

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق  
تخصص: قانون أسرة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: العلوم القانونية والإدارية

رقم: .....

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

# الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري لأحكام الميراث المختلف فيها

إشراف الاستاذ :  
لعمارة عبد الرزاق

اعداد الطلبة:  
- بركات هارون الشريد

- بورزق حنان

لجنة المناقشة :

اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
د مهدي رضا	أستاذ محاضر أ	رئيسا
د لعمارة عبد الرزاق	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
د. عبدلي حمزة	أستاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية : 2022/2021



منحى بالقرار رقم 222/06/19 المؤرخ في .....  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

تموزح التصريح الشرقي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز بحث

أنا المصغر المستند  
السادة: **مركبات هارون بوسعيد** نصفة مكرم الجليل بالبحث  
الجزائري في منطقة التعريف الوطنية رقم **222/06/19** الصادر بتاريخ **22/08/19**  
تتمتع بالكتابة / معهد **المشوق** / **إسم المشوق**  
والتكليف في إنجاز أعمال بحث (مذكورة التخرج - مذكرة ماجستير - مذكرة دكتوراه - أطروحة دكتوراه).  
صوبه

أصبح يتسوي في كرام مراجعة المعايير العسمة والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

تاريخ

222/06/19

توقيع المعني (ب)



## استمارة معلومات

Prénom **BARKAT**

Nom **HAROUN RACHID**

### المعلومات الشخصية:

الاسم: **هارون الرشيدي**

اللقب: **مرحات**

رقم التسجيل: ..

اسم الأب: **محمد الفاطمي** اسم ولقب الأب: **مليكة ساكر**  
تاريخ الانتهاء: **24-04-1982** مكان الانتهاء: **أولاد دراج بالمسيلة**  
رقم الهاتف: **0664 71 80 27**

البريد الإلكتروني: **barkat.haroun@spc.dz**

العنوان الشخصي: ..

### الباكالوريا:

المعدل: **9,89** الشعبة/التخصص: **علوم شرعية** سنة الحصول على شهادة البكالوريا: **1999**

التميز/المهندس/DEUA: الشعبة/التخرج

Spécialité : ..

تخصص: **ليبسانس حقوقاً 2003**

Filière : ..

الشعبة: **علوم قانونية وإدارية**

القسم: ..

### الوضعية المهنية:

موظف:  عاطل عن العمل:

### في حالة موظف:

وظيفة صومرية:  قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: **RA** اسم المؤسسة / الشركة: **Soveldgaz**

الرتبة في العمل: ..

### الصفة:

موظف دائم:  موظف في إطار عقود:  نوع العقد:

امضاء الطالب

ملحق بالقرار رقم 10824... المؤرخ في 27 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد(ة): **بورزق حنان** ... الصفة: طالب. إنجاز. بالبحث  
الحامل (ة) لمطابقة تعريف الوطنية رقم: 20178146 والصادرة بتاريخ: 2017/08/27  
المسجل (ة) بكلية / معهد **المفتوح** قسم: **المفتوح**  
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج. مذكرة ماستر. مذكرة ماجستير. أطروحة دكتوراه).  
عنوانها: **الاختيارات الفقهية للمسرح الجزائري في وسائل  
الميراث المختلفة**  
أصرح بشرفي أنني أتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية ونزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور اعلاه.

التاريخ: 2022/06/19

توقيع المعني (ة)



## استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

Prénom: Hanane

Nom: Bourezeg

الاسم: حنان

اللقب: بورزق

رقم التسجيل:

اسم الأب: السعيد اسم ولقب الأم: مرزاقة سعدي

تاريخ الازدياد: 1982-04-02 مكان الازدياد: المسيلة

رقم الهاتف: 0666 14 60 40

البريد الالكتروني: barkat.narcane@spc.dz

العنوان الشخصي:

حي عدل - 1600 مسكن - المسيلة

الباكالوريا:

المعدل: 11,58 . الشعبة/التخصص: علوم الطبيعة والحياة سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2001

الليسانس/المهندس/DEUA: الدرجة/سنة التخرج

Spécialité: .....

تخصص: حقوق ليسانس 2001

Filière: .....

الشعبة: علوم قانونية وإدارية.

القسم:

الوضعية المهنية:

عاطل عن العمل:

موظف:

في حالة موظف:

قطاع خاص:

وظيف عمومي:

اسم المؤسسة / الشركة: مدرسة بورويس علي - مديرية التربية

المصلحة المستخدمة:

الرتبة في العمل:

الصيغة:

نوع العقد:

موظف في إطار عقود:

موظف دائم:

امضاء الطالب

## شكر وتقدير

الحمد والشكر لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووقفنا إلى انجاز هذا العمل .

ثم الشكر و الامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف لعمارة عبد الرزاق الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لنا في إتمام هذه المذكرة.

# مقدمة

أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة للأسرة واعتبرتها من أهم المواضيع ، فالمتتبع لنصوصها يجد أن هذا الموضوع قد ظفر بعدد كبيرة من النصوص، وتبعاً لذلك جاء ق.أ.ج موافقاً لما جاء في الشريعة الإسلامية حيث استند المشرع الجزائري في صياغته لأحكام هذا القانون إلى مصادر التشريع الإسلامي من كتاب، سنة، إجماع، قياس، واجتهاد بما فيه المذاهب الفقهية المتعددة، ثم إن وجد إغفال أو غموض في بعض النصوص القانونية يحيلنا إلى الفقه الإسلامي عموماً دون تحديد مذهب معين ، كما هو الشأن في المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

كما يعتبر علم الفرائض من العلوم الجليلة والتي تكتسي أهمية بالغة ضمن العلوم الشرعية، وذلك لأن الحق سبحانه وتعالى حدد فيه الفروض بنفسه، ولم يترك ذلك لملك منزل ولا لنبي مرسل، وتولى سبحانه تحديد نصيب كل صاحب فرض، وذلك لتعلقه بالحقوق المالية للأفراد وما لذلك من آثار ومدعاة لنشوب الأحقاد والانشقاقات بين الورثة، وما يمكن قوله بصفة عامة أن أكثر مواضيع الميراث محل إجماع بين علماء الأمة .

أما الاختلاف فيرجع إلى بعض الأحكام التي وردت مجملة حيث اجتهد الفقهاء ومن قبلهم الصحابة في إيجاد حلول وتفسيرات حسب فهمهم لنصوص آيات المواريث أو حتى في المسائل لم يرد فيها نص خاص ، أما في قانون الأسرة الجزائري يلاحظ أن المشرع يخرج من حين إلى آخر وفي عدد محدود من المسائل عن دائرة المذهب المالكي إلى مذاهب أخرى كالحنفي والظاهرية وغيرهما ، وهذا لا يتنافى مع الأصل الذي عليه من موافقة المرجعية المالكية المندرجة ضمن الإجماع أحياناً ، وضمن رأي جمهور فقهاء الأمة أحياناً أخرى ، وهو في نفس الوقت متماشياً مع ما نص عليه في المادة 222 " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

ومنه جاءت الإشكالية التي يثيرها الموضوع كما يلي: ما هي الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري في أحكام الميراث المختلف فيها ؟

فيما تعارض قانون الاسرة الجزائري مع قواعد الميراث وأحكام الشريعة الإسلامية ؟

وما هي الأحكام المستمدة من رأي الجمهور بما فيهم المالكية ؟

وما هي الأحكام المستمدة من رأي الجمهور دون المالكية

### أسباب اختيار الموضوع :

ترجع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فالأولى فلكون

- طبيعة موضوع الميراث الذي هو من أهم النقاط التي عالجها الدين الإسلامي بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة
- طبيعة الاختصاص الذي اخترناه في دراستنا لشهادة الماستر ألا هو قانون الأسرة والميراث أحد مواضيعه.
- محاولة معرفة موقف المشرع الجزائري من الاختلاف الواقع بين المذاهب الأربعة في بعض مسائل الميراث .

### أهمية الموضوع :

يعتبر الميراث من أهم المواضيع التي خصها الإسلام والمشرع بعناية خاصة ، وذلك راجع لما يؤول عن أحكاما من تحقيق للحق ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، ولرفع الغبن واللبس في طريقة تقسيم الميراث بين الورثة ، لسد باب العداوة والبغضاء بين الورثة.

### منهج الدراسة :

اقتضت طبيعة الدراسة إلى إتباع المنهج الوصفي الملائم للدراسات القانونية بالإضافة إلى الاستعانة أحيانا بالمنهج التحليلي من اجل تبيان وشرح موقف المشرع من بعض المسائل القانونية المتعلقة بالدراسة ، وكذا المنهج المقارن من خلال التطرق إلى القوانين والاجتهادات القضائية ومحاولة المقارنة فيما يخص هذا الموضوع.

وللإجابة على هذا التساؤل تم تقسيم هذه الدراسة وفقا للخطة الآتية :

مقدمة

الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الفقهية الأربعة

المبحث الأول : الميراث

المبحث الثاني: المسائل التي سار فيها ق. أ. ج وفق اجتهاد معين

المبحث الثالث: المسائل التي تعارض فيها ق. أ. ج مع أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد

العامة في الميراث

الفصل الثاني : أحكام الميراث المختلف فيها المستمدة من دائرة المذاهب الفقهية الأربعة

المبحث الأول : الأحكام المستمدة من رأي الجمهور بما فيهم المالكية

المبحث الثاني: الأحكام المستمدة من رأي الجمهور دون المالكية

الخاتمة

## الفصل الأول

أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق  
أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

### الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

#### المبحث الأول : الميراث

يعتبر الميراث من أهم المواضيع المستمدة من الشريعة الإسلامية ، وحظيت باهتمام كبير من قبل الفقهاء والمشرعين ، من أجل تبيان أحكامه وضبطها ، ولهذا سنقوم في بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين جاء الأول بمفهوم الميراث أما المطلب الثاني فكان الحكمة من مشروعيته.

#### المطلب الأول : مفهوم الميراث

من المتعارف عليه أن بداية دراسة أي موضوع تكون بتقديم مفهوم لهذا الموضوع وذلك من خلال التعريف اللغوي وكذا التعريف الاصطلاحي ، ومنه سنحاول في هذا المطلب تقديم مفهوم الميراث ، أو ما يسميه الفقهاء علم الفرائض وعلم الموارث<sup>1</sup>، بالإضافة إلى توضيح أسباب الميراث وكذا أركانه والشروط اللازمة له .

#### الفرع الأول: المدلول اللغوي والاصطلاحي للميراث

وسنتناول في هذا الفرع كلا من المدلول اللغوي للميراث أولاً، والمدلول الاصطلاحي ثانياً.

#### أولاً/ لغة

الميراث لغة له معنيان: الانتقال والبقاء .

**1. - الانتقال:** نقول فلان ورث مال فلان أي انتقلت إليه أمواله، ومنه قوله تعالى: "وعلى الوارث مثل ذلك"، وهذا انتقال مادي، وقد يكون الانتقال معنويًا مثل انتقال

<sup>1</sup>- أنظر : أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ص 197.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

العلم والأخلاق والنبوة، وفي هذا المعنى جاء قول الله تعالى (وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ وَقَالَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ عُلِّمْنَا مَنْطِقَ الطَّيْرِ وَأُوتِينَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ إِنَّ هَذَا لَهُوَ الْفَضْلُ الْمُبِينُ)<sup>1</sup>، وقوله: (يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا)<sup>2</sup>، وقال الرسول (صلى الله عليه وسلم): "العلماء ورثة الأنبياء، وأن الأنبياء لم يورثوا درهما ولا ديناراً، وإنما ورثوا هذا العلم فمن أخذ به فقد أخذ بحظ وافر".

- البقاء : وبهذا المعنى قال جل وعلا: (وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ)<sup>3</sup>.

### ثانيا / اصطلاحا

يعرف الميراث اصطلاحاً بأنه قواعد يعرف بها نصيب كل مستحق في التركة<sup>4</sup>، أو هو قواعد من الفقه والحساب نعرف من دراستها كل وارث، ونصيبه الذي يستحقه من التركة<sup>5</sup>.

• وعرفها الفقيه المالكي الدردير بقوله: "علم يعرف به من يرث ، ومن لا يرث ، ومقدار ما لكل وارث<sup>6</sup>".

أما الفرائض فهي جمع مفردة فريضة، ولها عدة معاني، منها النصيب المعين والمحدد والمقدر شرعاً لمستحقه من الورثة، والفرص في اللغة هو التقدير<sup>7</sup>.

ولكي تقسم التركة على أصحابها لابد من معرفة الأسس والقواعد الكبرى التي بني عليها الميراث، فالإرث له أركان وأسباب وشروط وموانع، فأركانه ثلاثة، وإرث ومورث وشيء موروث، وأسبابه أربعة، القرابة المخصوصة، والولاء، وبيت المال، والنكاح ولو فاسداً،

<sup>1</sup>- سورة النمل ، الآية 16.

<sup>2</sup>- سورة مريم ، الآية 6.

<sup>3</sup>- سورة الحجر ، الآية 23.

<sup>4</sup>- منشأوي عثمان عبود، الوجيز في الميراث على المذاهب الأربعة، مطبعة وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص4.

<sup>5</sup>- شحاتة عبد الغني الصباغ ، دروس في الفرائض ، منشورات وزارة الشؤون الدينية، ط1 ، 1993، ص 10.

<sup>6</sup>- أحمد الدردير، مرجع سابق ، ص 197.

<sup>7</sup>- شرح العلامة أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق مع شرح قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي الغروي على متن الرسالة لأبن أبي زيد القيرواني، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1982، ج 2 ، ص316.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

حيث كان مختلفا، ولو لم يحصل دخول ، وشروطه ثلاثة، تقدم موت الموروث، واستقرار حياة الوارث بعده، والعلم بالجهة المقتضية للإرث.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: أسباب الميراث

#### أولا/ القرابة الحقيقية

تتمثل في رابطة النسب وهي الوالدان، والأولاد، والإخوة، والأعمام، وغيرهم ويمكن أن نقول بإيجاز؛ الوالدان والأولاد ومن انتسب إليهم، ويشمل أصول الميت وفروع أصوله القريبين والبعيدين<sup>2</sup>، حيث جاءت المواد 126 و 139 إلى غاية 142 من ق.أ.ج على ما يلي:

- المادة 126: أن القرابة تعتبر سبب من أسباب الإرث. المادة 139: ينقسم الورثة إلى أصحاب فروض، عسبة، ذوي الأرحام.
- المادة 140: ذوو الفروض هم الذين أسهمهم في التركة شرعا.
- المادة 141: يرث من النساء البنت وبنت الابن، وإن نزل، والام والزوجة والجدة من الجهتين وإن علت، والأخت الشقيقة، والأخت لأب، والأخت لأم.
- المادة 142: يرث من النساء البنت وبنت الابن، وإن نزل، والام والزوجة والجدة من الجهتين وإن علت، والاخت الشقيقة، والأخت لأب، والأخت لأم.<sup>3</sup>

ويثبت النسب بزواج صحيح أو بالقرابة أو بشهادة الشهود بأنه ولد على فراش الزوج من زوجته المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 ، وذلك على أن الولد للفراش

<sup>1</sup> - عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية ، ص 236.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في المواريث والتركات، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 18. أنظر أيضا في تعريف القرابة، أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 40.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد ، مع آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2012 ، ص 96.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال ولم ينف الزوج بالطرق المشروعة (المادة 41 من قانون الأسرة) وأقل مدة حمل ستة أشهر وأكثرها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، طبقاً لنص المادة 42 و 43 من قانون الأسرة، كما أضافت المادة 45 مكرر المضافة بالأمر 02/05 على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، بالشروط القانونية الآتية؛ أن يكون الزواج شرعياً، وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وحال حياتهما، وبمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما، ولا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.<sup>1</sup>

### ثانياً/ الزوجية

قرر المشرع الإسلامي اعتبار عقد النكاح الصحيح سبباً من أسباب الإرث بين الزوجة والزوج يرث كل منهما الآخر ويجب توفر الشروط الآتية:

• أن يكون الزواج صحيحاً: أي الذي تتوفر فيه شروط الانعقاد والصحة حتى ولو لم يكن هناك دخول أو خلوة.

وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بربوع بنت وأشق أن لها الميراث، وكان زوجها قد مات قبل الدخول بها<sup>2</sup>، ولا يقع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان عقد الزواج صحيحاً ولو من غير دخول أو خلوة وهذا ما تناولته المادتين 126 و 130 من ق.أ.ج.

حيث نصت المادة 126: أسباب الإرث: القرابة، والزوجية، وجاء في المادة 130: يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 96.

<sup>2</sup> - محمد يوسف عمرو، الميراث والهبّة، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 63.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

أي ما جاء تطبيقاً لنص المادة 09 من نفس القانون المعدلة بالأمر 02/05 والمادة 09 مكرر المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، فمتى كان عقد الزواج صحيحاً، فقد وجد سبب التوارث بين الزوجين.

ويثبت الزواج العرفي بين الهالك بسماع شهادة الشهود<sup>1</sup>، بالإضافة على توجيه اليمين إلى المدعي بالزواج العرفي من المورث، وهذا وفقاً لقول الإمام خليل في باب الشهادة "لا نكاح بعد الموت" وعلى هذا قضت المحكمة العليا بأن القضاء بإثبات الزواج العرفي (بعد وفاة الزوج) اعتماداً على يمين الزوجة، ودون توافر الأركان الشرعية، هو مخالف للشرع والقانون..<sup>2</sup>

أما إذا ثبت بطلان الزواج فلا توارث بين الزوجين (المادة 131 من قانون الأسرة)<sup>3</sup>.

### • أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث ولو حكماً

أن يتوفى أحدهما في عدة الطلاق الرجعي سواء كان في حالة صحة المطلق أم في مرضه، فإذا توفي أحد الزوجين ورثه الآخر، لأن الطلاق الرجعي لا يقطع حكم الزوجية مادامت لم تنته عدة المطلقة بدليل أن للزوج أن يراجعها بقول أو فعل بدون عقد أو مهر جديد دون التوقف على رضا المعتدة، من هذا الطلاق الرجعي مادامت الرجعية قد حدثت في العدة.<sup>4</sup>

وهذا هو المعنى الذي جاء في نص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يلي: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث".

