جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية بالجزائر

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة:

متيجي حسينة

تحت إشراف الأستاذ:

قاسم حكيم

لجنة المناقشة:

الدكتور: قاسي سي يوسف.....رئيسًا

الأستاذ: قاسم حكيم ..... مُشْرِفا ومقرّرا

الأستاذ: غجاتي فؤاد.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2018/12/18

كلمة شكر

بسم الله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وخاتم الأنبياء

رغم محدودية علمي المتواضع لكن استعنت بالله سبحانه وتعالى متوكلة مسترشدة بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات وإنما كل امرئ ما نوى"

الحمد لله حبا، الحمد لله كثيرا

الحمد لله يوما وشهرا وعمرا

الحمد لله في السراء والضراء

الحمد لله دائما وأبدا على كل حال

أتقدم بالشكر للأستاذ "**قاسم حكيم**" الذي قبل الإشراف على مذكرتي وتخصيصه جزء من وقته لي ومتابعتي في كل مراحل عملي هذا وصبره الجميل عليّ وحسن تواضعه معي،

ومساعدته لي كثيرا، أسأل الله العظيم أن يعلو مقامه وأن يجازيه عني خير الجزاء.

كما لا تفوتني الفرصة أن أشكر لجنة المناقشة "**الأستاذ قاسم حكيم والدكتور قاسي سي يوسف والأستاذ غجاتي فؤاد**" من أعماق قلبي على قبولهم مناقشة عملي المتواضع، فإن قلت شكرا فشكري لن يوفيكم حقا سعيتم فكان السعي مشكورا، إن جف حبري عن التعبير يكتبكم قلب به صفاء وحب وتعبيرا.

إهداء

لقد احترت وأخذت زمنا ماذا أهدي لك وأخيرا قررت أن أهدي لك الحقيقة نعم أهديها لك لأنك أنت الأول في حياتي والدي لك في عيوني صورة تزهو على كل صور الكون على اتساعه لا يضاهي أبدا سعة قلبك، رغم كبر سني إلا أني أبكي شوقا إليك فلن أنساك مهما حييت فأنت في قلبي دائما وأبدا، فيا رب إذا كان والدي على قيد الحياة فأرجعه إليّ سالما غانما وإن كان متوفيا فارحمه واجعل مثواه الجنة.

حضورك لجامعتي له طعم آخر وله الكثير من التقدير والمحبة، زرعت بداخلي بذرة بيضاء لغد أجمل، إلى من احترقت لكي تنير لي دربي، إلى قرة عيني وفؤادي، إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها وجعلها خيمة فوق رأسي.

إلى إخوتي في عيني اليمنى ملوك وسلاطين، وفي عيني ليسرى دواء للمضرة "**سفيان وحسين**"، وخاصة "**فريد**" وزوجاتهم "**نعيمة ورزيقة**" وابن أخي "**محمد**".

إلى من هنّ نسخة من أمي، ضحكتكنّ تدخل الفرح لقلبي وفرحتكن تنعش الأمل عندي خالاتي: "**لويزة وفريدة**".

إلى أختي ورفيقة عمري والتي ساندتني طوال عملي هذا: "**جميلة**".

إلى صديقاتي: "**نعيمة، كريمة، سامعة**"، صداقتنا كنافذة من زجاج صافي تطل منها على أحلى ما في الدنيا.

حسينة

أهم المختصرات

ج.ر : الجريدة الرسمية.

ق.أ : قانون الأسرة.

ق.م : القانون المدني.

ق.م.و : قانون المصالحة الوطنية.

ق.إ.م.إ : قانون إجراءات مدنية وإدارية.

د.ر.ط : دون رقم طباعة.

ص : الصفحة.

د.ب.ن : دون بلد نشر.

د.م.ن: دون مكان النشر.

مقدمة

يكتسي نظام المفقود على مر العصور أهمية بالغة باعتباره أهم موضوع يشغل المجتمع، وإن كانت كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت له، لكن ليس بشكل مفصل حسب طبيعته وخصوصيته.

ما دامت الشخصية تثبت لكل إنسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه، فالأفضل أن تظل ملازمة له ما دام بقيد الحياة، فتبدأ بولادته وتنقضي بوفاته، إذ أن الموت يعتبر النهاية الحتمية له، وهذا ما قضت به المادة 25 من القانون المدني التي تنص: "**تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته**"[1]، وهناك حالة يصعب فيها معرفة الشخص ما إذا كان على قيد الحياة أو ميت ألا وهي حالة المفقود، وهو الشخص الذي غاب على أهله وموطنه مدة طويلة واختفى تحت ظروف معينة وانقطعت أخباره فلم يعرف أهو حي أو ميت؟

بينما جاء في المواد بأحكام متعلقة بإثبات الفقدان، والمدة الضرورية للحكم بوفاة المفقود، بينما قسمت المادة 113 من ق.أ.ج حالات المفقود إلى حالتين أساسيتين وهما: الحالة الأولى وهي حالة يغلب فيها الهلاك أي حالة استثنائية أو حالة حرب، والحالة الثانية هي حالة التي تغلب فيها السلامة[2].

وتعد ظاهرة الفقدان من أهم الظواهر الشائعة في مختلف دول العالم، فكثيراً ما نسمع عن تحطم طائرة أو غرق سفينة أو حدوث كوارث طبيعية من زلزال[3] وفيضانات[4]، والنزاعات

---

[1] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 09 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[2] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

[3] أمر رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، ج.ر عدد 37، صادر بتاريخ 15 يونيو 2003.

[4] أمر رقم 02-03 مؤرخ في 23 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2002، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 28 فبراير 2002.

والحروب وما تخلفه من عدد كبير من المفقودين، وكذا ما انجر عن سنوات الإرهاب ما تسمى بالعشرية السوداء من خلال اختطاف وفقدان أشخاص لم يظهر لهم أي أثر، مما دفع بذويهم إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار أحكام تقضي بفقدانهم ووفاتهم، ليس الجميع من طالب بإصدار أحكام متعلقة بالوفاة بل هناك مازال من يبحث عن الحقيقة، وفعلا استجاب القضاء لطلباتهم واعتبرهم مفقودين عملا بأحكام المادة 113 من ق.إ.ج في الفقرة الثانية، كما تضمن قانون الأسرة أحكاما تعالج وضعية المفقود (بالنسبة لأمواله وبالنسبة لزوجته) والواردة في الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية، وفي الفصل السادس فيه بعنوان المفقود والغائب، لكن النصوص الواردة في قانون الأسرة لم تعالج كل الجوانب المتعلقة بالمفقود، لذا تدخل المشرع بإصدار قانون وهو قانون المصالحة الوطنية في سنة 2006[5]، لمسايرة الظروف الاستثنائية التي لم يتطرق إليها من خلال قانون الأسرة كتعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية طبقا لنص المادة 28 من هذا الأمر.

هناك حالات لا يتيقن فيها موت الشخص، وتكون نسبة احتمال وفاته أكبر من حياته، وهذه الحالة هي حالة الشخص المفقود الذي يختفي أثره وتنقطع أخباره، فهذه الظاهرة عرفها الإنسان من القدم.

1- أهمية الموضوع:

أما فيما يخص أهمية الموضوع، فيمكن حصرها في النقاط التالية:

- عدم معرفة مصير الشخص المفقود.
- عدم صدور حكم قضائي يقضي بفقده أو بموته مدة طويلة، مما ينتج عنه ضرر يصيب أحد ورثته أو من له مصلحة خاصة زوجته.
- الحفاظ على أموال المفقود من خلال تعيين القاضي للقيم من أجل تسيير أمواله.

---

[5] أمر رقم 06-01 مؤرخ في 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر عدد 11، صادر بتاريخ 28 فبراير 2006.

2- الإشكالية:

ولقد ارتأيت أن أتطرق إلى المفقود في قوانين المصالحة الوطنية، في قانون الأسرة الجزائري كموضوع للدراسة، وأنّ الإلمام بجميع جوانبه، لا يكون إلا من خلال الإجابة على الإشكالية الآتية: **فيما تتمثل أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية بالجزائر؟**

3- عنوان البحث: أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية بالجزائر.

4- أسباب اختيار الموضوع:

- رغبتي وحلمي هو اختيار موضوع يتعلق بقانون الأسرة الجزائري.
- لأن والدي العزيز من فئة المفقودين.
- قلة المراجع المتخصصة في موضوع المفقودين خاصة المتعلقة بها بقانون المصالحة الوطنية.

إضافة إل وجود كتب كثيرة لكنها لم تتطرق إلى هذا الموضوع بشكل مفصل بل أشارت إليه في جزئيات مختصرة وبسيطة.

5-الدراسات السابقة: من أجل معالجة هذا الموضوع، والإجابة عن الإشكالية المطروحة تمت مراجعة العديد من الدراسات السابقة أهمها:

- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، 2015/2014.
- شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010/2009.
- سامية علاوة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007.

6- أهداف البحث:

وتتمثل أهداف البحث فيما يلي:

- توضيح أحكام المفقود من خلال استقراء النصوص القانونية قصد الإلمام بأهم أحكامه ولأجل ذلك قمنا بدراسة هذا الموضوع.
- فتح تحقيقات مصالحة شاملة من طرف السلطات المختصة بخصوص الأشخاص المفقودين وهي غائبة حالياً في قانون المصالحة الوطنية.

7- منهج البحث:

أما عن منهج البحث، فقد اعتمدت على منهج الوصفي التحليلي، حيث قمت بتحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بالمفقودين، واعتمدت على المقارنة بين المذاهب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة كلما اقتضى الأمر ذلك.

8- خطة البحث:

وقمت بدراسة هذا البحث بإتباع الخطوات المنهجية العلمية المتمثلة في مقدمة وفصلين وخاتمة وهذا طبقا للخطة الآتية:

تطرقت في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي للمفقود، وقسمته إلى مبحثين، تطرقت من خلال المبحث الأول إلى مفهوم المفقود في قانون المصالحة الوطنية، وبدوره مقسم إلى ثلاثة مطالب عرّفت في المطلب الأول المقصود بالمفقود، وخصصت المطلب الثاني تمييز المفقود عما يشابهه من مصطلحات، أما المطلب الثالث فتناولت فيه حالات الفقدان في قانون المصالحة الوطنية، أما المبحث الثاني تناولت فيه الإجراءات المتعلقة بالفقدان، بينما المطلب الأول يتناول الإجراءات المنصوص عليها في قانون المصالحة الوطنية، والمطلب الثاني الإجراءات المنصوص عليها في القانون الجزائري.

أما الفصل الثاني تطرقت من خلاله لأحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية، وخصصته إلى مبحثين رئيسيين: المبحث الأول تطرقت إلى آثار الحكم بالموت على المفقود، وقسمته إلى مطلبين المطلب الأول الآثار المتعلقة بالحكم بالفقدان، أما المطلب

الثاني خصصته إلى الآثار القانونية في الحكم بالموت الحكمي، بينما المبحث الثاني يتناول آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته في قانون المصالحة الوطنية، وقسمته إلى مطلبين، المطلب الأول يتناول أثر ظهوره حيا بالنسبة لزوجته، أما المطلب الثاني أثر ظهوره حيا بالنسبة لأمواله.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمفقود

إنّ تحديد المصطلحات والمفاهيم التي تدخل في نطاق هذه الدراسة لها أهمية كبيرة في فهم الموضوع وتوضيحه على الصورة المطلوبة، لذا أتطرق إلى بعض المصطلحات القانونية وأقوم بتعريفها حتى يتسنى فهم الموضوع.

إنّ ظاهرة الفقدان من أهم الظواهر التي انتشرت في كل المجتمعات العربية والغربية على حد سواء، وإذا وضعت الجزائر محل دراسة هذه النقطة أجد أن هذه الظاهرة تفشت بشكل كبير في المحاكم نتيجة للظروف استثنائية[1] كالعشرية السوداء، إضافة إلى الكوارث الطبيعية من زلازل وفيضانات ...الخ، وما خلفته من مفقودين[2] كثر، خاصة إذا لم يتم التيقن من حياتهم لعدم وجود برهان يؤكد وفاتهم.

كما يكون الفقد كذلك في ظروف مادية لا يغلب عليها الهلاك، ويترتب على فقدان الشخص أضرار كبيرة بأهله وأمواله، مما تستدعي العجلة في معالجتها فإذا لم يعثر عليه رغم المجهودات في البحث والتحري[3] بكل الوسائل الممكنة حكم عليه بالموت الحكمي[4].

ولقد اتبع القانون إجراءات قانونية متعلقة بالشخص المفقود، ويجب تطبيقها كاملة، وفي حالة عدم تطبيقها يعتبر التصرف القانوني باطل، وهذه الإجراءات ترفع أمام القضاء.

ولقد حدد القانون المدة اللازمة للحكم بموت المفقود بحسب الحالة التي تفقد فيها، سواء كانت يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب عليه فيها الهلاك.

---

[1] نصت عليها المادة 117 من دستور 2018 والتي يتم تقريرها في حالة وجود خطر داهم يوشك أن يصيب مؤسسات الدولة أو استقلالها.

[2] عرفت المادة 109 من ق.إ.ج: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم".

[3] تحرّى الشيء توخاه واجتهد في طلبه ودقق.

[4] هو أن يعتبر الشخص المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من مماته في حكم الميت بناءً على حكم قضائي، رغم عدم التيقن من موته.

أما عن معالجتي لهذا الموضوع في الفصل تناولت الإطار المفاهيمي للمفقود، قسمته إلى مبحثين، المبحث الأول يتضمن مفهوم المفقود في قانون المصالحة الوطنية والمبحث الثاني إلى الإجراءات المتعلقة بالفقدان في قانون المصالحة الوطنية.

المبحث الأول

مفهوم المفقود في قانون المصالحة الوطنية

إن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الذي تم إقراره على إثر تزكيته من طرف الشعب الجزائري، وعرض كمشروع قانون على الاستفتاء الشعبي، واستدعاء هيئة الناخبين عن طريق الإدلاء برأيهم في 29 سبتمبر 2005، وحاز على الموافقة بنسبة (97.38%).

وقد نفذت بنوده بصفة شبه كاملة ونتائج تطبيقه على أرض الواقع قد تضمنها التقرير النهائي الذي قدم إلى الرئيس حول تطبيق الميثاق، وصد ضمن الأمر 06-01 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية[1]، والمرسوم الرئاسي 05-278 المتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء بالمصالحة الوطنية يوم 29 سبتمبر 2005[2].

