

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

ميدان : الحقوق والعلوم السياسية

فرع : الحقوق

تخصص : أحوال شخصية



جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب : لزهر سالم

تحت عنوان

الميراث بالتقدير والاحتياط دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

الدكتور : مجيدي العربي

مشرفا ومقررا

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

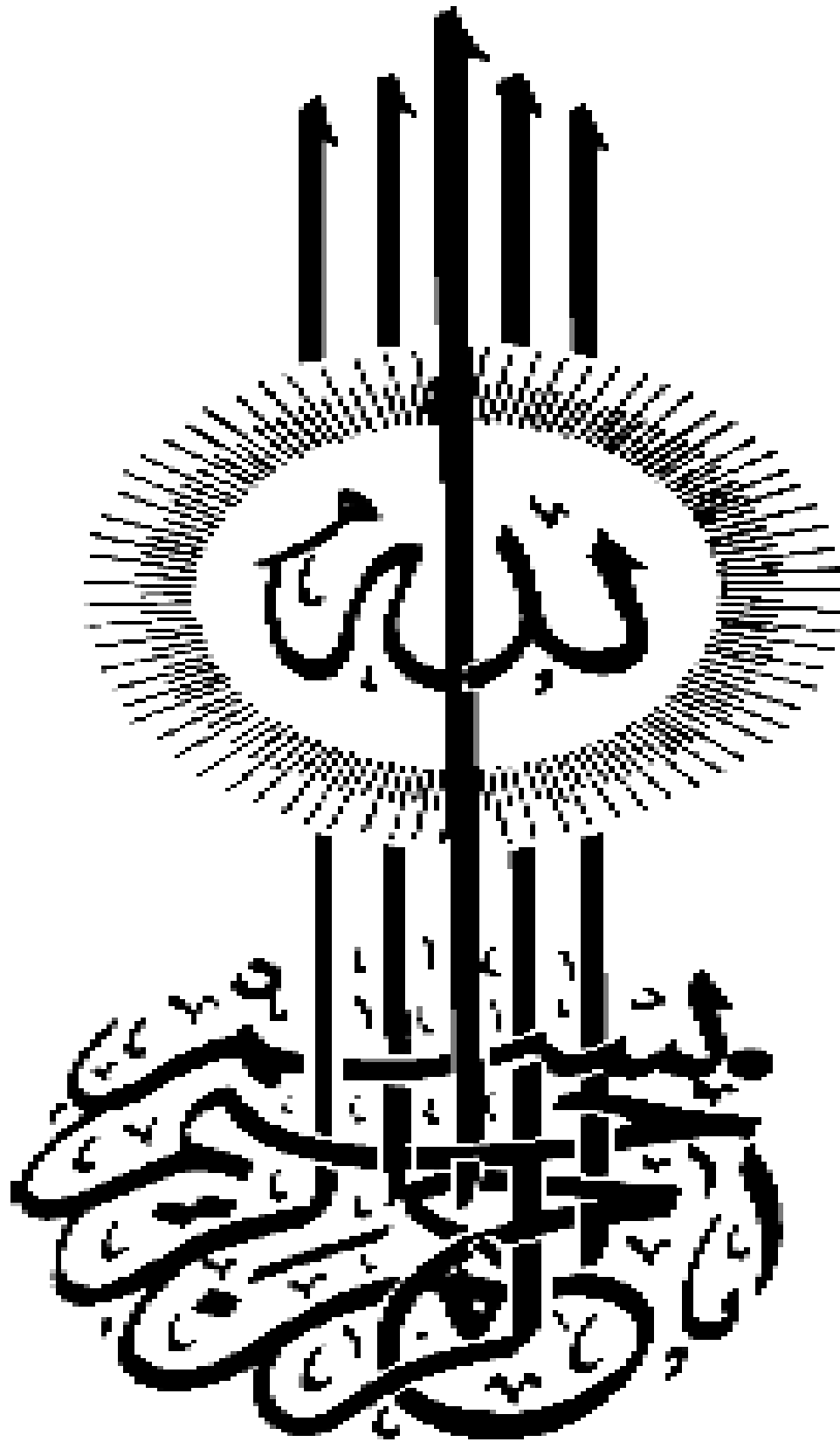
الدكتور: عبد اللطيف والي

مناقشا

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

الدكتور: ميرة وليد

السنة الجامعية: 2016/2017م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ

فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ
وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا
عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

كَبِيرًا ﴿

سورة النساء

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى:

روح الوالد الطاهرة وأدعو الله أن يرحمه برحمته الواسعة

إلى الوالدة الغالية

وإلى زوجتي الفاضلة

وإلى أبنائي: العياشي أحمد أمين و صهيب ومحمد الصغير وريتاج

إلى أخي هشام وزوجته وبلال والأخوات اسمهان وزوجها وأولادها صحرة وابنتها ونور

الهدى

أبناء وبنات أخي: عبد الودود وآية وألاء

وإلى جد أبنائي الحاج الصغير

وإلى أصدقائي: شيخ راجح ورؤوف وعمار ، يوسف بن الذيب وأحمد بتقة

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل الدكتور " والي عبد اللطيف "

الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة

كما أشكر مقدما الأساتذة الكرام من رئيس ومناقش

كما أشكر أساتذتي بالكلية الذين استفدت منهم كثيرا عبر المسيرة

العلمية الجامعية وأخص بالذكر

الأستاذ الدكتور " رابعي إبراهيم "

الأستاذة الدكتورة " شرفة سامية "

مقدمة:

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على سيد خلق الله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه ومن والاه.

لقد أوصانا الرسول صلى الله عليه وسلم على طلب العلم، كما حثنا على تعلم علم الميراث (الفرائض) وتعليمه، وهذا في قوله صلى الله عليه وسلم: " تعلموا الفرائض وعلموها فإنها نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي " .

ومن هذا المنطلق، وبما أن المجتمع الجزائري لا يعيش بمعزل عن المجتمعات الأخرى، وفي ظل الظروف التي عايشها ويعيشها، والمتمثلة في عدة ظواهر نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ظاهرة العشرية السوداء، وظاهرة الكوارث الطبيعية والمتمثلة في فيضانات باب الواد، وزلزال بومرداس وما خلفاه من غرقى وهدمى ومفقودين، وكذلك الهجرة السرية، وبدون أن ننسى العامل الدخيل على المجتمع والمتمثل في ظاهرة الاختطاف.

وكل هذه الأزمات والكوارث والظواهر الغريبة على المجتمع، تركت مخلفات ما استدعى البحث عن حلول لها من الجانب الشرعي، ومن الجانب القانوني.

ونتناول في بحثنا هذا حالات حكم ميراث الحمل من حيث الوجود والعدم ، ومن حيث الذكورة والأنوثة، ومن حيث حياته أو موته، ونقارن بين ما جاء به الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، وكذا من حيث الحماية بحيث أن الفقه الاسلامي والقانون أعطى حماية للجنين في بطن أمه من جانب الاعتداء عليه، واكتساب حقوق ومنها الحق في الميراث.

وكذلك ولد الزنا وولد اللعان خصهم الفقه الاسلامي بجزء من الأحكام التي تتعلق بالميراث وانتسبهم كل لأمه، ونفصل آراء المذاهب الاسلامية فيما يخص ميراث ولد الزنا وولد اللعان.

وكذا المفقود فله ما له وعليه ما عليه، فبغيابه تتعطل مصالح أقاربه أو من له مصلحة، ولذلك حدد المشرع الجزائري كيفية التحقق وإثبات حياة أو موت المفقود لأن الشخصية القانونية تنقضي بموت الانسان، والمفقود لا يعرف حياته من موته، كما أن وفاة الإنسان تتحقق بالوفاة الطبيعية أو بالموت الحكمي.

المشرع الجزائري لم يعالج بتاتا ظاهرة بما يعرف في الفقه الإسلامي بالخنثى، وهاته الظاهرة تعتبر من الطابوهات لدى مجتمعنا لا يستطيع الأفراد التطرق إليها، وعدم التطرق إلى أحكام ميراث الخنثى، يبقى فراغ في القانون الجزائري، وبالنظر إلى المادة 222 ق.أ التي تحيل حكم القاضي في إصدار حكمه على مبادئ الشريعة الاسلامية إلى سلطته التقديرية، وعدم معرفة أي مذهب يحكم بشأنه.

وهاته الحالات التي تم ذكرها سلفا قيمتها غير محددة المقدار، وإنما هي متغيرة من حيث العدم والوجود، حي أو ميت، ذكر أو أنثى، وإن لم يكن ذكر أو أنثى فهو خنثى، وكل هذه المتغيرات لا بد أن نلجأ إلى التقدير في الميراث والإحتمال الراجح ، ومن هذا الأخير جاء مصطلح التقدير والاحتياط.

أسباب اختيار الموضوع:

أسباب شخصية:

- 1- في الأول لم يكن لي أي اهتمام بالموضوع وقد فرض علي، وبعد ذلك كان لي حديث مع صديق في طرح إشكال عن وفاة زوجته وابنته في حادث، وكان السؤال يتمحور حول ما حكم ميراثهم.
- 2- التخصص أحوال شخصية يستدعي مني الخوض في هذا المجال والتعمق فيه.
- 3- تشجيع من بعض الزملاء وكذا من بعض الأساتذة للتطرق لهذا الموضوع.

الأسباب الموضوعية:

- 1- نقص الدراسات في هذا الموضوع.
- 2- أغفل المشرع الجزائري بعض حالات ميراث التقدير والاحتياط كميراث الخنثى.
- 3- المشرع الجزائري لم يساير التطور العلمي والطبي في مجال الحمل، الخنثى وكذا لم يشر إلى أي مذهب على القاضي اللجوء إليه في إصدار حكمه حسب المادة 222 ق.أ.

أهمية الموضوع:

كما أن الجزائر قد مرت بالعديد من التجارب السابقة كان لابد من البحث عن تشريع قوانين تنهي إشكال القوانين الخاصة.

ظهور ظاهرة المهجرة غير الشرعية ما أدى غياب الكثير من الأفراد وأصبحوا في عداد المفقودين، ما يحتم علينا دراسة هذا الموضوع.

مع التطور العلمي والطبي لابد من البحث عن آليات تتوافق مع الجانب الفقهي والقانوني.

أهداف هذه الدراسة:

هو تبيان أحكام الإرث بالتقدير والاحتياط من الناحية الفقهية والقانونية.

الاشكالية :

كيف تطرق المشرع الجزائري لميراث التقدير والاحتياط؟ وهل عالج المشرع الجزائري جل ما عالجها الفقه الاسلامي؟ وفي التطور الكبير الحاصل في مجال الطب؟ وهل وفق الفقه الاسلامي والمشرع الجزائري في مواكبة هذا التطور العلمي من الجانب الطبي؟

وسأعتمد في هذا البحث على منهج التحليل المقارن.

التحليل: هو تحليل الخلفية الفقهية سواء من الناحية القانونية أو الفقه الاسلامي.

المقارن: مقارنة بين أقوال المذاهب الاسلامية والقانون.

مقارنة بين فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون.

مقارنة مع ما تطور إليه الطب الحديث والفقه والمذاهب الاسلامية والقانون.

خطة البحث :

ولقد قمنا بوضع خطة ثنائية، وهي كالآتي :

تناولنا في الفصل الأول ميراث الحمل وميراث ولد الزنا وولد اللعان وقسمناه إلى مبحثين:

المبحث الأول ميراث الحمل والمبحث الثاني ميراث ولد الزنا وولد اللعان.

