقها في النفقة يثبت بالعقد و الاحتباس، ولا يتأثر باليسر والعسرة، أما من سواها فلا يستحق

النفقة إلا إذا كان محتاجا لها.

كما تنص المادتين 74 و 75 من قانون الأسرة الجزائري أن نفقة زوجة المفقود على المفقود، و نفقة أولاد المفقود الصغار تجب على والدهم المفقود، بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، والكبار من الإناث والذكور المصابين بمرض يمنعهم عن الكسب¹، فيما تنص المادة 77 من قانون الأسرة على أن نفقة أصول المفقود كأبيه وأمه، ما داموا في حاجة إلى النفقة فإنها تقع على ابنهم المفقود وتأخذ من ماله.

وتجدر الإشارة أن المادة 76 من قانون الأسرة تنص على أنه في حالة عجز الأب فإن نفقة الأولاد تجب على الأم إذا كانت قادرة على ذلك.

كما أنه يحق لمستحقي النفقة المذكورين؛ رفع دعوى قضائية لإثبات حقهم في النفقة من مال المفقود، فإن تقرير هذا الحق من طرف القاضي لا يعتبر قضاء على الغائب بغير خصم، وهو ما لا يجوز في نظر أغلبية الفقه الإسلامي، لأنه يعد تمكينا للمستحق من الحصول على حقه في النفقة².

كما بين الفقهاء أنه ليس للوكيل أو القاضي أن ينفق من مال المفقود على غير من سبقت الإشارة إليهم، كما لو كان للمفقود أخ أو عم فقير عاجز عن الكسب، لأن نفقة ذوي الأرحام لا تنقرر بغير قضاء، والقضاء على الغائب أو المفقود بغير خصم لا يجوز، فسلطة القاضي لا يجوز أن تتعدى تلك الحالات التي تتحقق فيها مصلحة المفقود، وهذا غير متوفر بالنسبة لنفقة ذوي الأرحام، لأنها لا تنقرر بناء على صلة الدم المباشرة، وإنما تعد من قبيل البر بهم والإحسان إليهم³.

1 تنص المادة 2/75 من قانون الأسرة: "...وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

2 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 78.

3 السيواسي، ج 6، المرجع السابق، ص 135؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 8، المرجع السابق، ص 315؛

وبالرجوع إلى رأي المشرع الجزائري نجده أخذ بهذا الرأي، حين نص في المادة 100 على سلطات المقدم في التصرف في أموال المفقود، بإحالته على المادة 88 من قانون الأسرة، والتي أكدت على وجوب تصرف المقدم في تلك الأموال تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، ولم يجرز للمقدم التبرع بمال المفقود، ولا أن يطلب إذناً بذلك.

أولاً: نفقة زوجة المفقود:

النفقة هي حق ثابت من حقوق الزوجة على زوجها، وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة للزوجة على زوجها سواء كانت فقيرة أم غنية أو مسلمة أم غير مسلمة أو صحيحة أم مريضة أو كبيرة أم صغيرة وان كان الزوج غائباً أم حاضراً أو سليماً كان أو غير سليم¹ وقد حث على وجوبها الشرع من خلال الكتاب والسنة والإجماع،

أما السنة النبوية فهي غنية بالأحاديث الصحيحة الدالة على ذلك فمنها: عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبة الوداع فقال: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله.....، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)².

إما الإجماع فقد أجمع علماء الإسلام من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يوم الناس هذا وجوب نفقة الزوجة على زوجها ولم يخالف في ذلك واحد³.

أما وجوبها قانوناً فقد نصت عليها المادة 74 من قانون الأسرة بما يلي: (تجب نفقة

السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 39.

1 مالك بن أنس، المرجع السابق، ص 451.

2 النسائي، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، إشراف: شعيب الأرنؤوط، ج 08، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2001، ص 269.

3 عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، د ط، 2010، ص 171.

الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوته إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 80.79.78 من هذا القانون)، من خلال نص المادة نجد أنه يثبت حق النفقة لزوجة المفقود على زوجها، مع الإشارة إلى أن النفقة تجب للزوجة حتى في حالة كونها موسرة، لأن حقها في النفقة يثبت بالعقد و الاحتباس، ولا يتأثر باليسر والعسر، ويلاحظ أن قانون الأسرة لم ينص على حالة إذا لم يكن للزوج المفقود مالا ينفق منه على زوجته، وإنما اتجه مباشرة في حالة عدم النفقة والغيبة لمدة سنة وفي حالة فقدان إلى إمكانية طلب التطلاق مباشرة، دون البحث في موضوع الحصول على النفقة¹.

ففي هذه الحالة نعود إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من نفس القانون، وفي هذا الأمر اختلف الفقهاء: فعند الحنفية ليس للقاضي تطليق الزوجة بسبب إعساره لأن إعساره لا يسوغ التطلاق سواء أكان الزوج حاضر أو غائبا، و رأي الجمهور أن للقاضي تطليق الزوجة بإعسار الزوج مطلقا حاضر أو غائبا، إلا أن المالكية قالوا: (إذا كان الزوج قريب الغيبة يرسل إليه أن يأتي أو يرسل النفقة وإذا كان بعيد الغيبة كحالة الفقد فللقاضي الحكم بالتطلاق)².

و بطبيعة الحال تتضرر الزوجة من هذه الوضعية ، فقد يغيب الزوج لمدة طويلة دون أن يرسل لها النفقة، ولهذا كان على المشرع أن لا يغفل على هذه النقطة ويجد حلولا لها من باب الحماية القانونية للأسرة.

- مدى أحقية زوجة المفقود في الإستدانة بالنفقة على حساب زوجها المفقود:

في كثير من الحالات قد لا تبادر زوجة المفقود إلى طلب التطلاق لعدم الإنفاق رغم توفر شروطه، وتفضل التريث منتظرة عودته أو ثبوت موته، لعدة أسباب.

1 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط 01، 2008، ص 149.

2 وهبه الزحيلي ، المرجع السابق، ص 814.

ولقد اختلف الفقه الإسلامي حول ما إذا كان يحق للقاضي أن يأذن للزوجة بالإستدانة على حساب زوجها المفقود إذا لم يكن قد ترك لها مالا للنفقة.

فقد ذهب إبراهيم النخعي وأبو حنيفة في رأيه الأول، إلى أنه يتعين على القاضي أن يأذن للزوجة بالإستدانة متى طلبت ذلك¹، وقد استندا في تأييد وجهة نظرهما هذه إلى حديث هند زوجة أبي سفيان²، وقال بأن القاضي يلتزم بسماع بينة الزوجة على قيام الرابطة الزوجية، فإذا حضر الزوج، فإن القاضي يكلفها بإعادة البينة عليه، فإن فعلت قضى عليه بما أنفقته في المدة الماضية، وإن عجزت لم يقض عليه بشيء³.

وهناك رأي مخالف لذلك، ذهب إليه شريح والإمام أبو حنيفة في رأيه الثاني، وهو عدم جواز إجابة الزوجة لطلبها بالاستدانة على حساب زوجها المفقود⁴.

من خلال عرض هذين الرأيين، يتضح أن الرأي الأول هو الأجدر بالترجيح، لأن فيه نظر لحق الزوجة والزوج على السواء، لا سيما إذا لاحظنا أن عدم إجابة الزوجة إلى طلبها سيجعلها تتجه لا محالة إلى طلب التطليق لعدم الإنفاق، وفيه تفريط في حقوق المفقود وهدم لكيان الأسرة قبل التثبت من موت المفقود أو حياته.

و عليه يتبين أن إذن القاضي للزوجة بالإستدانة يصدره على مسؤوليتها، فإن كانت محقة في دعواها قضى على الزوج عند حضوره بسداد الدين، والا فلن يلتزم الزوج بشيء.

ورغم عدم وجود نص صريح في التشريع الجزائري يسمح لزوجة المفقود بطلب الإستدانة على حساب زوجها، إلا أنه يمكن القول بإمكانية تطبيق هذه الفكرة، استنادا إلى

1 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج 1 و ج 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 398.

2 الحديث سبق تخريجه.

3 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 86.

4 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 42، 43.

نص المادة 80 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، وكذلك المادة 993 من القانون المدني والتي أفرت صراحة بأن النفقة تكون دينا في ذمة المدين بها، حيث جاء فيها: (يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: ... النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر (6) الستة الأخيرة).

وقد أخذ المشرع المصري بهذا النظر، حينما نصت المادة الأولى في فقرتها السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أنه: (تعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء)¹، فقد سوى هذا النص فيما يتعلق باعتبار النفقة دينا في ذمة الزوج، بين الزوج الحاضر والزوج الغائب، وهو ما يحمل على أن للزوجة أن تستدين بالنفقة على حساب زوجها.

ثانيا: نفقة الأولاد:

جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة على أنه: (تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول ويستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب).

من خلال نص المادة نجد أن من حق الولد على أبيه أن ينفق عنه ولا تسقط إلا إذا ثبت للولد مال ينفق منه، ومنه نفهم من أن الولد تبقى له النفقة واجبة شرعا وقانونا مادام عاجزا عن الكسب، وتستمر هذه النفقة بالنسبة للذكر ببلوغه سن الرشد²، والأنثى إلى الزواج

1 المادة 1/6 من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 . الجريدة الرسمية العدد 27 في 4 يوليو 1985 . انظر: عبد الفتاح مارد، مرجع سابق، ص72.

2 م ق ع 1991/04 بتاريخ: 1989/12/25 (من المقرر قانونا انه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون)، ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون قد خالف القانون،

و دخولها بيت الزوجية¹.

ولوجب هذه النفقة لابد أن يكون المنفق موسرا، وكذلك يجب أن يكون المنفق عليه أي الأولاد (يشمل الذكور والاناث) بحاجة إلى هذه النفقة وليس له كسب يستغني به عن نفقة أبيه².

وعليه فللقاضي أن يفرض لأولاد الأب المفقود نفقة من ماله الذي يحفظه المقدم، وإذا لم يكن للمفقود مال ينفق منه على أولاده فتجب نفقتهم على أهمهم إذا كانت قادرة على ذلك، وذلك طبقا لنص المادة 76 من قانون الأسرة.

ثالثا: نفقة الأصول:

والأصول هم الأبوان، والأجداد، والجندات من جهة الأب أو جهة من جهة الأم .

حسب ما ورد في نص المادة 77 من قانون الأسرة والتي تقضي بأنه: (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث) ومنه فإن المشرع الجزائري ألزم الأصول بالإنفاق على فروعهم متى كانوا موسرين والفروع معسرين، والعكس بالنسبة للفروع وذلك حسب درجة القرابة في الارث والقدرة

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ، أنظر عبيدي الشافعي، القواعد الموضوعية والإجرائية لقانون الأسرة مذيلا بمبادئ الفقه القضائي، دار الهدى الجزائر، سنة 2016 ، ص 60.

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ: 1999/02/26 (من المقرر قانونا أن الأنتى تستحق النفقة حتى يتم الدخول بها إلى بيتها الزوجي أو حصولها على كسب)، ومتى تبين في قضية الحال أن القضاة لما قضاوا بحرمان البنيتين من النفقة دون توضيح السبب المعتمد عليه في حكمهم من أن نفقة البنت تبقى على عاتق والدها إلى أن تنتقل إلى بيت الزوجية أو حصولها على كسب، وعليه فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 75 من قانون الأسرة، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص النفقة، أنظر عبيدي الشافعي، المرجع نفسه، ص 60.

2 يوسف عطا محمد حلو ، المرجع السابق، ص ص 137.138.

والاحتياج¹.

وهنا يمكننا القول أنه على القاضي عندما يكون أصولا للمفقود هم بحاجة إلى نفقة أن يحكم لهم بها من مال المفقود الذي بيد المقدم، وإذا لم يكن له مال فهو معفى شرعا وقانونا وذلك طبقا لنص المادة 77 من قانون الأسرة : (... حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة).

1 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هوم، الجزائر، ط 04، 2013، ص 107.

الفرع الثاني: التفريق لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي والقانون:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على استمرار الحياة الزوجية، وقد جعلت مبدأ قيامها على التأييد المبني على السكينة والمودة والاستقرار، غير أن هذه الحياة الزوجية المستقرة قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها ويغيره كفقدان الزوج أو غيابه، مما يلحق ضرراً بالغاً بالزوجة مما يستوجب رفع هذا الضرر.

ونجد أحكام الشريعة الإسلامية أنها عالجت مثل هذه الحالات التي تعتري الحياة الزوجية، فكما هو معلوم أن للزوجة حقوق وواجبات؛ فلها حقوق على زوجها وعليها واجبات، فلقد كفلت الشريعة الإسلامية حقوقها إذا أدت واجباتها، وفي حالة فقدان شخص ما وترك زوجته دون أن يكون له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها، لذا يطرح التساؤل حول حق زوجة المفقود في المطالبة بالتطليق إن تركها زوجها دون نفقة، وفي حالة إن ترك لها مالا تنفق منه على نفسها فهل لها الحق في المطالبة بالتطليق بناء إلى فقدان زوجها؟

وستعرض إلى مسألة التفريق بسبب فقدان الزوج في الفقه الإسلامي أولاً ثم موقف القانون من هاته المسألة ثانياً فيما يأتي:

أولاً: التفريق القضائي لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي:

1- التفريق بين الزوجين بناء على فقد الزوج:

وقع الاختلاف بين الفقهاء في حكم التفريق بسبب فقدان الزوج، لأنه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة ما يبين حكمه، فاجتهد الفقهاء في هذا الموضوع بناء على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين وما توصلوا إليه من اجتهاد، فاختلفت وتباينت آراءهم بالنسبة لطلب الزوجة التفريق عن زوجها المفقود، فمنهم من أعطاهم هذا الحق ومنهم من خالف ذلك، على النحو التالي:

أ- القول الأول: لا يفرق بين المفقود وزوجته:

وبه قال الحنفية و الشافعية¹، فقال فقهاء الحنفية أنه لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته لأنهم يعتبرونه حيا في حق نفسه ميتا في حق غيره²، أي أنه يجري عليه حكم الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، فلا يجوز إذن التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره، أو مات أقرانه، وبناء عليه فزوجة المفقود تبقى على ذمة زوجها المفقود حتى يأتيها البيان، أي التيقن من حياته أو موته³.

والى نفس الرأي ذهب الشافعية فقالوا بعدم جواز التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه أو تنقضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين و الثمانين و التسعين، و لم يكتفوا بذلك بل اشتراطوا للتفريق بعد انقضاء المدة اجتهاد القاضي والحكم بموته، كما قالوا أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لغيبه الزوج فقط، وان طال غيبته، لأنه لم يقد دليل شرعي يدل على ذلك، واستدلوا لرأيهم بانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق⁴، لأنهم يرون أنه لا فسخ بغيبه، وأنه لا فسخ ما دام الزوج موسرا و إن انقطع خبره⁵.

و دليلهم في ذلك:

- قول النبي (صلى الله عليه وسلم) في امرأة المفقود، حيث قال: (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ، " أو " حتى يأتيها الخبر)⁶.

1 الكاساني، مرجع سابق ج 6 ، ص 196. أنظر : السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 35. أنظر: الشريبي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997 ، ص 578 ؛ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ص 1519 .

2 أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت ، لبنان، 1997، ص 138.

3 جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف

4 محمد عقلة، نظام الاسرة في الاسلام، مرجع سابق، ج 3، ص 223. أنظر: بدارن أبو العينين بد ارن، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 294.

5 أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط 1، 1967، ص 148.

6 أنظر: الدار قطني ، سنن الدار قطني، ج02، دار عالم الكتب، بيروت ، ط 04، 1986، ص421.

- ما روي عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق " أو " حتى يأتيها يقين موته)¹.

- وما روي عن عبد الله بن مسعود أنه وافق عليا على أنها تنتظره أبدا²، أي أن لا تطلب التفريق حتى يتبين لها حال زوجها بموته أو طلاقها.

ب- القول الثاني: الرأي المؤيد للتفريق للفقدان:

قال بهذا الرأي الحنابلة والمالكية، ولكنهم لم يؤيدوا التفريق مطلقا ولكن في بعض الحالات³، والشافعية في قول⁴، فقالوا بجواز التفريق لغيبه الزوج، وذلك حتى لو ترك لها تنفق منه مدة غيابه، إذ الغياب يسبب ضررا للزوجة، والضرر يجب رفعه ما أمكن⁵، لكنهم اختلفوا في المدة التي يمكن فيها طلب الطلاق، على النحو التالي:

ب- 1- الحنابلة: يفرق الحنابلة في مسألة التفريق للفقدان بين حالتين:

-المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: كمن فقد بين الصفين في القتال أو كمن فقد في غرق سفينة، أو كمن يخرج لحاجة قريبة ولا يرجع، في هذه الحالة تترىص زوجته أربع سنوات ثم تعتد عدة الوفاة⁶.

-المفقود في غيبة يغلب عليها السلامة: كالمسافر للتجارة أو طلب العلم أو سياحة، ففي

1 الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ معاني المنهاج، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ، ص 48.
2 عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج 6، دار التأصيل، مصر، ط 1، 2015، ص 54.
3 بن قدامة، ج 7، مرجع سابق، ص 205 إلى 207؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 5، مرجع سابق ص 479، الخرشي، ج 3، مرجع سابق، ص 310، الدسوقي، ج 2، مرجع سابق، ص 519.
4 الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 07، دار الفكر، بيروت، 1984، ص 212.
5 أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، لبنان، 1998، ص 178.
6 ابن قدامة، المغني، ج 11، مرجع سابق، ص 247.248. أنظر: المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج 7، دار إحياء التراث العربي، ط 02، د س، ص 336.

هذه الحالة روايتان : الرأي الأول يقول بعدم تقسيم ماله وعدم التفريق بينه وبين زوجته حتى تثبت وفاته أو تمضي عليه مدة يموت فيها أقرانه، وهذا الأمر يخضع لاجتهاد القاضي، والرأي الثاني يرى انتظار 90 سنة من يوم الفقد ثم التفريق.

كما يرى الحنابلة أن المدة التي يمكن فيها للزوجة أن تطلب الطلاق هي التي يمكن فيها للزوجة أن تطلب التطليق هي ستة أشهر فأكثر¹، استنادا إلى ما روي عن عمر رضي الله عنه في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الغزو وسمعتها عمر في إحدى الليالي منشدة، فسأل عمر عنها، فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها بأن يرجع، ثم ذهب إلى حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا، فقال لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت خمسة أشهر ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقومون أربعة أشهر ويسيرون شهرا راجعين².

أما الغيبة التي يمكن فيها التطليق فهي التي تكون بغير عذر، وبالتالي إن كانت لعذر فلا يفرق بينهما، أما إن لم تكن بعذر فإنه لا يفرق بينهما إلا بعد أن يرأسه الحاكم بأن يقدم أو تنتقل إليه امرأته، وإلا طلق عليه القاضي بعد أن يضرب لها مهلة باجتهاده، أما إن كانت الرسائل لا تصل إليه أو جهل مكانه فإنه يفرق بينهما في الحال دون أي إمهال، ولم يتم تحديد الأعدار حصار وإنما للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

وتكون الفرقة عند الحنابلة فسحا لا طلاقا، لأنها فرقة من جهة الزوجة وتكون فسحا، ولا تكون إلا بحكم القاضي³.

1 بدارن أبو العينين بدارن، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 2، 1961، ص 294؛

أحمد فارح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 178.

2 ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 143.

3المرداوي، المرجع السابق، ج9، ص384. أنظر: عمرو خليل، مرجع سابق، ص 145.

ب-2- المالكية:

أخذ المالكية بالتفريق للفقد في حالات ولم يأخذوا به في حالات أخرى، وقسموا بذلك أحوال المفقود إلى أربعة حالات:

- مفقود في أرض الإسلام: يحكم بوفاة هذا المفقود بعد مضي أربعة أعوام ويفرق بينه وبين زوجته.¹

- مفقود في صف المسلمين في قتال العدو: وأما زوجة المفقود في القتال الواقع بين المسلمين والكفار فإنها تعتد بعد مضي سنة كائنة بعد الفحص عن حاله.²

كما جاء في كتاب البيان والتحصيل أنه (قال سحنون: قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عن المفقود في أرض الإسلام بين الصفين، والمفقود في أرض العدو بين الصفين، كم تعتد امرأته؟ فقال: سنة، قيل له: تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشرا؟ قال: نعم، قيل له: ومتى يضرب لها أجل سنة؟ أمن يوم فقد، أم من يوم يضرب لها السلطان؟ قال: من يوم يضرب لها السلطان، وينظر في أمرها).³

- مفقود في القتال والفتن بين المسلمين: وأما المفقود في معترك المسلمين الذي شهدت البينة العادلة أنه حضر المعترك، فتعتد زوجته، ويقسم ماله بعد الفراغ من القتال، والاستقصاء في الكشف عنه، ولا يضرب له أجل فلو شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط، فإنه يكون كالمفقود في بلاد المسلمين ولا يفرق بينهما إلا بعد مرور أربع سنوات.⁴

1 ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، المرجع السابق، ص567.

2 النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص42.

3 ابن رشد، البيان والتحصيل، نفسه، ص368.

4 العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج2، دار الفكر - بيروت،

بدون طبعة، 1414هـ - 1994م، ص93.

- مفقود بسبب الأسر: لا يفرق بينه وبين زوجته لأن حياته معلومة، ولم يقصد الإضرار بها إلا بعد مرور سن التعمير¹ مع اختلاف فقهاء المالكية في سن التعمير بين من قال سبعين عاما ومن قال ثمانين ومن قال تسعين.

والخلاف في أصناف المفقودين عند مالك وأصحابه كثير، قال ابن رشد: وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع، والمعروف بالقياس المرسل²

أما بالنسبة لزوجة الغائب؛ الذي غاب غيبة غير منقطعة، فيرى المالكية³ والحنابلة⁴، أن من غاب عن امرأته غيبة غير منقطعة فلها الحق في المطالبة بالفرقة.

وقول المالكية على المعتمد عندهم أن مدة الغيبة سنة فأكثر، والقاضي يفرق في الحال إن كان مكانه غير معلوم، أما إن كان مكانه معلوما فإنه يرأسله ويحدد له مهلة في ذلك⁵.

كما يقولون أن للزوجة هنا الحق في طلب التطليق سواء كانت الغيبة بعذر أم بغير عذر، على خلاف الحنابلة، لأن المرأة تتضرر في الحالتين ووجب رفع الضرر، والطلاق هنا يكون بائنا لأن الفرقة عندهم طلاق وليس فسخ، حتى لا يتمكن من المراجعة فيكون ذلك مواصلة للضرر⁶.

كما يمكننا القول أن للتفريق بسبب الغيبة عند القائلين به شروطا وهي:

1 ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص568.

2 ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، مرجع سابق، ص52-53.

3 النوادر والزيادات، ج5، ص253

4 ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص208.

5 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، مرجع سابق، ص431.

6 أحمد الغندور، الطلاق، نفسه، ص148.

- النفقة: يجب على الزوج الغائب أن ينفق على زوجته من ماله حال غيابه، فإذا ترك ذلك وطلبت الزوجة الفرقة فإنه يفرق بينهما لتترك النفقة¹.

- أن تكون الغيبة طويلة: وهذا الشرط متفق عليه عند القائلين بالتفريق لكنهم مختلفون في تحديد المدة الطويلة، فالمالكية في المعتمد عندهم يقولون أنها سنة فأكثر من تاريخ غيابه، والحنابلة يقدرونها بستة أشهر فأكثر من وقت غيابه².

- الكتابة إلى الزوج الغائب: إذا كان الزوج معلوم المكان وتصله الرسائل كتب إليه القاضي بأن يعود إلى زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها، ويضرب له أجلا معيناً، ويبين له أنه انقضى الأجل دون أن يستجيب لطلبه فرق القاضي بينهما، أما إذا كان مجهول المكان فلا يعتبر هذا الشرط.

- أن تخشى على نفسها الضرر بسبب الغيبة: كأن يغيب الزوج مدة تستوحش فيها المرأة وتتضرر فعلا من تركه لها، بأن تخشى على نفسها الوقوع في الزنا، إذ الفرقة هنا كانت بسبب الضرر الواقع لا الضرر المتوقع³.

- أن تكون الغيبة بغير عذر حسب الحنابلة، فإن كانت الغيبة لعذر لم يكن للمرأة طلب التفريق بسببها عندهم، خلافاً للمالكية حيث لا يرون فارقا بين أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر.

- أن تطلب الزوجة الفرقة: فلا يفرق القاضي بين الزوجة و زوجها الغائب إلا إذا طلبت الزوجة ذلك.

1 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، مرجع سابق، ص431.

2 المغاوري محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 24.

3 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، مرجع سابق، ص431.

ب-3- أدلة أصحاب هذا الرأي:

- قوله تعالى ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ.....﴾ (البقرة/ 229) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا.....﴾ (البقرة/ 231) وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ.....﴾ (النساء/ 129).

- ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص قال: (قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: ... وان لزوجك عليك حقا)¹.

- قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)² وقد استدل هؤلاء الفقهاء بهذا الحديث لأن دفع الضرر مشروع في جميع الأحوال، ولا يوجد ضرر أكبر من ترك الزوجة معلقة، لاهي ذات زوج ولا هي مطلقة.

- وعن عبد الرحمان بن أبي ليلى قال: (قضى عمر بن الخطاب في المفقود تربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تربص بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ثم تزوج)³.

بعد عرض هذه الأدلة، ورغم عدم التعرض لغالبية الآراء لتعددتها وتنوع اختلافها، نصل في النهاية إلى ترجيح الرأي القائل بالتفريق بعد أربع سنوات لأنها كافية عموما لظهور المفقود أو التأكد من موته، وهذا يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية المبنية أساسا على رفع الضرر ونفي الحرج، ولا ضرر أكبر من إلزام الزوجة التربص 80 أو 90 سنة أو ربما 100 سنة، لأن هذا يعني حرمانها من أبسط الحقوق المشروعة لأي إنسان، رغم أن هذه الآراء قال بها عدد لا بأس به من الفقهاء إلا أن باب الاجتهاد مفتوح ومقاصد الشريعة الإسلامية واضحة ولا يمكننا أبدا الفصل بين الأحكام الفقهية والقيم الأخلاقية.

1 صحيح مسلم، المرجع السابق، ج 8، ص 42.

2 أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن، حديث رقم 2341، ص 784.

3 البيهقي، الجزء 7، مرجع سابق، الحديث 15569، ص 732.

وهو ما ذهبت إليه العديد من قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية، كقانون الأحوال الشخصية الأردني، والقانون المصري والمغربي، وأخذ به المشرع الجزائري كما جاء في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانياً: حق زوجة المفقود في طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق

في الفقه الإسلامي:

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد الفقهاء قد اختلفوا في مدى أحقية زوجة المفقود في طلب التفريق لعدم الإنفاق، وهو ما سنوضحه فيما يأتي:

ولقد دل كتاب الله سبحانه وتعالى والسنة النبوية على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، فلما كان للزوجة النفقة على زوجها ولم يرد ما يخص ذلك بوجود الزوج أو غيبته أو فقدانه، فإن حكم النفقة على الزوجة يبقى على حاله في حال غيبة الزوج أو فقدانه¹.

ويمكن إجمال أقوال الفقهاء عند بيان حكم التفريق على الغائب و المفقود لعدم الإنفاق في قولين:

أ- القول الأول: ليس للزوجة الحق في طلب التفريق في حالة عدم الإنفاق: وهو رأي الحنفية²، وقد وافقهم الظاهرية³ في ذلك، وهم يرون أنه ليس للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها إذا ما أعسر بنفقتها،

حيث يرون أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته لعدم الإنفاق سواء كان موسراً أم معسراً، حاضراً أم غائباً، بل عليها أن ترجع إلى القاضي ليفرض لها نفقة، و لها حق الإستدانة عليه ممن

1 الزيعلي، ج3، المرجع السابق، ص311. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، المرجع السابق، ص 196.

2 ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص 329؛ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص 190 الزيعلي، ج3، المرجع السابق، ص311. ابن عابدين، ج3، المرجع السابق، ص 590.

3 ابن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352 هـ، ص 161.

تجب نفقتها عليهم عند عدم وجود الزوج، ثم ترجع على الزوج متى أيسر، وأما إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسه بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق.

و قال فقهاء هذا الرأي أنه ليس لها الحق في طلب التفريق، في حالة وجود مال ظاهر للزوج سواء كان حاضرا أم غائبا؛ لأن المقصود هو رفع الظلم عن الزوجة ومنع الظلم، وقد تحقق بتنفيذ حكم النفقة في ماله الظاهر وبيعه في سبيل تنفيذ هذا الحكم، ويؤخذ منه ذلك دون توقف على إذنه¹.

ودليلهم في ذلك:

استدل الحنفية في ذلك قوله تعالى، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (سورة البقرة، الآية 180)،
فوفقا لهذه الآية فالزوجة مطالبة بانتظار زوجها المعسر إلى أن يصبح موسرا².

وقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسرا يسرا)

واستدلوا بهذا الحكم من أحد التفاسير الواردة في هذه الآية³ بأنه حسب أصحاب هذا الرأي، أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بها، وبما أن الزوج المعسر لا يكلف بها فإنه لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عنها، فمن غير المنطقي حسبهم، معاقبة شخص على شيء لم يكلف به، وبما أن المعسر غير قادر على الإنفاق فهو إذن غير مكلف ولا تجب عليه، وما دام لا يكون مكلفا لا يكون آثما بالامتناع عن القيام بالنفقة، وعلى ذلك فلا يكون

1 أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 154.

2 عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، 2015، ص 28.

3 القرطبي، ج 18، مرجع سابق، ص 171

سببا للتفريق بينه وبين زوجته¹.

كما استدلوا من السنة النبوية، عن جابر بن عبد الله قال: "دخل أبو بكر يستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجد الناس جلوسا ببابه لم يأذن لأحد منهم، قال : فأذن لأبي بكر، فدخل ثم أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد النبي جالسا حوله نساؤه، واجما، ساكتا، فقال أبو بكر: "لأقولن شيئا أضحك النبي فقال: يا رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها"، فضحك رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وقال: هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر يجأ عنقها وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرا).

إن وجه الاستدلال من هذا الحديث هو تعنيف أبي بكر وعمر لابنتيهما بحضور الرسول (صلى الله عليه وسلم) لمطالبتهما بالنفقة التي لا يجدها، وهذا حسبهم دليل على عدم جواز التفريق لمجرد الإعسار خاصة.

هذا ما ذهب إليه الحنفية حيث أنهم لا يقولون بالتفريق، وإنما إن كان قادرا على الإنفاق فيمكن بيع أمواله ولا يفرق بينهما ما دام هناك وسائل أخرى موجودة لرفع الظلم، لأن التفريق أبغض الحلال عند الله من الزوج صاحب الحق فكيف يلجأ إليه القاضي مع أنه ليس السبيل لرفع الظلم².

ب- القول الثاني: يجوز للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق: وقد قال به جمهور الفقهاء فقالوا أنها تخير بين أن ترضى وتصبر، وبين أن تطلب التفريق، وهو مذهب فريق من الصحابة منهم عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم، وهو مذهب مالك³ وأحمد¹ والشافعية²، مع

1 ابن القيم الجوزية، ازد الميعاد، ج 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د.س، ص 159.

2 عمرو خليل، المرجع السابق، ص 29.

3 الخرشي، ج 3، المرجع السابق، ص 360.

اختلافهم في بعض الشروط والحالات، وعليه أجازوا للزوجة أن ترفع للقاضي طلب التفريق لعدم الإنفاق وعلى القاضي أن يحكم لها بذلك³.

ودليلهم في ذلك: استدلوا من القرآن بقوله تعالى:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ.....﴾ (سورة البقرة الآية 229)

حيث أنه وفقا لهاته الآية، أن عدم النفقة تدخل على عدم الإمساك بالمعروف، فإذا تخلف الإمساك بالمعروف يتعين التسريح بإحسان، لأن العجز عن النفقة هو خروج عن حدود المعروف الذي أمر الله به، كما أن عدم الإنفاق ضرر للمرأة فيجب عليه التسريح بإحسان بأن يطلقها فإن لم يفعل ناب عنه القاضي فيه رفعا للظلم ودفعاً للضرر عن المرأة.

-قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)⁴، فعدم الإنفاق يلحق ضررا بالزوجة، وعلى القاضي أن يزيله ، بالتفريق بينهما.

- وعن أبي هريرة أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته: (يفرق بينهما)⁵، وهو نص صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق.

من خلال الرأيين السابقين، يتضح أن القول بجواز التفريق لعدم الإنفاق أقرب إلى الصواب لقوة أدلته، مقارنة مع الرأي الأول القائل بعدم جواز التفريق حتى لو انعدم الإنفاق، وما يؤكد رجاحة القول الثاني مقارنة بما ذهب إليه الحنفية، هو استحسان المتأخرين من

1 ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع سابق، ص 243.

2 الشريبي، الاقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2004، ص 383.

3 الدسوقي، ج2، المرجع السابق، ص518.

4 حديث سبق تخريجه.

5 رواه البيهقي في سننه، حديث رقم 10708، أنظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط

3، 2003، ص 774.

الحنفية القول بالتفريق إن طلبت الزوجة ذلك لرفع الضرر عنها، لأنها قد لا تجد ما تنفقه على نفسها أو من يقرضها أو لا تجد عملاً تسترزق منه¹.

وعند النظر في آراء الفقهاء المجيزين للتفريق، مبنية على أن إمساك الزوجة إضرار منهي عنه، وهو ظلم يلحق الضرر بالزوجة وجب رفعه، وهذا يتحقق في صورة الإمتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه، وإن الإمتناع يثبت نية الإضرار بالزوجة إما لحملها على الخلع أو انتقاماً منها، وفي هذه الحالة إذا طلبت بالتفريق يفرق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره.

أما التفريق عند ابن القيم يكون في حالتين فقط، إذا كان قادراً على الإنفاق على زوجته ولم ينفق ولم تقدر على الأخذ منه، أو غر بها حين العقد فقال أنه موسر ثم تبين لها فقره، أما غير ذلك فليس لها الحق في طلب التطليق إذا كانت عالمة بإعساره وقت الزواج أو أعسر بعده².

ثانياً: موقف القانون من التفريق بين الزوجين بسبب فقدان الزوج:

نصت قوانين الأحوال الشخصية بالبلدان العربية بما فيها القانون الجزائري ، على مسألة التفريق بسبب فقدان الزوج للفقد، وما يلاحظ في القانون الجزائري في هاته المسألة، نجد أن المشرع الجزائري لم يأت بنص خاص بزوجة المفقود، وإنما قد سوى في الحكم بين كل من زوجة المفقود وزوجة الغائب رغم الاختلاف الموجود بين الحالتين، حيث تنص المادة 112 من قانون الأسرة على (لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون)، وتحيل إلى شروط التطليق بسبب غياب الزوج المنصوص عليها بالمادة 53 منه.

1 عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 34 .

2 ابن القيم، ازد المعاد، المرجع السابق، ج 4، ص 156.

وبناء عليه يمكننا القول أن شروط التظليق للفقد، هي شروط التظليق للغيبة حسب قانون الأسرة الجزائري، وهو ما سنتناوله فيما يأتي:

1- التفريق بين الزوجين بسبب فقدان الزوج في قانون الأسرة الجزائري:

المشعر الجزائري أشار مباشرة إلى أن لزوجة المفقود مثل زوجة الغائب لها حق طلب التظليق بناء على الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة وهذا ما جاء في المادة 112 منه.

فنصت المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: (لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على البند الخامس من المادة 53 من هذا القانون).

كما تنص المادة 53 بند 5 من قانون الأسرة: (يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة).

وهذا يعني أن زوجة المفقود ليس لها أن تنتظر الحكم بالوفاة وإنما لها أن تطلب التظليق للغيباب، ولكن ماذا عن الشروط المذكورة في المادة 5/53؟ أي ماذا لو غاب الزوج لعذر ثم انقطعت أخباره وتسرب الشك في مدى بقائه على قيد الحياة وترك لها مالا تتفق منه ، هل بإمكان الزوجة في هذه الحالة طلب التظليق وفقا للمادة 5/53، بالتأكيد لا؛ لأنه في هذه الحالة ينبغي لها انتظار الحكم بالوفاة وبعد مدة أدناها 4 سنوات، وفي كل الأحوال فإن حالة المفقود أهون على الزوجة من حالة الغيباب إذا ترك لها مالا تتفق منه، ولمدة أكثر ربما بكثير من 4 سنوات، لأنها لن تستطيع في هذه الحالة طلب التظليق ولا استصدار حكم بوفاة لأنه مازال حيا.

وحسب المادتين السابقين، أنه لا يمكن لزوجة المفقود أو الغائب أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بالتظليق نتيجة تضررها من غيبة زوجها إلا إذا توفرت الشروط التالية:

أ- الشرط الاول: أن يغيب عنها الزوج مدة تفوق السنة:

ويكون حساب السنة عند الفقهاء المسلمين بالأشهر القمرية، أما قانونا فيصح اعتماد التقويم الميلادي طبقا للمادة الثالثة من القانون المدني¹، كما أن العمل يجري به يوميا.

ويبدأ احتسابها من تاريخ غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى، واعتماد القانون الجزائري السنة طبقا لما جاء به المالكية على القول المشهور عندهم عكس ما ذهب إليه الحنابلة الذين يقولون أن المدة ستة أشهر، كما سبق بيانه، حيث يرى المالكية أن هذه هي المدة التي تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا، وتكون التفرقة هنا بسبب الضرر الواقع لا المتوقع فقط²، وبالتالي، فالغيبية التي تقل مدتها عن سنة لا تمنح للزوجة حق طلب التطليق وكذلك بالنسبة لزوجة المفقود، فلا بد من مرور سنة على الأقل وقت رفع الدعوى.

ب- الشرط الثاني: أن تكون غيبية الزوج دون عذر:

وهو ما نصت عليه المادة 53/بند 05، والتي تسمح بطلب التطليق للغياب وكذلك للفقد حسب المادة 112، إذا كان بدون عذر، وهو ما قال به الحنابلة، أما الإمام مالك فيجيز التطليق إذا غاب الزوج مطلقا سواء كان غيابه لعذر أم لغير عذر، لأن الضرر متحقق في الحالتين.

وقد يكون الغياب لغير عذر كأن يسافر الزوج ولم يعد، فيمكن اعتباره شخصا مهملا لعائلته ومخلا بالتزاماته، حيث أن غياب العذر عادة ما يؤدي إلى الإضرار بالزوجة لذلك نجد أن الفقه المالكي أكد على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره كتابة بالعودة، أو ترحل امرأته إليه والا تطلق عليه³.

1 تنص المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري: تحتسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

2 عمرو خليل، المرجع السابق، ص 147.

3 أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 148.

والملاحظ في القانون الجزائري إذا كان الغياب لسنة أو أكثر لعذر، كالغياب لغرض إتمام الدراسة وطلب العلم خارج الوطن أو لأداء الخدمة الوطنية في مكان بعيد أو لأجل العمل وكسب العيش، وغيرها من الأسباب المعقولة التي ترجع بالفائدة على الأسرة، فلا حق لها في طلب التطلاق استنادا إلى البند 05 من المادة 53 من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه، وبالتالي فالقاضي عند التأكد والتثبت من شرعية سبب الغياب فلا يستجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة وأكثر، فطلبها في هذه الحالة سيرفض، فالمنطق و العادة و الأخلاق تقرر أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة وأتاعبها مع زوجها، فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها، وتصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها وتحقيق منفعة لأسرتها، بالإضافة إلى ذلك فإن صبرها على غيابه يؤدي إلى تمتين روابط المودة والرحمة والتعاون بينهما، فإن كان الزوج يسعى من أجل مصلحة الأسرة بالعمل والتجارة بعيدا فيجب أن يكافأ بالرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته أن تطلب التطلاق¹.

ج- الشرط الثالث: أن يترك الغائب زوجته بدون نفقة:

بالإضافة للشرطين السابقين، ولتتمكن الزوجة من طلب التطلاق بسبب غياب زوجها يجب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة دون عذر لم يترك لها مالا تتفقه على نفسها ولاعلى أولادها، أما إذا غاب لغير عذر وترك لها أموالا تتفق منها على نفسها وأولادها، فلا يجوز لها أن تطلب التطلاق تطبيقا للبند 05 من المادة 53 من قانون الأسرة².

إلا أن النقد الموجه لهذا الشرط، أنه لم يكن من الضروري النص على عدم الإنفاق في البند 05 من المادة 53 لأنه قد نص عليها في الفقرة الأولى من نفس المادة.

بالإضافة إلى ذلك، يمكن القول أن إذا كان الزوج الغائب(المفقود) لا تعرف حياته

1 البيزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 126.

2 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص 236.

من مماته، فلا يصح التفريق للغيبية، لأنه يشترط لصحة هذه الدعوى حياة الزوج الغائب، أما من لا تعرف حياته من مماته فهذا يطبق عليه أحكام المفقود، لأن معنى التفريق للغيبية ومناطه هو الضرر والإضرار، والمفقود قد يكون ميتا وله أحكام خاصة في الفقه الإسلامي والقانون، فهذا ما يدعمه التفريق الذي اعتمده بعض فقهاء القانون بين التطبيق للغيب والتطبيق للفقد.

