الغائب والمفقود

تعريف:

الغائب لغة اسم فاعل من غاب يغيب غيبة وغيابا، خلاف شهد وحضر، يقال غاب فلان بمعنى بعد، وغابت الشمس أي استترت اختفت.

والمفقود في اللغة من الفقد ومعناه ذهاب الشيء وضياعه، فالمفقود في الأشياء هو ما ذهب وضاع ولا يدرى هل مازال موجودا أو منعدما، وفي الإنسان هو من ذهب وضاع فلا يدرى هل مازال حيا أو مات.

أما اصطلاحا فقد اختلف الفقهاء في معنى الغائب وضابط تحديده، ولم يفرق الأحناف والحنابلة بين الغائب والمفقود.

وعرف الأحناف المفقود بأنه "غائب لم يدر موضعه، وحياته وموته"، واعتبروه حيا في حق نفسه وميتا في حق غيره.

وعرفه المالكية بأنه "من انقطع خبره وأمكن الكشف عنه"،

وعند الشافعية هو "الذي انقطع خبره وجهل حاله فلا يعلم حياته ولا موته".

وعند الحنابلة بأنه "من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره" لغيابه في غيبة ظاهرها الهلاك.

ويتضح من خلال هذه التعريفات أن الفقهاء قد اجتمعوا على أساس واحد في حقيقة المفقود، وهو عدم العلم بالحياة أو الموت، وعلى ذلك يكون المفقود هو من انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من موته، فيخرج بذلك الأسير والسجين لإمكان الكشف عن حياتهم، كما يخرج الغائب الذي تعلم حياته سواء أمكن الاتصال به أم لم يمكن.

التمييز بين الغائب والمفقود: المفقود أخص من الغائب، لأن الفقدان فرع من الغياب ونوع منه، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، فالغياب هو الحالة العامة والفقدان والحالة الخاصة، ففي الغياب يكون الشخص معلوم الحياة والمكان ولكنه غير موجود في موطنه وأما المفقود فهو غائب لا تعلم حياته من موته، كما يمكن أن يصبح الشخص مباشرة مفقودا.

في القانون الجزائري:

عرفت م 109 ق أ ج: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم". وألحقت م 110 ق أ ج الغائب وفقا لشروط مقررة بالمفقود: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارته شؤونه بنفسه أو بواسطة (un mandataire) مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

وانتقد جل الدارسين هذه المادة لكونها تحتاج إلى تقييد وتخصيص، إذ لا يمكن إلحاق الغائب بالمفقود في جميع أحكامه، فإذا كان بالإمكان إلحاق الغائب بالمفقود في حصر أمواله وتعيين مقدم له لتسيير لأمواله وتسلم ما استحقه الغائب من ميراث أو تبرع، وكذا فيما يتعلق بطلب زوجته التطليق وهو حكم منصوص عليه صراحة في م 112 فإنه لا يمكن تطبيق بعض الأحكام المتعلقة بالمفقود على الغائب لاختلاف الوضعين، ومن بين تلك الأحكام الحكم بوفاة الغائب، فالغائب شخص معلوم الحياة عكس المفقود، لذلك لا بد من إفراد كل وضع بأحكام خاصة به.

واقترح بعض الشراح تعديل م 110 ق أ ج قصد وضع تعريف خاص للغائب وتحديد مركزه القانوني بدقة: (الغائب هو الشخص الذي غادر محل إقامته ولم يرجع إليه ولكن حياته محققة ومكانه معلوم. إذا تجاوزت مدة الغياب سنة أو وقعت ظروف تحول بينه وبين عودته لمحل إقامته أو إدارة شؤونه حيث هو ولم يكن قد عين وكيلا، عين له القاضي بناء على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة مقدما لإدارة شؤونه).

تمييز المفقود والغائب عن الأسير: الأسير هو الشخص الذي يقع في قبضة العدو، ويعتبر طبقا للقانون غائبا لا مفقودا لأنه معلوم المكان والحياة، لكن يمنعه ظرف قاهر من العودة، أما إذا انقطعت أخباره و لم يعلم أحي هو أم ميت أو لم يعلم أين صار مأسورا فإنه يصبح مفقودا.