أما الفصل الثاني ميراث المفقود والأسير وميراث الغرقى والهدمى وميراث الخنثى وقسمناه إلى ثلاثة مباحث المبحث الأول ميراث المفقود والمبحث الثاني ميراث الغرقى والهدمى أما المبحث الثالث ميراث الخنثى

الفصل الأول

ميراث الحمل

وميراث ولد الزنا وولد اللعان

توطئة:

خلال هذا الفصل سنتناول ميراث الحمل ونتطرق إلى تعريفه وأحكام ميراث الحمل مع مراعاة أقل وأطول مدة للحمل، كما نقوم بدراسته من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية وراي الفقهاء، وهذا في المبحث الأول.

أما في المبحث الثاني سنتناول ميراث ولد الزنا وميراث ولد اللعان وأحكامهم العامة، كما نتطرق إلى ميراث ولد الزنا وولد اللعان من جهة الأب، وكذا من جهة الأم، ورأي الفقه والمشرع الجزائري.

المبحث الأول: ميراث الحمل

سنتناول في هذا المبحث معنى الحمل، فنعرفه لغة وشرعا، ومن ثم نتكلم عن شروط توريث الحمل والتي إن توفرت كان للحمل الحق في الميراث، وبعد ذلك ننظر إلى آراء الفقهاء والمشرع الجزائري في تقسيم ميراث الحمل، وفي الأخير نتناول حالات ميراث الحمل.

المطلب الأول : تعريف الحمل وموقف الفقه الاسلامي وأدلة توريثه

الفرع الأول : تعريف الحمل

أولا: لغة

إن الحمل (بفتح الحاء) مصدر حملت تحمل حملا، ويقال للمرأة حاملا¹، ومنه قوله

تعالى ﴿ حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ سورة الأحقاف، الآية 15

وقوله سبحانه وتعالى ﴿ حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين ﴾ سورة لقمان الآية 14،

وكذا قوله عزوجل ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ سورة الطلاق، الآية 04.

ثانيا: شرعا

هو الولد الموجود في بطن أمه².

وأیضا هو: الجنين الذي يرث، و/ أو يحجب، غيره في أي تقدير، إذا انفصل حيا³.

- المشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة إلى تعريف الحمل.

¹- د/ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 482.

²- د/ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 520.

³- صالح ججيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 125.

المقصود به أيضا هو: الجنين الذي لازال في بطن أمه، حيث مادام على تلك الحال يسمى حملا¹.

الفرع الثاني: موقف الفقه الاسلامي من توريث الحمل

لقد اتفق علماء الشريعة على أن الحمل من جملة المستحقين للميراث إذا توفر فيه أحد أسباب الارث، وانتفت عنه موانعه، وتوافرت فيه شروطه، ولقد استدل العلماء على توريثه بالسنة والاجماع.

أولا: السنة

أ- روى أبو داوود عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال >> إذا استهل المولود ورث << .

ب- عن سعد ابن المسيب عن جابر ابن عبد الله والميسور بن مخزومة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: >> لا يرث الصبي حتى يستهل << .

ثانيا: الاجماع

فلقد أجمع العلماء على توريث الحمل².

المطلب الثاني: شروط توريث الحمل

العلماء جميعا متفقون على أن الحمل إذا كان من الورثة لا يحرم ولا يمنع من نصيبه في التركة، ولكن عدم التيقن من وجوده وعدمه أو انفراده وتعددته أديا إلى عدم الاطمئنان والأمان في توريثه هكذا دون قيد أو شرط، لذا اشترطوا لميراث الحمل وكقطع للشك باليقين شروطا³.

1- أن يكون موجودا في بطن أمه عند موت المورث.

2- أن يولد حيا.

¹- د/ محمد محدة، التركات والمواريث - دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص 260.

²- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 520.

³- د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص 260، 261.

الفرع الأول: يشترط أن يكون في بطن أمه عند موت مورثه

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في وضع معيار موضوعي لمعرفة وجود الحمل عند وفاة المورث وعدم وجوده ولاستبعاد تلك الخلافات التي كانت مبنية على الاجتهادات...من الضروري استعراض الموضوع في ضوء النقاط التالية:

ميراث الحمل ليس كالوصية له لأنه لا يشترط في الموصى له أن ينتمي إلى الموصي لا بالنسب ولا بالزواج كما لا يشترط أن يكون على ملة واحدة مثل الميراث لأن الوصية مبنية على أساس التكافل الاجتماعي والاقتصادي بين الأسرة البشرية بغض النظر عما يشترط وجوده في الميراث من وحدة الدين¹.

وإن كانت نطفة في رحم أمه حين موت المورث، فإنه يكون من جملة الورثة؛ لأن الورثة خلافة والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفاً عن أحد، فأدنى درجات الخلافة الوجود، ولأن النطفة إذا وجدت في الرحم عند موت المورث، ولم تفسد، فهي معدة للحياة، ولأن يكون منها شخص حي، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المال، ولهذا صحت الوصية للحمل².

ويستدل على أن الحمل كان موجوداً في بطن أمه عند وفاة المورث بالنظر إلى وقت ولادته حياً، وإلى مدة حمل أمه في أقلها أو أكثرها حسب حال الحادثة.

أولاً: أقل مدة الحمل

أ- رأي جماهير الفقهاء:

أن أقل مدة الحمل حتى يولد حياً هي ستة أشهر، لمجموع الآيتين الكريمتين : قوله تعالى ﴿ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ سورة الأحقاف، الآية 15.

¹- د/ مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية- وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 141.

²- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 521.

وقوله تعالى ﴿ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير﴾ سورة لقمان، الآية 14.

فإذا ذهب للفصال عامان، لم يبقى للحمل إلا ستة أشهر. وهذا ما فهمه علي وابن عباس رضي الله عنهما¹.

ب- رأي المشرع الجزائري:

لقد تطرق المشرع الجزائري في المادتين 42 - 43 ق.أ، فاعتبر أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، وقد نص القانون بأنه إذا ادعت المرأة الحامل وكذبها الورثة، فإنها تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 ق.أ.

ثانيا: أطول مدة الحمل

واختلفوا في أطول زمن الحمل الذي يلحق به الوالد الولد

أ- حسب رأي الفقهاء:

فقال مالك: خمس سنين، وقال بعض أصحابه: سبعة، وقال الشافعي: أربع سنين، وقال الكوفيون: سنتان، وقال محمد بن الحكم: سنة، وقال داود: ستة أشهر، كذا وهذه المسألة مرجع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا².

وقال ابن رشد: وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، الحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد.

والجدير بذكره هنا ان المقصود بالسنة والشهر في عرف الفقهاء السنة القمرية والشهر القمري.

¹ - د/ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة المعدلة، الجزء العاشر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1997، ص 7883.
² - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق وتعليق الدراسة الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، المجلد الخامس، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 438.

والحمل يرث من المتوفي سواء كان منه أو من غيره ولكن الحكم يختلف بالنسبة للزمن الموجود بين الموت والولادة¹.

لقد بالغ بعض الفقهاء في اجتهاداتهم بصدد الحد الأقصى للحمل ، فمنهم من قال أن الحد الأقصى للحمل سنتان كالحنفية، ومنهم من قال أربع سنوات كالشافعية، ومنهم من قال خمس سنوات كالمالكية، ومنهم من قال سبع سنوات كالزهري، غير أنه أثبت العلم والطب الحديث بطريقة علمية قطعية أن الجنين لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنة شمسية واحدة².

ب- حسب رأي المشرع الجزائري :

حسب نص المادة 43 من ق أ بأنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

وقد نص القانون بأنه إذا ادعت المرأة الحامل وكذبها الورثة فإنها تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 ق أ ، المادة 74 من ق.أ³.

الفرع الثاني : يشترط أن يولد حيا

أ- حسب رأي الفقه الاسلامي

يرى الأئمة الثلاثة والشيعة الإمامية : أنه لا بد من انفصاله كله حيا، ليثبت أهليته للتملك، لأن تلك الأهلية لا تتحقق إلا بالوجود الكامل.

ويرى الحنفية: أنه يكفي في ثبوت حياته خروج أكثره حيا، لأن للأكثر حكم الكل، وتحديد الأكثر عندهم يختلف بين أن يخرج رأسه أولا، وبين أن تخرج رجلاه أولا.

ففيما إذا خرج رأسه أولا، يكون الأكثر بخروج الصدر كله، وفيما إذا خرجت رجلاه أولا، يكون الأكثر بخروجه حتى تظهر السرة ، فإذا مات بعد ذلك في الحالتين اعتبر قد ولد حيا⁴.

¹ - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق ، ص 522.

² - د/ مصطفى ابراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 141.

³ - د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 484.

⁴ - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 524 – 525.

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط لميراث الحمل أن ينفصل من بطن أمه حيا، وذلك ليكون أهلا للملك.

وتثبت حياته بأن يولد كله حيا، لأن أهلية التملك لا تتحقق إلا بالوجود الكامل.

ب- حسب المشرع الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بحسب رأي الفقهاء الثلاث (المالكية، الشافعية والحنابلة)، حيث نصت المادة 134 ق أ بأنه: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

وقد اشترطت المادة 134 ق أ، ثبوت الحمل وقت افتتاح التركة، وتعرف حياة الحمل بظهور أمانة من أمارات الحياة كالصراخ، العطاس ونحوهما، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: > إذا استهل الصبي صلى عليه ورث <<¹.

ويتفق نص المادة 134 ق.أ مع أحكام القانون المدني حيث جاء في المادة 25 ق.أ، بأنه تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية شرط أن يولد حيا.

ومن خلال آراء الفقهاء والمشرع الجزائري يشترط على الجنين أن يولد حيا ، لا بد لنا أن نعرف ماهي علامات الحياة لدى الجنين؟

المشرع الجزائري حددها في المادة 134 ق.أ بظهور علامة من العلامات التي تدل على الحياة، كالصراخ والعطاس ونحوهما.

- بعدما عرفنا دلالات أو علامات الحياة عند الجنين، فلا بد أن نعرف ما حكم إذا سقط الجنين بجناية؟

حكم إذا سقط الجنين بجناية:

متى انفصل الحمل ميتا إنما لا يرث إذا انفصل بنفسه، فأما إذا فصل فهو من جملة الورثة.

¹- د/ العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 485.

وبيانه: إذا ضرب إنسان بطنها مثلاً فألقت الجنين ميتاً فهذا الجنين من جملة الورثة، لأن الشرع أوجب على الضارب الغرة*، ووجوب الضمان بالجناية على الحي دون الميت، فإذا حكمنا بحياته كان له الميراث، ويورث عنه نصيبه، كما يورث عنه بدل نفسه وهو الغرة، كذا في شرح المبسوط وهذا عند الحنفية.

وذهب جمهور الأئمة إلى أنه لا يرث ولا يورث عنه سوى الغرة، وذهب بعض الأئمة إلى أنه لا يملك الغرة فلا تورث عنه¹.

الفرع الثالث: الحمل من الميت ومن غير الميت

الحمل إما أن يكون من المورث، وإما أن يكون من غيره، فإذا كان الحمل ولد من المتوفي نفسه، بأن ترك زوجته حاملاً منه أو معتدة منه فيثبت نسب الحمل من الميت ويرثه أن وضعه في مدة أقصاها عشرة أشهر من مدة الوفاة، وإلا فلا نسب ولا ميراث (م 42 و 43 ق.أ).

