



جامعة بلحاج بوشعيب عين
تموشنت
كلية الحقوق والعلوم
السياسية



القسم : الحقوق
تخصص: قانون خاص

إثبات الميراث في القانون الجزائري
حل وناقش؟

نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون خاص

الطلبة :

أمحمد

إعداد

تحت إشراف:

مرجي

بوجاني عبد الحكيم

بلحلحالي سعيد

لجنة المناقشة:

جامعة بلحاج بوشعيب ع-ت	أستاذة محاضرة ''ب''	غربي سورية	الرئيس
جامعة بلحاج بوشعيب ع-ت	أستاذ محاضر ''أ''	بوجاني عبد الحكيم	المشرف
جامعة بلحاج بوشعيب ع-ت	أستاذة محاضرة ''أ''	براهيمي آسية	الممتحن

السنة الجامعية: 2022-2023



دعاء

اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَعِينُكَ وَنَسْتَهْدِيكَ،
وَنَسْتَغْفِرُكَ وَنَتُوبُ إِلَيْكَ، وَنُؤْمِنُ بِكَ
وَنَتَوَكَّلُ عَلَيْكَ.

وَنُثْنِي عَلَيْكَ الْخَيْرَ كُلَّهُ، نَشْكُرُكَ وَلَا
نَكْفُرُكَ، وَنَخْلَعُ وَنَتْرُكُ مَنْ يَفْجُرُكَ.

اللَّهُمَّ إِيَّاكَ نَعْبُدُ، وَلَكَ نُصَلِّي وَنَسْجُدُ،
وَإِلَيْكَ نَسْعَى وَنَخْفِي، نَرْجُو رَحْمَتَكَ
وَنَخْشَى عَذَابَكَ، إِنَّ عَذَابَكَ الْجَدُّ بِالْكَفَّارِ
مُلْحَقٌ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا
مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ.

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقنا على إتمام هذا البحث سائلين إياه التوفيق والنجاح

كما نشكر الأستاذ الفاضل "بوجاني

عبد الحكيم" الذي أعاننا على إتمام

هذا البحث ورافقنا طوال مدة إنجازهِ

ولم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه

فله منا جزيل الشكر والتقدير.

كما نشكر أساتذة قسم الحقوق بجامعة

بلحاج بوشعيب الذين لم يبخلوا علينا

بنصائحهم وتوجيهاتهم.

دون أن ننسى شكر الأساتذة المناقشين

الذين تكبدوا عناء قراءة هذا البحث

ومناقشته فلهم منا كل الاحترام

والتقدير.

جزاكم الله خيرا وشكرا للجميع

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى:

أبي الغالي أطال الله في عمره .

«أمي الغالية أطال الله في عمرها .

إلى إخوتي كل باسمه .

إلى كل من ساعدني في إتمام هذا

البحث ولو بكلمة طيبة .

أحمد

مد

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى أمي
وأبي الغاليان أطال الله في عمركما
إلى كل من وقف معي وساندني من
قريب أو من بعيد
وإلى المشرف خاصة وأعضاء اللجنة
عامة
لكم مني ألف شكر وتقدير

سعيد

قائمة أهم المختصرات:

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

مج: المجلد

ع: العدد

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

ق.ف: القانون فرنسي

ص: الصفحة

ج.رج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د.ت.ن: دون تاريخ النشر

د.ط: دون طبعة

مفاهيم

الحمد لله الذي أعطى كل ذي حق حقه وشرع من الشرائع ما يصلح خلقه وأوجب على كل مسلم ما يستقيم به حاله وحال إخوانه من المسلمين في حياته وبعد موته وأصلي وأسلم على نبيه وعلى آله وصحبه المقربين أثره والناقلين لشرعه من بعده أما بعد:

لقد خلق الله -سبحانه وتعالى- الكون وأبدع في خلقه، برهانا على عظمته وقدرته ومن آياته خَلَقَ الإنسان في أحسن صورة وتقويم، وكرّمه على الخلائق جميعها بما أنعم عليه من النعم الكثيرة، وجعل في خلقه الإنسان آيةً من آياته ومعجزة ربّانية تتجلّى فيها قدرة الخالق المصور المبدع في صنعه، ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾¹ وكذلك في الآية ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾²

ثم استخلفه في الأرض من أجل عمارتها وعبادته الواحد الأحد وهذا مصدقا لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَبْلُوكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³ وقوله ﴿إِلَى ثَمُودَ أَخَاهُمْ صَالِحًا قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُمْ مِنْ إِلَهٍ غَيْرُهُ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تَوْبُوا إِلَيْهِ إِنَّ رَبِّي قَرِيبٌ مُجِيبٌ﴾⁴

من السنن الربانية في خلقه أن جعل دورة الحياة تبدأ بالميلاد وتنتهي بالوفاة وتتمر المخلوقات بمراحل مختلفة ومتكاملة وهذا ما ينطبق على الإنسان فجعل الله للبشر شرائع ومناهج حتى تنظم علاقتهم بربهم وبالعباد وقوانين وضعية تنظم سلوكهم في إطار الجماعة التي ينتمون إليها حيث يشكل هذا التكامل ما بين الشريعة والقانون منهاج الحياة المتكامل والأمن للإنسان حيث تضبط له الحقوق والواجبات للفرد من الولادة إلى أن يلقى نحيبه وتصفية ما يخلفه بعده من ديون وتركه.

فعرف الإنسان نظام الميراث منذ القدم على مر العصور ومختلف الحضارات وفق أسس وقواعد مختلفة وأحكام متباينة وحسب المعتقدات والأعراف السائدة في كل حقبة، حيث تميزت هذه الأنظمة بالظلم والجور حيث كانوا العرب في الجاهلية يورثون بالحلف والتبني ولا ترث الزوجة والابنت والولد الصغير وهم الأجدد والأحق لأنهم الأضعف ومن جهة أخرى عرّفته بعض الأنظمة بمنح وتركيز الأموال لابن الأكبر مثل الميراث عند قدامى المصريين واليهود بينما حرّموا اليهود النساء من الميراث.⁵

وعرف الرومان واليونان نظام الميراث بالوصية ومن بين الظواهر التي أحدثت خلل في نظام المواريث والفطرة الإنسانية أن جعلوا نصيبا للأبناء الغير شرعيين مثل اليهود والرومان وهو ما تجلّى في بعض القوانين الحديثة مثل القانون الفرنسي الذي ورثهم والقانون الأمريكي الذي أتاح الميراث بالوصية حتى للحيوان. وهذا ما يعد انتقاصا لقيمة وكرامة الإنسان ومخالفا لفطرته السليمة.

لا تخفى أهمية هذه الدراسة على كل باحث في الشريعة كونها تهتم بجانب غاية في الأهمية وهو باب الميراث، ولهذا نذكر أهم النقاط التالية:

- تبيان مواقف الفقهاء والعلماء المتخصصين ورجال القانون من بعض المسائل المستجدة ودراسة ما مدى توافق التشريعات القانونية مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- يعتبر الميراث من أهم المواضيع التي خصها الإسلام والمشرع بعناية خاصة.

1- سورة الإسراء، الآية 70.

2- سورة التين، الآية 04.

3- سورة الأنعام، الآية 165.

4- سورة هود، الآية 61.

5- جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1981، ص ص 09-11.

- تعد المواضيع المتعلقة بالأسرة من الفضاءات الخصبة للبحوث العلمية الجادة التي يشارك فيها الفقه الإسلامي مع القانون.

وعليه نطرح الإشكال التالي:

ماهي الإشكالات المتعلقة بتنظيم أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة على الإشكالية اعتمدنا في دراستنا المنهج التحليلي والنقدي لبيان المواد القاصرة والأحكام الغائبة نصا والواردة فقها وقضاءا واقتراح البديل في مواطن النقص أو الغموض مع ربطها بالمستجدات العلمية ذات صلة بأحكام المواريث من خلال تسليط الضوء ومعالجة هذه الإشكالات المثارة.

وقد حاولنا الإجابة عن هذه الإشكالية وما اندرج تحتها من تساؤلات فرعية من خلال تقسيم البحث إلى فصلين، وقد جاء الفصل الأول تحت عنوان الإرث في الحضارات القديمة والإرث في الإسلام وفي بعض القوانين الوضعية، وقد اشتمل على مبحثين، الأول بعنوان الميراث في الجاهلية وبعد الإسلام وبعض القوانين الوضعية، يندرج تحته مطلبان، المطلب الأول الميراث قبل الإسلام، والمطلب الثاني الميراث في عهد الإسلام، أما المبحث الثاني بعنوان مفهوم الميراث والتركة وعناصرها، يندرج تحته مطلبان، المطلب الأول مفهوم الميراث وشروطه وأسبابه وأركانه وموانعه، والمطلب الثاني عناصر التركة والحقوق المتعلقة بها؛ أما الفصل الثاني قمنا بتسليط الضوء على آثار الميراث، وقد اشتمل على مبحثين كذلك، المبحث الأول بعنوان الفراغ التشريعي والنقائص في مجال الميراث وأهم الإشكالات في ظل ق.أ.ج، وندرج تحته مطلبان، الأول الفراغ التشريعي في مجال الميراث، والثاني أهم الإشكالات الميراث في ظل ق.أ.ج، والمبحث الثاني بعنوان تضارب النصوص القانونية والأحكام الشرعية للميراث، يندرج تحته مطلبان، الأول التنزيل (الوصية الواجبة)، والثاني انتقال عقارات التركة في مجال الميراث والوصية.

أما فيما يتعلق بالدراسات السابقة التي تناولت أغلبها موضوع "إشكالات الميراث" من جانب واحد وتطرق له بأسلوب متشابه وسطحي، فلم ينل نصيبه من البحث بالقدر الكافي وهذا من طرف الباحثين، ولم يتطرق إلى هذا الموضوع إلا بشكل مجمل ومقتضب، دون الخوض في التفاصيل، والجزئيات، إلا في بعض المقالات في المجالات العلمية والقانونية، ومواقع الانترنت، بصفة مختصرة جدا.

وعلى سبيل المثال بعض الدراسات السابقة متمثلة في:

- أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري-دراسة تحليلية ونقدية-أطروحة دكتوراه للدكتور بوجاني عبد الحكيم.
- الصياغة القانونية لنظام المواريث في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية-أطروحة دكتوراه للدكتورتين شكشاك خديجة والعشي نورة.

وبخصوص الهدف المتوخا من هذا البحث هو:

دراسة ضوابط شريعة الإسلامية وملاحم الفقه الإسلامي في قانون الأسرة الجزائري بعد أن تسارعت التعديلات الجديدة في حقل تطوير قانون الأحوال الشخصية ومدى انسجامها مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها العامة، وقيامها على أصولها المقررة والمقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية لتبرز النقاط التي وفق فيها المقنن الجزائري وتلك التي خالفه فيها.

أما بخصوص الصعوبات التي إعترضتنا ضيق الوقت لإعداد البحث، لأن مجال الدراسة فيه واسع ومتشعب، يتعلق بعدة جوانب وعدة قوانين، وعدة مجالات، وعدة مواضيع، والوقت الممنوح لا يسع لدراسة كل هذه المواضيع بأريحية وبصفة معمقة ومفصلة.

ومن جهة أخرى لا يخلو أي بحث من الصعوبات، وأهم هذه الصعوبات كون البحث عميق فهو فقهي قانوني، ومتشعب الاختصاصات، حيث يتداخل مع الفقه والأصول والعقيدة والفكر الإسلامي وفلسفة القانون والعلوم الطبية، وعلوم الاجتماع، مما أدى إلى تشعب المصادر والمراجع وصعوبة ضبط الآراء والأفكار

قلة المراجع القانونية المتخصصة كميراث غير المسلمين في الجزائر.

للإجابة على الإشكالية اعتمدنا في دراستنا المنهج التحليلي والنقدي لبيان المواد القاصرة والأحكام الغائبة نصا والواردة فقها وقضاءا واقتراح البديل في مواطن النقص والغموض مع ربطها بالمستجدات العلمية ذات صلة بأحكام المواريث من خلال تسليط الضوء ومعالجة هذه الإشكالات المثارة.

لدى قسمنا هذا البحث إلى فصلين حيث تطرقنا:

لا شك في أن الميراث هو من قضايا الساعة وأن معظم الإشكالات التي تشغل الرأي العام ومعظم النزاعات القضائية سببها الميراث (التركة) وما ينطوي عنها من مفردات لهذا ارتأينا أن نقسم هذه المذكرة المتواضعة إلى فصلين بحيث الفصل الأول يأتي بعنوان: الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

من الواضح أن الميراث يترتب عنه جملة من الآثار ولا شك في أنها متعددة ومختلفة سنحاول من خلال الفصل الثاني الذي جاء بعنوان آثار الميراث أن نسلط الضوء على معظمها راجين من الله سبحانه وتعالى أن نوفق في هذا الطرح باعتبار أن الميراث أهم إشكال عند وفاة المورث

الفصل الأول

الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

تمهيد

لقد عرفت البشرية عبر العصور والحضارات القديمة منها والحديثة أنظمة عديدة ومتنوعة في تنظيم مسألة المواريث حسب ما يتناسب مع حياتهم الاجتماعية والسياسية فقاموا بتنظيم مسألة المواريث حسب الأعراف السائدة في كل حقبة وحسب الشرائع السماوية المتبعة وحسب القوانين التي تنظم هذا المجال في كل حضارة وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى الميراث في الحضارات القديمة وبعض القوانين الوضعية ثم الميراث في الإسلام.

المبحث الأول

الميراث قبل الإسلام وفي الحضارات القديمة والحديثة

لقد عرفت الأمم القديمة والحديثة أنظمة متعددة ومختلفة لتنظيم الميراث ومسائل انتقال أموال التركة بين الورثة وكيفية تقسيمها على مر العصور والحضارات من أجل ضمان استمرار تداول هذه الأموال بين الأجيال والأفراد وفق الشرائع السماوية المختلفة والأعراف المتبعة والقوانين الوضعية التي تنظم هذه المسائل. سنتطرق لذلك بالتفصيل، لدى قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين حيث تطرقنا في المطلب الأول إلى الميراث في الحضارة القديمة والتشريعات الوضعية الحديثة أما المطلب الثاني إلى الميراث بين التشريع الإسلامي والتشريع الجزائري.

المطلب الأول

الميراث في الحضارات القديمة والتشريعات الوضعية الحديثة

الميراث مبدأ متعارف عليه بين الأجناس والأمم القديمة والحديثة مع إختلاف وتباين طرق تنظيمه فهو يختلف من أمة إلى أخرى حسب الشرائع السماوية المتبعة والأعراف السائدة في كل حضارة، لدى قسمنا هذا المطلب إلى فرعين حيث تطرقنا في الفرع الأول إلى الميراث في الحضارة القديمة أما الفرع الثاني إلى الميراث في القوانين الوضعية.

الفرع الأول

الميراث في الحضارات القديمة

أنظمة الميراث عند الحضارات القديمة

أولاً: الميراث عند قدماء المصريين

لقد ساد مجتمع قدامى المصريين نظام إجتماعي مبني على المشاركة والتكافل والتعاون في حث الأرض وزراعتها وجني المحاصيل الزراعية والغلة فكان لهم مسؤولية خدمة الأرض وإدارتها ولهم مقابل هذا حق الانتفاع بها، بينما تؤول ملكية الأراضي للفراعة¹.

فكانت أحكام الميراث متناسبة مع الظروف والأوضاع السائدة في المجتمع آنذاك. فكان نظام المواريث عندهم يقوم على توريث الإبن الأكبر من الذكور في حالة وفاة رب الأسرة فيقوم مقامه في تولي شؤون الأسرة وإدارة شؤون الأرض مع شركائه فيها من حيث خدمتها وزراعتها².

وإذا توفي هذا الأخير يحل محله أخوه الذي يليه في السن وكان الأزواج يرث بعضهم البعض وللأولاد والبنات نصيب في التركة حتى صدور قانون بوخوريس.

قانون بوخوريس:

الملك بوخوريس من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين التي حكمت مصرية 731 قبل الميلاد قام الملك بوخوريس بإصدار قانون جديد آنذاك ينظم المواريث حيث سوى هذا الأخير بين الذكور والإناث في الميراث، ومنح الأبناء الغير شرعيين الحق في الميراث في حالة لم يكن للمتوفي أبناء شرعيين³.

ثانياً: الميراث عند قدماء الرومان واليونان

1-الميراث عند قدماء الرومان:

لقد اعتمد قدماء الرومان أحكاماً للميراث متوافقة مع البيئة والظروف السائدة في المجتمع فكانت تهدف أسس الميراث عند الرومان إلى حفظ النظام الاجتماعي والاقتصادي الذي ساروا عليه وارتضوه لأنفسهم، من أجل ذلك قامت لجنة العشرة التي وضعت قانون الألواح الإثنى عشر قد وضعت مبدأين:

المحافظة على بناء الثروة في العائلة فتمنع الأموال من التفتت ولا تذهب لغير أفراد العائلة المحافظة على كيان العائلات

1- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص53.

2- بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق ق.أ.ج الجديد، مدعم بأخر التعديلات وأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط3، دار هومة، 2018، ص 32.

3- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث الإسلامي وق.أ.ج، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2009، ص20.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

ويمكن أن نميز بين مرحلتين وكان الفاصل بينهما عصر الإمبراطور غسطينيانوس سنة 543م، فتميزت المرحلة أولى باعتماد الرومان على مبدأ إقامة خليفة يحل محل المتوفى، فيقوم باختياره أثناء حياته من أبنائه الذكور أو من غيرهم بشرط موافقة القبيلة على هذا الإختيار أي يورث من يراه قادرا على حماية الأهل والديار فتنتقل إليه تدبير شؤون الأسرة والمال وما له من حقوق وواجبات تجاه القبيلة.

فيختار شخصا ليخلفه وتشهد القبيلة عليه وتصادق على هذا الإختيار، فإذا تراجع أو لم توافق القبيلة عليه عين شخصا آخر خلفا له من ترى فيه القبيلة الكفاءة والصلاحية في تدبير شؤون العائلة والمحافظة على الأموال والأولاد والقيام بالحقوق والواجبات المطلوبة منه اتجاه العائلة والقبيلة.¹

ولكن بحلول عام 543 م تغيرت الأوضاع في روما وتم تعديل نظام الإرث عند قدماء الرومان لما كان فيه من صعوبات ونقائص فكان ميلاد المرحلة الثانية فقام الإمبراطور -غسطينيانوس- سنة 543م بتعديل نظام الميراث.²

حيث اعتمد على مبدأ القرابة في الميراث أو الوصية، وباعتماد معيار القرابة أصبح الأزواج لا يرثون بعضهم البعض لانعدام القرابة. وبالنسبة للأولاد فإن النظام الروماني ساوى بين الأبناء الشرعيين والأبناء الغير الشرعيين والأبناء بالتبني. فإذا اعترف الزاني بالابن الغير شرعي وقام بإجراءات التصحيح المعتمدة آنذاك فينسب هذا الأخير له ويكتسب صفة البنوة ويصبح له الحق في التركة. واعتمد كذلك الرومان نظام الإرث بالوصية فيقوم الموصي قبل وفاته بترك وصية فيوصي لمن يشاء في ماله. وتصبح هذه الوصية نافذة بعد وفاته فتنتقل التركة إلى الموصي له.

