جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أحكام إرث المفقود في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص: الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:

*بن الشيخ فاطمة

إشراف الدكتور:

* معيزة عيسى

أعضاء اللجنة:

*الدكتور: شلالي رضا.....رئيسا.

*الدكتور:معيزة عيسى.....مقررا.

*الدكتور: برماش بن عزوز.....مناقشا.

السنة الجامعية:2014/2013

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين اللذين لولا مَنُ الله وكرمه عليا بهما

ما اتممت عملى هذا

أسأل الله أن يطيل في عمرهما

* إلى إخوتي وأهلي

* إلى زميلاتي كافة

* إلى كل أساتذتي

*إلى أهل العلم قاطبة

* أهدي عملي هذا *

شكر وتقدير

إن كان على المرء أن يذكر لذي الفضل فضله فإني أتوجه

مقرة بالشكر والعرفان

والتقدير وخالص الاحترام لأستاذنا:

معيزة عيسى

على ما قدمه لي من عون وتوجيه في بذل هذا الجهد المتواضع

وأرجوا من الله ان يجزيه عني وعن من ينتفع بهذا البحث

كما لا يفوتني تقديرا واحتراما وشكرا للأساتذة الذين تكرموا

بمناقشة هذا البحث

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق

ولكل من ساهم من قريب او من بعيد

بالدعاء او بالكلمة الطيبة من أجل إنجاح هذا العمل

أسأل الله العظيم التوفيق والسداد

مقدمة

يطلق مفهوم الشخص الطبيعي على كل إنسان على قيد الحياة، ووجود الشخص الطبيعي هو بداية نشوء الشخصية القانونية التي تكون بدايتها بولادة الإنسان حيا، وتكون نهايتها بموته. وهو ما يعني دراسة الإنسان من حيث كل ما تعلق بحقوقه وواجباته إلى الغير من المسائل الأخرى التي تتعلق به، فإذا كانت الولادة هي المنطلق لحياة الإنسان وبدءاً لشخصيته القانونية التي يتمتع بها فمن البديهي أن تكون نهايتها بواقعة الموت، وقد يحدث أن لا نتأكد من حدوث هذه الواقعة بالنسبة لبعض الأشخاص الذين يكون وجودهم غير محقق فلا تثبت فيها الوفاة أو الحياة أي لا تدرك إن كان هذا الشخص حي أم ميت؟ وهي جميعا حالات تتعلق بالفقدان أي أن هؤلاء الأشخاص مفقودين، حيث يعتبر المفقود من أهم المسائل التي عالجها الفقهاء وخاصة فيما يتعلق بإرثه وهي جزء من أحكام الإرث بالتقدير والاحتياط إلى جانب الخنثى والحمل.

فإن كان الأصل في الإنسان موته موتا حقيقيا، فإن الاستثناء على هذه الحالة هو موته موتا حكميا أو تقديريا بموجب قرار صادر من المحكمة، ولا يتحقق هذا إلا إذا ثبت أن هذا الشخص مفقود ولم يتبين أمره وحاله إن كان حيا أو ميتا؟ وهذا بسبب الظروف التي يفقد فيها هذا الشخص والتي يصعب فيها تحديد حاله، لعدم إمكانية إقامة الدليل على موته حقيقة فيرجح هنا موته على حياته، فغن كان الموت الحقيقي أو اليقيني بموجب الواقع، فإن الموت الحكمي أو التقديري يكون بموجب القانون.

وقد عايشت الجزائر على غرار باقي دول العالم تطورات وتغيرات فرضتها الأزمات السياسية والفتن والحروب، ومن التطور العلمي، والهجرة إي الخارج لطلب العلم أو التجارة، والكوارث الطبيعية التي كانت من أهم الأسباب المساهمة في كثرة المفقودين، مما دفع الجزائر للعمل لحل هذه المشكلة بوضع نصوص قانونية، وأخرى خاصة للفصل في مسألتهم باعتبارها حالة طارئة واستثنائية عايشتها البلاد خصها المشرع بأحكام تميزه فيها عما نص عليه في قانون الأسرة.

وتعتبر حياة المفقود أو موته ذات تأثير كبير على كل من حوله يمكنها أن تمس بمصالح متعددة يستوجب حمايتها سواءا تعلق هذا بمصالحه الخاصة ممثلة في حقه من

مال غيره، أو مصالح الغير المتضررة من نفقة أو تركة فما مصير تلك الأموال؟ وهل يرث من غيره أثناء فقده؟ وهو ما حاول العلماء قديما وحديثا معالجته. لأن مسألة المفقود وإرثه من أهم المسائل أو الحالات التي لا يمكن الجزم فيها، وهو ما يدخل في إطار الإرث بالتقدير والاحتياط إي انه يرث تقديرا واحتياطا إلى جانب ميراثه الحقيقي.

***الإشكالية:**

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع نستنتج إشكالية رئيسية تنبثق منها إشكاليات فرعية

الإشكالية الرئيسية:

-ما هي الأحكام القانونية والشرعية التي اتبعها المشرع الجزائري لتوريث المفقود؟ وأين يتجلى موقفه مقارنة بالفقه الإسلامي؟.

الإشكاليات الفرعية:

-ما موقف المشرع الجزائري من حالة الفقدان؟ وما هو الوضع القانوني للمفقود هل يرث من غيره؟ وهل توزع أمواله أثناء فقده؟.

-ما هي الإجراءات التي اتبعها المشرع للفصل في مسألة المفقود؟.

***أسباب اختيار الموضوع:**

****الأسباب شخصية:**

1-تخصصي الأحوال الشخصية يفرض عليّ دراسة علم الميراث.

2-اهتمامي بعلم الميراث هو الذي كان من بين الأسباب التي دفعتني لاختيار موضوعي في علم الميراث لما له من أهمية في الشريعة الإسلامية.

3-قضايا المفقود من أهم القضايا التي عالجتها الشريعة والقانون.

****الأسباب موضوعية:**

1-ارتباط موضوع المفقود بالواقع المعاصر وتطوراته.

2-الأزمات التي عرفتها الجزائر في الكارثتين الطبيعيتين والمأساة الوطنية هي التي دفعت الجزائر للاهتمام بموضوع المفقودين بسبب ما عايشته، ولأن مثل هذه الحالات الاستثنائية لم ينص عليها المشرع في قانون الأسرة وخصها بنصوص خاصة،وهو ما يدعو غلى ضرورة إعطاء الاهتمام اللازم لحالة هؤلاء المفقودين ووضع نصوص قانونية لمواجهة مثل هذه الحالات الطارئة عن طريق زيادة البحث والدراسات والرجوع للشريعة الإسلامية لحل هذه المشكلة.

3-ما يشهده العالم من أزمات وحروب وكوارث طبيعية إلى جانب التطور العلمي في شتى الميادين زاد من كثرة المفقودين في عصرنا الحديث.

4-الدراسات والجهود المبذولة لدراسة مثل هذه المسائل من طرف الباحثين والفقهاء من خلال ما تزخر به مكتباتنا الفقهية والقانونية تستدعي ضرورة التعمق وزيادة البحث والدراسة في مثل هذه المسائل.

***أهمية الموضوع**

لمسألة المفقود أهمية بالغة في القانون وفي الشريعة الإسلامية لعدة أسباب منها:

1-موضوع المفقود من أهم المشاكل التي أصبحت تشغل الدول في العصر الحديث وذلك لان غياب أو فقد هذا الشخص هو مصيبة قد أصابت أهله وذويه، وحتى وطنه خاصة إذا تعلق الأمر بشخص فقد أثناء الحرب دفاعا عن وطنه.

2-لأن المفقود هو جزء من كيان الأمة ووطنه، لأنه شخص له أبوان وزوجة وأولادا ويتمتع بحقوق وعليه التزامات.

3-قد تطول فترة غياب المفقود، وخلال هذه الفترة قد يموت أحد الأشخاص الذين لهم أموال للمفقود الحق أن يرث منها وهو ما يعتبر عائقا فهل يترك له نصيبه أم ليس له

الحق فيه؟.

4-يمكن أن يكون لهذا المفقود أملاك وأموال فهل تقسم على ورثته أم ينتظرون تبين حاله إن كان حيا أو ميتا؟.

5-إذا كانت للمفقود أملاكا تحتاج إلى إدارتها ورعايتها ومراقبتها فما الحل لذلك؟.

6-قد يكون لهذا المفقود دائنون لهم الحق في ماله ويطالبون به.

7-المفقود هو شخص له عائلة فقد يكون له أبوان وزوجة وأولاد يحتاجون للنفقة فكيف يتم ذلك؟.

8-قد يكون للمفقود زوجة فيطول غيابه عنها فما السبيل الذي تسلكه في هذه الحالة.

***الدراسات السابقة:**

يعتبر موضوع المفقود من أهم المواضع المطروحة والموجودة في كتب الفقه القديمة والحديثة والكتب القانونية، لذلك فإن دراستي هي تكملة لما جاءت به العديد من الدراسات والبحوث والمذكرات التي تناولت موضوع المفقود وأحكام إرثه سواء في الفقه أو في القانون ومن بين هذه الدراسات:

-أطروحة الدكتوراه للدكتور معيزة عيسى التي تناول فيها الإرث بالتقدير والاحتياط وكان إرث المفقود جزء من هذه الدراسة حيث ناقش فيه الدكتور أهم النقاط المتعلقة بتوريث المفقود في الفقه والعديد من التشريعات العربية وبين موقف المشرع من كل هذا واهم ما أخذ به، إضافة إلى الأحكام التي جاء بها المشرع في الحالات الاستثنائية التي عرفتها البلاد وأهم الثغرات القانونية وأعطى بعض الاقتراحات.

-مذكرة الماجستير للطالب مؤمن أحمد ذياب شويدخ من الجامعة الإسلامية بغزة التي تناول فيها أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي الذي كان عبارة عن دراسة فقهية لأحكام إرث المفقود في ظل التطورات الحالية ومدى تأثيرها في ذلك.

***المنهج المتبع:**

وقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن:

***المنهج التحليلي:** أتعرض فيه إلى تحليل ما جاءت به التشريعات العربية، وأخص بالذكر التشريع الجزائري، والمذاهب الفقهية، إلى جانب دراسة مسائل المفقود وأدرس وأبين صورها وفق ما جاء بها العلماء وطريقة حلها وما أخذ به التشريع الجزائري ومدى صحة ما ذهب إليه.

***المنهج المقارن:** والذي أقارن فيه بين عدة جوانب

- بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي لتحديد ما اختاره المشرع الجزائري.
- بين القانون الجزائري والقوانين العربية.
- بين الذاهب الفقهية في مختلف المسائل كل مسألة على حدا.

خطة البحث:

وقد اتبعت في هذه الدراسة خطة ثنائية وكانت كالتالي:

مقدمة

الفصل الأول: الأحكـــــام العامة للمفقود

المبحث الأول: مفهوم المفقود

*المطلب الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحا

*المطلب الثاني: حـــــالات الفقدان

المبحث الثاني: إثبات الفقدان والحكم بوفاة المفقود

*المطلب الأول: إثبـــــات الفقدان

*المطلب الثاني: الحكم بوفاة المفقود

الفصل الثاني: الأحكـــام الخاصة بتوريث المفقود

المبحث الأول: الآثـــار الناتجة عن الحكم بالفقدان وبوفاة المفقود

*المطلب الأول:الآثـــار النـــاتجة عن الحكم بالفقدان

*المطلب الثاني:الآثـــار الناتجة عن الحكم بوفاة المفقود

المبحث الثاني: طريقة توريث المفقود

*المطلب الأول: استخراج نصيب المفقود

*المطلب الثاني: كيفية حل مسائل المفقود

الخـــــاتمة

الفصل الأول
الأحكام العامة للمفقود

لقد نصت المادة 25 من القانون المدني على أنه تبدأ حياة الإنسان بولادته حيا وتنتهي بوفاته حقيقة أو حكما بموجب حكم قضائي صادر عن القاضي بعد مدة معينة من فقده وبعد البحث والتحري والأدلة والقرائن يصدر حكمه بالوفاة لتنتهي شخصيته القانونية وهي تشمل الحالات التي يصعب فيها تحديد حياة الإنسان من موته كالأسير والمفقود، فالمفقود هو الشخص الذي يبقى مصيره مجهولا إلى أن يقوم الدليل على ثبوت حياته أو موته ويعتبر المفقود موضع إشكال واختلاف في المذاهب الفقهية ومختلف التشريعات سواء في تعريفه أو التمييز بينه وبين الغائب وأيضا حالاته، إضافة إلى تحديد المدة اللازمة للحكم بموته أو ثبوت الفقدان وهو ما سنتطرق له في مبحثين. فنحدد في المبحث الأول تعريف المفقود لغة واصطلاحا وحالاته فقها وقانونا.

ونحدد في المبحث الثاني كيفية ثبوت الفقدان والحكم بموت المفقود وذلك لأن مصيره يتعلق بمصلحته وتتعداه لغيره الذي قد يتأثر لحياة المفقود أو موته مركبا بذلك العديد من الآثار في ماله ومال غيره خاصة وأن حياة المفقود وموته غير محققة وهو ما تطرق له المشرع الجزائري حيث وردت أحكامه في المادة 109 إلى غاية 115 من الكتاب الثاني الخاص بالنيابة الشرعية كما تناوله المشرع الجزائري بنصوص خاصة بعد الكارثتين الطبيعيتين اللتان تعرضت لهما الجزائر وهي نقاط جميعها سنتناولها في هذا الفصل المقسم إلى مبحثين كما ذكرنا سابقا.

المبحث الأول:

مفهـــــــوم المفقـــــــود

يعتبر المفقود من المسائل الهامة التي تفرض نفسها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري على غرار التشريعات الجزائرية الأخرى باختلافها، مما يلزم التعرض إل مفهومه في مطلبين:

المطلب الأول:وفيه سنتطرق إلى تعريف المفقود لغة واصطلاحا محدّدين تعريفه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري إضافة إلى بعض التشريعات المقارنة مع تحديد أوجه الاختلاف والشبه بين المفقود والغائب.

المطلب الثاني: وفيه نحدد حالات أو أقسام المفقود فقها وقانونا.

المطلب الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحا

الفـــــرع الأول: المفقود لغة

<< المفقود لغة بمعنى الضائع، وهو من فقد الشيء يفَقِده فقَدًا وفقِداناً وفقُودًا، فهو مفقود وفقيد :عَدَمه ، وأفقده الله إياه.

والفاقد من النساء التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها

وقال اللحياني: هي التي تتزوج بعدما كان لها زوج فمات.

وقال: والعرب تقول لا تتزوجن فاقدا، وتزوج مطلقة.

والفقد: تطلب ما غاب من الشيء.

قال الله تعالى :{ ﴿ ﴾

{﴿ ... ﴾

يوسف (72) وقال أيضا:{ ﴿ ﴾

﴿ ﴾ النمل (20) {﴿ ﴾

وروي عن أبي الدرداء أنه قال: « من يتفقد يفقد ومن لا يعد الصبر لفواجع الأمور يعجز، فالتفقد تطلب ما فقدته>> .

ومعنى قول أبي الدرداء أن من تفقد الخير وطلبه في الناس ولم يجده وذلك أنه رأى الخير في النادر من الناس ولم يجده فاشيا، وافتقد الشيء أي طلبه>>.[1]

الفـــــرع الثاني: المفقود اصطلاحا

أولا: المفقود في الفقه الإسلامي

المفقود في اصطلاح الفقهاء هو الغائب الذي انقطعت أخباره وجهل حاله فلا يدري مكانه

1-ابن منظور،لسان العرب المحيط، مصر، دار الهجر للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م،

ص (3443-3444).

ولا تعرف حياته ولا موته.[1]

بمعنى أن تعريفات الفقهاء كانت متقاربة والاختلاف يكمن فقط في مناط الفقد إن كان من حيث الجهل بالمكان أو من حيث الحال التي حصل فيها الفقد، أي الجهل بالحياة أو الموت، أي يعتد بالجهل بحياة الإنسان أو موته أو الجهل بمكانه؟.

1/المذهب الحنبلي:

عرف الحنابلة المفقود بأنه هو الغائب الذي فقد وانقطع خبره فلم يعلم له موضع، ولو تدرى حياته ولا موته وكان ظاهر غيبته الهلاك.[2]

أي بأنه: من انقطع خبره ولو كان لغيبة ظاهرها السلامة كأسر أو التجارة فالتاجر قد ينشغل بتجارته ولا يعود لأهله، أو لغيبة ظاهرها الهلاك كالغرق في سفينة أو سقوط طائرة.

أي أن الحنابلة يعتبرون المفقود هو كل من انقطع خبره، والأسير عندهم يكون مفقودا إذا انقطع خبره عن أهله.

2/المذهب الشافعي:

عرفوا المفقود هو الشخص الذي انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وفي معناه: "الأسير الذي انقطع خبره، فإن قامت بينة على موته قسِّم ميراثه".[3]

1- طعيمات هاني ، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية،الأردن، دار الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007م، ص173.

1-اليهوتى، كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، السعودية، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، (1423هـ/2003م)، ص(2249/1).

3-النووي: روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، السعودية، دار عالم الكتب، طبعة

خاصة، (1423هـ/2003م)، ص (35/5)

3/المذهب المالكي:

وقد عرفه ابن عرفة الدسوقي بقوله: إن المفقود هو من انقطع خبره يمكن الكشف عنه فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه. [1]
أي المفقود هو كل من جهل مكانه والأسير مكانه معلوم ويمكن الاتصال به ويمكن معرفة مصيره أن كان ميتا أم حياً أي أن مناط الفقد عندهم الجهل بالمكان.

4/المذهب الحنفي:

وقد اختلفوا في تحديد مناط الفقد وانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول:

وفيه عرف الإمام السرخسي المفقود على أنه:"اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدّون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره واستقر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد[2]، أي أن المفقود هو من جهل مكانه.

الفريق الثاني:

وفيه عرف الإمام الكاساني المفقود بأنه: اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره انه حي أم ميت حي في حق نفسه ميت في حق غيره [3]،أي أنه اعتبر المفقود من جهلت حياته ومماته فقط.

أي أن الأسير لا يعد مفقودا بالنسبة للفريق الأول من فقهاء الحنابلة الذين اعتبروا أن مناط الفقد هو الجهل بالمكان ويخرج الأسير أو المحبوس لأن مكانه معلوم وهو دار الحرب

1-الدسوقي: حاسية الدسوقي على الشرح الكبير، سوريا، دار أحياء الكتب العربية، بدون طبعة، ص(488/4).

