جامعـــــــــــة زيـــــــان عاشـــــــــور الجلفـــــــــــــة

كليـــــــة الحقـــــــوق والعلـــــوم السياسيـــــــــــة

قســـــــم الحقـــــوق

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مقارنة مع بعض التشريعات المغاربية

مذكرة تخرج مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب: رقدة محمد الأمين

إشراف الدكتور: بورزق أحمد

لجنة المناقشة

أ/ بن مصطفى عيسى .....رئيسا

د/ بورزق أحمد .....مشرفا ومقررا

أ/ عمراوي ماريا .....مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014

جامعـــــــــــة زيـــــــان عاشـــــــــور الجلفـــــــــــــة

كليـــــــة الحقـــــــوق والعلـــــوم السياسيـــــــــــة

قســـــــم الحقـــــوق

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مقارنة مع بعض التشريعات المغاربية

مذكرة تخرج مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب:

رقدة محمد الأمين

إشراف الدكتور:

بورزق أحمد

لجنة المناقشة

أ/ بن مصطفى عيسى .....رئيسا

د/ بورزق أحمد .....مشرفا ومقررا

أ/ عمراوي ماريا .....مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى روح جدي الغالي الحاج عمر رحمه الله .

إلى والداي الكريمين اللذان سهرا على تربيتي وتعليمي حفظهما الله .

إلى إخوتي الأعزاء عمر، الطاهر،ياسين، فطيمة، فتيحة، حليمة .

إلى كل الأهل والأقارب، وأخص بالذكر صغيرة العائلة سلسبيل .

إلى أصدقائي، يوسف،المختار،عمر،أحمد،عماد .

إلى جميع زملائي في الدراسة .

أهدي هذا العمل

الشكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل بورزق أحمد على قبوله الإشراف على هذا العمل، وعلى كل ما بذله من مجهودات وتوجيهات ونصائح قدمها لي من أجل إنجاز هذا البحث وإخراجه في صورة حسنة، كما أشكر السادة الأساتذة أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذا العمل، وأشكر أيضا كل من ساهم في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد .

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، محمّد بن عبد الله الصادق الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، و من تبعه بإحسان إلى يوم الدّين .

أما بعد فإن المولى عز وجلّ خلق الإنسان في أحسن صورة، وكرّمه بالعقل و استخلفه في الأرض من أجل أن يتعايش مع غيره من البشر في شكل جماعات، و يكوّن علاقات الهدف منها الترابط و التآخي مع الغير، وهذه العلاقات تخضع الإنسان لبعض الالتزامات اتجاه غيره، كما تعطيه مجموعة من الحقوق اتجاههم، ولكن هذا لا يتم إلا إذا كان الشخص يتمتع بالشخصية القانونية والتي يكتسبها الإنسان منذ ولادته وتنتهي بوفاته ورحيله عن الدنيا بشكل طبيعي .

غير أن هنالك بعض الحالات التي لا تكون فيها وفاة الشخص وانتهاء شخصيته القانونية متيقنا منها، إنما تكون نسبة وفاته أكبر من نسبة ظهوره على قيد الحياة، وهذا هو حال الشخص المفقود الذي يغيب عن أهله ويختفي أثره ولا يعلم حاله أحيّ هو أم ميّت .

وظاهرة الفقد هي إحدى الظواهر التي عرفت منذ الأزل، إلا أنها اختلفت باختلاف العصور والأزمنة، حيث أن الحروب كانت ولا تزال قائمة من أجل البقاء وإثبات الوجود أمام الغير، وهذا ما ينتج عنه فناء بعض من الأشخاص، و يتسبب في فقدان البعض الأخر وغيابهم عن أهلهم دون أن يظهر لهم أي خبر سواء بالحياة أو الوفاة .

كما أن الكوارث من فيضانات وزلازل وتحطم الطائرات وغرق السفن، وغيرها من الحوادث التي قد تصيب الإنسان من حين لأخر و تتسبب في اختفاء الكثير من الأشخاص و فقدانهم، بالإضافة إلى اختفاء الأشخاص في الحالات العادية كمن يذهب للتجارة أو طلب العلم، ولا يعود ولا يظهر له أي خبر .

واختفاء الشخص المفقود وعدم ظهوره أو معرفة خبر حياته أو وفاته يرتّب العديد من الآثار مما قد يتسبب في ضياع مصالحه وكذا ضياع مصالح أهله، وهذا ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك مختلف القوانين الوضعية تبحث في هذا الشأن من أجل تحديد أحكام تنظم مصالح الشخص المفقود إلى حين ظهوره حيّا أو الحكم بوفاته، أو ظهور بيّنة تؤكد خبر وفاته .

وقد أورد المشرع الجزائري أحكام الشخص المفقود في قانون الأسرة الجزائري، كما قد أورد بعض القوانين الخاصة المتعلقة بمفقودي الكوارث الطبيعية، والمتمثلة في فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس، وكذلك مفقودي المأساة الوطنية .

ويبدو أن الفقهاء لم يتناولوا موضوع المفقود تحت عنوان واحد، بل إننا نجد أن أحكامه مفرّقة كل على حدى، فتعريفه وأقسامه وأمواله موجودة تحت عنوان أحكام المفقود، أما الأحكام التي تخص زوجته فنجدها في أبواب الطلاق والآثار المترتبة عليه، والأمر لا يختلف بالنسبة للفقهاء المستحدثين حيث ساروا على ما سار عليه من سبقوهم .

واختلاف الأسباب التي تؤدي إلى الفقد يؤدي بالضرورة إلى اختلاف أقسام المفقود، وكذا اختلاف الأحكام التي تطبق على حاله، كما أن غياب الشخص المفقود يؤدي إلى حدوث تغيير في مركزه القانوني، ويتسبب في ترتيب أثار تتعلق بأمواله، وأثار تتعلق بزوجته .

كما أن البحث والتحري عن الشخص المفقود كان في القديم أمرا صعبا للغاية، خاصة أن المسافات بعيدة والوسائل التي تساعد في البحث عنه غير متوفرة، غير أن الحال تغير على ما كان عليه سابقا، فالتطور العلمي و التكنولوجي في وسائل الإتصال وكذلك وسائل البحث والتحري، حيث أن هذه الوسائل كلها تساعد في البحث عن الشخص المفقود وتقصي أخباره ومعرفة حاله أحيّ هو أم ميّت، و يتم ذلك بشكل سهل ويسير، مما يجعل انتظاره مدة طويلة أمر غير منطقي ويساهم في ضياع مصالحه ومصالح غيره .

أهمية الموضوع :

يعتبر موضوع المفقود أحد المواضيع المهمة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية على حدّ سواء، حيث أنه موضوع مُعاش حاليا لما تشهده الدول من حالات فقدٍ بين الحين والأخر سواء بسبب الحروب، أو بسبب الكوارث الطبيعية، والجزائر كغيرها من الدول شهدت العديد من حالات الفقد في السنوات والتي تتعلق بمفقودي المأساة الوطنية، وكذا مفقودي الكوارث الطبيعية والمتمثلة في فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس، وهم المفقودين في الحالات الخاصة المنصوص عليهم قانونا .

أهداف الدراسة :

إن الغاية من دراستنا لموضوع المفقود هي البحث في مدى قدرة المشرع الجزائري على تنظيم الأحكام المتعلقة بالمفقود سواء في الحالات العادية للفقد، أو فيما يتعلق بمفقودي فيضانات باب الواد، ومفقودي زلزال بومرداس، وكذلك مفقودي المأساة الوطنية، ومقارنتها بأحكام المفقود في الفقه الإسلامي، مع المقارنة ببعض التشريعات المغاربية، وهذا من أجل الخروج بنتيجة تتمثل في أن المشرع الجزائري قد نظم أحكام المفقود تنظيما جيدا دون أن يترك أي ثغرة، أم أنه لم يستطع تنظيمه بتلك الصورة الجيدة .

أسباب اختيار الموضوع :

إن من بين الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع هو البحث عن تنظيم أحكام المفقود كلها تحت عنوان واحد في التشريع الجزائري، حيث أن أغلب التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري لم ينظم أحكام المفقود في باب مستقل به بل تركها مبعثرة، وهي ذات الطريقة التي صاغ بها فقهاء الشريعة الأحكام المتعلقة بالمفقود .

كما أن من بين الأسباب التي كانت وراء اختياري لموضوع أحكام المفقود هو ميولي ورغبتي في دراسة المواضيع التي تتعلق بعلم المواريث، والمفقود هو أحد هذه المواضيع بالرغم من تعدد أحكامه واختلافها .

إشكالية البحث :

ومن خلال كل ما تقدم ذكره يمكننا أن نطرح الإشكال التالي :

*** ما هي الأحكام المتعلقة بالمفقود في ظلّ الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والتشريعات المغاربية ؟**

وتحت هذا الإشكال الرئيسي يمكننا طرح مجموعة من الإشكاليات الفرعية وهي :

- ما هو المقصود بالمفقود، وما هي أقسامه ؟

- ما هي الإجراءات التي يجب إتباعها من أجل الحكم بالفقد ؟

- ما هي الآثار المترتبة عن الحكم بالفقد ؟

صعوبات البحث :

لقد واجهتنا في بحثنا هذا مجموعة من الصعوبات و العراقيل نذكر منها ما يلي :

- عدم تنظيم الأحكام المتعلقة بالمفقود تحت عنوان واحد، حيث نجدها مبعثرة سواء تعلق الأمر بالأحكام الواردة في الكتب الفقهية أو الأحكام المنصوص عليها في نصوص القوانين الوضعية .

- ضيق الوقت، حيث أن الوقت ليس كافيا ولا يمكننا إعداد مذكرة أو بحث علمي في المستوى المطلوب في ظرف زمني قياسي .

– صعوبة الحصول على المراجع من مكتبة الكلية، حيث أن الطالب لا يمكنه أن يأخذ إلا مرجعا واحدا، مما يجعله يستهلك وقتا طويلا في جمع المادة العلمية .

المنهج المتبع :

لقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج المقارن، وذلك بالقيام بمقارنة أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية بأحكامه في التشريع الجزائري، وكذلك مقارنتها بالأحكام الواردة في التشريعات المغاربية .

كما اعتمدنا أيضا على المنهج التحليلي، وذلك بالقيام بتحليل أقوال الفقهاء، وكذلك تحليل ما ورد في المواد القانونية وتوضيحه بشكل مفصّل .

الدراسات السابقة :

لقد وجدنا مجموعة من الدراسات السابقة فيما يتعلق بأحكام المفقود والتي اعتمدنا عليها في بحثنا كمراجع وساعدتنا كثيرا، ونذكر منها ما يلي :

– أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي، نوي عبد النور، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2013/2012 .

– المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، شرابن ابتسام، ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع : عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، سنة 2010/2009 .

– أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، جمال عبد الوهاب عبد الغفار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2003 .

و ما سنقوم به في دراستنا لأحكام المفقود في هذا البحث هو النظر لمدى توافق أحكام المفقود في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي، و سنقوم كذلك بمقارنة هذه الأحكام بما ورد من أحكام في التشريعات المغاربية، كما سنحاول البحث في الأحكام المتعلقة بالمفقودين في الحالات الخاصة و التي نص عليها المشرع في قوانين و أوامر خاصة بها، و النظر فيما مدى اعتبار الشخص المفقود في الكوارث الطبيعية مفقودا في نظر القانون .

الخطة المتبعة :

وقد اتبعنا خلال دراستنا لهذا الموضوع الخطة التالية :

الفصل الأول : أحكام المفقود ، وفيه مبحثان

المبحث الأول : مفهوم المفقود

المبحث الثاني : القواعد الإجرائية لدعوى الفقد

الفصل الثاني : الآثار المترتبة على الحكم بالفقد ، وفيه مبحثان

المبحث الأول : الآثار المتعلقة بمال المفقود وزوجته

المبحث الثاني : الآثار المتعلقة بالمفقود

الفصل الأول

أحكام المفقود

تعتبر حالة الفقد إحدى الحالات الشائعة قديما وحديثا، وتختلف أسبابها باختلاف الظروف فمنها ما هو متصل بالحروب والكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات وغيرها، ومنها ما يتعلق بالغيبة في ظروف عادية، وبسبب حالات الفقد هاته توجب على المشرع ضبط قواعد قانونية تحتوي من مستهم هاته الظروف سواء بالنسبة للمفقود ذاته أو ذوي المصلحة من أهله وغيرهم، وسنحاول من خلال هذا الفصل تحديد مفهوم المفقود وذلك بتعريفه وتحديد أقسامه فقها وقانونا في المبحث الأول، كما سنتطرق إلى القواعد الإجرائية لدعوى الفقد، حيث سنتناول إجرءات دعوى الفقد وطرق إثبات الفقدان، وذلك من خلال المبحث الثاني .

المبحث الأول : مفهوم المفقود

لكي نقوم بتحديد أحكام المفقود ودراستها علينا أولا تحديد مفهوم المفقود، وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى تحديد مفهوم المفقود في مطلبين، حيث سنتعرض في المطلب الأول إلى تعريف المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع المقارنة ببعض التشريعات المغاربية، وفي المطلب الثاني سنتكلم عن أقسام المفقود وهي الحالات والظروف التي تعرض فيها الشخص للفقد .

المطلب الأول : تعريف المفقود

وسنقوم من خلال هذا المطلب بتعريف المفقود من الجانب اللغوي في الفرع الأول، وتعريفه من الجانب الاصطلاحي فقها و قانونا وذلك في الفرع الثاني .

الفرع الأول : تعريف المفقود لغة

المفقود لغة من الفعل فقد وهو من القول فَقَدَ اَلْشَّيْءَ يَفْقِدُهُ فَقْدًا وفِقْدَانًا و فُقُودًا، فهو مَفْقُودٌ و فَقِيدٌ : عَدِمَهُ و اَفْقَدَهُ اللهُ إِيَّاهُ .

والفاقد من النساء التي يموت زوجها و حميمها .

وقال اللحياني : المرأة الفاقد التي تتزوج بعد ما كان لها زوج فمات .

والعرب تقول : لا تتزوجن فاقد وتزوج مطلقة .

والتَفَقُّدُ : تَطَلُّبُ مَا غَابَ مِنَ الشَّيْءِ[1] .

وفي التنزيل قوله تعالى : ﴿**وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ**﴾[2].

و تَفَاقَدَ القَوْمُ أي فَقَدَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا[3] .

---

[1] ابن منظور : لسان العرب ، دار المعارف ، القاهرة ، المجلد 05 ، ص (3443-3444) .

[2] سورة النمل : الآية 20 .

[3] ابن منظور: المرجع السابق، ص 3444

الفرع الثاني : تعريف المفقود اصطلاحا

وفي هذا الفرع سنتطرق إلى التعريف الاصطلاحي للمفقود في الفقه الإسلامي وتعريفه في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المغاربية .

أولا : تعريف المفقود في الفقه الإسلامي

1 – عند الأحناف :

عرف فقهاء الحنفية المفقود بأنه : (اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله وأهله في طلبه يجدون ولخفاء اثر مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد)[1]. و عرف الكاساني المفقود بأنه : (اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت)[2].

وعرف ابن عابدين المفقود انه : (غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه أم ميت أودع اللحد البلقع : أي القبر)[3].

ومن خلال هذه التعريفات نجد أن فقهاء المذهب الحنفي قد اختلفوا في تعريف المفقود في أمر جهل مكانه، فمنهم من حصر الجهل في جهل الحياة والموت، وهذا يدخل في حكمه الأسير الذي معلوم مكانه لكن مجهول أمر حياته من وفاته، أما البعض الأخر فإنه عمم الجهل على الحياة والوفاة والمكان، وهنا الأسير لا يدخل في حكم المفقود لأن مكانه معروف .

2 – عند المالكية :

عرف المالكية المفقود بأنه : (هو الذي يغيب وينقطع أثره، ولا يعلم خبره)[4].وعرفه ابن عرفة أيضا بقوله : (المفقود من انقطع خبره غير ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير و المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه)[5].

فالمالكية يعتبرون المفقود هو الشخص الذي انقطع خبره نهائيا، ولكن بالبحث يمكن أن نكشف مكانه ونجده، حيث يشترط المالكية جهل مكان المفقود بالإضافة إلى جهل الحياة أو الوفاة، وبالتالي فإن الأسير يخرج من حكم المفقود لأن مكانه معلوم .

---

[1] السرخسي : المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، الجزء 11 ، ص 34 .

[2] الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الجزء 08 ، ص 313 .

[3] ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 06 ، 1994 ، الجزء 06 ، ص 456.

[4] الصادق عبد الرحمان الغرياني : مدونة الفقه المالكي و أدلته ، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، الجزء 03 ، ص 101 .

[5] أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 01 ، 1995 ، الجزء 05 ، ص 495 .

3 – عند الشافعية :

المفقود عند الشافعية هو : (الذي انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وله مال، وفي معناه : الأسير الذي انقطع خبره، فإن قامت بينة على موته قسم ميراثه)[1] .

من خلال هذا التعريف نجد أن الشافعية اعتبروا أن المفقود هو كل شخص انقطع خبره وجهل حاله، أي لم يعلم أهله بحياته أو مماته وإن كان مكان فقده معلوم، كما أنهم يعتبرون الأسير أيضا مفقود، فهم لا يشترطون جهل المكان لاعتبار الشخص مفقود، بل يكفي انقطاع خبره وجهل حياته أو مماته، على خلاف المالكية وبعض الحنفية الذين يعتبرون جهل المكان ضروريا لاعتبار الشخص مفقود .

4 – عند الحنابلة :

عرف فقهاء المذهب الحنبلي المفقود بأنه : (من لا تعلم له حياة وموت لانقطاع خبره، وقد اعتبر كل من الأسير الذي هو معلوم من حاله أنه غير ممكن المجيء إلى أهله والتاجر الذي خرج للتجارة والسائح الذي قد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده ، وطالب العلم، يغلب الظن في هذه الأحوال و نحوها السلامة مفقودا)[2] .

ويعرف المفقود كذلك بأنه : (من غرق مركبه فسلم قوم دون قوم، أو فقد من بين أهله كمن خرج إلى الصلاة فلا يعود، أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود، أو فقد في مفازة مهلكة كمفازة الحجاز، أو فقد بيت الصفين حال التحام القتال)[3] .

من خلال هذه التعريفات نجد أن الحنابلة قد اعتبروا أن المفقود هو الشخص الذي تجهل حياته أو وفاته، كما أنهم اعتبروا الأسير أيضا مفقود، حيث لا يرون أن جهل المكان شرطا ضروريا لاعتبار الشخص مفقودا، و بذلك فقد وافق الحنابلة الشافعية في ضرورة جهل الحياة أو الوفاة لكي يعتبر الشخص مفقودا، و اختلفوا مع المالكية في أمر جهل المكان، فالحنابلة لا يشترطون الجهل بمكان المفقود، أما المالكية فيشترطون ذلك .

وبالمقارنة بين تعريفات المذاهب الفقهية الأربعة للمفقود نجد أنها تصب في مصب واحد، لكن هناك اختلافات قليلة بينها، ففقهاء الشافعية والحنابلة وبعض من الحنفية اعتبروا الجهل بالحياة أو الوفاة كافيا لاعتبار الشخص مفقودا وأدخلوا الأسير ضمن ذلك واعتبروه مفقودا كذلك، أما فقهاء المالكية والبعض الأخر من الحنفية اشترطوا جهل المكان بالإضافة لجهل الحياة أو الوفاة لاعتبار الشخص مفقود، وبالتالي فالأسير عند هؤلاء يخرج من حكم المفقود .

---

[1] الإمام النووي : روضة الطالبين و عمدة المفتين ، المكتب الإسلامي ، ط 03 ، 1991 ، الجزء 06 ، ص 34 .

[2] المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عن مذهب الإمام احمد بن حنبل ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، ط01 ، 1998 ، الجزء 09 ، ص 11 .

[3] البهوتي : كشاف القناع على متن الإقناع ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الرياض ، السعودية ، طبعة خاصة، 2003 ، الجزء 01 ، ص 2249 .

وأرى أن التعريف الأصوب من بين تعريفات المذاهب الفقهية الأربعة بعد التمعن فيها و التدقيق في معانيها هو تعريف الفقه المالكي، فالجهل بحال المفقود ومكانه هو المعيار الذي يعتبر على أساسه الشخص مفقودا خاصة في وقتنا الحالي، فقد اختلف الحال على ما كان عليه في الزمن الماضي، حيث تطورت وسائل الاتصال وأصبح بالإمكان البحث و التحري عن الشخص المفقود بسهولة أكثر مما كان عليه سابقا، وبالتالي يمكن إيجاده أو معرفة حاله على الأقل .

وما ترجيحي لرأي المالكية إلا لأنه الأقرب إلى الصواب، فجهل حال المفقود ومكانه أمر ضروري لاعتباره مفقودا ، أما الأسير الذي أخرجه المالكية من حكم المفقود ففي زمننا الحالي جهل حياته أو موته أمر غير وارد لأن الحال اختلف عن ذي قبل، وكل أسير حرب له الحق في الاتصال بأهله وإبلاغهم عن حاله وهذا بحسب ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية ، وبالتالي فالأسير الذي علم مكانه وعلم حاله بحياته أو وفاته لا يعتبر مفقودا، خاصة في الوقت الذي تطورت فيه وسائل الاتصال وتوفرت فيه سبل و أساليب البحث و التحري .

5 – عند بعض الفقهاء المعاصرين:

عرف الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم المفقود بأنه : (الآدمي الذي يختفي وينقطع خبره فلا يعلم له حياة ولا موت)[1] .

كما عرفه الصابوني بأنه : (هو الغائب الذي انقطع خبره و خفي أثره، فلا يدري أحي هو أم ميت)[2] .

وعرفته الدكتورة مريم أحمد الداغستاني بأنه : (هو الغائب الذي انقطع خبره، فلا يدري أحي أم ميت)[3] .

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها اتخذت نفس المعايير لاعتبار الشخص مفقودا، فقد اعتبرت أن الشخص الذي ينقطع خبره عن أهله ولا تعرف حياته من موته هو شخص مفقود تجري عليه الأحكام المتعلقة بالمفقودين، وهذه التعريفات طبعا قد استسقاها الدكاترة من التعريفات والأحكام الفقهية التي تضبط المفقود في الفقه الإسلامي.

---

[1] عبد الكريم بن محمد اللاحم : الفرائض ، مكتبة المعارف ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط01 ، 1976 ، ص 169 .

[2] محمد علي الصابوني : المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة ، دار الحديث خلف الجامع الأزهر ، ص 205 .

[3] مريم احمد الداغستاني : المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة و العمل عليه في المحاكم المصرية ، القاهرة ، ط 2001 ، ص 104 .

ثانيا : تعريف المفقود في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية

1 – تعريف المفقود في التشريع الجزائري :

عرف المشرع الجزائري المفقود من خلال ما ورد في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بقوله : (المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم)[1] .

من خلال هذا التعريف فإن الشخص لا يمكن اعتباره مفقودا إلا إذا توفرت عدة شروط تتمثل في اختفاء الشخص أو غيابه، والجهل بمكانه وكذا الجهل بحياته أو موته، كما أنه لا يعتبر الشخص مفقود إلا بحكم قضائي .

ونلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال تعريفه للمفقود أخذ بالمذهب المالكي الذي يعتبر جهل المكان شرطا ضروريا لاعتبار الشخص مفقودا، بالإضافة إلى جهل الحياة أو الوفاة، وبالتالي فالمشرع الجزائري كالمذهب المالكي أخرج الأسير والمحبوس من حكم المفقود .

2 – تعريف المفقود في بعض التشريعات المغاربية :

أ – تعريفه في التشريع المغربي :

لقد عرف التشريع المغربي المفقود في المادة 325 من مدونة الأسرة المغربية بقوله : (الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا)[2] .

ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع المغربي قد اعتبر المفقود هو الشخص الذي تنقطع أخباره عن أهله ويصدر حكم قضائي باعتباره ميت و هو ما يسمى بالموت الحكمي .

ب – تعريفه في التشريع التونسي :

وقد عرفه المشرع التونسي في الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقوله : (يعتبر مفقودا كل من انقطع خبره وممكن الكشف عنه حيا)[3] .

ويتضح لنا أن المشرع التونسي قد عرف المفقود على أنه كل شخص انقطع خبره عن أهله و ممكن الكشف عنه حيا، وذلك يتم طبعا بالبحث و التحري .

---

[1] الأمر 05-02 المؤرخ في 27 /2005/02 المعدل و المتمم للأمر 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الصادر في 2005/02/27، الجريدة الرسمية ، العدد 15 .

[2] القانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 130-10-1، المؤرخ في 2010/07/16، المتضمن مدون الأسرة المغربية، الصادر بتاريخ 2010/07/26، الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5859.

[3] الأمر المؤرخ في 1956/08/13، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادر في 1956/08/17، الرائد الرسمي التونسي، العدد 66 .

وبالمقارنة بين تعريف المشرع الجزائري للمفقود وتعريف المشرعين المغربي والتونسي له، فإننا نجد أن تعريف المشرع الجزائري وتعريف المشرع المغربي أقرب إلى بعضهما من تعريف المشرع التونسي، فبالرغم من أن المشرع المغربي عرف الميت حكما، إلا أن الشروط هي نفسها التي اشترطها المشرع الجزائري لاعتبار الشخص مفقودا، فكلاهما يشترطان انقطاع أخبار الشخص وجهل حاله ومكانه، وكذا وجوب صدور حكم قضائي يقضي بفقدان الشخص، وهذا راجع إلى أن كلاهما قد أخذا بالمذهب المالكي في هاته المسالة .