وقسمت المبحث إلى ثلاثة مطالب أساسية، تطرقت في المطلب الأول إلى المقصود بالمفقود، وفي المطلب الثاني إلى تمييز المفقود عما يشابهه من مصطلحات، وأخيرا المطلب الثالث تناولت فيه حالات الفقدان في قانون المصالحة الوطنية.

---

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

[2] مرسوم رئاسي رقم 05-278 مؤرخ في 09 رجب عام 1426هـ الموافق لـ 14 أوت 2005، يتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء المتعلق بالمصالحة الوطنية، ج.ر العدد 55، الصادر بتاريخ 2006.

المطلب الأول

المقصود بالمفقود

يقتضي تحديد المقصود بالمفقود وذلك من خلال توضيح معناه، في تعريفه لغة (الفرع الأول)، ثم اصطلاحا شرعا وقانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف اللغوي للمفقود

الفقدان في اللغة على وزن فعلان، واسم المفعول منه مفقود، وأصل الكلمة من الفعل فقد، فقد الشيء بفقده فقداً أو فقداناً وفقوداً، فهو مفقود وفقيد: عدمه، وأفقده الله إياه.

والتفقد: تطلب ما غاب من الشيء، وروي عن أبي الدرداء أنه قال: من يتفقد يفقد، ومن لا يعد الصبر لفواجع الأمور يعجز، فالتفقد: تطلب ما فقدته [1].

ومنه قوله تعالى: ﴿ وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ ﴾[2].

وتطلق كلمة المفقود أيضا في اللغة على الأضداد، فيقال: فقدت الشيء إذا ضللته، أو ضاع منك وفقدته أي طلبته، وكلاهما متحقق في المفقود أو الفقدان، فقد ضل عن أهله، وهم في طلبه[3].

بمعنى أن الفقدان في اللغة هو الضياع، فالشخص المفقود يعني أنه ضائع، فيقال: فقدت الشيء إذا أعدمته أو أضعته، كقوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[4].

---

[1] إبن منظور، لسان العرب، ط4، المجلد الحادي عشر، دار صادر، بيروت، لبنان، 2005 ص205.

[2] سورة النمل، الآية: 20.

[3] المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية، طبع وزارة التربية والتعليم، د.ب.ن، 1993، ص477.

[4] سورة يوسف، الآية: 72.

وتقول العرب: أفقده الشيء أعدمه إياه، ويقال: امرأة فاقد هي التي مات زوجها أو ولدُها[1].

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للمفقود

تعريف الشخص المفقود يقتضي تعريفه أولا شرعاً، وثانيا قانوناً

أولا: شرعاً

هو الغائب الذي انقطع خبره، وخفي أثره وجهل مكانه، ولا يعرف حياته أو مماته[2]. وعرف أيضا بأنه هو الغائب الذي لا يُدرَى مكانه ولا نعلم حياته ولا موته[3].

ولقد بينت المذاهب الإسلامية المقصود بالمفقود على النحو الآتي:

أ-في الفقه الحنفي: عرفوا المفقود على أنه الغائب لم يدرى موضعه، وحياته، وموته، وأهله في طلبه يبحثون، وقد انقطع عنهم خبره، وخفي عليهم أثره، فقد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد[4].

وجاء في تحفة الفقهاء: هو الذي غاب عن بلده، بحيث لا يعرف أثره، ومضى على ذالك زمان ولم يظهر أثره[5].

ب- في الفقه المالكي: وهو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه[6]، وجاء في مدونة –الإمام مالك- تعريف

---

[1] فؤاد إفرام البستاني، منجد الطلاب، ط45، دار المشرق بيروت، 1986، ص557.

[2] فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 205.

[3] عزت كامل، الوجيز في أحكام المواريث، د.ط، دار الفكر للقانون للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2009، ص 46.

[4] جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص16.

[5] السمر قندي علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ط1، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ، ص349.

[6] يوسف عطاء محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003، ص17-18..

المفقود:هو الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، لا يُدرى أين هو، وقد تلوموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام (أي يضرب له مده) فيما بلغنا[1].

وقسم علماء المذهب المفقود إلى خمسة أقسام على النحو التالي:

- مفقود في بلاد المسلمين في غير زمان وباء فإن رفعت زوجته أمرها للقاضي، وكتب القاضي أو من يمثل جماعة المسلمين كتابا بصفة المفقود واسمه، إلى البلد الذي يظن أنه خرج إليه، ولم يحصل على جواب أو خبر عنه، أهملها أربعة أعوام ثم طلقها منه، واعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام.
- المفقود في بلاد الإسلام في زمن الوباء، كمن رحل إلى بلد فيه طاعون حمل حاله على الموت، أي يحكم بموته بعد ذهاب الوباء دون إهمال أو مدة.
- المفقود في مقاتلة بين أهل الإسلام، فإن شهد أنه قد حضر صف القتال فإن زوجته تعتد ويحكم بموته من يوم التقاء الصفين وقيل من يوم انفصال الصفين والأولى أرجح في المهذب.
- المفقود في أرض الشرك، يبقى حيا مدة التعمير، ومدة التعمير عندهم سبعون وقيل: ثمانون، أما من فقد وهو ابن السبعين أو ابن الثمانين فقال بن عرفة: يزاد له عشرة أعوام وقيل: يجتهد فيما يزاد له من السنين.
- المفقود في المقاتلة بين المسلمين والكفار، فمن كان ضمن هذه الفئة فإن السلطان وجب عليه البحث عنه فإن كان غالب الظن بموته حكم السلطان بذلك[2].

ج- في الفقه الشافعي: قال الشافعي: "فلم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما لم يورث واحد منهما من صاحبه إلا

---

[1] مالك أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج5، د.ط، دار صادر بيروت، د.س.ن، ص451.

[2] الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب "البهجة في شرح التحفة"، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بروت، لبنان، 2005، ص93-94، محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المجلد الثالث، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2009.

بيقين وفاته قبل صاحبه فكذالك عند امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بصيام مع ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأتي له خبر أو جاء خبر أن غرق يرون أنه فيه ولا يستيقنون أنه فيه، لا تعتد امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته"[1].

فمن خلال هذا القول نستنتج أن المفقود في الفقه الشافعي هو من غاب ولم يعلم له خبر سواء كان رجلا أو امرأة، ويدخل في ذلك الأسير والمجنون والمسافر برا وبحرا وغيرهم، كما اعتبره "ابن الفراء البغوي" أنه من غاب وانقطع خبره وخفي أثره. [2]

د- في الفقه الحنبلي: المفقود هو الغائب الذي فقد وانقطع خبره فلم يعلم له موضع، ولم تدر حياته ولا موته، وكان ظاهر غيبته الهلاك.

إذن، فإن المفقود "في نظر غالبية الفقه" هو الشخص الذي انقطع خبره بحيث لا يعلم أحي هو أو ميت، ولا يمكن الحكم عليه بأي من الأمرين، فعنصر الشك الذي يكتنف مصير الشخص لا يجهل بمكانه هو الذي يجعل هذا الشخص مفقودا، وآية ذلك هو ما قرره أغلب الفقهاء[3].

ثانيا: قانونا

1-المفقود في قانون المصالحة الوطنية

تنص المادة 27 من ق.م.و: "**يعتبر الضحية المأساة الوطنية للشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية.**

---

[1] أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي، موسوعة الإمام الشافعي، ط1، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص112.

[2] أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط1، المجلد السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص273.

[3] قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط، دراسة مقارنة، ط1، المجلد الأول، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2014، ص225.

تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية إثر عمليات بحث بدون جدوى"[1].

من خلال نص المادة سالفة الذكر يتضح بأنه يكتسب صفة "**ضحية المأساة الوطنية**" على كل شخص مفقود في الظرف الخاص الذي أنجزّ عن المأساة الوطنية مثل ضحايا الإرهاب.

2-المفقود في قانون الأسرة الجزائري.

لقد عرّف المشرع الجزائري المفقود في نص المادة 109 من ق.أ.ج: "**المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم**".

انطلاق من نص المادة سالفة الذكر، فإن المفقود في وضعية بين الحياة والموت، والتي يعتبر فيها الشخص لا حيا على الإطلاق ولا ميتا[2].

وأصبح الشخص المفقود في علم الغيب فلم يتبين أمر حياته من مماته يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري الذي حصر شروط الحكم بالفقدان في ثلاثة وهي:

- غياب الشخص.
- عدم معرفة مكانه.
- الجهل بأمر حياته.

وشرط استصدار حكم يقضي بالفقدان لاعتباره كذلك، يعتبر هذا الشرط ضروريا دائما، ودون تحققه لا يمكن أن يأخذ الشخص صفة المفقود[3].

ولاعتبار أن بقاء المفقود إلا الأبد بدون حكم على وفاته قد يلحق ضررا على أقاربه وخاصة زوجته وأولاده، ويدخل ضمن المفقود أيضا الأسير في الحروب، فيأخذ حكمه تماما بشرط ألا يكون معلوم الحياة[1].

---

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

[2] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، د.م.ن، ثالة، 2007، ص251.

[3] سامية علاوة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج بالمدرسة العليا للقضاء، كلية الحقوق، الجزائر، 2007، ص13.

وقد حكمت المحكمة العليا بأن الشخص الغائب، يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه، ولما ثبت – من قضية الحال– أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في أنٍ واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم –المنتقد–[2].

[1] دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص191–192.

[2] نقلا عن: بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص384.

المطلب الثاني

تمييز المفقود عما يشابهه من مصطلحات

تطرقت إلى تمييز المفقود عن الغائب في الفرع الأول، هناك حالتين متشابهتين من المفقود تتمثل في المفقود والأسير لذا ينبغي التمييز عنهما وهذا ما سأتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تمييز المفقود عن الغائب

الغيبة لغة: أي غاب الشيء يغيب غيبا وغيبة وغيابا بالكسر فهو غائب، والجمع غيب وغياب وهو التواري، والخفاء والبعد، يقال يغيب فلان: سافر وبعد[1].

أولا: أوجه التشابه

- كلا من المفقود، والغائب يغيبان عن موطنهم، وعن محل إقامتهما.
- يجوز صدور الحكم بالفقدان كل من الغائب، والمفقود كما يجوز صدور الحكم بالوفاة عليهما.
- الآثار المترتبة عن صدور الحكم هي نفسها، سواءً بالنسبة للأموال أو الزوجة[2].

ثانيا: أوجه الاختلاف

والغياب أعم، وأوسع من الفقد حيث أن كل مفقود غائب ليس كل غائب مفقود[3]، والمشرع هنا سوى بين الغائب، والمفقود في الحكم، وبذلك يكون مجحفا في حق الغائب، حيث كان عليه فقط تعيين مقدم يتولى إدارة أمواله لغاية زوال الأسباب التي منعته من الرجوع إلى محل إقامته[4].

---

[1] ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص3321.

[2] شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2015/2014، ص20.

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، ط1، دار هومة، الجزائر، 2012، ص325.

[4] شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص20.

يمكن التمييز أيضا بينهما استنادا إلى ظروف عدم ظهور كل منهما:

فيعتبر الشخص مفقود، إذا كانت الظروف المحيطة باختفائه وعدم ظهوره تفيد حتما هلاكه لكن لم يتم العثور على جثته، ويعتبر الشخص غائبا إذا غاب عن محل إقامته مدة سنة، ولم يتمكن من الرجوع إليها بسبب ظروف قاهرة من هنا يظهر الاختلاف بين المفقود، والغائب يكمن في الظروف التي اختفى فيها الشخص حيث أن الغائب يختفي في ظروف عادية، ومن ثم ترجح حياته على موته، بينما المفقود يختفي في ظروف استثنائية، وخطيرة فيرجح موته على حياته مما جعل المشرع يعتبر الغائب كالمفقود من حيث كيفية معالجة الأوضاع عن طريق الموت الحكمي[1].

كما أن الغياب لا يؤثر في الشخصية القانونية للشخص عكس المفقود الذي تنتهي شخصيته القانونية إذا حكم بوفاته[2].

الفرع الثاني

تمييز المفقود عن الأسير

الأسير في اللغة من أسر يأسر، أسرا وإسارا، فهو أيسر، والمفعول مأسور، وأسير، جمع أسارى وأُسارى وأسرى وأسَراءُ، مؤاسيرة جمع مؤاسيرات وأسرى، أسَر: من يؤخذ في حرب أو معركة، ويستوي فيه المذكر والمؤنث: تبادل الجيشان الأسرى، هذا رجل أسير[3].

كقوله تعالى: ﴿ وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ﴾[4].

---

[1] فيلالي علي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د.ط، الجزائر، 2010، ص197.

[2] رمضان أبو مسعود، النظرية العامة للحق، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص65.

[3] معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، مجلد 1، ط1، عالم القاهرة، 1429هـ/2008م، ص52.

[4] سورة الإنسان، الآية: 08.

أولا: أوجه التشابه:

- قد يكون الأسير مجهول المكان ولا يعلم أحي هو أو ميت فهو هنا كالمفقود، يقول إبن قدامة في ذلك: الأسير كالمفقود إذا انقطع خبره.
- أن تنقطع أخباره ويجهل مصيره فلا تعلم حياته من مماته، ولا مكان إقامته، فهنا يأخذ حكم المفقود.
- لا يقسم ماله حتى يثبت موته أو يحكم به ولا يرث غيره إن مات حال فقده.

ثانيا: أوجه الاختلاف

- أن يكون معلوم الحياة وهو في هذه الحالة لا يأخذ حكم المفقود[1].
- فيرث غيره ويورث إذا مات في أسره، ولا يورث عنه ماله ويورث إذا مات في أسره[2].

[1] أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2009، ص543.

[2] أحمد محمد المومني، أحكام التركاة والمواريث، ط1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009، ص154.

المطلب الثالث

حالات الفقدان في قانون المصالحة الوطنية

نظرا للظروف التي مرت بها الجزائر في فترة التسعينيات والتي صدرت في ظروف خاصة ومستعجلة وردت حالة المأساة الوطنية في الأمر رقم 06-01 يتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية في الفرع الأول، بينما حدد قانون الأسرة الجزائري حالات أخرى للفقدان في الفرع الثاني.

