

يقول الله تعالى : " الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار " الرعد8.

في هذا الفصل لا بد لنا من تعريف الميراث والحمل لغة واصطلاحاً وتبيين أطوار خلق الجنين ومراحل نموه، والتطرق إلى أدلته الشرعية والحكمة من تخصيص أحكام خاصة لتوريثه، ولا بدّ لنا كذلك من استعراض الشروط الواجب توافرها لتوريث الحمل، والتي نبين من خلالها أقل مدة للحمل وأقصاها، ونبيّن كذلك أحوال ولادة الجنين وفي أي حال يتحقق الشرط في توريثه .

## المبحث الأول : تعريف ميراث الحمل وأدلته الشرعية

### المطلب الاول : تعريف ميراث الحمل

وهنا لا بد لنا من التطرق إلى المعاني اللغوية للميراث وللحمل، ثم نعرض التعريف الذي اصطلح عليه الفقه والقانون ..

والميراث لغة من ورث إرثاً، والإرث بالكسر، الميراث، والأصل، والأمر القديم توارثه الأول عن الآخر، والرماد، والبقية من كل شيء<sup>1</sup>.

والوارث صفة من صفات الله عز وجل وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق ويبقى بعد فنائهم<sup>2</sup>. ونقول ورث أباه، يرثه، ورثاً و وراثته وإرثاً ورثة، بكسر الكل، وأورثه أبوه، و ورثته: أي جعله من ورثته<sup>3</sup>.

أما التعريف الاصطلاحي للميراث فهو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، فكأن الوارث لبقائه انتقل إليه بقية مال الميت<sup>4</sup>، وَعِلْمُ مَا يُوصَلُ لِمَعْرِفَةِ قَدْرِ مَا يَجِبُ لِكُلِّ ذِي حَقٍّ فِي التَّرَكَةِ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2008، ص46.

<sup>2</sup> ابن منظور ، لسان العرب، وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، د ط، د ت، ج 3 تابع الثاء-الخاء، ص21.

<sup>3</sup> الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005، ص 177.

<sup>4</sup> مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، د ط، د ت، بيروت، الجزء الخامس، ص85.

<sup>5</sup> الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1992، ج6، ص406.

أما الحمل لغة: فهو ما يحمل في البطن من الولد<sup>1</sup>، ومنه قوله تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير "

لقمان 14

والجنين من جنّ وسمي الجنين لاستتاره في بطن أمه<sup>2</sup>، ومنه قوله تعالى: " هو أعلم بكم إذ أنشأكم من الأرض وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم فلا تزكوا أنفسكم هو أعلم بمن اتقى " النجم 32 .

والأجنة : جمع جنين، وهو نسل الحيوان ما دام في الرحم، وهو فعيل بمعنى مفعول لأنه مستور في ظلمات ثلاث<sup>3</sup>، فالجنين هو الولد ما دام في رحم أمه<sup>4</sup>.

والجنين هو الولد خلال فترة تخلّقه في بطن أمه، وتكون هذه الفترة قرابة التسعة أشهر تنتهي بولادة الجنين وخروجه من الرحم<sup>5</sup>.

ولا بدّ لنا أن نستعرض أطوار الجنين ومراحل خلقه، فالجنين يمر بعدة أطوار حتى يتكون خلقاً كاملاً، وكذلك نستعرض آراء الفقهاء في ما يعتبر عندهم جنيناً وما لا يعتبر.

<sup>1</sup> الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005، ص405.

<sup>2</sup> ابن منظور، المرجع السابق، ج16 تابع الميم-النون، ص244.

<sup>3</sup> محمد الطاهر ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، د ط، 1984، ج27، ص124.

<sup>4</sup> ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت ط2، 1992، ج6، ص587.

<sup>5</sup> احمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط1، 2000، ص302.

## الفرع الأول : أطوار خلق الجنين

وقد بين الله سبحانه وتعالى هذه الأطوار والمراحل في عدة آيات من القرآن الكريم، منها قوله تعالى: "هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا " غافر 67، ويقول في موضع آخر، "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا"، وتفصيل هذه الأطوار كالآتي :

### أولا : النطفة

يتخلق الجنين من نطفة الرجل وبويضة المرأة اللتين تلتحمان في أعقاب الجماع وتشكلان ما يعرف بالبويضة الملقحة، وهذه البويضة الملقحة تبدأ على الفور بالانقسام والتكاثر لتشكل أعضاء الجنين تباعا إلى أن يستوي بشرا كامل الخلقة، والجنين يتخلق من نطفة واحدة، والنطف هي الأغراس أو عناصر الإلقاح، أو بكلمة أوضح هي خلايا التتاسل، أي النطفة المذكرة والبويضة أو النطفة المؤنثة، أما ما ينجم عن الإلقاح، أي عن اندماج النطفتين المذكرة والمؤنثة فنسميه بالنطفة الأمشاج<sup>1</sup>، ونعني به ما يسميه الطب البيضة الملقحة .

<sup>1</sup> الأمشاج من الفعل مَشَجَ أي خَلَطَ، والنطفة الأمشاج هي نطفة الرجل مختلطة بماء المرأة ودمها، أي أن ما ينتج عن اختلاط نطفة الرجل ببويضة المرأة يسمى نطفة أمشاجا.

### ثانيا : العلقه

طور مبكر من أطوار تخلق الجنين، فبعد أن تندمج نطفة الرجل ببويضة المرأة، والبويضة الملقحة تتدلى من سقف الرحم إلى باطنه وتتابع نموها، وفترة العلق هذه بين أربعين إلى ثمانين يوما، ومع انتهاء فترة العلق يكتمل تشكيل أعضاء الجنين، ليبدأ طور المضغة.