وفي حالة هلاك الشخص دون أن يترك وصية تنتقل التركة إلى الورثة بنظام الإرث بدون وصية ويقوم هذا النظام على إنتقال التركة إلى جميع أولاد المتوفى بالتساوي بما فيهم الأبناء بالتبني وبإلحاقهم من حيث الدرجة الإخوة والأخوات فتقسم التركة بالتساوي على الأحياء منهم ويحجب الأقرب منهم إلا بعد، فيستحق الأقرب فالأقرب بالتساوي بين الذكور والإناث ولا يخرج الإرث عن نطاق الأسرة أو العائلة الموسعة حتى لا تنتقل الثروة ويذهب المال إلى العائلات الأخرى خارجة عن صلة القرابة بالمورث. وفي حالة انعدام الأقارب تنقل التركة إلى خزينة الدولة.

وتميز نظام الإرث عند قدماء الرومان بإنتقال الحقوق والواجبات أي التركة بإيجابيتها وسلبيتها أي بما له من أموال وما عليه من ديون فإن لم تكفي التركة لسداد الديون يقوم الورثة بدفع ما عليه من ديون من أموالهم الخاصة. وهو ما يعرف بإختلاط الذمة المالية للمورث بذمة الورثة في حالة موافقة الورثة تنتقل التركة بما تشمله من حقوق والتزامات من المورث إلى الورثة.³

2-الميراث عند قدماء اليونان:

تشابه نظام الإرث عند قدماء اليونان ونظام الميراث عند قدماء الرومان من حيث تعيين خليفة للمتوفى فيقوم مقامه، كذلك قدماء اليونان مبدأ الوصية فيوصي المورث بأمواله إلى من يشاء في التركة، سواء من الأبناء أو الأقارب أو حتى من الأجانب عن الأسرة ومن لا تربطه به صلة القرابة.⁴

تميز نظام الإرث اليوناني عند نظام الإرث الروماني في الإرث بالوصية بإخضاع هذه الأخيرة أي الوصية لإشراف ورقابة القضاء لتقرير صحتها ومصداقيتها وهذا لتجنب النزاعات، فكانت تنتقل التركة إلى

1- حيرش مهدي، التنزيل بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج، مذكرة تخرج ق.خ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص أ.

2- جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 48-52.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 32-34.

4- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 54-55.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

أقرب الناس للميت والأقرب فالأقرب من الأقارب، وحرّم قداماء اليونان النساء من الميراث في حالة وجود الذكور، فيمنع من الميراث كل من يتصل بالميت عن طريق النساء، وسمحوا للنساء بالميراث في حالة انعدام الذكور فقط.

وكان الحكم بصحة الوصية قابل للطعن في أي وقت من أي شخص إذا أثبت أن فيه ضررا بمصلحة الوطن والأسرة فكل رب أسرة يعتبر وكيل عن الحكومة في إدارة أموال الأسرة ويجب عليه التصرف بحكمة وحسن التدبير.

نظام الدولة عند قداماء اليونان:

ظهر هذا النظام عند قداماء اليونان حيث يقوم رب الأسرة بمنح إبنته نصيبا من المال عند زواجها من أجل أن يعينها على مصاعب الحياة وبناء الأسرة الجديدة ويعتبر كتعويض لها عن حرمانها من الميراث فتحل هذه العطية المالية محل حقها في الإرث.¹

ثالثا: الميراث عند اليهود والنصارى

1- الميراث عند اليهود:

عرف اليهود عبر العصور بحبهم للمال والسعي في جمعه وتكديسه بشتى الطرق المشروعة والغير المشروعة وهذا راجع إلى فساد عقيدتهم وأخلاقهم التي تصفهم بأنهم شعب الله المختار ونتيجة هذه الشخصية حرص (أهل الكتاب) اليهود في النظام الإرث عندهم على عدم ذهاب شيء من الأموال التركة إلى خارج أسرته ويبقى للفروع (الأولاد) أو الأصول حتى تحتفظ الأسرة بأموالها فيما بينها ولأجل هذا فقد حرّموا الإناث من الميراث حرمانا مطلقا، ما عدا حق نفقة في حالات معينة.²

وبناء على ما سبق فإن المرأة اليهودية يرثها زوجها وهي لا تترث زوجها حتى ولو تكون قد ساهمت في تكوين الثروة معه، وكذلك المرأة اليهودية يرثها أبنائها وهي لا تترث أبنائها، في حالة وفاة المرأة اليهودية يرثها أولادها الذكور دون الإناث وفي حالة وفاتها ولم يكن لها أبناء فإنه يرثها شرعا زوجها فقط وإن توفي زوجها قبلها يرثها أبوها فإن انقطع نسلها وأصولها يرثها الحواشي بنظام الأقرب فالأقرب ومن خصائص نظام الإرث عند اليهود أن يرث الأبناء الشرعيين والأبناء الغير شرعيين (الأبناء الناتجين عن الزواج الغير صحيح) فيورث الأبناء سواء كان نكاحا صحيحا أو غير صحيحا وجعلوا الميراث يرتكز على القرابة وفق الحالات الأربعة التالية: البنوة والأبوة والأخوة والعمومة وفي حالة وفاة الأب تكون التركة من نصيب الذكور فقط ويرث الابن البكر مثل حظ اثنين من أخوته الأصغر منه سنا إلا إذا اتفقوا على الاقتسام بالتساوي.³

ومن مميزات الميراث عند اليهود أن جعل للإناث نصيبا في التركة في حالات محددة باعتبارهم ضعاف وبلا معيل، فجعلوا حق النفقة من التركة للبنات الصغار حتى يبلغوا سن الرشد ويكون لهم على أخواتهم الذكور واجب المساهمة في المهر وتجهيز البنات عند الزواج، وجعلوا كذلك للزوجة التي توفي زوجها وبلا أولاد الحق في النفقة.

تعتبر الوصية حق ثابت في الشريعة اليهودية فيحق له أن يوصي في أمواله لمن يشاء.

مما سبق نستخلص أن تقديس اليهود للمال وحب المحافظة عليه بجميع الوسائل هو نتيجة حتمية لعقيدتهم الفاسدة وثقافة الهوس بالمال وحب تكديسه فقد فضل اليهود الذكور على البنات في جميع فئات الوراثة حتى تبقى الأموال عند نفس العائلة حيث جعلوا حرية التصرف في الأموال والتركيز على الذكورة فلا ميراث للبنات والزوجة في الشريعة اليهودية إلا في حالات معينة ولا ميراث للأقارب مع وجود الأولاد

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 34-35.

2- التنزيل بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج، المرجع السابق، ص.ج.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 35.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

الذكور وتخضع قاعدة الابن الأكبر ضعف نصيب الأخ الأصغر منه لأن البكر هو من يتولى شؤون الأسرة بعد وفاة أبيه، وفي حالة عدم وجود الأبناء توول التركية لأمه ثم إلى جده وأن لم يكونوا توول التركية إلى سائر أصوله من جهة أبيه وفي حالة لم يكن للمتوفى وارث من الأصول أو الفروع أو الحواشي كانت أمواله لصالح من يسبق في حيازتها، وتعتبر وديعة في ذمته لمدة ثلاثة (03) سنوات فإذا لم يظهر من يطالب بها أصبحت ملكا له،¹ من موانع الميراث كذلك عند اليهود اختلاف الدين فمن يرتد عن الدين اليهودي ليس له الحق في الميراث.²

2-الميراث عند النصارى:

أما بالنسبة للميراث عند النصارى فلم تتدخل الشريعة المسيحية في تنظيمه باعتبارها ديانة تهتم بالجانب الروحي والأخلاقي ولم يتطرق الإنجيل إلى مسائل الميراث لأن المسيح كان يدعو إلى الإيمان والمحبة، ولهذا اتبع المسيحيون ما كان ينظم مسائل الميراث في الشرائع والأعراف السابقة مثل شريعة أهل الكتاب (اليهود) والقوانين الرومانية وغيرها من النظم القديمة التي كانت تنظم المواريث ولهذا اعتمد المسيحيون قواعد تنظيم المواريث التي كان يجري العمل بها عند اليهود.³

رابعا: نظام الإرث في الجاهلية والأمم الشرقية القديمة

أ- نظام الإرث في الجاهلية:

لقد تميز العرب في الجاهلية بجملة من السلوكيات والأخلاق والمبادئ مما جعلها تنعكس على حياتهم الاجتماعية وعلى نظام المواريث عندهم. فلم يجعلوا في هذا النظام نصيبا للبنات ولا الزوجات ولا للأخوات ولا للأمهات ولا للجوارح لا إلى غيرهن من النساء وكذلك حرّموا الصغار من الميراث، فجعلوا الميراث من نصيب الابن إذا كان بالغا أو أخوه الأكبر أو ابن عمه وهذا راجع لأن سبب الميراث آنذاك هو القدرة على حمل السلاح وحمل راية الدفاع عن القبيلة والنود عن عزاها وشرفها وأمجادها فأقتصر الميراث على الذكور دون الإناث والكبار دون الصغار بحجة حماية الديار ومحاربة الأعداء ودفاع عن شرف القبيلة.⁴

فكان حق الميراث في الجاهلية يقوم على ثلاثة أسباب:⁵

➤ النسب والقرابة:

كانوا العرب في الجاهلية يرثون الابن الأكبر بشرط أن يكون له القدرة على ركوب الخيل وحمل السلاح ومقاتلة الأعداء ويكتسب الغنائم أما الضعاف مثل النساء والصغار ذكورا أو إناثا فلا حق لهم في الميراث لأنهم غير قادرين على اكتساب المال فعن أبي قتادة قال: كانوا لا يرثون النساء، فنزلت الآية الكريمة ﴿وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾.⁶

1- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 45-48.

2- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، صص 20-21.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 36.

4- الارث الجاهلي، مكتبة الشاملة، 2022/11/02، 09:00، صباحا. <https://fih.islamonline.net>.

5- بلحاج العربي المرجع السابق، ص ص 38-40.

6- سورة النساء الآية 07.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

وكانوا يراعون درجة القرابة ومقدار انتسابها للمتوفي فتأتي البنوة في درجة الأولى لأنها الأقرب وتتقدم بقي القرابات الأخرى، ثم يليها الأبوة ثم يليها الأخوة ثم يليها العمومة مع تطبيق مبدأ "لا يعطى إلا من لاقى الحروب، وقاتل العدو والطاعن بالرمح وضرب بالسيف، وحاز الغنيمة"¹.

➤ التبني:

نتيجة الفكر السائد في الجاهلية المبني على التفاخر بالأبناء والنخوة ببطولاتهم وقوتهم وشدتهم في الحروب واستبسألهم في الدفاع عن شؤون القبلية لجأ العرب في الجاهلية إلى نظام التبني، فكان يقوم هذا النظام بالسماح لأي رجل أن ينسب له ابن وهو ليس من صلبه، إذا أعجبه هذا الغلام فيتبناه وهو ليس ابنه بل ابن رجل غيره. فيكتسب حقوق الإبن الشرعي فينزل منزلة ابن صلبه ويعامل معاملة الإبن الشرعي، فيحق له الميراث إن كان كبيراً وبالغاً.²

فقد تبني النبي عليه الصلاة والسلام زيدا بن حارث حتى أنزل الله قوله: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾³ فقام الرسول عليه الصلاة والسلام بإعتاقه.

➤ التحالف:

عرف المجتمع العربي في الجاهلية جملة من الخصال والأخلاق مثل المروءة والوفاء بالوعد فإذا أعطى الرجل ميثاق شرف يتضمن وعداً، يقوم بالوفاء به.

ونتيجة هذا كان الرجل إذا صادق رجلاً أو جعله خليلاً له أو تحالف معه فيمكن أن يورثه وفق نظام التحالف وهو عبارة عن إبرام عقد وفق طقوس خاصة بين رجلين لا علاقة تربطهما، لا قرابة، ولا نسب، ولا مصاهرة وهو ما يعرف بالمعاقدة أو الإتفاق.⁴

فبمقتضى هذا التحالف أو الإتفاق يقوم كل منهما بنصرة صاحبه أو يساعده في كل أموره ويحميه وإذا مات واحد منهما قبل الآخر يرثه كانت صفة التحالف في الجاهلية في قول الرجل لصاحبه "دمي دمك وهدمي هدمك، ترثني وأرثك وتنصرني وأنصرك وتطلب بي وأطلب بك وتعقل عني وأعقل عنك" وهناك صيغة أخرى "دمي دمك وهدمي هدمك وسلمي سلمك وحربي حربك، ترثني وأرثك وتنصرني أنصرك وتعقل عني وأعقل عنك وتأري تأرك وتطلب بي وأطلب بك".⁵

فإذا اكتملت أركان هذا التعاقد والتحالف وفق الإجراءات الخاصة بها فإنه باتمامها بين الطرفين يستحق كل منها نصيب في الميراث مقدار ميراث الحليف، لأنه هذا الأخير أي ميراث الحليف لم يكن ثابت المقدار بل يخضع لنص الاتفاق أو ما تعاقد عليه الأطراف فإذا مات أحد الأطراف أصبح له نصيب في الميراث وفق مقتضى العقد المبرم ويعتبر هذا العقد صحيح بالنسبة للأطراف ولكل منهما أن يرجع على الآخر فيطالب بتنفيذه أو ينتازل عنه إذا شاء.⁶

1- محمد توفيق قدرى، أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي ق.أ.ج، مجلة الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، م12، ع01، 25 مارس 2020.

2- الإرث في الجاهلية bouhot.Blogspot.Cim.

3- سورة الأحزاب الآية 05.

4- أحمد محمود الشافعي، محاضرات أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، لبنان، ص ص 07-05.

5- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص ص 59، 55.

6- أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص ص 07، 05.

مصدقاً لقوله تعالى: (وَ الَّذِينَ عَقَدْتُمْ فَأْتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ)¹.

من خلال ما سبق نلاحظ أن نظام المواريث في الجاهلية كان منسجماً مع حياتهم الإجتماعية وما تضمنته من أعراف وعادات وترتيبات إجتماعية والسياسية فكان يقضي بحرمان الضعاف مثل النساء والصغار الذي هم أشد حاجة للمال ولهم الأولوية عن غيرهم. فيمكن القول أنه نظام غير عادل فيحرم ذوي القربى ويورث الغير، مثل التبنّي والتحالف².

فهو نظام ينشئ حقوق لا تستند على أسس صحيحة، فهو يجسد شريعة الغاب التي كانت تميز حياتهم وسلوكياتهم وتكرس نظام البقاء للأقوى على حساب الضعيف³.

ب- نظام الإرث عند الأمم الشرقية القديمة:

يقصد بالأمم الشرقية القديمة: الأستوريين والكلدانيون والفينيقيون والسريان والأرم وغيرهم، قام نظام الإرث عندهم على أن يحل الإبن البكر من الأولاد محل أبيه وفي حالة عدم وجود الولد البكر يقوم مقامه الولد الذكر الراشد ثم يليه الإخوة ثم الأعمام. غير أن هذه الأمم كان يحرمون الأطفال والنساء من الميراث⁴.

نص قانوني -حمورابي- في بلاد الرافدين على انتقال كل ما يملكه المتوفي إلى أبنائه فيتم تقسيمه بالتساوي بين الذكور والإناث حيث منح حمورابي الحق للأحفاد في الميراث في حالة وفاة أبوه قبل الجد فيحلون محل أبوه في حصته، أما في حالة عدم وجود أبناء للمتوفي فتنتقل الأموال إلى إخوته⁵. إذا كان هذا الحال الميراث في الحضارات القديمة فيكف يكون الحال الميراث في القوانين الوضعية وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الميراث في القوانين الوضعية

لقد تضمنت القوانين الوضعية مسائل الميراث في العديد من التشريعات على اختلاف مشاربه ضمن مختلف نظمها المالية في القانون المدني او في قوانين خاصة كقانون الأسرة.

أولاً: الميراث في القانون الفرنسي

لقد حاول المشرع الفرنسي تنظيم مسألة المواريث وفق خصائص المجتمع الفرنسي وما يشمله من تركيبات بشرية من حيث الأجناس والديانات، حيث نص القانون الفرنسي على استحقاق الميراث بعلاقة القرابة أو الزوج، وجعل القانون الفرنسي موانع للميراث، مثل القتل أو محاولة القتل أو الشروع فيه.

فجعل استحقاق الميراث في حالة وفاة المورث حقيقية أو حكماً وقد أعطى حق الميراث للأولاد الغير الشرعيين (أولاد الزنا) أو من زواج غير صحيح فترتب الميراث للأولاد الشرعيين ثم الأصول ثم الحواشي ثم الأولاد الغير الشرعيين وإن لم يكن له وارث ولم يترك وصية تؤول التركة إلى خزينة الدولة⁶.

ومن مميزات نظام المواريث في القانون الفرنسي أن جعله إختياري وليس إجباري فلولارث حرية القبول أو عدم القبول، وهذا لأنه في حالة قبول التركة يصبح الوارث ملزم بجميع التزامات المورث بما فيها الديون. فإذا قبلها يلزم بدفع ديونه فيحل محل المورث في سداد الديون وما عليه من التزامات⁷.

1- سورة النساء، الآية 33.

2- نظام الإرث في الجاهلية وابتدأ الإسلام <https://alansab.net>.

3- التنزيل بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج، المرجع السابق، ص ب.

4- التنزيل بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج، المرجع نفسه، ص أ.

5- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 20.

6- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 61-63.

7- موقع المكتبة الشاملة الحديثة، 2022/11/02، 09:00 صباحاً.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

ومما سبق نستخلص أن ق.ف حصر موانع الميراث فيمن قتل المورث أو حاول قتله أو من يعرف من حاول إغتياه ولم يعلم العدالة.

كما قسم الورثة إلى أربعة فئات حسب نص المادة 731 من ق.م.ف:

- فتأتي في الدرجة الأولى: فروع المتوفى أي أولاده ذكورا وإناثا ويكون نصيب الذكر مثل حظ الأنثى أي تقسم التركة بالتساوي حيث نصت المادة 745 من ق.م.ف "يرث الأولاد وأبناؤهم، والدهم والدااتهم، جددهم وجداتهم دون أي تمييز بين الوارث الذكر والأنثى".
- يأتي في الدرجة الثانية: أصول الميت أي أبوه وأمه وإخوته هذا حالة عدم وجود الورثة من الأولاد.
- يأتي في الدرجة الثالثة: الأعمام والأخوال.
- يأتي في الدرجة الرابعة: بقية الأقارب ثم خزينة الدولة.