وهنا يوجه بعض شراح القانون إلى المشرع الجزائري طلب إعادة النظر في النصوص التي تتحدث عن حق زوجة المفقود في التطبيق وتخصيص نص خاص بهذه الحالة، دون الإكتفاء بالإحالة على ما يسري من حكم بالنسبة لزوجة الغائب، نظرا لإختلاف وضع كل منهما¹.

وبناء عليه يتضح لنا أن لزوجة المفقود الحق في طلب التطبيق للفقد، متى توفرت الشروط السابقة، غير أن السؤال يثار حول هل يمكن لزوجة المفقود طلب التطبيق قبل مضي سنة من فقد زوجها ؟

عند الرجوع إلى نص المادة 53 البند 10 من قانون الأسرة، نجد أنها تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية: ..10- كل ضرر معتبر شرعا".

نجد قانون الأسرة منح للزوجة حق طلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، فزوجة المفقود لو تضررت من غياب زوجها، يمكنها أن ترفع دعوى التطبيق بعد خمسة أشهر أو ستة أشهر مثال، أي حتى قبل مضي سنة من فقده، وفي هذه الحالة، تكون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع².

1 شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 109.

2 حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/05/1999 تحت رقم 222134، ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع". أنظر: المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص126.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار الصادر بتاريخ 20/02/1991، ملف رقم 75588، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا، أنه يجوز للزوجة طلب التظليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات، أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية..."¹.

و القاضي في هذه الحالة، ملزم بالتأكد والتثبت من تضرر الزوجة من فقد زوجها، وأن تثبت هذه الزوجة الأسباب الشرعية التي تبرر طلب التظليق، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05/05/1986، ملف رقم 40618، حيث جاء فيه: " حيث أن الزوجة لا تطلق على زوجها قهرا عليه بدعوى الضرر، إلا إذا كان لها من الأسباب الشرعية ما يجيز لها ذلك، والقاضي ملزم بالتثبت من وجوده، وكونه يصل إلى الحد الذي يوجب الطلاق، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين منه أنه ليس فيه شيء من هذا القبيل، كما أن التظليق جعله الشارع للمرأة، ولكن حصول الضرر لها فعال وتحديد نوعه واقامة الحجة عليه، وليس في قضية الحال تحديد واضح لنوعية الضرر وبالأحرى الدليل عليه، ومن ثم فإن القرار المنتقد حاد عن الشرع وقصر في طلب الدليل، مما يعيبه ويعرضه للنقض"².

2- حق زوجة المفقود في طلب التظليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى، على أنه " يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون."

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 20/02/1991، ملف رقم 75588، المجلة القضائية، 1993، عدد 4، ص 78 .

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/05/05، ملف رقم 40618، (غير منشور)، قرار منقول عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 04، 2012، ص 255.

ومن خلال هاته الفقرة التي تحدثت عن التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، نجد أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق بمجرد الإمتناع وعدم حصولها على النفقة، بل لا بد من توفر مجموعة من الشروط، إذ ليس لها الحق في طلب التطلاق إلا وفقا للشروط الواردة في نص هذه الفقرة، وهي:

أ- عدم حصول الزوجة على نفقتها، وذلك إما بسبب الامتناع أو بسبب إفسار الزوج.

ب- أن تكون الزوجة قد رفعت دعوى إلى المحكمة تطالب فيها بالنفقة بكل مشتملاتها، ويصدر حكم يوجب فيه النفقة، وعدم حصولها عليها.

فلا يجوز للزوجة التقدم إلى المحكمة لطلب التطلاق لعدم الإنفاق إلا بعد استصدار حكم قضائي بوجوب النفقة وبكل مشتملاتها المذكورة في المادة 78 من قانون الأسرة، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة¹.

ج- وأن لا تكون الزوجة عالمة بإفساره وقت إبرام عقد الزواج معه، حيث إذا ثبت بأنها كانت عالمة بإفساره وقت الزواج، ورضيت بذلك الحال الذي هو عليه، فليس لها الحق في أن تطلب التطلاق بسبب إفسار كانت تعلمه مسبقا قبل إبرام عقد الزواج.

وأما عن المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه، فهناك من يرى² أن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطلاق هي شهرين، وذلك قياسا على المدة التي جاءت في المادة 333 من

1 تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

2 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، دم.ج، الجزائر، 1999، ص278؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 258.

قانون العقوبات والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين¹، وتبقى هذه المدة استنتاجا من المادة المذكورة من قانون العقوبات، لأن نصوص قانون الأسرة لم تشر إليها، إضافة إلى أن هذه المدة تخص الشروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزائيا لإمتاعه عن تقديم نفقة مقررة قضاء²، وقد أكد القول بهذه المدة، قرار المحكمة العليا بتاريخ 19/11/1984 في الملف رقم 34791، والذي قضى بما يلي: (متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبررا لطلبها التطلق عن زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إذا عجز عن الإنفاق لأجل شهرين نو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذ كان من الثابت أن المطعون ضده دين جزائيا، من محكمة الجنج بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلق بالتطبيق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على الوجه المثار من الطاعة في هذا الشأن³.

1 أنظر المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري.

2 عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، د ط، 2002، ص 27.

3 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/11/1984، ملف رقم 34791، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص

د- كما يشترط أن يكون الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخوله وحالته المادية¹، إذ لا يمكن أن تزعم عدم الإنفاق إذا طلبت نفقة تفوق دخل زوجها، وقد ورد هذا الشرط في نص المادة 79 من قانون الأسرة: (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم)، والتي أحالت إليها المادة 01/53 من نفس القانون، وكذلك المادة 78 التي تحدد مشتملات النفقة.

وعليه إذا توفرت هذه الشروط السابق الإشارة إليها، جاز للمرأة أن تطلب التطليق وعلى القاضي أن ينظر فيه ويصدر حكما بالطلاق إذا ثبت لديه عدم الإنفاق.

وما يلاحظ المشرع الجزائري في نص المادة 53 فقرة 01 من قانون الأسرة، أنه لم يأتي على ذكر زوجة المفقود، ولم يضع أحكاما خاصة بحالة الزوجة التي لم تجد ما تنفقه من مال زوجها المفقود، وإنما جاء بعبارة عامة، دون التفريق بين حالة كون الزوج حاضرا أو غائبا، ودون ذكر حكم خاص بزوجة المفقود التي لم يترك لها زوجها مالا تنفق منه على نفسها.

3- تعليق حول المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة:

من خلال مقارنة رأي المشرع الجزائري مع كل من رأي المالكية والحنابلة، نصل إلى أنه قد اختلف عنهما اختلافا بينا، فالعلة في طلب التطليق حسب المشرع الجزائري ليس الغياب في حد ذاته، وإنما انعدام العذر والنفقة، ولو أردنا تأصيل رأي المشرع الجزائري سنجد في حقيقة الأمر قد أخذ برأي من آراء الأحناف الذين اختلفوا مع الرأي السائد عندهم القاضي بعدم التطليق، بحيث يرى هذا الرأي أنه يمكن التطليق إذا اقترن بعدم الإنفاق، ويكون التفريق بذلك ليس مؤسسا على الغياب وإنما على أساس عدم الإنفاق، وكذلك قول

1 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 03، 1996، ص 256 .

الشافعية الذين يرون أنه لا فسخ لغيبية ما دام الزوج موسراً¹، فإذا اقترن الإنفاق بالغيبة فلا تفريق ولا فسخ، وعليه فالمشرع الجزائري أخذ بقول الشافعية وبعض الحنفية، بحيث لا تطليق مع توفر الإنفاق، وزاد على ذلك شرط عدم توفر العذر.

فالمشرع الجزائري يقصد من خلال المادة 53 / 05 من قانون الأسرة التطليق لعدم الإنفاق بسبب الغيبة، لأنه بالنظر إلى الفقرة الأولى التي تكلمت عن التطليق لعدم الإنفاق، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ فيه برأي المالكية²، لكنه استثنى موضوع عدم الإنفاق بسبب الغياب الذي ذكره الفقهاء وأخذ به كل من المشرع السوري والمصري، ورجع مرة أخرى إلى التفريق لغيبية الزوج لكنه ربطه بعدم الإنفاق بعدما تم إغفال الربط بين عدم الإنفاق والغيبة في الفقرة الأولى وهو موضوع واحد، ورغم ذلك يمكن للقاضي أن يأخذ بالتفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب لأن النص عام ويستوعب كل أسباب عدم الإنفاق، فالعبرة بتوفر الشروط الواردة في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة³.

ومن هنا يمكننا أن نطرح تساؤلاً مفاده: هل يمكن للقاضي أن يحكم بالتطليق إذا أسست الزوجة دعواها على عدم الإنفاق، لتوفر الشروط المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 53 رغم كون الزوج غائباً؟ وإن علم القاضي أن سبب عدم الإنفاق هو غياب الزوج وكان غياباً دون عذر، فهل سيجبرها القاضي على انتظار مدة سنة كاملة لكي تطلب التطليق على أساس الغيبة وليس على أساس عدم الإنفاق؟ وإذا كان الغياب بعذر في هذه الحالة فهل يرفض القاضي دعوى التطليق أساساً؟

وعليه لا بد على المشرع الجزائري من حسم موضوع التطليق استناداً إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، إما أن يكون للغيبية وبالتالي تلغى الشروط المقترنة

1 أحمد فارح حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 178.

2 مبروك المصري، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هو، الجزائر، د ط، 2010، ص 359.

3 آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص 153.

بها، خاصة شرط عدم الإنفاق، واما أن يكون لعدم الإنفاق وبالتالي ينبغي إلغاؤها والإشارة في الفقرة الأولى إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب، واشترط المدة التي يراها المشرع ملائمة حتى يمكن للزوجة أن تتقدم لطلب التطلق.

4- نوع الفرقة بين الزوجين بسبب الفقد في قانون الأسرة الجزائري:

لقد أعطى قانون الأسرة لزوجة المفقود الحق في طلب التطلق، رغم ما يكتنف النصوص المنظمة لذلك من غموض، غير أنه لم يبين نوع الفرقة الواقعة بسبب الفقد، وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقهاء القائلين بجواز التفريق للغيبة أو للفقد، قد اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة لغيبة الزوج على قولين:

- قال المالكية: أن الفرقة الواقعة لغيبة الزوج أو فقده تقع طلاقاً بائناً، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً، ما عدا الطلاق بالإيلاء و الإعسار بالنفقة فهو رجعي.

- وقال الحنابلة: أن الفرقة الواقعة من قبل الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً، والتطلق بسبب فقد الزوج عندهم فسخ.

والراجح في القانون الجزائري اعتبار الفرقة الواقعة بسبب الفقد طلاقاً بائناً، أخذاً بما قاله المالكية، ولأن كل مراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق تحتاج إلى عقد جديد¹، فيترتب على هذا انحلال ما يترتب على انحلال الزواج الصحيح، من عدة ونسب ونفقة عدة وغيرها.

5- حق الزوجة في طلب التطلق بسبب فقد الزوج في بعض القوانين المقارنة:

أ- موقف المشرع المصري:

بالرجوع إلى شروط التطلق للغيبة في التشريع المصري لوجدناها متوفرة في المفقود

1 أنظر المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري.

إذا غاب أكثر من سنة دون عذر مقبول في هذه الحالة يجوز لزوجة المفقود طلب التطليق ، كما يمكن لها أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق عليها وعدم وجود مال ظاهر تنفّذ عليه، وهذا ما جرى عليه القضاء المصري¹ .

فلقد نص المشرع المصري على حق الزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها في المادتين 12 و 13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية² حالة التطليق لغيبة الزوج، حيث نصت المادة 12 على أنه: (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه) .

كما نصت المادة 13: (إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. فإذا انقضى الأجل ولم يبدي عذار مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وضرب أجل)³ .

كما أجازت المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي في حالة عجز الزوج عن دفع النفقة بسبب غيابه، حيث تقرر بأنه :

(إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجال، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجال، فإن لم يرسل ما تتفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي

1 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، مرجع سابق، ص 358.

2 عدل هذا القانون بالقانون رقم 100 لسنة 1985. انظر: عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 76.

3 عبد الفتاح مراد، المرجع نفسه، ص 86.

الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أن لا مال له تتفق منه الزوجة، طلق عليه القاضي¹.

بالنظر لنص المادتين 12 و13 السابقتين، نلاحظ أن المشرع المصري قد أجاز التفريق، إلا أنه وضع لذلك شروطاً كذلك، بعد أن أخذ من المذهب المالكي مدة الغيبة ومن مذهب الحنابلة أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول، فتكون شروط التطلاق كما يأتي²:

أ-أ-1- أن تكون مدة الغيبة لمدة سنة فأكثر.

أ-أ-2- أن يكون الغياب بلا عذر مقبول شرعاً وهو مأخوذ من مذهب أحمد بن حنبل، وعلى ذلك فلو غاب الزوج في بعثة علمية أو لتجارة مثال فال يجوز التفريق بينه وبين زوجته لهذه الغيبة.

أ-أ-3- وأن يغيب الزوج في بلد غير الذي تسكنه الزوجة، فهو يختلف عن التطلاق للهجر³.

وتكون الفرقة بسبب الغيبة طلاقاً بائناً، كما جاء في نص المادة 12، وهو ما قال به الإمام مالك⁴.

كما أن الغائب المذكور في المادتين نوعان:

أ-ب-1- غائب معلوم الإقامة يمكن وصول الرسائل إليه ويجب تحقق شروط معينة للتطلاق عليه، فإنه يعطى له أجل ويخير بين ثالث حالات، إما الحضور للإقامة مع زوجته، أو

1 عبد الفتاح مراد، نفسه، ص73.

2 أنظر: أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، الدار الجامعية، مصر، 1994، ص 413.

3 عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 114.

4 أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 179.

ينقلها إليه، أو يطلقها، فإن اختار أحدها قبل مضي الأجل فلا تطلق زوجته، أما إذا لم يختار طلق عليه القاضي.

أب-2- غائب مجهول الإقامة وهذا يطلق القاضي عليه دون إمهال¹.

كما يفهم أن الإنفاق لا دخل له بالغيبة لأنه إذا انعدم الإنفاق لم تنتظر الزوجة لمدة سنة وإنما تطلق على أساس عدم الإنفاق وليس الغيبة.

ب- موقف المشرع المغربي من التطلق لفقدان الزوج:

وافق المشرع المغربي فيحكم المفقود ما أخذ به المذهب الحنفي، حيث نصت المادة 326 من المدونة الجديدة للأسرة على ما يلي: (المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره).

أما عن الحكم بموت المفقود فيكون بعد سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته، أما في الأحوال العادية فتقدير المدة يرجع إلى القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 327 من المدونة: (يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين).

فلاحظ أن تشر المواد السابقة لم إلى آثار الحكم بالوفاة على زوجة المفقود مثلما أشارت إلى آثار ذلك على أمواله، ولكن بالضرورة سوف تعند الزوجة عدة الوفاة كما هو الحال في الوفاة الطبيعية.

1 عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 114.

كما يلاحظ في المادة 327 من المدونة أن المدة التي يفترض انتظارها في الحالة التي يغلب فيها الهلاك هي مدة سنة، ولكن ليس بعد فقدان ولكن بعد اليأس من الوقوف على خبر الحياة أو الموت. كما أن المشرع المغربي لم يحدد المدة التي يجب انتظارها في الحالات الأخرى، وإنما ترك ذلك للقاضي. فالزوجة قد تنتظر سنة كما قد تنتظر مدة أطول وفقا لتقدير القاضي. لكن هل يمكن للزوجة طلب التفريق قبل الحكم بالوفاة؟ إذا رجعنا للمادة 04 من المدونة، نجد أن المشرع المغربي لم يضع قيودا أو شروطا للمرأة تمنعها من طلب التفريق للفقدان على أساس هذه المادة، وإنما الشرط الوحيد هو غياب الزوج لمدة سنة لكي تتمكن من طلب التطلق.

ب-1- كما نجد أن المشرع المغربي أخذ بالتطبيق لغياب الزوج ونص على ذلك في المادتين 104 و 195 من مدونة الأسرة¹ والتي جاء في نصهما ما يلي:

المادة 104 : (إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطلق. - تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل.

- تبّلع المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطبيق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه).

المادة 105 : (إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه).

ب-2- شروط التطلق للغيبة:

- الغياب لمدة تزيد عن سنة.

1 أمحمد لفرجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص39.

- إعلام الزوج الغائب معلوم المكان بدعوى الزوجة وتخييره بين الحضور للإقامة معها أو نقلها إليه وإلا التطلق عليه.

- اتخاذ كل الوسائل بمساعدة النيابة العامة لتبليغ الغائب مجهول المكان فإن لم يحضر طلق القاضي عليه.

ب-3- نوع الفرقة بسبب غياب الزوج : يعتبر المشرع المغربي التطلق الواقع للغياب طلاق بائن، وهذا ما نصت عليه المادة 122 من مدونة الأسرة: (كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالي التطلق للإيلاء وعدم الإنفاق).

وهنا يلاحظ أن المشرع المغربي لم يتعرض إلى ما إذا كانت الغيبة بعذر أم لا ولم يجعله شرطا أساسيا في طلب الفرقة للغياب، ويكون بذلك قد وافق المذهب المالكي في عدم اشتراطه عدم توفر العذر للغياب وكذلك في اشتراطه الغياب لمدة سنة، كما أخذ المشرع المغربي بإجراءات الإعدار والتخيير قبل التطلق كما اتفق عليه المالكية والحنابلة.

الباب الثاني

الأحكام المتعلقة بموت المفقود
والآثار المترتبة عنه

ويتضمن هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ويتضمن هذا الفصل

المبحث الأول: البحث عن المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الثاني: المدة اللازمة لانتظار المفقود

المبحث الثالث: رفع دعوى الوفاة الحكمية للمفقود

الفصل الثاني: آثار الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

ويتضمن هذا الفصل

المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود المتعلقة بالرابطة الأسرية

المبحث الثاني: آثار الموت الحكمي للمفقود على أمواله وتصرفاته القانونية

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته

الفصل الأول

الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي
والتشريع الجزائري

الفصل الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

في حالة ثبوت وفاة المفقود بالبينة أو الشهادة ثبوتاً قطعياً، وفي تاريخ محدد على وجه اليقين، فموته يتقرر من ذلك التاريخ، ويترتب عليه تسوية مركزه القانوني، فالنسبة لأمواله لا يرثه إلا من كان حياً وقت موته، أما هو فلا يرث من غيره إلا من مات قبله، أي قبل ذلك التاريخ المثبت لوفاة قطعياً، أما بالنسبة لزوجته فتعتد عدة وفاة من ذلك التاريخ ويمكنها بعد ذلك أن تتزوج بغيره، وعليه فهذا الشخص لا يمكن اعتباره مفقوداً إذا كان موته ثابتاً قطعياً، ولا يحتاج الأمر إلى رفع دعوى قضائية للحكم بموته، كما أن الحكم القضائي الذي يتم إصداره في هذه الحال يكون غير منشيء، بل حكماً مقررًا.

إلا أن الإشكال يثار بالنسبة للمفقود الذي لا يقوم الدليل على وفاته، فهل في هذه الحالة نراعي جانب هذا الشخص المفقود وتغليب مصلحته في بقاء زوجته في عصمته، إن هي رضيت بذلك، وإبقاء أمواله على ذمته أطول فترة ممكنة، أم ينبغي تغليب مصلحة ذويه حتى لا يحرم ورثته من الاستفادة من أمواله ولا تبقى زوجته معلقة مدة طويلة؟ وهل نسوي بين من يفقد في ظروف غالبها الهلاك ومن يفقد في ظروف ظاهرها السلامة، أم يكون لكل منهما حكم خاص تبعا لاختلاف الظروف التي صاحبت حالة الفقدان؟

كما أن مسألة البحث والتحري عن الشخص المفقود وبكل الوسائل المتاحة في عصرنا الحالي، لها أثر واضح في الكشف عن مصير وحال المفقود في الكثير من القضايا، فيمكن استخدامها للبحث والتأكد من حاله ومصيره.

وعليه نتناول في هذا الفصل، في المبحث الأول: مسألة البحث عن المفقود وأثر التقنيات الحديثة في الكشف عن الأشخاص المفقودين، ونتناول مسألة المدة اللازمة لانتظار المفقود في كل من الفقه الإسلامي، ومدى أخذ القانون، وذلك في مبحث ثان، ثم نتعرض لإجراءات رفع دعوى الوفاة الحكيمة في مبحث ثالث.

المبحث الأول: البحث عن المفقود و دور التقنية الحديثة

في الكشف عن هوية الأشخاص المفقودين:

يشهد العالم اليوم تطورا علميا هائلا وثورة نوعية كبرى في المجال التقني ، فلقد ساهم التطور السريع في وسائل الاتصال وتكنولوجيا الاتصالات في تسهيل عملية التواصل والاتصال بين الناس عبر العالم، فأصبح العالم كقرية صغيرة محدودة الأطراف وذلك لإمكانية نقل أي خبر أو معلومة في مدة وجيزة، ونجد أن وسائل الاتصال الحديثة بكل أنواعها ساهمت وسهلت من تقفي أثر المفقود والوصول إليه، لذا سنتطرق في المطلب الأول إلى مسألة البحث عن المفقود في الفقه الإسلامي والقانون، أما المطلب الثاني ننتاول دور وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقود والأثر المترتب عن ذلك والاستفادة منها في مجال البحث عن المفقودين، أما في المطلب الثالث سنتناول تقنية البصمة الوراثية ومدى الاستفادة منها في الكشف عن هوية الأشخاص المفقودين، نظرا لاعتبارها من أهم الاكتشافات العلمية الحديثة والكبيرة التي كشف عنها العلم مؤخرا في مجال علم الوراثة والطب الشرعي

المطلب الأول: البحث عن المفقود:

عند فقدان شخص لسبب من أسباب الفقد، فإن أهله و ذويه يفزعون إلى البحث عنه وتتبع أثره وآخر أخباره، والبحث عنه في الأماكن التي كان موجودا فيها أو يعتقدون أنه فقد فيها، و كلهم أمل في الوصول إليه والعثور عليه، مستعملين كل الطرق والأساليب التي تمكنهم من بلوغ إكتشاف مصيره، ولعل في زمننا الحاضر تعددت الأساليب والوسائل المستخدمة في البحث عن المفقودين والكشف عن حالهم، منها طريق التبليغ لمصالح الأمن بالدولة والتي لها وسائلها في ذلك، ومنها ما يستعمله أقارب المفقود بمجهودلتهم الخاصة كالاتصال بالقنوات التلفزيونية والجرائد التي تنشر نداءات البحث عن الأشخاص المفقودين، وغيرها من الوسائل المتاحة، وتعتبر مسألة البحث عن المفقود عملية مهمة ومطلوبة لدى

أقارب المفقود لأنها تعتبر السبيل الوحيد لهم للوصول إلى حقيقة من فقده، لذا سنعالج مسألة البحث عن المفقود في نقطتين؛ الأولى في الفقه الإسلامي، والثانية نستعرض مدى إهتمام القانون باشتراط البحث عن المفقود.

الفرع الأول: البحث عن الشخص المفقود في الفقه الإسلامي:

بالرجوع إلى مؤلفات الفقهاء، وخاصة ما كتبوه في باب المفقود وأحكامه، لم يتعرض جمهور الفقهاء لاشتراط البحث عن المفقود قبل الحكم بموته، إلا أننا نجد في تعريفهم للمفقود وضعوا ضابطاً وهو عدم العلم بحياته أو موته، وهذا يقتضي بالضرورة عدم إعتداد الغائب مفقوداً إلا بعد البحث والتحري عنه وبذل كل الجهود للكشف عن مصيره.

فعند الحنفية في تعريفهم للمفقود كانوا أكثر وضوحاً في الإشارة إلى مسألة البحث عن المفقود، حيث جعلوها أحد عناصر التعريف، فلا يحكم على انقطاع خبره وخفاء أثره إلا بعد خروج أهله في طلبه وبذل الجهد في البحث عنه.¹

أما المالكية فقد نصوا صراحة على وجوب البحث عن المفقود والتحري عنه بمختلف الوسائل المتاحة قبل إصدار الحكم عليه بالموت، فلا يحكم القاضي بموت المفقود إلا بعد البحث عنه في كل مكان يتوقع فيه وجوده، ويبدأ من بلده و البلاد المجاورة، وحتى يقوم بتعميم كتاب بحث فيه اسمه ونسبه وصفته إلى حكام البلاد التي يغلب الظن في وجوده فيها كي يبحث عنه في المناطق التابعة لولايته، وهنا إن عاد إليه الرد بعدم معرفة حاله وموضعه ومصيره، ضرب له مدة معينة ثم يحكم بموته عند إنقضاءها.²

وفي ما يخص تكاليف وأجرة البحث فنجد أقوال المالكية تعددت فيها، فمنهم من قال على الزوجة لأنها هي من طلبت ذلك، ومنهم من قال تؤخذ من بيت المال، و في قول آخر

1 الزيعلي، ج3، المرجع السابق، 311. أنظر: السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص34.

2 الدسوقي، ج4، المرجع السابق، ص479. أنظر: الخرخشي، ج4، المرجع السابق، ص 149.

جمع بين القولين السابقين؛ أنها تؤخذ من الزوجة إن كان لها مال، فإن لم يكن لها مال تؤخذ من بيت المال¹.

الفرع الثاني: البحث عن الشخص المفقود في القانون:

نصت المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري على: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحرب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري....).

هنا نجد المشرع الجزائري نص صراحة على أن القاضي لا يصدر الحكم بموت المفقود إلا بعد التحري والبحث والتأكد من حال المفقود، إلا أننا نلاحظ عدم توضيح اشتراط البحث عن المفقود وذكر من يتولاها وكذا عدم ذكر الطرق والوسائل المتبعة في ذلك، فكان على المشرع الجزائري النص صراحة على البحث عن المفقود بمختلف الوسائل والطرق الممكنة، وذلك للتأكد من حاله ومصيره، والوصول إلى معرفة أن المفقود مازال حيا أم لا، لأن إجراء البحث والتحري عن مصير المفقود يحقق لذويه قدرا كبيرا من الإطمئنان إلى صحة حكم القاضي الذي يصدره، كذلك توضيح لمن تسند مهمة البحث وعلى من تقع أجرة البحث والتحري.

وحسب المادة الثانية من الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فياضانات باب الواد 2001، كما نجد نص المادة الأولى من القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، فكلا المادتين نصت على أن الشرطة القضائية هي من تتولى إعداد محاضر المعاينة بفقدان الأشخاص المعنيين، وذلك بعد إجراءها الأبحاث والتحريات والإنتهاء منها دون جدوى.

1 الخرشي، ج4، المرجع السابق، ص 479، النفراوي شهاب الدين أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج02، دار الفكر، بيروت، د ط، 1995، ص41

وحسب المادة 30 من الأمر 06-01 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية،
والمادة 02 من المرسوم 06-93 المتعلق بتعويض ضحايا امأساة الوطنية، فقد جاء فيها أن
الشرطة القضائية هي من تتولى عمليات البحث والتحري عن مفقودي العشرية السوداء،
وتتعد محاضر معاينة فقدان للأشخاص المفقودين.

أما المشرع المصري فقد كان أكثر دقة وصراحة من المشرع الجزائري، حيث اشترط
البحث عن المفقود قبل الحكم بموته، ولا يحكم القاضي بذلك إلا بعد البحث عن المفقود بكل
الطرق الممكنة، كما كلف وزارة العدل بمهمة البحث والكشف عن مصيره، وهذا ما نص
عليه في المادة 07 من القانون رقم 25 لسنة 1920: (على القاضي أن يبلغ الأمر إلى
وزارة العدل لتجري البحث عنه بجميع الطرق الممكنة...) كما أسند القانون المصري مهمة
البحث لأجهزة الشرطة والأجهزة الأمنية لأنها معنية بذلك¹.

أما بالنسبة لتكاليف وأعباء البحث عن المفقود، ما دام أجهزة الدولة هي التي تتولى
ذلك من شرطة ورجال الأمن، فهم يتقاضون أجورا بحكم وظائفهم من خزينة الدولة.

1 عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص528.

المطلب الثاني : إستخدام وسائل الاتصال الحديثة

في البحث عن المفقودين:

أما في ما يخص ذكر دور وسائل الاتصال الحديثة و استغلالها في البحث عن المفقودين، فإن التطور الذي نواكبه في عصرنا من سرعة تبادل المعلومات باستخدام هذه الوسائل، وإمكانية عبور وتبادل المعلومات والأخبار عبر وسائل الاتصال بسرعة لم يسبق لها مثيل في العصور السابقة، وهذا خلافا لما كان عليه الأمر في العصور السابقة لاسيما عصر الفقهاء القدامى، حيث كان اجتهادهم في مسائل المفقود مرتبطا بالأدلة والقرائن، اعتمادا على الوسائل المتوفرة في عصرهم لغياب النص المنقول، أما في عصرنا الحديث وعند حصول الكوارث كالزلازل والفيضات فينتج عن ذلك عدد كبير من المفقودين، من أجل ذلك كان تسخير التطورات العلمية ضرورة ملحة لخدمة ملف المفقودين.

والمتتبع لهذا الملف يتضح له مدى أهمية وسائل الاتصال الحديثة في البحث والكشف عن المفقودين، سواء على المستوى المحلي وبصفة أكبر على المستوى الدولي، حيث لعبت المنظمات الدولية على غرار اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر واللجنة الدولية لشؤون المفقودين دورا بارزا لتسخير هاته التقنيات الحديثة في التعاون في قضايا المفقودين، لذلك سنعرض لبعض الأمثلة الواقعة حول نماذج لإعمال هذه الوسائل وتسخيرها في البحث عن المفقودين في الفرع الأول، والأثر المترتب على استخدامها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : دور وسائل الاتصال الحديثة في البحث

عن الأشخاص المفقودين والحد من اختفائهم:

أولاً: تطبيقات عملية لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقودين:

1-الهاتف:

أ- الخط الساخن للبحث عن الأشخاص المفقودين إثر إعصاري كاترينا و ريتا¹:

بعد إعصاري كاترينا و ريتا الذي ضرب الولايات المتحدة سنة 2005، طلبت وزارة العدل الأمريكية من المركز الوطني للأطفال المفقودين والنستغلين، بتعبئة شبكة لتحديد موقع الأطفال المفقودين، لأجل ذلك قامت بإنشاء شبكة أو خطوط الهاتف الساخن (Hot Line)، وتعقدت هذه المهمة بسبب تضرر البنية التحتية للاتصالات في المناطق المتضررة من العواصف، ومع صعوبة تنقل أفراد الأسر من ملجأ إلى آخر عبر أنحاء البلاد بحثاً عن أطفالهم، تم تجنيد فريق من المدربين ومن ضباط الشرطة المتقاعدين لجمع المعلومات في الأماكن المتضررة، وتم تلقي الاتصالات للتبليغ عن الأطفال المفقودين وتقديم طلبات البحث عبر خطوط الهواتف والتي قدرت بنحو 30 وحدة تم ربطها بخوادم متصلة بشبكة الأنترنت؛ وذلك من أجل ضمان تلقي الاتصالات من الأماكن المتضررة، وكنتيجة لهذه العملية تم تسجيل 5182 حالة فقدان من الأطفال تم العثور على 5050 حالة.

ب- لقد إعتمدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر وبالتنسيق مع جمعيات الهلال الأحمر أو جمعيات وطنية، بإعداد "خط ساخن" في حالة الطوارئ ووقوع الكوارث، لجمع المعلومات أو إبلاغ أفراد العائلة أو إحالتهم إلى مصادر المعلومات المناسبة.

ومن أمثلة ذلك ساعدت اللجنة الدولية في مالي على إعادة التواصل بين أفراد الأسر وتيسير مايقارب من 4000 مكالمة هاتفية، وتبادل مايزيد على 1000 رسالة من رسائل

الصليب الأحمر وذلك خلال 2004، وجرى معرفة مكان ما يزيد عن 100 شخص وجمع شمل ما يزيد عن 22 طفلا مع والديهم¹

2- الصحافة:

تعتبر الصحف أكثر المطبوعات إنتشارا محليا ودوليا، وتقوم الأعداد الموزعة للملايين يوميا سواء في الجزائر أو في غيرها من البلدان، حيث تعتبر من أهم الوسائل للكشف عن المفقودين، وذلك بإنزال الإعلانات اليومية عن أسماء المفقودين وعناوينهم وأماكن سكنهم وصورهم، وتفاصيل أخرى عنهم، ومعلومات عن الأشخاص المفقودين بغية تلقي معلومات تفيد في البحث عنهم، وهو ما نلاحظه بشكل دوري خاصة في الجرائد الوطنية.

وإذا كانت صفة الفقدان في قانون الأسرة الجزائري لا تثبت إلا بصدور حكم الفقدان وبعد مرور مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب ، فان هذه الصفة في نظر ذوي المفقود والمجتمع تلحق بالمفقود بمجرد مرور أيام قليلة عن اختفائه.

3- شبكة الأنترنت:

نظرا لسرعتها الفائقة وانتشارها الواسع، تعد شبكة الأنترنت من أهم وسائل الاتصال الحديثة، وهذا راجع لسرعة انتقال البيانات وتبادل المعلومات عبر ملايين البشر في مدة لا تتجاوز الثواني القليلة، لذا أصبح البحث عن المفقودين وتقديم معلومات عنهم من الإيجابيات الكبرى لهذه الشبكة، وتعج الشبكة اليوم بالمواقع الإلكترونية المتخصصة في البحث عن المفقودين سواء المواقع التابعة للحكومات الرسمية أو الجمعيات و المنظمات غير الحكومية المهتمة بشأن المفقودين.

ونعرض الأمثلة التالية: مثال 01:

لقد تم إنشاء موقع الروابط العائلية على شبكة الأنترنت عام 1999م استجابة للنزاع الذي وقع في كوسوفو، واستخدم الموقع منذ ذلك الوقت في العديد من البلدان بما في ذلك

1 إعادة الروابط بين أفراد العائلات المشتتة، مقال منشور للجنة الدولية للصليب الأحمر، ص01، من الموقع الرسمي

العراق و ليبريا و أنغولا والبكسنة والهرسك ، كما استخدم أيضا في أعقاب كارثة تسونامي التي ضربت آسيا في نهاية 2004 ، وقد سجل ما يقرب من 50 ألف شخص أنفسي آنذاك على الموقع مما دفع باللجنة إلى تركيب أكثر من خادم إضافي بسبب زيادة الطلب على الموقع¹، وتم تخصيص صفحة خاصة بكل بلد لتقدم طلبات البحث عن المفقودين، وتحاول خدمة البحث عن المفقودين التي توفرها الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر مساعدة هذه العائلات في العثور على أفرادها المفقودين في أوروبا ، وذلك بنشر صور الأشخاص الذين يبحثون عن أقرباءهم.

وأهم الأساليب التي تتبعها اللجنة عبر موقع إعادة الروابط العائلية² :

- تأمين الاتصال بين الأشخاص عبر الموقع.
- البحث عن الأفراد المفقودين بغية مساعدتهم وإبلاغ عائلاتهم بمكان تواجدهم، وأيضا المحتجزين تقاديا لاختفاهم.
- تسجيل الأفراد المستضعفين واقتفاء أثرهم وإبلاغ أهلهم بأماكن تواجدهم، و لم شمل العائلات، وإعادة عائلات إلى بلدانها في بعض الأحيان.
- العمل كوسيط محايد بين العائلات والجهات المتحاربة لمعرفة ما حل بالأشخاص المفقودين.
- ضمان تلبية احتياجات عائلات المفقودين تلبية ملائمة، ك جمع المعلومات بشأن القتلى وإدارتها وإرسالها.

كما عالجت اللجنة الدولية والهلال الأحمر الجزائري من جانفي 2014 إلى أواخر مارس 2015 أربعا وثلاثين طلبا للبحث أفضى إثنان منها إلى تحديد مكان وجود أشخاص

1 أنظر موقع اللجنة - <http://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/usa-katrina-230905.htm>

2 إعادة الروابط العائلية بين أفراد العائلات المشتتة، مرجع سابق ، ص02.

جرى البحث عنهم ، وتحقيقا لهذه الغاية تتسق اللجنة الدولية والهلال الأحمر الجزائري جهودهما مع جمعيات وطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر من بلدان عديدة في العالم¹.
مثال 02²: بالنظر للعدد الهائل من الضحايا الذي تجاوز المائة ألف إنسان، فإن الاختفاء القسري في العراق يعتبر من أكثرها على مستوى العالم في الربع الأخير من القرن العشرين، لذا فقد تم تأسيس موقع على شبكة الإنترنت بعنوان : (مفقود) www.Mafqud.org ، وهو خاص فقط بالمفقودين العراقيين خلال أزماته لتحقيق الأهداف الآتية:

أ- إدماج جميع القوائم الخاصة بالمفقودين التي بحوزة- المنظمات المختلفة و تدقيقها وترتيبها، استنادا لوثيقة المفقودين المعدة من قبل المفوضية العليا للاجئين.

ب - إتاحة تلك القوائم ونشرها للمهتمين على شبكة الأنترنت على نفس الموقع وغيره.

ج - السماح للعراقيين بأف يبلغوا عن حالات الاختفاء.

د - كما أتاح الموقع في ذلك الوقت للمستخدم أن يبحث عن أي شخص مفقود أو أن يستطلع على الأسماء الموجودة في صفة البحث، وإذا أراد المستخدم أن يسجل أي شخص مفقود فعليه أن يملأ الاستمارة الموجودة في صفحة "خبر عن مفقود" وأن يرسلها من خلال الفاكس والبريد، أو يتم إرسالها للموقع حسب المعلومات المفصلة في صفحة " كيفية الاتصال"، وعندها يقوم الموقع بمراجعة هذه المعلومات ، ومن ثم إدخالها في قاعدة البيانات إذا كانت ملائمة مع إرسال صورة للمفقود، وأمكن من خلاله للعراقيين تسجيل حوالي 10500 مفقود في الموقع الإلكتروني بحسب ذات الموقع.

4-الإذاعة المسموعة: حيث يتم إذاعة أسماء وعناوين الأشخاص المفقودين عبر محطات الإذاعة المحلية وأيضا الوطنية والدولية، ورغم اقتصار الإذاعة على توصيل المعلومات عن طريق الأمواج الصوتية فقط دون إمكانية نقل الصورة مثلما عليه الحال في شبكة الأنترنت ،

1 الجزائر: تعزيز خدمة إعادة الروابط العائلية للهلال الأحمر الجزائري، تقرير منشور بتاريخ 28-04-2015 على الموقع الإلكتروني: <http://familylinks.icrc.org>

2 مؤمن أحمد ذياب شويخ، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، فلسطين، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، 1427هـ/2006م، ص 76-77.

إلا أنها تعد وسيلة مهمة لنشر أسماء ومعلومات عن المفقودين كالمكان الذي فقدوا فيه والحالة التي فقدوا عليها.

ويمكن إذاعة الأسماء الواردة في القوام المسجلة عبر طلبات البحث على الأنترنت على أمواج محطة الإذاعة المحلية ، ومل أمثلة ذلك تتعاون المجنة الدولية في الصومال مع الإذاعات العالمية لهيئة الإذاعة البريطانية التي بثت منذ عام 2005 م أسماء 71,000 شخص مفقود¹.

5- الإذاعة المرئية (التلفزيون): تعتبر المحطات التلفزيونية من الوسائل المساعدة على التبليغ والبحث عن الأشخاص المفقودين، وتعد البرامج والحصص التلفزيونية المختصة بمتابعة أخبار المفقودين والمختفين، من أكبر البرامج متابعة من الجمهور وتلقى إقبالا من عائلات المفقودين من أجل تمرير نداءاتهم بالبحث عن ذويهم المفقودين، لأن مثل هاته الحصص الخاصة بالبحث عن المفقودين توصلت للم شمل الكثير من العائلات، وكان لها نجاح في حل عديد من قضايا المفقودين والمختفين الذين انقطعت اخبارهم لسنوات عديدة، سواء محليا وحتى الذين فقدوا بعد سفرهم لبلدان أخرى.

ثانيا : الاستفادة من وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقودين أثناء الحروب والنزاعات المسلحة:

يعتبر عدم معرفة مصير المفقودين واقعا قاسيا لعائلات المفقودين في حالات النزاع المسلح بين الدول وفي النزاعات الداخلية أيضا، ففي هذه الحالات تنقطع وسائل الاتصال العادية وتقيم اللجنة الدولية وتنسق شبكة صليب أحمر/هلال أحمر شبكة للأخبار العائلية وتسهل هذه الشبكة تبادل الأخبار الشخصية عبر رسائل غير مغلقة تستطيع السمطات قراءتها، وعند توافر التكنولوجيا الملائمة ومتى سمحت الاعتبارات الأمنية ، يمكن للرسائل أن تصل عبر البريد الإلكتروني عبر موقع اللجنة الخاص بالروابط العائلية على شبكة الأنترنت ، وفي حالات أخرى يتم توفير الهواتف النقالة للأشخاص، وبموافقة الأطراف يمكن

1 إعادة الروابط العائلية بين أفراد العائلات المشتتة، المرجع السابق، ص 01.

نشر قوائم بأسماء الأشخاص ممن لديهم أخبار أو من الباحثين عن أخبار بشأن أقرابهم في جرائد أو مطبوعات خاصة، وعبر الإذاعة والتلفزيون، وكذلك عبر موقع اللجنة الدولية على شبكة الأنترنت¹.