أما إذا كان الحمل من غير الميت بأن ترك زوجة أبيه أو زوجة إبنه حاملاً، أو ترك أمه حاملاً من غير أبيه، أو غير ذلك من الأمثلة، فلا بد لثبوت إرثه من المورث أن يولد في أقل مدة الحمل بعد موت المورث وهي ستة أشهر (م 42 ق.أ).

وسبب التفرقة بين الحالتين، أننا نريد في الحالة الأولى إثبات حملها منه ثم توريثه بعدئذ، فأخذنا بأقصى مدة الحمل.

أما في الحامل من غير المتوفي، فإننا لا نريد إثبات الحمل من أبيه فذلك له قواعده العامة، ولكننا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورث وذلك متأكد خلال مدة الحمل من وفاة المورث، وما زاد على ذلك فأمر مشكوك فيه، والميراث خلافة، فلا يثبت بالشك².

* هي نصف عشر دية الرجل لو كان الجنين ذكر وعشر دية المرأة لو كانت أنثى، وكل منهما خمسمائة درهم ذكرًا كان الجنين أو أنثى، وتجب الغرة على الجاني وتتحملها عاقلته وتجب في سنة واحدة عند الأحناف.

¹- د/ أحمد محمد علي داوود، المرجع نفسه، ص 526.

²- د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 486، 487.

المطلب الثالث: آراء الفقهاء والمشرع الجزائري في تقسيم التركة عند وجود الحمل

الفرع الأول: رأي الفقه الاسلامي

رأى المالكية: أن التركة لا تقسم حال وجود الحمل، ويعد الحمل سببا يوقف به المال إلى الوضع، فيوقف قسمة التركة حتى الولادة، أو اليأس من الولادة، لأن في القسمة تسليطا للورثة على أخذ المال والتصرف به، وفي استرداد الحمل حقه منهم خطأ.

رأى الجمهور: أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة، منعا من إضرار الورثة، ومنع المالك من الانتفاع بملكه، ويأخذ كفيل من الورثة، احتيطا لحق الحمل من الضياع.

قد يكون الحمل واحدا أو أكثر، فكم يقدر عدده؟

المفتي به عند الحنفية وبه أخذ القانون في مصر وسوريا: أن يقدر واحدا فقط، لأنه الغالب المعتاد في الحمل، وما زاد عن واحد، فهو نادر.

ومع هذا نحتاط لتعدد الحمل فيأخذ القاضي كفيلا من الورثة اللذين يتأثر نصيبهم بتعدد الحمل، لاسترداد ما أخذوه على أن الحمل واحد.

ويقدر عند الحنابلة اثنين، لأنه يقع أحيانا، ويعامل بقية الورثة بالنظر بتقدير الذكورة فيهما، أو في أحدهما، أو الأنوثة.

وقال أبو حنيفة: يقدر أربعة، لأنه قد يقع، ويعامل بقية الورثة بالأضر، بتقديرهم ذكورا أو إناثا.

والأصح عند الشافعية: أنه لا ضابط لعدد الحمل عندهم، إذ قد تلد المرأة أربعة أو خمسة أو ستة أو سبعة في بطن واحدة¹.

¹ - د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7884.

الفرع الثاني: رأي المشرع الجزائري

ولقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور، فنص في المادة 173 ق.أ بأنه يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ الإبن الواحد، أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يخصص لأحكام توريث الحمل إلا مادتين فقط وهما: 173 - 174 ق.أ، ولم يتعرض إلى احتمال تعدد الحمل ولا لمسألة أخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم بين أن يكون واحدا أو أكثر مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 ق.أ، التي تذهب إلى أخذ الكفالة.

كما أن المشرع الجزائري اقتصر على حالة ما إذا كان الحمل من زوجة المتوفي أو معتدة، ولم يتعرض لما كان الحمل من زوجة غير المتوفي أو المعتدة¹.

-ومن خلال ما تم الخوض فيه من تحليل لنصوص توريث الحمل من منظور وأراء الفقهاء فإننا نرى أن ما ذهب إليه المالكية هو الأرجح لانتظار تقسيم التركة إلى غاية وضع الحمل وتبيان حياته من مماته، منعا لأي شك، وعلم الميراث (الفرائض) لا يقوم على الشك بل يقوم على اليقين.

المطلب الرابع: حالات ميراث الحمل

الحمل لا يخلو حاله من أن يكون وارثا أو غير وارث، فإن لم يكن وارثا لكونه محجوبا فلا خلاف بين الفقهاء في تقسيم التركة دون اعتبار لوجود الحمل لعدم تأثيره... أما إذا كان وارثا فإنه لا يخلو أمره من أحد الصور الأربعة².

الحالة الأولى: ألا يرث الحمل مطلقا، لا على فرض الذكورة لا على فرض الأنوثة، لأنه هنا إما ممنوعا أو محجوبا، فلا عبرة لوجوده، ولا يوقف له شيء من التركة، فلا يؤثر في إجراء القسمة الفورية النهائية.

¹- د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 488.
²- د/ محمد محدة، المرجع السابق، ص 268.

الحالة الثانية: أن يرث الحمل قدرا واحدا، ذكرا كان أو أنثى، ففي هذه الحالة يوقف للحمل هذا النصيب، ثم يقسم الباقي على الورثة.

فإذا ولد لحمل حيا استحق هذا النصيب الموقوف، وأما إن ظهر ميتا قسم على الورثة الشرعيين.

الحالة الثالثة: أن يرث على أحد الفرضين ولا يرث على الفرض الآخر، وفي هذه الحالة تحل المسألة حلين، أحدهما على فرض الذكورة، والآخر على الأنوثة لتحديد أنصبتهم على هذا الأساس.

فإذا ظهر الحمل وفقا للفرض الذي يرث فيها أعطى له نصيبه، وظل عند الورثة أنصبتهم كما هي، وأما إذا جاء بخلاف ذلك، وزع القدر المحفوظ للحمل على بقية الورثة.

وعلى القاضي أن يأخذ كفيلا من الورثة الذين يرثون من الحمل، وتتغير أنصبتهم بتعدد الحمل، احتياطا لهم، كي لا يضيع عليه بعض نصيبه حين يكون الرجوع على الوارث متعذرا.

الحالة الرابعة: أن يكون وارثا على كلا التقديرين، ولكن نصيبه يختلف بين الذكورة والأنوثة، احتفظ له بالنصيب الأكبر، وفي هذه الحالة تحل المسألة حلين: حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة، ويحفظ للحمل أوفر النصيبين، مضافا إليه فروق الأنصبة، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يأخذ منه كفيلا¹.

¹ - د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 489 - 494.

المبحث الثاني: ميراث ولد الزنا وولد اللعان

المطلب الأول: تعريف ولد الزنا وولد اللعان

الفرع الأول: تعريف ولد الزنا

هو الولد الذي أتت به أمه من طريق غير شرعي، أو هو ثمرة العلاقة المحرمة¹.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نسب ولد الزنا يثبت لأمه، ولا يثبت من الزاني ولو أقر بأنه ابنه من الزنى، لأن الجريمة لا يصح أن تكون سببا لنعمة ثبوت النسب.

ولقد خالف في ذلك إسحاق بن راهوية^{*} فقال: أنه يثبت نسبه منه إذا استلحقه به، ولو صرح بأنه ابن له من الزنا، واختاره ابن تيمية.

قال ذلك: حرصا على الولد وحفاظا له من الضياع.

كما خالف الحسن وابن سيرين فقال: إذا أقيم عليه الحد وادعاه يثبت نسبه منه ويرثه.

وقد روى أيضا علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها، ويستتر عليها والولد ولد له².

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور، فاشتراط في الموارث ثبوت النسب الشرعي المواد

(40 إلى 44 من ق.أ)، وقيام سبب التوارث الصحيح المواد (126، 128، 130، 131 ق.أ).

ولا يرثونه كذلك ولكنه يرث أمه وقرباتها ويرثونه كذلك، فإن ولد الزنا يرث من الأم

وقرباتها وترثه الأم وقرباتها.

¹ د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7905.

* هو اسحاق بن إبراهيم أبو محمد ابن راهوية، الإمام الفقيه الحافظ العالم، ولد عام 161 هـ، وله المسند في الحديث أملاه كله من حفظه، توفي سنة 238 هـ.

² د/ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون،

وجاء في السنة النبوية عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده: أن النبي صلى الله وآله وسلم قال: " أيما رجل عاهر بجرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث " رواه الترمذي¹.

الفرع الثاني: تعريف ولد اللعان

لغة: الطرد والإبعاد، وهو مأخوذ من اللعن، ويقال فيه: اللعان والإلتعان وملاعنة، وسمي به لا بالغضب للعهنة نفسه قبلها، والسبق من أسباب الترجيح.

شرعا: اسم لشهادات مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن والغضب قائمة في مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنا في حق الزوجة، فلو قذف زوجته بالزنا، وهي ممن يحد قاذفها، أو نفى نسب الولد، أو بهما معا، وعجز عن إثبات ذلك بالبينة، وطالبتة بموجب القذف وجب اللعان، فإن أبي حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه، وإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه، فإذا تلاعن الزوجان بالصفة المبينة في القرآن الكريم حكم القاضي بالتفريق بينهما، وينفي نسب الولد عن أبيه ويلحق بأمه.

وصورة اللعان وردت في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ﴿ سورة النور الآيات 06 - 09.

فولد اللعان: هو الذي يولد على فراش زوجية صحيحة ونفى الزوج نسبه بعد رمي امرأته بالزنى وحكم القاضي بنفي نسبه من الزوج بعد وقوع اللعان بين الزوجين².

ولقد نص القانون في المادة 138 ق.أ بأنه " يمنع من الإرث اللعان والردة "، كما جاء في المادة 41 ق.أ، على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق الشرعية"³.

¹ نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ضبطه وصححه ورقم كتيبه وأبوابه وأحاديثه محمد سالم هاشم، المجلد الثالث، الجزء الخامس، باب ميراث ابن الملاعنة والزانية منهما...، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص 72.

² د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 555.

³ د/ العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 533.

المطلب الثاني: حكم ميراث ولد الزنا وولد اللعان

الفرع الأول: حكم ميراث ولد الزنا وولد اللعان من ناحية الأب

إن ابن الزنا وابن اللعان مقطوعي الصلة والنسب من جهة الأب، ومن ذلك لا توارث من ناحية الأب وأقاربه، كما أيضا لا يرثهما، لانتفاء العصبية من جهة الأبوة والأخوة والعمومة.

كما أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا أيضا إلى أن ولد الزنا لا يثبت نسبه ممن أقر به، مادام يصرح بأنه من الزنا لذلك لا يرث بينهما على أي حال ولو أقر به¹، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أيما رجل عاهر بحرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث" رواه الترمذي².

في حين أننا نجد بعض فقهاء الحنابلة ومنهم ابن تيمية قد ذهبوا: إلى أن ولد الزنا إذا استلحقه أبوه، ولو صرح بأنه ابن له من الزنا يثبت نسبه منه، ويثبت التوارث بينهما، بشرط أن لا تكون أمه زوجة أو معتدة لأحد، لأن النسب يكون لصاحب الفراش، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

ولاحتمال أن يرجع الزوج ويكذب نفسه في قذفه، فيقام عليه حد القذف، ويثبت نسب الولد منه ويرثه الولد إذا مات، أما إذا مات الولد قبل أبيه فإن أباه لا يرثه، لاحتمال أنه رجع عن القذف معا في ماله.

