Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

# الحكم بموت المهاجر غير الشرعي المفقود في عرض البحر

# Judgment on the death of the illegal immigrant lost at sea

علال ياسين Allel yacine
جامعة قالمة University 8 May 1945 Guelma
allel.yacine@univ-guelma.dz

تاريخ الاستلام : 2019-01-12 تاريخ القبول : 2019-04-26

**ملخص:**

يترتب عن ظاهرة الهجرة غير الشرعية عبر البحر إمكانية فقدان المهاجر غير الشرعي، حيث يفقد الكثير من المهاجرين الذين يستعملون الزوارق التي تعجز عن مواجهة أخطار البحر، فينقطع خبرهم ولا يعرف مصيرهم، مما يطرح إشكالية في الحكم بموتهم.

ويهدف هذا البحث إلى ضبط كيفية الحكم بموت المهاجر غير الشرعي المفقود في البحر، ومدى خضوع ذلك للقواعد العامة الواردة في قانون الأسرة أو الحاجة إلى نصوص قانونية خاصة بالفقد في مثل هذه الظروف، حيث أن فقدان المهاجر في عرض البحر يعتبر فقدانا في ظرف يغلب عليه الهلاك، ويرجح احتمال وفاته، مما يدعو إلى ضرورة إخضاع حالته إلى مدة قصيرة في الحكم بموته.

**كلمات مفتاحية:** مهاجر غير شرعي، بحر، مفقود، ظرف يغلب عليه الهلاك.

## Abstract:

The phenomenon of illegal immigration by sea leads to the loss of illegal immigrants, where many migrants who use boats that are unable to cope with the dangers of the sea lose their knowledge and do not know their fate, which poses a problem in the judgment of their death.

The purpose of this research is to determine how the death of illegal migrants lost at sea is judged, whether this is subject to the general rules of family law or the need for legal provisions relating to loss in such circumstances. Loss of a migrant at sea is considered loss in a most vulnerable situation , And is likely to die, which calls for the need to subject his condition to a short period in the judgment of his death.

**Keywords**: Illegal immigrant, sea, missing, destitute circumstance.

**1. مقدمة:**

ترتب الهجرة غير الشرعية العديد من الآثار، والتي تتنوع ما بين أثار اقتصادية سواء على الدولة المهاجر منها أو المهاجر إليها، كما أن لها آثارا اجتماعية بما تخلفه من مآسي وآثار سلبية، سواء على المهاجر غير الشرعي نفسه الذي يكون عرضة للكثير من الأخطار، أو على أسرة المهاجر التي قد تفقد عنصرا منها، خاصة إذا كان أحد أبناءها أو ممن يعولون تلك الأسرة.

ويستخدم المهاجر غير الشرعي العديد من الوسائل لتنفيذ مخططه، ولعل أن أكثر تلك الوسائل شيوعا هي وسيلة الزورق ذو المحرك، ولا يخفى ما تشكله هذه الوسيلة من مخاطر، نظرا لضعفها في مواجهة أخطار البحر، فكثيرا ما نسمع عن غرق

زوارق المهاجرين غير الشرعيين أو تعطلها في عرض البحر و فقدانها وعدم ظهور أي خبر عن الأفراد الموجودين على متنها.

وقد يطول الزمن ولا يظهر أي خبر عن المهاجر الذي فقد أثناء محاولته ركوب البحر والهجرة، ولا شك أن حالة فقده تلك تعتبر حالة فقد في ظرف يغلب عليه الهلاك، وهي حالة تطرح مشكلة قانونية لا بد من التعرض لها وإيجاد حلول لها،حيث يهدف هذا البحث إلى توضيح المدة اللازمة للحكم بموت المهاجر غير الشرعي الذي يفقد في مثل هذه الظروف، وينطلق من الإشكالية الآتية:

متى يُحكم بموت المهاجر غير الشرعي المفقود في عرض البحر وما مدى الحاجة في ذلك إلى قواعد قانونية خاصة في ظل الأحكام العامة الواردة في قانون الأسرة ؟