الفرع الثاني: أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود:

إن التطور الحاصل في أنظمة ووسائل الاتصال ساهم في البحث والكشف عن المفقودين، وذلك راجع لسرعة وسهولة تبادل الأخبار والمعلومات، وهذا خلافا لما كان الأمر عليه في الأمم السابقة، ونلمس ذلك من خلال النتائج المترتبة على استخدامها في التفحص والبحث عن المفقودين، ويمكن الرجوع للإحصائيات والنتائج والبيانات المنشورة على المواقع المتخصصة في البحث عن المفقودين ومواقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر وجمعيات الهلال الأحمر، كذلك وسائل الإعلام المحلية والدولية خاصة بعد حصول الكوارث الطبيعية والنزاعات المسلحة.

كما أن الفقهاء اعتمدوا في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود على ما وجدوه في زمانهم من صعوبة في البحث عنه والوصول إليه فكانت المدة غالبا ما تكون كبيرة تصل إلى حد التعمير، فلما اختلف الحال في الآونة الأخيرة من سرعة في البحث والتحري كان لابد من أخذ هذه المسألة محل اعتبار، وبذلك تكون هذه المسألة بوابة لتغيير الاجتهاد الفقهي بشأن المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

كما أن أغلب الفقهاء القدامى قدروا هذه المدة للتوقيف أمي لا مجال للعقل فيها، لأن هذا ما ورد عن الصحابة- رضي الله عنهم - ويقول بن العثيمين أن ما ورد عن الصحابة قضايا أعيان، وقضايا الأعيان ليست توقيفية، لأن قضايا الأعيان يعني أن ننظر إلى كل مسألة بعينها، فالقول الراجح أن المسألة اجتهادية².

1 اللجنة الدولية للصليب الأحمر، كتيب المفقودين، ص 11، من الموقع الإلكتروني www.crci.org

2 محمد بن صالح العثيمين، ج11، المرجع السابق، ص297.

ولقد تم إعتبار هذه الوسائل والتقنيات في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية والعشرين، ومن خلال البحوث المقدمة للدورة في موضوع مدة انتظار المفقود وبعد اطلاقنا عليها والتي أوصت بضرورة أخذ مسألة تطور وسائل الاتصال الحديثة محل اعتبار قبل الحكم في المسألة، حيث قرر المجمع الفقهي على أن يترك تحديد مدة انتظار المفقود لسلطة التقديرية للقاضي، بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد على أربع سنوات من تاريخ الفقد، ويستعين في ذلك بالوسائل المعاصرة في البحث والاتصال، ويراعي ظروف كل حالة وملابساتها، ويحكم القاضي بما يغلب على ظنه في المسألة¹. كذلك اتجهت بعض التشريعات العربية إلى تقليص المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، فجعلها قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الحالات التي يغلب فيها هلاك المفقود سنة واحدة فقط حسب المادة 3/237 من قانون الأحوال الشخصية² رقم 28-2005، وجعلها القانون التونسي في الفصل 82 سنتان (02) فقط إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات إستثنائية يغلب فيها الموت، كما جعل المشرع المغربي المدة سنة واحدة في الحالات الإستثنائية التي يغلب فيها الهلاك وهذا من مضي تاريخ اليأس من الوقوف على خبره حسب المادة 327 من مدونة الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أبقى على مدة الأربع سنوات في المادة 113 من قانون الأسرة، وهذا في حالة الحرب والحالات الإستثنائية، وتعتبر هذه المدة طويلة نوعاً ما خاصة مع تطور وسائل الاتصال والمواصلات، بالإضافة إلى أن هذه الحالات يغلب فيها الهلاك، وهذه المدة كما أشرنا سابقاً مأخوذة من المذهب الحنبلي، أي أن المشرع بقي حكمه مبنياً على الإجتهاادات القديمة في المسألة.

كما خولت المادة 113 القاضي السلطة التقديرية للحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، أي أن المدة قد تزيد عن الأربع سنوات، وهي مدة لا تتناسب مع

1 أنظر: المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد التاسع والعشرون، مكة المكرمة، 1434هـ/2013م، ص 387-388.

2 قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28-2005 من الموقع الإلكتروني www.gcc-legal.org

التطورات الحاصلة في مجال الاتصالات والمواصلات، كما أنه لا يعقل أن يفقد الشخص في زماننا في حالات يغلب فيها السلامة ولا يقوم بالاتصال بذويه كل هذه المدة، بالإضافة إلى وجود قواعد وأنظمة إلكترونية لتسجيل المسافرين في مختلف الدول، وانتشار السفارات والقنصليات التي تسهل من عملية تقفي المواطنين خارج الحدود، بالإضافة إلى الأنظمة الأمنية المحكمة خاصة في الدول المتقدمة، إذ يمكن معرفة كل من يدخل إليها ويخرج منها، وكذلك لا يعقل أن يبقى الشخص مكتوف الأيدي بعد صدور حكم الفقدان وما يترتب عنخ من آثار تقع على أمواله وزوجته إن وجدت.

ويمكن في هذه المسألة إعتقاد رأي ما قرره مجمع الفقه الإسلامي بشأن مدة إنتظار المفقود، والتي لا تتفوق أربعة أعوام ولا تقل عن مدة سنة واحدة في كل الأحوال. وهذا نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي (الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه ، وبعد:

فإن المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من 24 - 28 محرم 1434 هـ التي يوافقها - من 08 - 12 /ديسمبر 2012م نظر في مدة انتظار " المفقود"

وهو : (الذي انقطع خبره فلا تعلم عنه حياة ولا موت.)

وتترتب على القول بحياته أو مماته آثار تتعلق بأسرته، وأمواله.

وبعد الاطلاع على البحوث المقدمة في هذا الموضوع والمناقشات التي دارت حوله تبين للمجلس أن هذه المسألة اجتهادية لم يرد فيها نص خاص بها في الكتاب والسنة، وقد صحت فيها بعض الآثار عن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم

وبناءً على ذلك، وإعمالاً للمقاصد العامة للشريعة الإسلامية التي تحفظ الدين والنفس والعرض والنسب والمال، وقاعدة رفع الحرج، ودفع الضرر، والاحتياط في الأبدان والأنساب؛ قرر المجمع ما يأتي:

أولاً : ينتظر في المفقود ،فلا يحكم بموته حتى يثبت ما يؤكد حاله من موت أو حياة.

ويترك تحديد المدة التي تنتظر للمفقود للقاضي بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد على أربع سنوات من تاريخ فقده، ويستعين في ذلك بالوسائل المعاصرة في البحث والاتصال، ويراعي ظروف كل حالة وملابساتها، ويحكم بما يغلب على ظنه فيها.

ثانياً: بعد انتهاء المدة التي يقررها القاضي يحكم بوفاة المفقود، وتقسّم أمواله، وتعتد زوجته، وتترتب آثار الوفاة المقررة شرعاً.

ثالثاً: للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي، للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر. وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق. وصلى الله وسلم على نبينا محمد.¹

1 المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص 387 - 388.

المطلب الثالث: استعمال تقنية البصمة الوراثية (DNA)

في البحث عن المفقود:

تعد البصمة الوراثية أو ما يعرف بالحمض النووي من إكتشافات العصر الحديث، كما ساهمت هذه التقنية في تطور الطب الشرعي خاصة في مجال تحديد هوية الأشخاص وهوية الرفات البشرية وكذا الأشخاص المفقودين، وسنعمل على معالجة هذا المطلب في نقطتين وهما استخدام البصمة الوراثية كدليل علمي للتعرف على هوية الأشخاص وإثبات الشخصية أولاً، وثانياً استخدام تقنية البصمة الوراثية كدليل قانوني لإثبات وتحديد هوية الأشخاص المفقودين.

الفرع الأول: استخدام تقنية البصمة الوراثية

للتعرف على هوية الأشخاص.

أولاً: الاستخدام العلمي للبصمة الوراثية من أجل التعرف على هوية الأشخاص.

نتناول في هذا الفرع الإطار العلمي للبصمة الوراثية، وإلى الضوابط العلمية والأخلاقية للبصمة الوراثية في التعرف على هوية الأشخاص.

01 - الإطار العلمي للبصمة الوراثية .

تعتبر البصمة الوراثية إكتشاف حديث في القرن العشرين، ففي عام 1984 نشر الدكتور " أليك جيفري " عالم الوراثة بجامعة " ليستر " بلندن بحثاً أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات مميزة لكل فرد ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط، بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في الترليون مما يجعل التشابه مستحيلاً، وقد سجل الدكتور " أليك " براءة إكتشافه

ام 1985 وأطلق على هذه التتابعات اسم البصمة الوراثية للإنسان¹، فأصبحت بذلك تكنولوجيا DNA أحد الأدلة الرئيسية في علم الطب الشرعي الذي يعتمد حاليا على لغة الجينات ويات جزئ (DNA) كبنك لمعلومات جينية عن أسلافنا وأصولهم حيث يعطينا هذه المعلومات كمعطيات سهلة وميسرة وبسرعة.

وتعتبر تقنية (DNA) أداة قوية ودامغة للتعرف من خلالها على هوية الأشخاص مجهولي الهوية والمفقودين والمجرمين والمشتبه فيهم، فلقد اكتشف علماء الجينات والوراثة أن ثمة مناطق منقطعة في أجزاء الاتصال بكل (DNA) فتوجد في هذه الأجزاء أطوال قصيرة متكررة عدة مرات في الشفرة الوراثية، كما وجد أن هذه الأجزاء المتكررة والمتقطعة لها بصمة وحيدة لكل شخص أشبه بتفرد بصمات أصابع اليد وأمكن تصويره هذه البصمة بأشعة اكس ورفعها على أفلام حساسة، وتعتبر البصمة (DNA) هي البصمة التي سنتبع في الألفية الثالثة لأنها أقوى أداة للتعرف من خلالها على المجرم والكشف عنه من خلال رفع بصمته من آثار دمه في مسرح الجريمة حتى ولو كانت من بقعة دميمة متناهية².

فالبصمة الوراثية هي تلك المادة الموجودة في عينات دم كل كائن حي تحمل إشارات علمية تجعله مختلفا تماما عن أي شخص آخر، لأن دماؤنا تحمل أحماضا أمينية تتكون من مجموعة إنزيمات هي بمثابة بطاقة تعريف لكل شخص، لأنها تحمل المواصفات الوراثية التي ورثناها عن آبائنا وأمهاتنا فلا يتشابه فيها حتى الإخوة فيما بينهم، وبتعبير آخر فإن البصمة الوراثية هي مجموعة علامات وراثية تتناقلها سلسلة من الإنزيمات عبر خلايا الشخص مطبوعة على شريط من سلسلتين بهما خطوط وفقا لتسلسل الأحماض الأمينية يسمى DNA، فالسلسلة الأولى تحمل مواصفات الأب أما السلسلة الثانية فتحمل مواصفات

1 إيناس هاشم رشيد، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني، مقال منشور بمجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد 02، جامعة كربلاء، العراق، 2012، ص 215.

2 الدليل الجنائي، موسوعة ويكيبيديا، تاريخ الاطلاع: 2019/10/18 ساعة الاطلاع : 16:30،

<http://ar.wikipedia.org/wiki/>

الأم، وتعود هذه المواصفات حتى للجد أي الأصول وفق ترتيب تسلسلي علمي فهي في الأخير مادة علمية تحمل مواصفات وراثية تميز الكائنات الحية عن بعضها البعض.

والجزائر على غرار أغلبية دول العالم أخذت بهذه القرينة كدليل إثبات جنائي ف جاء في القانون رقم 16 - 03 والمتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص¹، والذي نص في مادته الثانية على مجموعة مفاهيم علمية للمصطلحات المصاحبة للبصمة الوراثية ومنها أن هذه الأخيرة هي التسلسل في المنطقة غير المشفرة من الحمض النووي كما اعطى مفهوم للحمض النووي (الريبي منقوص الأكسجين) والمناطق المشفرة وغير المشفرة في الحمض النووي ونفس المادة عرفت لنا التحليل الوراثي والذي يستند عليه كقرينة قاطعة للتعرف على الأشخاص، بأنه مجموعة الخطوات التي ترى على العينات البيولوجية بهدف الحصول على بصمة وراثية.

02 - الشروط التقنية و الشرعية لاستعمال البصمة الوراثية للتعرف على الأشخاص.

تعتبر البصمة الوراثية طفرة تطور مذهلة في عالم الإثبات الجنائي والطب الشرعي، ذلك ان العلماء خرجوا من أساليب الإثبات التقليدية وتوسعوا في أدلة الإثبات للوصول إلى قواعد علمية تعتبر قرائن قطعية لا تقبل إثبات العكس بالدليل العلمي.

وفي حقيقة الأمر فإن البصمة الوراثية حديثة عهد قريب وليس ببعيد ولكنها أثبتت في العديد من القضايا وبالدليل العلمي أنها تتصف بالدقة والوضوح وأن نسبة فشلها ودقتها ضئيلة جدا وهذا بشهادة الأطباء والمختصين لأنها قائمة على نظريات علمية مثبتة بالدليل.

ولا تقتصر أهمية البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي فقط بل لها أهمية في تحديد هوية الأشخاص المفقودين جراء اكوارث والحوادث ومجهولي الهوية، فأهميتها تأتي أيضا من أن جزيء الحامض النووي شديد المقاومة لعوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة²، وهذا ما يضمن صحة العينات وسلامتها لفترة طويلة والتي قد تصل مدة الإحتفاظ

1 القانون 16-03 الصادر بتاريخ : 19 يونيو 2016، والمتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية، العدد 37، بتاريخ 22 يونيو 2016، ص 05-08.

2 محمد عباس، دراسات معمقة في القانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2013، ص 103.

بها 40 سنة حسب نص المادة 14 من قانون 16-03 المتعلق بالبصمة الوراثية، كما أن تعدد مصادر البصمة يسهل من عمل الشرطة العلمية فلهم رفعها سواء من بقايا الدم أو الشعر أو الأنسجة والعظام، وبعد رفع العينة يتم إستخلاص الحمض النووي من أية خلية ذات نواة، وفي علم الوراثة الطبي يكون المصدر العادي عينة دم تحتوي على كريات دم بيضاء ذات نواة، وتتم في العادة معالجة الخلايا ذات الأنوية بالمواد المطهرة التي تشق غشاء الخلية والأنزيمات التي تذيب البروتينات وبالتالي يترك الحمض النووي في محلول مائي تتم تنقيته بمحاليل مخصصة لهذا الغرض¹.

ويتم تحديد هوية الشخص عن طريق البصمة الوراثية من خلال الاستعانة بشريط الحامض النووي، وذلك بعد استخلاصه وتحليله وتصويره والذي يشير حتما إلى صاحب العينة ذو خلية حيوانية، فقد يكون حيوانا أو طائرا أو زاحفا ويشير جزء إلى انتمائه إلى عائلة معينة، ويشير جزء ثالث إلى رتبة معينة وجزء آخر يوضح أنه إنسان، بينما جزء آخر يبين إلى أي جنس ينتمي فقد يكون زنجي أو أبيض أو أصفر، وجزء آخر يحدد نوعه ذكرا أو أنثى، وأخيرا الجزء المهم وهو التفريده النهائية للشخصية والتي لا يشاركه فيها أحد، وتختلف من شخص آخر والتي تعد عين الدليل لتبرئة أو إدانة أي شخص، وذلك عبر المقاربة بينها وبين تلك الموجودة في قاعدة البيانات أو المأخوذة من مسرح الجريمة².

أ- الشروط التقنية لإعتماد البصمة الوراثية علميا:

حتى تعتمد البصمة الوراثية كدليل إثبات علمي وتكون نتائجها صحيحة لابد من شروط أهمها:

أ-1- تحري الدقة والحرص الشديدين أثناء رفع العينات وحفظها، سواء كانت دم أو خصلات شعر أو عظام، ثم نقلها بالوسائل المعتمدة والمخصصة لهذا الغرض إلى المخابر المعنية من قبل الدولة لإجراء هكذا نوع من التحاليل.

1 بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، دار النفائس، الأردن، ط1، 2009، ص 68.

2 بوضوار ميسوم، البصمة الوراثية في الجزائر، مقال منشور بمجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، جامعة المدية، ديسمبر 2017، ص 82.

أ-2- إجراء عمليات إستخلاص وقراءة الحمض النووي للشخص المراد التعرف عليه من قبل ذوي الإختصاص العلمي، والحرص الشديد على تكوين هذه الفئة وإدراكها التام على خطورة وحساسية التحاليل التي يقومون بها.

أ-3- عدم الإكتفاء بإجراء إختبار واحد على نفس العينة بل لأبد من إجرائه عدة مرات لتكون النتائج المعتمدة صحيحة وسليمة، ويمكن الإستناد عليها كدليل جنائي ويمكن عرض العينة للإختبار على عدة مخابر معتمدة وهذا لدواعي الدقة العلمية ما مراعاة قواعد حفظ العينات من التلوث أو التلف.

أ-4- عرض النتائج المتحصل عليها للهيئات العلمية المختصة صاحبة القرار الأخير في إعتقاد هذه النتائج، والتي بدورها تسلمها إلى الجهات القضائية المختصة باستعمالها كدليل إثبات في التعرف على هوية الشخص المعني بهذه البصمة.

ب- الشروط الشرعية لاستخدام بالبصمة الوراثية:

يجب مراعاة الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية وأهمها:

ب-1- ألا تخالف نتائج البصمة الوراثية صدق النصوص الشرعية الثابتة من الكتاب والسنة الشريفة حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية المقطوع بصحتها وجلب المفساد، ومن ثم لا يجوز استخدامها في التشكيك في صحة الأنساب المستقرة الثابتة وزعزعة الثقة بين الزوجين¹.

ب-2- أن تستند البينة إلى العلم أو غلبة الظن، فإذا استندت إلى الشك أو وهم فلا عبرة بها لأن البينة ينبغي أن تقوم على أساس قويم وسند قوي، وذلك بأن تكون مبينة على العلم واليقين ليعتد بها محل إثبات²، لذلك يجب عرض العينات على أكثر من مخبر مع إحاطة نتائج كل مرحلة بالسرية التامة كما انه لا يجب اعتماد النتائج النهائية إلا بعد التأكد التام من أنه لا مجال للشك فيها وأن النتائج صحيحة مئة بالمئة.

1 خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ط1، دار النفائس، الأردن، ص 49.

2 بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص 41.

ب-3- تحديد الجهات المعنية بإجراء تحليل البصمة الوراثية ويجب أن تحدد بدقة وتمنح التراخيص من الجهات المخولة قانونا بذلك وفرض عقوبات زاجرة ورداعة لكل من تسول له نفسه التلاعب بالجينات البشرية أو التعرض للأسرة المسلمة و تحطيم دعائمها المستقرة¹، كما يجب أن يقتصر التحليل على ما هو مطلوب معرفته فقط، دون أن يتعدى هذه الحدود فلا يجب أن تكون عينات الحالة محل تجارب مثلا.

ب-4- إحاطة عملية إجراء التحاليل الجينية للتعرف على هوية الأشخاص بالسرية التامة، وهذا لصون كرامة الشخص حتى لو كان مجرما لأن حق الأشخاص في سرية المعلومات المتعلقة بحياتهم وجسمهم محمية دستوريا²، وبنص المادة 40 والتي أكدت على أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي مساس بالكرامة البشرية، وكذا المادة 41 والتي نصت على أن القانون كفيل بمعاينة كل المخالفات المرتكبة والتي تمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية.

وفي السياق ذاته أكدت قواعد أخلاقيات مهنة الطب³، وفي نص المادة 06 و 07 على أنه يجب على الأطباء ممارسة مهنتهم ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري، واتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ كرامته الإنسانية دون تمييز الجنس أو السن أو الدين أو العرق.

إضافة إلى أنه يفترض على كل طبيب أو عون يسمح له منصبه بمعرفة نتائج التحقيق الجيني أو ساهم في إجراء اختبارات البصمة الوراثية أن يلتزم بالسر المهني وأنه قد أدى اليمين على ذلك قبل الإلتحاق بمهنته.

1 خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص 50.

2 القانون 01-16، بتاريخ 06 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، تاريخ 07 مارس 2016، ص 03-37.

3 المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، العدد 52، بتاريخ 08 يوليو 1992، ص 1419 - 1435.

- إعلام المعني بأمر أخذ عينة بيولوجية بالشروط المتعلقة بتسجيل بصمته الوراثية بالقاعدة الوطنية للبصمات الوراثية وله الحق في تقديم طلب إلغائها (المادة 13 من قانون البصمة الوراثية) وذلك لدواعي أخلاقية أو لدواعي النظام والآداب العامة.

كما يمكن للقاضي ومن تلقاء نفسه أو بطلب من مصالح الأمن المختصة أو بعد صدور الحكم النهائي في الدعوى أن يأمر بإتلاف العينات البيولوجية وإذا لم يعد من الضروري الإحتفاظ بها (المادة 15 من قانون البصمة الوراثية)، وفي كل الأحوال فإن المشرع جعل من الإحتفاظ بالعينات البيولوجية الموجودة على مستوى القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية مرتبط بزمن محدد وذلك في نص المادة 14 من قانون البصمة الوراثية والتي تتراوح ما بين 25 سنة إلى 40 سنة حسب الحالة، وقد يكون أقل من ذلك إذا كان الإحتفاظ بها غير مجد، أي أنه هناك حالات إتلاف للعينات بقوة القانون، وأخرى حالات تقديرية تعود السلطة فيها للقاضي المختص.

الفرع الثاني : إعتداد البصمة الوراثية دليل إثبات

للتعرف على هوية الأشخاص.

نتناول في هذا الفرع أولا الإجراءات القانونية لإستعمال البصمة الوراثية للتعرف على الأشخاص ثم نتطرق في النقطة الثانية إلى مدى استخدام البصمة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص المفقودين وفي النقطة الثالثة نستعرض نماذج وأمثلة لاستخدام البصمة الوراثية.

أولا : الإجراءات القانونية لإستعمال البصمة الوراثية للتعرف على الأشخاص.

تعد الجزائر من الدول الرائدة في إعتادها على البصمة الوراثية كوسيلة للتعرف على مجهولي الهوية، ورغم أن القانون الخاص بهذه الوسيلة جاء متأخرا نوعا ما، إلا أن ذلك يرجع إلى حساسية ودقة الموضوع من جهة، وإجتياز البصمة الوراثية للعديد من الإختبارات العلمية للتأكد من سلامتها واعتمادها في الأخير كدليل إثبات في القضايا الجنائية والمدنية ،

زد على ذلك أن ظهورها واعتمادها في الدول المتقدمة يعود لنهاية الثمانينات فقط وهو ما جعل المشرع يترتب في الأخذ بها إلى غاية التأكد من دقتها وقطعيتها.

وبصدور القانون رقم 03/16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية كدليل قضائي للتعرف على الأشخاص والذي يمكن القول أن المشرع الجزائري بإصداره بين القوة القانونية لهذه الوسيلة في الإثبات خاصة وأنه في مادته الأولى والثانية أعطى تعريفا علميا للمصطلحات العلمية المتعلقة بتقنية البصمة الوراثية.

ولذلك تتم الإجراءات وفقا لهذا القانون وبالشكل الآتي:

1- مراعاة الشروط العلمية السابق ذكرها للحصول على القراءة العلمية للمعلومات الوراثية للشخص المراد التعرف عليه وهم الفئات المذكورة بنص المادة 05 من القانون سابق الذكر وهم فئتين رئيسيتين كالتالي:

الفئة الأولى: وهم الأشخاص المشتبه في ارتكابهم اعتداءات على الأطفال أو المحكوم عليهم نهائيا وضحايا الجرائم، والأشخاص الموجودون بمكان الجريمة لدواعي التحري والتحقيق والمحبوسين والمحكوم عليهم بثلاث سنوات لإرتكابهم جنایات أو جنح أمن دولة أو الآداب العامة، بالإضافة إلى الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم المخدرات وجرائم تبييض الأموال و جرائم تمويل الإرهاب أو أي جنایة أو جنحة ترى الجهة القضائية المختصة ضرورة ذلك.

الفئة الثانية : وهم الأشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية أو من لاتسمح حالتهم الصحية بالإدلاء بمعلومات تفيد التعرف على هويتهم والمتوفين مجهولي الهوية والمفقودين والمتطوعين.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري في القانون رقم 03/16 حصر الفئات المعنية بأخذ العينات الجينية وهذا صونا لكرامة الأشخاص وحفاظا على معطيائهم الوراثية الخاصة لأنها تدخل في حرمة الحياة الخاصة للأفراد، ثم أن خارج هذه الحالات لايجوز أخذ العينات

البيولوجية إلا بأمر قضائي ولا يجب جعل ذريعة التعرف على هوية الأشخاص سببا في إجراء هذا التحليل البيولوجي لأن حماية المجتمع لا تكون بالتعدي على حرمة أجساد الأفراد.

2 - السلطة المختصة باصدار أمر رفع هذه البصمة هم وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق وقضاة الحكم (المادة 04 من قانون 16-03)، و يجوز كذلك لضباط الشرطة القضائية طلب أخذ عينات بيولوجية بعد الحصول على رخصة من الجهات القضائية بتين فيها الضرورات الحتمية لإجرائها.

3- الجهة العلمية المختصة بأخذ العينات البيولوجية وهم ضباط وأعوان الشرطة القضائية من ذوي الإختصاص والأشخاص المؤهلين والمسخرين لهذا الغرض.

4- تجرى التحاليل على مستوى المخابر المعتمدة ودائما تحت رقابة القضاء.

ثانيا : مدى استخدام البصمة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص المفقودين.

تعددت مجالات الاستفادة من تقنية الحامض النووي (DNA) ، وذلك لحجبتها القاطعة ، فلقد أكدت البصمة الوراثية كدليل إثبات تفوقها وقوتها على العديد من الوسائل العلمية الأخرى كما أدى استخدامها إلى حل الكثير من القضايا الغامضة ، وبما أن البصمة الوراثية تثبت حقيقة الشخصية أو نفيها مثل عودة الأسرى أو المفقودين بعد غيبة طويلة والتحقق من شخصيات المتهربين من عقوبات الجرائم وتحديد شخصية الأفراد في حالة الجثث المشوهة من الحروب والحوادث والتحقق من دعوى الإنتساب بقبيلة معينة بسبب الهجرة أو تحديد القرابة العائلية¹.

لا أحد ينكر الدور الكبير الذي تلعبه هذه التقنية العلمية الفائقة الدقة في التعرف على جثث المفقودين من الأطفال، بل وحل الكثير من القضايا الإجرامية التي أدى الإجرام فيها إلى تشويه ومحي ملام الضحية ما يصعب التعرف عليها من قبل ذويهم إلا باستعمال البصمة الوراثية.

1 بسام محمد القواسمي، المرجع السابق، ص75.

و يمكن إعمال البصمة الوراثية في مجال المفقود والتحقق من هويته عند رجوعه، خاصة بعد مرور زمن طويل على غيابه أو تحديد هوية الجثث التي يصعب التعرف عليها في الفرع الأول، ولأهمية ذلك وحصوله في الواقع سنعرض عدة أمثلة واقعية في كيفية إثبات هوية المفقود والتحقق من شخصيته والأثر المترتب على ذلك في الفرع الثاني.

01- إستخدام تقنية البصمة الوراثية في إثبات هوية المفقود:

أ- إعمال البصمة الوراثية في إثبات حضور المفقود:

لقد تكلم الفقهاء عن إثبات شخصية المفقود عند عودته، حتى لا ينتحل أحد شخصيته بقصد الاستيلاء على أمواله أو أن يكون وارثا فينتحل شخصيته ويعتدي على حقوقه، خاصة إذا كان المفقود وارثا وحيدا، أو قد تطول مدة الغياب فتتغير الهيئة ويحوم الشك حول شخصيته المفقود، واشترط الفقهاء لإثبات حياته شهادة العدول أو غيرها من أدلة لإثبات بشرط أن لا يكون ذلك بعد مضي زمن لا يعيش إليه أقرانه، لأن الحياة بعده نادرة ولا عبرة بالنادر¹.

ومكنت تقنية البصمة الوراثية (DNA) العلماء للوصول إلى حقائق كانت تستعصي على من كان قبلنا وأصبحت تقنية الدنا (DNA) الملجأ الأول للتأكد من المفقود لحجبتها القاطعة في الإثبات وذلك بأخذ عينة من أقرائه، فإذا تم إثبات هوية المفقود بالبصمة الوراثية فلا حاجة إلى اللجوء إلى بيينة أخرى.

ب- إستخدام البصمة الوراثية في تحديد هوية المفقود والتحقق من شخصيته:

يسجل الكثير من الأشخاص المفقودين والمختفين بسبب النزاعات المسلحة وإنتهاكات حقوق الإنسان في العالم، بالإضافة إلى ذلك يختفي الآلاف من الأشخاص كل عام نتيجة الكوارث والهجرة غير الشرعية، والعنف المنظم والحروب الأهلية والطائفية، وقد شهد العقدان الماضيان تطورا في كيفية معالجة قضية المفقودين خاصة بعد الصراعات والكوارث

1 سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة وهبة، مصر، ط01، 2001، ص266.

الطبيعية والسياسات المتعلقة بالمفقودين، فالتقدم العلمي جعل من الممكن تحديد هوية أصحاب الرفات البشرية بشكل أكثر فعالية وتنظيماً من أي وقت مضى، فبعد أن كان من المستحيل تحديد من هم أصحاب المقابر الجماعية والتي تعج بالمفقودين وكذلك الجثث المتفحمة والتي يتعذر الوصول إلى تمييز أصحابها، أضحت اليوم من الممكن التعرف وتمييز أصحاب الرفات البشرية بواسطة تقنية الحامض النووي (DNA).

ويرث الشخص الحمض النووي مباشرة وينفرد كل إنسان بتركيبته الحمضية النووية مما يجعل تحليل الحمض النووي أداة قوية في تحديد هوية أصحاب الرفات وجثث المفقودين.

ج- استخدام اللصمة الوراثية في تحديد هوية أصحاب الرفات البشرية:

لقد تمت الإستعانة بتقنية DNA الحامض النووي في عمليات تحديد هوية أصحاب الرفات البشرية في المقابر الجماعية وأماكن الدفن المتفرقة، بواسطة الطب الشرعي في مايلي:

-تقديم الدليل العلمي الذي يؤكد صحة التطابق ما بين بيانات ما قبل الوفاة وبيانات ما بعد الوفاة.

- إمكانية تحديد هوية أصحاب الرفات البشرية بطريقة علمية في البرامج القائمة على تحليل حمض النووي، حيث تتأكد النتائج بعدها بالمطابقة ما بين بيانات ما قبل الوفاة وبيانات ما بعد الوفاة، (من الأهمية بمكان عندما يذهب عدد كبير من الأشخاص في عداد المفقودين التأكد من مطابقة تحليل الحمض النووي عن طريق ضمان تطابق كافة البيانات ما قبل الوفاة مع بيانات ما بعد الوفاة، وليس صورة الحمض النووي وحدها، لأن من المحتمل تطابق الحمض النووي بالصدفة أو نتيجة حدوث خطأ بشري)، ويشمل التحليل المرجعي المباشر للحمض النووي على مقارنة بين معلومات الحمض النووي المأخوذ من رفات

شخص مفقود أو مجهول ، وبين تلك المأخوذة من عينة تركها الشخص المعني قبل فقدانه وإخفائه مثل الشعر أو العينات السائلة كالدّم ومثل الأسنان....¹

وكذلك يشتمل تحليل الحمض النووي المرجعي لتحديد صلة القرابة -وهو النوع الأكثر شيوعاً، لاسيما عندما يفقد أشخاص نتيجة كارثة طبيعة أو نزاع مسلح- فيشتمل على مقارنة بين معلومات تحليل الحمض النووي المأخوذ من رفات شخص مجهول عثر عليها والمعلومات المستقاة من تحليل عينات مأخوذة من أقارب الشخص المفقود المبحوث عنه، وهنا يقوم خبراء الطب الشرعي في مجال التقنية تحليل الحمض النووي إعطاء نتيجة وإجابة بعد عقد مقارنة وتقييم مدى تطابق العينات المأخوذة من أقارب الأشخاص المفقودين مع الحمض النووي المأخوذ من الرفات المجهولة، وعند تطابقها يكون قد عثر عن الشخص المفقود ميتاً ويمكن دفن جثته وتسجيله في سجلات الوفيات، أو في حالة عدم التطابق يبقى الشخص المفقود المبحوث عنه مجهول المصير.

ولقد قامت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين واللجنة الدولية للصليب الأحمر بالتعاون مع جمعيات الهلال الأحمر والجمعيات الوطنية، وبالتنسيق مع الدول، بتفعيل هذه التقنية في خدمة قضية المفقودين، ولقد تأسست اللجنة الدولية لشؤون المفقودين (ICMP) من قبل مجموعة الدول السبع (G7) خلال اجتماع القمة الذي عقد في مدينة ليون الفرنسية عام 1996م، وذلك بهدف المساعدة في حل مشكلة المفقودين في كل من البوسنة والهرسك وكرواتيا، وصربيا والجبل الأسود، بين عامي 1991م و 1995م .

كما قامت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين بمساعدة الحكومات في استخراج الجثث من المقابر الجماعية وتحديد الحمض النووي للأشخاص المفقودين، وتساعد في وضع إستراتيجيات ومؤسسات للبحث عن الأشخاص المفقودين واستعمال المعلومات المتوفرة لدى حكومات دول المنطقة، ويقع المقر الرئيسي للجنة في مقاطعة كوسوفو، والهدف الرئيس لها هو مساعدة العائلات في معرفة مصير أقاربهم الذين فقدوا أثناء الصراعات المسلحة، أو

1 اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، تحديد هوية الرفات بواسطة الطب الشرعي، طبعة ديسمبر 2013، ص 11.

نتيجة كوارث طبيعية، وذلك من خلال عدة طرق تعتمد في الأساس على استخدام العلوم المتطورة والتقنيات الحديثة، كما تقدم اللجنة مساعداتها للجميع بغض النظر عن الأصول العرقية أو الدينية، وتعتبر اللجنة المنظمة الوحيدة في العالم التي تشكلت على هذا المستوى ولهذا الغرض¹.

كما تعمل على توفير المساعدة التقنية للحكومات في تحديد مكان واستخراج الرفات البشرية، والتعرف عليها هويات المفقودين، كما أنها تدعم عمل القطاع القضائي، وكجزء من مساعداتها التقنية تدير اللجنة الدولية للمفقودين نظام مختبرات الحمض النووي الأكبر والأكثر كفاءة في العالم، والمخصص حصراً للتعرف على هويات المفقودين، فقد أنشأت قاعدة بيانات إلكترونية قادرة على معالجة المعلومات عبر جميع أنحاء العالم.

ثالثاً : تطبيقات حول استعمال البصمة الوراثية في تحديد هوية الأشخاص المفقودين .

شاركت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين في عدد من أحداث تحديد هوية ضحايا الكوارث والنزاعات المسلحة من خلال استخدام تقنية الحمض النووي (DNA)²، واستناداً إلى

1 أنظر الصفحة الرسمية للجنة على الإنترنت، www.icmp.int

Agreement on The Status and Functions of The international Commission on Missing Persons

2 تحتفظ اللجنة الدولية لشؤون المفقودين بنظام اختبار هوية الحمض النووي المكرس لتحديد الأشخاص المفقودين بسبب النزاع المسلح وانتهاكات حقوق الإنسان والكوارث وغيرها من الظروف في جميع أنحاء العالم، ويعتمد نظام تحديد هوية الحمض النووي الخاص باللجنة الدولية لشؤون المفقودين على المختبرات المتكاملة لاختبار الحمض النووي ، الموجودة في لاهاي. تمتلك مختبرات الحمض النووي قدرة متطورة للغاية للحصول على توصيف الحمض النووي من الحالات الصعبة جداً لرفات البشرية الغير المعروفة ، مثل عينات العظام المأخوذة من مقابر جماعية عمرها عقود. وقد أجرت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين أكبر برنامج لفحص الحمض النووي للأشخاص المفقودين في العالم ، بعد أن نجحت في اختبار أكثر من 50000 عينة من العظم ، وأنشأت قاعدة بيانات تضم حوالي 100000 من عينات الحمض النووي المرجعية للأسرة لدعم تحديد ما يقرب من 20000 شخص مفقود الأساس لتحديد هوية الحمض النووي هو لمطابقة الحمض النووي من البقايا البشرية المجهولة الهوية إلى ملفات الحمض النووي من أفراد الأسرة من المفقودين، تتم مقارنة قواعد بيانات كبيرة من ملفات الحمض النووي من المفقودين والأسر باستخدام برنامج قاعدة البيانات المتخصصة للجنة الدولية لشؤون المفقودين، تعني "مطابقة الحمض النووي" أن مجموعة من البقايا البشرية قد تم تحديدها من خلال مطابقة الصورة الجينية للرفات مع تلك الخاصة بأقارب العائلة بمعدل عالٍ جداً من الكفاءة الإحصائية. أنظر موقع اللجنة الدولية لشؤون المفقودين

إلى تقنياتها المتطورة على اختبار الحمض النووي من البقايا البشرية وخبرتها في مطابقة الحمض النووي لعينات الحمض النووي للأسرة ، وكان أول هذه الحالات هو التسونامي في جنوب شرق آسيا عام 2004¹ ، حيث اختبرت اللجنة الدولية أكثر من 1200 عينة من العظام وأصدرت تقارير عن هوية الحمض النووي لأكثر من 900 شخص، بعد ذلك بوقت قصير، قدمت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين اختبار الحمض النووي لعينات الضحايا من ولاية لويزيانا في أعقاب إعصار كاترينا في عام 2005، كما شاركت اللجنة الدولية في استجابات تحديد هوية ضحايا الكوارث في كل من الفلبين و هايتي وكوبا و الكاميرون و كينيا.

وبالرجوع إلى الموقع الإلكتروني وتقارير اللجنة الدولية لشؤون المفقودين نجدها مشارك منظم في عمليات تحديد هوية ضحايا الكوارث الطبيعية وكذا النزاعات المسلحة ، وقد قدمت تقييماً سريعاً وتوصيات في أعقاب الكوارث ، مثل زلزال هايتي 2010، وإعصار هايان في الفلبين عام 2013، ونذكر بعض من الأمثلة على ذلك:

1- من أبرز النماذج الواقعة في الدول العربية تجربة ليبيا، فوفقاً لوزارة رعاية أسر الشهداء والمفقودين ، تشير تقديرات الحكومة الليبية في عام 2012 إلى أن عدد الأشخاص المفقودين في ليبيا يصل إلى شخص 10.000 مفقود ، ويشمل هذا العدد الأشخاص المفقودين نتيجة للصراعات في ليبيا، ووقعت ليبيا واللجنة الدولية لشؤون المفقودين اتفاقية

1 موقع اللجنة الدولية لشؤون المفقودين WWW.CIMP.INT

في ديسمبر 2004 ، تسبب ثالث أكبر زلزال على الإطلاق في تسونامي مدمر على طول المناطق الساحلية في المحيط الهندي. تم الإبلاغ عن مقتل ما لا يقل عن 250,000 شخص وفقدانهم في 11 دولة، بما في ذلك إندونيسيا والهند وسريلانكا وتايلاند وجزر المالديف، عرضت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين على الفور مساعدتها لجميع البلدان المتضررة، طلبت عملية تحديد هوية ضحايا تسونامي في تايلاند، بالتعاون مع السلطات في المملكة المتحدة وألمانيا، من اللجنة الدولية لشؤون المفقودين تقديم المساعدة في تحديد هوية 8000 ضحية. وبالعامل في شراكة مع الإنترنت، تمكنت اللجنة الدولية لشؤون المفقودين من تحديد 900 جثة في تايلاند باستخدام ملفات الحمض النووي لأكثر من 1700 عينة من العظم قدمتها السلطات التايلندية.

التعاون ، حيث ساعدت بموجبها اللجنة الدولية لشؤون المفقودين إقامة مركز تحديد الهويات الليبي LIC بالتنسيق مع السلطات الليبية.

وحسب اللجنة الدولية لشؤون المفقودين فإنها قامت بتدريب خبراء ليبيين، حيث خضع أكثر من 50 موظفاً من وزارة الشؤون أسر الشهداء والمفقودين، للتدريب على علم الآثار الشرعي والأنثروبولوجيا وعلم الأمراض وجمع عينات الحمض النووي المرجعية وإجراءات أخذ العينات بعد الوفاة كما تم إجراء تدريب على معالجة البيانات الشخصية، بما في ذلك تحديد سمات الحمض النووي والمطابقة والإبلاغ، مع التركيز على معايير حماية البيانات، وبمساعدة اللجنة الدولية لشؤون المفقودين، تم جمع أكثر من 11,000 عينة مرجعية جينية تمثل أكثر من 2,500 شخص مفقود من عائلات المفقودين. وقد مكّن هذا السلطات من التعرف على 150 شخصاً، بمن فيهم الدكتور منصور رشيد الكيخيا، وزير الخارجية الليبي السابق والسفير لدى الأمم المتحدة الذي عارض نظام القذافي فيما بعد واختفى في مصر عام 1993 وعثر على رفاتة في ليبيا.

2 - أعلنت البوسنة والهرسك استقلالها عن جمهورية يوغوسلافيا الاتحادية الاشتراكية في 03 مارس 1992، وشهد الصراع الذي كان على مدى السنوات الثلاث ونصف السنة التالية عمليات قتل وتعذيب وحالات اختفاء نتيجة للعمل العسكري لأكثر من 100,000 شخص فقدوا حياتهم. ويشمل هذا الرقم حوالي 31500 من المفقودين¹.

