الموت الحكمي وأحكامه المالية – دراسة تحليلية نقدية مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي –

Sentencing death and its financial provisions - a critical analytical study comparing Algerian and Tunisian legislation -

فطيمة زهرة عبد العزيز[1]، فتحية حواس[2]

[1] جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، abdelazizfatimazohra@outlook.fr

[2] جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، f.houas@univ-alger.dz

تاريخ الإرسال: 2021-06-14 **تاريخ القبول**: 2022-06-03 **تاريخ النشر**: 2022-06-15

ملخص: يعتبر الفقدان أحد أوسع الظواهر انتشارا، سواء صاحب حدوثه غلبة الهلاك كما في حالة الزلازل والفيضانات أم صاحب ذلك غلبة السلامة، ففي كلتا الحالتين تنتهي شخصية المفقود بالموت الحكمي الذي يكون عن طريق حكم قضائي، وسنحاول في هذه الدراسة توضيح رأي المشرع الجزائري حول أهم المسائل المتعلقة بذلك خاصة من حيث الأحكام المالية ومقارنته مع نظيره التونسي معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي المقارن، ومن نتائج البحث أن مدى الحماية القانونية المقررة لهذه الفئة من الناحية المالية قد تباين بين كلا المشرعين بالإضافة إلى وجوب تعديل بعض النصوص القانونية.

الكلمات المفتاحية: الفقد ؛ الغياب ؛ النيابة الشرعية ؛ الموت الحكمي.

Abstract : Loss is one of the most widespread phenomena, whether it is caused by the predominance of destruction, such as in the case of earthquakes and floods, or by the predominance of safety, in both cases the personality of the missing person ends with the death of the judge, which is through a judicial decision .In this study, we will try to clarify the Algerian legislator's opinion on the most important issues related to this and compare it with his Tunisian counterpart, relying on a comparative analytical approach.

Keywords: Los; Absence; Legal Prosecution; Judgmental death.

المؤلف المرسل: فطيمة زهرة عبد العزيز، **الإيميل**: abdelazizfatimazohra@outlook.fr

1- مقدمة:

الأصل أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بالوفاة الطبيعية، غير أنه استثناء قد تنتهي شخصية الإنسان بالموت الحكمي، وهو ليس موتا فعليا ولكنه موت تقرره المحكمة في حالة الشخص المفقود، وهو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من موته.

ونظرا للتسهيلات الحاصلة في وقتنا الراهن من سهولة التنقل وانفتاح البلدان على بعضها البعض ناهيك عن رغبة شباب الوطن العربي في الهجرة غير الشرعية التي غالبا ما تنتهي بالغرق وسط البحر مع عدم معرفة ذلك لوجود احتمالية النجاة، أصبح فقدان الأشخاص لا يقتصر على الحروب والحالات الاستثنائية كالزلازل والفيضانات فقط، بل تعداه في حدوث ذلك إلى الحالات العادية وبمعدل أكثر من المعتاد حتى.

ولأن غياب الشخص وانقطاع أخباره يعرض مصالحه وأمواله للخطر، ومع كثرة حالات الفقدان كان لا بد من وجوب تقرير الحماية القانونية له، الأمر الذي فرض على معظم التشريعات سن أحكام خاصة به بما في ذلك المشرعين الجزائري والتونسي، أين تم تناول معظم المسائل الفقهية التي يثيرها هذا الموضوع في كل من قانون الأسرة الجزائري في المواد 109 إلى 115، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية وذلك من الفصل 81 إلى الفصل84، مع وجود بعض الأحكام المتفرقة في التشريعات الوضعية لكلا المشرعين، بالإضافة لبعض التشريعات الخاصة التي وضعها المشرع الجزائري لمواجهة كوارث طبيعية محددة بالذات وهي تخرج عن نطاق دراستنا.

وبما أن الحكم بموت المفقود مبني على نظرة ظنية كانت نتيجة للانقطاع التام عن أخباره، وفشل التحريات حول ثبوت حياته واستمرارها، فإنه لا يستبعد ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته، وهو ما يطرح التساؤل حول إمكانية استرجاعه لشخصيته القانونية، وكذا مصير أمواله التي أصبحت تركة، وتم تقسيمها على ورثته. وبناء عليه فإن الهدف من هذا البحث هو دراسة وتحليل كيفية ومدى حماية المشرع الجزائري لهذه الفئة ومحاولة مقارنته مع نظيره التونسي، ومنه فقد جاءت هذه الدراسة للبحث في الإشكالية التالية:

فيما تتمثل الآثار المالية للموت الحكمي؟ وما مدى الحماية القانونية لحق المفقود الذي يظهر حيا في استرجاع أمواله في كل من التشريع الجزائري والتونسي؟

وللإجابة على هذا الإشكال تم الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن، حيث تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور أساسية: تناولنا في المحور الأول الحكم بالموت، أما المحور الثاني فكان عن الآثار المالية المترتبة عليه، في حين خصصنا المحور الثالث لعودة المفقود حيا.