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص ص 92-93.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 204254، الصادر بتاريخ 1998/09/22.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 93.

<sup>4</sup> - محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص 64.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

فإذا وقع الطلاق وانتهت العدة، أصبح الطلاق بائنا بأنواعه (سواء أصدر من القاضي أم من الزوج) ولا يحصل الميراث. فإن المعتدة من الطلاق البائن لا تراث إلا في طلاق الفرار<sup>1</sup>، وهو طلاق المريض مرض الموت لزوجته فرارا من ميراثها في تركته بعد وفاته؛ فإذا مات وهي في عدتها ورثت منه، معاملة له بنقيض قصده.

وحسب المذهب الحنفي متى حصلت الوفاة والزوجة لا تزال في عدة من طلاق رجعي، فقد تحقق الشرط مهما كانت المدة بين الطلاق والوفاة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أركان وشروط علم الميراث

#### أولا/ أركان الميراث

وأركان الميراث ثلاث وهي:

- المورث: هو الميت حقيقة، أو الملحق بالأموات كالمفقود الذي حكم القاضي بموته<sup>3</sup>.
- الوارث: هو الذي ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الميراث<sup>4</sup>.
- الموروث: وهو الشيء الذي يورث عن الميت، ويسمى الشيء الموروث أو التركة بعناصرها المختلفة .

هذه هي الأركان وبانعدام ركن منها، فلا يمكن أن تتصور ميراثا ولا تركة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص ص 93-94 .

<sup>2</sup>- محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup>- محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 23.

<sup>4</sup>- بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، دون طبعة، مؤسسة شباب جامعة مصطفى مشرفة، مصر، 2003، ص 73.

<sup>5</sup>- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 104.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

### ثانيا/ شروط الميراث

#### • تحقق موت المورث حقيقة أو حكما أو تقديرا:

- الموت الحقيقي: موت المورث حقيقة بتحقق مشاهدته ميتا<sup>1</sup>، لقوله تعالى: "كل نفس ذائقة الموت"، وقوله سبحانه: " ولن يؤخر الله نفسا إذا جاء أجلها والله خبير بما تعملون".

ومعيار الموت في القانون الطبي، هو موت الدماغ؛ أي توقف الدماغ بصفة تامة ونهائية، توقفا لا رجعة فيه وإن كان الجسد لا يزال حيا بوسائل الإنعاش الصناعي وفي هذه الحالة يجوز شرعا رفع أجهزة الإنعاش الصناعي المركبة على الشخص.<sup>2</sup>

إن الموت يكون محققا حينما تموت الخلايا الأساسية للدماغ، والمصاب في حالة الاغماء الكلي، فبموت خلايا الدماغ يموت الجسم كله.

وقد ذهب المحكمة العليا بأن إثبات تاريخ الوفاة قصد الوصول إلى مال التركة، لا يعد مجرد مسألة من مسائل الحالة، فإنه يستوجب على قضاة الموضوع، قبول شهادة الأقارب في إثبات الوفاة، مع التحقيق في القضية وفقا للمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية.<sup>3</sup>

أما موت المورث حكما يكون نتيجة حكم قضائي لشخص مفقود لا نعلم حياته أو وفاته.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1990، ص 93.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام الميراث، المرجع نفسه، ص 101.

<sup>4</sup> - منصور كافي، علم الفرائض، الموارث في الشريعة والقانون، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 39.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

وقد بني حال المفقود أثناء فقده حتى يحكم بموته، على أصل الاستصحاب وهو ما يفسر صدور الحكم القاضي بموت المفقود وذلك بناء على ما ترجح عنده من القرائن التي تفيد غلبة الظن بأنه مات، جاء في المواد 113 و 114 و 115 من ق.أ.ج على ما يلي<sup>1</sup>:

المادة 113: يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات من التحري.

المادة 114: يصدر الحكم بفقده أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

المادة 115: 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.<sup>2</sup>

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها، من أنه في حالة الحكم بوفاة الغائب، يستوجب إصدار حكم مسبق يقضي بفقده، ثم إصدار حكم ثاني يقضي بموته، بعد انقضاء آجال البحث عنه في نصوص المادة 109 من ق.أ.ج على ما يلي: المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم.<sup>3</sup>

- **الموت التقديري:** يكون في حالة انفصال الجنين عن أمه ميتا ولا يرث شيئا، ولكن الأمر يتشعب إذا نزل من بطن أمه، أو بمعنى أدق أسقط من بطن أمه بسبب جنائية ارتكبت عليها. ويجب في ذلك الغرة والمقدرة بنصف عشر الدية، فمن يملكها إذن؟ أم ليست من حقه أصلا؟ بل هي حق من الوالدين؟

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص ص 116-117.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، ص 116

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ، ص 116.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

لقد ذهب الأحناف؛ إلى أن الجنين يمتلك الغرة ويورثها لورثته حيث أوجب الشارع الغرة على الضارب وهو بمثابة الضمان.<sup>1</sup>

أما جمهور الفقهاء بما فيهم المالكية؛ قالوا بعدم ميراثه لأنهم اشترطوا نزوله حيا حتى يرث، ولكن مع هذا قرروا تملكه الغرة فهو يرث ولا يورث.

أما ربيعة بن عبد الرحمان والليث بن سعد؛ فإنهما يمنعان ميراثه والميراث عنه، والغرة أصلا للأم الآن سقوطه يعتبر بمثابة سقوط جزء منها.

ويرى هرمز؛ أحد شيوخ الإمام مالك، إنما يملك الغرة أبواه إذا كان على قيد الحياة ويقسمانها للذكر مثل حظ الأنثيين، فإذا كانت الأم وحدها بأن كان الأب ميتا فإنها تكون للأم وحدها.<sup>2</sup>

ولقد نص القانون الجزائري في المادة 127 من قانون الأسرة بأنه "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة، أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، ولم يعتبر الموت المبني على الحياة التقديرية وتحصر التركة في الوقت المناسب بعد وفاة المورث حقيقة أو تقديرا.<sup>3</sup>

### • تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه :

تحقق حياة الوارث بعد موت المورث وذلك بأن يشاهد حيا حياة مستقرة بعد موت المورث<sup>4</sup>، نصت عليه المادة 128 من ق.أ.ج على ما يلي: يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث.

<sup>1</sup> - منصور كافي، علم الفرائض، المرجع السابق، ص 39-40.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 40.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، ص 104.

<sup>4</sup> - محمد زيد الأبياني، شرح أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية، ج3، دط، مكتبة النهضة، العراق، دون سنة نشر، ص 06.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

وهنا لا يرث الحمل في القانون الجزائري إلا إذا تحققت حياته وقت وفاة مورثه، مع ثبوت سبب الميراث، وعدم وجود مانع من موانع الإرث حسب المادة 128 من نفس القانون، بأن يولد حيا في المدة المقررة شرعا وقانونا حسب نصوص المواد 42 و 43 و 134 و 174 و 187 من نفس القانون، فإن أقصى مدة حمل 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة حسب نص المادة 43 من قانون الأسرة، ويعتبر الحمل حيا إذا استهل صارخا أو تبين منه علامة ظاهرة بالحياة، بصراخ أو عطاس أو حركة أو تنفس وحسب نص المادتين 134 و 187 من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

وفي هذا جاء قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا استهل المولود صارخا ورث"، إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة، فإنها تعرض على الخبرة الطبية، مع مراعاة أحكام النسب الواردة في المادة 43 من قانون الأسرة والمادة 174 من نفس القانون، أي أنه إذا حصل النزاع في حياة المولود، رجع الأمر إلى ذوي الاختصاص من الأطباء، وعلى هذا الأساس، فإن ولد الحمل كله حيا في المدة الشرعية، أخذ نصيبه من الميراث، لتحقق حياته وقت وفاة مورثه، وأما إن ولد ميتا، أو ولد حيا في مدة أكثر من المدة المقررة شرعا ، فإنه لا يرث ويوزع نصيبه الموقوف على بقية الورثة.<sup>2</sup>

أما إذا مات اثنين أو أكثر ممن يتوارثون كأب وابنه في وقت واحد، ولم يعلم السابق بالموت منهم، وذلك كالغرقى والحرقى، فلا يرث بعضهم من بعض لعدم معرفة المتقدم والمتأخر موتا، وتقسم التركة كل واحد على ورثته المحقق وجودهم وقت موته، لأن العلة في منع التوارث هي عدم تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث وحيث تثبت العلة يثبت المنع<sup>3</sup> حيث نصت المادة 129 على أنه: "إذا توفى إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا" وهذا انطلاقا من أحكام الفقه الإسلامي التي تشترط التيقن في حياة الوارث بعد موت مورثه، وهي مبادئ

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 105.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص ص 105-106.

<sup>3</sup> - عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط5، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 53.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

تختلف مع المواد 720 و 721 و 722 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز الميراث في هذه الظروف.

وعلى القاضي في مثل هذه القضايا مراقبة وفحص ما يقدم له من تقارير وشهادات طبية ومعاينات.<sup>1</sup>

### • العلم بالدرجة التي اجتمع فيها :

وصور العلماء في هذه المسألة فيما إذا دخل على المفتي أربعة رجال لا يعرفهم وقالوا نحن ثلاثة إخوة وهذا الرابع ابن عم لنا، ومات أحد الثلاثة وتنازع اثنان نزاعا يدعي كل منهما فيه أنه شقيق للميت ولم تقم البينة على أيهما الشقيق وبقي الشك، فالمال حينئذ لا شك فيه أنه لابن العم الذي لا شك في مرتبته من الهالك.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: حكمة مشروعية الميراث

تثبت مشروعية المواريث بالقرآن والسنة وإجماع الصحابة وعمل الأمة إلى يومنا هذا وإلى قيام الساعة.

وفي قوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كِلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص 107.

<sup>2</sup> - منصور كافي، علم الفرائض، المرجع السابق، ص 40-41.

<sup>3</sup> - سورة النساء ، الآية 12.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

وضع الله سبحانه وتعالى التشريعات الحكيمة لتنظيم المال، فبين طرق الاكتساب الشرعية، وطرق الإنفاق، كما بين الحقوق التي أوجبها الإسلام في هذا المال، وطرق انتقاله في الحياة وبعد الموت، لأنه عليم بما انطوت عليه نفوس الإنسانية من حب المال، لذلك أوجب الإسلام أن يكون كسب المال عن طريق الميراث عن طريق الحلال لا ظلم فيه ولا غش، وأن يكون إنفاقه على النفس والأهل بالمعروف، وأن تؤدي منه حقوق الأمة والمجتمع والباقي منه وجب أن يكون لمن يخلفون صاحب هذا المال من ورثته، وإن لم يكونوا فلجماعة المسلمين الممثلين في بيت المال<sup>1</sup>.

وهذا النظام الذي شرعه الإسلام مظهر من مظاهر التكافل بين أفراد الأسرة الواحدة وبين الأجيال المتتابعة لأنه وسيلة من وسائل تفتيت الثروة، لئلا تتضخم تضخماً يؤدي المجتمع، فالملكية الواحدة تنتقل إلى العديد من الذرية والأقارب بمجرد وفاة المالك، وقلماً تبقى كتلتها موحدة مع هذا النظام إلا في حالات نادرة لا يقاس عليها، كأن يموت المالك وليس له إلا ولد واحد فيرث التركة كلها لأنه ليس له أب ولا أم ولا زوجة ولا بنت، أما في الأحوال الغالبة فالثروة تتوزع على عدد الأفراد، فإذا نحن وازنا بين هذا النظام والنظام الإنجليزي مثلاً، الذي يجعل من التركة كلها للابن الأكبر، تبين لنا حكمة الإسلام واضحة في تفتيت الثروة المتكتلة، فوق ما في نظامه من عدالة بين الورثة، لا توفر الصدور على الولد الكبير، وهذا النظام يتماشى مع الفطرة الإنسانية التي تحدثنا عنها، كما يتماشى مع العدالة في مستواها الأعلى، ومع مصلحة الجماعة في حدود النظرة الشاملة التي تضع الحواجز بين الجيل والجيل من بني الإنسان<sup>2</sup>.

ومن هنا قد أبطل الإسلام نظام الإرث في الجاهلية الذي كان قائماً على الهوى والظلم، واختلاط الفساد بالصلاح، وأقر نظاماً محكماً يحدد لكل وارث نصيب معين، ويحسم النزاع والأحقاد وتقطع الأرحام، كما أن الإسلام جعل نظام التوريث نظاماً ملزماً، فليس

<sup>1</sup> - أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، التجهيز والديون والوصايا والموارث وتقسيماتها، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 215.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 216.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

للوارث أن يرد ميراثه، لأنه حق له، وهذا خلاف لبعض النظم الغربية التي تجعل نظام الميراث نظاما اختياريا لا يثبت إلا بعد حكم القضاء، كالنظام الفرنسي مثلا.<sup>1</sup>

فإننا رأينا المرأة الغربية عندما خرجت للشارع مضطرة للعمل من أجل العيش، حينما تتصل منها أولياؤها أصبحت ذليلة ومهانة، تعرضت لسوء الأعمال والمنكرات في سبيل لقمة عيشها، بدلا من أن تكون مكرمة مصانة، تقوم بوظيفة الأمومة والرعاية للنشء وتوفير الراحة والطمأنينة لزوجها ، ومنه جاءت حكمة تفضيل الرجل عن المرأة في الميراث فمردته إلى التبعة التي يضطلع بها الرجل في الحياة أكثر من امرأة، فهو ملزم بالكد والسعي والإنفاق على نفسه.<sup>2</sup>

وكونه قواما عليها في قوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء" لأنه هو حامل أعبائها المادية والمعنوية لوجود الاستعداد الطبيعي والخفي عنده، بخلاف المرأة التي تختلف طبيعتها وخلقتها عن الرجل، ولا تساعدها ظروف الحمل والولادة، وتكوينها الجسمي على شيء من ذلك وقد بين الله تعالى سبب هذه القوامة في قوله تعالى: "بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم". وقد بين الله تعالى أن المرأة جعلت حرثا على النسل قال تعالى (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لَأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ).<sup>3</sup>

وقد اعترف الإسلام بميراث البنات والصبي وجعل نصيب الأنثى نصف الرجل لأنه الكافل لأسرته، وعليه وحده يقع عبء الإنفاق، كما أنه ألحق الزوجة بالقربة تقديسا للصلة بين الزوجين، وإبراز مظهر الوفاء، والحق الوفاء أيضا بالقربة اعترافا بالجميل وشكرا على المعروف، أما من يتعدى حدود القسمة الشرعية، وينحرف عن نظام التوريث العادل فإن الله

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ج 2، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 12.

<sup>2</sup> - أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها، المرجع السابق، ص 217. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 12-13.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 223.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أ ج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

سبحانه وتعالى يقول: "ومن يعص الله ورسوله يتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين" وقوله تعالى: "تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه".<sup>1</sup>

على أن مبدأ مساواة المرأة بالرجل الذي ساد في أوروبا وأمريكا لا يزال في دور التجربة، ولم تصدر الحياة حكمها عليها هل هو خير أم شر لها، وهل هو شيء عارض لا يلبث أن يزول وتعود المرأة كما كانت أو أنه باق دائم، إلا أنه بدأ منذ فترة يلوح في الأفق بوادر انحسار هذا المبدأ، لأنه يخرج بالمرأة عن طبيعتها، ويفقدها أهم وظائفها في الحياة وهي وظيفة الأمومة ورعاية النشء<sup>2</sup>، ولقد بدأت بوادر الضيق والتبرم بهذا المبدأ تظهر في محيط المرأة نفسها، هذه بعض أحكام الميراث التي يلمسها العقل البشري، وإن كان الأساس فيه الرضا والتسليم بما قسمه الله لعباده وارتضاه لهم، وهو أعدل القاسمين وأحكم الحاكمين.<sup>3</sup>

### المبحث الثاني: الأحكام التي سار فيها ق أ ج وفق اجتهاد معين

حيث تناولت في هذا المبحث الأحكام التي أخذها ق. أ. ج من اجتهاد معين سواء كان هذا الاجتهاد وفقاً لأحد المذاهب الفقهية أو كان وفقاً لرأي أحد الفقهاء، ويتجلى ذلك في المطالب التالية:

#### المطلب الأول: ميراث القاتل

إن دراسة موانع الميراث استناداً للمواد 135 إلى 138 من ق.أ.ج، جعل قتل المورث مانع من موانعه، غير أن المشرع فرق بين قاتل المورث عمداً وخطأً .

#### • موقف المشرع الجزائري من القتل العمدي

تعرض المشرع الجزائري لموضوع قتل المورث عمداً بموجب نص المادة 135 / 1 التي تنص بمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 12-13.

<sup>2</sup> - عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط 5، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص ص 9-10.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 10.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

### 1) قاتل المورث عمداً أو عدواناً سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً.

من خلال المادة يتبين أن القتل يعتبر مانع من موانع الميراث، والمشرع الجزائري لم يعرف القتل، غير أنه بالعودة إلى ق.ع.ج، وفي نصت المادة 254 نجد أنه عرفه على أنه إزهاق روح إنسان عمداً.<sup>1</sup>

وبتحليل المادة 135 يتبين أن القتل المانع من الإرث هو القتل العمداً أو العدوان، والمشرع الجزائري بموجب نص هذه المادة لم يبين المقصود بالقتل العمداً أو العدوان، حيث اكتفى فقط في المادة 254 من ق.ع.ج السالفة الذكر بتعريف القتل، وهو إزهاق روح إنسان عمداً واكتفى بهذا الحد، فلم يبين المقصود بالعمد.