الفرع الأول

ضحايا "المأساة الوطنية"

يعتبر الأشخاص الذين فقدوا ولم يظهر عليهم أي خبر خلال "المأساة الوطنية" بمثابة مفقودين في حالة استثنائية، ويغلب عليهم الهلاك، فإن ضحايا المأساة الوطنية التي عصفت بالبلاد في عشرية التسعينات خلفت ما يعادل 200 ألف قتيل[1]، إضافة إلى أن عدد المفقودين 7200 شخص وعدد المعتقلين 18000 شخص حسب الإحصائيات الرسمية من طرف المجلس الوطني لحقوق الإنسان حالياً[2]، ولقد تميزت عن أحكام الأسرة بالبساطة والسرعة، إذ نصت المادة 29 من الأمر رقم 06-01 يتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على: "**بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه**"[3].

---

[1] .https:/m.facebook.com/notes/mouvementrachad

[2] المصدر: اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان في الجزائري سابقا، والآن هي المجلس الوطني لحقوق الإنسان تم إقراره بموجب تعديل الدستور 2016.

[3] المادة 28 تنص على: "تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي".

ولقد عرّفت المادة 30 من الأمر رقم 06-01 تعريفا خاصا للمفقود: تصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى.

يتضح من خلال هذه المادة أن المفقود هو ذلك الشخص الذي فقد في ظروف غير عادية، وهي المأساة الوطنية، ولم يعثر على جثته أو على أي أثر يوحي بأنه على قيد الحياة[1].

الأمر رقم 02-03 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2002 التي خلفت 733 ضحية بشرية منهم 683 لقوا صراعهم بمحيط أزقة باب الواد القديمة بالجزائر، وأكثر من 100 مفقود و ألاف من الثكالى والأرامل واليتامى وما يفوق 250 مليار سنتيم خسائر مادية في كارثة لم تشهدها المنطقة من قبل[2].

فتضمنت المادة 2 من أمر رقم: 02-03 المتعلق بأحكام المفقودين في فيضانات 2001/11/10 تعريف خاص بمفقودي هذه الكارثة، فنصت في فقرتها الأولى: "يصرح متوفي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 2001/11/10 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق الممكنة".

فعند تحليل هذا النص يتبين لنا أنه قدم تعريفا استثنائيا عن التعريف العام الذي جاءت به المادة 109 من ق.أ.ج بحيث يعتبر بموجبها المفقود هو: كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الفيضانات ولم يظهر عليه أي أثر ولم يعثر عل جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية[3].

كما أن القانون رقم 03-06 يتضمن الأحكام المطبقة على زلزال بومرداس 2003/05/21 أسفر الزلزال على مقتل 2266 شخص وجرح 10261 وتدمر جزئيا أو كليا أكثر من 1243 مبنى وتشرد ما يقارب من 150000 شخص تميز بطابعه الكارثي نظرا لحجم الخسائر التي

---

[1] الأمر رقم 06-01 يتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

[2] https:/www.google.com/amp/www.altaheieonline.com/ara/articles/2516u1amp.

[3] أمر رقم 02-06 المتعلق بأحكام المفقودين في فيضانات باب الواد 2001/11/10، مرجع سابق.

نجمت عنه خاصة في الأرواح، ونظرا لتسجيل عدد كبير من المفقودين نجم وضع معقد فجاء هذا القانون لاستيعاب حالة الاستعجال التي فرضتها الكارثة[1].

فالمادة 02 من القانون رقم 03-06 تنص في فقرته الأولى على: يصرح المتوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية[2].

ويتبين أن الأمر رقم 06-01 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية قد وضع شروط إضافية إلى تلك التي كرستها المادة 109 من ق.أ.ج لتحديد من هو المفقود وهذه الشروط هي:

- أن يكون الفقدان قد كان في الظروف الناجمة عن المأساة الوطنية، ويقصد بها حالات الفقدان الناجمة عن الأفعال المنصوص والمعاقب عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات، الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية الباب الأول، الجنايات والجنح ضد أمن الدولة القسم الرابع مكرر[3].

أما عن حالات الفقدان التي تمت في تلك الفترة دون أن تكون لها صلة بالأعمال الإرهابية والتخريبية، فتبقى خاصة بأحكام قانون الأسرة لعدم وجود مبرر استثناءها من القاعدة العامة، ولا يثبت الفقدان إلا بعد عمليات التحري والبحث التي تقوم بها الضبطية القضائية، وبعد مراجعة قوائم المفقودين إثر عمليات إرهابية أو تخريبية على مستواها، وإعدادها محضر معاينة فقدان يسلم لذوي حقوق المفقود[4].

وتوصلت إلى مجموعة من النقاط التي تتعلق بمفقودي زلزال بومرداس، وفيضانات باب الواد ويمكن حصرها فيما يلي:

---

[1] زلزال بومرداس-https:/m.marefa.org/2003 .

[2] أمر رقم 03-06 المتعلق بأحكام المفقودين في زلزال بومرداس 2003/05/21، مرجع سابق.

[3] أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر عدد 84، صادر بتاريخ 2006.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 03 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

– إثبات وجود الشخص في أي مكان من أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 أو زلزال بومرداس 21 ماي 2003.

– عدم ظهور أي أثر للشخص بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته ولا بموته.

– عدم العثور على جثة الشخص، بالرغم من إجراء جميع التحريات الممكنة.

– إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، وتسليمه لذوي الحقوق، أو لكل ذي مصلحة، في أجل لا يتعدى 4 أشهر من وقوع الفيضانات أو 8 أشهر من وقوع الزلزال[1].

وأبين في المثال الشخص المفقود –وفاة– في ميثاق السلم والمصالحة الوطنية[2]، في الملحق رقم 1.

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص338."

[2] مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2009، ص288–289.

الفرع الثاني

حالات الفقدان في القانون الجزائري

سأتطرق إلى الحالة التي يغلب عليها الهلاك، ثم بعدها إلى الحالة التي تغلب فيها السلامة.

أولا: الحالات التي يغلب فيها الهلاك

وهي الحالة يرجح فيها موت المفقود على حياته نظرا للظرف الذي اختفى الشخص[1]، ويصعب وضع معيار مجرد تتحدد بناء عليه الظروف التي يغلب فيها الهلاك، لذا يستعان في ذلك بالاحتمال الغائب فقط مع ترك التقدير النهائي لقاضي الموضوع، على أساس أنّ الأمر يتعلق بتقدير الواقع[2].

ومن أمثلة الظروف التي يغلب فيها الهلاك، هي الكوارث الطبيعية مثل: الزلازل والفيضانات والبراكين وغير الطبيعية كحريق، انفجار، غرق سفينة، تحطم الطائرات أو وسيلة نقل أخرى، عمليات حربية، وما إلى ذلك من الظروف التي يغلب فيها الهلاك[3]، ولقد عبر المشرع الجزائري عن الحالة التي يغلب فيها في المادة 113 من .ق.أ.ج بالحروب والحالات الاستثنائية[4]، وذلك أن الحرب خطر يهدد كيان الدولة وعمل المؤسسات الدستورية للجمهورية وليس بسلامة ووحدة تراب الدولة واستقلالها، وحتى تقوم حالة الحرب لابد أن يتوجه رئيس الجمهورية بخطاب للأمة

---

[1] علي فيلالي، نظريات الحق، مرجع السابق، ص199.

[2] محمد سعيد جعقور، مرجع سابق، ص334.

[3] نقلا عن:

Hanifi Louiza, L'absence et la disparation en droit prive algérien, mémoire, université d'Alger, 1981, p35.

[4] المادة 113 من القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

يعلن من خلاله حالة الحرب، ومن المنطقي أن تشكل حالة الحرب إحدى حالات الفقدان لأنها تتسبب في اختفاء الأشخاص وعدم معرفة مصيرهم[1].

أما بالنسبة للحالات الاستثنائية فقد نصت عليها المادة 107 من التعديل الدستوري 2016 والتي جاء فيها: "**يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها**"[2].

ثانيا: الحالة التي تغلب فيها السلامة

يقصد بهذه الحالة هو اختفاء الشخص في ظروف طبيعية تغلب فيها السلامة، بحيث يطول غيابه وتنقطع أخباره، فلا يستطاع الجزم بما إذا كان حيا أو ميتا، كمن خرج للتجارة أو السياحة، أو لطلب العلم، ثم انقطعت أخباره، ولم يعد معروفا مكانه أو حياته من مماته[3]، فمثل هذه الظروف التي اختفى فيها الشخص لا تحمل في طياتها أي خطر على حياته، ولهذا ترجح حياته على وفاته نظرا للظروف العادية التي فقد فيها[4]، وهنا يفوض الأمر في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات للحكم بموت المفقود وهذا ما نصت عليه المادة 113 من ق.أ.ج[5].

---

[1] بير جربالو خضرة، الفقدان والغياب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، 2013/2012، ص23.

[2] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 27 جمادى الأولى 1437هـ الموافق لـ 07 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر العدد 14، الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

[3] شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص16.

[4] فيلالي علي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص201.

[5] شبايكي نزهة، مرجع نفسه، ص16.

المبحث الثاني

الإجراءات المتعلقة بالفقدان في قانون المصالحة الوطنية

جاء ميثاق السلم والمصالحة الوطنية والنصوص المكملة له بإجراءات قانونية في شأن الأشخاص المفقودين، تخالف في بعضها قانون الأسرة.

المطلب الأول

الإجراءات المنصوص عليها في قانون المصالحة الوطنية

نص المشرع الجزائري على إجراءين في قانون المصالحة الوطنية طبقا لنص المادة 27 من الأمر 06-01 وهما: قيام الشرطة القضائية بعملية البحث تناولته في الفرع الأول، وإصدار الشرطة القضائية محضر للفقدان في الفرع الثاني.

الفرع الأول

عمليات البحث عن المفقود

نصت المادة 27 من أمر 06-01 يتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية في فقرتها الثانية: تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى"[1].

من خلال نص المادة نلاحظ أن عمليات البحث تدخل ضمن الصلاحيات التقليدية العامة للشرطة القضائية، حيث من واجب هذه الأخيرة التحري والبحث عن المفقودين لأنها في موقعها وبمقتضى السلطات التي يخولها لها القانون يمكن أن تصل إلى نتائج من الصعب أن يصل إليها أي شخص عادي من خلال القيام بكل التحريات الممكنة على المفقود الذي اختفى في ظروف

[1] أمر 06-01 يتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مرجع سابق.

استثنائية داخل الجزائر أو خارجها "كالحروب والعمليات العسكرية والكوارث الطبيعية أو تحطم طائرة أو غرق باخرة"[1].

الفرع الثاني

محضر الفقدان

تقوم الشرطة القضائية بإعداد محضر معاينة فقدان الشخص المعني بعد سلسلة من التحقيقات والتحريات وبعد أن تسلم نسخة من المحاضر إلى ذوي المفقود الحق لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى إثبات وفاة المفقود دون حاجة لرفع دعوى قبلها للحكم بالفقدان[2].

وفي أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية طبقا لأحكام المادة 32 فقرة الأولى والثانية من الأمر رقم 06-01 يتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

ويحكم القاضي بالوفاة على الشخص المفقود بناءً على طلب أحد ورثته ومن كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو النيابة العامة، وبالتالي يحكم القاضي بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرين[3] ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى وذلك بتوفر ثلاثة شروط[4]:

1-أن يثبت وجود الشخص في أماكن وقوع الكارثة.

2-أن لا يظهر له أي أثر.

3-عدم العثور على جثته بعد التحري بجميع الطرق الممكنة.

ويكون هذا الحكم قابل للطعن بالنقض في أجل لا يتعدى شهرا واحدا يسري ابتداءً من تاريخ النطق بالحكم.

---

[1] إقروفة زبيدة، الإنابة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014، ص88.

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص339.

[3] المادة 32 فقرة وثانية من الأمر رقم 06-01، مرجع سابق.

[4] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص96.

وتفصل المحكمة العليا في أجل لا يتعدى ستة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها وهذا بناءً على أحكام المادة 33 فقرة أولى من الأمر رقم 06-01[1] يتضمن ميثاق السلم والمصالحة والوطنية.

كما ينبغي قيد الحكم النهائي بالوفاة من طرف النيابة العامة في سجلات الحالة المدنية وتقوم بالسهر على تنفيذه[2].

كما نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: "**يعتبر ضحية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث التي قامت بها**"[3].

ومن خلال أطروحة الدكتوراه للأستاذ غجاتي فؤاد التي أعطت معنى موسع للضحية في المبدأ الخامس ضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي حيث جعلهم: "الضحايا هم الأشخاص الذين لحق بهم ضرر، أفراد كانوا أو جماعات، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعانات النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية، وذلك من خلال عمل أو امتناع عن عمل يشكل انتهاكا جسيما للقانون الدولي لحقوق الإنسان، أو انتهاكا خطيرا للقانون الإنساني الدولي، وعند الاقتضاء، ووفقا للقانون المحلي، يشمل مصطلح "ضحية" أيضا أفراد الأسرة المباشرة أو من تعيلهم الضحية المباشرة، والأشخاص الذين لحق بهم ضرر أثناء تدخلهم لمساعدة الضحايا المعرضين للخطر أو لمنع تعرضهم للخطر.

---

[1] المادة 33 فقرة أولى من الأمر رقم 06-01، مرجع سابق.

[2] أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ19 فبراير 1970م المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 21، الصادر بتاريخ 27 فيفري 1970 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

[3] المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06-93، مؤرخ في 28 فبراير 2006 يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية الجزائرية، ج.ر عدد 11، الصادر بتاريخ 28 فبراير 2006.

يعتبر الشخص ضحية بصرف النظر عما إذا كان قد تم التعرف على مرتكب الانتهاك أو اعتقاله أو مقاضاته أو إدانته أم لا، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية بين مرتكب الانتهاك والضحية[1].

كما يتعين على مصالح الشرطة القضائية أن تسلم لذوي حقوق المعني أو أي شخص ذي مصلحة معاينة بالفقدان، وبناء على نص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 06-93 وكذلك المرسوم الرئاسي 06-94 في المادة 6، ويعتبر من ذوي الحقوق:

- الأزواج.
- أبناء الهالك البالغون سنا أقل من 19 عام، أو على الأقل 21 عام إذا كانوا يزاولون الدراسة أو إذا كانوا يتابعون التمهين، وكذا الأبناء المكلفون طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط نفسها المتعلقة بأبناء الهالك.
- الأبناء مهما يكن سنهم، الذين يوجدون بسبب عجز أو مرض مزمن، في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.
- البنات بلا دخل مهما يكن سنهن، اللائي كان يكلفهن الهالك فعلا وقت وفاته.
- أصول الهالك[2].