الفرع الثاني: حكم ميراث ولد الزنا وولد اللعان من ناحية الأم

إن ابن الزنا وابن اللعان غير مقطوعي الصلة والنسب من جهة الأم، فلا مجال للشك في ذلك.

لذلك يثبت النسب كل منهما من أمه، فيرث كل منهما أمه وإخوته من الأم، كما يرث أقارب أمه بطريق الرحم، وترثه أمه وإخوته منها وأقاربها، كذلك باتفاق الفقهاء بالنسبة لولد اللعان، وعلى قول الجمهور بالنسبة لولد الزنا³.

¹ د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 556.

² نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 72.

³ - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 556 - 558.

المطلب الثالث: طريقة توريث ولد الزنا وولد اللعان

لقد اختلف الفقهاء في ميراث ولد الزنا وولد اللعان على المذاهب التالية:

المذهب الأول:

وأصحابه: أبو حنيفة ومالك والشافعي: يرث ولد الزنا وولد اللعان أمه وإخوته بالفرض لا غير، وكذا ترثه أمه وإخوته من أمه فرضاً لا غير، ويرد عليهم الباقي عند القائلين بالرد، أو يكون لبيت المال عند من لا يقول بالرد، ولا يتصور أن يرث أو يورث بالعصوبة النسبية إلا من جهة بنوته، فيرث من هذه الجهة ابنه ويرثه ابنه، أي فضلاً عن توارث بينه وبين الأم وإخوته لأمه بالفرض.

وهذا القول في الأصل لزيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب وأهل المدينة والزهري وسليمان بن يسار، ثم تابعهم أصحاب هذا المذهب.

أدلة المذهب الأول:

- ❖ الميراث ثبت بالنص، ولا نص في توريث الأم أكثر من الثلث، ولا الأخ لأم أكثر من السدس.
- ❖ العصوبة أقوى أسباب الإرث، وأقرباء الأم يدلون بها، والإدلاء بالإناث أضعف أسباب الإرث، فلا يجوز أن يثبت به أقوى أسباب الإرث وهو العصوبة.
- ❖ يترتب على القول بالتعصيب مخالفة النص، لأن القرآن شرط في إرث الأخ لأم أن يكون الميت كلاله، أي لا ولد له ولا والد، فلا ورث هنا بالتعصيب للزم مخالفة النص فيما لو توفي ولد اللعان عن بنت وأخ لأم، فإنه على قولهم يأخذ الأخ لأم الباقي بالتعصيب ولا كلاله هنا¹.

¹ - المبسوط، للإمام شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المجلد الخامس عشر، الجزء التاسع والعشرون، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000 ص 5075.

المذهب الثاني:

ذهب إليه أحمد بن حنبل في رواية عنه: أن عصبته عصبه أمه أي الذين يرثونها، حتى قال بعضهم: إذا أردت أن تعرف عصبته فأمت أمه، وانظر من عصبته.

وقد روي هذا في الأصل عن ابن عباس وابن عمر، وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والثوري، وهو مشهور مذهب الحنابلة.

أدلة هذا المذهب:

❖ قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر" متفق عليه، وأولى الرجل به أقارب أمه.

❖ سئل أحد الصحابة عن عصبه ولد الملائنة فقال: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "عصبته عصبه أمه".

❖ عن عمر رضي الله عنه أنه ألحق ولد الملائنة بعصبه أمه.

❖ عن علي كرم الله وجهه أنه لما رجم المرأة، دعا أولياءها فقال: هذا ابنكم ترثونه.

❖ إن الأم لو كانت عصبه كأبيه لحجبت إخوته¹.

لقد نص القانون في المادة 138 ق.أ، بأنه "يمنع من الإرث اللعان والردة"، كما جاء في المادة 41 ق.أ، على أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

ومن هنا، فإن حكم ولد اللعان في الميراث، كحكم ولد الزنا، فيرث من أمه وقرباتها، وترث منه أمه وقرباتها، ولا توارث بينه وبين أبيه وأقاربه، لعدم تحقق سبب الميراث وهو القرابة (م 126 ق.أ)، لأن القاضي بعد اللعان نفي نسبه من أبيه وألحقه بأمه فقط².

¹- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 560.

²- د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 534.

وأخيرا نلاحظ بأن إرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرباتها، وإرثه منه يشترط فيه مراعاة مدة ثبوت النسب للأم وهي عند الفقهاء تسعة أشهر من تاريخ وفاة المورث قريب الأم ليتحقق شرط الإرث، وهو وجود الوارث وقت وفاة مورثه¹.

¹ د/ العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 534.

الفصل الثاني

ميراث المفقود والأسير

وميراث الغرقى والهدمى

وميراث الخنثى

توطئة:

لقد قمنا بوضع خطة لهذا الفصل تتشكل من ثلاثة مباحث.

في المبحث الأول نجد ميراث المفقود ونتناول فيه الأحكام العامة لإرث المفقود، وطريقة توريثه، وكذا حكم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، كما عرجنا على الأسير وتطرقنا إلى تعريفه وتبيان ميراثه.

وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى ميراث الغرقى والهدمى.

وفي المبحث الثالث تطرقنا إلى ميراث الخنثى وهذا بتعريفه وذكر أنواعه وحكم الخنثى في الميراث.

المبحث الأول: ميراث المفقود

المطلب الأول: الأحكام العامة لإرث المفقود

الفرع الأول: تعريف المفقود في اللغة والفقهاء الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولاً: لغة

المفقود في اللغة بمعنى الضائع، يقال فقدان الشيء إذا عدمته، أو أضعته، كقول العرب: " فاقد الشيء لا يعطيه".¹ وقوله تعالى: ﴿ قالو ن فقد صواع الملك ﴾ سورة يوسف الآية 72.

اصطلاحاً:

المفقود هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم له خبر ولا يدري إن كان حياً أو ميتاً.²

ثانياً: المفقود في الفقه الإسلامي

المذهب المالكي

عرف المالكية المفقود بأنه: " هو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه".

فالمفقود عند المالكية لا يعرف مكانه، لأنه لو عرف مكانه لأمكن الاتصال به أو بغيره ومعرفة مصيره إن كان حياً أو ميتاً.³

¹ - د/ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 504.

² - د/ أحمد فراج حسين، د/ محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث في التشريع الإسلامي - الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2001، ص 302.

³ - عيسى أمعيزة، أطروحة دكتوراه، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2012، ص 18، 19.

في المذهب الحنفي:

المفقود هو: " اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجددون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد"¹.

ولقد عرفه السرخسي*:" فالمفقود متردد الحال بين الحياة والموت، كالجنين في البطن، ثم الأصل فيه أن المفقود يجعل حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لا يوث عنه ماله، ولا يقسم بين ورثته ما لم يعلم موته، ولا يعطى له ميراث أحد من قرابته إذا مات قبل أن يتبين حاله، ولكن يوقف نصيب المفقود، كما يوقف نصيب الحمل، لأن حياته كانت معلومة، وما علم ثبوته فالأصل بقاؤه، إلا أن الحكم بحياته باعتبار استصحاب الحال فهو حجة في إبقاء ما كان على مكان، وليس بحجة في إثبات ما لم يكن ثابتا لأن ثبوته لانعدام الدليل المزيل لا لوجود الدليل المنفي"².

في المذهب الحنبلي:

اعتبر الحنابلة المفقود بأنه: "من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره ... من انقطع خبره ولو كان لغيبه ظاهرها السلامة : كأسر، فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من الهجاء لأهله، وتجارة، فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العودة لأهله، وسياحة؛ فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده ... من انقطع خبره لغيبه ظاهرها الهلاك كمن غرق مركبه فسلم قوم دون قوم أو فقد من بين أهله"³.

¹- عيسى أمعيزة، أطروحة الدكتوراه، المرجع السابق، ص 19.

* الإمام السرخسي 483هـ - 1090م، هو محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة، قاض من كبار الأحناف، مجتهد من أهل سرخس (خرسان)، أشهر كتبه "المبسوط" في الفقه والتشريع، ثلاثون جزءا أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند (بفرغانة) أنظر الجواهر المضئية، القرشي، (128 / 2)، الأعلام، الزركلي، (25/7).

²- المبسوط، للإمام شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المجلد الخامس عشر، الجزء التاسع والعشرون، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2000، ص 5134.

³- عيسى أمعيزة، المرجع نفسه، ص 19.

عند الشافعية:

المفقود عند فقهاء الشافعية هو الشخص: "الذي انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره، فإن قامت بينة على موته قسم ميراثه"¹.

ثالثا: المفقود في قانون الأسرة الجزائري

عرفت المادة 109 من ق.أ.ج المفقود بأنه:

(الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته. ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم).

فمن خلال هذا التعريف؛ فإننا لا نعتبر الشخص مفقودا إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط

يمكن إدراجها في ما يلي :

أ. غياب الشخص.

ب. عدم معرفة مكانه.

ج. عدم معرفة حياته أو موته.

د. لا يمكن اعتبار الشخص مفقودا إلا إذا صدر حكم بالفقدان يصدره القضاء، أما قبل صدور

هذا الحكم فلا يعتبر كذلك.

لذا فإنه لا يصدر الحكم بالفقدان إلا بعد توفر الشروط التي حددتها المادة 109 ق.أ.ج، بعدم

إمكان معرفة مكانه، وكذا عدم معرفة حياته أو مماته، ويخضع لتقدير سلطة القاضي.

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع نفسه، ص 21.

كما يظهر من تعريف المشرع الجزائري للمفقود أنه أخذ بمذهب المالكية فاعتد بجهل المكان (الذي لا يعرف) وخالف مذهب جمهور الفقهاء، وبالتالي فلا يعتبر كل من الأسير والمحبوس مفقودين وفق ما نصت عليه المادة 109.

الفرع الثاني: حالات انتهاء فقدان:

لا يتم الحكم بموت المفقود بمجرد غيابه، لأنه قد يتبين حاله بعد الغياب؛ لذلك ميز الفقهاء بين ثلاث حالات ينتهي بها فقدان وهي:

الحالة الأولى: ظهوره حيا؛ فإذا تبين أن الشخص المفقود حي كأن يشهد أحد بعلمه أن الشخص المفقود تاجر في بلاد أخرى أو أنه طالب علم وجاءت الأخبار تثبت ذلك، أو أن يعود الشخص الغائب إلى أهله ووطنه، فلا يعتبر بعدها مفقودا؛ لأن الفقدان ينتهي بمعرفة مكانه أو بمعرفة حياته، فتنتهي بذلك حالة الفقدان¹.

الحالة الثانية: إذا ثبتت وفاة الغائب بالبينة، فإن حكم القاضي بالوفاة يستند إلى تاريخ الذي حددت البينة وفاته².

وفي هذه الحالة فحكم القاضي هو كاشف لحالة موت المفقود وليس منشى لها.

الحالة الثالثة: وإن اعتمد الحكم على اجتهاد وغلبة الظن، فهناك قولان:

قال أبو حنيفة ومالك: إن الحكم بموته يرجع إلى تاريخ فقدانه، فيعتبر ميتا من تاريخ الفقد، فلا يرث ممن مات قبل الحكم، ويرث مال المفقود من كان موجودا عند تاريخ فقدانه³.