2. الحكم بوفاة المفقود:

إن مجرد تحقق واقعة الفقد لا يخول الحكم بوفاة الشخص المفقود، بل لا بد أن يسبق ذلك عدة إجراءات حددها قانون الأسرة الجزائري عند تنظيمه لأحكام الفقد والغياب، أين وضع مجموعة من الشروط التي يجب التقيد بها، بداية بوجوب استصدار حكم بالفقدان، وتطبيق الآثار المترتبة على هذا الحكم والتي تتمثل في النيابة الشرعية على أمواله، وصولا إلى وجوب احترام المدة القانونية اللازمة للحكم بالوفاة.

1.2. الحكم بالفقدان:

نص المشرع الجزائري في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية، القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، العدد24، 1984) على أن الحكم بالفقدان يصدر بناء على طلب أحد الورثة أو ممن له مصلحة، كما في حالة المدين الذي حل أجل دينه أو من النيابة العامة.

ومنه فقد حدد المشرع الجزائري بموجب هذه المادة من له الصفة في رفع دعوى الفقدان، وهم على سبيل الحصر: الورثة، والشخص الذي يكون لديه مصلحة من ذلك، والنيابة العامة، وللقاضي بناء على المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يثير تلقائيا مسألة انعدام الصفة لدى المدعى (ذيب، 2012، صفحة 69).

والحكم بالفقدان هو ليس أمر جوازي يمكن تجاوزه، بل هو إجراء لا بد من القيام به قبل الحكم بموت الشخص المفقود، وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا رقم 118621 الصادر بتاريخ 1995/05/02، والذي جاء فيه:

"... حيث أن قضاة الموضوع فعلا أخطؤوا في تطبيق المادتين 109 (وهي المادة التي تعرف الشخص المفقود) والمادة 113 من ق.أ. (وهي المادة التي تنص على الحكم بوفاة المفقود)، لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبله حكما بالفقد، ولا يجوز بأي صفة من الصفات الحكم بالفقد والموت معا في آن واحد وذلك لوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في قانون الأسرة الأمر الذي

يجعل الإجراءات التي تمت في القضية الحالية بمقتضى حكم أولى درجة والقرار المنتقد تعد باطلة" (سايس، 2013، صفحة 817).

وعليه فالحكم بالفقدان هو إجراء ضروري يجب القيام به أولا، ثم بعد احترام المدة القانونية اللازمة من وقت صدور الحكم بالفقدان يمكن لكل من له الصفة رفع دعوى الحكم بوفاة الشخص المفقود، كما أنه لا يمكن استصدار كل من الحكم بالفقدان والحكم بالموت في نفس الحكم بل يجب احترام التسلسل الذي حدده القانون لذلك.

أما المشرع التونسي فعند حديثه على أحكام المفقود بموجب الكتاب الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية (الرائد الرسمي، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 والمتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، العدد66، 1956) نجده قد نص في الفصل 82 على أن الشخص إذا فقد في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز سنتين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه، وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أم ميتا.

ومنه يتضح الخلط الذي وقع فيه المشرع التونسي أثناء صياغته لهذا الفصل، فقد ربط الحكم بالفقدان في الحالات التي يغلب فيها الهلاك بوجوب التحري لمدة لا تتجاوز سنتين، ثم بالنسبة للحالات العادية التي لا يغلب فيها الهلاك تحدث مباشرة عن الحكم بالموت وليس الحكم بالفقدان، فكأنما بالنسبة للمشرع التونسي الحكم بالموت هو نفسه الحكم بالفقدان، أو بمعنى آخر مصطلحين لهما نفس المدلول.

