جامعــة زيـــان عـاشور الجلفــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام المفقود

في التشريعات الخاصة الجزائرية

مذكرة ضمن متطلبات شهادة الماستر في الحقوق

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب : قرادي احمد

إشراف الدكتور: معيزة عيسى

لجنة المناقشة:

1.أ/	لعروسي سليمان	**رئيسا**
2. د/	عيسى معيزة	**مقررا ومشرفا**
3.أ /بن يحي ابوبكر الصديق		**مناقشا**

السنة الجامعية : 2018/2017 م

إهـــــــــــداء

- إلى من جعلهما الله سببا في وجودي إلى اللذين ربياني صغيرا وأدباني وعلماني كبيرا والدي العزيزين

- إلى رفيقة دربي التي وقفت إلى جانبي في أصعب الظروف

- إلى ولدي محمد و إسراء اللذين أتمنى من الله أن يوفقني لتنشئتهما التنشئة الصالحة .

- إلى جميع إخوتي وأخواتي حفظهم الله والى جميع أفراد عائلتي بأصولها وفروعها وحواشيها

- إلى جميع أصدقائي

أهدي هذا العمل المتواضع

شكـــــــــر وعرفـــــــان

اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك على ما يسرت لي وأعنتني على انجاز هذا العمل المتواضع حتى خرج إلى النور فسبحانك لا اله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الدكتور معيزة عيسى الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة فمنحني من وقته وجهده وأمدني بالتوجيه والإرشاد والتصويب فجزاه اللّه عني خير الجزاء

كما أتقدم بالشكر والعرفان لأساتذة كلية الحقوق بجامعة الجلفة .

مقدمـــــة :

مقدمة: تبتدئ الحياة الطبيعية للإنسان بولادته حيا وتنتهي بوفاته ، حيث يعتبر الموت هو النهاية العادية للإنسان . فقد نصت المادة 25 من القانون المدني الجزائري :" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا ، وتنتهي بموته " والمقصود بالموت، هو الموت الحقيقي الذي تقوم عليه البينة مما لا يدع أي احتمال لبقاء الشخص على قيد الحياة .إلا أن مقتضيات الحياة العملية قد تفرض في ظروف معينة الخروج على هذا الأصل وتقرر انتهاء شخصية الإنسان رغم عدم التيقن من موته حقيقة وهو ما يعرف بالموت الحكمي فقد يغيب الشخص مدة طويلة وتنقطع أخباره فلا يعرف فيها هل الشخص ميت أم هو حي؟ وهذه الحالة تسمى الفقدان . إن ظاهرة فقدان الأشخاص من بين الظواهر التي يمكن أن تحدث في مختلف الدول ، وذلك راجع لعدة أسباب تراجعنا بها القنوات الإخبارية والجرائد .

حيث نسمع عن تحطم الطائرات ، أو غرق السفن، أو قد يرجع لأسباب طبيعية كالزلازل والفيضانات والبراكين، والتي يذهب ضحيتها عدد من المفقودين لعدم التأكد من حياتهم ، لغياب دليل يؤكد وفاتهم من عدمه .

وقد كانت الجزائر من بين الدول التي عرفت ظاهرة الفقد، من خلال الكوارث الطبيعية متمثلة في: فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس، إضافة إلى العشرية السوداء ، وما نجم عنها من ضحايا ومفقودين،وهي ما تعرف بالظروف الاستثنائية .

كما قد يكون الفقدان نتيجة ظروف عادية تغلب فيها السلامة، كمن يسافر لطلب العلم أو السياحة أو العمل ، ولعل المشكل الذي يطرح نفسه هو علاقة المفقود بأسرته ومصالحه الشخصية والمالية والذي يسبب غيابه ضررا ، إذ لا يعقل بقاء زوجته وأولاده بدون معيل، كما لا يمكن ترك أمواله عرضة للإهمال والضياع ، حيث أجاز المشرع الجزائري لورثته أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة اللجوء إلى القضاء ، لاستصدار حكم يقضي بالفقدان .

بعد الحكم بالفقدان يستمر البحث والتحري عن المفقود بجميع الوسائل والطرق الممكنة للوصول إلى معرفة حياته من مماته ، فان لم يتم الوصول إلى الحقيقة ولم يظهر له اثر ومرت

مدة معينة جاز لمن تتوفر فيهم الشروط القانونية ، الورثة – النيابة العامة– وكل من له مصلحة اللجوء إلى القضاء لطلب حكم بموته بعد إتباع الإجراءات القانونية، وإذا توفرت الشروط اللازمة ودلت على ذلك أدلة وقرائن، حكم القاضي بموت المفقود، ولدراسة هذا الموضوع ينبغي الإجابة على الإشكالية التالية :

– هل وفق المشرع الجزائري في معالجة أحكام المفقود؟ وهل نجح في إضفاء خصوصية على التشريعات الخاصة التي أصدرها بناءا على الظروف الاستثنائية؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نحاول الإجابة على التساؤلات الفرعية التالية :

من هو المفقود؟ "ومتى يحكم بفقدانه؟ وماذا يترتب على ذلك من آثار؟ ثم متى يحكم بموته؟ وماذا يترتب على ذلك من آثار؟

– **أهمية الموضوع** : انتشار ظاهرة الفقد خلال العشرية السوداء، وكذا ما صاحبها من كوارث طبيعية ساهمت في هذا الانتشار .

– **أسباب اختيار الموضوع** : من بين الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع :

الأسباب الذاتية :

– رغبتي في الخوض في هذا الموضوع ، من أجل إبراز أهميته ، وتحديد وضعية المفقود القانونية ، ومعالجة أحكامه .

الأسباب الموضوعية:

– قلة الدراسات التي عالجت موضوع الفقد ، وعدم تخصصها .

– غموض بعض المواد المنظمة لأحكام المفقود ، وعدم دقتها في بعض الأحيان

أهداف الدراسة :من بين الأهداف التي ارتأيت تحقيقها ما يلي :

1– ضبط مفهوم المفقود في التشريع الجزائري.

2– اقتراح وعاء يعالج بعض الآثار التي أغفلها المشرع .

صعوبات البحث :

أما الصعوبات التي اعترضنني فتكمن في:

1 – قلة المراجع المتخصصة ، التي تتناول موضوع المفقود .

2 – قلة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا نظرا لعدم جدية النزاع بين المتخاصمين في قضايا الفقد وعدم اللجوء إلى الطعن فيها.

3 – ضيق الوقت.

المنهج المتبع :

فيما يخص المنهج الذي اتبعته، فهو المنهج الوصفي التحليلي، من اجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمفقود، إضافة إلى المنهج المقارن والذي سعيت من خلاله إلى المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي من جهة ، و بين قانون الأسرة والقوانين الخاصة من جهة أخرى.

خطـــــة البحـــــــث :

مقدمة :

فصل تمهيدي: ماهية المفقود .

تمهيد: :

المبحث الأول : مفهوم الفقدان.

المبحث الثاني : حالات الفقدان.

الفصل الأول: القواعد الإجرائية والموضوعية لدعوى الفقدان وآثارها .

المبحث الأول: دعوى الفقدان .

المبحث الثاني: الآثار القانونية للحكم بالفقدان .

الفصل الثاني: القواعد الإجرائية والموضوعية للحكم بموت المفقود وآثارها

المبحث الأول : دعوى الحكم بموت المفقود.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الحكم بالوفاة .

الخـــاتمة :

الفصل التمهيدي :

ماهية المفقود

تمهيد :

تعتبر مسألة الفقدان من المسائل المهمة التي طرحت منذ الأزل ولا تزال تطرح إلى يومنا هذا لذا اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون بها وحاولوا تعريف المفقود والإلمام بجميع جوانبه وأحكامه بغية الوصول إلى حلول للمشاكل التي يطرحها فقدان الشخص كما حاول القانون إيجاد حل لحالة الفقد.

ولتحديد مفهوم المفقود لابد من الأخذ بعين الاعتبار ما اعتمده الفقه الإسلامي، الذي اختلفت مذاهبه في تحديد مفهوم المفقود استنادا إلى أقسامه، وهذا الاختلاف ألقى بظلاله على قانون الأسرة، كما أن هناك مفاهيم أخرى تتداخل كما هو الحال بالنسبة للغائب والأسير، ومن اجل ضبط ماهية المفقود ضبطا دقيقا خصصت هذا الفصل لدراسة مفهومه في المبحث الأول ثم التطرق إلى حالاته في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مفهوم الفقدان :

إن الحديث عن القواعد القانونية التي تحكم حالة الفقدان في القانون الجزائري يفرض تقديم تعريف وجيز لمفهومه ، سواء في الفقه الإسلامي، أو في القوانين الخاصة ، من حيث حصر العناصر الأساسية التي على أساسها يمكن القول بأن شخصا ما مفقودا ، و نظرا لوقوع بعض من الفقه الشرعي و القانوني في خلط بين مفهوم المفقود و الغائب،فانه من الضروري التطرق للحديث عن حالة الغياب إلى جانب حالة الفقدان مع التمييز بينهما.

المـــطلب الأول: تعريف المفقود :

من اجل الوصول إلى تعريف للمفقود لابد من التعريج على التعريف اللغوي والشرعي في الفرع الأول إضافة إلى التعريف القانوني من خلال الفرع الثاني

الفرع الأول : التعريف اللغوي و الشرعي

أولا : لغة : فقد الشيء يفقده فقدا وفقدانا وفقودا: فهو مفقود وفقيد، بمعنى غاب عنه وعدمه وافقده الله إياه[1] ، ويأتي في عدة معان نذكر منها :

– المعدوم : يفقده فقدا وفقدان وفقودا : عدمه يقال فقدت الشيء إذا عدمته وفقد الكتاب والمال ونحوه : إذا خسره وعدمه[2].

– الضائع : فقد الشيء : إذا ضاع عنه ولم يجده يقال : فقدت الشيء إذا أضعته وفقد ماله أي أضاعه[3] . قال تعالى : قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾ [1]

[1] ابن منظور ، لسان العرب دار الفكر الإسلامي، بيروت، المجلد الثاني ، الطبعة السادسة، 1997 ،ص 1116

[2] احمد محمد على داوود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1430هـ، الموافق ل 2009 م ، ص 333

[3] احمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ،الجزائر، 2009، ص 190

المطلوب عند الغيبة : افتقد الشيء : طلبه وتفقدته : طلبته عند غيبته وتفاقد القوم : أي فقد بعضهم بعضا . فكلمة المفقود في اللغة من الأضداد .

يقال فقدت الشيء: أي أضللته . وفقدته : أي طلبته وكلا المعنيين يتحققان في المفقود فهو قد ظل عن أهله وهم ماضون في طلبه [2]. قال تعالى : وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيۡرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلۡهُدۡهُدَ أَمۡ كَانَ مِنَ ٱلۡغَآئِبِينَ ﴿٢٠﴾ [3].

ثانيا : شرعا :إن تعريف الفقهاء للمفقود في الاصطلاح الشرعي لا يخرج عن الاعتبارات اللغوية فهو الضائع والمعدوم والمطلوب عند الغيبة إلا أنهم لم يتفقوا على تعريف محدد وإنما عمدت كل طائفة إلى تعريف مخالف لما ذهب إليه غيرها .

وفيما يلي بعض التعاريف نفصلها كما يلي:

– عند المالكية : جاء في مدونة مالك تعريفه للمفقود »: هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان فيه،قد أضل أهله و إمامه في الأرض، لا يدرى أين هو، وقد تلوموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام [4]«أي يضرب له مدة».

من خلال ما سبق نجد أن الأسير يخرج عن هذا التعريف لأن خبره لم ينقطع وكذلك المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه .

وعلى هذا أعتبر مفقودا كل من غاب مدة طويلة ولم تعلم حياته من موته ومهما كان سبب فقده.

– عند الحنفية: عرفه الإمام السر خسي : (هو اسم لموجود ،هو حي باعتبار أول حاله،و لكنه

---

[1] - سورة يوسف ،الآية 72

[2] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2003، ص 16

[3] سورة النمل، الآية 20

[4] مالك، المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مصر، مطبعة السعادة، الطبعة لأولى، 1332 ، ص 451

خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، و لخفاء اثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره، وأستتر عليهم أثره، و بالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد) [1] . كما عرفه السيواسي : (هو الغائب الذي لا يدر حياته ولا موته)[2] . فالحنفية بذلك لا يعتدون بجهل المكان.

– عند الحنابلة : عرفوا المفقود :من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالأسر والخروج للتجارة والسياحة وطلب العلم[3].

حيث ادخلوا في تعريفهم الأسير كما قال فقهاء الحنابلة أن الفقدان : (أن تطلب الشيء فلا تجده والمراد هنا من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره).

– عند الشافعية : (من انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها)[4].

– من خلال تعريف الحنابلة والشافعية نلاحظ أنهم اعتمدوا على التعريف اللغوي. عموما فإن تعريفات فقهاء الشريعة للمفقود قد تعددت و لكنهم اجتمعوا على عناصر مشتركة في تعريفه و هي:

– الغياب : وهو اختفاء الشخص و جهل أثره .

– عدم تحقق الحياة أو الوفاة: فعدم معرفة حياة الشخص أو وفاته هو الأساس في اعتباره مفقودا.

[1] - شمس الدين السر خسي ، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، الجزء الأول، 1405 هـ ، ص34

[2] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، 1995، ص 133

[3] يوسف عطاء محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003، ص 17/16

[4] يوسف عطاء محمد حلو، نفس المرجع ، ص 18

التعريف المختار: (المفقود هو من اختفت آثاره وانقطعت أخباره وجهل حاله ولم تعلم حياته أو موته)[1].

الفرع الثاني : التعريف القانوني : تنص المادة 31 من القانون المدني الجزائري : (تجري على المفقود و الغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي)[2] .

فالتشريع العائلي يقصد به قانون الأسرة حيث نجد ه نظم أحكام المفقود والغائب في الفصل السادس من الكتاب الثانيٌ النيابة الشرعيةٌ من المواد 109 إلى 115 .

وقد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود :المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ، ولا يعرف حياته أو موته ، ولا يعتر مفقودا إلا بحكم.[3]

بالنظر إلى نص المادة سالفة الذكر يجب توافر شروط لاعتبار الشخص مفقود:

-عدم التمكن من معرفة مكانه .

- عدم التأكد من حياته .

- صدور حكم قضائي يقضي بفقده .

[1] يوسف عطاء محمد حلو ، نفس المرجع ، ص 19

[2] الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 20 رمضان ، عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975والمتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ ، الموافق ل 20يونيو سنة 2005

[3]القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

المطلب الثاني:تمييز المفقود عما يشابهه من المفاهيم :

سنعالج في هذا المطلب بعض المفاهيم التي تشابه في معناها مفهوم المفقود والتي تتمثل في الغائب والأسير حيث قسمنا هذا المطلب إلى فرعين هما المفقود والغائب في الفرع الأول إضافة إلى المفقود والأسير في الفرع الثاني.

الفرع الأول : المفقود والغائب

تعريف الغائب :الغيب وهو الشك وجمعه غياب وغيوب .

والغيب : كل ما غاب عن العيون وان كان محصلا في القلوب . والغيبة : من غاب يغيب غيبا وغيبة يقال غاب فلان أي بعد. قال تعالى: يُؤۡمِنُونَ بِٱلۡغَيۡبِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَمِمَّا رَزَقۡنَٰهُمۡ يُنفِقُونَ ٣ [1]

والمراد بالغائب هو الشخص الذي تكون حياته معلومة ولكن لا يوجد له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له موطن معلوم خارج البلاد [2] وحالت ظروف قاهرة دون إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة كالمسجون أو المهاجر للعمل أو الدراسة [3] . وقد نصت المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري على: (الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة ، وتسبب غيابه في ضرر الغير، يعتبر كالمفقود) .

من خلال محاولتنا التمييز بين الغائب والمفقود ، نلاحظ أن المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري قد عرفت المفقود ، بينما المادة 110 من نفس القانون عرفت الغائب من خلال صورتين أولا : الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ، فهو مفقود

[1] سورة البقرة ، الآية 03

[2] محمد سعيد جعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة أولى 2011 ، ص 323

[3] شبايكي نزهة ، أحكام المفقود في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2015/2014 ، ص 18

ثانيا : الغائب الذي منعته الظروف من العودة إلى محل إقامته وتسيير شؤونه مدة سنة ، يعتبر كالمفقود .

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المفقود والغائب في الحكم، فهما يشتركان في ثلاث نقاط:

1- الغياب .

2- إمكانية صدور حكم بالفقد لكل منهما .

3- إمكانية الحكم بالوفاة لكل منهما.

إن موقف المشرع الجزائري غير سليم بالنظر إلى خصوصية كل منهما.

إذ لا يعقل المساواة بينهما فالمادة 109 تعرف المفقود: والذي لا تعرف حياته من مماته.

والمادة 110 تعرف الغائب : والذي هو حي يرزق ، لكن الظروف منعته من العودة ، كما أن المساواة بينهما في الحكم ، تعني إصدار حكم باعتبار الغائب مفقودا، ثم إصدار حكم ثان باعتباره ميتا، وبالتالي إنهاء شخصيته القانونية، ما يترتب عنها من آثار، ولهذا كان حريا بالمشرع الجزائري أن يكتفي بتعيين وكيل يدير شؤون الغائب[1] ، وذلك رعاية لمصالح الغائب وعدم الإضرار بالغير، دون الحاجة إلى القول بجواز الحكم باعتباره كالمفقود.

وبالتالي نصل إلى الفرق بين الغائب والمفقود :

- الشخصية القانونية للغائب تبقى قائمة ، إلا أن غيابه قد يعرقل مصالحه لذا يجوز للمحكمة تعيين وكيل بناءا على طلب من له مصلحة، أما إذا عين وكيلا فتقوم المحكمة بتثبيته[2].

- الغياب أوسع من الفقد ، لان الغائب يشمل المفقود وغير المفقود .

[1] محمد سعيد جعفور المرجع السابق ص 324

[2] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع ص 324

فقد يكون الغائب مفقودا إذا انقطعت أخباره ، ولم يعد معروفا ما إذا كان حيا أو ميتا. وأما إذا كانت حياته مؤكدة ولكنه مجهول الإقامة ، فهو غير مفقود .

ومن أجل الإبقاء على الفارق بين المفقود والغائب ، يرى الأستاذ محمد سعيد جعفور بضرورة حذف العبارة الأخيرة من المادة 110 من قانون الأسرة ، والتي تقضي باعتبار الغائب كالمفقود وإضافة فقرة جديدة ، تخول القاضي تثبيت الوكيل الذي تركه الغائب ، أو تعيين وكيل عنه يتولى شؤونه في حالة ما إذا لم يترك وكيلا[1].

الفرع الثاني: المفقود والأسير:

تعريف الأسير: أسر أسره يأسره إسرا و أساره معناه شد بالإسار.