2-السرخسي شمس الدين: المسبوط، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى،(1414هـ/1993م)، ص(34/11).
3-الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،تحقيق: معوض علي محمد وعادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية (1424هـ/2003م)، ص(313/8).

وهو ما نستشفه من نص المادة السابعة من اتفاقية جنيف 1949:"يسمح لأي أسير من أسرى الحرب بمجرد وقوعه في الأسر أو في بحر مدة لا تزيد عن الأسبوع بأن يكتب مباشرة إلى عائلته من جهة أو إلى المركز الرئيسي لأسرى الحرب ليخطر أقاربه بأسره وعنوانه وحالته الصحية. ويجب أن ترسل هذه البطاقات بأسرع ما يمكن".

أي انه أصبح اليوم في ظل التطور العلمي ووسائل الاتصال يمكن أن يتم معرفة مصير الأسير والمكان الذي يوجد به، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية جنيف التي تهتم بمصير هؤلاء الأسرى ودعت إلى إعطانهم الحق الكامل في إعلام أهلهم وذويهم عن مصيرهم وظروف الأسر التي يعيشونها مع تحديد مكان وجودهم من خلال مراسلتهم إلى عائلاتهم.[1]

أما الفريق الثاني من فقهاء الحنابلة يعتبرون الأسير مفقودا لأنهم اشترطوا في المفقود أن يكون مجهول الحياة أو الوفاة والأسير تعتبر حياته أو موته غير محققة.

الرأي الراجح:

وهو الذي يمكن اعتماده "التعريف المختار" ومن خلال ما تقدم من تعاريف للمفقود ومن كل هذا فإن الرأي الذي أجمع عليه الفقهاء أن المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره فلم تعرف حياته أو موته ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به [2]. فلو كان معلوم المكان فإنه من البديهي أن تعلم حياته أو موته وبالتالي فهو ليس مفقودا وإن جهل حاله ومكانه فهو مفقود، فالأسير إذا علم مكانه وحاله فليس مفقودا وإن جهل حاله ومكانه فهو مفقود، وبالتالي فإن هذا هم التعريف المختار.

ثانيـــا: في قانون الأسرة الجزائري

1–معيزة عيسى: الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، الجزائر، تحت إشراف: بن ملحة الغوثي ، (2012/2011)، ص20.

2– الزحيلي وهبة : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن ، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية،ص 419.

الفصل الأول

قد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري المفقود بأنه:"الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

فنجد عند الرجوع غلى قانون الأسرة أن نظم مسألة المفقود و الغائب بالنصوص القانونية 109 إلى 115 من قانون الأسرة بناءا على إحالة من المادة 31 من القانون المدني التي نصت على:

"تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".

وما يمكننا أن نلاحظه بأن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري قد أخذ فيه بالمذهب المالكي على خلاف جمهور الفقهاء واعتد بالجهل بالمكان.

ووفقا للمادة 109 السالفة الذكر بأن الشخص لا يكون مفقودا إلا إذا توفرت فيه الشروط التي يمكننا أن نستخلصها من نص المادة وهي:

1–غيـــــــاب الشخص.

2–عدم معرفة حياته أو موته.

3–لا يكون مفقودا إلا بحكم قضائي.

وقد اشترط المشرع الجزائري وفق نص هذه المادة وجود أو صدور حكم قضائي حتى نطلق صفة الفقدان على الشخص الغائب، ولا يكون هذا إلا بوجود نص خاص وهو ما عرفته الجزائر خلال وقوع الكارثتين الطبيعيتين ممثلة في فيضانات باب الواد 2001/11/10 وزلزال بومرداس 2003/05/21 اللذان أصدرت بموجبهما الجزائر

نصوصا خاصة بسبب الظروف الاستعجالية عالجت فيها موضوع الأشخاص المفقودين في الكارثتين والمتمثلة في:[1]

1-قياسة فاطمة: المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء،الجزائر،إشراف:بن سعد رابح عزيز، الدفعة14،(2006/2005) ،ص06.

-الأمر رقم (03/02) المؤرخ في 2002/02/20 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضانات.

-الأمر رقم (06/03) المؤرخ في 2003/06/14 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال.

ثالثـــا: المفقود في القوانين العربية

وقد اختلفت التشريعات العربية تبعا لإخلاف فقهاء الشريعة الإسلامية بحسب المذهب المتبع في كل بلد عربي ونذكر منها:[1]

-قانون الأحوال الشخصية التونسية الفصل رقم 81 عرف المفقود بأنه:
"كل من انقطع خبره وممكن الكشف عنه حيا"

-مدونة الأحوال الشخصية المغربية المادة 325 اعتبرت بأن الميت حكما

"بأنه كل من انقطع خبره وصدر حكما باعتباره ميتا"

-قانون الأحوال الشخصية السوري المادة 202 عرفت المفقود بأنه:

"هو كل شخص لا تعرف حياته أو موته أو تكون حياته محققة ولا يعرف له مكان"

-قانون الأحوال الشخصية الأردني المادة 246 عرفت المفقود بأنه:

"هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته".

أي أن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي بفقدانه بعد مرور سنة من فقده ثم بعد مرور أربع سنوات يصدر حكما آخر بموته، ولو لم يتحقق موته فعلا، وهذا ما يسمى بالموت الحكمية وخلافا للموت الحقيقية وهو موت يقيني وفعلي للشخص فهو موت بموجب الواقع. على خلاف الموت الحكمية هو موت بموجب القانون حيث يكون الشخص

1-معيزة عيسى: المرجع السابق،ص23.

ميتا قانونا نظرا لظروف معينة أو وضع ما، في حين أن الواقع قد يختلف عن ذلك فقد يكون الشخص حي يرزق وهو ما يمكننا أن نستشفه من نص المادة 89 من قانون الحالة المدنية التي نصت على:

"يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناءا على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنيين".

والغاية من الموت الحكمية هو المحافظة على مصالح الشخص المفقود من جهة ومصالح الغير كذلك من جهة أخرى المتضرر من الفقدان.[1]

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حالة انتهاء الفقدان على خلاف بعض القوانين العربية كالقانون الأحوال الشخصية الأردنية في المادة 248 التي نصت على أنه ينتهي الفقدان بـــ:

-تحقق حياة المفقود أو وفاته.

-إذا حكم باعتبار المفقود ميتا.

أما بالنسبة للفقهاء فقد ميزوا حالة انتهاء الفقدان في ثلاث حالات:[2]

أ/ الحالة الأولى: ظهوره حيا كأن يشهد أحد يعلمه أن هذا الشخص المفقود تاجر في بلد ما أو طالب علم، أو بأن يعود هذا الغائب إلى أهله.

ب/ الحالة الثانية: التأكد من موت المفقود بعد التحري و البحث وتوفر الأدلة المؤكدة لذلك وبناءا عليه يحكم القاضي بموته موتا يقينية منهيا بذلك شخصيته القانونية ومرتبا لآثاره على ماله وورثته وزوجته.

1-فيلالي علي: نظرية الحق ، الجزائر،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2001، ص196.

2-معيزة عيسى: المرجع السابق،ص30.

ج/ الحالة الثـــالثة: إذا لم يعرف مصير الشخص الغائب ولم يعرف مكانه ولا مصيره فيصدر القاضي الحكم بموته موتا حكميا بعد مرور مدة معينة هي أربع سنوات من يوم صدور الحكم بالفقد وبعد البحث و التحري.

رابعـــا: التمييز بين الغائب و المفقود

من خلال تعريفنا للمفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري يجب التطرق للغائب و أوجه الشبه والاختلاف بين الغائب و المفقود.

تعريف الغائب:

الغائب لغة: اسم فاعل من الثلاثي غاب،من غاب الشيء يغيب غيبا، وغيْبة وغيابا والجمع غِيب وغياب.

والغيب كل ما غاب عنك أو كل ما غاب عن العيون، وغابت الشمس وغيرها أي غربت وغاب الشيء في الشيء أي توارى فيه. ويقال غاب عنه الأمر: أي خفي.

واغتاب الرجل صاحبه اغتيابا إذا "وقع فيه" وهو أن يتكلم خلف إنسان مستور بسوء، أو بما يغمه إذا سمعه، وإن كان فيه، فإن كان صدقا فهو غيبة، وأن كان كذبا فهو البهت و البهتان.[1]

الغائب في اصطلاح الفقهاء:[2]

1/ المذهب الحنفي:

هو كل ما غاب عن مجلس الحاكم سواء كان حاضرا في البلد أو كان غائبا عنه.

1- مجلة كلية الشريعة والقانون: القضاء على الغائب، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، (1428هـ/2007م)، العدد الثامن،ص11.

2-المرجع نفسه، ص(11-12).

2/ المذهب المالكي:

هو من غاب عن بلدة مسيرة يومين أو ثلاثة مع الأمن ويسمونه غائب قريب الغيبة، أو غاب مسيرة عشرة أيام مع الأمن أو يومين مع الخوف يسمونه غائب بعيد الغيبة، أو غاب لمدة أربعين يوما أو شهرا كمسافة بين مكة إلى إفريقيا أو من المدينة إلى الأندلس ويسمونه غائب بعيد جدا أو منقطع الغيبة.

3/ المذهب الشافعي:

عرف الغائب بأنه كل من كان بمسافة بعيدة، وهي التي لا يرجع منها مبكرا إلى موضعه الذي بكّر منه ليلا بعد فراغ المحاكم.

وقيل: هو من كان بمسافة تقدر بمسلفة القصر في الصلاة.

4/ المذهب الحنبلي:

هو من كان بمسافة تقدر بمسافة القصر أو كان بالبلد لكنه مستترا أو ممتنعا...أو كان في موضع كالحبس الممنوع عن دخوله.

ومن خلال ما ذكرنا فإن التعريف الفقهي للغائب هو:

"كل من ترك وطنه راضيا أو مرغما، واستحال عليه إدارة شؤونه بنفسه أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه مما ترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، يستوي في ذلك أن تكون حياته محققة أو غير محققة".[1]

في الاصطلاح القانوني:

وبالرجوع إلى نص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري فقد عرفت الغائب بأنه:

1-حسن على سيد: الأحكام الخاصة بالمفقود دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المصري و الفرنسي، مصر، دار النهضة العربية، 1984، ص17.

"الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوساطة لمدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

بمعنى أن الغائب هو كل من توفرت فيه الشروط التالية:

1-عدم وجود محل إقامته بسبب ظروف قاهرة.

2-عدم قدرته على إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة.

3-أن يتجاوز غيابه السنة.

4-أن يتسبب غيابه في إلحاق الضرر بالغير.

وبمقارنة المادة 109 من قانون الأسرة التي عرفت المفقود والمادة 110 من نفس القانون التي عرفت الغائب نجد أن المشرع قد ميز بينهما وكذلك الفقه استنادا إلى ظروف عدم ظهور كل منهما، فالمفقود هو الشخص الذي اختفى ولم يظهر منذ وقت ما فانقطعت أخباره وأصبح مكان وجوده مجهولا، ولا تعرف حياته من مماته واستنادا لهذه الاعتبارات

المتعلقة باختفاء الشخص وانقطاع أخباره لمدة تكون طويلة بحيث بلغ سنا تفوق سن الحياة المتوقعة أو في ظروف قاهرة كالحرب أو الكوارث الطبيعية التي ترجح موت المفقود من حياته. ويعتبر الشخص مفقودا إذا كانت الظروف المحيطة باختفاءه وعدم ظهوره ترجح هلاكه.

أما الشخص الغائب هو ذلك الذي تغيب منذ سنة عن إقامته ولم يتمكن من الرجوع إليها لظروف قاهرة وألحق هذا الوضع ضرر بالغير.

أي أن هذا الغياب يشمل الغياب المادي للشخص إضافة إلى من يقوم مقامه كالوكيل الذي يتولى شؤونه اتجاه الغير والتي ترجح حياة الغائب على موته.[1]

1- فيلالي علي ، المرجع السابق، ص197.

ومن خلال هذا يظهر لنا الاختلاف بين الغائب و المفقود الذي مردّه الظروف التي اختفى فيها الشخص،حيث أن الغائب هو أشمل و أعم من المفقود الذي لا تعلم حياته أو موته، كما يشم الغائب أيضا الشخص الذي تكون حياته محققة ولكن تعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو الإشراف على من يتولاها لبعده عن وطنه لذلك فإن كان كل مفقود غائب فليس كل غائب مفقود.[1]

أي أنه لا يمكن التسوية بينهما بشكل مطلق إلا فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانونا مثلا لأجل المحافظة على مصالحه وإدارة أمواله ورعاية مصالح الغير المتضرر ومصالح الغائب المالية مع بقاءه متمتعا بشخصيته القانونية عكس المفقود.

فقرر المشرع إصدار الحكم بفقدانه مع مرور سنة مع تعيين مقدم يتولى رعاية أمواله بموجب قرار صادر عن القاضي فيأخذ بعدها المفقود من هذه الناحية وهنا يظهر وجه الشبه بينهما.

وكذلك بالنسبة لحق الزوجة في التطليق بعد مرور سنة من غياب زوجها دون عذر أو للإضرار بها وهذا وفق ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يحق للزوجة طلب التطليق في حالة غياب زوجها عنها دون عذر للإضرار بها لمدة تزيد عن سنة كاملة و إلا فليس لها الحق في طلب التطليق بسبب الغياب فقط ومن خلال تعريف الغائب فقها وقانونا يمكننا استخلاص أوجه الاختلاف بين الغائب و المفقود:

1-أن الغائب حياته محققة والظروف القاهرة هي التي منعته من الرجوع، أما المفقود فهو مجهول المكان ولا تعرف حياته أو موته.

2-أن الغائب لا يعتبر كذلك إلا بعد مرور سنة كاملة من غيابه وتبقى شخصيته القانونية

1-بن شويخ الرشيد: الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية،الجزائر،دار الخلدونية،ط1،(1429هـ/2008)، ص175.

قائمة عكس المفقود تنتهي شخصيته القانونية بعد الحكم بموته.

3-أن القاضي لا يعين وكيلا لإدارة مال الغائب إلا إذا تضرر الغير من غيابه أما المفقود فيعين القاضي وكيلا لإدارة أموال المفقود دون وجود شرط إلحاق الضرر بالغير.[1]

نلاحظ أن المشرع الجزائري أيضا قد فرق بين مفهوم الغائب و المفقود من خلال نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على:

"أنه يحق لزوجة الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

1- معيزة عيسى، المرجع السابق، ص27.

المطلب الثاني: حالات الفقدان

وفيه سنتطرق إلى حالات أو أقسام الفقدان في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: حالات الفقدان في الفقه الإسلامي

وقد اختلف الفقهاء في تقسيم حالات الفقدان:[1]

1/ بالنسبة للفقه المالكي:

قسمه باعتبار المكان المفقود فيه واعتبر المفقود على أربعة أوجه

أ–مفقود لا يدرى موضعه: وهذا يكشف الأمام على أمره ثم يضرب له الأجل إلى أربع سنين.

ب–مفقود في صف المسلمين أو في بلاد المسلمين.
ج–مفقود في قتال العدو وله حكم الأسير فلا تنكح زوجته أبدا وتوقف هي وماله حتى ينقضي تعميره.

د–مفقود في قتال المسلمين بينهم الفتن: لا يضرب له أجل، ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده وقد ظهر له رأيان:

القول الأول: أن يحكم له بحكم المقتول.
القول الثاني: أن يضرب له أجل السنة.

2/ بالنسبة للفقه الحنبلي:

قسمه باعتبار الغيبة إلى ما يلي:

1–عبد الوهاب عبد الغفار جمال: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية–دراسة فقهية مقارنة، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص(21/19)

أ–مفقود في غيبة ظاهرها السلامة أي يغلب على الظن بقاءه على قيد الحياة كالأسير و المسافر للحج أو العمرة أو التجارة أو السياحة أو لطلب العلم.

ب–مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك أي يغلب على الظن موته كمن فقد في القتال أو الحروب.

الفرع الثاني: حالات الفقدان في قانون الأسرة الجزائري

وفق ما نصت عليه المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري:
(يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد

التحري.
وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقرير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

ومن الملاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري قد ساير ما جاء به الفقه الإسلامي في تحديد حالات الفقدان وميز بين مفقود يغلب عليه السلامة (كالمهاجر طالب العلم أو العمل أو من أجل السياحة)، ومفقود يغلب عليه الهلاك (كالمفقود في الحرب أو في كارثة طبيعية)، مطبقا ما جاء به المذهب الحنبلي إضافة إلى وجود حالات فقدان خاصة.

أ-مفقود في حالة تغلب فيها السلامة:[1]

وهي الحالات التي يمكن أن يعود فيها هذا الشخص وقد يظهر حيا كمن سافر لدراسة أو علاج أو للسياحة وتخول هنا السلطة التقديرية للقاضي للحكم بموته بعد مضي أربع سنوات بعد البحث والتحري بكل الطرق الممكنة، في ظل التطور العلمي الذي شهده العالم

1- شويدح مؤمن أحمد ذياب: أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية في غزة(كلية الشريعة والقانون)، إشراف: هنية مازن إسماعيل ، (1427هـ/2006م)،ص79./ أنظر: فراج أحمد حسين، أحكام التركات والمواريث في الفقه والقانون، مصر، منشأة المعارف، 1999، ص305./ الجندي أحمد نصر ،المواريث في الشرع والقانون، مصر، دار الكتب القانونية، 2004 ، ص 293.

من وسائل الاتصال الحديثة التي لها آثار إيجابية في سرعة الكشف عن المفقود في أقل الأوقات وبشكل أدق وهو ما يسمح للقاضي بالرجوع إلى أهل الاختصاص من خبراء وأخصائيين ومحققين وشهادة الشهود والقرائن الدالة على مصير المفقود أو اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة مثل الإذاعات المرئية كالتلفزيون وشبكة الانترنت والهاتف وغيرها من الوسائل التي تساعد على الكشف عن المفقودين خاصة في ظل الحروب والكوارث الطبيعية.

أي أنه يراد بالحالات العادية أو حالة السلامة هي تلك التي ترجّح فيها حياة المفقود على موته نظرا للظروف العادية التي فُقد فيها، ومثل هذه الظروف التي اختفى فيها الشخص لا تحمل في طياتها أي خطر على حياته لذلك ترجح سلامة الشخص على هلاكه.