وعلى الرغم من القيود الإدارية للهيكل الحكومي المعقد والجهود المنهجية من قبل بعض الأطراف لمنع تحديد مكان الجثث وتحديد هويتها ، فقد تم حساب ما يقرب 70% من الأشخاص الذين أُبلغ عن فقدانهم نتيجة الحرب، لم يحقق أي بلد آخر في مرحلة ما بعد صراع هذه النسبة العالية من حل قضايا الأشخاص المفقودين.

1 موقع اللجنة الدولية لشؤون المفقودين WWW.CIMP.INT.

وعملا بالمادة 04 من دستور البوسنة والهرسك ، أقر كل من مجلس النواب ومجلس الشعوب قانون الأشخاص المفقودين¹، ويطبق هذا القانون على الأشخاص الذين اختفوا خلال الفترة الممتدة من : 1991/04/30م إلى عاية 1996/02/14م، ويعتبر أول تشريع من نوعه في بلد ما بعد نزاع يتعلق بالأشخاص مفقودين في أي مكان في العالم، فهو يقنن " الحق في معرفة الحقيقة بشأن مصير أقارب المفقودين"، فضلا عن الحق في الإطلاع على جهود التحقيق، وتضمنت مادته الأولى موضوع القانون والمبادئ التي من شأنها عملية تفقي أثر الأشخاص المفقودين، كما حدد تعريف المفقود، وطريقة إدارة السجلات المركزية، وغيرها من المسائل المتعلقة بالبحث عن أثر المفقودين في البوسنة والهرسك، كما نصت المادة 06 من نفس القانون على " تقوم السلطات ذات الصلة في البوسنة والهرسك بتبادل المعلومات المتعلقة بعملية تفقي أثر المفقودين وتحديد مصيرهم وهويتهم. "

ومن أجل تحسين عملية تفقي أثر المفقودين وتسريع عملية التعرف على مصير المفقودين والكشف عن هويتهم، جاءت المادة 07 من نفس القانون بإنشاء معهد الأشخاص المفقودين في البوسنة والهرسك كمؤسسة مستقلة لتفقي أثر الأشخاص المفقودين خلال الحرب، كما تعاونت السلطات في البوسنة والهرسك مع لجنة الصليب الأحمر الدولية، واللجنة الدولية المعنية بشؤون المفقودين، بالتنسيق مع معهد الأشخاص المفقودين وجمعية الصليب الأحمر في البوسنة والهرسك، كما ساهم هذا التعاون وباستخدام تقنية الحمض النووي بشكل واسع في تحديد مصير العديد من المفقودين من خلال التعرف على هوية الرفات في المقابر الجماعية.

ونتيجة لذلك، استخدمت البوسنة والهرسك أيضا الطب الشرعي، لا سيما تحليل الحمض النووي ، لتحديد مكان المفقودين وتحديد هويتهم، وقد تم إنشاء ما يعرف باسم عملية تحديد هوية الحمض النووي بمساعدة من اللجنة الدولية لشؤون المفقودين في عام 2000، وقد طبقت هذه العملية اختبار الحمض النووي بشكل غير انتقائي على نطاق واسع ، مع وجود تعريفات

1 القانون رقم 04-109 الخاص بالأشخاص المفقودين لدولة البوسنة والهرسك مؤرخ في 2004/10/21، منشور على الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر WWW.IMPC.INT

نتيجة عن تطابق الحمض النووي والذي يستمدده الكمبيوتر بين الحمض النووي من بقايا رفات الإنسان الغير المعروف و الحمض النووي من أفراد أسر المفقودين.

إن نتائج هذه العملية ، تحديد هوية الحمض النووي لبقايا الأشخاص المفقودين ، ما يسمى بتقارير تطابق الحمض النووي ، تقدمه اللجنة الدولية لشؤون المفقودين مباشرة إلى المحاكم المحلية المختصة التي تقوم بمعالجة وإغلاق قضايا الأشخاص المفقودين بموجب نظامها الداخلي.

في الأخير ونظرا للنتائج القطعية المترتبة عن استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات الهوية وغيرها من مجالات الاستفادة منها، حيث أنها تعتبر وسيلة لتحديد هوية المفقود عند رجوعه بعد أمد طويل خاصة إذا صدر حكم باعتباره ميتا، وذلك لسد كل ذريعة لانتحال شخصيته والاعتداء على مركزه كما أن تحديد هوية الجثث التي يتعذر التعرف عليها بسبب ما لحقها من تشويه بسبب الكوارث والحوادث ، يجنب عناء انتظار المدة الواجب انتظار مرورها حتى يحكم بموته، وبناء على حجية البصمة الوراثية في إثبات الهوية، حيث يبنى عليها الحكم بوفاته، كما أن هذا الحكم يمكن اعتباره موتا حقيقيا لا حكما، كذلك بالنسبة للرفات البشرية التي يشك أنها تعود لأحد المفقودين خاصة بعد الحروب والفتن والأزمات الأمنية.

المبحث الثاني: المدة اللازمة لانتظار المفقود:

إنه من بين المسائل المتعلقة بأحكام المفقود، والتي كانت محل خلاف بين الفقهاء هي مسألة تحديد مدة انتظار المفقود، والتي يحكم بعد مرورها بموت المفقود، ذلك أنه إذا طال غيبة المفقود دون أن يرجع إلى أهله وبلده، ولم يظهر له أثر بالرغم من طلبه والبحث عنه، فإنه بعد انقضاء مدة محددة يحكم بموته، كما نجد أن المشرع الجزائري قد كان له اجتهادات في مسألة تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعد مرورها، فكان تحديد مدة انتظار المفقود في الأحكام العامة في قانون الأسرة مختلفة عما جاء في قوانين الخاصة.

المطلب الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود

في الفقه الإسلامي:

لقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي بعد انقضائها يحكم بموت المفقود، ولكل منهم حجته وبرهانه، ويمكن تصنيف الآراء التي قيلت في هذا الصدد إلى طائفتين: الأولى تضم الفقهاء الذين أعطوا للمفقود حكماً واحداً أياً كانت الظروف التي أحاطت بالفقود، والثانية تضم الفقهاء الذين فرقوا بين من يفقد في ظروف ظاهرها السلامة، ومن يفقد في ظروف يغلب على الظن فيها الهلاك.

الفرع الأول: قول الفقه الذي لا يفرق بين حالات الفقدان:

أولاً: المذهب الحنفي:

يقول فقهاء الحنفية أن المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره، والشخص الواحد لا يكون حياً وميتاً حقيقة لاستحالة ذلك، وهم بذلك يعطون حلاً للأحكام التي

ستطبق على المفقود، وبالتالي تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا تبين امرأته كأنه حي، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة¹.

والتبرير لهاته المقولة عندهم قولهم ذلك أن الثابت باستصحاب الحال² يصلح لإبقاء ما كان على ما كان من قبل حتى يقوم الدليل على تغييره، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن³، فوجد أنهم يقولون بتطبيق أحكام الأحياء في ما كان للمفقود؛ مبني على أن ملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في غيره فأمر لم يكن؛ فنحتاج هنا إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن، فالحياة معروفة بيقين، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال اليقين بالشك⁴.

وعند نظرنا في هذا القول، فإن التساؤل الذي يثار: متى يستمر حكمه كذلك؟ لأنه لا بد من وقت يحكم بعده بموته وتقسيم أمواله وتبين منه زوجته، وهنا تظهر أهمية حكم القاضي بموت المفقود حتى يتمكن ذووه من التصرف بناء على هذا الحكم⁵.

كما ذكرنا سابقا في تقسيم حالات فقدان وجدنا أن الأحناف لم يفرقوا بين من يفقد في ظروف غالبها الهلاك ومن يفقد في غيرها من الظروف، فهم أعطوا للمفقود حكما واحدا من حيث المدة التي يحكم بعد انقضائها بموته، بغض النظر عن الظروف التي صاحبت الفقد.

وقد استندوا على أدلة، من السنة، والأثر والمعقول:

أ- السنة:

أخرج الدارقطني في سننه، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"، أو " البيان" كما قيل أيضا¹.

1 الكاساني، ج 8، المرجع السابق، ص 313؛ السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 35.

2 الاستصحاب، إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناء على الزمان الأول، أنظر في ذلك: الجرجاني، المرجع السابق، ص 22.

3 عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، مصر، ط 4، 1963، ص 661.

4 الكاساني، ج 8، المرجع السابق، ص 313.

5 يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 30.

فيدل هذا الحديث على أن زوجة المفقود باقية على زوجها منه حتى يأتيها الخبر، ويقصد بالخبر موت المفقود.²

ب- الأثر:

روي عن الإمام علي بن أبي طالب، أنه قال في امرأة المفقود: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق " ³، فهذا الأثر يزيد من تفصيل الإجمال الوارد في الحديث السابق، في قوله حتى "يأتيها البيان".

و عن ابن جريح أنه قال: بلغني أن عبد الله بن مسعود وافق علياً في امرأة المفقود أنها تنتظر أبداً⁴.

ويقول فقهاء الحنفية أن هذه الآثار إنما جاءت مطلقة مما يقتضي عدم التفرقة بين حالات فقدان، وكذا الظروف التي صاحبت الفقد⁵.

ج- المعقول:

ذلك أن النكاح عرف بثبوته متحقق والغيبية لا توجب الفرقة، والموت فهو في دائرة الاحتمال فلا يزال بالشك⁶.

وإذا كان أنصار هذا المذهب قد اتفقوا على هذه المسألة، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول تقدير تلك المدة، فقدرها البعض بسبعين سنة تبدأ من تاريخ ميلاد المفقود،

1 أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، عن محمد بن شريحيل عن المغيرة بن شعبة بهذا النص، وفي بعض نسخه "حتى يأتيها يقين موته"، أنظر: علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، لبنان، ط 1، 2011، 846.

2 حديث ضعيف لا يجوز الاحتجاج به، حيث قال عنه ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هذا حديث منكر، ومحمد بن شريحيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة بن شعبة مناكير، أنظر سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني، المرجع السابق، ص 846.

3 الزيلعي عبد الله بن يوسف، نصب الرأية لأحاديث الهداية، ج 3، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، 1393 هـ، ص 473.

4 الزيلعي، المرجع نفسه، ص 473.

5 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 35.

6 السيواسي، ج 6، المرجع السابق، ص 137.

وقدرها البعض الآخر بتسعين سنة، وذهب أبو يوسف إلى أنها مائة، كما روى الحسن بن زياد عن الإمام أبي حنيفة أنه قدرها مائة و عشرين.

وقد استدل من قدرها بسبعين، بقوله صلى الله عليه وسلم: (أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين)¹ ، (أما أصحاب التقديرات الأخرى فقد قدر كل منهم ما كان يعتقد أقصا أعمار الأمة)²، وذهب صاحب فتح القدير³ إلى أن الأحسن أن يقدر بسبعين سنة، للحديث السابق.

وتعليقا على هذا الاختلاف، قال الإمام السرخسي أنه من الأصوب عدم التقيد بمدة معينة، على أن لا يحكم بموت المفقود إلا بعد وفاة جميع أقرانه، وقد استند في ذلك، كغيره من فقهاء هذا المذهب، إلى القاعدة التي تقول بأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يثبت العكس، فالمفقود كانت حياته متيقنة عند فقده، فتظل كذلك باستصحاب الحال إلى أن يقوم الدليل على وفاته، فإن لم يكن هناك أي دليل، كان من الواجب الانتظار إلى الوقت الذي ينقرض فيه جميع أقرانه، لأن من النادر أن يعيش المفقود بعد وفاتهم، والأحكام الشرعية لا تبنى على الأحكام النادرة، بل على الغالب الذي يحدث في معظم الأحيان⁴.

ووجه ظاهر الرواية أنه من النادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا يبنى الحكم عليه، وبعد قولهم أن الظاهر موت أقرانه، اختلفوا في أن المعتبر موت أقرانه في بلده فقط، أو في جميع البلاد؟

فذهب البعض إلى الرأي الأخير مستددين في ذلك إلى أن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار تبعا لإجرائه سبحانه وتعالى العادة، حتى قيل أن الصقالبة أطول

1 رواه ابن ماجه، ج 2، المرجع السابق، ص 1415.

2 ابن عابدين، المرجع السابق، ص 462.

3 السيواسي، ج 6، المرجع السابق، ص 139.

4 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 36.

عمرا من أهل الروم، في حين رجح البعض الآخر الرأي الأول، لأن التعرف على موت أقران المفقود في جميع البلاد فيه حرج عظيم بينما الوقوف على ذلك في بلده فيه نوع حرج محتمل¹.

أما الإمام الزيلعي فقد منح أمر تقدير المدة التي يحكم بعد مرورها بموت المفقود إلى رأي وتقدير الإمام أو القاضي، لأن أعمار الناس تختلف باختلاف الأقاليم والبلدان، كما أن غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص: (فالملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات)²، وينسب البعض هذا الرأي أيضا إلى الإمام أبو حنيفة³.

ومما لا شك فيه أن المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطاً، والغالب فيمن طال عمره، أن لا يجاوز المائة.

فتمت حكم القاضي بموته بناء على الأقوال السابقة، اعتدت امرأته عدة الوفاة وقسمت أمواله من وقت الحكم بوفاته، وكأنه مات فيها معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي⁴.

من خلال ما سبق، يمكننا نستنتج بأن فقهاء الحنفية عند حسابهم لمدة الفقد لا ينظرون إلى تاريخ الفقد، وكذلك لا يحددون مدة معينة للحكم بموت المفقود، إنما يعتمدون على حساب مدة التعمير، وهم بذلك وضعوا وقدموا مصلحة المفقود في بقاء أهله وماله على حالهم، ولم يراعوا مصلحة زوجته وأسرته في تركهم ينتظرون طوال مدة التعمير.

والظاهر أنه في وقتنا المعاصر يصعب الأخذ بهذا القول، لأنه قد يؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق على مستحقيها¹.

1 السيواسي، ج 6، المرجع السابق، ص 139.

2 الزيلعي، ج 3، المرجع السابق، ص 312.

3 ابن عابدين، ج 6، المرجع السابق، ص 460.

4 السيواسي، ج 6، المرجع السابق، ص 141.

ثانيا: المذهب الشافعي:

بالرجوع لأقوال الإمام للشافعي - رحمه الله - في تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود قولان:

1-القول الأول: قال به في مذهبه القديم، ومفاده أن يحكم بموت المفقود في حق زوجته فقط بعد مضي مدة أربع سنوات من تاريخ فقده².

وقد استند في ذلك إلى قول سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا"، فقد ورد هذا الحديث بصدده واقعة مضمونها (أن رجال فُقد، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال: تربصي أربع سنين ففعلت، ثم أنته فقال، تربصي أربعة أشهر وعشرا ففعلت، ثم أنته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاءوا به فقال: طلقها ففعل، فقال عمر: تزوجي من شئت)³.

2-أما القول الثاني: المأخوذ عن الشافعي في مذهبه الجديد وهو المعتمد، فلم يفرق بين زوجة المفقود وماله، وأنه لا يمكن الحكم بموت المفقود إلا إذا قامت بينة تثبت وفاته، أو تمضي عليه مدة بحيث يغلب على الظن أنه لا يعيش إليها، ويترك ذلك لتقدير واجتهاد القاضي، فيجتهد ويحكم بموته بعد مضي المدة، ذلك أن الناس يختلفون في طول أعمارهم وقصرها، وهذا الأمر لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولم يرد توقيف في ذلك، فيترك الأمر للقاضي⁴.

1 محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، دار النهضة العربية، مصر، د ط، 2005، ص 505.

2 الماوردي، ج 11، المرجع السابق، ص 316.

3 البهوتي، كشف القناع، ج 5، المرجع السابق، ص 421.

4 محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 303.

وهو بذلك وافق قول الأحناف في مذهبهم، كما استند إلى الأدلة التي قال بها الأحناف، والتي سبق ذكرها.

الفرع الثاني: قول الفقه الذي إعتد التفرقة بين حالات فقدان:

أولاً: المذهب المالكي:

بالرجوع لأقوال فقهاء المذهب المالكي، نجد أن المذهب قد قسم المفقودين إلى عدة أقسام بناء على اعتبار ظروف فقدان، و كل قسم له حكمه الخاص به ويختلف عن حكم غيره، وسنقوم بالتطرق لكل قسم على حدى:

1- المفقود في بلد إسلامي في ظروف ظاهرها السلامة:

لقد ميز فقهاء المالكية في تحديد المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في ارض الإسلام زمن السلم، ما اذا كان الحكم متعلق بزوجه أو ماله، فإذا كان تعلق الأمر بزوجة المفقود فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة عدم البقاء في عصمته، وتبين حال المفقود بطلب البحث والكشف عنه، هنا يضرب لها القاضي مدة أربع سنوات وبعد مرورها تعدد عدة الوفاة، أما إذا تعلق الأمر بأمواله فلا تقسم بين الورثة إلا بعد التأكد من موته، أو بعد مضي مدة زمنية يمكن معها القطع بوفاته، وقد اختلفت أقوال فقهاء المالكية في تقدير مدة التعمير، ف قيل تمام سبعين سنة تبدأ من تاريخ ميلاد المفقود، وقيل ثمانين سنة، وقيل تسعين سنة، وقدرها فريق آخر بمائة، وقيل بمائة وعشرين سنة، والمشهور في المذهب أنها تقدر بخمسة وسبعين سنة¹.

والحجة التي قال بها الإمام مالك في إعتد التفرقة في الحكم بين زوجة المفقود وأمواله، أن الحياة هي الثابتة باستصحاب الحال، وعليه يبقى الأصل أن لا يحكم بموت المفقود إلا بعد انقضاء مدة التعمير، إلا أنه ورد عن عمر - رضي الله عنه - أنه أباح

1 الدسوقي، ج 2، المرجع السابق ص 483.

لمن فقد زوجها مدة أربعة أعوام، أن تعتد زوجته عدة وفاة ويمكنها الزواج بعدها، وهذا يقتضي قصر ذلك الحكم على موضوع الفتوى، أما الأموال فتبقى على أصل القياس¹.

2- المفقود في الحروب والفتن بين المسلمين:

إن كان المفقود قد شهد القتال، يعد في حكم من قتل أو مات ويطبق هذا الحكم على زوجة وأمواله على حد سواء، وحكم بموته بعد انفصال الصفيين وانتهاء المعركة وولم يظهر خبره وحاله، فتعتد زوجته ويقسم ماله، إذا كان موقع المعركة قريبا، أما إذا كان مكان المعركة بعيدا فقالوا يضرب له أجل سنة وبعدها يحكم بموته و تعتد زوجته ويقسم ماله²، أما إن كان شهادة البيينة على أن المفقود خرج مع الجيش لكن لم يشارك في القتال، فهنا قالوا يسري عليه حكم من يفقد في بلاد المسلمين في الظروف العادية³.

3- المفقود زمن المجاعة والوباء:

فقهاء المالكية قالوا من فقد في هذه الظروف يحكم بموته مباشرة بعد إنتهاء زوال المجاعة أو الوباء دون ضرب مدة محددة، ذلك لغلبة الظن بموته وانه مات فيها⁴، أما المفقود زمن الطاعون فقال الإمام اللخمي: أن من فقد ببلد توجه إليه زمن الطاعون، حكمه الموت، لقول الإمام مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال: يموت الرجل في سفره ولم يأت خبر موته ولا حياته تتزوج نساؤه ويقسم ماله⁵.

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 101.

2 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث - القاهرة، د ط، 1425هـ - 2004 م، ص75.

3 أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 582.

4 شرح الخرشي المرجع السابق، ص154، أنظر: منح الجليل لعليش، المرجع السابق، ص327. الحبيب بن

طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ص232.

5 المواق، ج 4، المرجع السابق، ص 161.

4- المفقود في بلد غير مسلم:

أ- في زمن السلم:

قالوا بأن لا يحكم بموته إلا بعد انقضاء مدة التعمير، وجعلوا حكمه مثل حكم الذي يقع أسيرا عند العدو، ويسري هذا الحكم على زوجته وماله جميعا، كما اختلف فقهاء المالكية في تقدير هاته المدة، فإذا إنقضت مدة التعمير ولم يظهر حال المفقود وخبره هنا حكم القاضي بموته، وعندها تعتد زوجته ويقسم ماله، ووجهتهم بالقول بعدم ضرب أي أجل لزوجته على غرار ضربه بالنسبة لمن يفقد في دار الإسلام ذلك لتعذر الاستقصاء عن حال زوجها المفقود والبحث عنه لانقطاع خبره مع حياته¹.

ب- في الحرب بين المسلمين والأعداء:

وأما المفقود في حروب المسلمين مع الأعداء (غير المسلمين) ففيه في المذهب أربعة أقوال²:

ب-1- القول الأول: يعد حكم المفقود كحكم الأسير، فلا يحكم بموته إلا بعد مضي مدة من الزمان لا يعيش إلى مثلها وتسري في حق زوجته وماله، وهو القول المشهور في المذهب³.

ب-2 - القول الثاني: المفقود في هاته الحرب يحكم بموته وذلك بعد مضي سنة ، سواء بالنسبة لزوجته أو بالنسبة لأمواله ، و بعد نظر الحاكم في أمره والبحث والتقصي عنه بكل الوسائل الممكنة والمتاحة له.

ب-3 - والقول الثالث: أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين في الظروف العادية، أي لا يحكم بموته إلا بعد انقضاء مدة التعمير في حق ماله، أما فيما يتعلق بزوجته والتي رفضت البقاء في عصمته يحكم بموته بعد انقضاء اربع سنوات.

1 المواق، المرجع نفسه، ص 482.

2 وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع، أنظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، المرجع السابق، ص75.

3 انظر: المقدمات الممهدة لابن رشد الجد، المرجع السابق، ص535. أنظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ص 144.

ب-4 - القول الرابع: حكمه حكم المفقود في زمن الفتن واقتتال المسلمين فيما يخص زوجته؛ فيعد مقتولا وتعتد بعد انتهاء الإقتتال، وحكم المفقود في أرض الإسلام فيما يخص ماله يعني لا يقسم إلا بعد انقضاء مدة التعمير.

ويستوي الحكم في هاته الأقوال سواء كانت أرض المعركة في بلاد الأعداء أو في بلاد الإسلام، ويبدأ سريان احتساب المدة من اليوم الذي رفع أمره للحاكم وليس بعد انتهاء البحث والتحري والنظر فيه¹.

ويشترط هنا أيضا أن تشهد البيئة العادلة أنها رآته قد حضر صف القتال، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقط فحكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين².

ثانيا: المذهب الحنبلي:

كما رأينا في مسألة اقسام وأنواع المفقود بأن فقهاء الحنابلة يفرقون بين حالتين، حالة الشخص الذي يفقد في ظروف يغلب فيها السلامة، وحالة يغلب فيها الهلاك³، وبناء عليه فإن تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود تختلف في حالة، نصلها فيما يلي:

1- المفقودون في ظروف ظاهرها السلامة:

تباينت أقوال فقهاء الحنابلة في تحديد المدة في هذا القسم من الغيبة إلى عدة أقوال:

أ-القول الأول: يرى أن ينتظر به مدة تسعين سنة (وهي سن التعمير عندهم) تحتسب من يوم مولده، فلا يحكم بموته قبل ذلك، وهذا هو مذهب الإمام أحمد رحمه الله⁴ أما عن

1 الدسوقي، ج 2، المرجع سابق، ص 483.

2 الدسوقي، ج 2، المرجع نفسه، ص 482.

3 محمد يوسف حفني، المرجع السابق، ص 506.

4 البهوتي، كشف القناع، ج 4، المرجع السابق، ص 465؛ أنظر: ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص

سبب اختيارهم تسعين سنة منذ تاريخ ولادته، فقالوا أن الغالب أن لا يعيش الشخص أكثر من ذلك.

ب-القول الثاني: والرواية الثانية أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت موته على وجه اليقين¹، وجعلوا تقدير المدة التي يحكم بعد انقضائها بوفاته إلى اجتهاد القاضي، فإن غلب على ظنه أنه مات حكم بوفاته، وإلا كان عليه الانتظار حتى يقوم الدليل على موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها².

ج-القول الثالث: تحديد مدة التعمير بمائة وعشرون سنة وهو قول ابن عقيل و قول الحسن بن زياد³.

د-القول الرابع: وقال ابن رزين⁴ يحتمل عندي أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمثل ذلك، وقد ردوا عليه بأن قضاء عمر بن الخطاب كان فيمن هو في مهلكة⁵.

2- المفقودون في ظروف ظاهرها الهلاك:

يحكم بوفاتهم بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقدهم، أخذا بقول عمر بن الخطاب⁶ - رضي الله عنه-، ولأن هذه المدة هي أكثر مدة الحمل¹، ويقسم مال المفقود

1 المرادوي، ج 7، المرجع السابق، ص 335.

2 محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 299؛ محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1998، ص 245. ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 207.

3 يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 37.

4 أنظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، المرجع السابق، ج 13، ص 350.

5 المرادوي، ج 7، المرجع السابق، ص 337؛ البهوتي، كشف القناع، ج 4، المرجع السابق، ص 465.

6 وقد استندوا في ذلك إلى الحديث الذي رواه عبيد بن عمير أنه قال: فقد رجل في عهد عمر بن الخطاب فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له فقال: انطلقني فتربصي أربع سنين ففعلت قم أنته فقال: انطلقني فاعتدي أربعة أشهر وعشرا ففعلت، ثم أنته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها ففعل فقال لها عمر: انطلقني فتزوجي من شئت، فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال عمر: أين كنت؟ قال يا أمير المؤمنين: استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله،

المفقود من الوقت الذي تؤمر فيه زوجته بعدة الوفاة، وسبب اختيارهم لمدة الأربع سنين أنها أكثر مدة للحمل عندهم، ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان حيا لما انقطع خبره إلى هذه الغاية².

وقال ابن قدامة في المغني: ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت بيينة موته³.

ويقاس على ما أجمع عليه الصحابة ما كان في معناه فتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج⁴.

من خلال عرضنا لمختلف الأقوال المختلفة للفقهاء وأدلتهم، يتبين لنا ما يأتي:

نجد أن الفقهاء رغم إختلافهم في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، فإنهم اتفقوا من حيث النتيجة على تقديرها بمدة من الزمن يغلب الظن أن لا يعيش أكثر منها في العادة، وقد اتفق غالبيتهم أن الاجتهاد يرجع للحاكم أو القاضي في تقدير المدة وتقديرها بناء على الظروف والأحوال التي صاحبت الفقد.

كنت عند قوم يستعدونني حتى اغتزاهم قوم مسلمين فكنت فيما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فما لك وما لهم؟

فأخبرتهم خبري فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت: المدينة، هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق، فاختر الصداق وقال: قد حبلت لا حاجة لي فيها) أنظر البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، المرجع السابق، ص 73..

1 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 207؛ البهوتي، كشف القناع، ج 4، المرجع السابق، ص 465.

2 البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص 498؛ ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 207.

3 ابن قدامة، المغني، ج 6، المرجع السابق ص 363

4 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 207.

إن حكمة من القول بالتريص أربع سنين بالنسبة لزوجته من فقد في غيبة يغلب عليها الهلاك؛ هي رفع الضرر عن المرأة التي قد لا تحتل هذا الغياب الأبدي، وإذا كان المفقود له أكثر من زوجة، فرفعت إحداهن أمرها إلى الحاكم فحكم لها بالتريص أربع سنين فهو حكم لهن جميعا، وإن لم يرفعن، فلا يستأنف لهن مددا أخرى لتريصهن بل يكفي ما ضرب لإحداهن وهي التي رفعت الأمر، ويكون ضرب الأجل لها ضربا لسائرهن، ولو طلبت إحدى زوجات المفقود أو سائر زوجاته، دون من رفعت أمرها إلى الحاكم، البقاء في عصمة المفقود كان لهن ذلك، ويجب لهن كل حقوقهن، فينفق عليهن من مال المفقود¹.

المطلب الثاني: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في القانون:

إن الاختلاف بين الفقهاء في الإجتهد، في مسألة تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، نتج عنه اختلاف التشريعات الوضعية في تحديدها، حيث حددها المشرع الجزائري محاولا في ذلك تخير أحسن الآراء الفقهية التي قال بها الفقه الإسلامي، كما حددتها غيره من التشريعات العربية المقارنة.

الفرع الأول: مدة إنتظار المفقود في القانون الجزائري:

عالج المشرع الجزائري مسألة المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود سواء كان الفقد في ظروف عادية أو في ظروف استثنائية، فوضع لها قواعد عامة في قانون الأسرة، كما نجده عاد وأخذ في القوانين الخاصة ببعض الأحكام الخاصة المنظمة لحالات الفقد الاستثنائية، التي تختلف عن الأصل الوارد في قانون الأسرة، وهو ما سنبينه:

أولا: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في قانون الأسرة:

1 الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 481.

لقد أخذ قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة، بحكم مقارب لمذهب الحنابلة، وذلك بالرجوع لنص المادة 113 منه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

كما نجد أن المشرع الجزائري أوجب إصدار حكم مسبق يقضي بالفقدان، ثم إصدار حكم ثاني يقضي بالموت بعد انقضاء آجال البحث والتحري، ذلك أنه لا يمكن الحكم على نفس الشخص بالفقدان والموت في آن واحد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها، حيث جاء في القرار رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، أنه: (... ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد)¹.

ومن خلال نص المادة 113 ميز بين حالتين، و يتبين لنا أن المدة اللازمة للحكم بوفاة الشخص المفقود تختلف باختلاف الظروف التي تم فيها الفقد، سواء كانت في ظروف يغلب عليها الهلاك، أو في ظروف يغلب فيها السلامة.

1- المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك:

حسب المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، يكون الشخص مفقودا في ظروف يغلب عليها الهلاك، إذا فقد في الحروب والحالات الاستثنائية، فيجوز الحكم بموته بمضي أربع سنوات بعد التحري، أخذا بما قاله المذهب الحنبلي.

1 أنظر: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، منشور ب: المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101. وهو نفس المبدأ الذي أخذت به العديد من المحاكم الابتدائية، حيث صدر حكم عن محكمة بوفاريك بتاريخ 2004/04/22 يقضي (باعتبار المدعى عليه... مفقودا منذ تاريخ سبتمبر 1995، وحيث أن واقعة غياب وفقدان المدعى عليه قد مضى عليها أكثر من أربع سنوات دون معرفة مكان تواجده وال حياته من مماته، مما يتعين التصريح بوفاته بتاريخ الحكم وهو 2008/12/13، طبقا للمادة 113 من قانون الأسرة ...) محكمة بوفاريك، 2008/12/13، ملف رقم الفهرس 08/3836، غير منشور، مأخوذ عن: علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 199.

ونظرا لصعوبة وضع معيار تتحدد بناء عليه الظروف التي يغلب فيها الهلاك، لذلك يعتمد في ذلك بالاحتمال الغالب فقط، مع ترك التقدير النهائي لقاضي الموضوع على أساس أن الأمر يتعلق بتقدير الوقائع¹.

ويمكننا إعطاء أمثلة عن الظروف التي يغلب فيها الهلاك كالكوارث الطبيعية وغير الطبيعية، كالزلازل يضرب بلدا ويخلف أشخاصا مفقودين، والفيضانات الجارفة والأعاصير، أو كأن تغرق سفينة كان على متنها اشخاص، أو أن تتحطم طائرة كان ضمن ركابها عدد من الركاب وفقدوا، أو حرب خلفت ضحايا ومفقودين لا يعلم خبرهم، أو ما يشهده الوقت الحالي كظاهرة الهجرة غير الشرعية وفقدان الكثير أثناء عملية الهجرة في عرض البحار...، فهاته الظروف وغيرها يحمل فيها الاعتقاد أن الغالب فيها الهلاك.

وجاء في قانون الحالة المدنية في المادة 89 منه²، حيث نصت على أنه: "يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنية.

كما يجوز أيضا التصريح قضائيا بوفاة كل أجنبي أو كل عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر".

وعليه عند ثبوت فقد شخص في مثل هذه الظروف الغالب فيها هلاكه، فلا يهم بعد ذلك بالنسبة إلى المواطن الجزائري أن يكون فقدته قد تم في الجزائر أو في الخارج، أما بالنسبة إلى الأجنبي أو عديم الجنسية، فيشترط في الحكم بموته إلا إذا تم فقدته في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية ولو كان غرق الباخرة أو سقوط الطائرة قد وقع خارج الجزائر، متى كانت إقامته العادية في الجزائر.

1 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 334.

2 نظم قانون الحالة المدنية الجزائري بعض الاجراءات المتعلقة بالمفقودين، في المواد من 89 إلى 94 منه،

مما سبق، نستنتج أنه في الحالات الاستثنائية والحروب كما نص عليها المشرع الجزائري، أو ما يطلق عليها فقها الحالات التي يغلب فيها هلاك المفقود، يجوز الحكم باعتبار المفقود ميتا حكما بالشروط الآتية:

أ- أن يكون الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك (ذكرنا منها أمثلة).

ب- مرور مدة أربع سنوات على الأقل من تاريخ فقد الشخص و انقطاع أخباره، لأنه طبقا للمادة 109 من قانون الأسرة الشخص لا يعتبر مفقودا إلا منذ هذا التاريخ المثبت بحكم، وذلك بعد التحري و البحث عنه بكل الوسائل والطرق الممكنة ولم يتوصل إلى نتيجة.

ج- تقديم الطلب وفقا لما تقضي به المادة 114 من قانون الأسرة من ذوي المصلحة.

إن الملاحظ لنص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، أنها جاءت بعبارة "يجوز الحكم بموت المفقود..."، ولم ترد بعبارة "يحكم بموت المفقود..."، فهي بذلك تحمل على الاعتقاد بأن القاضي غير ملزم بالحكم بموت المفقود حتى بعد مضي مدة الأربع سنوات، وبالتالي فقد منح السلطة التقديرية للحكم بالموت من عدمه حتى في حالة الظروف التي يغلب فيها الهلاك (الحروب والحالات الإستثنائية حسب نص المادة)¹.

وهو ما يشبه حالة الفقد في ظروف يغلب فيها السلامة، فتكون النتيجة أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113، لم يفرق في الحقيقة بين الظروف التي يغلب فيها الهلاك والظروف التي تغلب فيها السلامة، لأن الحكم بموت المفقود في كل منهما متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

1 أنظر قرار المحكمة العليا السابق الاشارة إليه، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

وبالتالي يؤدي بنا إلى القول بأن المشرع الجزائري، لم يأخذ حقيقة بالمذهب الحنبلي والذي فرق بين الحالتين، وقال بضرورة الحكم بالموت في الحالة التي يغلب فيها الهلاك بمضي أربع سنوات، ولم يقل بجواز ذلك فقط.

إلا أنه وبتحليل المادة 113، يتضح أن المشرع الجزائري أراد الأخذ بالحالتان اللتان قال بهما الحنابلة، ولكنه استعمل عبارة لا تدل على ذلك، وعليه كان من الأحسن لو يغير كلمة "يجوز" بكلمة "يحكم" ويصبح نص المادة 113 من قانون الأسرة كالتالي : (يحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري.....).

وتجدر الإشارة، إلى أنه ورغم عدم جواز الحكم بوفاة المفقود إلا بمضي مدة أربع سنوات المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، في كلا الحالتين، إلا أن ذلك لا يمنع كل ذي مصلحة، كالورثة وغيرهم، أن يدعي وفاة المفقود حقيقة، على أن يقيم الدليل على ذلك وفق القواعد الإثبات، فهي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، ووجود دليل على ذلك، يؤدي إلى ترتيب آثار الموت الحقيقي على الواقعة، فتنتهي شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكماً¹.

2- المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:

من خلال المادة 113 من قانون الأسرة، نجد المشرع الجزائري ترك مسألة تحديد مدة الحكم بموت المفقود في الظروف التي تغلب عليها السلامة لتقدير قاضي الموضوع، ففي هذا ترك باب الاجتهاد مفتوحاً للقاضي والذي يصدر حكم وفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات بعد التحري وقد يزيد عليها بما يراه مناسباً حسب ظروف الفقد وعمر المفقود،

1 إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 937.

إلا أنه لا يمكنه تقليص هذه المدة، وهو مسلك مقارب لما أخذ به المذهب الحنبلي، كما سبق وأن ذكرنا رأيه في هذه المسألة.

ومن خلال ما جاء في المادة 113 من قانون الأسرة، فإنه لا اعتبار المفقود ميتا يجب تحقق شرطين:

1- مضي أربع سنوات على صدور الحكم بالفقد كحد أدنى.

2- مرور المدة المقدرة والمناسبة، بعد هذه السنوات الأربع، والتي ترك أمر تقديرها لاجتهاد للقاضي للقيام بالتحريات اللازمة و بكل الوسائل الممكنة للتأكد من حال المفقود.

كما أن المادة 1/92 من قانون الحالة المدنية نصت على نفس المعنى: " ... وإذا ارتأت المحكمة أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز لها أن تقرر كل تدبير للتحقيق التكميلي ولا سيما التحقيق الإداري حول ظروف فقدان "

فالقاضي الذي يفصل في الدعوى عند تقديره للمدة، يبني اجتهاده تبعا لوقائع القضية والظروف المصاحبة للفقدان و كذا حالة المفقود بالنظر إلى عمره إلى حال صحته أو مرضه، وبالتالي يصل القاضي إلى الحكم بموت المفقود دون أن يلزمه القانون بمدة معينة، من خلال البحث والتحري عن حال المفقود بكل ما أمكنه من طرق ووسائل. ولا يمكنه أن يصدر حكما بموته قبل انقضاء مدة أربع سنوات من الفقد، فحسب المادة 113 لا بد من التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف يكون الغالب فيها الهلاك، فلأخذ بها بالنسبة لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى¹.

وهو ما ذهبت المحكمة العليا إليه من خلال اجتهادها، حيث جاء في القرار رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، أنه: (... المادة 113 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بتحديد وفاة المفقودة بانتهاء أجل الأربع سنوات وأن القانون يلزم القاضي فقط بأن

1 شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 73.

لا يعلن وفاة المفقودة إلا بعد مدة الأربع سنوات وفيما زاد عن ذلك فهو يترك حرية للقاضي لتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدعوى¹.

ثانيا: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في القوانين الخاصة والاستثنائية:

كما هو معلوم أن المشرع الجزائري أصدر قوانين خاصة بالكوارث الطبيعية التي شهدتها الجزائر تصدى فيها لمعالجة مسألة مفقودي كارثتي فياضانات باب الواد وزلزال بومرداس على سبيل السرعة والإستثناء وحددت هذه الآجال في نصوصها، فنجدها قد قلصت المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود المنصوص عنها في قانون الأسرة كقواعد عامة، وحدد آجال إعداد محاضر المعاينة بفقدان الأشخاص في أماكن وقوع الفيضانات والزلازل، وهو نفس الأمر بالنسبة لمفقودي المأساة الوطنية.

1- الأمر رقم 02-03 الخاص بمفقودي فياضانات 10 نوفمبر 2001:

نصت المادة 02 في فقرتها الأولى من الأمر رقم 02-03 المتعلق بأحكام مفقودي فياضانات 10 نوفمبر 2001 على أنه: " يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فياضانات 10 نوفمبر سنة 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ".

نصت المادة 3/2 من هذا الأمر: " يفصل القاضي بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه ".

وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري إكتفى بتحديد مدة الفصل في دعوى الوفاة في أجل لا يتعدى شهرا واحدا من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

1 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

وما يمكن ملاحظته بأن هذا الأجل الممنوح للقضاء قصير جدا، مقارنة بالقواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة، وكذلك حتى بالنسبة للأجل الممنوح للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد، و عليه يصبح كل العمل هنا يتم بمعرفة الشرطة القضائية أساسا ويغدوا حكم القاضي في هذا الوضع مجرد شكلية لا بد منها لإتمام إجراءات الموت الحكمي، مع أن الأمر ذو أهمية بالغة لأنه يتعلق بالوفاة مما يستوجب من القاضي القيام بجهد جدي في التحقيق وعدم الاكتفاء بمجرد الموافقة على ما تم على يد الشرطة القضائية، ومما يؤكد وجود حكمة في التريث نجد القواعد العامة أعطت للقاضي مدة أربع سنوات لإصدار الحكم حتى في الحالات الاستثنائية والتي يغلب فيها الهلاك، وهذا الأجل القصير يخالف حتى ما جاء في عرض الأسباب من أن الأمر يستهدف منح القاضي أجلا كافيا لدراسة القضية من جميع جوانبها بجدية ...¹.

2- القانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال ماي 2003:

عند قراءة نص المادة 02 في فقرتها الثالثة من قانون رقم 03-06 لسنة 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 على أنه: "... يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه"، فنجد أن المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في أجل شهر من يوم رفع الدعوى، وبالتالي هي المدة نفسها التي أخذ بها المشرع الجزائري فيما يتعلق بفيضانات 2001.

حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من القانون 03-06 على: " يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ...".

1 عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 202.

ما يمكن استخلاصه من نصوص كل من الأمر والقانون الخاصين بالفيضانات والزلازل، فإن شروط اعتبار الشخص مفقودا هي:

- ثبوت وجود الشخص في أي مكان من أماكن وقوع فيضانات باب الواد (10 نوفمبر 2001) أو زلزال بومرداس (21 ماي 2003).

- أن لا يعثر على جثته¹، رغم التحري عنه بجميع الطرق القانونية، وعدم ظهور أي أثر للشخص، فلا يمكن عندها التأكد من حياته أو موته.