والإسار ما يشد به كالحبل والسلسلة، والإسار: القيد يقال : أسر الرجل أسرا وإسارا فهو أسير ومأسور وجمعها أسرى وأسارى[2] . قال تعالى :ثُمَّ أَنتُمْ هَـٰٓؤُلَآءِ تَقْتُلُونَ أَنفُسَكُمْ وَتُخْرِجُونَ فَرِيقًا مِّنكُم مِّن دِيَـٰرِهِمْ تَظَـٰهَرُونَ عَلَيْهِم بِٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ وَإِن يَأْتُوكُمْ أُسَـٰرَىٰ تُفَـٰدُوهُمْ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَلَيْكُمْ إِخْرَاجُهُمْ ۚ أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ ٱلْكِتَـٰبِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ ۚ فَمَا جَزَآءُ مَن يَفْعَلُ ذَٰلِكَ مِنكُمْ إِلَّا خِزْىٌ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۖ وَيَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ يُرَدُّونَ إِلَىٰٓ أَشَدِّ ٱلْعَذَابِ ۗ وَمَا ٱللَّهُ بِغَـٰفِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴿٨٥﴾ [3]

وقال: وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴿٨﴾ [4]

[1] محمد سعيد جعفور ، نفس المرجع ، ص 325

[2] هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون العراقي ، دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى، 2010 ص 25

[3] سورة البقرة ، الآية 85

[4] سورة الإنسان ، الآية 8

وقد عرفه الدكتور هادي عبد الله بأنه :(المقاتل المنتمي لأحد طرفي النزاع الذي يقع في قبضة الطرف الآخر ، وهو معلوم الحياة)[1].

وعرفه الدكتور احمد محمد علي داوود بأنه :(المأخوذ في الحرب)[2].

كما عرفه الدكتور العربي بلحاج :(الشخص الذي يقع في يد الأعداء ويستبقونه عندهم)[3].

من خلال التعاريف السابقة نلاحظ أنها اتفقت في تحديد مفهوم الأسير والذي هو المحتجز من قبل العدو ولا يستطيع العودة إلى أهله ، وبهذا الشكل يدخل في دائرة الغائب . أما إذا تعذر معرفة حاله فيدخل في دائرة المفقود .

بالنسبة للقانون الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الأسير .

والفروق التي تميز الأسير عن المفقود نوجزها بناءا على آراء فقهاء القانون كما يلي:

1- الأسير معلوم الحياة بينما المفقود فهو مجهول الحياة .

2 – الأسير يعرف موضعه فهو عند العدو. أما المفقود فهو مجهول الموضع .

– الأسير يؤسر لأسباب عسكرية بينما المفقود فليس بالضرورة لأسباب عسكرية.[4]

المبحث الثاني : حالات الفقدان:

تطرق المشرع الجزائري إلى حالات الفقدان من خلال قانون الأسرة الجزائري ، حيث نصت المادة 113 منه على : (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي

[1] هادي محمد عبد الله ، المرجع السابق ص 26

[2] احمد محمد علي داود ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون ،التجهيز والديون و الوصايا و المواريث و تقسيماتها ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، 1430 ه 2009 م ، ص 543

[3] العربي بلحاج،أحكام المواريث في التشريع الجزائري وقانون الأسرة الجزائري،الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، ص 256

[4] نوي عبد النور ، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري ، مذكرة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 2013/2012 ، ص57

أربع (4) سنوات بعد التحري ، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة ، بعد مضي أربع (4) سنوات.

باستقرائنا لنص المادة السالفة الذكر نجدها تقسم حالات المفقود إلى حالتين اثنتين هما:

1 الحالات التي يغلب فيها الهلاك .

2 الحالات التي تغلب فيها السلامة .

كما جاءت قوانين خاصة في فترات استثنائية ، وتتعلق أساسا بمفقودي الكوارث الطبيعية (الزلازل والفيضانات) ، إضافة إلى مفقودي المأساة الوطنية .

وفيما يلي تفصيل لكل حالة على حدا :

المطلب الأول : الحالات العامة: وقد قسمتها إلى قسمين تمثلا في الحالات التي يغلب فيها الهلاك إضافة إلى الحالات التي تغلب فيها السلامة.

الفرع الأول : الحالات التي يغلب فيها الهلاك :

وهي الحالة التي يرجح فيها موت المفقود على حياته نظرا للظرف الذي اختفى فيه الشخص ، [1] فقد يفقد في ظروف استثنائية فيكون للقاضي بعد التأكد من أن الشخص مفقود في حالة يغلب فيها الهلاك أن يحكم بموته بمضي أربع سنوات ، بعد التحري ولا يمكنه أن يحكم قبل ذلك، إلا أن المادة 113 من قانون الأسرة جاءت غامضة من حيث حساب مدة الفقد، هل يكون من يوم الفقدان ؟ أو من يوم صدور الحكم بالفقد ؟

[1] علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، بدون ذكر الطبعة ، 2011، ص 199

أكد القرار الصادر عن المحكمة العليا[1]بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم : 290808 إن مهلة الأربع سنوات تبدأ في السريان من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ الحكم بالفقدان، حيث جاء في القرار انه :قد تمت التحريات وثبت قطعا بواسطة حكم قضائي .

إن الفقدان كان بتاريخ 1994/09/24 الذي يبدأ حسابه لمهلة أربع سنوات ، وليس تاريخ النطق بالحكم ، عكس ما اعتبره القضاة أن سريان الفقدان يبدأ من تاريخ الحكم القضائي بالفقدان ، وهذا خطأ في تطبيق المادة 113 من قانون الأسرة، كما أن المادة 113 من قانون الأسرة[2] تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية ، وهما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه ، وحيث أن ظروف فقدان المعني بهذا الملف ثابتة منذ سنة 1994 وهي الفترة الحقيقية للفقدان ، كان على قضاة المجلس أن يجروا تحقيقا لمعرفة ذلك، سواء بواسطة النيابة التي لها صلاحية إحضار ملفات الشرطة القضائية أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك، وعليه فالوجه مؤسس، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه، وبذلك فقد رجحت المحكمة العليا كفة الموت مع غلبة الهلاك في الحروب والحالات الاستثنائية بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد بعد البحث عنه بكل الوسائل الممكنة لمعرفة ما إذا كان ميتا أو على قيد الحياة .

أولا :حالة الحرب : نص دستور 1996 في مادته السادسة و التسعون الفقرة الأولى على :

(يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب، ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات)[3].

فالحرب خطر يهدد الدّولة ، و يمس سلامة و وحدة ترابها، حيث يعلق العمل بالدستور، ومن البديهي أن تخلف الحرب إحدى حالات الفقدان، لأنها تتسبب في اختفاء الأشخاص، و عدم معرفة مصيرهم .

---

[1] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 290808 قرار بتاريخ 10 افريل 2002 قضية (ب ف) ضد النيابة العامة ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، سنة 2003

[2] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة ، مرجع سابق

[3] دستور 28 نوفمبر 1996 ، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96 438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 ، جريدة رسمية عدد 76مؤرخ في 8 ديسمبر 1996 .

ثانيا: الحالات الاستثنائية : نصت عليها المادة 93 الفقرة الأولى من دستور1996 و التي جاء فيها :(يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها)[1].

لقد جاء النص عاما، بحيث يمكن أن يشمل حالة استثنائية و حالة الطوارئ[2]،التي تؤدي إلى تقييد الحريات العامّة، فالحالات الاستثنائية كذلك قد تؤدي إلى فقدان العديد من الأشخاص .

الفرع الثاني:الحالات التي تغلب فيها السلامة :

قد يفقد الشخص في حالة تغلب عليها السلامة، بحيث يطول غيابه وتنقطع أخباره فلا يمكن الجزم ما إذا كان حيا أو ميتا ، [3] كمن يخرج للسياحة أو التجارة أو طلب العلم وانقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كان ميتا أو لا يزال على قيد الحياة[4]، ففي هذه الحالة أعطى المشرع الجزائري السلطة للقاضي في تحديد المدة المناسبة للحكم بموت المفقود، وهذا نتيجة للدلائل التي يراها القاضي لترجيح وفاة المفقود من حياته كوفاة جميع الأقران أو مضي مدة زمنية يغلب فيها الظن بوفاته بمضيها كالسبعين أو الثمانين سنة[5] ، وهذا ما أكده الحكم الصادر بتاريخ 03/05/2011 والذي جاء فيه: حيث ثبت لمحكمة الحال قطعا أن فقدان(ب– د) كان خلال سنة 1952 بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء الجلفة، وطالما أن سن هذا الأخير تجاوز 83 سنة ومدة غيابه التي جاوزت هي الأخرى 58 سنة دون أي خبر عنه، الأمر الذي يرجح وفاته، مما يتعين القضاء بوفاته. [6]

كما يشترط ألا تقل المدة اللازمة للحكم بموته عن أربع سنوات، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 02/05/1995، ملف رقم 118621 حيث جاء فيه أن: مجلس

[1] مرسوم رئاسي رقم 91 196 مؤرخ في 4 يونيو سنة 1991 ، يتضمن تقرير حالة الحصار، جريدة رسمية عدد 29 . صادر في 12 يونيو سنة 1991

[2] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، ، مرجع سابق.

[3] . محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، ص 335

[4] . حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية، دار الكتب، بدون ذكر الطبعة، 1973-2002 ، ص532

[5] فتح القدير ، لابن همام، الجزء 6، مرجع سابق، ص 149

[6] محكمة الجلفة، قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2011/02/03 جدول رقم 10/03816 غير منشور

قضاء وهران أسس قراره على المادة 113 وأن المشرع نص أن حكم الوفاة لا يمكن أن يعلن إلا بعد مرور أربع سنوات على الفقد ، وأن المدعية في الطعن قد صرحت دوما بأن أمها ب.م قد فقدت سنة 1976 بدون أي توضيح آخر ، لم يحترم فيه الأجل الأدنى لأربع سنوات المنصوص عليها في المادة113 من قانون الأسرة ، وبذلك يكون قد خالف القانون الأجل الأدنى لأربع سنوات.

كما أن المادة 113 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بتحديد وفاة المفقود بتاريخ انتهاء أجل الأربع سنوات ، وأن القانون يلزم القاضي فقط بأن لا يعلن وفاة المفقود إلا بعد مدة الأربع سنوات، وفيما زاد عن ذلك فهو يترك حرية للقاضي لتحديد تاريخ الوفاة ، مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدعوى ، حيث أن قضاة الموضوع فعلا أخطأو في تطبيق المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبله حكم بالفقد ، ولا يجوز بأية صفة من الصفات الحكم بالفقد والموت في آن واحد، وذلك لوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في قانون الأسرة ، الأمر الذي يجعل الإجراءات التي تمت في القضية الحالية بمقتضى حكم أول درجة والقرار المنتقد تعد باطلة[1].وتعتبر هذه المدة حدا أدنى لا يجوز النزول عنه، لأنه إذا كان المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية يحكم بموته بمضي أربع سنوات، فمن المنطقي أنه في الحالة التي تغلب فيها السلامة،لا يمكن أن تقل المدة عن أربع سنوات[2].

– ونشير إلى أنه في الحالتين السابقتين لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتحرى عنه القاضي بجميع الطرق الممكنة التي توصله إلى تحديد حياته من عدمها، فله التأكد من مراكز الحدود لمعرفة ما إذا كان قد غادر البلاد أم لم يغادرها ، وأيضا الاتصال بالسفارات لتزويده بالمعلومات اللازمة من أجل تقصي أمره، إضافة إلى التثبت من فقده من الجهة الرسمية المختصة وهي النيابة العامة التي لها صلاحية إحضار ملفات الشرطة القضائية مع الأخذ

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1995/05/02 مذكور سابقا ص111
[2] . جلال إبراهيم، المقال السابق، ص 66

بعين الاعتبار الوثائق الإدارية، وشهادة الشهود وكذا القرائن[1]. ونظرا لتطور وسائل الاتصال الحديثة وتنوعها ،و التي لعبت دورا فعالا لم يسبق له نظير على مر العصور من سرعة في معرفة أحوال المفقود والكشف عنه إذ ثبت أن لها دورا ملموسا في الكشف عن المفقودين في الحروب والكوارث الطبيعية .

المطلب الثاني :الحالات الخاصة:

حالات الفقدان الخاصة هي تلك الحالات التي لم ينص عليها المشرع الجزائري في القوانين العادية من خلال القانون المدني وقانون الأسرة وإنما تكون وليدة ظروف استثنائية ظرفية طبيعية كانت أم أمنية ، ومن ذلك الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 2002/02/25 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10 والقانون 03-06 المؤرخ في 14 /06/ 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال2003/05/21 والأمر06-01 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

الفرع الأول: مفقودي فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس:

بعد فيضانات 10نوفمبر2001 بباب الواد بالعاصمة وزلزال 21 ماي 2003 ببومرداس ، وبعد قيام أهالي المفقودين باحتجاجات، ومطالبتهم بضرورة تسوية وضعيتهم القانونية باعتبار أن تطبيق قانون الأسرة في هذه الحالات وانتظار مدة أربع سنوات تعتبر مدة طويلة جدا خصوصا وان الاحتمال الغالب هو وفاتهم نظرا لكثرة الجثث الموجودة تحت الأنقاض مما دفع السلطات العمومية إلى إصدار قوانين خاصة بغض النظر عن قانون الأسرة [2].

[1] . العربي بلحاج ، المفقود في الأحوال الاستثنائية ، مرجع سابق، ص 111

[2] عيسى معيزة ، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر 2012 ، ص 41

أولا : فيضانات باب الواد : المواد من 01 إلى 05 من الأمر 02-03

إن حالات الفقد التي نجمت عن فيضانات باب الواد بتاريخ 10نوفمبر 2001 هي من الحالات الخاصة (الاستثنائية) وذلك لأنها غير مستمرة انجر عنها فقدان عدد من الأشخاص ، حيث أصبح يجهل مصيرهم ، وبالتالي احتمال موتهم بسبب هذه الكوارث الطبيعية،مما دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضان ، فقد جاء بقواعد قانونية تختلف عن الأحكام العامة الموجودة في قانون الأسرة فجاء في المادة الثانية من هذا الأمر : (بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 :

1- يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10نوفمبرسنة2001 ولم يظهر له اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية.

2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى اربعة4 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة .

3-يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب من احد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة ، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

4-يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في اجل شهر واحد ، وتفصل المحكمة العليا في اجل لا يتعدى ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها .

5-تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب احد الأشخاص المذكورين في الفقرة 2 أعلاه .

6-تتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية[1]، يتم التصريح بوفاة المفقود في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

وما يمكن ملاحظته أن هذا الأجل قصير جدا مقارنة بالقواعد العامة ، وكذلك مقارنة بالأجل الممنوح للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد ، وكأن حكم القاضي مجرد شكلية لابد من إتمامها ، مع أن الأمر غاية في الأهمية كونه يتعلق بالوفاة ، مما يستوجب من القاضي القيام بجهد جدي في التحقيق وعدم الاكتفاء بمجرد الموافقة على ما قامت به الضبطية القضائية ويمكن الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حكم الوفاة في اجل شهر على أن لا تتجاوز 3 أشهر لإصدار القرار .

ونصت المادة الثانية في الفقرة السادسة على انه: تتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي بالوفاة في سجل الحالة المدنية . وجدير بالتنويه أن كل المدد المنصوص عليها في هذا الأمر يجب احترامها ولا يمكن بأية حال تجاوزها .[2]

ثانيا :زلزال بومرداس: إن حالة الفقد التي نجمت عن زلزال بومرداس بتاريخ :

21 ماي2003 أيضا من الحالات الخاصة التي خلفت ضحايا ومفقودين يجهل مصيرهم وبالتالي احتمال وفاتهم ، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى سن قانون 06/03 المؤرخ في 14جوان2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال21ماي2003حيث جاء بقواعد قانونية تختلف عن الأحكام العامة فقد جاء في نص المادة 2 منه:(بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه.

1-يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية.

[1] قانون 06/03 المؤرخ في 14جوان2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال21ماي2003

[2] . عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 ، نفس المقال، ص 202

2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى ثمانية 8 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

3-يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب من احد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة ، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

4-يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور الحكم .تفصل المحكمة العليا في اجل لا يتعدى ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع الطعن أمامها.

5- تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب احد الأشخاص المذكورين في الفقرة 2 أعلاه .

6- تتولي النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية)[1] .

يتم التصريح بوفاة المفقود في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى وهذا الأجل أيضا قصير جدا ، ويمكن الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الحكم في اجل شهر على أن تفصل في ظرف ثلاثة (3)أشهر من تاريخ رفع الطعن كما تتولى النيابة العامة قيد الحكم بسجلات الحالة المدنية .

الفرع الثاني:مفقودي المأساة الوطنية :المواد من 27 إلى 36

إن حالات الفقد التي نجمت عن العشرية السوداء والتي خلفت أعدادا هائلة من الضحايا والمفقودين على مر عقد كامل من الزمن جعل المشرع الجزائري يسعى لاحتواء هذه الأزمة من خلال إصدار قانون المصالحة الوطنية الذي تطرق فيه إلى جملة من الإجراءات والتي من بينها تطرقه إلى قضية المفقودين من خلال الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فيفري 2006

[1] قانون 06/03 المؤرخ في 14جوان2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال21ماي2003

المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية حيث اختلفت قواعده القانونية عن الأحكام العامة. تنص المادة 27 من الأمر 06-01 على: (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 اجل السلم والمصالحة الوطنية . تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على اثر عمليات بحث بدون جدوى) .

كما تنص المادة28 على: (تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي) .[1]

و تنص المادة 29 على: (بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه) .

المادة 30: (يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى.

– تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على اثر عمليات البحث ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك في اجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداءا من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية).

المادة31 : (يجب على الأشخاص المذكورين في المادة30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في اجل لا يتجاوز ستة 6 أشهر ابتداءا من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان .

[1] الأمر رقم 06-01 المؤرخ في : 27فيفري 2006 ، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

يرفع طلب الحكم بالوفاة في اجل ستة6 أشهر ابتداءا من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان وعلى القاضي أن يفصل في الطلب في اجل لا يتعدى الشهرين ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى وهذا ما قضت به المادة 32 في فقرتها الثانية .

كما يمكن الطعن بالنقض في اجل شهر من تاريخ النطق بالحكم وعلى المحكمة العليا أن تفصل في الطعن في أجل 6 أشهر ابتداءا من تاريخ إخطارها وهذا بناءا على حكم المادة 33 .

في نهاية هذا الفصل نستنتج أن تعريف المفقود وفق القانون الجزائري : هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته ولا موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم . وبذلك يكون المشرع الجزائري قد استوحى تعريفه من الفقه الإسلامي عن طريق اعتماد معيار الشك الذي يكتنف حياة الشخص، سواء في القواعد العامة الموجودة في قانون الأسرة أو ما هو معتمد في النصوص الخاصة التي أضافت معيار عدم العثور على جثته عند ما يغلب الظن بهلاكه، وهو ما اعتمد عليه الفقه المالكي بشان المفقود في زمن الفتن والحروب . مع ملاحظة أن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا بحكم قضائي أو محاضر الضبطية القضائية في ظل الظروف الاستثنائية المنظمة بنصوص خاصة .

الفصل الأول :

القواعد الإجرائية والموضوعية لدعوى الفقدان وآثارها

تمهيد:

رأينا في الفصل الأول أن المفقود في القانون الجزائري لا يعتبر كذلك إلا بموجب حكم، فمن الناحية القانونية لا يمكن تطبيق الأحكام والآثار المتعلقة بالفقد إلا بناء على صدور حكم يقضي بذلك أو ما يقوم مقامه في حالات استثنائية منظمة بنصوص خاصة، ويتعلق الأمر بمحاضر المعاينة والإثبات المعدة من طرف الضبطية القضائية.

ولا يتم استصدار حكم بالفقد إلا عن طريق رفع دعوى قضائية ترمي إلى ذلك وفق الإجراءات والأشكال القانونية التي تنظم إجراءات التقاضي بصفة عامة، وعليه سنتناول في هذا الفصل القواعد الإجرائية والموضوعية الخاصة بدعوى الفقد ومن ثم الحكم بوفاة المفقود إضافة إلى الآثار الناجمة عن كل منهما . وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول دعوى الفقدان والإجراءات المتعلقة بها في القوانين العادية إضافة إلى الإجراءات الخاصة بالقوانين الاستثنائية أما في المبحث الثاني فقد تطرقت إلى الآثار المتعلقة بالحكم بالفقدان على أمواله وعلى زوجته .