أما تعريف المشرع التونسي فقد اختلف عن تعريف الجزائري والمشرع المغربي في مسألة ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بفقدان الشخص، فهو لم يذكر ذلك في تعريفه للمفقود حسب ما ورد في الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، واتفق معهم في اشتراط انقطاع أخبار الشخص عن أهله وإمكانية الكشف عنه بالبحث والتحري ليعتبر مفقودا .

المطلب الثاني : أقسام المفقود

سنتناول في هذا المطلب أقسام المفقود حسب ما ورد في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مع المقارنة ببعض التشريعات المغاربية .

الفرع الأول : أقسام المفقود في الفقه الإسلامي

أولا : عند الحنفية و الشافعية

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

ثانيا : عند المالكية

اعتمد فقهاء المالكية[2] في تقسيمهم للمفقود على اعتبار المكان الذي فقد فيه الشخص، وقد قسموه إلى خمسة أنواع هي كالأتي :

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

2 – الأسير والمفقود في بلاد الحرب والمحبوس : وهذا يُنتظر حتى يمضي من الزمن ما يظن أنه لا يعيش إليه، أي يضرب له أجل مدة التعمير .

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

---

[1] عبد المنعم فارس سقا : أحكام الغائب و المفقود في الفقه الإسلامي ، دار النوادر ، سوريا ، ط 01 ، 2008 ، ص 50 .

[2] الغرياني : مرجع سابق ، ص 102 ، 104 ، 105 ، 106 ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار إحياء الكتب العربية ، الجزء 02 ، ص 479 .

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

5 – المفقود في بلاد الوباء : حيث أن البلاد التي بها وباء كالطاعون، أو أصابتها كارثة طبيعية كالزلازل أو الفيضانات، يكون حال المفقود فيها إما أن ينجو ويظهر مع الأحياء بعد انجلاء الوباء، وإما أن يكون من الموتى .

ومن خلال هذا التقسيم يتضح لنا أن المالكية قسموا المفقود على أساس مكان فقده، حيث أن الشخص الذي فقد في أرض السلام تكون نسبة ظهوره ومعرفة خبره أحي هو أم ميت أكثر من الشخص الذي فقد على ارض الأعداء، كما أن من فقد في أرض عليها حرب سواء أرض إسلام أو أرض شرك، أو فقد على ارض بها وباء قاتل تكون وفاته أقرب من ظهوره حيا .

ثالثا : عند الحنابلة

قسم الحنابلة[1] المفقود إلى نوعين وذلك بحسب غيبته والظروف المحيطة بها .

1 – المفقود في غيبة ظاهرها السلامة : حيث أن الشخص الذي فقد وغيبته تغلب عليها السلامة أكثر من الهلاك، فإن اغلب الظن يذهب إلى أن المفقود على قيد الحياة، ومثال ذلك كمن ذهب في تجارة أو سافر لطلب العلم أو السياحة واختفى خبره و لم يظهر عليه شيء .

2 – المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك : وذلك بأن يفقد الشخص في غيبة يغلب على حال المفقود الهلاك فيها، كمن فقد في زلزال أو فيضانات وغيرها من الكوارث، أو فقد أثناء الحروب .

الفرع الثاني : أقسام المفقود في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المغاربية

أولا : في التشريع الجزائري

نصت المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات) .

---

[1] البهوتي : مرجع سابق ، ص 2249 ، ابن قدامة : المغني ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الرياض ، السعودية ، الجزء 09 ، ص 186 ، 187 .

ومن خلال هذه المادة نرى أن المشرع الجزائري قد قسم المفقود إلى قسمين :

1 – مفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية .

2 – مفقود في الحالات التي تغلب فيها السلامة .

وهنا نجد أن المشرع الجزائري في تقسيمه للمفقود قد أخذ برأي الحنابلة الذين قسموا المفقود بحسب حال غيابه وليس بحسب مكان غيابه كما فعل المالكية في تقسيمهم للشخص المفقود .

ثانيا : في التشريعات المغاربية

1 – في التشريع المغربي

نصت المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية على أنه : (يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أما في جميع الأحوال فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين) .

فالمشرع المغربي من خلال هذه المادة قسم المفقود إلى نوعين :

أ – مفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك .

ب – مفقود تغلب عليه السلامة .

2 – في التشريع التونسي

لقد ورد في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه : (إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه. وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا) .

حيث أن التشريع التونسي ومن خلال المادة المذكورة أعلاه قسم المفقود إلى نوعين كذلك، وهما :

أ – مفقود في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت .

ب – مفقود في حالات تغلب فيها السلامة .

3 – في التشريع الموريتاني

نصت المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه : (يجوز الحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب الظن هلاكه فيها بعد انقضاء سنة من تاريخ اليأس من وجود خبره، وفي الحالات الأخرى يوكل تحديد مدة التمويت لاجتهاد القاضي اعتبارا بمدة التعمير . ويبتدئ ضرب الأجل بعد انتهاء البحث عن المفقود بكل الوسائل الممكنة)[1] .

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الموريتاني قسم المفقود إلى نوعين أيضا، وهما كما يلي :

أ – مفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب الظن هلاكه فيها .

ب – مفقود في الحالات الأخرى التي تغلب فيها السلامة .

ومن خلال ما سبق ذكره من تقسيم التشريع الجزائري للمفقود، ومقارنته بالتقسيمات التي أخذها التشريعات المغاربية، المتمثلة في التشريع المغربي، و التشريع التونسي، و التشريع الموريتاني، فإننا نجد أنه لا يوجد اختلاف بين الحالات التي اعتبرت فيها هاته التشريعات الشخص مفقودا، فقد قسمت كافة التشريعات المذكورة المفقود إلى نوعين، مفقود يغلب على حاله الهلاك ومفقود تغلب على حاله السلامة .

وكما بيّنا سابقا فإن المشرع الجزائري قد أخذ في تقسيمه للمفقود برأي الحنابلة، ويبدو أن جلّ التشريعات المغاربية انتهجت نفس المنهج في تقسيمها للمفقود .

ثالثا : حالات الفقدان الخاصة

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنابلة في تقسيم المفقود في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه في القوانين الخاصة أخذ بتقسيم المالكية والذي يتم حسب مكان الفقد .

1 – مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 بباب الواد

وحسب ما ورد في أحكام الأمر 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 بباب الواد بالجزائر العاصمة، فإنه لكي يعتبر الشخص أحد مفقودي هذه الفيضانات يشترط أن يثبت وجوده في الأماكن التي مستها الفيضانات، وهذا بحسب نص المادة 02 من الأمر 02-03 و التي جاءت كما يلي : (يصرح متوفى بموجب حكم

[1] القانون رقم 2001-052، المؤرخ في 2001/06/19، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بتاريخ 2001/08/15، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 1004 .

كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 و لم يظهر له أي اثر، و لم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية)[1] .

وقد أخذ المشرع الجزائري بمعيار المكان هنا من أجل حصر المفقودين الذين تسري عليهم الأحكام الواردة في الأمر 02-03 ، لأن الأمر جاء بصفة استثنائية نتيجة وقوع كارثة طبيعية، حيث أن كل من ثبت وجوده في الأماكن التي لحقتها أضرار الفيضانات و لم يتم العثور على جثته، و لم يظهر له أي خبر يعتبر مفقودا من بين مفقودي هذه الفيضانات، وتسري عليه أحكام هذا الأمر .

2 – مفقودي زلزال 20ماي 2003 ببومرداس

كما أن المشرع الجزائري قد أخذ أيضا بالتقسيم على أساس مكان الفقد بالنسبة لمفقودي زلزال 20 ماي ببومرداس، و قد صدر القانون 03-06 والمتعلق بمفقودي زلزال بومرداس الذي وقع في 20ماي 2003 ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 02 من هذا القانون على أنه : (يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال و لم يظهر له أي اثر و لم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية)[2] .

وبهذا فإن كل شخص فقد وثبت وجوده في المناطق التي مسها الزلزال، سواء في بومرداس أو المناطق المجاورة لها التي لحقتها أضرار الزلازل، و لم يعثر على جثته و لم يظهر له أي اثر بعد عمليات البحث والتحري بالطرق المعهودة قانونا، فإنه يعتبر مفقودا بحكم القانون وتسري عليه أحكام الأمر 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال بومرداس .

3 – مفقودي المأساة الوطنية

نظرا للحالة الاستثنائية التي عاشتها الجزائر في التسعينيات أيام المأساة الوطنية و التي أعلنت خلالها حالة الطوارئ، فإن المفقودين في ذلك الوقت سواء المختطفين من قبل الجماعات الإرهابية أو غيرها، يُعتبرون مفقودين في ظروف خاصة يغلب عليها الهلاك، بالإضافة إلى أنهم مفقودون في بلاد الإسلام و في زمن فتنة بين أبنائها المسلمين، و لهذا فان المادة 27 من الأمر 06-01 الذي يتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، نصت على أنه : (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم و المصالحة الوطنية . تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدّها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى) .

---

[1] الأمر 02-03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 ، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 ، الصادر بتاريخ 28 فيفري 2002 ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 .

[2] الأمر 03-06 المؤرخ في 14 جوان 2003 ، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس في 21 ماي 2003 ، الصادر في 15 جوان 2003 ، الجريدة الرسمية ، العدد 37 .

والمادة 28 من نفس الأمر نصت على أنه : (تُخوّل صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي)[1] .

فالعبارات التي صاغ بها المشرع مواد هذا الميثاق تؤكد مدى حجم الأزمة التي وقعت فيها البلاد، والفتنة التي اشتعل فتيلها بين أبناء البلد الواحد، والتي راح ضحيتها أبناء هذا الوطن نتيجة لتلك المجازر والاختطافات، فهناك من قتل من غير ذنب اقترفه، وهناك من اختطف و لم يظهر خبره إلى اليوم، لا يعلم حاله أهو حيّ أم ميّت، وبالتالي فهو مفقود وقد اعتبر المشرع الجزائري المفقودين في تلك الفترة ضحايا مأساة وطنية، وهم من المفقودين في الحالات الخاصة، لهذا أورد لهم مواد قانونية ضمن الأمر 06-01 المتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية، من أجل أن تنظم حالتهم وهذا باعتبارهم مفقودين قي ظرف خاص ويجب تحديد وضعيتهم القانونية .

ومن خلال هذه الأوامر الثلاثة وما ورد فيها، والمتمثلة في الأمر 03-02 المتعلق بمفقودي فيضانات باب الواد، والأمر 03-06 والمتعلق بمفقودي زلزال بومرداس، والأمر 06-01 المتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية والذي يبين حالة مفقودي المأساة الوطنية، نرى أن المشرع الجزائري قد نص على المفقود وحالاته وأحكامه في قانون الأسرة الجزائري، غير أنه في الحالات الخاصة أفرد المفقودين في هذه الأزمات والكوارث بأحكام خاصة وذلك لاختلاف حالهم عن المفقودين في الحالات العادية، وكذلك لضرورة إحصاء كافة المفقودين والبحث عنهم في الحدود التي ضربتها الأزمة أو الكارثة الطبيعية .

[1] الأمر 06-01 المؤرخ في 27 فيفري 2006 ، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية ، الصادر في 28 فيفري 2006 ، الجريدة الرسمية ، العدد 11 .

المبحث الثاني : القواعد الإجرائية لدعوى الفقد

لكي تثبت صفة الفقدان للشخص المفقود فإنه يتوجب رفع دعوى الفقد من أجل الحكم بالفقد وفق الإجراءات المحددة لذلك وهو ما سنتكلم عنه من خلال المطلب الأول، كما أنه يجب إثبات الفقدان بالطرق والوسائل المحددة قانونا وهو ما سنتطرق له في المطلب الثاني .

المطلب الأول : إجراءات دعوى الفقد

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته وهي وسيلة من بين الوسائل المشروعة من أجل تعبير الشخص عن رغبته في الدفاع عن حقوقه[1]، وسنتعرض من خلال هذا المطلب إلى الإجراءات اللازمة لرفع دعوى الفقد، حيث سنبين أطراف دعوى الفقد، والشروط الواجب توفرها لقبول الدعوى، وتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى، وكذلك العريضة الافتتاحية للدعوى .

الفرع الأول : أطراف دعوى الفقد

أطراف الدعوى هم من يوجه الإدعاء باسمهم بناءا على ما لهم من صفة ومصلحة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدعى به، ودعوى الفقد مثل باقي الدعاوى الأخرى تستلزم أن يكون فيها طرفان متخاصمان مدعي ومدعى عليه، مع إمكانية إدخال طرف ثالث إلى جانب أحد الطرفين الأصليين أو تدخله بإرادته في الخصومة [2]، وهذا ما سنبيّنه فيما يلي بالتفصيل .

أولا : المدعي في دعوى الفقد

المدعي هو من له صفة إيجابية في الدعوى، وهي عادة ما تكون صفة صاحب الحق أو المركز القانوني[3]، والدعوى تعني لهذا الأخير حقه في طرح ادعاءاته القانونية أمام القضاء من أجل إثبات هذا الحق وتأكيده في مواجهة شخص أخر بناءا على واقعة قانونية معينة [4] .

والادعاء في دعوى الفقد يهدف إلى استصدار حكم يقضي بفقد شخص معين للمحافظة على مصالح هذا الأخير ومصالح الغير المرتبطة به[5] .

---

[1] بربارة عبد الرحمان : شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 02 ، ص 32 .

[2] نوي عبد النور : أحكام المفقود في ظل القانون و الاجتهاد القضائي الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، سنة 2013/2012 ، ص 65 .

[3] عوض احمد الزعبي : أصول المحاكمات المدنية ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الأردن ، ط 02 ، 2006 ، الجزء 02 ، ص 391 .

[4] بوبشير محند أمقران : قانون الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 03 ، 2008 ، ص 27 .

[5] نوي عبد النور : المرجع السابق ، ص 66 .

وحسب ما ورد في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه : (يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة) .

ومن خلال ما نصت عليه هذه المادة فإن من لهم الحق في الادعاء في دعوى الفقد هم : الورثة، من له مصلحة، النيابة العامة، وسنوضح كل عنصر على حدى بالتفصيل فيما سيأتي .

1 – الورثة : والوارث هو الشخص الحي بعد موت مورّثه، أو الملحق بالإحياء كالجنين[1]، وقد نصت المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (أسباب الإرث : القرابة والزوجية) .

وبالتالي فإن من له صفة وارث يملك الحق في رفع دعوى الفقد، حسب ما ورد في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري، والورثة هم الأقارب والمتمثلين في فروع الشخص المفقود وأصوله وحواشيهم كما تم تحديدهم في قانون الأسرة، وكذلك زوج الشخص المفقود هو أحد الورثة، حيث أن هؤلاء هم من لهم الحق في رفع دعوى الفقد على الشخص المفقود .

2 – من له مصلحة : بالإضافة إلى الورثة فإن المادة 114 من قانون الأسرة نصت على أن كل من له مصلحة يمكنه رفع الدعوى الخاصة بالفقد، والمقصود بالمصلحة المنفعة العامة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت لجوءه للقضاء سواء كانت هذه المصلحة قائمة أو محتملة[2].

وهو ما أشارت إليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في فقرتها الأولى بقولها : (لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون)[3] ، وبالتالي فإن أي شخص تكون له مصلحة قائمة كانت أو محتملة من رفع دعوى الفقدان فإن له الحق في رفعها بقوة القانون .

3 – النيابة العامة : وحسب ما جاء في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري فإن النيابة العامة هي الفئة الثالثة التي يمكنها أن ترفع دعوى الفقد، حيث نصت المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على أنه : (تعد النيابة العامة طرفًا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون) ، كما نصت المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: (يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم) .

---

[1] مصطفى مسلم : مباحث في علم المواريث ، دار المنارة للنشر و التوزيع ، جدة ، السعودية ، ط 05 ، 2004 ، ص 11 .

[2] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 38 .

[3] القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في 2008/04/23، الجريدة الرسمية، العدد 21 .

وبغض النظر عن المادة 3 مكرر من قانون الأسرة و التي قامت بإثارة جدل كبير بعد صياغتها، فان النيابة العامة تكون طرف أصلي في الدعوى عندما تقوم بمباشرة رفع الدعوى بنفسها، أما فيما يتعلق بالحالات الأخرى فإنها تكون طرفا منظما، وذلك لأن القانون يوجب إبلاغها بالدعوى المرفوعة [1] .

ونصت المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : (تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام) .

وفي جميع الحالات فإن كل من المادتين 257 و 260 من القانون نفسه أجازت للنيابة العامة أن تتدخل تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو من أجل الدفاع عن النظام العام، أو القضايا التي ترى في تدخلها أمرًا ضروريا لذلك[2] .

فالدعوى التي ترفع من طرف النيابة العامة كأصل عام الهدف منها الحصول على حكم ايجابي من القضاء، ويشترط لصحة رفع الدعوى للمطالبة بالحق توفر عنصري المصلحة والصفة، حيث أنّ المصلحة هي الفائدة التي يتحصل عليها رافع الدعوى من رفع دعواه، سواء كانت فائدة مادية أو معنوية، ومصلحة النيابة العامة في مسائل الأسرة هي الحفاظ على النظام العام، ولها صفة في الدعوى باعتبارها ممثلة عن المجتمع، كما أنّ لها أهلية مباشرة الإجراءات أمام الهيئة القضائية عن طريق ممثلها المجسّد في شخص وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه، وإذا أخذنا بعين الاعتبار مركز النيابة العامة كطرف مدعي في المسائل التي تتعلق بالأسرة، فقد تهدف إما لإثبات حق أو مركز جديد وتعزيزه أو إنكاره، وبشان دعوى الفقد فإن الهدف منها هو تقرير المركز القانوني للمفقود وحماية مصالحه، وكذا حماية مصالح الغير المرتبطة به[3] .

ثانيا : المدعى عليه في دعوى الفقد

المدعى عليه هو من له صفة سلبية في الدعوى كصفة المدين[4]، أو هو الشخص المسؤول قانونا عن الحق المدعى به، والدعوى بالنسبة للمدعى عليه تعني حقه في مناقشة مدى صحة ما يدعيه الطرف المدعي والرد عليه[5]، غير أنّ القانون لم يحدد المدعى عليه في دعوى الفقد، حيث يُطرح التساؤل : هل ترفع هذه الدعوى ضد المفقود أو ضد أحد أقاربه ؟

---

[1] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 195 .

[2] بربارة عبد الرحمان : المرجع نفسه ، ص 194 .

[3] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 70-71 .

[4] عوض احمد الزعبي : مرجع سابق ، ص 392 .

[5] بوبشير محند أمقران : مرجع سابق ، ص 27 .

وبرجوعنا إلى القواعد العامة للإجراءات فإننا نجد أنها تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات الطرف المدعي، وبتطبيق هذا المبدأ فإن المدعى عليه في دعوى الفقد هو الشخص المفقود[1]، غير أن عدم إمكانية المفقود من مباشرة الدعوى المرفوعة ضده بنفسه تقتضي مباشرتها من طرف من ينوب عنه قانونا، وهو ما يستشف من نص المادة 38 من القانون المدني في فقرتها الأولى بقولها : (موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا)[2] .

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

الفرع الثاني : شروط قبول دعوى الفقد

نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون . يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه . كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون)[3] . ومن خلال نص هذه المادة فإنه يتوجب لقبول أي دعوى أمام القضاء توفر شرطين هما الصفة و المصلحة .

أولا : الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي[4]، والصفة في الرأي الغالب للفقه فيما يتعلق برفع الدعوى الرامية إلى حماية الحق المتنازع فيه تكون لصاحب الحق وحده، فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق[5] .

ويقصد بالصفة أيضا تلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى سواء مدعي أو مدعى عليه بموضوع النزاع[6] .

وعند رجوعنا إلى المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع قد منح الصفة في دعوى الفقد للورثة أو من له مصلحة أو للنيابة العامة، هذا بالنسبة للمدعي، أما بالنسبة للمدعى عليه فإن القانون لم يحدد له الصفة في دعوى الفقدان، وهذا ما سنحاول أن نوضحه فيما سيأتي من شرح لصفة المدعي في دعوى الفقد، و صفة المدعى عليه على التوالي .

---

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 71 .

[2] القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل و المتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر في 2005/06/26، الجريدة الرسمية، العدد 44 .

[3] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[4] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 34 .

[5] نبيل صقر : الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 38 .

[6] سائح سنقوقة : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، طبعة 2011 ، الجزء 01 ، ص 45 .

1 – صفة المدعي في دعوى الفقد

يجب التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى أن يقوم بمباشرتها بنفسه وذلك لأجل عذر مشروع، في هذه الحالة يعطي له القانون الحق في أن يمثله في الإجراءات شخص أخر، كان يحضر محامي نيابة عنه، أو يحضر شخص أخر بموجب وكالة خاصة، في هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتأكد أولا من صحة التمثيل، ثم بعد ذلك يقوم بالبحث في مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق[1] .

وبناءا على ما نصت عليه المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري بقولها : (يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة) ، فإنها تُعطي لهؤلاء الثلاثة صفة المدعي في دعوى الفقد .

أ – الورثة :

والورثة هم من ينتمون إلى الميت بسبب من أسباب الإرث كالقرابة والزوجية، فالقرابة هي الصلة النسبية بين المورّث والوارث، و تشمل القرابة الفروع والأصول والحواشي، وهي : الأخوة ، والعمومة، والخؤولة، وفروعها لا فرق بين الذكور والإناث في كل ذلك[2] .

والزوجية هي أحد أسباب التوارث للزوج الحي بعد وفاة الزوج الأخر، حيث يرث الزوج زوجته إذا توفيت، وترث الزوجة زوجها إذا توفي، ومرجع قوة الرابطة بين الزوجين هي أنّ كلا منهما قرين الأخر وشريكه في متاعب الحياة وهمومها، والزوجية التي يترتب عليها الميراث هي الزوجية الناشئة عن عقد زواج صحيح، سواء تم الدخول أم لم يتم ذلك[3] .

ب – من له مصلحة :

بالإضافة إلى الورثة يستطيع كل من له مصلحة أن يطلب صدور حكم بالفقد، أي يكون هو المدعي في هذه الدعوى، وكقاعدة عامة يشترط في من يرفع الدعوى القضائية أن تكون له مصلحة، ويشترط في هذه المصلحة أن تكون قانونية أي تستند على حق قانوني سواء كان مادي أو أدبي أو مركز قانوني، وأن تكون قائمة وحالة، أي يكون الحق أو المركز القانوني المراد الدفاع عنه قائما فعلا، ولا يعتدّ بالمصلحة المحتملة، وأن تكون المصلحة شخصية مباشرة أي أن رافع الدعوى هو صاحب الحق، باستثناء من ينوب عن غيره كالوكيل والوصي والقيم[4] .

---

[1] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 34-35 .

[2] حسين محمد مخلوف : المواريث في الشريعة الإسلامية ، دار الفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير ، القاهرة ، مصر ، ص 35 .

[3] محمد الشحات الجندي : الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 63 .

[4] شرابن ابتسام : المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه ، فرع : عقود و مسؤولية ، جامعة بومرداس ، سنة 2010/2009 ، ص 43-44 .

ج – النيابة العامة :

لقد نظم المشرع الجزائري وجود النيابة أمام القضاء المدني، حيث تكون إما مدعية كطرف أصلي عندما تقوم برفع الدعوى بطريق مستقل، وإما أن تكون طرفا منضما في القضايا التي يتوجب إبلاغها بها أثناء سير الخصومة[1] .

وهذا ما جسدته المادة 03 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على أنه : (تعدّ النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون) ، حيث أعطت هذه المادة صفة المدعي للنيابة العامة في دعوى الفقد .

ونصت المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه : (يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم) ، و نجد أن المشرع قد فصل بين حالتين محل جدل فقهي وقانوني، تتعلقان بمعيار التمييز صفة الطرف الأصلي وصفة الطرف المنضم لدى النيابة العامة في القضايا المدنية، فقام المشرع بتأسيس فاصل بينهما يجعل من النيابة طرفا أصليا عندما تكون مدعية، وطرفا منضما عندما تكون متدخلة[2] .

ومن بين الدعاوى التي يحق للنيابة العامة أن ترفعها أمام القضاء المدني، دعوى استصدار حكم يقضي بفقدان الشخص طبقا لنص المادة 114 من قانون الأسرة، فبالرغم من أنّ النيابة العامة في هذه الحالة لا تدعي فيها بحق ذاتي خاص بها، وطبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فلا صفة لها، إلا أن نص المادة 114 من قانون الأسرة أقر لها الصفة في هذه الدعوى، وعليه يمكن للنيابة العامة رفع دعوى استصدار حكم بفقدان الشخص ولها الصفة في ذلك بنص القانون[3] .

2 – صفة المدعى عليه في دعوى الفقد

من المبادئ العامة للدعوى أنها لا تصح إلا إذا قام برفعها شخصٌ ذو صفة على شخصٍ ذي صفة، فمثلما يشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعي لقبول دعواه، يشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى الشخص المدعى عليه[4] .

والمادة 114 من قانون الأسرة الجزائري قد بينت الأشخاص الذين يملكون الصفة في رفع دعوى الفقد وحدّدتهم وهم الورثة وكل من له مصلحة والنيابة العامة، غير أنها لم تحدّد صفة المدعى عليه الذي ترفع عليه دعوى الفقد .