وبالنسبة للإجراءات المتبعة في حالات الفقد التي يغلب فيها الموت، فقد تعرض المشرع التونسي إلى ذلك في الفصل 54 من قانون تنظيم الحالة المدنية (الرائد الرسمي، قانون عدد03 لسنة 1957 مؤرخ في أوت 1957 والمتضمن قانون تنظيم الحالة المدنية، العدد02، 1957)، والذي نص فيه على أنه: "إذا فقد تونسي سواء بالبلاد التونسية أو خارجها في ظروف من شأنها جعل حياته في خطر ولم يعاين موته فإنه يقع تحرير تقرير في فقدانه وذلك من طرف:

1- كاتب الدولة للدفاع الوطني بالنسبة إلى عساكر جيوش البر والجو والمدنيين المفقودين من جراء الحرب.

2- كاتب الدولة المكلف بالبحرية بالنسبة إلى بحارة الدولة.

3- كاتب الدولة المكلف بالبحرية التجارية بالنسبة إلى بحارة التجارة والمسافرين المفقودين أثناء السفر البحري.

4- كاتب الدولة المكلف بالطيران بالنسبة إلى من فقدوا بالطائرات.

5- كاتب الدولة للداخلية بالنسبة إلى جميع المفقودين غير ما ذكر إذا ما فقدوا بالبلاد التونسية، وكاتب الدولة للشؤون الخارجية إذا فقدوا خارجها.

وذلك يكون خصوصا في صورة يحدث فيها الفقدان على إثر كطامة طبيعية أو عملية حربية أو حادث سكة حديدية أو نكبة بحرية أو جوية أو حريق أو انفجار أو حادث جماعي أو فردي لم يتيسر العثور على ضحاياه أو على بعضهم ...

وتطبق الأحكام السالفة على الأجانب المفقودين بالبلاد التونسية أو أثناء نقل بحري أو جوي على متن مركب أو طائرة".

وبالنسبة للاختصاص الإقليمي لذلك، والذي يقصد به الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة النظر في المنازعات التي تثور فيه (دلاندة، 2008، صفحة 40)، فقد نص الفصل55 من القانون السابق على أن تقارير الفقد السالفة الذكر تحال على رئيس قلم الادعاء العام لدى دائرة الاستئناف الواقع في منطقتها الفقدان إن كان ذلك بالبلاد التونسية، أو على رئيس قلم الادعاء العام لدى دائرة الاستئناف بالمنطقة التي بها آخر مقر للمفقود أو إقامته أو على رئيس قلم الإدعاء العام لدى دائرة الاستئناف التي بها بناء قيد المركب أو الطائرة اللذين كانا يقلان المفقود.

وفي المقابل نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد الاختصاص الإقليمي لدعوى الفقد عند حديثه عن الاختصاص المحلي لبعض قضايا قسم شؤون الأسرة، مما يحيلنا إلى الأحكام العامة للاختصاص الإقليمي والذي حددته المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة

القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له..."

ومنه فالاختصاص في دعوى الفقد يؤول لمحكمة موطن المفقود أساسا، واستثناء لآخر موطن له، ويقصد بالموطن المكان الذي يعتد به في مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية وهو بالتحديد المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي إذا تعددت المساكن، وفي حالة عدم وجود السكن يحل محله مكان الإقامة العادي (المادة 36 من القانون المدني الجزائري)، ويختلف الموطن عن محل الإقامة الذي يمكن القول بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص ولو كان ذلك بصفة مؤقتة (لعشب، 2006، صفحة 98).

وبالنسبة للاختصاص النوعي في دعوى الفقد، والذي يقصد به ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى (بربارة، 2009، صفحة 74)، فقد حددته الفقرة الخامسة من المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية، قانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، العدد21، 2008) بنصها على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:...

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

ومنه فقد أحال المشرع الجزائري النظر في دعاوى الفقدان لقسم شؤون الأسرة.

2.2. النيابة الشرعية كأثر مالي للحكم بالفقدان:

يقصد بالنيابة الشرعية قيام شخص مقام شخص آخر في التصرف عنه، ومنه فالنيابة تفيد معنى الولاية (تقية، 2016، صفحة 13) وبالتحديد في موضوع حديثنا الولاية على المال، والتي يقصد بها قانونا السلطة التي تكون لشخص في أن يقوم بالتصرف على مال الغير فينتج هذا التصرف آثاره في حق الغير، وتلك السلطة قد يقررها القانون أو القاضي أو الغير نفسه (أبو السعود، 2005، صفحة 162)، فقد تكون اختيارية كما في حالة الوكالة التي يكون موضوع التصرف فيها إلى الغير، وقد تكون إجبارية وهي التي يفرضها التشريع والقضاء (تقية، 2016، صفحة 13)، والولاية في هذه الحالة إما أن تكون أصلية وهي التي تثبت للأب أو الأم بعد وفاة الأب، وإما غير أصلية كولاية الوصي كما في حالة الوصي الذي يختاره الأب، وقد يعين القاضي نائبا، كما في حالة المقدم (محمدي، 2002، صفحة 84).

