السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بموت المفقود

أ. علال ياسين جامعة قالمة
باحث دكتوراه جامعة أم البواقي

ملخص:

يترتب على فقدان الشخص أضرار بأهله وأمواله، فإذا لم يعثر عليه رغم البحث حُكم بموته، لكن تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود كانت محل خلاف بين الفقهاء، أما قانون الأسرة الجزائري فقد اجتهد في تحديد هذه المدة، ماجعل للقاضي سلطة تقديرية، من خلال مراعاته لظروف الفقدان، وضرورة البحث والتحري بكل الوسائل الممكنة قبل الحكم بموته، بعد مضي مدة لا تقل عن أربع سنوات، مما يدعو إلى البحث في مدى سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود ؟

الكلمات المفتاحية: مفقود، قاضي، سلطة تقديرية، حكم بالموت، مُدّة.

Abstract:

The disappearance of a person causes damages to his family and his funds. If he doesn't appear after looking for him, then his death must be ruled. But, determining the period before ruling death was a subject of disagreement among scholars. Otherwise, Algerian family legislator attempted to identify this period by giving the judge discretionary power. That is through the considerateness of disappearance circumstances, beside researching and investigating by all possible means before ruling death, after a period of not less than four years. This, calls to search over the discretionary power of the judge in pronouncing death ruling of the missing person.

Keywords: missing person, judge, discretionary power, death ruling, period.

مقدمة:

تعد ظاهرة الفقد من الظواهر الشائعة التي تحدث في مختلف الدول، فكثيرا ما نسمع عن تحطم طائرة أو غرق سفينة أو حدوث كوارث طبيعية مثل الزلازل أو الفيضانات، وهي ظروف استثنائية يذهب ضحيتها عدد من الأشخاص يكونون في عداد المفقودين، خاصة إذا لم يتم التيقن من حياتهم لعدم وجود دليل يؤكد وفاتهم، كما يمكن أيضا أن يتم الفقد في ظروف عادية لا يغلب عليها الهلاك.

وإن فقدان الشخص يرتب جملة من الأضرار سواء بالنسبة لأمواله أو بالنسبة لزوجته، مما يستدعي معالجتها، وقد نظّم قانون الأسرة الجزائري أحكام المفقود في المواد من 109 إلى 115، وعند النظر في هذه المواد نلاحظ أنها تتناول ثلاثة مسائل أساسية هي: تعريف المفقود وإدارة أمواله، والحالات التي يحكم فيها القاضي بموت المفقود، والآثار المترتبة على ظهور حياة المفقود بعد الحكم بوفاته.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما لا شك فيه أن مسألة الحكم بموت المفقود لها أهمية بالغة، فبمجرد الحكم تنتهي شخصيته القانونية، ويرتب آثاره فيما يتعلق بزوجته وبأمواله، فكان البحث عن مدى سلطة القاضي في الحكم بالموت أو عدم الحكم به، في ظل وجود النصوص القانونية التي حددت آجالا دنيا يحكم فيها بموته.

وعليه، ينطلق البحث في هذا الموضوع من الإشكالية الآتية: ما مدى سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود أو عدم الحكم به، سواء بعد مضي مدة الأربع سنوات من فقده المحددة قانونا، أو حتى قبلها؟ وما ضوابط تقديره للمدة اللازمة لذلك ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، نتناول هذا البحث وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: ضبط مفهوم المفقود

المطلب الأول: المفقود لغة

المطلب الثاني: المفقود اصطلاحا

المبحث الثاني: سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود في ظروف عادية أو استثنائية

المطلب الأول: المدة التي يحكم فيها القاضي بموت المفقود في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حكم القاضي بموت المفقود في ظل أحكام قانون الأسرة

المبحث الثالث: سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود في ظروف خاصة

المطلب الأول: سلطة القاضي في حكم بموت المفقود في القوانين الخاصة بالكوارث والأزمات

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود قبل مضي المدد المحددة في القانون

المبحث الأول: ضبط مفهوم المفقود

إن تحديد مفهوم المفقود يقتضي منا التطرق إلى معناه اللغوي، ثم الاصطلاحي، حسب ما جاء في الفقه الإسلامي، وصولا إلى التعريف القانوني، وذلك من خلال المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: المفقود لغة

من فقدَ الشيء يفقده فقداً وفقداناً وفقودا، فهو اسم مفعول من المصدر فَقْد: من باب ضَرْب وكذلك من المصدر فقدانا وفقدانا بضم وكسر الفاء، واسم المفعول هو: مفقود وفقيد[1]، ويأتي في اللغة على عدة معان منها:

- الضائع، ومنه قوله تعالى: (قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِك) -سورة يوسف الآية 72-.
- المعدوم، يقال فقدت الشيء إذا عدمته[2].

[1]- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد الثالث، بيروت لبنان، دار صادر، د.س، ص337.

[2]- الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيروت لبنان، مؤسسة الرسالة، ط 8، 2005، ص 307.

www.manaraa.com

- المطلوب عند الغيبة، ومنه قوله تعالى: (وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَالِيَ لاَ أَرَى الهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الغَائِبِين) -سورة النمل الآية 20- ، وقول أبي فراس: وفي الليلة الظلماء يفتقد البدر[1].

مما سبق، يتضح أن الفقد في اللغة من الأضداد، يقال فقدت الشيء إذا ضللته أو ضاع منك وفقدته أي طلبته وكلاهما متحقق في المفقود، ففصل عن أهله وهم في طلبه[2].