وان الإجابة على هذه الإشكالية، يتطلب اعتماد المنهج التحليلي والاستقرائي، وفقا لما يأتي:

**2. مفهوم الهجرة غير الشرعية عبر البحر.**

في معناها العام، هي التسلل عبر الحدود -البرية والبحرية والجوية- والإقامة بدولة أخرى بطريقة غير مشروعة، وقد تكون الهجرة في أساسها قانونية ثم تتحول بعد ذلك إلى غير مشروعة، وهو ما يعرف بالإقامة غير الشرعية.[1]

وتتضمن الهجرة غير الشرعية في مضمونها الهجرة السرية، والتي تعني العبور غير القانوني للحدود، دخولا أو خروجا من التراب الوطني للدولة.

كما قد يقصد بهذا المفهوم الهروب أو المرور بأية وسيلة غير شرعية وغير قانونية، للخروج من البلاد لوضع حد للمتابعات القضائية أو الإدارية أو كحل للتخلص من المشاكل التي يتخبطون فيها، كما تعني أيضا العيش خارج الوطن دون وثائق قانونية.

ويتخذ المهاجرون غير الشرعيون من الحدود البرية والبحرية والجوية كمنافذ للوصول إلى مبتغاهم، وتعتبر المنافذ البحرية من أهم الطرق التي يجرى إتباعها، حيث تستعمل فيها قوارب ترصد على مشارف المدن الساحلية من قبل أفواج من الأفراد الذين يشتركون في اقتناء قارب مجهز بمحرك أو يقومون بسرقته من أحد الموانئ.

وإن الملاحظ على هذا النشاط في الجزائر، أنه عرف تطورا وتزايدا مذهلا في عدد الأشخاص الذين يبحثون عن فرص للعمل عادة فيحاولون عبور البحر المتوسط بوسائل نقل غير مأمونة، وغالبا ما تكون هذه المحاولات محفوفة بالمخاطر.[2]

وعليه يتحدد مفهوم الهجرة غير الشرعية عبر البحر، بأنه محاولة الخروج من الوطن لغرض الدخول إلى بلد أخر والاستقرار به عبر منفذ البحر.

ولا يخفى ما تشكله هذه الطريقة من مخاطر كثيرة على الشخص، فكثيرا ما تفشل المحاولة وتكون نتيجتها فقدان الشخص وانقطاع أخباره وعدم إمكان الوصول إليه، نظرا لضعف الوسيلة المستعلمة للهجرة في مواجهة أخطار البحر، مما قد يرجح احتمال وفاة الشخص على حياته.

**3. تصنيف المفقود في عرض البحر من تقسيمات المفقودين في القانون الجزائري**

يقسم قانون الأسرة الجزائري المفقودين باعتبار الغيبة إلى: مفقودين في غيبة ظاهرها السلامة، ومفقودين في غيبة ظاهرها الهلاك[3]، وعليه نحدد المقصود بهذين التقسيمين، لكي نخلص إلى تصنيف المفقود في عرض البحر إلى أحدهما.

**1.3 المفقودين في غيبة ظاهرها السلامة:**

وهي حالة اختفاء وفقدان الشخص في ظروف طبيعية وعادية أي يغلب على الظن فيها حياته، ومن هذه الحالات التي تغلب عليها السلامة المسافر المفقود لطلب العلم أو العمل، أو لتجارة فتشغله تجارته عن العودة إلى أهله، أو من يخرج للسياحة، فقد يختار البقاء ببعض البلاد النائية عن بلده[4]، كما يعتبر الأسير من قبيل الغيبة التي ظاهرها السلامة، إذ أن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجئ إلى أهله[5]، ونحو ذلك من الحالات.

ونجد أن المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري قد نصت على: (... وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي ...)، حيث يتضح أن المشرع قد ترك أمر تحديدها إلى القاضي.