ويمكن للقاضي هنا بسعي من ورثته أو ممن له مصلحة إصدار حكم بموت المفقود الذي اختفى في مثل هذه الظروف، غير أن تحديد المدة التي يتعين مراعاتها للنطق بحكم الموت يكون من تقدير القاضي–كما ذكرنا سابقا– مع مراعاة الظروف والملابسات في كل قضية. مع العلم أن هذه المدة المقدرة من قبل القاضي تبدأ بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد.[1]

ويعتبر الحكم بموت المفقود هو حكم منشأ للوضع القانوني الجديد ألا وهو موت المفقود.

ب–**مفقود في الحالة التي يغلب فيها الهلاك:**

وهي الحالة التي يغلب فيها الظن على هلاكه ويتعلق الأمر بالحروب والحالات الاستثنائية كالزلازل والفيضانات والحرائق وسقوط الطائرة وغرق السفينة.

1–بدران أبو العينين بدران:أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون، مصر، مؤسسة شباب الجامعة، ص307./أنظر: بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء التعديلات، الأردن، دار الثقافة للنشر،ط1،2009م،ص346.

وهي تلك الحالات التي غالبا ترجح فيها موت المفقود على هلاكه نظرا للظروف التي اختفى فيها الشخص، ويمكن للقاضي الحكم بموت المفقود الذي فقد في مثل هذه الظروف الخطيرة بعد انقضاء مدة أربع سنوات من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالفقد وبناءا عليه يصدر القاضي حكمه بموت المفقود بسعي من الورثة أو ممن له مصلحة في ذلك. بعد انقضاء الأجل سالف الذكر،طالما أن التحريات التي قامت بها الجهات المختصة خلال هذه المدة بقيت بدون جدوى.[1]

1–بالنسبة لحالة الحرب: وهي الحالبة التي تمثل تهديدا على أمن واستقرار الدولة وكيانها ومؤسساتها الدبلوماسية والدستورية فقد نصت المادة 96 من دستور 1996 على أنه:

(يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات).

أي أنه في حالة الحرب يعلن الرئيس حالة الحرب ويعلق العمل بالدستور ومن البديهي أن تكون الحرب سببا في فقدان الكثير من الأشخاص.

2–بالنسبة للحالات الاستثنائية: نصت المادة 93 من دستور 1996 على أنه:

(يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها).

وهنا جاء النص عاما وقد شمل الحالات الاستثنائية وحالة الطوارئ التي تؤدي إلى تقييد الحرية العامة وذلك لما لها من تأثير على النظام العام والأمن.

وهو ما عرفته الجزائر في فترة التسعينات والذي شكل حالة استثنائية لفقدان الكثير من الأشخاص بسبب تعرضهم للخطف من الجماعة الإرهابية وهو ما دفع ذويهم للجوء إلى القضاء لإصدار أحكام تقضي بفقدانهم ووفاتهم وهو ما يمكننا أن نستخلصه من أحكام المادة 113 من قانون الأسرة.[2]

1– شلبي محمد مصطفى: أحكام المواريث بين الفقه والقانون، لبنان، دار النهضة العربية، 1978 ، ص341.

2–قياسة فاطمة: المرجع السابق، ص10.

–أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد عرفت في هذا الوقت تطور هائل في وسائل الاتصال الحديثة– كما أسلفنا الذكر– مما دفعها إلى تقليص مدة الانتظار للحكم بموت المفقود فمثلا:
–في تونس جعلت المدة سنتين وفق ما جاء في الفصل 52 من قانون الأحوال الشخصية التونسية.

–والقانون الإماراتي في المادة 327 الفقرة الثالثة جعلتها سنة واحدة.

–أما المشرع المصري فقد جعلها أربع سنوات واستثنى ثلاث حالات جعلها سنة واحدة وهي:

إذا كان المفقود على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت أو في حالة الحرب بالنسبة لأفراد القوات المسلحة بقرار من وزير الدفاع أو رئيس الوزراء بعد البحث و التحري واستظهار القرائن التي يغلب فيها الهلاك مع نشر القرار في الجريدة الرسمية ويكون بمثابة الحكم بموت المفقود.

–أما بالنسبة للمشرع السوري فقد اختار مذهب الحنابلة كما فعل المشرع الجزائري في المادة 205 بأنه ينتهي الفقد بعودة المفقود أو باعتباره ميتا عند بلوغ الثمانين من عمره وفي الحالات التي يغلب فيها الهلاك يكون الحكم بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده لكنه اقترح تعديلا سنة 2007 في المادة 411 منه حيث جعلت المدة أربع سنوات في حالة السلم وسنة واحدة في حالة الحرب.[1]

ج–حالات الفقدان الخاصة:

حيث أنه إلى جانب حالات الفقدان العامة التي نص عليها قانون الأسرة توجد حالا ت خاصة فرضتها الظروف التي مرت بها الجزائر ممثلة في فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس والمأساة الوطنية لما نجم عنها من مفقودين، وهو ما أدى إلى ظهور الأمر

1–معيزة عيسى، المرجع السابق، ص40.

الأمر(03/02) والأمر(06/03) المتعلقين بالكارثتين الطبيعيتين اللتان كانتا سببا في وجود حالات فقدان كثيرة لأشخاص فلا يقين على موتهم ولا أمل في حياتهم وهو ما دفع رئيس الجمهورية إلى إصدار الأمرين وهو ما جعل حالات الفقدان الخاصة جاءت لفترة محددة وليست مستمرة(رغم أن حالات الفقدان فيها كانت تغلب عليها الهلاك وهو ما جعل مدة

الانتظار غير مجدية لأن الوفاة مرجحة في هذه الحالة بنسبة أكبر وهذه الأحكام تتعلق بمفقودي الكارثتين فقط.[1]

وهو ما يمكن أن نستنتجه من المادتين الثانيتين من الأمرين اللتان تنصان على أنه: (بغض النظر عن قانون أحكام الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات باب الواد 10 نوفمبر 2001 وزلزال 21 ماي 2003).

فنجد أنهما أضافا إلى جانب شروط الحكم بالفقدان الواردة في قانون الأسرة ما يلي:

1-ثبوت وجود الشخص بمكان وقوع الفيضانات أو الزلزال.

2-ألا يظهر عليه أي أثر وألا يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية.

أي أن هذا يعد تعريفا يمثل الاستثناء على التعريف العام للمفقود الوارد في قانون الأسرة الجزائري، كما جاء الأمر(01/06) المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية بإجراءات خاصة تتكفل بمفقودي المأساة الوطنية وفق ما نصت عليه في المادة 27 منه، حيث وضع شروط إضافية عما جاء به قانون الأسرة متمثلة في:

-أن يكون فقدانه قد كان في الظروف الناجمة عن المأساة الوطنية التي يرجح فيها الوفاة.

-أن تنقطع أخباره ولا يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل التي تقوم بها الضبطية

1- فيلالي علي، المرجع السابق، ص200./انظر: زعلاني عبد المجيد ،المدخل لدراسة القانون(النظرية العامة للحق)، الجزائر، دار هومة،(2004-2005)،ص96.

القضائية، كما نصت المادة 26 على أنه:

(يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الناتج عن المأساة الوطنية بموجب محضر معاينة فقدان معد من الشرطة القضائية).

أي أن إصدار الحكم بالفقد يتم بمحضر معاينة بفقدان الشخص تُعدُه الضبطية القضائية بعد البحث و التحري في أجل الأربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة، وهي مدة قصيرة لإحصاء جميع المفقودين وكان من الأجدر جعل بداية المدة موافقة لتاريخ إخطار الشرطة القضائية ممن له المصلحة بطلب الحكم بالوفاة.

كما أن المشرع قد مدد الآجال في الأمر(06/03) بالنسبة لدعوى الفقد إلى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة وهي مدة كافية لاتخاذ الإجراءات اللازمة للحكم بالفقد.[1]

ونص في المادة الثالثة على أنه يحكم بوفاة المفقود بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ رفع الدعوى ولا يتم الطعن بالنقض إلا أمام المحكمة العليا في أجل لا يتعدى شهرا واحدا لتفصل فيه في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها، ومنه يترتب على الحكم النهائي الآثار النصوص عليها في قانون الأسرة. رغم أن هذه المدة التي حددها تعتبر قصيرة جدا خاصة وأن المشرع الجزائري حددها في قانون الأسرة أربع سنوات خاصة وأن عدد المفقودين يكون كثيرا ولا تستطيع السلطة الضبطية القضائية التحقيق في أمرهم كما هو منصوص عليه في المادة 113، أما بالنسبة للأمر(01/06) المتعلق بضحايا المأساة الوطنية استدرك المدة المحددة التي كانت قصيرة

1–بودينة أحلام: الفقدان بين قانون الأسرة والأمر(01/06)المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر،(2008/2005)،ص18./أنظر: معيزة عيسى، المرجع السابق، ص43.

في القانونين السابقين ومددها إلى سنة تكفي للبحث والتحري وإصدار الحكم بالفقد والوفاة ويحمي مصالح أهالي الضحايا باعتبارها ليست طويلة مقارنة بالمدة المحددة في الحالات الاستثنائية وهذا راجع لعدم وجود نص صريح في الشريعة الإسلامية تحدد المدة اللازمة.

ومما يجب أيضا أن نشير إليه أنه يجب على المشرع الجزائري العمل على تقليص المدة التي حددها بأربع سنوات كما فعلت التشريعات العربية في معظمها-كما ذكرنا سابقا- وذلك راجع إلى ما توصل له العالم من وسائل يمكنها أن تساهم في سرعة معرفة مصير المفقود خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار الظروف التي مرت بها الجزائر في السنوات الأخيرة التي قامت بتقليص المدة من أجل تفادي إصدار أية نصوص خاصة مع إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المدة بحسب الحالات المعروضة أمامه التي قد يغلب فيها الهلاك فيجعلها مدة سنة واحدة، وإن كان يغلب عليها السلامة يجعل المدة سنتين.

المبحث الثاني:

ثبوت الفقدان والحكم بوفاة المفقود

لقد وضع المشرع الجزائري في نص المادة 113 من قانون الأسرة شرطا جوهريا تميز فيه عن بقية القوانين لإضفاء صفة المفقود على الشخص الذي جهل مكانه ولم يدرى حاله أهو حي أم ميت وهو استصدار حكم قضائي بعد اعتماد كافة الوسائل لإثبات الفقدان أولا وفق إجراءات قانونية محددة وخلال سنة كاملة من فقده ثم استصدار حكم قضائي ثان لإثبات وفاته بعد مرور مدة زمنية محددة تكون فرصة للبحث عنه والتيقن من حياته أو موته ويتم فيه مراعاة السلطة التقديرية للقاضي وكل هذا سنتطرق له في مطلبين.

المطلب الأول: إثبات الفقدان

وفيه نحدد شروط وإجراءات الدعوى ثم صدور الحكم بالفقدان لأن الحكم بالفقدان ليس هو الحكم بموت المفقود.

الفرع الأول: شروط رفع دعوى الفقدان

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الخامسة من المادة 423 نجد أنه نص على ما يلي: (ينظر قاضي شؤون الأسرة في الدعوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم).

أي أن الفصل في دعوى الفقد باستصدار حكم قضائي يكون في قسم شؤون الأسرة وكما هو مقرر قانونا يتم رفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة وفق ما نصت عليه المادة 14–15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومن أهم شروط رفع الدعوى:

1/–بالنسبة شرط الصفة:

وقد نصت المادة 114قانون الأسرة على من أهم الصفة لرفع دعوى الفقدان أن:

(الحكم بالفقدان يصدر بناءا على احد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة).
أي أصحاب الصفة هم: المدعي وتشمل:[1]

***الوارث:** وهو الذي يستحق الإرث بسبب القرابة أو الرابطة الزوجية.
*من له مصلحة: وهو من له فائدة في رفع الدعوى كالمتضرر من غيابه مثل الشريك أو الدائن...

1–قياسة فاطمة: المرجع السابق ، ص(12–15)./أنظر: بودينة أحلام، المرجع السابق ، ص21.

***النيابة العامة:** أي أن المادة 119 خولت النيابة العامة الحق في رفع الدعوى لطرف أصلي.

ولا يتم رفع الدعوى إلا بعد مرور سنة من الغياب وبعدها يقوم أعوان الدرك أو الشرطة بمعاينة مكان الشخص المفقود وسماع الشهود لتحرير محضر بالفقدان حتى يتم إصدار الحكم بالفقد.[1]

***المدعي عليه:** وهنا تظهر بعض المشاكل عمليا إذ أنه هو الشخص الذي ترفع عليه الدعوى ضده وهو المفقود وبما أن هذا الشخص مفقود فلا ترفع الدعوى عليه مباشرة، لذلك ذهب القضاء هنا لقبول الدعوى ضد النيابة العامة متمثلة في وكيل الجمهورية رغم عدم وجود نص صريح يجعلها طرف أصلي مدعى عليه في قانون الأسرة قبل التعديل ولكن بالرجوع إلى نص المادة 03 من قانون الأسرة الجديد بموجب الأمر(02/05) المؤرخ في 2005/02/27 نصت على أنه:

(تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون).

أو أن ترفع هذه الدعوى على أحد أقارب الشخص المراد الحكم بفقدانه كابن المعني أو زوجته.

-كما أشارت المادة 38 في فقرتها الأولى من القانون المدني إلى فكرة النيابة عن الغائب قبل الحكم بفقدانه كان يطلب الشخص الذي رفع الدعوى بتعيين وكيل قضائي عن المفقود يتولى تمثيله أمام الجهات القضائية لتثبت له الأهلية الإجرائية.

2/-بالنسبة للاختصاص الإقليمي:

حيث أن موطن المفقود هو موطن من ينوب عليه قانونا وفق ما نصت عليه المادة 38

1-قياسة فاطمة: المرجع السابق، ص(12-15)./أنظر: بودينة أحلام، المرجع السابق، ص22.

من القانون المدني :(موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن منينوب عن هؤلاء قانونا).

3/-بالنسبة لشرط المصلحة:

أي أن تكون هذه الدعوى المرفوعة قانونا على مصلحة قانونية وتستند على حق قانوني مادي أو معنوي وحالا ولا تقوم على المصلحة المحتملة.

كما يجب أن تكون هذه المصلحة شخصية مباشرة باستثناء حالات من يقوم مقام غيره كالوكيل و الوصي والقيم.

الفرع الثاني:صدور الحكم بالفقدان

حيث أن الحكم القضائي الصادر بالفقدان يثبت واقعة مادية متمثلة في غياب الشخص وفقدان أثره وكل هذا يتم بكافة طرق الإثبات، وهو ما ينتج عنه العديد من الآثار سواء كانت على ماله أو على حقوق غيره متمثلة في ورثته وزوجته، وخروجا عن هذه القاعدة العامة أجاز المشرع الجزائري إثبات الفقدان بموجب نصوص خاصة وتكون بواسطة محاضر قضائية حيث يمكن لكل من له الحق في رفع الدعوى أن يلجأ للقضاء مباشرة وبناءا على هذه المحاضر يصدر القاضي حكمه بالفقدان وهو ما نصت عليه المادة 02 من قانون(03/02) المتعلق بمفقودي فيضانات باب الواد سنة 2001:

(تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة).[1]

1-معيزة عيسى: المرجع السابق، ص32./أنظر: فيلالي علي: المرجع السابق، ص198.

المطلب الثاني: الحكم بوفاة المفقود

إذا لم يظهر الشخص الذي صدر الحكم بفقدانه بعد مرور مدة زمنية محددة قانونا يحكم بموته بعد القيام بإجراءات البحث والتحري بكافة الوسائل الممكنة يتم رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود وفق جملة من الشروط والإجراءات لا تكون مختلفة عما ذكرناه سابقا في دعوى الفقدان وهو ما سنذكره لاحقا.

الفرع الأول: شروط رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود

لا تختلف دعوى الحكم بموت المفقود عن إجراءات رفع دعوى الفقد من حيث الجهة القضائية المختصة ولا من حيث أطراف الخصومة من حيث الصفة التي يتمتعون بها والمصلحة والأهلية سواء في قانون الأسرة أو القوانين الخاصة ولكن الاختلاف يكمن في المدة المحددة لرفع الدعوى التي جعلها المشرع أربع سنوات وبهذا تختلف عن المدة المحددة بسنة واحدة في دعوى الفقدان، كما يوجد هناك استثناء على القاعدة العامة فيما يتعلق بالجهة القضائية المختصة للفصل في الدعوى في المادة 91 من الأمر (20/70) المؤرخ في 1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية:

"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 مكان وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة، فإلى محكمة مدينة الجزائر".[1]

1-قياسة فاطمة: المرجع السابق، ص27.

إلا أن الإشكال يكمن في أنه إذا أصدر القاضي حكمه بموت المفقود فهل يعتبر تاريخ موته هو يوم فقده أم يوم صدور حكم الفقد أم يوم صدور حكم الوفاة؟.

وفيه اختلف في ذلك لقولين:

***الرأي الأول:**

يرون أنه إذا حكم بموت المفقود أعتبر ميتا من تاريخ هذا الكم وليس من تاريخ فقده، أو الحكم بفقده وبهذا تزول شخصيته القانونية مرتبا آثارا منها توزيع أمواله على ورثته، وتعتد زوجته عدة الوفاة وتصبح صالحة للزواج بعد صدور هذا الحكم، فالمفقود لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ الحكم بموته.

***الرأي الثاني:**

يرون أن الشخص المفقود يعتبر ميتا من يوم ثبوت فقده، وليس من يوم صدور الحكم بالفقد أو الوفاة، وكل ما وقف له أثناء مدة الانتظار يلغى ويعطى لمن يستحقه، أي لا يرث من أحد أقرباءه ولا يستحق الوصية.[1]

-أما بالنسبة للفقه فالمذهب المالكي والحنفي اعتبروا المفقود ميتا من وقت الحكم بفقده، لا من وقت الحكم بوفاته.

-أما المذهب الشافعي و الحنبلي اعتبروا المفقود ميتا من الحكم بالوفاة، لا من وقت فقده.

لذا نرى بأنه يجب اعتبار المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم بالوفاة، وليس من وقت الحكم بالفقد، لاحتمال أن يكون حيا وهذا من أجل حماية مصلحته من جهة، ومصلحة ورثته من جهة أخرى، إلى حين صدور الحكم بوفاته.

1- أبو الزهرة محمد: أحكام التركات والمواريث، مصر، دار الفكر العربي، 1978م، ص84./أنظر: معيزة عيسى، المرجع السابق، ص199.