المطلب الثاني: المفقود اصطلاحا

قدّم الفقهاء عدة تعاريف للمفقود، ورغم تعددها فقد لاحظنا إجماعهم على عناصر مشتركة في تعريفه، وهي: الغياب، وعدم التحقق من الحياة أو الوفاة.

فعرفه بعض الفقهاء بأنه: غائب لم يدر موضعه، وحياته، وموته، وأهله في طلبه يجدون، وقد انقطع عنهم خبره، وخفي عليهم أثره، فبالجد قد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد[3].

وعرفه آخرون بأنه: الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته[4].

كما عرّف بأنه : من فقد فلا يعلم مكانه، أو غاب عن أهله وانقطع خبره فلا يعرفون حياته من موته، وهو بهذا المعنى يشمل من خرج من بيته ولم يعد إليه وانقطعت أخباره، أي في غيبة ظاهرها السلامة، كما يشمل من فقد بين الصفوف في المعركة، أو من كُسرت به سفينة وغرق بعض أصحابه، ولم يعرف أهله مصيره، والغيبة التي ظاهرها الهلاك، كمن فقد إثر غارة للعدو أو زلزال ونحو ذلك[5].

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري قد عرّفه في المادة 109 منه، بأنه: (المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم).

ومن خلال هذا التعريف، يتضح لنا أنه لاعتبار الشخص مفقودا في مفهوم قانون الأسرة الجزائري، لا بد من توفر الشروط التالية: غياب الشخص عن موطنه، والجهل بمكان تواجده، وعدم العلم بحياته أو وفاته، مع ضرورة صدور حكم قضائي بالفقد ليصبح الشخص في مركز مفقود.

---

[1]- الجوهري، الصحاح، القاهرة، مصر، دار الحديث، 2009، ص 895؛ الفيومي، المصباح المنير، مصر، دار المعارف، د.س، ص 284.

[2]- المعجم الوجيز، مصر، مجمع اللغة العربية، د.س، ص 477.

[3]- محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، ج 11، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1993، ص 34.

[4]- أنظر في التعاريف الفقهية المختلفة للمفقود: السرخسي، المبسوط، ج 11، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1993، ص 34؛ الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1، 1995، ص 496؛ الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، ج 7، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط 1، 2000، ص 112؛ المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 9، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط 1، 1998، ص 11.

[5] - عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، الأردن، دار النفائس، 1998، ص 216.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن هنا يمكننا القول، بأن السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بموت المفقود، هي صلاحية قانونية تخوله إعمال نشاطه وفكره في فهم وتقدير الوقائع المطروحة أمامه واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معينة، تكون صالحة للتطبيق على النزاع المتعلق بوفاة المفقود، مراعيا أحوال المدعي في دعوى الفقد وظروف الفقدان، وهو يخضع في ذلك للرقابة القضائية.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود في ظروف عادية أو استثنائية

أخذ قانون الأسرة الجزائري أحكام المفقود من آراء واجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية، لهذا نتطرق أولا إلى بيان آراء الفقهاء في شأن المدة التي يحكم فيها القاضي بموت المفقود، لنبين من ناحية أوجه اختلافهم وسندهم في ذلك، ومن ناحية أخرى لنوضح المذهب الذي أخذ به المشرع الجزائري في معالجته للمدة اللازمة لصدور الحكم بموت المفقود ودور القاضي وسلطته التقديرية في ذلك.

المطلب الأول: المدة التي يحكم فيها القاضي بموت المفقود في الفقه الإسلامي

اختلفت الفقهاء في تحديد المدة التي يحكم القاضي بعدها بموت المفقود اختلافا بيّنا، فمنهم من جعل للمفقود حكما واحدا أيا كانت ظروف الفقد، وهناك من فرق بين من يفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ومن يفقد في ظروف ظاهرها السلامة، وقد استطعت الوقوف على الأقوال الفقهية الآتية:

1- قول الحنفية في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود:

يقولون في العبارة المشهورة عنهم، إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره[1]، بمعنى أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا تبين امرأته كأنه حي، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة[2].

ويستفاد من هذه العبارة استصحاب حال الحياة للمفقود بالنسبة لأمواله وزوجته، فتبقى زوجة المفقود على ذمة زوجها المفقود حتى يأتيها البيان، أي يقين حياته أو موته، وقد استدلوا على ذلك:

---

[1] – السرخسي، المبسوط، ج 11، المرجع السابق، ص 34.

[2] – الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، مرجع سابق، ص 196؛ السرخسي، المبسوط، ج 11، مرجع سابق، ص 35.

www.manaraa.com

- من السنة: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود: (إِن امرَأَة المَفْقُود امْرَأَته حتَى يأتيهَا البيَان)، وفي رواية (حتى يأتيها الخبر)[1].

- ومن الأثر: ما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)، كما روي عن عبد الله بن مسعود أنه وافق عليا أنها تنتظر أبدا[2].

- ومن المعقول: أن الزواج ثابت يقينا والمفقود يحتمل الموت والحياة، فأمره في شك، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال[3].

وقد وجهت لهذه الأدلة عدة انتقادات: فقيل عن الاستدلال بالحديث السابق أنه ضعيف جدا[4]، أما الاستدلال بقول علي، فقد روي في المغني عن علي أن امرأة المفقود تنتظر أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك عدة وفاة[5]، وعليه فإن علي مرة وافق من قال بأنها لا تطلق، ومرة خالفهم.