وبالرجوع للقواعد العامة للإجراءات نجدها تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي، أي أنه في هذه الحالة هو الشخص المراد الحكم بفقدانه، وبالنظر للشخص المفقود نجد أنه قد اعتراه

---

[1] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 193 .

[2] بربارة عبد الرحمان : المرجع نفسه ، ص 194 .

[3] شرابن ابتسام : المرجع السابق ، ص 45 .

[4] بربارة عبد الرحمان : المرجع السابق ، ص 36 .

مانع وهو الغياب، فلا يمكنه مباشرة أعماله القانونية بنفسه، وقد طرح هذا الإشكال أمام الجهات القضائية مما دفعها إلى الاجتهاد من أجل إيجاد حل لذلك، حيث قبلت دعوى الفقد التي ترفع ضد النيابة العامة[1] .

غير أن الإشكال يقع عندما تكون النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى أي تكون طرف مدعي، خاصة أن المادة 3 مكرر من قانون الأسرة نصت على أن النيابة تعدّ طرفا أصليا في كافة القضايا التي تهدف إلى تطبيق أحكام هذا القانون، إلا أن المادة 38 من القانون المدني قد أزالت هذا الإشكال الواقع بنصها على إمكانية النيابة عن الشخص المفقود .

وبالتالي يمكن للأشخاص الذين أعطاهم القانون الحق في رفع دعوى الفقد أن يطلبوا تعيين وكيل قضائي عن الشخص المفقود من أجل أن يقوم بتمثيله أمام الجهات القضائية[2] .

ثانيا : المصلحة

يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، وهذه المنفعة هي التي تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها[3] .

والمصلحة لها معنيين، المعنى الأول هو المنفعة التي تعود على الشخص صاحب الحق الذي رفع الدعوى من الحكم بطلبه، سواء كانت المنفعة مادية أو معنوية، فلا تُقبل دعوى دائن مرتهن ببطلان إجراءات التوزيع إذا كان من الثابت أن ديون الدائنين السابقين له في المرتبة تستغرق كامل المبلغ الذي هو محل التوزيع، أما المعنى الثاني فهو الحاجة إلى الحماية القضائية، فإذا تم الاعتداء على حق شخص ما، أو كان هذا الحق مهددا بالاعتداء عليه تحققت مصلحة صاحب الحق في قبول الدعوى التي قام برفعها[4] .

كما أن للمصلحة نوعان، مصلحة قائمة ومصلحة محتملة التحقق، حيث تكون المصلحة قائمة حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من الاعتداء عليه أو التعويض عن الأضرار التي لحقت به، و إذا لم يقع الاعتداء و لم يتحقق بذلك أي ضرر لصاحب الحق فإن المصلحة هنا تكون محتملة الوقوع ، قد تنشأ مستقبلا و قد لا تنشأ أبدا[5] .

واتفق فقهاء القانون و شرّاحه على أن المصلحة تعتبر شرطا أساسيا لرفع الدعوى القضائية، حيث يجب أن تكون المصلحة قانونية وشرعية وقائمة وإيجابية ملموسة، والمدعي في دعوى الحكم بالفقد يجب عليه أن يبرر مصلحته

---

[1] شرابن ابتسام : مرجع سابق ، ص 45 .

[2] شرابن ابتسام : نفس المرجع ، ص 46 .

[3] بربارة عبد الرحمان : نفس المرجع ، ص 38 .

[4] بوبشير محند أمقران : مرجع سابق ، ص 36-37 .

[5] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 38-39 .

في رفع الدعوى القضائية، حيث يجب أن تستند دعواه على القانون، أي أن يدّعي بحق يعترف به القانون ويقرّه، وهو في دعوى الحال ما نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة بوجوب استصدار حكم بالفقدان، كما يجب أن يكون الشخص الذي رفعت ضده الدعوى قد فقد فعلا لكي تقوم مصلحة الشخص المدعي في هذه الدعوى، لأن المصلحة المحتملة لا تكفي لتأسيس الدعوى مبدئيا، ولعلّ شرط توفر المصلحة يجد تطبيقه بالنسبة للمدعي المتمثل في الورثة، وهو مُسَلَّمٌ به عندما يرفع الدعوى من له مصلحة، إلا أن حالة كون المدعي هو النيابة العامة فهنا لا وجود لهذا الشرط لأن النيابة طرف بقوة القانون[1] .

الفرع الثالث : الاختصاص القضائي في دعوى الفقد

يعدّ الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والإقليم[2] .

وتعتبر دعوى الفقد كباقي الدعاوى الأخرى، إذ يجب تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل فيها، وهذا ما سنتناوله فيما يلي بالتفصيل .

أولا : الاختصاص النوعي في دعوى الفقد

يقصد بالإختصاص النوعي للمحاكم سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها، حيث أن ضابط إسناد الاختصاص لمحكمة ما وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع التراع[3]، حيث أن الاختصاص النوعي هو توزيع القضايا على الجهات القضائية المختلفة بحسب نوع الدعوى، وبعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر ولايتها جهة قضائية معينة وفقا لنوع الدعوى المطروحة[4] .

وبالنسبة لدعوى الفقد فإن الاختصاص النوعي فيها يمكننا أن نستنتجه من خلال نصي المادتين 32 و423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث تنص المادة 32 على أن : (المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة، تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والإجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا، تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة التراع، غير أنه في المحاكم التي لم تنشئ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع التراعات باستثناء القضايا الإجتماعية، في حالة جدولة القضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا) .

---

[1] شرابن ابتسام : مرجع سابق ، ص 47 .

[2] بربارة عبد الرحمان : المرجع نفسه ، ص 74 .

[3] نبيل صقر : مرجع سابق ، ص 56 .

[4] بربارة عبد الرحمان : المرجع نفسه ، ص 74 .

وتنص المادة 423 من نفس القانون على أنه (ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:...
5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم) .

ومن خلال ما ورد في نصي المادتين نستنتج أن الاختصاص النوعي في دعاوى الفقد ينعقد لقسم شؤون الأسرة بالمحاكم العادية، باعتبار أن المحاكم هي صاحبة الولاية بالنظر في الدعاوى القضائية، وفي حالة عدم وجود قسم شؤون الأسرة في المحكمة يتم رفع الدعوى أمام القسم المدني، وإذا وقع خطأ في توجيه الدعوى إلى القسم المختص بالفصل فيها يتم إحالتها على القسم المختص من طرف كتابة الضبط ولا ترفض لعدم الاختصاص، ذلك أن تقسيم المحكمة إلى أقسام لا يرتكز على أساس الاختصاص النوعي، وإنما هو مجرد تقسيم إداري الهدف منه ضمان حسن سير مرفق القضاء والفصل في الدعاوى من طرف قضاة متخصصين[1] .

ثانيا : الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد

يقصد بالاختصاص الإقليمي تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى علاقة النزاع بحدود سلطتها الإقليمية والمكانية[2]، أو هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي[3] .

وفيما يخص دعاوى الفقد فالمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المتعلقة بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة لم تنص على تحديد الاختصاص الإقليمي لدعاوى الفقد، ولذا فإنه يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة للاختصاص الإقليمي والتي تنص عليها المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:(يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) .

حيث أن القاعدة العامة والتي بموجبها ينعقد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية، يكون للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الشخص المدعى عليه، وإن كان موطنه غير معروف فالاختصاص يعود لمحكمة أخر موطن له، أما في حالة اختيار موطن فإن محكمة الموطن المختار هي التي تكون مختصة إقليميا .

وعليه ينعقد الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد للجهة القضائية التي يقع فيها موطن الشخص المفقود، فإن لم يكن له موطن معروف فينعقد الاختصاص لمحكمة أخر موطن له، وفي حالة اختيار المفقود لموطن معين قبل فقده يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها هذا الموطن المختار[4] .

---

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 78 .
[2] عوض احمد الزعبي : مرجع سابق ، ص 311-312 .
[3] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ، ص 83 .
[4] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 79 .

الفرع الرابع : العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد

نصت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : (ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف) .

ومن خلال ما ورد في هذه المادة، فانه يتعين على من يرغب في التقاضي تحرير عريضة باللغة العربية تتضمن موضوع النزاع بشيء من الوضوح والاختصار، تكون بحسب عدد المدعى عليهم دون نسيان النسخة الأصلية التي يتعين أن تبقى بملف الدعوى بالمحكمة، على أن تودع هذه العريضة لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا[1].

ولا يختلف الأمر في دعاوى الفقد، حيث يجوز لكل صاحب صفة ومصلحة من ورثة أو ذي مصلحة أو النيابة العامة، أن يرفعها بموجب عريضة افتتاحية مستوفية للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2] .

ويجب أن تتضمن العريضة الافتتاحية بيانات حددتها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتمثل هذه البيانات فيما يلي :

– الجهة القضائية التي يجب أن ترفع أمامها الدعوى والمقصود هنا المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا .

– اسم ولقب المدعي وموطنه ومتى كان المدعي مستعينا بوكيل تعين الإشارة إلى الوكالة .

– اسم و لقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم تعين ذكر أخر موطن كان المدعى عليه يقيم فيه .

– يتعين أن تتضمن العريضة تسمية وطبيعة الشخص المعنوي أي شخص عادي أو إداري، ويستوي أن يكون ذلك مدعي أو مدعى عليه، وكذا مقره الاجتماعي، كما يتعين ذكر الشخص الذي يمثله قانونا أو اتفاقا، مع تحديد صفته، والمقصود بصفته تسميته الوظيفية أو المهنية أو الحرفية .

– يجب أن تتضمن العريضة عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى بشيء من الدقة .

– يتعين عند الاقتضاء ذكر المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى[3] .

وبهذه البيانات تكون العريضة مستوفية لجميع الشروط والبيانات التي وضعها القانون باعتبارها الوثيقة الأولى التي يتعين على المدعي إعدادها وتصبح جاهزة لتسجيلها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا، بحيث يتم تقييدها في سجل خاص يطلق عليه اسم سجل القضايا المدنية، ويتم هذا التعيين تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب

---

[1] سائح سنقوقة : مرجع سابق ، ص 49 .

[2] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 80 .

[3] سائح سنقوقة : نفس المرجع ، ص 50-51 .

الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ثم يقوم أمين الضبط بتسجيل الرقم والتاريخ على نسخ العريضة الافتتاحية ليسلمها للمدعي بغرض تبليغها، كما يسلمه وصل استلام مقابل الوثائق والمستندات المرفقة بالعريضة بعد جردها والتأشير عليها قبل إيداعها بملف القضية، ويستلم منه الرسوم المحددة قانونا، وذلك تطبيقا لنصوص المواد 16 و17 و22 و92 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] .

وبعد رفع الدعوى يتوجب على كل ذي صفة من أعوان الدرك الوطني أو الشرطة القضائية أو المحضر القضائي مهمة معاينة المكان الذي يسكن فيه الشخص المفقود والاستماع إلى الشهود، لتنتهي بعدها المهمة بتحرير محضر يثبت حالة الفقدان، حيث يجب إيداع محضر الإثبات مع ملف القضية، ولا يمكن كذلك إنكار الدور الذي تلعبه شهادة الشهود في إثبات الفقد لاعتباره واقعة مادية تثبت بجميع وسائل الإثبات .

وبعد الانتهاء من كافة الإجراءات السابقة يقوم المحضر القضائي بتبليغ موعد الجلسة للأطراف المعنية، ويكلف المدعى عليه بالحضور وفقا لنص المادة 20 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وباعتبار أن الشخص المفقود مجهول الموطن فإنه يستحيل تبليغه شخصيا، وقد نصت المادة 410 من هذا القانون على أنه عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه، فإن التبليغ يعدّ صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه، أو في موطنه المختار، بعد استيفاء جميع إجراءات طلب الحكم بالفقد وبعد مرور المدة اللازمة لذلك والتي غالبا ما تقدّر بسنة على الأقل من تاريخ الفقد، وبعدها يصدر القاضي الحكم بالفقد في جلسة علنية باللغة العربية حسب ما ورد في المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،كما يقوم بحصر أموال المفقود في نفس الحكم وفق ما جاءت به المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الثاني : طرق إثبات الفقدان

الإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة أو صحة أمر[2]، وإثبات الفقدان هو إقامة الدليل على أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا في نظر القانون، وقد نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على أن الشخص الغائب لا يعتبر مفقودا إلا بحكم قضائي، أي أن الحكم القضائي هو الوسيلة التي تثبت بموجبها للشخص صفة المفقود، وهو إجراء لازم من أجل الحكم بعد ذلك وبمرور مدة معينة بموت المفقود، ويشترط لاستصدار حكم يقضي بالفقد أن يقوم المدعي برفع دعوى قضائية يثبت فيها غياب الشخص واختفاء أثره، والجهل بمكانه أو حاله، وهنا نكون أمام واقعة مادية، والواقعة المادية كما هو معروف تثبت بجميع طرق الإثبات[3] .

---

[1] نوي عبد النور : المرجع السابق ، ص 82-83 .

[2] عبده جميل غصوب : الوجيز في قانون الإجراءات المدنية ، دراسة مقارنة ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، لبنان ، ط 01، 2010 ، ص 256 .

[3] قياسة فاطمة : المفقود في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 14 ، سنة 2006/2005 ، ص 17

وفي دعوى الفقد ومن خلال ما جرى العمل به من طرف الجهات القضائية، فإن الفقدان يثبت إما بمحاضر معاينة وإثبات تعدّها الضبطية القضائية بعد القيام بالتحري، وإما بواسطة شهادة الشهود، وهذا ما سنبيّنه فيما يلي، حيث سنتطرق إلى محاضر المعاينة والإثبات في الفرع الأول، وشهادة الشهود في الفرع الثاني .

الفرع الأول : محاضر المعاينة و الإثبات

يقصد بالمعاينة مشاهدة وإثبات الحالة القائمة في مكان الجريمة والأشياء المتعلقة بها، وتفيد في كشف الحقيقة وإثبات حالة الأشخاص الذين لهم صله بها[1] .

ويعتمد القاضي على محاضر المعاينة والإثبات التي تعدّها الضبطية القضائية من أجل إثبات حالة الفقد، وسنقوم من خلال هذا الفرع بتوضيح كيفية إعداد هذه المحاضر، ومدى حجيتها واعتماد القاضي عليها في إثبات حالة الفقد.

أولا : كيفية إعداد محاضر المعاينة و الإثبات

تتعدد وتختلف محاضر ضباط الشرطة القضائية بتعدد الضبطية القضائية في حدّ ذاتها، وباختلاف الجرائم التي تكون موضوع التحقيقات[2] .

والمحضر هو الوثيقة التي يحررها ضباط وأعوان الشرطة القضائية أو الموظفون والأعوان المكلفون ببعض مهام الشرطة القضائية طبقا للأشكال التي يحددها القانون والتنظيم، يسجلون فيها ما يقومون به من أعمال تندرج في إطار المهام المنوطة بهم، كالتحريات والمعاينات وسماع الأشخاص وتلقي الشكاوي، وما إلى ذلك من اختصاصات خولهم إياها القانون والتنظيم[3] .

وقد نصت المادة 18 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه : (يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم ...)، وعلى هذا الأساس فإن ضباط الشرطة القضائية ملزمون بتسجيل أعمالهم في محاضر .

كما أن المادة 15 من نفس القانون نصت على من لهم صفة الضبطية القضائية، أي من لهم صفة تحرير هذه المحاضر، حيث جاء نصها كالآتي : (يتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية :

1 – رؤساء المجالس الشعبية البلدية .

2 – ضباط الدرك الوطني .

3 – محافظو الشرطة .

---

[1] مصطفى مجدي هرجه : الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1992 ، ص 83 .

[2] معراج جديدي : الوجيز في الإجراءات الجزائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2000 ، ص 14

[3] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 86 .

4 – ضباط الشرطة .

5 – ذوو الرتب في الدرك الوطني، ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل، والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل و وزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة .

6 – مفتشو الأمن الوطني الذين قضوا في خدمتهم بهذه الصفة ثلاث سنوات على الأقل، وعينوا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل و وزير الداخلية والجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة .

7 – ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني و وزير العدل)[1] .

وبناءا على هذه المادة فإن الأشخاص المذكورين في نص المادة السابق هم من تثبت لهم صفة الضبطية القضائية سواء بقوة القانون أو بناءا على قرار وزاري، كما أنهم هم المكلفون بتحرير هذه المحاضر .

*** البيانات الواردة في المحضر**

وتقسم هذه البيانات إلى نوعين، بيانات متعلقة بالمحضر وبيانات متعلقة بموضوع المحضر .

أ – بيانات متعلقة بشكل المحضر : و هي :

ـ ذكر عبارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " .

ـ الهيئة التي يتبعها ضابط الشرطة محرر المحضر (كذكر وزارة الدفاع الوطني، قيادة الدرك الوطني، المجموعة الولائية، الكتيبة، الفرقة) .

ـ رقم المحضر .

ـ مكان وتاريخ تحرير المحضر .

ـ اسم ولقب ورتبة محرر المحضر .

ـ تحديد الهيئات التي ترسل إليها نسخة من المحضر مثل (وكيل الجمهورية، صندوق التعويض الخاص بضحايا الإرهاب، ذوي الحقوق ...) .

ـ توقيع محرر المحضر و رتبته و صفته .

ـ ختم الوحدة التي ينتمي إليها .

---

[1] الأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية .

ب – بيانات متعلقة بموضوع المحضر : وهي بيانات تتضمن معلومات حول المفقود في دعوى الفقد، و هي :

ـ اسم المفقود ولقبه .

ـ تاريخ و مكان ميلاد الشخص المفقود .

ـ جنسية الشخص المفقود .

ـ العنوان الذي يقطن فيه المفقود .

ـ ظروف الفقد كأن تكون إثر عملية إرهابية أو كارثة طبيعية .

ـ تاريخ الفقد .

هذا ونشير إلى أن هذه المحاضر لا تحرر مباشرة، وإنما تكون كنتيجة لتحقيق ابتدائي، أو انتهاء عملية البحث والتحري التي تقوم بها مصالح الضبطية القضائية بموجب محاضر خاصة، ومن بين الإجراءات التي تخص هذه العملية إجراء المعاينات وسماع الأشخاص .

فعن إجراء المعاينات يقوم ضابط الشرطة القضائية بوصف المكان و وضع التصاميم، ورفع البصمات والتقاط الصور الفوتوغرافية، وذلك للوقوف على الأسباب التي أدت للفقد، وعن إجراء سماع الأشخاص فإن ضابط الشرطة القضائية يتلقى التصريحات التي يدلي بها الأشخاص سواء بصفتهم شهودا أو مشتبه بهم، ويعبر عن هذا بسماع الأشخاص أو أخذ التصريحات أو تسجيل الأقوال، وهي تعابير لمضمون واحد .

وبخصوص المفقود عادة ما تسمع تصريحات المبلّغ من أقارب هذا الأخير، وتلقي شهادة الشهود بهذا الصدد، ويحرر ضابط الشرطة القضائية بعد ذلك محضر يسمى محضر التحقيق الابتدائي، أو محاضر البحث والتحري، ويضمّنه هذه التصريحات، إضافة إلى أوصاف المفقود وظروف الفقد، وبناءا على هذا المحضر يعين محضر المعاينة والإثبات[1] .

وبهذا نكون قد وضحنا كيفية إعداد محاضر المعاينة والإثبات من طرف الضبطية القضائية، وبيننا من لهم صفة الضبطية القضائية، كما ذكرنا البيانات التي يجب أن ترد في محضر المعاينة، أما في العنصر الثاني فسوف نتطرق إلى مدى حجية هذه المحاضر .

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 89-90 .

ثانيا : حجية محاضر المعاينة و الإثبات

تختلف محاضر الضبطية القضائية من حيث قوة الإثبات من صنف لأخر[1]، ويقصد بحجية المحاضر قوتها القانونية ومدى اعتماد القاضي عليها في إصدار أحكامه، فالمحاضر تعتبر من المحررات والمستندات التي يعتمد عليها كوسيلة من وسائل الإثبات، متى كانت صحيحة ومحررة طبقا للأشكال القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل، وبالنظر إلى حجية المحاضر فإنها تنقسم إلى ثلاثة أنواع : **النوع الأول** : المحاضر التي تتلخص حجيتها في كونها مجرد استدلالات، ومعنى ذلك أن الوقائع التي تثبت في المحاضر هي مجرد معلومات والقاضي حر في أن يأخذ بها أو يستبعدها، و لا يمكن أن تعتبر حجة أو دليلا يبني عليه حكمه، **والنوع الثاني** : المحاضر التي تعتبر حجة حتى يثبت العكس، فهذا النوع من المحاضر تكون له حجة أمام المحاكم، فيعتبر ما جاء فيها من معلومات صحيحا إلى أن يدحضها دليل عكسي، و هذا بحسب ما ورد في المادة 216 من قانون الإجراءات الجزائية، **والنوع الثالث** : المحاضر التي تكون لها حجية قطعية إلى أن يطعن فيها بالتزوير[2]، وهو ما نصت عليه المادة 218 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها : (إن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجيتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير وتنظمها قوانين خاصة) .

وبالرجوع إلى محاضر المعاينة والإثبات فإننا نكيفها بأن لها حجية يثبت عكسها في الحالات العادية للفقد، لأن إعدادها عادة ما يقوم على التصريحات وجمع المعلومات المبنية على سماع الشهود، وقد يثبت العكس بدليل أخر، أما بالنسبة للمحاضر المحررة بمناسبة ظروف فقد خاصة، كتلك المنوه عنها سابقا فيما يخص فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس وضحايا المأساة الوطنية، فإنها تقوم مقام الحكم بالفقد كما سيأتي بيانه، وبالتالي فإنه لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير[3] .

وخروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا بحكم قضائي، أجاز المشرع بموجب ما أصدره من نصوص خاصة، إثبات الفقد بواسطة محاضر الضبطية القضائية، وأعطى الحق للورثة وللنيابة العامة وكل ذي مصلحة في اللجوء إلى القضاء بشكل مباشر من أجل استصدار حكم يقضي بموت المفقود[4] .

وهذا ما ورد في نصوص القوانين الخاصة حيث نصت المادة 02 من الأمر 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات باب الواد على أنه : (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] معراج جديدي : مرجع سابق ، ص 15 .

[2] نوي عبد النور : مرجع السابق ، ص 91 ، معراج جديدي : مرجع سابق ، ص 16 .

[3] نوي عبد النور : المرجع السابق ، ص 92 .

[4] قياسة فاطمة : مرجع سابق ، ص 17 .

كما نصت أيضا المادة 02 من الأمر 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال بومرداس على ما يلي : (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 ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة) .

ومن خلال ما ورد في هذين النصين يتبين لنا أن القانون يستوجب استصدار حكم قضائي يقضي بالفقدان في الحالات العادية قبل رفع دعوى الحكم بالوفاة، بينما في الحالات الخاصة يكفي أن يتم تحرير محضر الضبطية القضائية والذي يثبت بموجبه الفقد بعد القيام بعملية البحث والتحري .

ويتولى ضباط الشرطة مهمة إثبات فقدان الأشخاص بسبب الفيضانات والزلازل خلال الفترة المحددة قانونا، وبموجب محاضر رسمية محررة طبقا للأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، بحيث تكون لها حجية مطلقة، إذ تحل محل الحكم القضائي فلا تسقط حجيتها إلا بالطعن فيها بالتزوير، كما اشترط المشرع من خلال ما ورد في النصين السابقين ضرورة تسليم هذه المحاضر إلى أهل المفقود وذويه في أجل محدد قانونا، وبعدها يمكن لكل شخص له مصلحة أن يرفع دعوى من أجل الحكم بوفاة المفقود[1] .

أما فيما يخص ضحايا المأساة الوطنية والذين نص عليهم الأمر 06-01 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، فقد ورد النص الفقرة الثانية من المادة 30 من الأمر 06-01 على وجوب قيام الشرطة القضائية بتحرير محضر بمعاينة وإثبات الفقدان للشخص المعني بعد القيام بإجراء عملية البحث والتحري، ويسلم هذا المحضر إلى أهل وذوي حقوق الشخص المفقود، أو إلى من له مصلحة، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية[2] .

---

[1] قياسة فاطمة : المرجع نفسه ، ص 18 .

[2] عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص 175-176 .

الفرع الثاني : شهادة الشهود

يقوم القاضي بإجراء تحقيق عن طريق شهادة الشهود وفق الإجراءات المحددة لذلك، وهذا من أجل إثبات حالة الفقد المطروحة أمامه، وسنحاول توضيح إثبات الفقد عن طريق شهادة الشهود من خلال هذا الفرع .

أولا : تعريف الشهادة و خصائصها

1 – تعريف الشهادة

الشهادة هي إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة[1]، أو هي تعبير عن مضمون الإدراك الحسي أمام الهيئة القضائية بعد القيام بأداء اليمين القانونية بقول الحقيقة كاملة دون أي تغيير، يؤديها الشخص الذي شهد الواقعة بأحد حواسه ويجب أن يكون ممن تقبل شهادتهم قضائيا[2] .

والإثبات بالشهادة هو إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود وبعد أدائهم اليمين القانونية[3] .

2 – خصائص الشهادة[4] :

وللشهادة عدّة خصائص تتمثل فيما يلي :

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

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

_ إن الشهادة حجة غير قاطعة، حيث أن ما يثبت بواسطتها يقبل إثبات العكس بخلاف اليمين والإقرار التي تعتبر أدلة قطعية، كما أنها تقبل النفي بأي دليل من باقي أدلة الإثبات .