وبالعودة إلى المعاجم اللغوية والتي يمكن أن تساعد في تحديد مفهومهما للقتل العمداً، جاء في معجم اللغة العربية: القتل العمداً ما يتعمده القاتل، ويقال فعل كذا عمداً أو فعل كذا عن عمد بمعنى قصد فعله بجد ويقين.<sup>2</sup>

وجاء في كتاب تاج اللغة وصحاح العربية: العمداً لغة القصد و نقيض الخطأ.<sup>3</sup>

يظهر من خلال التعريف اللغوي لكلمة عمد أن قتل العمداً هو إزهاق روح شخص قصداً بأن توجهت نية الفاعل إلى تحقيق فعل القتل بجد ويقين.

ولقد عرفه الاستاذ فتحي بهنسي على أنه إزهاق روح إنسان عمداً وبغير حق بفعل إنسان آخر فيجب أن تكون نية الجاني موجهة لا إلى الاعتداء فقط، فإذا لم تكون نية القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتل عمداً ولو ترتب على ذلك موت المجني عليه، وعليه فأركان جريمة القتل العمداً ثلاثة هي وجود إنسان على قيد

<sup>1</sup> - الأمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 18 صفر 1356هـ الموافق 8 يونيو 1966م، يتضمن ق.ع.ج ، ج.ر.ع. 49 مؤرخ في 21 صفر 1356هـ الموافق 11 يونيو 1966م، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج. 2، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص.1550.

<sup>3</sup> - إسماعيل حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ج. 1، دار الكتاب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، 1999 ص.112.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

الحياة أزهقت روحه، وقوع فعل عمدي من الجاني من شأنه إحداث الموت، وأن يكون قصد الجاني إحداث هذه النتيجة.<sup>1</sup>

أما كلمة العدوان فقد سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف المقصود بالعدوان وكلمة عدوان تعتبر من المصطلحات الفقهية، وبذلك يكون المشرع قد تأثر بالفقه المالكي في صياغة المادة 135 بخصوص القتل المانع من الميراث، حيث جاء في كتاب كفاية الطالب: "لا يرث قاتل العمد العدوان من المال ولا دية و كذا لا يرث قاتل الخطأ من الدية ويرث من المال".<sup>2</sup>

فقال أحد الباحثين أركان جريمة القتل العمد أن يكون الضرب بقصد العدوان فلكي تكون الجريمة قتلا عما لا بد أن يكون الجاني مرتكب جريمة القتل قد قصد الضرب بسبب عداوة أو غضب (أي عدوانا)، وهو ما يعبر عنه بأنه قتل بغير حق، لأن القتل بحق لا يكون عدوانا، وإنما يكون استيفاء لحق القاتل كما في القصاص، أو استيفاء لحق المجتمع كما في قتل المرتد والزاني المحصن.

فالقتل الذي يكون عمدا عدوانا هو ما يكون فيه المقتول مظلوما والقاتل ظالما له، وإنما يكون ظالما له باعتدائه عليه دون وجه حق، وذلك بسبب عداوة، أو غضب، أو شهوة، أو حب للدماء أو استهتار بأرواح الناس وحياتهم، وهذا كله يعتبر قتلا عدوانا.

القتل العمد هو الضرب بقصد العدوان، فهذا ما يميز القتل العمد من غيره، ولذلك كان لا بد من توفر هذا الركن حيث القتل لا يقصد العدوان، كأن كان قصاص أو حدا فلا

<sup>1</sup> - أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ج. 1، ط. 6، دار الشروق، القاهرة، 1988 ص. 67.

<sup>2</sup> - علي الصمدي العدوي المالكي، علي بن خلفي المنوفي، كفاية الطالب الرباني ابن أبي زيد القيرواني حاشية العدوي، ج. 4 مكتبة الخانجي، د. ب. ن، 1987، ص. 208.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

يعتبر قتلا عمدا عدوان<sup>1</sup>، فالعبرة بالقتل العمد العدوان هو توقر القصد الإجرامي من مكلف ومن غير عذر، وتكفي في هذا الصدد نية الاعتداء بإزهاق الروح ظلما وعدوانا.<sup>2</sup>

ولذلك سوى المشرع الجزائري بين الفاعل الأصلي والشريك<sup>3</sup>، وقد تطرق إلى تعريف الفاعل، وذلك بموجب المادة 41 من ق.ع. التي تنص: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة"، بعد أن عدلها سنة 1982 بالقانون رقم 82 - 04<sup>4</sup>، والتي تنصت: "يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".

وعرف الشريك بموجب المادة 42 من القانون نفسه على أنه: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا فيها لكنه قام بالأفعال الآتية:

- حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استغلال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي أو أعطى تعليمات لارتكابه.
- ساعد بكافة الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".

<sup>1</sup> - عبد العزيز موسى، أركان جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د.ط، د.ب.ن، د.ب.ن، ص.449.

<sup>2</sup> - غرابي أحمد، « المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في ق.أ.ج وموقع المذهب المالكي منها »، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، ع.23، جامعة الجلفة، الجزائر، ص.129.

<sup>3</sup> - أنظر في مفهوم الفاعل الأصلي والشريك: - ختير مسعود، « المساهمة الجنائية في جرائم الامتناع »، دفاثر السياسة والقانون، مجلد 10، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص.294. - فلاك مراد، « المساهمة التبعية في القانون الجنائي الوطني والدولي »، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، المجلد 3 ع.2، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2018، ص.592.

<sup>4</sup> - قانون رقم 82 - 04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1402ه الموافق 13 فبراير 1982م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق 8 يونيو 1966م، والمتضمن ، ق.ع.ج، ج.ر.ع.7، مؤرخ في 22 ربيع الثاني 1402ه الموافق 16 فبراير 1982م.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

بعد أن عدلها سنة 1982 بالقانون السابق الذكر، والتي تنص على أنه: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".

كما أن المشرع الجزائري اعتبر قتل الأصول ظرفا مشددا، وهو ما نص عليه في المادة 261 من ق.ع.ج ، حيث عرف الأصول في المادة 258 من القانون السالف الذكر على أنه: "قتل الأصول هو ازهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين"،

وتنص المادة 261 السابقة الذكر على أنه: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم".

### • موقف المشرع الجزائري من القتل الخطأ

يعتبر القتل العمدي وفقا ق.إ.ج مانعا من موانع الميراث، غير أن القتل قد يكون خطأ، فما موقف المشرع الجزائري بالنسبة لقاتل المورث خطأ ، فنجد أن المشرع قد عالج هذا الأمر بموجب المادة 137 من ق.أ. التي تنص : "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض" ، ويتبين من خلال نص المادة أن قاتل المورث خطأ يرث، لأن الأصل أن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد أو العدوان، وهو القتل الذي توفر فيه القصد الجنائي، حيث اتجهت نية القاتل إلى زهق روح المورث.

وما قيل بشأن تعريف القتل العمد يقال بشأن تعريف القتل الخطأ، حيث لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للقتل الخطأ سواء في قانون الأسرة أين اكتفي فقط بذكر عبارة " يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض"، أو في ق.ع.ج ، حيث جاء عنوان القسم الثالث من ق.ع.ج القتل الخطأ والجرح الخطأ وتلى ذلك المادة 288 المعدلة بالقانون رقم 06 - 23 والتي تنصت: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار<sup>1</sup>.

بعد أن كانت المادة تنص في الأمر رقم 156/66 على أنه: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار".

يتبين من خلال المادة أن المشرع لم يعرف القتل الخطأ، فاكتفي بسرد الصور التي تندرج ضمنه كالإهمال، وعدم مراعاة الأنظمة، ولكن بالعودة إلى ما قيل عن القتل العمدي يتبين أن القتل الخطأ هو القتل الذي لم يكن بقصد ونية، وبقيين، وجد، كمن أطلق عياراً نارياً من سلاح صيد فأصاب إنسان ومات، أو سقطت من يده حجارة أثناء عملية البناء فأصاب شخصاً وسببت في موته<sup>2</sup>، فمثل هذا القتل وفقاً لـ ج لا يعاقب عليه.

وتعود أصول هذا التحديد إلى الشريعة الإسلامية، حيث أن العقوبة لا تكون إلا على فعل متعمد، ولا تكون عن الخطأ لقول الله سبحانه وتعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۗ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۗ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا) .<sup>3</sup>

ولقوله صل الله عليه وسلم: " إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ ونسيان وما استكروها عليه".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - قانون رقم 06 - 23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق 20 ديسمبر 2006م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م والمتضمن ، ق.ع.ج ، ج.ر.ع. 84 مؤرخ في 4 ذو الحجة 1427هـ الموافق 24 ديسمبر 2006م.

<sup>2</sup> - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، ط. 14، دار أصدقاء المجتمع للنشر والتوزيع، لبنان 2012، ص.ص.934-944.

<sup>3</sup> - سورة الأحزاب، الآية 5.

<sup>4</sup> - محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ( كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه)، دار ابن رشد، دمشق، 2002، ص.612.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

وتحليلاً لألفاظ المادة 137 من ق.إ.ج يتبين أن قاتل المورث يرث من أموال المورث؛ أي من التركة ولا يرث من الآية، والمشرع لم يعرف الدية، لكن الفقهاء عرفوها بعدة تعاريف وإن اختلفت ألفاظها إلا أن لها معنى واحداً.

فقبل في تعريفها هي:

- المال الواجب بدل النفس ، وهو قول الحنفية والمالكية<sup>1</sup> قال ابن نجيم " أما معناها شرعا ، فالدية عبارة عما يؤدي وقد صار هذا الاسم علما على بدل النفوس دون غيرها<sup>2</sup> وقال العدوي المالكي : " مال يجب بقتل آدمي حر عوضا عن دمه .<sup>3</sup>

ودليل مشروعية الدية هو قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا).<sup>4</sup>

وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، الميسوط، ج 26 ، دار المعرفة ، 1414 هـ ، بيروت ، ص 59 / أحمد بن غانم بن

سالم بن مهنا النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني ، ج2 ، دار الفكر ، 1415 هـ ، بيروت ، ص 186.

<sup>2</sup> - زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الاسلامي ، ج8 ، ط2 ، ص 372.

<sup>3</sup> - علي بن أحمد بن مكرم العدوي ، حاشية العدوي على شرح الطالب الرياني ، تحقيق يوسف البقاعي ، دار الفكر ، 1414 هـ ،

ج2 ، بيروت ، ص 298 .

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 92.

<sup>5</sup> - سورة البقرة، الآية 178.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

وكذا في القانون، وهو ما جاء في المادة 124 من ق.م.ج التي توجب على المخطئ تعويضاً، حيث تنص المادة السالفة الذكر: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " <sup>1</sup>.

أمام هذه الاستدلالات، صرح المشرع الجزائري على أن قاتل الخطأ يرث من مال المورث دون الدية أو التعويض، ومنه القتل الخطأ ليس بمانع من موانع الإرث، ويكون بذلك قد تأثر بالمذهب المالكي الذي يعتبر الوحيد الذي قال بميراث قاتل الخطأ عن غيره من الفقهاء الآخرين من حنفية شافعية وحنابلة الذين لم يفرقوا بين القتل العمد وغير العمد، فعندهم القاتل لا يرث سواء أكان القتل عمداً أو خطأ، وهو ما سنتم الإشارة إليه عند عرض موقف الفقهاء في القتل المانع من الميراث. موقف الاجتهاد الفقهي من القتل المانع من الميراث أولاً، ثم التعرض لموقف المشرع الجزائري وتوضيح الرأي الفقهي الذي أخذ به أو تأثر به .

### المطلب الثاني: كيفية توريث الحمل

#### الفرع الأول: في الاجتهاد الفقهي أو الجانب الفقهي أو موقف الفقه الإسلامي

حيث ذهب الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والراجح عند الشافعية إلى أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة منعا من الإضرار بالورثة؛ ومنع الإنسان من الانتفاع بملكه غير جائز، وأما احتمال تصرف الورثة بما أخذوه من التركة فيمكن أن يحتاط لحق الحمل من الضياع. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> - قانون رقم 07 - 05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، والمتضمن ق.م.ج، ج.ر.ع. 31 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 488.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

### الفرع الثاني: الاختيار الفقهي للمشرع الجزائري من كيفية توريث الحمل

نصت المادة 173 ق أج على كيفية توريث الحمل كالاتي: «يوقف من التركة الحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة، أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقتسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها»، وهذا الذي ذهب إليه المشرع الجزائري مروى عن أبي يوسف<sup>1</sup> في إيقاف أفضل نصيب بين الابن الواحد أو البنت الواحدة للحمل وعليه الفتوى عند الحنفية.<sup>1</sup>

ونلاحظ أن المقنن الجزائري لم يخصص لأحكام توريث الحمل إلا مادتين فقط (173/174) ولم يتعرض لاحتمال تعدد الحمل ولا لمسألة أخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم بين أن يكون واحدة أو أكثر مما يستوجب الرجوع لأحكام الشريعة وفقا للمادة 222 ق أج.

كما أن المقنن الجزائري اقتصر على حالة ما إذا كان الحمل من زوجة المتوفى أو معتدته، ولم يتعرض لحالة كون الحمل من زوجة غير المتوفى أو معتدته دون نسيان شرط الحمل.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: طريقة توريث ذوي الأرحام

اختلف الفقهاء في طريقة توريث ذوي الأرحام تبعا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم أنفسهم، حيث انقسموا إلى ثلاثة مذاهب رئيسية في توريثهم وهي:

### الفرع الأول : أهل القرابة

وهي مذهب سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه وسمي بهذا الاسم، لأنه يعتمد على درجة القرابة وقوتها؛ وقد قسم أصحاب هذا المذهب ذوي الأرحام إلى أصناف كما هو الحال في قسمة العصابات إلى جهات واعتبروا الترجيح " بقرب الدرجة" ثم " بقوة القرابة" وأن

<sup>1</sup>- أحمد غرابي، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 488.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

---

للذكر مثل حظ الأنثيين كما هو الحال بين العصبات، وأخذ بهذا المذهب الحنفية، وأخذ به كذلك المقنن الجزائري في المادة 168 ق أج.

### الفرع الثاني : أهل التنزيل

وذلك لأنهم ينزلون الفرع الوارث من ذوي الأرحام منزلة أصله فهم لا ينظرون إلى الموجودين وإنما إلى الذين أدلوا بهم من أصحاب الفروض والعصبات فيعطون الموجود من ذوي الأرحام نصيب أصله الذي أدلى به وهو مذهب: أحمد بن حنبل وقال به متأخرو الشافعية والمالكية.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: أهل الرحم

يسوي بين جميع ذوي الأرحام في الميراث، وهو مذهب شاذ ولم يقل به إلا نوح بن دراج وحسن بن ميسر رغم سهولته من الناحية العملية.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>- الشيخ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص ص 184- 188 .

<sup>2</sup>- أحمد غرابي، المرجع السابق، ص 131.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: ما تعارض فيه ق أج مع قواعد الميراث وأحكام الشريعة الإسلامية

تبدأ بالمسألة المخالفة للشريعة الإسلامية ثم المخالفة لقواعد الميراث

حيث تطرقت في هذا المبحث إلى موضوع التنزيل الذي جاء به المقنن الجزائري، والذي لم يرد فيه نص من الكتاب ولا السنة ولم يقل به أحد الفقهاء ولا الصحابة، حيث يعتبر من الأحكام التي استحدثها الفقهاء في العصر الحديث، كما تطرقت إلى نص المادة 132 التي تحتوي على حكم يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: ما تعارض فيه قانون الأسرة الجزائري مع قواعد الميراث (التنزيل)

الأصل في الوصية أنها اختيارية، وليس منها واجبة بحكم القضاء ، والوصايا بأداء الكفارات والزكاة التي قد تكون خلفها في حياته واجبة وجوبا دينيا، وليس قضائيا<sup>1</sup> ، وسأتطرق فيما يلي إلى تعريف التنزيل لغة واصطلاحا وتبيان شروطه والفرق بينه وبين الميراث وكذا ابراز أهم الإشكالات التي يثيرها وذلك فيما يلي:

أولا/ تعريف التنزيل

لغة: نزل الشيء مكان الشيء إذا أقامه مقامه.<sup>2</sup>

اصطلاحا: إنزال شخص منزلة الوارث، ويجري العمل في صورة التنزيل منزلة الولد، كأن يقول المنزل فلان في منزلة ولدي، أو يكون له ابن ابن فمات أبوه، فيقول "ورثوه مكان أبيه" فالعبرة هنا بوفاة الجد وليس الأب، والتنزيل هو: "جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، (القاهرة)، 1963 ، ص 82.

<sup>2</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، 656.

<sup>3</sup> - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2008 ، ص 51.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

أما ق أج فقد نص عليه في المادة 169: «من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية...»، أما بقية التشريعات العربية فقد أطلقت تسمية " الوصية الواجبة على التنزيل".<sup>1</sup>

والتنزيل أو الوصية الواجبة بصورتها المطبقة اليوم لم يرد فيها دليل صريح من القرآن والسنة ولم يقل بها أحد من الفقهاء والمذاهب المعروفة ولكنها اجتهاد من علماء الشريعة في العصر الحاضر، وهذا الاجتهاد مستند إلى عدة أدلة وجمع بين عدة آراء واعتمادا على قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة وملخص الأدلة التي استند عليها الاجتهاد المعاصر ما يلي: قوله تعالى: « كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ».<sup>2</sup>

فقد قال جمع من الصحابة والتابعين وأئمة الفقه أن الآية نسخت في مجال الوصية للوالدين والأقربين الوارثين فقط، وبقي العمل بوجوب الوصية لغير الوارثين، وهو قول ابن عباس في رواية عنه، والحسن البصري وسعيد بن المسيب وأحمد بن حنبل وداود الظاهري وابن حزم...، فيجب على الورثة إعطاء جزء من مال المتوفي للأقربين غير الوارثين على أنه وصية واجبة ما دام الميت لم يوصي بها، تقديم الأقارب على غيرهم متفق عليه بين المذاهب الأربعة، والأخذ بمبدأ السياسة الشرعية القائم على القاعدة الفقهية أن ولي الأمر إذا أمر بالمندوب أو المباح يجعله واجبا لما رآه من المصلحة العامة.<sup>3</sup>

### ثانيا : شروط التنزيل في قانون الأسرة الجزائري

حيث نصت عليها المواد 170 و 171 و 172 على التوالي وهي:

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 471-475.