الفرع الثاني: احتساب وتقدير مدة الحكم بالوفاة

***أولا:** بداية حساب المدة اللازمة للحكم بموت المفقود

تلزم المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري القاضي بأن لا يحكم بوفاة المفقود إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري بكافة الوسائل الممكنة، وفيما زاد على ذلك ترك المشرع الجزائري أمر التقدير إلى القاضي ليحكم بموته والأخذ بعين الاعتبار الوثائق الإدارية و شهادة الشهود وكذا القرائن التي يغلب عليها الهلاك المأخوذة من ظروف القضية كما لا يجوز لقضاة الموضوع الحكم بالفقدان والوفاة في آن واحد لأن هذا يجعل الإجراءات باطلة وكذلك الأمر بالنسبة للأحوال الاستثنائية التي يبدأ احتساب مدة الأربع سنوات فيها من تاريخ فقد الشخص وليس من تاريخ صدور الحكم بالفقد.[1]

أي أن الأصل في بداية احتساب المدة اللازمة للحكم بموت المفقود والمتمثلة بأربع سنوات من تاريخ صدور الحكم بالفقد وكاستثناء في الحالات الاستثنائية يكون احتساب مدة الأربع سنوات من تاريخ الفقد وليس الحكم بالفقد.

المحكمة العليا غ إ ش،1995/02/02 ملف رقم 118621. [2]

***ثانيا:** تقدير المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

كما ذكرنا سابقا بأنه إذا ما حكم القاضي بالوفاة بالنسبة للشخص المفقود إذا رجحت ظروف الفقدان، ذلك يعتبر المفقود ميتا موتا حكميا، وهذا بعد القيام بإجراءات البحث والتحري بكافة الطرق والوسائل الممكنة إلا الإشكال يكمن في تقدير مدة الحكم بالوفاة؟.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وهذا راجع لعدم

وجود نص صريح يحدد تلك المدة، وانقسموا في ذلك إلى قولين:

1-بلحاج العربي: أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2،2005م، ص241.

2-بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص307.

***القول الأول:**

يرى أصحابه أن تحديد المدة يرجع إلى القاضي الذي له السلطة في تقديرها، أي أن الأصل هو العمل على تحديد المدة يرجع إلى القاضي، وهو ما جاء به جمهور الفقهاء، الذين يرون بأن التفويض يكون للإمام فيرى رأيه ويجتهد ويفعل ما هو الغالب على ظنه بما يحقق المصلحة، فلا ينظر إلى التقدير بالزمن لعدم ورود نص شرعي به، فإن رأى أن الحكم بالفقد يحقق المصلحة حكم بموته سواء كانت عودته مرجوة أم لا.[1]

ومن أصحاب هذا القول الأحناف والشافعية إلا أنهم اختلفوا في المدة المقدرة:

أ/ **الأحناف:** يعتبرون موت أقرانه الذين هم في بلده، فإن لم يوجد أحد من أقرانه عند ذلك يحكم بموته، فمنهم من قدرها :

- بسبعين سنة من تاريخ ميلاد المفقود.
-وقدرها البعض بتسعين سنة.
- وقدرها البعض الأخر بستين سنة مستدلين في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم:{أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين}.
- وقدرها البعض بمائة أو مائة وعشرين سنة.

ب/الشافعية: يرون أن المدة هي تسعون سنة وهي مدة موت أقرانه الذين هم في بلده، والرأي الصحيح عندهم أن المدة لا تقدر بزمن معين بل إذا ثبت لدى القاضي موته فإنه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التي لا يعيش فوقها غالبا.[2]

ج/المالكية: وهم من أصحاب هذا القول، يرون أن تقدير المدة تعود أو تخضع للحالة التي

1- تقية عبد الفتاح: الوجيز في التركات والمواريث، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، (2003-2004)، ص186./أنظر: الصابوني محمد علي، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، لبنان، دار الكتب العلمية، 1999م، ص206.

2- الطويل محمد رجاء عبد العزيز: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي-دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، مصر، إشراف: جمعة نعمان خليل وقاسم يوسف، ص(95/87).

فقد فيها المفقود وهي أربع حالات كل حالة لها مدتها الخاصة بها:

- فمن فقد في بلاد المسلمين يحكم بموته بعد أربع سنين.
- ومن فقد في حالة حرب بين المسلمين والكفار يحكم بموته بعد سنة من انتهاء المعركة.
- ومن فقد بأرض الشرك يحم بموته بعد سن التعمير.
- ومن فقد في الفتن بين المسلمين يحم بموته بعد انتهاء الحرب حين العجز عن معرفة أمره.

ولكنهم اختلفوا في تقدير سن التعمير:

- منهم من يرى سبعين سنة تبدأ من تاريخ ميلاد المفقود.
- ومنهم من يرى ثمانين سنة.
- ومنهم من يرى بمائة سنة.
- ومنهم من يقول بمائة وعشرون سنة.

***القول الثاني:**

وهو مذهب الحنابلة وفرقوا بين حالتين[1]:

أ/الحالة التي يغلب عليها السلامة كسفر للتجارة أو لطلب العلم أو للسياحة، وفيه قولين:

الأول: ينظر المفقود لحين سن التعمير وعندهم تسعون عاما تحسب من يوم مولده فلا يحكم بموته إلا بعد مرور تسعين سنة من يوم مولده.

الثاني: يترك تقدير المدة للقاضي، أي أن القاضي يجتهد فيها فهو يقدر كل حالة على حدا، إذا كان يغلب على الظن أنه قد مات يحكم بموته وإن كان يغلب على الظن أنه على قيد الحياة ينظر للمدة التي لا يعيش بعدها أمثاله.

1- فراج أحمد حسين: المرجع السابق، ص(305-306). /أنظر: الشرنباصي رمضان علي السيد وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء ، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية،2003م،ص268.

ب/الحالة التي يغلب عليها الهلاك: من يفقد في ظروف يغلب عليها الهلاك كحرب أو زلزال أو سفينة غرقت أو فيضانات أو يفقد بين أهله كمن يخرج للصلاة أو لحاجة فلا يعود ولا يعلم خبره فينتظر به تمام أربع سنين منذ فقده فإن لم يظهر له خبر قسم ماله بين ورثته واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للزواج، ولا يصدر فيها الحكم إلا بعد البحث و التحري وتقصي الحقائق.

-أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد حددت المدة بأربع سنوات في حالة غلبة الهلاك وفوض الأمر إلى القاضي بحكم سلطته التقديرية في الحالات التي يغلب فيها السلامة وفق ما نصت عليه المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري.

والذي أخذ فيه المشرع الجزائري بالمذهب الحنبلي باعتباره أكثر تماشيا مع الضرورات العملية ومصالح الناس، على غرار ما أخذ به المشرع المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل للقانون رقم 102 لسنة 1958 في المادة 21 منه، مخالفا ما عليه العمل في المذهب الحنفي الذي هو المذهب الرسمي للدولة، رغم أن المدة التي يصدر بعدها القاضي الحكم بموت المفقود متمثلة بأربع سنوات هي مجملها طويلة لا تتناسب مع الأحوال الاستثنائية في ظل التطور العلمي للإعلام والمواصلات لاختلافه على الزمن السابق.

حيث أن المشرع الجزائري في نص المادة 113 قانون الأسرة رجح كلمة الموت مع غلبة الهلاك بعد مضي هذه المدة دون أن يظهر أو تعرف أخباره بينما في الأحوال العادية تعطى للقاضي السلطة التقديرية للحكم بالفقد أو عدمه بعد البحث والتحري وبعد مضي أربع سنوات من فقده ويكون الحكم التصريحي بموت المفقود يرجع إلى تاريخ فقدانه وليس تاريخ الحكم بموت المفقود وهو الرأي الذي جاء به مذهب المالكية والحنفية.[1]

1-بلحاج العربي: المفقود في الحالات الاستثنائية، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص112/113.

الفصل الثاني
الأحكام الخاصة بتوريث المفقود

الفصل الثاني

بعد صدور الحكم بوفاة المفقود من القاضي سواءً أكانت هذه الوفاة حقيقية بناءا على بينة تدل على موته كشهادة الشهود أو شهادة وفاة صادرة عن جهة رسمية، أو كانت وفاة حكمية صادرة بحكم من القاضي بعد مرور مدة زمنية محددة لعدم تبين حاله فإنه في كلا الحالتين يترتب عن وفاة المفقود نتائج أو آثار منها ما يتعلق بزوجته إن كان متزوجا ومنها ما يتعلق بماله وتوريث غيره منه، ومنها ما يتعلق بإرثه من غيره وكل هذا سنتناوله في البحث الأول.

أما بالنسبة لأحكام إرث المفقود فإن هذا سيتوجب تحديد طريقة أو كيفية توريث المفقود والحالات التي يوجد بها هذا المفقود إذا كان وارثا من غيره أو الحالات الخاصة كتعدد المفقودين وفق المذاهب الفقهية وما اختاره المشرع الجزائري وهو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول:

الآثار الناتجة عن الحكم بالفقدان وبوفاة المفقود

يترتب على الحكم على الغائب بالفقدان وبوفاة المفقود العديد من الآثار سواءً تعلق هذا بماله الخاص أو بالنسبة لزوجته أو ورثته أو إن كان وارثا من غيره سواء في المذاهب الفقهية التي عرفت اختلافا في بعض النقاط المتعلق بهذه الآثار أو بما أخذ به المشرع الجزائري مقارنة بغيره من التشريعات وما يلزم تقسيم المبحث إلى مطلبين:

سنتناول في المطلب الأول الآثار الناجمة عن الحكم بالفقدان بالنسبة لماله وبالنسبة لمال غيره.

وفي المطلب الثاني الآثار الناجمة عن الحكم بوفاة المفقود بالنسبة لزوجته ولورثته وأيضا بالنسبة إلى ماله.

الفصل الثاني

المطلب الأول: الآثار الناجمة عن الحكم بالفقدان

الفرع الأول: حكم المفقود

أولا: حصر أموال المفقود

قد أوجبت المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري القاضي عند الحكم بالفقدان أن يقوم بحصر أموال المفقود إن وجد له مال وذلك بتعيين مقدم من أقاربه أو غيرهم لتسيير هذه الأموال ويكلف بحصر كل أمواله من عقارات أو منقولات من أجل حمايتها لأن المفقود يعتبر حيا وفق استصحاب الحال، ولعدم قدرته على تسيير وحماية هذا المال يتولى القاضي بتعيين من يسيرها ويحميها. والمقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة من النيابة العامة وفق نص المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري.

ووفقا لما نصت عليه المادة 100 من نفس القانون فغن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي لذلك يشترط أن يكون مسلما، عاقلا، بالغا، أمينا، حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط، كما له سلطة الولي في التصرف وتنتهي مهمته بعزله أو موته أو رجوع المفقود أو بقبول العذر بتخليه عن مهمته، فيقوم بتسليم الأموال التي كان مسؤولا عنها.

وبالرجوع إلى بنصوص المواد من (92–97) من قانون الأسرة يمكننا إدراج ما يتعلق بالمقدم في النقاط التالية:[1]

–أن يكون المقدم مسلما، عاقلا، بالغا، أمينا وحسن التصرف.

–أن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي.

1– الطه أحمد حسن: المفقود والأسير في الشريعة الإسلامية والقانون–دراسة مقارنة،مصر،دار المشرق للكتاب، ط1، (1431هـ/2010م)، ص(37–40). /أنظر: بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص241.

–أن للمقدم سلطة الولي في التصرف وتنتهي مهمته بعزله أو موته أو رجوع المفقود أو بوجود عذر يتم قبوله.

–أن يقوم المقدم بتسليم الأموال التي كانت بعهدته مع حساب المستندات إلى من يخلف أو إلى المفقود إن رجع أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

ومن مهام المقدم: أنه يقوم بحفظ أموال المفقود ويقبض عنه ديونه وحقوقه كالإرث وينفق على زوجته وأصوله وفروعه. وإن ثبتت وفاته يقسم ماله على ورثته.[1]

وفق المادة 111 ق أ ج وما أخذ به المشرع التونسي الفصل (84/83) والإماراتي المادة (234–235).

ثانيا: حكم المفقود بالنسبة لأمواله الخاصة

والقاعدة المقررة فقها أن المفقود بالنسبة لأمواله يعتبر حيا مدة فقده باستصحاب الحال حتى تقوم البينة على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته، فلا يقسم ماله على الورثة وينفق القاضي على زوجته وأصوله وفروعه من مال المفقود عن طريق الوكيل، لان الأصل ثبوت حياة المفقود وأن ماله يبقى ملكه ويحفظ له حتى يتبين أمره.

وذلك استصحابا للحال التي كان عليها قبل غيابه وهي أنه كان حيا حين غيابه وبالتالي لا تنتقل أمواله إلى ورثته لعدم توافر شرط من شروط الميراث وهي موت المورث حقيقة أو حكما ويظل هذا الأصل قائما حتى يحكم بموته.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اختار هذا الرأي أيضا وهو ما نستشفه من خلال نص المادة 115 قانون الأسرة الجزائري :

1- عبد الوهاب عبد الغفار جمال: المرجع السابق، ص(89/88).

2-فشار عطا الله : أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية،ط 2،(1429هـ/2008م)، الفصل الثالث(الإرث بالتقدير)./أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 241./أنظر: حسن علي السيد، المرجع السابق، ص(80/77).

(لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي من عي من أمواله أو قيمة ما بيع منها).

وأيضا المادة 133 من نفس القانون التي نصت عليها على انه: (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من نفس القانون).

أي أن المفقود يعتبر حيا إلى غاية صدور الحكم بوفاته فلا يرث ولا تقسم أمواله.

فإذا حكم القاضي بموته حكما اجتهاديا على ما ترجح لديه من القرائن والأحوال والظروف يرث ورثته من تاريخ الحكم فقط الذي يعتبر للوفاة ومنشأ لها وليس مظهرا للموت الذي وقع وحدث قبل صدور الحكم وهو ما أخذت به أغلب القوانين العربية.[1]

الفرع الثاني: حكم المفقود بالنسبة لمال غيره

وقد انقسم فيه الفقهاء إلى قولين:

أ/القول الأول:

حيث ذهب الفقه الحنفي إلى أن المفقود لا تثبت له حقوق ايجابية من غيره كالميراث والوصية والهبة من الآخرين، فلا يرث من غيره لعدم تحقق شروط الإرث فيه وهو تحقيق حياتهن وحياة المفقود غير محققة بل هناك احتمال أن يكون ميتا فهو لا يرث ولا يورث لان الاستصحاب عندهم حجة للدفع لا للإثبات.

أي أنه يصلح لأن يدفع به من ادعى تغيير الحال لإبقاء الأمر على ما كان، كاستصحاب حياته يفيده فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله، ومن فراق زوجته وهذا هو الحق السلبي، ولا يفيده في انتقال ملكية الغير إليه وهذا هو الحق الإيجابي.[2]

1-فشار عطا الله : المرجع السابق،الفصل الثالث(الإرث بالتقدير)./أنظر:بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص(176-177)./أنظر أيضا: شلبي محمد مصطفى ،المرجع السابق، ص342.

2- الطويل محمد رجاء عبد العزيز: المرجع السابق، ص299.

ب/القول الثاني:

وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة والطاهرية والشيعة الإمامية أن المفقود يرث من غيره ويعتبر حيا ويفرز له نصيبه على هذا الأساس حيث يتبين خلاف ذلك، فحياة المفقود هي الأصل الثابت فيرث من غيره ولا يورث عنه ماله فيوقف للمفقود من تَرِكة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته ردَّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة أي الاستصحاب عندهم حجة للدفع وللإثبات معا.[1]

ويثبت كلا الحقين الإيجابي والسلبي، وهذا هو الراجح الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 133 من قانون الأسرة والمادة115 من نفس القانون.

أي أن المفقود إذا ظهر حيا أخذ ما وقف من تركته مورثه وإن ثبتت حياته بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه في أيدي الورثة وإذا ثبتت وفاته بعد صدور الحكم بوفاته فنكون أمام حالتين:

1/إذا ثبتت وفاته قبل موت مورثه: يستحق ما حفظ له ورثة مورثه

2/وإذا ثبتت وفاته بعد موت مورثه: كان ما حُفظ له لورثته.

لذلك فقد اقترح الدكتور بلحاج العربي إعادة صياغة المادة 115 ق.أ وإضافة فقرة ثانية.[2]

1- الشرنباصي رمضان علي السيد و الشافعي جابر عبد الهادي سالم ،المرجع السابق،ص 266.

2-بلحاج العربي: أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة مع التعديلات، ص349./أنظر: أبو الزهرة محمد، المرجع السابق، ص(211/210).

المطلب الثاني: الآثار الناجمة عن الحكم بموت المفقود

الفرع الأول: حكم المفقود بالنسبة لزوجته

صدور الحكم بالفقدان لا يعد سببا في قطع العلاقة الزوجية أي تبقى زوجة المفقود طوال مدة الفقد على ذمته إلى أن يصدر الحكم بموت المفقود فلا يحل لها قبل ذلك أن تتزوج أو أن تطلب التفريق إلا بعذر مقبول وتقدم طلبها هذا إلى قاضي قسم شؤون الأسرة وفق ما نصت عليه المادة 53 مكرر في فقرتها الخامسة.

وقد اختلف الفقهاء في حكمها وانقسموا إلى الأقوال أو الآراء التالية:

*يرى الحنفية والشافعية بأنه لا يجوز الحكم بموت المفقود إلا إذا قامت بينة على وفاته واستدلوا في ذلك بقول علي رضي الله عنه: (امرأة المفقود ابتلت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها يقين موته).

أي أنه يجب عليها الانتظار إلى وقت انقراض جميع أقرانه فمن النادر أن يعيش المفقود بعد وفاتهم والأحكام الشرعية لا تبنى على الحالات النادرة بل على الحالات الغالبة.

*وذهب المالكية في حكم زوجة المفقود أنه تبعا لحالات أو أقسام المفقود أي أن حكمها يختلف باختلاف حالة الفقدان:[1]

أ/من فقد في بلاد المسلمين يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ البحث عنه والعجز عن الوصول إلى حالته وأخباره ويخضع الحكم بالنسبة للزوجة حيث أنها تستطيع أن تتزوج بعد مرور أربع سنوات من البحث والتحري عن زوجها أما قول أن تبقى زوجته إلى حين موت أقرانه تنافي ما جاء به الإسلام (لا ضرر ولا ضرار).