وفي هذا الصدد تنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على القاضي عندما يحكم بالفقيد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون"

ومنه فقد حدد المشرع الجزائري النائب عن الشخص المفقود بالمقدم، وهو الشخص الذي تعينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمفقود (جعفور، 2014، صفحة 620)، إضافة إلى تسلم ما قد يستحقه من إرث أو تبرع كوصية أو هبة وذلك بعد الحكم بالفقدان، ويختار القاضي المقدم من الأقارب أو غيرهم، وبالتالي السلطة التقديرية في ذلك ترجع إلى قاضي الموضوع بحيث يعين المقدم لمن يرى فيه تحقق القدرة على القيام بذلك.

وتطبق على المقدم نفس الأحكام التي تطبق على الوصي، وهو الشخص الذي يعينه الأب أو الجد لرعاية القاصر وتولي أموره، وهذا ما نصت عليه المادة 100 من قانون الأسرة: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام" (محمدي، 2002، صفحة 87).

ومنه حسب المواد 92 وما بعدها من قانون الأسرة والتي نظم المشرع بموجبها أحكام الوصاية، يشترط في المقدم أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف (المادة 93)، وله حسب المادة 95 نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88، 89، 90 من ذات القانون.

ومنه يجب على المقدم أن يتصرف في أموال المفقود تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3- استثمار أموال المفقود بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،

4- إيجار عقار المفقود لمدة تزيد على ثلاث سنوات.

وعلى القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، وفي حالة تعارض مصالح المقدم ومصالح المفقود يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

وعلى المقدم أن يقدم دوريا وحسب ما يحدده القاضي عرضا عن إدارة أموال المفقود أو عن أي إشكال أو طارئ يتعلق بمهمته (ذيب، 2012، صفحة 347)، وهو ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 417 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وما يلاحظ من قراءتنا للمواد السالفة الذكر أن المشرع الجزائري خص المفقود بنظام التقديم، فحتى وإن كان المفقود قد وضع وكيلا لإدارة أمواله، إلا أن القاضي بإصداره لحكم الفقدان يعين مقدما على أمواله وبالتالي انقضاء الوكالة التي قد تمت بإرادة المفقود قبل فقده، وترجع السلطة التقديرية للقاضي في تعيين ذلك الوكيل مقدما على أموال المفقود أم تعيين شخص آخر غيره من الأقارب أو غيرهم، وهو ما يتنافى مع معظم التشريعات العربية التي قررت أن المفقود ينوب عنه وكيلا.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع التونسي نص في الفصل 84 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلا بعد الحكم بالفقدان"، ونص في الفصل 83 على أنه: "إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإن الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه".

وما يفهم من الفصلين السابقين هو أن المشرع التونسي ميز بين حالتين، الأولى يكون فيها المفقود قد سبق له وأن عين وكيلا على أمواله قبل حدوث الفقدان، وفي هذه الحالة يستمر الوكيل في إدارة أموال المفقود، والحالة الثانية لا يكون فيها المفقود قد وضع وكيلا لتسيير أمواله وإدارتها، وفي هذه الحالة بعد أن يحصر القاضي أموال المفقود يعين أحدا من أقاربه أو غيرهم يتولى تسيير أمواله.

وباستقراء الفصلين السابقين نلاحظ أن المشرع التونسي ينهي مهام الوكيل بمجرد الحكم بالفقدان وليس الموت، ونفس الشيء بالنسبة للنائب الذي يعينه القاضي فمهامه لا تنتهي عند الحكم بوفاة المفقود فقط، بل تنتهي أيضا عند الحكم بالفقدان، وهو ما يثير الاستفهام حول من يدير أموال المفقود في الفترة الممتدة بين الحكم بالفقدان والحكم بالوفاة.