<sup>2</sup> - سورة البقرة ، الآية 180.

<sup>3</sup> - أحمد غرابي، المرجع السابق، ص 131.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

- 1- المادة 170: أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.
- 2- المادة 171: لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة.
- 3- المادة 172: أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن ما ورثه مورثهم من أبيه أو أمه، يكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين.

### ثالثا : الفرق بين الوصية الواجبة (التنزيل) والميراث

ويظهر من خلال النقاط التالية :

- توجد الوصية الواجبة ولو لم ينشئها المتوفي.
- تكون بحدود الثلث فقط.
- لا ترد برد الموصى له.
- أنها تقدم على الميراث وعلى سائر الوصايا .
- تقسم قسمة الميراث حتى ولو اشترط الموصي تقسيمها على غير هذا.
- أنها وجبت للورثة الموصى لهم تعويضا لهم عما فاتهم من ميراث أهلهم .
- يسقطها ويغني عنها ما أعطاه الجد لأحماده بدون عوض، والميراث لا يغني عن ذلك.
- في الوصية الواجبة كل أصل يحجب فرعه فقط، بينما في الميراث الأصل يحجب فرعه وفرع غيره ، مثل الأب يحجب أم الأب وإخوانه فروع أبيه.
- لا ترد برد الموصى بها .<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 31.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

### رابعاً : الإشكالات العملية للتنزيل

1/ المقنن لما أخذ بالتنزيل للأحفاد لما أخذ برأي ابن حزم الذي أوجب الوصية للأقربين غير الوارثين ، وبذلك يكون قد خص الأحفاد بهذه الوصية دون غيرهم من الأقربين ولاسيما الوالدين إن كان بهما أو بأحدهما مانع يحول دون الميراث، ومن ثمة ينبغي أن تمتد أحكام الوصية الواجبة إلى الأقربين.

2/ مساواة ذوي الأرحام مع العصبية بالغير في الإرث، وتوريث ذوي الأرحام مع وجود من يحجبهم شرعاً من ذوي الفروض أو العصابات أحياناً أخرى ، فقد يكون نصيب الأنثى الأبعد درجة مساوياً لنصيب الذكر العاصب وهذا مناف للقاعدة الارثية للذكر مثل حظ الأنثيين.

3/ إعطاء ذوي الأرحام في حين أن ذوي الفروض محجوبون و هم أولى و أقرب ، فتأخذ بنت الابن نصيباً بالتنزيل أكثر من نصيب البنت الصلبية بالميراث في بعض الحالات.

4/ ينفرد الفرع بكل ميراث أصله الذي مات في حياة مورثه ولا يأخذ أصحاب الفروض الآخرون شيئاً ، فمثلاً: توفي عن ابنتين وبنت ابن توفي في حياة أبيه وكان لهذا الابن المتوفي زوجة وجدة بالإضافة إلى ابنته ، و التنزيل يجعل أحياناً الوارث شرعاً أسوأ حالاً منه إذا كان غير وارث وأعطاه القانون وصية واجبة.

5/ استحداث نظام التنزيل قاعدة جديدة في الحجب على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، كما أبطلت الوصية الواجبة أغراض الموصي من الوصية الاختيارية إذا استغرقت ثلث التركة<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - دوحى بسمة، الوصية الواجبة وتطبيقاتها المعاصرة (التنزيل في الميراث)، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2015-2016، ص ص 82-83.

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

### خامسا: مستحقو التنزيل في ق قانون الأسرة الجزائري

ورد في نص المادة 169 من ق أ ج : " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه " حيث يفهم من عبارة " وله أحفاد كل من توفي ذكرا أو أنثى ( جد أو جدة ) وتفيد عبارة " مات مورثه " الذكر و الأنثى أيضا ، لذا يمكننا بيان المستفيدين من التنزيل حسب ق أج فيما يلي :

1/ فرع الولد : الذي توفي حقيقة في حياة أصله (أبيه وأمه).

2/ فرع الولد الذي توفي حكما.

3/ فرع الولد الذي توفي مع أبيه أو أمه في وقت واحد ولم يعرف السبق في الموت.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي ذهب إليه بعض الفقه الجزائري وليس كله وهو مطابق لما ذهب إليه المحكمة العليا في تطبيقاتها لمواد التنزيل حسب ق أج، حيث جد أن أصحاب الرأي الآخر قالوا بأن المقنن الجزائري حدد المستحقين للتنزيل بأولاد الأبناء دون أولاد البنات، حيث يشكل الآخرون نوي الرحم، حيث أن الأحفاد أبناء الأبناء يشترط فيهم شرط أساسي وهو أن يكونوا محجوبين بالابن أبي عمهم ، وهذا ما خالفته المحكمة العليا حيث اعتبرت أن التنزيل يشمل أولاد الأبناء والبنات أيضا حيث قضت به غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا في قرارها رقم 292934 الصادر بتاريخ 25/12/2002.

### المطلب الثاني: ما تعارض فيه قانون الاسرة الجزائري مع أحكام الشريعة الإسلامية

حيث نجد ذلك واضح في المادة 132: «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث».

ونص هذه المادة قد يؤدي إلى التناقض وعدم الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية بسبب بعض الأوضاع التي تفرض نفسها من الناحية الشرعية، فكثيرا ما يطلق الزوج زوجته بالإرادة المنفردة خارج دائرة المحاكم وبعد مرور مدة قد تطول وقد تتجاوز العدة

## الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية

---

يلجأ للمحاكم وبالعودة للمادة 48 من نفس القانون، نجد أن المقتضيات الشرعية في هذه الحالة بأنه لا توارث بين الزوجين لانتهاء العدة قبل الحكم بالطلاق والعلاقة قد انتهت بسببها.

أما النص القانوني فقد أشار إلى أحقية الزوجين قبل صدور الحكم وهو أمر غير مقبول من الناحية الشرعية ولا يكون منسجماً إلا في حالة كون الزوج لم يطلق قبل رفع الدعوى وترك الأمر للقاضي سواء كان الطلب من الزوج أو الزوجة، وعليه لا بد من تعديل نص المادة 132 بكيفية تزيل هذا التعارض.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص ص 82-83.

## الفصل الثاني

أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور

على المسائل المختلف فيها

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

الفصل الثاني : أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

المبحث الأول : الأحكام المستمدة من رأي الجمهور بما فيهم المالكية

وقد تطرقت فيه إلى مجموعة من المسائل التي سار فيها ق أج وفق رأي الجمهور بما فيهم المالكية ، بدءا بالمسائل الخاصة في الميراث وصولا إلى ميراث المفقود إضافة إلى موانع الإرث المختلف فيها وميراث بيت المال وكيفية توريث الجد والجدة.

المطلب الأول: المسائل الخاصة في قانون الأسرة الجزائري وموانع الإرث المختلف فيها

وتناول في هذا المطلب المسائل الخاصة في قانون الأسرة الجزائري كفرع أول ، وموانع الإرث المختلف فيها كفرع ثاني .

الفرع الأول : المسائل الخاصة في قانون الأسرة الجزائري

ونستعرض فيه مجموعة من المسائل وموقف المشرع الجزائري من هذه المسائل

أولا : المسألتان الغراوان:

• تعريف الغراوين:

المقصود بمسألة الغراوين عند علماء المواريث، أن ينحصر الإرث بين الأبوين وأحد الزوجين، فإذا أخذ احد الزوجين نصيبه وهو النصف في حال وجود الزوج، أو الربع في حال وجود لزوج، وما يتبقى من التركة يكون بين الأب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين، للأم ثلث الباقي وللأب الثلثان وهو الباقي .

ويقال للواحدة منهما إحدى الغراوين أو الغراوية الأولى، والثانية ثانياة الغراوين أو الغراوية الثانية ولا يقال لها غراء، لأن الاصطلاح خصص هذا اللفظ بالأكدرية، والقول بذلك قد يوقع في اللبس.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### • موقف المشرع الجزائري من مسألة الغراوان:

عرض المشرع الجزائري في الفصل التاسع من الكتاب الثالث المتعلق بالميراث إلى مسائل الميراث التي أطلق عليها المسائل الخاصة، ومن جملة هذه المسائل مسألة الغراوين التي نصت عليها المادة 177 من نفس القانون بما يلي: "إذا اجتمعت زوجة، وأبوان، فللزوجة الربع، وللأم ثلث ما بقي وهو الربع، وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج، وأبوان فللزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي وهو السدس، وما بقي للأب".

ومما يلاحظ من صياغة المشرع لهذا العنوان، أنه جاء به معرفا بالألف واللام، والذي يفهم منه في الظاهر أن المسائل التي نظمها وأدرجها تحت هذا العنوان هي مسائل محصورة العدد تقتصر إلا على المسائل الخمس التي ذكرها، وفي الحقيقة أن هذا العنوان يتسع كذلك لغيرها من المسائل مما هو ثابت ومقرر في الفقه الإسلامي.<sup>1</sup>

#### ثانيا / المسألة المشتركة

#### • تعريف المسألة المشتركة :

المسألة المشتركة هي المسألة الثانية من المسائل الشاذة في ميراث من يرث بالفرض، صور: زوج، وأم أو جدة فأكثر (لأن الجدة فأكثر تشارك الأم في الحكم)، واثنان فأكثر من الإخوة لأم) سواء كانا ذكرا أو أنثيين أو مختلفين أخ وأخت، (وأخ شقيق فأكثر) سواء كانوا إخوة ذكورا، أو إخوة وأخوات، أو أخ وأخت شقيقة.

#### • موقف المشرع الجزائري من المسألة المشتركة:

أخذ المشرع الجزائري صراحة بحكم المسألة المشتركة. كغيره من المشرعين العرب في المادة 176 منه ضمن الفصل التاسع تحت عنوان "المسائل الخاصة" بالتصيص على إشراك الإخوة الأشقاء في فرض الإخوة لأم، وقسمته بينهم للذكر مثل حظ الأنثى، أي

<sup>1</sup> - عبد الرزاق العمار، المسائل الخاصة في الميراث بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سنة 2015، ص 17.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

التساوي بين حصة الذكر وحصة الأنثى بسبب دخول الإخوة الأشقاء في قاعدة الإخوة للأم، حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي: " يأخذ الذكر من الإخوة كالأنتى في المشتركة وهي، زوج، وأم أو جدة، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الذكور وهي، زوج، وأم أو جدة، وإخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم، لأن جميعهم من أم واحدة." <sup>1</sup>

#### ثالثا / المسألة الأكدرية

##### • تعريف المسألة الأكدرية:

الأكدرية من المسائل الشواذ المعروفة التي أفرد لها الفرضيون بابا خاصا، وذلك لمخالفتها القياس في توريث الجد مع الإخوة، وشهرة الاختلاف حولها بين الصحابة الكرام ومن بعدهم بين الفقهاء . وتتعلق المسألة الأكدرية بالنسبة إلى أبواب ومباحث الموارث ببابين :

**باب التعصيب:** من المعلوم أنه من أحكام العاصب إذا استغرقت الفروض التركة سقط، إلا ما استثنى في المسألة الأكدرية

**باب ميراث الجد والإخوة:** وهو أصل موضعها، إذ علمنا فيما سبق من طريقة زيد بن ثابت المنفردات لا يرثن مع الجد بالفرض، بل يجعل من الجد معصبا لهن، فيكون ميراثه معهن كالأخ يتقاسم الباقي مع الأخوات، إلا إذا كان أكثر من مثليه فيرجع حينئذ لينفرد بالثلث، وهذا هو الأصل العام عنده، إلا أن المسألة الأكدرية لم يبق من التركة فيها سوى السدس، وهو أقل ما يستحقه الجد وعلى الرغم من ذلك ورثت الأخت معه، وخرجت عن أصول زيد وانفردت بحكم خاصا و الأكدرية مسألة اجتمع فيها :زوج، وأم، وجد، وأخت شقيقة أو لأب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- عبد الرزاق العمارة، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق لعمارة، المرجع السابق، ص 48.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### • موقف المشرع الجزائري من المسألة الأكدرية:

أخذ المشرع الجزائري بما جاء في نص المادة 175 من تقنين الأسرة التي نصت على ما يلي: "لا يفرض للأخت مع الجد في مسألة إلا في الأدرية، وهي: زوج، وأم، وأخت شقيقة أو لأب، وجد، فيضم الجد ما حسب له إلى ما حسب لها ويقسمان للذكر مثل حظ الأنثيين، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة، تصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية".

ويلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بقول الجمهور المؤسس على رأي زيد بن ثابت في قسمة الأكدرية ولكننا بالرجوع إلى نص المادة 153 من نفس القانون التي تنص على ترتيب جهات العصبية بالنفس نجد أنه قد جعل مرتبة جهة الجدود مع نفس مرتبة جهة الأبوة، ثم أضاف عبارة "مع مراعاة أحوال الجد" المنصوص عليها في المادة 158 منه، وكان الأولى على المشرع في إطار تكامل وانسجام النصوص المنظمة الأحكام ميراث الإخوة مع الجد أن ينزل جهة، الجدود مع جهة الأخوة وذلك مراعاة لترتيب الجمهور، وانسجاما مع ما نصت عليه سائر قوانين الأحوال الشخصية التي أخذت بتوريث الإخوة مع الجد.<sup>1</sup>

#### رابعاً/ المسألة المالكية وشبه المالكية

لم يوضح المشرع الجزائري موقفه من مسألة المالكية وشبه المالكية كما فعل في مسألة الغراوين والمشاركة والأكدرية، بل سكت عن التعرض لأحكام كل منهما. وما يبرر ذلك - في رأبي أن المشرع اختار عدم الأخذ برأي الإمام مالك في حكم المسألتين بعدم إسقاط الإخوة الأشقاء أو الذين للأب وتوريثهم معه وفقاً لما هو منصوص عليه ضمن الأحكام العامة الأحوال الجد في المادة 158 من نفس القانون والمستمدة من مذهب زيد بن

<sup>1</sup> - عبد الرزاق لعمارة، المرجع السابق، ص 65.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

ثابت في توريث الإخوة مع الجد مما يتضح معه أن المشرع قد وافق مذهب زيد في حكم المسألتين.

وكان من الأحسن بالمشرع أن يوضح موقفه صراحة من هاتين المسألتين، وذلك بإدراجهما ضمن الفصل التاسع المتعلق بالمسائل الخاصة في موضع مسألة المباشرة والمنبرية، وذلك باعتبار خصوصيتهما واستمادتهما من مذهب الإمام مالك الذي يعد المذهب الغالب في معظم أحكام مواد قانون الأسرة الجزائري، وقد يؤدي سكوت المشرع عن التصييص صراحة على حكم المسألتين إلى وقوع الموثقين في الغموض والالتباس في كيفية التعامل مع هاتين المسألتين والتردد بين تطبيق الأحكام العامة في توريث الإخوة مع الجد الواردة في المادة 158 وبالتالي توريث الإخوة الأشقاء أو لأب مع الجد في جميع الأحوال من دون استثناء أحكام المالكية وشبهها، أو تطبيق أحكام المادة 222 التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والمقصود منها في هذه الحالة الرجوع إلى المذهب المالكي باعتبار أن أحكام المادة 158 تشمل حالة المالكية وشبهها على مذهب زيد وليس على مذهب الإمام مالك.<sup>1</sup>

### خامسا /المسألة المعادة

لم يشر المشرع الجزائري إلى أحكام مسائل المعادة تماما، لا في خضم ذكره الأحوال الجد مع الإخوة، ولا ضمن مسائل خاصة، حيث اقتصر في المادة 158 المتعلقة بأحوال إرث الجد مع الإخوة على بيان نصيبه مع أحد الصنفين ولم يتعرض للأحوال التي يوجد فيها الجد مع الصنفين مجتمعين معا. وكان من الأفضل بالمشرع في إطار تكامل النصوص وانسجامها لو بين موقفه صراحة من مسائل المعادة، بالأخذ أو بعدم الأخذ، لينتهي بذلك الغموض واللبس الحاصل من جهة، والإشكالات العملية التي تعترض الموثقين في كيفية التعامل مع هذا النوع من المسائل من جهة أخرى، حيث يترددون بين تطبيق القواعد

<sup>1</sup> - عبد الرزاق لعمارة، المرجع السابق، ص 80.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

الأصلية في حجب الإخوة الأشقاء للإخوة للأب أو احتساب الإخوة لأب مع الأشقاء لإدخال النقص على نصيب الجد ثم يحوز الأشقاء ما أخذه الإخوة للأب كأم لم يوجدوا.

ولو نص المشرع الجزائري على حكم المعادة - باعتبار أن من أصول وفقه زيد - على الأقل ضمن أحوال الجد في المادة 158 المذكورة ليتوافق ذلك مع المذهب الذي اعتمده المشرع في توريث الجد مع الإخوة وهو مذهب زيد الذي اختاره وسار عليه.<sup>1</sup>

#### سادسا/ المسائل المشهورة في العول :

من المسائل المشهورة في العول هي: مسألتا الإلزام والمباهلة، ومسألتا المروانية وأم الفروخ، مسألتا أم البنات والدينارية الصغرى (أم الأرامل)، مسألتا المنبرية والثلاثينية. ولكن المشرع الجزائري عالج مسألتا المباهلة و المنبرية.

#### • تعريف مسألتا المباهلة و المنبرية:

معنى المباهلة أن يجتمع قوم إذا اختلفوا في شيء، فيقولوا لعنة الله على الظالم منا والمباهلة هي مسألة من مسائل الميراث المراد بها هذا المجادلة. - معنى المسألة المنبرية هي: زوجة، وأم، وأب، وبناتان.

#### • موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في الفصل التاسع تحت عنوان " المسائل الخاصة من الكتاب الثالث على مسألة المباهلة في المادة 178 ، وعلى المسألة المنبرية في المادة 179 منه.

وجاء في المادة 178: "إذا اجتمع زوج، وأم، وأخت شقيقة أو لأب، كان للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية للزوج ثلاثة، وللأخت ثلاثة، وللأم اثنان".

<sup>1</sup> - عبد الرزاق العمارة، المرجع السابق، ص 141.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

وجاء في المادة 179: "إذا اجتمعت زوجة، وبنتان، وأبوان صحت فريضتهم من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين، للبنتين الثلثان - ستة عشر، وللأبوين الثلث - ثمانية، وللزوجة الثمن - ثلاثة ويصير ثمنها تسعا".<sup>1</sup>

يتضح من خلال هذا الفصل أن ق.أ.ج سار على درب الشريعة الإسلامية وأخضع الجميع الأحكام التي تعلقت بعلم الميراث، وهذا ما نصت عليه ديباجة المشروع التمهيدي له والتي ورد ما يلي فيها: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث الإجماع، القياس، الاجتهاد، الفقه على المذاهب الأربعة وغيرها على بعض المسائل...".

كما أنه قويض القاضي حيث جعله يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في القانون، وهكذا ما أكدته المادة 222 من قانون الأسرة، كما نصت المادة 223 على أنه: "تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

#### الفرع الثاني : موانع الإرث المختلف فيها

تعتبر موانع الإرث من المواضيع التي تناولها الفقهاء بشيء من التفصيل ، حيث أجمعوا على عدة نقاط واختلفوا في أخرى، وقد تناولت في هذا الفرع الردة واللعان من بين الموانع المختلف فيها

#### أولاً/ الردة

حيث سنتناول تعريفها من حيث اللغة والاصطلاح كمايلي:

#### 1- تعريف الردة لغة : أي سقط كأنه تفعل ، من الردى الهلاك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرزاق لعمارة، المرجع السابق، ص 185.

<sup>2</sup> - ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 1630.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

2 تعريف الردة اصطلاحاً: الردة هي خروج المسلم عن دينه، وإعلانه وبتشريعه، بقول أو فعل باختياره وإرادته وحكمه في الإسلام أنه يعتبر لا دين له، ولو كان قد تحول إلى النصرانية أو اليهودية، ولقد أجمع العلماء على أن المرتد عن الإسلام يستتاب، ويعطى له مهلة للعدول عن رده فإن لم يتب وأصر على رده أقيم عليه الحد "الحكم على الرجل بالقتل والمرأة بالسجن حتى تتوب أو تموت"<sup>1</sup>.

أما ميراثه فقد اختلف فيه الفقهاء ، فذهب ربيعة إلى أن ماله للمسلمين إذا مات أو قتل مرتدة وروي عن علي رضي الله عنه وعن ابن مسعود أنهما جعلاه ماله لورثته المسلمين وبه قال سعيد ابن المسيب وغيره وفي هذين القولين سواء كان ماله مما اكتسبه قبل رده أو بعدها وقال آخرون إذا كان ورثته على دينه أي - ليسوا مسلمين - فهم يرثون دون المسلمين لكن اتفقوا جميعاً على أنه: "لا يرث هو من مات من ورثته المسلمين"<sup>2</sup>.

وقد نص ق أ ج على الردة كونها مانع من الميراث في المادة 138 «يمنع من الإرث اللعان والردة» ، واعتبار الردة مانعة من الموانع هو ما ذهب إليه المالكية والشافعية، والصحيح إذا ارتد الشخص عن الإسلام ، فلا توارث بينه وبين ورثته لاختلاف الدين ويكون ماله لبيت المال.<sup>3</sup>

غير أنه كان على المقنن الجزائري أن لا يستعمل لفظ الردة فقط، بل يضيف أيضاً لفظ اختلاف الدين حتى يشمل الحكم القرابة مع اختلاف الدين كالزوجين ( مسلم ومسيحية)، فهنا لا توارث بينهما بسبب اختلاف دينهما، واختلاف الدين قد يحدث بسبب الزواج المختلط كأن يتزوج جزائري مسلم بمن تدين بدين سماوي كالنصرانية وهنا لا يثبت التوارث شرعاً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 158.

<sup>2</sup> - أبو بكر بن يونس الصقلي، المرجع السابق، ص 179.

<sup>3</sup> - أحمد غرابي " المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في ق أ ج وموقع المذهب المالكي منها"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، ع 23، جوان 2015، ص 124.

<sup>4</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 86.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### ثانيا/ اللعان

وسأتناول في البداية تعريف اللعان في اللغة والاصطلاح ثم سأتطرق بعدها إلى دليبه من القرآن الكريم.

**لغة:** من اللعن بمعنى البعد، المباهلة، وتأتي بمعنى الطرد والإبعاد، يقال: لعنه بمعنى طرده، وأبعده، أو سبه فهو لعين أو مطرود.<sup>1</sup>

**اصطلاحا:** هو ما يحصل من ملاءنة وحلف أمام القضاء بين الزوجين بسبب نفي الحمل أو دعوا الرمي بالزنا، وهذا وفقا للمادة 41 ق أج (ما لم ينفه بالطرق المشروعة).

واللعان هو شهادات أربع مؤكدات بالأيمان، يؤديها الزوجان أمام القضاء إذا قذف الزوج زوجته بالزنا، أو نفي نسب ولدها، وهذا مستفاد من قوله تعالى: «واللذين يرون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين» الآيتان 6-9 سورة النور.

فإذا تم اللعان على الوجه المقرر شرعة فرق القاضي بينهما، ونفى نسب الولد منه؛ فلا يرث الولد من الزوج ولكنه يرث من أمه لأن نسبه منها ثابت باعترافها وهذا باتفاق العلماء.<sup>2</sup>

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الفرقة بين المتلاعنين تقع باللعان نفسه دون حكم القاضي أم أنه لا بد من حكم القاضي لوقوعها.

<sup>1</sup>- مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار الحديث، ص 250.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 154.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

حيث ذهب الإمامان مالك والشافعي وزفر بن هذيل والليث بن سعد والجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان نفسه، لكنهم اختلفوا فيما إذا كانت الفرقة تقع بتمام لعان الزوج وإن لم تلتعن الزوجة، فقال الإمام مالك وأحمد والظاهرية لا تحصل إلا بتمام لعانها وبه قال الأوزاعي والثوري.<sup>1</sup>

وقد نص ق أج على اللعان كونه مانع من موانع الإرث المادة 138: «يمنع من الإرث اللعان والردة».

وما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه اعتبر اللعان من موانع الإرث مع أنه لم ينص عليه ضمن أسباب الطلاق، بالرغم من أنه يعتبر سببا شرعيا للتفريق من الناحية القضائية.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: ميراث بيت المال وميراث المفقود

ويشمل هذا المطلب كل من ميراث بيت المال فرعاً أولاً ، وميراث المفقود فرعاً ثانياً .

#### الفرع الأول : ميراث بيت المال

اتفق الفقهاء على أن المال الذي يتركه الميت ، ولم يكن له مستحق بإرث أو وصية يوضع في بيت المال على سبيل المصلحة لحفظ المال الضائع، حيث ذهب المالكية والشافعية إلى أن بيت المال وارث من لا وارث له من قرابته أو عصبته سواء أكان منتظمة أم لم يكن لأن بيت المال تجب فيه نفقة المسكين والفقير و العاجز الذي لا يوجد من أقاربهم من تجب نفقته عليه فيكون وارث من لا وارث له ليكون الغرم بالغنم، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرث».

<sup>1</sup> - أحمد غرابي ، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 88-89.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

أما الحنفية والحنابلة فقد راو أن التركة التي لا يعرف لها وارث أو موصى له بعد ما ضائعة ينتقل إلى بيت مال المسلمين على سبيل المصالح والمنافع العامة لا لكونه ميراثاً.<sup>1</sup>

وقد نصت المادة 180 في فقرتها 4 على: «... إذا لم يوجد ذوا فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة»، فالمقنن الجزائري أخذ برأي الجمهور في مال التركة إلى الخزينة العامة أو بيت المال إذا لم يكن من يخلفه في تركته عن طريق الميراث أو الوصية.

#### الفرع الثاني : ميراث المفقود

##### • تعريف المفقود لغة:

المفقود في اللغة له عدة معاني ومن بينها:

1- فقد الشيء يفقده فقدا وفقدانا وفقودا، والفاقد من النساء التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها.<sup>2</sup>

قال الله تعالى: (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم).<sup>3</sup>

2- التفقد: تطلب ما غاب من الشيء.<sup>4</sup>

لقوله تعالى: ( وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ ).<sup>5</sup>

3- الفقد: نبات يشبه الكشوث ينبذ في العسل فيقويه ويجيد إسكاره.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - أحمد غرابي، المرجع السابق، ص 127.

<sup>2</sup> - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور، لسان العرب، رقم المجلد، 11، ص 205.

<sup>3</sup> - سورة يوسف، الآية 72.

<sup>4</sup> - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور، المرجع نفسه، ص 205.

<sup>5</sup> - سورة النمل، الآية 20.

<sup>6</sup> - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور، المرجع السابق، ص 205.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

ويقصد بالكوث: نبات يتعلق بأغصان الشجر، من غير أن يضرب بعرق في الأرض.<sup>1</sup>

#### • تعريف المفقود اصطلاحاً.

#### - تعريف المفقود في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وضع تعريف محدد للمفقود، فكل مذهب وضع تعريفاً مخالفاً للمذهب الآخر، لذلك نتناول كل مذهب على حدى (أ) المذهب الحنفي (ب) المذهب المالكي (ج) المذهب الشافعي (د) المذهب الحنبلي:

#### أ- المذهب الحنفي: هناك عدة تعريفات منها:

عرفه البعض على أنه: الغائب الذي لا يدري حياته أو مماته.<sup>2</sup>

وعرفه البعض الآخر أنه: الذي غاب عن أهله وولده، أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار.<sup>3</sup>

ومن بين فقهاء الحنفية من قال في المفقود: «هو اسم الموجود، حي باعتبار أول حاله، ولكنه كالميت باعتبار ماله، أهله في طلبه يجدون، ولخفاء مستقره لا يجدون قد انقطع خبره، واستتر عليهم أثره، بالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم الفناء».<sup>4</sup>

الفناء».<sup>4</sup>

ومن خلال هذه التعاريف نستنتج أن هناك اختلاف في تعريف المفقود ووضع الضابط المعتمد لدى الحنفية لإضفاء صفة فقدان على الشخص هو الجهل بحياته وموته، ولا يعتدون بجهل المكان، إلا أن هناك من يعتد بجهل المكان.

<sup>1</sup> - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور، لسان العرب، رقم المجلد 13، ص 70.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السياسي السكندري، شرح فتح القدير، ج 4، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر ص 440.

<sup>3</sup> - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار في تعليل المختار، ج 3، د ط، دار الفكر العربي، لبنان ص 37.

<sup>4</sup> - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 11، د ط، دار المعرفة، لبنان، 1986، ص 34.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### ب- المذهب المالكي:

عرف الإمام مالك بن أنس الأصبحي المفقود أنه: «هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، لا يدري أين هو، وقد تلموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام فيما بلغنا».<sup>1</sup>

وعرفه العلامة أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي بقوله: «المفقود من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه، فخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، وخرج المحبوس الذي هو يستطيع الكشف عنه».<sup>2</sup>

نستنتج من خلال هذين التعريفين، أن المذهب المالكي اشترط شرطين أساسيين الاعتبار الشخص مفقودا، وهما: جهالة مكان تواجده، وعدم معرفة إن كان حيا أو ميتا.

#### ج- المذهب الشافعي:

عرفه الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمان الحسيني الشافعي بقوله: «المفقود هو من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدري أحي هو أم ميت، سواء كان ذلك بسبب سفره أو حضوره قتالا أو انكسار سفينة أو أسر عند أهل الحرب أو نحو ذلك».<sup>3</sup>

عرف هذا المذهب المفقود على أساس أنه الشخص الذي انقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته. كما اعتبر كل من المسافر والأسير والمجنون الذين انقطعت أخبارهم ولم تعرف حياتهم من مماتهم أنهم مفقودين.

<sup>1</sup> - الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ص 451. نقلا عن نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون و الاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص17.

<sup>2</sup> - أبو الحسن بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ط2، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1951 ص 400. نقلا عن نوي عبد النور، المرجع نفسه، ص 18.

<sup>3</sup> - أبو بكر عبد الرحمان الحسيني الشافعي، فتوحات الباحث في شرح تقرير المباحث، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدرآباد، الدكن، 1317 هـ، ص 175. نقلا عن نوي عبد النور، المرجع السابق، ص 19.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### د- المذهب الحنبلي:

المقصود بالمفقود من «لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، فاعتبروا كل من الأسير عند أهل الحرب والسائح والتاجر مفقودين على الرغم من معرفة أنهم لا يمكن لهم الرجوع لأهلهم، وغلبة الظن بالسلامة»<sup>1</sup>.

من خلال هذا التعريف يستنتج أن هذا المذهب عرف المفقود بأنه لا تعلم حياته أو مماته، وهو التعريف نفسه الذي أخذ به المذهب المالكي، إلا أنهم اختلفوا في اعتبار الأسير ولو عرف مكانه مفقوداً لأنه لا يستطيع الرجوع إلى أهله وكذلك المحبوسين.

نستنتج من خلال هذه التعاريف، أن المذاهب الأربعة اتفقوا على أن المفقود هو الشخص الغائب الذي انقطع خبره ولا تعرف حياته أو موته، ولكن هناك من اعتبر الأسير مفقوداً وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية لم يعتبر الأسير مفقوداً.

والمذهب الحنفي لم يعتد بجهالة مكان المفقود، عكس المذاهب الأخرى، الذين اعتبروا جهالة المكان، الضابط الذي يضيف صفة الفقدان على الشخص.

#### - تعريف المفقود في التشريع الجزائري.

نتطرق إلى تعريف المفقود في ق.أ.ج (أ)، ثم إلى تعريفه في القوانين الخاصة (ب).

#### أ/ تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 31 (ق م ج) على: «تجري على المفقود و الغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي»<sup>2</sup>.

يتضح من خلال هذه المادة أن ق.م.ج يحيلنا إلى قانون الأسرة.

<sup>1</sup> - محمد بن علي بن سلوم النجدي الزبيري، الفواكه الشهية شرح المنظومة البرهانية في الفرائض الحنبلية، ط1، دار النوادر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص 311.

<sup>2</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن ق.م.ج، ج ر 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31 صادرة في 13 ماي 2007.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

عرفه المشرع في المادة 109 (ق أ ج): « المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا تعرف حياته، أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم.»<sup>1</sup>

يتضح من هذا النص أن المفقود هو الشخص الغائب الذي غاب عن عائلته، ولم يعرف مكان إقامته، وانقطع خبره، ولا يعرف أهو حي أم ميت.

من خلال هذا التعريف نستنتج أنه لا اعتبار للشخص مفقودا يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط وهي:

1- الشرط الأول: الغيبة: يقصد بذلك ترك الشخص لمحل إقامته المعتاد، بحيث تنقطع أخباره.<sup>2</sup>

2- الشرط الثاني: أن لا تعرف حياة المفقود من موته: أي أن تنقطع أخباره، ولا تعرف حياته من مماته، فإذا عرفت حياته ولم يعرف محل إقامته أو موطنه فلا يمكن اعتباره في حكم المفقودين.<sup>3</sup>

3- الشرط الثالث: أن يصدر حكم قضائي باعتبار من انقطعت أخباره مفقودا: وهو الشرط الأساسي لإضفاء صفة المفقود على الشخص، ولكي يصدر الحكم يجب عدم معرفة محل إقامة أو موطن الشخص الغائب وما إذا كان حيا أو ميتا.<sup>4</sup>

ويقصد بمصطلح الغائب: عرفه المشرع الجزائري في المادة 110 (ق أ ج) بأنه: الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب في ضرر الغير.»

<sup>1</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 | المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، 2005.

<sup>2</sup> - نوي عبد النور، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 93.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 327.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

يتضح من خلال هذه المادة أن الشخص الغائب هو الذي ترك محل إقامته، ومنعته الظروف القاهرة من العودة، وتسيير وإدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة الغير، مع العلم أن حياته معلومة.

من خلال هذا التعريف يمكن حصر شروط اعتبار الشخص غائبا كالاتي:

1- أن تحيط به ظروف قاهرة تمنعه من تواجده بمحل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة الغير.

2- أن يستمر هذا الوضع لمدة سنة فأكثر.

3- أن يلحق هذا الوضع ضررا بالغير.<sup>1</sup>

ب/ تعريف المفقود في القوانين الخاصة:

تنص المادة 02 من الأمر رقم 03/02 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 على أنه : «... يصرح متوفي، بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية...».<sup>2</sup>

وتنص المادة 01/02 من القانون رقم 06/03 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال 21 مايو سنة 2003 على أنه: «... يصرح متوفي، بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية...».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دط، الأمل للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص87.

<sup>2</sup> - أمر رقم 03-02 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فيفري سنة 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية، ع 15.

<sup>3</sup> - قانون رقم 06-03 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية، ع 37.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

كما تنص كذلك المادة 30 من الأمر رقم 01/06 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على أنه: « يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى».<sup>1</sup>

يتضح من خلال هذه المواد الثلاث، أن المفقود هو ذلك الشخص الذي فقد في الظروف غير العادية. وهي الكوارث الطبيعية، الزلازل والفيضانات، أو في المأساة الوطنية، ولم يعثر على جثته أو أي أثر يوحي بأنه على قيد الحياة.