ب/من فقد في حالة حرب (مع الكفار) فإن كانت في بلاد الكفار يحكم بموته بعد انتهاء المعركة والعجز عن معرفة أمر المفقود في القتال بعد انتهاء مدة سنة كاملة أي أن فيها

1- الطويل محمد رجاء عبد العزيز: المرجع السابق، ص(95/87)./أنظر: حسن علي سيد، المرجع السابق، ص(103/97).

قولان فالقول الأول تكون بعد انتهاء المعركة، والقول الثاني بعد سنة من انتهاء المعركة.

ج/من فقد في بلاد الشرك يحكم بعد سن التعمير فلا تتزوج حتى يحكم بوفاته بانقراض أقرانه فتعتد بعدها ولها أن تتزوج بغيره بعد انقضاء العدة وعلتهم في ذلك هو تعذر معرفة أخبارهم أو الكشف عنهم.

أما المفقود في الفتن فيحكم له بحكم المقتول فتعتد امرأته وتقسم أمواله.

*أما مذهب الحنابلة فقد فرقوا بين حالتين للفقد:

أ/الحالة التي يغلب فيها السلامة، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو للسياحة وفيه قولان:
القول الأول: ينتظر لسن التعمير ثم تعتد الزوجة ولها أن تتزوج بعد انقضاء العدة.
القول الثاني: القاضي هو من يقدر المدة ويجتهد فإذا لم يعلم خبره ينتظر أربع سنين فيحكم بموته وتعتد زوجته ولها أن تتزوج.

ب/الحالة التي يغلب فيها الهلاك: فتكون السلطة التقديرية للقاضي وبعدها يحكم القاضي بموته وبعدها تعتد الزوجة.

وما تجدر الإشارة إليه أن المالكية لا يجيزون للزوجة الاعتداء والتزوج في كل الأحوال التي ذكرناها سابقا إلا بموجب حكم صادر من القاضي باعتباره ميتا بعد رفع الأمر إليه فإذا انعدم رفعته إلى السلطان فإن لم يوجد فلأمير البلد فإذا لم يوجد فالجماعة المسلمين من صالحي بلدها وإلا بقيت الزوجة حتى يظهر أمره.

وهذا القول لدى المالكية أخذ به المشرع الجزائري فجعل الزوجة تبقى في ذمة زوجها بعد فقده وغيابه.[1]

أما بالنسبة لحق الزوجة في طلب الطلاق فقد نصت المادة 112 من قانون الأسرة

1-معيزة عيسى: المرجع السابق، ص57./ أنظر: بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص241./أنظر أيضا: زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص95.

الجزائري على أنه يحق لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق، وقد أحال بدورها إلى المادة 53 في فقرتها الخامسة من نفس القانون.

وقد اشترط المشرع الجزائري حتى تحصل زوجة المفقود على الطلاق وفق نص المادة 53 الفقرة الخامسة شروط نستشفها من نص هذه الفقرة:

(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة).

أي أنه قد قيدها بالشروط التالية:

*غياب الزوج بدون عذر أو سبب، أو فقدانه.
*عدم إنفاق الزوج على زوجته خلال سنة.
*مرور مدة سنة على غياب الزوج.

أي أن المشرع قيد حق الزوجة في التطليق بهذه الشروط السالفة الذكر فإذا لم تتوفر هذه الشروط فليس لها الحق في طلب التطليق وتنتظر صدور الحكم بموته حتى تعتد عدة المتوفي عنها زوجها والمنصوص عليها في المادة 59 من نفس القانون.

وذلك لأنه يعتبر حيا وليس ميتا وفق استصحاب الحال إلى أن يصدر القاضي حكمه بموته.

كما أنه لا يمكنها التطليق إلا بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهنا نجد تضارب النصوص قد ينجم عنه تضارب في الأحكام وآثار خطيرة قد تترتب عليه لذلك وجب تصحيحه.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي[1]: فقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه هناك حالات يسوغ فيها

1-معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص57./ أنظر: بلحاج العربي،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص241./أنظر أيضا: زعلاني عبد المجيد ،المرجع السابق، ص95.

للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها ومن بين هذه الحالات ما يلي:

1-ترك الزوجة بدون نفقة ولا تجبر في هذه الحالة أن تبقى في عصمته وتتضرع مرارة الجوع والحاجة وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الزيدية والإمامية.

2–في حالة إذا ما فوض الزوج زوجته الطلاق وخيرها بأن تفعل ما تشاء.
3–في حالة إذا ما وضع الزوج هذا الشرط في عقد الزواج أي بأن تخير بقاءها معه أو تفارقه.

ومن هنا أيضا نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في مسألة طلاق الزوجة في حالة خاصة وهي غياب زوجها وانقسموا إل قولين:

أ–**القول الأول:** هو أن الزوجة الغائب عنها زوجها تصبر على البلى على غرار ما تقدم في المفقود وهي أن تبقى في عصمته ولا تنفصل عنه إلا بعد صدور الحكم بموته، كما يرون أن علّة ذلك هو طالما ترك لها نفقة وأنه ليس عليه شرط الإقامة معها وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية و الزيدية و الإمامية .

ب–**القول الثاني:** يرون بأنه لها الحق في طلب التفريق إذا ادعت الضرر بشروط معينة وهو قول المالكية والحنابلة.[1]

وفيما يتعلق بحق الزوجة في النفقة فقد نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة المادة 78 منه وحددها في:

(الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وكل ما هو من الضروريات في العرق والعادة).

أما بالنسبة للفقه الإسلامي يرى الفقهاء بأنه تبقى نفقة زوجة المفقود ثابتة في فترة الفقد وتدفع من مال المفقود وكذلك نفقة الأولاد وكل من تجب فيهم ولا يتم هذا إلا وفق أصول

1– الطه أحمد حسن: المرجع السابق، ص(99/62)./أنظر: الزحيلي وهبة ،المرجع السابق، ص419.

معينة وهي:

1-جريان النفقة لا يكون إلا عن طريق القضاء.
2-تحديد سبب الإنفاق يكون أيضا عن طريق القضاء سواء تعلق الأمر بعقد الزوجية بالنسبة للزوجة أو ثبوت النسب بالنسبة للأولاد.
وقد جاز صرف النفقة على الزوجة والأولاد لأسباب منها:

*أن الزوجة تستحق النفقة بالعقد الذي يربطها بزوجها وهو عقد الزوجية ما لم يقطعها من موت أو طلاق.

*لأن الزوجة ما زالت في عصمة زوجها.

*لأن عقد الزواج حق للزوج في زوجته وبقاؤه يكون بدوام النفقة لأن صرفها حفظ لهذا الحق.

*لأن نفقة الزوجة واجبة في مال زوجها سواءا كانت فقيرة أو غنية.

-أي انه إذا ظهر مستحقو النفقة كان لهم أن يأخذوها كالأطعمة أو الألبسة لأن حقهم ثابت بمقتضى الشريعة أي لا يتوقف على صدور حكم قضائي فقط، ويكون هنا والمسؤول على الإنفاق هو القاضي بعد رفع الأمر إليه من المستحقين فيقوم بتقدير النفقة المستحقة لهم ويعين وكيلا يتولى عملية الإنفاق من مال المفقود على الزوجة والأولاد.[1]

الفرع الثاني: حكم المفقود بالنسبة لورثته ولماله

أولا: حكم المفقود بالنسبة لورثته

بعد أن يحكم القاضي بموت المفقود بعد مرور المدة المعينة في القانون فإن هذا الحكم يترتب عليه آثارا شرعية منها:

1-حسن علي سيد: المرجع السابق، ص76./أنظر: الطه أحمد حسن ،المرجع السابق، ص146.

-حصر التركة التي تركها المفقود واتخاذ الإجراءات اللازمة.

-تسديد ديونه من التركة على أساس مبدأ (لا تركة إلا بعد سداد الديون) ثم تنفيذ وصاياه وتوزع التركة على باقي ورثته الموجودين وقت الحكم بوفاة المفقود ويأخذ كل منهم نصيبه في الميراث.

-يمتلك ورثة المفقود الموجودين وقت الحكم بموته والذين وزعت التركة بينهم فهؤلاء يمتلكون أموال المفقود بموجب حكم قضائي ولهم التصرف في ماله بكل حرية.

-وكما ذكرنا سابقا، بعد صدور الحكم بموت المفقود بناءا على القرائن والظروف التي أحاطت بفقده بعد البحث والتحري عنه بكافة الوسائل الممكنة أي بناءا على اجتهاد القاضي فيكون هذا الحكم منشئ لا مظهر وفي هذه الحالة يعتبر الموت حكميا لا حقيقيا. وبناءا على ذلك تقسم أمواله بين من كان موجودا من ورثته وقت الحكم بموته أما من مات قبل ذلك ولو أثناء نظر الدعوى بشأن وفاته فلا يكون مستحقا للإرث لعدم تحقق حياة الوارث وقبل موت المورث.[1]

ثانيا: حكم المفقود بالنسبة لماله

أما بالنسبة لماله فإنه قبل صدور الحكم بوفاته فإنه يعد حيا بالنسبة لماله وذلك استصحابا للحال التي كان عليها قبل الفقد. إذ أن الأصل بقاء ما كان عليه حتى يظهر خلاف ذلك، فتبقى أمواله على حكم ملكه وبعد صدور الحكم تنتقل ملكيتها إلى ورثته ولهم أن يتصرفوا فيها كما يشاءون بما لهم من حق على ملكيتهم لتلك الأموال.

ولكن إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فإنه يستطيع أن يسترد هذه الأموال التي وصفت في يد ورثته إلا إذا هلك لسبب أجنبي فلا يستطيع استرداد إلا ما بقي منه. – وهو ما سنفصل فيه لاحقا–

1– الطويل محمد رجاء عبد العزيز: المرجع السابق، ص155.

حالة هلاكه أو استهلاكه من الورثة.[1]
إلا أن الإشكال المطروح هو كيفية توريث المفقود من غيره أثناء مدة الانتظار؟.

بالرجوع إلى ما نصت له المادة 133 التي نص فيها المشرع الجزائري برأي الجمهور والتي نصت على أنه إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من نفس القانون إلا أنه لم يحدد طريقة توريثه بعد الحكم بفقده وقبل صدور الحكم بموته أي خلال مدة الانتظار وهو ما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري وقد اختلف الفقهاء في حكم المال الموقوف للمفقود في تركة مورثه وانقسموا إلى قسمين:

*ذهب الشافعية والحنابلة الذين يرون أن الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات معا قالوا بأن المفقود يرث ممن يموت من مورثيه حال فقده وقبل الحكم بموته مادامت لم تقم بينة على موته من قبل ويحفظ له نصيبه. وإذا لم يظهر أمره وصدر حكم بوفاته فإن حُكِم ما حجز له من أموال مورثيه كحكم بقية أمواله ، فتورث عنه ويقضي منها دينه.

*ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة بأنه من باب الاحتياط يرث المفقود بطريقة التقدير نظرا لاحتمال حياته، بمعنى انه يحجز له نصيبه من تركة مورثه فغن ظهر حيا تَملَكه لتحقق شرط الإرث وهو الحياة، وإذا علم أنه مات بعد موت مورثه أو حكم بذلك بناءا على دليل دفع نصيبه المحجوز له مع ماله الأصلي إلى ورثته، أي الاستصحاب حجة لا للدفع لا للإثبات.

أما إذا كان موته قبل موت مورثه أو صدر حكم بذلك مستند على دليل فإن القدر المحجوز له من تركة مورثه يرد إلى ورثة مورثه.وذلك لعدم تحقق شرط الميراث وخلاصة ذلك أن المفقود لا يرث شيئا من غيره بالفعل إلا إذا تبين أنه كان حيا وقت موت مورثه.

1- طعيمات هاني: المرجع السابق، ص175./أنظر: الشرنباصي رمضان علي السيد وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص264./أنظر أيضا: الزحيلي وهبة ،المرجع السابق، ص420.

أما إذا توفي المفقود مع مورثه ولم يعرف من مات أولا فإنه يأخذ حكم الهدمى والغرقى والحرقى الذي عرف اختلافا بين الفقهاء.[1]

أما إذا لم يظهر حاله أثناء مدة الانتظار فهنا يصدر القاضي حكمه بالوفاة من طرفه بعد البحث والتحقيق ويكون حكمه عبارة عن اجتهاد أو تقدير بناءا على القرائن والأدلة فيكون حكما منشأً وليس كاشفا للوفاة، ويقسم ماله على ورثته وتعتد زوجته.

وقد اختلف الفقهاء في ميراث المفقود عن غيره في حالة صدور حكم الوفاة بعد انتهاء مدة الانتظار وفيه قولان:

أ-**القول الأول:**

أن المفقود يعتبر ميتا من جهة إرثه من غيره من تاريخ فقده وليس من تاريخ صدور الحكم بالوفاة فلا يرث المفقود وإن كان في مدة الانتظار لان حياته وقت موت مورثه مشكوك فيها لأن تحديد تاريخ موت المفقود يبقى مجهولا ومشكوكا فيه ولا يرث.

وهو رأي الأحناف والمالكية بأن المعتبر وارثه عندهم يوم الحكم بموته ولا يوم الفقد أو يوم صدور حكم الفقدان. ويعتبر ميتا بالنسبة لماله من تاريخ الحكم، وبالنسبة لمال غيره من يوم فقده فيقسم ماله وقت صدور الحكم بوفاته وما وقف من مال يرد إلى ورثة مورثه.

ب-**القول الثاني:**

يرون أن المفقود لا تثبت وفاته إلا بصور حكم من القاضي، والموقوف له أثناء مدة الانتظار يكون من نصيب ورثته لا من نصيب ورثة مورثه وهو رأي الشافعية والحنابلة.[2]

1- طعيمات هاني:المرجع السابق، ص176.

2- أبو الزهرة محمد: المرجع السابق،ص210.

***الرأي الراجح:**

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه النقاط رغم أهميتها وهو ما يوجب وضع نصوص قانونية خاصة تعالجها.

والرأي الذي يحمل قوة حجية هو رأي أصحاب المذهب الأول بأن الموقوف للمفقود يرجع إلى ورثة مورثه لعدم التحقق من حياته عند وفاة المورث باعتباره شرطا لصحة الإرث.

وهو رأي جمهور الفقهاء واختارته التشريعات العربية.

ولذلك فإن حكم القاضي بوفاته لا يكفي لإثبات ميراثه من غيره ولأن حياته غير مؤكدة رغم ما اعتمده القضاء من وسائل اتصال وبحث وتحري تتميز بتطورها ودقتها. فلا يمكن بناء حكم بتوريث ورثة المفقود عن طريق الشك والإحباط.[1]

1-معيزة عيسى: المرجع السابق، ص61.

المبحث الثاني:

طــريقة تــوريث المــفقود

لقد اجتمع الفقه الإسلامي مع التشريع الجزائري إلى جانب باقي التشريعات العربية على شروط للتوريث منها ثبوت حياة الوارث وقت موت مورثه وهو ما عرف إشكالات عديدة في مسائل ميراث المفقود، حيث أن هناك حالات يختلف فيها إرثه ولا يتم ذلك إلا بإتباع مراحل محددة في إرثه وهو ما سنتطرق له من خلال مطلبين:

في المطلب الأول نبين كيفية استخراج نصيب المفقود وحالات وجوده في الإرث وتحديد مراحل حل مسائل المفقود فقها وقانونا.

أما المطلب الثاني فنبين فيه كيفية حل مسائل المفقود عن طريق أمثلة تطبيقية لتوضيح ذلك. إل جانب تبين الآثار الناجمة عن ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته.

المطلب الأول: استخراج نصيب المفقود

علمنا مما سبق أن توريث المفقود واستخراج نصيبه يكون في حال أن يرث من غيره وبناءا على ذلك إذا مات شخص وله ورثة وكان من ضمن هؤلاء مفقود فلابد من استخراج نصيبه أثناء توزيع التركة.

الفرع الأول: حالات إرث المفقود

أ/الحالة الأولى: أن يكون المفقود غير وارث بأن يكون محجوبا من الميراث بغيره من الورثة فهنا تقسم التركة تقسيما نهائيا ولا يحجز للمفقود شيئا منها لان ظهوره أو عدمه سواء.

مثال: مات شخص عن: أب، أم، زوجة، ابنان، ابن ابن مفقود في هذه المسألة لا يرث ابن الابن لأنه محجوب بالابنين حجب حرمان فتقسم التركة دون انتظار ظهوره.

ب/الحالة الثانية: أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد للشخص الميت ويحجب باقي الورثة حجب حرمان،توقف له التركة كلها أما إن كان معه ورثة آخرون فيمنع الورثة من أخذ شيء منها حتى ظهور حال المفقود وبيان أمره.

– فإن ظهر أنه حي أخذ المال كله سواءا ظهر حيا قبل صدور حكم فقدانه أم يحكم القاضي بناءا على بينة.

– وإن حكم القاضي بموته أخذ الورثة التركة كل حسب فرصته سواءا ببينة أم بحكم القاضي بعد مرور أربع سنوات.

مثال1: مات شخص عن: ابن مفقود فقط.
المفقود هو الوارث الوحيد فإن ظهر حيا أخذ التركة كلها وإلا أخذتها الخزينة العامة وفقا لأحكام المادة 180 الفقرة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري.[1]

1–بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص350.

مثال2: مات شخص عن ابن مفقود، أخوين لأم.

المفقود يحجب الأخوين لأم حجب حرمان، فإن ظهر حيا أخذ التركة كلها وإلا أخذها الأخوين لأم.

ج/الحالة الثالثة: أن يكون المفقود معه ورثة وفيها حالتين:

1-إذا كلن نصيب الورثة لا يتأثر في حالتي المفقود سواء كان حيا أو ميتا، فيأخذ الورثة نصيبهم كاملا ويوقف للمفقود نصيبه:

*فإن ظهر حيا أخذ نصيبه من التركة.

*وإن ظهر ميتا أو حكم القاضي بذلك ردّ إلى بقية الورثة بنسبة سهامهم.[1]

2-وإذا كان نصيب الورثة كلهم أو بعضهم يتأثر بموت المفقود وحياته فنجعل للمفقود مسألتين تحل على فرصتين نعتبره حيا بإحداها وميتا بالأخرى، أي على مسألة الحياة وعلى مسألة الموت ويعامل الورثة الأضر ويعطى أقل النصيبين عملا باليقين ويوقف الباقي مع نصيب المفقود حتى يظهر حاله فيرد عليهم الباقي أو لا يرد على حسب الحال.