وتوصلت في الأخير إلى أن الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون المصالحة الوطنية هي نفسها الإجراءات الواردة في فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس.

---

[1] قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 60-147 المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، 21 مارس 2006، ص08.

[2] المادة 09 من المرسوم الرئاسي 06-93، مرجع سابق، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 06-94 مؤرخ في 28 فبراير 2006، يتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب، ج.ر عدد 11، الصادر بتاريخ 2006.

المطلب الثاني

الإجراءات الخاصة بالفقدان في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية

لرفع الدعوى لابد من توفر مجموعة من الإجراءات القانونية التي نص عليها القانون الجزائري التي لا يمكن الاستغناء عنها، فتناولت في الفرع الأول طلب الحكم بالفقدان، والفرع الثاني إجراءات رفع الدعوى.

الفرع الأول

طلب الحكم بالفقدان

تنص المادة 114 ق.أ.ج على أنه: "**يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة**"[1].

تقدم دعوى الحكم بوفاة الشخص المفقود من قبل من له مصلحة أو منفعة قانونية في هذا الحكم، كالورثة أو الموصى له أو زوجته أو شريكه أو بعبارة أخرى من له الحق في إقامة الدعوى لإعلان حالة فقده له الحق في طلب الحكم بوفاته[2].

ويشترط في المصلحة الشروط التالية:

1. أن تكون قانونية أي تستند على حق قانوني سواء كان ماديا، أو أدبيا معنويا، أو مركزا قانونيا[3].

---

[1] المادة 114 من القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

[2] هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود -دراسة مقارنة-، ط1، دار دجلة، المملكة الأردنية، 2010، ص193-194.

[3] دليلة براف، أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، العدد5، ديسمبر 2003، الجزائر، ص37.

2. أن تكون قائمة أو حالة محتملة، أي أن يكون الحق أو المركز القانوني المراد الدفاع عنه قائما[1].

وتناولت أطراف الدعوى وشروط قبولها والاختصاص النوعي والإقليمي.

أولا: أطراف الدعوى

1- المدعى: وهو رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية ولقد نصت المادة 114 من ق.أ.ج على أنه: "**يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة**"[2].

من خلال المادة نستخلص أن أصحاب الحق في طلب الحكم بالفقدان وهم: الورثة، وكل ذي مصلحة، والنيابة العامة.

- **الوارث:** هو كل قريب للشخص، سواء بسبب الرابطة الزوجية أو بالدم، وجعل له القانون نصيبا محددا في التركة، وتكمن مصلحته في تقييم التركة وأخذ نصيبه منها، ويجوز لكل وارث اللجوء إلى القضاء والمطالبة بصدور حكم بالفقدان طبقا لنص المادة 114 من ق.أ.ج[3].
- **من له مصلحة:** هو كل شخص يهمه تقسيم التركة لاستيفاء حقه منها، كالدائن والموصى له.
- **النيابة العامة:** تعتبر ممثلا للمجتمع، وهي بهذا الوصف تتمثل مصلحتها في تحديد مركز كل فرد فيه[4].

يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة باستصدار حكم يقضي بفقدان الشخص، وهذا حسب ما ورد بنص المادة 114، وهي في هذه الحالة لا تدعي حقا ذاتيا خاصا بها، ومن ثمة فهي لا صفة لها في هذه الدعوى طبقا للقاعدة العامة الواردة بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية، إلا أن القانون وخروجا عن هذه القاعدة خول لها الصفة في رفع دعوى

---

[1] المرجع نفسه، ص2.

[2] المادة 114 من قانون رقم 84-11، مرجع سابق.

[3] المادة 114 من قانون رقم 84-11، مرجع نفسه.

[4] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص344.

الفقدان، إذ تعتبر طرفا أصليا في هذه الدعوى[1]، حيث تنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على أنه: "**تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون**".

ونشير في الأخير إلى أن النيابة العامة من خلال هذه الدعوى تهدف إلى تحقيق المصالحة العامة.

2- المدعى عليه: هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي وبالتالي فهو الشخص المفقود نفسه، وهذا الأخير لا يمكنه مباشرة أعماله بنفسه بسبب غيابه كما يمكنه الدفاع عن نفسه، ولذا لا يمكن أن ترفع الدعوى عليه مباشرة، وإنما ترفع ضده بحضور وكيل الجمهورية[2]، كما قبلت الجهات القضائية أن ترفع دعوى الفقدان ضد وكيل الجمهورية باعتباره ممثل الحق العام[3].

ثانيا: شروط قبول الدعوى

طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترط المشرع الجزائري من خلال نص المادة شروطا لقبول الدعوى هي[4]:

---

[1] عمر زودة، "طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم 05-02)"، مقال منشور بالمجلة القضائية بالمحكمة العليا الجزائرية، العدد الثاني، 2005، ص35.

[2] نقلا عن: محكمة باب الوادي، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 2002/07/17، قضية رقم: 2002/1394، غير منشور.

[3] نقلا عن: محكمة المدية، قسم الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/11/19، رقم الجدول 2001/330، غير منشور.

[4] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادر بتاريخ 2008.

1- الصفة: هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى (المدعي والمدعى عليه) بموضوع النزاع[1]، وأيضا هي السلطة الممنوحة قانونا للشخص صاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق[2].

ويجب أن تتوافر الصفة في المدعي والمدعى عليه، إذ نصت المادة 13 من ق.أ.م.إ من الفقرة الثانية على أنه: "**يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه**"، وهذا ما يؤكد أن الصفة من النظام العام، إذ يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة[3]، كما أن شرط الصفة مطلوب في أطراف الخصومة عبر جميع مراحل الدعوى إلى غاية الفصل في الدعوى المرفوعة[4].

2- المصلحة: هي المنفعة التي يسعى طرفا النزاع إلى تحقيقها وهي الدافع لرفع الدعوى[5]، كما عرفت بأنها الفائدة العملية التي تعود على رفع الدعوى من وراء رفعه لها منعا لإشغال القضاء كمرفق بدعاوى لا طائل أو فائدة منها، ويجب أن تتوفر في مصلحة خصائص وهي أن تكون قانونية، وأن تكون شخصية ومباشرة، كما يمكن أن تكون قائمة أو محتملة.

ما يمكن ملاحظته أن المادة 13 من قانون إ.م.إ لم تنص على الأهلية كشرط من شروط قبول الدعوى[6]، ولقد اعتمد الفقهاء على غالبيتهم أن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى، إنما هي شرط شرط لصحة التقاضي، وهو الأمر الذي ربما يكون المشرع قد انتهجه وإن لم يصرح بذلك، ويقدم الفقهاء على هذا الرأي مفاده أن فقدان أحد أطراف الدعوى أهليته لا يترتب عنه عدم قبول الدعوى

---

(1) سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه وما إليه، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص46.

(2) عادل بوضياف، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، كلية النشر، الجزائر، 2012، ص32.

(3) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص51.

(4) عادل بوضياف، مرجع سابق، ص34.

(5) نبيل صقر، مرجع سابق، ص46.

(6) عادل بوضياف، مرجع سابق، ص28.

لأنه يحل محله ممثل القانوني بينما الصفة والمصلحة لا يمكن أن يستعيض فاقد المصلحة شخص آخر له المصلحة في ذلك[1].

ثالثا: الاختصاص النوعي والإقليمي

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المادة 423 منه تقضي بأن دعاوى الفقدان هي من اختصاص قسم شؤون الأسرة بالمحكمة[2].

أما الاختصاص الإقليمي فيؤول للجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف، فللجهة الاختصاص القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، فيؤول للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا حسب ما ورد في المادة 37 من قانون الإجراء الإجراءات المدنية والإدارية[3].

ولقد جاء في المادة 38 الفقرة الأولى من القانون المدني أن موطن المفقود والغائب هو موطن من ينوب عنهما قانونا، أي أن القانون يحدد لهما موطن حكمي أو قانوني هو موطن المقدم وهو الذي يعتد به في تحديد الاختصاص الإقليمي[4]، فموطن المفقود هنا لا علاقة له بمحل إقامته لأنه يخاطب مخاطبة قانونية في شخص النائب عنه، إذ حدد القانون موطنه بمحل آخر هو موطن هذا النائب[5]، وبهذا الحكم الخاص يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالتصوير الحكمي للموطن، إذ لا تقوم فكرة الوطن هنا على أساس السكن أو الإقامة، ولكن على قرينة مقتضاها أن

---

(1) المرجع نفسه، ص35.

(2) أنظر المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) شرابي ابتسام، مرجع سابق، ص27.

(4) نبيل صقر، مرجع سابق، ص67.

(5) محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص453.

الشخص المراد تحديد موطنه يوجد مقر سكناه الرئيسي أو مكان إقامته الاعتيادي حكما لدى من يمارس عليه سلطة القوامة[1].

الفرع الثاني

إجراءات رفع الدعوى

نصت عليها المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، إذ يمكن لكل من له صفة في رفع دعوى الفقدان بعد مرور سنة على فقدان الشخص، أن يرفع دعوى أمام المحكمة بموجب عريضة مكتوبة موقعة من المتقاضي أو وكيله ومؤرخة، ويجب إيداعها بأمانة ضبط المحكمة من أجل تسجيلها بعدد من النسخ يساوي عدد أطراف الدعوى، وتنتج الدعوى آثارها بمجرد تسجيلها وإيداع الرسم بحيث تحدد لها جلسة فورا[3].

وهذه العريضة ينبغي أن تحتوي على جملة من البيانات حددتها المادة 15 من ق.إ.م.إ وهي[4]:

- الجهة القضائية المرفوع أمامها الدعوى ولا يكفي ذكر المحكمة المختصة على وجه التحديد بشكل لا يدع مجالا للشك فيها.
- اسم ولقب المدعي وموطنه: وهنا يجب ذكر المدعي صراحة وعنوانه واسم من يمثله ومهنته وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه: فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

---

[1] عبد الحميد زعلاني، "تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001"، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 04، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1999، ص118.

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

[3] حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.ط، ديون المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2010، ص47.

[4] ينظر المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى: يوجب القانون أن تشتمل عريضة افتتاح الدعوى على وقائعها وأداتها وطلبات المدعي والأسانيد التي يعتمد عليها، وذلك حتى يتمكن المدعى عليه من إعداد دفاعه، ويتمكن القاضي من تكوين فكرة واضحة وسليمة عن الدعوى.
- ذكر المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى: مع تبيانها وإرفاقها بالعريضة[1].

وفي حالة خلو العريضة من إحدى هذه البيانات كانت تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهذا بناءً على نص المادة 15.

وبعد أن تقدم المدعي بعريضته الافتتاحية، يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم، ثم يقوم بإعطاء رقم للقضية وتاريخ أول جلسة لها، وبعدها يقوم بتسليم العريضة إلى المدعي بغرض تبليغها رسميا إلى المدعى عليه[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 16.

وفي الأخير إذا توافرت كل هذه الشروط وثبت للقاضي أن طلب الحكم بالفقد مؤسس استنادا إلى الحجج والوثائق المقدمة له أو التحقيق الذي يقوم به، فإنه يقرر حالة الفقد بموجب الحكم الذي يصدره[3].

---

[1] حسين فريجة، مرجع سابق، ص17؛ راجع أيضا: عادل بوضياف، مرجع سابق، ص41 وما يليها.

[2] المرجع نفسه، ص18.

[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص198.

الفصل الثانـي

أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية

بعد دراستي للإطار المفاهيمي للمفقود في الفصل الأول، ارتأيت أن أتناول أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية[1]، وقانون الأسرة الجزائري، وهذه المصالحة كانت بمثابة منعرج حاسم يتحكم في مصير الدولة والشعب الجزائري، أتت لتجاوز الانتهاكات التي كانت في العشرية السوداء وغيرها سواء كانت في ظل سياسي أو اجتماعي أو أمني، ولعل هذا الملف أكثر حساسية وتجاذبا بين الطبقة السياسية لما يحمله من أبعاد وعواقب في إرساء دولة القانون، وتضميد الجرح بين الجزائريين، ولقد أتى هذا الميثاق بنتائج حققها على أرض الواقع.

وعالج المشرع الجزائري المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق الدولة بقوله في البند الرابع من ميثاق السلم والمصالحة الوطنية: "تتحمل الدولة على ذمتها مصير كل الأشخاص المفقودين في سياق المأساة الوطنية وستتخذ الإجراءات الضرورية بعد الإحاطة بالوقائع" وبعبارة أخرى أن الدولة مسؤولة عن التعويض المدني.

من خلال هذا البند قدم أنصاف حلول بل سكت عن أمور قد لا تخدم ثقافة اللاعقاب أي بالاقتصار على التعويض المادي لذوي حقوق المفقودين دون معرفة الحقيقة عن أسباب ومرتكبي هذا الجرم وبالتالي الإفلات من عدالة القضاء وعدم معرفة الحقيقة.

وركز صاحب الوثيقة ميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية على أن إجراءات التمكين لحقوق ذوي المفقودين (التعويض) يجب أن تكون في "كنف الكرامة"[2].

---

[1] توافق وطني يستهدف تقريب وجهات النظر المختلفة، وردم الفجوات بين الأطراف المتخاصمة أو المتحاربة، ينظر في ذلك: باخويا دريس، العدالة الانتقالية في ضوء قانون المصالحة الوطنية بالجزائر، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، قسم الدراسات القانونية والشرعية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 12، الجزائر، جوان 2017.

[2] فوزي أوصديق، قراءة في مشروع السلم والمصالحة الجزائرية، 2005/09/27، الساعة 14:06 (مكة الكرمة) ، 11:06 (غرينيتش).

كما تضمن قرار الأمم المتحدة رقم 147/60 حق الضحية في سبل الإنصاف المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي حق الضحية فيما يرد أدناه في:

- الوصول إلى العدالة عل نحو متساو وفعال.
- جبر ما لحق بالضحية من ضرر على نحو مناسب وفعال وفوري.
- الوصول إلى المعلومات ذات الصلة المتعلقة بالانتهاكات وآليات جبر الضرر[1].

إضافة إلى تقرير لجنة مناهضة التعذيب الأممية رقم 2012/03 حول الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي، وأن تؤخذ في الاعتبار العناصر الخمسة لهذا الحق، وهي: رد الحق، والتعويض، وإعادة التأهيل، والترضية، وضمانات عدم التكرار[2].