_ الشهادة تعتبر حجة متعدّية، أي أن ما يثبت بواسطتها يعتبر ثابتا بالنسبة للغير على خلاف الإقرار واليمين اللذان يعتبران حجة قاصرة على من صدر منه الأمر .

---

[1] مصطفى مجدي هرجه : مرجع سابق ، ص 257 .

[2] براهيمي صالح : الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص: القانون ، جامعة تيزي وزو ، 2012 ، ص 15 .

[3] عبده جميل غصوب : مرجع سابق ، ص 309 .

[4] حسين خضير الشمري: دور الشهادة في الإثبات المدني، منشورات زين الحقوقية، بغداد، ط 01، ص 30-31-32 ، براهيمي صالح: المرجع نفسه ، ص 15 .

ثانيا : صور الشهادة

تتخذ الشهادة عدّة صور تتمثل فيما يلي :

1 – الشهادة المباشرة : إن الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة، حيث يقول الشاهد في التحقيق ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء لكي يروي ما رآه أو سمعه من الوقائع التي تخص موضوع الدعوى، كما أنه في بعض الظروف الاستثنائية قد يكتفي بتلاوة شهادته المكتوبة أمام الهيئة القضائية، أو تضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للأخذ بها[1]، وتستمد الشهادة قوتها من الإتصال المباشر بين حواس الشاهد والواقعة التي يشهد عليها، ويمكن للشاهد أن يخطئ في تقديره لما سمعه أو شاهده، وهذا ما يؤثر على القيمة التي يعلقها القاضي على الشهادة[2] .

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

3 – الشهادة بالتسامع : الشهادة بالتسامع هي غير الشهادة السماعية، وتعرف على أنها شهادة بما يتسامعه الناس، حيث تبنى على الرأي الشائع لدى الناس عن الواقعة المراد إثباتها، وتختلف الشهادة بالتسامع عن الشهادة السماعية كون السماعية تقوم على ما سمعه الشاهد من الشاهد الأصلي الذي رأى الواقعة بعينه أو سمعها بأذنه، أما الشهادة بالتسامع فكما قلنا تقوم على الرأي الشائع بين الناس[4]، و بما أن الشهادة بالتسامع صعبة الإثبات حيث من الصعب تحري وجه صحتها من عدمه، فإنها لا تلقى قبولا كبيرا في المسائل الجنائية، وإن كان القضاء قد قبل بها في المسائل التجارية على سبيل الاستئناس، كما أن الفقه الإسلامي قبل هذه الشهادة في بعض المسائل كالشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول[5] .

---

[1] مصطفى مجدي هرجه : مرجع سابق ، ص 258 .

[2] براهيمي صالح : مرجع سابق ، ص 20 .

[3] مصطفى مجدي هرجه : المرجع السابق ، ص 259 ، حسين خضير الشمري : مرجع سابق ، ص 23 .

[4] حسين خضير الشمري : نفس المرجع ، ص 26 ، براهيمي صالح : المرجع السابق ، ص 22 .

[5] مصطفى مجدي هرجه : نفس المرجع ، ص 260 .

وفيما يخص القضايا المتعلقة بالمفقود فإن القاضي يطلب إحضار شاهدين على أقل تقدير من بين الأشخاص الذين يعرفون المفقود معرفة جيدة، لكي يشهدوا أمامه بأن الشخص المفقود لم يظهر له أي خبر منذ مدة أو تاريخ معين، أو منذ وقوع حادثة محددة[1] .

ثالثا : شروط أداء الشهادة

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

1 – الشروط الخاصة بالشاهد :

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

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

_ **عدم وجود رابطة القرابة أو المصاهرة** : تنص المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي : (لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم، لا يجوز سماع شهادة زوج احد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا، لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن الأشخاص المذكورين في المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق ...) .

وما يفهم من هذه المادة أن المشرع يعتدّ في عدم أهلية الشاهد للشهادة برابطتين هما رابطة الدم أو القرابة ورابطة المصاهرة، ويجب أن نشير إلى أن المشرع أورد استثناءا على القاعدة التي تقضي بعدم جواز سماع شهادة الأشخاص الذين تربطهم قرابة أو مصاهرة بأحد الخصوم، ويتمثل هذا الاستثناء في السماح لكل الأشخاص المذكورين – ما عدا الأبناء – بالشهادة في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص والطلاق، وذلك حسب ما جاء في المادة المذكورة أعلاه، وما نستخلصه من جملة القواعد العامة التي ذكرناها أنه فيما يخص إثبات الفقد بواسطة شهادة الشهود لا يعتدّ إلا بشرط واحد هو شرط الأهلية القانونية، باعتبار أن شرط عدم وجود رابطة القرابة أو المصاهرة لا يعتدّ به في مسائل حالة الشخص، وهذا الأمر يجد سنده القانوني من خلال ما جاءت به المادة 04/153 حيث استثنت هذا الشرط صراحة، حيث عبّرت عن ذلك بقولها (في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص)، وحالة الشخص

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 97 .

هي مجموعة الصفات اللصيقة به والتي تحدّد مركزه وكل ما تعلق به من تاريخ ميلاده إلى تاريخ وفاته، وهذا بحسب ما تم النص عليه في قانون الأسرة والقانون المدني وقانون الحالة المدنية وكذا قانون الجنسية الجزائريين، والفقد يندرج ضمن حالة الشخص وبالتالي يمكن أن تسمع شهادة أقارب وأصهار الشخص المفقود من أجل إثبات حالة الفقد[1] .

2 – الشروط الخاصة بالشهادة[2]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وبالنسبة لقضايا الفقد فإنه يتم استدعاء الشهود أمام القاضي الذي فتح التحقيق ليتم سماعهم داخل قاعة المحكمة علانية وشفاهة .

رابعا : حجية الشهادة

---

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 98-99 .

[2] نوي عبد النور : المرجع نفسه ، 100-101 .

يستخلص مما تقدّم ذكره أن الشهادة هي حجة مقنعة فحسب أي أنها غير ملزمة، وهي تختلف عن الإقرار الذي يعتبر حجة مقيدة، كما تختلف عن الدليل الكتابي الذي يعدّ دليلا ملزما إذا لم يتم الطعن فيه بالتزوير أو يتم نقضه بإثبات العكس، بينما تترك الشهادة لتقدير القاضي وقناعته بمدى صدقها وحجيتها، كما أنها حجة غير قاطعة على عكس الإقرار واليمين، أي أن ما يثبت بواسطتها يمكن نفيه بشهادة أخرى أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات، وهي كذلك حجة مقيّدة لا يمكن الإثبات بها إلا في بعض الحالات المحصورة[1] .

وللمحكمة أن تقوم بطرح كافة نتائج التحقيق إذا لم تكن مطمئنة إلى ما أدلى به الشهود من أقوال، أو إذا استجد في الدعوى بعد القيام بإجراء ذلك التحقيق ما يكفي من دلائل لكي تتكون لديها قناعة حول موضوع الدعوى بدون تلك الشهادة، أما إذا قامت المحكمة بتأسيس حكمها على نتيجة التحقيق فلا بد أن تضمن حكمها ما يدل على مراجعتها لأقوال الشهود وذلك ببيان مضمون أقوالهم، حيث أنه إذا جاء حكم المحكمة خاليا من هذا التسبيب، يكون معيبا بقصور التسبيب والذي يعتبر وجها من أوجه الطعن،ولمحكمة الموضوع كامل الاستقلالية والحرية في تقدير أقوال الشهود وترجيح شهادة على أخرى بحسب قناعتها وما تطمئن إليه، على أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب ترجيحها لشهادة على شهادة أخرى، وفي دعاوى الفقد يكون للقاضي نفس السلطة في تقدير شهادة الشهود، وهذا كله يتم في حدود احترام المحكمة لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية[2] .

---

[1] عبده جميل غصوب : مرجع سابق ، ص 318 .

[2] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 103 .

خلاصة الفصل

ومن خلال ما ورد في هذا الفصل نخلص في الأخير إلى أن المفقود يعرّف على أنه هو الشخص الذي يغيب ويختفي أثره ولا يعلم حاله أهو حيّ أم ميت، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في المعيار الذي يعتبر على أساسه الشخص مفقودا، فالأحناف والشافعية والحنابلة يعتبرون الشخص مفقود عند الجهل بحاله أحيّ هو أم ميّت، أما المالكية فبالإضافة إلى الجهل بالحياة أو الوفاة لا يعتبر الشخص عندهم مفقودا إلا إذا كان مجهول المكان الذي فقد فيه، وبالنسبة لتقسيم المفقود فإن الأحناف والشافعية يعتبرون المفقود نوع واحد، أما المالكية إلى مفقود في أرض الحرب ومفقود في أرض السلام، ومفقود في أرض الكفر ومفقود في أرض الإسلام، ومفقود في الأرض التي عليها وباء، أما الحنابلة فقد قسموا المفقود إلى نوعين مفقود في غيبة يغلب عليها الهلاك، ومفقود في غيبة تغلب عليها السلامة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تقسيمه للمفقود وكذا التشريعات المغاربية، غير أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار المكان في القوانين الخاصة المتعلقة بمفقودي فيضانات باب الواد، ومفقودي زلزال بومرداس، ومفقودي المأساة الوطنية، كما أنه لكي يحكم القاضي بفقد الشخص يجب أن يتم رفع دعوى قضائية أمامه من طرف الأشخاص المخولين قانونا بذلك، والذين تتوفر فيهم شروط قبول الدعوى، كما أن هذه الدعوى ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بذلك ضمن عريضة افتتاحية مستوفية لكافة الشروط، ويثبت الفقدان إما عن طريق محاضر المعاينة والإثبات، وإما عن طريق شهادة الشهود، وتعتبر هذه الوسائل من بين أهم الدعامات التي يبني القاضي عليها حكمه الذي يقضي بالفقد، وتترتب غلى الحكم بالفقد مجموعة من الآثار سنتناولها في الفصل الثاني .

الفصل الثاني

الآثار المترتبة

على

الحكم بالفقد

عند غياب الشخص واختفاء أثره بحيث تجهل حياته من وفاته، فإنه يعتبر مفقودا في الفقه الإسلامي، إلا أن القانون لا يعتبره مفقودا إلا باستصدار حكم يقضي بالفقد في الحالات العادية، وأما في الحالات الخاصة فإن محضر المعاينة الذي تعدّه الضبطية القضائية يكفي لاعتبار الشخص مفقودا، ويترتب على الحكم بفقد الشخص عدّة أثار منها ما هو متعلق بمال المفقود وزوجته وهذا ما سنعالجه في المبحث الأول، ومنها ما يتعلق بالشخص المفقود نفسه والذي سنتطرق له من خلال المبحث الثاني .

المبحث الأول : الآثار المتعلقة بمال المفقود و زوجته

بعد صدور الحكم بالفقد تترتب عليه أثار عديدة منها ما يتعلق بمال المفقود وكيفية التصرف فيه، وتحديد المكلّف بالمحافظة عليه وتسييره وهو ما سنحاول توضيحه من خلال المطلب الأول، وأثار تتعلق بزوجة المفقود وإمكانية طلبها لفك الرابطة الزوجية، وكذلك حقها في الإنفاق عليها من مال زوجها وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني بطريقة مفصّلة .

المطلب الأول : الآثار المتعلقة بمال المفقود

يهدف القانون من خلال تنظيم الأحكام المتعلقة بالمفقود إلى حماية مصالحه المالية، لأن غيابه قد يؤثر على حسن سير هذه المصالح، لذلك فإن المشرع نص على وجوب حصر أموال المفقود وضرورة تعيين مقدّم يتولى إدارتها و الحفاظ عليها و هذا ما سنبيّنه في هذا المطلب من خلال ما سيأتي .

الفرع الأول : حصر أموال المفقود

إن غياب المفقود وعدم معرفة حياته من وفاته يأتي في أغلب الأحيان بشكل مفاجئ، حيث يخلّف وراءه أمواله ومصالحه، والتي يتوجب حصرها من أجل الحفاظ عليها،وبالنظر إلى المذاهب الفقهية فإننا نجد أنها تكلّمت عن وقف مال المفقود وضرورة حفظه[1]، دون التطرق إلى حصر أموال المفقود .

أما المشرع الجزائري فقد نص على أنه يتوجب على القاضية عند قيامه بالحكم بالفقدان أن يقوم بحصر أموال المفقود[2]، وهذا بحسب ما ورد في المادة 111 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : (على القاضي عندما يحكم بفقدان الشخص أن يقوم بحصر أموال المفقود ...) . و هذا لأن إجراء عملية حصر أموال المفقود يعدّ أمرا ضروريا من أجل حفظ أمواله وتسهيل عملية تسييرها من طرف الشخص المكلف بذلك .

غير أن الإشكال في مسألة حصر أموال المفقود يكون في الشخص الذي يقوم بالحصر، فالقانون أعطى صلاحية حصر أموال الشخص المفقود للقاضي الذي يفصل في دعوى الحكم بالفقدان وذلك من خلال ما جاءت به المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أن الواقع العملي لهذه المسألة لا يسير بحسب النص القانوني وهذا لصعوبة الأمر على القاضي، حيث لا يمكنه القيام بعملية حصر أموال المفقود إلا إذا قدم له رافع الدعوى جردا لأموال المفقود، وأن يقوم القاضي بإصدار حكم تمهيدي يقضي بتعيين خبير من أجل أن يقوم بإعداد تقرير يتضمن كافة أموال المفقود سواء العقارية منها أو المنقولة في أجلٍ محدّد لكي يقوم بعدها بمواصلة السير في الدعوى وإصدار الحكم بالفقد مع

---

[1] الحطاب : مواهب الجليل ، مرجع سابق ، ص 497 ، الكاساني : مرجع سابق ، ص 314 .

[2] بلحاج العربي : أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، الأردن ، ط 01 ، 2009 ، ص 347 ، عزة عبد العزيز : أحكام التركات و قواعد الفرائض و المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، ط 01 ، 2009 ، ص 191 .

حصر أموال الشخص المفقود، إلا أنه وعند رجوعنا للأحكام القضائية التي قضت بالفقد نجد أن القاضي لا يقوم بحصر أموال المفقود شخصيا إنما يقوم بتعيين من يقوم بذلك بدلا عنه من خلال حكمه الذي يقضي بالفقد وفي أغلب الأحيان فإن الشخص المعيّن من طرف القاضي للقيام بحصر أموال المفقود يكون هو الموثق[1] .

وما نلاحظه هنا هو أن ما ينص عليه القانون في مسألة حصر أموال المفقود مختلف عما يجري به العمل في المحاكم بالنسبة لهذا الأمر، إذ أن القانون ينص صراحة على أن المخوّل قانونا بحصر أموال المفقود هو القاضي الذي يفصل في دعوى الفقد، إلا أن ما يجري به العمل في الجهات القضائية غير ذلك، حيث يقوم القاضي بتعيين موثق في حكمه من أجل تكليفه بحصر أموال الشخص المفقود بدلا عنه .

الفرع الثاني : إدارة مال المفقود

عند إصدار القاضي للحكم بالفقد فإنه لا يتعين عليه حصر أموال المفقود فقط، بل يجب عليه تعيين من يتولى إدارة هذه الأموال كذلك وهذا من أجل تسييرها والحفاظ عليها، حيث يجب على القاضي تنصيب من يحفظ على المفقود أمواله وذلك لأن القاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه[2]، فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبيّ والمجنون اللّذان لا وليّ لهما[3] .

وقد ورد في الفقه الإسلامي أن القاضي يعيّن وكيلا للمفقود يكون من أهل الفضل والأمانة، يتولى رعاية شؤونه، وحفظ أمواله، وصيانة عقاراته، وقبض ديونه، وقضاء ما عليه من الديون التي حلّت آجالها[4]، ويطلق فقهاء الشريعة على الشخص الذي يتولى إدارة أموال المفقود وتسييرها اسم "وكيل" .

أما المشرع الجزائري فقد بيّن أنه يتوجب على القاضي عند الحكم بالفقدان أن يقوم بتعيين مقدّم في حكمه، يكون من أقارب المفقود أو غيرهم من أجل تسيير أموال الشخص المفقود[5]، وهذا حسب ما ورد في المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري التي نصّت على أنه : (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعيّن في حكمه مقدّما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرّع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون)، حيث يتبيّن لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أطلق على الشخص الذي يتم تعيينه من طرف القاضي لإدارة أموال المفقود تسمية "مقدّم"، حيث يكون هذا المقدّم من أقارب المفقود أو غيرهم وتكون وظيفته هي تسيير مال المفقود بشكل جيّد والحفاظ عليه، وتسلّم ما يستحقه المفقود من ميراث أو تبرّع من الغير، وهذا مع مراعاة ما جاء في المادة 99 من أحكام .

---

[1] شرابن ابتسام : مرجع سابق ، ص 49-50 .

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ط 2003 ، ص 88 .

[3] الكاساني : مرجع سابق ، ص 314 .

[4] الحطاب : مواهب الجليل ، مرجع سابق ، ص 497 ، الغرياني : مرجع سابق ، ص 102 .

[5] بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص 347 ، عزة عبد العزيز : مرجع سابق ، ص 191 .

و بالرجوع للمادة 99 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تنص على أن: (المقدم هو من تعيّنه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة) .

ويتبيّن لنا من خلال ما جاءت به هذه المادة أن المقدّم هو الشخص الذي تقوم بتعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على شخص فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب يقدّمه أحد الأقارب ، أو من له مصلحة، أو تقدّمه النيابة العامة، أي أن المقدّم تعيّنه المحكمة لمن كان فاقد الأهلية أو ناقصها، والمفقود ليس فاقدا للأهلية أو ناقصها إنما اعتراه مانع أو ظرف مادي منعه من مباشرة شؤونه بنفسه .

والغيبة مانع مادي من موانع الأهلية، حيث أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد و لم يتم الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية يكون ذو أهلية كاملة، لكن قد تكون هنالك ظروف تمنعه من أن يباشر أي تصرف قانوني بنفسه، لذلك جعل القانون لمثل هذا الشخص نائبا يقوم بمباشرة كل هذه التصرفات نيابة عنه، أو يعينه على القيام بها، ومن بين هذه الظروف التي قد تمنع الشخص من أن يقوم بمباشرة تصرفاته بنفسه الغيبة بنوعيها الغائب والمفقود، حيث تقوم المحكمة بتعيين من ينوب عنهما[1] .

و وضع المشرع الجزائري المفقود في نفس مركز فاقد الأهلية أو ناقصها، لأن القاسم المشترك بينهم جميعا هو حاجتهم إلى من يقوم بالتعبير عن إرادتهم و إدارة شؤونهم ورعايتها، حيث أن إصدار القاضي لأمر بتعيين مقدّم لا يعتبر مساسًا بأهلية الشخص إنما هو حفاظ على ماله ومراعاة لعدم وجود من يسيّره، فيكون المقدّم هو الشخص الذي يعيّنه القاضي من أجل تسيير الأموال في حالة عدم استطاعة مالكها على القيام بذلك، وهذا يتماشى مع فكرة موانع الأهلية التي تعرف بأنها الظروف التي تمنع الشخص كامل الأهلية من مباشرة التصرفات القانونية، وتعدّ الموانع المادية التي تتصل بغياب الشخص أو فقده أحد هذه الظروف، حيث أن المانع المادي يقف حائلا بين الشخص ومباشرة شؤونه بنفسه مما يعطل مصالحه ويوقفها، كما يعطل مصالح غيره سواء كانوا أهله أم أجانب عنه، ولذا توجب تعيين من يقوم على رعاية هذه الشؤون والتي تتعلق على وجه الخصوص بأمواله، ومما لا شك فيه أن المقدم فيما يباشره من أعمال وما يبرمه من تصرفات يمثل المفقود فيها ويقوم بها لمصلحته، وبالتالي فالآثار الناتجة عن تلك التصرفات تنصرف إلى الشخص المفقود لا إلى المقدم باعتباره نائبا عنه[2] .

أما عن الشروط الواجب توفرها في الشخص الذي يعينه القاضي مقدّما على مال المفقود، فإننا لا نجد أي نص يتكلم عنها، غير أن المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه : (يقوم المقدّم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام)، وبالتالي فإن المقدّم يخضع لنفس أحكام الوصي بحسب ما نص عليه القانون، وبالرجوع لأحكام الوصاية نجدها تنص على الشروط الواجب توفرها في الوصي من خلال ما جاء في المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري والتي

---

[1] هادي محمد عبد الله : أحكام المفقود ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون العراقي ، دار دجلة ، عمان ، الأردن ، ط 01 ، 2010 ، ص 29.

[2] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 152 .

تنص على أنه : (يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة) .

ومن خلال ما جاءت به هاتان المادتان فإنه يتبيّن لنا أن القانون أخضع المقدّم لنفس أحكام الوصي حسب ما ورد في المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري، أما المادة 93 من نفس القانون فقد نصت على الشروط الواجب توفرها في الوصي، وبما أن المقدّم يخضع لنفس أحكام الوصي فإننا نستنتج أنه يشترط في المقدّم ما يلي :

- أن يكون المقدّم مسلما .

- أن يكون عاقلا، أي غير مجنون أو محجور عليه .

- أن يكون بالغا، أي يكون شخص له أهلية كاملة للقيام بتصرفات قانونية .

- أن يكون أمينا لأنه مسؤول عن مال شخص لا يملك أهلية التصرف في ماله .

- أن يكون حسن التصرف لأن مهمة إدارة مال غيره تقتضي حسن التصرف .

وقد اشترط القانون هذه المجموعة من الشروط في المقدّم لأنه يكون بعد تعيينه من طرف القاضي مسؤولا عن مال الشخص المفقود طيلة فترة غيابه، ولا يمكن للقاضي أن يعيّن أي شخص للقيام بهذه المهمة لذا اشترط القانون هذه الشروط والتي يمكن أن يعزل القاضي المقدّم لعدم توفر أي شرط منها .

أما عن كيفية إدارة أموال المفقود، فإن الشخص الذي يقوم القاضي بتعيينه وكيلا للمفقود ونائبا عنه في حفظ أمواله ليس له حرية التصرف في تلك الأموال، إنما تكون تصرفاته وفق حدود معينة وحسب ما يتماشى مع مصلحة الشخص المفقود .

غير أن القانون لم ينص على كيفية إدارة هذه الأموال، وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فإنه يتضح لنا الطريقة التي يتعامل من خلالها الشخص المكلّف بالحفاظ على مال المفقود مع هذه الأموال، حيث يمكن لمن نصّبه القاضي وكيلا على مال المفقود أن يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد و يحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى، ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظا بحفظه ولا حاجة إلى حفظ القاضي[1]. وكذلك له أن يقبض الديون التي يقرّ بها أصحابها أنها للمفقود ويأتون بها إليه، وليس له أن يخاصم عن دين لم يقرّ به الغريم، ولا في نصيب للمفقود في عقار أو عرض في يد غيره، لأنه ليس بمالك ولا نائب عن المالك، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي حافظ لمال المفقود[2] .

---

[1] الكاساني : مرجع سابق ، ص 314 .

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : مرجع سابق ، ص 88-89 .

وأما ما لا يتسارع إليه الفساد سواء كان عقارا أو منقولا، لا يجوز له أن يبيع شيئا مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها، لأن ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه[1].

أي أن الوكيل على مال المفقود يجوز له أن يبيع من الأموال ما يراه يتسارع إلى الفساد ويحفظ ثمنه، وما لا يتسارع إلى الفساد فلا يمكنه بيعه بل يحفظه على حاله، كما يمكنه قبض الديون التي يقرّ أصحابها أنها للمفقود ويأتون بها له، غير أنه لا يمكنه أن يحلّ محل المفقود في أي خصومة حتى وإن كانت لها علاقة بماله .

المطلب الثاني : الآثار المتعلقة بزوجة المفقود

تترتب على الحكم بالفقد أثار تتعلق بزوجة المفقود بحكم العلاقة التي تربطها به، حيث أن زوجة المفقود لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية التي تربطها بزوجها المفقود عن طريق التطليق (فرع أول)، كما أن لها الحق في الإنفاق عليها مدة غياب زوجها المفقود (فرع ثاني)، وكذلك يجب تحديد مدة تربص زوجة المفقود (فرع ثالث).

الفرع الأول : أحقية زوجة المفقود في طلب التطليق

إن فقدان الزوج وغيابه عن زوجته يحول دون تحقق أهداف الزواج، فبالرغم من توفر كافة المتطلبات المادية للحياة للزوجة إلا أنه لا يمكنها البقاء وحيدة فترة طويلة بدون زوجها، خاصة إذا كانت لا تعلم حياته من وفاته ولا تعلم حتى مكانه، وسنحاول من خلال هذا الفرع البحث في أمر أحقية زوجة الشخص المفقود في طلبها للتطليق من الجانب الفقهي والجانب القانوني .

أولا : في الفقه الإسلامي

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن زوجة الشخص المفقود تبقى على ذمته فترة فقده، ولكن اختلفوا في تحديد فترة الانتظار وكذا إمكانية الزوجة لفك الرابطة الزوجية عن طريق رفع أمرها للقاضي، وهذا ما سنتناوله من خلال ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة :

1 – عند الأحناف :

يرى أصحاب المذهب الحنفي أن زوجة المفقود لا تبين وتبقى على ذمة زوجها حتى يظهر حاله برجوعه إلى أهله أو يأتيهم يقين وفاته، حيث يرى الأحناف أن امرأة المفقود لا تتزوج و استمدوا رأيهم هذا مما ذهب إليه علي بن أبي طالب –رضي الله عنه– في قوله في امرأة المفقود أنها امرأة ابتليت فلتصبر[2] .