كما كرست العديد من القوانين العربية حالة المفقود التي يغلب فيها السلامة، فقد نص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على هذه الحالة[6]، كما نصّ القانون المصري على حالة المفقود التي تغلب عليها السلامة بعبارة ( وفي الأحوال الأخرى...) حين قارنها بتلك التي يغلب عليها الهلاك[7].

**2.3 المفقودين في غيبة ظاهرها الهلاك:**

وهي الحالات التي يغلب على الظن موت الشخص فيها عن حياته، كمن فقد بين الصفين في القتال، فإنه يغلب على الظن هلاكه، وكذلك من فقد في الحروب الأهلية والفتن الجماعية، وكذلك من فقد في أرض عمّها القتال كمن فقد في حرب الخليج والحرب في سوريا والبوسنة والهرسك وحرب العراق...، سواء كانوا من الجنود أو من المدنيين، أو من فقد في غارات حربية على المدن السكنية، كحالة العدوان الصهيوني المتكرر على قطاع غزة، وكذلك من فقد في سفينة غرقت بأهلها فنجا من نجا وغرق من غرق، أو من فقد إثر سقوط عمارة، أو فقد في أثناء زلزال، أو طوفان، أو نحو ذلك.

وقد نص المشرع الجزائري على حالة المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك في نص المادة 113 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: ( 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 ).

وفي هذا السياق نص القانون المصري في المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على: ( يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وأما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا ).

وقد عدّل هذا النص بالنسبة لحالة المفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك بالقانون رقم 33 لسنة 1992[8] والقانون رقم 140 لسنة 2017[9]، حيث تنص المادة 21 المعدلة على:

( يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية ).

من هذه المادة يستخلص أن القانون المصري على غرار نظيره الجزائري قد اعتد بحالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك، إلا أنه قد فصل بعض الحالات وذكرها على سبيل الحصر ونظمها بأحكام خاصة، فيمكننا اعتبار الفقد على ظهر سفينة غرقت، أو الفقد في طائرة سقطت أو الفقد بين القوات المسلحة أثناء عمليات حربية حالات فقد خاصة يغلب عليها الهلاك[10].

وعلى خلاف ذلك فإن القانون التونسي كرّس حالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية كما يلي: ( إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بوفاته...)[11]، فيتضح أنه حذا حذو القانون الجزائري في هذا التقسيم الذي جاء عاما ولم يذكر فيه حالات خاصة مثل التي جاء بها القانون المصري.

وفي هذا السياق يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري على الرغم من عدم ذكره لبعض الحالات الاستثنائية الخاصة في نص المادة 113 مثلما فعله نظيره المصري في المادة رقم 21 السابق الإشارة إليها، إلا أنه ونظرا لما عرفته الجزائر من كوارث طبيعية أودت بحياة الكثيرين وفقد الآلاف على إثرها وتحديدا على إثر الفيضانات التي شهدتها الجزائر العاصمة في 10 نوفمبر 2001، وكذا زلزال بومرداس والمناطق القريبة منها في 21 ماي لسنة 2003، حيث صدر الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 المتعلقين بمفقودي هاتين الكارثتين، إذا يتضح أن المفقودين في هاتين الكارثتين يندرجون ضمن الحالات التي يغلب عليها الهلاك إلا أنها تعد استثناء من الحالات العامة التي تضمنتها المادة 113

من قانون الأسرة، وذلك نظرا للأحكام الخاصة التي تسري على المفقودين في هذه الحالة.

ويعتبر الأشخاص المفقودين بسبب الأوضاع الأمنية منذ بداية التسعينات كالمختطفين من الجماعات الإرهابية الذين انقطع خبرهم، مفقودين في حالة استثنائية ويغلب عليهم الهلاك، وقد صدر الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية وأدرج فيه أحكاما استثنائية عن تلك التي جاء بها قانون الأسرة.