ويقر النظام المواريث في فرنسا بالحق في الوصية فيوصي المورث لمن يشاء في ماله كما يمكن للوارث أن يتنازل عن حقوقه المالية وما اكتسبه ولا يخلف مورثه في التركة وفي التزاماته وديونه فلا يمكن المساس بأموال الوارثة الخاصة¹.

ثانيا: الميراث في القانون الانجليزي

فيما يخص نظام المواريث في القانون الانجليزي فقد قام المشرع الإنجليزي بالأخذ من النظام المواريث الروماني ونظام المواريث لدى اليهود فهو عبارة عن خليط من الأحكام والمعايير.

فقدم الذكور على الإناث ومنح الأفضلية للإبن الأكبر على باقي الأقارب وقدم ابن الابن على البنات وإعتمد قانون الميراث الإنجليزي قاعدة الأقرب يحجب الأبعد، فإن لم يكن له أولاد ذكور تؤول التركة للإناث².

ثالثا: الميراث في القانون الألماني

ساير المشرع الألماني الكثيرة من التشريعات الوضعية في الاقتباس من الحضارات القديمة والنهل من القوانين الوضعية المجاورة لها التي تنظم مسألة المواريث.

فجعل المشرع الألماني نظامه للمواريث يقوم على توريث الأزواج والأقارب حسب مبدأ الأقرب فالأقرب كما جعل للأشخاص الحق في الوصية بالتركة فيجعل لمن يشاء نصيب في ماله، وفي حالة لم يكن للمتوفي أي وارث ولم يترك وصية تؤول التركة إلى خزينة الدولة.

وإختلاف نظام المواريث في القانون الألماني عن القانون الفرنسي بأنه جعل ذمة الوارث منفصلة عن ذمة المورث أي استقلالية الأموال فهو يخلفه في الحقوق المالية وما إكتسبه ولا يخلفه في التزاماته وديونه.

فلا يمكن المساس بالأموال الخاصة بالذمة المالية للورثة وبالتالي له الاستحقاق في الحقوق المالية فقط دون الديون.³

عكس بعض القوانين والنظم التي اعتمدت القاعدة الرومانية في اعتبار أن شخصية الوارث تعد إمتداد لشخصية المورث.

رابعا: الميراث في القانون الأمريكي

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص37.
²- المرجع نفسه، ص37.
³- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 38.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

ساير المشرع الأمريكي غيره من نظام القانونية الوضعية بوضع نظام للمواريث يتناسب مع المجتمع ومكونته في الولايات المتحدة الأمريكية ويتوافق مع المبادئ العامة للسياسة الأمريكية التي تعتبر الحرية حجر الزاوية فيها فقد منح القانون الأمريكي في مسألة المواريث الحرية المطلقة للمورث أن يوصي بتركة كلها أو جزء منها لمن أراد سواء قريب أو غريب أو جمعية خيرية أو حتى حيوان ويحرم من يشاء حتى الأبناء جزئيا أو كلياً من الميراث.

وفي حالة موت الشخص دون وصية تقسم التركة إلى جزئين النصف للزوج والنصف الآخر يوزع بالتساوي بين الأبناء الذكور منهم أو الإناث.¹

إذا كان هذا الحال عن الميراث في الحضارات القديمة والتشريعات الوضعية الحديثة فكيف يكون الحال عن الميراث بين التشريع الإسلامي والتشريع الجزائري وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الميراث بين التشريع الإسلامي والتشريع الجزائري

سوف نتطرق في هذا الفصل إلى الميراث بين التشريع الإسلامي لدى قمسنا هذا المطلب إلى فرعين حيث تطرقنا في الفرع الأول إلى نظام الإرث في الإسلام أما الفرع الثاني إلى الميراث في التشريع الجزائري.

الفرع الأول

نظام الارث في الاسلام

أولاً: لمحة تاريخية عن الميراث في الإسلام

لقد تغير مجرى الحياة الإنسانية ببزوغ فجر الإسلام فإنقلبت الأوضاع السائدة التي كانت تحكمها ضلالات الجاهلية والأعراف البالية والأحكام الجائرة والمجحفة في مختلف المجالات وهضم حقوق الناس لأن الحياة كان يحكمها قانون الغاب والغلبة للأقوى وهذا ما انعكس على أحكام الميراث عند مختلف الأمم التي سبقت الإسلام.

فحكّم مبادئ توزيع الميراث عند العرب في الجاهلية قانون القوة والغلبة والميراث بالتبني والميراث بالحلف مع حرمان المرأة والأطفال دون مراعاة الحاجة والعوز.

وحكم الميراث عند اليونان والرومان وبعض الأمم الشرقية طقوس غريبة تتصادم مع الفطرة الإنسانية السليمة. وطغت النظرة المادية على أحكام الميراث عند اليهود والنصارى؛ ثم أشرق نور الإسلام كأخر الشرائع السماوية من أجل تصحيح ما سبقه من شرائع ونقد ما شابها من تحريف وهدم ما تضمنته من جور في العادات والمعاملات وتقويم للنفس وهدم للقيم المبنية على الانحراف والإجحاف ويغرس في النفوس الإيمان والتوحيد بالواحد الأحد، والقيام بتعديل وترميم العقائد والعبادات ونظم المعاملات باعتبار التشريع

¹ - موقع المكتبة الشاملة الحديثة، المرجع السابق. 2022/11/02، 9:00 صباحاً.

الإسلامي نظام متكامل فيشمل في تشريعاته العبادات ونظم المعاملات فكان الإسلام ذلك النور الأصيل الذي يستوطن في أعماق الإنسان. النور الذي لا تمسه الشوائب ولا تقدر ظلمات الكون على إطفائه، ذلك النور الذي ينعكس إيجابا على صاحبه فيكون بوصلة لقلبه ونبراسا لدربه لهذا اتصف نظامه بالكمال والصلاح لكل زمان ومكان فأول ما ركز عليه الإسلام غرس العقيدة الصحيحة المبنية على التوحيد وهدم معابد الشرك والعناية بفقهاء العبادات والمعاملات ويراعي الحقوق حتى يقيم الناس على المحجة البيضاء.¹

فتدرجت الشريعة الإسلامية في إقامة نظام المواريث وفق نظام أكثر سلاسة وحكمة وفق تسلسل زمني، فتدرجه في الميراث على غرار تدرجها في فرض الصلاة وتحريم الربا والخمر، فكان هذا التدرج في التشريع للميراث موازيا ومكملا لما يحدث من تغيير في النظام الاجتماعي، فالتشريع الإسلامي كان متكامل ودقيق ومتوازنا يمتاز بالحكمة فكان يقوم بهدم أركان الأنظمة القديمة الفاسدة المبنية على الظلم والجور والإجحاف والطغيان وسلب حقوق الناس ليحل محله تشريع يضمن حقوق الناس على أساس العدل والمساواة عكس الأنظمة السابقة التي كانت تورث الأبناء الغير شرعيين ويورثون بالحلف وبالتبني ويحرم الابن الصلب والنساء والأطفال وفق نظام لا يتوافق مع الفطرة الإنسانية السليمة ومبادئ العدالة.²

فقام الإسلام بدورين أساسيين هما:

- قام بهدم ونسخ وإبطال العادات الجاهلية في الميراث.
- تشريع قواعد أخرى كبدائل عنها وخلق قواعد جديدة مستقلة تقوم على اعتبارات إنسانية وتشريع إسلامي محض.

فتركهم في أول الأمر وشئتهم على ما درجوا عليه وما ألفتهم نفوسهم حتى بدأ الإسلام يتمكن من نفوسهم ثم جعل قسمة التركة بالوصية دون تحديد مراتب الاستحقاق ولا مقادير الأنصبة لقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)³، ثم نزل قوله تعالى: (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ)⁴ فعالج الإسلام نظام المواريث من خلال تصحيح وتغيير المفاهيم الخاطئة الموروثة وأبطال نظام الأحلاف والتبني.

وبهجرة الرسول عليه الصلاة والسلام من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة آخى بين المهاجرين وللأنصار وجعل هذه الأخوة سببا في الميراث حتى يتماسك المجتمع وتقوى شوكة الإسلام ولأن المسلم المهاجر انقطعت صلته بأهله وأمواله فنزلت آية تبارك وتقر هذا النظام في الميراث المبني على رابطة التوحيد⁵ قال تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنْ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)⁶.

من الآية نفهم أن الميراث الاستثنائي الذي أقيم على قاعدة الأخوة بين الأنصار والمهاجرين كان خاص بالمسلمين في المدينة المنورة فقط لأنه حتى من اعتنق الإسلام ولم يهاجر من مكة المكرمة إلى المدينة المنورة لا يرث أخه المهاجر أي كانت قرابة حكمية بين المسلمين المهاجرين والأنصار قال رسول الله عليه الصلاة والسلام "المهاجرون والأنصار بعضهم أولياء بعض والطلاقاء من قريش والعنقاء من ثقيف بعضهم

1- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 22.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 41.

3- سورة البقرة الآية 180.

4- سورة النساء الآية 07.

5- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 45.

6- سورة الأنفال الآية 72.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

أولياء بعض إلى يوم القيامة"¹، ثم تولت الأحداث والفتوحات وانتشار الإسلام وقويت شوكته وتوطدت أركان دولته واتسعت رقعتها وفي اليوم 08 رمضان من سنة 08 هجرية كان الحدث الجلل فتم بفضل الله فتح مكة المكرمة على يد المسلمين وهو ما يسمى بالفتح العظيم فانكسرت شوكة الشرك وسقط أعتى حصون الكفر ودخل الناس في دين الله فوجا فكانت نقطة تحول كبرى لمسيرة الإسلام.

من آيات التشريع الإلهي وحكمته ورحمته بالعباد أن جعل التشريع الإسلامي يقوم على مبادئ ترعي أحوال الناس وتنوعهم واختلافهم. فجعل النصوص التشريعية مرنة ونصوص أخرى جامدة لا اجتهاد معها كنصوص العقيدة والعبادة والميراث.

قال الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَٰلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا﴾.²

وقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾.³

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾.⁴

وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ (5)﴾.⁵

وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.⁶

قول الرسول عليه الصلاة والسلام "لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية وإذا استنفرتم فانفروا".

من خلال هذه النصوص التشريعية تم نسخ الميراث بالهجرة وأبطل القواعد السابقة مثل الميراث بالتبني والميراث بالحلف والمعاقدة وجعل حق في الميراث للنساء والأطفال وألغا صفة الذكورة والأنوثة والصغر والكبر من باب العدل والإنصاف لقوله تعالى: ﴿وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾⁷ فوضع أولى لبنات وأركان النظام الإسلامي للميراث، فجعل الاستحقاق يقوم على علاقة القرابة (النسب) والزوجية.

وأقر الإسلام بنظام الوصية في الميراث لكن بصيغة أكثر عدلا فقيد الوصية بشروط وضوابط شرعية، فلا تكون لو ارث له نصيب بل تكون لغير الوارثين من الأقارب أو الأجانب وأن لا تزيد عن الثلث قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁸

1- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص55.

2- سورة الأحزاب الآية 06.

3- سورة الأنفال الآية 75.

4- سورة الأحزاب الآية 40.

5- سورة الأحزاب، الآية 4-5.

6- سورة النساء، الآية 11.

7- سورة النساء، آية 07.

8- سورة البقرة آية 180.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾¹ عن أبي أمامه رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

وعن سعيد بن أبي الرقاص Ψ قال: "جائني رسول الله ﷺ يعودني في عام حجة الوداع من الوجد اشتد بي فقلت يا رسول الله اني بلغني من الوجد ما ترى، وأنا ذو مال كثير ولا يرثني إلا ابنة لي فأصدق بمالي كله فقال "لا" فقلت نصفه قال "لا" قلت ثلث؟ قال: "الثلث الثلث كثير، إنك تترك ورتك أغنياء خير من أن تتركهم فقراء يتكفون، الناس بأيدهم وأنت لا تنفق إلا أجرك فيها حتى ما تجعل في فم امرأتك"².

من خلال هذه الأحداث نستشف حرص النبي ﷺ أن يبقى الورثة في كفاف مالي من خلال تنفيذ الوصية في حدود الثلث لغير الوارث، وبالنسبة للورثة فلا وصية لهم وتعتبر غير صحيحة سواء كانت قليلاً أو كثيراً، ولكن في حالة إجازة الورثة للوصية تصبح نافذة لأنهم رضوا بإسقاط حقهم في الاعتراض عليها وهذا لقول الرسول ﷺ "لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشأ الورثة"³

وضعت الشريعة الإسلامية نظام التوريث على أحسن النظم، وأعدلها، وأكثرها شفافية، ومصداقية لوضوح أحكامه، وبيان أركانه وأهدافه، وفق نظام حسابي دقيق ومترايط بمميزات خاصة به، وإعتبرات تقتضيها الحكمة الإلهية والعدالة الاجتماعية.

المتأمل في التشريع الإسلامي يجده دائماً يحمل في طياته أهمية كبيرة وعناية لحياة الفرد والأسرة والمجتمع والأمة فهو يخاطب عقل وتفكير الإنسان في بناء شخصيته وضميره ويعالج بناء الأسرة والمجتمع في مختلف تشريعاته حتى تسود المحبة والمودة والتكافل ويحارب الضغينة والتنافر ومن حكمة التشريع الإسلامي أنه لا تنقضي عجائبه، فيه خبر ما بعدنا وحكم ما بيننا والغرض منه الاعتصام بالعروة الوثقى لأنه تشريع رباني.

لهذا أولت الشريعة الإسلامية عناية بنظام الموارث فتناولت بالتفصيل المستحقون للميراث وأنصبتهم حتى لا يختلف الناس فيه حسب الأزمنة والبلدان مما يؤدي للاضطرابات والنزاع.

ثانياً: مبادئ الميراث في الإسلام

ومراعاة لمصالح المسلمين⁴ فقد أسست الشريعة الإسلامية نظام التوريث على الاعتبارات التالية:

أ- درجة القرابة (قوة القرابة):

يعتبر موقع الوارث في الشجرة العائلية بالنسبة للمورث أمراً هاماً ومحدداً لدرجة قرابته ومرتبته في الإرث وما لها من امتيازات وحقوق فكلما اقتربت صلة الوارث بالمورث زاد نصيبه وكلما ابتعد عنه قل نصيبه. تعتبر درجة القرابة أساس التفاضل بين الورثة أي على بعضهم البعض.

تعتبر القرابة أحد أهم أسباب الميراث سواء قرابة مباشرة أو غير مباشرة، مصاهرة، النسب.....⁵ كما جعل الإسلام العلاقة الزوجية الصحيحة أساس الإرث بين الزوجين.

1- سورة النساء آية 08.

2- محمد بن صالح بن العثيمين، تسهيل الفرائض، ص

3- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص115.

4- مذكرة أسباب الموارث في سورة النساء دراسة بيانية

5- عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، الوجيز في الفرائض، د.ج، الطبعة الثانية، دار ابن الجوزي، ص17.

ب- مرتبة الوارث في التتابع الأجيال زمانيا:

بمعنى استقبال الحياة واستدبارها أو ما يعرف بموقع الوارث من الحياة تحرص الشريعة الإسلامية في مجمل أحكامها على دعم العلاقات الاجتماعية ونشر اوصر المحبة وروابط التكافل والتضامن بين أفراد الأسرة لكن من باب العدل. يراعى موقع كل وارث في تتابع الأجيال زمانيا فالابن المقبل على الحياة لا يتساوى في النصيب مع الجد. فالأجيال المقبلة على الحياة في حاجة للمال أكثر من الأجيال المستندرة.¹

ج- الإنصاف والعدل حسب المسؤوليات والأعباء المالية:

رعى التشريع الإسلامي في طياته تكاليف الحياة والمسؤوليات لكل فرد وفق ما أوجبه من تكاليف لكل فرد فأوجب نفقة الزوجة والأولاد وحتى المهر على الرجل للمرأة لقوله تعالى: ﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾²

وقول الرسول (ص) في حجة الوداع عن جابر رضي الله عنه "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"³، الرجل مكلف شرعا بالإنفاق على الزوجة والأولاد ولم يوجب الشرع الحكيم الإنفاق على المرأة حتى وإن كانت غنية إلا عن طيب نفس فمال الرجل مستهلك ومال المرأة موفور لأن الرجل مكلف بالأعباء العائلية والالتزامات الاجتماعية.

من باب العدل والقسط أن يكون نصيب الرجل أوفر من المرأة.

ثالثا: مميزات الإرث في التشريع الإسلامي

يستمد التشريع الإسلامي أحكامه وقواعد تنظيمه من الكتاب والسنة وإجماع الصحابة واجتهادات الفقهاء وأهل الاختصاص وهذا أعطاه مميزات خاصة به أهمها:

أ- تشريع إلهي:

لقد تولى الله عز وجل بنفسه تشريع أحكام الميراث وبيان تفاصيله فأعطي لكل ذي حق حقه وفق حكمة ربانية بعيدة عن أهواء البشر يقول سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدُوا وَإِن تَلُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁴

يقول المفكر الفرنسي زيس "بحق أنني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الإسلامي، أنني نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني.... فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري، تقوم الشريعة الإسلامية على القانون الإلهي".

ويقول برتراند راسل أحد فلاسفة بريطانيا الكبار حاصل على جائزة نوبل السلام عام 1950 قال: "لقد قرأت عن الإسلام ونبي الإسلام فوجدت أنه دين جاء ليصبح دين العالم والإنسانية، فالتعليم التي جاء بها محمد والتي حفل بها كتابه مازلنا نبحث ونتعلق بذرات منها وتنال أعلى الجوائز من أجلها".

ب- القسط والعدل:

العدل هو العمود الفقري لنظام الإرث في التشريع الإسلام فتكفل الله بتحديد الأنصبة والمستحقون للميراث بكل رحمة وعدل وحكمة حتى تصل الحقوق لأصحابها، وتوازن مع ما تقتضيه التكاليف الشرعية

1- موقع الوارث من الحياة.

2- سورة النساء، الآية 04.

3- صحيح مسلم.