2- قول المالكية في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود:

قسّموا المفقود إلى أربعة أقسام، ولكل قسم حكم بالنسبة خاص:

أ- المفقود في بلاد المسلمين: قالوا، يضرب له أجل أربع سنين بإجماع الصحابة، فإذا رفع أولياؤه أمره إلى الحاكم، فإنه يسأل عن معارف هذا الرجل وجيرانه وأقاربه وأهل سوقه، ثم يرسل للبلد الذي خرج إليه، ويكتب في كتاب اسم هذا الرجل ووصفه ومهنته، فإن عاد الخبر بعدم معرفة مكانه ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام[6].

ويبدأ حساب هذه المدة من حين العجز عن خبره بعد البحث عنه، فإن انتهى الكشف عن حياته وموته فجهل ذلك ضرب له الحاكم الأجل، فإن انتهت مدة الأربع سنوات اعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلّت للزواج، وذلك دون أمر القاضي بالعدة حتى ولو لم يبنِ بها.

واستندوا في ذلك لما رواه عبد الجبار عن ابن شهاب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب للمفقود من يوم جاءته امرأته أربع سنين، ثم أمرها أن تعتد عدة وفاة ثم تصنع بنفسها ما

---

[1]- أخرجه: البيهقي، السنن الكبير، ج 15، الطبعة الأولى، القاهرة مصر، مركز هجر للبحوث والدراسات، 2011، ص 589. وقال صاحب نصب الراية عن هذا الحديث: حديث ضعيف، وقد رواه محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة، وبن شرحبيل هو أشهر من في المتروكين، وقيل عنه أنه يروي عن المغيرة مناكيل أباطيل، أنظر: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج 3، السعودية، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، دون سنة، ص 473.

[2]- البيهقي، نفس المرجع والموضع.

[3]- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 2، دمشق، سوريا، دار الرسالة العالمية، ط 1، 2009، ص 503.

[4]- المرجع نفسه، ص 503.

[5]- ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج 9، بيروت لبنان، دار الفكر، 1404 هـ، ص 91.

[6]- حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 479.

www.manaraa.com

شاءت إذا انقضت العدة. هذا إذا دامت نفقتها في هذه المدة. وإلا طلقها عليه لإعساره بالنفقة دون تأجيل[1].

وقيل إن هذه المدة وضعت لأنها أقصى مدة الحمل. وقيل لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسلام ذهابا وإيابا[2].

ب- المفقود في بلاد الحرب: فحكم زوجته حكم زوجة الأسير. فتبقى للتعمير إن وجدت النفقة. وإلا فلها التطليق. كما أجازوا لهما طلب الفرقة لو خشيتا على أنفسهما الزنا حتى لو وجدت النفقة. ومعنى بقائه للتعمير. أي تبقى امرأته وأمواله على ذمته حتى يثبت موته. أو تمضي سبعون سنة من يوم ولد.

ج- المفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض: تعتد زوجته بعد انفصال الصفين. وحكمه حكم المقتول دون انتظار وهو قول الإمام سحنون. وقيل يُنتظر بحسب بُعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه. وأقصى الأجل في ذلك هو سنة من آخر يوم التقاء الصفين. وهو يوم الانفصال. وقال مالك: ليس في ذلك أجل وتعتد زوجته من يوم التقاء الصفين[3].

ويشترط أن تشهد البينة العادلة أنها رأته حضر الصف. فإن شهدت أنه خرج مع الجيش ثم فقد. فحكمه كالمفقود في بلاد الإسلام فيجري عليه ما مر من أحكام.

ومثل المفقود في حروب المسلمين. المرتحل لبلد الطاعون[4] أو في زمانه. فإذا فقد تعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون بعد أن يكون قد استقصى أمره وبحث عن خبره.

د- المفقود في حروب المسلمين والكفار: القول الراجح في المذهب أن تعتد زوجته بعد مضي سنة من فقده. وذلك بعد النظر من القاضي في أمره والتفتيش عنه. سواء كانت المعركة في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام. ويبدأ حساب السنة من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء التفتيش عنه[5].

---

[1]- مالك. المدونة الكبرى. ج 5. السعودية. إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد. دون سنة. ص 132.

[2]- الدسوقي. المرجع السابق. ص 479.

[3]- بهرام الدميري المالكي. الدرر في شرح المختصر. قطر. إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 2014. ص 1221.

[4]- وهو من الأمراض المعدية القاتلة. واعتمادا على إلتهاب الرئتين أو الظروف الصحية يمكن أن ينتشر الطاعون في الهواء. أو عن طريق الطعام أو المواد الملوثة غير المطبوخة جيدا. أنظر: أحمد عبد الرزاق جبر. الطاعون. جامعة المنصورة. مصر. 2009. ص 2.

5 - الدسوقي. المرجع السابق. ص 482.

www.manaraa.com

3- قول الشافعية في الحكم بموت المفقود:

لهم في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود قولان:

- القول الأول: قال الإمام الشافعي في القديم أنه يحكم بموت المفقود بعد مضي مدة أربع سنوات من تاريخ فقده، فلزوجته أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة وفاة ثم تنكح، وقالوا بأن هذه المدة تحتسب من فرض القاضي لها[1]. ودليلهم في ذلك:

ما روي عن عمرو بن دينار عن يحي بن جعدة، أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته فأتت عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج[2].

وما رواه الإمام الشافعي في كتابه الأم، حيث قال: أخبرنا مالك عن يحي بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا[3]، كما روي ذلك أيضا عن عثمان بن عفان.

كما احتجوا بالقياس والمعقول، فقالوا أن من حق الزوجة فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة والجب، وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى.