### ثالثا: المضغة

في اللغة هي الشيء الممضوغ، أو هي قطعة اللحم، وهو أدق وصف يطلق على الجنين في هذه المرحلة، لأن الناظر إليه يراه مثل قطعة اللحم الممضوغة، فإذا دقق النظر لاحظ علامات التخلق واضحة عليه، والمضغة تتكون من جزأين متمايزين إحداهما هو الجنين نفسه الذي تكون صورته البشرية قد وضحت تماما في هذه المرحلة، والآخر على شكل قرص لحمي أحمر وهو المشيمة، ويستغرق طور المضغة من اليوم الثمانين، أي من نهاية طور العلق، إلى اليوم المائة والعشرين، وهو وقت نفخ الروح، وحينئذٍ يطلق على المخلوق اسم الجنين.

### رابعا : نفخ الروح

يحصل في نهاية الشهر الرابع، من بدئ تخلق الجنين داخل الرحم، وطبيعة الروح التي تنفخ في الجنين في هذه المرحلة من حياته داخل الرحم مجهولة لنا نحن البشر، والذي نعرفه أن في الجنين نوعا من الحياة منذ اللحظة الأولى لبديء تخلقه في بطن أمه، بل أن النطفة والبويضة اللتان شكلتا الجنين فيهما كذلك نوع من الحياة حتى قبل أن تندمجا لتشكيل الجنين، وأما الروح التي تنفخ في الجنين فهي شيء مختلف.

وبذلك يبدأ تخلق الجنين من اندماج خليتين ( النطفة والبويضة ) ثم أخذت هاتان الخليتان بالانقسام النشط السريع، ثم اتجهت كل مجموعة من الخلايا الناتجة عن الانقسام إلى مكان محدد، وأخذت شكلا محددا، وتخصصت بوظائف محددة، فما الذي يوجه الخلايا هذا التوجيه المحكم لتنتج في النهاية مخلوقا كامل الخلقة، فيه كل الأعضاء والأجهزة والوظائف اللازمة لحياته، وبهذا تتبدى قوة الخالق وحكمته ودقة خلقه الذي أحسن كل شيء خلقه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : آراء الفقهاء فيما يعتبر جنينا

وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في ما يمكن اعتباره جنينا وما لا يمكن اعتباره كذلك، على النحو التالي:

#### أولا : الفقه المالكي

يرى المالكية أن كل ما في رحم الأنثى من حمل هو جنين على اختلاف مراحل نشوئه وإن كان علقه<sup>2</sup>، وقد ورد في المنتقى " وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَلَّقًا " يعني حتى لو كان مضغة أو عظاما<sup>3</sup>، و العلقه قطعة من دم عاقد<sup>4</sup>، وهي أول مراحل تكون الجنين في رحم المرأة بعد النطفة لقوله تعالى : " ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقه مضغة ... " المؤمنون 14.

<sup>1</sup> احمد كنعان، المرجع السابق، ص302-305 .

<sup>2</sup> شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، ج4، ص268

<sup>3</sup> القرطبي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، دط، دت، مصر، دط، دت، ج7، ص 80

<sup>4</sup> محمد الطاهر ابن عاشور، المرجع السابق، ج18، ص24

### ثانيا : - الفقه الشافعي

أما الشافعية لم يختلفوا مع المالكية باعتبار الحمل جنينا منذ بدئ تكوينه، فإذا كان تصور في صورة آدمي أو لم يتصور فهو حمل وجنين إذا قال القوابل<sup>1</sup> انه كذلك<sup>2</sup>، ولا يعتبر كذلك لو شكك في صورته<sup>3</sup>، أي إذا شكك القوابل في أن يتصور بصورة آدمي ويكتمل خلقه.

### ثالثا : - الفقه الحنبلي

يرى الحنابلة على خلاف المالكية والشافعية، أن الجنين يشترط فيه لاعتباره جنينا أن يتبين فيه خلق الإنسان، فيتصور بصورة الآدمي، أو يظهر فيه جزء من أجزاء الإنسان كالرأس أو الرجل أو اليد ... أو أي جزء من أجزاء الإنسان، كما ورد في كشف القناع: وَالْحَمْلُ الَّذِي تَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ وَتَصِيرُ بِهِ الْأُمَةُ أُمَّ وَلَدٍ هُوَ مَا تَبَيَّنَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِ الْإِنْسَانِ كِرَاسٍ وَرَجُلٍ فَتَنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ إِجْمَاعًا حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ لِأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّهُ حَمْلٌ فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ النَّصِّ، فَإِنْ وَضَعْتَ مُضْغَةً لَا يَتَبَيَّنُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، أَيْ خَلْقِ الْإِنْسَانِ، فَذَكَرَ ثِقَاتٌ مِنَ النِّسَاءِ أَنَّهُ مَبْدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ لَمْ تَنْقَضِ بِهِ الْعِدَّةُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ وَلَدًا أَشْبَهَ الْعَلَقَةَ<sup>4</sup>.

### رابعا : - الفقه الحنفي

وقد جاء رأي الحنفية موافقا لما سار عليه الحنابلة مخالفا الشافعية والمالكية، فلا يحكم على ما في الرحم بأنه جنين حتى يستبين بعض خلقه، أو تظهر فيه أجزاء الآدمي، فلا تعتبر

<sup>1</sup> القوابل جمع قابلة، وهي المرأة المختصة بتوليد النساء.