**3.3 موقع المهاجر غير الشرعي المفقود في عرض البحر من تقسيمات المفقودين:**

من خلال عرضنا للتقسيم الذي اعتمده قانون الأسرة الجزائري في المادة 113 منه، فإنه يمكن تصنيف المهاجر غير الشرعي الذي يفقد في عرض البحر ضمن حالات الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، ذلك أن اختفاء المهاجر غير الشرعي نتيجة انقلاب مركبه الذي يقله وانقطاع خبره وعدم ورود أي أخبار عنه، تجعله في مركز المفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك، ويكون احتمال وفاته في هذه الظروف أكبر بكثير من احتمال حياته.

**4. مدة الحكم بموت المهاجر غير الشرعي الذي يفقد في عرض البحر.**

من خلال النتيجة السابقة التي وصلنا إليها، والتي مفادها أن المفقود في عرض البحر يصنف قانونا كمفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك، فإن ذلك يرتب خضوعه للقواعد العامة الواردة في قانون الأسرة الخاصة بتحديد مدة الفقد، وهو ما نتناوله من خلال النقطة الأولى الآتية، ثم نتطرق إلى مدى الحاجة إلى إيجاد قواعد قانونية خاصة بالفقد في مثل هذه الحالة في نقطة ثانية.

**1.4 تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون الأسرة للحكم بوفاة المهاجر غير الشرعي المفقود في عرض البحر:**

أخذ قانون الأسرة الجزائري في مسألة الحكم بموت المفقود بصورة عامة، 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 ".

وتجدر الإشارة هنا، إلى وجوب إصدار حكم مسبق يقضي بالفقدان، ثم إصدار حكم ثاني يقضي بالموت بعد انقضاء آجال البحث، حيث لا يمكن الحكم على الشخص حسب القانون الجزائري بالفقدان والموت في آن واحد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها، حيث جاء في القرار رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، أنه: ( ... ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد )[12].

وهو نفس المبدأ الذي اتبعته العديد من المحاكم الابتدائية، حيث صدر حكم عن محكمة بوفاريك بتاريخ 2004/04/22 يقضي ( باعتبار المدعى عليه... مفقودا منذ تاريخ سبتمبر 1995، وحيث أن واقعة غياب وفقدان المدعى عليه قد مضى عليها أكثر من أربع سنوات دون معرفة مكان تواجده ولا حياته من مماته، مما يتعين التصريح بوفاته بتاريخ الحكم وهو 2008/12/13، طبقا للمادة 113 من قانون الأسرة ...)[13].

ومن خلال نص المادة 113 السابقة، يتضح أن المدة اللازمة للحكم بوفاة الشخص المفقود تختلف باختلاف الظروف التي تمّ فيها الفقد، سواء كانت في ظروف يغلب فيها السلامة، أو في ظروف يغلب عليه فيها الهلاك.

**أ- المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:**

من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة، نجدها تقرر بترك المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الظروف التي تغلب فيها السلامة لتقدير قاضي الموضوع، وهو مسلك مقارب لما أخذ به المذهب الحنبلي.

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.

غير أنه لا يمكنه 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[14].

وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال اجتهادها، حيث جاء في القرار رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، أنه: ( ... المادة 113 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بتحديد وفاة المفقودة بانتهاء أجل الأربع سنوات وأن القانون يلزم القاضي فقط بأن لا يعلن وفاة المفقودة إلا بعد مدة الأربع سنوات وفيما زاد عن ذلك فهو يترك حرية للقاضي لتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدعوى )[15].

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، التي ترك أمر تقديرها للقاضي لإجراء ما يلزم من التحريات بكل الطرق الممكنة للتأكد من حياة المفقود أو موته.

وفي هذا المعنى، نصت المادة 1/92 من قانون الحالة المدنية: " ... 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 ".

**ب- 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، مع ترك التقدير النهائي لقاضي الموضوع على أساس أن الأمر يتعلق بتقدير الوقائع[16].