المبحث الأول :دعوى الفقدان :

تشمل القواعد القانونية الإجرائية و الموضوعية لدعوى الفقدان في الشكل القانوني الذي ترفع به أمام القضاء، و الشروط المقررة قانونا لقبولها من صفة و مصلحة وأهلية ، و تحديد الجهة القضائية المختصة محليا و نوعيا بنظرها،إضافة إلى وسائل إثبات حالة الفقدان للحكم به وذلك، ما سنبينه فيما يلي:

المطلب الأول :الإجراءات الخاصة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة :

ضبط المشرع الجزائري حالة الفقدان بقواعد قانونية محددة، وقد نصت المادة 109 من قانون الأسرة [1]أن:(المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا، إلا بحكم).

أي أن الحكم القضائي هو الشرط الجوهري لاعتبار الشخص مفقودا وهي الوسيلة القانونية الوحيدة لإضفاء صفة المفقود على الشخص، طبقا لما جاء في نص المادة السالفة الذكر،ولاستصدار الحكم أجاز المشرع لكل شخص له صفة أو مصلحة في ذلك أن يرفع دعوى قضائية يطالب من خلالها الحكم بالفقدان ، مع إتباع إجراءات رفع الدعوى وذلك قصد استصدار الحكم بالفقد.

[1] - أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

الفرع الأول: طلب الحكم بالفقدان

اشترط المشرع الجزائري لقبول الدعوى شروطا ، وبدونها تحكم المحكمة بعدم قبولها.

وعملا بنص المادة 13 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

التي جاء فيها: (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) .[1]

حيث انه لا يمكن لمن لا تتوفر فيه صفة ولا مصلحة أن يطلب بالحكم

بالفقدان ، والمصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة، وبالطبع تلك التي يقرها القانون. والأمر سيان بالنسبة لأطراف الدعوى(مدعيا كان أو مدعى عليه[2]).

وهذه الشروط تتمثل في صفة رافع الطلب، وتوفر المصلحة في رافع الطلب.

أولا : توفر الصفة:

الصفة هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى مدعيا كان أو مدعى عليه بموضوع النزاع، أي أن يكون المدعي في وضعية ملائمة لمباشرة الدعوى ويكون في مركز سليم يخول له التوجه إلى القضاء [3].

ولهذا يجب أن ترفع الدعوى من صاحب الحق وهو الذي يباشرها من أجل حماية مركزه، بمعنى لا بد من توافر مركز قانوني للشخص رافع الدعوى ، والمركز القانوني لصاحب الحق المدعي . إضافة إلى ذلك فقد أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى أن

[1] قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجريدة الرسمية،عدد 21 ، صادر في 23 أبريل 2008

[2] سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول ، المواد من 1 إلى 583 ، دار الهدى، الجزائر، 2011 ، ص 4

[3] بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011 2012 ، ص. 112

الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفة لرفع دعوى الفقدان [1] كما نصت على ذلك المادة 114 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها : (يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة)[2].

حددت هذه المادة الأشخاص الذين تثبت لهم الصفة في رفع دعوى الفقدان، ويكون هذا بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة في ذلك أو النيابة العامة .[3]

وعلى هذا فإن تحريك الدعوى القضائية ضد المفقود تكون بطلب من كل شخص له

مصلحة في ذلك، كأن يكون الوارث للشخص المفقود وهو ذوي حقوق المفقود من أفراد عائلته أو أقاربه، ويرفع دعوى الفقدان بناءا على مصلحة خاصة.[4]

ثانيا : توفر المصلحة:

المصلحة شرط أساسي لقبول الدعوى ، حيث يستطيع كل من له مصلحة عامة في الحكم بالفقدان كالدائنين والشركاء، وكقاعدة عامة يشترط فيمن يستعمل الدعوى القضائية أن تكون له مصلحة.

كما اشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة13على أنه: (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون).
فالمصلحة ليست شرطا في قبول الدعوى بل هي أساس قبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم،والمصلحة التي يشترطها المشرع هي المصلحة القانونية، ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة،وأن تكون قائمة حالة.

[1] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ص. 15
[2] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.
[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق، ص. 200
[4] علي فيلالي، مرجع سابق ، ص. 198

1-مصلحة قانونية : أن تستند المصلحة إلى حق، أي أن يكون موضوع الدعوى المطالبة بحق أو بمركز قانوني أو التعويض عن ضرر ، ولا يمكن قبول دعوى إذا كانت غير قانونية بمعنى مخالفتها للنظام العام والآداب.

2-أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة : بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته أو من يقوم مقامه، كالوكيل بالنسبة للموكل والوصي أو الولي بالنسبة للقاصر، والمصلحة الشخصية المباشرة هي الصفة في رفع الدعوى.

3-أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة : وهنا يجب أن يكون الحق قد اعتدي عليه بالفعل ويتحقق الضرر الذي يبرر اللجوء إلى القضاء، أما إذا كان الضرر محتملا لدفع ضرر محدق أو المحافظة على حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه[1].

الفرع الثاني : إجراءات رفع الدعوى :

بعد مرور سنة كحد أدنى على فقدان الشخص، يمكن لكل من له صفة رفع الدعوى أمام القضاء وذلك باستيفاء مجموعة من الإجراءات يتطلبها القانون، تتمثل في الإجراءات المتعلقة بإيداع عريضة الدعوى أو الإجراءات اللاحقة لإيداع عريضة الدعوى.

أولا : إيداع عريضة الدعوى :

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 14 :(ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف).[2]

نصت هذه المادة على كيفية اللجوء إلى القضاء، فقررت أن ذلك يتم عن طريق تحرير عريضة تسمى" العريضة الافتتاحية "على أن تكون هذه العريضة موقعة ومؤرخة من طرف

[1] فريجة حسين، مرجع سابق، ص15.

[2] قانون رقم 08 09 ،يتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

صاحبها والذي هو المدعي أو وكيله[1]، وأن تقدم هذه العريضة إلى أمانة الضبط من أجل تسجيلها، كما يجب أن تقدم العريضة بعدد مساو لعدد أطراف القضية وتنتج الدعوى آثارها بمجرد تسجيلها وإيداع الرسم بحيث تحدد لها الجلسة فورا.

ثانيا : بيانات عريضة افتتاح الدعوى:

يجب أن تشتمل على البيانات الجوهرية المنصوص عليها في المادة15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و المتعلقة بوجوب تحديد هوية الخصوم، و مهنتهم و عنوانهم، حيث نصت على ما يلي : (يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية :

1 الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى .

2 اسم ولقب المدعي وموطنه.

3 اسم ولقب وموطن المدعى عليه فان لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

4 الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

5 عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6 الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى)[2].

من خلال نص المادة يجب أن تشمل عريضة افتتاح الدعوى البيانات التالية:

1-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، ولا يكفي ذكر المحكمة المختصة على وجه التحديد بشكل لا يدع مجال للشك فيها.

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص4

[2] قانون رقم 08 09 يتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق

2-اسم ولقب المدعي وموطنه، وهنا يجب ذكر المدعي صراحة وعنوانه واسم من يمثله ومهنته وموطنه.

3-اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له ولو كان موطنا مختارا .[1]

4-ذكر الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وتبيان ممثله القانوني أو الإتفاقي.

5-وقائع الدعوى وطلبات المدعي ، فقد اوجب القانون أن تشمل عريضة افتتاح الدعوى على وقائعها وأدلتها وطلبات المدعي والحجج التي يعتمد عليها وذلك لكي تكون لدى المدعى عليه فكرة واضحة وسليمة عن المطلوب منه فيتمكن من إعداد دفاعه، ويتمكن القاضي من تكوين الدعوى.

6- .ذكر المستندات المؤيدة للدعوى مع تبيانها وإرفاقها بالعريضة [2].

ثالثا : تقييد العريضة في سجل خاص :

تنص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه":(تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم.

ويجب احترام أجل عشرين(20) يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

[1] فريجة حسين، مرجع سابق، ص. 17
[2] فريجة حسين، نفس المرجع، ص. 17

ويمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج)[1].

تلزم هذه المادة أمين الضبط بتسجيل العريضة فور استلامها بسجل خاص يسمى سجل قيد الدعاوي، تبعا لترتيب ورودها، على أن يتضمن ذات السجل : أسماء، وألقاب الخصوم وكذا رقم القضية، والتاريخ المحدد للجلسة.

كما تلزمه، بأن يؤشر على العريضة بنسخها، وذلك بتسجيل الرقم المعطى لها كما هو وارد في السجل، وكذا تاريخ أول جلسة، يسلمها إثر ذلك إلى المدعي الذي يتولى القيام بإجراءات تبليغها إلى الخصوم.

إضافة إلى ضرورة احترام آجال تسليم التكليف بالحضور والتي هي عشرون(20) يوما على الأقل يبدأ احتسابها من تاريخ تسليم التكليف بالحضور إلى التاريخ المحدد لأول جلسة [2]، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .والمقصود بهذه الأخيرة ورود نص يقصر الآجال أو يطيلها في هذا الخصوص كما هو الشأن في القضايا الاستعجالية. وورد في الفقرة الأخيرة من هذه المادة استثناء بخصوص الآجال المحددة حيث قررت أنه متى كان التبليغ سيتم خارج الوطن، بغض النظر عن مكان تواجد المدعي عليه فإن تلك المدة تمتد إلى ثلاثة (3) أشهر على أن هذه الآجال تشمل جميع الجهات القضائية على مختلف درجاتها .[3]

الفرع الثالث : الإجراءات اللاحقة لإيداع عريضة الدعوى:

بعد رفع الدعوى يوكل لكل من أعوان الدرك أو الشرطة أو المحضر القضائي

مهمة معاينة المكان القاطن فيه الشخص المفقود وسماع شهادة الشهود لتنتهي المهمة بتحرير محضر يثبت حالة الفقدان:

[1] قانون رقم 08 09 ، نفس المرجع.
[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص. 57
[3] سائح سنقوقة، نفس المرجع، ص.58

أولا : إيداع محضر الإثبات : وقد يكون اختفاء الشخص لأسباب غبر عادية وظروف غامضة كأن يكون تم اختطافه، ففي هذه الحالة تقوم الجهات المعنية بتحرير بطاقة المعاينة التي تتضمن شهادة هذه الجهات بأن هذا الشخص المفقود تم اختطافه، وتحتوي البطاقة على البيانات الخاصة بالمفقود كاسمه ولقبه وتاريخ ومكان ميلاده، ويتم ذكر الموضوع وتاريخ المحضر والجهة المرسل إليها مع بيان طالب تحرير هذه البطاقة والغرض من هذا الطلب لتكتمل هذه الوثيقة بتوقيع محررها.

للمعاينة أهمية كبيرة في كشف حقيقة النزاع ، إذ أنها تعطي القاضي فكرة واضحة عن موضوع النزاع من خلال مشاهدة محله بنفسه،التي لا يمكن أن تعطيها له أوراق الدعوى ولا أقوال الشهود ولا تقارير الخبراء فضلا عن ما يوفره له ذلك من ثقة وطمأنينة تجعلانه بمنأى عن التأثر بأقوال الخصوم المتناقضة.

يجوز للمحكمة في كل دعوى منظورة أمامها أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، الانتقال لمعاينة المحل المتنازع فيه وندب أحد القضاة لهذه الغاية، أو إحضاره لديها في جلسة تعينها لذلك متى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة

ثانيا : إيداع بطاقة المعاينة : إضافة إلى هذه الوثائق الرسمية، لا يمكن إنكار الدور الرئيسي لشهادة الشهود في إثبات واقعة الفقدان، وشهادة الشهود كوسيلة للإثبات القضائي هي إخبار القضاء بوجود واقعة تثبت حالة الفقدان وتعتبر من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود .

ثالثا : الإحالة: نصت المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : (يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو في غياب الخصوم، ويعرف قبل سماعه، باسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم.

يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال يجوز إعادة سماع الشهود وموجهة بعضهم البعض) .

– نقل عن الأستاذ إدوارد عيد أنه عرف الإثبات بشهادة الشهود كما يلي :

"الإثبات بالشهادة هو إقامة الدليل أما القضاء بأقوال الشهود وبعد تحليفهم اليمين، وتقوم الشهادة في الإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها أو أدركها على وجه العموم بحواسه . فإذا حضر الشاهد للإدلاء بشهادته، فعليه أن يذكر اسمه ولقبه وموطنه ومهنته ومدى قرابته ويستثنى من أداء اليمين القصر الذي لم يبلغوا سن 19 سنة حيث تسمح شهادتهم على سبيل الاستدلال طبقا لنص المادة 153 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على الاستدلال".

بعد أن يدلي الشهادة بشهادته تدون هذه الأخيرة في محضر ينتهي بتوقيع الشاهد، نص المادة 160 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:(تدون أقوال الشاهد في محضر[1] يتضمن البيانات الآتية:

1–مكان ويوم وساعة سماع الشاهد.

2–حضور أو غياب الخصوم.

3–اسم ولقب ومهنة وموطن الشاهد.

4–أداء اليمين من طرف الشاهد ودرجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم.

5–أوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء.

6–أقوال الشاهد والتنويه بتلاوتها عليه).

[1] قانون رقم 08 09 يتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

المطلب الثاني :الإجراءات الخاصة بالقوانين الاستثنائية:

تقضي القاعدة العامة بأنه لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بصدور حكم لكن الاستثناء على القاعدة العامة هو إمكانية اعتبار الشخص مفقودا بموجب محضر تعده الضبطية القضائية دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي نظرا للظروف الخاصة التي فقد فيها الشخص.

الفرع الأول:الأمر رقم 06-01 المتضمّن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنيّة:

نص المشرع الجزائري في الأمر رقم 06-01 مؤرّخ في 28 محرّم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، المتضمّن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنيّة في المادة 27 على:(يعتبر ضحية المأساة الوطنيّة الشخص الذي يصرّح بفقدانه في الظرف الخاصّ الذي نجم عن المأساة الوطنيّة، التي فصل الشعب فيها بكلّ سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنيّة.

تترتّب صفة ضحية المأساة الوطنيّة على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى)[1] .

الفرع الثاني :الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضان:

وكذا الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضان فجاء في المادة الثانية من هذا الأمر : (بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001:

1-يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10نوفمبرسنة2001 ولم يظهر له اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية 2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم

[1] أمر رقم 06 01 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مرجع سابق.

هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى اربعة4 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة .

3-يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب من احد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه .

4-يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في اجل شهر واحد وتفصل المحكمة العليا في اجل لا يتعدى ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها .

5-تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب احد الأشخاص المذكورين في الفقرة 2 أعلاه .

6-تتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية يتم التصريح بوفاة المفقود في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى).[1]

الفرع الثالث :القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال:

القانون 03-06 المؤرخ في 14جوان2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال21ماي2003 جاء في نص المادة 2 منه :(بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه .

1 -يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري لجميع الطرق القانونية.

2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى ثمانية 8 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة .

[1] الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضان جريدة رسمية عدد 15 صادرة في28 فبراير سنة 2002.

3-يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب من احد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

4-يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور الحكم.تفصل المحكمة العليا في اجل لا يتعدى ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع الطعن أمامها.

5- تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب احد الأشخاص المذكورين في الفقرة 2 أعلاه .

6- تتولي النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية) [1].

حيث اشتركت المواد سالفة الذكر في إجراءين أساسيين لا يقلان أهمية عن ما ورد في قانون الأسرة وهما قيام الشرطة القضائية بعملية البحث إضافة إلى إصدارها محضر للفقدان.

أولا – البحث : تدخل عملية البحث ضمن صلاحيات الشرطة القضائية حيث تقوم بالبحث والتحري عن المفقودين وبمقتضى السلطات المخولة لها من طرف القانون فيمكنها الوصول إلى نتائج لا يصل إليها الشخص العادي من خلال القيام بالتحريات اللازمة عن المفقود الذي اختفى في ظروف استثنائية داخل الجزائر أو خارجها كالحروب والعمليات العسكرية والكوارث الطبيعية أو تحطم الطائرات أو غرق السفن [2].

ثانيا – محضر الفقدان: تكلف الضبطية القضائية بإعداد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني بعد انتهاء التحقيقات والتحريات في اجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية وتسلم نسخة منه لذوي المفقود أو لكل شخص له مصلحة

[1] القانون 03-06 المؤرخ في 14جوان2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال مرجع سابق
[2] إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014 ، ص. 88

.ويحكم بالوفاة على المفقود بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرين ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. ويمكن الطعن في الحكم في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ النطق بالحكم .

هذا بالنسبة لميثاق السلم والمصالحة .

-أما بالنسبة لزلزال بومرداس فالمحضر يسلم في اجل لا يتعدى ثمانية (8)أشهر من تاريخ وقوع الزلزال . وتسلم نسخة منه لذوي المفقود أو لكل شخص له مصلحة .ويحكم بالوفاة على المفقود بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى . ويمكن الطعن في الحكم في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ النطق بالحكم . أما فيضان باب الواد فالأجل اقصر فهو لا يتعدى أربعة (4) أشهر من تاريخ وقوع الكارثة وتسلم نسخة منه لذوي المفقود أو لكل شخص له مصلحة .ويحكم بالوفاة على المفقود بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى . ويمكن الطعن في الحكم في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ النطق بالحكم.

وللحكم بوفاة المفقود لابد من توفر 3 شروط :

- التأكد من تواجد المفقود في موقع الكارثة.
- انعدام أي اثر للمفقود.
- عدم العثور على جثته بعد التحري بكل الوسائل القانونية الممكنة.

بعدها تتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي في سجلات الحالة المدنية[1] .

كما نصت المادّة 2 من المرسوم الرئاسي[2] رقم 06-93 مؤرّخ في 29 محرّم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتعلّق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية: (يعتبر ضحية

[1] إقروفة زبيدة، نفس المرجع ، ص89

[2] المرسوم الرئاسي رقم 06-93 مؤرّخ في 29 محرّم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة يتعلّق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية 2006

المأساة الوطنية، كلّ شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدّها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث التي قامت بها).

من خلال ما سبق نستنتج أن كل القوانين سالفة الذكر لها نفس الإجراءات لكنها تختلف في الآجال الممنوحة من اجل استصدار الحكم بالفقد أو الوفاة ذلك لأن لكل قانون خصوصية تميزه عن الآخر.

المبحث الثاني: الآثار القانونية للحكم بالفقدان:

أوجبت المادة 111 من قانون الأسرة على القاضي عندما يحكم بالفقدان أن يقوم بحصر أموال المفقود إن وجدت له أموال ، وهذه مسألة فنية من اختصاص أهل الخبرة ، و عليه يكون على القاضي أن يأمر بموجب حكم تمهيدي بتعيين خبير قضائي تسند له مهمة حصر الأموال من منقولات وعقارات .

و بالرغم من صراحة النص إلا أنه عند الإطلاع على مختلف الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية ثبت عدم مراعاة القضاة لهذا الإجراء ، وهذا ما يجعل المجال واسعا للطعن بالنقض فيها . و من ناحية أخرى نصت المادة نفسها على تعيين مقدم عن المفقود مما يجعل البعض يعتقد أن المشرع جعل المفقود في مركز ناقص الأهلية ، أو فاقدها ، فالمشرع الجزائري يعتبر أن المفقود حي في المسائل التي تضره وتفيد غيره ويترتب على هذه القاعدة آثار قانونية منها ما تعلق بأموال المفقود خصصنا لها الفرع الأول وقسمناه إلى جزأين أولهما أموال المفقود الخاصة وثانيهما ميراثه من غيره أما الفرع الثاني فقد خصصناه اثر الفقد على زوجة المفقود وقسمناه أيضا إلى قسمين القسم الأول ندرس فيه حقها في النفقة والقسم الثاني يتمثل في حقها في التطليق .