4- سورة النساء، الآية 135.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

من مسؤوليات على الأفراد بغض النظر عن الجنس سواء كان ذكرا أو أنثى وعن السن؛ سواء كبيرا أو صغيرا فتحقيق العدل ليس المساواة في مقدار الأنصبة بل من باب المساواة العدل في تقسيم بالتناسب مع التزامات الورثة وأقبلهم أو أدبرهم على الحياة مع مراعاة الحاجة بين الورثة لهذا يعتبر الإسلام أعدل الأنظمة.¹

ج- توزيع الميراث على أكبر عدد ممكن من الورثة:

من حكمة التشريع الإلهي أن جعل توزيع التركة تشمل أكبر عدد من الورثة لينتفعوا به وعدم تركيزه في يد أشخاص فقط وهذا من أجل تقوية الروابط الأسرية والمودة والتكافل بين أفراد الأسرة الواحدة ومحاربة الطبقة الاجتماعية والاستغلال.

د- الكفاءة الاقتصادية:

من أهم أهداف نظام الميراث في الإسلام تحقيق الاستقرار الاجتماعي وإعادة توزيع الثروة من أجل تنشيط الاستثمار والتشجيع على العمل بتوفير رأس المال أو ما يسمى عند الاقتصاديين الكفاءة الإنتاجية أو التكافؤ الاقتصادي.

هـ- آيات المواريث قطعية الدلالة لاجتهاد فيها:

لقد تولى الله سبحانه وتعالى تشريع الميراث وبيان تفصيله بيانا محددًا ومضبوطًا لا يقبل الاحتمالات أو التأويل لأنه يدخل ضمن ما يسمى "المقدرات" فمسائل الإرث والحدود والكفارات والعبارات أمور تتسم بالثبات والقطعية والتقدير المحكم. ولهذا أحكام الميراث ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ولا يجوز الاختلاف فيها والاجتهاد فيها تحريف لشرع الله.²

لم تفسح الشريعة الإسلامية المجال في الاجتهاد في قواعد الميراث إلا قليلا في الأمور التطبيقية العملية والمستجدات العلمية والطبية حتى يسائر الزمن ويحتوي ما تنتجه العلوم من اكتشافات قواعد التوريث من النظام العام لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها.

و- الميراث نظام متكامل مرن:

يتميز نظام الإرث في الإسلام بأنه نظام مرن لأنه دين يسر وليس دين عسر فتجده يتكيف حسب كل الحالات ويتجلى فيه عدل الخالق الرحيم بحفظ الحقوق وعدل الإسلام في التركات. وسماح بحرية الوصية وفق شروط وضوابط شرعية لأن النفس يمكن أن تدفع بصاحبها إلى المهلكات مصدقا قوله تعالى: ﴿إِنَّ النَّفْسَ لَأَمَّارَةٌ بِالسُّوءِ إِلَّا مَا رَحِمَ رَبِّي﴾.³

هذا ما يضيف على نظام الإرث الإسلامي النزاهة والإنصاف في التقسيم ومراعاة الحق والمنطق في التوزيع

ز- الوجوب والإلزامية:

من أجل انتقال سلسل للثروة وإعادة توزيعها فرض الشرع الحكيم إجبارية الإرث في الإسلام فلا يسمح بتكدسها في يد شخص واحد أو أشخاص بعينهم كما لا يمكن حرمان أي من الورثة. لا يسمح للوارث أن يرفض ما استحقه وله أن يتصرف فيه بعد حيازته بالهبة أو التنازل أو البيع.

¹- عبد الرحيم بن إبراهيم ابن عبد الرحمان السيد الهاشم، الوجيز في الفرائض، المرجع السابق، ص19.

²- الإرث مبادئ وحقائق، www.Alukan.net، 2022/12/19، 11:00 a

³- سورة يوسف، آية 53.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

وهذا لقول الصادق الأمين عليه الصلاة والسلام: (من قطع ميراثاً فرضه الله ورسوله قطع الله ميراثه من الجنة) أخرجه ماجة عن أنس ابن مالك.

وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾¹.

وقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾².

برجوع لتأويل الآيات وتفسيرها نجد تأكيد الملك العزيز المتعال على وجوب تقسيم التركة وانتقالها للورثة بصفة جبرية وإلزامية وليست اختيارية مثل بعض القوانين الوضعية فلا مجال لعدم الإختيار في الشريعة الإسلامية.

الوصية في نظام الإرث الإسلامي:

أقر الإسلام الوصية في التركة لكن وفق ضوابط شرعية متوافقة مع الحكمة من الميراث. فقيدها الشارع الحكيم في حدود الثلث أو أقل ومستحبة لغير الوارث أما الوارث فلا وصية له إلا بشرط إجازتها من طرف باقي الورثة.

لا تركة إلا بعد تصفيتها:

قبل تقسيم التركة وتوزيعها يجب تقويمها وتصفيتها من مختلف الحقوق المتعلقة بها كالديون ومصاريف التجهيز والوصية فلا يقسم إلا ما بقي خالصا من التركة عكس بعض الأنظمة الوضعية (الغربية) التي تورث ما تركه المورث من التزامات وديون للورثة.

الصياغة الدقيقة للأحكام بأبسط العبارات:

يتمثل الإعجاز التشريعي في الميراث أن كل هذه الأحكام استنبطها فقهاء الميراث من أربع آيات مجملة وثلاثة أحاديث. ما يميز هذه النصوص أنها جاءت بأسلوب بسيط وسهلة قليلة الكلمات وعبارات بسيطة. فرغم قلة النصوص التشريعية إلا أنها تشمل الكثير من الأحكام التشريعية ورصيد من القواعد العامة للميراث وهذا بحد ذاته إعجاز تشريعي في الميراث فرغم قلة النصوص واتساع الحالات إلا أنه لا نجد خلا أو تناقضا.

عدم توريث القاتل:

حكمة الميراث دعم الترابط الاجتماعي ودعم أواصر المحبة في الأسرة الواحدة لكن في حالة استعجال الحصول على الأموال ويقتل مورثه فإن جزائه الحرمان من الميراث مراعاة للفطرة البشرية وحسب القاعدة الفقهية، من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب حرمانه وعلى ضوء ما سبق تترتب النتائج التالية:³

- جعلت الشريعة الإسلامية نظام الإرث كوسيلة شرعية تنظم سبل انتقال الأموال والثروة من ذمة المورث إلى الورثة الشرعيين وفق ضوابط الشرعية من أجل إعادة تدوير الثروة والأموال في مجال التكافل الاجتماعي ومحاربة الطبقة الاجتماعية وتكديس الأموال وتشجيع على خلق فرص الاستثمار والعمل.

1- سورة النساء آية 14.

2- سورة النساء آية 07.

3- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

- يعتبر نظام الإرث الإسلامي نظام عالمي يصلح تطبيقه في كل أصقاع الأرض وهو البديل النموذجي لكل النظام الوضعية والشرائع السماوية السابقة.
- يعتبر نظام الإرث الإسلامي من أعدل النظم في توزيع التركات لأنه تشريع إلهي ويتسم بالثبات وتكفل الله بحفظه.
- هو نظام صالح لكل زمان ومكان لأنه قائم على اعتبارات إنسانية فطرية عادلة وعقيدة التوحيد.
- لا يجوز الاجتهاد على مخالفة قواعده وأحكامه.
- يعمل الإسلام على دعم أواصر الوحدة والتكافل والتضامن واللحمة الاجتماعية والأخوة ومحاربة الفقر والشقاق والنزعات والأحقاد والضعينة.

يعتبر علم الفرائض من أجل وأرفع العلوم فأوله الفقه الإسلامي اهتماما بالغاً في أحكام التركات والمواريث لأنها موازين العدل والحقوق وتحديد نصيب كل الوارثين بالتفصيل الواضح والبيان الكامل لأنها تمتاز بصفة الإلزامية والدقة وعلى ضوء ما سبق يتناول الفقه الإسلامي نظام الإرث من جانبين:¹

✓ موضوع التركات:

يتناول في هذا الجانب تحديد وتقويم التركة أي ما خلفه المورث من تراث وما تشمله ذمته من أموال وأصول وحقوق عينية وعقارية ومالية متمثلة في مختلف العقارات والمنقولات.

فيراعى كيفية انتقالها وفق ضوابط الشرعية وقواعد الميراث وكيفية حسابها وتصفيتها من الحقوق متعلقة بها من ديون ومصاريف التجهيز والوصية..... إلخ.

✓ موضوع المواريث:

هو الذي يضبط قائمة الورثة الشرعيين ومراكزهم ونسبة ومقادير حصصهم، فيحدد الوارث الشرعي من عدمه وأحوال الورثة وأهلية كل وارث ومراعاة شروط وأسباب وموانع الميراث وبيان مسائل الحجب والرد والعول ومختلف المسائل الحسابية والقواعد الفقهية.

إذا كان هذا الحال عن نظام الإرث في الإسلام فيكيف يكون الحال عن الميراث في التشريع الجزائري وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الميراث في التشريع الجزائري

لقد تناول المشرع الجزائري نظامي الميراث والوصية في العديد من النصوص القانونية بتحديد الأحكام العامة والتعرض للمسائل الخاصة والآليات الإجرائية التي تشمل انتقال الملكية بشكل عام إما بإرادة المالك حسب الحالات الواردة قانوناً كالهبة والوصية وقد يكون هذا الانتقال خارج إرادة المالك كحالة الوفاة وبالتالي يكون الميراث سبباً مباشراً لانتقال الملكية.²

أولاً: القانون المدني

يشمل ق.م.ج العديد من الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية عبر العديد من النصوص القانونية المتناثرة هنا وهناك فتطرق إلى أحكام الوصية وضوابطها من خلال المواد 775، 776، 777.

¹-الحاج العربي، المرجع السابق، ص .

²- أنوعي نبيلة ريمة، دور الشهادة التوثيقية في الحقوق العقارية الميراثية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم سياسية قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص49،40.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

كما تعرض إلى أحكام القانون الواجب التطبيق في تحديد الورثة من خلال المادة 774 وهو قانون الأحوال الشخصية، كما فصل في أمر التركة المهلة أو تركة من لا وارث له من خلال المادة 773 فجعلها تؤول إلى الدولة تحت شعار الدولة وارث من لا وارث له. كما سلط الضوء على مختلف قواعد الإسناد وضوابطه التي تحكم العلاقة التي تشمل العنصر الأجنبي من خلال المواد من 09 إلى 24 للفصل في تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق، فخص الميراث والوصية ببعض الفصول التي تحدد الإطار العام والضوابط القانونية كضابط الجنسية أو مكان وجود العقار أو الأموال وهذا ما كرست المادة 16 والمادة 17 كما رخص المشرع للقاضي الوطني من خلال المادة 24 باستعمال حق الفيتوا أي (حق الرفض) رفض كل ما يخالف النظام العام والآداب العامة ويخالف الشريعة الإسلامية، ويمس بالسيادة الوطنية فيمنع تسلل القانون الأجنبي وامتداده إلى الإقليم الوطني.¹

ثانيا: قانون الأسرة الجزائري

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام الميراث وتبيان تفصيلها من خلال الكتاب الثالث لقانون الأسرة حيث اشتمل على 58 نص تم توزيعها على 10 فصول حيث كان تقسيمها كالآتي:

رقم الفصل	مضمون الفصل	أرقام النصوص القانونية
الفصل الأول	أحكام عامة	138-126
الفصل الثاني	أصناف الوراثة	149-139
الفصل الثالث	الميراث بالتعصيب (العصبة)	157-150
الفصل الرابع	ميراث الجد (أحوال الجد)	158
الفصل الخامس	الحجب (تعريفه، أنواعه)	165-159
الفصل السادس	العول - الرد - الدفع (تصحيح المسائل)	168-166
الفصل السابع	الوصية الواجبة (التنزيل)	172-169
الفصل الثامن	أحكام ميراث الحمل	174-173
الفصل التاسع	المسائل الخاصة	179-175
الفصل العاشر	قسمه التركات (أحكام التقسيم)	183-180

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري من خلال ملاحظتنا لترتيب المواد القانونية والفصول نجد أن المشرع الجزائري قد جانب الصواب من خلال وضع أحكام تقسم التركة إلى الفصل العاشر فواجب عليه أن يكون هو الفصل الأول حتى يكون ترتيب منطقي متوافق مع الضوابط الفقهية والشرعية حيث أوجب أولا تصفية التركة من مصاريف التجهيز والدفن ودفع الديون والوصية لأصحابها.²

ثالثا: الحماية الجزائية للتركة

لم يكتفي المشرع الجزائري بتنظيم المحكم لنظام المواريث بل جازم التعدي على التركة وكرس لها المشرع الحماية جزائية من خلال قانون العقوبات فجرم الاستيلاء على كل أو جزء من التركة بوضع اليد عليه عن طريق الغش أو التدليس من أجل حرمان الغير أو إغتصاب حقوقهم بالقوة حيث جعل لها المشرع الجزائري عقوبات أصلية وأخرى تكملة من أجل التصدي لكل التصرفات التي يقصد بها التحايل على الشريعة وقواعد العدالة فنصت المادة 663 ق.ع.ج "يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى ثلاث (03)

¹ بلحاج العربي، الوجيز في تركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص ص 60-67-71.

² مسعود هلال، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، ص ص 26-27.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

سنوات وبغرامة مالية من 500 دج إلى 3000 دج الشريك في الميراث أو المدعي الذي يستولي بطريق الغش على كل الإرث أو جزء منه قبل قسمته".¹

من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري وضع عقوبات على كل شخص استولى ووضع يده على جزء أو كل التركة باستعمال الغش أو التدليس أو الخديعة وتحايل قبل قسمتها سواء كان هذا الأخير وريث أو يدعي أنه وريث بمجموعة من العقوبات المالية وعقوبات سالبة للحرية كأثر قانوني ناتج عن المسؤولية الجنائية لحيازة مال الغير والهدف منها الردع والحد من تفشي هذه الظواهر في المجتمع، فرصد لها المشرع مجموعة من النصوص القانونية والعقوبات من أجل بسط الحماية لأموال التركة، فجرم المشرع الجزائري فعل الاستيلاء ضمن أحكام قانون العقوبات وذلك في الفصل الثالث الجنايات والجناح ضد الأموال من القسم الأول تحت عنوان السرقات وابتزاز الأموال من خلال ما سبق نجد أنه كان هناك تكامل بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري من أجل تقسيم الحقوق وحفظها فقد عالجت الشريعة ووضعت مجموعة من الأحكام والشروط على أساس العدل والإنصاف لحفظ نظام دخل الأسرة والمجتمع، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال تجريم عملية الاستيلاء أو السرقة أو اختلاس أو التحايل لحيازة أموال الغير من خلال تكييف هذا السلوك كسارق محتال من خلال المادة 350 ق.ع.ج أو تكييفها على أنها سرقة بين الأقارب والأزواج من خلال المواد 368 و369 ق.ع.ج.²

رابعاً: القانون الواجب التطبيق (القانون الدولي الخاص)

لقد أفرزت الظروف والتطورات المعاصرة للحياة العديد من المستجدات نتيجة الهجرة وحركة الأموال خارج الحدود نتيجة النشاط التجاري والاستثمار نتيجة التشريعات الحديثة وهو ما تولد عنه علاقات بين الدول يحكمها القانون الدولي العام أما العلاقات الناشئة بين الأفراد وتصرفاتهم القانونية وأموالهم في الخارج فتحكم علاقاته ومراكزه القانونية قواعد القانون الدولي الخاص.

تثير مسائل الميراث والوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت جدلاً قانونياً وفقهياً واسعاً خاصة ما تعلق بالعلاقات القانونية التي تتضمن العنصر الأجنبي بسبب اختلاف جنسية الأطراف، في صورة الأشخاص (المورث، المورث) أو مكان الإنعقاد أو مكان التنفيذ أو مكان الأموال أو العقار أي محل الإرث، فكان لازماً على الدول إيجاد تشريعات تنظم انتقال الأموال من السلف إلى الخلف سواء خلافاً إجبارياً ولا إرادياً كالميراث أو خلافاً إرادياً واختيارياً كالوصية.

وهو ما يطرح العديد من الإشكالات نتيجة تنازع قوانين الدول وتصادمها بسبب اختلاف مصادر التشريع والمعتقدات الدينية.³

فقواعد الميراث في الدول العربية والإسلامية تخضع لأحكام التشريع الإسلامي بينما الدول الغربية فتحكمها القوانين الوضعية، فأحكام الميراث الإسلامي تستمد مشروعيتها من العقيدة الإسلامية باعتباره تشريع إلهي لا يمكن مخالفته فمثلاً الميراث في الإسلام إجباري وجوبي عكس التشريعات الوضعية هو إختياري وهو ما جعل المشرع الجزائري يعتبر التركات تتعلق بالأحوال الشخصية على غرار أغلب التشريعات العربية من أجل إيجاد حل لهذه النزاعات المعقدة والمتداخلة بسبب تنازع القوانين وتصادمها نتيجة إمتدادها خارج حدود السيادة والإقليم الوطني حيث يضطر القاضي الوطني إلى تكييف النزاع بتحديد الوصف القانوني للنزاع ثم إسناد المسألة للنظام القانوني المختص ثم يقوم بالمفاضلة بين القوانين المتزاحمة في البحث

1- توتي محمد، الحماية الجزائرية لجريمة الاستيلاء على التركة في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة ماستر تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018-2019، ص 1-41.

2- بلحاج العربي الوجيز، في التركات والمواريث وفق القانون الأسرة الجزائرية الجديد، ص 66.

3- شبور نوية، تنازع القوانين في مسائل الميراث "الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، مجلة صوت القانون ع02، 2021/10/12، ص 191-214.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

عن القانون الواجب التطبيق بما تستدعيه مقتضيات الحياة والعدالة وقواعد الإسناد التي تتكفل بتحديد الإطار القانوني وتوجيه القاضي إلى القانون الأنسب لحل النزاع.¹

غير أن مسألة التكيف تثير بحد ذاتها عدة إشكالات بإعتبار أن التكيف يختلف من نظام قانوني إلى آخر فيختلف تكيف المسألة ذاتها بعدة حالات وهو ما يسمى تنازع التكييفات هذا فضلا عن تنازع القوانين.²

مما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري حاول أن يتحلى بنوع من المرونة تسمح له بالتكيف مع مختلف القوانين الغربية في الإطار الشرعي فأخذ بضابط لإسناد الجنسية نصت المادة 16 من ق.م.ج: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، من خلال نص المادة نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بضابط الإسناد الجنسية في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء في الخلافة الإجبارية للميراث أو الاختيارية للوصية.³

مما يسمح بالأخذ بالقانون الأجنبي أي جنسية الهالك وعليه أن اعتناق المشرع الجزائري لمبدأ الإقليمية لحماية السيادة الوطنية أمام نفاذ القانون الأجنبي إلى حدود الإقليمية الوطنية ليست بصفة مطلقة بل فسخ المجال لتطبيق القوانين الأجنبية حسب ما تقتضيه حاجات المعاملات الدولية وقواعد القانون الدولي الخاص.