<sup>2</sup> أبو زكريا النووي، كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، مكتبة الإرشاد، السعودية، د ط، د ت، ج 2 ص 549

<sup>3</sup> احمد سلامة القليوبي، و احمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1995، ج 4، ص 161

<sup>4</sup> بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت، ج 5، ص 413.

المضغة أو العلقة جنينا لعدم ظهور شيء من آثار النفس فيها<sup>1</sup>، فيشترط أن يستبين خلقه، أو بعض خلقه، فإن لم يستبين من خلقه شيء فهو مضغة والمضغة ليست بجنين<sup>2</sup>، وبعض خلقه " كظفر وشعر "<sup>3</sup>.

بينما لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الميراث، وكذلك لم يعرف الجنين ولم يحدده وترك الأمر لأهل المعرفة من الأطباء، وهذا ما تفيد به المادة 174 من قانون الأسرة ( رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02\05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ) "إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة، تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون "

### المطلب الثاني : الأدلة الشرعية على ميراث الحمل

#### الفرع الأول : الأدلة الشرعية على ميراث الحمل

وسنقوم باستعراض جملة من الأدلة الشرعية على ميراث الحمل من خلال هذا المطلب، والتي تشمل عموم أدلة المواريث، والسنة النبوية الشريفة، وإجماع الصحابة والأئمة رضوان الله عليهم.

<sup>1</sup> السرخسي، كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1993، ج3، ص213.

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986، ج7، ص325.

<sup>3</sup> ابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص587.



أولاً :- الأدلة العامة في الميراث والتي تشمل الحمل

وميراث الحمل لا يخرج عن عموم آيات المواريث:

1- فإذا ترك الميت زوجته أو زوجة ابنه، ففي قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين .. " النساء 11.

2- وإن ترك الميت أمه حاملاً فالحمل أخ شقيق أو أخت شقيقة، وإن ترك زوجة أبيه حاملاً فالحمل أخ أو أخت لأب، ففي قوله تعالى: " يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤاً هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين " النساء 176، وكذلك إن ترك أمه حاملاً من زوج غير والده، فهو أخ لأم، ففي قوله تعالى: " وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث".

ثانياً :- الأدلة من السنة النبوية

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن رسول الله ( صلى الله عليه وسلم ) قال: " إذا استهلَّ المولودُ ورثَ"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ابو داود السجستاني، سنن ابي داود، تحقيق شعيب الارنؤوط و محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009، ج4، 545، رقم 2920.

2- عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا اسْتَهَلَ الصَّبِيُّ صُلِّيَ عَلَيْهِ وَوَرِثَ"<sup>1</sup>.

3- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، وَالْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ قَالَا: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهَلَ صَارِخًا"<sup>2</sup>.

4- عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا يرث الصبي حتى يستهل، واستهله أن يصيح أو يصرخ أو يبكي"<sup>3</sup>.

### ثالثاً : الإجماع

وقد أجمع العلماء على توريث الحمل<sup>4</sup> في سائر مذاهب أهل السنة والجماعة ولم يختلفوا على ذلك، وورد في كشاف القناع أن الحمل يرث، وَيَثْبُتُ لَهُ الْمَلِكُ بِمُجَرَّدِ مَوْتِ مَوْرَثِهِ بِشَرْطِ خُرُوجِهِ حَيًّا، قَالَ فِي الْقَوَاعِدِ الْفُقَهِيَّةِ: الَّذِي يَفْتَضِيهِ نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى أُمِّهِ مِنْ نَصِيبِهِ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْمَلِكُ بِالْإِرْثِ مِنْ حِينِ مَوْتِ أَبِيهِ.

<sup>1</sup> ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق شعيب الارنؤوط واخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 2009، ج2، ص919، حديث رقم 2750.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ج2، ص919، حديث رقم 2851.

<sup>3</sup> ضياء الدين المقدسي، السنن والأحكام عن المصطفى عليه افضل الصلاة والسلام، تحقيق حسين بن عكاشة، دار ماجد عسيري، السعودية، ط1، 2004، ج5، ص48، حديث رقم 5352.

<sup>4</sup> السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص50، مجد الدين بن تيمية و ابن مفلح المقدسي، المحرر على المذهب الحنبلي، الاوقاف السعودية، المجلد الأول، ص406، البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج5، ص50، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، المرجع السابق، ج5، ص113.

وَصَرَّحَ بِذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ وَأَنَّهُ لَا يَنْبُتُ لَهُ الْمُلْكُ إِلَّا بِالْوَضْعِ<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية توريث الحمل

وهذا من رحمة الله سبحانه وتعالى في المخلوقات، وهذا من عدل الإسلام وإنصافه، فقد كان العرب في الجاهلية لا يورثون البنات، ولا الزوجات، ولا الأمهات، ولا غيرهن من النساء، ولا الصغار؛ وإنما يرث الميت الأخ الأكبر، أو ابن العم، أو ابنه إذا كان بالغاً؛ لأن سبب الإرث عندهم القدرة على حمل السلاح، وحماية العشيرة والدفاع عن عز القبيلة ومجدها. ولهذا كان يقصرون الميراث على الكبار من الذكور بدعوى أنهم يحمون الديار، ويغيثون الملهوف ويحاربون العدو<sup>2</sup>.

ومن هنا جاء الإسلام العظيم ليُمحو كل الظلم الذي كان سائداً في الجاهلية، ولما كان الجنين لا يرث فهو أضعف الورثة، لاحتمالية وجوده، ولأن أمه كانت لا ترث، بل كانت جزءاً من التركة يتم توارثها. وقد اعتبره الإسلام من الورثة، وأعطاه حقه كاملاً من التركة، وقد أكدت السنة النبوية على ذلك، وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال : " إذا استهل المولود ورث "، وغيره من الأحاديث التي سبق ذكرها.