3.2. المدة اللازمة للحكم بالموت:

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

ومنه فقد فرق المشرع الجزائري بموجب هذه المادة بين حالتين، الأولى يغلب فيها الهلاك وهي التي تكون في الحروب والحالات الاستثنائية، والثانية تغلب فيها السلامة، ففي الحالة الأولى يجوز الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات من التحري، وفي الحالة الثانية ترك تقدير المدة المناسبة للحكم لقاضي الموضوع وذلك بعد مضي مدة أربع سنوات من الحكم بالفقدان، وعليه ففي كلتا الحالتين لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ صدور الحكم بالفقدان.

واستعمال المشرع لعبارة "يجوز الحكم بموت المفقود..." هو استعمال ليس في محله، فهي تحمل على الاعتقاد بأن القاضي غير ملزم بالحكم بموت المفقود حتى بعد مضي مدة الأربع سنوات، وبالتالي فقد منح السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالموت من عدمه حتى في الحالات التي يغلب فيها الهلاك، 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 كلتا الحالتين متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

وعليه يستحسن لو أن المشرع الجزائري يعدل المادة 113 لتنص على الآتي: "يحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات..." (علال، 2017، صفحة 1010).

وبالنسبة للمشرع التونسي فقد نص على المدة اللازمة للحكم بوفاة المفقود بموجب الفصل 82، والذي سبق وأن رأينا الخلط الذي وقع فيه بالنسبة للحكم بالفقدان والحكم بالوفاة، وما يفهم من هذا الفصل هو أن المشرع التونسي هو الآخر ميز بين حالتين، الأولى يكون فيها الشخص قد فقد في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت، وهنا يضرب الحاكم أجلا لا يتجاوز السنتين للبحث والتحري ثم يحكم بموته (مع استعمال المشرع للفظ الفقدان وليس الموت)، والثانية يكون الشخص قد فقد فيها في غير الحالات السابقة وبالتالي غلبة السلامة، وهنا تم تفويض أمر المدة للحكم بوفاة المفقود إلى الحاكم وذلك بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا.

3. الآثار المالية المترتبة عن الحكم بالموت:

هناك آثار مالية تترتب على الحكم بالموت وهي انقضاء النيابة الشرعية على أموال المفقود، وكذا ميراث المفقود.

1.3. انقضاء النيابة الشرعية على أموال المفقود:

حسب المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري، فإن المفقود يخضع لنفس أحكام الوصي، وعليه فحسب الفقرة الأولى من المادة 96 من ذات القانون، تنتهي مهمة المقدم بالحكم بوفاة المفقود، وعليه أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى ورثة المفقود في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء، وهو ما تنص عليه المادة 97 من قانون الأسرة.

ويكون المقدم مسؤولا عما يلحق أموال المفقود من ضرر بسبب تقصيره وهو ما تؤكده المادة 98 من قانون الأسرة الجزائري، ويقع عبء إثبات ذلك على ورثة المفقود، ومنه فمسؤولية المقدم على أموال المفقود تخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية، والتي نظمها المشرع الجزائري في المواد 124 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

ولقيام هذه المسؤولية يجب توافر جميع أركانها، فخطأ المقدم وحده غير كاف لقيام مسؤوليته التقصيرية، بل يجب حدوث ضرر نتيجة للخطأ، وأن تقوم علاقة السببية بين الضرر والخطأ، ذلك أن أركان المسؤولية ثلاث، الخطأ والضرر والعلاقة السببية، فإذا ما توافرت هذه الأركان تقوم المسؤولية التقصيرية للمقدم، ويترتب على قيامها آثار معينة أهمها جبر الضرر الذي ترتب للورثة (السعدي، 2004، صفحة 26).

وبالنسبة للمشرع التونسي، فبموجب الفصل 83 من أسباب انقضاء مهام النائب الذي يعينه القاضي موت المفقود، وبالتالي انقضاء النيابة الشرعية على أمواله، أما بالنسبة للوكالة فقد سبق وأن رأينا أنها تنقضي حسب أحكام الفصل 84 بمجرد الحكم بالفقدان وليس الوفاة، وبالتالي فهي تعتبر من الآثار المترتبة عن الحكم بالفقدان وليس الوفاة، بالإضافة إلى عدم تناوله للأحكام المتعلقة بذلك ضمن أحكام مجلة الأحوال الشخصية.

2.3. ميراث المفقود:

ونميز في ميراث المفقود بين حالتين، الأولى يكون فيها المفقود وارثا من الغير، والثانية يكون فيها الغير وارثا من المفقود، وبالنسبة للحالة الأولى فهي ليست محل خلاف، على عكس الحالة الأخيرة المتعلقة بإرث الغير من المفقود، والتي يلاحظ فيها وجود اختلاف في توجهات كلا من المشرعين التونسي والجزائري.