وهذا كذلك ما نصت عليه المادة 17 ق.م.ج فيما يتعلق بموقع الأموال وأماكن تواجدها "يخضع تكيف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يتواجد فيها....."، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المواد 19 و20 ونلمس بوضوح المرونة أكثر في المادة 18 ق.م.ج: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من التعاقدين....".

كما نصت المادة 12 من ق.م.ج: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج"،⁴ من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري أخذ بضابط الجنسية وضابط موقع الأموال أو مكان التعاقد أو حرية إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق أو مكان موطن المتوفى.

غير أن المشرع الجزائري قيد هذه الحرية بإخضاعها لعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة أو حتى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 24 من ق.م.ج وهو ما يعتبر رخصة للقاضي الوطني من أجل تجاوز هذه الإشكالات التي تعترض سبيله عند تطبيق القانون الأجنبي ورفع الحرج عن القاضي الوطني عند تكيف القضية وأثناء بحثه عن الحل باستعمال سلطته التقديرية في الدفع بالنظام العام من أجل حماية الثوابت الوطنية والدينية.

غير أنه ألزم المشرع الجزائري القاضي الوطني عند تكيف هذه التزامات وتحديد علاقتها القانونية إلى قانون الجزائري حسب نص 09 من ق.م.ج "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"، وهذا ما ذهب إليه الرأي الراجح والفقهاء الغالب كمبدأ عام في إخضاع التكيف لقانون القاضي أي قانون دولة قاضي النزاع وهذا ما

¹ - بوجاني عبد الحكيم، مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميراث، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، م05، ع02، 2022.

² - الطيب زروني، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، ص ص 367-369.

³ - لعطر فتيحة، الميراث في الزواج المختلف بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه تخصص القانون الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص ص 40-60.

⁴ - طلب زيد المال إسلام، قانون واجب التطبيق على الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة السابقة 09 ق.م.ج وعالج قواعد الإسناد المتعلقة بالعلاقات التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية بما فيها الميراث والوصية في المواد من 10 إلى 16.¹

خامسا: انتقال الملكية العقارية

تعتبر الوفاة واقعة مادية لاكتساب الملكية العقارية بمجرد حدوثها، فتنقل مختلف الحقوق المادية والعقارية من ذمة الهالك إلى الورثة حسب الشريعة الإسلامية وبقوة القانون.

لقد ميز المشرع الجزائري نظام انتقال الملكية العقارية بتضافر وتكامل مجموعة من الإجراءات الإدارية و عدة خطوات توثيقية لمجموعة من الوثائق والسندات الرسمية التي تثبت انتقال الملكية العقارية، فعقد الفريضة مثلا وجد لتحديد الورثة ونصيب الاستحقاق لكل وارث، فقد نصت المادة 774 من ق.م.ج على: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة"، يفهم من نص المادة أن كل ما يخلفه الهالك ينتقل إلى من حدده الشرع والقانون وهم الورثة وأفراد المشرع الجزائري نص تخصيص انتقال الملكية العقارية من خلال المادة 91 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل التجاري: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة.....".

بالإضافة إلى وجوب تحرير الشهادة التوثيقية بعد الوفاة التي تعتبر هذه الأخيرة سند رسمي للإعلام والحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية عبر مجموعة من الإجراءات الجوهرية فرضها المشرع الجزائري وتتمثل هذه الأخيرة في الشكلية والرسمية بالإضافة إلى التسجيل والإشهار، كرس المشرع الجزائري أهمية بالغة للرسمية والشكلية من خلال المادة 324 من ق.م.ج حيث نصت المادة على: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو الشخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

وهذا ما أكدته المادة 29 من المرسوم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري: "تثبت الملكية الخاصة للأمالك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".²

فرض المشرع الجزائري التسجيل لدى مصلحة الضرائب المختصة إقليميا على كل العقود المبرمة من خلال قانون التسجيل رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 وهذا ما نلمسه من خلال المواد 75، 58، 93، 85، 81، حيث نصت المادة 85 من قانون التسجيل على: "يدفع الورثة الموصى لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة".

والمادة 81: "إن رسوم العقود وعقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات والحصص المحدد بموجب هذا القانون" وكذا المادة 36 من نفس القانون "و.دفع الرسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة والتي يثبت وجودها بصفة قانونية يوم فتح التركة..." وبعد إجراء عملية التسجيل لدى مصلحة تسجيل العقود لدى مديرية الضرائب المختصة إقليميا أوجب المشرع الجزائري عملية الإشهار كإجراء جوهرية من أجل إثبات نقل الملكية، فنصت المادة 793 من ق.م.ج "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعت الإجراءات التي تنص عليها القانون وبالأخص قوانين التي تدير مصلحة شهر العقاري".³

من خلال نص المادة نستشف إلزامية عملية الشهر للحقوق العقارية سواء كان هذا السند شهادة توثيقية أو قرار أو حكم قضائي أو عقد ملكية.

1- سليمة وصيف خالد، تنازع في الميراث والوصية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم سياسية قسم حقوق، جامعة الشهيد محمد لخضر، 2015-2016، ص ص 40-69.

2- سليمان جدي، انتقال الملكية العقارية بالوفاة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2020-2021، ص .

3- أنوغي نبيلة، صاحب ربيعة، دور الشهادة التوثيقية في حقوق العقارية الميراثية، المرجع السابق، ص ص 40-49.

ألزم المشرع الجزائري شهر الشهادة التوثيقية من خلال المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المادة 91 "كل انتقال أو أنشأ أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة...."، والمادة 39 "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأمالك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على البطاقة باسم جميع المالكين على الشيوع وبالحصصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون مبين في الشهادة" يستفاد من خلال النصوص القانونية السابقة أن انتقال أو انقضاء الحقوق العينية أو إنشائها يثبت بموجب شهادة موثقة إذا كان هذا الحق سببه واقعة الوفاة.

ونصت المادة 62 من المرسوم نفسه "كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية...."، ويفهم من نص المادة أنه يجب شهر كل السندات سواء كانت عقود أو أحكام أو قرارات قضائية.¹

نصت المادة 15 من الأمر 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الأمن تاريخ يوم إشهاره في البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

سلط المشرع الجزائري من خلال هذا النص القانوني الضوء انتقال الحقوق العقارية إلى الورثة في حالة الوفاة وتاريخ الاعتداد بها فقد فسر المشرع وأضح بأن انتقال الملكية يكون من تاريخ الإشهار بالنسبة للغير لكن يكون باثر رجعي ابتداء من تاريخ وفاة مورثهم.²

ولكن يطرح الإشكال في حالة إذا لم يكون للعقار مالك معروف ومن يرث المالك المعروف فقد تطرق المشرع الجزائري لهذه الحالة من خلال نص المادة 51 من القانون رقم 30/90 المتضمن الأمالك الوطنية "إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات القضائية المختصة بحكم بصرح بانعدام الوارث....".

وهذا ما أكده المرسوم التنفيذي رقم 12-427 الموافق 16 ديسمبر 2012 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأمالك العمومية والخاصة تابعة للدولة من خلال المواد 174 و175 حيث نصت المادة 174 "تتم المطالبة بالتركة الشاغرة باسم الدولة أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها" وكذلك المادة 773 من ق.م.ج "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم"³، من خلال مختلف النصوص القانونية السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أحط عملية انتقال الملكية العقارية ومنحها عناية خاصة في كل الحالات والطرق سواء كان بطريقة إرادية أو لا إرادية وميزها بجملة من الإجراءات الجوهرية وفق ضوابط تنظيمية وتشريعية خاصة.

إذا كان هذا حال عن الميراث قبل الإسلام وفي الحضارات القديمة والحديثة فيكيف يكون الحال عن مفهوم الميراث والتركة وأحكامها وهذا ما سوف نتطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

مفهوم الميراث والتركة وأحكامها

¹ - نكاح عمار، الشروط القانونية في انتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري، ع44، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2015، ص ص 52-69.

² - فتيحة لعطر، أساس انتقال التركة الشاغرة إلى الدولة في الزواج المختلط فقها وتشريعا، مجلة النقدية، ص ص 395-422.

³ - ج.ر، رقم 69 الصادرة 2012/12/19، ص 44.

كتب العزيز الجبار الفناء على خلقه وقضت حكمته العلي العظيم أن تتذوق كل نفس الموت وتكفل الحق العدل بنفسه بوضع نظام رباني لإنتقال الحقوق وحفظها من الذين اختتمت صحائف أعمالهم إلى من يخلفهم شرعا وقانونا وفق نظام المواريث.

المطلب الأول

تعريف الميراث ومكانته (أهميته والحكمة من مشروعيته)

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف أو توضيح لمفهوم الميراث فاسحا المجال للفقهاء من أجل الإجتهد في صيغة التعريفات والمفاهيم عكس الوصية التي تم تعريفها من خلال المادة 184 ق.أ.ج.¹

الفرع الأول

تعريف الميراث

أولا: لغة

الميراث في اللغة هو مصدر لفعل "ورث" يرث فيتداول مصطلح ورث فلان أبوه أي يرث الشيء من أبيه أي إنتقل إليه ما كان لأبيه وأصبح في حيازته.

وبالرجوع إلى الجهود المعجمية القرآنية عبر دائرة الإختصاص من اللغويين وعلماء القرآن في معاني والدلالات المتنوعة لكلمات الميراث والإرث والتوريث فهو كل ما يستخلف فيه من جيل إلى جيل سواء كان ماديا أو معنويا² فالمال والدين والعلم والأخلاق إرث.²

فأعظم أنواع الميراث في القرآن هو ميراث النبوة قال تعالى: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ﴾³

وهذه صورة من صور الميراث حيث ورث سليمان الملك والنبوة وفي آية أخرى نلمس هذا في دعاء سيدنا زكرياء عليه السلام حين طلب من الله ولد يرثه للنبوة في قوله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا (5) يَرِثُنِي وَيَرِثْ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا (6)﴾⁴

ومنه كذلك ميراث الدين حيث قال رسول الله ﷺ: (اثبتوا على مشاعركم فإنكم على إرث أبيكم) أخرج حاكم أي يجب على المسلمين توريث العقيد الصحيحة والأحكام والأصول والآداب والأخلاق.

ويكون الميراث بمعنى الانتقال والإستخلاف كأن يستخلف قوم مكان قوم آخرين أو شخص محل شخص آخر وهذا مصدقا لقوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَأَوْرَثْنَاها بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁵، وقوله تعالى

1- موقع اسلام أون لين بتاريخ 26/02/2023، على الساعة: 11:00 . islq ; online.net
2- سليمان جدي، انتقال الملكية العقارية بالوفاة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق وعلوم سياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة العربي التبسي، تبسة، 2020-2021، ص ص 08-09.
3- سورة النمل الآية 16.
4- سورة مريم الآية 05.
5- سورة الشعراء الآية 59.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

﴿كَذَلِكَ وَأَوْرَثْنَاهَا قَوْمًا آخَرِينَ﴾¹، وقوله تعالى أيضا: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَمْ تَطَّوُّوهَا﴾² هذه الآية في مخاطبة الصحابة.

وفي ما يتعلق بميراث الجنة قال تعالى: ﴿وَتُودُّوا أَنْ تِلْكَمُ الْجَنَّةُ أَوْرَثْتُمُوهَا بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾³ وفي قوله تعالى: ﴿أُولَئِكَ هُمُ الْوَارِثُونَ (10) الَّذِينَ يَرِثُونَ الْفِرْدَوْسَ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (11)﴾⁴ وفي قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْجَنَّةُ الَّتِي أُورِثْتُمُوهَا بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾⁵ (سورة زخرف) وفي ميراث العلم الذي هو أشرف موروث قال النبي P في حديث عن الترمذي: (وإن العلماء ورثة الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً، إنما ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر).

وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْرَثْنَا الْكِتَابَ الَّذِينَ اصْطَفَيْنَا مِنْ عِبَادِنَا﴾⁶ وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أُورِثُوا الْكِتَابَ مِنْ بَعْدِهِمْ لَفِي شَكٍّ مِنْهُ مُرِيبٍ﴾⁶ من خلال ما سبق نجد أن الإرث والميراث له معنيان:

✓ **المعنى الأول:** يكون بمعنى انتقال الشيء والأموال من شخص لآخر واستخلافه فيه وهذا لقوله تعالى: ﴿قَالَ مُوسَى لِقَوْمِهِ لِقَوْمِهِ اسْتَعِينُوا بِاللَّهِ وَاصْبِرُوا إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾⁷

✓ **والمعنى الثاني:** هو بقاء الشيء فهو من أسماء الله الوارث وهو بمعنى الباقي ﴿وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ﴾⁸

ثانياً: تعريف الميراث اصطلاحاً

يعرف الميراث اصطلاحاً على أنه:

- إنتقال الملكية والحيازة من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كانت التركة مالا أو عقارا أو حقا من حقوق الشرعية.
- هو إعادة توزيع الأموال التي مات عنها أصحابها على الأحياء الذين يستحقونها شرعاً.
- الإرث هو إنتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن إستحقه شرعاً من دون معاوضة أو تبرع.
- الميراث هو حق قابل للقسمة بعد موت صاحبه يثبت لمستحقيه لصلة بينهما كالقربة أو الزوجية.
- ويطلق الميراث عند الفقهاء هو ما يستحقه الوارث من التركة سواء كان عقارا أو منقولاً أو حقا ماليا إذا توفرت أسباب الميراث كالقربة أو الزوجية أو الولاء.⁹

ثالثاً: التعريف القضائي للميراث

لقد عرفت المحكمة الميراث من خلال القرار رقم 24770 المؤرخ في 14 أبريل 1982 "من المقرر قانوناً أن الإرث هو ما يخلفه المورث من الأموال جمعها وتملكها أثناء حياته".

من خلال كل التعاريف السابقة نستنتج ما يلي:

1- سورة الدخان الآية 28.
2- سورة الأحزاب الآية 27.
3- سورة الأعراف الآية 43.
4- سورة المؤمنون الآية 10.
5- سورة الزخرف الآية 72.
6- سورة الشورى الآية 14.
7- سورة الأعراف الآية 128.
8- سورة الحجر الآية 23.
9- سليمان جدي، انتقال الملكية العقارية بالوفاة، المرجع السابق، ص 08.

- لا يمكن الحديث عن الإرث إلا بعد موت المورث.
 - لا توزع التركة على أصحابها إلا بعد تصفيتها من الديون والوصايا وما تعلق بحق الهالك من تجهيز ودفن.
 - الميراث يكون بسبب شرعي كالنسب والقرابة والزواج¹.
- إذا كان هذا الحال عن تعريف الميراث فكيف يكون الحال عن مصادر علم الميراث، وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مصادر علم الميراث

لقد استقى نظام المواريث في التشريع الإسلامي قواعده وأحكامه وضوابطه الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بالإضافة إلى اجتهاد الصحابة والأئمة والفقهاء.²

أولاً: القرآن الكريم

لقد أعطى القرآن الكريم حيزاً هاماً للميراث من حيث تحديد أصوله وأحكامه وضوابطه الشرعية ودراسة جزئياته وبيان تفاصيله وهذه الأهمية بالغة دليل على مكانته.

تدرج التشريع الإسلامي في فرض وتثبيت أركان علم المواريث وهدم ما كان قبله من نظم فاسدة واستبدالها بنظام أكثر عدلاً وقسطاً على ضوء الشريعة الإسلامية.

يعتبر القرآن الكريم المصدر التشريعي الأول لجميع الأحكام التشريعية، وقد تناول الحديث عن علم الميراث بالتفصيل في عدة آيات منها ما ورد الحكم فيها مجملاً من غير تفصيل ومنها ما تناول الأحكام بشكل مفصل.³

النوع الأول: الآيات العامة قال الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا (7) وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا (8)﴾⁴

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁵

جاءت هذه الآيات مجملة في تحديد سبب الإرث ولكن لم تحدد نصيب كل وارث وأحالت ذلك إلى الآيات التي نزلت من أجل تفصيل وبيان تفصيل تقسيم الميراث وتحديد المستحقون له.

النوع الثاني: الآيات التي وردت مفصلة لأحكام الميراث جاءت هذه الآيات لبيان أحوال كل وارث بياناً شاملاً شافياً لا يدع مجالاً للشك أو تدخلاً لأحد من البشر في تحديد أو تقسيم أو تعديل في نظام المواريث من حيث تحديد الورثة الشرعيين ونصيب كل واحد منهم قال سبحانه وتعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ

1 - أحمد بن عيسى، انتقال الملكية العقارية الوفاة في التشريع الجزائري، مذكر لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق وعلوم السياسية، قسم الحقوق تخصص قانون عقاري، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 10.

2- جابر على مهرا، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، ص 50.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 48-51.

4- سورة النساء الآية 07-08.

5- سورة البقرة الآية 180.

ثُلثًا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (11) وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ 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 مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ (12)¹

وقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرٌ هَلْكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ²﴾

جاءت هذه الآيات لتحديد الإطار العام لعملية تقسيم التركة بتحديد نصيب كالوارث وتحديد الورثة الشرعيين والعمليات التي تسبق عملية التقسيم من تطهير للتركة من الديون والوصية إن وجدت بالإضافة إلى حقوق تجهيز الميت والدفن.³

من خلال ما سبق نلاحظ أن آيات الموارث جاءت في أعلى مراتب العدل والإنصاف وحسن التدبير والتقدير فلم تكن القسمة جزافية بل كانت تراعي الحاجة والمصلحة.

الآيات الواردة في الموارث:

ورد في القرآن الكريم ثلاث آيات تفصل أحكام الموارث، وتبين من يستحق الإرث من غيره، وتوضح مقدار الإرث وشروطه، ثلاث آيات مجملة توضح أن للأقرباء حقا في الإرث، وتشير إلى حقوق الورثة بدون تفصيل.

✓ الآيات مفصلة: كلها في سورة النساء، الآيات: (12، 11، 176)

قال سبحانه وتعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ

1- سورة النساء الآية 11-12.

2- سورة النساء الآية 176.

3- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 30-31.

وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا (11) وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُّوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُّوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ¹(12)

وقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثَّلَاثَانُ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضَلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ²﴾

قال القرطبي: هذه الآية ركن من أركان الدين، وعمدة من عمد الأحكام، وأم من أمهات الآيات، فإن الفرائض عظيمة القدر حتى إنها تلت العلم... وإذا ثبت هذا فاعلم أن الفرائض كان جل علم الصحابة، وعظيم مناظراتهم، ولكن الخلق ضيعوه.