---

[1] السرخسي : مرجع سابق ، ص 39 .

[2] السرخسي : المرجع نفسه ، ص 35 ، الكاساني : مرجع سابق ، ص 313 .

2 – عند المالكية :

يرى أصحاب المذهب المالكي أن إمكانية طلب زوجة المفقود لفك الرابطة الزوجية تكون بحسب الحالة التي فقد فيها زوجها، فمن فقد زوجها في بلاد المسلمين و لم ترضى بالبقاء في عصمته يمكنها رفع أمرها للقاضي، من أجل البحث عنه بكافة الوسائل الممكنة فإذا لم يتم العثور عليه ضرب لزوجته أجل أربعة أعوام ثم تعتد بعد ذلك، أما من كان أسيرا أو مفقودا في بلاد الحرب أو محبوسا فإن المالكية يرون أن زوجته لا تتزوج وتنتظره مدة التعمير وهي سبعون سنة ثم تعتد بعدها عدة وفاة هذا إذا كانت لا تخشى على نفسها الزنا كل هذه الفترة، أما إن لم تكن لها نفقة أو خشيت على نفسها الزنا يحق لها طلب التطليق للضرر، وبالنسبة للمفقود في قتال الكفار فإنه يحكم له حكم المقتول وتؤجل زوجته سنة من يوم رفع أمرها للقاضي، وكذلك الأمر بالنسبة للمفقود في الفتنة بين المسلمين حيث يعتبر متوفى بعد أخر يوم من انتهاء المعركة وتعتد زوجته، والأمر ذاته بالنسبة للمفقود في بلاد أصابها وباء قاتل حيث وبعد انجلاء الوباء يعتبر كل مفقود في حكم الموتى[1] .

3 – عند الشافعية :

يرى أصحاب المذهب الشافعي أن زوجة المفقود لا يمكنها الزواج إلا بعد أن يحكم القاضي بموته والحكم بوفاته يكون بعد مضيّ مدة يغلب الظن فيها أن المفقود لا يعيش أي مدة التعمير، ودليلهم في ذلك أنه مادام يوقف مال المفقود ولا يقسم حتى يتضح حاله أو يحكم بوفاته فإن الأمر ذاته يطبق على زوجته لأن الحكمين متلازمين في نظرهم[2] .

4 – عند الحنابلة :

يرى أصحاب المذهب الحنبلي أن المفقود إذا فقد في غيبة ظاهرها السلامة فإن زوجته عليها انتظار مدة التعمير والمقدّرة عندهم بتسعين سنة ثم يحكم بوفاته بعدها وتعتدّ زوجته ويرجع الأمر في هذه الحالة إلى تقدير القاضي، أما إذا فقد في غيبة ظاهرها الهلاك فإنه ينتظر مرور أربع سنين من تاريخ فقده ثم يحكم بوفاته وتعتدّ زوجته عدّة وفاة[3] .

---

[1] الغرياني : مرجع سابق ، ص (102-104-105-106) .

[2] الإمام النووي : مرجع سابق ، ص 34-35 .

[3] البهوتي : مرجع سابق ، ص 2249 ، ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186-187 .

ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات المغاربية

1 – في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري على أنه إذا كان الزوج مفقودا و لم يظهر له أي خبر يحق لزوجته بعد مرور سنة من الفقدان أن تطلب الطلاق[1]، وهذا وفق ما جاء في المادة 112 التي تنص على أنه : (لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون)، وبالرجوع إلى المادة 05/53 فإننا نجدها تنص على أنه : (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية : 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة) .

حيث أنه إذا غاب الزوج فترة طويلة تفوق السنة عن زوجته أجاز لها بعض الفقهاء إمكانية طلب الطلاق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان، وذلك لأنها وبسبب غياب زوجها تتضرر معنويا[2]، وتكون الغيبة سببا من أسباب التطليق إذا ما كانت بعد مرور سنة كاملة بدون عذر ولا نفقة[3] .

حيث يتضح لنا أن زوجة المفقود لها الحق في طلب التطليق لأنه أحد الطرق المتاحة لها لفك الرابطة الزوجية حسب ما ورد في قانون الأسرة الجزائري، والذي أعطى الزوجة رخصة في إمكانية فك زوجيتها عن طريق القاضي بعد أن ترفع أمرها له، وتقدم الأسباب والعلل الشرعية التي جعلتها تطلب التطليق .

ولكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة يشترط ما يلي [4]:

– أن تمضي سنة أو أكثر على الغياب، ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه .

– أن يكون الغياب بدون عذر مقبول وبدون أي مبرر شرعي .

– أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، بدون أن يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى الأولاد .

وبيان ذلك أن غياب الزوج لمدة طويلة سواء كان في بلده أو خارجه يوقع في نفس المرأة الوحشة مما يجعلها تخشى على نفسها من الفتنة والوقوع في المعاصي خصوصا إذا كانت صغيرة السن، ويجب أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول شرعا من أجل أن يستجيب القاضي لطلب التطليق، أما إذا كانت هذه الغيبة لسبب مشروع كطلب العلم و ممارسة التجارة أو العمل في بلاد أجنبية، وأن يكون الزوج مجندا في مكان بعيد أو غير ذلك فغيبته هنا لعذر

---

[1] بن شويخ الرشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 01 ، 2008 ، ص 201 .

[2] بن شويخ الرشيد : المرجع نفسه ، ص 200 .

[3] سليمان ولد خسال : الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، منشورات دار طليطلة ، الجزائر ، ط 01 ، 2010 ، ص 133 .

[4] سليمان ولد خسال : المرجع نفسه ، ص 133 .

مقبول ولا يمكن للزوجة طلب التطليق لهذا السبب، كما أنه يجب أن لا يكون الزوج قد ترك لزوجته مالا تنفق منه على نفسها، لأنه إن غاب بدون أي عذر وترك لها ما تنفق منه على نفسها فلا يمكنها طلب التطليق بسبب الغيبة لأن التطليق بسبب الغياب يكون بتوفر كافة شروطه وإلا فإن طلب التطليق لن يقبل[1] .

2 – في التشريعات المغاربية

يبدو أن التشريعات المغاربية المقارنة أيضا أعطت الزوجة الحق في طلب التطليق إذا غاب عنها زوجها مدة طويلة وقد أوردت ذلك من خلال نصوصها القانونية وهذا ما سنبيّنه فيما يلي :

أ – في التشريع المغربي

نص القانون المغربي في المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية على أنه : (إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن للزوجة طلب التطليق، تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل، تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه) .

كما أن المادة 105 من مدون الأسرة المغربية نصت على أنه : (إذا كان الغائب مجهول العنوان اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيّم عنه فإن لم يحضر طلقتها عليه) .

ومفاد هذا أن القانون المغربي قد أعطى الحق للزوجة التي يغيب عنها زوجها مدة تزيد عن سنة أن تطلب التطليق، وترفع لأجل ذلك دعوى أمام القضاء للحكم بفك الرابطة الزوجية، كما أن المحكمة بعد رفع الدعوى تقوم بإبلاغ الزوج الغائب الذي يكون عنوانه معروف بأمر دعوى التطليق من أجل الحضور للإقامة مع زوجته أو أن يقوم بنقلها إليه، أما الزوج مجهول العنوان فإن المحكمة تقوم بكافة الإجراءات للتوصل إلى تبليغه بدعوى الزوجة، بما في ذلك تعيين قيّم ينوب عنه، فإن لم يحضر يقوم القاضي بتطليقها منه .

ب – في التشريع التونسي

لقد نص القانون التونسي في الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه : (إذا غاب الزوج عن زوجته و لم يكن له مال و لم يترك لها نفقة و لم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك) .

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 131-132 .

وبتحليلنا لما ورد في هذا الفصل من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإنه يتبين لنا أن المشرع التونسي أعطى الزوجة الحق في طلب الطلاق بسبب الغياب ولكن بتوفر شروط، حيث أنه إذا غاب الزوج عن زوجته و لم يترك مالا خلفه، كما لم يترك لها نفقة و لم يقم أي أحد أخر بالإنفاق عليها فترة غياب زوجها، فإن الحاكم يضرب له أجلا تحدد مدته بشهر في انتظار ظهوره، ثم بعد ذلك يقوم القاضي بتطليق زوجته منه وهذا بعد أن يتأكد من ثبوت ما سلف ذكره مع قيام زوجته بأداء اليمين على ذلك .

ج – في التشريع الموريتاني

نص القانون الموريتاني على إمكانية طلب الزوجة للتطليق بسبب الغيبة والفقدان، وذلك من خلال ما جاءت به المادة 106 من مدونة الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه : (يحق للزوجة طلب الطلاق عند القاضي بسبب ضرر الفراش الناشئ عن غيبة زوجها أكثر من سنة، ولو كان له مال يمكن إنفاقها منه. إذا أمكن الإتصال بالزوج الغائب منحه القاضي أجلا و إعذارا بالطلاق عليه إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل و لم يتصرف الزوج دون أن يكون له مبرر مقبول فإن القاضي يفرق بينهما بعد أن يتأكد استمرار الزوجة على طلب الطلاق. إذا لم يمكن الإتصال بالزوج الغائب عين القاضي وكيلا عنه وأعطاه تلوّما باجتهاده فإن لم يحضر في ذلك الأجل طلق عليه القاضي بلا إعذار وبلا ضرب أجل)، كما نصت المادة 107 من نقس القانون على أنه : (إذا فقد الزوج و لم تخش زوجته فسادا ولا ضياعا فإن تطليقها لا يتم إلا بمرور أربع سنوات بعد رفعها الأمر إلى القاضي، تعتد بعدها عدة وفاة ثم تحلّ للأزواج ...) .

وبتحليلنا لهاتين المادتين فانه يتبين لنا أن المشرع الموريتاني من خلال ما ورد في مدونة الأحوال الشخصية أعطى للزوجة التي يغيب عنها زوجها الحق في طلب التطليق بسبب ضرر الفراش الذي ينشأ عن غيبة الزوج لمدة تفوق السنة، حتى ولو ترك لها ما تنفق به على نفسها، لأنه يرى أن حاجات الزوجة لزوجها كثيرة ولا يمكنها العيش بدونه مدة طويلة .

كما أنه إذا أمكن الإتصال بالزوج الغائب يعطيه القاضي أجل ليحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها القاضي منه، أما إذا لم يتمكن من الإتصال به فإن القاضي يعين وكيلا عنه ويعطيه أجلا فإن لم يحضر فيه طلق عليه القاضي، أما المفقود فقد ورد ذكره في المادة 107 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، حيث أن زوجته إذا لم تخشى على نفسها ضياعا أو فسادا، فإن تطليقها يكون بعد مرور أربع سنوات من يوم رفعها الأمر للقاضي وبعد ذلك تعتدّ عدّة وفاة .

وبالمقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية والمتمثلة في التشريع المغربي والتشريع التونسي والتشريع الموريتاني، حول إمكانية الزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدّة سنة أو أكثر لطلب التطليق، فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى الزوجة الحق في التطليق بسبب غياب زوجها لمدة سنة أو أكثر بدون عذر شرعي وبدون نفقة،

وهذا حسب المادة 05/53 من قانون الأسرة الجزائري وكذلك الأمر بالنسبة لزوجة المفقود حيث مكنتها المادة 112 من الحق في طلب التطليق .

أما القانون المغربي فإنه أعطى الحق في التطليق للزوجة التي يغيب عنها زوجها مدة تزيد عن سنة كما ورد في المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية، فالمشرع المغربي لم يقيد أحقية الزوجة الغائب عنها زوجها في طلب التطليق بأي شرط، بل نص على أن من يغيب عنها زوجها مدة تفوق السنة لها الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق .

والقانون التونسي كذلك قد أعطى الزوجة الحق في طلب الطلاق بسبب غياب زوجها إلا أنه اشترط أن لا يكون للزوج الغائب مال، و لم يترك لها زوجها قبل غيابه ما تنفقه على نفسها، كما أنه لم يقم أي أحد بالإنفاق على الزوجة فترة غياب زوجها، ويقوم القاضي بعد انتظار مدة شهر لظهوره بتطليقها منه بعد أن تثبت الأمور التي سبق ذكرها بالإضافة إلى قيام الزوجة بأداء يمين على صحة ما ادعته .

كما أن القانون الموريتاني أيضا أعطى للزوجة التي يغيب عنها زوجها لأكثر من سنة الحق في طلب الطلاق، وذلك بسبب ضرر الفراش الناشئ عن هذه الغيبة، حتى ولو كان له مال تركه لها للإنفاق منه، أما زوجة المفقود فإنها إن لم تكن تخشى على نفسها من الفساد أو الضياع فإن تطليقها يكون بعد مرور أربع سنوات من يوم رفع أمرها للقاضي حسب ما جاءت به المادتان 106 و 107 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية .

وما نلاحظه هنا هو أن التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية المذكورة أعلاه قد أعطت كلها الحق في طلب التطليق للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة أو أكثر، غير أنهم اختلفوا في الشروط التي يجب توفرها للتطليق بسبب الغيبة، فالمشرع الجزائري بالإضافة إلى الغياب لمدة تفوق السنة يشترط كذلك أن يكون الغياب بدون عذر أو مبرر شرعي و أن يكون الزوج الغائب قد ترك زوجته بدون نفقة، أما المشرع المغربي فإنه اكتفى بشرط الغيبة لمدة تزيد عن سنة ليكون للزوجة الحق في طلب التطليق، كما أن المشرع التونسي أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب غياب زوجها إذا لم يترك لها هذا الأخير ما تنفقه على نفسها و لم يكن له مال، كما لم يقم أي أحد بالإنفاق عليها فترة غيابه، وبالنسبة للمشرع الموريتاني فإنه يشترط أن تكون الغيبة لمدة سنة أو أكثر والتي تتسبب في نشوء ضرر الفراش للزوجة، كما أنه لم يشترط الإنفاق كسبب من الأسباب، بل أنه أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق بتوفر ما سبق ذكره من شروط حتى ولو كان الزوج قد ترك لها ما تنفقه على نفسها وعلى أولادها فترة غيبته .

الفرع الثاني : نفقة زوجة المفقود

النفقة هي اسم لما ينفقه الشخص على زوجته وأولاده وأقاربه من لوازم ضرورية كالطعام والشراب والكسوة والمسكن وغير ذلك من الضروريات، أي أنها كل ما تتطلبه الحياة من أشياء ضرورية وفق ما تعارف عليه الناس بغية العيش والاستمرار في الحياة[1] .

قال تعالى : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[2]، و روى البخاري في صحيحه أن هندًا بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال –صلى الله عليه و سلم- : (خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف)[3]. وهذه أدلة شرعية على أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها، ولا اختلاف بين الفقهاء على ذلك .

حيث أنه يتوجب على المفقود أن ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجية، لأن الإنفاق عليها هو إحياء لها[4]، وقد ذكر الإمام مالك أنه يجب أن يتم الإنفاق على زوجة المفقود طيلة الأربع سنين[5]، أي طوال فترة فقده، حيث أن زوجة المفقود تجب نفقتها على زوجها ومن ماله طوال مدة غيبته وإن لم يستمتع بها، لأن المنع من الاستمتاع بها كان من جهته وليس من جهتها، وهي محبوسة عليه مثلها مثل زوجة الغائب معلوم الغيبة، فإن اختارت المقام والصبر حتى يتبين لها أمر زوجها المفقود كانت لها النفقة من ماله، ويجب على القاضي أن يمكنها من ذلك ويجوز إن لم يكن للمفقود مال أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من أجل أن ينفق علها منه، لأن هذا تمكين من القاضي للمستحق من أخذ حقه[6] .

وقد نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون)، ونصت المادة 80 من نفس القانون على أنه : (تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى) .

---

[1] بن شويخ الرشيد : مرجع سابق ، ص 145 .

[2] سورة البقرة : الآية 233 .

[3] الإمام البخاري : الجامع الصحيح للبخاري ، المكتبة السلفية ، القاهرة ، الجزء 03 ، كتاب النفقات ، باب إن لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها و ولدها بالمعروف ، الحديث رقم 5364 ، ص 427 .

[4] الكاساني : مرجع سابق ، ص 314 .

[5] الإمام مالك بن انس : المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الجزء 02 ، ص 31 .

[6] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : مرجع سابق ، ص 70 .

حيث أنه إذا كان الزوج غائبا عن زوجته و لم يرسل لها نفقة يمكنها أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة، لأن النفقة تكون من واجب الزوج سوء كان حاضرا أم غائبا، فإن كان له مال تركه مع زوجته حدّد لها القاضي نفقة مناسبة منه، وإذا كان له مال لكنه مع الغير مثل البنك واعترف بالزوجية يقوم القاضي بفرض نفقة لها من هذا المال تكون كافية لها، غير أن قانون الأسرة لم يقم بتنظيم هذه المسائل سواء قبل التعديل أو بعده، فقد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بدون أن يرسل لها أية نفقة مما يعرضها للضرر، كما أن الزوج قد يكون مفقودا أو أصابه عجز وبالتالي فمشكل النفقة سيكون مطروحا سواء للزوجة أو للأولاد، ولذا كان على المشرع أن لا يغفل عن هذه المسائل وأن يجد حلولا لها[1]، وهذا من أجل تحقيق حماية قانونية للأسرة، وكذلك للحفاظ على زوجة المفقود وأولاده من الضياع بتحديد نفقة مناسبة لهم يتم أخذها من ماله على اعتبار أنه حيّ، فهو المسؤول عن الإنفاق عن زوجته وأولاده أثناء حياته .

أما التشريعات المغاربية فقد نصت أيضا على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، حيث نص القانون المغربي في المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية على أنه : (تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء، بعد أن يكون قد عقد عليها). كما نصت المادة 195 من نفس القانون على أنه (يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضيّ المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت).

من خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع المغربي يعتبر أن النفقة الخاصة بالزوجة واجبة على الزوج بمجرد البناء أي الدخول بها، أو إذا دعته للبناء، كما أن القاضي يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج وتوقفه عن الإنفاق الواجب عليه اتجاه زوجته، والنفقة لا تسقط بمضيّ المدة، إلا إذا حكم على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت عن ذلك .

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه : (يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته مدّة عدّتها)، كما نص الفصل 41 من نفس القانون على أنه : (إذا أنفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فلها مطالبته بذلك)، ونص الفصل 42 أيضا على أنه: (لا تسقط نفقة الزوجة بمضيّ المدة) .

وبالنظر لهاته الفصول الثلاث فإنه يتبين لنا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بعد الدخول بها، كما أنه في حال أنفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فإن لها الحق في مطالبته بما أنفقته، لأن نفقتها واجبة عليه لا على نفسها، ونفقة الزوجة في القانون التونسي لا تسقط بمضيّ المدة .

[1] بن شويخ الرشيد : مرجع سابق ، ص 148 .

وبالنسبة للقانون الموريتاني فإنه نص في المادة 147 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه: (تجب على الزوج نفقة زوجته إذا دخل بها أو دعته للدخول بعد عقد صحيح بشرط كونه بالغا وهي مطيقة وليس أحدهما مشرف على الموت)، كما نصت المادة 149 من نفس القانون على أنه : (لا تسقط نفقة الزوجة بالتقادم، ويحكم لها بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق) .

ويتضح لنا من خلال ما جاءت به هاتان المادتان أن المشرع الموريتاني جعل نفقة الزوجة واجبة على الزوج شرط أن يكون قد دخل بها أو دعته للدخول بعد إنشاء عقد صحيح، كما أن نفقة الزوجة لا تسقط بالتقادم، ويحكم القاضي للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق عليها .

ومن خلال ما ورد في التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية فإنه يتبين لنا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في ذمته وما دام هو على قيد الحياة، وباعتبار المفقود حيا فترة فقده فإن نفقة زوجته واجبة عليه يعطيها لها القاضي أو وكيل المفقود الذي يقوم بتسيير ماله فترة فقده من مال المفقود المعتبر على قيد الحياة .

الفرع الثالث : مدّة تربص زوجة المفقود

التربص هو انتظار الزوجة مدة محددة حتى يتبين الأمر بالنسبة لغياب زوجها، وتتضح حياته من وفاته وما يترتب على ذلك[1]، حيث تنتظر زوجة المفقود مدة زمنية تتبين خلالها حال زوجها أحيّ هو أم مات، لكي تعتد في حالة وفاته عدّة وفاة، وسنتناول هذه المدة وفق ما جاء به الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على التوالي .

أولا : في الفقه الإسلامي

والمدة التي تتربصها زوجة المفقود تختلف باختلاف الحالة التي فقد فيها، ففقهاء الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، حددوا هذه المدة على حسب حالة فقدان الشخص فمن فقد في حالة يغلب عليها الهلاك أي الغالب فيها أنه ميّت، فهنا زوجة المفقود يجب أن تتربص أربع سنين من يوم رفع أمرها للقاضي وبعد انقضاء المدة تعتد عدة وفاة، أما من فقد في حالة تغلب عليها السلامة كمن سافر لتجارة أو علم وفقد، فإنه يتوجب انتظار مدة التعمير، وهي المدة التي يغلب الظن فيها استحالة بقاء الشخص المفقود على قيد الحياة، و لم يتفق الفقهاء على تحديد سن معين للمدة المنتظرة، فمنهم من قال سبعين، ومنهم قال ثمانين، وهنالك من قال تسعين، ومنهم من قال مئة، ومن قال مئة وعشرون، إلا أن الراجح أن هذه المدة تحدد بموت أقران الشخص المفقود الذين هم في مثل سنه .

---

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 134 .

[2] السرخسي : مرجع سابق ، ص 35 .

[3] الغمراوي : السراج الوهاج على متن المنهاج ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، 1987 ، ص 454 .

[4] البهوتي : مرجع سابق ، ص 2249 .

أما فقهاء المالكية فقد حددوا مدة التربص على ضوء تقسيمهم للمفقود، فمن فقد في بلاد الإسلام تنتظر زوجته أربع سنين من يوم ثبوت العجز عن بيان أثره بعد البحث عنه ثم تعتدّ عدّة وفاة، أما من أسر وفقد في بلاد الحرب فإن زوجته تنتظر حتى تمضي مدة من الزمن يكون الغالب فيها أنه ميت، وحددت هذه المدة بسبعين سنة ثم تعتدّ زوجته عدّة الوفاة، والمفقود في قتال الكفار يحكم له بحكم المقتول فتنتظر زوجته سنة من يوم رفع أمرها للقاضي ثم تعتدّ بعدها، أما المفقود في الفتنة بين المسلمين فإن زوجته تعتدّ بعد أخر يوم من انتهاء المعركة لافتراض موته، وبالنسبة للمفقود في بلاد الوباء فبعد انتهاء أزمة الوباء وعدم ظهوره حيا تعتدّ زوجته عدّة وفاة[1] .

ثانيا : في التشريع الجزائري

من خلال المواد القانونية التي نظمت الأحكام المتعلقة بالشخص المفقود، فإنه يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مصطلح التربص، غير أنه ومن خلال ما ورد في المادة 113 من قانون الأسرة نجد أنه حدّد المدة التي يجب انتظار مرورها للحكم بوفاة المفقود، وحسب ما جاءت به المادة فإنه في حالة الحروب والظروف الاستثنائية يضرب أجل أربع سنين ثم يحكم بالوفاة، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فإن المدة هنا تترك لتقدر القاضي بعد أن تمضي مدة الأربع سنوات، وهذا يعني أن زوجة المفقود يجب عليها أن تنتظر مرور مدة أربع سنوات في حالة الحروب والحالات الاستثنائية، أما في الحالات التي يكون الغالب فيها السلامة فإن مدة تربصها يحددها القاضي بعد مضيّ الأربع سنين بحسب ظروف وحالة الفقد، وبخصوص القوانين الخاصة المتعلقة بمفقودي باب الواد ومفقودي زلزال بومرداس ، فإنها لم تحدد أجلا لتربص الزوجة كما لم تشترط مدة زمنية محددة للحكم بوفاة المفقود، وكذلك الأمر بالنسبة للمرسوم المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية والذي حدد أجل ستة أشهر من تاريخ تسليم محاضر المعاينة والإثبات كأقصى حد لرفع دعوى الحكم بالوفاة، وكل هذه النصوص تبيح لزوجة المفقود أن تطلب الحكم بوفاته بمجرد تسلمها لمحضر المعاينة والإثبات والذي يقوم مقام الحكم بالفقد في هذه الظروف الخاصة، وبالتالي فإنه وبمقتضى ما جاءت به كل هذه القوانين لا يمكن في هذه الحال أن نتكلم عن وجود فترة تربص لزوجة المفقود[2] .

---

[1] الغرياني : مرجع سابق ، ص (102-104-105-106) .

[2] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 135-136 .

المبحث الثاني : الآثار المتعلقة بالمفقود

سنتكلم من خلال هذا المبحث عن الآثار التي تنشأ في حق المفقود، فبعد الحكم بالفقدان قد يثبت للمفقود إرث من غيره وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، كما أنه وبعد انتظار مدة معينة بعد الحكم بالفقد يتوجب إصدار حكم بوفاة حكمية في حق الشخص المفقود، وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني، بالإضافة إلى أن الحكم بوفاة المفقود تترتب عليه أثار نبيّنها من خلال المطلب الثالث .