تمييز المفقود والغائب عن السجين والمحبوس : السجين نسبة لعقوبة السجن المقررة في الجنايات، والمحبوس نسبة لعقوبة الحبس المقرر للجنح عادة. وإذا كان المحكوم عليه جراء جناية سواء حكم عليه بالسجن أو الحبس نتيجة ظروف التخفيف، يحكم عليه وجوبا بعقوبة تكميلية هي الحجر القانوني

(9 م ق ع ج)، فإن المحكوم عليه بعقوبة الحبس لجنحة لا يحكم عليه بعقوبة الحجر القانوني وبالتالي فلا يمكن تطبيق أحكام المفقود ولا الغائب عليه لانعدام الشروط.

أما المحبوس الذي لم يحكم عليه بالحجر القانوني، فإنه يحتفظ بأهليته القانونية ولكن يكون محجوزا غير قادر على التصرف لمدة قد تفوق السنة وهو ما يجعله في مرتبة الغائب على الأقل، لكن المشرع الجزائري نفى هذا الاحتمال حين نص في م 78 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين: "يحتفظ المحبوس بحق التصرف في أمواله في حدود أهليته القانونية، وبترخيص من القاضي المختص. لا يصح أي إجراء أو تصرف من المحبوس إلا بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانونا، ويتم وجوبا داخل المؤسسة العقابية بعد استصدار رخصة للزيارة ..."

أقسام الغائب والمفقود في القانون الجزائري:

1. **المفقود حقيقة:** كما عرفته م 109 ق أ ج، ويتوفر فيه شرطا الجهل بالمكان والجهل بالحياة، وينقسم إلى قسمين حسب الظروف التي فقد فيها:

أ. المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة : حيث يختفي الشخص في ظروف عادية فلا وجود لظرف خاص أو حالة خاصة توحي بأنه قد هلك ومات. وهو القاعدة العامة التي نص عليها المشرع في م 109 وتمت الإشارة إليه في مسألة الحكم بوفاة المفقود في القسم الثاني من م 113 ق أ ج.

وتفترض حالة غلبة السلامة في الحالات التالية:

- سفر المفقود لطلب العلم.
- قيام المفقود برحلة بغرض السياحة أو التجارة أو العمل.
- قيام المفقود برحلة بغرض العلاج.
- سفر المفقود بغرض الحج وزيارة الأماكن المقدسة.

فإذا توفرت حالة من هذه الحالات وانقطعت أخبار المفقود عن أهله يجوز لكل من له مصلحة رفع دعوى الفقد ويحكم القاضي بالفقد. على أن الحكم بموت المفقود متروك أمره للقاضي حيث يقدر المدة المناسبة بعد انقضاء أربع سنوات من صدور الحكم بالفقد. وقد حددها بعض الفقهاء بمتوسط عمر الإنسان من 60 إلى 90 سنة وقيل أكثر، ولا يخفى ما في هذا الرأي من الضرر الذي يلحق بمن لهم مصلحة في إثبات وفاة المفقود والأعدل ترك تقدير المدة للقاضي مع مراعاة قرائن الفقد وحجم الضرر.

ب. المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك: وعبر عنها المشرع بحالات الحرب والحالات الاستثنائية في القسم الأول من م 113 ق أ ج، ويكمن الفرق الأساسي بين الحالتين في المدة التي يجب انتظارها بين تاريخ الحكم بالفقد وتاريخ الحكم بالوفاة، ففي الحالة الأولى يفوض الأمر للقاضي بعد مرور 4 سنوات بينما تعلن الوفاة بحكم بمجرد مرور 4 سنوات في الحالة الثانية.

وتفترض حالة غلبة الهلاك في ظرف من الظروف التالية:

- حالة الحرب سواء كانت هاته الحرب في مواجهة عدو أجنبي أو في حالة حرب أهلية.
- حالة الكوارث الطبيعية كوقوع زلزال مدمر أو فيضانات أو أعاصير أو حريق أو غرق سفينة أو سقوط طائرة أو وجود شخص في بلد عم فيه الوباء وهلك معظم سكانه.

2. **المفقود حكما:** هو الغائب الذي أعطاه المشرع حكم المفقود طبقا للمادة 110 ق أ ج، وعرفه بأنه الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود.