المطلب الأول : آثار الحكم بالفقدان على أموال المفقود :

يترتب عن صدور حكم الفقدان عدة آثار منها ما يتعلق بأموال المفقود الخاصة ومنها ما يتعلق بمال غيره.

الفرع الأول :بالنسبة لأمواله الخاصة :

إن أموال المفقود الخاصة سواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية تظل ملكا له فلا تكون تركة ومن ثم فإنها لا تنتقل إلى ورثته وهذا ما وضحه الفقه الإسلامي(أولا)والمشرع الجزائري(ثانيا).

أولا : موقف الفقه الإسلامي من آثار حكم المفقود بالنسبة لأمواله الخاصة :

أجمع الفقهاء على أن المفقود لا تقسم أمواله من فور فقده، سواء في حالة يغلب فيها الهلاك أم السلامة، بل يعتبر حيا في حق نفسه، ويوقف ماله حتى يتبين أمره[1] ، أو حتى يتحقق موته أو أن يحكم القاصي بموته، ولا تقسم بين ورثته لأن شرط الميراث موت المورث حقيقة أو حكما.وموت المفقود غير محقق، لأن في تقسيم ماله بمجرد فقده مع احتمال حياته إضرار به والضرر مدفوع مطلقا فيدفع عنه هنا .[2]

وينصب القاضي وكيلا عنه يقبض ماله من ديون ويحفظ ماله، وان ظهر حيا أخذ ماله، وان تحقق موته أو حكم القاضي بموته فيرثه من كان وارثا له وقت تحقق الموت أو وقت الحكم بالموت دون من مات قبل ذلك، أو حدث إرثه بعد ذلك بزوال مانع عنه هذا إذا لم يسند الحكم بالموت إلى وقت سابق على صدوره وإلا فيرثه من كان وارثا في الوقت الذي

[1] محمد عبد الله بغيت، محمد عقله العلي، مرجع سابق، ص. 148

[2] أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2009 ، ص..540

أسند إليه حكم الموت[1].ولهذا فإن المفقود يعتبر حيا فيما يتعلق بأمواله المملوكة له، فتحفظ له حتى يثبت موته ببينة أو يحكم بموته بناء على قرائن الأحوال[2].

ثانيا :موقف المشرع الجزائري من آثار حكم المفقود بالنسبة لأمواله الخاصة:

تنص المادة 111 ق أ على أنه:(على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون[3]) .

فإذا كان للشخص الذي صدر ضده حكم يقضي بالفقدان، يعين له القاضي مقدما ليسهر على تسيير أمواله عملا بنص هذه المادة.

إن المفقود بالنسبة لأمواله يعتبر حيا مدة باستصحاب الحال، حتى تقوم البينة على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته.[4] فالشخص المفقود لا بد من حفظ أمواله بواسطة المقدم الذي يعينه القاضي عند الحكم بفقدانه لتسيير أمواله، ويستمر التحري عنه إلى حين مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان .[5] فلا يقسم ماله بين الورثة وينفق القاضي من ماله على زوجته وأصوله وفروعه فقط، وينصب القاضي وكيلا عنه يقبض ديونه ويحفظ ماله.

وان حكم القاضي بموته حكما اجتهاديا على ما توفر لديه من قرائن وأحوال وظروف ، يرث ورثته من تاريخ الحكم فقط ، فإذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته وقسمت تركته بين ورثته رد إليه ما بقي من أمواله في أيدي ورثته.

[11] أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار المسيرة، الأردن، 2009 ، ص.ص. 152
[2] محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد، الأردن، 2008 ، ص. 18
[3] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.
[4] العربي بلحاج،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1996،ص241
[5] بن شويخ الرشيد،الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري،دراسة مقارنة ببعض.التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى،دار الخلدونية، الجزائر، 2008 ص.178

وهذا ما جاء في نص المادة 115 من قانون الأسرة : (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها).[1]

وأما ما هلك من أمواله في أيديهم أو استهلكه الورثة، فلا يرجع عليهم بشيء من ذلك، لأن الورثة تملكوه بحكم قضائي وتصرفوا فيه بمقتضى هذا الحكم، فالحكم في هذه الحالة مثبت للوفاة ومنشئ لها، وليس مظهرا للموت الذي وقع وحدث قبل صدور الحكم.[2] وعلى ذلك فالإرث لا يستحق إلا بثبوت موت المورث حقيقة أو حكما عملا بنص المادة 127 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: (يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي)[3].

فالمفقود يعتبر حيا بالنسبة إلى أمواله الثابتة ملكيتها له، وفي حقوقه الأخرى حتى صدور الحكم القضائي بموته .وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة فيحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بأربع سنوات من تاريخ فقده، وأما في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة بعد مضي أربع سنوات.

نص المادة 113 من قانون الأسرة : (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)[4].

للمقدم أن يتصرف في مال المفقود كتصرف الولي أو الوصي في مال القاصر، فتكون له سلطة إدارة المال دون التصرف فيه، وليس له أن يبطل إيجارا أبرمه المفقود لم تنته مدته بعد، بل له أن يؤجر المال لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وان تجاوزت ذلك أو كان العمل الذي قام به من أعمال التصرف فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا إلا ما أجازه القاضي بإذن مسبق فيعتبر صحيحا، وان وجدت لدى المفقود أموال سريعة التلف بطبيعتها فللمقدم أن يستأذن

[1] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، نفس المرجع
[2] العربي بلحاج، ، نفس المرجع، ص241.
[3] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، نفس المرجع
[4] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، نفس المرجع

القاضي في بيعها ويحتفظ بثمنها، فإن ظهر المفقود حيا أخذه، وان حكم بموته دخلت ضمن التركة ووزعت على ورثته.

ويجب على المقدم الإنفاق على زوجة المفقود و أولاده من مال المفقود.

وعموما يتولى المقدم تسيير أموال المفقود، فيتسلم ما استحقه من ميراث يوقف له أو تبرع، وعند انتهاء مهمته فعليه أن يقوم بتسليم الأموال التي في عهدته إلى صاحبها ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص المفقود إذا رجع أو إلى ورثته،وان لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وهذا ما نصت عليه المادة 97 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:(على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته. ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة عن الحسابات المذكورة إلى القضاء. وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر).[1]

تصرف المقدم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بموته،وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا [2]رقم :35190 بتاريخ24 /2008/12 :

وحيث أن المقرر شرعا وقانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق وأنه لا يجوز التصرف في العين المحبسة بأي تصرف ناقل للملكية.

وحيث أن المقرر أيضا أنه لا يجوز لورثة المفقود وضع اليد على أمواله ولكن بعد صدور الحكم بموته. ومن حيث الثابت– في قضية الحال –أن المتدخلة في الخصام تصرفت بالبيع في عقارات المطعون ضده بناءا فقط على الحكم الصادر بفقدانه، ومن ثم فإن تصرفاتها هذه باطلة حتى وان تحصلت على إذن قضائي بالبيع، ذلك أن تصرف المقدم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بالموت، وهو ما لم يتوفر في قضية الحال.

[1] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، نفس المرجع

[2] المحكمة العليا الغرفة المدنية، قرار رقم 435190 مؤرخ في 2008/12/24 مجلة المحكمة العليا عدد 2 2009 ص 130

وحيث أن جهة الاستئناف المحالة عليها القضية بعد النقض طبقت قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا والمنوه عنها أعلاه، وذلك وفقا لما تقتضيه أحكام المادة 268 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لذا تعين رفض الوجهين المثارين لعدم تأسيسها، وبالنتيجة رفض الطعن [1].

الفرع الثاني : بالنسبة لميراثه:

إذا طلب الورثة من القاضي تقسيم تركة المفقود قبل صدور الحكم بموته فلا يستجيب القاضي لطلبهم، لأن المفقود يعتبر حيا ومال الحي لا يقسم. إذ تقضي القاعدة الفقهية أن المفقود بالنسبة لأمواله يعتبر حيا مدة فقده باستصحاب الحال حتى تقوم البينة على موته أو يحكم القاضي بموته، و بالتالي فان أمواله لا تقسم بين ورثته، بل تبقى على ملكه وتحفظ له حتى يتبين أمره، فان بقي أمر حياته من مماته مجهولا واستمر الحال على ذلك فان أمواله تبقى ملكا له إلى أن يصدر القاضي حكما بوفاته، و هذا ما قضت به المادة 115 من قانون الأسرة التي تنص على أنه:

(لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منه)ا[2].

والسبب في ذلك هو أن من شروط الميراث موت المورث حقيقة أو حكما، وهذا بناء على نص المادة127 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : (يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي).

وطالما أنه لم يصدر حكم بموت المفقود فهو يعتبر حيا، وبالتالي لا يورث.

كما أن في تقسيم مال المفقود بمجرد فقده مع احتمال أن يكون حيا إلحاق الضرر به،و الضرر مدفوع مطلقا، فيدفع عنه باعتباره حيا في حق نفسه استصحابا للحال، فان ظهر المفقود أخذ

[1] قرار رقم 435190 ، مرجع سابق، ص. 13

[2] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

ماله ، أما إذا تحققت موته أو صدر حكم بموته، فيرثه من كان وارثا له وقت تحقق الموت أو صدور الحكم بالموت.

أولا :أن يكون المفقود وارثا:

إذا كان المفقود وارثا خلال مدة فقدانه، فهل يستحق نصيبه من الميراث الذي كان يستحقه فيما لو كان حاضرا؟

قد أجاب المشرع الجزائري على هذا السؤال في نص المادة 133 من قانون الأسرة، و التي تقضي بما يلي : «إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون».

فعبارة " إذا كان الوارث مفقودا " تفيد أن المشرع قد وضع المفقود في مركز الوارث من الغير، بشرط أن لا يكون قد حكم بموته،فإن حكم بموته انتقل من مركز الوارث إلى مركز المورث، و هو ما أكدته المادة115 من قانون الأسرة التي تقضي بما يلي : (لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها).

ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري قد استصحب حياة المفقود خلال فترة الفقد، فلا تقسم أمواله و لا يرثه الغير، في حين يرث هو باعتباره حيا من الغير، و يكون المشرع بذلك قد تبنى رأي الجمهور من غير الحنفية فيما يتعلق بحجة استصحاب حياة المفقود، فهي تصلح حجة للدفع و النفي، فلا يورث و لا تقسم أمواله،كما تصلح كذلك حجة للاستحقاق والإثبات، وبالتالي يرث من غيره الذي توفي في مرحلة الفقد وحالات توريثه هي:

-أن يكون غير وارث بحال : وعندئذ تقسم التركة من غير توقف و مثال ذلك مات عن زوجة، ابن، أب، أخ مفقود، ففي هذه الحالة تقسم التركة على الأحياء، لأن الابن يحجب الإخوة مطلقا.

-أن يكون وارثا: وفي هذه الحالة إذا كان هو الوريث الوحيد فتوقف التركة صافية بأكملها لصالحه .أما إذا لم يكن الوريث الوحيد فإن شراح القانون الجزائري قد اختلفوا حول كيفية توريثه على رأيين :

ثانيا :كيفية توريثه:

الرأي الأول : يرى بتوريث المفقود على فرض حياته فقط.

الرأي الثاني : يرى بتوريثه على فرض حياته و مماته، وسنأتي إلى بيان كل رأي على حدا:

الرأي الأول :توريث المفقود على فرض حياته فقط : يبني أنصار هذا الرأي رأيهم على نص المادة 133 من قانون الأسرة، والتي تقضي باعتبار المفقود حيا، ما لم يحكم القاضي بوفاته، وبالتالي يحجز له نصيبه كاملا على هذا الفرض سواء كان يرث مع غيره أو يحجبهم حجب حرمان[1]، وهذا الرأي يجد سنده الشرعي عند الشافعية في وجه بعيد والحنابلة في رواية، من أن مسألة الميراث تحل على تقدير حياة المفقود في جميع الورثة و تقسم التركة على فرض حياته فقط، و حجتهم في ذلك أن المفقود كان حيا حكما قبل الحكم بموته، و الحياة هي الأصل سيما و أنه كان حيا عندما فقد و لا يحكم بموته إلا بعد انقضاء مدة من الزمن، وهذا يعني أنه كان حيا وقت موت مورثه، مما يفيد استحقاقه للإرث منه، ويوقف له هذا النصيب إلى حين الحكم بوفاته أو ظهور البينة على وفاته أو ظهوره حيا.

و رأي المشرع الجزائري كما يرى بعض الدارسون يجنبنا المسائل الاحتمالية في المفقود فيعامل معاملة الوارث العادي، وعلى هذا يتم حل مسائل ميراث هذا الأخير كأي مسألة عادية في الميراث [2].

[1]. الرشيد بن شويخ ، مرجع سابق، ص 143

[2] صالح جيجك، مرجع سابق، ص 185

و فيما يلي بعض أمثلة توريث المفقود وفق هذا الرأي:

مثال 01 : توفي شخص عن ابن مفقود و أب و أم و زوجة.

تحل المسألة كما يلي:

		أصل المسألة 24
زوجة	8/1	03
أب	6/1	04
أم	6/1	04
ابن مفقود	ع	13

يوقف نصيب الابن المفقود من التركة و هو 13 سهم.

مثال02 : توفيت امرأة عن زوج مفقود و أختين لأب و عم لأب.

تحل المسألة كما يلي:

		أصل المسألة 06	تعول إلى 07
زوج مفقود	2/1	03	03
أختين لأب	3/2	04	2+2
عم لأب	ع	0	0

يوقف نصيب الزوج المفقود من التركة و هو 03 أسهم.

الرأي الثاني :توريث المفقود على فرض حياته و مماته :يرى أنصار هذا الرأي أن حياة المفقود خلال فترة الفقد و حال وفاة مورثه مشكوك فيها و غير أكيدة ، ولذلك يرث المفقود منه على احتمال حياته و على احتمال وفاته[1]، وهذا الرأي يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من غير الشافعية في وجه بعيد والحنابلة في رواية، حيث قدروا النصيب الموقوف للمفقود بإتباع الطريقة التالية:

1-حل المسألة على فرض أن المفقود حي.

2-حل المسألة على فرض أنه ميت.

3-الموازنة بين أنصبة الورثة الذين يرثون معه، و يؤخذ بالأنصبة الأقل من تقدير حياة المفقود أو موته، فمن نقص حقه بحياة المفقود قدر في حقه حياته و من نقص حقه بموت المفقود قدر في حقه موته، و من لم يختلف نصيبه بحياته و موته أعطي نصيبه كاملا و من حجب منهم بحياة المفقود لم يعطى شيئا حتى يحكم القاضي بموته أو تظهر البينة على وفاته.

و فيما يلي جملة من الأمثلة التي تبين طريقة احتساب نصيب المفقود حسب هذا الرأي:

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء 02 ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، 2002 ،من ص 202 إلى ص 205 .

مثال : 01 توفي شخص عن ابن مفقود و أب و أم و زوجة

تحل المسألة كما يلي:

أ-على فرض حياة المفقود:

		أصل المسألة 24
زوجة	8/1	03
أب	6/1	04
أم	6/1	04
ابن مفقود	ع	13

ب-على فرض موت المفقود:

		أصل المسالة 4
زوجة	4/1	01
أب	ع	02
أم	3/1 باقي بعد نصيب الزوجة	01
ابن مفقود		0

لتوحيد الأصول بين المسألتين نجد المضاعف المشترك الأصغر للمسألتين فنضرب :الثانية في 06

على فرض الحياة:

	أصل المسألة 24
زوجة	03
أب	04
أم	04
ابن مفقود	13

على فرض الموت:

		6*
زوجة	01	06
أب	02	12
أم	01	06
ابن مفقود	0	0
		أصل المسألة 24

يأخذ كل واحد النصيب الأقل بين الاحتمالين يصبح:

زوجة	03
أب	04
أم	04
ابن مفقود	13 توقف للمفقود

مثال : 02 توفيت امرأة عن زوج مفقود و أختين لأب و عم لأب.

تحل المسألة كما يلي:

أ- على فرض حياة المفقود:

		أصل المسألة 6	تعول إلى 7
زوج مفقود	2/1	03	3
2 أخت لأب	3/2	04	2+2
عم لأب	ع	0	0

على فرض موت المفقود:

		أصل المسألة 3
زوج مفقود	0	0
2اخت لأب	2	1+1
عم لأب	1	1

لتوحيد المسألتين نضرب الأولى في 03 و الثانية في 07 فيكون الأصل21

على فرض الحياة:

		3*
زوج مفقود	03	09
2اخت لأب	2+2	06+06
عم لأب	0	0
		أصل المسألة 21

على فرض الموت:

		7*
زوج مفقود	0	0
2اخت لأب	02	14
عم لأب	01	07
		أصل المسألة 21

يأخذ كل واحد النصيب الأقل بين الاحتمالين:

زوج مفقود	09 توقف للمفقود
2اخت لأب	6+6
عم لأب	0

من خلال ما سبق نستنتج أن مسألة ميراث المفقود خلال فترة الفقد تتجزأ إلى ثلاث مسائل هي:

الأولى: المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل باستصحاب حياة المفقود و حجية هذا الاستصحاب في الاستحقاق في نص المادة 133من قانون الأسرة . رغم الخلاف القائم بين فقهاء الشريعة .

الثانية : طريقة تقدير نصيب المفقود من ميراث غيره،المشرع الجزائري لم يفصل فيها بنص خاص و هذه مسألة خلافية بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وشراح القانون الجزائري انقسموا بين من يرى بتوريثه على فرض حياته فقط، وبين من يرى بتوريثه على فرض حياته ومماته و نرى

بترجيح الرأي الأول، وذلك على اعتبار انه وفق إلى حد كبير في تفسير نية المشرع في اعتماد ما ذهب إليه الحنابلة في رواية و الشافعية في وجه بعيد بشأن كيفية تقدير نصيب المفقود من ميراث غيره، حيث يقدر على فرض الحياة فقط. ولأن ذلك يتماشى وروح نص المادة 133 من قانون الأسرة التي أكدت على حياة المفقود خلال فترة الفقد.

الثالثة :وقف نصيب المفقود إلى غاية ظهوره حيا أو ظهور بينة قطعية على وفاته، أو صدور حكم يقضي بموته الحكمي، وهي مسألة متفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، والمشرع لم يشر إليها بنص خاص، و شراح القانون الجزائري اتفقوا على اعتماد ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا المجال[1]. فيما يتعلق بوقف نصيب المفقود لم يوضح المشرع الجزائري هذه المسألة بنص خاص و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكامها، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يختلفوا بخصوص هذه المسألة فلابد من أن يبقى ذلك النصيب موقوفا حتى يظهر حال المفقود أو يقضي القاضي بموته.

المطلب الثاني:أثر الحكم بالفقدان على زوجة المفقود:

تستمر العلاقة الزوجية بعد الحكم بالفقدان ، و تبقى قائمة ، فيثبت بذلك للزوجة حقين:

–الحق في النفقة.

–الحق في طلب التطليق.

[1] نوي عبد النور مرجع سابق ص176

الفرع الأول : الحق في النفقة:

إن إنفاق الزوج على زوجته وأولاده واجب شرعي وقانوني فمن الناحية الشرعية قوله تعالى: وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ [1]

وقوله تعالى :لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾ [2].