- القول الثاني: قول الشافعي في الجديد وهو الصحيح في المذهب، أنه ليس لها الفسخ ولا يحق لها الزواج حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم تعتد[4]، واستدلوا لذلك: بأن قول عمر السابق يعارضه قول علي كرم اللّه وجهه حيث قال : (امرأة المفقود ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها) أي موته أو طلاقه[5].

وقد حددوا مدة انتظاره، بمضي مدة يغلب على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها، فيقسم ماله.

4- قول الحنابلة في الحكم بموت المفقود:

قسموا المفقود إلى قسمين، ولكل نوع حكم خاص به:

أ- في الغيبة التي ظاهرها السلامة: كمن سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة، ففي الرواية المشهورة أنه يُنتظر به مدة تسعين سنة[6] من يوم مولده، لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من ذلك، وبعد ذلك تعتد زوجته عدة وفاة ثم تحل للزواج[7].

1- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 7، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ط 2، 1393 هـ، ص 87.

2- البيهقي، السنن الكبير، ج 15، المرجع السابق، ص 589.

3- الإمام مالك، الموطأ، ج 3، مصر، مجموعة الفرقان التجارية، 2003، ص 280.

4- الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، المرجع السابق، ص 397.

5- البيهقي، السنن الكبير، ج 12، المرجع السابق، ص 255.

6- حدد الفقهاء القدامى مددا طويلة للحكم بموت المفقود، وتباينت آرائهم حول مدة الانتظار، غير أن هذه الآجال الطويلة لا يمكن الأخذ بها في الوقت الحالي نظرا لتغير الظروف، وتطور وسائل الاتصال والتقنيات الحديثة التي تساهم في تطور الحياة وسرعة الكشف عن المفقودين.

7- المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 335.

www.manaraa.com

وقد ذهب رأي ثاني، إلى أنه يفوّض تقدير المدة التي يحكم بعد انقضائها بوفاته إلى اجتهاد القاضي، فإن غلب على ظنه أنه مات حكم بوفاته، وإلا كان عليه الانتظار حتى يقوم الدليل على موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها.

وهذا القول ذهب إليه أكثر العلماء، لأن التقدير لا يصار إليه إلا بنص وهو منتف هنا، وكذلك فإن الحكم بمدة تسعين سنة من يوم ولد يكون في ذلك اختلاف في العدة في حق المرأة بناء على عمر الزوج وهو لا نظير له، فالراجح أن يترك إلى اجتهاد الحاكم وتقديره[1].

ب- أن تكون غيبة ظاهرها الهلاك: كمن يفقد في القتال أو غرق مركبٍ، أو في زلزال أو فيضان، أو من يخرج للصلاة أو لحاجة قريبة ولا يعود، وهذا يجب البحث عنه واستقصاء خبره بكافة الطرق، فإن لم يمكن الوقوف على حاله، حكم بوفاته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده، أخذا بقول عمر رضي اللّه عنه، ولأن هذه المدة هي أكثر مدة الحمل[2]، ويقسم ماله من الوقت الذي تؤمر فيه زوجته بعدة الوفاة، وقال صحاب المغني: ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت بينة موته.

وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج[3].

وسبب اختيارهم مدة أربع سنين، أنها أكثر مدة للحمل عندهم ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره يغلب على الظن هلاكه، فلو كان حيا لما انقطع خبره لهذه المدة[4].

واستدلوا في ذلك، بحديث عبيد بن عمير أنه قال: فقد رجل في عهد عمر بن الخطاب فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له فقال: انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال: انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرا ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها ففعل فقال لها عمر: انطلقي فتزوجي من شئت، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول فقال عمر: أين كنت؟ قال يا أمير المؤمنين: استهوتني الشياطين فواللّه ما أدري في أي أرض اللّه، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم قوم مسلمين فكنت فيما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبري فقالوا: بأي أرض اللّه تحب أن تصبح ؟ قلت:

1- ابن قدامة، المغني، ج 9، مرجع سابق، ص 132.

2- الشربيني، كشاف القناع، ج 4، مرجع سابق، ص 465.

3- ابن قدامة، المغني، ج 9، مرجع سابق، ص 144.

4- البهوتي، الروض المربع، ج 3، مرجع سابق، ص 43؛ المغني، ج 9، مرجع سابق، ص 133.

www.manaraa.com

المدينة، هي أرضي، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق، فاختار الصداق وقال: قد حبلت لا حاجة لي فيها[1].

بعد استعراضنا مختلف أقوال الفقهاء، يتضح قوة أحاديث التربص لأربع سنين وبعد ذلك يمكن للقاضي أن يحكم بموته، وتعتد الزوجة عدة وفاة، ما لم تكن قد طلبت التطليق قبل ذلك.

المطلب الثاني: حكم القاضي بموت المفقود في ظل أحكام قانون الأسرة

نتج عن الاختلاف في الرأي بين الفقهاء، في مسألة تحديد المدة التي يحكم القاضي بعد انقضائها بموت المفقود، اختلاف التشريعات الوضعية في تحديدها، حيث حددها المشرع الجزائري محاولا في ذلك تخيّر أحسن الآراء التي قال بها الفقه الإسلامي، كما حددتها غيره من التشريعات المقارنة، كل منها حسب وجهة نظره.

حيث تطرق القانون الجزائري إلى مسألة المدة التي يحكم القاضي بعدها بموت المفقود سواء كان الفقد في ظروف عادية أو في ظروف استثنائية، ووضع أحكاما لذلك في قانون الأسرة.

وما نلاحظه، أن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ في هذه المسألة، بحكم مقارب لرأي الحنابلة، حيث نصت المادة 113 منه على ما يلي: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

من خلال هذا النص، يتضح أن المدة اللازمة للحكم بوفاة الشخص المفقود تختلف باختلاف ظروف الفقد، سواء كانت في ظروف يغلب فيها السلامة، أو في ظروف يغلب عليها الهلاك.