3. **المفقود في حالة خاصة:**

حيث لجأ المشرع الجزائري إلى إصدار عدة قوانين استثنائية لمواجهة ظروف معينة مثل:

- ❖ أحكام خاصة متعلقة بحالة المفقودين في فيضانات باب الوادي 10 نوفمبر 2001، وقد جاءت هذه الأحكام استجابة لضغط أهالي المفقودين الذين لم يكن لهم صبر لتحمل آجال الحكم بالفقدان المنصوص عليها في المواد 109 وما بعدها من قانون الأسرة، حيث صدر بشأنهم الأمر 02-03 مؤ في 25 فبراير 2002، والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 وهذا الأمر مؤقت وخاص تم تطبيقه بأثر رجعي بدءا من تاريخ وقوع حادثة الفيضان، وقد كرس إجراءات خاصة لإثبات الفقد:

- تكليف ضابط شرطة قضائية بالتحقيق في حالة الشخص المفقود والبحث فيما إذا كان على قيد الحياة أم توفي جراء الفيضان والتأكد من وجوده وقت حدوث الفيضان و تقدر فترة التحقيق بأربعة أشهر.
- تحرير محضر بعد نهاية الأربعة أشهر يتضمن إعلان حالة الفقد.
- إدراج دعوى قضائية بتدخل من له مصلحة أو من طرف النيابة.
- صدور حكم ابتدائي ونهائي في مهلة شهر من تاريخ رفع الدعوى يقضي بالموت الحكمي للمفقود.

❖ وحالة المفقودين في زلزال بومرداس 2003 وصدر بشأنهم القانون 03-06 مؤ في 14 جوان 2003،

❖ وأخيرا المفقودين في ضحايا المأساة الوطنية وصدر بشأنهم الأمر 06-01 مؤ في 27 فبراير 2006.

حيث نص فيها على حالات يتم فيها إعلان الوفاة مبشرة إذا ثبتت للشخص صفة المفقود في تلك الأحداث، حيث أعطى للغائب مباشرة صفة المفقود واعتبره ميتا لفقده بسبب تلك الكوارث أو خلال تلك الأحداث، وعليه اعتبر المفقود كل شخص كان موجودا في أماكن حدوث الفيضان أو الزلزال ولم يظهر له أثر بعدها ونفس الأمر بالنسبة لمن اختفى أثناء فترة الأزمة الوطنية.

وعليه، فالملاحظ أن المشرع لا يرتب أثرا على الغياب العادي الذي يعلم فيه مكان الشخص وحياته ولا يوجد ما يمنعه من العودة لتسيير أمواله، حيث لا يعتبر لذلك أي أثر حتى ولو لم يعد ما لم يتوفر فيه مستقبلا شروط المفقود وصدر حكم بفقده وهو ما انتقده كثير من الدارسين والشراح. وكأن المشرع الجزائري وضع صورتين للمفقود، المفقود الحقيقي وهو الغائب الذي جهل مكانه ولم تعلم حياته والثاني هو المفقود حكما وهو الغائب الذي حالت دون عودته ظروف قاهرة مع العلم بحياته ومعرفة مكانه. ويضاف لهاتين الصورتين التقليديتين صورة المفقود في الحالات الخاصة المنظمة بنصوص خاصة.

دعوى إثبات الفقدان:

يختص قسم شؤون الأسرة بنظرها طبقا للمادة 423-5 ق إ م إ ج، وطبقا لنص م 114 يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

أما المدعى عليه فطبقا للمادة 3 مكرر ق أ ج تكون النيابة العامة هي الطرف المدعى عليه لأنها تتولى الدفاع عن مصالح الشخص الغائب، فإذا كانت النيابة العامة هي من رفعت دعوى إثبات الفقدان فإن القاضي يلجأ إلى إدخال أقرباء الشخص الغائب المطلوب الحكم بفقده في الخصومة.

وعليه طبقا للقواعد العامة تودع عريضة افتتاح دعوى أمام قسم شؤون الأسرة الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان إقامة الشخص الغائب من قبل أحد أو جميع الورثة أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة، يكون موضوعها هو طلب الحكم باعتبار الشخص مفقودا وتعيين المدعي أو شخص آخر مقدما عليه لإدارة أمواله. ويتم تبليغ الأطراف بواسطة المحضر القضائي بموعد الجلسة، حيث ينظر القاضي في ملف الدعوى وغالبا ما يتطلب الأمر أكثر من جلسة قصد سماع كافة الأفراد والشهود.