- أن تقوم الضبطية القضائية للشرطة بإعداد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، مع تسليمه لذوي الحقوق أو لكل ذي مصلحة، وذلك في أجل أقصاه أربعة أشهر من وقوع فيضانات باب الواد، أو ثمانية أشهر من وقوع زلزال بومرداس.

وحسب للأمر والقانون السابقين وبالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر، ولكي يعتبر الشخص المفقود ميتا حكما، يجب أن يصدر حكم من المحكمة يصرح بوفاة المفقود، و أن المفقود لا يعتبر ميتا إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموته².

أما فيما يخص آجال الطعن فإنه وحسب الفقرة الرابعة من المادة الثانية في كل من الأمر 02/03 والقانون 06/03 السابقين أنها نفس المواعيد، و يمكن الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور الحكم، على أن تتجاوز المحكمة العليا ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها لإصدار قرارها³.

1 في حالة ما إذا تم العثور على جثة الشخص نكون هنا بصدد الموت الحقيقي وليس الموت الحكمي.
2 وهو ما توضحه المادة الثانية في فقرتها الثالثة، لكل من الأمر والقانون المذكورين، التي تنص: " يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة"، كما جاء في نفس الفقرة: "... يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه".

3 أنظر الفقرة الرابعة من المادة الثانية، لكل من الأمر رقم 02-03، والقانون رقم 03-06.

3- الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية:

يمكن القول أن الأمر رقم 06-01 لسنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أنه من القوانين محددة المدة فلقد حدد بداية استلام محاضر معاينة فقدان إبتداء من تاريخ سريانه على أن لايتجاوز سنة¹، كما حدد آجال رفع دعوى الوفاة الحكيمة.

لقد نصت المادة 29 من على أنه : " بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه "، وكانت المادة 28 نصت على : " تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي " .

أما المادة 27 من نفس الأمر فعرفت ضحية المأساة الوطنية كما يلي: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية ... تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى " .

أما عن تعريف المفقود فإن المادة 01/30 من الأمر 06-01 نصت على أنه: (يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى

تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث ويسلم المحضر إلى ذوي الحقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك، في أجل لا يتجاوز سنة واحدة إبتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية).

1 أنظر المادة 01/30 من الأمر 06/01

أما عن المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في المأساة الوطنية فلقد حددتها المادة 31 من الأمر رقم 06-01 : (يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة فقدان).

فقد حددت المدة اللازمة لرفع دعوى الوفاة الحكيمة من طرف ذوي المصلحة بستة أشهر (06 أشهر)، ابتداء من تاريخ تسليم محاضر معاينة فقدان، وما يلاحظ عليها أنها مدة قصيرة جدا، ولم يتبع المشرع الجزائري في هذا القانون أي مذهب من المذاهب الفقهية.

أما عن شروط إعتبار الشخص مفقودا ويكتسب صفة مفقودي المأساة الوطنية الواردة في الأمر 06-01، جاءت مشابهة لما ورد في كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 06-03 السابق ذكرهما، إلا أنه يلاحظ بأن الأمر 06-01 قد أضاف شروطا إلى تلك الواردة في المادة 109 من قانون الأسرة، وهي:

- إعتبار فقدان في ظروف ناتجة عن المأساة الوطنية حالة إستثنائية¹، ذلك أن الفقد في مثل هاته الظروف يكون فيها إحتمال الوفاة يفوق إحتمال الحياة، وبالتالي كانت استثناء وتخضع لهذا القانون الإستثنائي، بينما أبقى المشرع الجزائري حالات فقدان التي تمت في نفس الفترة الزمنية وليس لها علاقة بالعمليات الإرهابية أو التخريبية، خاضعة لأحكام القواعد العامة الواردة في قانون الأسرة لعدم وجود مبرر لاستثنائها.

1 وهي حالات فقدان الناجمة عن الأفعال المنصوص عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات - الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84، 2006.

- لا تثبت صفة فقدان إلا بعد البحث والتحري الذي تقوم به الشرطة القضائية وبعد أن تقوم بالتأكد ومعاينة قوائم المفقودين إثر عمليات إرهابية أو تخريبية، واعداد محضر معاينة فقدان الشخص وتسلمه لذوي حقوق المفقود أو ذي مصلحة¹.

الفرع الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريعات العربية المقارنة:

نتناول في هذا العنصر موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من المدة اللازمة للحكم بموت المفقود.

كما نجد جميع القوانين تشترط للحكم بوفاة الشخص المفقود، أن تمر مدة معينة على ذلك، مع اختلافها في تحديد تلك المدة، وهو ما سنبينه فيما يأتي:

أولاً: الحكم بموت المفقود في القانون المغربي:

نصت المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية: " يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين"².

ثانياً: الحكم بموت المفقود في القانون التونسي:

نص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت، فإن الحاكم يضرب أجلاً لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه، وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات

1 أنظر المادة 30 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

2 أنظر مدونة الأسرة المغربية.

فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا¹ .

ثالثا: الحكم بموت المفقود في القانون المصري:

كان المشرع المصري يعتمد في مسائل الأحوال الشخصية على الرأي الراجح في المذهب الحنفي، عندما لا يوجد هناك نص تشريعي يمكن تطبيقه، فلغاية سنة 1920 كان استمداد الأحكام الخاصة بالمفقود من المذهب الحنفي، فلم يكن من الجائز الحكم بموته إلا بعد انقراض جميع أقرانه، وكان القضاء في مصر يجري على تحديد حياة الأقران بتسعين سنة يبدأ حسابها من تاريخ ميلاد المفقود²

لكن المشرع المصري عدل عن الأخذ بالمذهب الحنفي في هذا الشأن، و ذلك بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1920، الذي تضمن بعض مسائل الأحوال الشخصية ومنها مسألة المفقود، وقد أخذ في المادة 7 منه بالمذهب المالكي، الذي يفرق ، فيما يتعلق بالمدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، بين الزوجة والأموال، غير أنه توجه معيب، فمن المفروض أن لا يفرض لشخص واحد حالتان متناقضتان، فيفرض حيا بالنسبة لأمواله وميتا بالنسبة لزوجته³ .

ثم قام المشرع المصري بإلغاء المادة السابقة واستبدالها بالمادتين 21 و 22 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، وعدلت المادة 21 بالقرار بقانون رقم 100 لسنة

1 - عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2013 ، ص 90.

2 - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 104.

3 - ألغيت المادة السابعة بالقانون رقم 25 لسنة 1929، وكان نصها قبل الإلغاء: " إذا للمفقود وهو من انقطع خبره مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتبين الجهة التي يظن أنه سار إليها أو يمكن أن يكون موجودا بها. وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لتجري البحث عنه بجميع الطرق الممكنة، فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضي ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضي الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام. وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره ".

1958، وفي سنة 1992 عدلت المادتان 21 و22 بالقانون رقم 33 لسنة 1992¹، كما عدلت نفس المادتين بالقانون رقم 140 لسنة 2017².

وبالرجوع إلى القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ينص على اعتبار المفقودين في عداد الأموات بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، إذا كان قد تم في ظروف يغلب عليها الهلاك، ويفوض أمر تقدير المدة المناسبة للقاضي في غير ذلك من حالات الفقد، ومع تعديله عام 1992، تم خفض فترة السنوات الأربع بالنسبة لبعض فئات المفقودين لتكون عاما واحدا، تماشيا مع التطورات الكبيرة الحاصلة في مجال المعلومات والاتصالات والتي ساهمت في مساعدة المشرع على اتخاذ القرار، وأخيرا تم خفض المدة إلى 30 يوما حسب التعديل الأخير المشار إليه بالنسبة لمن يفقد على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت.

نظرا للتعديلات العديدة المدخلة على القانون رقم 25 لسنة 1929، يوجد حاليا في القانون المصري أربع مدد للحكم بوفاة المفقود وهي: 4 سنوات، سنة واحدة، 30 يوما، وسلطة تقديرية للقاضي بحيث لا تقل عن أربع سنوات.

1- الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات:

أخذ بها في المادة 21 الفقرة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1929، أنه يمكن للقاضي أن: "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده"، وقد وافق المشرع المصري التمييز بين الفقد الذي يغلب عليه الهلاك والفقد الذي لا يغلب عليه الهلاك الفقه الحنبلي³.

1 محمد علي سكيكر، قوانين الأحوال الشخصية، نادي القضاة، مصر، 2010، ص 15؛ عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 95.

2 قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 22/07/2017، ص 10.

3 محمد أحمد شحاتة، الوجيز في الموارث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، د.س، ص 127.

2- الحكم بموت المفقود بعد مضي سنة واحدة:

جاء هذا الحكم على إثر غرق عبارة مصرية (سالم اكسبرس) سنة 1992، فقام المشرع المصري تعديل القانون 25 لسنة 1929 بمقتضى القانون رقم 33 لسنة 1992، وقلصت المدة التي يحكم بمضيها بوفاة المفقود إلى سنة واحدة، واشترط لتطبيقها، أنه في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، كما يشترط أن يصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الحالة وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود¹.

وعاد مرة أخرى وقام بتخفيض هذه المدة إلى 15 يوما على إثر غرق العبارة (السلام 98)، بمقتضى القانون رقم 2 لسنة 2006، وفي سنة 2017 أصدر القانون رقم 140 لسنة 2017 الذي خفض المدة إلى 30 يوما بتعديله المادة 21 السابقة، وتظل المدة سنة بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون في أثناء العمليات الحربية²، أو بالنسبة لأعضاء هيئة الشرطة الذين يفقدون أثناء العمليات الأمنية.

3- الحكم بوفاة المفقود بعد مضي 30 يوما:

صدر القانون رقم 140 لسنة 2017، الذي جاء بتعديل المادة 21 من القانون 25 لسنة 1929، لتصبح المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود في حوادث الطائرات والسفن 30 يوما فقط من تاريخ الفقد³.

1 أنظر المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929، المعدلة بمقتضى القانون رقم 33 لسنة 1992؛ عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 95.

2 عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 152.

3 أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 2017/07/22، ص 10.

4- تفويض السلطة التقديرية القاضي في تحديد المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود:

جاء في المادة 21 الفقرة الرابعة من القانون 25 لسنة 1929، أنه " وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا"¹.

رابعا: الحكم بموت المفقود في القانون الأردني:

نصت المادة 177 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على : " المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده، ما لم يكن فقده إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو حالة اضطراب الأمن وحدث الفوضى وما شابه ذلك، فيحكم بموته بعد سنة من فقده، أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي، على أن تكون المدة كافية في أن يغلب على الظن موته، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا".

وهو ذهب إلى اعتبار نوع الغيبة عند الحكم بموت المفقود، وسلك طريقا قريبا لما عليه العمل في المذهب المالكي والحنبلي².

ومنه نجد القانون الأردني يحكم بموت المفقود بالنظر إلى ثلاث حالات مختلفة:

الحالة الأولى: إذا فقد في جهة معلومة حيث يغلب الظن على هلاكه فبعد أربع سنوات من فقده يحكم بموته.

الحالة الثانية: لو فقد عقب كارثة أو زلزال أو غارة جوية أو اضطراب أمن، يهلك أو ينجو منها فبمجرد سنة كاملة يمكن إصدار حكم بالوفاة.

1 عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 96.

2 يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 41.

الحالة الثالثة: إذا ضاع في جهة معلومة ولا يغلب على الظن موته فتقدير مدة الحكم بالموت مفوضة للسلطة التقديرية للقاضي¹.

خامسا: الحكم بموت المفقود في القانون العراقي:

تطرق القانون العراقي للمفقود في قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1988، ونص في مادته 93 على:

عالج المشرع العراقي مسألة المفقود والحكم بوفاته وآثار ذلك في قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1988، وقد عرف المفقود في المادة 86 من هذا القانون كما يلي: (المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته)، وعرف الغائب قبل ذلك في المادة 85 كما يلي: (الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تتقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره).

أما عن الحكم بوفاة المفقود فقد نصت المادة 93 من قانون رعاية القاصرين

على ما يلي: (للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية:

- إذا قام دليل قاطع على وفاته.
- إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده.
- إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده).

يفهم من المادة السابقة أنه ما لم يقدّم الدليل على وفاة المفقود فإن المحكمة، وإذا فقد المفقود في الظروف العادية، تحكم وفي كل الأحوال بموته بعد مرور 4 سنوات، أما إذا فقد في ظروف يغلب عليها افتراض الهلاك فإن المحكمة هنا تستطيع إصدار الحكم بوفاته بعد مرور سنتان فقط على إعلان فقده، كما يجب على المحكمة قبل ذلك أن تبذل قصارى جهدها وبكل الطرق للتأكد من حياة أو ممات المفقود، وهذا ما جاء في المادة 94 من

1 إقروفة زبيدة، الإنابة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014، ص 100.

القانون السابق، وأخيرا نصت المادة 95 من نفس القانون على ما يلي: (يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته).

الفرع الثالث: تحديد تاريخ الحكم بالموت على المفقود:

يمكن الحكم بموت المفقود بعد مرور المدة اللازمة لإنتظاره وبعد البحث والتحري عنه بكافة الوسائل المتاحة و الكشف عن حاله وعن الظروف التي أحاطت بفقده وعدم ظهور أي خبر عنه أحي أم ميت.

ولعل أن أهمية تحديد أبتداء إحتساب المدة التي يحكم بعدها القاضي بموت المفقود تكمن في:

- أنه بعد مرور هاته المدة تحل زوجة المفقود للزواج، وكذلك يقسم ماله بمرورها، وهذا ما يؤدي إلى ضرورة تحديد الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدة.

- ذلك أن الفقهاء قالوا لا يجوز أن يرث أحد بالشك، والمفقود لا يرث بهذا الاعتبار لأن حياته مشكوك فيها، فإذا مات من يرثه المفقود فهل يعطى له نصيبه هذا، أم لا على اعتبار أنه مفقود ومشكوك في حياته.

فإن التساؤل يطرح، هل يعتبر المفقود ميتا من تاريخ الحكم عليه بالموت أم من تاريخ الفقد؟ وهل ابتداء حساب المدة يكون من حين الفقد أم من حين الحكم به؟

أولا: رأي الفقه الإسلامي من ابتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

من المعلوم أنه يضرب للمفقود مدة من الزمن ليحكم بعدها بموته، فإن التساؤل يطرح حول ابتداء حساب هذه المدة، هل تحتسب من أول غيبة المفقود، أم من يوم رفع الدعوى أمام القاضي وصدور الحكم بالفقدان؟

بالرجوع لأقوال الفقهاء في ابتداء حساب هذه المدة نجدهم على مذهبين، كما نجد أن المشرع الجزائري قد حاول في قانون الأسرة تحديد موقفه من هذه المسألة.

1- المذهب الأول: تحسب مدة التبرص والانتظار من وقت الغيبة من حين انقطاع خبره، وبعد أثره، أي من وقت فقده وليس بعد رفع الأمر إلى الحاكم، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه¹، وابن عبد الحكم من المالكية².

كما قال البهوتي في كشف القناع، أن من (فقد في غيبة ظاهرها الهالك انتظر به أربع سنين... من حين انقطع خبره)³.

وسبب قول الحنابلة بهذا الرأي، هو عدم اشتراطهم حكم الحاكم في ضرب المدة، فلا تفترق زوجة المفقود إلى حكم حاكم بضرب المدة وعدة الوفاة لأن الظاهر موته، أشبه ما لو قامت به بيينة⁴.

وقال ابن قدامة: أن الأمر على روايتين:

أ- يعتبر ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها، فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة.

ب- تبدأ من حين انقطع خبره وبعد أثره، لأن هذا ظاهر في موته، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان.

لكنه لم يبين القول الراجح من هذين القولين⁵.

2- المذهب الثاني: يبدأ إحتساب مدة الانتظار والتبرص من يوم حكم الحاكم لها بالفقد (أي بالتبرص)، وإلى هذا ذهب الإمام الأوزاعي¹ والمالكية² والشافعية³ والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه⁴.

1 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 206.

2 المواقيت، التاج والإكليل، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01، 1994، ص495. أنظر مواهب الجليل للحطاب، ج 4، المرجع السابق، ص157، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج2، المرجع السابق، ص450.

3 البهوتي، كشف القناع، ج 5، المرجع السابق، ص 421-422.

4 البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ص 498.

5 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

فقال المالكية، أن الزوجة إذا رفعت أمرها إلى الحاكم، فإنه يرسل في النواحي للكشف عنه، فإن انتهى الكشف عنه فحين إذ يضرب له الأجل، وليس المراد أنه يضرب له الأجل بمجرد الرفع بل بعد تمام الكشف والعجز عن خبره⁵، والبحث عنه بمختلف الوسائل المتاحة قبل إصدار الحكم بموته، وليس للقاضي أن يحكم بموت المفقود إلا بعد البحث عنه في كل مكان يتوقع فيه وجوده، بدءاً من بلده وجيرته وأهل سوقه والبلاد المجاورة، وانتهاء بتعميم كل بحث يشمل اسمه ونسبه وصفته إلى حكام البلاد التي يظن وجوده فيها، كي يبحث عنه في النواحي والمناطق التابعة لولايته، فإن عاد إليه الخبر بعدم معرفة محله والعجز عن خبر موضعه وحاله، ضرب له مدة معينة على اختلاف في تقديرها عندهم فيما يخص زوجته أو ماله، أو حسب نوع المفقود، ثم يحكم بموته بعد مضيها.

قال مالك في المدونة: (... وان أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان، نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه، ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين، فقليل لمالك: هل تعتد بعد الأربعة سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟ قال: نعم، ما لها وما للسلطان في الأربعة أشهر وعشر التي هي عدة⁶).

1 - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 31.

2 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، مرجع سابق، ج 2، ص 820.

3 - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

5 - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 39.

6 مالك، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 132.

ورأى مالك أيضاً، فيمن فقد في حروب المسلمين بين والكفار، فإن زوجته تنتظر سنة، ويبدأ حسابها من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش فيه، وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه¹.

أما من فقد في حرب المسلمين بعضهم بعضاً ومثله الذي خرج لبلد الطاعون أو في زمنه، فإن زوجته تعند يوم انفصال الصفين وبعد ذهاب الطاعون، بعد أن تكون استقصت أمره واستبرأت خبره².

نستخلص من أقوال المالكية فنجد أنهم لم يعتبروا ببداية تاريخ الفقد، وإنما الاعتبار بتاريخ الإياس من الفقد، فمهما سبق ذلك من زمن فإنه غير معتبر، على ما في ذلك من ضرر لزوجة المفقود وأمواله.

وذهب فقهاء الشافعية إلى أن ابتداء المدة يكون من حين أمرها الحاكم بالتريص، وليس منذ فقده وانقطاع خبره، فما مضى من وقت قبل رفع أمرها إلى الحاكم لا يحتسب في هذه المدة³، وهو القول الراجح في المذهب.

3- الترجيح بين أقوال الفقهاء في ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

إنعكس اختلاف الفقهاء في هذه المسألة، وتقديم كل فريق أدلته، على تعدد في آراء الباحثين حولها، بين من يرجح الرأي الأول، القائل بأن المدة تحتسب من وقت الغيبة وانقطاع أخبار المفقود، ومن يرجح الرأي الثاني، الذي ذهب إلى أن المدة تبدأ من حكم القاضي بالفقد.

حيث يرى البعض¹، أن المذهب الثاني القائل بأن ابتداء مدة التريص تكون من يوم الحكم بها، ورفع الأمر إلى القاضي، هو المذهب الراجح لقوة أدلته، وضعف أدلة

1 الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، مصر، د.س، ص 34.

2 الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 482.

3 الشرييني، ج 3، المرجع السابق، ص 578.

المذهب المخالف، فلا بد للمرأة التي تفقد زوجها إذا أرادت أن تتزوج، أن ترفع أمرها إلى القاضي ليقرر لها المدة، وهي أربع سنين من يوم الرفع إليه، فإن لم يوجد القاضي فألى سلطان البلد ورجل الشرطة، فإن لم يوجد كل ذلك فألى صالح جيرانها وعليهم أن يقدروا لها المدة من يوم الرفع إليهم ثم تعتد بعدها².

فإذا مضت هذه المدة يحكم بموته، لأن تاريخ رفع الأمر إلى القاضي معروف بيقين، وأما المدة التي قبلها فمشكوك فيها³.

في حين ذهب البعض الآخر⁴، إلى ترجيح احتساب المدة من حين الفقد، لأن وقت فقده كان هو الظاهر في موته، ولأن البحث عنه لا بد أن يكون جاري من أهله حتى ولو لم يرفع إلى القاضي من حينها فاعتبرت تلك المدة وتحتسب من جملة المدة المضروبة من الحاكم أو القاضي، والذي عليه أن يأخذ هذه الفترة بعين الاعتبار، أما إذا كانت المدة التي حددها القاضي بالسنين باعتبار أن ذلك الشخص لا يحيا أكثر من ذلك، فتعتبر حساب المدة من وقت ولادة المفقود من وقت غيبته⁵.

كما رجح البعض أيضا، تاريخ إبلاغ الأجهزة الأمنية بفقدان شخص وطلب البحث عنه يمكن اعتباره تاريخ بداية الفقد، والذي من خلاله يحق للزوجة بعد إقرار تلك الأجهزة الأمنية بعدم التوصل إلى أية معلومات عن هذا الشخص، الرفع إلى القاضي الذي يمكن أن يعتبر تاريخ الإبلاغ هو تاريخ بداية الفقدان والذي يمكن أن يضرب عليه مدة الإنتظار حسب تقديره من سنة إلى أربع سنوات، ويراعى فيه ظروف كل حالة وملابساتها، ويحكم بما يغلب على ظنه فيها⁶.

1 جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 56.

2 الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 479.

3 يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 49.

4 مؤمن أحمد نياض شويديح، المرجع السابق، ص 52.

5 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 35.

6 جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، المرجع السابق، ص 39.

وهو ما يوافق - حسب من أخذ بهذا الترجيح - ما قرره الحنابلة¹، ويتفق مع ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي² برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية والعشرون المنعقدة بمكة المكرمة سنة 1434 هـ .

وعلة هذا الترجيح الأخير، أن الفقهاء قالوا بإهمال المدة التي تسبق الرفع للحاكم، إنما لزيادة التيقن من انقطاع خبر المفقود بما تيسر لهم من وسائل اتصال، والتي لا يمكن مقارنتها بما هو موجود في زمننا هذا، والتي لو طبقت لكان فيه إهدار لحقوق أهل المفقود، فلو انتظرت الزوجة مدة عشرين سنة قبل أن ترفع أمرها إلى القضاء فلا أثر لهذا الانتظار، وعليها أن تنتظر مدة أربع سنين من الوقت الذي يصدر القضاء حكما بذلك بعد اليأس من العثور على المفقود³ .

ثانيا: موقف المشرع الجزائري:

1- موقف قانون الأسرة من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

بالرجوع نص المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة، فإن الحكم بموت المفقود يكون بعد مدة معينة، حسب الحالة التي فقد فيها الشخص، وتحتسب من تاريخ الفقد المثبت بحكم قضائي، ذلك أن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم بذلك⁴، وبالتالي فإن قانون الأسرة الجزائري ينظر إلى المدة التي سبقت إعلان الفقد أي إلى وقت حدوث الواقعة التي تسببت في انقطاع خبر الشخص وفقده.

ما يلاحظ أن المشرع قد توافق مع أقوال الفقهاء في نقاط واختلف معهم في نقاط أخرى، فقد جاء في المادة 114 أنه إذا أرادت زوجة المفقود أو أحد الورثة الحكم بموته يجب أن يرفع إلى المحكمة، وبعد استكمال الإجراءات المطلوبة يضرب القاضي للمفقود

1 البهوتي، كشاف القناع، ج 4، المرجع السابق، ص 465.

2 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 29، مكة المكرمة، 1434 هـ، ص 387.

3 جواهر الرويلي، المرجع السابق، ص 39.

4 أنظر المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري: "... ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

المدة القانونية، وبعد مضي المدة التي حددها للانتظار دون أن يظهر له أثر، حينها يمكن الحكم بموته، وفي هاته الحالة يوافق قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي والشافعي حينما أوجب البحث عن المفقود قبل الحكم بموته، وليس للقاضي أن يحكم بذلك إلا بعد استكمال البحث عن المفقود بكافة الطرق والوسائل المتاحة¹.

وقد وافق قانون الأسرة الجزائري المذهب الحنبلي الذي يعتبر أن بداية المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود تكون من تاريخ فقده وانقطاع خبره، وليس بعد رفع الأمر إلى الحاكم، لكنه خالف المذهب المالكي والشافعي اللذان يعتبران بداية الفقد من تاريخ رفع الأمر للحاكم.

كما خالف قانون الأسرة المذهب الحنفي الذي قال أن الحكم بموته ليس له علاقة بفقده لأن الغالب عندهم الانتظار مدة التعمير.

2- موقف الإجتهد القضائي من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

لقد أكد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا توجه المشرع الجزائري واعتباره أن الحكم بموت المفقود يكون بعد مرور مدة يبدأ حسابها من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم به، فقد جاء في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808: (أن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون)².

وهو قرار للمحكمة العليا يتعلق بالموت الحكمي في ظروف استثنائية، وهو من القرارات المهمة والقليلة في هذا الشأن، وهو أيضا يكمل الاجتهاد الصادر عن نفس الهيئة

1 المادة 113 من قانون الأسرة نصت: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

2 أنظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 103.

القضائية بتاريخ 1995/05/02 ملف رقم 118621 السابق التطرق إليه¹، الخاص بالإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم القضائي التصريحي بالوفاة.

وقد كان موقف المحكمة العليا في الملف رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10، حيث أخذت على مجلس قضاء المدينة الصادر بتاريخ 2001/06/11 أن قضاة الموضوع قد تجنبوا الصواب وخالفوا أحكام المادة 113 من قانون الأسرة، وعرضوا قرارهم للنقض، لأن المادة المذكورة وفقا لما جاء في الحثية الأولى من القرار (تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، وهما ظرفان يجعلان فقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه)².

ما يلاحظ أن المحكمة العليا رجحت كفة الموت مع غلبة الهلاك في الحروب والحالات الاستثنائية، بعد مضي أربع سنين من تاريخ الفقد، وهو تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، وهو التاريخ الذي كان يستوجب على قضاة المجلس أخذه بعين الاعتبار لحساب مهلة أربع سنين، وليس تاريخ النطق بالحكم القاضي بالفقدان الصادر عن محكمة المدينة بتاريخ 2000/11/18، ورغم هذا جاء القرار المطعون فيه في صيغة الإجمال، مكتفيا بتأييد الحكم المستأنف وفقا لنفس الحثية³.

ولقد سائر اجتهاد المحكمة العليا الرأي المشهور لدى الحنفية والمالكية في هذه الجزئية، في أن الحكم التصريحي بموت المفقود يرجع إلى تاريخ فقدانه، وتحسب المدة لاعتباره ميتا من ذلك التاريخ.

ولقد جاء هذا القرار مفسرا نص المادة 113 من قانون الأسرة، ويوضح الحكم بموت المفقود في حالة يغلب عليها الهلاك، بعد أربع سنوات من تاريخ فقدانه، بعد البحث والتحري

1 المجلة القضائية، عدد 02، 1995، ص 101.

2 مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 105.

3 العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 290808 بتاريخ:

2002/04/10، مقال منشور ب: مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 103. وأنظر في نفس السياق:

حسين بن الشيخ آث ملويا، حكم المفقود في قضاء المحكمة العليا، مقال منشور ب العدد 20، مجلة الفكر البرلماني،

مجلس الأمة، الجزائر، جويلية 2008، ص 120.

عنه بكل الطرق الممكنة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في الحثية الثانية القرار المشار إليه، من أن: (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)¹، أما في الأحوال العادية فيفوض أمر المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى القاضي، على أن لا تقل عن أربع سنوات.

وحسب قرار المحكمة العليا المشار إليه فإن الفرق بين الحالتين (حالة غلبة الهلاك وحالة الظروف العادية)، أن المفقود في الأحوال الاستثنائية بعد البحث والتحري عنه في أجل أربع سنين يكون الغالب موته، فقد رجح المشرع في المادة 113 قانون الأسرة كلمة الموت مع غلبة الهلاك، وذلك بعد مرور هذه المدة دون أن يظهر المفقود أو يعرف خبره، أما في الأحوال العادية فتعطى السلطة التقديرية للقاضي للحكم بالفقد أو عدمه والقاضي لا يحكم بفقد الشخص إلا بعد البحث والتحري بكل الوسائل المتاحة عن مصير الشخص المفقود والتي يمكن أن توصل إلى مصير المفقود إن كان حيا أو ميتا، و يكون التثبت من فقده من الجهة الرسمية المختصة²، وهي النيابة العامة التي لها صلاحية إحضار ملفات الشرطة القضائية والإطلاع عليها، كأن يتم التأكد من مراكز الحدود إن كان الشخص قد غادر الوطن أم لا، أو يستفسر عنه في سفارات البلدان الأخرى.

1 - أنظر: قرار المحكمة العليا السابق، بتاريخ 2002/04/10 ملف 290808، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، 2006، ص 105.

2 العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10، المرجع السابق، ص 103.

المبحث الثالث: رفع دعوى الوفاة الحكمية للمفقود:

جاء نص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري: " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة ".

وعليه يكون استصدار حكم بوفاة المفقود بناء على دعوى قضائية وذلك وفقا للإجراءات القانونية، كما نجد أنه لا فرق بين دعوى الحكم بالفقدان ودعوى الحكم بالوفاة، من حيث شروط استعمال الدعوى، إذ خول قانون الأسرة الحق في رفع الدعويين لنفس الأشخاص، وهو ما سبق الإشارة إليه، في الفصل الثاني من الباب الأول.

فدعوى الحكم بوفاة المفقود وفقا للقواعد العامة لا تختلف من حيث الإجراءات عن دعاوى الأخرى (المطلب الأول)، على عكس القوانين الخاصة التي تتميز بإجراءات خاصة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الوفاة الحكمية وفقا للقواعد العامة:

سنتناول تحت هذا العنوان الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعوى وفاة المفقود (الفرع الأول)، ثم إلى كيفية رفعها (الفرع الثاني)، ثم من لهم الحق في رفع الدعوى (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعوى وفاة المفقود:

سنقوم بالتطرق إلى الاختصاص النوعي ثم الاختصاص الإقليمي لدعوى وفاة المفقود.

أولا: الاختصاص النوعي:

إن الاختصاص النوعي لدعوى الحكم بموت المفقود يخضع للنص العام المتعلق بالاختصاص النوعي للأقسام والمنصوص عليه في المادة 423 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية: " ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: ... 5-
الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم ."

وعليه فإن الاختصاص النوعي لدعوى الحكم بوفاة المفقود من إختصاص قسم شؤون
الأسرة¹ ، ولأن مسألة الحكم بوفاة المفقود من مسائل الأحوال الشخصية وذلك لكونها تتعلق
بإنهاء شخصية وما يترتب عنه من آثار هامة.

في حين إذا كان الطلب مقدما من أحد الورثة أو من له مصلحة إثبات وفاة المفقود
يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب من وكيل الجمهورية الذي يحيله إلى رئيس المحكمة
لاستصدار حكم بعد التحقيق اللازم، وهو ما قضت به المادة 89 من قانون الحالة المدنية: "
يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب
وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنية² " .

كما تنص المادة 90 من نفس القانون على أنه: "عندما يكون الطلب غير صادر من
وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة³ " .
وبالرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة في هذه المسألة نجد أن ما هو معمول به
في المحاكم هو أن هذه الدعوى تكون أمام قسم شؤون الأسرة⁴.

ثانيا -الاختصاص الإقليمي:

نصت المادة 89 من قانون 20/70 المتعلق بالحالة المدنية على أنه: "يجوز التصريح
قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الجمهورية
أو الأطراف المعنيين، كما يجوز أيضا التصريح قضائيا بوفاة كل أجنبي أو كل عديم
الجنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا
كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر".

1 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، ط 02، الجزائر، 1995 ، ص181

2 المادة 89 من الأمر رقم 70/ 20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، المعدل بالقانون رقم

08-14. المؤرخ في 09 أوت 2014 ، ج ر عدد 21

3 المادة 90 من قانون الحالة المدنية.

4 شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الجزائر، 2015، ص33 .

كما نصت المادة 91 من نفس القانون 20/70 على ما يلي: " يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة.

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

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

إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث، فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة وقوع الفقدان، وإذا لم توجد فيه محكمة، فإلى محكمة مدينة الجزائر¹ .

وباستقراء هذه المواد نستخلص أنه بالنسبة للاختصاص الإقليمي في دعوى الموت الحكمي يكون في محكمة مكان ولادة المفقود، خلافا لدعوى الفقد التي كان الأمر متروكا بشأنها للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنجد أن قانون الحالة المدنية، وضع حكما خاصا بالاختصاص الإقليمي لدعوى الحكم بوفاة المفقود، خرج به عن الحكم العام المتعلق بالاختصاص الإقليمي، الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية² ، على عكس دعوى الحكم بالفقدان.

ونستخلص كذلك أنه:

إذا كان الشخص المفقود جزائريا، سواء حصل الفقدان داخل الجزائر أو خارجها فإن طلب الحكم بالوفاة يقدم إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان ولادة المفقود، وإذا لم يكن له محل إقامة معروف بالجزائر يقدم إلى محكمة مدينة الجزائر العاصمة، هذا إذا كان المفقود مولود في الجزائر³.

1 المادة 91 من قانون الحالة المدنية. .

2 حيث تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وان لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

3 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الثاني، دار هومة، ط 3، الجزائر ، 2011 ، ص 132

أما إذا كان المفقود جزائري ولد في دولة أجنبية، ففي هذه الحالة يقدم الطلب إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الشخص المفقود أو الإقامة الاعتيادية، وفي حالة عدم وجود الموطن أو مقر الإقامة المعتاد يعود الاختصاص إلى محكمة مدينة الجزائر¹.

أما إذا كان الشخص المفقود أجنبيا، فإنه لا يقبل طلب الحكم بوفاته من قبل المحاكم الجزائرية إلا إذا ثبت أنه فقد في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية، وعندئذ فقط يمكن تقديم طلب من أجل الحكم بالوفاة ممن له مصلحة أو من وكيل الجمهورية، بنفس لطريقة إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مسكن أو سجل إقامة المفقود الأجنبي أو إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر العاصمة إذا لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف بالجزائر².

إذا شمل فقدان عدة أشخاص في نفس الحادث: يقدم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع فقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة، فيقدم إلى محكمة سيدي أحمد بالجزائر العاصمة.

الفرع الثاني: أطراف الدعوى:

إذا إنقضت المدة الضرورية التي بعدها يمكن طلب إستصدار حكم بوفاة المفقود يحق لمن خول له القانون الحق في رفع دعوى الوفاة الحكيمة المفقود، وهم نفس الأطراف الذين لهم حق رفع دعوى فقدان، وهذا ما نصت عليه المادة 114 من قانون الأسرة والتي تقضي بأنه يصدر الحكم بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة³، ولم تشترط المادة السابقة أن ترفع دعوى الحكم بموت المفقود من نفس الشخص الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان، بل أعطت الصفة في هذه الدعوى للورثة ولكل من له مصلحة وللنيابة العامة (وهم نفس الأشخاص الذين يحق لهم رفع طلب استصدار حكم الققد).

1 فضيل العيش، مرجع سابق، ص 95

2 عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص 133

3 أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 53

تنص المادة 89 من قانون الحالة المدنية على أنه: "يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر، بناء على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين".

كما تنص المادة 90 من نفس القانون أنه: "عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة".

نستنتج من خلال هذين النصين أنه يجوز تقديم الطلب بوفاة المفقود من طرف وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين، وعندما لا يقدم الطلب من وكيل الجمهورية بمعنى أن يصدر ممن له مصلحة، فإنه لا يحال إلى المحكمة إلا عن طريق وكيل الجمهورية الذي يحيله إلى المحكمة بعد التحقيق.

وبالنظر في المادتين 89 و 90 من قانون الحالة المدنية فإنه يجوز تقديم طلب الحكم بوفاة المفقود من طرف وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنية، وعندما لا يقدم الطلب من وكيل الجمهورية، فإنه لا يحال إلى المحكمة إلا بعد مروره عن طريق وكيل الجمهورية، ويكون طلب الحكم بوفاة المفقود عن طريق عريضة لا تختلف عن عريضة دعوى الفقد، باستثناء الطلبات التي تكون مغايرة عن تلك التي في دعوى الفقدان¹، ويتم تسجيل هذه العريضة لدى كتابة ضبط المحكمة ليتم تبليغها للمدعى عليه وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القواعد العامة والتي تم التطرق إليها سابقاً².

1 عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام قسم المحاكم الابتدائية، مرجع سابق، ص 16.

2 بشير بلعيد، المرجع السابق، ص 9.

المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بدعوى الوفاة الحكمية للمفقود

وفقا للقوانين الاستثنائية:

وضع المشرع الجزائري أحكاما قانونية خاصة لا تطبق إلا بالنسبة للحالات التي وضعت من أجلها، وهي تعتمد على تبسيط الإجراءات وتقصير الآجال، وتتمثل في الأحكام الخاصة بمفقودي الفيضانات والزلازل (الفرع الأول) والظروف الخاصة التي وردت في إطارها قانون المصالحة الوطنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات الحكم بوفاة مفقودي فيضانات باب الواد 2001.

جاء في المادة الثانية الفقرة الثالثة من الأمر 03/02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 أنه: " يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهر واحد ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه ".

يفهم من خلال هذه المادة أن المشرع حدد الأشخاص الذين لهم الحق في طلب إصدار الحكم بوفاة المفقود، ويكون الحكم الصادر ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتعدى شهر واحد من تاريخ رفع الدعوى وتتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية، وهذا طبقا للفقرة السادسة من نفس المادة أعلاه.

كما يمكن للأشخاص الذين طلبوا بالحكم بالموت، الطعن بالنقض في أجل شهر واحد، وتفصل المحكمة العليا فيه في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها، حسب الفقرة الرابعة من نفس المادة.

الفرع الثاني: إجراءات الحكم بوفاة مفقودي زلزال بومرداس 2003:

أما فيما يتعلق بمفقودي زلزال بومرداس 2003 أيضا ترفع الدعوى بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة هذا بناء على المادة الثانية الفقرة الثالثة من القانون رقم 03/06 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي

زلزال 21 مايو 2003 والتي تنص على أنه: " يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة، أو من كل له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه".

وتسري على الإجراءات المتعلقة بالطعن بالنقض والآجال التي تفصل فيه المحكمة العليا نفس الإجراءات المتعلقة بالحكم بوفاة مفقودي الفيضانات، حسب الفقرة الرابعة من نفس المادة أعلاه.

الفرع الثالث: إجراءات الحكم بوفاة مفقودي المأساة الوطنية:

ترفع دعوى الحكم بوفاة المفقود في قانون المصالحة الوطنية وفقا للشروط والإجراءات الخاصة بدعوى شؤون الأسرة، وفقا للإجراءات والشروط الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دائما مع احترام الاستثناءات الواردة في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية. كما نصت المادة 32 من الأمر 01/06 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على أنه: " يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة، يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

يفهم من نص المادة أعلاه أن الأشخاص التي يحق لها رفع هذه الدعوى هي نفس الأشخاص التي حول لها قانون الأسرة والقوانين الاستثنائية الأخرى، الحق في رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود.

كما حددت آجال لرفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة وهو ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان وهذا طبقا لنص المادة 31 من نفس الأمر.

كما نصت المادة 30 على ما يلي: "يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى".

وعليه يتم التصريح بوفاة الشخص المفقود بموجب حكم قضائي وذلك بالاعتماد على محضر معاينة فقدان تعده الشرطة القضائية.

كما نستنتج أنه فيما يخص موعد أو ميعاد رفع دعوى الحكم بموت المفقود هي إجراءات خاصة فقط بمفقودي ضحايا المأساة الوطنية إذ لم ينص عليها قانون الأسرة.

كما نجد استثناء آخر يخص ميعاد الطعن بالنقض الذي تنص عليه المادة 353 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يقدر بشهرين من تاريخ الحكم المطعون فيه، فإن المادة 33 من الأمر 06-01 نصت على أن الحكم بالوفاة يمكن أن يكون موضوع طعن بالنقض في أجل شهر واحد بدل شهرين، وذلك من تاريخ النطق بالحكم وليس من تاريخ التبليغ كما ورد في القواعد العامة، ونصت نفس المادة على أن المحكمة العليا تفصل في الدعوى في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الإخطار¹

ولا بد من تسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية لبلدية مكان الولادة، ويشار إليه في هامش وثيقة ميلاد المفقود، أما إذا شمل فقدان عدة أشخاص في حادث واحد فيتم إرسال نسخ من الحكم الجماعي بوفاتهم إلى ضباط الحالة المدنية لبلدية مكان ولادة كل مفقود، أو مكان سكن كل واحد من المفقودين من أجل تسجيله في سجلات الحالة المدنية وهذا طبقا للمادة 93 من قانون الحالة المدنية.

كما تقضي المادة 92 في الفقرة الثانية بضرورة تحديد تاريخ الوفاة مع مراعاة القرائن التي يمكن استخلاصها من ظروف الحادث، أو من تاريخ فقدان نفسه ولا يجوز إغفال ذلك (أي الإشارة إلى تاريخ الوفاة بالحكم) وإلا اعتبر الحكم ناقصا وجاز طلب تصحيحه وفقا لأحكام المادة 92 المذكورة سابقا من قانون الحالة المدنية .