وللتوضيح أكثر قسمت مضمون هذا الفصل إلى مبحثين، أتناول في **(المبحث الأول)** آثار الحكم بموت المفقود، ثم آثار ظهوره حيا بالنسبة للحكم بوفاته في قانون المصالحة الوطنية **(المبحث الثاني)**.

---

[1] قرار الأمم المتحدة رقم 60-147، مرجع سابق، ص08.

[2] تقرير لجنة مناهضة التعذيب، الدورة رقم 65، الملحق رقم 44 (A/65/44)، نيويورك 2010.

المبحث الأول

آثار الحكم بالموت على الشخص المفقود

يعتبر المشرع الجزائري أن المفقود حي في المسائل التي تضره وتفيد غيره ويترتب على هذه القاعدة آثار قانونية منها ما يتعلق بأموال المفقود، ومنها ما يتعلق بزوجته، وقسمت المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يتناول الآثار القانونية بصدور الحكم بالفقدان، والمطلب الثاني يتناول الآثار بالنسبة للموت الحكمي على المفقود.

المطلب الأول

الآثار القانونية للحكم بالمفقود

أتطرق في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وأدرس كل واحد منها على حدى، في الفرع الأول تناولت حكم أهلية الشخص المفقود، والفرع الثاني أثر الحكم بالفقدان على أمواله، وأخيرا الفرع الثالث أثر الحكم بالفقدان على زوجة المفقود.

الفرع الأول

حكم أهلية الشخص المفقود بفقدانه

نصت المادة 111 من ق.أ على تعيين مقدم من أقارب الشخص المفقود أو غيرهم لتسيير أموال هذا الأخير، نصت في الأخير على مراعاة أحكام المادة 99 من القانون نفسه، وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تتعلق بأحكام التقديم، وتعرف المقدم بأنه الشخص الذي تعنيه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على مكان فاقد الأهلية أو ناقصها، وبذلك يكون المشرع عندما أخضع المفقود لأحكام التقديم قد جعله في مركز ناقص الأهلية أو فاقدها، وهذا أمر لا يمكن الجزم عليه خاصة وأنه بالرجوع للفقه الإسلامي نجد اختلافا في

الآراء، بحيث ذهب البعض إلى القول بان المفقود بهذه الصفة كالصبي والمجنون وفي تنصيب من يحفظ ماله ويقوم عليه نظيرا له[1].

وفي حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأنّ الغائب شخص كامل الأهلية ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس[2]، وذهب البعض الآخر إلى القول بأن هناك حالات يستكمل فيها الشخص أهليته، ولكن لا يمارس تصرفاته لغياب أو فقد فيعين له القاضي وكيلا قضائيا يدبر شؤونه[3].

الفرع الثاني

أثر الحكم بالفقدان على أموال الشخص المفقود

إذا كان للشخص الذي صدر ضده حكم يقضي بالفقدان أموال يعين له القاضي مقدما ليسهر على تسييرها عملا بنص المادة 111 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "**على القاضي عندما يحكم بالفَقْدانُ 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**"[4].

والمقدم أن يتصرف كتصرف الولي في أموال القاصر، دون أن تكون محلا للتقسيم أو للتمليك عن طريق الميراث لاعتباره حيا، وباعتباره حيا يثبت له الميراث من غيره ويوقف إلى غاية رجوعه حيا أو يحكم بموته عملا بنص المادة 133 من قانون الأسرة وبناء على ذلك نفرق بين[5]:

---

(1) أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، ط1، المجلد الأول، دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1998، ص955.

(2) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط4، الجزء الثاني، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ص1012.

(3) نقلا عن: أديب استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ط2، الجزء الأول، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 1989، ص754.

(4) قانون رقم 84-11، يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

(5) قانون رقم 84-11، المرجع نفسه.

أولا: أثر الحكم بالفقدان على أموال المفقود الخاصة

اعتبر المشرع الجزائري الشخص المحكوم عليه بالفقدان حيا، فإن ثبتت ملائمة ذمته المالية كأن يكون مالكا لمنقولات أو عقارات استمرت ملكيته لها، فلا تعتبر أمواله إرثا ولا يكتسبها الغير عن طريق الميراث عملا بنص المادة 115 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "**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**".

يكمن في كون الإرث لا يستحق إلا بثبوت موت المورث حقيقة أو حكما عملا بنص المادة 127 من قانون الأسرة[1]، وللمقدم أن يتصرف في مال المفقود كتصرف الولي أو الوصي في مال القاصر، فتكون له سلطة إدارة المال، دون التصرف فيه، وليس له أن يبطل إيجازا أبرمه المفقود لم تنته مدته بعد، بل له أن يؤجر المال لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وإن تجاوزت مدة الإيجار ذلك[2].

وإذا كان العمل الذي قام به من أعمال التصرف، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا إلا ما أجازه القاضي بإذن مسبق فإنه يعتبر صحيحا، وإن وجدت لدى المفقود أموال سريعة للتلف والفساد بطبيعتها يكون للمقدم أن يستأذن القاضي في بيعها ويحتفظ بثمنها فإن ظهر المفقود حيا أخذه، وإن حكم بموته دخلت ضمن التركة وحقت لورثته.

وهذا ما قد نصت المادة 115 من قانون الأسرة على أن لا تقسم أمواله إلا بعد صدور حكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.

---

[1] قانون رقم 84-11، يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

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

ويكون على المقدم أن ينفق على أولاد المفقود وزوجته التي هي في عصمته من المال المفقود لوجوبها عليه لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع المراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون.

وعلى الموصي الذي انتهت مهمته المسلمة التي في عهده، ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وهذا ما نصت عليه المادة 97 من قانون الأسرة.

ثانيا: أثر الحكم بالفقدان بالنسبة لميراث المفقود من غيره

حق المفقود في الإرث ثابت في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 133 منه: "**إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون**".

فيكون المشرع بذلك قد اعتبر المفقود حيا بالنسبة لمال غيره، وقرر له الحق في الميراث[1]، أخذ برأي جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية[2]، وخلاف لما جاء به الإمام الحنفي رضي الله عنه والذي يرى أن المفقود لا تثبت له حقوق إيجابية من غيره ولا يرث لعدم تحقق شرط الإرث منه، وهو تَحَقُّقُ حياته، وحياة المفقود غير محققة لوجود احتمال موته[3].

لكن نصة المادة المذكورة أعلاه لم يبين كيفية توريثه، وحكم المفقود بذلك هو أن يقسم المال بين الحاضرين وذلك بأن تقدر حياته وينظر فيها ويقدر موته، فينظر فيه فمن اختلف نصيبه بموت المفقود أو حياته أعطي أقل النصيبين ومن لا يختلف نصيبه يعطاه في الحال كاملا، ومن يرث بتقدير دون تقدير لا يعطى شيء، ومثاله: من توفي عن ابنين أحدهما

---

[1] بلحاج العربي، المواريث في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص387.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص202.

[3] وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والميراث، ط2، الجزء الثامن، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص421.

مفقودا فإن الابن الحاضر يأخذ النصف على افتراض المفقود حيا، ويوقف النصف الآخر إلى غاية ظهور المفقود، إن ظهر قبل الحكم بموته أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى الابن الحاضر، وإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه[1].

ومثال أخر: من ماتت عن زوج، أم وأخوين لأم أحدهما مفقودا، فيكون للزوج كامل لعدم اختلاف نصيبه في التقديرين وللأم السدس وللأخ لأم كذلك السدس لاحتمال حياة المفقود، ويوقف السدس الباقي فإن ظهر المفقود حيا فهو له أو ميتا فيرد على الأم.

ومثاله كذلك: من مات وترك زوجة وأما وأخ لأب موجود وأخ شقيق مفقود، فيعطى للزوجة الربع لأن نصيبها لا يغير على تقدير حياة المفقود، ولا على تقدير موته وتعطى الأم السدس لأنه على تقدير حياة المفقود يكون للميت أخوان، ونصيب الأم مع الاثنين من الإخوة السدس، ولا يعطى الأخ لأب شيئا لأنه على تقدير حياة المفقود فيكون محجوبا به[2].

وكان على المشرع أن يضيف فترة ثانية للمادة 133 من قانون الأسرة لتكون صياغتها كتالي: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، أما إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة"[3].

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص202.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص202.

[3] المرجع نفسه، ص202.

الفرع الثالث

أثر الحكم بالفقدان على زوجة المفقود

بعد الحكم بالفقدان تستمر العلاقة الزوجية، بمعنى أن الزوجة تبقى في ذمة زوجها المفقود، فيثبت بذلك للزوجة حقين هما: الحق في النفقة والحق في التطليق.

أولا: الحق في النفقة

النفقة هي الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما[1]، حيث قال ابن الأمير باب النفقات: "جمع النفقة والمراد به الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام و الشراب أو غيرهما"، ونقلا عن العيني رحمه الله أن النفقة تجب بأسباب زوجية[2]، وسأتطرق إلى النفقة الزوجية في الفقه الإسلامي، وكذلك قانون الأسرة الجزائري والتي سأوضحها في الآتي:

أ-موقف الشريعة الإسلامية من الحق في النفقة: أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة للزوجة على زوجها سواء كان حاضرا أم غائبا، سليما أو غير سليم، سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة، غنية أو فقيرة، صحيحة أو مريضة، كبيرة أو صغيرة[3].

وقد دل على وجوبها على الزوج لزوجته الكتاب لما جاء في الآيات القرآنية والسنة لما جاء في الأحاديث النبوية والإجماع.

1- من الكتاب: هناك الكثير من الآيات الدالة على وجوب النفقة منها:

---

[1] محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار اليازوري العلمية، الأردن، عمان، 2010، ص17.

[2] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012، ص184.

[3] هادي محمد عبد الله، مرجع سابق، ص183.

قال تعالى: "﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[1].

وقال تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾[2].

والمخاطب هنا هو الزوج، فالمولود هو الزوج والمأمور بالإنفاق هو الزوج بقدر سعته[3]، وقال أيضا: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾[4].

وقال سبحانه وتعالى: ﴿ فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰ ﴾[5]، المخاطب هنا آدم عليه السلام يتعب بنفقته ونفقتها[6].

2- السنة: فيروى أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو إليه بخل وشح زوجها وأن هذا الأخير لا يعطيها من النفقة ما يكفيها ويكفي ولدها إلا ما تأخذ من ماله بغير علمه، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك"[7].

عن حكيم بن معاوية القيشري عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: "أن تطعمها وتكسيها إذا كسيت، ولا تضرب الوجه ولا تهجر إلا في البيت"[8].

وعن جابر بن عبد الله أن الرسول صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبة الوداع فقال: "اتقوا الله في النساء فإنهن عون عندكم، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فزوجهن بكلمة الله، لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

---

[1] سورة البقرة، الآية: 233.

[2] سورة الطلاق، الآية: 07.

[3] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص184.

[4] سورة الطلاق، الآية: 06.

[5] سورة طه، الآية: 117.

[6] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص184.

[7] نقلا عن: بن عرعور اليزيد، عبدلي سعيدة، الحقوق العائلية بين الشرائع الثلاثة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014/2013، ص39.

[8] عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص185.

ففي خطبة الوداع أوجب الرسول صلى الله عليه وسلم على الرجال الإنفاق على الزوجات بما ينفق على نفسه[1].

3- الإجماع: أجمع علماء الإسلام من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الآن وجب نفقة الزوجة ولم يخالف في ذلك واحد[2]، وأن امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون حق شرعي كان باطلا ويجبر القاضي على دفعها وينذره إذا كان معسرا[3].

ب- موقف المشرع الجزائري من الحق في النفقة: باعتبار أن النفقة الزوجية هو ما ترفض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والمسكن والتطيب والحضانة طبقا لنص المادة 78 من ق.أ[4]، مما تتطلبه الحياة اليومية من مصاريف وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ونفقة الزوج على الزوجة تعتبر من الحقوق المالية المترتبة على عقد الزواج وهي واجبة شرعا وقانونا[5].

من خلال نص المادة 74 من ق.أ.ج[6] يفهم أن سبب استحقاق الزوجة للنفقة هو الدخول الدخول بها أو عودتها إليه ببينة وعبر فقهاء القانون أن سبب استحقاق الزوجة للنفقة هو جزاء احتباسها لحق الزوج ونفقته[7]، أي دخولها طاعة الزوج ليتمكن من جني الثمرات زواجه واستفاء الحقوق الزوجية[8].

---

(1) عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص184.

(2) هادي محمد عبد الله، مرجع سابق، ص85.

(3) عبد الفتاح تقية، مرجع سابق، ص187.

(4) تنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والمسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

(5) نقلا عن: عيساوي سارة، مدور نبيل، النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014/2013، ص13-14.

(6) تنص المادة 74 من ق.أ.ج: "تجب النفقة الزوجية على زوجها بالدخول بها أو عودتها إليه ببينة على مراعاة احكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

(7) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص171.

(8) عيساوي سارة، مدور نبيل، مرجع سابق، ص14.

القانون الجزائري لم يتطرق لهذا الموضوع واتفاقية مباشرة في حالة عدم النفقة والغيبة لمدة سنة وفي حالة الفقدان إلى إمكانية التطبيق مباشرة دون البحث في موضوع الحصول على النفقة.

ويفهم من نص المادة 80 من ق.أ.ج أن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها، ولا يمكن للزوجة المطالبة بها بأثر رجعي إلا لمدة سنة قبل رفع الدعوى، والسبب في ذلك هو دفع الزوجة إلى عدم المماطلة في طلب النفقة[1].

إذا كان الزوج غائب عن الزوجة ولم يرسل لها النفقة فلها أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة، لأن النفقة تكون واجبة عليه سواء كان حاضرا أو غائبا، فإن كان له مال كالنقود والغلال وهي في يد الزوجة فرض القاضي لها نفقة مناسبة، وإذا كان هذا المال لدى الغير كأن يكون في البنك مثلا واعترف هذا الأخير بالزوجة فرض القاضي من هذا المال ما يكفيها، وهذه المسائل تخضع للقواعد العامة في الإثبات وهذا ما قرره الفقهاء في الموضوع[2].

وللأسف لم ينظم قانون الأسرة لا في السابق ولا في التعديل الجديد هذه المسائل المهمة، فقد يغلب الزوج مدة طويلة دون أن يرسل لها النفقة، وبطبيعة الحال سوف تتضرر من هذه الوضعية، فقد يكون الزوج مفقودا أو أصابه عجز، وبالتالي فإن مشكلة النفقة يكون مطروحا للزوجة وأولادها، ولهذا كان على المشرع ألا يعقل عن هذه المسألة ويجد حلولا لها من باب تحقيق الحماية القانونية للأسرة[3].