المطلب الأول : إرث المفقود من غيره

الإرث هو ما ينتقل جبرا بالموت إلى الوارث من تركة مورّثه بحدود شرعية[1]، ويعتبر ميراث المفقود من غيره من بين الحقوق المالية التي تثبت للشخص المفقود خلال فترة فقده باعتباره حيّا، وسنقوم من خلال هذا المطلب بالتطرق إلى إرث المفقود من غيره وفق أحكام الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري في الفرع الأول، ثم سنتناول طريقة إرث المفقود في الفرع الثاني .

الفرع الأول : إرث المفقود من غيره في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أولا : في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص مسألة إرث المفقود من غيره إلى مذهبين، حيث ذهب الحنفية إلى أن المفقود لا تثبت له حقوق مالية من غيره كالميراث والوصية وغيرها من الحقوق، حيث أن المفقود لا يرث من غيره عندهم لعدم تحقق شروط الإرث فيه، والمتمثلة في تحقق حياة الوارث وقت موت مورّثه، والمفقود حاله غير متبيّن أو ظاهر وهناك احتمال بأن يكون ميتا، أما جمهور الفقهاء فيرون أن المفقود يعتبر حيّا، لأن حياته هي الأصل الثابت وبالتالي فهو يرث من غيره عندهم، ولا يورث ماله، ويوقف له نصيبه من تركة مورّثه فإن ظهر حيّا أخذه وإن حكم بموته ردّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة[2]، حيث أنه إذا علم أنه مات بعد وفاة مورّثه دفع نصيبه إلى ورثته، أما إن كان ميتا حين موت مورّثه يردّ الموقوف إلى ورثة الأول[3] .

---

[1] عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم : الوجيز في الفرائض ، دار ابن الجوزي ، بدون طبعة ، و بدون سنة نشر ، ص 28 .

[2] بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص 349 .

[3] ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186 .

ثانيا : في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية

1 – في التشريع الجزائري

نصت المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيّا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون) .

ومن خلال ما ورد في هذه المادة يمكن القول بأن المشرع الجزائري ذهب إلى مذهب الجمهور في توريث المفقود من غيره واعتباره حيّا طيلة فترة فقده، حيث يوقف له نصيبه احتياطا حتى تتبيّن حقيقة حاله بظهوره حيّا أو يحكم القاضي بوفاته، فإن ظهر حيّا أخذ النصيب الموقوف له، وإن حكم بموته بناءا على دليل ثابت من أوراق رسمية وغيرها وكان تاريخ وفاته لاحق لتاريخ وفاة مورّثه استحق ما كان موقوفا له من ميراث، وأعطيّ نصيبه إلى ورثته الموجودين وقت وفاته وفقا للتاريخ المحدد في الحكم، وإن كان تاريخ وفاته سابق لموت مورثه فإن نصيبه الموقوف يردّ إلى ورثة المورّث الأول، أما إذا كان الحكم بناءا على ما ترجح للقاضي من قرائن ودلائل فإن المفقود يعتبر ميتا من تاريخ فقده، حيث يكون مشكوكا في حياته وقت وفاة مورّثه، والميراث لا يثبت بالشك، وبالتالي فإنه لا يرث[1] .

2 – في التشريعات المغاربية

أما فيما يخص التشريعات المغاربية فقد نص القانون المغربي في المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية أن: (المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره) .

حيث نصت هذه المادة على وجوب وقف نصيب المفقود في حالة ميراثه من غيره إلى أن يفصل في أمره، إما باستحقاقه للميراث إذا توافرت شروط الإرث أو عدم استحقاقه له .

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه : (يوقف للمفقود من تركة مورّثه نصيبه فيها فإن ظهر حيّا أخذه و إن حكم بموته ردّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورّثه، فإن ظهر حيّا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة) .

يستفاد من هذه المادة أن المفقود الذي يرث من غيره يوقف له نصيبه من تركة مورّثه، فإن ظهر حيّا أخذ نصيبه، وإن حكم بموته ردّ نصيبه إلى الورثة وقت موت مورّثه، وإذا ظهر حيّا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى له من نصيبه في أيدي الورثة .

---

[1] مسعود الهلالي : أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة نظرية تطبيقية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 01 ، 2008 ، ص 217-218 .

وبالنسبة للقانون الموريتاني فقد نصت المادة 239 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه : (يعتبر المفقود في حكم الحيّ بالنسبة لحقوقه المالية فلا يقسم ماله إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حقه وفي حق غيره فيجب توقيف الحظ المشكوك فيه حتى يبت في شأنه) .

حيث نصت هذه المادة على أن المفقود محتمل الحياة في حقه وحق غيره ويجب أن يوقف له نصيبه المشكوك فيه من إرثه من الغير حتى يبت في أمره إما أن يظهر حيّا أو يحكم بوفاته .

الفرع الثاني : طريقة توريث المفقود

ونفرّق في توريث المفقود من غيره بين حالتين نبيّنهما كما يلي :

– **الحالة الأولى** : أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد[1]، فهنا توقف التركة بأكملها ولا يأخذ الورثة شيئا منها حتى يظهر حال المفقود، فإن ظهر حيّا أخذ المال كله، وإن حكم القاضي بموته أخذ الورثة التركة كل واحد حسب نصيبه[2] .

– **الحالة الثانية** : أن يكون مع المفقود ورثة آخرون[3]، وفي هذه الحالة نجد أن هناك رأيين، الرأي الأول يقضي بتوريث المفقود على فرض حياته فقط، والرأي الثاني يقضي بتوريثه على فرض حياته ومماته، وسنوضح كل رأي على حدى فيما يلي :

أولا : توريث المفقود على فرض حياته فقط

وأنصار هذا الرأي يبنون رأيهم على ما ورد في المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري والتي تعتبر المفقود حيّا ما لم يحكم القاضي بوفاته، وبالتالي فإن نصيبه يحجز له كاملا على فرض حياته سواء كان يرث مع غيره أو يحجبهم حجب حرمان، وهذا الرأي يجد سنده الشرعي عند الشافعية في وجه بعيد والحنابلة في رواية، بأن مسألة الميراث تحل على تقدير حياة المفقود في جميع الورثة، حيث تقسم التركة على فرص حياته فقط، ودليلهم على ذلك أن المفقود يعتبر حيّا حكما قبل أن يتم الحكم بوفاته، فالحياة هي الأصل والحكم بالموت يكون بعد انقضاء فترة زمنية محددة [4] .

وهذا يعني أنه كان يعتبر حيّا وقت وفاة مورّثه والحياة شرط لازم من أجل استحقاق الإرث، فيوقف للمفقود نصيبه إلى حين ظهوره حيّا أو الحكم بوفاته أو ظهور بيّنة على وفاته[5] .

---

[1] مسعود الهلالي : المرجع نفسه ، ص 218 .

[2] الصابوني : مرجع سابق ،ص 208 .

[3] بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص 350 .

[4] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 170 .

[5] ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186 .

وبحسب هذا الرأي فإن مسائل ميراث المفقود من غيره تحلّ مثل المسائل العادية، وفيما يلي سنعطي أمثلة توضيحية لميراث المفقود من غيره وفق ما جاء به أصحاب هذا الرأي .

مثال 01 :

توفي و ترك : زوجة ، أم ، أخ شقيق ، ابن مفقود .

حلّ المسألة :

تحلّ المسألة كما يلي :

		24
زوجة	8/1	03
أم	6/1	04
أخ شقيق	م	00
ابن مفقود	ع	17

فتأخذ الزوجة في هذه المسألة نصيبها المقدّر بثلاثة (03) أسهم، و الأم نصيبها الذي يقدّر بأربعة (04) أسهم، ويوقف للإبن المفقود نصيبه وهو سبعة عشر (17) سهما، أما الأخ الشقيق فيحجب .

مثال 02 :

توفي و ترك : زوجة ، أم ، بنت ، أب مفقود .

حل المسألة :

تحلّ المسألة كالتالي :

		24
زوجة	8/1	03
أم	6/1	04
بنت	2/1	12
أب مفقود	6/1 + ع	01+04

حيث تأخذ الزوجة ثلاثة (03) أسهم، والأم أربعة (04) أسهم، والبنت اثنا عشر (12) سهما، ويوقف للأب المفقود خمسة (05) أسهم .

ثانيا : توريث المفقود علة فرض حياته و مماته

ويرى أصحاب هذا الرأي أن المفقود خفيّ الحال، فلا تعلم حياته من وفاته حال موت مورّثه لذلك تحلّ مسائل إرث المفقود من غيره حسب هذا الرأي على فرضين، الفرض الأول على اعتبار المفقود حيّا، والفرض الثاني على اعتباره ميّتا[1]، ويعطى للورثة أقل النصيبين من حياة المفقود وموته، فمن يرث على كل حال ولا ينقص نصيبه يعطى حقه كاملا، ومن اختلف نصيبه بين موت المفقود وحياته يعطى له أقل النصيبين، ومن لا يرث على أحد التقديرين أي أنه يحجب فإنه لا يأخذ شيئا[2]، ويوقف للمفقود أكثر النصيبين فإن ظهر حيّا أخذ نصيبه، وإن حكم بوفاته ردّ نصيبه على من يستحقه من الورثة[3] .

وفيما يلي مجموعة من الأمثلة تبيّن طريقة توريث المفقود من غيره حسب ما جاء به هذا الرأي .

مثال 01 :

توفيت و تركت : زوج ، بنت ابن ، أخت شقيقة ، ابن مفقود .

حلّ المسألة :

نحلّ المسألة على فرض الحياة و على فرض الوفاة، ثم الجامعة كما يلي :

على فرض الحياة		04			04	04
زوج	4/1	01	زوج	4/1	01	01
بنت ابن	م	00	بنت ابن	2/1	02	00
أخت شقيقة	م	00	أخت شقيقة	ع	01	00
ابن مفقود	ع	03	ابن مفقود	///////	///////	03 موقوف

[1] مسعود الهلالي : مرجع سابق ، ص 219 .

[2] الصابوني : مرجع سابق ، ص 208 .

[3] مسعود الهلالي : المرجع نفسه ، ص 219 .

يأخذ الزوج على فرض الحياة سهما واحدا وعلى فرض الوفاة سهما واحدا لذا يعطى له نصيبه كاملا، بينما بنت الإبن على فرض الحياة لا تأخذ شيئا وعلى فرض الوفاة تأخذ سهمين، ولأنها تعامل بأقل النصيبين فلا يعطى لها شيء، كما أن الأخت الشقيقة لا تأخذ شيئا على فرض الحياة و تأخذ سهما واحدا على فرض الوفاة، وتعامل أيضا بأقل النصيبين فلا يعطى لها شيء كذلك، أما المفقود فإنه يوقف له ثلاثة (03) أسهم في المسألة الجامعة .

مثال 02 :

توفي و ترك : زوجة ، بنت ، أخ لأب ، أخ شقيق مفقود .

حلّ المسألة :

تحلّ المسألة كذلك على فرض الحياة و على فرض الوفاة ثم بعدها الجامعة، كالآتي :

						الجامعة
على فرض الحياة		08	على فرض الوفاة		08	08
زوجة	8/1	01	زوجة	8/1	01	01
بنت	2/1	04	بنت	2/1	04	04
أخ لأب	م	00	أخ لأب	ع	03	00
أخ شقيق	ع	03	أخ شقيق	///////	///////	03 موقوف

تأخذ الزوجة نصيبها على فرض الحياة سهما واحدا وعلى فرض الوفاة سهما واحد فتعطى نصيبها كاملا، والبنت كذلك تأخذ نصيبها على فرض الحياة أربعة(04) أسهم وعلى فرض الوفاة (04) أسهم فيعطى لها نصيبها كاملا، أما الأخ لأب فعلى فرض الحياة يحجب وعلى فرض الوفاة يأخذ ثلاثة (03) أسهم فيعامل بأقل النصيبين ولا يأخذ شيئا من الميراث، ويوقف للأخ الشقيق المفقود ثلاثة (03) أسهم نصيبا احتياطيا .

مثال 03 :

توفي و ترك : زوجة ، أخ لأم ، ابن عم شقيق ، بنت ابن مفقودة .

حلّ المسألة :

تحلّ المسألة على فرض الحياة و على فرض الوفاة، ثم تحسب المسألة الجامعة كما يلي :

								الجامعة
على فرض الحياة		3×08	24	على فرض الوفاة		2×12	24	24
زوجة	8/1	01	03	زوجة	4/1	03	06	03
أخ لأم	م	00	00	أخ لأم	6/1	02	04	00
ابن عم ش	ع	03	09	ابن عم ش	ع	07	14	09
بنت ابن مفقودة	2/1	04	12	بنت ابن مفقودة	///////	///////	///////	12 موقوف

حيث تأخذ الزوجة على فرض الحياة ثلاثة (03) من أصل 24 وتأخذ على فرض الوفاة ستة (06) من أصل 24 كذلك، فيعطى لها أقل النصيبين وهو ثلاثة (03) أسهم، ويحجب الأخ لأم على فرض الحياة ولا يأخذ شيئا وعلى فرض الوفاة يأخذ أربعة (04) أسهم، فيعطى له أقل النصيبين ويحجب من الميراث ولا يأخذ شيئا، ويأخذ ابن العم الشقيق على فرض الحياة تسعة (09) أسهم وعلى فرض الوفاة يأخذ أربعة عشر (14) سهما، فيأخذ أقل النصيبين أي تسعة (09) أسهم، ويوقف لبنت الابن المفقودة اثنا عشر (12) سهما نصيبا احتياطيا حتى يستبين حالها.

المطلب الثاني : الحكم بوفاة المفقود

من الطبيعي أن حياة الإنسان وشخصيته تنتهي بالموت الحقيقي، غير أن الفقه الإسلامي وكذا القوانين الوضعية أقرّت حالة استثنائية وهي الموت الحكمي للشخص، مثلما هو الحال بالنسبة للشخص المفقود الذي يصدر في حقه حكم يقضي بوفاته .

حيث أنه إذا انقطعت أخبار الشخص الغائب فصار مفقودا و لم تعلم حياته من وفاته، فإن تركته لا تقسم وتبقى موقوفة حتى يتبيّن حاله بأن يرجع حيّا أو يثبت موته، وثبوت الموت يكون إما بالبيّنة وهي أن يشهد رجلان ممن تتوفر فيهما صفات وشروط الشهادة بأن المفقود قد مات في تاريخ ومكان معينان، أو أن يشهد الأشخاص الذين سافروا معه بأنه مات وهو معهم وقاموا بدفنه، عندها يمكن للحاكم أن يحكم بموت الشخص المفقود[1] .

ومن خلال ما نصت عليه المادتان 113 و 114 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يجوز الحكم بوفاة المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بعد مرور أربع سنوات بعد القيام بالبحث والتحري، وفي الحالات التي تغلب فيها

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : مرجع سابق ، ص 102 .

السلامة يترك الأمر للقاضي في تقدير المدة بعد مضيّ أربع سنوات، كما أن الحكم بوفاة المفقود يصدر بناءا على طلب يقدمه أحد ورثة المفقود، أو من له مصلحة، أو بطلب من النيابة العامة[1] .

وسنقوم من خلال هذا المطلب بتحديد إجراءات الحكم بوفاة المفقود في الفرع الأول، وكذا تحديد المدّة التي يحكم بعد انقضائها بوفاة الشخص المفقود في الفرع الثاني، ثم التطرق إلى صدور الحكم بوفاة المفقود في الفرع الثالث.

الفرع الأول : إجراءات الحكم بوفاة المفقود

وسنتناول تحت هذا العنوان إجراءات رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود و وسائل الإثبات التي تقبلها المحكمة التي تفصل في دعوى الحكم بالوفاة .

أولا : إجراءات رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود

حيث يندرج تحت هذا العنوان أطراف الدعوى المتعلقة بالحكم بوفاة المفقود، والجهة القضائية المختصة بالفصل فيها ،وكيفية تحرير العريضة وتبليغها على التوالي .

1 – أطراف الدعوى :

تنص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة) .

حيث يتضح من خلال هذه المادة أن الحكم بالفقد أو موت المفقود يصدر بناءا على طلب يقدّمه أحد ورثة الشخص المفقود أو شخص له مصلحة، أو النيابة العامة، وبالتالي فإن أطراف دعوى الحكم بوفاة المفقود هم نفسهم أطراف دعوى الحكم بالفقد، وقد تطرقنا إلى أطراف دعوى الحكم بالفقد في الفصل الأول بالتفصيل .

و طرفا الدعوى في دعوى الحكم بوفاة المفقود هما :

– **المدعي** : والمدعي هو من يتقدم بطلب أمام القضاء من أجل الفصل فيه[2]، وحسب ما ورد في المادة 114 من قانون الأسرة فإن المدعي في دعوى الحكم بوفاة المفقود هم الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة .

---

[1] عبد العزيز سعد : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية ، مرجع سابق ، ص 173 ، عبد الفتاح تقية : قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء ، منشورات ثالة ، الأبيار ، الجزائر ، 2011 ، ص 242-243 .

[2] عبده جميل غصوب : مرجع سابق ، ص 177 .

– **المدعى عليه** : و المدعى عليه هو الشخص الذي يتم تقديم طلب الدعوى ضده أو بوجهه[1]، وكما سبق الحديث فيه بخصوص المدعى عليه في دعوى الفقدان، وباعتبار أن أطراف الدعوى فيها هم نفسهم أطراف الدعوى في دعوى الحكم بموت المفقود، فإن المدعى عليه في دعوى الحكم بوفاة المفقود هو الشخص المفقود ذاته .

2 – الاختصاص القضائي

الاختصاص كما تم تعريفه سابقا في دعوى الحكم بالفقد هو ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والإقليم[2]، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على الاختصاص القضائي لدعوى الحكم بوفاة المفقود في القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي للدعاوى .

وبالخروج عن هذه القواعد فإننا نجد أن الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية قد أعطى الاختصاص في دعوى الحكم بوفاة المفقود لرئيس المحكمة،حيث أن الطريق الوحيد لإثبات وفاة المفقود قضائيا يكون بتقديم طلب لرئيس المحكمة من أجل صدور حكم يقضي بالوفاة بعد القيام بالتحقيقات اللازمة لذلك[3] .

حيث تنص المادة 89 منه على أنه : (يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنية)، كما تنص المادة 91 من نفس الأمر على أنه : (يقدم الطلب إلى محكمة 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 الجزائر هي المختصة، أما إذا فقد عدّة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان و إذا لم توجد فإلى محكمة مدينة الجزائر)[4] .

ومن خلال ما جاءت به هاتان المادتان فإنه يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وضع قواعد خاصة بالاختصاص الإقليمي في الحكم بوفاة المفقود تتعلق بمحكمة مكان ولادة الشخص المفقود، على عكس دعوى الفقد التي كان أمر تحديد الاختصاص القضائي فيها متروك للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أنه إذا كان المفقود جزائري فإن طلب الحكم بالوفاة يرفع في المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان ولادته سواء فقد في الجزائر أو خارجها، وإذا كان مولودا خارج الجزائر فالمحكمة المختصة بالفصل في دعوى الحكم بالوفاة تكون المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مقر إقامته بالجزائر هذا إذا كان محل إقامته معروف، أما إذا كان محل إقامته غير

---

[1] عبده جميل غصوب : المرجع نفسه ، ص 177 .

[2] بربارة عبد الرحمان : مرجع سابق ،ص 74 .

[3] سعد عبد العزيز : نظام الحالة المدنية في الجزائر ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، ط 02 ، ص 181 .

[4] الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 ، المتعلق بالحالة المدنية ، الصادر في 1970/02/27، الجريدة الرسمية ، العدد 21 .

معروف فإن الطلب يرفع محكمة مدينة الجزائر العاصمة ، وإذا كان الشخص المفقود أجنبيا فإن طلب الحكم بالوفاة لا يقبل في المحاكم الجزائرية إلا إذا ثبت أن هذا الشخص فقد في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية[1] .

3 – عريضة الدعوى

عريضة افتتاح دعوى الحكم بالوفاة لا تختلف عن عريضة افتتاح دعوى الحكم بالفقد، فهي وبحسب ما ورد في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجب أن تتوفر على ما يلي :

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .

- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له .

- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي .

- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى .

وقد فصّلنا في هذا من قبل وذلك في إجراءات دعوى الحكم بالفقد كما ورد في الفصل الأول، ولكن الاختلاف بين عريضة افتتاح دعوى الحكم بالوفاة وعريضة افتتاح دعوى الحكم بالفقد يكون في الطلبات المقدمة ضمن العريضة، حيث يكون الطلب الذي تؤسس عليه دعوى الوفاة هو الحكم بوفاة المفقود، مع إرفاق العريضة بمرفقات تدل على إثبات واقعة الفقد، سواء كان بحكم قضائي يقضي بذلك أو بموجب محاضر المعاينة والإثبات إذا كانت حالة الفقد من بين الحالات المنظمة بموجب نصوص خاصة، ومختلف المستندات التي تثبت صفة المدّعي في الدعوى المرفوعة .

وحسب نص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن العريضة تقيّد في سجل خاص من طرف أمين الضبط يسمى سجل قيد الدعاوى تبعا لترتيب ورودها، ويقوم بالتأشير عليها بعدد نسخها، مع احترام أجال تسليم التكليف بالحضور المحددة قانونا[2]، وقد فصّلنا في هذه الإجراءات سابقا .

ثانيا : وسائل الإثبات المرافقة لعريضة الدعوى

حيث يستلزم أن تكون هناك وسائل تثبت فقدان الشخص تكون مرافقة لعريضة دعوى الحكم بالوفاة، وتقوم المحكمة بفحصها والنظر في مدى حجيتها في الحكم بالوفاة، ويمكن أن تصنّف هذه الوسائل إلى ثلاثة أصناف تتمثل فيما يلي :

---

[1] سعد عبد العزيز : نظام الحالة المدنية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 181-182 .

[2] سائح سنقوقة : مرجع سابق ، ص 57-58

1 – الحكم القاضي بالفقد

حيث أن هذا السند تعتمد عليه المحكمة في إثبات واقعة الفقد وحساب الأجل الذي بعد انقضائه يتم الحكم بوفاة المفقود، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها في الملف رقم 118621، حيث جاء فيه : (لا يجوز بأي صفة من الصفات الحكم بالفقد والموت في آن واحد)[1]، حيث لا يجوز لقضاة الموضوع أن يحكموا بالفقد والموت في آن واحد لأن ذلك يجعل من الإجراءات تعدّ باطلة[2]، لذا يتوجب على القاضي الذي تطرح أمامه دعوى الحكم بوفاة المفقود أن يتأكد من وجود حكم يقضي بالفقدان في حق الشخص المفقود، لأن ذلك إجراء قانوني لازم قبل الحكم بالوفاة .

كما أن المادة 113 من قانون الأسرة تلزم القاضي قانونا بأن لا يحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتأكد من مضيّ أربع سنوات من تاريخ فقده، وبعد القيام بعملية البحث والتحري عنه بكافة الوسائل الممكنة[3] .

والمادة 109 من قانون الأسرة الجزائري نصت صراحة على أنه لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بحكم، وبالتالي فإن اعتبار الشخص مفقود يقتضي وجود حكم يقضي بذلك، ومن ثمّ يمكن للقاضي الحكم بوفاة المفقود بناءا على وجود الحكم بالفقد ومضيّ المدة اللازمة للبحث والتحري .

2 – محاضر المعاينة و الإثبات

يقوم القاضي بفحص محاضر المعاينة والإثبات من أجل التأكد من عملية البحث والتحري من قبل السلطات المختصة بذلك، لكي يصدر حكمه الذي يقضي بوفاة الشخص المفقود بناءا على ذلك، وإذا كانت هذه المحاضر لا تشير إلى قيام الجهات المختصة بعملية البحث والتحري كأن تكون المحاضر محررة بناءا على تصريحات أهل المفقود وذويه فقط، فإن القاضي يرفض الدعوى لأن المحاضر المبنية على تصريحات الأهل لا تكون لها حجة في إثبات الفقد، إلا بعد قيام الجهات المختصة بعملية بحث عن الشخص المفقود والظروف التي فقد فيها، وتحرير محاضر معاينة وإثبات تقضي بذلك، وقد بيننا هذا بالتفصيل في طرق إثبات الفقدان في الفصل الأول .

وقد سارت بعض التطبيقات القضائية على هذا المسار، ومن بينها الحكم الصادر عن محكمة خميس مليانة قسم شؤون الأسرة في حكمها بتاريخ 2012/03/25 حيث جاءت فيه : (حيث أنه من المقرر قانونا أن ضحية المأساة الوطنية حتى يتم الحكم بوفاته يجب أن تسلم له شهادة معاينة فقدان، والتمس المدّعون الحكم بوفاة المدعو {اسم ولقب} باعتباره ضحية مأساة وطنية، غير أنه بعد تفحص الملف لم يتم إيداع شهادة معاينة الفقدان، وإنما اكتفوا بطرح شهادة إثبات ومعاينة جاءت بناءا على تصريحات خال المراد الحكم بوفاته، وبالتالي فإنهم لم يقدّموا ما يثبت أنه

---

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 238 .

[2] بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص 347 .

[3] بلحاج العربي : المرجع نفسه ، ص 346 .

ضحية مأساة وطنية)[1]، وفي الحالات الاستثنائية فإن هذه المحاضر تكفي للحكم بوفاة المفقود دون الحاجة إلى الحكم بالفقد .