ما يمكن استخلاصه من خلال هذه القوانين الاستثنائية أنه تم الجمع بين دعوى حكم فقدان و دعوى الوفاة الحكمية في إطار دعوى قضائية واحدة تنتهي بصدور حكم قضائي بالحكم بموت المفقود ، وهذا ما تم النص عليه من خلال المادة الثانية في الفقرة الأولى في

1 أنظر المادة 32 من الامر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

القوانين الخاصة الثلاثة (سواء بالنسبة لمفقودي فيضانات 30 نوفمبر 2001، و مفقودي زلزال بومرداس 2003، أو مفقودي المأساة الوطنية).

وعليه يتم التصريح بوفاة الشخص المفقود بموجب حكم قضائي وذلك بالاعتماد على محضر معاينة فقدان تعده الشرطة القضائية.

الفصل الثاني

آثار الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي
والتشريع الجزائري

الفصل الثاني: آثار الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري:

يعتبر المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم بموته، لا من تاريخ صدور الحكم بفقده، استنادا إلى أن الحكم باعتباره ميتا يعد حكما منشئا للموت لا كاشفا عنه أو مقررا له، لأن القاضي لا يحكم به إلا بعد التحري بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته.

وينتج على صدور الحكم بموت الشخص المفقود حكما، آثار الموت الطبيعي، وهنا يصبح المفقود في حكم الميت، وبذلك تنتهي شخصيته القانونية ويعامل معاملة المتوفى حقيقة، ونجد المشرع الجزائري إعتبر أن مرور المدة المحددة في المادة 113 من قانون الأسرة، وكذلك تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية من كل من الأمر رقم 03-02 والقانون رقم 06-03 المشار إليهما، دون أن يظهر المفقود أو تعرف أخباره، بمثابة قرينة على ترجيح موت الشخص المفقود على حياته.

فبعد صدور الحكم بموت المفقود، تسري عليه جميع الأحكام المترتبة على الوفاة الطبيعية، سواء كانت متعلقة بزوجه وأسرته، أو كانت متعلقة بأمواله وتصرفاته القانونية. إلا أن هذه الوفاة هي وفاة حكمية وليست حقيقية، فمن المحتمل يعود المفقود ويظهر حيا بعد الحكم بموته، عندها يتغير مركزه القانوني تبعا لحالته المستجدة.

وسنعالج من خلال هذا الفصل آثار الحكم بموت المفقود، المتعلقة منها بالجانب الشخصي للمفقود، أو ماتعلق بوضعيته المالية، وسنتطرق في المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة للرابطة الأسرية، وفي مبحث ثان آثار الحكم بموته على أموال وتصرفاته القانونية، و في المبحث الثالث آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته.

المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود المتعلقة بالرابطة الأسرية:

في كثير من الحالات لا تبادر زوجة المفقود إلى طلب التطليق أمام القاضي، وتفضل انتظار عودته، وتهتم بأولادها وأسررتها، وقد تطول هذه المدة إلى أن يصدر الحكم بموته، والذي يرتب أثره بالنسبة إلى زوجة المفقود حيث تعدد عدة وفاة، وبعدها يمكنها أن تتكح زوجا غيره.

بالإضافة لتلك الآثار المذكورة فوجد الأمر رقم 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أحدث آثارا خاصة تتعلق بذوي مفقودي المأساة الوطنية، وهو ما سنعالجه فيما يلي:

المطلب الأول: آثار الحكم بوفاة المفقود على زوجة المفقود:

إن أول أثر يترتب على صدور الحكم بموت المفقود، هو إنهاء رابطة الزوجية، وسنعالج الآثار المترتبة على الحكم بموت المفقود على زوجته من خلال، دراسة مسألة مدى استحقاق الزوجة للنفقة، ومؤخر صداقها من مال المفقود في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتناول الأحكام المتعلقة بعدة الوفاة لزوجة المفقود.

الفرع الأول: مدى استحقاق الزوجة للنفقة ومؤخر صداقها من مال المفقود:

أولا: عند المالكية: بحثنا سابقا في قول أن فقهاء المالكية فرقوا، فيما يخص المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، بين الزوجة والمال، فقررروا أن المفقود يعتبر ميتا بالنسبة لزوجته بعدة مضي مدة أربع سنوات، ولكنه لا يعد ميتا بالنسبة لأمواله إلا بعد مدة التعمير، وكانت هذه التفرقة حتما تؤدي إلى اختلاف فقهاء هذا المذهب حول الوقت الذي يكون فيه للزوجة أن تتقاضى مهرها إذا لم يكن الزوج قد عجله لها عند الزواج، فقرر البعض أن هذا الصداق يستحق للزوجة عند شروعها في العدة، ورأى البعض الآخر أنه لا يستحق إلا عند حلول أجله، لأن المفقود لا يعتبر، في هذا الوقت ميتا حقيقة بل

حكما، في حين ذهب فريق ثالث إلى أن الزوجة تستطيع تقاضي نصف المهر عند بدء العدة، أما النصف الآخر فلا يستحق إلا إذا ثبتت وفاة المفقود، وإلا فعند انقضاء مدة التعمير¹.

واختلف فقهاء هذا المذهب حول مقدار ما تستحقه الزوجة غير المدخول بها من المهر، في حين قرر فريق منهم أنها لا تستحق سوى نصفه إعمالا لقوله تعالى: (وان طَلَّقْتُموهنَّ من قبل أن تمسوهنَّ وقد فرضتم لهنَّ فريضة فنصف ما فرضتم) - سورة البقرة 237-، ذهب البعض الآخر إلى أنها تستحق جميع المهر، لأن الموت - شأنه شأن الدخول- يوجب استحقاق المهر كله، وقد اختلف أنصار هذا الرأي الأخير حول الوقت الذي يجوز فيه للزوجة أن تتقاضى المهر².

كما أن وجه الخلاف بين المالكية والجمهور لم يقتصر على الصداق، وإنما تجاوز ذلك إلى نطاق النفقة، فعلى الرغم مما قرره المالكية من أن أموال المفقود لا تقسم على الورثة إلا بعد انقضاء مدة التعمير، إلا أنهم لم يجيزوا للزوجة أن تتقاضى النفقة من هذه الأموال إلا في مدة التبرص وأقصاها عندهم أربع سنوات، فمتى انقضت هذه المدة وشرعت الزوجة في العدة، لم يكن لها أن تنفق من مال زوجها، لأن نفقة القريب تسقط بالوفاة³.

ثانيا: أما عند الجمهور:

فإنهم يسوون فيما يتعلق بالمدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، بين الزوجة والمال، ويجوز للزوجة البقاء على ذمة زوجها ما لم تطلب الطلاق، فإن اختارت البقاء والصبر إلى أن يتبين أمر زوجها، ظل زوجها على حاله، أما إن طلبت التطلاق وصدر

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 127.

2 الكشناوي أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج 2، دار الفكر، ط2، د س، ص 134.

3 الكشناوي أبي بكر بن حسن، المرجع نفسه، ص 134.

لها حكم به بعد مضي مدة من انتظار زوجها، فيمكنها أن تتقاضى صداقها من تركته عند تقسيمها على الورثة¹.

أما نطاق النفقة عند الجمهور فيعطى المرأة المفقود الحق في الإنفاق من مال زوجها في مدة التريص ومدة العدة على حد سواء، لأن مدة التريص لم يحكم فيها ببيوننتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية، أما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فإن موته متيقن²، بل أن جمهور الفقهاء يخول الزوجة هذا الحق أيضا حتى بعد انقضاء مدة العدة، ولكن ذلك بشرطين: يتمثل الأول في أن لا يفرق الحاكم بينهما، والثاني أن لا تتزوج بأخر، فإذا اجتمع هذان الشرطان، ظلت النفقة قائمة، لأن الزوجة لم تخرج بعد من نكاح زوجها، وان تخلف أحدهما سقطت نفقتها لانفصام عرى زوجيتها³.

ويجب أن يراعى أن الأحكام السالفة الذكر لا تنطبق إلا إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء، أما إذا اختارت المقام والصبر إلى أن يتبين أمر زوجها، فإن نفقتها تظل قائمة إلى أن يتضح مصيره، فإذا ثبت أنه مات أو طلقها في وقت من الأوقات، فلها النفقة إلى يوم موته أو بيوننتها منه، أما ما زاد على ذلك فيكون للورثة أن يخصموه في ميراثها في الحال الأولى⁴.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري:

أما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، حيث أنه قد أخذ برأي الجمهور، حين أجاز للزوجة الإنفاق من مال زوجها طالما ظلت في عصمته، وذلك استنادا إلى المادة 74 من قانون الأسرة، أما إذا صدر حكم مقرر لوفاة المفقود فرغم عدم وجود نص

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 128.

2 ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص 494.

3 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 128.

4 الشريبي، كشاف القناع، ج 5، المرجع السابق، ص 423.

في هذه المسألة إلا أن الراجح الأخذ بالمذهب المالكي الذي يرى بسقوط النفقة، وكذلك في حالة طلقت زوجة المفقود التفريق بسبب فقد زوجها، إذ لا معنى لبقاء النفقة بعد أن اختارت الزوجة إنهاء الرابطة الزوجية وأجيببت إلى طلبها.

الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بعدة الوفاة لزوجة المفقود:

أولاً: مفهوم عدة زوجة المفقود والحكمة من مشروعيتها:

1-عدة لغة : بكسر العين جمع عدد، وهي لغة الإحصاء، مأخوذة من العدد لاشتغالها على عدد الأقران والأشهر غالباً، يقال عدت الشيء عدة: أحصيته إحصاء، وتطلق أيضاً على الشيء المعدود، يقال عدة المرأة: أيام أقرانها¹.

2-عدة اصطلاحاً: تباينت تعريفات الفقهاء إلا أنها متقاربة والاختلاف بينها لفظي، وكلها تذهب إلى أن العدة: مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة².

والعدة في قانون الأسرة الجزائري هي المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بحيث لا يجوز لها الزواج قبلها، وهو ما يفهم من نص المادة 30 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: " يحرم من النساء مؤقتاً: ... المعتدة من طلاق أو وفاة ".

3-بعض حكم تشريعها: التعرف على براءة الرحم، لمنع اختلاط الأنساب ببعضها ببعض، وامهال الزوج مدة يتمكن فيها من مراجعة زوجته، وحداد الزوجة على زوجها عقب وفاته، والتذكير بعظم ميثاق الزواج، فلا ينتهي إلا بعد انتظار وأناة³.

1 الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 297؛ ابن منظور، ج3، المرجع السابق، ص 284.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 625.

3 أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 291.

كما أن قانون الأسرة الجزائري سمح للزوجة أن تطلب التطلاق ثم تعند عدة طلاق، وذلك إذا فقد زوجها وصدر حكم قضائي يثبت حالة الفقد، متى توفرت الشروط¹، أي أنها ستعند عدة طلاق دون انتظار الحكم بموته .

كما أن زوجة المفقود تبقى في عصمة زوجها المفقود، وتفضل التريث منتظرة عودة زوجها، أو تبين أمر حياته من موته، حتى يصدر الحكم بموته، مما يثير السؤال حول متى تبدأ العدة في حالة التريث.

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد مدة انتظار المفقود، إلا أنهم متفقون على أنه متى انقضت هذه المدة كان للزوجة أن تتزوج بآخر، شريطة أن تعند عدة الوفاة²، والتي مدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله تعالى: (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)³.

أما إن كانت زوجة المفقود حاملا فقد أجمع الفقهاء على أن عدتها تنقضي بوضع حملها، لقوله تعالى: (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)⁴، لأن هذه الآية نزلت بعد الآية الأولى، فتكون بالتالي مخصصة لعمومها⁵.

كما نجد عدة زوجة المفقود أنها تثير العديد من التساؤلات، المرتبطة ببعض المسائل التفصيلية، والمتعلقة بالوقت الذي تحتسب منه ومدى اشتراط صدور الحكم بموته أو أنها تحتسب بمجرد انتهاء مدة الانتظار المحددة سلفا، وحول ما إذا كان من

1 وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون ". حيث تنص المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر وال نفقة " .

2 أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر، 1995، ص 172.

3 سورة البقرة الآية 234.

4 سورة الطلاق الآية 4.

5 ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 135.

الضروري تطبيق ولي المفقود للزوجة، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسائل، كما اتخذ القانون موقفاً من ذلك، وهو ما سنتطرق إليه من خلال ما سيأتي.

ثانياً: مدى اشتراط مراجعة زوجة المفقود للقاضي ليأذن لها بالاعتداد بعد قضاء مدة التريص (الانتظار):

والتساؤل المثار هنا، حول ما إذا ضرب القاضي أو الحاكم لزوجة المفقود مدة أربع سنين، فقضتها المرأة ولم يظهر للمفقود أثر، ولم يعلم عنه شيء، وظل الحال على ما هو عليه عند ضرب المدة، فهل يجب على المرأة بعد انتهاء مدة التريص التي ضربها لها الحاكم، أن تنتظر صدور الحكم بالموت، وتراجع الحاكم مرة ثانية ليأذن لها في الاعتداد، أم يجوز أن تعتد من تلقاء نفسها؟

1- موقف الفقه الإسلامي:

لقد اجتهد الفقهاء في هاته المسألة، واختلفوا في الجواب عنها، على قولين:

أ- القول الأول: أصحاب هذا الرأي لا يشترطون على المرأة مراجعة الحاكم ليأذن لها في العدة، فتبدأ العدة حتى ولو لم يصدر الحكم بالموت، والى هذا ذهب المالكية¹ والشافعية² في وجهه، مادام القاضي كان قد أمرها مثلاً بالتريص مدة أربع سنوات، كان لها أن تشرع في عدة الوفاة في اليوم التالي لانقضاء هذا الأجل.

واستدل أصحاب هذا القول، على عدم اشتراط مراجعة الحاكم، بأن ما تقدم من الحكم بتقدير المدة، حكم بالموت بعد انقضاء تلك المدة، لأنه مقصود التقدير³، ولأن إذن الإمام لها بالتريص والانتظار يعدّ إذنًا لها بالاعتداد بعده¹.

1 الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 480؛ الخرشي، ج 4، المرجع السابق، ص 150؛ أنظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المرجع سابق، ج 4، ص 91.

2 الماوردي، ج 11، المرجع السابق، ص 318؛ أنظر النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ص 1520؛ الشريبي، ج 3، المرجع السابق، ص 397.

3 الماوردي، المرجع نفسه، ص 318؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المرجع السابق، ج 4، ص 91.

ب- القول الثاني: قال أصحاب هذا الرأي أنه يجب على زوجة المفقود مراجعة الحاكم إذا انتهت مدة التريص التي ضربها لها، ليأذن لها في الاعتداد، فلا تشرع في العدة قبل صدور الحكم، والى هذا الرأي ذهب الشافعية في الوجه الثاني عندهم².

استدل أصحاب هذا القول، على أنه لا بد من مراجعة زوجة المفقود للحاكم بعد التريص، ليأذن لها في الاعتداد بما يلي:

ب-1- من الأثر: ما روي عن عبد الرحمان بن أبي ليلى، قال: أتت امرأة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن زوجي خرج إلى مسجد أهله وفقد، فأمرها أن تتريص أربع سنين، فتريصت، ثم عادت فقال لها: اعتدي أربعة أشهر وعشرا³.

فهنا، قد عاودت المرأة عمر بن الخطاب، وهو الحاكم، واستأذنته في الاعتداد، فأمرها أن تعتد، فقد استأنف عمر بن الخطاب الحكم لها بالاعتداد، بعد الحكم الأول لها بالتريص⁴.

ب-2- من المعقول: إن الحكم بأجل العنة لا يكون حكماً بالفرقة حتى يحكم بها الحاكم، فكذا يكون الأمر في أجل الغيبة، فلا تشرع المرأة في العدة حتى يحكم الحاكم لها بموت زوجها الغائب، فتستأنف العدة بعد الحكم⁵.

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من ابتداء عدة زوجة المفقود:

بعد صدور الحكم بموت المفقود، فيترتب على ذلك انحلال الرابطة الزوجية، فلقد نصت المادة 59 من قانون الأسرة على أن: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

1 الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 480؛ الخرشي، ج 4، المرجع السابق، ص 150.
2 الماوردي، الحاوي، ج 11، المرجع السابق، ص 318؛ النووي، روضة الطالبين، ص 1520؛ الشريبي، المرجع السابق، ج 3، ص 397.

3 الصنعاني، المصنف، المرجع السابق، ج 7، ص 87.

4 الماوردي، ج 11، المرجع السابق، ص 318.

5 الماوردي، ج 11، المرجع السابق، ص 318؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المرجع السابق، ج 4، ص 91.

ما يمكن ملاحظته أن هذا النص يسوي في الحكم بالنسبة إلى الزوجة، سواء كان الزوج المتوفى حقيقة أو الزوج المتوفى حكماً، وذلك من ناحيتين:

الأولى: اعتداد زوجة المفقود عدة الوفاة كزوجة الميت حقيقة.

الثانية: تساوي مدة العدة في الحالتين هي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويحل للزوجة الزواج بعد انقضاء هذه العدة.

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة إلى التاريخ الذي يبدأ منه احتساب عدة الوفاة، فبالنسبة للمرأة المتوفى عنها زوجها حقيقة، فحسب المادة 59 سابقة الذكر، يبدأ احتساب مدة العدة من يوم الوفاة، وذلك إعمالاً لقوله تعالى: (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً)¹

أما بالنسبة لزوجة المفقود، فتحسب مدة العدة حسب المادة 59 سالف الذكر، من تاريخ صدور الحكم بفقد زوجها، وليس من تاريخ الحكم بموته.

وفي ذلك، فإن قانون الأسرة، قد خالف ما قاله الفقه الإسلامي في هذه المسألة، فلم يأخذ لا بالرأي الثاني الراجح، الذي ذهب إلى أن العدة تكون بعد انقضاء مدة التبرص التي ضربها الحاكم لزوجة المفقود وبعد صدور الحكم بموته²، وليس قبل ذلك، ولم يأخذ حتى بالرأي الأول، والذي قال بأن العدة تبدأ بعد نهاية مدة التبرص مباشرة، دون انتظار حكم الحاكم بموت المفقود.

فالملاحظ أن المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري، قد جاءت بحكم لم يقل به أي فقيه، كما أنه خالف كلا من القانون المصري (المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة

1 سورة البقرة الآية 243.

2 جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص 64.

1929)¹ ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (المادة 178 منه)²، اللذان أخذتا باحتساب العدة ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموت المفقود، وليس من تاريخ فقده.

لقد جعل المشرع الجزائري في نص المادة 59 من قانون الأسرة بدء سريان مدة عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بفقده، فجاء هذا التوجه في غير محله وحاد به المشرع عن الصواب، إذ كان من الأحسن ربط بدء سريان عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بموت هذا المفقود، لا بتاريخ صدور الحكم بفقده، لأن الوفاة هي التي تعتبر سببا من أسباب حل عقد الزواج³.

كما أننا عند النظر في مواد قانون الأسرة التي عالجت مسائل المفقود، فبدائية إحتساب مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقْد، يتعارض معها فهاته النصوص تعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بموته، كنص المادة 133 التي جاء فيها: " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حياً ... "، وكذلك المادة 115 والمادة 127، فطبقا لهاتين المادتين لا يعتبر المفقود ميتا ولا يستحق ورثته الإرث إلا بعد صدور الحكم بموته، فقبل صدور هذا الحكم يعتبر المفقود ما زال حيا⁴.

وعليه يتضح لنا أن أحكام قانون الأسرة صريحة في أن المفقود يعتبر حيا قبل الحكم بموته، أي أنه لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور هذا الحكم وليس من تاريخ فقده أو من تاريخ صدور الحكم بالفقْد، دون تفرقة بين الأمور أو الأحكام التي تنفعه وتضر

1 حيث تنص المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: " عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتا على الوجه المبين في المادة السابقة تعدد زوجته عدة الوفاة ... "، أنظر: عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 96.

2 أنظر المادة 178 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

3 حيث تنص المادة 47 من قانون الأسرة: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

4 إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص 936.

غيره، كميّراته من غيره أو حصوله على المال الموصى له به أو الموهوب له، وبين الأحكام التي تضره وتتفع غيره، كتنقسم تركته بين ورثته¹.

ومقتضى ذلك أن زوجة المفقود لا تعدد عدة وفاة قبل صدور الحكم بموته، لأن الزوجة تعدد عدة وفاة بموت زوجها حقيقة أو حكماً، وأن موت المفقود حكماً لا يكون إلا بصدور حكم بهذا الموت الحكمي².

ولإزالة هذا التداخل بين النصوص القانونية السابق الإشارة إليه، والآراء التي قيلت، فنرى إقتراح تعديل نص المادة 59 من قانون الأسرة، والنص على أن زوجة المفقود تبدأ إحتساب عدة الوفاة من تاريخ صدور الحكم بموته، ليصبح نص المادة على النحو الآتي: (تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته).

من أجل تحقيق التوافق والانسجام بين نصوص قانون الأسرة المنظمة لأحكام المفقود، وهنا تعدد زوجته في حال تريضها وانتظارها وعدم طلبها التطليق قبل انقضاء المدة المضروبة³، بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بموت زوجها المفقود، ويعد انقضاء عدتها تحل للزواج من غيره.

1 أنظر المادة 111 من قانون الأسرة: (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة من هذا القانون).

2 بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 177.

3 استناداً إلى المادة 112 من قانون الأسرة، التي تحيل على المادة 5/53 من قانون الأسرة.

ثانياً: حداد زوجة المفقود:

اختلف فقهاء الفقه الإسلامي في حكم زوجة المفقود، هل يجب عليها الحداد¹ أم لا، على قولين:

1- القول الأول: يقول أصحاب هذا الرأي أن على زوجة المفقود الإحداد مثلها مثل زوجة المتوفى عنها، وهذا ما ذهب الإمام مالك وابن نافع²، وذلك لأنها عدة من وفاة وهي يجب فيها الإحداد لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيما روي عن أم مسلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل المرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً)³.

ولأن الحكم لها بالإعتداد عدة وفاة حكم بموت الزوج في الظاهر، لأنه لو كان حياً لسمع خبره⁴.

2- القول الثاني: ومفاده أنه لا يجب على زوجة المفقود الإحداد، والى هذا ذهب عبد الملك بن الماجشون من المالكية، لأنها فرقة يحتسب بها طلقة، فلم يجب في العدة فيها إحداد، كطلاق الحاضر⁵.

1 الحداد أو الإحداد في الاصطلاح: هو ترك الطيب والزينة للمعدة عن وفاة، وهو اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والمولون من الثياب للتحسين. أنظر: الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج 3، المرجع السابق، ص 259.

2 الدسوقي، ج 2، النرجع السابق، ص 479؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 294.

3 متفق عليه من حديث زينب بنت أبي سلمة واللفظ للبخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق باب الكحل للحادة، المرجع السابق، ص 1359، برقم 5339؛ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة، المرجع السابق، ص 692، برقم 1486.

4 الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

5 الباجي، ج 4، المرجع السابق، ص 91؛ الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 479.

والراجح: المذهب الأول، وهو وجوب الإحداد لزوجة المفقود، بعد حكم القاضي بموته، لأنها ليست طلاقاً، وإنما هي عدة وفاة، وإن لم تكن وفاة حقيقية إلا أنها وفاة حكماً، ويثبت فيها ما يثبت في الوفاة الحقيقية من العدة أربعة أشهر وعشراً والإحداد.

ونشير أن المشرع الجزائري لم ينص قانون الأسرة على الحداد وأحكامه، فهي مسألة شرعية لم ينظمها القانون، ويرجع فيها بحسب المادة 222 من قانون الأسرة لأحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: أثر الحكم بموت المفقود

على ذوي حقوق مفقودي المأساة الوطنية:

في البداية نشير أنه يترتب على صدور الحكم بوفاة المفقود في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية نفس الآثار الوارد ذكرها في قانون الأسرة، وإضافة إلى ذلك فهناك آثار خاصة أخرى تتمثل في: حق ذوي ضحايا المأساة الوطنية في الحصول على تعويض تلتزم الدولة بدفعه، وهو ما جاءت به المادة 37 من الأمر رقم 06-01.

ونجد المادة 39 من هذا الأمر تنص 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 كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". وتطبيقا لذلك صدر المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28/02/2006 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية¹، حيث نص في المادة الثالثة منه على أنه:

"يخول حكم التصريح بوفاة ضحية المأساة الوطنية الحق لذوي حقوقه في التعويض في مفهوم هذا المرسوم"، وهذا التعويض المنصوص عليه يأخذ حسب المادة السادسة أحد الأشكال الآتية: معاش خدمة، معاش شهري، رأس مال إجمالي، رأس مال وحيد².

كما يشترط للحصول على هذا التعويض عدم الحصول على تعويض سابق صدر عن طريق القضاء، كما أن الحصول على هذا التعويض يمنع من المطالبة بأي تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدولة³.

1 أنظر: مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فيفري 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، 2006.

2 أنظر المادة السادسة من المرسوم رقم 06-93، ص 9.

3 أنظر المادة 38 من الأمر رقم 06-01 والمادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93.

الفرع الأول: المستفيدون من التعويض:

لقد حددت المادة التاسعة من المرسوم الرئاسي 93-06 من يعتبر من ذوي

الحقوق وهم:

- الأزواج،
- الأبناء الهالك البالغون سنا أقل من 19 عاما، أو 21 عاما على الأكثر، إذا كانوا يزاولون الدراسة، أو إذا كانوا يتابعون التمهين، وكذا الأبناء المكفولون طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط نفسها المتعلقة بأبناء الهالك.
- الأبناء مهما يكن سنهم، الذين يوجدون بسبب عجز أو مرض مزمن، في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.
- البنات، بلا دخل، مهما يكن سنهن، اللاتي كان يكفلهن الهالك فعال وقت فقدانه.
- أصول الهالك¹.

وقد حدد القانون نسبة كل ذي حق، في المادة 10 من نفس المرسوم، كما يلي:

- 100% من التعويض لصالح الزوج أو الأزواج إذا لم يترك الهالك أبناء أو أصول أحياء.
- 50% لصالح الزوج أو الأزواج و 50% توزع بالتساوي على ذوي الحقوق الآخرين إذا ترك الهالك زوجا أو أكثر أحياء وكذا ذوي حقوق آخرين يتكونون من الأبناء و/أو من الأصول.
- 70% من التعويض توزع بالتساوي على أبناء الهالك (أو 70% لصالح الابن الوحيد عند الاقتضاء) 30% توزع بالتساوي على الأصول (أو 30% لصالح الأصل الوحيد عند الاقتضاء) إذا لم يوجد زوج حي.

1 المادة 09 من المرسوم رقم 93-06 ، ص 9.

- 50% من التعويض لصالح كل أصل من الأصول إذا لم يترك الهالك أزواجا أو أبناء أحياء.

- 75% من التعويض لصالح الأصل الوحيد إذا لم يترك الهالك زوجا أو أبناء على قيد الحياة¹.

حيث تتم الاستفادة من التعويض بعد تقديم ملف يحتوي على محضر معاينة الفقدان (شهادة البحث) ، ومستخرج من الحكم القضائي المتضمن التصريح بالوفاة، على أن يقدم الملف حسب نفس المرسوم إلى الجهات التالية:

- وزارة الدفاع الوطني بالنسبة لذوي حقوق الضحايا الذين ينتمون إلى المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لها.

- الهيئة المستخدمة فيما يخص ذوي حقوق ضحايا الموظفين والأعوان العموميين.

- المدير العام للأمن الوطني فيما يتعلق بذوي حقوق الضحايا الذين ينتمون إلى مستخدمي الأمن الوطني.

- والي ولاية محل الإقامة فيما يخص ذوي حقوق الضحايا الآخرين².

وبعد ذلك تقوم هذه الهيئات بإصدار مقرر الاستفادة من التعويض الذي يخول للمستفيد طلب فتح حساب بريدي جاري يتعين على مركز الصكوك البريدية فتحه خلال 8 أيام من إيداع الملف³ ، ويتكون الملف الحسابي الخاص بالتعويض (باستثناء ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين لمستخدمي وزارة الدفاع الذين يخضعون لنص خاص طبقا للمادة 26 من المرسوم الرئاسي 06-93) من:

1 المادة 10 من المرسوم رقم 06-93 ، ص 9.

2 المادة 08 من المرسوم رقم 06-93 ، ص 9.

3 المادة 16 من المرسوم رقم 06-93، ص 10.

- مقرر الاستفادة من التعويض المتمثل في معاش خدمة أو معاش شهري أو رأس مال إجمالي أو وحيد.

- نسخة من عقد الفريضة مصادق على مطابقتها للأصل من أجل تحديد ذوي الحقوق، مع الإشارة إلى أن القانون ألزم إعداد عقد الفريضة في أجل شهر واحد ومجانا في مكتب توثيق نسخة النيابة المختصة إقليميا بناء على طلب ذوي الحقوق أو الهيئة المستخدمة أو الوالي، وتحمل ميزانية الدولة الحقوق المستحقة للموثق ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل¹.

- نسخة من الحكم الذي يعين القيم عندما لا تدفع حصة المعاش الآيلة إلى الأبناء إلى الأب أو الأم.

- مقرر تخصيص وتوزيع معاش الخدمة أو الرأسمال الوحيد.

وحسب المادة 33 من المرسوم الرئاسي 06-93 يودع هذا الملف الحسابي لدى:

- الهيئة المستخدمة بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية من الموظفين والأعوان العموميين.

- والي ولاية محل الإقامة بالنسبة لذوي حقوق الضحايا الآخرين باستثناء المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني.

1 أنظر كل من المادة 35 من الأمر 06-01، والمادة 15 من المرسوم 06-93.

الفرع الثاني: أشكال إستفادة ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية:

لقد حدد في هذا المرسوم شكل التعويض الذي يستفيد منه ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية، وهذا ما جاء في نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي¹: يستفيدون ذوو حقوق ضحية المأساة الوطنية، حسب وضعيتهم والشروط المبينة في هذا المرسوم، من تعويض حسب أحد الأشكال الآتية:

1- معاش الخدمة:

يتم تطبيق نظام التعويض على شكل معاش خدمة على فئتين طبقا للمواد من 17 إلى 33 من المرسوم 06-93:

- ذوو حقوق المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني ضحايا المأساة الوطنية كما حددتهم المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم: 06-93¹.

- ذوي حقوق الموظفين أو الأعوان العموميين كما حددتهم المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي السابق².

ويتم حساب معاش الخدمة وفقا للمواد 18 و 19 و 20 من المرسوم التنفيذي 99-47 المؤرخ في 14/02/1999 المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الإضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، ويدفع معاش الخدمة من طرف:

1 حيث جاء في المادة 04 من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: " يعتبر تابعين لوزارة الدفاع الوطني في مفهوم هذا المرسوم المستخدمون العسكريون والمدنيون مهما يكن وضعهم القانوني ووضعيتهم القانونية الأساسية، بما في ذلك المستخدمون الذين يوجدون في وضعية غير قانونية وكذا معاش عسكري للتقاعد ."

2 نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: " يعتبر موظفا أو عوناً عمومياً في مفهوم هذا المرسوم كل عامل يمارس عمله على مستوى المؤسسات أو الإدارات أو الجماعات المحلية أو الهيئات العمومية بما في ذلك المؤسسات العمومية التابعة للوصاية الإدارية."

- مركز الدفع التابع للجيش الوطني الشعبي أو مركز الدفع الجهوي في محل إقامة المستفيد بالنسبة لذوي حقوق المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني.

- الدوائر الوزارية أو الهيئة العمومية أو الوصاية بالنسبة لذوي حقوق الموظفين والأعوان العموميين.

2- معاش الشهري:

حسب المواد من 34 إلى 48 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93، يطبق هذا النظام للتعويض على ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين للقطاع الاقتصادي العام أو الخاص أو من كان بلا وظيفة إذا كان الهالك يبلغ اقل من 50 سنة وقت فقدانه وترك:

- أبناء قصر

- و، أو أبناء مهما يكن سنهم يكونون بسبب عجز أو مرض مزمن في وضع استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.

- و، أو بنات بلا دخل مهما يكن سنهن كان يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه.

ويحدد المعاش الشهري بـ 16000 دج يدفع حتى بلوغ السن القانونية لإحالة الهالك على التقاعد، ويسدد من طرف أمين خزانة الدفع لدى ولاية محل إقامة الضحية.

3- رأسمال الوحيد:

ويتم تطبيق هذا النظام للتعويض بالنسبة للحالات التالية:

أ- ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين لوزارة الدفاع الوطني الذين كانوا متقاعدين دون الإخلال بأحكام قانون المعاشات العسكرية المتعلقة برأسمال الوفاة.

ب- ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الموظفين وأعوان الدولة في سن أو في وضعية التقاعد وقت فقدانهم.

ج- ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الذين لا ينتمون للطائفتين السابقتين ويوجدون في سن أو وضعية التقاعد والمنخرطين في صندوق التقاعد.

على أن يتم حساب الرأسمال الوحيد طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي 99-47 المؤرخ في 1999/12/13¹، باستثناء الحالة الأخيرة التي يحدد فيها الرأسمال الوحيد بضعف المبلغ السنوي لمنحة تقاعد الهالك على أن لا يقل عن مئة مرة مبلغ 10000 دج أي 1000000 دج وتسد هذه المبالغ من خزينة الدولة وتصرفها من صندوق التقاعد أو صندوق التقاعد العسكري حسب الحالة.

4- رأسمال الإجمالي:

يطبق نظام التعويض هذا على ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الذين لا ينتمون للفئات السابقة، وبحسب الرأسمال الإجمالي حسب الحالة كالتالي:

- يساوي 120 مرة مبلغ 16000 دج أي 1936000 دج إذا كان ذوي حقوق الضحية يتشكلون من الزوج بلا أبناء و/أو أصول.

- يساوي 120 مرة مبلغ 16000 دج أي 1936000 دج في جميع الحالات حتى مع وجود أبناء قصر أو من يعتبرون من هذا القبيل إذا كان فقدان الضحية قد حدث قبل 10 سنوات من السن المفترض للتقاعد.

- يساوي 120 مرة مبلغ 10000 دج أي 1200000 دج إذا كان الضحية قاصر.

1 مرسوم تنفيذي رقم 99-47 مؤرخ في 13 فبراير 1999، والمتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 09، 1999.

- يساوي 120 مرة مبلغ 10000 دج أي 1200000 دج إذا كان الضحية بالغا أكثر من 60 سنة وغير منخرط في صندوق التقاعد¹.

ويدفع الرأسمال الإجمالي من صندوق تعويض ضحايا الإرهاب.

لكن التساؤل أثير حول كيفية حساب التعويضات، هل تخضع التعويضات لتاريخ الفقدان، أم تخضع لتاريخ الوفاة الحتمية؟ حيث أن هذا التساؤل طرح إشكالا عمليا على مستوى اللجان الولائية لتطبيق ميثاق السلم والمصالحة الوطنية خاصة وأن أكثر حالات الفقدان تمت في الفترة ما بين 1994 و1997.

وبالنظر إلى نص المادة 37 من الأمر رقم 06-01، يتضح أن التعويض الذي تمنحه الدولة هو حق مقرر لذوي حقوق ضحية المأساة الوطنية كأثر ناتج عن صدور الحكم النهائي بوفاة المفقود، فقبل صدور هذا الحكم فإن الشخص يعتبر حيا قانونا، وبالتالي فلا يثبت لأي من ذوي حقوقه أي حق، فحتى وإن كانت وفاته محتملة منذ سنوات غير إنها وفاة غير ثابتة قانونا، لذلك يكون حساب التعويضات من تاريخ صدور الحكم القضائي بوفاة المفقود².

1 أنظر المواد من 42 إلى 50 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 .

2 أنظر المادة 37 من الأمر 06-01 المتعلق بميثاق السلم والمصالحة.

المبحث الثاني: آثار الموت الحكمي للمفقود على أمواله وتصرفاته القانونية:

إن الحكم بموت المفقود ولو كان حكما ومحتملا فهو يترتب نفس الأثر الذي يترتب على الوفاة الحقيقية بالنسبة لأمواله، ، فتعتبر أموال المفقود تركة توزع على ورثته، لكن ما يثار هنا، هل يشمل ذلك من كان من ورثة المفقود موجودا في تاريخ الفقد، أم أنهم الورثة الذين كانوا على قيد الحياة عند صدور الحكم بموت المفقود؟ وهل يتم التسوية بين الأموال التي كانت مملوكة للمفقود قبل فقده وبين الأموال التي يكون قد اكتسبها بالإرث أو الوصية بعد الفقد، بحيث توزع جميع هذه الأموال على ورثته هو، أم أن هذه الأخيرة ترد إلى ورثة المورث أو الموصي ولا تدخل في تركة المفقود؟

وعليه يقتضي منا معالجة هذا المبحث في مطلبين، نتناول في الأول تحديد ورثة المفقود الذين يخلفونه، أما في المطلب الثاني فتطرق لأثر الوفاة الحكمية على تصرفات المفقود القانونية.

المطلب الأول: ورثة المفقود الذين تؤول لهم تركته:

الفرع الأول: إذا كان للمفقود ورثة:

لقد أجمع الفقه الإسلامي على أن:

- أن تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه أو وقت الموت على الأقل، يعد شرطا أساسيا لاستحقاق الميراث، لأنه يعتبر خلافة حي لميت في أمواله¹.
- أن الموت الحكمي الذي يتقرر عن طريق صدور حكم قضائي يكون كالموت الحقيقي في الميراث²، ويكون ذلك في حال المفقود إذا حكم بموته بناء على غلبة الظن، وعليه فلا

1 وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون: - الوارث حيا أو حمال وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، - عدم وجود مانع من موانع الإرث ".

2 وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ".

يجوز للقاضي أن يرجع تاريخ الوفاة إلى وقت سابق على صدور الحكم، إلا إذا ثبت بدليل لا شبهة فيه أن الوفاة قد وقعت فعلا في هذا الوقت، ولا يكون الشخص حينئذ مفقودا¹.
وعليه يتم توزيع تركته على ورثته الذين كانوا على قيد الحياة في الوقت الذي قام الدليل على وفاته فيه، أما من توفي من ورثته قبل ذلك الوقت، فلا يدخل ضمن الورثة ولا يستحق شيئا من تركته².

وإذا لم تثبت وفاة المفقود في تاريخ معين إلى أن صدر حكم قضائي بموته، فلا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور الحكم، وعليه، فإن تركته يتم توزيعها على ورثته الموجودين في هذا التاريخ دون غيرهم ممن يكونوا قد ماتوا قبل صدور تاريخ الحكم بالموت³.

أما المشرع الجزائري فقد وافق الفقه في هاته المسألة، سواء في أحكامه العامة الواردة في قانون الأسرة أو في غيره من النصوص الخاصة التي تتضمن أحكام المفقودين في ظروف استثنائية.

وحسب قانون الأسرة الجزائري أنه لا يتحقق الإرث إلا إذا وجدت أسبابه وتوفرت شروطه مع انتفاء موانعه⁴، حيث لا خلاف على أن الإرث من المفقود تطبق عليه القواعد العامة في الميراث، حيث نصت المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ...).

1 محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص، 111؛ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، مصر، د.س، ص 405.

2 محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 281.

3 عمر عبد الله، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، ط 5، 1973، ص 294؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 1، 1966، ص 335؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث والوصية والوقف، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009، ص 273.

4 أنظر المواد: 126، 127، 128 من قانون الأسرة.

وفي هذا النص أخذ بما أقره الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، بحيث أقر القانون بتقسيم أموال المفقود على ورثته بعد الحكم بموته¹، حيث لا بد من حفظ أموال الشخص المفقود بواسطة المقدم الذي عينه القاضي عند الحكم بفقدانه لتسيير أمواله، ويستمر التحري عنه إلى حين مرور المدة اللازمة للحكم بموته².

أما فيما يخص أحكام القوانين الجزائرية الخاصة بالمفقودين، نجد أن المادة الثالثة من الأمر رقم 02-03 لسنة 2002 المتعلقة بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، تنص على أنه: (يخول الحكم بوفاة المفقود المذكور في المادة 2 أعلاه الحق في كل الآثار القانونية المنصوص عليها في التشريع المعمول به)، فيتضح أن الحكم بوفاة المفقود بموجب أحكام الأمر رقم 02-03 له نفس الآثار التي يترتبها الحكم بالوفاة بموجب القواعد العامة في قانون الأسرة بما في ذلك تقسيم تركة المفقود على ورثته³.

وهو نفس الحكم نصت عليه المادة الثالثة من قانون رقم 03-06 لسنة 2006 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، كما نجد أن المادة 36 فقرة 2 من الأمر 06-01 المتعلقة بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، نصت على نفس الحكم أيضا، حيث جاء فيها: (... وتترتب عليه مجموع الآثار القانونية المنصوص عليها في التشريع المعمول به)، والمقصود من ذلك هو قانون الأسرة.

وفي حالة إذا كانت المفقودة امرأة متزوجة، وانتظر الزوج إلى غاية صدور حكم قضائي بموتها، فيكون له الحق في أن يرثها، وذلك لتحقق سبب الإرث وهو الزوجية، أما إذا لم ينتظر الحكم بوفاة المفقودة وطلقها بغرض الزواج من أخرى، ففي هذه الحالة لا يرث

1 صالح جيجيك، الميراث في القانون الجزائري، الجزائر، ط 02، د س، ص 186.