فبالنسبة لحالة إرث الغير من المفقود، نجد أن كلا المشرعين ذهبا إلى أنه يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكما، فنصت المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، ونصت المادة 115 من نفس القانون على أنه: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته..." وهو ما تماشى معه المشرع التونسي بموجب الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه: "يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما..."

وبالنسبة للحالة التي يكون فيها المفقود وارثا للغير، نجد أن المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

وعليه فالقانون الجزائري يعتبر الحكم بالوفاة هو الحد الفاصل لميراث المفقود من الغير، والمفقود يعتبر حيا في الفترة التي تسبق صدور الحكم بوفاته، فيرث من الغير شأنه شأن الشخص معلوم الحياة، وهو ما تؤكده المادة 111 التي نصت على أنه من مهام المقدم تسلم ما يستحقه المفقود من ميراث، ومنه لا يمكن حرمان المفقود من حقه في تركة الشخص الذي يتوفى قبل صدور الحكم بالوفاة، فإذا توفي شخص يكون المفقود وارثا له، يتم اعتبار المفقود كأنه حي ما دام لم يصدر حكم بوفاته، وبالتالي تحقق شرط أن يكون الوارث حيا وهو ما نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة.

وفي المقابل نجد أن المشرع التونسي خالف المشرع الجزائري في هذا الحكم، فنص في الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

ومنه فاستحقاق المفقود للإرث من الغير موقوفا على ظهوره حيا، بحيث بمجرد الحكم بوفاته يرد النصيب الذي تم وقفه له إلى الورثة فيعتبر كأنه كان ميتا وقت موت مورثه وبالتالي عدم تحقق شرط حياة الوارث بعد موت المورث وهو ما نص عليه الفصل 85 بقوله: "يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما وبتحقق حياة الوارث من بعده".

والراجح ما ذهب إليه المشرع التونسي كون أننا نجد فيه حماية أكبر لحقوق الغير.

4. عودة المفقود حيا:

المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته من مماته، وصدور الحكم بوفاته إنما يكون لغلبة ظن هلاكه لانقطاع أخباره كل تلك المدة بالإضافة إلى فشل محاولات التحري والبحث عنه، وبالتالي قد يحدث ويظهر المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته الأمر الذي يحيلنا للحديث عن إجراءات استعادة المفقود لشخصيته القانونية، ومصير أمواله التي تم تقسيمها بين ورثته.

1.4. استعادة المفقود لشخصيته القانونية:

إذا عاد المفقود حيا فإن أول ما يقوم به هو محاولة استعادته للمركز القانوني الذي فقده بعد صدور الحكم القاضي بوفاته، الأمر الذي يتطلب منه استصدار حكم قضائي جديد يبطل الحكم السابق (نوي، 2013/2012، صفحة 331).

وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 94 من قانون الحالة المدنية الجزائري (الجريدة الرسمية، الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، العدد21، 1970) على أنه: "إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، يتابع وكيل الجمهورية أو كل معني إبطال الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها"، والتي نص المشرع بموجبها على إبطال العقود الخاطئة.

وعليه فحسب المادة 47 من ذات القانون والمعدلة بموجب المادة 03 من القانون رقم 17-03 (الجريدة الرسمية، قانون رقم 17-03 المعدل للأمر رقم 70-20 المتعلق بقانون الحالة المدنية، العدد02، 2017) فإنه يجب تقديم طلب إبطال الحكم الذي صرح بوفاة المفقود أمام أي محكمة عبر التراب الوطني، كما يجوز تقديم الطلب أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه الحكم بالوفاة، كما يمكن تقديم الطلب بصفة فرعية أمام المحكمة التي يرفع إليها نزاع يتناول الحكم المشوب بالبطلان.

ويقدم الطلب من قبل المفقود الذي ظهر حيا مباشرة أو عبر ضابط الحالة المدنية للبلدية، ويسجل بيان إبطال حكم التصريح بالوفاة على هامش قيده في السجل وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 94 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

وبالنسبة للمشرع التونسي نجد أنه نص على ذلك بموجب الفصل 58 والذي جاء فيه: "إذا ظهر للوجود من حكم بموته بعد الحكم فإنه يسمح له بإثبات وجوده وطلب إبطال الحكم المذكور..."، ومنه فحتى المشرع التونسي يعترف للمفقود بحقه في استرجاع شخصيته القانونية، غير أنه لم يفصل في كيفيات ذلك على خلاف المشرع الجزائري الذي حاول إحاطة هذه المسألة من الناحية الإجرائية بشكل تتنافى معه الجهالة.