وعن جابر بن عبد الله أن الرسول صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبة الوداع :[3] (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

وقد أذن صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان بالأخذ من مال زوجها، بقوله لها : (خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف)[4] .

كما نص المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة على أنه: (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78و79 و80 من هذا القانون). [1]

[1] سورة البقرة الآية 228
[2] سورة الطلاق الآية 07
[3] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص. 184
[4] يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 68

لزوجة المفقود الحق في النفقة من ماله إذا ما أثبتت وجود علاقة زوجية قائمة بينهما بموجب عقد صحيح ، فتنفق الزوجة من مال المفقود ، و إن أنفقت من مالها على نفسها يكون ذلك بمثابة دين في ذمة زوجها .

بناء على ما سبق يحق للزوجة أن ترفع دعوى النفقة ، و يقضي لها القاضي بذلك بعد التأكد من وجود مال لدى زوجها المفقود، و ليس له أن يأمر ببيع العقارات بل له أن يأمر بنفقة الزوجة من إيجار هذه العقارات ، وقد حدد قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 78 عناصر النفقة فهي تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج, و السكن أو أجرته و كل ما هو من الضروريات في العرف و العادة .

الفرع الثاني : الحق في طلب التطليق:

نصت المادة 112 من قانون الأسرة على ما يلي:«لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة53 من هذا القانون ».

وبالرجوع إلى نص المادة53 من نفس القانون نجدها تقضي بما يلي:

«يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1 – عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج،مع مراعاة المواد 78 79 80 من هذا القانون.

2 – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3 – الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4 – الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية .

[1]أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

7 - ارتكاب فاحشة مبينة.

8 - الشقاق المستمر بين الزوجين .

9 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10 - كل ضرر معتبر شرعا . »

من خلال نصي المادتين السابقتين نستنتج أن طلب التطليق لزوجة المفقود، هو حق كفله المشرع الجزائري لها وهو طريق من طرق فك الرابطة الزوجية ، أو هو إعطاء الزوجة رخصة في إمكانية فك الرابطة الزوجية، ولكن ليس بإرادتها المنفردة بل عن طريق القاضي بعدما تقوم هي بتقديم الأسباب والعلل الشرعية التي تجعلها تطالب بهذا الطلب.[1]

و قد حددت المادة 53 من قانون الأسرة هذه الأسباب ، وجعلت الغيبة التي مدتها سنة بدون عذر ولا نفقة سببا من هذه الأسباب.

فالمشرع الجزائري استمد هذا السبب من مذهب الإمام مالك والذي يوافقه فيه الإمام أحمد[2] واللذان أجازا للزوجة طلب التطليق دفعا للضرر بسبب الغيبة، ومؤدى ذلك أن الزوجة لا تستطيع الصبر على بعد زوجها مدة طويلة، وقد تخشى على نفسها الوقوع في الحرام ،لكن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج بدون عذر شرطا آخر لإيقاع التطليق وهو عدم ترك الزوج لمال تنفق الزوجة منه[3] . مع أن الإمام مالك قد أقر الحق في التطليق لغيبة الزوج حتى وان كان لها مال تنفق منه، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع ثلاث شروط ليحكم القاضي بالتطليق للغيبة وهي:

[1] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء، الجزائر، دار الهدى، دون طبعة، 2007 ، ص 54

[2] حسن حسنين، مرجع سابق، ص03

[3] باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 4

1- أن تستمر الغيبة لمدة سنة.

2- أن تكون بغير عذر مقبول.

3- أن لا يكون للزوجة مال تنفق منه.[1]

و ذلك لأن غياب الزوج عن زوجته لمدة سنة سواء في بلده أو في غيرها يوقع في نفسها الوحشة لدرجة تخشى معها على نفسها الفتنة.[2] وحتى يستجيب القاضي لطلب التطليق لابد أن يكون هذا الغياب لغير عذر مقبول ، فإذا كانت الغيبة لطلب العلم أو لممارسة تجارة أو لكون الزوج يعمل في الخارج أو مجندا في مكان بعيد أو غير ذلك فتكون غيبته بعذر مقبول ولا يسوغ للزوجة طلب التطليق[3].

كما يجب أن لا يكون للزوجة مال تنفق منه، بمعنى أنه حتى ولو تغيب الزوج عن زوجته لمدة سنة بدون عذر وترك لها مال تنفق منه، فلا يجوز لها في هذه الحالة طلب التطليق.

وما نلاحظه على نص المادة 53 أنها لم تحدد المقصود" بالعذر المقبول"، وحسب رأينا الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي وفق معطيات كل ملف وظروف الزوج وعادات وتقاليد المجتمع.

كما أن نص المادة لا يصلح أن يطبق على مفهوم الغيبة المقصود في المادة 110 من نفس القانون سواء تعلق الأمر بالمفقود أو تعلق بالغائب ، ذلك أن الغيبة المقصودة في نص المادة 53 تخص الغائب الذي تعلم حياته وكان غيابه بدون عذر مقبول تسبب في إحداث ضرر للزوجة، مما استوجب تطليقها بناءا على طلبها، في حين الغيبة المقصودة في المادة 110 من نفس القانون تخص المفقود والغائب اللذان كان غيابهما بعذر مقبول وتسبب غيابهما في إحداث ضرر للزوجة، وهنا إذا طبقنا المادة 53 فلا يحكم القاضي بالتطليق على

[1] عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، الجزائر، دار الهدى، دون طبعة، دون . سنة نشر، ص 157
[2] أحمد نصر الجندي، إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية، مصر، دار الكتب القانونية، دون طبعة، 2005 ، ص149
[3] باديس ذيابي، المرجع السابق، ص5 4

اعتبار أن الضرر الواقع على الزوجة كان بسبب عذر مقبول، وهو القوة القاهرة بالنسبة للغائب، والجهل بحال الشخص بالنسبة للمفقود.

وبالتالي فإنه لا مجال لتطبيق نص المادة 112 من قانون الأسرة التي أحالت على نص المادة 53 /5على ما سبق بيانه، ونقترح أن يتم تعديل النص الأول بالإحالة على الفقرة العاشرة التي تجيز للزوجة طلب التطليق نتيجة كل ضرر معتبر شرعا[1]، حيث أن المشرع الجزائري في هذه الفقرة أورد شرطا عاما عندما لم يبين المقصود بالضرر المعتبر شرعا، ويترك الأمر لاجتهاد القاضي الذي له سلطة تقديرية في هذا المجال[2] ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها في الملف رقم: 222134 بتاريخ : 1999/05/15 عن غرفة الأحوال الشخصية، والذي جاء فيه: (كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[3]) .

وعمومية الشرط الذي اعتمده المشرع الجزائري في هذا المجال ينسجم مع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا أن الفقد والغياب يرتبان ضررا يجيز للزوجة طلب التطليق وذلك على اعتبار أن هذه الأخيرة تدخل في حكم الغير المتضرر من غياب المفقود حسب نص المادة 110 من قانون الأسرة وان لم يقصد هذا الأخير الإضرار بها.

وفي هذا السياق يقول الدكتور الرشيد بن شويخ أن طلب التطليق استنادا للفقرة 5 من المادة 53لا يستقيم في حالة المفقود لأنه في الغالب الأعم قد يكون مغدورا، كما أن حكم الفقد لا يصدر إلا بعد مرور سنة على الأقل من الغياب، ولذلك كان على المشرع أن لا يحيل إلى هذه الفقرة [4] ويرى الدكتور عبد الفتاح تقية أن طلب التطليق المؤسس على الفقرة 5 من

[1] نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية و الاجتماعية، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 2000- 2001 ص 61

[2] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيه ، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1 2000- 2001 ص 5

[3] فضيل العيش ،قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاة المحكمة العليا مع تعديلات 2005 ،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، دون سنة نشر، ص 52

[4] الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،الجزائر ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى. 2008 ، ص 201

المادة 52 سببه هو معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجته، بينما التطليق المشار إليه في نص المادة 112 سببه هو دفع الضرر الواقع بالزوجة و الناتج عن غياب زوجها وليس حمايتها من الإضرار بها، ومن هنا يظهر الفرق جليا بينهما من حيث الأحكام ومن حيث معيار ضابط اختلاف السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة[1].

وعليه فان زوجة المفقود تستفيد حسب رأينا من أحكام الفقرة 5 و 10 من المادة 53 من قانون الأسرة، بحيث تؤسس دعوى التطليق على الفقرتين معا إذا لم يترك لها مالا تنفق منه،أما إذا ترك لها مالا تنفق منه وأرادت التطليق ففي هذه الحالة تؤسس دعواها على الفقرة 10 فقط.

أما فيما يخص تربص زوجة المفقود فهو ليس بالعدة ولا يخص الزوج و إ نما هو خاص بالزوجة، وفي هذه الحالة زوجة المفقود التي تنتظر مدة زمنية لتبدأ بعدها العدة الشرعية التي هي عدة الوفاة، وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يذكر صراحة مصطلح التربص في المواد المنظمة للمفقود لكنه ضرب أجلا للحكم بوفاة هذا الأخير وذلك في نص المادة 113من قانون الأسرة، وهي أربعة سنوات بالنسبة لحالات الفقد التي تكون في ظل الحروب والحالات الاستثنائية، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية بعد مرور أربع سنوات.

معنى ذلك أن زوجة المفقود تتربص أربع سنوات في الحروب والحالات الاستثنائية، وتزيد على ذلك في الحالات التي تغلب فيها السلامة المقدار الذي يحدده القاضي حسب ظروف الحال، والقاضي هنا يحكم بما يغلب على ظنه فينظر في حال أقران المفقود وحسب مقتضيات الزمان والمكان وظروف الغيبة، وفي أي وقت رأى المصلحة، حكم بموته وفيما يخص النصوص الخاصة المتعلقة بمفقودي فيضانات باب الواد و زلزال بومرداس لم تضرب أجلا لتربص الزوجة ولم تشترط مدة زمنية للحكم بوفاة المفقود[2]، وحتى بالنسبة للمرسوم المتعلق

[1] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دكتوراه دولة في القانون ،. كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، ص 250

[2] الأمر 03 - 06 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003 و الأمر 02 - 3 0 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 المواد 2 و 3

بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الذي حدد أجل 6 أشهر من تاريخ تسليم محاضر المعاينة والإثبات كحد أقصى لرفع دعوى الحكم بالوفاة يرتب نفس الحكم، فكل هذه النصوص تبيح لزوجة المفقود أن تطلب الحكم بوفاته بمجرد تسلمها لمحضر المعاينة والإثبات الذي قلنا بشأنه فيما سبق أنه يقوم مقام الحكم بالفقد.

وبالتالي لا يمكن في هذه الحال وبمقتضى كل هذه القوانين الحديث عن وجود فترة تربص. وجدير بالذكر أن مدة الأربع سنوات قد استلهمها المشرع الجزائري من فقهاء المالكية والحنابلة[1]، والحكمة من ضرب هذا الأجل هي:أنها المدة التي تستغرق في السؤال في أنحاء دار الإسلام والتي يستطيع خلالها رسول الحاكم السؤال عن المفقود في جميع البلاد الإسلامية، ولو كان حيا يسمع خبره.

كما أخذ المشرع الجزائري عن فقهاء المالكية حكم عدم وجوب تربص زوجة المفقود في الظروف الاستثنائية المتعلقة بمفقودي فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس وضحايا المأساة الوطنية، حيث رأوا هذا الرأي عند حدوث الفقد في زمن المجاعة أو الوباء أو الفتن، بحيث لم يضربوا أجلا لمن فقد في مثل هذه الظروف لغلبة الظن على هلاكه[2].

أما في وقتنا الحاضر ونظرا لتطور وسائل الاتصال الحديثة فقد أصبح من السهل تقصي ومعرفة حال الغائبين في وقت أقل من أربع سنوات، كما أن مدة الحمل تكون غالبا في مدة أقصاها 10 أشهر، وقد اخذ المشرع الجزائري بها في نص المادة 42 من قانون الأسرة، ولهذا نرى أنه من الأحسن لو يترك أمر تحديد مدة تربص الزوجة لتقدير القاضي حتى بالنسبة لحالات الفقد في ظل الظروف الاستثنائية على أن لا تتعدى مدة الأربع سنوات.

[1] حاشية الدسوقي، الجزء 2، مرجع سابق، ص 482
[2] حاشية الدسوقي، الجزء 2، مرجع سابق، ص 483

الفصل الثـانـي:

القواعد الإجرائيـة والموضوعيـة للحكم بمـوت المفقـود وآثارها

تمهيد :

إذا لم يظهر الشخص المحكوم بفقدانه بعد مدة زمنية محددة قانونا يحكم بموته بناء على طلب الورثة ،أو النيابة العامة أو ذي مصلحة ، و يتم تسجيل الحكم بموت المفقود بسجلات الحالة المدنية ،أي تسجيل المنطوق في سجل عقود الوفيات ، و على هامش عقد زواجه إن كان متزوجا و على هامش عقد ميلاده ، بينما الحكم بالفقدان فلا يخضع لهذه الإجراءات. و تترتب عن الحكم بموت المفقود آثارا قانونية نبينها بعد التطرق إلى القواعد الخاصة التي تحكم دعوى موت المفقود، و تميزها عن دعوى الفقدان. وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول دعوى الحكم بموت المفقود وذلك من خلال الإجراءات الخاصة بقانون الحالة المدنية وقانون الأسرة ،إضافة إلى تلك المنصوص عليها في القوانين الاستثنائية. وفي المبحث الثاني قمت بإبراز الآثار المترتبة على الحكم بوفاة المفقود من جانبين الجانب الأول على أمواله والثاني على زوجته .

المبحث الأول:دعوى الحكم بموت المفقود:

لدعوى موت المفقود إجراءات خاصة بها يجب احترامها فهي لا تختلف عن دعوى الفقدان من حيث الجهة القضائية المختصة نوعيا أو إقليميا، ولا من حيث أطراف الخصومة فالأطراف التي أعطى لها المشرع الحق في رفع دعوى الفقدان هي نفسها التي يحق لها رفع دعوى موت المفقود سواء في قانون الأسرة أو في القوانين الخاصة وسنتطرق في هذا الجانب بشيء من التفصيل .

المطلب الأول : الإجراءات الخاصة بقانون الحالة المدنية وقانون الأسرة:

تتمثل إجراءات رفع دعوى موت المفقود في قانون الأسرة في تحديد أطرا ف الدعوى الذين يحق لهم تقديم الطلب مع مراعاة الاختصاص النوعي والإقليمي، هذه الإجراءات الخاصة بالاختصاص نص عليها قانون الحالة المدنية.

الفرع الأول : الاختصاص:وينقسم إلى اختصاص نوعي واختصاص إقليمي

أولا : الاختصاص النوعي:

ترفع دعوى موت المفقود أمام قسم شؤون الأسرة لأن هذه المسألة لتعلقها بإنهاء الشخصية القانونية للمفقود وما يترتب عنها من آثار تتدرج ضمن قسم الأحوال الشخصية.

لكن البعض يرى أن إثبات وفاة المفقود يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب من النيابة العامة أو لكل من له مصلحة إلى رئيس المحكمة لاستصدار الحكم في هذا الأمر بعد إجراء التحقيقات التي يراها لازمة وضرورية لإثبات حالة الفقدان النهائي والحكم بالوفاة قضائيا[1]

[1] شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 01 ،2014-2015 الجزائر، 2014

وهذا ما قضت به المادة 89 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية [1] :

(يجوز التصريح قضائيا. بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر

بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنيين.كما يجوز أيضا التصريح قضائيا بوفاة كل أجنبي أو كل عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر).

و المادة 90 التي تنص على:(عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الدولة يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة). لكن المعمول به في المحاكم هو أن هذه الدعاوي تكون أمام قسم شؤون الأسرة، وبالتالي فإن الرأي الأول هو المرجح.

ثانيا : الاختصاص الإقليمي :

نصت المادة 91 من قانون الحالة المدنية على :(يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة.إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة للأجانب فان الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية.

إذا لم يتوفر غير ذلك فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة.

إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة، فإلى محكمة مدينة الجرائر). [2]

– الجهة القضائية المختصة محليا بنظر دعوى الحكم بموت المفقود محكمة مكان الولادة.

أما المولودين في الخارج من أصل جزائري وكذا الأجانب، فيقدم الطلب إلى

محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية ولا يقبل طلب الحكم بالوفاة إلا إذا ثبت فقد الشخص في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية

[1] الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية مرجع سابق مادة 89

[2] الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية نفس المرجع السابق مادة 91

فإذا لم يتوفر لديه عنوان واضح فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة إقليميا .

أما إذا شمل الفقدان عدة أشخاص في نفس الحادث كحوادث الحروب والكوارث البحرية أو الجوية أو الزلازل ، فالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفقدان هي المختصة بالنظر في الدعوى فإن لم توجد ينعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر حيث تتولى هذه الأخيرة التحقيق في ظروف الحادث وآثاره ثم تحكم افتراضيا بوفاة الأشخاص المفقودين بحكم واحد وذلك يضمهم جميعا[1].

الفرع الثاني : أطراف الدعوى :

منح المشرع الجزائري الحق في رفع دعوى إثبات وفاة الشخص المفقود لنفس الأطراف التي لها الحق في رفع دعوى الفقد وهذا من خلال نص المادة 114 من قانون الأسرة التي تقضي بالحكم بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة[2]، فقد أعطت صفة رفع هذه الدعوى للورثة ولكل من له مصلحة وللنيابة العامة.ولم تشترط أن ترفع دعوى الحكم بموت المفقود من نفس الشخص الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان . كما نصت المادة 89 من قانون الحالة المدنية : (يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري بناءا على طلب من وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين). [3]

[1] شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص.34.

[2] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

[3] أمر رقم 70 20 مؤرخ 19 فبراير 1970 ، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 08 مؤرخ في 09.غشت 2014 ، جريدة رسمية عدد 49 ، صادر في 20 غشت سنة 2014

الفرع الثالث : المدة اللازمة للحكم بوفاة المفقود

تنص المادة 113 من قانون الأسرة 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]

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المدة الواجب انقضاؤها من اجل الحكم بموت المفقود تختلف بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص، وهي إما حالة يغلب فيها الهلاك وإما حالة تغلب فيها السلامة، ويكون حساب المدة كالآتي:

أولا : الحالة التي يغلب فيها الهلاك:

حكم القاضي بموت المفقود أمر جوازي وذلك بعد التحري ومتابعة مسألته بكل جدية وحزم، ورغم ذلك فقد يجوز للقاضي أن يحكم عند بلوغ المفقود مدة فقده أربع سنوات أو ينتظر مدة أخرى بعدها باعتبار أن النص لا يلزم القاضي بالأربع سنوات حتى في الظروف الطارئة والاستثنائية أو الحروب لاستعماله عبارة" يجوز"فيكون الأمر موكل للقاضي، وقد اختلفت الجهات القضائية في كيفية حساب هذه المدة، بحيث اعتبر البعض أن بداية حساب المدة يكون من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، بينما يرى البعض الآخر أن مدة أربع سنوات تحسب من يوم إجراء البحث والتحري الذي أثبت فقدان الشخص، ولقد صدر قرار عن المحكمة العليا يخص هذه المسألة ملف رقم: 118621 بتاريخ:1995/05/02 .

جاء في إحدى حيثياته أنه" :حيث أن قضاة الموضوع فعلا قد أخطأوا في تطبيق القانون خاصة في المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة، لأنه لا يمكن إصدار الحكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبله حكم بالفقد، ولا يجوز بأية صفة من الصفات الحكم بالفقد

[1] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة نفس المرجع

والموت في آن واحد، وذلك لوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في قانون الأسرة[1].