2 بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 01، 2008، ص 178.

3 شراين إبتسام، المرجع السابق، ص 79.

له من المفقودة إن حكم بموتها لعدم وجود سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة، وهو سبب الزوجية¹.

ورغم اتفاق الفقهاء على جواز تقسيم أموال المفقود بعد الحكم بموته إلا أنهم اختلفوا في مسائل تفصيلية، منها مدى إمكانية اعتبار حكم الحاكم بالتريص لزوجة المفقود، هل يعد حكم بوفاة المفقود فيجوز تقسيم تركته، على مذهبين:

المذهب الأول: يرى فقهاء هذا المذهب أنه لا يعد حكم الحاكم بالتريص لزوجة المفقود حكماً بوفاته في حق ماله، وبالتالي لا يمكن تقسيم أمواله بعد هذا الحكم، وهو لا يمثل إلا حكماً بإباحة المرأة للزواج بعد التريص وقضاء عدتها، وقد أخذ بهذا الرأي كل من المالكية² والشافعية³، لأن الأصل بقاء حياته فلا تزول عنه بالشك.

المذهب الثاني: يعتبر الحكم بالتريص حكماً بالوفاة، وبالتالي يجوز لورثته اقتسام أمواله، وذلك لأن الصحابة قد اتفقوا على أنه يجوز المرأة المفقود أن تتزوج بعد الحكم بالتريص، وبعد انتهاء عدتها، وإذا ثبت هذا في النكاح مع ما يراعى فيه من الاحتياط، فإنه يثبت في المال من باب أولى، وهو رأي الحنابلة⁴، لكنهم اختلفوا في موعد جواز تقسيم المال بهذا الحكم، هل يكون بعد الانتهاء من التريص، أم بعد انتهاء العدة، على قولين:

القول الأول: يقسم مال المفقود بعد انتهاء مدة التريص وهي الأربع سنوات، وهذه الرواية نص عليها الإمام أحمد واختارها القاضي أبو بكر.

1 المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، المرجع سابق، ص 109.

2 الدسوقي، ج 4، المرجع السابق، ص 487.

3 النووي، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق، ص 35؛ الشربيني، ج 3، المرجع السابق، ص 26.

4 ابن قدامة، المغني، ج 9، المرجع السابق، ص 143.

القول الثاني: أنه لا يقسم مال المفقود إلا بعد انتهاء عدة زوجة المفقود، لأن هذا هو الوقت الذي يباح فيه لامرأته أن تتزوج، فأیضا تركته يجوز أن توزع، وهذه الرواية هي الأصح في المذهب¹.

ومن ناحية أخرى، فإذا انتظر المفقود مدة التعمير، كأن كان الحاكم لا يرى تقسيم ماله بعد التبرص، أو كان لا يرى جواز التبرص أصلا، هل يقسم الورثة مال المفقود بمجرد انتهاء مدة التعمير أم لا بد من حكم الحاكم بوفاة المفقود؟

فلا بد من حكم الحاكم بموت المفقود بعد مضي تلك المدة المختلف فيها، والتي تكون بالاجتهاد والتقدير فوجب أن تكون الوفاة بحكم الحاكم قطعا للخلاف وحسما للنزاع الذي قد ينشب بين الورثة، فلا يجوز للورثة أن ينتظروا زمن التعمير ثم يقوموا بقسمة التركة من تلقاء أنفسهم²، ويجوز للحاكم عند الرفع إليه أن يحدد لهم زمن التعمير وهي المدة التي يغلب على ظنه عدم بقاءه إليها فإذا فعل ذلك جاز لهم تقسيم تركة المفقود بعد انتهائها دون مراجعة الحاكم مرة ثانية للحكم بوفاته.

وما يلاحظ أنه من الناحية القانونية فإن هذا الإشكال لا يطرح، ذلك أن صدور الحكم القاضي بالوفاة يعتبر إجراء شكليا وشرطا جوهريا لتقسيم تركة المفقود³.

ونظرا لكون وفاة المفقود غير طبيعية وغير محددة الزمن، وعليه فإنهاء حياة المفقود بحكم قضائي يعتبر مرجعا زمنيا لوفاته، فيقاس عليه مدى تحقق حياة الوارث وقت الحكم بوفاة المورث وهو المفقود، وعليه فإذا حكم القاضي بموت المفقود أصبح من حق الورثة اقتسام تركته⁴، فمن كان منهم على قيد الحياة وقت الحكم ورثه، ولا يرث أحد مات

1 ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 205.

2 الدسوقي، ج 4، المرجع السابق، ص 487.

3 صالح ججيك، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني لأشغال التربوية، الجزائر، ط 01، 2002، ص 143.

4 بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 178.

قبل ذلك، أما بالنسبة للقانون فقد حدد الورثة المستحقين للميراث، من خلال ضرورة توفر شروط الإرث المنصوص عليها في المادتين 127 و 128 من قانون الأسرة¹.

وقد ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله، ولا يرث من المفقود من مات قبل ذلك²، في حين يرى الإمام مالك أن المفقود يرثه ورثته الأحياء يوم الحكم بموته³، وهو الراجح.

وتدخل زوجة المفقود ضمن الورثة، غير أنه يشترط فيها أن لا تكون قد تزوجت بغيره، حيث قال مالك : إذا تزوجت زوجة المفقود بعد الأربعة أشهر وعشرا من التريص وجاء موت المفقود بعد نكاح الآخر وقبل أن يدخل بها الثاني ورثت المفقود⁴ ، حيث أن الزوجة ترث زوجها المفقود حسب رأي المالكية إن قضي له بها في أربعة أحوال: أن يموت في الأجل أو بعده ولم تخرج من العدة أو خرجت ولم يعقد الثاني أو عقد ولم يدخل بها⁵.

ولم ينص القانون على هذه المسألة رغم ما يمكن أن تطرحه من إشكالات، فإذا طرح نزاع أمام القاضي في هذه المسألة فعليه تطبيق أحكام الفقه الإسلامي المشار إليها حسب ما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة.

1 أنظر المادتين 127 و 128 من قانون الأسرة.

2 البهوتي، ج 4، المرجع السابق، ص 560.

3 مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص 358.

4 المرجع نفسه، ص 355.

5 الخرشي، ج 5، المرجع السابق، ص 125.

الفرع الثاني: إذا لم يكن للمفقود ورثة:

بعد صدور الحكم بموت المفقود إلا أنه لا وارث له، فإن أمواله تعتبر ملكا من ألاك الدولة، وهذا حسب نص المادة 773 من القانون المدني¹، ونصت المادة 180 من قانون الأسرة: (...إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة) ، فإذا انعدم هؤلاء جميعا نكون أمام حالة شغور مطلق تجاه تركة المفقود، وتفاديا لضياع هذا المال فلا بد من القول بميراث الخزينة العامة له².

وبناء على ما سبق فإنه إذا لم يكن للمفقود أي وارث، سواء من أصحاب الفروض أو العصابة أو ذوي الأرحام، آلت التركة كلها إلى الخزينة العامة حسب المادة 180 من قانون الأسرة³، وهذا يعني أنه لا بد من توفر شروط حتى تؤول التركة للخزينة العامة:

- انعدام من يرث بالتعصيب وصاحب الفرض النسبي، فإذا وجد أي من هؤلاء كانت له التركة إما تعصيبا واما فرضا وردا.
- انعدام من يرث من ذوي الأرحام مطلقا، فمتى وجد من ذوي الأرحام سواء لوحده أو مع أحد الزوجين كانت له إما التركة كاملة أو ما بقي منها بعد نصيب أحد الزوجين.
- انعدام أحد الزوجين، فإذا انعدم من يرث مطلقا من يرث بالفرض و التعصيب ومن كان من ذوي الأرحام ولكن وجد أحد الزوجين كانت له التركة بأكملها فرضا وردا⁴.

1 حيث تنص المادة 773 من القانون المدني : "تعتبر ملكا من أمالك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

2 محمد محدة، التركات والموارث، المرجع السابق، ص 78.

3 تنص المادة 180 من قانون الأسرة: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: ... فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة ".

4 محمد محدة، التركات والموارث، المرجع السابق، ص 78.

حيث أن الخزينة تأخذ المال على أساس أنه من الضوائع التي لا يعرف لها مالك، وليس على أساس أنها وارث، ويكون المال حقا لجميع المسلمين في الجزائر، وينفق في المصالح العامة للدولة¹.

كما نصت المادة 177 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12² على أنه: " تعود التركة إلى الخزينة العمومية، طبقا للمادة 180 من قانون الأسرة، إذا لم يترك المفقود ورثة بالفرض أو بالعصبة، أو ذوي أرحام، تطبق عندئذ أحكام المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه والمادة 175 أعلاه".

ونصت المادة 51 من القانون رقم 90-30: " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة 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 الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح انعدام الوارث يمكن القاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط والأشكال المقررة في القانون والتصريح بتسليم أموال التركة كلها"³.

1 عبد القادر بن عزوز و سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبية والوصية والوقف، دار قرطبة، باب الزوار، الجزائر، الطبعة الثانية، 1434 هـ، 2013، ص 96.

2 المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، 2012، العدد 69، ص 14.

3 المادة 51 من القانون رقم 90-30 مؤرخ في الأول ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، 1990، العدد 52، ص 1661.

وتثبت إدارة أملاك الدولة تحويل ملكية العقار المعني للدولة، وتدمجه في الأمالك الخاصة للدولة¹

أما فيما يخص ميراث المفقود المرتد:

وفي حالة أن من فقد كان مرتداً، وغاب ولم يعلم عنه شيء، ولم يعلم أنه لحق بدار الحرب أم لا، فإنه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم، لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم، فمتلما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتضح موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب².

أما ميراثه من غيره، فلا يوقف له شيء من أملاك غيره، فإن مات أحد من أقاربه قسمت تركته بين ورثته ولا يحبس شيء للمفقود المرتد لأنه محجوب عن الميراث برده³، ولأن المرتد لا يرث أحداً، وكذلك الذمي لو فقد وله أقارب مسلمون، فإنه لا يوقف له من أموالهم شيء لأن سبب حرمانه من الميراث معلوم، لأن الكافر لا يرث المسلم⁴.

الفرع الثالث: تحديد الأموال التي تشملها تركة المفقود:

بعد صدور حكم قضائي بوفاة المفقود، كان لورثته أن يقتسموا أمواله الثابتة له قبل فقده والتي نمت وكذا التي آلت إليه بعده، ولا فرق في كون هذه الأموال عقارات أو منقولات أو غيرها كالحقوق، بعد أن يقوموا بتسديد ديونه وتنفيذ وصاياه، إعمالاً لقوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين)⁵.

1 المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفية إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، 2012، العدد 69، ص 44.

2 جمال عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 125.

3 وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 138 من قانون الأسرة: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

4 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 48.

5 سورة النساء الآية 11.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في مدى شمول الحكم بالوفاة للنصيب الذي يكون قد أوقف للمفقود من تركة مورثه أو موصيه الذي توفي بعد الفقد إلى قولين:

القول الأول، أن حياة المفقود تظل مقدره باستصحاب الحال إلى أن يقوم الدليل المثبت لوفاة أو يصدر حكم قضائي بموته، أما قبل صدور الحكم بموته فإنه يعتبر حيا وتثبت له كل أحكام الأحياء، فيستحق نصيبه في تركة من يتوفى من أقاربه أثناء فقده، على أن يؤول هذا النصيب إلى ورثته عند الحكم بموته¹.

وهذا القول يظهر أن المشرع الجزائري قد أخذ به بالرجوع للمادة 111 من قانون الأسرة.

أما القول الثاني، أن استصحاب الحال وإن كان يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، إلا أنه لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتا من قبل، وبما أن الأموال التي حجزت للمفقود من تركة الغير لم تكن ثابتة له عند فقده، فإنها لا توزع على ورثته عند الحكم بموته، بل ترد إلى مستحقيها من ورثة المورث أو الموصي².

كما تجدر الإشارة ، إلى أنه إذا ثبتت وفاة من المفقود في وقت معين قبل الحكم بموته قضائيا فإن هذا الشخص لا يعتبر مفقودا، وعليه لا يرثه من مورثيه سوى من كان حيا وقت وفاته، كما أن المفقود لا يرث سوى من كان مات قبل وفاته هو³.

1 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 134.

2 مصطفى خفاجي، المرجع السابق، ص 93.

3 الدر المختار وعليه حاشية الطحاوي، مرجع سابق، ج 2، ص 510.

المطلب الثاني: آثار الوفاة الحكيمة على تصرفات المفقود القانونية وديونه:

مما لا شك فيه أن صدور الحكم بموت المفقود يترتب عليه إنهاء بعض عقوده دون البعض الآخر، وهو ما نوضحه من خلال ما يأتي.

الفرع الأول: التصرفات القانونية للمفقود:

أولاً: الوصية:

ونبحث هنا فيما إذا كان المفقود موصياً أو موصى له:

1- وصية المفقود: فإن كان المفقود موصياً وقد قام بالإيصاء قبل فقدانه إلى شخص معين، ثم فقد وصدر حكم بوفاته، فإن ما تم الإيصاء به يكون من حق الموصى له ويستحقه من يوم صدور الحكم بوفاته لأن الوصية تستحق بموت الموصي وتحقق حياة الموصى له وقت موت الموصي.

وعليه يكون للموصى له أن يقبل الوصية صراحة أو ضمناً، وهو ما نصت عليه المادة 197 من قانون الأسرة: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي).

2- المفقود موصلاً له: فإذا صدر حكم بموت المفقود وكان الموصي لا يزال حياً، ففي هذه الحالة تبطل الوصية ولا يمكن أن يستحقها الموصى له، وهذا تطبيقاً لما نصت عليه المادة 201 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها".

في حين إذا صدر الحكم بموت المفقود الموصى له بعد موت الموصي، أو بعد ثبوت حقه في الوصية فإن هذا المال الموصى له به يكون ملكاً خاصاً له ويدخل ضمن

تركته، ويوزع على ورثة المفقود، ولا يعاد إلى تركة الموصي، وهو ما نصت عليه المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري¹.

ثانيا: الهبة:

تعريف القانون الجزائري للهبة لا يختلف كثيرا عن التعريفات التي جاء بها الفقه الإسلامي، تنص المادة 202 من قانون الأسرة : (الهبة تملك بلا عوض. ويجوز الواهب أن يشترط على الموهوب له - المفقود - ...) فعلى المقدم أن يسارع إلى تسلم ما وهب للمفقود تطبيقا لنص المادة 111 من قانون الأسرة

و إن كانت الهبة موقوفة على شرط لم يكن المفقود قد أنجزه قبل العقد فعلى المقدم أن يحرص على إنجازها، و إكمال ما تبقى من إجراءات حتى تصبح الهبة ناجزة.

و على المقدم أن يسارع إلى تسلم هبات المفقود التي وهبت له قبل الفقد و لم يتسلمها أو التي لم ينجز الإلتزام الذي أوقفت عن إنجازها بسبب الفقد، فنجزه أو الهبات التي وهبت له بعد الحكم بفقده فعليه أن يقبلها و يسلمها باعتبارها من الأعمال النافعة له نفعا محضا.

يلتزم المودع لديه بأن يحفظها فإذا حكم القاضي بموت المفقود، ردها المودع عليه على وراثته².

1 حيث تنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري: " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحرص أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون ."

2 جمال عبد الوهاب المرجع السابق، ص 90.

ثالثا: الإيجار: ينقضي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد، وهو ما أكدته المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء"¹.

ويلاحظ أن عقد الإيجار لا ينقضي بمجرد صدور حكم قضائي بموت المفقود، بل يظل قائما منتجا لآثاره ولا ينتهي إلا بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن، وذلك حسب ما جاء في المادة 469 مكرر من القانون المدني: "ينتهي الإيجار بقوة القانون بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن"².

رابعا: العارية:

يعتبر صدور الحكم بموت المفقود منهيا للعارية، حيث تنص المادة 548 من القانون المدني على أنه: "تنتهي العارية بموت أحد الطرفين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وبالتالي في حالة وجود اتفاق يقضي باستمرار العارية رغم وفاة أحد الطرفين أو يقضي بانتهائها بسبب آخر، فهنا تستمر العارية على الرغم من صدور الحكم بوفاة المفقود.

الفرع الثاني: ديون المفقود:

أولا: إذا كانت ديون المفقود ثابتة عليه قبل الفقد وقد حل أجلها وهو مفقود، فيجب على القائم على حفظ مال المفقود (المقدم) إيفاء هذا الدين من مال المفقود، لأن من واجبات

1 المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني، أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية رقم 31، ص 4.

2 المادة 469 مكرر من القانون المدني، والتي أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية رقم 31، ص 3.

وظيفته حفظ أمواله، وإيفاء ديونه، وكذلك دفع أجره خدمه والقائمين على أمور أمواله، وأجرة كراء الأرض، وغيرها مما كان قد التزم به المفقود قبل فقده¹.

وفي حالة صدور الحكم بموت المفقود قضائياً، سمعت الدعوى وأصبح الورثة هم الذين يخاصمون عن هذا الدين، وهم بذلك يخاصمون عن أنفسهم لا عن المفقود، لانتقال المال المتنازع فيه إلى ملكهم بالميراث².

وتجدر الإشارة أنه إذا لم يتم سداد ديون المفقود من طرف المقدم، وصدر حكم بموته، فيتم سدادها من التركة، إذ بصدور الحكم بوفاة المفقود يستحق الورثة الإرث، وهو ما نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة، لكن قبل قسمة التركة لا بد من سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى، حيث تنص المادة 180 من قانون الأسرة: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية."

ثانياً: أما في حالة إن كانت هذه الديون غير ثابتة قبل فقده، فإن كانت مستحدثة بعد الفقد بسبب تعاملات القائم على حفظ مال المفقود، وجب عليه سدادها من مال المفقود، ويكون القائم على الحفظ خصماً فيها، وإن كانت قبل ذلك فإن القاضي لا يسمع دعوى من يقيمها على المفقود حتى يتبين حاله بعدم وجود الخصم، حيث يصلح القائم على الحفظ خصماً فيها، لأنه لا يخاصم على المفقود إلا فيما ينشأ من تعاملاته فقط، وهذه

1 جمال عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 97.

2 السرخسي، المرجع السابق، ص 41.

ليست من تعاملاته، وإنما من تعاملات المفقود نفسه قبل ولاية الحافظ، وهذا مبني على مذهب الحنفية القائلين بعدم قبول الدعوى على الغائب¹.

1 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 42.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على ظهور المفقود حيا

بعد صدور الحكم بموته:

بعد صدور الحكم بموت المفقود، يمكن أن يظهر حيا، ويعود إلى أهله وموطنه، ويترتب على ذلك حقه في إلغاء الحكم بموته واسترداد شخصيته القانونية (المطلب الأول) إضافة إلى ما يترتب ذلك من آثار تتعلق بأمواله (المطلب الثاني) وزوجته (المطلب الثالث)

المطلب الأول : استرداد المفقود لشخصيته القانونية:

نصت المادة 94 من قانون الحالة المدنية على أنه: (إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الجمهورية أو كل معني بإبطال الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها. ويسجل بيان إبطال حكم التصريح بالوفاة على هامش قيده في السجل).

الفرع الأول : إبطال الحكم بوفاة المفقود:

بعد ظهور المفقود حيا فإن له الحق في رفع دعوى قضائية لإبطال حكم الوفاة الصادر في حقه، وذلك وفقا للإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحسب نص المادة 94 من قانون الحالة المدنية، ووفقا للأشكال المنصوص عليها في المواد 46 إلى المادة 48 من نفس القانون¹.

وبالرجوع إلى نص المادتين 47 و 48 من قانون الحالة المدنية نستنتج أن طلب الإبطال يقدمه المفقود بعد عودته أو النائب العام، إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها نزاع تناول العقد المشوب بالبطلان، ويقوم القاضي من التأكد من ظهور المفقود حيا بفتح تحقيق، ويقوم

1 أنظر: المواد من 46 و 48 من قانون الحالة المدنية.

المدعي بإثبات شخصيته بكافة وسائل الإثبات، وبعد تأكد القاضي من شخصية المفقود، يصدر حكماً بإبطال حكم الوفاة ويأمر بإلغاء وثيقة الوفاة .

الفرع الثاني: قيد الحكم في سجلات الحالة المدنية:

نصت المادة 48 من قانون الحالة المدنية على أنه: "....ويسجل المقرر النهائي في سجلات الحالة المدنية ويشار إليه في هامش العقد المقرر بإبطاله"

و باستقراء نص المادة نستنتج أنه بعد صدور الحكم القضائي بإبطال الحكم بالوفاة الصادر في حق المفقود يأمر القاضي بتسجيل الحكم في هامش العقد الملغى، ويتم ذلك الإلغاء من طرف الشخص المتضرر نفسه أو من النيابة العامة.

المطلب الثاني: أثر ظهور المفقود حيا

بعد صدور الحكم بوفاته على أمواله:

جاء في المادة 115 من قانون الأسرة على أنه: (...وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها).

من خلال استقراء هذه المادة نستنتج أن المفقود بعد ظهوره حيا له أن يسترجع ما بقي عينا من أمواله وما كان قائما منها، وأما ما استهلكه الورثة فلا يسترده.

ومن هنا نقسم هذا المطلب إلى ما لا يسترده المفقود من أموال (الفرع الأول)، وما يجوز للمفقود إسترداده من أموال (الفرع الثاني)

الفرع الأول : ما لا يسترده المفقود من أمواله:

لا يسترد المفقود من أمواله التي استهلكتها منها من طرف ورثته، ولا يسأل هؤلاء عن ما هلك بفعلهم إذا كانوا حسني النية، أما إذا كانوا على علم بحياة المفقود ومع ذلك

تصرفوا في أمواله كالبيع أو أهلكوها، فتعتبر تصرف في ملك الغير وللمفقود الحق في الرجوع عليهم برد قيمتها¹

كذلك لا يسترد المفقود قيمة الأموال التي تصرف فيها الورثة عن طريق التبرع كالهبة والوصية، لأنه لا عوض للورثة فيها، ويستثنى من ذلك ثبوت سوء نية الورثة أثناء التبرع بأموال المفقود بأن كانوا على علم بحياته فيحق له الرجوع عليهم بقيمة ما تم التبرع به²

الفرع الثاني : ما يسترده المفقود من أموال:

وهناك نوعين من الأموال التي يمكن للمفقود استردادها، وهي كما ذكرتها نص المادة 115 من قانون الأسرة، ما بقي عينا من أمواله في أيدي ورثته، أو قيمة ما بيع منها.

أولا : ما بقي عينا من أموال المفقود:

ويقصد بهذه الأموال كل ما يملكه المفقود من منقولات وعقارات مهما كانت طبيعتها في أيدي الورثة، فله أن يسترجعها ما دام الورثة لم يتصرفوا فيها بنقل ملكيتها للغير سواء بالبيع أو الوصية أو الهبة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يدخل العائد من ثمار ومنتجات وملحقات ملكية المفقود فيما يسترده، ولا يحق للورثة التمسك بملكيتها³.

ثانيا : قيمة ما بيع من أموال المفقود:

إذا تصرف الورثة في أموال المفقود التي آلت إليهم عن طريق الإرث؛ ببيعها فيكون للمفقود حق استرجاع قيمة ما بيع منها، لصراحة نص المادة 115 السالفة الذكر.

1 محمد مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، دون طبعة، 1978، ص343

2 مسعود الهلالي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 01 ، 2008، ص 217

3 محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص345 . أنظر المادة 676 من القانون المدني.

فالورثة ملزمون برد قيمة أو ثمن الأموال التي تصرفوا فيها ببيعها ما دامت غير موجودة عينا¹، وكأن هاته القيم تحل عينا محل الأموال المتصرف فيها.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مصير الأموال الموقوفة للمفقود بعد صدور الحكم بالفقد والتي سقطت عنه عند صدور الحكم بالموت بنص صريح، مما يجعل المجال واسعا لتطبيق نص المادة 115 من قانون الأسرة، إذ يعتبر ما أوقف له من أموال بعد الحكم بفقدانه من إرث أو وصية أو هبة تدخل ضمن مفهوم الأموال الخاصة به².

ثالثا: دعوى إسترداد أموال المفقود:

طبقا لنص المادة 115 من قانون الأسرة فإن المفقود الذي يظهر حيا بعد الحكم بوفاته يمكنه المطالبة باسترداد أمواله التي قسمت على الورثة، سواء بقيت عينا ولم يتصرف فيها الورثة، أو قيمة ما تصرفوا فيه ببيعها.

1- إذا كانت الأموال العينية ما زالت لم يتصرف فيها، فالمفقود العائد يرفع دعوى الاسترداد على الورثة الذين رفضوا تسليمه أمواله بطريقة ودية ولازالت في حيازتهم، ويرفع الدعوى بصفة أصلية، وبمقتضى دعوى الاسترداد يسترجع أمواله.

2- إذا كانت أموال المفقود قد تصرف فيها الورثة، فهنا نميز بين حالتين:

أ- إذا كان للوارث ضمان عام يغطي قيمة الأموال التي تمبيعها، ورفض الوارث تسليم المفقود قيمة الأموال التي باعها، كان للمفقود العائد أن يطالبه بقيمتها من هذا الضمان كله استنادا للمادة 188 من القانون المدني، وينفذ على أموال الوارث سوائ التي كانت في

1 أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الجزائر، د ط، 2013، ص 56

2 عبد النور نوي، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 362 .

حيازته أو لدى الغير باتباع إجراءات التنفيذ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- إذا كان الوارث لم يكن لديه أموال تغطي قيمة أموال المفقود التي تصرف ببيعها، فهنا في حالة لم يكن الوارث قد تسلم ثمن البيع، ويستطيع المفقود العائد رفع دعوى غير مباشرة على المشتري بهدف إقتضاء الثمن كقيمة لماله، أما إذا كان الوارث سيء النية حيث قام بغبرام عقد البيع وهو يعلم بأن المفقود عاد حيًّا، فللمفقود العائد رفع دعوى الاستحقاق على المشتري، وذلك تأسيساً على أن الوارث قد تصرف في ملك الغير بالبيع، وتطبيقاً لنص المادة 02 /397 فلا يسري هذا البيع في حق المالك الحقيقي، وهنا يسترد المفقود ماله بمقتضى الحكم الذي يصدر و يلزم المشتري بترك المبيع لمدعي استحقاقه¹.

وفي حالة كان الوارث لم يسلم الشيء المبيع إلى المشتري، فهنا للمفقود أن يرفع دعوى على الوارث لاسترداد ماله.

1 نوي عبد النور، المرجع السابق، ص 364.

المطلب الثالث : أثر ظهور المفقود حيا

بعد صدور الحكم بوفاته على زوجته:

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته بالنسبة لزوجته، لذلك يتسنى لنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقا لنص المادة 222 والتي تقضي بما يلي: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

وبالرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة نجدهم ميزوا بين حالتين، سنتناولها في فرعين.

الفرع الأول: إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج:

من المتفق عليه عند فقهاء المذاهب الفقهية أنه إذا عاد المفقود المحكوم بوفاته قبل أن تتزوج زوجته فهي له، لأن زوجيته ما زالت قائمة، فتعود إليه دون حاجة إلى عقد، ما لم تكن قد طلبت التطليق للغيبه حسب المادة 53 فقرة 5 والمادة 112 من قانون الأسرة¹.

الفرع الثاني: إذا كانت زوجة المفقود قد تزوجت مرة أخرى:

فرّق فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه الحالة بين فرضيتين، الأولى إذا ظهر المفقود حيا بعد زواج زوجته وقبل الدخول بها، والثانية ظهوره بعد الدخول بها².

أولا : ظهور المفقود حيا بعد زواج زوجته بغيره وقبل الدخول بها:

إن عاد الزوج المفقود قبل دخول الزوج الثاني بالزوجة، فإن للفقهاء آراء مختلفة:

1 يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص169

2 الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 38، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دار الصفاة، مصر، الطبعة الأولى، 1998، ص79 .

1-الرأي الأول: يرى فقهاء الحنفية والمالكية في قولهم القديم أنه لا سبيل للزوج الأول إليها، واستدلوا على ذلك لقول عمر رضي الله عنه: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد الزوجة أربعة أشهر وعشرا ثم تحل).¹

2-الرأي الثاني:

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت زوجته مرة أخرى وقبل الدخول بها، فإن الزواج الأول يبقى قائما، وينقطع الزواج الثاني.²

ثانيا : ظهور المفقود حيا بعد زواج زوجته بغيره وبعد الدخول بها:

لفقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة أقوال مختلفة.

1-الرأي الأول:

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، الذين يرون أنها زوجة للمفقود الذي ظهر، وينسخ نكاحها من الثاني وترجع إلى الأول بعد أن تعتد.³

1 أنظر: فارس سقا، المرجع السابق، ص 715. ؛ توفيق محمد محمد العملة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية في فلسطين، مذكرة الماجستير، كلية الدعوى وأصول الدين، جامعة القدس، 2002، ص 151.

2 السرخسي، ج 11، المرجع السابق، ص 37؛ الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 480؛ ابن عابدين، ج 4، المرجع السابق، ص 297.

3 الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع للسابق، ص 271

إذ قال الكاساني الحنفي: (...إذا نعي إلى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت، ثم جاء زوجها الأول فهي امرأته لأنها كانت منكوحته، ولم يعترض على النكاح شيء من أسباب الفرقة، فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها حتى تنتهي عدتها من الثاني)¹.

- أما الشافعية فيقول الخطيب الشربيني: (...إذا بان حيا بعد أن نكحت فالزوج باق على زوجيته، لكن لا يطؤها حتى تعتد من الثاني).²

- أما بالنسبة للحنابلة، فيرون بأن الزوج الأول يخير بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها وتكون زوجة الثاني³.

2-الرأي الثاني:

وهو رأي الإمام مالك إذ يرى أن الزوجة تبقى للزوج الثاني ولا سبيل للأول عليها، إذا عقد الثاني عليها بعد انتهاء عدتها والدخول بها غير عالم بمجيء المفقود وحياته⁴.

واستدل بأن حكم القاضي بالوفاة ينفذ ظاهرا وباطنا، وهذا يقتضي انتفاء نكاح المفقود، فإذا تزوجت امرأته بعد الحكم بالوفاة ودخل بها الثاني، فقد بان من زوجها الأول بدخول الثاني، فيبقى النكاح الثاني قائما، لأن الحكم أباح لها النكاح⁵، وبالتالي فعودة المفقود بعد دخول الثاني بالزوجة لا أثر لها، إلا إذا ثبت أن الزوج الثاني سيء النية إذ أنه على علم بحياة الزوج الأول فهي للأول.

1 الكاساني، ج3، المرجع السابق، ص 2015.

2 الشربيني، ج2، المرجع السابق، ص 99.

3 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 145.

4 الحطاب، ج4، المرجع السابق، ص157؛ الدسوقي، ج4، المرجع السابق، ص 480.

5 نوي عبد النور، المرجع السابق، ص 345.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المفقود امرأة متزوجة وثبت أنها حية بعد الحكم بوفاتها فهي تعود إلى زوجها في حالة ما إذا كان له أن يعدد زوجاته، أو إذا لم يكن تزوج بغيرها أو إذا كان قد تزوج بأخرى تعلم أن المفقودة ما تزال على قيد الحياة¹.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من حق المفقود

في إستعادة زوجته إن ظهر حياً:

إذا ظهر الزوج المفقود المحكوم بموته سواء قبل أن تتزوج زوجته غيره أو بعد فتلك مسألة لم يتطرق لها قانون الأسرة، لذا ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالمادة 222 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: (كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

فإننا نوضح أولاً أن حق الزوج في إعادة زوجته، لا يكون حال تم التفريق بين المفقود وزوجته بسبب طلب الزوجة التطليق لفقد زوجها، إذ أعطى قانون الأسرة لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق بسبب فقد زوجها ولكن بشروط كما سبق وبيّنا، وهو ما جاء في المادة 112 والمادة 53 / 03 من قانون الأسرة، فإذا تم التفريق بطلب الزوجة فلا حق للمفقود في إعادتها، إلا بعقد زواج جديد حتى ولو لم تتزوج غيره.

فالمشرع الجزائري كان عليه أن يكون واضحاً بالنسبة لهذه المسألة ، و لهذا كان من الأفضل إضافة فقرة ثانية يبين فيها حكم عودة المفقود بالنسبة لزوجته ، و نرى أن المذهب المالكي هو الرأي الراجح.

1 محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 351.

كما تجدر الإشارة إلى أن القوانين الاستثنائية والخاصة بمفقودي زلزال بومرادم وفياضانات باب الواد، وكذا قانون المصالحة الوطنية، لم تتطرق إلى مسألة مصير زوجة المفقود في حالة عودة المفقود حيا بعد الحكم بموته.

و تجدر الإشارة هنا إلى أنه تسري الأحكام السابقة في حالة ما إذا كانت المفقودة هي امرأة متزوجة ، فإذا كان زوجها متزوجا بأربع زوجات المفقودة إحداهن ، فله هنا أن ينتظر صدور حكم قضائي بموتها، و يتزوج من أخرى بعد الحكم مباشرة لأنه لا عدة عليه، و لأن الحكم بوفاة المفقودة كطلاقها بائنا في عدم وجوب انتظار الزوج انتهاء عدتها، أما إذا لم ينتظر صدور الحكم بوفاة المفقودة، فهنا لا يمكنه الزواج إلا إذا طلق زوجته المفقودة¹.

الفرع الرابع: موقف بعض التشريعات المقارنة من الآثار المترتبة

عن عودة المفقود حيا بالنسبة لزوجته:

أولا: موقف المشرع المصري:

على عكس المشرع الجزائري فالمشرع المصري نص صراحة على هذه المسألة، و أخذ بالراجح من مذهب الإمام مالك حيث نصت المادة 8 من قانون رقم 25 لسنة 1920 يتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري المعدل على انه: " إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير علم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول² ."

و فرّق بين حالة دخول الزوج الثاني بإمرأة المفقود وحالة عدم دخوله بها، وبيّن أنه يمكن للمفقود استعادة زوجته في الحالة الأولى فقط، بشرط أن لا يكون الزوج الثاني دخل

1 المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي ، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب و الفقدان ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011 ، ص 109- 110 .

2 علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 148.

بها وهي في فترة العدة من زوجها المفقود، أو كان الزوج الثاني عالماً بحياة المفقود (سيء النية)، فهنا يمكن للمفقود استعادة زوجته رغم دخول الزوج الثاني بها¹.

ثانياً: موقف المشرع الأردني:

أخذ المشرع الأردني بمذهب المالكية و الحنابلة إذ نصت المادة 253 في الفقرة ب : (إذا حكم بوفاة المفقود ثم تحققت حياته...تعود زوجته إلى عصمته مالم تتزوج ويقع الدخول بها)، فقبل عقد غيره عليها يبقى للمفقود الحق في استعادة زوجته إلى عصمته، وكذلك إن تم العقد عليها ما لم يتم الخول بها، فإن دخل بها غيره سقط حقه في إعادتها إلى عصمته².

1 نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، المرجع السابق، ص 145.

2 عبد الله محمد رابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً، مقال منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية، الإمارات العربية المتحدة، العدد 01، يونيو 2015 ص 313.

الخاتمة

الخاتمة:

بعد أن أتمنا دراسة أحكام المفقود في القانون الجزائري، سواء بالنسبة لأحكام المفقود الواردة في قانون الأسرة، أو بالنسبة للأحكام الواردة في القوانين الخاصة المتعلقة بموضوع المفقود، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- النتائج:

1- المشرع الجزائري عرف المفقود في قانون الأسرة في المادة 109 هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، مع شرط صدور حكم بالفقد لاعتبار الشخص مفقودا، كما تشترط القوانين الجزائرية الخاصة بالمفقودين، وجود الشخص في مكان وقوع الكوارث وزمانها، وذلك لتحديد سبب الفقدان ومنح صفة ضحية الفيضانات أو الزلزال أو المأساة الوطنية، مع إلغاء شرط صدور حكم بالفقدان في هذه الحالات الخاصة والإكتفاء بمحاضر المعاينة تصدرها الشرطة القضائية، فغياب الشخص وانقطاع أخباره، لا يجعله مفقودا حسب قانون الأسرة الجزائري، بل يشترط صدور حكم قضائي يضيف عليه صفة الفقدان، وعند رفع دعوى الفقدان يجب مراعاة الإجراءات العامة لرفع الدعاوى، من حيث الاختصاص النوعي والمحلي، مع توفر شرطي الصفة والمصلحة حسب المادة 114 من قانون الأسرة.

2- بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد الفقهاء اختلفوا في تحديد مفهوم المفقود، بين من يرى أن مناط الفقد هو الجهل بحياة المفقود أو موته، ومن يضيف شرط جهل المكان، لاعتبار الشخص مفقودا، وهو ما انسحب على التشريعات العربية المقارنة في تحديد مفهوم المفقود، بين من يعرفه بأنه من لا يدري حياته من موته، ومن يضيف شرط الجهل بالمكان، بحسب المذهب المتبع.

3- للمفقود عدة أنواع، ونجد أن المشرع لجزائري قد أخذ بتقسيمات المفقود في المادة 113 من قانون الأسرة على أساس الغيبة ذاتها إلى غيبة يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك، وهو ما قال به المذهب الحنبلي، غير أن النصوص الخاصة الاستثنائية قد أخذت بأحد تقسيمات المذهب المالكي والذي يقسم أنواع المفقودين على أساس مكان الغيبة.

4- إن المركز القانوني للمفقود خلال فترة الفقد يختلف عن مركزه بعد الحكم بموته، ففي فترة الفقد يعتبر المفقود حيا، وتظل شخصيته القانونية قائمة، سواء بالنسبة إلى حقوقه المالية والتزاماته، أو بالنسبة إلى زوجته، وهو ما يستدعي تقرير الأحكام التي تكفل للمفقود الحفاظ على حقوقه الشخصية و المالية، فالمفقود قبل الحكم بموته حسب المادتين 115،133 من قانون الأسرة يعتبر حيا بالنسبة لجميع الأحكام دون تفرقة بين الأحكام التي تضره وتفيد غيره كتقسيم أمواله على وراثته، والأحكام التي تفيده وتضر غيره كاستحقاقه الإرث من مورثه، فقبل الحكم بموته تبقى له شخصيته القانونية، فتكون له صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتبقى أموال المفقود ملكا له ولا توزع على وراثته، إلا بعد الحكم بموته.

5- للمحافظة على أموال المفقود و ممتلكاته من الضياع، وحسب المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري ، وجب على القاضي في حكم الفقد أن يحصر أموال المفقود، ويعين مقدما ينوب عنه في إدارة هذه الأموال، وتحديد سلطات هذا النائب، والغرض من هذا الإجراء المحافظة على أموال المفقود من الضياع والتلف، وذلك بتسييرها وحسن إدارتها من طرف الوكيل المعين إلى غاية تبين أمر حياة المفقود أو موته، كما يترتب على صدور الحكم بالفقد ضرورة المحافظة على أموال المفقود في تركة الغير، ويعتبر المفقود خلال فترة الفقدان وارثا احتياطا لغيره حسب المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه يدخل المفقود ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بفقدانه وقبل الحكم بموته، وعلى هذا الأساس، فتصح للمفقود الوصية والهبية، وعند تقسيم تركة مورثه يوقف له نصيبه من تركة مورثه الذي مات أثناء فقده إلى أن يتبين أمره بظهوره حيا أو يصدر حكما بوفاته.

6- بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه يتطلب لاستخراج النصيب الذي يوقف للمفقود من تركة مورثه خلال فترة الفقد، التفرقة بين حالات: الأولى، أن لا يكون المفقود وارثا، فتقسم التركة بين الورثة الموجودين عند وفاة المورث دون اعتبار له، والثانية، إذا كان المفقود يحجب بقية الورثة، فلا يعطى للورثة شيئا، وتوقف التركة كلها، فإن ظهر حيا أخذها، وإن حكم بموته ردت إلى الورثة كل بحسب نصيبه، والثالثة، إذا كان المفقود لا يحجب بقية الورثة إنما يشاركهم التركة، لكن أنصبتهم تختلف على تقدير حياته وتقدير موته، فالورثة يعاملون مع المفقود بالأضر، فلا يعطون إلا ما تيقن لهم.

7- كما اختلف الفقهاء فيمن يستحق النصيب الموقوف للمفقود بعد الحكم عليه بالموت، في هذه المسألة على قولين: قول ذهب إلى أن النصيب الموقوف يكون للمفقود، كما لو علمت حياته بعد موت مورثه، فيدفع هذا المال المحجوز إلى ورثة المفقود، وهو رأي الحنابلة، وقول ثان ذهب إلى أن النصيب الموقوف يرد على ورثة مورث المفقود، وليس لورثة المفقود استحقاق في ذلك، لأنه لا يعلم أيهما مات أولا ولا توريث مع الشك، وهو قول الجمهور الحنفية والمالكية والشافعية.

8- لم ينص المشرع الجزائري صراحة وبشكل حاسم على مصير النصيب الموقوف كميراث للمفقود إذا لم يظهر حيا وحكم بموته، فالمادة 133 من قانون الأسرة ذكرت أن الوارث إذا كان مفقودا يعتبر حيا، لكن لم تفصل في مصير النصيب الموقوف للمفقود من تركة مورثه، هل يكون من حقه ويوزع على ورثته هو في حالة الحكم بوفاته، أم يرد على ورثة مورثه.