الفرع الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:

من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة، نجدها تترك تقدير المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الظروف التي تغلب فيها السلامة لقاضي الموضوع، وهو مسلك مقارب لما أخذ به المذهب الحنبلي، كما سبق وأن أشرنا إلى رأيه في هذه المسألة.

بحيث أن القاضي الذي يفصل في الدعوى، يحدد المدة تبعا لوقائع القضية وظروف الفقدان وحالة المفقود من صحة ومرض ومن صغر عمره أو تقدمه في السن، فيقوم القاضي بالتثبت من حال المفقود بكل ما أمكنه من طرق، وله أن يحكم بموته دون أن يلزمه القانون بمدة معينة.

[1]- البيهقي، سنن البيهقي، ج 7، مرجع سابق، ص 445.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

غير أنه لا يمكن أن يصدر حكما بموته قبل انقضاء مدة أربع سنوات من الفقد. فحسب المادة 113 لا بد من التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف يكون الغالب فيها الهلاك. فالتقيد بها بالنسبة لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى[1].

ومن أمثلة الفقد في ظروف تغلب فيها السلامة: سفر الشخص طلبا للعلم. أو التجارة أو السياحة. فانقطعت أخباره مدة طويلة من الزمن. بحيث لم يعد أحد يعلم مصيره.

وعملا بما جاء في المادة 113 من قانون الأسرة. يجب لاعتبار المفقود ميتا تحقق شرطين:

أ- مرور أربع سنوات على صدور الحكم بالفقد كحد أدنى.

ب- مرور المدة المناسبة. بعد هذه السنوات الأربع. والتي ترك أمر تقديرها للقاضي لإجراء ما يلزم من التحريات بكل الطرق الممكنة للتأكد من حياة المفقود أو موته[2].

وفي هذا المعنى. نجد أن المادة 1/92 من قانون الحالة المدنية قد نصت: (... وإذا ارتأت المحكمة أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز لها أن تقرر كل تدبير للتحقيق التكميلي ولا سيما التحقيق الإداري حول ظروف الفقدان).

الفرع الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك:

يصعب وضع معيار مجرد تتحدد بناء عليه الظروف التي يغلب فيها الهلاك. لذا يستعان في ذلك بالاحتمال الغالب فقط. وحسب قانون الأسرة الجزائري فالمفقود الذي يغلب عليه الهلاك هو المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية. وقد ذهبت الكثير من القوانين العربية إلى تحديد المدة التي يحكم فيها بوفاة المفقود بأربع سنوات[3]. وهو ما أخذت به المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري. فبعد البحث والتحري يمكن للقاضي أن يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات.

ونجد أن المحكمة العليا قد ذهبت في أحد قراراتها. إلى أن هذه المدة يبدأ حسابها من تاريخ الفقد المثبت في الحكم وليس من تاريخ الحكم بالفقد[4]. مع أنه يؤاخذ على قرارها هذا أن المادة

1- شرابن ابتسام. المفقود في القانون الجزائري. مذكرة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة بومرداس. 2009-2010. ص 50.

2- محمد سعيد جعفور. مدخل إلى العلوم القانونية. دروس في نظرية الحق. الجزائر. دار هومة. 2011. ص 336.

3- هناك من يرى بأن تباين الآراء حول مدة الانتظار المحددة بأربع سنوات. استنادا إلى اجتهاد عمر بن الخطاب. والذي تأخذ به غالبية القوانين الآن. فه ظلم للمرأة. لأن عمر بن الخطاب اجتهد في ضوء ظروف عصره وبيئته. أما الآن فإن وسائل الاتصال والتقنية الحديثة ساهمت في تطور الحياة. ما يستوجب تقليص هذه المدة وتطور رؤية القاضي الشرعي لهذا. لأننا في عصر مختلف في الإمكانيات والبيئة. ويمكن التحقق من فقد الزوج خلال أسابيع أو أشهر أو حتى سنة على الأكثر. فلم الانتظار أربع سنين أو أكثر وقد تفتن فيها الزوجة في عصر كثرت فيه وسائل الفتنة... فلا من ترك تحديد المدة للقاضي على أن لا تزيد عن أربع سنوات. أنظر: أحمد جمال. مقال بعنوان : استغاثة زوجات المفقودين. منشور في الموقع الالكتروني www.lahamag.com بتاريخ 2015/08/30.

4- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/04/10. ملف رقم 290808. مجلة المحكمة العليا. 2006. عدد 1. ص 103.

www.manaraa.com

109 من قانون الأسرة لا تعتبر الشخص مفقودا إلا بحكم، ويصدر القاضي حكمه بموت المفقود بسعي من الورثة أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة[1].

ومن أمثلة الظروف التي يغلب فيها الهلاك والتي يمكن أن يفقد فيها الشخص: الكوارث الطبيعية وغير الطبيعية، كأن تغرق سفينة أو تتحطم طائرة كان المفقود على متنها، أو ينفجر بركان أو يعصف زلزال بقرية كان قاطنا فيها، أو يشارك في حرب دون أن يظهر عليه خبر، أو يفقد في بلد انتشر فيه وباء معين،... وغيرها من الظروف التي تحمل على الاعتقاد أن الغالب فيها الهلاك.