<sup>1</sup> بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص461.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الاسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، ص38،39.

## المبحث الثاني : شروط ميراث الحمل

وشروط الميراث عامة، هي وفاة المورث وحياة الوارث وتحقق سبب من أسباب الميراث، فإما بالقرابة أو الزوجية أو الولاء، ولأن الزوجية لا يفترض تحققها في الحمل، والولاء كذلك لا يمكن تحققه، فيبقى بذلك السبب الأول من أسباب الميراث وهو القرابة؛ وكذلك موت المورث حقيقة أو حكماً، وتحقق حياة الوارث، وانتفاء موانع الميراث عنه.

ولا يرث الحمل إلا إذا تحقق فيه شرطان أساسيان بالإضافة إلى الشروط العامة، فإذا لم يتحقق أحدهما لا يرث الحمل، ونستعرض هذين الشرطين من خلال المطلبين الآتين.

### المطلب الأول : وجود الحمل في بطن أمه عند وفاة مورثه

وهذا معناه أن يكون الحمل موجوداً في بطن أمه وقت وفاة مورثه. وطريق معرفة ذلك أن يولد حياً، في مدة يعلم منها أنه كان موجوداً في بطن أمه حين وفاة مورثه<sup>1</sup>. وشرط وجوده في البطن عند موت المورث لأن الوراثة خلافة والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفاً عن أحد فأدنى درجات الخلافة الوجود، حتى وإن كان الحمل نطفة في الرحم عند موت المورث فإنه يكون من جملة الورثة، فالنطفة في الرحم ما لم تفسد فهي معدة للحياة ولأن يكون منها شخص حي فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل<sup>2</sup>.

ومن هنا يجب أن نعلم أقل مدة للحمل وأقصاها.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص483.

<sup>2</sup> السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص51.

### الفرع الأول : أقل مدة للحمل

يقول السرخسي أن أدنى مدة للحمل هي ستة أشهر ، وقد اختلف الميراث إذا كان الحمل من الميت أو من غيره، فإذا لم يكن الحمل من الميت وجاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يرث، أما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا ميراث له وذلك إذا كان النكاح قائماً بين الزوجين، أما إذا كانت أمه معتدة من طلاق أو موت زوجها، فهو من جملة الورثة إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ وفاة المورث<sup>1</sup>.

وكذلك ورد في الاختيار أن الحمل إذا كان من غير الميت وجاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا يرث لاحتمال حدوثه بعد الموت، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فإنه يرث لانا نيقنا بوجوده عند موت مورثه<sup>2</sup>؛ وقد ذكر ابن القيم الجوزية كذلك أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر<sup>3</sup>.

وقد أجمع العلماء على أن أدنى مدة للحمل هي ستة أشهر، وقال ابن سلمون الكناني : وأقل مدة للحمل بإجماع العلماء ستة أشهر، أي لا يتم بعد الوطء إلا في ستة أشهر، فإن ولد لأقل من ذلك لم يلحق بالزوج<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الرخسي، المرجع السابق، ج30، ص50.

<sup>2</sup> مجد الدين أبو الفضل الحنفي، المرجع السابق، ج5، ص113-114.

<sup>3</sup> ابن القيم الجوزية، التبيان في أقسام القرآن، دار عالم الفوائد، د ط، د ت، ص509.

<sup>4</sup> ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام، دار الافق العربية، القاهرة، د ط، 2011، ص127.

ورأي قائل بأن أقل مدة للحمل تسعة أشهر لأن ذلك هو الغالب عند النساء<sup>1</sup> وهو رأي عند فقهاء الحنابلة، لكن الرأي الراجح عندهم هو أن أقل مدة حمل ستة أشهر.

ولم يفرق قانون الأسرة الجزائري بين الحالتين في ميراث الحمل، واشترط وجود الحمل في بطن أمه عند موت مورثه، فإذا ادعت أمه ذلك و كذبها الورثة فيتم عرضها على أهل المعرفة وهم الأطباء، وقد حدد أقل مدة للحمل بستة أشهر من خلال الأمر 02\05 المادة 42 بقوله "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، وقد جاءت الاجتهادات القضائية مؤكدة على هذا الحكم، فقد نص القرار رقم 35087 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/17 أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، وأن الولادة الناتجة عن زواج لم يمض عليه ستة أشهر لا يثبت نسبها للزوج.<sup>2</sup>

وهذا متوافق مع ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية وفقهاؤها، ومتوافق مع قوله تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" الأحقاف 15، فتكون مدة الحمل ستة أشهر بإنقاص العامين من الثلاثين شهرا، والناتج هو ستة أشهر وهي أقل مدة للحمل، وقد ذكر ابن عاشور في تفسيره للآية الكريمة من سورة الأحقاف "من بديع معنى الآية جمع مدة الحمل إلى الفصال في ثلاثين شهرا لتطابق مختلف مدد الحمل، ستة أشهر وسبعة أشهر وثمانية أشهر وتسعة أشهر وهو

<sup>1</sup> محمد بن قدامة المقدسي، المقنع، مكتبة السوادي، جدة، ط1، 2000، ص376.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، (غرفة الأحوال الشخصية)، قرار رقم 35087، بتاريخ 1984/12/17، قضية بين(ت ن ب أ ضد ت ص ب أ)، المجلة القضائية، العدد1، 1990، ص86.