3 – شهادة الشهود

يقوم القاضي خلال نظره في دعوى الحكم بالوفاة بالقيام من جديد بإجراء تحقيق عن طريق شهادة الشهود، حيث يتحرى في ذلك الشروط المتعلقة بقبول الشهادة، وكذا الشروط المتعلقة بالشاهد، وله الحرية الكاملة والسلطة التقديرية المطلقة في قبول الشهادة أو رفضها، وهذا ما جرى العمل به على مستوى الجهات القضائية، ومن ذلك ما ورد في الحكم الصادر عن محكمة خميس مليانة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2012/04/30 حيث جاء فيه: (...كما حضر كل من الشاهد {اسم ولقب} الذي صرح بعد أدائه اليمين القانونية أنه تم التحري عن المفقود{اسم ولقب} والذي اختفى بتاريخ 1996 إلا أنه لم يظهر له أي خبر، وهي نفس التصريحات التي أدلى بها الشاهد {اسم ولقب} بعد أدائه اليمين القانونية)[2] .

والهدف من إجراء القاضي للتحقيق عن طريق شهادة الشهود في الدعوى المتعلقة بالحكم بوفاة المفقود هو التأكد من إجراء عملية البحث والتحري وليس الهدف منه إثبات واقعة الفقد، لأن التحقيق مع الشهود في دعوى الفقد يكون الهدف منه إثبات صفة الفقدان بالنسبة للشخص المفقود، أما التحقيق الذي يجريه القاضي مع الشهود في دعوى الحكم بوفاة المفقود يكون كما ذكرنا للتأكد من إجراء عملية البحث والتحري في الفترة المحددة قانونا للبحث عن الشخص المفقود .

الفرع الثاني : المدّة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود

لقد اختلفت الآراء الفقهية وتعددت حول مسألة تحديد المدّة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، إلا أن المشرع الجزائري فصل في هذا الأمر، وكذا التشريعات المغربية، وهذا ما سنبيّنه من خلال هذا الفرع .

أولا : في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية حول مسألة تحديد المدّة الواجب مرورها للحكم بوفاة المفقود، وسنقوم بطرح رأي كل مذهب على حدى فيما يلي :

1 – عند الأحناف : يرى الحنفية أنه يحكم بوفاة المفقود بموت أقرانه الذين هم في بلده، حيث أنه إذا لم يوجد منهم أحد حكم بموت المفقود، والمدة عند الحنفية تقدّر بتسعين (90) سنة[3] .

---

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 238 .

[2] نوي عبد النور : نفس المرجع ، ص 239 .

[3] الصابوني : مرجع سابق ، ص 206 .

2 – عند المالكية : ويرى المالكية أن المدة هي سبعون (70) سنة وهي مدة التعمير وهذا بالنسبة للمفقود في بلاد الحرب، أما المفقود في بلاد المسلمين فإن المدة حدّدت بأربع (04) سنين لسهولة البحث عن الشخص المفقود في أرض الإسلام[1] .

3 – **عند الشافعية** : ويرى الشافعية أن المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود هي تسعون (90) سنة وهي مدة موت أقرانه الذين هم في بلده، والرأي الصحيح عندهم أن المدة لا تقدر بزمن معين، حيث أنه إذا ثبت للقاضي وفاة المفقود فإنه يجتهد ويحكم بالوفاة بعد مرور المدة التي لا يتجاوزها غالبا أقرانه[2] .

4 – عند الحنابلة : ويرى الحنابلة أن الشخص إذا فقد في حالة تغلب عليها السلامة، كمن خرج لتجارة أو سياحة أو طلب علم ففيه روايتان: الأولى تفويض أمره للقاضي في تحديد المدة، والثانية فإن المدة تقدر بتسعين سنة، أما من فقد في حالة يغلب عليها الهلاك، كمن فقد بين الصفين أو فقد في غرق مركب كان فيه، فالمدّة هنا تكون محددة بأربع (04) سنين ثم يحكم بوفاته[3] .

ثانيا : في التشريع الجزائري

1 – في قانون الأسرة

حدّد المشرع الجزائري المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها من خلال المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه : (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضيّ أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضيّ أربع سنوات) .

حيث يتضح أن المشرع سلك مسلكا مشابها لرأي الحنابلة في مسألة تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، وقد حدّد المشرع الجزائري هذه المدة بحسب حالة الفقد، فمن فقد في الحروب والحالات الاستثنائية والتي يكون فيها موت المفقود غالب على حياته فإنه ينتظر أربع سنين وهي المدة التي يحكم بعدها بموت الشخص المفقود، أما الحالات التي تغلب فيها السلامة فإن المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود تكون متروكة للسلطة التقديرية للقاضي بعد مضيّ أربع سنوات على الفقد .

2 – في القوانين الخاصة

وفي القوانين الخاصة سنتكلم عن القوانين التي أصدرها المشرع بموجب ظرف خاص للفقد، وهذه القوانين تتمثل في الأمرين المتعلقين بفيضانات باب الواد وزلزال بومرداس، والقانون المتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

---

[1] الغرياني : مرجع سابق ، ص 104-105 .

[2] الصابوني : نفس المرجع ، ص 206 .

[3] ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186-187 ، البهوتي : مرجع سابق ، ص 2249 .

حيث تنص المادة 02 من الأمر 02-03 المتعلق بفيضانات باب الواد في فقرتيها 2 و 4 على ما يلي: (- تعدّ الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني بعد انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة. – يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة ومن كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي نهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه) .

وتنص المادة 02 من الأمر 03-06 المتعلق بزلزال بومرداس في فقرتيها 2 و 3 على أنه: (- تعدّ الضبطية القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة. – يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه) .

كما تنص المادة 30من القانون 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية في فقرتها الثانية على ما يلي: (تعدّ الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عملية البحث ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية)، وتنص المادة 31 من نفس الأمر على أنه: (يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسلم محضر معاينة الفقدان)، كما تنص المادة 32 من نفس الأمر على أنه: (يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة. يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ رفع الدعوى) .

ومن خلال هذه النصوص التي ذكرناها نستنتج أن المواد المذكورة من الأوامر المتعلقة بحالات الفقدان الخاصة وكيفية تنظيمها، إنما حددت المدة التي يحق لذوي حقوق المفقود خلالها حسب ظرف الفقد تسلم محاضر المعاينة التي تثبت الواقعة، وكذلك المدة التي يفصل فيها القاضي في دعوى الحكم بالوفاة، غير أنها لم تحدد مدة يحكم بعد انقضائها بوفاة المفقود، حيث يتبين لنا أن المشرع الجزائري ومن خلال النصوص الخاصة سمح في ظل الظروف الاستثنائية بإصدار حكم بالوفاة بمجرد تسلم محاضر المعاينة و لم يتم تقييدها بأي مدة .

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة بما ذهب إليه الفقه المالكي[1] فيما يتعلق بالشخص المفقود في زمن الوباء، حيث أنه لا يضرب له أجل ويعتبر ميّتا بمجرد انتهاء الوباء لأن أغلب الظن يكون بهلاكه دون نجاته .

[1] الغرياني : مرجع سابق ، ص 106 .

ثالثا : في التشريعات المغاربية

1 – في القانون المغربي

نصت المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: (يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضيّ سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين) .

من خلال ما ورد في هذه المادة فإن المشرع المغربي قد حدد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بحسب ظرف فقده، فمن فقد في حالة استثنائية يغلب فيها الهلاك فإن المدة التي يحكم بعد انقضائها بوفاة الشخص المفقود هي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، أما في الأحوال الأخرى التي تغلب فيها السلامة فإن المدة تترك لسلطة القاضي التقديرية بعد البحث والتحري عن المفقود بكافة الوسائل من طرف الجهات المختصة بذلك .

2 – في القانون التونسي

نص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: (إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه، وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيّا أو ميّتا) .

وبحسب ما جاء في هذا الفصل فإن المشرع التونسي أيضا قد حدد الأجل الذي يحكم بعده بالوفاة بحسب حالة الفقد، فمن فقد في وقت الحرب أو في حالات استثنائية فإنه يضرب له أجلا لا يتجاوز عامين ليحكم بعدها بالوفاة، أما في الحالات الأخرى فإن أمر المدة مفوض للقاضي ينظر فيه بسلطته التقديرية بعد القيام بعملية البحث والتحري .

3 – في القانون الموريتاني

نصت المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب الظن هلاكه فيها بعد انقضاء سنة من تاريخ اليأس من وجود خبره، وفي الحالات الأخرى يوكل تحديد مدة التمويت لاجتهاد القاضي اعتبارا بمدة التعمير، ويبتدئ ضرب الأجل بعد انتهاء البحث عن المفقود بكل الوسائل الممكنة) .

ومن خلال ما ورد في هذه المادة فإن المشرع الموريتاني أيضا قد حدد المدة التي يحكم بوفاة المفقود بعدها بحسب حالة الفقد، فالشخص الذي يفقد في حالات استثنائية يغلب الظن هلاكه فيها فإن المدة تحدد بسنة من تاريخ

اليأس من وجود خبره، أما في الحالات الأخرى التي تغلب فيها السلامة فإن أمر المدة التي يحكم بعدها بالوفاة متروك لاجتهاد القاضي مع الأخذ بعين الاعتبار مدة التعمير للشخص المفقود، وتحسب المدة من تاريخ انتهاء البحث.

وبالمقارنة بين ما جاء في التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية في أمر المدة التي يحكم بعد انقضائها بوفاة الشخص المفقود، فإننا نجد أن التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية قد اتفقوا في التفريق بين مدة الحكم بوفاة المفقود في الحالة التي يغلب عليها الهلاك و بين مدة الحكم بالوفاة في الحالة التي تغلب فيها السلامة، كما اتفقوا في أمر تفويض القاضي في تحديد المدة التي يحكم بوفاة المفقود بعدها في الحالات التي يكون الغالب فيها السلامة، واختلفوا في أمر المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود في الحالات التي يغلب عليها الهلاك والحالات الاستثنائية، فالمشرع الجزائري حدد المدة في مثل هذه الظروف بأربع سنوات من تاريخ الفقد، أما المشرع المغربي فقد حدد هذه المدة في مثل هذه الحالات بسنة واحدة بعد اليأس من البحث، وبالنسبة للمشرع التونسي فقد حدد المدة التي يحكم بعدها بالموت في حالات الهلاك بسنتين، أما المشرع الموريتاني فنجده يوافق المشرع المغربي في مسألة هذه المدة، حيث حددها أيضا بسنة واحدة من تاريخ اليأس من وجود المفقود أو ظهور خبره .

الفرع الثالث : صدور الحكم بوفاة المفقود

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

وبحسب ما جاء في 92 من الأمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية في فقرتها الثانية التي تنص على أنه: (إذا صرح بالوفاة فيجب تحديد تاريخها مع مراعاة القرائن المعتبرة من ظروف الحادث، في حالة عدم بيان اليوم ولا يجوز أبدا أن يكون هذا التاريخ غير محدد)، وما ورد في المادة 93 من نفس الأمر التي تنص على أنه: (يسجل منطوق الحكم المصرح بالوفاة في سجلات الحالة المدنية لمكان الولادة وعند الاقتضاء في سجلات أخر مكان أقام فيه المتوفى، ويشار إلى ذلك في هامش السجلات عند تاريخ الوفاة...) .

ومن خلال هذه النصوص المذكورة أعلاه، فإن الحكم بالوفاة يجب أن يتضمن مجموعة من البيانات، وهذه البيانات تتمثل فيما يلي :

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

[1] عبده جميل غصوب : مرجع سابق ، ص 338 .

– يجب الإشارة في الحكم إلى أن مدة الأربع سنوات قد مرّت، وهي المدة الواجب انتظارها لكي تتبيّن حالة المفقود ثم يحكم بعدها بوفاته .

– يجب على القاضي أن يقوم بتحديد تاريخ الوفاة في حكمه .

– يجب أن يتم الأمر من طرف القاضي بتسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية المتعلقة بالوفيات، حيث يسجل منطوق الحكم بالوفاة في سجلات الحالة المدنية الخاصة بمكان ولادة المحكوم بوفاته، أو في سجلات أخر مكان أقام فيه، ويشار إلى هذا في هامش السجلات .

المطلب الثالث : أثار الحكم بوفاة المفقود

تترتب على الحكم بوفاة المفقود عدّة أثار في حق ماله وزوجته، حيث تقسّم تركته على ورثته وهذا ما سنطرحه في الفرع الأول، كما أن زوجته تتوجب في حقها العدة الشرعية والتي سنبيّنها في الفرع الثاني، كما أننا خصصنا الفرع الثالث لأثر ظهور المفقود حيّا .

الفرع الأول : تقسيم تركة المفقود

التركة هي كل ما يتركه الشخص وراءه بعد موته من أموال وحقوق سواء كانت حقوقا مالية أو غير مالية[1]، وتتعلق بالتركة مجموعة من الحقوق يجب أن تؤدى قبل قسمة التركة، وهذه الحقوق تتمثل فيما يلي :

أولا : الحقوق المتعلقة بالتركة قبل تقسيم الميراث

نصت المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع، 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى، 3- الوصية ...) .

ومن خلال ما ورد في هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد حدد مجموعة من الحقوق المتعلقة بالتركة قبل قسمة الميراث بالترتيب، وسنقوم بشرح هذه العناصر كل عنصر على حدى .

1 – التجهيز و الدفن: يعرّف التجهيز على أنه فعل ما يحتاج إليه المتوفى من وقت موته إلى حين دفنه، من نفقات الغسل والكفن والدفن وكل ما يلزمه إلى حين وضعه في قبره، والميّت يجهز ويكفّن بنفقة أمثاله، بلا تبذير ولا تقتير[2] .

2 – قضاء الديون: وهو دفع ما في ذمة الميت من ديون لأصحابها، حيث أن التركة لا تقسم بين الورثة حتى تقضى ديون الميت، والديون نوعان، ديون للعباد وجب قضائها لقول النبي – صلى الله عليه و سلم-: {نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه}، وديون لله تعالى كالزكاة والكفارات، واختلف الفقهاء بشأنها، فالأحناف يرون أنها لا تؤدى

[1] الصابوني : مرجع سابق ، ص 34 .

[2] الصابوني : المرجع نفسه ، ص 34 .

لأن المكلف بأدائها مات وأدائها يكون بالنية، أما الجمهور فيرى ضرورة أدائها، لأنها حقوق متعلقة بنفس المال ولا تحتاج إلى نية أو قصد[1] .

3 – الوصايا: حيث تنفذ الوصايا بعد التجهيز وقضاء الديون، ويكون تنفيذها في حدود الثلث، أما ما زاد عن الثلث فيتوقف على إجازة الورثة لذلك[2] .

ثانيا : تقسيم ميراث المفقود

بعد أداء المصاريف المتعلقة بالتركة، من قضاء ديون المفقود المحكوم بوفاته وكذا تنفيذ وصاياه، نأتي إلى تقسيم ميراث المفقود على ورثته وإعطاء كل ذي حق حقه .

وبحسب ما ورد في المادة 115 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور حكم بموته...) ، وكذا ما ورد في المادة 113 من نفس القانون والتي نصت على الظروف التي بحسبها يحكم بوفاة المفقود، والمادة 114 التي ذكرت ذوي الشأن ممن له الحق في طلب الحكم بالوفاة، فإنه يتبين لنا أن الأصل أن المفقود يعتبر حيّا بالنسبة لأمواله فترة فقده، فلا يقسم ماله بين الورثة، وينفق القاضي منه على زوجته وأصوله وفروعه بحسب احتياجهم، كما ينصب القاضي مقدّما يقبض ديون المفقود ويسيّر أمواله مدة غيابه، حتى يتبين حاله بظهوره حيّا، أو قيام بينة تثبت وفاته، أو أن يصدر القاضي حكما يقضي بوفاة هذا الشخص المفقود.

وفي حالة إصدار القاضي لحكم يقضي بوفاة المفقود بناءا على طلب ذوي الشأن من ورثة أو من له مصلحة، أو من النيابة العامة، وتوفر أدلة وقرائن تثبت وفاته بحسب ظرف فقده، فإنه وباعتبار المفقود أصبح شخصا ميّتا يتوجب عندئذ توزيع أمواله وما خلّفه من تركة على من يستحقها من ورثته[3] .

وبالنظر للتشريعات المغاربية فإننا نجد القانون المغربي نص في المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية على أن: (المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله،فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويته ...) .

حيث يتضح لنا من خلال ما جاءت به هذه المادة أن المفقود حيّ في حق ماله فلا يمكن أن يرثه ورثته إلا بعد صدور الحكم بوفاته، ويبدو أن المشرع المغربي قد توافق من المشرع الجزائري في مسألة تقسيم ميراث المفقود حيث لا يكون إلا بموجب حكم قضائي يقضي بوفاة الشخص المفقود .

كما أن القانون الموريتاني نص من خلال المادة 239 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه: (يعتبر المفقود في حكم الحيّ بالنسبة لحقوقه المالية، فلا يقسم ماله إلا بعد الحكم بتمويته ...) .

---

[1] الصابوني : المرجع نفسه ، ص 35 .

[2] الصابوني : المرجع نفسه ، ص 36 .

[3] مسعود الهلالي : مرجع سابق ، ص 216 ، بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص 348 .

حيث يتبين لنا من خلال ما ورد في هذه المادة أن المشرع الموريتاني يعتبر الشخص المفقود في حكم الحيّ فيما يتعلق بأمواله، حيث لا يمكن تقسيمها على الورثة إلا بعد صدور حكم قضائي يقضي بوفاة المفقود .

وبالمقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية المذكورة نجد أنهم قد توافقوا فيما يخص تقسيم ميراث المفقود على ورثته، حيث اعتبرت جميعها أن المفقود حيّ بالنسبة لأمواله، حتى تثبت وفاته ببيّنة، أو يصدر القاضي حكما يقضي بوفاته، حينها يتوجب أن يتم تقسيم ما تركه المفقود المحكوم بوفاته من ميراث على من يستحقها من ورثته الذين خلّفهم بعده .

الفرع الثاني : عدّة زوجة المفقود

يقصد بالعدّة الأجل الذي فرضه الشارع على الزوجة التي طلقت إما بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي، أو توفي عنها زوجها، للتربص خلال تلك المدة من أجل التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب، وكذا إعطاء فرصة للزوجين المطلقين لمراجعة نفسيهما بعد الطلاق، وهي أيضا فترة للحداد بالنسبة للزوجة المتوفى عنها زوجها احتراما لمشاعرها ومشاعر أهل زوجها[1] .

وبالنسبة لعدّة زوجة المفقود فقد نصت المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (تعتد المتوفى عنها زوجها بمضيّ أربع أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده) .

حيث أنه إذا توفي الشخص تعتد زوجته أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذلك الحال بالنسبة لزوجة الشخص المفقود الذي حكم بوفاته[2]،وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾[3] .

غير أن المشرع الجزائري من خلال ما ورد في قانون الأسرة لم يبيّن التاريخ الذي يبدأ منه حساب عدّة الوفاة، هل يكون من تاريخ الوفاة أو من تاريخ العلم بالوفاة، سواء كانت هذه الوفاة طبيعية أو حكمية، إلا أن المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه ، أشارت فيما يتعلق بالمفقود إلى احتساب العدّة من تاريخ صدور الحكم بالفقد، وهذا أمر غير منطقي لأن الحكم بالفقد يكون بعد سنة على الفقد، أما الحكم بالوفاة فيكون بعد أربع سنوات من تاريخ الفقدان هذا إذا كان الشخص قد فقد في ظروف يغلب عليها الهلاك: أما إذا فقد في ظروف تغلب عليها السلامة فقد تزيد المدة عن ذلك، وكان من الأرجح أن يقول أن زوجة المفقود تعتد من تاريخ صدور الحكم بالوفاة، لأن عدّة الوفاة تبدأ بوقوع الوفاة فعلا أو بثبوتها حكما[4] .

---

[1] بن شويخ الرشيد : مرجع سابق ، ص 224 .

[2] سليمان ولد خسال : مرجع سابق ، ص 148 .

[3] سورة البقرة ، الآية 234 .

[4] بن شويخ الرشيد : المرجع نفسه ، ص 226

كما أن التشريعات المغاربية كذلك نصت على عدّة زوجة الشخص المفقود الذي حكم بوفاته، حيث نص القانون المغربي في المادة 132 من مدونة الأسرة المغربية على أن: (عدّة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة) .

حيث أن المتوفى عنها زوجها تعتد عدّة الوفاة المقدّرة بأربعة أشهر وعشرة أيام، وتدخل ضمنها زوجة المفقود لأن الحكم الصادر في حق زوجها يقضي بوفاته، وبالتالي فإن كل الآثار المتعلقة بالوفاة تترتب على هذا الحكم بعد القضاء به .

كما نص القانون التونسي في الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: (تعتد زوجة المفقود عدّة الوفاة بعد صدور الحكم بفقدانه) .

فنص هذه المادة أيضا يجعل من زوجة المفقود في محل زوجة المتوفى عنها زوجها، حيث أكدت أن زوجة المفقود تعتد عدة وفاة بعد أن يصدر في حق زوجها حكم يقضي بفقدانه، إلا أن المشرع التونسي وقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري حيث كان من الأجدر أن يقول حكم يقضي بوفاة المفقود وليس فقدانه.

وبالنسبة للقانون الموريتاني فإنه قد نص في المادة 107 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على ما يلي: (إذا فقد الزوج و لم تخش زوجته فسادا ولا ضياعا فإن تطليقها لا يتم إلا بعد مرور أربع سنوات بعد رفع الأمر إلى القاضي، تعتد بعدها عدّة وفاة ثم تحل للأزواج ...)، كما نصت المادة 113 من نفس القانون على أنه: (تعتد المتوفى عنها زوجها غير الحامل بأربعة أشهر وعشرة أيام كاملة) .

ومن خلال ما جاءت به هاتين المادتين فإن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشرة أيام، وزوجة المفقود تنتظر أربع سنين حتى يتبين حال زوجها ويحكم بوفاته ثم تعتد عدّة وفاة، وتترتب على العدّة مجموعة من الأحكام تتمثل فيما يلي :

- وجوب التوارث بين الزوجين

- ثبوت النسب للأولاد .

- عدم خروج الزوجة من بيت الزوجية إلا لضرورة أو عذر .

- استحقاق الزوجة للنفقة فترة بقائها في بيت الزوجية

– وجوب حداد المعتدة من وفاة، حيث أنها تترك الزينة وكل ما يتعلق بها من حليّ وطيب وكحل طوال فترة عدّتها، وذلك حزنا على زوجها المتوفى[1] .

حيث أن زوجة المفقود المحكوم بوفاته تستحق الإرث منه بعد الحكم بوفاته ما دامت في ذمته، أما بالنسبة لثبوت النسب فإن زوجة المفقود تقضي مدّة أربع سنين تتربص خلالها رجوع زوجها، وبالتالي فعدتها هنا عدّة المتوفى عنها زوجها غير الحامل، كما أنه يتوجب عليها عدم الخروج فترة العدّة إلا لضرورة، وكذلك يجب عليها ترك زينتها من حلي وطيب وغيرها حدادا على زوجها المتوفى أو المحكوم بوفاته .

أما فيما يتعلق بالنفقة فزوجة المفقود تستحق النفقة طوال الأربع سنوات المتعلقة بالتربص، أما بعد الحكم بالوفاة وفي فترة العدّة فإن زوجة المفقود لا تستحق النفقة[2]، وهذا لأن المال انتقل إلى الورثة وليس لها حق فيه إلا نصيبها الذي ترثه، حيث أن نفقة العدّة تكون واجبة على الزوج في عدّة الطلاق أما عدّة الوفاة فلا توجب النفقة .

الفرع الثالث : أثر ظهور المفقود حيّا

وسنقوم من خلال هذا الفرع بتحديد أثر ظهور المفقود حيّا بالنسبة لماله وأثر ظهوره حيّا بالنسبة لزوجته كل على حدى فيما سيأتي:

أولا : أثر ظهور المفقود حيّا بالنسبة لماله

إذا ظهر المفقود حيّا وكان ذلك قبل الحكم بوفاته فإن جميع أمواله الموقوفة عليه تدخل في ملكه مثل نصيبه الموقوف عليه من ميراث مورّثه، والوصايا الموصى بها له، فهذه الأموال كلها تدخل في ملكه وإن لم يعد بالفعل، حيث يكفي أن يصل خبر إلى أهله بأنه على قيد الحياة[3] .

أما إذا ظهر المفقود حيّا بعد صدور الحكم بوفاته، فإن كافة أمواله سواء كانت ثابتة له قبل الغياب أو اكتسبها بعد غيابه بحكم الشرع، فإنه يأخذها كاملة إن كانت قائمة في ملك الورثة، لأن الملكية في المال ثابتة، ورجوع المفقود حيّا يبيّن أن زوال هذه الملكية لم يبنى على أساس صحيح، حيث أن الملكية بنيت على أساس وفاة المفقود لكنه ظهر حيّا[4] .

---

[1] سليمان ولد خسال : مرجع سابق ، ص 148-149 .

[2] الحطاب : مواهب الجليل ، مرجع سابق ،ص 498 .

[3] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : مرجع سابق ، ص 133 .

[4] محمد أبو زهرة : أحكام التركات و المواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1963 ، ص 211 .

وليس للمفقود الذي صدر في حقه حكم قضائي يقضي بوفاته حين عودته من أمواله التي قسمت على ورثته، إلا ما وجده في أيديهم، أما ما تم استهلاكه أو هلك، أو تصرف فيه الورثة، فلا حق له في الرجوع به عليهم، لأنهم تملكوه بموجب حكم قضائي، وتصرفوا فيه بمقتضى هذا الحكم[1] .