بالإضافة إلى ذلك نص المشرع في المادة 79 من ق.أ.ج على ضرورة مراعاة القاضي تقديره للنفقة لحال الطرفين ولا تراجع النفقة إلا بعد مرور عام من تقديرها[4].

---

[1] تنص المادة 80 من ق.أ.ج: "تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

[2] نقلا عن: أزور مريم، عتيق زينة، مرجع سابق، ص38.

[3] المرجع نفسه، ص39.

[4] قانون رقم 84-11 يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

ثانيا: حق الزوجة في طلب التطليق

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار وبما أن الزوج هو رب الأسرة والمسؤول عن رعايتها فإن غيابه بدون عذر شرعي يعد سببا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيانها، فالفراق ضرر يهون أمامه عدم الإنفاق والفرقة به ثابتة حتى ولو كان للزوج مال ظاهر تنفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في المسكن والغذاء والكسوة[1]، وهذا ما سأتعرض إليه من خلال موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري.

أ-من الكتاب: لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق إلا أن من الآيات ما يدل ضمنيا على أن المرأة حق طلب التطليق إذا ألحق بها ضرر منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[3].

وقوله أيضا: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[4].

ب- من السنة: عن أبي عمر رضي الله عنه قال لعن النبي صلى الله عليه وسلم، رجل وامرأة من الأنصار وفرق بينهما، ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فكان حكما منه صلى الله عليه وسلم وبالتفريق.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: النبي صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك عني واليد العليا خير من اليد السفلى وأبداً لمن تعول المرأة إما أن تطعمني وإما تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعماني، دل هذا الحديث على جواز التفريق لعدم الإنفاق وكذلك لأي عذر يضر بحقوق الزوجية[5].

---

[1] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص39.

[2] سورة البقرة، الآية: رقم 231.

[3] سورة النساء، الآية: رقم 19.

[4] سورة البقرة، الآية: رقم 229.

[5] نقلا عن: قادري أمينة، انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص الشامل،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2004/2003، ص7.

ج- الإجماع: منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا تم الاتفاق بالإجماع على جواز الفرقة بين الزوجين، ولكن نلاحظ أن الفرقة بين الزوجين مقيدة بما يخدم مصلحة الزوجية[1].

موقف المشرع الجزائري من حق الزوجة في طلب التطليق: حق الزوجة في طلب التطليق بناء على المادة 112 من ق.أ التي تنص على أنه: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءً على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون[2].

يفهم من هذه المادة أنها أحالت بدورها على الفقرة الخامسة من المادة 53 "الغيبة مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، لكن الظاهر أن المفقود غائب معذور حتى يثبت العكس فلا تطبق عليه إحدى شروط التطليق للغيبة.

حق التطليق للغيبة وعدم الإنفاق إذا لم ترضى الزوجة بالوضع طبقا للفقرتين الأولى والخامسة من نص المادة 53، أو بناءً على الفقرة العاشرة "كل ضرر معتبر شرعا كالخوف على نفسها من الوقوع في الفاحشة، أو عجزها عن تحمل المسؤوليات والالتزامات الأسرية بمفردها، إذ الزواج أنس وإعفاف ومشاركة وتعاون في بناء الأسرة وليس مجرد ماديات، واكتفى المقنن بالإحالة على الفقرة الخامسة فقط-التي يصعب توفر شروطها من الغيبة بلا عذر ولا نفقة-في حين الفقرتين الأولى والعاشرة يصح إسقاطها على هذا الوضع[3].

بالإضافة إلى المادة السالفة الذكر التي أحالت إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 معدلة بمعنى الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، وهذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأن المفقود في الغالب قد يكون معذورا فالمفقود غائب لقوة قاهرة خارجة عن نطاقه[4].

ومن الناحية القانونية لا يعتبر الزوج مفقودا إلا بعد صدور حكم الفقدان، ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة على الأقل على فقدانه بعد التحري عنه بكافة الوسائل، ولذلك كان

---

[1] أزور مريم، عتيق زينة، مرجع سابق، ص42.

[2] قانون رقم 84-11، يتعلق بقانون الأسرة، مرجع سابق.

[3] إقروفة زبيدة، مرجع سابق، ص95.

[4] بن الشويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص201.

على المشرع ألا يحيل إلى الفقرة 5 من المادة 53 السالفة الذكر، بل كان عليه تمديد مدة أطول لسنتين على الأقل لكون المفقود لا تعلم حياته من موته وذلك زيادة في التحري والبحث عن الزوج، علما أنه لا يحكم بموته إلا بعد صدور أربع سنوات من تاريخ الحكم الفقدان[1].

أما بالنسبة لقانون المصالحة الوطنية لم تنص صراحة على حق الزوجة في طلب التطليق إذا كان زوجها مفقودا.

[1] المرجع نفسه، ص202.

المطلب الثاني

الآثار القانونية في الحكم بالموت الحكمي على الشخص المفقود

بعدما انتهت من الآثار المتعلقة بصدور الحكم بالفقدان، سأتطرق لآثار الموت الحكمي، فإن الحكم الصادر عن وفاة المفقود في بعض العقود يؤدي بالضرورة إلى إنهائها دون البعض الآخر، إضافة إلى أن بين عدة زوجة المفقود في نص المادة 59 من ق.أ.ج وهي 4 أشهر و10 أيام ابتداءً من الحكم بفقده، ولقد تناولت في الفرع الأول انتقال أموال المفقود إلى ورثته وفي الفرع الثاني إلى عدة زوجة المفقود.

الفرع الأول

انتقال أموال المفقود إلى الورثة

إذا حكم باعتبار المفقود ميتا بعد ثبوت حقه في كل من الإرث أو الوصية، فإن هذه الأموال لا ترد إلى تركة مورثه، أو تركة الموصي، أو إلى الواهب[1]، بل تدخل في ذمة المفقود المالية وتقسم كإرث من تاريخ حكم القاضي بوفاته[2]، وهذا بمقتضى الأصل المقرر، وهو انتهاء شخصية المفقود وباعتباره ميتا من تاريخ الحكم بذلك، أن يدخل النصيب الموقوف للمفقود من إرث أو وصية التي استحقها في حال فقده في تركته ويوزع كباقي أمواله على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم وينطبق هذا مع رأي الحنابلة والشافعية في اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته في كل الأحوال سواء بالنسبة لما يضره كإرث الغير منه أو لما يضر غيره كإرثه من الغير[3].

إذن من الواضح أن الإنسان الحي استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس سواء كان دليلا يقينا بالموت الحقيقي، أو دليلا حكميا بالموت الاعتباري، ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتباري، مما يوجب عده من الأحياء بعد

---

[1] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص341.

[2] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص138.

[3] نقلا عن: أديب استانبولي، مرجع سابق، ص758.

صدور الحكم وعدم احتسابه من الأموات إلا من تاريخ صدوره، دون تفرقة في ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق، والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده في شأن ما يضر غيره من الحقوق، معناه قلب الأمل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس، وإعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالي صفة كاشفة ليست له[1]،وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده اعتبر المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم بموته لا من تاريخ صدور الحكم بفقده، استنادا إلى أن الحكم باعتباره ميتا بعد حكما منشئا للموت لا كاشفا عنه أو مقررا له[2]، بالرجوع إلى نص المادة 133 السالفة الذكر، والتي تعتبر المفقود حيا قبل الحكم بوفاته مثله مثل الغائب، حيث يحجز له نصيبه، ويعطى الورثة الآخرون نصيبهم[3].

على خلاف المقرر من معاملته معاملة الحي في حق نفسه أو ماله أي في شأن الحقوق التي تضره هو يبرر ذلك بأن حياة المفقود طوال فترة الفقد ليست إلا مجرد حياة احتمالية لا تكفي لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره، حيث الشرط لاستحقاق الإرث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى[4]، وذهب الفقهاء في تفضيل رأي الشافعية والحنابلة في اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته في كل الأحوال، سواء بالنسبة لما يضره كإرث الغير منه أو لما يضر غيره كإرثه من الغير[5].

---

[1] حسن كيرة، مرجع سابق، ص535.

[2] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص340.

[3] بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص181-183.

[4] حسن كيرة، مرجع سابق، ص534-535.

[5] أديب استانبولي، مرجع سابق، ص758.

الفرع الثاني

عدة زوجة المفقود المحكوم بموته

لقد ورد النص على عدة زوجة المفقود في الشطر الثاني من المادة 59 من ق.أ.ج[1]، ودل هذا النص على تشابه زوجة المفقود وزوجة المتوفى وخضوعهما لقاعدة واحدة بخصوص مدة العدة، ولا يختلفان إلا من حيث بداية حساب العدة باعتبار أن عدة المتوفى عنها يبتدئ حسابها من يوم الوفاة وعدة زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور الحكم بفقدانه أو وفاته[2].

وعليه فإن الزوجة التي يفقد زوجها لسبب من الأسباب وتكون حياته غير معروفة ووفاته غير محققة لمدة تزيد على أربع سنوات يمكنها أن تلجأ إلى القضاء وتطلب من المحكمة إصدار حكم بوفاته وفاة اعتبارية، وعندما تصدر المحكمة حكما بوفاة زوجها يجب عليها أن تعتد عدة الزوجة المتوفى عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، وإن بداية حساب مدة العدة ستبتدئ من تاريخ التصريح بالحكم الصادر عن المحكمة الذي قضى بوفاة الزوج اعتبارا لا حقيقة[3]، ولقد نصت المادة 113 من ق.أ.ج بأنه يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب وفي الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات.

والمذهب الحنفي يرى أن المفقود هو حي في حق نفسه، فلا يورث ماله، ولا تبين منه امرأته فلا تعتد زوجته حتى يتحقق موته استصحابا لحال الحياة السابقة، أما المنعي إليها زوجها أو الذي أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق، فلا بأس أن تعتد وتتزوج[4].

---

[1] تنص المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1995، ص288.

[3] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 1995، ص288.

[4] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص335.

وقال المالكية والحنابلة، تنتظر امرأة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لما روي عن عمر رضي الله عنه أن رجلا غاب عن امرأته وفقد، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له فقال: تربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال: تربصي أربعة أشهر وعشرا، ففعلت ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاءوا به فقال: طلقها، ففعل، فقال عمر: تزوجي من شئت[1].

ويقول الإمام مالك: ":وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل فلا سبيل لزوجها الأول إليها وقال إن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها دون عقد عليها"[2].

كما أن الفقهاء عندما اعتبروا المفقود ميتا حكما إنما راعوا في ذلك احتمال عودته فهو ليس ميتا حقيقة[3].

---

[1] المرجع نفسه، ص335.

[2] أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص310.

[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، مصر، 2009، ص146.

المبحث الثاني

آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته في قانون المصالحة الوطنية

وتناولت فيه أثر ظهور المفقود بالنسبة لزوجته (مطلب أول)، وعودته بالنسبة لزوجته (مطلب ثان).

المطب الأول

أثر ظهوره حيا بالنسبة لزوجته

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري حكم المفقود بالنسبة إلى زوجته بعد رجوعه أو ظهوره حيا، لذا لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك تطبيقا لنص المادة 222 من هذا التقنين، ولقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين أساسيين، الأول يتناول حالة زواج الزوجة، والثاني حالة عدم زواج الزوجة.

الفرع الأول

في حالة زواج الزوجة

فيما يتعلق بزوجته فهي تعود إليه طبعا إذا بقيت دون زواج، أما إذا كانت قد تزوجت من آخر بعقد صحيح بحيث كان الزوج الثاني حسن النية فإن الزواج الثاني صحيحا غير قابل للفسخ[1]، وهنا نميز بين حسن وسوء نية الزوج الثاني، فإذا كان الزوج الثاني سيء النية أو لم تكن عدة الوفاة قد احترمت كانت الزوجة للزوج الثاني[2].

فمذهب المالكية يرى بأنها تبقى امرأته ما لم يدخل بها الثاني، فإن دخل بها الثاني تأكد بدخوله الطلاق وهي امرأة الثاني[3].

---

[1] نبيل إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص143.

[2] محمد حسين منصور، همام محمد محمود، مرجع سابق، ص153.

[3] المصري مبروك، وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية –دراسة فقهية مقارنة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص356.

أما الحنابلة: فإن جاء قبل الدخول فهي امرأته، وبعد الدخول يخير الأول بين امرأته والصداق، يقول ابن قدامة: "ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثاني بصداقها لقضاء الصحابة بذلك، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها"[1].

أما الشافعي رحمه الله فيذهب إلى أنها تبقى امرأة المفقود ولو ولدت الأولاد من الثاني، حتى ولو أنه مات، وهي عند الثاني اعتدت عدة الوفاة، هذا لأنه يرى أن امرأة المفقود تبقى امرأته حتى يأتيها البيان بموته أو طلاقه[2].

الفرع الثاني

في حالة عدم زواج الزوجة

الأصل أنه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فتعود زوجته إليه وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتا[3]، وتعود إليه دون الحاجة إلى عقد جديد حيث أن الرابطة الزوجية لم تنفصم بعد[4]، ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم أو نشر القرار مما يوجب الترجيح بين حق الزوج الأول عليها وحق الزوج الثاني[5].

ففي هذه الحالة إذا لم يدخل به الزوج الثاني فغنها تكون للزوج الأول أما إذا دخل بها وكان حسن النية بأن لا يعلم بحياة المفقود، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة الوفاة فإنها تكون للزوج الثاني، وإذا تخلف أحد هذين الشرطين بأن كان الزوج الثاني سيء النية أو أنه كان حسن النية لكن لم تكن عدة الوفاة قد احترمت كانت الزوجة للزوج الأول[6].

---

[1] المرجع نفسه، ص357.

[2] محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط2، فقه المذهب الشافعي الجزء الثاني دار الفكر للطباعة والنشر، 1403-1993، ص255-257.

[3] عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص150.

[4] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص349.

[5] حسن كيرة، مرجع سابق، ص535.

[6] عباس الصراف، المرجع سابق، ص150.