الغالب، وقد جعل علي بن أبي طالب رضي الله عنه هذه الآية مع آية سورة البقرة : " والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين" البقرة 233، دليلا على أن الوضع قد يكون لستة أشهر<sup>1</sup> .  
و الطب يقرر أن أقل مدة للحمل الذي يمكنه العيش بعده ستة أشهر<sup>2</sup>، ويتفق أهل الطب والفقهاء حول أقل مدة للحمل، إذ تؤكد الشواهد الطبية أن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلا للحياة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني : أقصى مدة حمل

لقد اختلف الفقهاء في أقصى مدة للحمل، ويرجع سبب الاختلاف إلى أن آراءهم مبنية على سماع ما يعرض عليهم من حالات في زمانهم، ولعدم وجود دليل واضح من الكتاب والسنة على أقصى مدة للحمل، وقد تراوحت آراءهم بين التسعة أشهر، إلى سبع سنين، ويأتي بيان ذلك في الآتي :

### أولا : عند فقهاء المالكية

قال الإمام مالك رضي الله عنه أن أقصى مدة للحمل خمسة أعوام وبه القضاء والحكم عند المالكية<sup>4</sup>، وفي بداية المجتهد أنه اختلف فيه فقليل أربع سنين وقيل خمس سنين وقال بعض أصحاب مالك سبع سنين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج 26، ص30.

<sup>2</sup> محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، ط4 1983 ، ص451.

<sup>3</sup> احمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص375.

<sup>4</sup> ابن سلمون الكناني، المرجع السابق، ص127.

<sup>5</sup> ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1982، ج2، ص93، 358.

ثانيا : عند فقهاء الشافعية

وقد وافق الشافعية بما ذهبوا إليه رأي المالكية في أن أقصى مدة للحمل هي أربع سنين، إذا زاد الحمل عنها فلا يلحق الابن بالزوج<sup>1</sup>، وروى الإمام الشافعي عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد القرشي أنه قال: أراني سعيد بن المسيب رجلاً وقال: إن أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين، فولدته وله ثانياً<sup>2</sup>.

ثالثا : عند الحنابلة

وقالوا بأن أكثر مدة للحمل أربع سنين، لأن ما لا نص فيه يرجع إلى الوجود وقد وجد أربع سنين<sup>3</sup>.

وهذا هو الرأي عند الجمهور عامة، ودليلهم على ذلك رواية الإمام مالك بن أنس "هَذِهِ جَارِتُنَا امْرَأَةٌ مُحَمَّدِ بْنِ عَجَلَانَ امْرَأَةٌ صِدْقٍ وَرَوْجُهَا رَجُلٌ صِدْقٍ حَمَلَتْ ثَلَاثَةَ أَبْطُنٍ فِي اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً تَحْمِلُ كُلَّ بَطْنٍ أَرْبَعَ سِنِينَ"<sup>4</sup>

رابعا : عند فقهاء الحنفية

وقد خالف الحنفية الجمهور، فذهبوا إلى أن أكثر الحمل سنتان لما روي عن عائشة أنها قالت: لَا يَبْقَى الْوَلَدُ فِي رَحِمِ أُمِّهِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ وَلَوْ بِفَرْكَ مَعْزِلٍ، فإذا جاءت به لأكثر من سنتين لا يلحق نسبه بالزوج، إلا أن تكون في طلاق رجعي ما لم تقرّ بانتهاء العدة، فإذا أقرت

<sup>1</sup> الإمام الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1990، ج5، ص327.

<sup>2</sup> أبو البقاء الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، تحقيق لجنة علمية، دار المنهاج، جدة، ط1، 2004، ج8، ص139.

<sup>3</sup> بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص414.

<sup>4</sup> الدارقطني، سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، بيروت، ط1، 2004، ج4، ص500.

الحديث رقم 3877.



بانتهاء عدتها فلا يلحق الولد بالزوج<sup>1</sup>، وذكر السرخسي في المبسوط: وَإِنْ كَانَتْ مَعْتَدَةً فحِينَئِذٍ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْذُ وَقَعَتِ الْفِرْقَةُ بِمَوْتِ أَوْ طَلَاقٍ فَهُوَ مِنْ جَمَلَةِ الْوَرِثَةِ، وَإِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سَنَتَيْنِ فَلَيْسَ مِنْ جَمَلَةِ الْوَرِثَةِ<sup>2</sup>، وكذلك في رد المختار على الدر المختار أن أكثر مدة للحمل سنتان، وأن النسب لا يثبت للزوج إذا جاءت به لأكثر من السنتين<sup>3</sup>.

#### خامسا : عند الظاهرية

وقد ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن أكثر مدة للحمل تسعة أشهر، فلا يجوز أن يكون حمل لأكثر من تسعة أشهر، وذلك لقول عمر بن الخطاب (رضي الله عنه): "أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حِيْضَتَيْنِ ثُمَّ قَعَدَتْ فَلْتَجْلِسَ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلَهَا فَإِنْ لَمْ يَسْتَبِينَ حَمْلَهَا فِي تِسْعَةِ أَشْهُرٍ فَلْتَعْتَدْ بَعْدَ التَّسْعَةِ الْأَشْهُرِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ عِدَّةَ الَّتِي قَدْ قَعَدْتَ عَنِ الْمَحِيْضِ"، فيقول: فهذا عمر لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر وهو قول محمد ابن عبد الله بن عبد الحكم وأبي سليمان وأصحابنا؛ قال علي: إِلَّا أَنْ الْوَلَدَ قَدْ يَمُوتُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ فَيَتِمَادِي بِلَا غَايَةَ حَتَّى تَلْقِيَهُ مُتَقَطِعًا فِي سَنَيْنِ، فَإِنْ صَحَّ هَذَا فَإِنَّهُ حَمْلٌ صَحِيحٌ لَا تَنْقُضِي بِهِ عِدَّتَهَا إِلَّا بِوَضْعِهِ كُلِّهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَوْقِفُ لَهُ مِيرَاثٌ وَلَا يَلْحَقُ أَصْلًا لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ أَنْ يُولَدَ حَيًّا وَلَوْ سَعَتْ عِنْدَ تَيَقُّنِ ذَلِكَ فِي إِسْقَاطِهِ بِدَوَاءٍ لَكَانَ مَبَاحًا لِأَنَّهُ مَيِّتٌ بِلَا شَكٍّ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مجد الدين أبو الفضل الحنفي، المرجع السابق، ج3، ص179.