مثال1: مات شخص عن: زوجة، ابن الأخ (مفقود)، ام ام.

وهنا نصيب الزوجة والجدة لا يتأثر فتعطى كل منهما فرصتها كاملا ويحجز لابن الأخ نصيبه فإن ظهر حيا أخذه وإن مات أخذته الزوجة والجدة بنسبة سهامهما.[2]

1- شلبي محمد مصطفى:المرجع السابق، ص344./أنظر: بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص179./أنظر أيضا: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص308. /أنظر أيضا: بلحاج العربي: أحكا م التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجزائري،ص 350./أنظر: الزحيلي وهبة ، المرجع السابق، ص422.

2-المرجع نفسه، ص350./ أنظر: فشار عطاء الله ، المرجع السابق،الفصل الثالث(الإرث بالتقدير)./انظر أيضا:بدران أبو العينين بدران،المرجع السابق،ص308./أنظر، عاشور مصطفى:علم الميراث،مصر،مكتبة القرآن للطبع و النشر،ص196.

مثال2: مات شخص عن : زوجة،بنت الابن، ابن ابن مفقود.

نلاحظ أن نصيب الزوجة لا يتغير أما بنت الابن فيتأثر بحياة المفقود أو موته. فيعطى لبنت الابن أقل النصيبين ونحجز لابن الابن المفقود نصيبه حتى يتبين حاله فإن ظهر حيا أخذه وإن ظهر أو حكم بموته يكمل نصيب بنت الابن.

الحالات الخاصة:

حيث أنه هناك حالات خاصة بأن يكون المفقود وارثا بالتعصيب ولا يبقى له من التركة شيء فلا يؤثر في الورثة سواءا كان حيا أم ميتا غير أنه قد يحجب بعضهم في إحدى الحالتين التاليتين:

*حجب نقصان: أي أن المال الموقوف لا يكون فيه نصيب للمفقود سواءا كان حيا أو ميتا فللورثة أن يتفاهموا بينهم بتقسيمه بينهم وغن اختلفوا تركوه حتى يظهر حال المفقود فيكون كل الموقوف لا حظ للمفقود فيه وفي حالة أخرى يكون بعض الموقوف لا حظ للموقوف فيه–وهو ما سنتناوله لاحقا–

وفي حالة أخرى خاصة قد يتعدد المفقودين فنلجأ إلى وضع أربع مسائل في حالة إذا كان مفقودان في المسألة الواحدة نضع في المسألة الأولى بتقدير حياتهما، والثانية بتقدير وفاتهما، والثالثة بتقدير موت الأول وحياة الثاني، والرابعة بتقدير حياة الأول وموت الثاني.

وإذا كان مفقود ثالث نكون أمام ثماني مسائل. [1] – وهو ما سنوضحه لاحقا–

<u>الفرع الثاني</u>: مراحل حل مسائل المفقود

لحل مسائل المفقود يجب إتباع المراحل التالية:

1–معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص70.

1/-تجعل للمفقود مسألتين تحل على فرضين نعتبره حيا بإحداهما وميتا بالأخرى

- الأولى على فرض المفقود حي، ويطلق عليها مسألة الحيـــاة.

- الثانية على فرض أن المفقود ميت، ويطلق عليها مسألة الموت.

وفيها نحدد نصيب كل وارث وتصحيح المسألة التي تحتاج إلى تصحيح.

2/-نستخرج المضاعف المشترك الأصغر بين أصلي المسألتين ويصبح أصلا للمسألة الجامعة بينهما.

3/-نقسم أصل المسألة الجامعة على أصل كل من المسألتين، والعدد المحصل عليه في كل مسالة يعتبر جزء سهم لكل مسألة، ونكتبه فوق أصل المسألة الخاصة به.

4/-نضرب سهم كل وارث في كل مسألة في جزء السهم الخاص بها، ونأخذ الأقل من نصيبه في المسألتين، فيصبحه نصيبه الثابت في المسألة الجامعة.

5/-نجمع سهام الورثة في المسألة الجامعة، ونستثني من هذه السهام سهم المفقود ونطرح المجموع في أصل المسألة، وحاصل الطرح بعد ذلك هو الذي يوقف حتى يظهر حال المفقود.[1]

1- شويدح مؤمن أحمد ذياب: المرجع السابق، ص118.

المطلب الثاني: كيفية حل مسائل المفقود

بعد أن تعرضنا بشكل نظري على الحالات التي يرث فيها المفقود والمراحل التي يجب إتباعها لحل المسائل التي يوجد فيها المفقود وارثا سنتطرق في هذا المطلب بفرعيه الأول و الثاني إلى أمثلة تطبيقية لتوضيح ما ذكرناه سابقان مع تحديد الآثار التي قد تنجم عن ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته.

الفرع الأول: أمثلة تطبيقية عن إرث المفقود

أمثلة تطبيقية عن إرث المفقود

أولا: أمثلة تطبيقية عن الحالة الأولى (أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد)

مثـــــــال(1):

في هذا المثال الأخ الشقيق المفقود يحجب الأخوة لأب حجب حرمان فتوقف جميع التركة.[1]

أخ الأب	**محجوب**
أخت الأب	**محجوب**
أخ شقيق (مفقود)	**عصبة**

مثـــــــال(2):

ابن (مفقود)	**عصبة**
أخ شقيق	**محجوب**
عم	**محجوب**

1 -بلحاج العربي،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ص246.

وفي هذا المثال يحجب الابن المفقود الأخ الشقيق والغم حجب حرمان وبالتالي توقف التركة كلها له لأنه هو الوارث الوحيد.

ثانيا: أمثلة تطبيقية عن الحالة الثانية (أن يكون المفقود غير وارث بسبب حجبه حجب حرمان من طرف أحد الورثة).

مثـــــــال:

أم	**6/1**
زوجة	**8/1**
ابن ابن (مفقود)	**محجوب**
ابن	**عصبة**

وفي هذا المثال ابن الابن المفقود يحجبه الابن حجب حرمان وبالتالي فهو غير وارث.[1]

ثالثا: أمثلة تطبيقية عن الحالة الثالثة (ان يكون المفقود معه ورثة)

1/-إذا كان نصيب الورثة لا يتأثر بحيلة المفقود أو وفاته:

مثـــــــال:

زوجة	**8/1**
ابن ابن (مفقود)	**-**
أم أم	**6/1**

1-بلحاج العربي،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ص 247.

وفي هذا المثال نلاحظ أن نصيب الزوجة والجدة لا يتغير ولا يتأثر بحياة المفقود أو موته فتعطى كل منهما نصيبها ويترك الباقي لابن الابن المفقود فإن ظهر حيا أخذ نصيبه وإن ظهر أنه مات يقسم على الزوجة والجدة بنسبة سهامهما.

أم	**6/1**
ابن (مفقود)	**-**
زوجة	**8/1**

ونصيب الزوجة والأم لا يتغير ولا يتأثر أيضا بحياة الابن المفقود أو موته فتعطى كل منهما نصيبها فإن ظهر الابن حيا أخذ نصيبه وان ظهر ميتا رد لهما بحسب نسبة سهامهما.

2/-إذا تأثر نصيب الورثة كلهم أو بعضهم بموت المفقود أو حياته:

مثـــــــال:[1]

الورثة	فرض الحياة	12	فرض الموت	12	معطى	موقوف	الحياة	الوفاة
زوجة	**4/1**	**3**	**4/1**	**3**	**3**		**-**	**-**
أم	**6/1**	**2**	**3/1**	**4**	**2**	**7**	**-**	**2**
أخ لأب	**محجوب**	**0**	**عصبة**	**5**	**-**		**-**	**5**
أخ شقيق مفقود	**عصبة**	**7**	**-**	**-**	**-**		**7**	**-**

ونلاحظ في هذه المسألة أن الزوجة لم يتغير نصيبها ولم يتأثر بحياة المفقود (الأخ الشقيق)

1- بلحاج العربي،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ص 350.

أو موته، علي عكس الأم الذي تأثر ففي حياة الأخ الشقيق كان نصيبها (6/1) ثم في حالة وفاته أصبح (3/1)ن كذلك بالنسبة (لأخ الأب) في حياة الأخ الشقيق يكون محجوب حجب حرمان أما في حالة وفاته فيأخذ الباقي تعصبا.

بمعنى انه تأخذ الأم (سهمين) والأخ لأب لا يأخذ شيئا بأضر النصيبين والباقي يوقف إلى أن يتبين حاله فإن ظهر حيا أخذ نصيبه (7 أسهم) وإن ظهر ميتا قسم على الأم والأخ لأب على حسب نسبة سهامهما الأم تأخذ سهمين(والأخ) لأب (5أسهم) فيصبح (4 أسهم) للام و(5أسهم) لأخ الأب.[1]

- غير أنه عادة لا تخرج العلاقة الرياضية عن أربع حالات: التداخل/ التوافق/ التماثل/ التباين.

*فإذا كانت تداخلا فأصل المسألة الجامعة هو العدد الأكبر بينهما.

*وإن كانت توافقا يتم توحيد الأسهم واستخراج الوقف بينهما وهو أصل المسألة الجامعة.

*وإن كانت تماثلا يكون أصل المسألة الجامعة هو نفس أصل المسألتين.

*وإن كانت تباينا يكون أصل المسألة الجامعة هو حاصل ضرب أصل المسألتين.

3/-أمثلة تطبيقية عن الحالات الأربعة:

أ/- حالة التداخل:

مثـــــــال: مات شخص عن: زوجة/ أب/ أم/ بنت/ ابن مفقود

1- بلحاج العربي،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ص 351.

الحيـــــاة		3*24	72	الوفـــــاة		3*24	72	المعطى	الموقوف	الحياة	الوفاة
زوجة	8/1	3	9	زوجة	8/1	3	9	9		-	-
أب	6/1+ع	4	12	أب	6/1+ع	1+4	15	12		-	3
أم	6/1	4	12	أم	6/1	4	12	12	26	-	-
بنت		13	13	بنت	12/1	12	36	13		-	23
ابن مفقود	ع	13	26	ابن مفقود	-	-	-	-		26	-

فوجدنا العلاقة الرياضية بين 72 (أصل مسألة الحياة) و24 (أصل مسألة الوفاة) في تداخل لأن: 24/72=3.

وكان العدد 72 هو أصل المسألة الجامعة باعتباره هو العدد الأكبر بينهما.

-تأخذ الزوجة 9 أسهم في كلا الحالتين.

-الأم تأخذ 12 سهما في كلا الحالتين أيضا وكذلك الأمر بالنسبة للأب يأخذ 12 سهما والبنت تأخذ بالأضر في النصيبين 13 سهما، أي أن الأب يأخذ بالأضر في النصيبين 12 سهما فقط ويوقف 3 أسهم.

والبنت تأخذ بالأضر 13 سهما ويوقف 23 سهما لاختلاف نصيبهما على الفرضيين فإن ظهر حيا أخذها وإن كان ميتا فتكمل للأب أسهمه ليصبح 15 سهما.[1]

ب/-**حالة التوافق:**

مثـــــــال: ماتت عن: زوج/ أخ لأم/ شقيقتان/ شقيق مفقود.

1- شويدح مؤمن أحمد ذياب: المرجع السابق ،ص126.

الحيـــاة		06*2	12*2	24	الوفـــاة		08/06*3	24	المعطى	الموقوف	الحياة	الوفاة
زوج	½	3	06	12	زوج	½	03	09	09		–	–
أخ لأم	6/1	1	02	04	أخ لأم	6/1	01	03	03		03	–
شقيقتان			02	04	شقيقتان	3/2	04	12	04	08	01	08
شقيق مفقود	ع	3	02	04	شقيق مفقود	–	–	–	–		04	–

العلاقة الرياضية بين 12 (أصل مسألة الحياة)، و08 (أصل مسألة الوفاة) هي التوافق لأن (3=4/12) و (2=4/8) والوقف بينهما هو 04 فيكون أصل المسألة الجامعة هو 24 لأن (24=8*4/12) و (24=12*4/8)

-يأخذ الزوج الأضر في حقه وهو 9 أسهم ويوقف 3 أسهم.
-ويأخذ أخ الأم الأضر في حقه وهو 3 أسهم ويوقف سهم واحد.
-وكذلك بالنسبة للشقيقين تأخذان الأضر في حقهما وهو(04 أسهم) ويوقف (08 أسهم).
-فإن ظهر الأخ الشقيق حيا أخذ نصيبه وتأخذ الشقيقتان (4أسهم) والأخ لأم (3 أسهم).
-وإن ظهر ميتا أخذت الشقيقتان (8 أسهم).[1]

ج/-حالة التماثل:

مثـــــــال: مات شخص عن: زوجة/ أم/ ابن ابن/ ابن مفقود.

1-معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص65.

الحيـــاة		24	الوفـــــاة		24	المعطى	الموقوف	الحياة	الوفاة
زوجة	8/1	3	زوجة	8/1	3	3		–	–
أم	6/1	4	أم	3/1	4	4	17	–	–
ابن ابن	محجوب	–	ابن ابن	عصبة	17	–		–	17
ابن مفقود	عصبة	17	ابن مفقود	–	–	–		17	–

فالعلاقة الرياضية بين 24 (أصل مسألة الحياة) و 24 (أصل مسألة الوفاة) هي التماثل. فيكون أصل المسألة الجامعة هو نفس أصل المسألتين وهو 24.

-تأخذ الزوجة والأم نصيبهما في كلا الحالتين أي تأخذ الزوجة (3أسهم) وتأخذ الأم (4 أسهم)

-يأخذ ابن الابن الأضر في حقه أي لا يأخذ شيئا.

-يوقف الباقي وهو (17 سهما) أي تنقص من أصل المسألة الجامعة 7/24 (مجموع السهام المعطاة للورثة) وتنتظر تبين أمر المفقود

*فإن ظهر حيا أخذ نصيبه وهو 17 سهما.

*وإن كان ميتا فيأخذ ابن الابن ما بقي وهو 17 سهما كاملا.[1]

د/-**حالة التباين:**

مثـــــــال: ماتت عن: زوج مفقود/ 2 أخت شقيقة/ عم شقيق.

1- معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص66.

الحيـــــاة			21	الوفـــــاة		3	21	المعطى	الموقوف	الحياة	الوفاة
زوج مفقود	2/1	3	9	زوج مفقود	-	-	-	-		9	-
2أخت شقيقة	3/2	4	12	2أخت شقيقة	3/2	2	14	12	9	-	2
عم شقيق	ع	0	0	عم شقيق	ع	1	7	-		-	7

فالعلاقة الرياضية بين 7 (أصل مسألة الحياة) و3 (أصل مسألة الوفاة) هي التباين.
فيكون أصل المسألة الجامعة هو حاصل ضرب أصلي المسألتين أي (7*3=12) وهو أصل المسألة.

-فتأخذ الأختين الشقيقتين الأضر في حقهما وهو (12 سهما) ويوقف (سهمان).

-أما العم الشقيق يأخذ الأضر في حقه أيضا وهو ان لا يأخذ شيئا وتوقف (7أسهم) للزوج المفقود حتى يتبين أمره:

*فإن ظهر حيا فيأخذ الزوج (7أسهم) كاملة.

*وإن ظهر ميتا رجعت للعم الشقيق كاملة أيضا.[1]

رابعا: أمثلة تطبيقية عن حالة تعدد المفقودين

1/-إذا كان في المسألة مفقودان:

		* 10	ج 1		* 15	ج 2		* 10	ج 3		* 12	ج 4					
		6	60	1	/4 6	60		6	60		/5 6	60	المعطى	موقوف	ح ح	ت ت	ح ت	ت ح

مثـــــــال: مات شخص عن: جدة/ أخت لأب/ بنت مفقودة/ شقشقة مفقودة.

1- شويدح مؤمن أحمد ذياب: المرجع السابق ،ص138.

جدة	6/1	1	10	1/6	1	15	6/1	1	10	1/6	1	12	10		–	05	–	2
أخت لأب	محجوبة	–	–	1/2	3	45	عصبة	2	20	1/2	1	12	–		–	45	20	12
	ح	–	–	ت	–	–	ح	–	–	ت	–	–	–		–	–	–	–
	ح	–	–	ت	–	–	ت	–	–	ح	–	–	–		–	–	–	–

	*5	ج1		*6	ج2		*5	ج3		*5	ج4		*5	ج5		*5	ج6		*6	ج7	*5	ج8	معطى	موقوف
	6	30		5	30		6	30		6	30		6	30		6	30		5	30	6	30	5	
شقيقة مفقودة		عصبة		2/6	20		–	–		–	–		–	–		1/2	3	36	–	1/6	20	–	–	36

1-إن ظهرت حياة المفقودتين، فللبنت 30سهما وللأخت الشقيقة 20سهما.

2-إن ثبتت وفاتهما، فللجدة 5 أسهم وللأخت لأب 45 سهما.

3-أن ثبتت وفاة الأخت الشقيقة وحياة البنت فلها 30سهما وللأخت لأب 20 سهما.

4-وإن ثبتت وفاة البنت وحياة الأخت الشقيقة فلها 36 سهما وللأخت لأب 12 سهما وللجدة سهمان.[1]

2/-إذا كان في المسألة مفقود ثالث

مثـــــــال: مات شخص عن: أم/ أخت لأب/ بنت مفقودة/ بنت ابن مفقودة/ أخت ش.م

1-معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص68.

أم	1/6	1	5	1/3	2	12	1/6	1	5	1/6	1	5	1/6	1	5	1/6	1	5	1/6	1	5	1/6	1	5	1	–
أخت لأب	–	–	–	½	3	18	ع	2	10	ع	1	5	–	–	–	–	–	1	1/6	–	6	ع	2	10	1	–
بنت مفقودة	½	3	15	–	–	–	½	3	15	½	3	15	½	3	15	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
بنت ابن مفقودة	1/6	1	5	–	–	–	–	–	–	1/6	1	5	–	–	–	½	3	15	–	–	–	½	3	15	–	
	ع	1	5	–	–	–	–	–	–	–	–	–	ع	2	10	ع	2	10	½	3	18	–	–	–	–	
	ح	–	–	–	ت	–	ح	–	ح	–	–	–	ح	–	–	ت	–	–	ت	–	–	ت	–	–	–	
	ح	–	–	–	ت	–	ح	–	ت	–	–	–	ت	–	–	ح	–	–	ت	–	–	ح	–	–	–	
	ح	–	–	–	ت	–	ت	–	ح	–	–	–	ح	–	–	ت	–	–	ح	–	–	ت	–	–	–	

25

–توزيع الموقوف:

1–في حالة حياتهم جميعا: للبنت 15 سهما، بنت الابن05، وأخت شقيقة 5 أسهم.