ولقد استمر الوضع على هذا الحال إلى غاية صدور قرار آخر للمحكمة العليا المؤرخ في 2002/04/10ملف رقم 290808 والذي جاء في حيثياته أنه" :حيث أنه فعلا بالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 113 من قانون الأسرة وأيدوا الحكم المستأنف في حين أن هذه المادة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية وهما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه.[2]

ويتبين من خلال هذا القرار أن مدة الأربع سنوات التي نص عليها المشرع يبدأ حسابها من يوم ثبوت الفقدان بالتحري وليس من تاريخ صدور الحكم بالفقدان بالتالي نرى أن المحكمة متناقضة في مسألة تحديدها للوقت الذي يبدأ منه حساب مدة الأربع سنوات اللازمة لصدور الحكم بموت المفقود.

ثانيا : الحالات التي تغلب فيها السلامة:

إن اختفاء المفقود المفقود في ظروف عادية كالسفر للعمل أو التجارة أو طلب العلم أو الحج أو السياحة، حيث يرجح احتمال سلامته، فذلك يرجع للسلطة التقديرية للقاضي، وما يراه من أدلة تثبت موته أو عدمها أو مشكوك فيها، وبالتالي وجب التريث حتى تظهر أدلة جديدة قاطعة على وفاته .[3]

ونجد أن قانون الأسرة أخذ برأ ي الحنفية والحنابلة معا، فأخذ بمذهب الحنفية من حيث ترك تقدير مدة الحكم بموته إلى أمر القاضي، حسب ما يتبين لديه من أدلة وإثباتات.وأخذ برأي

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 118621 قرار بتاريخ 02 ماي 1995
. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2005
[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 290808 قرار بتاريخ 10 أفريل 2002
المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2003
[3] إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص90 .

الحنابلة من حيث أنهم فرقوا بين الحالة التي يغلب فيها الهلاك وعدمه، فعند حالة الهلاك كالحالات الاستثنائية، وحالات الطوارئ والحروب وغيرها، هنا قالوا يجوز للقاضي أن يحكم بموته بعد أربع سنوات من فقده.أ ما في الحالة التي تغلب عليها السلامة فيفوض الأمر إلى القاضي حسب ما تتوفر لديه من حجج وبراهين، تثبت صحة موته من عدمها.[1]

المطلب الثاني:الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القوانين الاستثنائية:

نظم المشرع الجزائري أحكاما قانونية استثنائية من اجل ظروف خاصة تميزت ببساطة إجراءاتها وقصر آجالها مقارنة بالقوانين العادية لاستدراك ما قد ينجم عنها ومن أمثلة ذلك الأمر رقم 06-01 : المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية و الأمر رقم 03 02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات باب الواد و القانون رقم 06 03 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس.

الفرع الأول:الأمر رقم 06-01 : المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية:

نصت المادة 32 من قانون المصالحة الوطنية على أنه" :(يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناءا على طلب أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة. يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى)[2].

من خلال نص المادة فالأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود هم نفس الأشخاص الذين خول لهم قانون الأسرة والقوانين الاستثنائية الأخرى، الحق في رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود.كما حددت آجال لرفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة وهو ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان وهذا طبقا لنص المادة 31 من نفس الأمر

[1] دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 194
[2] أمر رقم 06 01 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مرجع سابق.

والتي تنص على : (يجب على الأشخاص المذكورين في المادّة30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان)[1].

كما نصت المادة 30 من نفس الأمر على ما يلي:(يصرّح بموجب حكم قضائي بوفاة كلّ شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكلّ الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى.[2]

تعدّ الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث. ويسلّم 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 الرّسميّة).

من خلال المادة 30 :يتم التصريح بوفاة الشخص المفقود بموجب حكم قضائي بالاعتماد على محضر معاينة فقدان تعده الشرطة القضائية.ولا بد من تسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية لبلدية مكان الولادة، ويشار إليه في هامش وثيقة ميلاد المفقود.

الفرع الثاني :الأمر رقم 02-03: الخاص بمفقودي فيضانات باب الواد :

نصت المادة 2 من الأمر 02-03:(بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 :

1-يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات10نوفمبرسنة2001 ولم يظهر له اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية.

2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم

[1] أمر رقم 06 01. مرجع سابق .
[2] أمر رقم 06 01 نفس المرجع.

هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى اربعة4 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة .

3-يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب من احد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

4-يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في اجل شهر واحد وتفصل المحكمة العليا في اجل لا يتعدى ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها.

5-تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب احد الأشخاص المذكورين في الفقرة 2 أعلاه.

6-تتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية.
يتم التصريح بوفاة المفقود في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى) [1].
ترفع دعوى الحكم بالوفاة بناء على طلب من أحد الورثة أو كل من له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة وهذه الأطراف هي نفس الأطراف التي لها حق رفع دعوى الفقدان ودعوى الموت في قانون الأسرة وبذلك لم يخرج المشرع هنا عن القواعد العامة الواردة في المادة 99 من قانون الأسرة، كما ترفع هذه الدعوى أمام قسم الأحوال الشخصية.

ويتم التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي، وهذه القاعدة تتفق أيضا مع القواعد العامة،ويكون هذا الحكم ابتدائيا ونهائيا[2].

كما تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناء على طلب أحد الورثة أو كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة الثانية.

[1] الأمر رقم 02-03: الخاص بمفقودي فيضانات باب الواد مرجع سابق
[2] شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص.35

وما يمكن ملاحظته أن المدة اللازمة للحكم بموت المفقود شهر، هذا الأجل الممنوح للقاضي قصير جدا مقارنة بالقواعد العامة، وكذلك مقارنة بالأجل الممنوح للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد، وكأن حكم القاضي في هذا الوضع هو مجرد إجراء شكلي لا بد من إتمامه وأن العمل هنا يجري أساسا بمعرفة الشرطة القضائية، مع أن الأمر في غاية الأهمية كونه يتعلق بالوفاة، مما يستوجب من القاضي القيام بجهد جدي في التحقيق وعدم الاكتفاء بمجرد الموافقة على ما قامت به الضبطية القضائية، ويمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد من صدوره ، وتفصل المحكمة العليا.في أجل لا يتعدى ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها .

وأخيرا يتم قيد الحكم القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدينة عن طريق النيابة العامة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المواد المنصوص عليها في هذا الأمر يجب احترامها ولا يمكن تجاوزها فالخاص يقيد العام ولا يلغيه.

الفرع الثالث:القانون رقم 03-06 :الخاص بمفقودي زلزال بومرداس:

نصت المادة 2 من القانون رقم 03-06:(بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه

1-يصرح متوقي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي اثر ولم يعثر على جثته بعد التحري لجميع الطرق القانونية

2-تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى ثمانية 8 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

3-يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب من احد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه .

4-يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في اجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور الحكم .

تفصل المحكمة العليا في اجل لا يتعدى ثلاثة 3 أشهر من تاريخ رفع الطعن أمامها.

5- تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب احد الأشخاص المذكورين في الفقرة 2 أعلاه .

6- تتولي النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية) .[1]

بالنسبة لمفقودي زلزال بومرداس أيضا ترفع الدعوى بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة وهذا بناء على الفقرة الثالثة من المادة سالفة الذكر ويفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي نهائي. كما تمنح المساعدة القضائية، بقوة القانون بناء على طلب أحد الأشخاص المذكورين أعلاه.

كما أن المدة اللازمة للحكم بموت المفقود بالنسبة لمفقودي الزلزال هي نفس المدة المطبقة على مفقودي الفيضان المتمثل في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى . وطبقا للفقرة السادسة من المادة الثانية من هذا القانون .

وأخيرا يتم قيد الحكم القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدينة عن طريق النيابة العامة.

المبحث الثاني :الآثار المترتبة على الحكم بالوفاة:

تنتهي الشخصية القانونية للمفقود بصدور الحكم بوفاته ويعامل معاملة الميت وقد رتب قانون الأسرة الجزائري جملة من الآثار، سواء بالنسبة لأمواله المفقود أو بالنسبة لزوجته وقد

[1] القانون رقم 03-06 :الخاص بمفقودي زلزال بومرداس ،مرجع سابق

قمت بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين : أولهما: اثر الحكم بموت المفقود على أمواله قسمته إلى جزأين : الجزء الأول خصصته لانتقال أمواله إلى ورثته والجزء الثاني لأثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته على أمواله. أما الفرع الثاني فقد عنونته :اثر الحكم بموت المفقود على زوجته و قسمته إلى جزأين : الجزء الأول : عدتها أما الثاني : اثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته على زوجته .

المطلب الأول : آثار الحكم بموت المفقود على أمواله :

إن الحكم الصادر بموت المفقود هو حكم منشئ للموت، لأن القاضي لا يحكم به إلا بعد التحري بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته، لذا سنقوم بدراسة آثار الحكم بموت المفقود على أمواله في قانون الأسرة و في القوانين الاستثنائية .

الفرع الأول :آثار الحكم بموت المفقود على أمواله في قانون الأسرة :

أولا: إذا كان للمفقود ورثة :

إن الحكم بموت المفقود يرتب انتقال أمواله الخاصة إلى الورثة وتوزيعها بينهم على أساس أنها ميرا ث لهم، على شرط أن تثبت حياتهم وقت الحكم بوفاته، لأن المفقود يعتبر ميتا بداية من يوم صدور الحكم بالوفاة أما ورثته الذين ماتوا بعد فقده أي بعد صدور الحكم المثبت للفقدان وقبل صدور الحكم بوفاته فلا يرثون، وقد أكد المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 115 قانون الأسرة التي تنص على : (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها)[1] .

أما بالنسبة لحقوق المفقود في أموال الغير، فقد يكون للمفقود نصيب في تركة الغير باعتباره وارثا أو موصى له، أما إن كان ميتا بصدور حكم من القاضي فإن تلك

[1] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق

الأموال تعود إلى مستحقيها، والعبرة في ذلك بالموجود منهم وقت موت المورث أو الموصي وليس وقت الحكم باعتبار المفقود ميتا.

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

ونشير في الأخير إلى أنه إذا كان المفقود هو امرأة متزوجة، وانتظر الزوج إلى حين صدور حكم قضائي بموتها فيكون له الحق في ارثها لوجود سبب الإرث وهو الزوجية[1] ، أما إذا لم ينتظر الحكم بوفاة المفقودة وطلقها بغرض الزواج من أخرى وهذا في حالة إذا كان متزوجا من أربعة المفقودة أحداهن، ففي هذه الحالة لا ارث له من المفقودة إن حكم بموتها لعدم وجود سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة وهو الزوجية[2].

ثانيا : **إذا لم يكن للمفقود ورثة:**

بناءا على نص المادة 773 من القانون المدني : (تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم). إذا مات المفقود عن غير وارث فإن أمواله تعتبر ملكا من أملاك الدولة[3].

كما نصت المادة 180 من قانون الأسرة في الفقرة الأخيرة على أنه :(...فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام،فان لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة).[4]

[1] المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، المرجع السابق، ص 109
[2] .المغاوري نفس المرجع، ص 110
[3] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005
[4] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، نفس المرجع

فإذا لم يكن للمفقود ورثة سواء أصحاب الفروض أو العصبة أو ذوي الأرحام ، آلت التركة للخزينة العامة[1]، وهذا معناه أن التركة لكي تؤول للخزينة العامة لابد من توافر شروط:

1-انعدام من يرث بالتعصيب وصاحب الفرض النسبي :فإذا وجد أي من هؤلاء كانت له التركة إما تعصيبا وإما فرضا وردا.

2-انعدام من يرث من ذوي الأرحام مطلقا :فمتى وجد من يرث من ذوي الأرحام سواء لوحده أو مع أحد الزوجين كانت له إما التركة كاملة أو ما بقي منها بعد نصيب أحد الزوجين.

3- انعدام أحد الزوجين :فإذا انعدم من يرث بالفرض والتعصيب ومن كان من ذوي الأرحام ولكن وجد أحد الزوجين كانت له التركة كاملة فرضا وردا[2].

فإذا انعدم كل هؤلاء نكون أمام شغور مطلق تجاه التركة، والخوف من ضياع المال،يحتم علينا القول بميراث الخزينة. وتأخذ هذه الأخيرة المال على أساس أنه من الضوائع التي لا يعرف لها مالك، وليس على أساس أنها وارث، ويكون المال حقا لجميع المسلمين في الجزائر، فينفق في المصالح العامة للدولة . كما نصت المادة 51 من القانون رقم 90-30 مؤرخ في 14 جمادى الأول عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية معدل ومتمم القانون رقم 08-14 مؤرّخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20يوليو سنة 2008 :(إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفى مالكه دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة به، بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا،أمام الهيئات القضائية المختصة، بحكم يصرح بانعدام الوارث يصدر حسب الشروط والأشكال السارية على الدعاوى العقارية و يتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة، و يترتب على الحكم، بعد أن يصبح نهائيا، تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني.و بعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح انعدام الوارث

[1] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق
[2] محمد محده، ، التركات والمواريث، دار الفجر، القاهرة، طبعة أولى، . 2004 ،ص 55

يمكن القاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط و الأشكال المقررة في القانون و التصريح بتسليم أموال التركة كله).[1]

الفرع الثاني :آثار الحكم بموت المفقود على أمواله في القوانين الاستثنائية :

من خلال استقرائنا لنصوص الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضانات في نص المادة 3 : (يخول الحكم القاضي بوفاة المفقود المذكور في المادة 2 أعلاه الحق في كل الآثار القانونية المنصوص عليها في التشريع المعمول به)[2]وكذا نصوص القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال في نص المادة 3 : (يخول الحكم القاضي بوفاة المفقود المذكور في المادة 2 أعلاه الحق في كل الآثار القانونية المنصوص عليها في التشريع المعمول به).[3] حيث أنها تحيلنا إلى التشريع المعمول به أي أنها لم تتطرق إلى إجراءات خاصة فيما يخص الآثار التي تطبق على هذه الحالات

إضافة إلى آثار الحكم بموت المفقود المذكورة في قانون الأسرة الجزائري، هناك آثار خاصة جاء بها الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، حيث جاء في نص المادة 35 من قانون السلم والمصالحة الوطنية ما يلي: (تتحمل ميزانية الدولة الحقوق المستحقة للموثق على إعداد عقد الفريضة،ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل)[4].

من خلال هذه المادة فالدولة تتحمل مصاريف إعداد عقد الفريضة الذي يعده الموثق تأسيسا على الحكم بالوفاة خلال شهر واحد من طلب ذوي الحقوق أو الولي أو الهيئة المستخدمة، ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل.

كما يستفيد ذوو حقوق ضحية المأساة الوطنية الذين لم يسبق الحكم لهم بتعويض، من تعويض تدفعه الدولة .وهذا ما جاء في 37 من قانون السلم والمصالحة الوطنية، والتي تنص

[1] القانون رقم 90-30 مؤرخ في 14 جمادى الأول عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية معدل و متمم القانون رقم 08-14 مؤرّخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008

[2] الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضانات مرجع سابق

[3] القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال مرجع سابق

[4] الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية مرجع سابق

على أنه : (زيادة على الحقوق والمزايا المنصوص عليها في التشريع والتّنظيم المعمول بهما، لذوي حقوق الأشخاص ضحايا المأساة الوطنيّة المذكورين في المادّة28 أعلاه، الذين يحوزون حكما نهائيا بوفاة الهالك، الحق في تعويض تدفعه الدولة).

كما أن الحصول على هذا التعويض يحول دون الحصول على تعويض آخر، وهذا ما قضت به المادة 38 من نفس القانون والتي جاء فيها:(التعويض المنصوص عليه في المادّة37 أعلاه يحول دون المطالبة بأي تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدّولة)[1] . وقد أشارت المادّة 39:(تطبق لاحتساب ودفع التعويض المذكور في المادّة37 أعلاه ، الأحكام المنصوص عليها في التشريع والتّنظيم المعمول بهما لصالح الضحايا المتوفين بسبب الإرهاب.تحدّد كيفيات تطبيق هذه المادّة عن طريق التّنظيم)[2].

وقد صدر مرسوم رئاسيّ رقم 06-93 مؤرّخ في 29 محرّم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتعلّق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية جاءت المادّة 6 منه بتحديد أشكال استفادة ذوو حقوق ضحية المأساة الوطنية حيث نصت على :(يستفيد ذوو حقوق ضحية المأساة الوطنية، حسب وضعيتهم والشروط المبيّنة في هذا

المرسوم، من تعويض حسب أحد الأشكال الآتية :

1- معاش خدمة.

2- معاش شهري.

3- رأسمال إجمالي.

4- رأسمال وحيد).[3]

في حالة استفادة ذوي الحقوق من تعويض صدر عن طريق القضاء، قبل نشر هذا المرسوم،فإنهم لا يستفيدون من التعويض المنصوص عليه في المادة 06 أعلاه، طبقا لنص

[1] الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية مرجع سابق

[2] الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية نفس المرجع

[3] مرسوم رئاسي رقم 06 93 يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، مؤرّخ في 29 محرّم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006

المادة 07 من نفس المرسوم وقد حددت المادة 09 من نفس المرسوم ذوي الحقوق والتي جاء فيها:(يعتبر ذوي حقوق في مفهوم هذا المرسوم:

- الأزواج.

- أبناء الهالك البالغون سنا أقلّ من19 عاما ،أو 21 عاما على الأكثر، إذا كانوا يزاولون الدّراسة، أو إذا كانوا يتابعون التمهين، وكذا الأبناء المكفولين طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط نفسها المتعلّقة بأبناء الهالك.

- الأبناء مهما يكن سنهم، الذين يوجدون بسبب عجز أو مرض مزمن، في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.

- البنات، بلا دخل، مهما يكن سنهن، اللاّئي كان يكفلهنّ الهالك فعلا وقت فقدانه.

- أصول الهالك).[1]

كما يحدد هذا المرسوم الحصة التي تعود إلى كل ذي حق من خلال نص المادة 10 منه كما يأتي:(تحدّد الحصة التي تعود إلى كلّ ذي حق، بعنوان التعويض المذكور في المادّة6 أعلاه كما يأتي:

100 % من التعويض لصالح الزوج أو الأزواج إذا لم يترك الهالك أبناء أو أصولا أحياء.

50%لصالح الزوج أو الأزواج و50 % توزّع بالتساوي على ذوي الحقوق الآخرين إذا ترك الهالك زوجا أو أكثر أحياء وكذا ذوي حقوق آخرين يتكونون من الأبناء و/ أو من الأصول.

- 70 % من التعويض توزّع بالتساوي على أبناء الهالك (أو70 % لصالح الابن الوحيد عند الاقتضاء) و30 % توزّع بالتساوي على الأصول (أو30 % لصالح الأصل الوحيد عند الاقتضاء) إذا لم يوجد زوج حيّ.

[1] مرسوم رئاسي رقم 06 93، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية ،مرجع سابق

50 % من التعويض لصالح كلّ أصل من الأصول إذا لم يترك الهالك أزواجا أو أبناء أحياء.

75 % من التعويض لصالح الأصل الوحيد إذا لم يترك الهالك زوجا أو ابنا على قيد الحياة).

كما عالجت المادة 12من نفس المرسوم حالة تعدد الأرامل حيث جاء فيها":(في حالة تعدّد الأرامل، يوزّع التعويض بينهنّ بالتساوي)[1].