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 30.

² - د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة المعدلة، الجزء العاشر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1997، ص 7898.

³ - عيسى أمعيزة، المرجع نفسه، ص 30.

وقال الشافعي وأحمد: يعتبر ميتا من تاريخ الحكم بوفاته، فيرث المفقود ممن مات قبل الحكم بوفاته، ويورث عنه ماله ممن كان موجودا من ورثته عند الحكم بوفاته¹.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود .

الفرع الثالث: الحكم بالفقدان في قانون الأسرة الجزائري

فالمفقود لا تعلم حياته ولا موته لانقطاع أخباره بعد غيابه، كما أننا نجهل مكانه أثناء فترة غيابه، وتحكمه مجموعة من القواعد والأحكام أثناء مرحلة الفقد، وقبل صدور الحكم بالوفاة عن المحكمة بعد مرور مدة الفقد.

لذا فإنه لا يمكن للشخص أن يكتسب صفة المفقود إلا بتوفر شرط ضروري حسب ما نصت عليه المادة 109 وهو إصدار حكم قضائي بعد توفر العناصر المذكورة وهي:

أ. الغياب .

ب. لا يعرف مكانه.

ج. عدم تحقق الحياة أو الوفاة.

ولا يحكم القاضي بالفقد أو بوفاة المفقود إلا إذا وجد دليل على ذلك، أو قامت بينة عنده، أو بوجود نص خاص يعالج موضوع المفقودين عند حلول كارثة بقوانين تختلف عن تلك الواردة في قانون الأسرة، ولكن إذا لم يوجد الدليل أو نص خاص فإنه يرجع إلى المدة المحددة للحكم بذلك؛ لأن حال المفقود خلال هذه المدة التي فقد فيها غير متيقن من مصيره ، فهو متردد بين الوجود والعدم؛ أي بين حياته وموته².

¹- د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7899.

²- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 31.

فيتم إثبات واقعة الفقد باستصدار حكم قضائي من قسم شؤون الأسرة في محكمة موطن المدعى عليه أي المفقود وفقا للفقرة الخامسة من المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه: (ينظر قاضي شؤون الأسرة في الدعوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم).

فلا يحق لأي شخص رفع دعوى الفقدان إلا إذا كان أحد ورثة المفقود، أو من له مصلحة، ويشترط:

أ. أن تكون قانونية، أي تستند على حق قانوني سواء كان ماديا، أو أدبيا معنويا، أو مركزا قانونيا .
 ب. أن تكون قائمة أو حالة، أي يكون الحق أو المركز القانوني المراد الدفاع عنه قائما وحالا فعلا، ولا اعتداد بالمصلحة المحتملة (إلا بخصوص الاستثناء الخاص بدعوى منع الأعمال) المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية .

ج. أن تكون المصلحة شخصية مباشرة، أي يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، باستثناء حالات من يقوم مقام غيره كالوكيل والوصي والقيم.

فإن فقد الورثة أو من له مصلحة فللنيابة العامة أن ترفع دعوى الفقدان طبقا لنص المادة 114 من قانون الأسرة . ولا يجوز لقضاة الموضوع الحكم بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الاجراءات المتبعة باطلة، كما أنه يحكم بموت المفقود في الأحوال الاستثنائية بنفس الإجراءات المتبعة قانونا، أي لا بد من البحث والتحري عنه في المدة المناسبة، بعد ذلك يكون الغالب هو موت المفقود.

وعلى القاضي عندما يحكم بفقدان الشخص، أن يقوم بحصر أموال المفقود طبقا للمادة 111 ق.أ، وأن يعين في حكمة مقدمة من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود (المادة 99 و111 ق.أ، / م 31 ق.أ)¹.

¹- د/ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانو الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 506.

المطلب الثاني: طريقة توريث المفقود

رغم أن المشرع أشار إلى أن المفقود يرث غيره أثناء مدة الانتظار باعتباره حيا وفق ما نصت المادة 133 من قانون الأسرة، وهو ما أكدته المادة 111 من نفس القانون بأن المقدم يتسلم ماستحققه المفقود من ميراث، وهو مذهب جمهور الفقهاء، غير أنه لم يوضح الطريقة التي يرث بها المفقود؛ لهذا فإننا نرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة .

إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد وقفت له التركة كلها، أما إن كان معه ورثة آخرون، تقسم التركة على افتراضه حيا، ثم تقسم مرة ثانية على فرضه ميتا. ثم ينظر إلى أنصباء الورثة الذين يرثون معه، فيعطى كل وارث أقل مقدار من الفرضين، ويحفظ للمفقود أكثر النصيبين. فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، وإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة¹.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في طريقة توريث المفقود ومن معه من الورثة إلى الأقوال التالية :

أولاً:

مذهب الجمهور، وهو أن يعامل الورثة بالأضر من حالتي الحياة والوفاة، فيعطى كل وارث منهم أقل النصيبين؛ لأنه هو المتيقن في حقه، وإن كان يرث في حالة دون الأخرى فإنه لا يعطى شيئا، ويوقف الباقي حتى يظهر حال المفقود.

ثانياً:

نضع مسألة واحدة بتقدير موت المفقود فقط؛ لأنه هو الظاهر في حاله، ولا يوقف له شيء، وهذا وجه عند الشافعية..

¹- د/ العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996، ص 242

ثالثاً:

نضع مسألة واحدة بتقدير حياة المفقود فقط؛ لأن الأصل هو حياته، ويوقف نصيبه، وهو الوجه الآخر عند الشافعية وقول عند الحنابلة..

ما حكم المال الموقوف للمفقود من تركه مورثه؟

المال الموقوف للمفقود أثناء مدة انتظاره يتوقف على بيان حال المفقود من عدمه إلى الحالات

التالية :

الحالة الأولى:

أن تبين حياة المفقود عند موت مورثه؛ فيرث هنا الموقوف كله.

الحالة الثانية:

أن تبين وفاة المفقود عند موت مورثه؛ بأن يستند حكم القاضي بالوفاة على أدلة مؤكدة وإثبات صحيح، فالموت هنا حقيقية وليست حكمية، وحكم القاضي هنا يصبح كاشفاً للموت لا منشئاً لها .

كما أنه يرث في هذه الحالة ممن مات قبله ولا يرث ممن مات بعد التاريخ المثبت للوفاة، فإن أبقى له موقوف قبل التأكد من موته رد هذا الموقوف على ورثة مورثه، وتقسم تركه المفقود على ورثته الذين يستحقون الإرث ابتداءً من التاريخ المثبت في حقه .

الحالة الثالثة:

أن تبين وفاة المفقود، غير أنه لم يعلم من مات أولاً: المفقود أم مورثه؟ وهنا يأخذ حكم الهدمى والغرقى والحرقى الذين سيأتي بيان طريقة إرثهم لاحقاً¹ .

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 58.

الحالة الرابعة:

أن تبين وفاة مورثه قبل وفاة المفقود؛ فهنا يضم المال الموقوف إلى مال المفقود، ويوزع على ورثته، لأن المفقود هنا استحق المال الموقوف لتوفر شروط إرثه من الميت ، وذلك ثبوت حياته لحظة وفاة مورثه.

الحالة الخامسة :

ألا تتضح حياته من وفاته أثناء مدة الانتظار؛ فهنا يصدر الحكم بالوفاة من طرف القاضي بعد التحقق والتحري، غير أن حكم القاضي في هذه الحالة استند إلى الظن بالتقدير والاجتهاد، لانعدام أدلة مؤكدة تثبت موت المفقود، وإنما حكم القاضي صادر عن اجتهاد منه بناء على قرائن وعلامات بعد التحري والتحقيق ومرور مدة الانتظار المقررة، التي لم توصل إلى حقيقته وخبره إن كان حيا أم ميتا¹.

فحكم القاضي في هذه الحالة منشئ للوفاة وليس كاشفا لها، ويقسم ماله على ورثته، كما تعدد زوجته ابتداء من هذا التاريخ.

المطلب الثالث: حكم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته له أن يسترد ما يكون موجودا من أمواله في أيدي ورثته، وليس له أن يطالب بما هلك، أو استهلكه الورثة أو أخرجوه عن ملكهم أو مثله، أو ما أنفقه القاضي من ماله بعد الحكم بحكم ولايته العامة: لأنهم مسلطون قضاء وليس تعديا، ولأن القاضي تصرف بموجب ولايته العامة فلا يكون متعديا أيضا، وهذا طبعا للقاعدة العامة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام، والتركة قد آلت إلى الورثة نتيجة حكم قضائي بوفاة المورث، ولا يظهر بطلان هذا الحكم إلا بالنسبة لما بقي في أيدي الورثة من تركة².

¹- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 58، 59.

²- د/ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركية بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 538، 539.

حسب نص المادة 115 ق.أ.ج 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.

ومن خلال ما سبق التطرق إليه في نص المادة 115 فإن المشرع أباح للمفقود إذا ظهر حيا أن يسترد ما بقي مما كان يملك عينا أو قيمة ما بيع منها، أو ما لم يستهلك.

المطلب الرابع: تعريف الأسير وتبيان ميراثه

الفرع الأول: تعريف الأسير

لغة: جاء في لسان العرب المحيط: "يقال: أسرت الرجل أسرا وإسارا، فهو أسير ومأسور، والجمع أسرى وأسارى."

وتقولاً: ستأسر أي كن أسيرا لي.

والأسير: الأخيد، وأصله من ذلك.

ويقال للأسير من العدو أسير لأن آخذه يستوثق منه بالإسار، وهو القدُّ لثلا يفلت¹.

اصطلاحاً :

هو الشخص الذي يقع في يد الأعداء ويستبقونه عندهم، وحكم الأسير في الميراث، لا يخرج من إحدى الحالتين:

أ- إذا كان الأسير معلوم الحياة، فيرث من غيره ولا يورث منه ماله، لأنه حي فيعامل معاملة الأحياء. ولهذا فإنه يرث ممن مات في حال أسره، ولا يورث عنه ماله اجماعاً.

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 28.

ب- أما إذا كان مجهول الحال، لا تعلم حياته ولا موته ولا رده، فحكمه في الفقه الاسلامي هو حكم المفقود في كل ما ذكرناه، ولا تتزوج امرأته حتى ينكشف خبره، ولا يقسم ماله أيضا حتى ينكشف خبره، أو يحكم بموته، كما المفقود، فيطبق القاضي في حكمه المواد من 109 إلى 115 ق.أ.¹

وإذا ادعى ورثة الأسير أنه ارتد عن الإسلام في دار الحرب، ولم يقيموا بينة على ادعائهم لم يقبل قولهم، لأنهم ربما ادعوا ذلك ليصلوا إلى وراثته التركة، فهذا الادعاء مشكوك فيه، لوجود شبهة جر المنفعة لأنفسهم، وإن أقاموا بينة على ادعائهم حكم القاضي بوقوع الفرقة بينه وبين زوجته، وقسمت تركته بين ورثته، لأنه يعتبر ميتا حكما عند قضاء القاضي برده .

فإن جاء بعد القضاء منكرًا أنه ارتد لم ينقض القاضي حكمه فلا يرد عليه زوجته، ولا أمواله، إلا ما كان منها قائما بعينه في يد ورثته كما في المرتد إذا جاء تائبًا .