وما يستخلص في الأخير أن المفقود إذا ظهر حيّا قبل الحكم بوفاته فإنه يسترجع كافة أمواله، وتدخل في ملكه كافة الأموال الموقوفة عليه، لأنه يعتبر حيّا بالنسبة لماله طوال فترة فقده، أما بعد الحكم بوفاته فإن المفقود يرجع على الورثة ويأخذ ما وجده في أيديهم فقط، أما المال الذي تم التصرف فيه فلا يمكنه المطالبة به .

ثانيا : أثر ظهور المفقود حيّا بالنسبة لزوجته

إذا عاد المفقود إلى أهله و وجد زوجته على حالها لم تتضرر من غيابه، وهي في انتظاره فلا إشكال في ذلك، أما إذا تضررت ورفعت أمرها للقاضي وأمرها بالتربص وعاد زوجها أثناء فترة التربص فهي على نكاحه، لأن هذا النكاح لم ينقطع، وإذا رجع أثناء العدّة أو بعدها قبل أن تتزوج فهي زوجته حتى يعود لها .

أما إذا عاد المفقود و وجد أن زوجته قد تزوجت و لم يدخل بها فهنا يفرّق بينها وبين زوجها الثاني وتعود إلى زوجها الأول، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث قضوا بأنها تعود لزوجها الأول، لأن زواجها الثاني تمت إباحته على ظاهر أن زوجها الأول توفي، فإن ظهر أن زوجها على قيد الحياة بطل الزواج الثاني وعادت على زواجها الأول[2].

أما المالكية ففي رواية عنهم أن مالكا قضى بما بلغه عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – حيث قضى بأن زوجة المفقود إذا تزوجت و لم يدخل بها الزوج الثاني فلا سبيل لزوجها الأول إليها[3] .

أما إذا عاد المفقود و وجد زوجته قد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني، فهنا اختلف الفقهاء إلى ثلاث مذاهب، وهي كما يلي :

1 – المذهب الأول : حيث أن المفقود يخيّر بين زوجته وبين صداقها، وهذا ما روي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب رضوان الله عليهم أجمعين، وقضى به فقهاء المذهب الحنبلي، وأيضا قضى به الشافعي في رواية عنه[4] .

---

[1] فشار عطا الله : أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 02 ، 2008 ، ص 207 ، مسعود الهلالي: مرجع سابق ، ص 217 .

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : مرجع سابق ، ص 120-121 .

[3] مالك بن انس : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ص 31 .

[4] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : المرجع نفسه ، ص 122 .

2 – المذهب الثاني : يرى أصحاب هذا المذهب أن الزوج المفقود أحق بزوجته من الزوج الثاني وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية وفقهاء الشافعية في جديدهم[1] .

3 – المذهب الثالث : يرى أصحاب هذا المذهب أن الزوج الثاني أحق بالزوجة، وقد فاتت عن زوجها الأول بدخول الزوج الثاني بها[2]، وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، حيث أن عصمة الزوج الأول عندهم تسقط بدخول الزوج الثاني بها[3] .

ومن خلال كل ما تقدّم ذكره فإنه يتبين لنا أن المفقود إذا عاد حيّا بعد الحكم بوفاته و وجد زوجته على حالها وهي في انتظاره فهي زوجته وعلى نكاحه، وإذا كانت قد تضررت من غيبته ورفعت أمرها للقاضي وعاد زوجها وهي في فترة التربص، أو أثناء العدّة أو بعدها و لم تتزوج فهي أيضا زوجته لأن الزواج لم ينقطع، أما إذا عاد المفقود و وجد زوجته قد تزوجت و لم يدخل بها فإنه يفرق بينها وبين زوجها الثاني وتعود لزوجها الأول، وإذا تزوجت ودخل بها فهنا اختلفت الآراء فهناك من يقول أن المفقود يخيّر بين زوجته وصداقها، وهناك من يرى أن المفقود أحق بزوجته من الزوج الثاني، أما الرأي الأخير فأصحابه يرون أن الزوج الثاني أحق بالزوجة من الزوج المفقود .

---

[1] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : المرجع نفسه ، ص 123 .

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار : المرجع نفسه ، ص 124.

[3] مالك بن انس : المدونة الكبرى ، نفس المرجع ، ص 30 .

خلاصة الفصل

ونخلص في أخر هذا الفصل إلى أن الحكم بالفقد تترتب عليه مجموعة من الآثار، منها ما يتعلق بمال المفقود ومنها ما يتعلق بزوجته، حيث يقوم القاضي عند إصدار الحكم بالفقد بحصر أموال المفقود وتعيين مقدم من أجل تسييرها و الحفاظ عليها ضمن نفس الحكم القاضي بالفقد، كما أن لزوجة المفقود أن تطلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، وذلك برفع أمرها للقاضي من أجل البحث عن زوجها المفقود وطلب رجوعه إلى زوجته أو أخذها معه، أو تطليقها منه، حيث أنها تتربص مدة زمنية محددة من أجل البحث عن زوجها وانتظار عودته ثم بعد مضي تلك المدة يحكم بوفاة الزوج المفقود، وخلال فترة الفقد يحق لزوجة المفقود أن تحصل على نفقة لها و لأبنائها من مال زوجها المفقود طيلة فترة فقده، وكذلك هنالك أثار تتعلق بالمفقود نفسه حيث أنه قد يرث المفقود إرثا من غيره خلال فترة غيابه، وهنا يوقف للمفقود نصيبه بعد تقسيم الإرث على فرض الحياة وعلى فرض الوفاة ويعامل الورثة الباقين بأقل النصيبين، أما فيما يخص الإرث منه فإنه لا يمكن لورثته تقسيم ماله فترة فقده لأنه يعتبر حيا خلال تلك الفترة، كما أنه بعد الحكم بالفقد ومضي أربع سنين على ذلك يمكن لأحد الأشخاص الذين لهم صفة ومصلحة أن يرفع لدى المحكمة المختصة دعوى قضائية، من أجل الحكم بوفاة المفقود وفق نفس الإجراءات التي رفعت بها دعوى الحكم بالفقد ما عدا ما تعلق بالطلبات فإنها تختلف، وترفع هذه الدعوى ضمن عريضة افتتاحية مرفقة بوسائل الإثبات المتمثلة في الحكم بالفقد ومحاضر المعاينة والإثبات وشهادة الشهود، ثم بعد ذلك يصدر القاضي حكمه الذي يقضي بوفاة الشخص المفقود، والذي بدوره تترتب عليه جملة من الآثار حيث أنه بعد الحكم بوفاة الشخص المفقود تقسم تركته على ورثته، وتعتد زوجته عدة وفاة، وفي حال ظهور المفقود حيّا فإنه يأخذ كافة أمواله إذا كانت عودته قبل الحكم بوفاته، أما إذا كان ظهوره بعد الحكم بوفاته فإنه يسترجع من ماله ما وجده في أيدي الورثة، أما ما تم استهلاكه والتصرف فيه فلا يمكنه الرجوع فيه عليهم، وفيما يخص زوجته فإنه إذا عاد ووجدها على حالها في زوجته ولا إشكال في ذلك، أما إذا وجدها قد تزوجت فهنا قد تعددت الآراء واختلفت، فهناك من يرى بأن زوجته تعود إليه، وهناك من يرى بأن المفقود يخيّر بين زوجته وصداقها، وآخرون يرون أن الزوج الثاني أحق بها من الزوج الأول لأن هذا الأخير قد فوتها على نفسه بدخول زوجها الثاني بها .

الخاتمة

الخاتمة :

في ختام بحثنا هذا نكون قد توصلنا إلى أن موضوع المفقود و أحكامه هو أحد المواضيع المهمة في المجتمع، حيث أن الشريعة الإسلامية أعطت له أهمية بالغة و خصّته بالعديد من الأحكام، وهو ذات النهج الذي سارت عليه مختلف التشريعات الوضعية، ففقدان الشخص يرتب العديد من الآثار والتصرفات القانونية سواء بالنسبة له، أو بالنسبة لماله، وكذا بالنسبة للغير، وقد قمنا في الأخير بحوصلة جملة من النتائج التي قد تم التوصل لها من خلال هذا البحث، وهذه النتائج تتمثل فيما يلي :

1- يعرّف المفقود على أنه الشخص الذي يغيب و يختفي أثره، ولا يعلم حاله أحيّ هو أم ميّت .

2- اختلفت المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية في تحديد المعيار الذي على أساسه يعتبر الشخص مفقودا، فالأحناف والشافعية والحنابلة يعتبرون أن الشخص يصبح مفقودا عند اختفائه و الجهل بحياته أو وفاته، أما المالكية فقد أضافوا الجهل بالمكان لاعتبار الشخص مفقودا .

3- أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المالكية في المعيار الذي يعتبر الشخص مفقودا على أساسه، وهو الجهل بالحياة أو الوفاة والجهل بالمكان .

4- اختلفت المذاهب الفقهية في تقسيم المفقود، فالأحناف والشافعية اعتبروه نوعا واحدا، أما المالكية و فقد قسموا المفقود بحسب المكان الذي فقد فيه، وفرقوا بين المفقود في بلاد الحرب والمفقود في بلاد السلام، وبين المفقود في بلاد الكفر والمفقود في أرض الإسلام، وكذا المفقود في الأرض التي عليها وباء قاتل، أما الحنابلة فقد قسموا المفقود بحسب نوع غيبته إلى نوعين، مفقود في غيبة يغلب عليها الهلاك، ومفقود في غيبة تغلب عليها السلامة .

5- أخذ المشرع الجزائري بتقسيم المذهب الحنبلي، حيث قسم المفقود إلى مفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب عليها الهلاك، ومفقود في الحالات التي تغلب عليها السلامة .

6- سلكت التشريعات المغاربية والمتمثلة في التشريع المغربي والتشريع التونسي والتشريع الموريتاني نفس المسلك مع التشريع الجزائري، حيث قسمت هذه التشريعات المفقود إلى نوعين مفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب عليها الهلاك، ومفقود في الحالات الأخرى التي تغلب عليها السلامة .

7- أورد المشرع الجزائري بعض الحالات الخاصة للفقدان، والمتمثلة في مفقودي فيضانات باب الواد ومفقودي زلزال بومرداس، وكذا مفقودي المأساة الوطنية، وهذا من أجل حصر الضحايا والبحث عنهم ضمن حدود الكارثة، وكذلك لأن الظن الغالب يكون موتهم دون حياتهم .

8- ترفع دعوى الحكم بالفقد بعد مرور سنة من تاريخ الفقد، من أجل القيام بعملية البحث والتحري عن الشخص المفقود، وفي حالة عدم العثور عليه أو عدم العلم بأي خبر يخصه، يصدر حكم قضائي يقضي بالفقد .

9- ويتمثل المدعي في دعوى الفقد في كُلٍّ من الورثة أو كُلُّ ذي مصلحة أو النيابة العامة، وهؤلاء هم المخوّلون قانونا بتقديم طلب رفع الدعوى الخاصة بالفقد .

10- ترفع دعوى الفقد في وجه الشخص المدعى عليه والذي يتمثل في هذه الدعوى في الشخص المفقود .

11- يجب أن يتوفر شرطا الصفة والمصلحة في أطراف دعوى الحكم بالفقد من أجل قبولها لدى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .

12- ترفع دعوى الفقد أمام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا بذلك، حيث أن الاختصاص النوعي يؤول في دعوى الحكم بالفقد إلى قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، أما الاختصاص الإقليمي فيؤول إلى محكمة موطن الشخص المفقود، أو محكمة أخر موطن له، أو إلى محكمة الموطن المختار .

13- ترفع دعوى الحكم بالفقد ضمن عريضة افتتاحية مثلها مثل باقي الدعاوى، حيث يجب أن تكون العريضة مستوفية لكافة الشروط الخاصة بها والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

14- يتم إثبات الفقدان أمام المحكمة إما عن طريق محاضر المعاينة والإثبات التي تعدّها الضبطية القضائية، وإما عن طريق شهادة الشهود وذلك من أجل أن يصدر القاضي حكما يقضي بفقدان الشخص المرفوعة في حقه الدعوى .

15- تترتب على الحكم بالفقد مجموعة من الآثار تتعلق بمال المفقود وزوجته، وأثار تتعلق به شخصيا، حيث يقوم القاضي بحصر أموال المفقود و تعيين مقدم لها من أجل تسييرها والحفاظ عليها، كما أن زوجة المفقود لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن التطليق، وكذا لها الحق في النفقة من مال زوجها فترة غيابه.

16- تتربص زوجة المفقود مدّة زمنية من أجل فك رابطتها الزوجية مع زوجها المفقود بعد رفع أمرها للقاضي، حيث تنتظر مرور أربع سنوات في الحالات التي يغلب عليها الهلاك، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فإن الأمر متروك للقاضي .

17- يمكن للمفقود أن يرث من غيره في فترة غيابه، حيث يوقف له نصيبه بعد أن تقسم التركة على فرض حياته وعلى فرض وفاته، و يعامل بقية الورثة بأقل النصيبين .

18- يحكم بوفاة المفقود بعد رفع دعوى تقضي بالحكم بالوفاة من طرف أحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة، ويتم رفع الدعوى وفق نفس الإجراءات التي رفعت وفقها دعوى الحكم بالفقد ضمن عريضة افتتاحية، كما أ، أطراف دعوى الحكم بالوفاة هم نفسهم أطراف دعوى الحكم بالفقد .

19- يؤول الاختصاص القضائي في دعوى الحكم بوفاة المفقود إلى محكمة ولادة الشخص المفقود، وإذا كان المفقود مولودا خارج الجزائر فيؤول الاختصاص إلى محكمة مقر إقامته إذا كان محل إقامته معروف، أما إذا كان غير معروف فيؤول الاختصاص إلى محكمة مدينة الجزائر .

20- يجب أن تكون هنالك وسائل إثبات مرافقة لعريضة دعوى الحكم بالوفاة، والتي تتمثل في الحكم القاضي بالفقد ومحاضر المعاينة وشهادة الشهود ، وهذا من أجل أن يعتمد القاضي عليها لإصدار حكمه الذي يقضي بالوفاة .

21- اختلفت الآراء الفقهية حول المدة التي يحكم بعدها المفقود، فالأحناف و الشافعية يرون أن المدة تكون مدة التعمير أي تحدد بوفاة أقرانه، أما المالكية والحنابلة فيرون أن المدة تختلف باختلاف حالة الفقد، فمن فقد في حالة تغلب عليها السلامة فإن المدة تكون مدة التعمير، أما من فقد في حالة يغلب عليها الهلاك فإن المدة تكون أربع سنوات من يوم الفقد، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وكذلك التشريعات المغاربية، حيث أن المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب عليها الهلاك يحكم بوفاته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد، أما المفقود في الحالات التي تغلب فيها السلامة فإن أمر المدة التي يحكم بعدها بالوفاة مفوض للقاضي و سلطته التقديرية .

22- عند صدور الحكم بالوفاة تترتب عليه عدة أثار تتمثل في تقسيم تركته على ورثته، وكذلك وجوب اعتداد زوجته عدّة وفاة .

23- في حالة ظهور المفقود حيّا فإنه يمكن له أن يسترجع أمواله إذا لم يحكم بوفاته، أما إذا تم الحكم بوفاته فإنه لا يسترجع إلا ما وجده في أيدي الورثة أما ما تم استهلاكه أو التصرف فيه فلا يمكن أن يسترجع منه شيئا، وبالنسبة لزوجته فإنه إذا وجدها على حالها و لم تتزوج فهي على نكاحه، أما إن وجدها قد تزوجت فهناك اختلافات فقهية حول هذا الأمر، فمنهم من يرى بوجوب رجوعها إليه، ومنهم من يرى أن المفقود يخيّر بين زوجته وصداقها، ومنهم من يرى أن الزوج الثاني أحق بها .

قائمة

المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

– القرآن الكريم

أولا : كتب اللغة

1– ابن منظور : لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، المجلد 05 .

ثانيا : الكتب الفقهية

2– ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط 06، 1994، الجزء 06 .

3– ابن قدامة : المغني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الجزء 09 .

4– أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، 1995، الجزء 05 .

5– الإمام البخاري : الجامع الصحيح للبخاري، المكتبة السلفية، القاهرة، الجزء 03 .

6– الإمام النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط 03، 1991، الجزء 06 .

7– الإمام مالك بن انس : المدونة الكبرى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الجزء 02 .

8– البهوتي : كشاف القناع على متن الإقناع، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، 2003، الجزء 01 .

9– الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، الجزء 02 .

10– الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، الجزء 08 .

11– المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عن مذهب الإمام احمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط01، 1998، الجزء 09 .

12– الصادق عبد الرحمان الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الجزء 03 .

13– الغمراوي : السراج الوهاج على متن المنهاج دار الجيل، بيروت، لبنان، 1987 .

14– السرخسي : المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزء 11 .

15– جمال عبد الوهاب عبد الغفار : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2003 .

16– حسين محمد مخلوف : المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع و التصدير، القاهرة، مصر.

17- محمد أبو زهرة : أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963 .
18- محمد الشحات الجندي : الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة .
19- محمد علي الصابوني : المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الحديث خلف الجامع الأزهر .
20- مريم أحمد الداغستاني : المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة والعمل عليه في المحاكم المصرية، القاهرة، ط 2001 .
21- مصطفى مسلم : مباحث في علم المواريث، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط 05، 2004 .
22- عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم : الوجيز في الفرائض، دار ابن الجوزي، بدون طبعة، وبدون سنة نشر .
23- عبد المنعم فارس سقا : أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دار النوادر، سوريا، ط 01، 2008 .
24- عبد الكريم بن محمد اللاحم : الفرائض، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط01، 1976 .

ثالثا : الكتب القانونية

25- بربارة عبد الرحمان : شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 02 .
26- بلحاج العربي : أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط 01، 2009 .
27- بن شويخ الرشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 01، 2008 .
28- بوبشير محند أمقران : قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 03، 2008 .
29- حسين خضير الشمري: دور الشهادة في الإثبات المدني، منشورات زين الحقوقية، بغداد، ط 01 .
30- مصطفى مجدي هرجه : الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992 .
31- معراج جديدي : الوجيز في الإجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000 .
32- مسعود الهلالي : أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة نظرية تطبيقية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 01، 2008 .
33- نبيل صقر : الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

34- عبد الفتاح تقية : قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011 .

35- عبده جميل غصوب : الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 01، 2010 .

36- عزة عبد العزيز : أحكام التركات و قواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 01، 2009 .

37- عوض أحمد الزعبي: أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط 02، 2006، الجزء 02.

38- فشار عطا الله : أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 02، 2008 .

39- سائح سنقوقة : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2011 ، الجزء 01 .

40- سليمان ولد خسال : الميسّر في شرح قانون الأسرة الجزائري، منشورات دار طليطلة، الجزائر، ط 01، 2010 .

41- سعد عبد العزيز : إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 .

42- سعد عبد العزيز : نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 02 .

43- هادي محمد عبد الله : أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي، دار دجلة، عمان ، الأردن، ط 01، 2010 .

رابعا : المذكرات و الرسائل العلمية

44- براهيمي صالح : الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، جامعة تيزي وزو، 2012 .

45- نوي عبد النور : أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2013/2012 .

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

47- قياسة فاطمة : المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، سنة 2006/2005 .

خامسا : القوانين و الأوامر

48- الأمر 05-02 المؤرخ في 27 /2005/02 المعدل و المتمم للأمر 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 2005/02/27، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ،.

49- القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل و المتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر في 2005/06/26، الجريدة الرسمية، العدد 44 .

50- القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في 2008/04/23، الجريدة الرسمية، العدد 21 .

51- القانون 06-22 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل و المتمم للأمر 66-155 المؤرخ في 06/08 /1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الصادر في 2006/12/24، الجريدة الرسمية، العدد 84 .

52- الأمر 02-03 المؤرخ في 2002/02/25 ، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 ، الصادر بتاريخ 2002/02/28 ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 .

53- الأمر 03-06 المؤرخ في 2003/06/14 ، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس في 21 ماي 2003 ، الصادر في 2003/06/15 ، الجريدة الرسمية ، العدد 37 .

54- الأمر 06-01 المؤرخ في 2006/02/27 ، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية ، الصادر في 2006/02/28 ، الجريدة الرسمية ، العدد 11 .

55- الأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 ، المتعلق بالحالة المدنية، الصادر في 1970/02/27، الجريدة الرسمية، العدد 21 .

56- القانون رقم 09-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 130-10-1، المؤرخ في 2010/07/16، المتضمن مدون الأسرة المغربية، الصادر بتاريخ 2010/07/26، الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5859.

57- الأمر المؤرخ في 1956/08/13، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادر في 1956/08/17، الرائد الرسمي التونسي، العدد 66 .

58- القانون رقم 2001-052، المؤرخ في 2001/06/19، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الصادر بتاريخ 2001/08/15، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد 1004 .

الفهرس

الفهرس

الموضوع ..... **رقم الصفحة**

مقدمة : .....أ،ب،ج،د،ه

الفصل الأول : أحكام المفقود 6

المبحث الأول : مفهوم المفقود 8

المطلب الأول : تعريف المفقود 8

الفرع الأول : تعريف المفقود لغة 8

الفرع الثاني : تعريف المفقود اصطلاحا 9

أولا : تعريف المفقود في الفقه الإسلامي 9

ثانيا : تعريف المفقود في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية 12

المطلب الثاني : أقسام المفقود 14

الفرع الأول : أقسام المفقود في الفقه الإسلامي 14

أولا : عند الحنفية و الشافعية 14

ثانيا : عند المالكية 14

ثالثا : عند الحنابلة 15

الفرع الثاني : أقسام المفقود في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية 15

أولا : في التشريع الجزائري 15

ثانيا : في التشريعات المغاربية 16

ثالثا : حالات الفقدان الخاصة 17

المبحث الثاني : القواعد الإجرائية لدعوى الفقد 20
المطلب الأول : إجراءات دعوى الفقد 20
الفرع الأول : أطراف دعوى الفقد 20
أولا : المدعي في دعوى الفقد 20
ثانيا : المدعى عليه في دعوى الفقد 22
الفرع الثاني : شروط قبول دعوى الفقد 23
أولا : الصفة 23
ثانيا : المصلحة 26
الفرع الثالث : الاختصاص القضائي في دعوى الفقد 27
أولا : الاختصاص النوعي في دعوى الفقد 27
ثانيا : الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد 28
الفرع الرابع : العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد 29
المطلب الثاني : طرق إثبات الفقدان 31
الفرع الأول : محاضر المعاينة و الإثبات 31
أولا : كيفية إعداد محاضر المعاينة و الإثبات 31
ثانيا : حجية محاضر المعاينة و الإثبات 34
الفرع الثاني : شهادة الشهود 36
أولا : تعريف الشهادة و خصائصها 36
ثانيا : صور الشهادة 37

ثالثا : شروط أداء الشهادة 38

رابعا : حجية الشهادة 40

الفصل الثاني : الآثار المترتبة على الحكم بالفقد 42

المبحث الأول : الآثار المتعلقة بمال المفقود و زوجته.....44

المطلب الأول : الآثار المتعلقة بمال المفقود 44

الفرع الأول : حصر أموال المفقود 44

الفرع الثاني : إدارة أموال المفقود 45

المطلب الثاني : الآثار المتعلقة بزوجة المفقود 48

الفرع الأول : أحقية زوجة المفقود في طلب التطليق 48

أولا : في الفقه الإسلامي 48

ثانيا : في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية 50

الفرع الثاني : نفقة زوجة المفقود 54

الفرع الثالث : مدة تربص زوجة المفقود 56

أولا : في الفقه الإسلامي 56

ثانيا : في التشريع الجزائري 57

المبحث الثاني : الآثار المتعلقة بالمفقود 58

المطلب الأول : إرث المفقود من غيره 58

الفرع الأول : إرث المفقود من غيره في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية ...58

أولا : في الفقه الإسلامي 58

ثانيا : في التشريع الجزائري و بعض التشريعات المغاربية 59
الفرع الثاني : طريقة توريث المفقود 60
أولا : توريث المفقود على فرض حياته فقط 60
ثانيا : توريث المفقود على فرض حياته و مماته 62
المطلب الثاني : الحكم بوفاة المفقود 64
الفرع الأول : إجراءات الحكم بوفاة المفقود 65
أولا : إجراءات رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود 65
ثانيا : وسائل الإثبات المرافقة لعريضة الدعوى 67
الفرع الثاني : المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود 69
أولا : في الفقه الإسلامي 69
ثانيا : في التشريع الجزائري 70
ثالثا : في التشريعات المغاربية 72
الفرع الثالث : صدور الحكم بوفاة المفقود 73
المطلب الثالث : أثار الحكم بوفاة المفقود 74
الفرع الأول : تقسيم تركة المفقود 74
أولا : الحقوق المتعلقة بالتركة قبل تقسيم الميراث 74
ثانيا : تقسيم ميراث المفقود 75
الفرع الثاني : عدّة زوجة المفقود 76
الفرع الثالث : أثر ظهور المفقود حيّا 78

أولا : أثر ظهور المفقود حيّا بالنسبة لماله 79

ثانيا : أثر ظهور المفقود حيّا بالنسبة لزوجته 79

خاتمة : 82

قائمة المصادر و المراجع : 87

الفهرس : 92