الشروط التي يمكن أن نستنتجها من خلال هذا التعريف هي:

1- الشرط الأول: أن يكون الشخص المفقود متواجد في موقع الكارثة أو في فترة المأساة الوطنية: أي يجب إثبات وجود الشخص في موقع حدوث الفيضان أو الزلزال أو المأساة الوطنية، وفي حالة عدم إثبات ذلك، يعتبر مفقود في الظروف العادية.

2- الشرط الثاني: أن لا يظهر له أي أثر، وعدم العثور على جثته، وذلك بعد إجراء جميع التحريات الممكنة التي تقوم بها الضبطية القضائية.

### - الأحكام الخاصة بالمفقود

1- حكم المفقود بالنسبة لماله: القاعدة المقررة فقها أن المفقود بالنسبة لأمواله يعتبر حية مدة فقده باستصحاب الحال حتى تقوم البيئة على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته، فلا يقسم ماله بين الورثة وينفق القاضي من ماله على زوجته وأصوله وفروعه فقط، وينصب القاضي وكيلًا عنه يقبض ديونه ويحفظ ماله<sup>2</sup>.

وقسم المالكية المفقود إلى أربعة أقسام:

<sup>1</sup> - أمر رقم 01-06 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، ع 11.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 508.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

أ- من فقد في دولة غير إسلامية، في وقت السلم.

ب- من فقد في دولة إسلامية، وقت السلم.

ت- من فقد في دولة إسلامية، في وقت الحرب (معركة بين المسلمين).

ث- من فقد في دولة غير إسلامية وقت الحرب.

قال الإمام مالك: «لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته، أو يبلغ من الزمان ما لا يحيي إلى مثله، فيقسم ميراثه من يوم يموت، وذلك اليوم يقسم ميراثه».

أما الحنابلة فقد قسموا المفقود إلى قسمين:

أ- من غلب على فقده الهلاك، كأن يفقد في حرب، أو حادث غرق في سفينة.

ب- من لا يغلب على فقده الهلاك، كأن يفقد في سفر، من أجل التجارة أو الزيارة أو السياحة ونحوه.

أما الحنفية والشافعية: فلا يفرقون بين من فقد في مكان يغلب عليه الهلاك وبين مكان لا يغلب عليه الهلاك، فالكل عندهم مفقود<sup>1</sup>، وعلى العموم فقد اختلف الفقهاء في المدة التي يقضي فيها بموت المفقود.

أما ق أج فقد نصت على هذه الحالة ميراث المفقود من غيره المادة 155: «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».

فالشخص المفقود لا بد من حفظ أمواله بواسطة المقدم الذي يعينه القاضي عند الحكم بفقدانه التسيير أمواله، ويستمر التحري عنه إلى حين مرور أربعة سنوات من تاريخ فقدان، وبعدها يمكن للقاضي الحكم بالوفاة إذا كانت ظروف فقدان ترجح الوفاة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد الغني عمر عبد الغني، (الحجب وآثاره في الميراث الإسلامية)، منشورات شركة E LG A، فاليتا ماطا، 2001، ص ص 228-229.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 178.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

وقد ذهب المالكية إلى أن المدة التي يحكم القاضي على مرورها بوفاة المفقود هي أربع سنين فقد روى مالك عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه قال: " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدري أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعد أربعة أشهر وعشرة ثم تحل<sup>1</sup>.

#### 2- حكم المفقود بالنسبة لمال غيره:

ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة والظاهرية إلى أن المفقود يرث من غيره ويعتبر حية ويفرز له نصيبه على هذا الأساس حتى يتبين خلاف ذلك، فحياة المفقود هي الأصل الثابت فيرث من غيره ولا يورث عنه ماله فيوقف له من تركته مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حية أخذه، وإن حكم بموته نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حية بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة.<sup>2</sup>

وهو ما نصت عليه المادة 133 حيث نصت على هذا الحكم وجاء فيها «إذا كان الوارث مفقوداً ولم يحكم بموته يعتبر حياً وفقاً لأحكام المادة 133».

#### المطلب الثالث: الشك في أسبقية الموت وكيفية توريث الجد والجددة

وهذا المطلب تم تقسيمه فرعين الأول الشك في أسبقية الموت ، والثاني كيفية توريث الجد والجددة

#### الفرع الأول : الشك في أسبقية الموت

يرث الولد والديه والقريب قريبه إذا تحققت هذه الرابطة أو الصلة الا وهي صلة القرابة، ولكن اذا خفي الوارث بحيث لا يعرفه أهله ففي هذه الحالة تتمكن الجهالة من الوارث وتصبح مانعا من موانع الميراث.

<sup>1</sup>- أحمد محمد المومني، أحكام التركات والموارث، ط1 ، دار المسيرة، عمان (الأردن)، ص 150.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 508.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### - آراء الفقه الاسلامي في الشك وجهل أسبقية الوفاة :

مسألة الشك في اسبقية الوفاة تحدث بكثرة خاصة في وقتنا الحالي بأن يموت أفراد تجمعهم قرابة ومعا في أن واحد، ومن آراء العلماء في توريث من ماتوا في حادث ولم يعلم المتقدم منهم من المتأخر أن الموت يترتب عليه كما هو معلوم حقوق الغير من الميراث وغيرها<sup>1</sup> وللفقهاء الأقوال الأتية:

#### أ/ القول الأول:

هذا القول يتجلى في الذين يموتون في أن واحد، وجهل المتقدم منهم من المتأخر، أو الشك في أسبقية الوفاة بين المتوارثين انهم لا يتوارثون فيما بينهم وهذا القول الجمهور من الصحابة والتابعين والفقهاء منهم ابو بكر الصديق ، والمالكية والأحلاف والشافعية.

واستدلوا بقولهم ان من شروط الارث تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه وهذا الشرط غير متحقق وغير معلوم يقينا، في هذه الحالة فهو مشكوك فيه ولا توريث مع الشك في السبب .

#### ب/ القول الثاني:

قالوا بان الجهل في أسبقية الوفاة ضمن من ماتوا في حادث واحد ولم يعلم المتقدم منهم من المتأخر ما يؤدي إلى الحرمان من الميراث، ويرثون بعضهم البعض من تلاد اموالهم حتى لا يحصل الدور فيرث مال نفسه، وهو باطل وهو قول الحنابلة<sup>2</sup> ومن أدلتهم: عن اياس ابن عبدالله المزني انه سال عن بيت سقط على ناس فماتوا. فقال : يورث بعضهم من بعض.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عيد الرحمان هيباوي ، موانع الميراث في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها في قوانين الأسرة المغاربية، رسالة الماجستير ، ص273.

<sup>2</sup> - من قدامة المقدسي، المغني، ج6، ص 255

<sup>3</sup> - أخرجه الدار قطبي ، سنة ، كتاب الفرائض والسير، ج4، ص74

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### ج/ القول الثالث:

أصحاب هذا القول وهم طائفة من البصريين ذهبوا إلى وقف مال من ماتوا في حادث واحد ولم يعلم منهم المتقدم من المتأخر، حتى يتبين الأمر أو يصطلح، وقد استدلوا بالمعقول بان اليقين لا يزول بالشك، كمن تيقن الطهارة وشك في الحدث أو العكس، واليقين هنا موته والشك في حياة بعضهم، والشك لا يقدم على اليقين.

القول الراجح هو القول الأول عدم توارثهم من بعضهم البعض، لأن توريث كل واحد من الآخر يجعل الواحد منهم وارثا ومورثا أي حيا و ميتا<sup>1</sup>

#### • الشك في أسبقية الوفاة في قانون الأسرة الجزائري

إذا لم تثبت حياة الوارث ساعة وفاة مورثه وهو شرط من استحقاق الارث سواء أكان ذلك حقيقة أو تقديرا فلا توارث بينهما لا شرعا ولا قانونا.<sup>2</sup>

وهذا ما ذكره المشرع الجزائري ضمن نص المادة 128 ق، أ، ج.

وما جاء به نص المادة 129 ق أ ج حيث نصت على: ( إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء أكان موتهم في حادث واحد أم لا).

بهذا يكون المشرع الجزائري قد اعتمد رأي المالكية في هذا الشأن، وهو رأي جمهور الفقهاء ككل وهو الرأي الراجح في المسألة<sup>3</sup>؛ وهذا أيضا ما جاء به قار المحكمة العليا تحت رقم 219318 المؤرخ في 16/03/1999 وفيه: ( من المقرر قانونا أنه إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان مته في

<sup>1</sup> - محمود سالم مصلح، موانع الميراث في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في قطاع غزة ص 104.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص90.

<sup>3</sup> - محمد محدة، التركات والمواريث - ص97.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

حدث واحد ام لا، مما يؤكد عمل المحكمة بهذا القرار وأحكام المادة 129 ق أج في منع ارث من جهل تاريخ وفاتهم وعدم العلم بالمتقدم منهم من المتأخر.<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني : كيفية توريث الجد و الجدة

وفيما يلي كيفية أو طريقة توريث كل منهما كما يلي:

#### • كيفية توريث الجد

ما يمكن قوله أنه وقع الإجماع على توريثه عند عدم الأب لكن اختلف في كيفية توريثه من قبل الصحابة وتبعهم في ذلك فقهاء المذاهب الأربعة.

والمقصود هنا هو الجد الصحيح والذي هو: " الجد الذي لا يدخل في نسبه إلى الميت أنثي مثل: أبي الأب وأبي أب الأب، ولا يكون الجد صحيحة إلا إذا كان ذا قرابتين كأبي الأب الذي هو أبي أم الأم؛ كأن يزوج الرجل بنت بنته من ابن ابنه.

أما الجد الفاسد أو الجد غير الصحيح هو من تتوسط بينه وبين الميت أنثي مثل أبي الأم وأبي أبي الأم، وهو من ذوي الأرحام<sup>2</sup> ، وقد اختلف الأئمة المجتهدون في حكم ميراث الجد مع الإخوة تبعة الاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم، وانقسموا الى فريقين:

**1- الفريق الأول:** فيرى أن الإخوة مطلقة سواء كانوا أشقاء أو لأب أو الأم ذكورة أو الاختلاف إناثا يحبون من الإرث بوجود الجد على اعتبار أن الجد يقوم مقام الأب عند فقده في جميع أحواله وهو مذهب أبو حنيفة وقال به أبو بكر الصديق وعمر رضي الله عنهما.

**2- الفريق الثاني:** يرى أن الإخوة والأخوات أشقاء أو لأب يرثون مع الجد، وحثهم في ذلك أن الجد والإخوة في درجة واحدة من حيث الإدلاء للميت "فالأب" هو الواسطة، وحاجة

<sup>1</sup> - عيد الرحمان هيباوي، ص278-279.

<sup>2</sup> - بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواريث، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003، ص 110.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

الإخوة للمال أظهر من حاجة الجد، وهو مذهب الجمهور "مالك وأحمد والشافعي"،  
والصاحبين أبو يوسف ومحمد من الحنفية وقال به جمهور الصحابة وعلى رأسهم زيد رضي  
الله عنه.<sup>1</sup>

فمن مالك عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب إلى  
"زيد بن ثابت" الأنصاري الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم "أفرضكم زيد" يسأله عن  
الجد فكتب إليه زيد بن ثابت "أنك كتبت إلي تسألني عن الجد والله أعلم وذلك ما لم يكن  
يقضي فيه" الأمراء (يعني الخلفاء) وقد حضرت الخليفتين قبلك (يعني عمر وعثمان)  
يعطيانه النصف مع الأخ الواحد والثلاث مع الاثنين فإن تعدد الإخوة لم ينقصوه من الثلث.<sup>2</sup>

وهذا ما أخذ به ق أ ج من خلال مادته 158 والتي نصت على أنه إذا اجتمع الجد  
العاصب مع الإخوة الأشقاء أو مع الإخوة لأب ذكورة أو اناثا أو مختلطين فله الأفضل من:  
ثلث جميع المال أو المقاسمة، وإذا اجتمع مع الإخوة وذوي الفروض فله الأفضل من: سكس  
جميع المال، ثلث ما بقي بعد ذوي الفروض، مقاسمة الإخوة كذكر منهم.

#### • كيفية توريث الجدة

المقصود بالجدة هو الجدة الصحيحة وهي التي: لا يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر  
بين أنثيين كأم أم الأم.

أما الجدة غير الصحيحة (الفاصلة) فهي التي يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر كام  
أبي الأم وأم أبي أم الأب، لأن كل أب يدلي إلى الميت بأنثي يكون جد فاسد فمن يدلي به  
يكون فاسدة كذلك ذكر كان أو أنثي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الشيخ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك للإمام سيدي محمد الزرقاني، مج 3، دار الفكر، بيروت، ص 108.

<sup>3</sup> - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 110.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

حيث وقع الإجماع على أن للجدة أم الأم السدس مع عد الأم، وكذا الجدة أم الأب عند فقد الأب، فإن اجتمعتا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك، فذهب " زيد بن ثابت " رضي الله عنه وأهل المدينة إلى أن الجدة أم الأم يفرض لها السدس فريضة فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما، أما إذا كان تعددهما سواء أو كانت أم الأم أقرب، فإذا كانت أم الأم أقرب كان لها السدس<sup>1</sup> وبه أخذ ق أج فالجدة الأموية القريبة هي التي تحجب الأبوية البعيدة ، أما إذا اجتمعت الجدة الأبوية القريبة مع الأموية البعيدة اشتركتا في السدس مراعاة لجانب الأمومة<sup>2</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 149 فقرة 4:«الجدة سواء لأب أو الأم وكانت منفردة، فإن اجتمعت جدتان وكانتا في درجة واحدة قسم السدس بينهما، أو كانت التي للأم أبعد فإن هي الأقرب اختصت بالسدس».

وتحجب الجدة اتفاقا من الجهتين بالأم، أما الحنفية والحنابلة فالجدة البعدى عندهم تحجب بالقربى مطلقا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أبو الوليد ابن رشيد، المرجع السابق، ص134.

<sup>2</sup> - أحمد غرابي، المرجع السابق، ص125.

<sup>3</sup> - أبو الوليد ابن رشد، المرجع السابق، ص134.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### المبحث الثاني: الأحكام المستمدة من رأي الجمهور دون المالكية

حيث تناولت في هذا المبحث الأحكام التي استمدها ق أج من رأي الجمهور دون المالكية الذين كان لهم ري مخالف في هذه الأحكام، وهي على النحو التالي:

#### المطلب الأول: العمل بالرد

يعتبر الرد من الأحكام التي وقع حولها خلاف بين الفقهاء ومن قبلهم الصحابة وسأتناول فيما يلي تعريفه والأحكام المتعلقة به .

#### • تعريف الرد :

**لغة:** الارتداد والرجوع ومنه المرتد، والردة؛ البقية.<sup>1</sup>

**اصطلاحاً:** هو صرف ما بقي من سهام التركة بعد ذوي الفروض إليهم بنسبة فرض كل منهم وذلك إذا لم يكم هناك عصبية والا اخذ العاصب الباقي، فالرد يقابل العول<sup>2</sup>، حيث يرد الباقي على ذوي الفروض ماعدا الزوجين بحسب فروضهم بأن يصغر أصل المسألة ، لأنه مخرج للفروض إذ هي كسور ، والمخرج كلما صغرت زادة في قيمة الكسر وهذا هو الرد، فالرد زيادة في السهام تنقيص في المخرج ، عكس العول زيادة في المخرج نقص في السهام.<sup>3</sup>

فقد قال بالرد جل الصحابة، حيث قالو بالرد على أصحاب الفروض عدا الزوج والزوجة وإن كانوا اختلفوا في ذلك وأجمعو أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقي وهكذا جزء في جزء.

<sup>1</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، ص 1622.

<sup>2</sup> - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 111.

<sup>3</sup> - أحمد دبوس، جامع أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، موسوعة شاملة ، دار ابن حزم، (القاهرة)، 2007، ص815.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

أما ق أ ج فقد أخذ بالرد وهذا خلاف مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه الذي كان لا يقول بالرد ويجعل الفاضلة في بيت المال وتبعه في ذلك الإمام مالك والشافعي<sup>1</sup>، حيث نصت المادة 167:

إذا لم تستغرق الفروض التركة، ولم يوجد عصابة من النسب رد الباقي على غير الزوجين، من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، ويرد الباقي (التركة) على أحد الزوجين، إذا لم يوجد عصابة من النسب، أو أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام».

أما متأخرو المالكية والشافعية فذهبوا إلى أن فائض التركة يعود إلى بيت المال إذا كان هذا الأخير منتظمة، وإذا لم يكن كذلك رد الباقي على أصحاب الفروض باستثناء الزوجين.

أما في الفقرة الثانية من نفس المادة وهي حالة عدم وجود صاحب فرض غير الزوجين ولا عصابة نسبية ولا ذوي الأرحام، فأخذ المشرع بمذهب عثمان رضي الله عنه ومتأخري الحنفية في الرد على أحد الزوجين مع اختلاف في ذلك، فعثمان رضي الله عنه جعل الرد على أحد الزوجين كالرد على سائر أصحاب الفروض وقبل ميراث ذوي الأرحام، أما القانون الجزائري فقد جعل الرد متأخرة على ذوي الأرحام، فلا يرد على أحد الزوجين إذا وجد ذوي الأرحام.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - أبو الوليد ابن رشد، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> - أحمد غرابي، المرجع السابق، ص ص 128-130.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### المطلب الثاني: ميراث ذوي الأرحام

##### • تعريف ذوي الأرحام

- لغة : مصطلح ذوي الأرحام يتكون من كلمتين :

ذوي ، ذوو : وهي جمع ذو معناها صاحب<sup>1</sup>

الأرحام : جمع رحم مأخوذة من الرحمة والرأفة والتعطف والمرحمة

وقد رحمته وترحمه عليه ، وتراحم القوم رحم بعضهم بعضا

وما أقرب رحم فلان إذا كان ذا مرحمة وبر أي ما أرحمه وأبره .