وإن سمع القاضي شهادة العدلين، ولم يحكم بها حتى جاء تائبًا، وأنكر الردة كان ماله على حاله.²

¹ - د/ العربي بلحاج، أحكام الموارث، المرجع السابق، ص 256.

² - رويدة أيوب المشني، أطروحة ماجستير، الإرث بالتقدير والاحتياط - وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية - ، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، فلسطين، 2015، ص 71، 72.

المبحث الثاني: ميراث الغرقى والهدمي

من مسائل علم الميراث ميراث الغرقى والهدمي، ويقصد من عمي موتهم، وجهل من المتقدم والمتأخر بالموت، فلم يعرف اللاحق، فيورث من السابق، والغرقى والهدمي هو الذي اشتهر بين الفقهاء وإلا فالأمثلة على ذلك كثيرة منها إذا مات متوارثات فأكثر بنحو معركة قتال مثل ما حدث بغزة، أو ماتوا بحادث زلزال أو بحادث عام كانقلاب مركبة، أو سقوط طائرة، أو تحطم سفينة أو غيرها من الأسباب التي أصبحت في عصرنا الحاضر كثيرة الوقوع.

حالات الغرقى والهدمي:

أ. أن يعلم أن واحدا بعينه قد تيقن موته قبل الآخر، وهنا يرث المتأخر المتقدم منهما باتفاق العلماء؛ لتيقن حياة الوارث بعد موت المورث.

ب. أن يعلم خروج أرواحهم معا.

1. وهنا لا يرث أحد منهما الآخر؛ حيث أن كل واحد منهم هنا لم يبقى حيا بعد موت مورثه، فلا توارث بينهما وهذا بالاتفاق أيضا.

ج. أن يجهل السابق منهم في الوفاة، أو علم أن أحدهم مات قبل الآخر ولكن يجهل السابق منهم على اليقين، وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء في توريثهم من بعضهم على مذهبين¹:

¹- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 563.

المذهب الأول:

وروي عن علي وعبد الله بن مسعود وإياس بن عبد المزني - رضي الله عنهم - أنهم ورثوا بعضهم من بعض من تلاد* أموالهم دون ما ورثه ميت عن ميت وبه قال شريح والحسن وعطاء وحميد الأعرج وعبد الله بن عتبة والنخعي والشعبي والثوري وابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل وشريك والحسن بن صالح ويحيى بن آدم وإسحاق وروي عن عمر وابن عباس - رضي الله عنهما - القولان معا.¹

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :

* ما روي عن إياس المزني رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "إن قوما وقع عليهم بيت فورث بعضهم من بعض." "

* قال الشعبي وقع طاعون في الشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر - رضي الله عنه - فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض.²

المذهب الثاني:

وإذا مات جماعة بغرق أو حرق أو تحت هدم أو فجأة وبعضهم ممن يرث بعضها فإن علم موت السابق منهم عمل على ذلك وورث الثاني من الأول ولم يورث الأول من الثاني بل يكون ميراث الثاني لورثته الأحياء فإن علم خروج رويهما معا لم يرث أحدهما صاحبه وكان ميراث كل واحد منهما لورثته دون الميت معه لا أعلم خلافا في ذلك فإن أشكل الأمر ولم يعلم أيهما مات أولا أو ادعى ورثة كل واحد منهم أن صاحبهم مات بعد الآخر (وأقاموا البينة) أو تحالفوا أو مات أحدهما قبل الآخر وأشكل ذلك فقد اختلف الناس في ذلك فروى عن أبي بكر الصديق وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أنهما لم يورثا بعضهم من بعض وجعل مال كل ميت للأحياء من ورثته وعن معاذ نحو ذلك.

* التوريث من تلاد أموالهم أن يبدأ بأحد الأموات فيقسم ماله بين ورثته الأحياء والأموات ثم تنظر ما ورث كل ميت من هذا الميت الذي قسمت ماله فتقسمه بين ورثته الأحياء.

¹ - كتاب التهذيب في الفرائض، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلواني، تحقيق راشد بن محمد الهزاع، تأليف: ، الطبعة الأولى، دار الخراز للنشر والتوزيع، السعودية، 1416هـ، ص 319.

² - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 564.

وبه قال الحسن بن علي وعمر بن عبد العزيز والزهري وأبو زناد والأوزاعي ومالك وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي.¹

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أ. حدث العزيز بن محمد بن محمد بن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر، فالتقت الصيحتان في الطريق، فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه، فلم ترثه ولم يرثها، وأن أهل صفين وأهل حرة لم يتوارثوا.

ب. وروى سعيد عن اسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد: أن قتل اليمامة وقتل صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض، وورثوا عصبتهم أحياء.²

¹- كتاب التهذيب في الفرائض، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوداني، ص 318
²- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 565.

المبحث الثالث: ميراث الخنثى

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الانسان صنفين، ويتميز كل صنف على الآخر، ويتحدد جنسه بما يميزه من ذكورة أو أنوثة، وهو المعيار الأساسي في التصنيف.

فأما الذكورة، فأعضاؤه الجنسية والميزات الخارجية الجسدية تدل على الذكورة، وأما الأنوثة، فالأعضاء الجنسية والميزات الخارجية تدل على الأنوثة، كما قال الله تعالى ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ النساء الآية 1، وقال تعالى ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ﴾ الشورى 49.

وقد بين لنا الله عزوجل حكم الذكور وحكم الاناث في كتابه، ولم يبين لنا حكم شخص هو ذكر وأنثى، وهذا ما يسمى بالخنثى، وهو قيد دراستنا.

ومن هذا المنطلق سوف نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف الخنثى، وفي المطلب الثاني نتناول أنواع الخنثى من الناحية الفقهية ومن الناحية الطبية، وفي المطلب الثالث أحكام ميراث الخنثى.

المطلب الأول: تعريف الخنثى

الفرع الأول : تعريف الخنثى لغة

كلمة الخنثى مأخوذة من الانحناء وهو ثني وتكسر، أو من قولهم خنث الطعام، إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه، يقال تخنث الرجل ثنى وتمايل، وجاء كلامه شبيها بكلام النساء لينا ناعما¹.

جاء في المصباح المنير: خنث خنثا فهو خنث، من باب تعب، إذا كان فيه لين وتكسر، ويعدى بالتضعيف، فيقال: خنثه غيره إذا جعله كذلك، وإسم الفاعل مخنث بالكسر، وإسم المفعول بالفتح،

¹ - د/ أحمد فراج حسين و د/ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 316.

وفيه الخنثاء وخنثاء بالكسر والضم، قال بعض الأئمة: خنث الرجل كلامه بالثقل: إذا شبهه بكلام النساء لينا ورخامة.

والخنثى خلق له فرج الرجل وفرج المرأة، والجمع خنث مثل كتاب وخنثى مثل جبلى وحبلى¹.

الفرع الثاني: تعريف الخنثى في الفقه الإسلامي

هو من اجتمع فيه العضوان التناسليان: عضو الذكورة، وعضو الأنوثة، أو من لم يوجد فيه شيئاً منهما أصلاً².

قال الخطاب: قال في الصحاح: الخنثى هو الذي له ما للرجال والنساء جميعاً. وقال الفقهاء: وهو من له ذكر الرجال وفرج النساء، وهذا هو الأشهر فيه. وقيل: أنه يوجد منه نوع آخر، وهو الذي ليس له واحد منهما، وإنما له ثقب بين فخذه يبول منه لا يشبه واحداً من الفرجين³.

وقد عرفه السرخسي: قد يقع اشتباهه عند الولادة من وجهين.

أحدهما: بالمعارضة بأن يوجد في المولود الآلتان جميعاً، فيقع الاشتباه إلى أن تترجح إحداها بخروج البول منه.

والوجه الثاني: أن تنعدم آلة التمييز أصلاً، بأن لا يكون للمولود آلة الرجال ولا آلة النساء، وهذا أبلغ جهات الاشتباه⁴.

الفرع الثالث: تعريف الخنثى من الناحية الطبية

عرفه الدكتور محمد علي البار أخصائي علم الأجنة والتوليد بأنه: هو الشخص الذي تكون أعضاؤه الجنسية الظاهرة غامضة، ولتحديد نوعية الخنثى ينظر الطبيب إلى الغدة التناسلية حسب

¹ - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 545.

² - د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7899.

³ - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 545.

⁴ - المبسوط، للإمام شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المجلد الخامس عشر، الجزء التاسع والعشرون، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2000، ص 5166.

فحصها النسيجي (الهستولوجي)؛ فإن كانت الغدة خصية والأعضاء التناسلية الخارجية تشبه تلك الموجودة لدى الأنثى فهو خنثى ذكر كاذب (Male pseudo herma phrodite)، وإن كانت الغدة مبيضا والأعضاء التناسلية الظاهرة ذكورية في خنثى أنثى كاذبة (Female pseudo herma phrodite)، وإن كان لهذا الشخص مبيض وخصية، أو هنا معا ملتحمان، فهو خنثى حقيقية

(True hrma phrodite)، ولا عبرة آنذاك بالأعضاء التناسلية الظاهرة التي قد تشبه الأعضاء التناسلية الذكورية أو الأنثوية أو كلاهما معا، فاجتماع جهازي الخصية والمبيض - وإن كانت نادرة الوجود في الواقع - يجعل من هذا الشخص ليس عاديا من ناحية التكوين الجنسي، وهذا هو المقصود بالخنثى المشكل¹.

الفرع الرابع: تعريف الخنثى في الفقه القانوني

هو من اجتمع فيه العضوان التناسليان، عضو الذكورة وعضو الأنوثة، أو من لم يوجد فيه شيء منهما أصلا².

والمشعر الجزائري لم يتطرق إلى ميراث الخنثى أو إلى تعريفه وأحوال كل ما يتعلق بالخنثى إلى المادة 222 ق.أ، على كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية.

المطلب الثاني: أنواع الخنثى

الفرع الأول: أنواع الخنثى في الفقه الاسلامي

لقد قسم فقهاء الشريعة الاسلامية، الخنثى إلى قسمين:

أولاً: الخنثى غير المشكل (الواضح):

أ- هو الذي تتضح فيه علامات الذكورة والأنوثة يعرف بأنه رجل أو امرأة، وهذا النوع كأن يتزوج فولد له ولد، فهذا رجل، أو تزوج فحملت، فهي أنثى، ويطبق عليه حكم كل منهما.

¹ - عيسى معيزة، المرجع السابق، ص 88، 89.

² - د/ بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 517.

وإن بال من آلة الرجل، والآلة الأخرى زيادة خلق في البدن، وإن بال من آلة النساء فهو أنثى، والآلة الأخرى زيادة نتوء في البدن.

وعليه فإنه يختبر بالتبول، وظهور اللحية والحيض، فإنه لحق بالرجال وورث ميراث الرجال، إن لحق بالنساء ورث ميراثهن.¹

ب- هو الذي ترجحت فيه علامات الذكورة على علامات الأنوثة، كأن يتزوج ويصل إلى النساء، أو يولد له ولد وتنت له لحية، أو يبول من الموضع الذي يبول منه الرجال، أو يحكم الطب بترجيح ذكوره، فهذا رجل قطعاً.²

أو ترجحت فيه علامات الأنوثة على علامات الذكورة، كأن يظهر له ثدي، أو يجيض، أو يحمل، أو يبول من الموضع الذي تبول منه النساء، أو يحكم الطب بترجيح أنوثته، فهذا أنثى قطعاً، وهذا الخنثى لا إشكال في توريثه، فإن ترجح فيه جانب الذكر، اعتبر رجلاً، واستحق ميراث رجل، وإن ترجح فيه جانب الانثى، اعتبر أنثى، واستحق ميراث الأنثى.