2.4. الآثار المالية المترتبة عن عودة المفقود حيا:

إن أثر ظهور المفقود حيا على أمواله يعتبر من أهم المسائل المثارة في هذا الموضوع، ذلك أنه بصدور الحكم بوفاته تقسم تركته على الورثة، وهو الأمر الذي قد يصاحبه تصرف الورثة في ذلك المال مما يثير بعض الإشكالات حول حق المفقود في استرجاع أمواله.

ولقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة بموجب 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".

وعليه فالمشرع الجزائري ميز بين الأموال التي بقيت عينا والأموال التي تم التصرف فيها، وحتى هذه الأخيرة نجده ميز فيها بين الأموال التي تم التصرف فيها بالبيع والأموال التي تم التصرف فيها بطريق آخر غير البيع كعقود التبرع مثلا .

وعليه فحق المفقود الذي ظهر حيا يقتصر على استرجاع ما بقي عينا من ماله وقيمة ما بيع منها، أما الأموال التي هلكت وكذا التي تم التصرف فيها بغير البيع فلا يمكنه استرجاع قيمتها، وهو ما يتنافى مع ما اتجه إليه المشرع التونسي الذي أضفى حماية أكبر لحق المفقود في استرجاع أمواله، فنجده نص في الفصل 58 من قانون تنظيم الحالة المدنية على أن المفقود إذا ظهر للوجود بعد الحكم فإنه يسترجع مكاسبه حسب الحالة التي توجد عليها، وكذلك ثمن ما وقع التفويت فيه والمكاسب المشتراة برؤوس الأموال والمداخيل الراجعة له.

ومنه فحماية المشرع التونسي لحق المفقود في استرجاع أمواله شملت حتى الأموال التي تم التفويت فيها والتخلي عنها لفائدة الغير بعوض أو بدونه، وكذلك الأموال المكتسبة من رؤوس أمواله والمداخيل الراجعة له.

وما يعاب على المشرع التونسي هو تنظيمه لهذه الأحكام في قانون تنظيم الحالة المدنية، وهو القانون المختص بتسجيل الوقائع المدنية الأساسية للفرد من ولادة وفاة زواج وطلاق، وحق المفقود في استرجاع أمواله يعتبر من المسائل الموضوعية، فكان من الأولى وضع الفقرة المتعلقة بذلك ضمن أحكام مجلة الأحوال الشخصية وبالضبط في الكتاب الثامن الخاص بأحكام المفقود.

والملاحظ أن المشرع التونسي لم يكتفي عند هذا الحد بل حاول أيضا حماية حق المفقود في الأموال التي كان من المفترض أن تكون من حقه في حالة إرثه من الغير، فنص في الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه في حالة ظهوره حيا بعد الحكم بموته ورد نصيبه إلى من كان يفترض أنهم يستحقونه من الورثة وقت موت المورث، فإنه يأخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة، ومنه فلا يحق له استرجاع قيمة ما هلك من تلك الأموال ولا قيمة ما تم التصرف فيه.

وبالتالي فالحماية التي قررها المشرع التونسي لحق المفقود في استرجاع أمواله في حالة ظهوره حيا بعد صدور الحكم بموته كانت أوسع من الحماية التي قررها المشرع الجزائري له، لذا يستحسن تعديل المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري واستبدال عبارة "ما بيع منها" بعبارة "ما تم التصرف فيه".

5. الخاتمة:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع يتبين لنا أن الموت الحكمي لا يتم إلا بعد اتخاذ إجراءات معينة أهمها وجوب الحكم بالفقدان أولا، وهو ما يترتب عليه تقرير النيابة الشرعية على أموال المفقود، ويجب أن يتم احترام المدة القانونية اللازمة لذلك والتي تختلف لدى كل من المشرع الجزائري والمشرع التونسي، فحددها هذا الأخير بعدم تجاوز سنتين في الحالات التي يغلب فيها الهلاك، في حين حددها المشرع الجزائري بمضي أربع سنوات.

أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فكلا المشرعين تركا ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع مع إضافة المشرع الجزائري لشرط مرور أربع سنوات، وبالتالي فالسلطة التقديرية للقاضي في هذه الحالة مقيدة بمضي أربع سنوات من تاريخ الحكم بالفقدان.