فإذا ثبت فقدان الشخص في مثل هذه الظروف، فلا يهم بعد ذلك بالنسبة إلى المواطن الجزائري أن يكون فقده قد تم في الجزائر أو في الخارج، أما بالنسبة إلى الأجنبي أو عديم الجنسية، فلا يجوز الحكم بموته إلا إذا تم فقده في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية، ولو كان غرق الباخرة أو سقوط الطائرة قد وقع خارج الجزائر، متى كانت إقامته العادية في الجزائر، وهو ما نصت عليه المادة 89 من قانون الحالة المدنية[2]، حيث جاء فيها: (يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنية. كما يجوز أيضا التصريح قضائيا بوفاة كل أجنبي أو كل عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر).

من خلال ما سبق، نخلص إلى أنه في كل الحالات السابقة، والحالات التي تماثلها، يجوز للقاضي الحكم باعتبار المفقود ميّتا حكما –رغم أن هلاكه ليس محققا- إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن يكون الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك.

ب- أن يكون قد مضى على انقطاع أخبار الشخص مدة أربع سنوات على الأقل من تاريخ صدور الحكم بفقده، ما دام أن الشخص لا يعتبر مفقودا طبقا للمادة 109 من قانون الأسرة إلا منذ هذا التاريخ، وذلك بعد التحري، أي البحث عنه بكل الطرق الممكنة دون التوصل إلى نتيجة.

جـ- أن يقدم الطلب بذلك وفقا لما تقضي به المادة 114 من قانون الأسرة[3].

ولكن الملاحظ على المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، أنها وردت بعبارة (يجوز الحكم بموت المفقود...)، ولم ترد بعبارة (يُحكم بموت المفقود...)، ما يجعلنا نتساءل عن حقيقة أخذ

---

[1]- أنظر المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]- حيث نظم قانون الحالة المدنية الجزائري بعض الإجراءات المتعلقة بالمفقودين، في المواد من 89 إلى 94 منه.

3- - محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 335.

www.manaraa.com

المشرع الجزائري في هذه المسألة بما قال به الحنابلة، ومدى تفرقته بين حالة الفقد في ظروف تغلب عليها السلامة والفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك.

فبالنظر إلى عبارة المادة 113 (يجوز الحكم بموت المفقود...)، فهي تحمل على الاعتقاد بأن القاضي غير ملزم بالحكم بموت المفقود حتى بعد مضي مدة الأربع سنوات، وبالتالي فقد منح السلطة التقديرية للحكم بالموت من عدمه حتى في حالة الظروف التي يغلب فيها الهلاك.

وهو ما يشبه الحالة الأولى، أي حالة الفقد في ظروف يغلب فيها السلامة، فتكون النتيجة أن المشرع الجزائري من خلال المادة 113، لم يفرق بين الظروف التي يغلب فيها الهلاك والظروف التي تغلب فيها السلامة، لأن الحكم بموت المفقود في كل منهما متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

وهو ما يؤدي بنا إلى القول بأن المشرع الجزائري، لم يأخذ بالمذهب الحنبلي والذي فرّق بين الحالتين، وقال بضرورة الحكم بالموت في الحالة التي يغلب فيها الهلاك بمضي أربع سنوات، ولم يقل بجواز ذلك فقط، وإن التمعن في المادة 113، يوضح أن نية المشرع كانت الأخذ بالحالتان اللتان قال بهما الحنابلة، ولكنه استعمل عبارة لا تدل على ذلك، وعليه فمن الأحسن لو كان نص المادة 113 من قانون الأسرة : (يُحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات).

ولا بد في الأخير من الإشارة أنه ورغم عدم جواز الحكم بموت المفقود إلا بمضي مدة أربع سنوات المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، في كلا الفرضين السابقين، إلا أن ذلك لا يمنع كل ذي شأن، كالورثة والدائنين، أن يدعي وفاة المفقود حقيقة، وعلى من يدعي ذلك أن يقيم الدليل على وفاة المفقود وفقا للقواعد العامة للإثبات، فهي واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق، ووجود دليل على ذلك، يؤدي إلى ترتيب آثار الموت الحقيقي على الواقعة، فتنتهي شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكما.[1]

المبحث الثالث: سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود في ظروف خاصة

مما سبق، وجدنا أن للقاضي سلطة ودورا مهما في الحكم بموت المفقود، حيث أن له دور ايجابي في دعوى الفقد من خلال ما يؤمر به من إجراء تحريات للتأكد من وفاة المفقود، وله أن يقدر المدة المناسبة للحكم بالموت، على أن لا تقل عن أربع سنوات حسب المادة 113 من قانون الأسرة.

غير أنه وبسبب حدوث العديد من الكوارث الطبيعية والظروف الخاصة، أصدر المشرع الجزائري قوانين خاصة تطبق على تلك الحالات الخاصة فقط، بغض النظر عن الأحكام الواردة في

[1]- إبراهيم أبو النجا، (وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري)، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص 937.

www.manaraa.com

قانون الأسرة، حيث مكنت القاضي من الحكم بموت المفقود في آجال أقصر مما حدده قانون الأسرة.

على أنه وفي كل الحالات تبقى سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود واسعة، بحيث يمكن له أن يحكم بموت المفقود قبل مضي الآجال المنصوص عليها، سواء في قانون الأسرة أو في القوانين الخاصة إذا ثبت له وفاة المفقود.

وعليه نتناول في المطلبين الآتيين، سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود في الكوارث والأزمات الخاصة، ومدى إمكانية حكمه بوفاة المفقود قبل مضي المدة المحددة في القانون.