وقد حكم العرب بذلك، وأول من حكم في الخنثى في الجاهلية: عامر ابن الظرب بفتح الظاء وكسر الراء، وكان العرب في الجاهلية لا تقع لهم معضلة إلا اختصموا إليه ورضوا بحكمه، فسألوه عن خنثى أتجعله ذكراً أم أنثى؟ فقال: أمهلوني، فبات ليلته، ساهراً قلقاً، فسألته خادمتها سخيلة عما يقلقه، فذكر لها ما بدا له، فقالت: سبحان الله، اتبع حكم البول، فقال لها فرجتها والله يا سخيلة.

وجاء الإسلام مقراً بذلك، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول، فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة. وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث؟ قال صلى الله عليه وسلم: "من حيث يبول".

¹- د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 790.

²- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 546.

وروي أنه صلى الله عليه وسلم أتى بخنثى من الأنصار فقال: "ورثوه من أول ما يبول منه" ولأن خروج البول أعم العلامات؛ لوجودها من الصغير إلى الكبير، وسائر العلامات مثل: نبات اللحية والحبيض والحبل إنما توجد بعد الكبر.

وإن بال منهما جميعا اعتبرنا أسبقهما، نص عليه أحمد، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، وقال الجمهور، فإن خرجا معا، ولم يسبق أحدهما، فقال أحمد في رواية عنه: يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر، وحكي هذا عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة، ووقف في ذلك أبو حنيفة، ولم يعتبره أصحاب الشافعي¹.

ثانيا: الخنثى المشكل:

أ- هو الذي لا تتضح فيه علامات الذكورة أو الأنوثة ولا يعرف أنه رجل أو امرأة أو هو الذي تعارضت فيه العلامات ومن صورته:

- نوع ليس له مخرج ذكر ولا فرج أنثى ولكن له لحمة ناتئة يبول منها.

- نوع له مخرج واحد فقط ينزل منه البول والغائط.

- نوع ليس له مخرج نهائيا لا قبل ولا دبر وإنما يتقيأ ما يأكله.

- نوع ليس له آلة الذكر ولا آلة الانثى، ويخرج من سرتة كهيئة البول الغليظ².

ب- وهو الذي لا يعرف أذكر هو أم أنثى، بأن تعارضت فيه علامات الذكورة والأنوثة، ولم

تترجح إحداهما؛ كأن يبول مما يبول منه الرجال والنساء معا أو يظهر له لحية وثديان في وقت

واحد، أو لم تظهر عليه علامة من العلامات السابقة.

¹- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 546.

²- رويده أيوب المشني، المرجع السابق، ص 149.

الفرع الثاني: أنواع الخنثى في الطب

وقد فرق الأطباء بين نوعين من الخنثى اعتماداً على التحليل الكروموزومي للشخص وغدته الجنسية، وتكوينه الجنسي الباطني، تختلف عن تقسيمات الفقهاء الذين اعتمدوا فقط على المظهر الخارجي للخنثى نظراً لانعدام الوسائل الطبية الحديثة المعاصرة، فقسم الأطباء الخنثى إلى قسمين:

أولاً: الخنثى الحقيقية True hermaphrodite

وهو أن يمتلك الشخص جهازي التناسل الذكورية والأنثوية في نفس الوقت، فاجتماع جهازي المبيض والخصية معا - وإن كانت نادرة الوجود في الواقع - في شخص واحد هو المقصود به الخنثى الحقيقية أو الخنثى المشكل.

ومن أبرز أسباب ظهور هذه الحالات الخلل الجيني المتمثل في صيغة الكروموزومات، حيث يكون لهذه الخنثى الصيغة الذكورية (XY) التي تنتج خصية، والصيغة الأنثوية (YY) التي تنتج مبيضا؛ فيؤثر ذلك على الأعضاء الجنسية الخارجية، فتجتمع الخنثى بين المهبل والبظر المتضخم الذي يشبه القضيب.

غير أنه لم يتعرض التشريعات القانونية إلى حالة الخنثى الحقيقية لندرتها الشديدة، (فقد نشرت مجلة ميديسين دايجست 1980 حالة خنثى حقيقية في الولايات المتحدة الأمريكية، ولديها مبيض واحد وخصية واحدة (في العادة تكون للأنثى مبيضان، وللرجل خصيتان)، ولهذه المرأة رحم وبظر كبير، استعملته كقضيب في علاقاتها الجنسية مع النساء لفترة من الزمن، وفي سن 32 كفت عن تمثيل دور الرجل، وتحولت إلى تمثيل دور الأنثى، وعندما بلغت 34 عاما حملت ووضعت طفلا ميتا، وقد رفضت أي تدخل جراحي، وقالت إنها سعيدة بكونها خنثى).¹

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 91.

ثانيا: الخنثى الكاذبة (pseudo herma phrodite)

وهي التي تكون فيها الغدة التناسلية إما مبيضا أو خصية ولا يجتمعان معا أبدا، عكس الأعضاء الظاهرية التي تكون غامضة ومخالفة للغدة التناسلية، فإذا كانت الغدة التناسلية مبيضا نجد العضو الظاهر الذكري أي نجد قضيبا، وإذا كانت الغدة التناسلية خصية نجد العضو الظاهر أنثوي (فرج)¹.

وعلى عكس الخنثى الحقيقية نادرة الحدوث، فإن الخنثى الكاذبة موجودة في حالات كثيرة، فهي توجد بنسبة مولود من كل خمسة وعشرين ألف ولادة.

وهذا النوع الذي اعتبره الفقهاء قديما مشكلا لم يعد كذلك اليوم، فأصبح عند الأطباء حديثا غير مشكل نظرا لتطور الوسائل الطبية التي ساعدت في كشف إشكاله بتصحيح وتثبيت الجنس الغالب عليه عن طريق العمليات الجراحية.

وللخنثى الكاذبة أنواع عدة ذكرها الأطباء وهي الخنثى الكاذبة التي أصلها أنثى وظهرها ذكر، والخنثى الكاذبة التي أصلها ذكر وظهرها أنثى .

إضافة إلى حالتين مضطرتين وهما:

الحالة الأولى كرتو وهي التي يكون الخلل فيها على مستوى الصبغيات الجنسية، إذ يحمل المصاب فيها صبغيا واحدا فقط وهو صبغ الأنوثة دون صبغي الذكورة.

وهناك حالة ثانية التي تسمى بحالة كلينفتر، وهي التي بها زيادة في كروموزومات الجنس، فنجدها ثلاثة (XXY) عكس الحالة العادية التي يكون بها كروموزومين اثنين فقط (XY)، (XX)، فتكون لديه أعضاء تناسلية جنسية ذكرية وأخرى أنثوية، ولكن بنسب متفاوتة ما بين الذكورة والأنوثة؛ لذا قد يأتيه الطمث، كما نجد له أنداء كبيرة، ويتصبب عضوه الذكري، غير أنه لا يمكن أن ينجب.²

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 92.

² - المرجع نفسه، ص 93.

وعمليات تصحيح الجنس للخنثى الكاذبة منتشرة، يقول الدكتور عاطف عبد الونيس: "لقد نجحنا في إجراء 12 عملية تصحيح نوع الجنس من إناث إلى ذكور، فهناك "نجوى" و "سناء" اللتان أصبحتا الآن "ناجي" و "سيد"، فقد اعتقدت أسرتهما عند ولادتهما أنهما فتاتان بسبب عدم وجود الخصيتين أو العضو الذكري لديهما فقاموا بختنهما عند بلوغهما الثانية عشر من عمرهما، ثم بدت عليهما علامات ومظاهر الذكورة فأجرينا لهما مجموعة من العمليات الجراحية على مدار عامين، لتصبحا الآن شابين".

المطلب الثالث: حكم الخنثى في الميراث

إذا لم يتبين أمره، وعجز الطب عن معرفة أنه ذكر أو أنثى كان مشكلا، وقد بينت أحكام الشريعة الإسلامية أحكام ميراثه حسب التفصيل التالي:

مذهب الشافعية: إذا مات الانسان وخلف ورثة فيهم خنثى مشكل، فيعامل هو ومن معه من الورثة بالأقل من النصيبين على تقدير الذكورة والأنوثة للخنثى؛ لأنه المتيقن لكل منهما؛ ويوقف الباقي إلى أن يتبين حاله، فلو مات عن ابن وولد خنثى مشكل بتقدير ذكورة الخنثى يكون المال بينه وبين الابن بالسوية لكل منهما النصف، وبتقدير أنوثته يكون للخنثى الثلث وللإبن الثلثان، فيقدر الخنثى أنثى في حق نفسه فيأخذ الثلث فقط، ويقدر ذكرا في حق الابن، فيأخذ الابن النصف؛ لأنه متيقن به، ويوقف السدس الباقي بينهما حتى يتضح حال المشكل أو يصطلحا، فلو ماتت امرأة عن زوجها وأبيها وولد خنثى أعطي الزوج الربع والأب السدس والخنثى النصف ووقف الباقي، فإن ظهر أن الخنثى أنثى أخذ الأب الباقي بحكم عصوبته، وإن ظهر أنه ذكر أخذه؛ لأنه مقدم على الأب في العصوبة، وإن لم يتبين أمره بحال كان ميراثه ميراث أنثى؛ وذلك لأنه القدر اليقين، فلا يأخذ من التركة ما فيه شك.

قال موفق الدين الرحبي في أرجوزته الرحبية:

وإن يكن في مستحق المال	خنثى صحيح بين الإشكال
فأقسم على الأقل واليقين	تحظ بحق القسمة والتبيين. ¹

¹- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 548

وإذا لم يختلف نصيب الخنثى، سواء بفرضه ذكرا أو أنثى، يعطى نصيبه، كما يعطى كل من الورثة الآخرين نصيبه أيضا دون توقيف.

فلو خلف أختا شقيقا وولد أم خنثى مشكلا كان له السدس فرضا على تقديره ذكرا أو أنثى وللشقيق الباقي.

وإن ورث الخنثى أو غيره من الورثة بتقدير دون تقدير آخر لم يدفع له شيء؛ لأن الأقل هو لا شيء.

فلو ترك ولدا خنثى مشكلا وعمما فتقدير ذكوره له الكل ولا شيء للعم، وتقدير أنوثته له النصف فرضا والباقي للعم، فيقدر ذكرا في حق العم وأنثى في حق نفسه، فيعطى الخنثى النصف، ويوقف النصف الآخر بينه وبين العم.

ولو خلف زوجا وولد أخ خنثى مشكلا وعمما فللزوجة النصف والباقي للخنثى بتقدير ذكوره ولا شيء له بتقدير أنوثته؛ لأن بنت الأخ ساقطة، فيكون الباقي للعم، فلا يعطى الخنثى ولا العم شيئا، ويقف النصف الباقي بينهما إن ظهر الخنثى ذكرا أخذه أو أنثى أخذه العم.