ويكون الشخص مفقودا في ظروف يغلب عليها الهلاك حسب المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، إذا فقد في الحروب والحالات الاستثنائية، فيجوز الحكم بموته بمضي أربع سنوات بعد التحري، أخذا بما قاله المذهب الحنبلي.

ومن أمثلة الظروف التي يغلب فيها الهلاك ومن الممكن أن يفقد فيها الشخص: الكوارث الطبيعية وغير الطبيعية، كأن تغرق سفينة كان الشخص على متنها، أو أن تتحطم طائرة كان ضمن ركابها عدد من الركاب، أو يعصف زلزال بقرية كان قاطنا فيها، أو ينفجر بركان تقع قريته على سفح قمة الجبل المنفجر، أو تنتهي حرب كان قد شارك فيها دون أن يظهر عليه أي خبر، أو ما يشهده الوقت الحالي من تزايد ظاهرة الهجرة غير الشرعية وفقدان الكثير أثناء عملية الهجرة في عرض البحر...، وغيرها من الظروف التي تحمل على الاعتقاد أن الغالب فيها الهلاك.

فإذا ثبت فقدان الشخص في مثل هذه الظروف كظرف الفقد أثناء الهجرة غير الشرعية في عرض البحر، 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[17]، 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 الحكم باعتبار المفقود في عرض البحر ميّتا حكما –رغم أن هلاكه ليس محققا- إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن يكون الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، وهو حال المهاجر غير الشرعي الذي يفقد في عرض البحر.

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

ج- أن يقدم الطلب بذلك وفقا لما تقضي به المادة 114 من قانون الأسرة.

ولكن الملاحظ على المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، أنها وردت بعبارة "يجوز الحكم بموت المفقود..."، ولم ترد بعبارة "يُحكم بموت المفقود..."، مما يجعلنا نتسائل عن حقيقة أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة بما قال به الحنابلة، ومدى تفرقته بين حالة الفقد في ظروف عادية 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 الفقد في الظروف التي يغلب فيها الهلاك[18].

وهو ما يشبه الحالة الأولى، أي حالة الفقد في ظروف يغلب فيها السلامة، فتكون النتيجة أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113، لم يفرق في الحقيقة 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 حقيقة بالمذهب الحنبلي والذي فرق بين الحالتين، وقال بضرورة الحكم بالموت في الحالة التي يغلب فيها الهلاك بمضي أربع سنوات، ولم يقل بجواز ذلك فقط.

إن التمعن في نص المادة 113، ربما يوضح أن نية المشرع الجزائري كانت الأخذ بالحالتان اللتان قال بهما الحنابلة، ولكنه استعمل عبارة لا تدل على ذلك، وعليه أرى أنه من الأحسن لو كان نص المادة 113 من قانون الأسرة : " يُحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري...".

ولا بد من الإشارة إلى أنه ورغم عدم جواز الحكم بوفاة المفقود إلا بمضي المدة المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، في كلا الفرضين السابقين، وهي أربع سنوات، إلا أن ذلك لا يمنع كل ذي شأن، كالورثة والدائنين، أن يدعي وفاة المفقود حقيقة، لكن على من يدعي ذلك أن يقيم الدليل على ذلك وفق القواعد الإثبات، فهي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، ووجود دليل على ذلك، يؤدي إلى ترتيب آثار الموت الحقيقي على الواقعة، فتنتهي شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكما[19].

### 2.4 مدى الحاجة إلى قواعد خاصة للحكم بموت المفقودين في عرض البحر

من خلال عرض القواعد العامة في قانون الأسرة المنظمة للحكم بموت المفقودين، فإن ما يؤاخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد، أن هناك حالات يكاد يتيقن فيها هلاك المفقود، كأن يكون مهاجرا غير شرعي فقد على متن مركب أو زورق أو سفينة في عرض البحر، وهي حالة استثنائية لا جدوى فيها من أن ننتظر أربع سنوات كاملة للحكم بوفاته[20].