ويجب على القاضي أن يتأكد من ثبوت شروط الحكم بالفقد، وله في سبيل ذلك البحث والتحري بواسطة النيابة العامة التي تكلف ضباط الشرطة القضائية بالتحري عن الشخص المدعى بفقده، فإذا ثبت للقاضي صحة الادعاءات وتوفر الشروط أصدر حكما باعتبار الشخص مفقودا، غير أن القاضي ملزم حين النطق بحكم الفقدان أن يحصر أموال المفقود ويعين مقدما، حيث غالبا ما يلجأ القضاة إلى تعيين خبير عادة ما يكون موثقا لحصر أموال المحكوم عليه بالفقد وتبليغ المحكمة بنتيجة عمله خلال مدة يحددها القاضي والتي عادة لا تتجاوز الشهر.

آثار الحكم بالغياب أو الفقدان:

يمكن التمييز بين من نوعين من الآثار: آثار مترتبة عن الحكم بالفقد وآثار مترتبة عن الحكم بموت المفقود:

أولا: آثار مترتبة عن الحكم بالفقد

يكتفي الحكم بالفقد في بادئ الأمر بإثبات واقعة الفقد دون أن يفصل في تأكيد وفاة المفقود، حيث لا تكون حياته في هاته الحالة أكيدة كما لا تكون وفاته مؤكدة وهذا ما يجعل من هذا الحكم مجرد حكم

أولي إن لم نقل حكم تمهيدي مع التحفظ لأنه يكتفي في العادة بإقرار إجراءات تحفظية وتدابير احترازية مؤقتة إلى حين البت في مصير المفقود إما لمصلحة المفقود أو أقاربه أو للغير وذلك بتعيين مقدم تعهد إليه مهمة تسيير أموال المفقود وتسلم حقوقه. ويترتب على الطابع التحفظي للحكم بالفقد الآثار التالية:

- عدم قدرة الزوجة على إعادة الزواج إلا إذا تحصلت على حكم بالتطليق تأسيسا على المادة 53 ق أ ج، حيث نصت م 112 ق أ ج بأن لزوجة الغائب والمفقود أن تطلب الطلاق بناء على ف 5 من المادة 53 ق أ ج التي نصت على الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التطليق ومن بينها الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- عدم جواز توزيع تركته ما دام أن الحكم بالفقد لم يقض بوفاته. حيث نصت م 133 ق أ ج: إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون.

وبتفعيل م 222 ق أ ج، يتبين أن من شروط الإرث المقررة تحقق حياة الوارث حين موت المورث، وعليه وبما أن حياة الغائب محققة فإن ميراثه من غيره ثابت له ولا يمكن أن يرثه غيره، أما المفقود فإن موته محتمل وحياته محتملة أيضا، لذلك يعتبر حيا في ماله فلا يورث، أما في مال غيره فلا يعتبر حيا ولكن يحفظ له حقه من تركة مورثه ولا يتصرف فيه حتى يتبين حاله، فإما عاد حيا أخذه، وإن ثبت موته فيرد عل من كان معه في التركة، إلا إذا ثبت أنه مات بعد موت المورث فساعتها يقسم نصيبه على ورثته لأنه صار ماله.

وبذلك فإن المشرع الجزائري بحاجة إلى تدارك النقص الحاصل في أحكام ميراث المفقود بدقة ضمن الكتاب المتعلق بالمواريث، واقترح بعض الدارسين أسوة بالمشرع الكويتي والإماراتي والمغربي والقطري إضافة المادة 174 مكرر: يوقف للمفقود نصيبه من تركة مورثه، فإن ظهر حيا أخذه وإذا حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبق من نصيبه بيد الورثة.

- في حالة ما إذا كان للمفقود وكيل فإنه يستمر في القيام بأعباء الوكالة ولا يؤثر الحكم بالفقد على هذه الوكالة وتبقى سارية إلى غاية صدور الحكم بالموت الحكمي للمفقود وهذا ما ينسجم مع أحكام م 586 ق م.

ثانيا: آثار مترتبة على الحكم بموت المفقود

نميز بين آثار فورية وآثار احتمالية:

الآثار الفورية المترتبة عن الحكم بموت المفقود: يتمخض عنه نفس الآثار القانونية المترتبة عن الوفاة الطبيعية للشخص وتبدأ هذه الآثار في السريان فور قيد الحكم في سجلات الوفاة المفتوحة لدى ضابط الحالة المدنية حيث يمكن لكل من له مصلحة استخراج شهادة الوفاة وإعداد فريضة للمفقود المحكوم بوفاته.