فكل ما كتبه العلماء في القديم والحديث، وكل ألفوه في علم الفرائض والمواريث إنما هو بيان وتوضيح لهذه الآيات الكريمة التي قسمت فعدلت، وأبانت لكل حق حقه دون محاباة لطرف على حساب آخر، فسبحان من شرع هذه الأحكام

✓ الآيات المجملة:

- قال الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا³﴾
- قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِن بَعْدِ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ⁴﴾
- قال الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَن تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُم مَّعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا⁵﴾

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

لقد جاءت السنة النبوية لشرح والتفصيل في أحكام الميراث التي وردت مجملة لقد تطرقت السنة النبوية إلى بيان تفاصيل وشرح بعض الجزئيات لأحكام الميراث التي وردت مجملة.

1- سورة النساء الآية 11-12.

2- سورة النساء الآية 176.

3- سورة النساء الآية 07.

4- سورة الأنفال الآية 75.

5- سورة الأحزاب الآية 06.

فجاءت السنة النبوية بالميراث بالتعصيب (العصبة) فعن ابن عباس τ قول النبي ρ (ألقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر)

وكذلك عن جابر بن عبد الله τ قال: جاءت امرأة سعد بن ربيع إلى رسول ρ فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد ابن الربيع قتل أبوهما معك شهيدا في أحد، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا، ولا ينكحان إلا بمال، فقال: (يقضي الله في ذلك) فنزلت آية الميراث فأرسل الرسول عليه الصلاة والسلام إلي عمهما فقال "أعط ابنتي سعد الثلثين، وأمها الثمن وما بقي فهو لك"

وقد روي عن أسامة بن زيد عن النبي ρ (لا يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم)، وعن جابر بن عبد الله قول الرسول عليه الصلاة والسلام (لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا)، وعن عمر قال سمعت النبي ρ يقول (ليس للقاتل ميراث) وقوله عن أبي هريرة τ "إذا إستهل المولود ورث" وقول ابن جابر τ جعل رسول ρ "ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها"

قال ابن العباس τ عن الرسول ρ "الثلث والثلث كثير"، وقال كذلك "لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"

وعن ابن أمية قال سمعت رسول الله ρ "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

من خلال هذه الأمثلة عن التشريع النبوي في الميراث على سبيل المثال في الميراث بالعصبة وأحكام ميراث الصبي والحمل(الجنين) وميراث ولد الزنا أو ولد الملاعنة وغيرها الكثير من الأحاديث النبوية التي جاءت لتنتير الدرب وتسلط الضوء، على بعض تفاصيل وأحكام علم الموارث.¹

ثالثا: إجتهد الصحابة والأئمة (الفقهاء)

لقد إجتهد الصحابة \forall في حل بعض المسائل المتعلقة بالميراث في أمور لم يرد فيها نص من القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، فكان الحل في إجتهد الصحابة وإجماع أهل الدين والعلم في المسائل المختلف فيها فكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول قال رسول(ص): (تعلموا القرآن، وعلموه الناس، وتعلموا الفرائض وعلموها فإني إمرؤ مقبوض، والعلم مرفوع ويوشك أن يختلف إثنان في الفريضة والمسألة فلا يجدان أحدا يخبرهما)

وقول زيد ابن ثابت τ عن الرسول ρ (أرحم أمتي بأمتي أبو بكر، وأشدّها في الدين عم ، وأصدقها حياء عثمان، وأعلمها بالحلال والحرام معاذ بن جبل وأقرووها لكتاب الله عز وجل أبي وأعلمها بالفرائض زيد ابن ثابت، ولكل أمة أمين، وأمين هذه الأمة أبو عبيدة ابن الجراح).²

وعن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه لما كان يخطب على منبر الكوفة ويقول "الحمد لله الذي يحكم بالحق ويجزي كل نفس بما تسعى، إليه المال والرجعى" فوقف سائل (ابن الكراء) وقال: زوجة وأبوان

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 51-55.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 55-58.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

وبنتان، فكيف تقسم التركة؟ فأجاب فوراً على البديهة صار ثمنها تسعاً دون تردد ثم واصل خطابه فكانت هذه المسألة المنبرية المشهورة أحد اجتهادات الإمام علي كرم الله وجهه في علم الفرائض.

وكذلك اجتهادات عبد الله ابن العباس رضي الله عنه المعروف بالبراعة في علم الفرائض وحل المسائل المختلف فيها على سبيل المثال رفض العول وإن لم تصير الأخت عصبية مع البنات وكذلك الأم لا تحجب من الثلث إلى السدس إلا في حالة وجود إخوة وأخوات وغيرها من المسائل.

فقد ذاع صيت أربعة صحابة بالبراعة والاجتهاد في علم الفرائض وهم زيد بن ثابت، علي ابن أبي طالب، وعبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود، Ψ من خلال ما سبق نجد أن هذا العلم الجليل حظي بعناية الصحابة والفقهاء حتى وصل إلى ما هو عليه.¹

من تنسيق وترتيب وضبط وتوضيح، فقد أهتم السلف الصالح بدراسة وتعليم الفرائض وأحكام الميراث وخصصوا لهذا العلم عناية فائقة وهو ما انعكس بالإيجاب على اجتهاداتهم الفقهية وإجماع جمهور العلماء عليها.

مقاصد الشريعة الإسلامية من الميراث:

تعتبر علاقة الإنسان بالمال علاقة وثيقة وهذا ما كرس هذا الأخير في جمعه وكنزه الاستثمار فيه وتملكه وزيادته ولهذا وضع الله سبحانه وتعالى السبيل الشرعية لكسبه خلال الحياة ولم تتوقف الشريعة عند هذا الحد، بل وضعت نظام لإعادة توزيع هذا المال بعد وفاة مالكة على ورثته الشرعيين وفق نظام ميزته العدل والقسط حسب روح ومقاصد الشريعة الإسلامية بنظام يعكس مظاهر التكافل الاجتماعي. فيوفر هذا الأخير الانتقال السلس للأموال والحقوق العينية والمالية من المالك إلى ورثته بكل إنصاف مما يؤدي إلى توزيع هذه الأموال بين الورثة الشرعيين.

وهو ما يمنع وضع الأموال وتضخمها في يد واحدة ويساهم في تكافل بين أفراد الأسرة الواحدة وبين الأجيال المتتابعة فيمنع بهذا النزاعات والصراعات داخل الأسرة الواحدة ويساهم في صلابتها ووحدة الأسرة والمجتمع ويفتح باب الرزق وإعادة الاستثمار بالأموال الموروثة والقضاء على الآفات الاجتماعية مثل السرقة والمهانة والمذلة والرذيلة فسبيل لقمة العيش.²

فقد حث الرسول ρ على تعلم علم الفرائض ورغب فيه وهذا دليل على مكانته الشرعية وهذا ما نلمسه من خلال قوله ρ (تعلموا القرآن وعلموه الناس وتعلموا الفرائض وعلموها فإني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك إن يختلف اثنان في الفريضة والمسألة فلا يجد أحد يخبرهما) وقوله كذلك (تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول ما ينزع من أمتي).

وأما قول الخلفاء الراشدين في أهمية علم الفرائض والحث على تعلمه فكثيرة منها:³

1- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 34-35.

2- زيد المال إسلام، القانون الواجب التطبيق على الميراث والتصرفات القانونية النافذة بعد الموت، مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم حقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018، ص 11-09.

3- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 35.

- قول عمر بن الخطاب ع "تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن".
 - وقوله كذلك "تعلموا الفرائض فإنها من دينكم".
 - قول أبي موسى الأشعري ع "مثل الذي يقرأ القرآن ولا يحسن الفرائض كاليدى بلا رأس".
 - وقول عبد الله مسعود ع "من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض".
- ويتميز نظام الإرث الإسلامي بعدة خصائص جعلته من أفضل وأدق الأنظمة في حساب نصيب كل ذي حق ومن أعد لها لأنه يقوم على مبدأ الإيجابية بالنسبة للوارث والمورث وليس اختياري وقد تولى الله العزيز الحكيم بنفسه وضع أحكامه وضوابطه الشرعية وحرّم التعدي على حدوده ووعد من ينتهك ويتعدى حدوده بالعذاب الشديد.¹
- إذا كان هذا الحال عن مصادر علم الميراث فيكيف يكون الحال عن الضوابط الشرعية للميراث (الأحكام العامة للميراث) وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الضوابط الشرعية للميراث (الأحكام العامة للميراث)

لا يتصور قيام الميراث أو تحققه إلا بوجود الضوابط الشرعية المتعلقة به، وهي أركانه وأسباب استحقاقه وانتفاء موانعه التي تحول دون وجوده بالإضافة إلى شروطه.

أولاً: أركان الميراث

حتى يتحقق الميراث لا بد من وجود ثلاثة أشياء تسمى الأركان: تجدر بنا الإشارة إلى تعريف الركن لغة وهو الجانب الأقوى، أما اصطلاحاً هو ما توقف الشيء على وجوده وكان هو جزء من الشيء فلا وجود له إلا به ويكون دخلاً فيه ولا يقوم إلا به فلا يترتب وجوده أو يتحقق إلا به، فلا يتحقق الإرث إلا بوجود المورث والشيء الموروث وينعدم بانعدام أحدهم.²

أ- المورث:

هو الشخص الهالك أي الشخص الميت الذي فارق الحياة وتكون الموت حقيقة أو حكماً أو تقديراً فالموت الحقيقي هو موت المورث بصفة طبيعية المعروفة أما الموت الحكمي هو الذي يثبت بحكم قضائي من القاضي مع احتمال البقاء على قيد الحياة قائماً كالمفقود الذي لا يعلم موته من حياته ولا مكانه ولا يعلم له أثر رغم مرور مدة زمنية فيطلب أهله الحكم بموته بعد مرور المدة القانونية المطلوبة فيحكم القاضي بموته حسب سلطته التقديرية واجتهاده بناء على غلبة الظن.³

والموت التقدير يكون في الغالب بالنسبة للجنين الذي ينفصل حياً عن أمه التي فارقت الحياة بسبب جناية في حالة نزول الجنين حياً يرزق فهو من الورثة وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالموت التقديري.⁴

ب- الوارث:

هو الشخص الحي الذي تربطه بالمورث علاقة سببية مرجعية موجبة للإرث كصلة القرابة أو العلاقة الزوجية الصحيحة مع إنعدام موانع الميراث ويمكن القول هو الشخص الذي يستحق نصيب من التركة سواء قل أو كثر بناء على تحقق أسباب الإرث.

1- محمد أبو زيد الفقيه، مصلح بن عبد الحي النجار، ط1، مكتبة الرياض، السعودية، ص ص 40-46.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 111-112.

3- مسعود هلال، المرجع السابق، ص 50.

4- مدخل في علم الفرائض، المرجع السابق، ص ص 59-60.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

يشترط أن يكون الوارث حيا بعد موت مورثه فيشترط أن يكون الوارث حيا حقيقة أو بصفة تقديرية بعد موت المورث ولو للحظات.

يلتمس الحياة التقديرية للورثة عندما يكون الوارث جنينا في بطن أمه فيعتبر حيا أي حياة تقديرية فإذا توفي شخص وترك زوجته حاملا مثلا في هذه الحالة يعتبر الجنين من الورثة حتى وإن كانت حياته غير محققة ولا يعرف جنسه هل هو ذكر أم أنثى، فيفترض أنه ذكر ويحفظ له نصيبه ويأخذه إذا ولد حيا وإن ولد ميتا يعاد توزيع التركة من جديد بين سائر الورثة.¹

ج- الموروث (التركة):

هو مال المتروك أو الحق الموروث وهو الشيء الذي يورث عن الميت ويدعى الشيء الموروث أي جميع الأموال والحقوق والمنافع المكتسبة بعد تصفية التركة من الحقوق من تجهيزات ودفن وسداد والوفاء بالديون وتنفيذ الوصايا.

ثانيا: شروط الإرث

الميراث هو خلافة شرعية للحي في أموال الميت لهذا يشترط لثبوت هذا الحق ثلاثة شروط:

أ- موت المورث:

يجب أن يتحقق موت المورث حقيقة أو حكما حيث تنعدم أهلية الإنسان في التملك بموته فتؤول ممتلكاته وكل حقوقه المالية والعينية إلى من سيخلفه وبالتالي الوفاة هي الواقعة القانونية التي تؤدي إلى افتتاح التركة وتقسيم على ورثته الشرعيين حسب الشرع والقانون وهذا ما نصت عليه المادة 127 ق.أ.ج فتكون الموت طبيعة حقيقية أو حكمية.

✓ الموت الحقيقي:

هو إنعدام الحياة ويتم تأكد بتوقف القلب أو التنفس وجميع الوظائف بصفة نهائية لا رجعة فيها وهذا إستنادا إلى المعايير الطبية، ويتم إثبات الوفاة كذلك بسماع الشهود أو أي بينة أخرى حسب الإجراءات المتبعة في قانون الحالة المدنية.

✓ الموت الحكمي:

هو الموت ناتج عن حكم قضائي من القاضي مع إحتمال حياة هذا الأخير، وفق مجموعة من إجراءات القانونية.

يتقدم من له مصلحة أو من الأقارب إلى القاضي المختص بطلب حكم بوفاة هذا الشخص نتيجة إنقطاع أخباره ولا يعلم مكان وجوده ولا حياته من موته نتيجة طول غيابه وفقدان التواصل معه.

فيحدد القاضي مدة معينة وبعد إجراءات البحث والتحري بكافة الوسائل الممكنة وإستكمال كل الاجراءات القانونية، فيصدر حكم من القاضي بموت هذا المفقود بناء على سلطته التقديرية وما ترجح عنده من القرائن التي تشير في غالب الظن إلى موته وهذا حسب المواد 155، 114، 113، ق.أ.ج فيعتد بموته من وقت صدور الحكم القضائي حسب نص المادة 127 ق.أ.ج.²

¹- تواتي رزيقة، لوكاس عائشة، أحكام الميراث بين الفقه والتشريع -الأسباب والموانع-، مذكرة لنيل شهادة ماستر قانون خاص، كلية الحقوق وعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 49.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 136-141.

✓ الموت التقديري:

هو إعتبار الشخص ميتا تقديرا ومن صورته سقوط الجنين ميتا نتيجة الإعتداء على الأم بالضرب، فيحكم بحياته تقديرا حتى تورث عنه غرته (دية الجناية) هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المذاهب المالكية والشافعية والحنابلة.

ب- حياة الوارث:

يشترط تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه، فيقتضي الشرط الثاني أن يكون الوارث حيا بعد موت المورث ولو للحظات حقيقية مستقرة أو حياة تقديرية (ألقه بالأحياء تقديرا).

✓ الحياة الحقيقية:

هي الحياة الثابتة للإنسان بالمشاهدة والمعينة والبينة المقبولة شرعا ويمكن إثباتها بالشهود أو وثائق الحالة المدنية.

✓ الحياة التقديرية أو الحكمية:

هي حياة التي تثبت للجنين تقديرا ما دام في بطن أمه فحياته تقديرية (حكمية) وليست محققة فإذا استهل وانفصل عن أمه ينعم بحياة طبيعة مستقرة عند موت مورثه ثبت له الحق في الميراث وهذا القول النبي ρ (إذا استهل المولود صار خا ورث) وكذلك حسب نص المادة 134 ق.أ.ج وبالرجوع إلى المادة 42 ق.أ.ج التي حددت المدة الشرعية للحمل ما بين 06 أشهر في أدنى تقدير و10 أشهر على أقصى تقدير فيرث الجنين إن ولد حيا ولا يرث إن ولد ميتا لكن الإشكال إذا زادت مدة الحمل على 10 أشهر فهل يرث أو يوزع نصيبه على باقي الورثة.

ج- أشكال أسبقية الوفاة:

في حالة الموت الجماعي كالغرقى في السفينة أو سقوط طائرة أو الحرائق أو الزلازل أو الحروب وحوادث السير وتوجد علاقة ميراثيه بينهم ولا يعلم ترتيب موتهم فلا توارث بينهم ولا يرث بعضهم البعض وهذا ما نصت عليه المادة 129 ق.أ.ج "إذا توفي اثنان أو أكثر ولا يعلم أيهم هلك أولا فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا"، في هذه الحالة يعتبر الشك مانع من موانع الميراث لهذا وجب التأكد والتحري من أجل ضبط السابق من اللاحق، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية ومن الصحابة عمر وأبي بكر، وزيد ابن ثابت، وابن العباس، في القول أنه لا تورث في الموت الجماعي حتى يعلم متقدم من المتأخر بالعلم اليقين فلا ميراث مع الشك.¹

وتجدر الإشارة كذلك في حالة الوفيات بين دولتين مختلفتين بين شخصين لهم علاقة ميراث فإن العبرة بالمعادلة الزمنية المحددة للفرق بين الدولتين في تحديد السابق من اللاحق أي المتأخر من المتقدم.

د- إنتفاء موانع الميراث:

حتى تكتمل عناصر الميراث وجب قيام أركانه وتحقق شروطه وتوفر أسبابه وإنعدام موانعه، المانع هو الحاجز أو ما يحول دون تحقق وجوده. وتتمثل موانع الميراث في القتل العمد واللعان والردة وإختلاف الدين، كما هناك موانع متفق عليها بين جمهور الفقهاء وموانع مختلف فيها.²

1- محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، ط4، مكتبة دار التراث، المدينة المنورة، السعودية، ص .
2- محمد أبو زيد الأمير، مصلح بن عبد الحي النجار، المدخل إلى علم الفرائض، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 2008، ص ص 53-54.

هـ - العلم بجهة الميراث:

يقصد بذلك العلم بالجهة التي بمقتضاه تحقق الإرث والعلاقة السببية لتحقق الميراث كالعلاقة الزوجية الصحيحة أو قرابة النسب أو الولاء.

و- آثار وردت في الحديث تعلم الفرائض

الآثار التي وردت بهذا الصدد كثيرة منها:

- ما رواه ابن ماجة عن عبد الله بن عمر وابن العاص Ψ أن رسول الله ρ قال (العلم ثلاثة ما سوى ذلك فضل: آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة).

- روي كذلك أنه ρ قال: (من علم فريضة كمن اعتق عشر رقاب ومن قطع ميراثا قطع الله ميراثه من الجنة).

ز- علم الفرائض:

هو فقه المواريث وما يلحق به من حساب لها فيكون موضوعها التركات أي كل ما يخلفه الميت بعده، الهدف إيصال الحقوق لأصحابها من الورثة الشرعيين.