يقال : يقال ذو رحم محرم ، وهو من لا يحل نكاحه كالأم والأخت والبنات<sup>2</sup>

وورد هذا المصطلح في القرآن :

قوله تعالى في وصف القرآن الكريم : ( هدى ورحمة لقوم يؤمنون )<sup>3</sup> يقول بيناه ليهدي ويرحم به قوما يصدقون به ، وبما فيه من أمر الله وفيه ، وأخباره ووعد ، فينقذهم به من الضلالة إلى الهدى<sup>4</sup> وقوله تعالى ( ورحمة للذين آمنوا منكم )<sup>5</sup> جعله رحمة لمن اتبعه واهتدى بهداه ، وصدق بما جاء به من عند ربه ، الان الله استنقذهم به من الضلالة وأورثهم بإتباعه جناته.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - محمد بن محمد بن عبد الرزاق ، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الهداية (ب.ر.ط) 1387 / 1968 ص 426 .

<sup>2</sup> - ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ص 102 .

<sup>3</sup> - سورة الأعراف الآية 52

<sup>4</sup> - محمد بن جرير بن كثير أبو جعفر الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ط1 ، 1420 هـ / 2000م ص 328 .

<sup>5</sup> - سورة التوبة الآية 61 .

<sup>6</sup> - محمد بن جرير بن كثير ، المرجع نفسه

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

وقوله عز وجل : ( وتواصوا بالصبر وتواصوا بالمرحمة)<sup>1</sup> فأوصى بعضهم بعضا بالمرحمة.<sup>2</sup>

وفي الحديث عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إ الرحمة شجرة من الرحمن ، فقال الله : " من وصل وصله ومن قطع قطعه

عن معاوية قال في الحديث (الرحم معلقة بالعز ) ومن ذلك الوجه أخرجه مسلم في الصحيح وروي في حديث أبي هريرة رضي الله عنه : (الرحم شجرة من الرحمن )<sup>3</sup>.

واحتج بقول زهير يمدح سنان بن هرم

ومن ضربته التقوى ويعصمه ... من سيء الغفرات الله والرحم

وأنشده ابن سيده

خذوا حذرکم یا آل عكرمة واذکروا ...أواصرنا والرحم بالغيب تذكر<sup>4</sup>

- اصطلاحا : سنقوم بتعريف ذوي الأرحام من خلال الشريعة والقانون

تعريف ذوي الأرحام في الفقه : بالنسبة للفقهاء غالبيتهم عرفوا الرحم بالقربة<sup>5</sup>

ذو الرحم هو قريب حرم نكاحه أبدا ، والرحم القرابة من جهة الولادة والمحرم عبارة عن حرمة التناكح فالمحرم بلا رحم فهم زوجة الابن والأب وبنات الأخ والأخت من الرضاعة والرحم بلا محرم كبنی الأعمام والأخوال وذو الرحم المحرم نحو أولاد الرجال ونحو أولاد أبويه وهم

<sup>1</sup>- سورة البلد الآية 17 .

<sup>2</sup>- محمد بن جرير بن كثير المرجع نفسه ص 44.

<sup>3</sup>- أبو بكر البيهقي ، سنن الكبرى ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط3، 1424هـ/2003م ، ج7، ص 44.

<sup>4</sup>- ابن منظور ، مرجع سابق ص 104 .

<sup>5</sup>- أبي البقاء أيوب بن موسى الحسني الكوفي ، معجم المصطلحات والفروض اللغوية ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ط2، 1419هـ/1998م ص 461.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

الأخوة والأخوات وأولاد الإخوة والأخوات وإن سفلوا وآباءه وأجداده وجداته وإن علوا وأول بطن من بطون الأجداد والجدات يعني الأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم.

ويعرفه الشيخ بن عثيمين رحمه الله : كل قريب ليس بذوي فرض ولا عصابة ، فأبو الأم ليس من أصحاب الفروض إذا كان مسبقاً بأنثى وليس من العصابات لأنه كل من سبق بأنثى فإنه لا يرث إذا فأبو الأم صاحب رحم فالخال وهو أخو الأم من ذوي الأرحام لأنه قريب وليس من أصحاب الفروض ولا من العصابات والعم وهو أخو الأب عاصب.

فإذا عرف الإنسان العصابة وعرف ذوي الفروض عرف ذوي الأرحام كما نقول الجيم تحتها نقطة ، والحاء فوقها نقطة ، والحاء ليس فوقها نقطة فمن السهل أن تعرف الحاء لأنك عرفت ما قبلها .<sup>1</sup>

ولقد ورد لفظ الأرحام في القرآن والسنة النبوية | قال تعالى : ( وأولوا الأرحام بعضهم أولى بعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم)<sup>2</sup>

أي أصحاب القربات بعضهم أحق بإرث بعضهم من الأجانب في حكم الله وشرعه ، هذه ناسخة للإرث بالحلف والإخاء .<sup>3</sup>

وفي الحديث عن أبي ذر : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إنكم ستفتحون مصرًا ، وهي أرض يسمى فيها القراط ، فإن فتحتموها ، فأحسنوا إلى أهلها ، فإن لهم ذمة ورحماً ، أو قال ذمة وصهراً ) .<sup>4</sup>

المقصود ب : ورحماً : الرحم لكون هاجر أم إسماعيل منهم ، وصهراً لكون مارية أم

إبراهيم منهم

<sup>1</sup> - فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين ، الشرح الممتع في الزاد المستتبع ، دار ابن هيثم ، ج5.

<sup>2</sup> - سورة الأنفال الآية 75

<sup>3</sup> - محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، قصر الكتاب البليدة الجزائر ، ط5 ، 1411هـ/1990م ص 517

<sup>4</sup> - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ط1 ، 1421هـ

2001م ، ص 409

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### تعريف ذوي الأرحام في القانون :

لم يعرف المشرع الجزائري ذوو الأرحام مثلما عرف أصحاب الفروض 140 وأصحاب العصبات المادة 150 وكذا المشرع المصري، أما المشرع اليمني فقد عرفهم في المادة 299 ذو الرحم : المراد به كل قريب ليس بذوي سهم ولا عسبة .

#### • أصناف ذوي الأرحام :

عند الفرضيين : تختلف أصناف ذو الأرحام على النحو التالي : أولاً: أصناف ذوي الأرحام على سبيل الإجمال : ترجع إلى أربعة أصناف بيانها على النحو التالي<sup>1</sup> :

1. الصنف الأول : فروع الميت وهم كل من ينتمي إلى الميت عن طريق البنت ويشمل : أولاد البنات وأولاد بنات البنين وان نزلوا ذكورا كانوا أو إناثا ويسمى هذا الصنف جهة البنوة .

2. الصنف الثاني : أصول الميت وهم كل من ينتمي إليهم الميت عن طريق الأنثى رجالا كانوا أو إناثا يشمل الأجداد الرحميون و الجدات الرحميات مثل أبي أم الميت و أم أبي أم الميت وأم أم أبي أم الميت قريبا كان الجد أو الجدة ام بعيدا وان علا ويسمى هذا الصنف : جهة الأبوة .

3. الصنف الثالث: فروع أبوي الميت : وهم كل من ينتمي إلى أبوي الميت ويشمل : أولاد الأخوات مطلقا وان نزلوا شقيقات كن أم لأب أم لام كابن الأخت و بنت الأخت وابن بنت الأخت . وبنات الأخت مطلقا و إن نزلوا أشقاء كانوا أم لأب كبنت الأخ الشقيق وبنت الأخ لأب وابن بنت الأخ الشقيق وابن بنت الأخ لأب . وأولاد الإخوة لام مطلقا وان نزلوا كابن الأخ لام وبنت الأخ لام وابن بنت الأخ لام وهكذا . ويسمى هذا الصنف : جهة الإخوة .

<sup>1</sup> - ناصر بن محمد بن مشري الغامدي ، ميراث ذوي الأرحام ، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشرعية والدراسات ، ع 48 ذو الحجة 1430هـ ص 496-497

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

4 الصنف الربع : فروع أحد أجداد الميت أو جداته : وهو كل من ينتمي إلى جدي الميت وإلى جدي الميت ممن لا يرث بالفرض ولا التعصيب ، سواء كانوا من جهة الأب أم من جهة الأم : يسمى جهتي الخوولة والعمومة ويشمل الآتي :

1. الأعمام والعمات مطلقا ، الأخوال والحالات مطلقا
2. أولاد الأعمام والعمات لام ، وأولاد الأخوال والحالات مطلقا ، وأبناء الأعمام والعمات مطلقا ، وبنات أبنائهم وان نزلوا
3. أعمام أبي الميت لأم ، وعماته وأخواله وخالاته جميعا ، وأعمام أم الميت ، وعماتها وأخوالها وخالاتها مطلقا .
4. أولاد المذكورين في الثالثة وان نزلوا، وبنات أعمام أبي الميت الأشقاء أو لأب
5. أعمام أبي أبي الميت لام ، وعماته وأخواله وخالاته .
6. أولاد من ذكروا في الخامسة وإن نزلوا .<sup>1</sup>

ب . أصناف ذوي الأرحام على سبيل التفصيل في المذهب الحنفي : ذور الأرحام في الحاصل سبعة أصناف صنف منهم أولاد البنات والصنف الثاني بنات الإخوة وأولاد الأخوات والصنف الثالث الأجداد الفواسد والجدات الفاسدات والصنف الربع العم الأم والعمة أو الخال والخالات والصنف الخامس أولاد هؤلاء والصنف السادس أعمام الأب لأم وعمات الأب وأخوال الأب وخالات الأب والصنف السادس أولاد هؤلاء أعمام الأب لأم وعمات الأب وأخوال الأب وخالات الأب والصنف السابع أولاد هؤلاء . وبعضهم أدرج : عمات الآباء والأمهات وأخوالهم وخالاتهم ، وأعمام الأمهات كلهم ، وأولاد هؤلاء ، تحت الصنف الرابع وهو من ينتمي إلى جد الميت ، وجعلهم بعضهم صنفا خامسا والأرجح عندهم جعله عند جعل تحت الصنف الرابع .<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمد بن احمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط دار المعرفة - بيروت - لبنان ، 1414هـ / 1993م ص 6

<sup>2</sup> - عبد الله بن الحسن بن الحسين ، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1 ، 1428هـ / 2007 ، ج2 ، ص 403.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

وأما المالكية خمسة عشر : الجد أب الأم ، والجدة أم أب الأم ، وولد الإخوة لأم،  
والأخوات لأم ، والخال

وأولاده ، والخالدة وأولادها ، والعم لام والعم لأم وأولاده ، والعممة وأولادها وولد البنات وولد  
الأخوات من جميع الجهات ، وبنات الإخوة و بنات العمومة .<sup>1</sup>

وعدددهم بعض الشافعية عشر أصناف :

أبو الأم وكل جد وجدة ساقطين ، كأب أبي الأم ، وأم أبي الأم ، وأولاد البنات للصلب كبنت  
البنات ، أو كبنت بنت ابن الذكور كانوا أو إناثا وبنات الإخوة لأبوين أو لأب أو الأم وأولاد  
الأخوات كذلك وبنوا الإخوة لأم وكذا بناتهم والعم لأم وهو أخو الأب لأمه وبنات الأعمام  
الأبوين أو لأب أو لأم وأولاد الأخوات كذلك وبنو الإخوة لأم وكذا بناتهم ، والعم لأم وهو أخ  
الأب لأمه ، وبنات الأعمام لأبوي أو لأب أو الأم والعمات والأخوال والحالات كل منهم من  
الجهات الثلاث ، والمدلون بهم .

وبعض الشافعية يجعل الصنف الأول صنفين أبو الأم وكل جد وجدة ساقطين ، وتكون  
أصنافهم على أحد عشر صنفا .<sup>2</sup>

والحنابلة يعدون ذوي الأرحام على سبيل التفصيل أحد عشر صنفا

وهم أحد عشر حيز : ولد البنات ، وولد الأخوات، وبنات الإخوة ، وولد الإخوة من الأم  
والعمات من جميع الجهات والعم من الأم والأخوال والحالات وبنات الأعمام والجد أبو الأم ،  
وكا جدة أدلت بأب بين أمين أو بأب أعلى من الجد فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوي  
الأرحام .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الله بن الحسين بن الحسين ، المرجع السابق ، ص 403 .

<sup>2</sup> - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة الفتن ، المكتب الإسلامي ، بيروت لبنان ، ط3  
، 1412هـ / 1991م ، ج6 ، ص5 .

<sup>3</sup> - ابن أحمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، دار الحديث القاهرة مصر ، سنة الطبع 1425هـ / 2004م ج8 ، ص 317.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

حيث نصت المادة 168 قاج على أنه : «يرث ذوي الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، فأولادهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة فإن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ذوي الرحم وإن استووا في الدرجة ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث».

وقد قال بميراث ذوي الأرحام عدد من الصحابة منهم عمر وعلي وبن مسعود رضي الله عنهم وأصحاب المذاهب: الحنفية والحنابلة وكذا متأخرو المالكية والشافعية، أما زيد رضي الله عنه وسعيد بن المسيب، فقد ذهبوا إلى عدم توريثهم وتبعهم الإمام مالك والشافعي، فالباقي عندهم يرد إلى بيت المال.<sup>1</sup>

وقد لخصهم ابن رشد رحمه الله في قوله: " وهم بالجملة بنو البنات وبنات الإخوة، وبنو الأخوات وبنات الأعمام، والعم أخو الأب للأم فقط، وبنوا الإخوة للأم، والعمات، والخالات والأخوال ."

### المطلب الثالث: توريث الحمل

إن من بين المسائل المدروسة في علم الفرائض ميراث الحمل، وللتطرق لهذا الأخير والتعمق فيه ودراسته وقبل معرفة نصيبه من التركة، فلا بد من فهم معنى ميراث الحمل من خلال تعريفه لغويا واصطلاحا ومعرفة كذلك مدى مشروعيته عن طريق استعراض أدلة توريث الحمل من السنة والإجماع.

<sup>1</sup> - أبو الوليد ابن رشد، المرجع السابق، ص 136.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

#### • تعريف ميراث الحمل :

##### - التعريف اللغوي لميراث الحمل :

الحمل لغة هو مصدر الفعل "حمله، يحمله"، "حملا وحملانا"<sup>1</sup>؛ ويقال حمل المرأة (بفتح الحاء)، فهي حامل وحاملة جنين في بطنها<sup>2</sup>، لقوله تعالى { ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالدي إلي المصير }<sup>3</sup>

جمع كلمة الحمل هو حمال وأحمال قال تعالى {.... وأولات الأحمال...}<sup>4</sup>. أما بكسر الحاء فهو الشيء المحمول حيث يقال فلان حامل للشيء أو حمل الشيء إذا حملة على الظهر<sup>5</sup>، فقد قال الله {... وساء لهم يوم القيامة حملا }<sup>6</sup>.

##### - التعريف الاصطلاحي لميراث الحمل :

المقصود بالحمل هو الكائن الحي الذي يوجد في بطن أمه ولم يولد بعد، والذي يمثل بداية خلق الإنسان من الزواج الشرعي الصحيح أو غيره نتيجة التقاء المنى الذكري مع البويضة الأنثوية لتكوين البيضة المخصبة التي تنقسم إلى عدة انقسامات تساعده على تكوين الحمل الذي يمر بمراحل عديدة<sup>7</sup>، أجملها الشارع الحكيم جل جلاله في قوله تعالى: {ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله

<sup>1</sup> - يوسف محمد رضا، معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة- معجم ألفبائي موسع في اللغة العربية-؛ مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2006، ص.584.

<sup>2</sup> - محمود عبد الله بخيت، محمد عقله، الوسيط في فقه المواريث، ط4، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 139.

<sup>3</sup> - سورة لقمان، الآية 14.

<sup>4</sup> - سورة الطلاق، الآية 4.

<sup>5</sup> - محمد محدة، التراكبات والمواريث - دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية -، دار الفجر، 2004، القاهرة، ص260.

<sup>6</sup> - سورة طه، الآية 101.

<sup>7</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والإحتياط-دراسة مقارنة -، دار الحامد، عمان، 2014، ص.63.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

أحسن الخالقين)<sup>1</sup> ، وما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم: " إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع كلمات ويقال له أكتب رزقه وأجله وشقي أو سعيد ثم ينفخ فيه".<sup>2</sup>

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعتدوا بهذه المراحل (مراحل تكوين الجنين في بناء الأحكام الشرعية وقرار الحقوق للحمل، حيث أن القاعدة العامة تقضي ببناء الأحكام الشرعية الخاصة بالحمل منذ لحظة الإخصاب، ومن هذه الحقوق حقه في الميراث. وهذه النتيجة تستخلص من الشروط الخاصة بميراث الحمل، وبالتحديد من شرط تحقق وجود الحمل في بطن أمه وقت وفاة مورثه<sup>3</sup>.

ولهذا استعمل الفقهاء كلمة " الجنين " و " الحمل " استعمالاً عاماً يشمل على سائر المراحل التي يمر بها الحمل منذ الإخصاب إلى تمام الولادة، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: { هو أعلم إذ أنشأكم من الأرض وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم فلا تزكوا أنفسكم هو أعلم بمن اتقى }.<sup>4</sup>

ولقد قرر الشرع والقانون الحماية الكاملة للحمل مادام في بطن أمه، ولا يمكن إنزاله من بطن أمه إلا في حالة الضرورة حفاظاً على حياة الأم من الهلاك.

كما يكتسب بعض الحقوق كحقه في الهبة والوصية والميراث فهذه الحقوق يمكن له الحصول عليها وهو في بطن أمه ولكن لا تنتقل إليه إلا بعد ولادته حياً.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - سورة المؤمنون، الآية 12، 13، 14.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، 2002، ص. 1635.

<sup>3</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص. 63، 67.

<sup>4</sup> - سورة النجم، الآية 98.

<sup>5</sup> - عيسى حداد، الوجيز في المواريث، عنابة، 2003، ص. 114، 115.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

كذلك القانون فقد منح للحمل بعض الحقوق، فنصت المادة 2/34 من القانون المدني العراقي: " ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الأحوال الشخصية، وأيضا المادة 2/29 من القانون المدني المصري نصت على " حقوق الحمل المستكن يعينها القانون ". وجاء في الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية الصومالي عنوان تحت تسمية " الحمل والمفقود " <sup>1</sup>.