وبالنسبة للآثار المترتبة على الحكم بالوفاة من الناحية المالية نجد أن انقضاء النيابة الشرعية يعتبر أولها، أين يلزم المقدم برد الأموال إلى ورثة المفقود مع قيام مسؤوليته المدنية عن أي تقصير يصدر منه.

أما عن ثاني أثر فيتمثل في ميراث المفقود، أين نميز بين حالتين، الأولى يكون فيها المفقود وارثا لغيره، وهنا يرى المشرع الجزائري استحقاقه للإرث مادام لم يصدر الحكم بوفاته، وكل ما يكتسبه من إرث يدخل إلى ذمته المالية، في حين نجد أن المشرع التونسي قيد حقه في الإرث من غيره بعودته حيا وبمجرد الحكم بوفاته يرد ما تم وقفه له للورثة الذين كانوا يستحقونه، والحالة الثانية، وهي التي يرث فيها الغير من المفقود، فكلا المشرعين أجاز تقسيم تركته بمجرد صدور الحكم الذي يقضي بوفاته.

وفي حالة عودة المفقود حيا، فالمشرع الجزائري يبيح له حق استرجاع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها، في حين نجد أن المشرع التونسي وسع من ذلك ليشمل حتى قيمة ما تم التفويت فيه بمقابل أو بغير مقابل، وكذلك حقه في المكاسب المشتراة برؤوس أمواله والمداخيل الراجعة له، إضافة إلى حقه في أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة في الحالة التي يكون فيها وارثا لغيره وتم رد حقه لورثة مورثه، لتكون بذلك حماية المشرع التونسي لحقوق المفقود الذي يظهر حيا أوسع من الحماية التي قررها المشرع الجزائري له.

وعلى ضوء ما سبق ذكره من نتائج يمكننا اقتراح التوصيات الآتية:

1- تعديل المادة 113 لتصبح كما يلي: "يحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات من تاريخ الحكم بالفقدان، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

2- تعديل المادة 115 لتصبح كما يلي: "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 تم الصرف فيه".

3- نقل المشرع التونسي للأحكام المتعلقة بحق المفقود في استرجاع أمواله من قانون تنظيم الحالة المدنية إلى مجلة الأحوال الشخصية.

6. قائمة المراجع:

أ/ القوانين:

– الرائد الرسمي التونسي، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 والمتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، العدد66، 1956.

– الرائد الرسمي التونسي، قانون عدد 03 لسنة 1957 مؤرخ في أوت 1957 والمتضمن قانون تنظيم الحالة المدنية، العدد02، 30 جولية 1957.

– الجريدة الرسمية الجزائرية، قانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، العدد21، المؤرخة في 23 أفريل 2008 .

– الجريدة الرسمية الجزائرية، الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، العدد21، المؤرخة في 19 فبراير 1970.

– الجريدة الرسمية الجزائرية، القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، العدد24، المؤرخة في 12 يونيو 1984.

– الجريدة الرسمية الجزائرية ، قانون رقم 17-03 المعدل للأمر رقم 70-20 المتعلق بقانون الحالة المدنية، العدد02، المؤرخة في 11 يناير 2017.

ل الكتب:

– جمال سايس، (2003)، *الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية -قرارات المحكمة العليا – مسرد ألفبائي للكلمات الدال*، منشورات كليك، الجزائر.

– رمضان أبو السعود، (2005)، *النظرية العامة للحق*، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة.

– عبد الرحمن بربارة، (2009)، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

– عبد السلام ذيب، (2012)، قلنون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد –ترجمة للمحاكمة العادلة–، موفم للنشر، الجزائر.

– عبد الفتاح تقية، (2016)، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر.

– فريدة محمدي، (2002)، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر.

- محفوظ لعشب، (2006)، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

- محمد سعيد جعفور، (2004)، مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر.

- محمد صبري السعدي، (2004)، شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام (العمل غير المشروع – شبه العقود – والقانون)، دار الهدى، الجزائر.

- يوسف دلاندة، (2008)، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القصائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (الدعوى القصائية)، دار هومة، الجزائر.

/ الأطروحات:

- عبد النور نوي، (2013/2012)، أحكام المفقود في ظل القانون والإجتهاد القصائي الجزائري أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر.

/ المقالات:

- ياسين علال.(2017). السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بموت المفقود، *مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، ج2، ع8.*