مذهب المالكية والشيعة الزيدية والإمامية:

يرث الخنثى المشكل نصف مجموع نصيبه حال فرضه ذكرا وحال فرضه أنثى، أي أنه يأخذ نصف نصيبه حال فرضه ذكرا وحال فرضه أنثى، فإن كان يعطى على تقديره ذكرا سهمين، وعلى تقديره أنثى سهما واحدا فإنه يعطى سهما ونصف، وهذا إذا كان يرث بالجهتين، وكان إرثه بهما مختلفا، وإذا كان يرث على فرض ولا يرث على فرض آخر فإنه يعطى نصف نصيبه على فرض إرثه.¹

مذهب الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن الخنثى إما أن يرجى بيان أمره واتضاحه في المستقبل أو لا.

¹ - د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 549.

- 1- فإن كان يرجى بيان أمره، كأن كان صغيرا واحتيج إلى قسمة الميراث قسم واعطى هو ومن معه اليقين، ووقف الباقي إلى حين بلوغه أو انكشاف أمره.
- فتعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى، ويدفع إلى كل وارث أقل النصيبين، ويوقف الباقي حتى يظهر أمره، وهنا يتفق المذهب الحنبلي مع الذهب الشافعي.
- 2- وإن كان لا يرجى بيان أمره وكشف حاله، كأن بلغ مشكلا ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى إن كان يرث في الحالتين، وإن كان يرث على حال دون حال، فيعطى نصف نصيبه في حال الإرث كما ذهب المالكية، وهذا ما نص عليه أحمد، وهو قول ابن عباس والشعبي وابن ليلي والثوري وأهل المدينة ومكة.
- مذهب الأحناف:** يعطى الخنثى أقل النصيبين، نصيبه على أنه ذكر ونصيبه على أنه أنثى، ويوزع الباقي على الورثة، فإن كان وارثا على اعتبار دون آخر، يعامل بالأسوء، ولا يكون له شيء.
- وهذا الراجح في رأي الأحناف، وعليه الفتوى، وهو رأي أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: له نصف مجموع نصيبه على تقدير الذكورة على الأنوثة.
- ويحتج الطرفان لما ذهبوا إليه، أن ملكه للأقل مستحق بيقين، وملكه فيما زاد عليه محتمل ومشكوك به، والمملك لا يثبت بالشك والإحتمال.
- ويؤخذ كفيل ممن يحتمل أن يقل نصيبه من الورثة إذا ظهر أنه خنثى غير ما فرضناه.¹

المذهب القانوني:

ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري رغم تعديلات عام 2005، لحكم الخنثى لأنه لا يكاد يوجد، وإذا وجد، فيكون العمل بمقتضى الشريعة الإسلامية، ووفقا للمادة 222 ق.أ، ولقد استطاع الطب في

¹- د/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 55.

هذا الزمان أن يوضح بعض حالات الخنثى بعد إجراء العمليات الجراحية اللازمة لتحويله إلى ذكر أو أنثى.

وعلى كل حال، فإنه للخنثى المشكل نصف النصيبين، على تقدير الذكورة والأنوثة¹.

¹- د/ العربي يلحاج، الوجيز في التركات والمواريث، المرجع السابق، ص 521.

خاتمة

خاتمة

لقد تناولنا في بحثنا هذا دراسة ميراث بالتقدير والاحتياط، وكيف تطرق إليه الفقه الاسلامي والمشرع الجزائري .

لقد تطرقنا إلى تعاريفهم وإلى الأحكام العامة، وكذلك أحكام الميراث، وطريقة إرثهم في المذاهب الاسلامية اولا ومن ثم قانون الأسرة الجزائري.

وعند تناولنا لهذا البحث وجدنا أن قانون الأسرة لم يتطرق إلى أغلب أحكام الميراث بالتقدير والاحتياط، فلم يتناول إطلاقاً أحكام ميراث الخنثى، وولد الزنا وولد اللعان، كما أنه أعطى السلطة التقديرية للقاضي في المادة 222 ق.أ، للحكم بما جاء في الشريعة الاسلامية في الأحكام التي لم يتطرق إليها هذا القانون.

ما يجعل الأحكام القضائية تتعارض مع بعضها البعض، والمشرع الجزائري لم يحدد إلى أي مذهب يلجأ إليه القاضي في حالة لجوءه إلى الفقه الإسلامي والمذاهب الإسلامية.

ومن خلال دراستنا توصلنا إلى العديد من النتائج نذكر منها :

1- الحمل: في ظننا أن الفقه المالكي لديه الكثير من الصواب ، وفي دراستنا لموضوع إرث الحمل نقول بأن الميراث لا يبنى على الشك، لأن الشك من حيث الوجود أو عدمه، أو أن يكون الحمل فرداً أو متعدداً، ذكراً كان أو أنثى، حي كان أو ميت فهاته الأسباب تجعل من تقدير الميراث محل شك وهي الأسباب التي تخل بأحد الأطراف في ميراثه سواء كان الجنين أو من المستحقين من الورثة، ومن المستحسن أن ننتظر وضع الحمل ونتأكد من استهلاله وبعد ذلك نقسم التركة.

2- ولد الزنا وولد اللعان: المشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة إلى ابن الزنا وابن اللعان، كما أن ولد اللعان في ظل التطور الطبي نستطيع تحديد انتساب الولد لأبيه أو لا.

3- المفقود: لقد تطرقنا إلى حالة المفقود وقمنا بدراسة أحكام وطريقة إرثه، من ماله أو من غير ماله، كما تطرقنا إلى حالة عودة المفقود حياً.

كما أن المشرع لم يضع قوانين يلجأ إليها الجميع ويتفادى اللجوء إلى وضع قوانين خاصة.

الخنثى: الخنثى وهو مرض عضوي وليس نفسي، وهو خلق من خلق الله والله يخلق ما يشاء وكيف ما شاء، ولذلك لا بد من وضع قوانين بمساعدة أهل الاختصاص من الأطباء والفقهاء في القانون وفقهاء في الشريعة الإسلامية، لأن ميراث الخنثى لا يمس به وحده بل يمس بسائر الوارثين.

قائمة

المراجع والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

- 1 - د/ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 2 - د/ أحمد فراج حسين، د/ محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث في التشريع الاسلامي - الوصايا والأوقاف في الفقه الاسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2001.
- 3 - د/ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 4 - د/ العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996.
- 5 - المبسوط، للإمام شمس الدين أبو بكر محمد السرخسي، المجلد الخامس عشر، الجزء التاسع والعشرون، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2000.
- 6 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق وتعليق الدراسة الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، المجلد الخامس، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 7 - د/ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة المعدلة، الجزء العاشر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1997.

8 - كتاب التهذيب في الفرائض، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني، تحقيق راشد بن محمد الهزاع، تأليف: ، الطبعة الأولى، دار الخراز للنشر والتوزيع، السعودية، 1416هـ.

9 - د/ محمد محدة، التركات والموارث - دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2004.

10 - د/ مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية- وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

11 - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، الشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ضبطه وصححه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد سالم هاشم، المجلد الثالث، الجزء الخامس، باب ميراث ابن الملاعنة والزانية منهما ...، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.

12 - صالح ججيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.

ثالثا: المذكرات والأطروحات:

1 - عيسى أمعيزة، أطروحة دكتوراه، الإرث بالتقدير والاحتياط في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، 2012.

2 - رويدة أيوب المشني، مذكرة ماجستير، الإرث بالتقدير والاحتياط - وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية - ، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، فلسطين، 2015.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	العنوان
د - أ.....	مقدمة
الفصل الأول: ميراث الحمل وميراث ولد الزنا وولد اللعان	
06.....	توطئة
07	المبحث الأول: ميراث الحمل
07	المطلب الأول: تعريف الحمل وموقف الفقه الاسلامي وأدلة توريثه
07	الفرع الأول: تعريف الحمل
08	الفرع الثاني: موقف الفقه الاسلامي من توريث الحمل
08	المطلب الثاني: شروط توريث الحمل
09	الفرع الأول: يشترط أن يكون في بطن أمه عند موت مورثه
11	الفرع الثاني: يشترط أن يولد حيا
13	الفرع الثالث: الحمل من الميت ومن غير الميت
14	المطلب الثالث: آراء الفقهاء والمشرع الجزائري في تقسيم التركة عند وجود الحمل
14	الفرع الأول: رأي الفقه الاسلامي
15	الفرع الثاني: رأي المشرع الجزائري
15	المطلب الرابع: حالات ميراث الحمل

17	المبحث الثاني: ميراث ولد الزنا وولد اللعان.....
17	المطلب الأول: تعريف ولد الزنا وولد اللعان.....
17	الفرع الأول: تعريف ولد الزنا
18	الفرع الثاني: تعريف ولد اللعان.....
19	المطلب الثاني: حكم ميراث ولد الزنا وولد اللعان.....
19	الفرع الأول: حكم ميراث ولد الزنا وولد اللعان من ناحية الأب.....
19	الفرع الثاني: حكم ميراث ولد الزنا وولد اللعان من ناحية الأم.....
20	المطلب الثالث: طريقة توريث ولد الزنا وولد اللعان.....
الفصل الثاني: ميراث المفقود والأسير وميراث العرقى والهدمى وميراث الخنثى	
24	توطئة.....
25	المبحث الأول: ميراث المفقود.....
25	المطلب الأول: الأحكام العامة لإرث المفقود.....
25	الفرع الأول: تعريف المفقود في اللغة والفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
28	الفرع الثاني: حالات انتهاء فقدان.....
29	الفرع الثالث: الحكم بالفقدان في قانون الأسرة الجزائري.....
31	المطلب الثاني: طريقة توريث المفقود.....
33	المطلب الثالث: حكم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته.....

34	المطلب الرابع: تعريف الأسير وتبيان ميراثه.....
36	المبحث الثاني: ميراث العرقى والهدمي.....
39	المبحث الثالث: ميراث الخنثى.....
39	المطلب الأول: تعريف الخنثى.....
39	الفرع الأول: تعريف الخنثى لغة.....
40	الفرع الثاني: تعريف الخنثى في الفقه الاسلامي.....
40	الفرع الثالث: تعريف الخنثى من الناحية الطبية.....
41	الفرع الرابع: تعريف الخنثى في الفقه القانوني.....
41	المطلب الثاني: أنواع الخنثى.....
41	الفرع الأول: أنواع الخنثى في الفقه الاسلامي.....
44	الفرع الثاني: أنواع الخنثى في الطب.....
46	المطلب الثالث: حكم الخنثى في الميراث.....
51	خاتمة.....
54	قائمة المراجع.....
57	الفهرس.....

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المخلص :

عند دراستنا لبحثنا هذا وجدنا أن الحالات التي تم ذكرها ، قيمتها غير محددة المقدار، وإنما هي متغيرة لعدة أسباب حسب الحالة وتتمحور حول الوجود والعدم ، والحياة والموت، والذكورة والأنوثة، والخنثى والمشكل والغير مشكل .

وعند تطرقنا لكل حالة على حدى وجدنا بعض الاختلافات الفقهية من الناحية الدينية ، كما وجدنا أن المشرع الجزائري بالرغم من التعديل لقانون الأسرة لسنة 2005 لم يتطرق إلى بعض الحالات ، وأحالها إلى الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة ، فإن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي إلى أي مذهب قد يلجأ وهذا ما يؤدي إلى عدم توحيد الأحكام القضائية.

الكلمات المفتاحية :

الميراث، الحمل، الزنا، اللعان، المفقود، الأسير، الغرقى، الهدمى، الخنثى.