إذا كان للمحكوم بوفاته أرملة واحدة وتزوجت أو ماتت هنا يتحول التعويض إلى الأبناء . أما إذا كن أكثر من واحدة ففي حالة إعادة زواج إحداهن أو وفاتها فان حصتها من المعاش تؤول إلى الأرملة أو الأرامل الأحياء اللائي لم يتزوجن وهذا ما جاء في نص المادة 13 من نفس المرسوم .

يستفيد من التعويض بموجب مقرر يصدر عن الشرطة القضائية استنادا إلى شهادة البحث إضافة إلى مستخرج الحكم القاضي بالوفاة ويقدم الملف إلى :

1- وزارة الدفاع بالنسبة لذوي حقوق الضحايا المنتمين إلى المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لها.

2- المدير العامّ للأمن الوطنيّ ، فيما يخصّ ذوي حقوق الضحايا الذين ينتمون إلى مستخدمي الأمن الوطنيّ.

3- والي ولاية محل الإقامة ، فيما يخصّ ذوي حقوق الضحايا الآخرين . هذا ما نصت عليه المادة 8 من المرسوم 06-93.[2]

كما حوت المادّة 14من نفس المرسوم على مشتملات الملف الذي يقدمه ذوي الضحايا من اجل الحصول على التعويض المالي حيث يشمل الملف المحاسبي على ما يلي:

- مقرّر الاستفادة من التعويض

[1] مرسوم رئاسي رقم 06 93، نفس المرجع
[2] مرسوم رئاسي رقم 06 93، نفس المرجع

– نسخة من عقد الفريضة مصدّق على مطابقتها للأصل من أجل تحديد ذوي الحقوق وكذا عند الاقتضاء وفيما يخص الأبناء الذين لم يردوا في الفريضة، مستخرج من عقد الحالة المدنية يثبت صفتهم كذوي حقوق، بما في ذلك الأزواج من ديانة غير الإسلام، والأبناء المكفولين أو الذين يعتبرون من هذا القبيل،

– نسخة من الحكم الذي يعيّن القيّم، عندما لا تدفع حصّة المعاش الآيلة إلى الأبناء، إلى الأمّ أو الأب.

– مقرّر تخصيص و توزيع معاش الخدمة أو الرأسمال الوحيد.

الفرع الثالث : أثر عودة المفقود بعد الحكم بموته على أمواله :

لمعرفة الآثار المترتبة بعد رجوع المفقود بالنسبة لأمواله، ينبغي لنا أن نبحث الأمر أولا في الفقه الإسلامي ، ثم في القانون الجزائري ثانيا

أولا : موقف الفقه الإسلامي من الآثار المترتبة بعد رجوع المفقود بالنسبة لأمواله:

أ – موقف المالكية: إذا جاء المفقود بعد الحكم بموته لم تمض قسمة ماله ويرجع له جميعا، وإذا استهلكت أمواله من .قبل الورثة رجع عليهم بما هلك[1]

ب – موقف الحنابلة:المفقود إذا قدم بعد قسمة أمواله أخذ ما وجده بعينه بيد الورثة أو غيرهم لتبين عدم انتقال ملكه عنه، ورجع بالباقي على ما أخذه، أي رجع على الوارث أو غير الوارث بمثله في المثلي وبقيمته في القيمي إذا تعذر رده بعينه، وهذا ما نص عليه في رواية عبد الله واختاره أبو بكر، ويستوي في هذا الحكم، أموال التي كانت له عند فقده والأموال التي آلت إليه أثناء فقده كإرثه أو الوصية له من الغير.

إضافة إلى ذلك، يرى الفقهاء بأنه إذا حكم القاضي بموت المفقود وكان مورثا وقد قسم ماله على ورثته ثم ظهر حيا أخذ ما وجده من ماله بعينه، لأن القاعدة المقررة فقها أن المفقود

[1] هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق، ص 248

بالنسبة لأمواله يعتبر حيا مدة فقده باستصحاب الحال، حتى تقوم البينة على وفاته، أو يحكم القاضي بوفاته، فلا يقسم ماله بين الورثة وينفق القاضي من ماله على زوجته وأصوله وفروعه فقط [1].

ج – موقف الشافعية: إذا ظهر المفقود، بعد الحكم بوفاته حيا أخذ ما بقي من نصيب في يد الورثة، وهذا ما يدل عليه ظاهر النصوص.

د – موقف الحنفية: إذا رجع المفقود حيا، أخذ الموجود من ماله وكذا ما وقف له من ميرا ث أو وصية، ولم يرجع على ما استهلكه الورثة أو غيرهم لأن القاضي ثبت له الولاية فكان فعله فعل المفقود نفسه، فهو غير مضمون عليهم لأنهم أخذوه وصار لهم بقضاء القاضي، فلا يظهر بطلان القضاء في حق الهالك و إنما يظهر في حق الباقي فقط، وفي تضمين وارث المفقود ما استهلكه أو خرج من يده سواء كان خروج المال بمقابل أو غلى سبيل التبرع، وأما رد الباقي فلا ضرر عليه من رده.

ومع ذلك يذهب رأي منهم إلى أنه إذا عاد المفقود حيا تبطل قسمة أمواله ويرد إليه ماله، ولو أن الورثة أتلفوا ماله كلا أو بعضا فإنهم يضمنون ما أتلفوه .

ثانيا :موقف المشرع الجزائري :

إذا ظهر المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته ، فان هذا الحكم هو اعتباري، وبالتالي يصبح قابلا للإلغاء، و يسقط هذا الحكم وتزول كل آثاره بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة وهذا طبقا لنص المادة 94 من قانون الحالة المدنية: (إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الدولة أو كل معني إبطال الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها.

ويسّجل بيان إبطال حكم التصريح بالوفاة على هامش قيده في السجل).[1]

[1] دغيش أحمد، مرجع سابق، ص. 196

و بذلك تزول جميع الآثار المترتبة على هذا الحكم، كما يسترد الشخص المفقود شخصيته القانونية بأثر رجعي وكأنه لم يفقدها يوما خاصة بالنسبة لأمواله شريطة عدم الإضرار بحقوق الغير.

والأصل أن المفقود إذا عاد أو ظهرت حياته ، فانه يسترد أمواله التي تم توزيعها على ورثته بعد الحكم بموته ، كما يسترد الأموال التي كانت قد حجزت له من تركة مورثه والتي تم ردها بعد الحكم باعتباره ميتا إلى ورثة المورث.

ولكن من الناحية العملية قد يصادف تطبيق هذا الأمر بعض الصعوبات، إذ قد يتصرف هؤلاء الأشخاص في هذه الأموال على الغير، وعلى هذا فهل يجوز للمفقود استرداد هذه الأموال من الغير أم لا ؟

يفرق الفقه بين فرضيتين:

1 إذا كان التصرف بحسن نية : إذ أن المتصرف والمتصرف إليه يعتقدان أن المفقود قد مات، فالتصرف هنا ينفذ في مواجهة المفقود فلا يسترد هذه الأموال من المتصرف إليه ولا يستطيع الرجوع على المتصرف بضمانها لأن تصرفه كان بموجب حكم قضائي.ويقرر بعض الفقه فكرة الحلول العيني بمعنى أنهم يقررون للمفقود الحق في استرداد المال المستبدل بماله في ذمة من انتقل إليه ماله على أساس أنه يرثه باعتبار أن هذا المال قد حل في ذمته حلولا عينيا محل مال المفقود العائد.

2 أما إذا تم التصرف بسوء نية: أي المتصرف و المتصرف إليه يعلمان بحياة المفقود رغم صدور الحكم، فهنا للمفقود أن يسترد أمواله [2].

أما في الحالة التي لا يكون للمفقود المحكوم بموته ورثة، فان أمواله التي آلت للخزينة العمومية طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 180 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: (فإذا لم يوجد ذوو فروض

[1] أمر رقم 75-58 ،مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 ،الموافق 26سبتمبر سنة1975 ،المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في 20يونيو 2005 ، مرجع سابق

[2] جلال إبراهيم، المرجع السابق، ص 70

أو عصبة آلت التركة إلى ذوو الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة) [1]. بالنسبة لأمواله تعود إليه أو يسترجع قيمتها، وهذا ما يستفاد من الفقرة الثانية للمادة 177 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 والتي تنص على ما يأتي :(ويمكن وزير المالية عقب انقضاء آجال التحري والانتظار، التي يحددها القاضي طبقا للقانون ، أن يطلب منه إصدار حكم يثبت موت المفقود، وحينئذ تفتح التركة، طبقا للتشريع المعمول به، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون في حالة ما إذا رجع المفقود أو ظهر حيا.)[2].

المطلب الثاني :آثار الحكم بموت المفقود على زوجته:

إن صدور الحكم بموت المفقود يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية وبالتالي تعتد زوجته عدة الوفاة، لكن قد يظهر المفقود بعد الحكم بموته من جديد، فما أثر ذلك على زوجته؟

الفرع الأول : عدتها:

العدة لغة :هي الإحصاء، يقال عددت الشيء عدة أي أحصيته إحصاء .

العدة شرعا : هي الأجل الذي أوجبه الشرع على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق أو الفسخ أو التطليق أو بوفاة زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج حيث أنه لا يجوز لها أن تتزوج ولا أن تستقبل الخطاب حتى تنقضي وتنتهي عدتها كما يحرم على الرجال أن يتقدموا لخطبتها خلال مدة العدة .[3]

[1] أمر رقم 05 02 ،يتعلق بقانون الأسرة ،مرجع سابق

[2] مرسوم تنفيذي رقم 12-427 ،مؤرخ في 2 صفر عام 1434 ،الموافق ل 16 ديسمبر سنة 2012 ،يحدد شروط و كيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة ،جريدة رسمية رقم 69 ،بتاريخ 19 ديسمبر سنة 2012

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 289

أولا : موقف الفقه الإسلامي

أ – رأي الحنفية :

يرى الحنفية أن المفقود حي في حق نفسه فلا تعتد زوجته حتى يتحقق موته استصحابا لحال الحياة السابق، أما المنعي إليها زوجها أو من جاءها خبر يقين أن زوجها الغائب قد مات، أو إذا طلقها ثلاثا أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق فلا بأس أن تعتد وتتزوج.[1]

ب – رأي المالكية والحنابلة :

بينما قال المالكية و الحنابلة أنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام[2] ، واستدلوا على وجوب عدة الوفاة على زوجة المفقود المحكوم بموته

بقوله تعالى :وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾ .[3]

وأيضا ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه،عن الإمام مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال : (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل) [4].

وروي مثل ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس، رضي الله عنهم وسواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها[5].

[1] شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص.89
[2] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 335
[3] سورة البقرة، الآية234
[4] الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، 1423هـ 2002 م، ص 102
[5] الصادق عبد الرحمن الغرياني، نفس المرجع، ص102

فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة ولم يصلها أي خبر عن حياته ولا موته ولا تعلم مكانه فانه وبعد الحكم بموته تعتد من زوجها وتعمل في العدة كأنه مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته،إذ أن الموت الحكمي يعتبر كالموت الحقيقي. [1]

ثانيا : موقف المشرع الجزائري:أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الأثر في الفصل الثاني المخصص لآثار الطلاق وذلك فيما يتعلق بالعدة إذ نصت المادة 59 من قانون الأسرة على أنه " : تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده." [2]

يتضح لنا من هذا النص أن زوجة المفقود تعتد عدة الوفاة كزوجة المتوقي عنها زوجها حقيقة، كما تخضع كل من زوجة المفقود وزوجة المتوفى لنفس القاعدة فيما يخص مدة العدة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام وبانقضائها يحل للزوجة الزواج ثانية. لكن الاختلاف يكمن فقط في بدء سريان مدة العدة، باعتبار أن عدة المتوفى عنها زوجها يبتدئ حسابها من يوم وفاته، أما عدة زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور الحكم بالفقدان[3].

وما يمكن ملاحظته على هذه المادة أنها قد حددت بدء حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، وهذا خطأ و الأصح أن يبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بالوفاة، لأن الحكم بالفقدان لا يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، والمفقود يظل حيا طيلة الفترة ما بين صدور الحكم بالفقدان وصدور الحكم بالموت ولا يعتبر ميتا إلا بعد صدور حكم قضائي يقضي بوفاته [4].

[1] يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 100
[2] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة مرجع سابق
[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 373
[4] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 288

الفرع الثاني : أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته بالنسبة لزوجته:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشق المتمثل في اثر عودة المفقود بعد صدور الحكم بموته بالنسبة لزوجته وإنما ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة حيث تنص على : (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[1]

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لزوجة المفقود الذي يرجع زوجها بعد الحكم بموته بين فرضين هما:

أولا : **إذا كانت زوجة المفقود في أثناء عدتها أو بعدها ولم تتزوج من غيره:** فهنا لا يثار أي إشكال فهي على زوجيتها له بنفس العقد السابق ودون حاجة إلى عقد جديد، لأن الحكم بالوفاة يبطل بظهوره حيا[2]، ولأنه لم تحدث فرقة بينهما [3]، وبالتالي تستمر الرابطة الزوجية كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتا [4] ، وهذا طبعا ما لم تكن الزوجة قد طلقت منه بسبب غيابه عنها إعمالا للمادتين53 و 112 من قانون الأسرة.[5]

ثانيا : **إذا كانت زوجته قد تزوجت بغيره بعد هذا الحكم** : فنميز هنا بين فرضين:
أ –إذا عاد الزوج الأول بعد زواجها بغيره و قبل الدخول بها فهي زوجة الأول عند كل المذاهب الفقهية،إلا رواية عند المالكية حيث قالوا ليس له إليها سبيل ، وقد ثبت أن الإمام مالك قد رجع عن هذا القول قبل موته بعام أو نحوه ، وتمنع المرأة من النكاح بعد الأربعة أشهر وعشرا إذا جاءها أن زوجها حي،وقبل أن يدخل بها يفرق بينها وبين زوجها الثاني، وما تقدم من نكاح دون دخول فكأنه لم يكن.[6]

[1] أمر رقم 05 02 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق
[2] المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، مرجع سابق، ص 106
[3] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق ، ص 120
[4] حسن كيرة، المرجع السابق، ص 534 . نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 145
[5] محمد سعيد جعفور،مرجع سابق، ص 349
[6] يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 170

ب إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وكان الزوج الثاني قد دخل بها ففيها عدة أقوال:

– يرى الحنفية أنها ترجع إلى زوجها الأول و يفرق بينها وبين الزوج الثاني ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر، و السبب عندهم أنها تزوجت وهي منكوحة و منكوحة الغير ليست من المحللات بل من المحرمات في حق سائر الناس فكيف يستقيم تركها مع الثاني[1].

– ويرى المالكية أنه إذا كان الزوج الثاني على علم بحياة الزوج المفقود فهي للزوج المفقود أما إذا كان غير عالم بحياته فهي للزوج الثاني.

– أما الشافعية فيرون أنه إذا ظهر الزوج المفقود حيا بعد أن نكحت، فالزوج الأول باق على زوجيته لكن لا يطؤها حتى تعتد من الثاني.

– بينما يرى الحنابلة أن الزوج الأول يخير بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول وبين تركها وله الصداق وتكون زوجة للثاني.[2]

وبالتالي نخلص إلى أنه إذا تزوجت زوجة المفقود من غيره فإما أن تعود إلى الزوج الأول وإما ألا تعود إليه.

– تعود زوجة المفقود إلى زوجها المفقود :

1 – إذا لم يدخل بها الزوج الثاني فهنا الزواج الثاني لم تترتب عليه آثاره وبالتالي يفسخ العقد الثاني وتعود للأول.

2 – إذا وقع الدخول من الثاني لكنه سيء النية بأن كان يعلم أو كان باستطاعته أن يعلم بحياة الزوج الأول وقت العقد أو قبل الدخول بها، فهنا لا يصح زواجه منها، وتعود الزوجة إلى زوجها الأول.

[1] شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص91
[2] عبد الحكيم محسن عطروش ، مقال سابق، ص 14

- لا تعود زوجة المفقود إلى الزوج الأول :

إذا كان الزوج الثاني قد دخل بها، وإذا كان حسن النية

بأن لم يكن عالما أو ليس باستطاعته أن يعلم بحياة الزوج المفقود، فإذا توافر هذان الشرطان صح الزواج الثاني وليس للزوج الأول بعد ظهوره حيا أن يسترد زوجته.[1]

وما يمكن ملاحظته أن الفقهاء لم يراعوا إرادة الزوجة ولا مدة العلاقة الزوجية ولا مصلحة الأولاد، إذ لم يأخذوا في الاعتبار مسألة وجود أطفال من كلا الزوجين أو من أحدهما فقط[2] .

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 349
[2] . جلال إبراهيم، المقال السابق، ص 71

خاتمـــــة :

وفي الأخير وبعد الانتهاء من دراسة أحكام المفقود في القانون الجزائري سواء بالنسبة لقانون الأسرة أو في التشريعات الخاصة رأينا أن ندرج مجموعة من النتائج

والاقتراحات والتي يمكن حصرها في الآتي :

أ النتائج :

1 – عرف المشرع المفقود بناءا على معيار الجهل بمكانه و حاله في أحكام قانون الأسرة كما عرفه بناءا على معيار عدم العثور على جثته في الحالات التي يغلب فيها الهلاك في القوانين الخاصة المنظمة لحالات الفقد ، وهو في هذا لم يخرج عن الإطار العام لتعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية المفقود كل من انقطع خبره، فلم يعد معروفا مكانه ولا حياته من مماته، ولا يمكن اعتباره مفقودا إلا إذا صدر حكم يقضي بفقدانه، و يعتبر الشخص مفقودا في التشريعات الخاصة بتوافر نفس الشروط الواردة في قانون الأسرة ، إضافة إلى تواجد الشخص في مكان وقوع الكارثة أو في الظرف الخاص مثلما هو الحال في فيضانات باب الواد و زلزال بومرداس أو الناتج عن المأساة الوطنية، ويكمن الاختلاف بينهما في أنه لابد من صدور حكم بالفقدان في ظل قانون الأسرة، بينما يمكن إثبات الفقدان في التشريعات الخاصة بموجب محضر معاينة فقدان تعده الشرطة القضائية، دون حاجة لصدور حكم بذلك.

2– الغياب أوسع من الفقد لان الغائب يشمل المفقود وغير المفقود ،و هو ما دفع المشرع الجزائري إلى تعريف المفقود بأنه غائب في نص المادة 109 من قانون الأسرة، غير أنه يفترق عنه في المفهوم الضيق الذي يضيف معيار العلم بحال الشخص إلى التعريف.

3– المشرع الجزائري في تقسيمه للمفقود ، استوحى هذا التقسيم من المذهب الحنبلي في القواعد العامة الموجودة في قانون الأسرة أين قسم المفقود إلى قسمين:

– مفقود في ظل ظروف يغلب فيها الهلاك .

– و مفقود في ظل ظروف تغلب فيها السلامة. ثم عاد و أخذ في النصوص الخاصة المنظمة للفقد بإحدى تقسيمات المالكية ، و يتعلق الأمر بمن يفقد في ظروف يغلب عليه فيها الهلاك بحيث يغلب الظن بوفاته و لا يتم العثور على جثته ، و هو ما عبر عنه المالكية بالمفقود في زمن الفتن و الوباء و المجاعة.

4–بالجمع بين ما هو معتمد في القواعد العامة و ما هو معتمد في القوانين الخاصة المنظمة للفقد نخلص أن المفقود يمكن تعريفه على النحو التالي ":الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا تعرف حياته و لا موته ، و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم أو محضر صادر عن السلطة المختصة."