ثالثا: أسباب الميراث

الأسباب مفردها سبب

السبب لغة:

هوكل شيء يتوصل به إلى غيره ويأخذ عدة معاني حسب الآيات الواردة في القرآن الكريم فقوله تعالى: ﴿وَأْتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾ (84) فَأَتْبَعَ سَبَبًا (85)،¹ يأخذ معنى الطريق وكذلك في قوله: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾² أي إنقطعت بهم السبل، وقوله تعالى: ﴿وَقَالَ فِرْعَوْنُ يَا هَامَانَ ابْنِ لِي صَرْحًا لَعَلِّي أَبْلُغُ الْأَسْبَابَ﴾ (36) **أَسْبَابَ السَّمَاوَاتِ**³ أي أجعل لي وسيلة تمكنني من الوصول للغاية.⁴

إصطلاحا:

السبب هو الأمر المضبوط الظاهر الذي جعله الشارع الحكيم علامة على الحكم الشرعي فهو مسببه ويلزم لوجوده ويعدم لإنعدامه أي يلزم من وجوده الوجود ويلزم من عدمه العدم لذاته، السبب في الميراث ما يلزم وجوده لتحقق الميراث ويعدم الميراث في حالة تخلف وجوده.

1- سورة الكهف الآية 84-85.

2- سورة البقرة الآية 166.

3- سورة عافر الآية 36-37.

4- مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، ص 60.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

يقوم الميراث شرعا وقانونا على أسباب مع انتفاء موانعه وتحقق شروطه، وقد اتفق جمهور الفقهاء على النسب والنكاح والولاء كأسباب للميراث وهناك أسباب أخرى اختلف فيها الفقهاء وهي: الإسلام على اليد، جهة الإسلام، الالتقاط، الموالاة والمعاقدة.¹

لقد حصر المشرع الجزائري أسباب الإرث في القرابة والزواج من خلال المادة 126 ق.أ.ج باعتبار الولاء سبب تاريخي لم يعد له وجود فاقترنت أسباب الميراث على العلاقة الزوجية وصلة القرابة.²

أ- القرابة (النسب):

يقصد بها ربطة النسب والدم أو العلاقة الوصل بين المورث والوارث التي كانت سببا في التوريث وتشمل ثلاثة طبقات، أصحاب الفروض، والعصبات وذوي الأرحام وحسب ق.أ.ج في المواد من 139 إلى 172 توزع درجة القرابة كالاتي:

- ✓ **الأصول:** الأب، الأم، الجد والجدة وإن علوا باعتبارهم أصل وسبب وجود الميت.
- ✓ **الفروع:** الفروع هم من خلفهم الميت أي الميت هو سبب وجودهم الابن، البنت وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا.
- ✓ **الحواشي:** تتمثل في الأخوة والأخوات الأشقاء أي من الأب والأم والأخوة والأخوات من الأب فقط والأعمام.
- ب- **ذوو الأرحام:** وهم ما تبقى من الأقارب غير أصحاب الفروض والعصبة كالأخوال والخالات وابن البنت والجد من جهة الأم.³

ج- الزواج:

يعتبر الزواج الصحيح القائم بين الزوجين سببا من أسباب التوريث بينهما باعتبارهم كانوا شركاء في السراء والضراء وكل طرف عون للآخر على أعباء الحياة، فوجب من باب الإنصاف والعدل أن يكون من باقي خلف الآخر حق معلوم في التركة.

يستحق الإرث إذا كان عقد النكاح صحيح بتوفر أركانه وشروطه وأن تكون العلاقة الزوجية قائمة وقت الوفاة.

من خلال ملاحظة ما مدى تطابق النصوص ق.أ.ج مع الأحكام الشرعية في هذا الباب نجد أن المشرع الجزائري من خلال المادة 130 قد اعتبر الزواج الصحيح شرعا يوجب التوارث بينهما سواء كان قد دخل بها أولا "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء" وهذا ما تطابق مع الحديث الذي أخرجه ابن ماجه في سننه عن عبد الله أنه سئل رجل تزوج امرأة فمات عنها، ولم يفرض لها فقال عبد الله: لها الصداق ولها الميراث وعليها العدة.

فقال معقل بن سنان الأشجعي شهدت رسول (ص) قضى في بروع بنت واشق بمثل ذلك.⁴

يعتبر عقد النكاح الصحيح الذي يثبت علاقة الرجل بالمرأة والقائم وقت موت أحد طرفين حكما أو طبيعيا سببا للميراث ما لم يشبهه البطلان أو فسح أو تفاسخ حيث نصت المادة 131 من ق.أ.ج "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".¹

1- جاسم زاهد قرانفيل، أسباب الإرث وموانعه في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة أم القرى مكة المكرمة السعودية، سنة 82/81، ص 49.

2- عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، الوجيز في الفرائض دار ابن الجوزي، د.س.ن، ص ص 30-35.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 130.

4- محمد أبو زيد، مصلح بن عبد الحي النجار، مدخل إلى علم الفرائض، ص 11.

أحكام الميراث في حالة الطلاق:

إذا كان الطلاق رجعياً قبل انقضاء العدة في هذه الحالة يثبت الحق في الميراث باتفاق الفقهاء لأن صفة الرجعية أثناء العدة في حكم العصمة الزوجية.

في حالة الطلاق البائن نميز الحالات التالية:

- إذا كان الطلاق بائناً وفي حالة صحية جيدة فلا توارث بين الزوجين وهذا بإجماع الفقهاء لانقطاع الصلة الزوجية وهذا لعدم إمكانية إتمام الزوج بالتهرب والتملص من توريث طليقته.
- إذا كان الطلاق بائناً مع مرض الزوج مرض الموت نميز حالتين إذا طلقها بنية حرمانها من الميراث أي ما يعرف بطلاق الفرار فإنها ترث وهذا ما روى عن السيدة عائشة رضي الله عنها "امرأة الفرار ترث ما دمت في العدة" لكن الاجتهادات الفقهية اختلفت في هذا الأمر بالعديد من الأقوال:

- ❖ **القول الأول:** لا ترث مطلقاً لأنها بائنة فإنقطع أثرها منه فهو مثل الطلاق في حالة الصحة من أقوال الإمام الشافعي.
- ❖ **القول الثاني:** ترث في حالة توفي طليقها وهي في عدة الطلاق إما إذا انقضت العدة فلا ميراث لها أي تشبه الطلاق الرجعي وهذا ما ذهب إليه الحنفية.
- ❖ **القول الثالث:** ترث سواء هلك طليقها قبل انقضاء العدة أو بعدها بشرط أن لا تتزوج برجل آخر لأن سبب فك الرابطة الزوجية كان بنية حرمانها من الميراث وهذا رأي الحنابلة.
- ❖ **القول الرابع:** ذهب المالكية بالقول بمراتها منه مطلقاً سواء مات قبل أو بعد العدة وتزوجت غيره أو لم تتزوج وهذا عملاً بسد الذرائع وعملاً بالظاهر، فإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها وإن دخل بها يحق لها الميراث والصداق كله.

رغم هذه الخلافات الفقهية إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بها في التفصيل فالملاحظ لصيغة المادة 132 من ق.أ.ج "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث".

نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين أنواع الطلاق وحالته وكذلك لم يعر أحكام الطلاق الأهمية اللازمة خاصة العدة ومدتها ولا وقت وقوعه وهذا ما نلمسه من خلال المادة 48 ق.أ.ج: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من من تاريخ رفع الدعوى"، وهذا ما يخالف الأحكام الشرعية².

د- **الولاء:** يعتبر الولاء أحد أسباب الميراث قديماً.

✓ **الولاء لغة:** مشتق من الولاية وهو النصرة والمحبة والصداقة والقرابة هي قرابة حكومية ناشئة العتق أو المولاة.

✓ **إصطلاحاً:** هو عصبه سببها إكرام المعتق على المعتق بالعتق من العبودية وهو بمعنى يرث المعتق من الشخص الذي أعتقه بالتعصيب ما لم يكن هناك مانع. عن أبي هريرة ﷺ قال، قال رسول الله ﷺ (إنما **الولاء لمن أعتق**) وقوله كذلك **(الولاء لحمة كلحمه النسب)**.

لقد حارب الإسلام الاسترقاق وحث الشارع الحكيم على عتق العيب ورجب فيه حتى تقوى شوكة الإسلام وتنتسح دائرته ورقعته فكان العتق بشرط دخول الإسلام ودفع الجزية.

¹- المرجع نفسه، ص ص 64-66.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

وجعل خليفة الشخص المعتوق في التركة عاتقه كان ذكرا أو أنثى وشبه العتق بالنسب فجعل إخراج الشخص وإنعتاقه من حيز العبودية حيث يستوي الإنسان بالمملوكات من جماد وبهائم إلى تمييز الإنسان عن ما عداه من سائر الحيوانات والأشياء بمثابة خروج للحياة من جديد وانتسابه لمن كان سبابا فيها.¹

1- أسباب الإرث المختلف فيها:

إذا كان النسب والنكاح والولاء من أسباب الإرث المتفق عليها بين جمهور الفقهاء، فإنه هناك أسباب أخرى تثير اختلاف الفقهاء وتدفعهم إلى جدل فقهي من حيث المصلحة الراجحة وقوة الأدلة والقرائن.²

أ- بيت مال المسلمين (الخزينة العامة):

يصلح عليه كذلك بجهة الإسلام والمراد به إذا مات من المسلمين شخص ولم يكن له وإرثا يخلفه من الأصناف المتفق عليها (النكاح، النسب، الولاء) فإنه يرثه المسلمين بالعصوبة فيؤول ماله إلى بيت مال المسلمين.³

لقد اختلف الفقهاء في هذا الباب من التوريث الى عدة اقوال:

- يرى جمهور العلماء أن من ترك مالا ولم يخلف وارثا من الأصناف المتفق عليها، فيؤول هذا المال إلى بيت مال المسلمين،⁴ يرثونه بالعصوبة لأنه لا عاصب له غيرهم، فتوضع التركة في بيت مال المسلمين لتتوب عنهم هذا ما ذهب إليه الملكية والشافعية ودليلهم في ذلك قول الرسول **﴿إنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وارثه﴾** ولم يثبت أن الرسول عليه السلام أنه كان يرث لنفسه شيئا بل يصرفه على مصالح المسلمين.⁵

- ذهب الاتجاه الثاني الذي يمثله الأحناف بالقول فيمن ترك مالا ولم يكن له من يخلفه من الأصناف الثلاثة المتفق عليها، أن تركته توضع في بيت مال المسلمين على سبيل المصلحة حتى لا تبقى مال سائب وليس لها مالك وليس ميراثا واستدل في ذلك⁶ يقول ابن العبان والروبانى ومتأخرون من الشافعية بعدم خلوا هذا الهالك من صلة القرابة كابن عم بعيد أو خال أو خالة فوجب الحق ذلك بالمال الضائع الذي لا يرجى ظهور مالكة، فهذا ما ينظر له بعين الصواب بالنسبة لمن تبناوا الدفاع على هذا الطرح.

وفصل المتأخرون منهم بالقول أن كان بيت المال منتظما بإمام عادل ورث.⁷

موقف المشرع الجزائري:

موقف المشرع الجزائري متوافق مع المذهب المالكي أي الطرح الأول بشعار الدولة وارث من لا وارث له وهذا حسب نص المادة 773 ق.م.ج والمادة 180 ق.أ.ج ".....ألت إلى الخزينة العامة".

وهذا الأمر ليس مطلقا بل بشرط انعدام الوارث من أصحاب الفروض وذوي الأرحام أو أحد الزوجين فيتم إثبات حالة الشغور المطلق تجاه التركة فيتحتم العمل بميراث الخزينة العامة خوفا من ضياع المال وذوبه سدا.⁸

ب- الإسلام على اليد:

1- مدخل إلى علم الفرائض، المرجع السابق، ص 69.

2- الميراث، ص 195.

3- أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، ص 195.

4- أسباب الإرث وموانعه، ص ص 150-153.

5- الوجيز الفرائض، ص 39.

6- الوجيز الفرائض، المرجع نفسه، ص ص 196-197.

7- أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، ص ص 191-197.

8- مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في ق.أ.ج، المرجع السابق، ص ص 67-68.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

يستخلص من أسباب الميراث من هذا الباب إذا أسلم كافر على يد مسلم ولم يكن له وارث حسب الضوابط الشرعية والأحكام العامة للميراث في الشريعة الإسلامية، فلماذا تؤول تركته؟

✓ **القول الأول:** ذهب إليه أغلب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية بالقول، إنه يرثه بيت مال المسلمين فيوضع هذا المال في حيازة بين مال المسلمين خوفاً على ضياعه.

✓ **القول الثاني:** يرى هذا الاتجاه بميراث من أسلم على يده لكن وفق شروط خاصة وذهب إلى هذا الاتجاه البعض من الحنابلة وبعض التابعين.

ج- الالتقاط (أحكام اللقيط):

✓ **اللقيط:** هو الطفل الذي لا يعرف أصله ولا نسبه ولا عرقه ولا انتمائه.

فلا يجزم في جميع الحالات أنه ابن زنا يمكن أن يكون محل نسيان من طرف أوليائهم في الأسواق أو الرحالات أو أن يتوه الطفل الصغير، أو يوضع عند المساجد بسبب عجز أهله عن الإنفاق عليه فيلقطه أحد الناس ليقوم برعايته وتربيته.

في هذا الباب أي من يرث اللقيط اختلف الفقهاء إلى قولين:

✓ **القول الأول:** أجمع جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة بأن تؤول التركة إلى بيت مال المسلمين.

✓ **القول الثاني:** ذهب هذا الاتجاه من بعض الحنابلة بتمكين من يلتقطه من ميراثه.¹

د- المعاقدة والمولاة:

المولاة والمعاقدة أو الحلف: هي أن تنشأ قرابة حكمية بين شخصين بسبب عقد المولاة أو الحلف مثال ذلك القول أنت مولاي ترثني وأرثك، وتعقل عني وأعقل عنك، هدمي هدمك، وسلمى سلمك، وحربي حربك، ويقبل الطرف الثاني هذا العقد وهذه المولاة.

ويخضع الميراث لأحكام العقد وللاتفاق الذي يجمع الطرفين وقد انتشر التوارث بالمولاة في الجاهلية وصدر الإسلام من أجل البحث عن المعين والنصير ولما قوت شوكة الإسلام ودولته وأصبحت هي المسؤولة عن حفظ الحقوق والأفراد ونزل تفصيل الميراث تفصيلاً دقيقاً، فهدم الإسلام ما كان قبله من أنظمة فاسدة فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم الأخذ بالمولاة والمعاقدة في أسباب في الميراث باعتبارها عادة جاهلية وألغاهما الإسلام استناداً إلى الآية الكريمة ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾² وجعل الميراث بين الأقارب أولى ببعضهم فנסخ هذه الآية الإرث بالحلف والولاء.

لكن البعض من الحنفية والشيعة الإمامة أخذوا بتوريث الموالى بشرط إنعدام وراثته واستدل الأحناف بقوله تعالى ﴿وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا﴾³

1- الوجيز في الفرائض، ص 40.

2- سورة الأنفال الآية 65.

3- سورة النساء الآية 33.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

فأجمع أهل هذا الرأي أن محكم الكلام يفيد أن العقد يوجب الميراث كالقراية، بينما الآية الواردة في سورة الأنفال ﴿وَأَوْلُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾¹ لم تنسخ ميراث المولاة ولكن أعطت الأولوية لذوي الأرحام.

رابعاً: موانع الميراث

تكتمل صورة الميراث بقيام أركانه وتوفر أسبابه وتحقق شروطه بالإضافة إلى انتفاء موانعه.

موانع جمع مانع وتعني في اللغة الحاجز والحائل فكل شيء يحول بين الإنسان والشيء الذي يريده يسمى مانع أما اصطلاحاً هو ما يلزم وجوده عدم الحكم به مع وجود أسبابه وتحقق شروطه.

المانع شرعاً: هو وصف يلزم من وجوده عدم الحكم به مع قيام أسبابه فالمانع في الإرث هو ما يلزم من وجوده انعدام الأهلية للإرث رغم توفر الأسباب والشروط وبالتالي الحرمان من الميراث، موانع الميراث محل خلاف وجدال بين الفقهاء فذكر صاحب الحربية أنها ثلاثة في قوله:²

ويمنع الشخص من الميراث واحدة من علل ثلاث

رق، قتل، واختلاف الدين ففهم فليس الشك كاليقين

وجمع المالكية الموانع في سبعة علل:

ويمنع الإرث بوصف الرق والقتل عمداً أو الشك في أسبقية الوفاة أو عدم الإستهلال أو اللعان كذا الزنا تخالف الأديان

وتجدر بنا الإشارة إلى وجود حرمان من نوع آخر وهو الحجب وهو منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظه أي منع شخص معين من ميراثه، إما كله أو بعضه بوجود شخص آخر، اختصرت موانع الميراث كذلك في عبارة "عيش لك رزق"³.

✓ العين: عدم الاستهلال.

✓ الشين: شك في اسبقية الوفاة.

✓ اللام: لللعان.

✓ الكاف: كفر.

✓ الراء: رق.

✓ الزين: زنا.

تناول المشرع الجزائري موانع الميراث في ق.أ من خلال حصرها في المواد 135، 125، 138، 134، حيث سلطت الضوء المادة 135 على الموانع المتعلقة بالقتل عمداً وعدواناً وعلى من تسببت شهادته بالزور في إعدام المواريث ومن كان على علم بتدابير القتل ولم يبلغ السلطات المعنية بينما وردت موانع الردة واللعان بالقوة الإلزامية ضمن المادة 138 بما يتوافق مع القواعد الشرعية للميراث أما تفاصيل ميراث الحمل كان ضمن المادة 134 من خلال الإطلاع على هذه المواد نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر جميع الموانع الواردة حسب الفقه المالكي لكن بالرجوع إلى المادة 222 التي ترخص بالإحالة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل مالم يرد فيه نص قانوني.⁴

❖ المانع الأول: الرق

1- سورة الأنفال الآية 65.

2- مسعود هلال، ص ص 73-74.

3- سعد عبد الوهاب عيسى الحياي، موانع الميراث (دراسة مقارنة)، ص .

4- عزة عبد العزيز، أحكام التركات، المرجع السابق، ص 54.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

عرفت هذه الظاهرة في الأزمنة الغابرة وهو العبودية أي يصبح إنسان في ملكية إنسان وتحت حيازته وسلطته فيتصرف فيه كيف ما شاء لأن العبد المملوك يفقد حرية وأهليته في التصرف والتملك لأن الرق اصطلاحاً هو عجز حكمي لعدم امتلاكه ما يمتلكه الحر كحق التقاضي والشهادة والتجارة لهذا العبد يرثه سيده في جميع أمواله فمثلاً عند هلاك عبد وله مال وأبوه حي يرثه سيده ومولاه ولا يرثه أبوه وبالتالي ينتقل المال إلى أجنبي ولا سلطان على ماله الأسيده وهذا مصدقاً لقوله تعالى: ﴿رَبِّ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾¹.