وبالمقارنة مع إجراءات الحكم بوفاة المفقودين في فيضانات باب الوادي وزلزال بومرداس الذين عرفتهما الجزائر، نجد أنه بموجب الأمر رقم 02-03 المتعلق بفيضانات 2001/11/10، وبموجب قانون رقم 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 2003/05/21، ترفع دعوى الحكم بوفاة المفقود وفق نفس الشروط والإجراءات الخاصة برفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة، حسب القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من ذلك ضرورة توفر الصفة والمصلحة وأهلية التقاضي، فنجد أن كلا القانونين السابقين قد أكدا على صفة رافع الدعوى المتمثل في أحد الورثة، ومن كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة[21].

على أن يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى[22]، ويمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر

واحد من تاريخ صدور الحكم، وتفصل المحكمة العليا في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها[23].

على أن تتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية[24].

والملاحظ أن هذه المواعيد جاءت قصيرة جدا، وهذا ليس إلا تماشيا مع الهدف من إصدار هذه القوانين[25]، نظرا لكون الفقد في ذلك الفيضان أو ذلك الزلزال هو فقد في حالة استثنائية يغلب عليها الهلاك.

وقياسا على ذلك، فإن فقدان المهاجر غير الشرعي في عرض البحر يعتبر فقدانا في ظرف استثنائي يغلب عليه الهلاك، وكان من الممكن منح القاضي إمكانية الحكم بوفاته في مدد قصيرة وعدم انتظار مدة الأربع سنوات الواردة في القواعد العامة في قانون الأسرة، كل ذلك متى ثبت قطعا أن المهاجر غير الشرعي قد كان حقيقة على متن ذلك القارب أو الزورق الذي فقد في عرض البحر، وهي مسألة مادية يترك للقاضي أمر التأكد من منها.

وبالنظر إلى التشريع المقارن، يتعزز لدينا هذا الرأي، فنجد أن المشرع المصري قد جاء بنص يستوعب مثل هذه الحالة ويخرجها من مدة الأربع سنوات المنصوص عليها في القواعد العامة، فقد نصت المادة 21 من القانون الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية المعدّلة بالقانون رقم 33 لسنة 1992[26] والقانون رقم 140 لسنة 2017[27]، حيث تنص المادة 21 المعدلة على: ( يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت ...).

**5. خاتمة:**

من خلال البحث في هذا الموضوع نصل إلى أن حالة المهاجر غير الشرعي المفقود في عرض البحر هي حالة فقدان خاصة يغلب فيها الهلاك، متى ثبت وجوده حقيقة على متن تلك السفينة أو الزورق الذي غرق، ولم يعلم عنه أي خبر.

وعليه، فإننا نرى بضرورة إخضاع المهاجر غير الشرعي الذي يفقد في عرض البحر إلى نظام قانوني خاص، سواء في الحكم بفقده أو الحكم بموته، يكون مختلفا عما هو عليه الحال في القواعد العامة الواردة في المادة 113 من قانون الأسرة، واعتبار المهاجر غير الشرعي مفقودا، في الظرف الذي نحن بصدده، بالشروط الآتية:

- ثبوت وجود المهاجر غير الشرعي على متن الباخرة أو الزورق الذي انطلاق نحو البحر وحصل له عارض.
- عدم ظهور أي أثر للشخص، بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته ولا بموته.
- أن لا يعثر على جثته، رغم التحري عنه بجميع الطرق القانونية.
- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني في عرض البحر بانتهاء الأبحاث، وتقديمه لذوي الحقوق أو لكل ذي مصلحة، في أجل لا يتعدى بضعة أشهر من وقوع الحادث الذي أدى إلى فقد المهاجر غير الشرعي.