<sup>2</sup> السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص50.

<sup>3</sup> ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص540.

<sup>4</sup> ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د ط، ج10، ص316، 317.

وفي ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب قوله "أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ قَعَدَتْ، فَلْتَجْلِسَ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلُهَا"، وما روي عن ابن عمر "إذا حاضت حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا فَإِنَّهَا تَعُدُّ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، ثُمَّ قَدْ خَلَتْ"<sup>1</sup>. وهو ما استند إليه ابن حزم الظاهري .

#### سادسا : الرأي الطبي على أقصى مدة للحمل

وأكثر الحمل عند الأطباء لا يزيد عن شهر بعد التسعة أشهر، وإلا مات الجنين في بطن أمه، وما زاد عن ذلك فيكون نتيجة لخطأ في الحساب، ويؤكدون على استحالة ما روي في الفقه من مدة الحمل التي تتجاوز هذا الحد، وأن كثيرا من الحالات التي تزعم فيها النساء أنهنَّ حوامل لعدة سنوات، فإنما يكون ذلك الحمل الكاذب، وهو حالة تصيب النساء اللاتي يبحثن عن الإنجاب، فتنتفخ البطن بالغازات وينقطع الحيض، فتعتقد المرأة أنها حامل رغم الفحوص الطبية التي تؤكد عدم وجود الحمل، وربما يحدث أنها تحمل فعلا، فتضعه طفلا طبيعيا، وتعتقد أنها قد حملته لسنتين أو ثلاث أو أكثر<sup>2</sup>.

ويذكر الدكتور احمد كنعان في ذلك أن مدة الحمل الحقيقية مائتان وست وستون يوما، أي نحو تسعة شهور قمرية، وقد تخطئ المرأة في حساب عمر حملها إن كانت عادتتها الشهرية غير منتظمة، ويتراوح هذا الخطأ ما بين أسبوعين زيادة أو أسبوعين نقص، وكما يمكن للجنين أن يولد قبل تمام مدة الحمل المعتادة فإنه قد يمكث في رحم أمه أطول من هذه المدة، وتكون

<sup>1</sup> عبد الرزاق الصنعاني، مصنف عبد الرزاق الصنعاني، المجلس العلمي، الهند، ط2، ج6 ص338-339، الحديث رقم

11095 ورقم 11096.

<sup>2</sup> محمد علي البار، المرجع السابق، ص455،456.

هذه الفترة وجيزة لا تزيد عن أسبوعين أو ثلاثة في الغالب، وإذا تأخرت الولادة عن الأسبوع

الثاني والأربعين من الحمل، تنقص نسبة سلامة الجنين ويصبح في خطر حقيقي<sup>1</sup>.

وللحمل علامات ظاهرة تدل عليه، كانقطاع الطمث، وانتفاخ البطن تدريجيا، وغيرها من

العلامات الظاهرة، كما يمكن التثبت من وجود الحمل بعد أيام قليلة من بدئه وقبل ظهر أي

علامات من خلال الوسائل الطبية الحديثة<sup>2</sup>.

وهذا ما سار عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 42 والمادة 43 حيث اعتبر أقصى مدة

للحمل عشرة أشهر، مخالفا بذلك مذهب الجمهور و الحنفية، مقاربا للظاهرية بقولهم، مسايرا

للطب الحديث مضافا إليه شهر احتياطاً، وبذلك يقر قانون الأسرة الجزائري أن الولد ينسب

للزوج إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الوفاة أو الانفصال، وذلك إذا أمكن

الاتصال كما ورد في المادة 41 من نفس القانون، فيترتب على ذلك كل حقوق الولد من نسب

وميراث، وكذلك لا ينسب الولد للزوج إذا وضعته بعد عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو

الوفاة.

وبهذا يتيقن من وجود الحمل في بطن الأم إذا وضعته في مدة أقلها ستة أشهر من تاريخ

الزواج، وأقصاها عشرة أشهر من تاريخ وفاة الزوج، ويكون بذلك مستحقا للميراث وبعد من

جملة الورثة، وإذا جاءت به في فترة دون ستة أشهر من تاريخ الزواج والبناء، أو لأكثر من

<sup>1</sup> احمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص375.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص373.

عشرة أشهر من تاريخ الوفاة، فإنه لا يلحق نسبه بالزوج، ولا يكون من جملة الورثة، لعدم وجوده في بطن أمه عند وفاة مورثه.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية رقم 222674 الصادر بتاريخ 1999/06/15، أن الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل في مدة أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : ولادة الحمل حياً

وهو الشرط الثاني لتوريث الحمل، فإذا تحقق وجوده في بطن أمه عند موت مورثه، فلا بد من ولادته حياً حتى يكون وارثاً، فإذا ولد ميتاً فإنه لا يرث، وعند الحنفية إذا انفصل بنفسه ميتاً فإنه لا يرث، أما إذا فصل فهو من جملة الورثة. وبيانه أنه إذا ضرب إنسان بطن الحامل فألقت جنيناً ميتاً فهذا الجنين من جملة الورثة؛ لأنَّ 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<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، قرار رقم 222674، بتاريخ 1999/06/15، قضية بين (ع ب و م ل) المجلة القضائية، العدد 1، 1999، ص 126.