2–في حالة وفاتهم جميعا: للام 07 أسهم، للأخت لأب 18 سهما.

3–عند حياة البنت فقط:تأخذ 15 سهما، للأخت لأب 10 أسهم.

4–وفي حالة وفاة الأخت الشقيقة، للبنت 15 سهم، بنت الابن 05، الأخت لأب05.

5–في حالة وفاة بنت الابن: للبنت 15 سهمان الأخت الشقيقة 10 أسهم.

6–في حالة وفاة البنت: لبنت الابن15 سهما، للأخت الشقيقة 10 أسهم.

7–في حالة حياة الأخت الشقيقة فقط: فلها 18 سهم، لأخت الأب 06، وللأم سهم واحد.

8–وفي حالة حياة بنت الابن فقط: فلها 15 سهما، ولأخت الأب 10 أسهم.[1]

1–معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص69.

خامسا: اصطلح الورثة على المال الموقوف

في بعض الأحيان قد يكون المال الموقوف أو بعضه لغير المفقود ولا يعلم من يستحقه من الورثة الحاضرين، وليس للمفقود حظ فيه كله أو في بعضه على كل فرض أو تقدير

وإنما المفقود صارا سببا في الحجب عنه، أي محجوب حجب نقصان أي أن الموقوف لا يكون فيه نصيب للمفقود سواءا كان حيا أو ميتا فيتفاهم الورثة بينهم لتقسيمه فيما بينهم، وإن اختلفوا تركوه حتى يظهر حال المفقود.

*مثال تطبيقي على كون كل المال الموقوف لا حظ للمفقود فيه:

مات شخص عنك زوج/ أخت شقيقة/ أخت لأب/ أخ لأب مفقود.[1]

الحيـــــاة		2*7	14	الوفـــــاة		6 عالت 2*7	14	المعطى	الموقوف	الحياة	الوفاة
زوج	2/1	1	7	زوج	2/1	3	6	6		1	–
أخت شقيقة	2/1	1	7	أخت شقيقة	2/1	3	6	6	02	1	–
أخت لأب			–	أخت لأب	6/1	1	2	–		–	02
أخ لأب مفقود	ع	0	–	أخ لأب مفقود	–	–	–	–		–	–

-يأخذ للزوج الأضر في حقه وهو 6 أسهم ويوقف سهم واحد.

-وأيضا الأخت الشقيقة تأخذ الأضر في حقها وهو 6 أسهم ويوقف سهم واحد.

-أما الأخت لأب فإن الأخ لأب يكون عاصبا في حالة حياته، لكن لم يبقى له شيء، وفي

1- شويدح مؤمن أحمد ذياب: المرجع السابق ،ص142./أنظر: معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص70.

حالة وفاته لا يرث شيئا، وبالتالي للزوج والأخت الشقيقة والأخت لأب أن يتصالحوا ويوزعوا الموقوف بينهم (سهمين). فإن لم يتفقوا ترك السهمان إلى حين ظهور المفقود

فإن ثبتت حياته أخذ الزوج سهما والشقيقة سهما، وإن ظهرت وفاته أو حكم القاضي أخذت الأخت الشقيقة سهمين.[1]

*مثال تطبيقي على كون بعض المال الموقوف لا حظ المفقود فيه:

عن: زوج/ أختين لأب/ أخ لأب مفقود

الحيـــاة		2*4	8*7	56	الوفـــــاة		6عالت7*8	56	المعطى	الموقوف	حيـــاة	وفـــاة
زوج	2/1	1	4	28	زوج	2/1	3	24	24		4	–
أختين لأب	ع	1	2	14	أختين لأب	3/2	4	32	14	18	–	18
أخ لأب مفقود			2	14	أخ لأب مفقود	–	–	–	–		14	–

–يأخذ الزوج الأضر في حقه وهو24 سهما فقط وتوقف الأربعة الأخرى.

–وأيضا تأخذ الأختين لأب الأضر في حقهما وهو 14 سهم لكل أخت 7 أسهم وتوقف 18 سهم.

وبالتالي فإنه نصيب المفقود وهو 14 ونضيف له الفروق بين الأنصبة وهي 8 وبالتالي تصبح 22 سهما أي أن الموقوفة هي 22 سهما.

ومع أن نصيب المفقود لو كان حيا هو 14 سهما فقط لذلك نجد أن ثمانية أسهم من السهام

1–شويدح مؤمن أحمد ذياب: المرجع السابق ،ص142./أنظر: معيزة عيسى: المرجع السابق ، ص70.

الموقوف لا حظ للمفقود فيها مطلقا على كل تقدير لذا فإن الورثة الحاضرين أن يصطلحوا

فيما بينهم على قسمة هذه الأموال بينهم، وإلا فيبقى الأمر كما هو وتوقف 22 سهما إلى أن يتبين أمره.

-فإن ظهر حيا أخذ نصيبه (14 سهما) ودفعنا للزوج (4 أسهم) الموقوفة فيصبح (28 سهما) وهو نصف التركة ولا شيء للشقيقين تأخذان (14 سهما) فقط.

-وإن ظهر ميتا أو حكم بموته تقديرا، فتأخذ الشقيقتان ما وقف للزوج (4 أسهم) وما وقف منهما وهو (18 سهم) فتصبح بذلك (32 سهما) وللزوج (24 سهم من 56) مع الأخذ بعين الاعتبار عوّل المسألة الثانية (6 ــ 7).[1]

1- شويدح مؤمن أحمد ذياب: المرجع السابق،ص144.

الفرع الثاني: الأحكام المترتبة على ظهور المفقود حيا

حين يعلن عن وفاة المفقود استنادا على قرار المحكمة سواءً كان موتا حقيقيا أو حكميا يمكن في نفس الوقت أن يكون هذا المفقود حيا، فإن ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته كان لهذا الظهور أثره على أمواله الثابتة ملكيتها إلى جانب نفقة القاضي على زوجته ومن تجب نفقته عليهم وعقوده كالإيجار وديونه وميراثه....الخ.

كما له أثره بالنسبة لزوجته سواء بالنسبة لحق الزوجة في النفقة والسكن وفي حالة طلاقها إلى غيرها من المواضيع الأخرى التي سنتناولها في هذا المطلب.

وبالرجوع إلى نص المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على:
(في حالة رجوع أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينيا من أصوله أو قيمة ما بيع منها).
نجد أن رجوعه يترتب عليه آثارا بالنسبة لزوجته ولماله).

<u>أولا</u>: الأحكام المترتبة على ظهور المفقود المحكوم بموته بالنسبة لزوجته

لم ينص المشرع الجزائري على حكم زوجة المفقود في حال ظهوره حيا بعد الحكم بوفاته مما يلزم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

والأصل عند الفقهاء انه إذا عاد المفقود حيا إلى أهله وبلده فإن تم هذا وكانت زوجته لو تتضرر من غيابه وهي في انتظاره فلا إشكال فيذلك فإنه يعود إليها مثل الغائب المعلوم الغيبة.

وإذا كانت قد تضررت ورفعت أمرها للقاضي أو للحاكم فأمرها بالتربص فعاد في أثناء تربصها كانت على نكاحه، وكانت على زوجيتها له لأنه لم يوجد ما يقطع هذا النكاح وكذلك إن كانت قد خرجت من مدة التربص وبدأت في العدة ورجع أثناء العدة أو بعدها قبل أن تخطب أو تتزوج بغيره فهي على نكاحه وزواجها له.
-أما إذا عاد المفقود فوجد زوجته قد تزوجت:[1]

1- الطه أحمد حسن: المرجع السابق،ص110 ./أنظر: عبد الوهاب عبد الغفار جمال ،المرجع السابق، ص120.

*فإن كان قبل أن يدخل بها الثاني فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها ترجع إلى زوجها الأول وينقطع النكاح الثاني. فإذا ظهر زوجها المفقود حيا بقي النكاح الأول على حاله.

وذهب المالكية والإمامية إلى أنه لا ترجع إلى المفقود ويكون الزوج الثاني هو الأحق بها لأنها قد خرجت من نكاح المفقود بالتربص والاعتداد، والراجح هو رأي الجمهور.

*إذا كانت زوجة المفقود قد تزوجت غيره زواجا صحيحا في الظاهر، ودخل بها هذا الزوج الثاني ولم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فالمذاهب قد اختلفت فيه إلى ثلاثة أقوال: [1]

أ-القول الأول:

ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في الجديد عندهم أن نكاح الزوج الثاني باطل والزوج الأول أحق بها منه، فإذن هي زوجة للأول ويكون وطئا يوجب لها مهر المثل دون المسمى بما استحل من فرجها. وتعتد من الثاني وترد إلى الأول ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر، فإذا انقضت حلت له.

ب-القول الثاني:

وهو ما ذهب الأمام مالك وإلى نحوه ذهب الشافعي القديم، بأنه إن كان الزوج الثاني قد دخل بها فهي زوجته، ويجب على هذا الثاني دفع الصداق الذي أصدقها إلى الأول، فلا يكون للمفقود أي حكم على المرأة بعد دخول الثاني بها لان المرأة قد بانت منه بدخول الزوج الثاني بها.

ج-القول الثالث:

وهو ما جاء به مذهب الغمام أحمد بن حنبل على أنه إن كان الزوج الثاني قد دخل بها فلأول يكون بالخيار بين أن ينزعها من الثاني ودفع صداق الثاني إليها وبين أن يقرها

1- الطه أحمد حسن: المرجع السابق،ص110 ./أنظر: عبد الوهاب عبد الغفار جمال ،المرجع السابق، ص122.

عليه ويتركها على نكاح الثاني ويأخذ منه مهر مثلها.

أي أن جمهور الفقهاء قالوا بأنها تعود إلى زوجها الأول، أما المالكية فقد خالفوا الجمهور وقالوا ببقاء الزوجة على عصمة الزوج الجديد إذا كان غير عالم بحياة المفقود أثناء الدخول بها.

ونظرا لما قد يثيره هذا الاختلاف من مشاكل بين المفقود وأهله من جهة، وبين زوجته وأهلها وزوجها الجديد من جهة أخرى في ظل الخلاف الفقهي نجد أن أغلب القوانين العربية قد أخذت بالمذهب المالكي وهو ما يوجب على المشرع الجزائري تحديد ذلك بمادة للفصل في هذا الاختلاف.

فنجد بعض الدول قد أخذت برأي جمهور الفقهاء، بينما أخذت أغلب الدول بالمذهب المالي لاعتباره أقرب للواقع مثل:

*قانون الأحوال الشخصية العماني في المادة 197 الفقرة الأولى.

*والقانون الإماراتي في المادة 239 منه.

*وكذلك القانون السوداني في المادة 266.

*والقانون المصري الذي نص في المادة 8 على أنه:

(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 عالم بحياته كانت للثاني ما لم يتم عقده في عدة وفاة الأول).[1]

ثانيا: أثار ظهور المفقود المحكوم بموته بالنسبة لأمواله

إذا ظهر المفقود حيا فإن كان ذلك قبل الحكم بموته فإن جميع أمواله الموقوفة عليه تدخل

1-معيزة عيسى: المرجع السابق، ص73.

في ملكه مثل النصيب الموقوف عليه من ميراث مورثه وكذلك الوصايا الموصى بها إليه فهذه الأموال تدخل في ملكه وفائدة ذلك أنه إذا ظهر المفقود حيا ثم مات بعد ذلك ودخلت هذه الأموال في ملكه تصير تركته من حق ورثته.

وكذلك يعود إليه ملك أمواله التي أقام القاضي عليها من يجمعها ويحفظها له ويكون من حق المفقود استردادها منه.

أما إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فعلى رأي جمهور الفقهاء القائل بأنه ترد هذه الأموال إلى تركة صاحبها وتوزع على ورثته دون المفقود. ولا يضمن الورثة ما تلف من هذا المال أو استهلكوه، وإنما يرد كل واحد ما بقي في يده من عين المال لأنه لما تصرف في المال تصرف بناءً على الحكم بملكه له.

أما الأموال التي تركها المفقود وحكم بموته فيها فإن عاد المفقود وقبل توزيعها رجعت إلى ملكه ولا يحق لورثته استهلاك أي جزء منها بعد العلم بحياة المفقود، أما إن رجع بعد تقسيم المال عليهم فيرى جمهور الفقهاء بأنه لا ضمان على الورثة فيما استهلكوه لأن التركة قد آلت إلى الورثة بحكم قضائي.[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على أنه إذا ظهر المفقود حيا فإنه يأخذ ما بقي في أيديهم من ماله أو قيمة ما بيع منها، وما استهلك من طرف ورثته فإنه لا يسترده ولا يطالب بالتعويض عنه باعتبارهم قد تملكوه بحكم قضائي وبحسن نية.[2]

كما أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن ما وقف للمفقود بموت مورثه أثناء مدة انتظاره ورجع على ورثته الآخرين بعد الحكم بموت المفقود لذلك فإنها تعتبر ضمن أمواله التي

1- سكبي محمد مصطفى: المرجع السابق،ص343 ./أنظر: الشرنباصي رمضان على السيد وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ،المرجع السابق، ص(267/265)./ أنظر: أبو الزهرة محمد ،المرجع السابق، ص211.

2- فيلالي علي: المرجع السابق، ص202./ انظر: بن ملحة الغوتي ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة أولى،ص223.

نصت عليها المادة 115.

ويبدوا أن قانون الأسرة يضيف من مجال حقوق المفقود بعد عودته حيا إذ يقتصر على كلمة البيع فهل نفهم من ذلك أن تصرف آخر ماديا كان (استهلاك) وقانونيا غير البيع ولا يدخل تحت هذا الحكم وبالتالي لا يخول للمفقود أي حق إزاءه.[1]

-رغم أن اشتراط البيع فقط قد يسبب بعض المشاكل المادية للورثة خاصة إذا تعلق الأمر ببيع العقارات التي عادة ما تكون بمبالغ كبيرة خاصة وأن اكتسابه أو امتلاكه لما كان للمفقود كان امتلاكا مشروعا وبحسن نية وكان عن طريق حكم قضائي بموت المفقود وانتقال ماله إليهم بطرق شرعية لذلك كان يجدر على المشرع أن لا يحصرها في عبارة (أو قيمة ما بيع منها) وان يقوم بحذفها هو ما يستدعي تعديل المادة 115.

أما بالنسبة للقوانين العربية فقد اقتصرت على ما بقي عينياً من أموله مراعاة لما ذكرنا،

*كالقانون المصري.

*قانون الأحوال الشخصية العماني في المادة 197 الفقرة الثانية.

*والقانون الإماراتي في المادة 239 الفقرة الثانية.

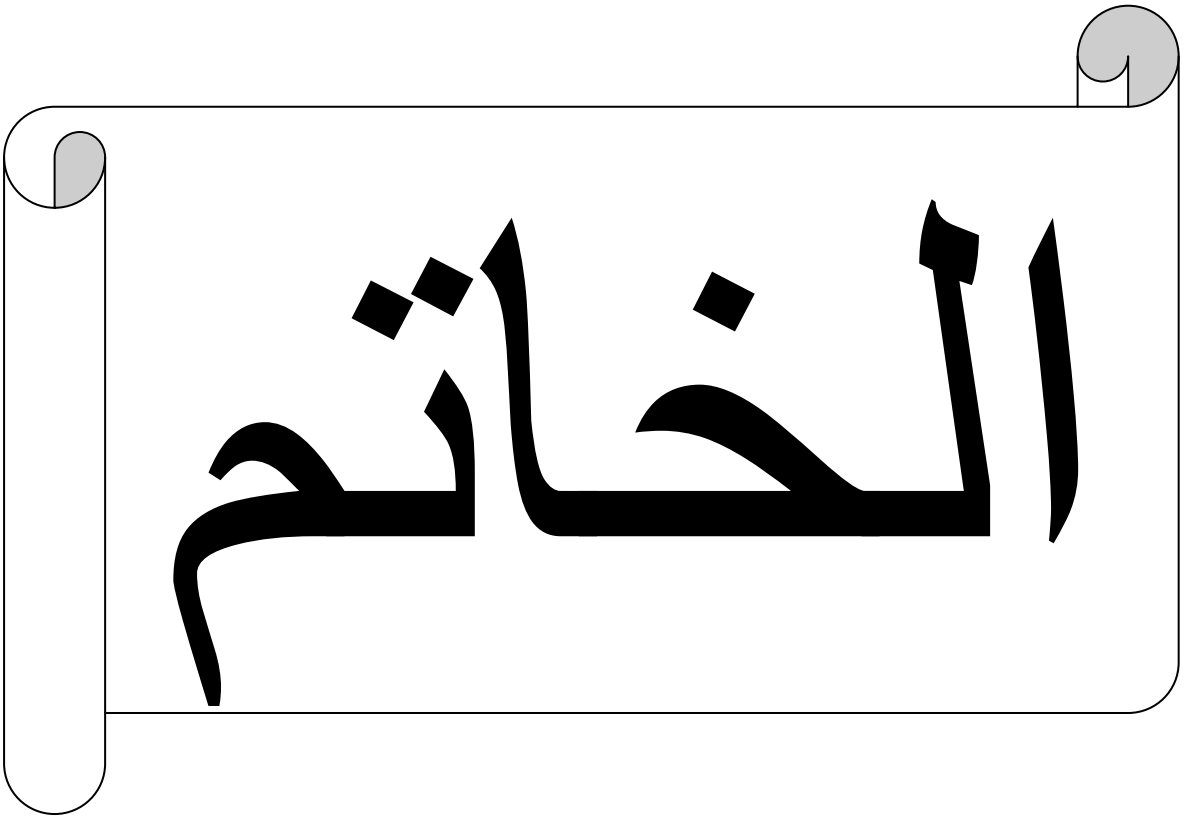
*وكذلك القانون السوداني في المادة 266 الفقرة الأولى.

*القانون التونسي الفصل 151.

*المشرع العربي الموحد في المادة 284.[2]

1- زعلاني عبد المجيد: المرجع السابق، ص96.

2-معيزة عيسى: مرجع سابق، ص74.