5– المشرع الجزائري لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بموجب حكم قضائي.

6– يعد الحكم القاضي بالفقد حكما كاشفا عن واقعة الفقد و مقررا للآثار المترتبة عن وضع المفقود في هذا المركز، غير أن الاجتهاد القضائي أختلف بشأن تكييف هذا الحكم بين من اعتبره حكما كاشفا و من اعتبره حكما منشئا، وكلا الرأيين له ما يبرره شرعا وقانونا.

7– يتضمن الحكم بالفقد تعيين مقدم لإدارة الأموال و حفظها و تسلم التبرعات و الهبات و ميراث المفقود تطبيقا لنص المادة 111 من قانون الأسرة ، و يراعي في ذلك توافر شروط الوصي في من يعينه لهذه المهمة ، وهي شروط ابتداء لتعيينه و شروط بقاء للاستمرار في أداء مهامه.

8 – يجوز لزوجة المفقود طلب التطليق لتضررها من غيبة المفقود بناءا على الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة حسب رأينا، و ليس على الفقرة 05 منها كما هو مقرر في المادة 112من نفس القانون ، غير أنها إذا اختارت البقاء في عصمة زوجها فإنها تتربص إلى غاية صدور الحكم بوفاته لتبدأ بعدها عدتها الشرعية، و طوال هذه المدة تجب لها النفقة من مال زوجها المفقود ، في حين لا تتربص هذه الأخيرة إذا كان زوجها قد فقد في ظل الظروف

المنظمة بنصوص خاصة لغلبة الظن بهلاك هذا الأخير، و هو ما يوافق رأي المالكية في زوجة المفقود في زمن المجاعة و الفتن و الوباء.

9- يوقف للمفقود نصيبه من تركة مورثه الذي مات خلال فترة الفقد ، و يتم تقدير هذا النصيب حسب رأينا على فرض حياته ، و هذا الطرح ينسجم مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 113 من قانون الأسرة عندما أعطى للمقدم حق تسلم ما استحقه المفقود من ميراث.

10- إن الاجتهاد القضائي قد انقسم بشأن التاريخ الذي يبدأ منه احتساب المدة التي يحكم القاضي بعد انقضائها بوفاة المفقود بين من اعتمد تاريخ الفقد الفعلي، و من اعتمد تاريخ صدور الحكم بالفقد، وكلا الرأيين له ما يبرره شرعا وقانونا .

ونحن نرى أن القاضي يتبنى احد الرأيين بحسب ظروف كل حالة ، وظروف الفقد والمدة التي انقضت قبل صدور الحكم بالفقد،ويراعي في ذلك الموازنة بين مصلحة المفقود التي تقتضي إطالة المدة التي يحكم بعدها بالوفاة عله يعود حيا، ومصالح الغير المرتبطة به كالزوجة والورثة والتي تقتضي عكس ذلك.

11 – قد يصدر القاضي حكمه بوفاة المفقود، ويجب عندئذ أن يتضمن هذا الحكم تحديد تاريخ الوفاة ، وقد جرى العمل القضائي على اعتبار تاريخ الفقد الفعلي كتاريخ لها وهذا يتناقض مع أحكام المواد 115 و 133 من قانون الأسرة التي تستصحب حياة المفقود خلال فترةالفقد.

12 – لم ينص المشرع الجزائري على اثر الوفاة الحكمي على بقاء العلاقة الزوجية إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 47 من قانون الأسرة نستنتج أن هذه العلاقة تنفك بمجرد الحكم بالوفاة على اعتبار أن هذا النص لم يفرق بين الوفاة الحقيقية والوفاة الحكمية في شأن صور فك الرابطة الزوجية ، وهو ما تؤكده كذلك المادة 59 من نفس القانون لما جعلت زوجة المفقود في نفس حكم زوجة المتوفى عنها زوجها ، فتعتد بعد صدور الحكم بالوفاة غير أن النفقة لا تجب لها خلال هذه المدة، في حين أنها تستحق المؤجل من المهر.

13- تقسم تركة المفقود على ورثته المستحقين لها لحظة صدور الحكم بالوفاة بعد سداد ديونه و تنفيذ وصيته، و يضاف إلى هذه التركة نصيبه الموقوف من تركة مورثه، ونؤكد بهذا الخصوص على الإشكال الذي يطرحه اعتماد العمل القضائي تاريخ الفقد كتاريخ للوفاة، مما يؤثر على مراكز الورثة المستحقين للإرث.

14 - المشرع سكت عن مسألة أثار عودة المفقود بالنسبة لزوجته ، و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاءها لم يتفقوا في هذا الشأن على إعطاء رأي واحد، و يبقى حسب رأينا على القاضي تقدير الأخذ بالرأي الذي يعتبر بقاء العلاقة الزوجية قائمة خاصة إذا لم تتزوج زوجة المفقود أو بالرأي الذي يعتبرها قد حلت وفق ما ينسجم مع مقتضيات قانون الأسرة التي تجعل من الزوجة طرفا في العقد و ليس محلا له.

ب-الاقتراحات :

رغم أن المشرع الجزائري قد عالج أحكام المفقود سواء في قانون الأسرة أو في القوانين الخاصة إلا أننا نلاحظ عليه بعض الملاحظات :

1-تعديل نص المادة 59 من قانون الأسرة بتغيير عبارة "وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقد "بعبارة " و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالوفاة "، وهو ما ينسجم مع المعنى الإجمالي للنص الذي يرمي إلى اعتبار عدة زوجة المفقود عدة وفاة تبدأ من تاريخ صدور الحكم بوفاة هذا الأخير، إذ لا يعقل أن تعتد بأثر رجعي من تاريخ الفقد .

2- نقل نص المادة 115 من قانون الأسرة إلى الفصل الأول من الكتاب الثالث باعتبار أنها مادة تخص الميراث بصريح عبارتها .

3 - إضافة فقرة إلى المادة 115 من قانون الأسرة تفيد ضمان الورثة للمال المستهلك أو المتلف إذا ثبت سوء نيتهم، أي متى كانوا على علم بحياة المفقود وتصرفوا تبرعا أو بعوض، لأنهم في مثل هذه الحالة يكونون قد تصرفوا في ملك الغير بغير وجه حق .

4 – تعديل نص المادة 133 من قانون الأسرة بإضافة فقرة ثانية تبين مآل النصيب الموقوف للمفقود بعد الحكم بوفاته ليكون لورثته وليس لورثة مورثة تماشيا مع ما اعتمده المشرع الجزائري في نفس المادة من استصحاب حياته بالنسبة لمال غيره.

5 – تعديل نص المادة 113 من قانون الأسرة بتبني حكم يقضي بفتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي لإصدار الحكم بالوفاة في ظل الظروف الاستثنائية خلال مدة أقصاها 4 سنوات ، وبمثل هذا الحكم يصبح للنص من المرونة ما يجعله يتلاءم مع مختلف حالات الفقد التي يغلب فيها الهلاك دون حاجة إلى اللجوء في كل مرة إلى إصدار نصوص خاصة في هذا الشأن ، وهذا الطرح لا يخرج في مجمله عن ما هو معتمد في الفقه الإسلامي خصوصا المذهب المالكي والحنبلي.

6 – استحداث نص قانوني يتناول حكم اثر عودة المفقود على علاقته الزوجية ونقترح أن يكون كالتالي : إذا عاد المفقود حيا أو ظهرت البينة على حياته بعد الحكم بموته تبقى علاقته الزوجية قائمة ما لم تتزوج غيره فان تزوجت فزواجها الثاني صحيح ما لم يثبت سوء نية احد أطرافه على الأقل .

قائمة المصادر المراجع

القرآن الكريم.

أولا: الكتب العامة والمتخصصة:

01 – ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، المجلد الثاني من ز إلى ف، الطبعة السادسة ،1997.

02 – احمد دغيش التنزيل في قانون الأسرة الجزائري دار هومة الجزائر2009.

03 – أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، الطبعة الأولى، دار الميسرة للطباعة والنشر، الأردن، 2009.

04 – احمد محمد علي داود ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون ، التجهيز والديون و الوصايا و المواريث و تقسيماتها ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى، 1430 هـ ،2009 م.

05 – العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996 .

06– العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء 02 ، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، 2002.

07 – الرشيد بن شويخ ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات الوطنية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية،الجزائر، 2008.

08 – الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،الجزائر دار الخلدونية ، الطبعة الأولى. 2008.

09 – المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.

10 – الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى مؤسسة الريان، بيروت لبنان، 1423هـ 2002 م.

11 – إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014.

12 – جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2003.

13 – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء،الجزائر دار الهدى،دون طبعة، 2007.

14 – حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية، دار الكتب، بدون ذكر الطبعة، 1973–2002 .

15 – سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى الجزائر، 2011.

16 – شمس الدين السر خسي المبسوط دار المعرفة بيروت الجزء الأول، 1405 هـ.

17 – عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة دار الكتاب الحديث الجزائر 2012.

18 – عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي الجزائر، دار الهدى، دون طبعة، دون سنة نشر.

19– عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، طبعة ثانية،1995 م

20 – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة، الجزائر طبعة ثالثة ، 1996.

21 – علاء الدين علي أبو الحسن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 7، لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1958 .

22 – علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر بدون ذكر الطبعة ، 2011 .

23– فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

24– فضيل العيش ،قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاة المحكمة العليا مع تعديلات 2005 ،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، دون سنة نشر

25 – كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي شرح فتح القدير الجزء السادس دار الكتب العلمية ،بيروت ،الطبعة الأولى ، 1995 .

26– مالك، المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مصر، مطبعة السعادة الطبعة الأولى، 1332هـ .

27 – محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، الجزء الثالث دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1417 هـ ،1996 م.

28– محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق،الجزء الثاني دار هومة، الجزائر، طبعة أولى، 2011.

29 – محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد، الأردن، 2008م .

30 – هادي محمد عبد الله أحكام المفقود ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون العراقي دار دجلة ،عمان ، الطبعة الأولى، 2010.

31 –صالح ججيك الورثلاني،الميراث في القانون الجزائر،الطبعة الثانية دون دار النشر،الجزائر دون سنة النشر.

ثانيا: المذكرات والرسائل العلمية

32 – عيسى أمعيزة ، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 01 ، 2011–2012 .

33– نوي عبد النور ، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري مذكرة دكتوراه ،جامعة الجزائر، 2013/2012.

34 – بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011.

35 – يوسف عطاء محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس فلسطين،2003.

36 – نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية و الاجتماعية، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، 2000– 2001 .

37 – عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيه ، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000– 2001.

38- شبايكي نزهة ، أحكام المفقود في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر، 2015/2014.

ثالثا التشريعات والأوامر

39 - دستور 28 نوفمبر 1996 ، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 43896مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 ، جريدة رسمية عدد 76، مؤرخ في 8 ديسمبر 1996 .

40- قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 ، صادر في 23 أبريل 2008.

41- قانون رقم 90-30، مؤرخ في 14 جمادى الأول عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 ، يتضمن قانون الأملاك الوطنية معدل و متمم القانون رقم 08-14 مؤرّخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يوليو سنة 2008.

42- قانون 03-06 ،مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق ل 14يونيو سنة 2003 ، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال21ماي2003.

43- قانون رقم 84-11 ،المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 ،والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 ،المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

44- أمر 02 - 3 0 ،المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 ، جريدة رسمية عدد 15 صادرة في28 فبراير سنة 2002.

45 – أمر رقم 70 20 ،مؤرخ 19 فبراير 1970 ، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 08 مؤرخ في 09.غشت 2014 ، جريدة رسمية عدد 49 صادر في 20 غشت سنة 2014.

46- أمر رقم 06 01 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

47 – أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005.

48- المرسوم الرئاسي رقم 06-93 مؤرّخ في 29 محرّم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة يتعلّق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية 2006.

49 – مرسوم رئاسي رقم 06 93 يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية .

50- مرسوم رئاسي رقم 91 196 مؤرخ في 4 يونيو سنة 1991 ، يتضمن تقرير حالة الحصار، جريدة رسمية عدد 29. صادر في 12 يونيو سنة 1991.

51 – مرسوم تنفيذي رقم 12-427 مؤرخ في 2 صفر عام 1434 الموافق لـ 16 ديسمبر سنة 2012 يحدد شروط و كيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة جريدة رسمية عدد 69 بتاريخ 19 ديسمبر سنة 2012.

الفهـــــــــــــرس

مقدمـــــــــــة	1
الفصل التمهيدي: ماهية المفقود وحالاته	6
المبحث الأول : مفهوم الفقدان	8
المطلب الأول:تعريف المفقود	8
الفرع الأول: التعريف اللغوي والشرعي	8
أولا : لغـــة	8
ثانيا : شرعـا	9
الفرع الثاني : التعريف القانوني	11
المطلب الثاني:تمييز المفقود عما يشابهه من المفاهيم	12
الفرع الأول : المفقود والغائب	12
الفرع الثاني: المفقود والأسير	14
المبحث الثاني : حالات الفقدان	16
المطلب الأول : الحالات العامة	17

الفرع الأول : الحالات التي يغلب فيها الهلاك	17
الفرع الثاني:الحالات التي تغلب فيها السلامة	18
المطلب الثاني :الحالات الخاصة	20
الفرع الأول: مفقودي فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس	21
أولا : فيضانات باب الواد	21
ثانيا :زلزال بومرداس	23
الفرع الثاني:مفقودي المأساة الوطنية	24
الفصل الأول : القواعد الإجرائية والموضوعية لدعوى الفقدان وآثارها	27
المبحث الأول :دعوى الفقدان	29
المطلب الأول:الإجراءات الخاصة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة	29
الفرع الأول: طلب الحكم بالفقدان	30
أولا : توفر الصفة	30
ثانيا : توفر المصلحة	31
الفرع الثاني : إجراءات رفع الدعوى	32

أولا : إيداع عريضة الدعوى	32
ثانيا : بيانات عريضة افتتاح الدعوى	33
ثالثا : تقييد العريضة في سجل خاص	34
الفرع الثالث : الإجراءات اللاحقة لإيداع عريضة الدعوى	35
أولا : إيداع محضر الإثبات	36
ثانيا : إيداع بطاقة المعاينة	36
ثالثا : الإحالة	36
المطلب الثاني :الإجراءات الخاصة بالقوانين الاستثنائية	38
الفرع الأول:الأمر رقم 06-01 المتضمّن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنيّة	38
الفرع الثاني :الأمر 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضان	38
الفرع الثالث :القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال	39
أولا :البحث	40
ثانيا : محضر الفقدان	40
المبحث الثاني: الآثار القانونية للحكم بالفقدان	42

المطلب الأول : آثار الحكم بالفقدان على أموال المفقود	43
الفرع الأول :بالنسبة لأمواله الخاصة	43
أولا : موقف الفقه الإسلامي من آثار حكم المفقود بالنسبة لأمواله الخاصة	43
ثانيا :موقف المشرع الجزائري من آثار حكم المفقود بالنسبة لأمواله الخاصة	44
الفرع الثاني : بالنسبة لميراثه	46
أولا :أن يكون المفقود وارثا	48
ثانيا :كيفية توريثه	49
المطلب الثاني:أثر الحكم بالفقدان على زوجة المفقود	57
الفرع الأول : الحق في النفقة	58
الفرع الثاني : الحق في طلب التطليق	59
الفصل الثاني:القواعد الإجرائية والموضوعية للحكم بموت المفقود وآثارها	66
المبحث الأول:دعوى الحكم بموت المفقود	68
المطلب الأول : الإجراءات الخاصة بقانون الحالة المدنية وقانون الأسرة	68
الفرع الأول : الاختصاص	68

أولا : الاختصاص النوعي	68
ثانيا : الاختصاص الإقليمي	69
الفرع الثاني: أطراف الدعوى	70
الفرع الثالث : المدة اللازمة للحكم بوفاة المفقود	71
أولا : الحالة التي يغلب فيها الهلاك	71
ثانيا : الحالات التي تغلب فيها السلامة	72
المطلب الثاني:الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القوانين الاستثنائية	73
الفرع الأول:الأمر رقم 06-01 : المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية	73
الفرع الثاني :الأمر رقم 02-03: الخاص بمفقودي فيضانات باب الواد	74
الفرع الثالث:القانون رقم 03-06 :الخاص بمفقودي زلزال بومرداس	76
المبحث الثاني :الآثار المترتبة على الحكم بالوفاة	77
المطلب الأول : آثار الحكم بموت المفقود على أمواله	78
الفرع الأول :آثار الحكم بموت المفقود على أمواله في قانون الأسرة	78
أولا: إذا كان للمفقود ورثة	78

ثانيا : إذا لم يكن للمفقود ورثة	79
الفرع الثاني :آثار الحكم بموت المفقود على أمواله في القوانين الاستثنائية	81
الفرع الثالث : أثر عودة المفقود بعد الحكم بموته على أمواله	85
أولا:موقف الفقه الإسلامي من الآثار المترتبة بعد رجوع المفقود بالنسبة لأمواله	85
ثانيا :موقف المشرع الجزائري	86
المطلب الثاني :آثار الحكم بموت المفقود على زوجته	88
الفرع الأول : عدتها	88
أولا : موقف الفقه الإسلامي	89
ثانيا : موقف المشرع الجزائري	90
الفرع الثاني : أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته بالنسبة لزوجته	91
أولا : إذا كانت زوجة المفقود في أثناء عدتها أو بعدها ولم تتزوج من غيره	91
ثانيا : إذا كانت زوجته قد تزوجت بغيره بعد هذا الحكم	91
– تعود زوجة المفقود إلى زوجها المفقود	92
– لا تعود زوجة المفقود إلى الزوج الأول	93
خاتمـــــــــــة	94

قائمة المراجع والمصادر	100
الفهـــــــــــــــرس	106

ملخص

المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، ولا يصدر الفقدان إلا بناء على طلب من أحد ١الورثة أو من له مصلحة او النيابة العامة، على أن تتوفر فيهم الصفة والمصلحة لقبول دعواهم ويترتب على صدور حكم الفقدان **آثار** قانونية بالنسبة لأموال المفقود وزوجته٠

بعد صدور حكم الفقدان يمكن إصدار حكم ثاني وهو الحكم بموت المفقود، ولكن لا يمكن إصداره إلا بعد مرور أربع سنوات (04) بعد التحري والبحث عنه في الحالات الاستثنائية والحروب، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فالسلطة التقديرية تعود للقاضي في تقد ير المدة المناسبة بعد مضي أربعة سنوات٠ حيث ينتج عن صدور الحكم بموت المفقود **آثار** بالنسبة لأمواله فتوزع تركته،وآثار أخرى بالنسبة لزوجته فتعتد عدة وفاة. وفي حالة رجوعه يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها٠

Résumé :

Le disparu est l’absent qu’on connait pas sa place et en ne sait pas de sa vie de sa mort, la disparation emis uniquement a la demande de l’un des heritiers ou a un interet ou le ministere public a condition d’avoir le capacite et l’interet d’accepter leur demande, dent le jugement a des consequences juridiques peur l’argentdu disparu et pour sa femme.

Apres le jugement du disparition peut emettre un second verdict, un verdict mort le disparu, et ne peut etre delivre qu’apres quatre ans plus tard apres l’enquete et la recherche dans les situations speciales et de la guerre, mais dans les cas contraire le juge de lapouvoir)’estimation de laperiode appropriee apres quatre ans. Ce qui entraine la mort des consequences de la peine manquantes pour son argent qui peut atre distribue et d’autre implications pour sa femme, et dans le cas de son retour ou son apparence, il peut recuperer ce qui reste de son argent ou la valeur de ce qui a ete vendu.