<sup>2</sup> لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، ط2، ج6، ص456.

### الفرع الأول : حالات ولادة الحمل ورأي الفقهاء في ميراثه

وللحمل إذا خرج من بطن أمه عدة أحوال، يرث على أساسها ولا يرث، وبيانها كالاتي:

#### أولاً : إذا خرج من بطن أمه ميتاً

وهو ما يسمى بالإجهاض، وهو إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة، ويسمى أيضاً الإسقاط والطرح والإملاص، فإذا نزل قبل أن يتم عشرين أسبوعاً في بطن أمه أو كان وزنه أقل من نصف كيلو غرام سمي سَقْطاً، ولا يكون قابلاً للحياة عادة، أما إذا نزل ما بين ( أربعة وعشرين إلى ستة وثلاثين أسبوعاً ) فيسمى خديجاً، ويكون في الغالب قابلاً للحياة ولكنه يحتاج غالباً لعناية طبية جيدة ..، ومعظم حالات الإجهاض تحصل بصورة عفوية، دون تحريض خارجي؛ وقد يحصل الإجهاض عمداً بطريقة مصطنعة باستعمال الأدوية أو بعض المواد المجهضة أو بغيرها من الوسائل والطرق<sup>1</sup>.

ففي هذه الحالة فإنه لا يرث بإجماع العلماء<sup>2</sup>، إلا أن الحنفية اعتبروا الجنين إذا انفصل بجناية من جملة الورثة كما أسلفنا آنفاً، وخالفهم الجمهور فورد في التهذيب، فإن خرج ميتاً بضرب ضارب يجب على الضارب الغرة وتورث الغرة عن الجنين، ولا يورث منه ما وقفنا له من ميراث أبيه؛ لأننا نجعله حياً في حق الضارب خاصة بإيجاب الغرة عليه، وكذلك نجعله حياً في توريث الغرة خاصة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> احمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص42.

<sup>2</sup> البغوي، المرجع السابق، ج5، ص51، السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص51، محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، ص213.

<sup>3</sup> البغوي، المرجع السابق، ج5، ص51.

ثانيا : إذا خرج بعضه حيا ثم مات قبل انفصاله

ففي هذه الحالة فإنه لا يرث عند الجمهور ، فلو خرج بعضه حيا ومات قبل الانفصال فهو كما لو انفصل ميتا ولا عبرة لحياته قبل تمام الانفصال ، حتى لو خرج بعضه حيا ومات قبل خروجه لم يرث ، لأنه لا يعطى حكم الحياة حتى ينفصل جميعه حيا<sup>1</sup>.  
وقد ذهب القول عند الحنفية أن الجنين يرث إذا خرج أكثره حيا و تحرك عضو من أعضائه فهذا دليل على أنه حي ، وإذا خرج أقله فكذلك لا يكون دليل كونه حيا<sup>2</sup>.  
ويرى الظاهرية أن خروج بعض الحمل ، أكثره أو أقله ، فهو كمن خرج كله حيا ، فهو يرث إذا بدت عليه الحياة ولو لم يستهل<sup>3</sup>.

ثالثا : إذا خرج كله حيا

وهي الحالة التي يرث فيها الجنين باتفاق الفقهاء ، إلا أن الاختلاف قائم على ما تعرف به حياة الجنين ، فاتفق الفقهاء على أن الاستهلال علامة حياة المولود ، والاستهلال هو رفع الصوت بالبكاء ومثله العطاس والبكاء أو الحركة الطويلة أو الرضاعة ، لأن هذه الأشياء دالة على الحياة المستقرة فثبت لها أحكام الحي كالاستهلال<sup>4</sup>. فإذا كانت فيه أي حركة تدل على الحياة ورث ، ولو مات في الحال صرف المال لورثته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> البغوي، المرجع نفسه، ج5، ص51.

<sup>2</sup> السرخسي، المرجع السابق، ج30، ص50، 51.

<sup>3</sup> ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، ج8، ص343.

<sup>4</sup> البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص463.

<sup>5</sup> البغوي، المرجع السابق، ج5، ص51.

وروي عن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: مَا مِنْ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ إِلَّا رَكَضَهُ الشَّيْطَانُ فَيَسْتَهْلُ صَارِخًا مِنْ رَكَضَتِهِ إِلَّا عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ وَأُمُّهُ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ ثُمَّ قَرَأَ: "وَأَنِّي أُعِيدُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ" آل عمران 36، فَمَتَّى اسْتَهْلَ الْمَوْلُودُ صَارِخًا فَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورِثُ.

وروى محمد بن عبد الله بن قسيط عن أبي هريرة عن النبي ( صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ) أَنَّهُ قَالَ: "إِنْ اسْتَهْلَ الْمَوْلُودُ وَرِثَ" وَالِاسْتِهْلَالُ هُوَ الصَّرَاخُ، وَرَفْعُ الصَّوْتِ، وَلِذَلِكَ قِيلَ: إِهْلَالُ الْحَجِّ لِرَفْعِ الصَّوْتِ فِيهِ بِالتَّلْبِيَةِ، وَاسْمِي الْهَلَالُ هَلَالًا لِاسْتِهْلَالِ النَّاسِ بِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ رُؤْيَيْهِ.