الخاتم

وفي ختام هذا البحث الذي تطرقنا فيه لأحكام إرث المفقود من خلال تحديد مفهومه وحالاته سواءا بالنسبة للفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع تحديد كيفية توريثه وطريقة حل المسائل التي يكون المفقود وارثا فيها إلى جانب إجراءات رفع دعوى الفقدان والحكم بموت المفقود في القانون أو التشريع الجزائري، وكل هذه النقاط تناولناها في ضوء الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه الفقهية الأربعة وفي القوانين العربية بصفة عامة وفي التشريع الجزائري بصفة خاصة، من خلال ما تناوله قانون الأسرة الجزائري الذي تبين لنا بأنه يحتوي على العديد من الثغرات القانونية فيما يتعلق بموضوع الأحكام القانونية للمفقود والتي كانت من أهم الأسباب التي دفعت المشرع لإصدار قوانين ونصوص خاصة بسبب الظروف التي فرضته الحالات الاستثنائية والطارئة التي مرت بها الجزائر، وما لاحظناه أيضا انه لم يتقيد بمذهب فقهي واحد على خلاف أغلب القوانين العربية التي ما كانت تتناول مذهب فقهي واحد وتتقيد به.

فالمشرع الجزائري كان دائما يرجع في كل ما هو غير منصوص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة وهذا ما يتجلى لنا في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فمثلا أخذ في تعريف المفقود بالمذهب المالكي وفي تقسيم حالات الفقدان بما جاء به مذهب الحنابلة إلى غيرها من النقاط الأخرى، وترك أمر في حالات أخرى إلى الاجتهاد القضائي رغم حساسية وأهمية مثل هذه المسائل وتأثيراتها على الفرد والمجتمع.

ويمكننا أن نلخص النتائج التي توصلنا إليها في النقاط التالية:

1-أن علم الميراث في الشريعة الإسلامية له أهمية كبيرة في القرآن والسنة النبوية وإجماع الفقهاء وهذا يتبين لنا بما جاءت به مختلف المذاهب الفقهية.

2-يوجد هناك أشخاص مفقودين تتردد حالتهم بين الحياة والموت مما يسبب العديد من الإشكالات التي وجب معالجتها.

3-أن المفقود وفق ما جاءت به المادة 109 التي عرفت المفقود بأنه الغائب الذي لا

يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يكون مفقودا إلا بحكم. أي أن المفقود وفق التشريع الجزائري يختلف عن الغائب في كثير من النقاط فالمفقود هو الشخص الذي تكون حياته غير معلومة ويجهل حاله إن كان حيا أو ميتا أما الغائب فهو غير معلوم المكان وحياته وشخصيته القانونية ما تزال قائمة وبهذا فإن المشرع الجزائري يعتبر الغائب هو أشمل وأعم من المفقود وفق ما جاءت به المادة التي سبق ذكرها.

4-المشرع أعطى الحق لكل من له مصلحة لرفع دعوى الفقدان ثم دعوى الحكم بموت المفقود.

5-أنه قد اشترط وقيد رفع الدعوى بموجب جملة من الإجراءات التي نص عليها للحكم بالفقدان واحكم بموت المفقود.

6-بعد إتباع هذه الإجراءات يصدر القاضي بالحكم بالفقدان ويعتبر هذا الشخص مفقودا من تاريخ الحكم بالفقدان ويترتب عن ذلك جملة من الآثار على ماله وزوجته وعلى مال غيره.

7-لا يمكن للقاضي أن يحكم بموت المفقود قبل صدور الحكم بالفقدان بعد مرور مدة زمنية محددة.

8-حدد المشرع الجزائري مدة أربع سنوات ليصدر بعدها الحكم بموت المفقود وهي أربع سنوات من تاريخ الحكم بالفقدان ولا يكون أيضا إلا بعد البحث والتحري بكافة الوسائل الممكنة وبعد نهاية هذه المدة يصدر القاضي الحكم بالوفاة وقد قسمها المشرع بين الحالات التي يغلب فيها الهلاك ويكون الحكم بمرور الأربع سنوات والحالات التي يغلب فيها السلامة تترك السلطة التقديرية للقاضي فهو يحدد المدة التي يراها مناسبة وذلك بعد مرور الأربع سنوات من الحكم بفقده وهو ما يترتب عليه أيضا مجموعة من الآثار.

9-انتهاء الفقدان يكون برجوع الشخص حيا أو بموته موتا حقيقيا بعد وصول نبأ يؤكد ذلك أو إذا حكم القاضي بموته موتا حكميا

10-لقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود حتى في المذهب الواحد.

11-لقد أصبح لوسائل الاتصال الحديثة والمتطورة التي يشهدها العالم لها دور بالغ الأهمية في تسهيل مهمة تحديد مصير المفقود.

12-أن المدة التي حددها المشرع الجزائري للحكم بموت المفقود هي مدة طويلة جدا بعد ما توصل له العالم من تقدم في وسائل البحث والتحري، وبالتالي فإن هذه المدة لا تتناسب مع العصر، وهذا ما يدعو إلى ضرورة تقليص المدة كما فعلت بعض التشريعات العربية وهذه الحالة من أهم الأسباب التي دفعت المشرع لإصدار نصوص خاصة لمعالجة الحالات الاستثنائية التي عرفتها الجزائر من زلزال بومرداس وفيضانات باب الواد والمأساة الوطنية.

13-تاريخ الحكم بموت المفقود في القانون الجزائري يبدأ من تاريخ الفقد وليس من تاريخ الحكم بالفقد.

14-إذا أصدر القاضي الحكم بموت المفقود فإن الحكم يكون ثابتا من الفقد وليس من تاريخ الحكم بالفقد أو الوفاة.

15-يعتبر المفقود قبل صدور الحكم بموته حيا وفق استصحاب الحال فلا يُوَرث ولا تقسم أمواله على ورثته فهو حي في حق نفسهن ولكن له الحق في أن يرث في مال غيره فهو ميت في حق غيره.

16-خلال فترة الانتظار يجوز للقاضي أن يعين مقدما أو وكيلا لحماية مال المفقود بينما زوجته فلها أن تبقى في عصمته أو ترفع دعوى التطليق بمرور سنة من الحكم بفقده وللقاضي أيضا أن ينفق من مال المفقود على زوجته وأولاده وكل من تجب فيهم النفقة.

17-إذا كان المفقود وارثا يوقف له نصيبه من تركة مورثه وذلك للتحقق من حياته بعد موت مورثه بكافة الوسائل الممكنة فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته من طرف القاضي يرد نصيبه على ورثة مورث المفقود.

18-إذا رجع الزوج المفقود حيا ولم تكن زوجته قد دخل بها غيره في عقد زواج صحيح تبقى في عصمة هذا الزوج الذي رجع بعد فقده.

**إقتراحات:

ومن خلال ما تقدم حاولت وضع بعض الاقتراحات أو التوصيات حول هذا الموضوع المهم ومن بين هذه التوصيات:

1-العمل على إعادة تعديل قانون الأسرة الجزائري وصياغته بشكل متكامل يتوافق والمستجدات المعاصرة والظروف التي مرت بها بلادنا وذلك من خلال إعادة صياغة المواد وتعديلها وإضافة فقرات أخرى مثل:

*تقليص مدة الانتظار للحكم بموت المفقود التي حددها بأربع سنوات وجعلها متوافقة مع التطورات والتغيرات الطارئة التي يمكن أن تتعرض لها بتقليصها في الحالات الاستثنائية إلى سنة واحدة كما فعلت بعض التشريعات العربية وهو ما يدعوا غلى ضرورة إعادة صياغة المادة 113 وذلك بان تقلص المدة إلى سنة واحدة من تاريخ وقوع الكارثة في الحروب والحالات الاستثنائية.

ويمكن صياغة المادة 113 كالتالي:

(يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي سنة واحدة من تاريخ وقوع الكارثة، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

*مع إضافة فقرة جديدة في المادة 115 وتتعلق بحالة زوجة المفقود إذا ظهر حيا وان يحدد فيها المشرع أهم الشروط التي تسمح للزوج الحق في إعادة زوجته.

ويمكننا أن نصوغها كالتالي:

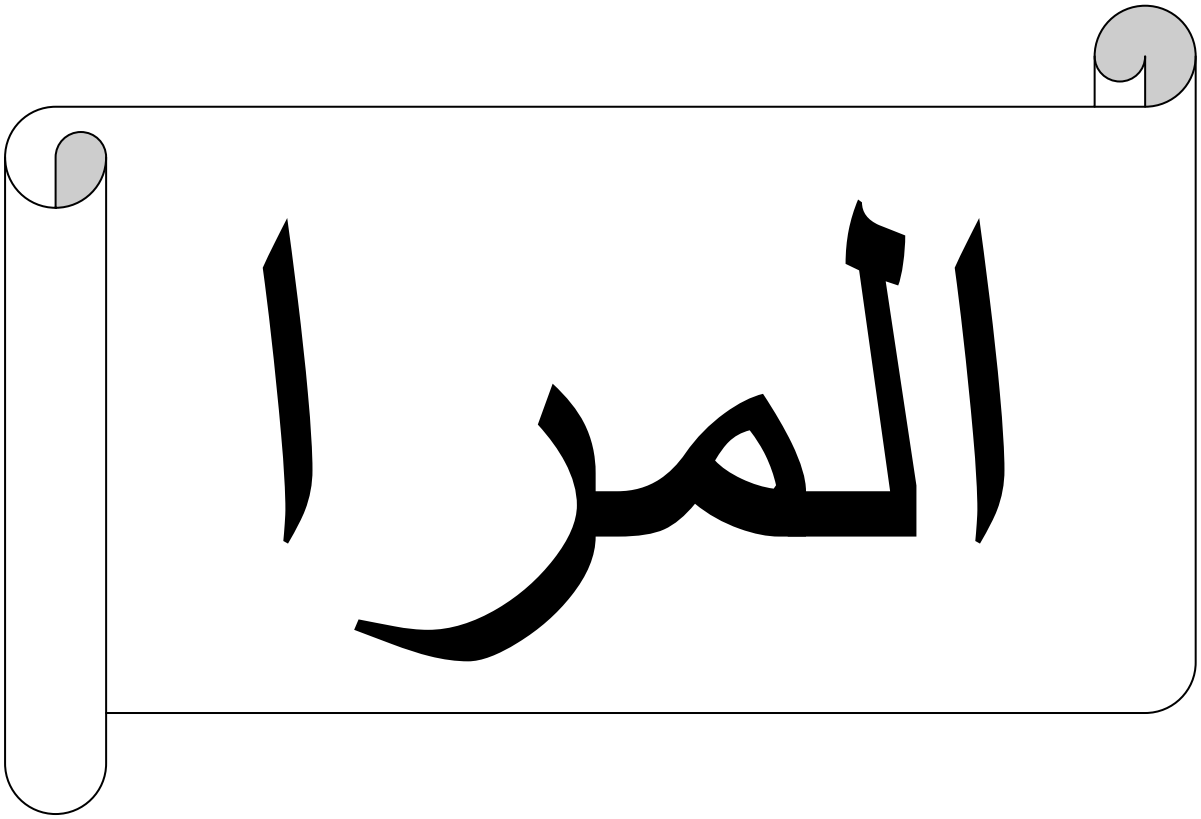
(تعود زوجته إليه في إحدى الحالات التالية:

- علم الزوج الثاني بحياته.
- إذا تزوجت أثناء عدتها.
- إذا لم يدخل بها الزوج الثاني).

2-كما اقترح إنشاء جمعيات وهيئات متخصصة بالكشف عن المفقودين.

3-العمل على استخدام وسائل الاتصال الحديثة ومراعاة التطورات العلمية للكشف عن المفقودين وإجراء المزيد من الدراسات والبحوث في مثل هذه المواضيع باعتبارها ظاهرة اجتماعية تستدعي التوسع فيها والبحث المعمق لما لها من أهمية.

4-تعديل النصوص القانونية بإضافة ما لم يذكر وتكميل ما هو ناقص والقيام ببعض التعديلات في هذه النصوص ويكون ذلك بمراعاة الشريعة الإسلامية.


المرا

***أولا: المراجع العامة**

1-القرآن الكريم.

2-البيهوتي، منصور بن يونس: كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، السعودية، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.

3-بدران، أبو العينين بدران: أحكام التركات والمواريث في الشريعة والقانون، مصر، مؤسسة شباب الجامعة.

4-بن شويخ، الرشيد: الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.

5-بلحاج، العربي: أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، الأردن، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.

6-بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.

7-تقية، عبد الفتاح: الوجيز في المواريث والتركات، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2004/2003م.

8-الجندي، أحمد نصر: المواريث في الشرع والقانون، مصر، دار الكتب القانونية، 2004م.

9-حمدي، كمال: المواريث والهبة والوصية، مصر، منشأ المعارف، 1998م.

10-الدسوقي، محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصر، دار إحياء الكتب العربية.

11-الزحيلي، وهبة:الفقه الإسلامي وأدلته، سوريا، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1405هـ/ 1985م.

12-زعلاني، عبد المجيد: المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، الجزائر، دار هومه، 2005/2004م.

13-أبو الزهرة، محمد: أحكام التركات والمواريث، مصر، دار الفكر العربي، 1978م.

14-السرخسي، شمس الدين: المسبوط، لبنان، دار المعرفة، 1409هـ/1989م.

15-بن شنيتي، حميد: مدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق، الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الطبعة الثانية، 2009م.

16-الشرنباصي، رمضان علي السيد:أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، مصر، منشاة المعارف، 2002م.

17-الشرنباصي،علي السيد، والشافعي جابر عبد الهادي،سالم: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003م.

18-شلبي،محمد مصطفى: أحكام المواريث بين الفقه والقانون، لبنان، دار النهضة العربية، 1978م.

19-الشافعي، أحمد محمود: أحكام المواريث، لبنان، الدار الجامعية.

20-الصابوني، محمد علي: المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، لبنان، دار الكتب العلمية، 1999م.

21-طعيمات، هاني: فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، الأردن، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2007م.

22-عاشور، مصطفى: علم الميراث، مصر، مكتبة القرآن.

23-عبد الوهاب، عبد الغفار، جمال: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2003م.

24–الكساني، علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1424هـ/2003م.

25–المقدسي، ابن قدامة: المغني، تحقيق: عبد الهي بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، السعودية، دار عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1419هـ/1999م.

26–ابن منظور: لسان العرب المحيط، مصر، دار المعارف، الطبعة الأولى.

27–النووى، ابن شرف: روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود على محمد معوض، السعودية، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م.

28–فشار، عطاء الله: أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الثانية، 1429هـ/2008م.

29–فراج، أحمد حسن: أحكام التركات والمواريث في الفقه والقانون، مصر، منشأة المعارف، 1999م.

30–فيلالي، علي: نظرية الحق، الجزائر، موفم للنشر، 2001م.

ثانيا: المراجع المتخصصة

1–حسن، علي السيد: الأحكام الخاصة بالمفقود دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي، مصر، دار النهضة العربية، 1984م.

2 أحمد، حسن: المفقود والأسير في الشريعة الإسلامية والقانون، سوريا، دار المشرق للكتاب، الطبعة الأولى، 1431هـ/2010م.

ثالثا: المذكرات العلمية

1–معيزة عيسى:الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، الجزائر، إشراف: بن ملحة الغوتي، 2011–2012م.

2–بودينة أحلام: الفقدان بين قانون الأسرة والأمر (01/06) المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 16، 2008/2005م.

3–شويدح،مؤمن أحمد ذياب: أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، فلسطين، إشراف: مازن إسماعيل هنية، 1427هـ/2006م.

4– قياسة فاطمة: المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، إشراف: بن سعد رابح عزيز، الدفعة 14، 2005–2006م.

5–الطويل، محمد رجاء عبد العزيز، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة (لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق).

رابعا: المجلات القضائية:

1–مجلة كلية الشريعة والقانون: مجلة علمية محكمة، مصر، العدد الثامن، 1428هـ/2007م.

2– بلحاج العربي: المفقود في الحالات الاستثنائية، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، المحكمة العليا، العدد الأول، 2006م.

خامسا: الأوامـــــــر:

1–الأمر رقم (03/02) المؤرخ في 2002/02/20 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضانات.

2–الأمر رقم (06/03) المؤرخ في 2003/06/14 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال.

3–الأمر رقم (01/06) والمتضمن ميثاق السلم و المصالحة الوطنية.

***فهرس الموضوعات:**

مقدمة.....أ–و

الفصل الأول: الأحكـــــام العامة للمفقود

توطئة..... 09

المبحث الأول: مفهوم المفقود..... 10

***المطلب الأول:** تعريف المفقود لغة واصطلاحا..... 11

****الفرع الأول:** تعريف المفقود لغة..... 11

****الفرع الثاني:** تعريف المفقود اصطلاحا..... 11

***المطلب الثاني:** حـــــالات الفقدان..... 23

****الفرع الأول:** حالات الفقدان في الفقه الإسلامي..... 23

****الفرع الثاني:** حالات الفقدان في القانون الجزائري..... 24

المبحث الثاني: إثبات الفقدان والحكم بوفاة المفقود..... 31

***المطلب الأول:** إثبـــــات الفقدان..... 32

****الفرع الأول:** شروط رفع دعوى الفقدان..... 32

****الفرع الثاني:** صدور الحكم بالفقدان..... 34

***المطلب الثاني:** الحكم بوفاة المفقود..... 35

****الفرع الأول:** شروط رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود..... 35

****الفرع الثاني:** احتساب وتقدير مدة الحكم بوفاة المفقود..... 37

الفصل الثاني: الأحكـــام الخاصة بتوريث المفقود

توطئة..... 42

المبحث الأول: الآثـــار الناتجة عن الحكم بالفقدان وبوفاة المفقود.....43

***المطلب الأول:**الآثـــار النـــاجمة عن الحكم بالفقدان.....44

****الفرع الأول:** حكم المفقود بالنسبة لماله.....44

****الفرع الثاني:** حكم المفقود بالنسبة لمال غيره.....46

***المطلب الثاني:** الآثـــار الناجمة عن الحكم بوفاة المفقود.....48

****الفرع الأول:** حكم المفقود بالنسبة لزوجته.....48

****الفرع الثاني:** حكم المفقود بالنسبة لورثته ولماله.....52

المبحث الثاني: طريقة توريث المفقود.....57

***المطلب الأول:** استخراج نصيب المفقود.....58

****الفرع الأول:** حالات إرث المفقود.....58

****الفرع الثاني:** مراحل حل مسائل المفقود.....60

***المطلب الثاني:** كيفية حل مسائل المفقود.....62

****الفرع الأول:** أمثلة تطبيقية عن إرث المفقود.....62

****الفرع الثاني:** الأحكام المترتبة على ظهور المفقود حيا.....75

الخـــــاتمة..... 81

المصادر والمراجع..... 87

فهرس الموضوعات..... 91