9- يترتب على صدور الحكم بالفقدان آثار بالسببة لزوجة المفقود وذويه، كوجوب النفقة في ماله لكل من له عليه حق النفقة، مع الإبقاء على رابطة الزوجية، غير أنه يحق لزوجة المفقود المطالبة بالتطليق إذا كانت: مدة الغيبة تفوق السنة، وكانت دون عذر ودون نفقة، رفعا للضرر الذي لحقها من طول غياب زوجها .

10- حسب المادتين 113 و 114 من قانون الأسرة، إذا لم يعثر على أثر للمفقود بالرغم من البحث والتحري عنه، وطالت مدة غيبته، فإنه يحكم بموته بعد مدة محددة، واختلف الفقه الإسلامي في تقديرها، في حين نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، أخذ بحكم مقارب للمذهب الحنبلي، حيث ميز بين الفقدان في ظروف يغلب فيها الهلاك والفقدان في ظروف تغلب فيها السلامة، ونص على جواز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فللقاضي السلطة التقديرية في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.

11- غير أن المشرع الجزائري في القوانين الخاصة أخذ بمدد أقل مما ورد في قانون الأسرة للحكم بموت المفقود، مع ملاحظة أن هاته المدد لم يقل بها أي مذهب من المذاهب الفقهية، نظرا لما تتسم به من السرعة و الطابع الاستعجالي الذي ميز ظروف الفقدان، غير أنها تطبق فقط على تلك الحالات الخاصة التي صدرت بشأنها، ولا يمكن تطبيقها على حالات مماثلة يمكن أن تحدث مستقبلا، فلو حدث زلزال أو فيضان فإنها تخضع للقواعد العامة في قانون الأسرة.

12- فيما يخص مسألة إبتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، نجد الفقه الإسلامي إختلف إلى قولين بين من يرى أنها تحسب من وقت الغيبة وانقطاع أخباره، أي من وقت واقعة الفقد، ومن يرى أنها تحسب من يوم صدور الحكم القاضي بالفقد، أما قانون الأسرة فلم ينص صراحة على هذه المسألة، لكن من تحليل المادتين 109 و 113 منه فإن الحكم بموت المفقود يكون بعد مدة تحتسب من تاريخ الفقد المثبت بحكم قضائي، وبالتالي يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري لا ينظر إلى المدة التي سبقت إعلان الفقد، أي إلى وقت حدوث الواقعة التي تسببت في انقطاع خبر الشخص وفقده، وهو أكده قضاء المحكمة العليا.

13- عند صدور الحكم القاضي بموت المفقود يعتبر ميتا من تاريخ صدور الحكم بالموت، لا من تاريخ صدور الحكم بفقده، وتسري عليه جميع الأحكام المترتبة على الوفاة الطبيعية، سواء فيما يتعلق بزوجته، أو بالنسبة لأمواله، ومنه إنهاء رابطة الزوجية فتعتد زوجته عدة وفاة مدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، ويحق لها الإقتران بزواج آخر بعد إنقضائها، كما تعتبر أموال المفقود تركة تؤول إلى ورثته، وتوزع تركته على ورثته الأحياء في هذا التاريخ دون من مات قبل الحكم بوفاته.

14- بعد صدور الحكم بموت المفقود يمكن أن يظهر لاحقا أنه لا يزال حيا، وهنا تترتب مجموعة من الآثار على شخصيته القانونية وبالمسبة لرابطة الزوجية و أمواله، ففي حالة كان ماله لم يقسم على الورثة، فهو أحق باسترداد ماله، وفي حالة تقسيم ماله على الورثة فإن المفقود العائد يسترد ما بقي عينا ولم يستهلك أو يتلف، ولقد أخذ قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة برأي الحنفية والحنابلة، في المادة 115 من قانون الأسرة، كما لم يميز المشرع الجزائري فيما يتعلق بالأموال التي استهلك هل كان الوارث حسن النية أو سيء النية، بينما نجد الفقه الإسلامي ذكر في حال كان الوارث سيء النية، بأن كان يعلم حياة المفقود، وقام بإنفاق هذا المال إتلافه على هذا الأساس، حق للمفقود أن يطالب باسترداد ما بقي من أمواله بيد الوارث، كما يجوز له أن يرجع عليه بقيمة ما كان قد استهلكه أو تصرف فيه، حتى أنه يجوز للمفقود العائد حيا أن يسترد أمواله من المتصرف إليه إذا ثبت سوء نيته وتواطؤه مع الوارث سيئ النية.

15- لقد أجمع الفقه الإسلامي على أن زوجة المفقود تظل على ذمته طالما لم تقترن بزواج آخر رغم الحكم بموته، بحيث يكون للمفقود بعد عودته وظهوره حيا أن يستأنف حياته مع هذه الزوجة دون عقد زواج جديد، فيما تباينت الآراء الفقهية فيما يتعلق بتحديد مدى أحقية المفقود في إعادة زوجته إلى عصمته إذا ما تزوجت بآخر بعد الحكم بموته ثم ظهوره حيا، وعلى عكس الكثير من التشريعات العربية المقارنة، لم ينص قانون الأسرة الجزائري في

المادة 115 منه على مدى أحقية المفقود في استعادة زوجته إن ظهر حيا وكانت قد أعادت الزواج بعد الحكم بموته، وهي مسألة النص عليها و تنظيمها لاختلاف الفقه الإسلامي.

16- لقد وفق المشرع الجزائري من خلال تشريعه للقانون 03/16 المتعلق بتنظيم استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، إلا أن مواد هذا القانون جاءت مقتضبة وتحتاج إلى تفسير وشروحات من فقهاء القانون ورجال القضاء.

17- لقد تم الإستفادة من الثورة العلمية والتقنية الحديثة في مجال الطب الشرعي وخاصة تقنية البصمة الوراثية، وتم استعمالها بشكل إيجابي في البحث والوصول إلى مصير المفقودين والكشف عنهم، مما يعطي نتائج إيجابية في مسألة معالجة أحكام المفقود ومدة إنتظاره وكذا الحكم عليه بالوفاة، فالبصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية الشخص بعينه.

18- إن إكتشاف تقنية البصمة الوراثية كان له أثر واضح على أحكام المفقود من خلال مسألتين:

- الأولى: ذلك أن مسألة البحث والوصول إلى المفقود أصبحت سريعة، وكذا أضحت التعرف على مصير المفقود شيء شبه يقيني من خلال كشف الحمض النووي (DNA)، مما أدى إلى المناداة بضرورة تغيير الإجتهد الفقهي في مسألة تحديد مدة إنتظار المفقود والحكم عليه بالوفاة، إلا أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أبقى على المدة أربع سنوات والتي اعتمد فيها على الإجتهد القديم في الفقه الإسلامي.

- الثانية: مسألة جواز إستعمال البصمة الوراثية والإستفادة منها في مجال الكشف عن هوية المفقودين سواء في حالة الشك في شخصيتهم، أو في تحديد هوية الجثث والرفات البشرية التي تعود للمفقودين عقب الكوارث والحوادث و الحروب، وهذا ما يجنب أهل المفقود

وزوجته معاناة إنتظار المدة القانونية اللازمة للحكم بوفاة المفقود، ذلك أن الإعتماد على نتائج البصمة الوراثية يمكن معها إعتبار موت المفقود حقيقة لا حكماً.

ب- الإقتراحات:

على ضوء النتائج المتوصل إليها نعرض الإقتراحات التالية: تعديل وتتميم النصوص المعمول بها، لاستحداث أحكام جديدة: وذلك لمعالجة مسألة قصور وعدم كفاية النصوص القانونية الحالية، بتعديلها وتتميمها بمواد جديدة خاصة فيما يلي:

1- ضرورة حسم موضوع التطبيق استناداً إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، بأن يكون للغيبية والفقيد، وليس لعدم الإنفاق، وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها، خاصة شرط عدم الإنفاق، وجعل نص هذه الفقرة الخامسة بالنحو التالي: (إذا غاب الزوج أكثر من سنة بلا عذر مقبول و تضررت من بعده عنها ولو كان له مالا تستطيع الإنفاق منه).

2- تعديل نص المادة 59 من قانون الأسرة، والنص على أن زوجة المفقود تعتد من تاريخ صدور الحكم بموته وليس الحكم بفقده، ليصبح نص المادة على كما يلي: (تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته).

3- تعديل نص المادة 110 من قانون الأسرة مع مراعاة أمرين:

الأمر الأول: حذف العبارة الأخيرة التي تقضي باعتبار الغائب كالمفقود، بحيث تقتصر صياغة النص على تعريف الغائب دون تسويته بالمفقود، حيث لا يمكن التسوية بينهما إلا فيما يصلح، كتعيين من ينوب عنه في إدارة أمواله، وحق الزوجة في طلب التظليق والنفقة، أما باقي المسائل، كالحكم بالفقدان والحكم بالوفاة والميراث بعد الوفاة فلا يمكن تطبيق هذه المسائل على الغائب، لأنه معلوم الحياة.

الأمر الثاني: إضافة فقرة في نص المادة 110، تعطي القاضي سلطة تثبيت وكيل الغائب الذي كان عينه قبل غيابه، أو تعيين وكيل عنه يتولى إدارة شؤونه، إن لم يكن له وكيل، لتفادي ما يترتب من أضرار، سواء بالنسبة لمصالحه، وما يترتب من أضرار للغير بسبب غيابه.

4- تخفيض المدة التي يمكن بعد مرورها الحكم بموت المفقود، خاصة في الظروف التي يغلب فيها الهلاك، وبقاء السلطة التقديرية للقاضي في تقدير تلك المدة إذا كان الفقد في ظرف يغلب فيه السلامة، وذلك بتعديل نص المادة 113 من قانون الأسرة، لأن مدة الأربع سنوات التي أخذت بها قانون الأسرة هي مدة طويلة خاصة في الظروف الاستثنائية والتي يغلب فيها الهلاك، أسوة بالتشريعات العربية المقارنة، ونظرا لما يشهده العالم من تطور في وسائل الإتصال الحديثة، وتطور تقنيات الطب الشرعي.

- استحداث نص قانوني ينظم حالات فقدان إثر حوادث السفن والطائرات، ومنح القاضي إمكانية الحكم بوفاة المفقود في مدة وجيزة لا تتعدى سنة واحدة، إذا لم يعثر على جثة المفقود، مع ثبوت وجوده على متن الطائرة أو السفينة أثناء وقوع الحادث.

5- النص على الأثر المترتب على عودة المفقود حيا بعد الحكم بوفاته بالنسبة لزوجته، وذلك بإضافة فقرة في المادة 115 من قانون الأسرة، بسبب اختلاف الفقه في هذه المسألة، والأخذ بالرأي الذي فرق بين حالة دخول الزوج الثاني بامرأة المفقود أو عدم دخوله بها، ففي الحالة الأولى يمكن للمفقود استعادة زوجته، أما في الحالة الثانية لا يمكن له استرجاع زوجته، إلا بشرط أن لا يكون الزوج الثاني سيء النية كأن يكون عالما بالمفقود لا يزال حيا، أو دخل بها قبل إنقضاء العدة، فيكون للمفقود في مثل هذه الحالة الحق في استعادة زوجته رغم دخول الزوج الثاني بها.

6- تفصيل المادة 115 من قانون الأسرة في مسألة التفرقة فيما يتعلق بأموال المفقود التي استهلكت وقد ظهر حيا، بين حالة حسن نية الورثة أو المتصرف إليهم وحالة سوء نيتهم،

وذلك بالنص على أن الوارث أو المتصرف إليه إذا ثبت سوء نيته وعلمه بحياة المفقود، فإنه يلتزم بإرجاع الأموال المتبقية وقيمة التي تصرف فيها للمفقود الذي طالب بها بعد عودته حيا.

7- التفصيل في نص المادة 133 من قانون الأسرة، وتوضيح موقف المشرع، بالنص صراحة على أن المال الموقوف للمفقود الذي اعتبر حيا، سيوزع على ورثته هو إن حكم بموته، ولا يرد على ورثة مورث المفقود وقت موته إذا ثبتت أن وفاته كانت بعد موت مورثه، وإضافة حكم يوضح تقسيم تركة المفقود أسوة بميراث الحمل.

8- إقتراح إنشاء لجنة وطنية متخصصة في شؤون المفقودين مهما كان سبب الفقد، تابعة لوزارة العدل توكل لها مهمة التكفل بكل ما يتعلق بمسائل المفقودين وذويهم، مع إنشاء معهد وطني يعنى بالبحث عن المفقودين وإستغلال الوسائل الحديثة للبحث والتحري عن مصير المفقودين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أولاً: القواميس والمعاجم:

1. ابن منظور، لسان العرب، 15 جزءاً، دار صادر، بيروت، ط 03، 1414هـ.
2. أحمد رضا، معجم متن اللغة، 05 أجزاء، دار مكتبة الحياة، بيروت، د ط ، 1960م.
3. أحمد مختار، عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، 04 أجزاء، عالم الكتب، ط01، 2008م.
4. الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين ، تحقيق مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، 08 أجزاء، دار ومكتبة الهلال، د ط، د س.
5. الذهبي شمس الدين، سير أعلام النبلاء، 25 جزءاً، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط03، 1985م.
6. الزبيدي مرتضى محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د ط ، د س.
7. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 02، 1988م.
8. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 08، 2005م.
9. الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، جزءان، المكتبة العلمية ، بيروت، د ط، د س.
10. مجمع اللغة العربية القاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د ط، د س.
11. محمد عميم الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية ، ط 01، 2003م.

ثانيا: كتب التفسير:

1. بن الفراء، تفسير البغوي ، تحقيق عبد الرزاق المهدي، 05 أجزاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 01 ، 1420 هـ.
2. الجرجاني الدار عبد القاهر، درج الدرر في تفسير الآي والسور، تحقيق طلعت صلاح الفرحان، محمد أديب شكور أمير، جزءان، دار الفكر، عمان،الأردن، ط 01، 2009م.
3. السمعاني، تفسير القرآن، تحقيق ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض، السعودية، ط 01، 1997م.

ثالثا: كتب الأحاديث:

1. البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المحقق محمد زهير بن ناصر، 09 أجزاء، دار طوق النجاة، ط 1، 1422 هـ-2003م ..
2. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 03، 2003م.
3. الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2011م.
4. الصنعاني أبي بكر عبد الرزاق بن همام ، المصنف، 11 أجزاء، دار التأصيل، مصر، ط 01 ، 2015م.
5. مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 5 أجزاء، دار إحياء التراث العرب، بيروت ، د ط، د س.

رابعا: الفقه الإسلامي:

أ- الفقه الحنفي:

1. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، 6 أجزاء، دار الفكر، بيروت، ط 02، 1412هـ/1992م.
2. ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 8 أجزاء، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د س.

3. بن مودود الموصللي، الإختيار لتعليل المختار، 5 أجزاء، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937.
4. الحصكفي علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1423هـ-2002م.
5. الزيلعي عبد الله بن يوسف ، نصب الرأية لأحاديث الهداية، 4 أجزاء، الريان للطباعة، بيروت ط 01، 1997.
6. الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط 01، 1313هـ.
7. السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، 30 جزءا، دار المعرفة ، بيروت، د ط، 1414هـ-1993م.
8. السمرقندي أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 02، 1994.
9. القدوري أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1997.
10. الكاساني أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7 أجزاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 02، 1406هـ-1986م.
11. المرغيناني أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، د ط، د س.
12. النسفي أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود ، كنز الدقائق، تحقيق سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط 01، 1432هـ-2011م.

ب- الفقه المالكي:

1. ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، 15 جزء، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 01، 1999 م.
2. ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 01، 2013.
3. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4 أجزاء، دار الحديث - القاهرة، د ط، 1425 هـ - 2004 م.
4. ابن رشد القرطبي الجد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي وآخرون، 20 جزء، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 02، 1408 هـ-1988 م.
5. _____، المقدمات الممهّدات، تحقيق الدكتور محمد حجي، 3 أجزاء، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 01، 1408 هـ-1988 م.
6. ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، جزءان، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 02، 1400 هـ-1980 م.
7. ابن عرفة، المختصر الفقهي لابن عرفة، 10 أجزاء، تحقيق حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، دبي، ط 01، 1435 هـ-2014 م.
8. أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، 24 جزء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، ط 01، 1434 هـ/2013 م.
9. الحطاب محمد بن عبد الله المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، 6 أجزاء، دار الفكر، بيروت، ط 03، 1992.
10. الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، 8 أجزاء، دار الفكر للطباعة، بيروت، د ط،

د س.

11. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، د ط ، د س.
12. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان، لبنان، د.س.
13. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 4أجزاء، دار المعارف، مصر، د.س .
14. عليش محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، 09أجزاء، دار الفكر، بيروت، د ط، 1409هـ/1989م.
15. القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق حميش عبد الحق، 03 أجزاء، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، د ط ، د س.
16. الكشناوي أبو بكر بن حسن بن عبد الله ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، 03أجزاء، دار الفكر، ط 02، د س.
17. مالك بن أنس، المدونة، 04أجزاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 01، 1415هـ-1994م.
18. المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، 08أجزاء ، دار الكتب العلمية، بيروت ط01، 1994.
19. النفراوي شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، جزآن، دار الفكر، بيروت، د ط، 1995.
- ج- الفقه الشافعي:

1. أبو حامد الغزالي محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، 07 أجزاء ، دار السلام، مصر، 1997م.
2. الأنصاري زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 04أجزاء، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د س.

- 3.الدمياطي أبو بكر عثمان بن محمد، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة، بيروت، ط01، 1997.
- 4.الرملي شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 08 أجزاء، دار الفكر، بيروت، 1984.
- 5.الرملي شهاب الدين أحمد بن حمزة، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، أربعة أجزاء، المكتبة الإسلامية.
- 6.الرويانى أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، تحقيق طارق فتحي السيد، 14 جزءا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 2009 م .
- 7.الشافعي، الأم، 08 أجزاء ، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1990م.
- 8.الشربيني الخطيب محمد بن أحمد ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 06 أجزاء ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1415هـ- 1994م.
- 9._____، الاقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، جزءان، دار الفكر، بيروت، د ط ، د س.
- 10.القزويني عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، 13 جزءا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1997م.
- 11.الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، 19 جزءا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، 1419 هـ - 1999 م.
12. النوي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر، د ط، د س.

13. _____، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش،
12 جزء، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 03، 1412هـ - 1991م.
- د- الفقه الحنبلي:
1. ابن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، جزءان، مكتبة المعارف،
الرياض، ط 02، 1404هـ-1984م.
2. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 04 أجزاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01،
1414هـ-1994م.
3. _____، المغني لابن قدامة، 10 أجزاء، مكتبة القاهرة، د ط، 1388هـ-1968م.
4. ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، 05 أجزاء، مؤسسة الرسالة، بيروت،
لبنان، ط 27، 1995م.
5. ابن مفلح برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع في شرح المقنع،
08 اجزاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1997م.
6. البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن، شرح منتهى الإرادات، 03 أجزاء
، عالم الكتب، بيروت، ط 01، 1414هـ-1993م.
7. _____، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، د ط، د س.
8. _____، كشف القناع عن متن الإقناع، 06 أجزاء، دار الكتب
العلمية، بيروت، د ط، د س.
9. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، تحقيق عبد الله بن عبد
المحسن التركي، 11 جزء، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2003م.
10. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، 15 جزء، دار
ابن الجوزي، ط 01، 1422هـ.

11. المرادوي علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 12 جزءا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 02، د س.

خامسا: النصوص القانونية:

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، 1966، العدد 49.

2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، 1975، العدد 78.

3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

4. الأمر 70 - 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية. المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 1970، العدد 21.

5. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

6. قانون رقم 90-30 مؤرخ في الأول ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، 1990، العدد 52.

7. أمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية، عدد 15، 2002.

8. قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2003.

9. أمر رقم 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006.

10. القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

11. القانون 03-16 الصادر بتاريخ : 19 يونيو 2016، والمتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية، 2016، العدد 37.
12. مرسوم تنفيذي رقم 99-47 مؤرخ في 13 فبراير 1999، والمتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 09، 1999.
13. مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2006 متعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006.
14. مرسوم تنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، 2012، العدد 69.
15. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.
16. قانون رقم 03-70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004.
17. قانون رقم 140 لسنة 2017، مؤرخ في 2017/07/22. الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر،
18. قانون رقم 36 لسنة 2010 متضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية.
19. المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال المصري.

20. القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. الجريدة الرسمية العدد 27 في 4 يوليو 1985.

سادسا: مراجع قانونية وفقه الأحوال الشخصية:

1. أحمد إبراهيم بك، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، الدار الجامعية، مصر، د ط، 1994م.

2. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، مطابع دار البحث، دمشق، د ط، 2016.

3. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط 1، 1967م.

4. أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج 4، دار مكتبة الحياة، بيروت، د ط، 1960م.

5. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الجزائر، د ط، 2013م.

6. أحمد فارج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، د ط، 1998م.

7. أحمد محمد علي داود، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الاسلامي، دار هومة، الجزائر، د ط، 2000م.

8. _____، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د ط، 2009م.

9. _____، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ط1، 2006م.

10. _____، عدة النساء عقب الفراق أو الطالق، دار الكتب القانونية، مصر، 1995م.

11. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، د ط، 2009م.
12. _____، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، د ط، 2007م.
13. أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
14. بدارن أبو العينين بدارن، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 2، 1961 م.
15. بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، دار النفائس، الأردن، ط1، 2009م.
16. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 01، 2015م.
17. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، د ط، 1970م.
18. حسنين محمد مخلوف، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
19. حسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2014.
20. خالد بوشمة ، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة ما يقابلها في القانون الوضعي، دار بغداد للطباعة والنشر، الجزائر، د ط، د س.
21. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن ط 1 ، د س.

22. دعيح المطيري، أحكام الميراث على ضوء قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، د ط، 2002م .
23. الرشيد بن شويخ ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2008م.
24. رمضان علي السيد الشرنباصي، ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث والوصية والوقف، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د ط، 2009م.
25. زكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1 ، 1984.
26. زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، مصر، د ط، د.س.
27. سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2001م.
28. سعد الدين مسعد الهاللي، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية، مكتبة وهبة، مصر، ط 01، 2001م.
29. صالح جحجيك، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 01، 2002م.
30. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم للمالين، بيروت، ط 02 ، 1997م.
31. عابد فايد عبد الفتاح، غياب الشخص عن موطنه دراسة مقارنة في بعض النظم القانونية المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2014م.
32. عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار كليك للنشر، الجزائر، ط 01، 2012.

33. عبد الرحمان خلفي ، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر، د ط، 2015م.
34. عبد العزيز بن عبد الرحمان بن باز، متن الرحبية، الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية، السعودية، د ط، 1989م.
35. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط2، 2002 م.
36. _____، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام قسم المحاكم الابتدائية،
37. _____، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 03، 1996م.
38. _____، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2007 م .
39. _____، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 03 ، 2011م.
40. عبد العزيز عزة، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2009.
41. عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، ط 2، دون بيان دار النشر، مصر، د ط، د.س .
42. عبد القادر بن عزوز و سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة، باب الزوار، الجزائر، ط02، 2013م.
43. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر، الأردن، د ط، 1989م.
44. عبد الله سيد أحمد سرور، شرح قانون الولاية على المال، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، مصر، ط 02، د.س.

45. عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2001م.
46. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 02، 1938م.
47. العربي بلحاج ، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2013.
48. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر، د ط، 1999م.
49. العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 04، 2012 م .
50. عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر ، د ط، 1994م.
51. علي زعلان نعمة، محمود خليل جعفر، حيدر كاظم عبد علي، القانون الدولي الإنساني، دار السنهوري، بغداد، د ط، 2018م.
52. علي فيلاي ، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2011 م.
53. عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، مصر، ط 4، 1963م .
54. عمر عبد الله، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، ط 5، 1973م.
55. عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، 2015م.
56. عمرو عيسى الفقى، الميراث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط ، د س.

57. الكلوداني محفوظ بن أحمد بن الحسن ، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1998م .
58. مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية ، دار هوه ، الجزائر، د ط، 2010م.
59. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، د ط، 1998م.
60. محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2002م.
61. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، مطبعة مخيمر، دون بلد نشر، د ط، د س.
62. محمد أحمد شحاتة، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، د ط، د س.
63. محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط 01، 2001م.
64. محمد الشتات الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر، د ط، د س.
65. محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مكتبة دار التراث، السعودية، د ط، د س.
66. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق في القانون المدني الجزائري، دون دار النشر، د ط، 1985م.
67. محمد خيربي المفتي، علم الفرائض والمواريث في الشريعة الاسلامية والقانون السوري، محكمة النقض، سوريا، د ط، د س .
68. محمد سعيد جعفرور ، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2011 م.

69. محمد عباس، دراسات معمقة في القانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط01 ، 2013م.
70. محمد عبد الله بخيث ومحمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، د ط، د س.
71. محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، ج 3، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، ط 02، 1411هـ.
72. محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار السلام، الجزائر، د ط، د س.
73. محمد علي سكيكر، قوانين الأحوال الشخصية، نادي القضاة، مصر، د ط، 2010م.
74. محمد عميم الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية ، ط01، 2003م.
75. محمد محدة، التركات والمواريث، الجزء 03، مطابع عمار القرفي، باتنة، ط 02، 1994م.
76. محمد مصطفى شلبي ، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية، لبنان، د ط، 1978م.
77. محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والمواريث، دار النهضة العربية، مصر، د ط، 2005 م.
78. مريم أحمد الداغستاني، المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، د ط ، 2001م.
79. مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 01 ، 2008 م.
80. مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط 04، 1413 هـ- 1992 م.

81. مصطفى خفاجي، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، مصر، ط02، 1948م.
82. مصطفى عاشور، علم الميراث، مكتبة القرآن للطبع والنشر، القاهرة، د ط، د س.
83. المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب و الفقدان ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 01، 2011 م.
84. منصور الكافي، علم الفرائض (المواريث) في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2005م.
85. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، د ط، 2001 م.
86. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، د ط، 2008 م .
87. نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وقضاء، دار الهدى، الجزائر، د ط، 2008 م .
88. نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، د ط، 1995م.
89. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 04، د س.
- سادسا: رسائل الماجستير والدكتوراه:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014م.
2. عبد النور نوي، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013م.

3. عيسى أمعيزة، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة، الجزائر، 2012.

ب- رسائل الماجستير:

1. توفيق محمد محمد العملة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية في فلسطين، مذكرة الماجستير، كلية الدعوى وأصول الدين، جامعة القدس، 2002م.

2. جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف، السعودية، 2015م.

3. شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الجزائر، 2015 م.

4. شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2009-2010م.

5. مؤمن أحمد زياب شويخ، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، فلسطين، الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، 1427هـ-2006م.

6. يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003م.

سابعا: المقالات:

1. إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987م.
2. إيناس هاشم رشيد، تحليل البصمة الوراثية ومدى حجيتها القانونية في مسائل الإثبات القانوني، مجلة رسالة الحقوق، السنة الرابعة، العدد 02، جامعة كربلاء، العراق، 2012م.
3. دليلة برفاف، مقال أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2003.
4. عبد الحميد محسن عطروش ، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني دراسة مقارنة، مجلة الكوفة، العدد 06 ، د.س.
5. عبد الله محمد رابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا، مقال منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية، الإمارات العربية المتحدة، العدد 01، يونيو 2015 م.
6. عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 4، الديوان الوطني لأشغال التربوية، 2002م.
7. العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا رقم : 290808، بتاريخ: 10-04-2002، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول ، 2006م.
8. ميسوم بوصوار، البصمة الوراثية في الجزائر، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، جامعة المدينة، ديسمبر 2017م.
9. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 29 ، مكة المكرمة، 1434 هـ.

ثامنا: المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1989، العدد الثالث.
2. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1993، العدد الرابع.
3. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1995، العدد الثاني.
4. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2001، عدد خاص.
5. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2003، العدد الثالث.
6. المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2009، العدد الأول.

تاسعا: مواقع الأنترنت:

1. الموقع الإلكتروني لمنظمة العفو الدولية [www. amnesty.org](http://www.amnesty.org)
2. الموقع الإلكتروني للجنة الدولية للصليب الأحمر www.crci.org
3. الموقع الإلكتروني للجنة الدولية لشؤون المفقودين www.icmp.int
4. الموقع الإلكتروني www.mafqud.org
5. الموقع الإلكتروني www.maybehere.org .

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر

إهداء

مختصرات

مقدمة: أ- ذ

الباب الأول: الأحكام المتعلقة بإثبات فقدان والآثار المترتبة عنه..... 10

الفصل الأول: مفهوم المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري 12

المبحث الأول: تحديد مفهوم المفقود شرعا وقانونا..... 13

المطلب الأول: تعريف المفقود..... 13

الفرع الأول: تعريف اللغوي للمفقود..... 13

الفرع الثاني: التعريف الشرعي للمفقود..... 15

الفرع الثالث: التعريف القانوني للمفقود..... 23

المطلب الثاني: التمييز بين الغائب والمفقود..... 37

الفرع الأول: مفهوم الغائب..... 37

الفرع الثاني: الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي..... 45

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري في التمييز بين الغائب والمفقود..... 48

المبحث الثاني: أقسام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري..... 51

المطلب الأول: أنواع فقدان في الفقه الإسلامي..... 52

الفرع الأول: عند الحنابلة (بإعتبار الغيبة)..... 52

الفرع الثاني: عند المالكية (باعتبار مكان الغيبة)..... 53

المطلب الثاني: حالات فقدان في التشريع الجزائري وبعض القوانين العربية..... 57

57.....	الفرع الأول: الحالات العامة للفقدان في قانون الأسرة الجزائري
58.....	الفرع الثاني: الحالات الخاصة في القوانين الإستثنائية
61.....	الفرع الثالث: حالات الفقدان في بعض التشريعات العربية
64.....	الفصل الثاني: الحكم بالفقد وآثاره في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
66.....	المبحث الأول: إجراءات منح صفة الفقدان
66.....	المطلب الأول: القواعد الإجرائية العامة لدعوى الفقدان
67.....	الفرع الأول: الإختصاص النوعي والإقليمي لدعوى الفقدان
68.....	الفرع الثاني: مباشرة دعوى الفقدان
72.....	الفرع الثالث: إجراءات رفع دعوى الفقدان
74.....	الفرع الرابع: الشروط الموضوعية لإصدار الحكم بالفقدان
76.....	المطلب الثاني: إجراءات إعلان حالة الفقدان في القوانين الخاصة بظروف إستثنائية
76.....	الفرع الأول: إثبات صفة الفقدان في القوانين الخاصة بالكوارث الطبيعية
79.....	الفرع الثاني: إثبات صفة الفقدان بالنسبة لمفقودي المأساة الوطنية
81.....	المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الحكم بالفقدان
81.....	المطلب الأول: المحافظة على الحقوق المالية للمفقود
81.....	الفرع الأول: إدارة أموال المفقود
96.....	الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بميراث المفقود في الفقه الإسلامي والقانون
117.....	المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بالرابطة الأسرية
117.....	الفرع الأول: النفقات الواجبة على المفقود
125.....	الفرع الثاني: التفريق لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي والقانون
153	الباب الثاني: الأحكام المتعلقة بموت المفقود والآثار المترتبة عنه:
155.....	الفصل الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
	المبحث الأول: البحث عن المفقود و دور التقنية الحديثة في الكشف عن هوية الأشخاص

المفقودين.....	157
المطلب الأول: البحث عن المفقود.....	157
الفرع الأول: البحث عن الشخص المفقود في الفقه الإسلامي.....	158
الفرع الثاني: البحث عن الشخص المفقود في القانون.....	159
المطلب الثاني : استخدام وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقودين.....	161
الفرع الأول : دور وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقودين والحد من إختفاءهم.....	162
الفرع الثاني : أثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود.....	167
المطلب الثالث: إستعمال تقنية البصمة الوراثية (DNA) في البحث عن المفقود.....	171
الفرع الأول: استخدام تقنية البصمة الوراثية للتعرف على هوية الأشخاص.....	171
الفرع الثاني : إعتقاد البصمة الوراثية دليل إثبات للتعرف على هوية الأشخاص.....	177
المبحث الثاني: المدة اللازمة لانتظار المفقود.....	188
المطلب الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي.....	188
الفرع الأول: قول الفقه الذي لا يفرق بين حالات فقدان.....	188
الفرع الثاني: قول الفقه الذي اعتمد التفرقة بين حالات فقدان.....	194
المطلب الثاني: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في القانون.....	200
الفرع الأول: مدة إنتظار المفقود في القانون الجزائري.....	200
الفرع الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريعات العربية المقارنة.....	211
الفرع الثالث: تحديد تاريخ الحكم بموت المفقود.....	217
المبحث الثالث: رفع دعوى الوفاة الحكمية للمفقود.....	226
المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الوفاة الحكمية وفقا للقواعد العامة.....	226
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعوى وفاة المفقود.....	226
الفرع الثاني: أطراف الدعوى.....	229
المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بدعوى الوفاة الحكمية في القوانين الإستثنائية.....	231

231.....	الفرع الأول: إجراءات الحكم بوفاة مفقودي فيضانات باب الواد 2001
231.....	الفرع الثاني: إجراءات الحكم بوفاة مفقودي زلزال بومرداس 2003
232.....	الفرع الثالث: إجراءات الحكم بوفاة مفقودي المأساة الوطنية
235.....	الفصل الثاني: آثار الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
237.....	المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود المتعلقة بالرابطة الأسرية
237.....	المطلب الأول: آثار الحكم بوفاة المفقود على زوجته
237.....	الفرع الأول: مدى استحقاق الزوجة للنفقة ومؤخر صداقها من مال المفقود
240.....	الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بعودة الوفاة لزوجة المفقود
249.....	المطلب الثاني: أثر الحكم بموت للمفقود على ذوي حقوق مفقودي المأساة الوطنية
250.....	الفرع الأول: المستفيدون من التعويض
253.....	الفرع الثاني: أشكال إستفادة ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية
257.....	المبحث الثاني: آثار الموت الحكمي للمفقود على أمواله وتصرفاته القانونية
257.....	المطلب الأول: ورثة المفقود الذين تؤول لهم تركته
257.....	الفرع الأول: إذا كان للمفقود ورثة
263.....	الفرع الثاني: إذا لم يكن للمفقود ورثة
265.....	الفرع الثالث: تحديد الأموال التي تشملها تركة المفقود
267.....	المطلب الثالث: أثر الوفاة الحكمية على التصرفات القانونية المفقود وديونه
267.....	الفرع الأول: التصرفات القانونية للمفقود
269.....	الفرع الثاني: ديون المفقود
272.....	المبحث الثالث: الآثار المترتبة على ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته
272.....	المطلب الأول: إسترداد المفقود لشخصيته القانونية
272.....	الفرع الأول: إبطال الحكم بموت المفقود
273.....	الفرع الثاني: قيد الحكم في سجلات الحالة المدنية

المطلب الثاني: أثر ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته على أمواله.....	273
الفرع الأول: مالا يسترده المفقود من أمواله.....	273
الفرع الثاني: ما يسترده للمفقود من أموال.....	274
المطلب الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته على زوجته.....	277
الفرع الأول: إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج.....	277
الفرع الثاني: إذا كانت زوجة المفقود قد تزوجت مرة أخرى.....	277
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من حق المفقود في إستعادة زوجته إن ظهر حيا.....	280
الفرع الرابع: موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من الآثار المترتبة عن عودة المفقود حيا بالنسبة لزوجته.....	281
الخاتمة.....	283
فهرس المصادر والمراجع.....	293
فهرس المحتويات.....	314
ملخص بالعربية.....	320
ملخص بلغة أجنبية.....	321

مُلخَص

استمد المشرع الجزائري الأحكام المنظمة لمسائل المفقود من الفقه الإسلامي، ووضع أحكامه الموضوعية في قانون الأسرة، والقوانين الإستثنائية الخاصة بالكوارث الطبيعية وقانون المصالحة الوطنية، وفي بعض مواد القانون المدني وقانون الحالة المدنية.

تناولت هذه الدراسة في البداية مفهوم المفقود، وتفرقت عن الغائب، ثم تطرقت إلى أحكام المفقود خلال فترة فقده، وأثر ذلك على أسرته وأمواله.

ولإثبات فقده يستوجب على الأشخاص الذين لهم مصلحة رفع دعوى وفقا للإجراءات القانونية لاستصدار الحكم بالفقدان، كما يعتبر الشخص مفقودا في القوانين الخاصة طبقا للشروط العامة في قانون الأسرة، إضافة إلى شرط آخر وهو تواجد الشخص في مكان وقوع الكارثة أو في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية، ويمكن إثبات الفقدان بموجب محضر معاينة فقدان تعده الشرطة القضائية، دون حاجة لصدور حكم بالفقد.

حيث أن الفقد يبقي الزوجية قائمة، مع أحقية الزوجة في المطالبة بالتطبيق إن توفرت شروطه، وكذلك أمواله تبقى ملكا له، مع ضرورة تعيين من يتولى إدارتها، حفاظا على حقوق المفقود، كما تناولنا إرث المفقود من غيره في حالة وفاة من يرثه المفقود أثناء فترة فقده.

ثم تناولت الدراسة الحكم بموت المفقود والمدة اللازمة لذلك، في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري والمقارن، ثم وضحنا أثر الحكم بموت المفقود على كل من زوجة المفقود وأمواله، وعالجنا في الأخير أثر عودة المفقود وظهوره حيا بالنسبة لزوجته وأمواله، خاصة في حالة ما إذا كانت هذه الزوجة قد ارتبطت بآخر، وأمواله قد قسمت بين ورثته.

الكلمات المفتاحية: المفقود، قانون الأسرة الجزائري، القوانين الخاصة، الحكم بالفقد، الحكم بموت المفقود.

Abstract

The Algerian Legislation derived the regulatory judgments of the missing persons from The Islamic Jurisprudence . And it put objective judgments into Family Law, The Extraordinary Laws for the natural disasters , Also, The National Reconciliation Law, and in some articles of The Civil Law and The Civil Status Laws.

First, this study dealt the definition of the missing person and its separation from the absent. Then, It talked about the judgments of missing person during the period of his lost and the effect of that on his family and his money.

And to prove his loss, people - who have an interest to him - must file a lawsuit according to the legal procedures that will issue a judgment of loss. And this person is considered a missing one , as in the special laws, according to the general conditions of The Family Law. In addition to another condition which was the presence of this person in the place when the disaster or the accident was happened or this special circumstance caused by the national tragedy. Also, loss can be proven by a report prepared by the Judicial Police without the need for the judgment of loss.

This loss kept the marriage and the wife had the right to ask for divorce if the conditions were available. As well as, his money remained his property in the presence of someone who manages it for keeping the rights of missing person. Then, we spoke about the legacy of the loss in the situation of the death of someone who is inherited by the loss during the period of his lost.

Second, this study dealt the judgment for the death of missing person and the period required for that in The Islamic Jurisprudence and The Algerian and in The Comparative Law . Then, we explained the effect of judgment of the death of missing person on both his wife and his money.

Finally, we spoke about the effect of the missing person's return and his appearance alive for his wife and money especially, if this wife married to another person. And his money was divided among his heirs.

Keywords: The missing, Algerian family law, special laws, the verdict of loss, the verdict of the death of the missing.

Résumé :

La législation algérienne a dérivé les jugements réglementaires des personnes disparues de la jurisprudence islamique . Et il a mis des jugements objectifs dans le droit de la famille, les lois extraordinaires pour les catastrophes naturelles , aussi, la loi nationale de réconciliation, et dans certains articles du droit civil et les lois sur l'état civil.

Premièrement, cette étude portait sur la définition de la personne disparue et sa séparation d'avec l'absent. Puis, Il a parlé des jugements de la personne disparue pendant la période de sa perte et l'effet de cela sur sa famille et son argent. Et pour prouver sa perte, les personnes – qui l'ont et l'intéressent – doivent intenter une action en justice selon les procédures légales qui délivreront un jugement de perte. Et cette personne considérée comme manquante , comme dans les lois spéciales, selon les conditions générales de la loi sur la famille. En plus d'une autre condition qui était la présence de cette personne sur les lieux où la catastrophe ou l'accident s'est produit ou cette circonstance spéciale causée par la tragédie nationale. En outre, la perte peut être prouvée par un rapport établi par la police judiciaire sans qu'il soit nécessaire de juger la perte.

Cette perte a maintenu le mariage et la femme avait le droit de demander le divorce si les conditions étaient disponibles. De plus, son argent est resté sa propriété en présence de quelqu'un qui le gère pour conserver les droits de la personne disparue. Ensuite, nous avons parlé de l'héritage de la perte dans la situation de la mort de quelqu'un qui est hérité par la perte pendant la période de sa perte. Deuxièmement, cette étude portait sur le jugement pour la mort d'une personne disparue et le délai requis pour cela dans la jurisprudence islamique et l'algérien et dans le droit comparé . Ensuite, nous avons expliqué l'effet du jugement de la mort de la personne disparue sur sa femme et son argent.

Enfin, nous avons parlé de l'effet du retour de la personne disparue et de son apparence vivante pour sa femme et son argent, en particulier si cette femme se mariait avec une autre personne. Et son argent était dévidé parmi ses héritiers.

Mots-clés : Les disparus, le droit algérien de la famille, les lois spéciales, le verdict de perte, le verdict de la mort des disparus.