المطلب الثاني

أثر ظهوره حيا بالنسبة لأمواله

بعد عودة المفقود يحق له مطالبة الورثة باستعادة أمواله لا تزال بين أيديهم، بحكم أنه استرجع شخصيته القانونية، لذا أعطى القانون الحق للمفقود في إعادة أمواله التي لم تستهلك بعد، بالإضافة إلى عدم إمكانية استرجاع أمواله التي استهلكت من طرف الورثة بناء على حكم قضائي، سأحاول التطرق إلى هذه النقاط من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الأموال التي يستردها المفقود بعد ظهوره حيا

من خلال هذا الفرع سأحول التطرق إلى الأموال التي يسترجعها المفقود وقد قسمها المشرع الجزائري إلى:

أولا: الأموال التي بقيت في أيدي الورثة

يملك المفقود الحق في استرجاع أمواله التي لا تزال في أيدي الورثة، ولم يتصرفوا فيها سواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات فمهما كانت طبيعتها مادية أو معنوية، المهم أن لا يكونوا الورثة قد تصرفوا فيها تالفا للملكية بالبيع مثلا، أو التصرف فيها عن طريق استعمال أو استغلال.

ذهب الحنفية في ذلك إلى ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، وبعد أن قسمت تركته بين ورثته كان لهذا آثاره بالنسبة لأمواله التي آلت إلى ورثته وأصبح لكل منهم حق التصرف في نسيبه كما يشاء باعتباره مالكا له شرعاً[1].

---

[1] أحمد الحصري، علم الفرائض والحقوق التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، ط1، دار الجيل للنشر، بيروت، 1992، ص239.

ورأى الحنفية أن المفقود إذا ظهر حيا له أن يسترد ما يكون موجودا من أمواله بأيدي ورثته، وليس له أن يضمن أحدا منهم قيمة ما استهلكه أو أخرجه عن ملكه.

وحجتهم في ذلك أن القاعدة العامة في الإسلام هي أن لا ضرر ولا ضرر أو التركة التي آلت إلى الورثة نتيجة حكم قضائي بوفاة المورث، فصار كل وارث مأذونا شرعا بالتصرف فيما آل إليه من تركة المورث، ومن كان له هذا التصرف المشروع لاضمان عليه مهما ظهر أن التصرف كان بناء على حكم ظهر عدم اتفاقه، والواقع إذا ظهر المحكوم بموته لا يزال على قيد الحياة، وإذا فلا بطلان هذا الحكم إلا بالنسبة لما بقي في أيدي الورثة من التركة[1].

ثانيا: قيمة ما بيع من أموال المفقود

إذا تصرف الورثة في أموال المفقود التي آلت إليهم بعد الحكم بموته، سواء كانت هذه الموال أمواله الخاصة أو الأموال التي حجزت له من تركة مورثه، أو الموصى في الفترة بين الفقد والحكم أو القرار، فإن هذه الأموال تعود إليه ويستردها من ورثته إذا كانت لا تزال في أيديهم، أما إذا قام الورثة بالتصرف في هذه الأموال، فعلى المفقود المطالبة بقيمة ما تم التصرف فيه.

فبالتالي للمفقود الحق في استرداد أمواله من ورثته إذا تصرفوا فيها بحسن نية، فإن العدل يقضي في هذه الحالة أن يكون للمفقود أن يسترد ما استبدل بماله على أساس أن المال الجديد قد حل حلولا عينيا محل ماله الأصلي، ولكن على المفقود أن يثبت واقعة الاستبدال، بأن يثبت مثلا أن المال قد اكتسب بالنقود ذاتها التي وقعت في ماله الذي تم التصرف فيه، أو أن المال الجديد قد اكتسب بالمقايضة على ماله[2].

---

[1] المرجع نفسه، ص240.

[2] مصطفى مجدى هرجة، الأشخاص والأموال في القانون المدني، د.ط، دار محمود للنشر، القاهرة، د.ت.ن، ص39-40.

للمفقود كل الحق في المطالبة باستعادة أملاكه أو قيمة ما بيع من أمواله، لأن قيمة الأشياء المتصرف فيها تكون موجودة في ذمة الوارث، وهذا وفقا لنص المادة 115 من ق.أ.ج.

كما يرى القانون اللبناني أن للمفقود الحق في استرداد ما يكون قد استبدل بماله، إذا ما اثبت أن المال الجديد قد اكتسب بماله أو بثمنه، ومن هذا المنطلق يقضي قانون الأحوال الشخصية لطائفة الدروز في لبنان بتخويل المفقود حق مطالبة الورثة بثمن ما خرج من أيديهم وقت التصرف المادة 136[1].

فإن مضمون المادة 115 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للمفقود أن يسترجع قيمة ما بيع من أمواله فبالتالي اقتصر فقد على الأموال التي تحصل عليها الوارث عن طريق البيع، ولم يوضح لنا مصير الأموال الأخرى للمفقود في حالة ما إذا تم التصرف فيها من قبل الورثة من غير البيع، فمثلا بقيمة هذه الأموال؟ ما دام أن الورثة لم يحصلوا على المقابل في مثل هذه التصرفات، فصحيح أن هناك بعض التصرفات جوز الرجوع فيها مثل الوصية إذا كان قد أوصى الوارث ولا زال قيد الحياة فيجوز للمفقود اللجوء لإبطال الوصية، وبالتالي استرجاع ماله لأن الوصية يجوز الرجوع فيها حال حياة الموصى[2].

أما إذا كان التصرف عن طريق الهبة فللوارث كل الحق في أن يهب أموال المفقود ما دام أنه تحصل على ملكيتها بمقتضى الحكم القضائي، فله الحق مثلا أن يهب أمواله للمنفعة العامة، ففي هذه الحالة لا يجوز الرجوع في الهبة وهذا وفقا لنص المادة 212 من ق.أ.ج، التي تنص على: "**الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها**".

ففي مثل هذه التصرفات تضيع حقوق المفقود، فلذا من الأحسن لو تم إضافة المادة 115 من ق.أ.ج عبارة أن أموال المفقود **لا يجوز التبرع بها**.

---

[1] مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون لقاعدة القانونية –الحقوق–، د.ط، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص164-165.

[2] بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص177.

أما في هذه الحالة فلا يمكن للمفقود أن يطالب الورثة بمثل هذه الأموال ما دام لم يتلقوا مقابلا لتصرفهم التبرعي، وبالتالي لا يمكن مطالبة بقيمة العين المتصرفة فيها، إلا إذا كان الورثة قد تبرعوا بأموال المفقود وهم على علم بظهوره حيا، فبهذه الحالة يحق للمفقود أن يطالب بقيمة العين المتبرع بها، ما دام أنهم كانوا يعلمون بحياة المفقود فرغم أقدموا على هبة ملك الغير [1].

الفرع الثاني

الأموال التي لا يستردها المفقود

هناك بعض الأموال التي لا يمكن للمفقود استرجاعها بقوة القانون، على أساس أن الورثة تصرفوا فيها تصرفا قانونيا ولم تعد موجودة عند الورثة ولا عند الغير، وهذه الأموال قد استهلكت من قبل الورثة كالأموال التي أنفقت على زوجته وأولاده وكذا عائلته، وهذا ما سأحاول التطرق إليه.

أولا: الأموال التي استهلكت من قبل الورثة

إن الأموال التي آلت إلى الورثة بعد الحكم على المفقود بموته من قبل القضاء، يكون له أن يسترد ما تبقى قائما من أمواله التي قسمت بين ورثته من هؤلاء الورثة، وكذلك يسترد ما يوجد من استحقاقه في إرث مورثه في أيدي ورثة مورثه، وما يوجد من وصية في أيدي ورثة الموصى، أما ما استهلكه هؤلاء من هذه الأموال فهم غير مسؤولين عنها، أي أنهم لا يسألون في مواجهة العائد عن أي تعويض عن قيمة ما هلك بفعلهم، ذلك أن يدهم كانت يدا شرعية تستند إلى حكم قضائي سليم، وكذا الحكم إذا تصرفوا في المال بالشراء أو نحوه، ولا سبيل للرجوع عليهم وعلى المشتري.

---

[1] المرجع نفسه، ص177.

فبالتالي للمفقود الحق في استرداد الأموال التي بقت في أيدي الورثة فلا يمكن له أن يطالب بالأموال التي استهلكت بحسن نية ولا مقابل هذه الأموال[1].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

أقر المشرع الجزائري باسترجاع الأموال الموجودة في أيدي الورثة دون الأموال التي استهلاكها من قبلهم على أساس أنهم استهلكوها بحكم قضائي، وبالتالي تصرفهم تصرفا قانونيا، فهنا المشرع الجزائري أعفى الورثة من مساءلتهم عن الأموال التي أتلفت.

وبما أن المشرع الجزائري أقر للمفقود استرجاع الأموال التي لا زالت بين أيدي الورثة، أما الأموال التي استهلكت فلا يجوز المطالبة بها، ولكن المشرع الجزائري لم يتطرق ولم يوضح لنا مصير الأموال التي استهلكت من طرف الورثة بسوء نية، لأنهم من الممكن أن يعرفوا بأن المفقود قد عاد حيا ورغم ذلك يقبلون على التصرف في أمواله بسوء نية[2].

[1] عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن، 1993، ص164.

[2] أحمد الحصري، مرجع سابق، ص247.

خاتمة

بعد أن قمت بدراسة هذا الموضوع من جميع النواحي، توصلت إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

1- عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة المختفي قسريا في قرارها 47/133 المتعلق بحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري في نص المادة الثانية على أنه: "الاختفاء القسري هو الاعتقال أو الاحتجاز أو الاختطاف أو أي شكل من أشكال الحرمان من الحرية يتم على أيدي موظفي الدولة، أو أشخاص أو مجموعات من الأفراد يتصرفون بإذن أو دعم من الدولة أو بموافقتها، ويعقبه رفض الاعتراف بحرمان الشخص من حريته أو إخفاء مصير الشخص المختفي أو مكان وجوده، مما يحرمه من حماية القانون، أما في القانون الجزائري طبقا لنص المادة 109 هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقود الا بحكم.

2- لم يتضمن قانون المصالحة الوطنية على حالات الفقدان، لكن صدر هذا القانون في مرحلة خاصة مرت بها الجزائر، فهو يتضمن على أحكام خاصة بالحالات التي غلب عليها الهلاك.

أما قانون الأسرة الجزائري تضمن حالتين طبقا لنص المادة 113 وهما الحالة التي تغلب عليها الهلاك مرتبطة بالحروب والحالات الاستثنائية، والحالة التي يغلب فيها السلامة وتتعلق باختفاء الفرد في ظروف طبيعية وعادية، وتوجد حالات أخرى هي مفقودي زلزال بومرداس ومفقودي فيضانات باب الواد عالجها بنصوص خاصة ولم يذكرها كلا من قانون الأسرة وقانون المصالحة الوطنية فهما من الحالات الاستثنائية وتندمجان ضمن الحالة التي تغلب فيها الهلاك.

3- الشخص الذي يرفع دعوى قضائية لابد من توفر فيه شروط وهي الصفة والمصلحة الوطنية يطلب من خلالها الحكم بالفقدان، ويتطلب القانون القيام بمجموعة من الإجراءات القانونية وهو تحرير عريضة افتتاحية ويقوم أعوان الدرك أو الشرطة القضائية أو المحضر القضائي بمعاينة المكان وسماع الشهود وتنتمي بتحرير محضر يثبت الفقدان إضافة إلى الإجراءات المنصوص عليها في قانون المصالحة الوطنية هي قيام الشرطة بعمليات البحث وتحرير محضر معاينة فقدان تسلمه إلى ذوي حقوق المفقود أو أي شخص له مصلحة في ذلك.

4- في قانون المصالحة الوطنية ترفع الدعوى خلال (06) أشهر الموالية لتاريخ تسليم محضر معاينة فقدان ويصدر حكما ابتدائيا ونهائيا بالوفاة خلال شهرين من تاريخ رفع الدعوى وحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة مدة (04) أربع سنوات يصدر فيها القاضي الحكم بالوفاة.

5- بصدور الحكم بالفقدان تترتب آثار حيث تظل شخصيته القانونية قائمة ويعتبر المفقود حيا بالنسبة لزوجته فتظل في عصمته وإن كان لها أن تطلب النفقة، وكذلك تطلب التطليق، أما بالنسبة لأمواله فيقوم القاضي بتعيين مقدم لإدارة أمواله، وبالنسبة لصدور الحكم بموت المفقود تنتهي شخصيته وتوزع كل تركته على ورثته، وتعتد زوجته عدة المتوفى عنها زوجها، أما قانون المصالحة الوطنية فيترتب على هذا الحكم تعويضات تقوم الدولة بدفعها لضحايا المأساة الوطنية.

6- عند صدور الحكم بالموت ثم يظهر المفقود حيا يسترجع ما بقى عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها، وبالنسبة لزوجته فلم يتطرق لهذه المسألة وكل ما لا يرد فيه نص ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما قد غفل المشرع على بعض المسائل القانونية ولم يتطرق إليها منها:

- في قانون المصالحة الوطنية لم يتطرق لحق زوجة المفقود في النفقة خلافا لقانون الأسرة التي نص عليها في نص المادة 79 منه.
- غفل المشرع عن ذكر مصير زوجته المفقود الذي ظهر حيا إذا تزوجت بعد انقضاء العدة سواء تم الدخول بها أو لم يتم.
- سكت المشرع في حالة صدور الحكم بموت المفقود وعودة المفقود حيا ومات مورثه ووزعت كل تركته ومدى إمكانية أن يطالب بإعادة توزيع تركته من جديد ليحصل على حصته.
- لم يحدد المشرع الجزائري موقفه من مسألة الأحكام القضائية ضد المفقود في حالة رجوعه حيا والتي تمس ذمته المالية كالنفقة.
- لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة غياب الزوج عن زوجته ولم يبعث لها نفقة وطبقا للقواعد العامة للإثبات فلزوجة المفقود أن تطلب من القاضي أن يرفض لها النفقة وفي حالة كون مال المفقود لدى الغير فرض القاضي من هذا المال ما يكفيها.

ملحق رقم 1:

غرفة الأحوال الشخصية

ملف رقم: 482011

ملف رقم 482011 قرار بتاريخ 2009/02/11

قضية (وكيل الجمهورية) ضد (س-ع)

الموضوع: مفقود-وفاة- ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

امر رقم: 06-01 المادتان 27-30.

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

إن المحكمة العليا في جلستها العلانية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون، الجزائر بعد المداولات القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية، بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2007/03/14 من قبل السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي بلعباس.