وينجم عن هذه الإجراءات انقضاء الشخصية القانونية للمفقود وتتحقق النتائج التالية:

- اعتبار زوجة المفقود أرملة تعتد من وقت صدور الحكم القضائي البات بموت المفقود (59 ق أ ج)، أما إذا كانت حاملا فعدتها وضع حملها.
- استحقاق الورثة للإرث (م 127 ق أ ج). ويشترط لاستحقاق الميراث المترتب عن الموت الحكمي أن يكون الوارث حيا بعد صدور الحكم بموت المفقود وبمفهوم المخالفة لا يستحق الإرث كل وارث توفي قبل صدور الحكم بوفاة المفقود.

الآثار الاحتمالية المترتبة عن الحكم بموت المفقود: تتجلى الآثار الاحتمالية المترتبة عن الحكم بموت المفقود في ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته وهو احتمال قابل للحدوث توقعه المشرع الجزائري ونص عليه في م 115 ق أ ج، ولكنه اقتصر بشأن معالجته لآثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته على حقوقه العينية فقط دون باقي الحقوق فما مصيرها:

- مصير الحكم القاضي بوفاة المفقود بعد ظهوره حيا: حددت ف 1 م 94 ق الحالة المدنية مصير الحكم القاضي بوفاة المفقود بعد ظهوره حيا بقولها: "إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الجمهورية أو كل معني إبطال

الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها. ويسجل بيان إبطال حكم التصريح بالوفاة على هامش قيده في السجل." ويسترد المفقود شخصيته القانونية من تاريخ هذا الحكم.

- مصير زوجة المفقود المحكوم بموته بعد ظهوره حيا: وهذا يطرح عدة فرضيات
  - فرضية أولى: حصول الزوجة على حكم بالتطليق قبل صدور الحكم بالوفاة في هذه الحالة يبقى التطليق قائما ولا يؤثر عليه عودة المفقود المحكوم بوفاته، إلا إذا اتفق الطرفان على استئناف الحياة الزوجية بعقد جديد.
  - فرضية ثانية: قيام الزوجة بإعادة الزواج من شخص آخر بعد صدور الحكم بالوفاة وبعد انتهاء مدة العدة وفي هذه الحالة يفرق الفقهاء بين حالتين هما:
  - حالة كون الزوج الثاني قد دخل بزوجة المفقود وهنا يصح هذا الزواج وتنحل أي رابطة للزوجة مع زوجها المفقود ويشترط لصحة هذا الزواج أن لا يكون الشخص الذي عقد قرانه مع زوجة المفقود عالما بحياة المفقود وإلا كانت للأول حتى وإن دخل بها (وهو رأي غريب لبعض الفقهاء).
  - حالة كون الزوج الثاني لم يدخل بها فيفسخ وتعود لعصمة المفقود.
  - فرضية ثالثة: قيام زوجة المفقود بإعادة الزواج من شخص آخر بعد صدور الحكم بالوفاة وقبل انتهاء العدة فيعد هذا الزواج باطلا كأن لم يكن لتوفره على مانع مؤقت.

أما إذا نتج عن الزواج الأخير ولد فقد اتفق الفقهاء على إلحاق نسبه بأبيه الشرعي الطبيعي بغض النظر عن صحة العقد أو فساده.

- مصير الذمة المالية للمفقود المحكوم بوفاته بعد ظهوره حيا: من المعلوم أن الحكم بوفاة المفقود يؤدي إلى انتقال أمواله من ذمته إلى ذمم ورثته وهذا ما ينتج عنه صعوبات في استعادة المفقود لأمواله:
  - فرضية أولى: ظهور المفقود المحكوم بوفاته فور افتتاح التركة وقبل توزيعها على الورثة يؤدي إلى التوقف الفوري لكافة الإجراءات ويستعيد المفقود كافة حقوقه.
  - فرضية ثانية: ظهوره بعد توزيع التركة ونميز بين حالات:

حالة كون الورثة لم يتصرفوا في هاته الحقوق ولا تزال بين أيديهم فترد إلى المفقود وتعاد الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم بوفاته المفقود.

حالة كون الورثة تصرفوا في الأموال بحسن نية فيسترجع المفقود ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها، فيما ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يسترد منها شيئا مراعاة لحسن نية الورثة.

حالة كون الورثة تصرفوا في الأموال بسوء نية مخافة عودته وهنا يسترد المفقود كافة أمواله ويخضع تقدير سوء النية لسلطة قاضي الموضوع.