المطلب الأول: سلطة القاضي في حكم بموت المفقود في القوانين الخاصة بالكوارث والأزمات

قلّصت القوانين الجزائرية الخاصة بالكوارث الطبيعية من آجال إعداد محاضر المعاينة بفقدان الأشخاص في أماكن وقوع الفيضانات والزلازل، وهو نفس الأمر بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية، وحددت هذه الآجال في نصوصها، وهذا ما لم تحدده بالنسبة لمدة الحكم بالوفاة وفقا لبعض هذه القوانين الصادرة في ظروف استثنائية، وهو ما سنوضحه مبرزين دور القاضي في ذلك.

الفرع الأول: أمر رقم 02-03 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001:

حدد الأمر رقم 02-03 لسنة 2002 [1] المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، مدة الفصل في دعوى الوفاة بأجل لا يتعدى شهرا واحدا من تاريخ رفع الدعوى.

فبعد أن نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من الأمر رقم 02-03 على أنه: (يصرّح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية).

نصت المادة 3/2 من هذا الأمر: (يفصل القاضي بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه).

وهناك من يقول بأن هذا الأجل الممنوح للقضاء قصير جدا، ليس فقط مقارنة بالقواعد العامة التي تضمّنها قانون الأسرة، بل حتى بالنسبة للأجل الممنوح للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد، وكأن كل العمل هنا يجري بمعرفة الشرطة القضائية أساسا وأن حكم القاضي يغدوا في هذا الوضع مجرد شكلية لا بد منها، في حين أن الأمر يتعلق بالوفاة مما يستوجب من القاضي القيام بجهد جدي في التحقيق وعدم الاكتفاء بمجرد الموافقة على ما تم على يد

[1]- أمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، جريدة رسمية رقم 15، 28 فيفري 2002.

www.manaraa.com

الشرطة القضائية، ولو لم تكن هناك حكمة مؤكدة في التريث لما أعطت القواعد العامة للقاضي مدة أربع سنوات لإصدار الحكم حتى في الحالات الاستثنائية حيث تسود غلبة الهلاك، وهذا الأجل القصير يخالف حتى ما جاء في عرض الأسباب من أن الأمر يستهدف منح القاضي أجلا كافيا لدراسة القضية من جميع جوانبها بجدية ... [1].

الفرع الثاني: القانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال ماي 2003:

ونفس الأمر بالنسبة لنص المادة 3/2 من القانون رقم 03-06 لسنة 2003 [2] المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003.

حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من القانون 03-06 على: (يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ...).

ثم نصت المادة 3/2 على أنه: (... يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه).

من خلال نصوص كل من الأمر والقانون السابقين، فإن شروط اعتبار الشخص مفقودا، في الظرفين اللذان نحن بصددهما، هي:

- ثبوت وجود الشخص في أي مكان من أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 أو زلزال 21 ماي 2003.
- عدم ظهور أي أثر للشخص، بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته ولا بموته.
- أن لا يعثر على جثته [3]، رغم التحري عنه بجميع الطرق القانونية.
- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، وتقديمه لذوي الحقوق أو لكل ذي مصلحة، في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من وقوع الفيضانات، أو ثمانية أشهر من وقوع الزلزال المذكور.

أما لكي يعتبر الشخص المفقود ميتا حكما، طبقا للأمر والقانون المذكورين، فإضافة إلى الشروط السابقة، يجب أن يصدر حكم من القضاء يصرح بوفاة المفقود، أي أن المفقود لا يعتبر ميتا إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموته [4].

---

[1]- عبد المجيد زعلاني، (تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 37، رقم 4-1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 202.

[2]- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 جوان 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، جريدة رسمية عدد 37، 2003.

[3]- فلو عثر على جثة الشخص نكون بصدد الموت الحقيقي وليس الموت الحكمي.

[4]- - محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 338.

www.manaraa.com

وهو ما توضحه المادة الثانية في فقرتها الثالثة، لكل من الأمر والقانون المذكورين، التي تنص: (يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة).

كما جاء في نفس الفقرة: (... يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه).

مع الإشارة، إلى أنه وحسب الفقرة الرابعة من المادة الثانية دائما، لكل من الأمر والقانون المذكورين، يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور الحكم، وتفصل المحكمة في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها[1].

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

أما الأمر رقم 06-01 لسنة 2006 [2] المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، فقد حدد المدة اللازمة لرفع دعوى الوفاة بستة أشهر، ابتداء من تاريخ تسليم محاضر معاينة الفقدان، حيث نصت المادة 31 منه: (يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة فقدان).

وهي مدة قصيرة جدا، ولم يتبع هذا القانون فيها أي مذهب من المذاهب الفقهية.

ونصت المادة 29 من الأمر 06-01: (بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه)، ونصت المادة 28 على:(تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي).

وقد عرفت المادة 27 من نفس الأمر ضحية المأساة الوطنية: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية... تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى).

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

---

[1]- أنظر الفقرة الرابعة من المادة الثانية، لكل من الأمر رقم 02-03، والقانون رقم 03-06.