فَأَمَّا مَا سِوَى الْاسْتِهْلَالِ فَقَدْ اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ فَحَكِي عَنْ شُرَيْحٍ وَالنَّخَعِيِّ وَأَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ لَا يَرِثُ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِخًا وَلَا يَقُومُ غَيْرُ الْاسْتِهْلَالِ مَقَامَ الْاسْتِهْلَالِ، وَقَالَ الزُّهْرِيُّ: الْعُطَّاسُ اسْتِهْلَالٌ وَيُورِثُ بِهِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْبُكَاءُ وَالْعُطَّاسُ اسْتِهْلَالٌ وَيَرِثُ بِالثَّلَاثَةِ لَا غَيْرَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَالصَّحَابَةُ بِأَيِّ وَجْهِ عُلِمَتْ حَيَاتُهُ مِنْ حَرَكَةٍ أَوْ صِيَاحٍ أَوْ بُكَاءٍ أَوْ عَطَّاسٍ وَرِثَ وَيُورِثُ؛ لِأَنَّ الْحَيَاةَ عَلَّةُ الْمِيرَاثِ فَبِأَيِّ وَجْهِ عُلِمَتْ فَقَدْ وَجِدَتْ، وَوُجُودُهَا مُوجِبٌ لِنَتَقُلُّ الْإِرْثَ بِهَا ثُمَّ اخْتَلَفُوا إِذَا اسْتَهْلَ قَبْلَ انْفِصَالِهِ ثُمَّ خَرَجَ مَيِّتًا فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ إِذَا اسْتَهْلَ بَعْدَ خُرُوجِ أَكْثَرِهِ وَرِثَ وَيُورِثُ وَإِنْ خَرَجَ بَاقِيَهُ مَيِّتًا، وَعَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لَا يَرِثُ إِلَّا

أَنْ يَسْتَهْلَ بَعْدَ انْفِصَالِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الْحَمْلِ مَا لَمْ يَنْفَصِلْ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعِدَّةَ لَا تَنْقُضِي بِهِ زَكَاةَ الْفَطْرِ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ انْفِصَالِهِ<sup>1</sup>.

أما ابن حزم الظاهري فيرى أن الاستهلال ليس يعني الصراخ والعطاس بالضرورة، فقد ورد في المحلى قوله: إِنَّ لَفْظَةَ "الِاسْتِهْلَالِ" فِي اللَّغَةِ هُوَ الظُّهُورُ، تَقُولُ اسْتَهْلَ الْهَالُ بِمَعْنَى ظَهَرَ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ: إِذَا ظَهَرَ الْمَوْلُودُ وَرِثَ، وَأَنْ أَيْ حَرَكَةُ دَالَةٍ عَلَى الْحَيَاةِ تَفِيدُ تَحَقُّقَ حَيَاةِ الْمَوْلُودِ، فَإِنَّهُ يَرِثُ<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : ما ذهب إليه المشرع الجزائري

وقد وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في اشتراط ولادة الحمل حيا، فقد نصت المادة 134 من القانون 84-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 على : " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامات ظاهرة بالحياة " وبذلك يكون المشرع قد سار وفق ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط الاستهلال أو ما تعرف به حياة الجنين لاعتبار المولود حيا وتوريثه، وكذلك فإنه خالف الحنفية في توريث من ينفصل أكثره حيا ثم يموت، فلم ينص على شيء من هذا، وكذلك لم يتطرق إلى من انفصل عن أمه ميتا بجناية، لم يعتبره من جملة الورثة، فيكون بذلك قد سار على مذهب الجمهور، وهذا هو الأرجح والأصح، لأن حياة الوارث شرط من شروط الميراث، والجنين إذا ولد ميتا انتفى عنه الشرط، سواء كان سبب موته طبيعيا أو بجناية، وكذلك في ما يخص الاستهلال فإن المشرع قد

<sup>1</sup> الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد معوض و عادل

احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999، ج8، ص172.

<sup>2</sup> ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ج8، ص345.



اختار ما هو متناسب مع عصرنا هذا وما فيه من تطور علمي وطبي، فمع توفر الأجهزة الطبية الدقيقة، صار من السهل التأكد من الحياة باستشعار دلائلها الخفية التي لا تظهر بالحواس.

### خلاصة الفصل الأول:

نستخلص من خلال ما استعرضناه في الفصل الأول:

أن الجنين يعتبر من جملة الورثة، وأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريفه ولم يبين كذلك ما يعتبر جنينا وما لا يعتبر كذلك، واكتفى باعتباره من جملة الورثة.

ويجب أن يتوفر شرطان أساسيان لتوريث الجنين، وهما أن يكون موجودا في بطن أمه عند وفاة مورثه، وأن يولد حيا حتى يكون مستحقا للميراث، ونرى أن المشرع الجزائري قد طالب بتوفر الشرطين لتوريث الحمل، وأنه قد سار وفق ما ذهب إليه الفقهاء في تحديد أقل مدة للحمل بستة أشهر، وأنه اتجه نحو الرأي الطبي في تحديد أقصى مدة للحمل، وهو أصح وأدق من باقي الآراء الفقهية التي لم تبنى على أدلة علمية أو مشاهدة دقيقة، ونرى أيضا أن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور في اشتراط ولادة الحمل كله حيا بخلاف الحنفية الذين ذهبوا إلى أن الجنين إن ولد أكثره حيا ثم مات قبل ولادته كله يرث ويورث، معتبرا كذلك أن الاستهلال دليلا على حياة المولود، محددًا إياه بالصراخ، وكذلك معتبرا أي علامة ظاهرة بالحياة دليلا على حياة المولود كالاستهلال، وهو نفس ما ذهب إليه الشافعية والحنفية.