بعد الاستماع إلى السيد فضيل عيسى المستشار المقرر في تلاوة تقريره لمكتوب وإلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث أن السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي بلعباس قد طعن بالنقض بموجب عريضة أودعها لدى أمانة الضبط بمحكمة سيدي بلعباس 2007/01/23 وقد تم تحويلها إلى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2007/03/14، ضد الحكم الصادر عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2007/01/14 القاضي حضوريا نهائيا بإثبات وفاة المدعو

(س–ح) المولود بتاريخ 1948/03/27 بمعيذر لأبيه (ع.و) وأمه (ب.ف) بتاريخ 1996/08/11 بمنطقة تفسور وقد أستند في طعنه إلى وجه وحيد مأخوذ من مخالفة القانون.

الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون لاسيما المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06–01 المؤرخ في 2006/02/27 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

بدعوى أن الحكم المطعون فيه بالنقض قد استند في قضائه بإثبات وفاة المدعو (س.ح) إلى شهادة شهود، في حين أن الأمر رقم 06–01 المؤرخ في 2006/02/27 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ينص في المادة 27 منه على أن صفة ضحية المأساة الوطنية تترتب عن معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى وأن ملف القضية يخلو من محضر معاينة الفقدان، ومن شهادة إثبات الوفاة في صفوف الجماعات الإرهابية المحرر من قبل الضبطية القضائية[1].

حيث أن المطعون ضدها لم تودع أية مذكرة للرد، وذلك نظرا لعدم وضعها بنسخة من عريضة الطعن بالنقض.

من حيث الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض قد وقع في أجله القانوني طبقا لأحكام المادة 33 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/27 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية واستوفى أوضاعه الشكلية، طبقا لأحكام المادتين 2040 و241 من قانون الإجراءات المدنية، ومن ثم فهو صحيح ومقبول شكلا.

من حيث الموضوع:

من الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث إنه يتبين من المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/17 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أن التصريح بوفاة الشخص الذي تنقطع أخباره، ولم يتم العثور على جثته، يتم بموجب حكم قضائي، استنادا إلى محضر معاينة فقدان له تعده الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث بدون جدوى، في حين أن قاضي محكمة سيدي بلعباس قد اكتفى في حكمه بوفاة المدعو (س.ح) بالاستناد فقط إلى مجرد شهادة الشاهدين (ب.ع)، (ب.ه) دون الاستناد إلى محضر المعاينة المذكور، الذي لا يوجد

[1] مجلة المحكمة العليا، مرجع سابق، ص289–290.

له بملف الدعوى الحالية، مخالفا بذلك المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01 السافل الذكر.
وعليه فعن الوجه المثار من قبل السيد وكيل الجمهورية، يعد مؤسسا، ويتعين استنادا إليه القضاء بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه، وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المحكمة مشكلة من قاض آخر للفصل فيه من جديد طبقا للقانون.
وحيث أنه يتعين القضاء بتحميل المطعون ضدها بالمصاريف القضائية، وذلك طبقا لأحكام المادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

فلهذه الأسباب

قضت المحكمة العليا-غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:
بقبول الطعن بالنقض شكلا وموضعا، وبنقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2007/01/14، وبإحالة القضية والطرفين إل نفس المحكمة مشكلة من قاض آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وبتحميل المطعون ضدها بالمصاريف القضائية.
بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الحادي عشر من شهر فيفري سنة ألفين وتسعة من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمتركبة من السادة:

علاوة لعوامري	رئيس الغرفة رئيسا
فضيل عيسى	مستشارا مقررا
امقران مهدي	مستشارا
ملاك الهاشمي	مستشارا
بوزيد لخضر	مستشارا
الضاوي عبد القادر	مستشارا

وبحضور السيدة خيرات مليكة المحامي العام
وبمساعدة السيد: زاوي ناصر أمين الضبط[1].

[1] مجلة المحكمة العليا، مرجع سابق، ص291.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: المصادر

1- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.

2- ابن منظور، لسان العرب، ط1، المجلد الحادي عشر، دار صادر بيروت، لبنان، 2005.

3- أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي، موسوعة الإمام الشافعي، ط1، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.

4- أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط1، المجلد السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

5- السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ط1، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ.

6- فؤاد إفرام البستاني، منجد الطلاب، ط1، دار المشرق، بيروت، 1986.

7- مالك أبو عبد الرحمان الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب (البهجة في شرح التحفه)، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.

8- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، فقه المذهب الشافعي، ط2، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1403هـ/1993.

9- معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عمر، ط1، المجلد الأول، عالم القاهرة، 1429هـ/2008م.

10- معجم الوجيز، الصادر عن مجمع اللغة العربية، طبع وزارة التربية والتعليم، د.ب.ن، 1993.

ثانيا: المراجع

1- الكتب

أ- الكتب الخاصة:

1- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

2- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود –دراسة مقترنة–، ط1، دار دجلة، المملكة الأردنية، 2010.

ب- الكتب العامة:

1- أحمد الحصري، علم الفرائض والحقوق التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، ط1، دار الجيل للنشر، بيروت، 1992.

2- أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمورثات، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009.

3- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، التجهيز والديون والوصايا والموازين وتقسيماتها، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 2009.

4- أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

5- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، مصر، 2009.

6- أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، ط1، المجلد الأول، دار الفكر العربي، 1998.

7- أديب استانبولي: المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ط2، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 1989.

8- إقروفة زبيدة، الإنابة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014.

9- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.

10-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الميراث والوصية–، ط3، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.

11-بن الشويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

12-حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديون المطبوعات الجامعية، 2010.

13-دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

14-رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، مصر، 2005.

15-سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه وما إليه، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011.

16-عادل بوضياف، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، كلية النشر، الجزائر، 2012.

17-عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

18-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1995.

19-عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1995.

20- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحداث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012.

21- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، د.ت.ن، ثالة، د.ب.ن، 2007.

22- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن، 1993.

23- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

24- عزت كامل، الوجيز في أحكام الميراث، دار الفكر للقانون للنشر والتوزيع، 2009.

25- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

26- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د.ط، مطبعة طالب، د.ب.ن، 2008/2007.

27- فيلالي علي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011.

28- قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط، دراسة مقارنة، ط1، المجلد الأول، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2014.

29- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

30- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسو مقارنة، دار اليازورة العلمية، الأردن، عمان، 2010.

31- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011.

32- محمد قادري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المجلد الثالث، دار الإسلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، 2009.

33- المصري مبروك، وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية –دراسة فقهية مقارنة–، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

34- مصطفى مجدى هرجة، الأشخاص والأموال في القانون المدني، د.ط، دار محمود للنشر، القاهرة، د.ت.ن.

35- مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون لقاعدة القانونية –الحقوقè، د.ط، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن.

36- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط4، الجزء الثاني، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة.

37- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

38- نبيل إبراهيم، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001.

39- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2008.

40- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، تتمة الأحوال الشخصية والوصايا والميراث، ط2، الجزء الثامن، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص421.

41-

Hanifi Louiza, L'absence et la disparition en droit prive algérie, mémoire, université d'Alger, 1981, P35.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1- مذكرات الماجستير:

1- بن عرعور اليزيد، عبدلي سعيدة، الحقوق العائلية بين الشرائع الثلاثة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون خاص شامل،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014/2013.

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

3- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2015/2014.

ذكره يوسف عطاء محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003.

2- مذكرات ماستر:

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

2-بير جربالو خضرة، الفقدان والغياب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، 2013/2012.

3-عيساوي سارة، مدور نبيل، النفقة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الخاص الشامل،كلية الحقوق والعلوم الساسية Facult2 de Droit et Sciences Politiques، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014/2013.

4-قادري أمينة، انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2004/2003.

رابعا: المقالات

1-باخويا إدريس، العدالة الإنتقالية في ضوء قانون المصالحة الوطنية، معهد الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، 2017.

2-دليلة براف، أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، العدد5، ديسمبر 2003، الجزائر، ص37.

3-عبد الحميد زعلاني، "تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001"، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 04، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1999، ص118.

4-عمر زودة، "طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر رقم 05-02)"، مقال منشور بالمجلة القضائية بالمحكمة العليا الجزائرية، العدد الثاني، 2005، ص35.

5-مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2009، ص288-289.

6-فوزي أو صديق، قراءة في مشروع السلم والمصالحة الوطنية الجزائرية 2005/09/27 الساعة 14:06 (مكة المكرمة) 11:06 (غرينيتش).

خامسا: النصوص التشريعية

1-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر عدد 84، صادر بتاريخ 2006.

2-أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ19 فبراير 1970م المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر عدد 21، الصادر بتاريخ 27 فيفري 1970 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

3-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 09 سبتمبر 1975م، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

4-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فيفري 2005.

5-أمر رقم 02-03 مؤرخ في 23 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2002، ج.ر عدد 15، صادر بتاريخ 28 فبراير 2002.

6-أمر رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، ج.ر عدد 37، صادر بتاريخ 15 يونيو 2003.

7-أمر رقم 06-01 مؤرخ في 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر عدد 11، صادر بتاريخ 28 فبراير 2006.

8-قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر 1729هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادر بتاريخ 2008.

9-قانون 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437هـ الموافق لـ 07 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر العدد 14، الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

سادسا: النصوص التنظيمية

1-مرسوم رئاسي 05-278 مؤرخ في 09 رجب عام 1426هـ الموافق لـ 14 أوت 2005، يتضمن استدعاء هيئة الناخبين للاستفتاء المتعلق بالمصالحة الوطنية، ج.ر العدد 55 الصادر بتاريخ 14 أوت 2005.

2-المرسوم الرئاسي 06-93، مؤرخ في 28 فبراير 2006 يتعلق بتعويض ضحيا المأساة الوطنية الجزائرية، ج.ر عدد 11، الصادر بتاريخ 28 فبراير 2006.

3-المرسوم الرئاسي رقم 06-94 مؤرخ في 28 فبراير 2006، يتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب، ج.ر عدد 11، الصادر بتاريخ 2006.

سابعا: القرارات القضائية

1-قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 147/60 المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي، 21 مارس 2006.

2-قرار لجنة مناهضة التعذيب، الدورة 65، الملحق رقم 44 (A/65/44)، نيويورك، 2010.

3-اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان في الجزائر سابقا والآن هي المجلس الوطني لحقوق الإنسان تم إقراره بموجب تعديل الدستور 2016.

4-قضية رقم: 2002/1394: حكم بتاريخ 2002/07/17، محكمة باب الوادي، قسم الأحوال الشخصية، غير منشور.

5-رقم الجدول 2001/330، بتاريخ 2001/11/19، محكمة المدية، قسم الأحوال الشخصية غير منشور.

ثامنا: المواقع الالكترونية

- https://m.facebook.com/notes/mouvement.rachad.
- https://www.google.com/amp/www.altahrironline.com/ara/articles/2516111/amp.
- https://m.marefa.org/2003.

الفهرس

كلمة شكر ..... /
إهداء ..... /
أهم المختصرات ..... /
مقدمة 2
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمفقود 8
المبحث الأول: مفهوم المفقود في قانون المصالحة الوطنية 10
المطلب الأول: المقصود بالمفقود 11
الفرع الأول: التعريف اللغوي للمفقود.....11
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمفقود 12
أولا: شرعاً.....12
ثانيا: قانونا.....17
المطلب الثاني: تمييز المفقود عما يشابهه من مصطلحات 17
الفرع الأول: تمييز المفقود عن الغائب 17
أولا: أوجه التشابه 17
ثانيا: أوجه الاختلاف.....17
الفرع الثاني: تمييز المفقود عن الأسير 18
أولا: أوجه التشابه: 19
ثانيا: أوجه الاختلاف.....19
المطلب الثالث: حالات الفقدان في قانون المصالحة الوطنية 20
الفرع الأول: ضحايا "المأساة الوطنية" 20
الفرع الثاني حالات الفقدان في القانون الجزائري 24
أولا: الحالات التي يغلب فيها الهلاك.....24
ثانيا: الحالة التي تغلب فيها السلامة 25

المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بالفقدان في قانون المصالحة الوطنية 26
المطلب الأول: الإجراءات المنصوص عليها في قانون المصالحة الوطنية 26
الفرع الأول: عمليات البحث عن المفقود 26
الفرع الثاني: محضر الفقدان 27
المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بالفقدان في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 30
الفرع الأول: طلب الحكم بالفقدان 30
أولا: أطراف الدعوى 31
ثانيا: شروط قبول الدعوى 32
ثالثا: الاختصاص النوعي والإقليمي 34
الفرع الثاني: إجراءات رفع الدعوى 35
الفصل الثاني:: أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية 38
المبحث الأول: آثار الحكم بالموت على الشخص المفقود 40
المطلب الأول: الآثار القانونية للحكم بالفقدان 40
الفرع الأول: حكم أهلية الشخص المفقود بفقدانه 40
الفرع الثاني: أثر الحكم بالفقدان على أموال الشخص المفقود 41
أولا: أثر الحكم بالفقدان على أموال المفقود الخاصة 42
ثانيا: أثر الحكم بالفقدان بالنسبة لميراث المفقود من غيره 43
الفرع الثالث: أثر الحكم بالفقدان على زوجة المفقود 45
أولا: الحق في النفقة 45
ثانيا: حق الزوجة في طلب التطليق 49
المطلب الثاني: الآثار القانونية في الحكم بالموت الحكمي على الشخص المفقود 52
الفرع الأول: انتقال أموال المفقود إلى الورثة 52

الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود المحكوم بموته 54
المبحث الثاني: آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته في قانون المصالحة الوطنية 56
المطب الأول: أثر ظهوره حيا بالنسبة لزوجته 56
الفرع الأول: في حالة زواج الزوجة..... 56
الفرع الثاني: في حالة عدم زواج الزوجة..... 57
المطلب الثاني: أثر ظهوره حيا بالنسبة لأمواله..... 58
الفرع الأول: الأموال التي يستردها المفقود بعد ظهوره حيا 58
أولا: الأموال التي بقيت في أيدي الورثة 58
ثانيا: قيمة ما بيع من أموال المفقود 59
الفرع الثاني: الأموال التي لا يستردها المفقود 61
أولا: الأموال التي استهلكت من قبل الورثة..... 61
ثانيا: موقف المشرع الجزائري 62
الخاتمة 63
الملحق..... 66
قائمة المصادر والمراجع 69
الفهرس 80