[2]- أمر رقم 06-01 مؤرخ في 27 فيفري 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، جريدة رسمية عدد 11، 2006.

www.manaraa.com

وإن هذه الشروط الواردة في الأمر 06-01، مشابهة لما ورد في كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 السابق الإشارة إليهما، ويتبين أن الأمر 06-01 قد وضع شروطا إضافية إلى تلك الواردة في المادة 109 من قانون الأسرة، وهي:

- كون الفقدان في ظروف ناجمة عن المأساة الوطنية، أي حالات الفقدان الناجمة عن الأفعال المنصوص عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات[1]، وهي ظروف فقدان يفوق فيها احتمال الوفاة على الحياة، لذلك جعلت استثناء وتخضع لهذا القانون الاستثنائي، بينما تبقى حالات الفقدان التي تمت في نفس الفترة وليس لها علاقة بالعمليات الإرهابية أو التخريبية، خاضعة لأحكام قانون الأسرة لعدم وجود مبرر لاستثنائها من القواعد العامة الواردة فيه.
- أن الفقدان لا يثبت إلا بعد البحث والتحري الذي تقوم به الضبطية القضائية وبعد أن تقوم بمراجعة قوائم المفقودين إثر عمليات إرهابية أو تخريبية، وإعدادها محضر معاينة يسلم لذوي حقوق المفقود[2].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود قبل مضي المدد المحددة في القانون

رغم عدم جواز حكم القاضي بوفاة المفقود إلا بمضي المدة المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، وهي أربع سنوات – فيما عدا الحالات المنظمة بنصوص خاصة- إلا أن ذلك لا يمنع كل شخص له مصلحة، كورثة المفقود ودائنيه، أن يدعي وفاة المفقود حقيقة، على أن يقيم الدليل على ذلك وفقا للقواعد العامة للإثبات، باعتبارها واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، وإن وجود دليل على ذلك، يؤدي إلى ترتيب آثار الموت الحقيقي على الواقعة، فتنتهي شخصية المفقود ويمكن أن يحكم القاضي بموته حقيقة لا حكما[3].

ويمكن أن يثبت موت المفقود إما بالبيّنة، بأن يشهد رجلان عدلان بموت المفقود في تاريخ معين ومكان معين، أو أن تشهد رفقته في السفر بأنه مات معهم ودفنوه، فهنا يجوز للقاضي أو الحاكم أن يحكم بموت المفقود، ويترتب على هذا الحكم أثره من تقسيم تركته وحل زوجته للزواج بغيره[4].

وإما بالحكم بموته بأن يرفع ورثته أمره إلى القاضي متضررين من غيابه، فيكون على القاضي أن يبحث عن المفقود في الجهة التي يقولون أنه سافر فيها، أو في البلد الذي يقولون أنه

---

[1]- الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية، العدد 84، 2006.

[2]- أنظر المادة 30 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

[3]- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 937.

[4]- السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 45؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي والشرح الكبير، ج 3، المرجع السابق، ص 479.

www.manaraa.com

سافر إليه، بعد معرفة اسمه وصفته وسبب سفره، ويستعين القاضي في ذلك بما لديه من إمكانيات، سواء كان ذلك بمراسلة حاكم بلده، أو الإعلان عنه في الصحف والمجلات وسائر وسائل الإعلان[1].

وأجرة هذا البحث تكون على من مصلحتهم البحث عنه، فإن تأكد القاضي من وفاة المفقود بأدلة كافية، أمكنه أن يصدر حكما بالموت حتى ولو لم تنقضي مدة الأربع سنوات، على أن تكون الوفاة المحكوم بها حقيقية وليست حكمية.

خاتمة:

من خلال ما سبق، نجد أن للقاضي سلطة ودورا مهما في الحكم بموت المفقود، حيث أن له دور إيجابي في دعوى الفقد من خلال ما يؤمر به من إجراء تحريات وتحقيقات للتأكد من وفاة المفقود من عدمه، وله أن يقدّر المدة المناسبة للحكم بالموت بعد ذلك، على أن لا تقل عن أربع سنوات حسب المادة 113 من قانون الأسرة، وقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

- للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الظروف التي تغلب فيها السلامة، حسب المادة 113 من قانون الأسرة، وهو مسلك مقارب لما أخذ به المذهب الحنبلي.
- يحدد القاضي المدة تبعا لوقائع القضية وظروف الفقدان وحالة المفقود من صحة ومرض ومن صغر عمره أو تقدمه في السن، فيقوم القاضي بالتثبت من حال المفقود بكل ما أمكنه من طرق، وله أن يحكم بموته دون أن يلزمه القانون بمدة معينة، شريطة أن لا تقل عن أربع سنوات.
- لا يمكن للقاضي أن يصدر حكما بموت المفقود في ظروف يكون الغالب فيها الهلاك قبل انقضاء مدة أربع سنوات من تاريخ الفقد، حسب المادة 113 من قانون الأسرة، والتي نصت على جواز الحكم بموت المفقود بعد مضي هذه المدة وليس بوجوبه.
- حسب قانون الأسرة فالمفقود الذي يغلب عليه الهلاك، هو المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية.
- رغم عدم جواز الحكم بوفاة المفقود إلا بمضي المدة المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، في كلا الحالتين السابقين وهي أربع سنوات، إلا أن ذلك لا يمنع كل ذي شأن، كالورثة والدائنين، أن يدعي وفاة المفقود حقيقة، مع إقامة الدليل على ذلك وفقا للقواعد العامة للإثبات، ووجود دليل على ذلك، يؤدي إلى ترتيب آثار الموت الحقيقي على الواقعة، فتنتهي شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكما.
- بسبب حدوث العديد من الكوارث الطبيعية في الجزائر، أصدر المشرع قوانين خاصة تطبق على تلك الحالات فقط، حيث يمكن فيها للقاضي أن يحكم بموت المفقود في مدد وآجال قصيرة جدا.
- تبقى سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود واسعة، بحيث يمكن له أن يحكم بموته دون التقيد بالآجال المنصوص عليها، سواء في قانون الأسرة أو في القوانين الخاصة، إذا ثبت له وفاة المفقود.

[1]- الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، ج 3، المرجع السابق، ص 479.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com