كما نقترح لكي يعتبر المهاجر غير الشرعي في الظرف الذي نحن بصدده ميتا حكما، أنه يجب صدور حكم قضائي بوفاته في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، قياسا على ما نصت عليه المادة 3/2 من الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10، ونظرا لكونه حالة المهاجر غير الشرعي المفقود في عرض البحر هي حالة خاصة يغلب فيها الهلاك إذا ثبت وجوده حقيقة على متن تلك السفينة أو الزورق الذي غرق.

**6. قائمة المراجع:**


- النصوص القانونية:
- قانون الأسرة الجزائري. ( القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، معدل بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة ).
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية. ( أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية،

الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، معدل ومتمم.
- الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10. الجريدة الرسمية رقم15 لسنة 2002.
- القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 2003/05/21. الجريدة الرسمية رقم 37، لسنة 2003.

- مراجع فقهية وقانونية:

- أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 5، دار عالم الكتب، لبنان، 1983.
- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح، الفروع وبذيله تصحيح الفروع، المجلد5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011.
- محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مكتبة دار التراث، السعودية، د.س.
- مجموعة من الباحثين، الهجرة غير الشرعية في منطقة البحر الأبيض المتوسط، تحرير: محمد غربي، سفيان فوكة، مشري مرسي، ابن النديم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

- المقالات والرسائل:

- إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987.
- دليلة براف، أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2003.
- شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2009-2010.
- المجلة القضائية، عدد 2، 1995.

**7. هوامش:**

[1] - مجموعة من الباحثين، الهجرة غير الشرعية في منطقة البحر الأبيض المتوسط، تحرير: محمد غربي، سفيان فوكة، مشري مرسي، ابن النديم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 23.

[2] - المرجع السابق ص 26.

[3] - أنظر المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة، وأنظر: محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مكتبة دار التراث، السعودية، د.س، ص 91.

[4] - أنظر: أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص 399؛ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح، الفروع وبذيله تصحيح الفروع، المجلد5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص 25.

[5] - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 5، دار عالم الكتب، لبنان، 1983، ص 421.

[6] - أنظر: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[7] - المادة 21 من قانون رقم 33 لسنة 1992 والتي تنص (...وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود...)

[8] - أنظر: قانون رقم 33 لسنة 1992، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 مكرر ب، في 1992/06/01. حيث كانت الفقرة الثانية من المادة 21 السابقة في ظل القانون رقم 33 لسنة 1992 تنص على أنه: " ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية ".

[9] - أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 2017/07/22،ص 10.

[10] - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص143.

[11] - أنظر الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[12] - أنظر: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، منشور بـ: المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

[13] - محكمة بوفاريك، 2008/12/13، ملف رقم الفهرس 08/3836، غير منشور، مأخوذ عن: علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 199.

[14] - شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2009-2010، ص 73.

[15] - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، منشور بـ: المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

[16] - محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص334.

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

[18] - أنظر قرار المحكمة العليا السابق الإشارة إليه، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

[19] - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص937.

[20] - دليلة براف، مقال بعنوان: أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2003، ص 41.

[21] - وهو ما منصت عليه المادة 3/2 من الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10، والمادة 3/2 من القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 2003/05/21.

[22] - وهو ما نصت عليه المادة 3/2 من الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10.

[23] - وهو ما نصت عليه المادة 4/2 من الأمر رقم 02-03 ، والقانون 03-06 المتعلقين بمفقودي الفيضانات والزلزال على التوالي.

[24] - وهو ما نصت عليه المادة 6/2 من الأمر رقم 02-03، والقانون 03-06 المتعلقين بمفقودي الفيضانات والزلزال على التوالي.

[25] - شرابن ابتسام، مرجع سابق، ص 68.

[26] - أنظر: قانون رقم 33 لسنة 1992، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 مكرر ب، في 1992/06/01. حيث كانت الفقرة الثانية من المادة 21 السابقة في ظل القانون رقم 33 لسنة 1992 تنص على أنه: " ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية ".

[27] - أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 2017/07/22، ص10.