كما أن ق.م.ج نص في المادة 25 على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية شريطة أن يولد حيا " <sup>2</sup>.

وأخيرا يمكن القول بأن كل من التشريعات العربية سنت في قوانينها على مواد تضمنت تعريف الحمل حقوقه، وكذلك نجد ق.أ.ج هو الآخر أعطى للحمل حقوقا إلا أنه لم يسن نصوصا جديدة تكفي لتبيان أحكام ميراث الحمل، فقد نص على مادة واحدة فقط تبين كيفية توريثه وهي المادة 173 منه التي جاء في مضمونها: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد 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 الحمل حملها"، بالإضافة إلى ما نص عليه في المادة 174 من ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: "إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون " <sup>3</sup>.

وهو ما فهمه ابن العباس وعلي رضي الله عنهما؛ فإذا كان للفصال عامان أي 24 شهرا لم يبقى للحمل إلا 6 أشهر <sup>4</sup>، ولكي يرث الحمل لابد من توافر شرطين هما:

<sup>1</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص.67-68.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 58\_75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن ق.م.ج، جريدة رسمية جمهورية جزائرية، عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 482.

## الفصل الثاني:

### أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها

1- أن يكون موجودة في بطن أمه وقت وفاة مورثه يقينا.

2- أن ينفصل من بطن أمه حية، وذلك ليكون أهلا للملك.<sup>1</sup>

ويرى المالكية أنه إذا كان في الورثة حمل مشترك فلا تقسم التركة بل توقف حتى يلد أو يحصل اليأس من ولادته، لأن في القسمة تسليطة للورثة على ما يأخذونه من مال الميت باعتباره ملكة لهم وفي ذلك احتمال لإتلافه أو استهلاكه، فإذا ولد حية واستحق بعض ما في أيديهم من مال الميت كان استرداد حقه منهم محلا للخطر<sup>2</sup>.

وقد نصت المادة 174 ق أج على: «لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا؛ إذا استهل صارخا أو بدت علامة ظاهرة بالحياة».

أما في المادة 42 فقد نصت على أن أقل مدة للولادة ستة أشهر من تاريخ الزواج وأقل من 10 أشهر من تاريخ فك الرابطة الزوجية أو الوفاة حسب المادة 43 من القانون نفسه.<sup>3</sup>

وقد أخذ ق أج برأي الجمهور خلاف المالكية، وذلك بقسمة التركة دون انتظار ولادة الحمل أما طريقة توريثه فقد أخذ ق أج برأي أبو يوسف من الحنفية .

<sup>1</sup> - الشيخ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 200.

<sup>2</sup> - أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 147.

<sup>3</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 166.

خاتمة

### خاتمة :

ظلت أحكام الشريعة الإسلامية إلى منتصف القرن التاسع عشر القانون العام في جميع نواحي الحياة ، حيث لا قانون سواها في البلاد العربية والإسلامية ، ومما ساعد هذه الشريعة على البقاء عبر الدهور والأيام أنها احتوت في أصولها على عناصر البقاء ، وذلك لاحتوائها مصادر مرنة ومتطورة تسمح للمشرعين في كل عصر ولأولي الأمر أن يصيغوا نظريات وقواعد .

وقانون الأسرة الجزائري هو نوع من أنواع الاجتهاد مما يقوم عليه من أصول وضوابط صحيحة جعلته صالحا للحكم في القضايا المطروحة أمامه ، وقادرا على النظر فيما يقدمه من حلول لما يستجد من وقائع وحوادث في مختلف مجالات الحياة ، غير أن المتغيرات التي شهدتها المجتمع الجزائري وتأثير المد الاجنبي والغزو الثقافي الغربي أدى إلى انحصار مجال تطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية التي تنظم العلاقات الأسرية في ظل أحكامها الثابتة بالنصوص القطعية والاجتهادية ، والتي تجعلها مسايرة لمطالبات العصر وحاجات الإنسانية بما يتوافق وروح التشريع الإسلامي .

وقانون الأسرة الجزائري وخاصة في مجال الاختيارات الفقهية على أحكام الميراث المختلف فيها ، لا يعدو أن يكون صورة للتجديد في جانبه الشكلي والذي يتمثل في تقنين أحكام الأسرة ، وأما التجديد في جانبه الموضوعي فيتمثل في الاستفادة من جميع المذاهب الفقهية بعدما كان الأمر مقتصرًا على المذهب المالكي ، ومع ذلك ينبغي مراعاة مجموعة من الضوابط والانتقال بين المذاهب لاختيار الحكم الأيسر والأقرب في تحقيق المصلحة الحقيقية دون مخالفة في ذلك للقواعد الشرعية الكلية. ولا يكون ذلك إلا من المتأهلين علميا وعمليا ممن لهم حد الكفاية في العلم بالأحكام الشرعية والقانونية، الأمر الذي جعل قانون الأسرة الجزائري متأرجحا بين الأحكام الفقهية المجمع عليها وبين الأحكام الفقهية المختلف فيها ، وهذه الأخيرة وبالتحديد الاختيارات الفقهية لقانون الأسرة الجزائري على أحكام الميراث المختلف فيها هي التي كانت موضوع دراستنا هذه .

وفي الأخير توصلنا إلى مجموعة من النتائج نذكر منها :

- وقوع إجماع أو شبه إجماع على أصناف الورثة وأنصبتهم والوارثون منهم فرضا وتعصيبا وشروطهم لورودها في نصوص قرآنية قطعية الثبوت والدلالة .
- قلما يختار المشرع الجزائري المذهب المالكي ، ويكون مخالفا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء عامة أو فيما ذهب إليه جمهور أهل العلم ،
- أن ما خالف فيه قانون الأسرة المذهب المالكي أحيانا نلاحظه يخرج عن دائرة المدارس الفقهية الأربعة المشهورة إلى مذاهب وآراء أخرى كابن حزم والطبري وسيدنا عثمان ، وأحيانا يأخذ برأي بعض فقهاء المذاهب الأربعة دون المعتمد في المذهب المالكي .
- الاختصار الشديد في بعض مسائل الميراث مما يترك فراغا كبيرا يصعب مهمة القضاة والموثقين
- التكرار الواقع في بعض نصوص قانون الأسرة الجزائري مثل النصوص المتعلقة بأصحاب الفروض ونصوص الحجب ، فكان يمكن الاكتفاء ببعض القواعد الذهبية في هذا المجال دون تكرار

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

الكتب :

1. ابن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الحديث القاهرة مصر، 1425هـ/2004م ج 8 .
2. أبو بكر البيهقي ، سنن الكبرى ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، ط3، 1424هـ /2003م ، ج7.
3. أبو بكر عبد الرحمان الحسيني الشافعي، فتوحات الباحث في شرح تقرير المباحث، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر أباد، الدكن، 1317 هـ .
4. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة الفتن ، المكتب الإسلامي ، بيروت لبنان ، ط3 ، 1412هـ /1991م ، ج 6 .
5. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، مسند الإمام احمد بن حنبل ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ط1، 1421هـ /2001م .
6. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار إبن كثير، بيروت، 2002.
7. أبي البقاء أيوب بن موسى الحسن الكوفي ، معجم المصطلحات والفروض اللغوية ، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ط2، 1419 هـ /1998م.
8. أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر.
9. أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق مع شرح قاسم بن عيسى بن ناجي التتوخي الغروي على متن الرسالة لأبن أبي زيد القيرواني، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1982، ج 2 .

10. أحمد دبوس، جامع أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، موسوعة شاملة ، دار ابن حزم، (القاهرة)، 2007.
11. أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ج. 1، ط.6، دار الشروق، القاهرة، 1988 .
12. أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، ط1 ، دار المسيرة، عمان (الأردن).
13. أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
14. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، عالم الكتب، القاهرة، 2008.
15. إسماعيل حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ج. 1، دار الكتاب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، 1999 .
16. إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دط، الأمل للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2014.
17. بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون، د. ط، مؤسسة شباب جامعة مصطفى مشرفة، مصر، 2003.
18. بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواريث، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2003.
19. بلحاج العربي، أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد ، مع آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2012 .

20. بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية ، ج 2 ، ط 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 .
21. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط 1 ، 2008.
22. زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الاسلامي ، ج 8 ، ط 2 .
23. شحاتة عبد الغني الصباغ ، دروس في الفرائض ، منشورات وزارة الشؤون الدينية، ط 1 ، 1993.
24. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك للإمام سيدي محمد الزرقاني، مج 3، دار الفكر، بيروت.
25. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 11، د ط، دار المعرفة ، لبنان، 1986.
26. عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث ، ط 5 ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2006.
27. عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط 5، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
28. عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1990.
29. عبد العزيز موسى، أركان جريمة القتل العمد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن .
30. عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في المواريث والتركات، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

31. عبد الله بن الحسن بن الحسين ، التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط 1 ، 1428هـ/2007 ، ج 2 .
32. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلی الحنفي، الاختيار في تعليل المختار، ج3، د ط، دار الفكر العربي، لبنان .
33. عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية.
34. علي الصمدي العدوي المالكي، علي بن خلفي المنوفي، كفاية الطالب الرباني ابن أبي زيد القيرواني حاشية العدوي، ج.4 مكتبة الخانجي، د.ب.ن، 1987.
35. علي بن أحمد بن مكرم العدوي ، حاشية العدوي على شرح الطالب الرباني ، تحقيق يوسف البقاعي ، دار الفكر ، 1414 هـ ، ج 2 ، بيروت .
36. فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين ، الشرح الممتع في الزاد المستتبع ، دار ابن هيثم.
37. قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والإحتياط-دراسة مقارنة -، دار الحامد، عمان، 2014.
38. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السياسي السكندري، شرح فتح القدير، ج4، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.
39. محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، (القاهرة)، 1963 .
40. محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ( كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه)، دار ابن رشد، دمشق، 2002.
41. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، ط. 14، دار أصداء المجتمع للنشر والتوزيع، لبنان 2012.

42. محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط، ج 26 ، دار المعرفة ، 1414 هـ ، بيروت ، ص 59 / أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا النفراوي ، الفواكه الدوائية على رسالة ابن زيد القيرواني ، ج2 ، دار الفكر ، 1415 هـ ، بيروت .
43. محمد بن احمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط دار المعرفة - بيروت - لبنان ، 1414 هـ /1993م .
44. محمد بن جرير بن كثير أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ، ط1، 1420 هـ /2000م .
45. محمد بن علي بن سلوم النجدي الزبيري، الفواكه الشهية شرح المنظومة البرهانية في الفرائض الحنبلية، ط1، دار النوادر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007.
46. محمد زيد الأبياني، شرح أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية، ج3، د.ط، مكتبة النهضة، العراق، دون سنة نشر.
47. محمد سعيد جعفرور، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011.
48. محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
49. محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، قصر الكتاب البلدية الجزائر ، ط5 ، 1411 هـ /1990م .
50. محمد محدة، التركات والمواريث - دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية -، دار الفجر، 2004، القاهرة.
51. محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

52. محمود عبد الله بخيت، محمد عقله، الوسيط في فقه المواريث، ط4، دار الثقافة، الأردن، 2012.

53. منشاوي عثمان عبود، الوجيز في الميراث على المذاهب الأربعة، مطبعة وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992.

54. منصور كافي، علم الفرائض، المواريث في الشريعة والقانون، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

55. يوسف محمد رضا، معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة- معجم ألفبائي موسع في اللغة العربية-؛ مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2006.

#### النصوص القانونية :

1. القانون رقم 82- 04 مؤرخ في 19 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 13 فبراير 1982م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م، والمتضمن ، ق.ع.ج ، ج.ر.ع.7، مؤرخ في 22 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 16 فبراير 1982م.

2. القانون رقم 06- 23 مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427هـ الموافق 20 ديسمبر 2006م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966م والمتضمن ، ق.ع.ج ، ج.ر.ع.84 مؤرخ في 4 ذو الحجة 1427هـ الموافق 24 ديسمبر 2006م.

3. القانون رقم 07 - 05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، والمتضمن ق.م.ج، ج.ر.ع.31 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007م.

4. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 | المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15، 2005.
  5. القانون رقم 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الزلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية، ع 37.
  6. الأمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 18 صفر 1356 هـ الموافق 8 يونيو 1966م، يتضمن ق.ع.ج ، ج.ر.ع. 49 مؤرخ في 21 صفر 1356 هـ الموافق 11 يونيو 1966م، المعدل والمتمم.
  7. الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن ق.م.ج، ج ر 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31 صادرة في 13 ماي 2007.
  8. الأمر رقم 02-03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فيفري سنة 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية، ع 15.
  9. الأمر رقم 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، ع 11.
  10. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن ق.م.ج، جريدة رسمية جمهورية جزائرية، عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- الرسائل الجامعية :

1. الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ص 451. نقلا عن نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون

1. والاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
2. عبد الرزاق العمارة، المسائل الخاصة في الميراث بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سنة 2015.
3. دوحى بسمة، الوصية الواجبة وتطبيقاتها المعاصرة (التنزيل في الميراث)، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2015-2016.

#### المجلات والمقالات :

1. أحمد غرابي " المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في ق أ ج وموقع المذهب المالكي منها"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، ع 23، جوان 2015.
2. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي ، ميراث ذوي الأرحام ، مجلة جامعة أم القرى للعلوم الشرعية والدراسات ، ع 48 ذو الحجة 1430هـ.
3. غرابي أحمد، « المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في ق.أ.ج وموقع المذهب المالكي منها »، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 1، ع.23، جامعة الجلفة، الجزائر.
4. ختير مسعود، المساهمة الجنائية في جرائم الامتناع ، دفاثر السياسة والقانون، مجلد 10، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص.294. - فلاك مراد، « المساهمة التبعية في القانون الجنائي الوطني والدولي »، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، المجلد 3 ع.2، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2018.

## الفهرس :

	شكر وتقدير
	الإهداء
أ	مقدم
<b>الفصل الأول : أحكام الميراث التي خالف أو عارض فيها ق أج المذاهب الأربعة وأحكام الشريعة الإسلامية</b>	
05	المبحث الأول : الميراث
05	المطلب الأول : مفهوم الميراث
05	الفرع الأول: المدلول اللغوي والاصطلاحي للميراث
07	الفرع الثاني: أسباب الميراث
10	الفرع الثالث: أركان وشروط علم الميراث
15	المطلب الثاني: حكمة مشروعية الميراث
18	المبحث الثاني: الأحكام التي سار فيها ق أج وفق اجتهاد معين
18	المطلب الأول: ميراث القاتل
25	المطلب الثاني: كيفية توريث الحمل
25	الفرع الأول: في الاجتهاد الفقهي أو الجانب الفقهي أو موقف الفقه الإسلامي
26	الفرع الثاني: الاختيار الفقهي للمشرع الجزائري من كيفية توريث الحمل
26	المطلب الثالث: طريقة توريث ذوي الأرحام
26	الفرع الأول : أهل القرابة
27	الفرع الثاني : أهل التنزيل
27	الفرع الثالث: أهل الرحم
28	المبحث الثالث: ما تعارض فيه ق أج مع قواعد الميراث وأحكام الشريعة الإسلامية
28	المطلب الأول: ما تعارض فيه قانون الأسرة الجزائري مع قواعد الميراث (التنزيل)

32	المطلب الثاني: ما تعارض فيه قانون الاسرة الجزائري مع أحكام الشريعة الإسلامية
الفصل الثاني : أحكام الميراث المستمدة من رأي الجمهور على المسائل المختلف فيها	
35	المبحث الأول : الأحكام المستمدة من رأي الجمهور بما فيهم المالكية
35	المطلب الأول: المسائل الخاصة في قانون الأسرة الجزائري وموانع الإرث المختلف فيها
35	الفرع الأول : المسائل الخاصة في قانون الأسرة الجزائري
41	الفرع الثاني : موانع الإرث المختلف فيها
44	المطلب الثاني: ميراث بيت المال وميراث المفقود
44	الفرع الأول : ميراث بيت المال
45	الفرع الثاني : ميراث المفقود
53	المطلب الثالث: الشك في أسبقية الموت وكيفية توريث الجد والجدة
53	الفرع الأول : الشك في أسبقية الموت
56	الفرع الثاني : كيفية توريث الجد و الجدة
59	المبحث الثاني: الأحكام المستمدة من رأي الجمهور دون المالكية
59	المطلب الأول: العمل بالرد
61	المطلب الثاني: ميراث ذوي الأرحام
63	المطلب الثالث: توريث الحمل
73	خاتمة
76	قائمة المصادر والمراجع
	الفهرس
	ملخص

## ملخص :

يلاحظ أن قانون الاسرة الجزائري يخرج من حين إلى آخر عن المذاهب الأربعة في أحكام بعض مسائل الميراث المختلف فيها ، وباعتبار المذهب المالكي هو المعتمد في الجزائر إلا أن المشرع الجزائري لم يلتزم بما جاء به هذا المذهب التزاما تاما في بعض المسائل المختلف فيها كميراث الجد مثلا ، بل أخذ في العديد المرات من مذاهب أخرى .

**الكلمات المفتاحية :** الاختيارات الفقهية - الميراث - المسائل المختلف فيها - المشرع الجزائري - قانون الأسرة الجزائري

### **Summary:**

It is noted that the Algerian family law departs from time to time from the four schools of thought in the rulings on some issues of different inheritance, and considering the Maliki school of thought is adopted in Algeria, the Algerian legislator did not fully adhere to what this doctrine came with in some of the different issues in it, such as the inheritance of the grandfather, for example. Rather, it was taken many times from other sects.

**Keywords:** jurisprudential choices - inheritance - disputed issues - the Algerian legislator - the Algerian family law