وكذلك لقول رسول الله ﷺ (من إتباع عبدا وله مال فماله للذين باعه إلا أن يشترطه المبتاع) حاربت الشريعة الإسلامية ظاهرة الإسترقاق فحرمت إستعباد الإنسان وغيرت نظام الحياة والأسس التي تحكمها وفق أحكامها الشرعية وجعلت الخضوع والعبودية لله وحده فقط وهدم الإسلام ما كان قبله.²

❖ المانع الثاني: القتل

القتل لغة: الإماتة، قتله أي أماته.

أما اصطلاحاً: هو إزهاق الروح، والقتل عمدا وظلما وعدوانا يعد كبيرة من الكبائر توعدده الله عزوجل بالعذاب الشديد قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾³.

هذا الوعيد بالعذاب الشديد واللعن من الرحمان والطرده من رحمة الله دليل على أن هذه الأعمال من الكبائر وقد نهى الرسول ﷺ: عن هذا الفعل وحث على إجتنابه بقوله (لا هدم الكعبة أهون عند الله من إزهاق دم مؤمن) وقوله (كل مؤمن على مؤمن حرام، دمه، ماله، عرضه) وفي حديث الموبقات السبع عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: (إجتنبوا الموبقات السبع قالوا يا رسوله وما هن؟ قال "الشرك بالله، والسحر، قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات) إتفق جمهور الفقهاء على أن القتل مانع لميراث القاتل واستدلوا على عدم توريث القاتل بما رواه عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عن الرسول ﷺ قال: (لا يرث القاتل شيئاً) فهذا الحديث وضح الدلالة لبيان النفي القاطع، ومنع ميراث القاتل من المقتول وعن عمر ابن الخطاب ؓ قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: (ليس لقاتل ميراث)

وعن عبد الله بن العباس ؓ قال رسول الله ﷺ: (من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو لده فليس لقاتل ميراث).

الأحاديث تدل بصريح العبارة على أن القاتل لا ميراث له من المقتول، والمقصود به لدرء المفساد وغلق باب القتل بين الورثة من أجل الاستعجال بالميراث فيعاقب زجراً بالحرمان وإسقاط حقه في الميراث ولا يكون ثبوت المال وانتقال خلافته بالجرائم والقتل.⁴

1- سورة النحل الآية 75.

2- أسباب الإرث وموانعه، ص ص 157-158.

3- سورة النساء الآية 93.

4- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 206.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 135 فقرة (01) من ق.أ بالمنع من الميراث وأسقط حقه كل من كان فعلاً أصلياً أو شريكاً في جريمة القتل وتضاربت الأراء الفقهية في هذه المسألة في بعض تفصيلها.¹

- ذهب الأحناف والحنابلة إلى القول أن القتل يمنع الميراث ويستوجب القصاص أو الكفارة ويعتبر مباحاً أو مشروعاً في الحالات التي أجازها القانون كالدفاع عن النفس أو العرض أو المال أو القصاص.²
- أما الشافعية أخذوا بالمنع المطلق والحرمان من الميراث سواء كان القتل خطأ أو عمداً أما المالكية أقرروا المنع من الميراث في حالة القتل العمدي سواء كان مباشراً أو بالتسبب فيه وما عدا ذلك ليس بمنع كالقتل الخطأ لانعدام القصد الجنائي والدافع من وراء هذا السلوك وبالتالي إنعدام أحد أركان الجريمة وهو الركن المعنوي (القصد الجنائي)³ بشرط أن لا يرث من ديته.

برر المالكية السماح للقاتل خطئاً بالميراث بما جاء بالموطأ عن الإمام مالك واستناداً الى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾⁴ فجعل الإسلام نظام الكفارة في حالة القتل الخطأ ومن يؤدي الكفارة فلا عقوبة عليه ويسترجع حقه في الميراث وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 137 ق.أ.ج "يرث القاتل الخطأ من مال دون الدية أو التعويض" وهذا لانعدام الركن المعنوي للجريمة وهو القصد الجنائي فتتعدم الجريمة ووسع المشرع الجزائري من دائرة المنع من الميراث الى كل من كان يعلم به أو تدبيره أو تخطيطه ولم يبلغ عنه من أجل اتخاذ تدابير اللازمة للحماية.

❖ المانع الثالث: اختلاف الدين

المقصود به حكم التوارث بين من اختلفت دياناتهم ومللهم كان يكون أحدهم مسلماً والآخر كافراً أو ملحداً لا دين له أو يهودياً أو نصرانياً.

اجمع اهل العلم باتفاق المذهب الاربعة بان اختلاف الدين في الاسلام يعتبر مانع من موانع الميراث وهذا ما قاله ابن قدامة "اجمع اهل العلم على ان الكافر لا يرث المسلم".

وهذا استناداً لقول رسول الله ﷺ عن اسامة بن زيد قال: (لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم

الكافر) وروى ابو داود عن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: (لا يتورث اهل الملتين شتى).

وهذا بسبب انقطاع الولاية بين الكافر والمسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁵ وقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾⁶ في هذا الباب أجمع أصحاب المذهب الأربعة والرأي الراجح من الصحابة والتابعين بالفصل بعدم جواز التوارث بين المسلم والكافر.

❖ المانع الرابع: الردة

الردة لغة: هي الرجوع المطلق

أما شرعاً: فهي الرجوع عن الدين الإسلام

1- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 55.

2- مسعود هلال، المرجع السابق، ص ص 84-86.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 149-154.

4- سورة النساء الآية 92.

5- سورة النساء الآية 141.

6- سورة المائدة الآية 48.

الردة تكون صحيحة إذا صدرت عن العاقل بمحض إرادته طوعا فلا تكون في حالة سكر أو جنون.

المرتد يستتاب ويعرض عليه الاسلام لمدة ثلاثة (03) أيام فإن لم يتب يقتل لقول رسول الله ρ (من بدل دينه فاقتلوه).

قال تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ عَذَابٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾¹ وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَزِدْكَ مِّنْكَ مِنْكُمُ عَنِ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾²

تعتبر الردة مانع من موانع الميراث كاختلاف الدين وهذا بإجماع الفقهاء، تناول المشرع الجزائري الردة كمانع من موانع الميراث في المادة 138 من ق.أ.ج: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

❖ المانع الخامس: اللعان

اللعان لغة: اللعن بمعنى البعد.

اللعان بالمعنى الشرعي: ما يحصل بين الزوجين من ملاءنة وحلف أمام القضاء بسبب نفي الحمل ودفع الأبوة عنه ورمي زوجته بالزنا، فإذا إستوفى اللعان شروطه على الوجه المقرر له شرعا يفرق القاضي بينهما لقوله الرسول ρ (المتلاعنان لا يجتمعان أبدا) فيكون نسب الولد لأمه ثابت معترف به ومعدوم النسب من جهة الأب .

الولد محل اللعان يرث أمه وأقاربها ولا يرث الرجل الذي رفض نسبه إليه حيث ثبت عن الرسول

ρ عن مالك ابن نافع عن عمر $\frac{1}{2}$ "أن رجلا لعن امرأته في زمن النبي صل الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي صل الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة" ، ينتفى الميراث بين الزوجين لانتفاء الزوجية فلا توارث بين المتلاعنان فإذا وقع اللعان يسقط نسب الولد، وتحرم العلاقة بين الزوجين . تناول المشرع الجزائري مانع الميراث في صورة اللعانة في المادة 138 ق.أ.ج.

❖ المانع السادس: ابن الزنا.

ابن الزنا هو كل ولد ولد خارج إطار مؤسسة الزواج في علاقة غير شرعية.

إتفق جمهور الفقهاء على المساواة في الأحكام والضوابط الشرعية بالنسبة لإبن الزنا وولد الملاءنة على سبيل القياس في مجمل المسائل المتفق عليها والمختلف فيها فالقاعدة الشرعية "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا" الزنا مانع من موانع الميراث فيترتب عنه أن الولد يرث أمه ويرثها³.

❖ المانع السابع: عدم الاستهلال

بين المشرع الجزائري أحكام ميراث الجنين من خلال المادة 134 من ق.أ.ج: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة الحياة"⁴.

1- سورة النحل الآية 106.

2- سورة البقرة الآية 217.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 158.

4- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 59-60.

يعتبر عدم نزول الجنين من بطن أمه حيا يرزق مانعا من موانع الميراث فإذا استهل صارخا ورث ويقوم مقام الصراخ الحركة العطاس التنفس وأي حركة أو ظاهرة تدل على الحياة وهذا ما إتفق عليه جمهور الفقهاء.

❖ المانع الثامن: الشك في أسبقية الوفاة

نصت المادة 129 "إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موته في حادث واحد أو لا"

ينص هذا النص التشريعي صراحة بأنه متى توفي شخصان أو أكثر وتتوفر فيهم أسباب وأركان وشروط الميراث لكن لا يعلم أيهم هلك قبل الآخر فلا توارث بينهما وهذا نظرا لعدة الشك فيعتبر الشك في أسبقية الوفاة مانع من موانع الميراث. وهذا ما ذهب اليه المالكية وبعض من الحنابلة والشافعية ان الشك في اسبقية الوفاة يؤدي الى عدم التوارث لأن التوارث يبني على اليقين لا على الشك.¹

إذا كان هذا الحال عن تعريف الميراث ومكانته (أهميته والحكمة من مشروعيتها) فكيف يكون الحال عن أحكام التركة والحقوق المتعلقة بها وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

أحكام التركة والحقوق متعلقة بها

التركة هي النقطة المركزية التي يتمحور حولها علم الفرائض فلو لا وجودها لما كان هناك توريث فموت المرء يحتم إنتقال الحقوق المالية والعينية الموجودة على ذمة الهالك إلى من يخلفه شرعا بعد تصفيته من الحقوق المتعلقة بها وفق الأحكام والضوابط الشرعية والقانونية.²

الفرع الأول

مفهوم التركة

نتطرق أولا إلى تعريف التركة لغة واصطلاحا

لغة: التركة كلمة مشتقة من فعل ترك وجمعها تركات والمقصود بها ما يخلفه الشخص ويبقيه بعده وقد ورد في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾³ وفي وقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁴ تطلق عما يتركه الهالك من ميراث.

اصطلاحا:

إختلف الفقهاء في تعريف التركة إلى عدة أقوال:

- **المعنى العام:**

يرى هذا الاتجاه أن التركة هي كل ما يتركه الشخص بعد وفاته من أموال وحقوق عينية فتشمل كل ما كان في حيازته من حقوق وديون والحقوق المستعارة (العارية) بالإضافة إلى ما يثبت له من حقوق أخرى

1- مسعود هلال، المرجع السابق، ص 74.

2- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 87.

3- سورة البقرة الآية 180.

4- سورة النساء الآية 07.

كالحق في الشفعة الذي ينتقل إلى ورثته والإيجار كذلك وكل ما يعود بالنفع على الهالك فهو للورثة¹ وهذا ما أجمع عليه جمهور الفقهاء والمذاهب كالمالكية والشافعية والحنابلة. رغم اختلاف الأسلوب والصيغات لتعريف التركة فإنهم إتفقوا على أنها كل ما كان في حيازة وذمة الشخص الهالك حال حياته من حقوق مالية وعينية أو اختصاص وما يعود عليه من منافع واستدلوا في ذلك بقول الرسول ρ : (من ترك مالا أو حقا فلورثته، ومن ترك كلا أو عيلا إلي).

- المعنى الخاص:

هي ما يتركه الميت من أموال وحقوق خالصة بعد تصفيتها من الحقوق المتعلقة بها من سداد الديون وتنفيذ للوصايا ومصاريف التجهيز والدفن في المال المتروك الخالص الصافي، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 180 من ق.أ.ج "لا تركة إلا بعد سداد الديون" وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض إلى تعريف التركة أو مكوناتها ومشتملاتها في تحديد ما يورث وما لا يورث من الحقوق والأموال وفتح الباب للاجتهادات بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية بالأخذ بالإحالة حسب نص المادة 222 من ق.أ.ج².

إذا كان هذا الحال عن مفهوم التركة فكيف يكون الحال عن الحقوق المتعلقة بالتركة وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الحقوق المتعلقة بالتركة

إنتقال التركة من ذمة الميت إلى حيازة خلفه يكون وفق شروط وضوابط شرعية تؤطر هذه العملية، وفق مراحل معينة حسب الأحكام الشرعية للميراث، وهذا ما ذهب إليه كذلك المشرع الجزائري في المادة 180 من ق.أ.ج التي نصت على: يؤخذ من التركة حسب الآتي:

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.
- الديون الثابتة في ذمة المتوفي.
- الوصية.

أ- مصاريف التجهيز والدفن:

يقصد به ما يلزم ويحتاجه الميت من وقت مفارقتة للحياة إلى أن يورث الثرى من نفقات تخص شراء الكفن والحنوط والغسل والقبر ومصاريف الجنازة وغيرها مما تعارف الناس عليه ما لم يخالف الشرع التجهيز يعتبر في حكم الحاجات الشخصية الضرورية للميت ولهذا قدمها المشرع الجزائري على سائر الحقوق وهو ما يتماشى مع الحكمة والمنطق والحاجات الاصلية بعد الممات، إشتراط المشرع الجزائري أن تكون في حدود القدرة دون تكليف أو تمييز حسب الأوضاع والحالات من مسير ومعسر³.

يجب حق التجهيز أيضا على كل من يلزم نفقته كالزوجة والصبي الصغير والعاجز والوالدين الفقيرين فيكون حق التجهيز تابع لحق النفقة، أجمع الفقهاء على أن حق التجهيز والدفن أصل ثابت لشدة الحاجة إليه ويتعذر المساس به فإكرام الميت دفنه⁴.

¹ - زيان مليكة، تبقرين منيرة، المستحقون للميراث في القانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق وعلوم سياسية قسم قانون خاص، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، 2012-2013، ص .

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 76-78.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 89-92.

⁴ المستحقون للميراث في قانون الأسرة الجزائري، ص 22.

ب- سداد الديوان:

لقد ورد في قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾¹ وقوله (ص): (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقوله عليه الصلاة والسلام (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) ولهذا اجمع جمهور العلماء والفقهاء أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون.

حيث تقدم الديون على الوصايا مصدقا لقوله الرسول ρ (الدين قبل الوصية، وليس لوarith وصية).

الديون هي الحقوق الغير مالية الثابتة في ذمة الهالك أو ما كان الواجب الوفاء به على سبيل المعاوضة بدل أشياء أخرى.

الوفاء بالديون والقضاء عليها مقدم على الوصايا عملا بقاعدة الواجب مقدم على التطوع والتبرع فالدين لازم وواجب لهذا يقدم على الوصية لأنها تبرع بإجماع الفقهاء.

تنقسم الديون إلى عدة أنواع:

❖ ديون الله سبحانه وتعالى:

المراد بها هي الحقوق المالية التي شرعها الله وهي ثابتة في ذمة الهالك كالزكاة والكفارات ومات قبل الوفاء بها اختلف الفقهاء حول سقوطها من عدمه وتقديمها أو تأخيرها قال ابن حزم: "وأختلفوا في ديون الله تعالى من كل فرض في المال أو مخير بمال فأسقطها قوم وأوجبها آخرون قبل ديون الناس ولم يجعلوا لديون الناس إلا ما فضل عن ديون الله تعالى وإلا فلا شيء للغرماء".

اختلف الفقهاء في موضوع ديون الله من حيث وجوب أدائها أو سقوطها. يرى الحنفية والمالكية بسقوط هذه الديون لأنها عبادات مالية تستلزم النية والإخلاص في القصد وبالوفاة تنعدم أهلية الأداء من الشخص الهالك وعلى العكس من ذلك يرى الشافعية والحنابلة بالمساواة ما بين ديون الله وديون العباد فهي ديون واجبة الأداء وتسقط وحبثهم في ذلك أنها ليست عبادة محضة بل هي حقوق للفقراء والمسكين كغيره من الحقوق المالية في هذه التركة، لم يتوقف الاختلاف على سقوطها من عدمه بل تجوزه إلى تقديمها وتأخيرها.²

أخذ الشافعي بوجوب تقديم ديون الله على العباد واستدلوا بالآية: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾³ وقول رسول الله ρ (دين الله أحق بالقضاء) أما الحنابلة وضعوا جميع الديون في مرتبة واحدة بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية وبعض الحنابلة بالقول بأن ديون العباد مقدمة على ديون الله بحجة لا نيابة في العبادات فضلا عن غنى الله سبحانه وتعالى عن الحاجة للناس.⁴

❖ ديون العباد:

هي الديون الثابتة المتعلقة بذمة المرء وتنقسم إلى مراتب حسب أولوياتها في القضاء حسب القانون:

❖ الديون الممتازة:

1- سورة النساء الآية 12.

2- مذكرة تطبيقية للتركة، ص 16.

3- سورة النساء الآية 12.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 94.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

هي الديون الذي يمتاز صاحبها بالأولوية في الوفاء على باقي الدائنين وهذا نظرا لطبيعتها وتتمثل في حقوق الخزينة العامة من غرامات وديون ورسوم وضرائب بالإضافة إلى ديون العمال والنفقة للمحصولين فهي ديون ممتازة لا تسقط بالتقادم، فتتقدم على كل الديون ويجب الإسراع في سدادها قبل باقي الحقوق والديون والرهن

الديون المتعلقة بالأعيان:

هي مجمل الديون المتعلقة بالعين المرهونة، فمذ رهن شيئاً ما يبقى ضامناً لحق الدائن حتى يستوفي حقه وكذلك بالنسبة لحق البائع الذي لم يستوفي حق الثمن هذه الديون لها الأولوية على الديون العادية لأنها لها علاقة بتصفية الشركة بحد ذاتها لأنها تركة مثقلة بالديون فلا يمكن تقسيم الأشياء العينية دون رفع الرهن عنها.¹

تنص المادة 882 ق.م.ج: "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينيه، يكون له بمقتضاه أن أتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".²

من خلال نص المادة يتضح أن الرهن يخول صاحبه أفضلية التتبع والأولوية في استيفاء حقه متقدما عن غيره من الدائنين.

الديون العادية: (الالتزامات):

يتمتع الإنسان بالشخصية القانونية التي تمنحه صلاحية التمتع بالحقوق والالتزامات ومن ضمن هذه الأخيرة الإلتزام الشخصي المتمثل في علاقات المديونية سواء كان دائنا أو مدينا الديون التي يعتبر المتوفي فيها دائنا نسميها حقوق يجب الوفاء بها له أما الديون العادية المقصودة هنا مجمل الديون الثابتة والمتعلقة بذمة الشخص الهالك، وتسمى كذلك الديون المرسله أو الديون المطلقة فهي شخصية للغير ثابتة يجب الوفاء بها من التركة.

تتكون هذه الديون نتيجة التزامات تعاقدية أو تصرفات قانونية أو معاملات تجارية أو نتيجة الإخلال بالقانون فيستوجب الضمان والتعويض عن الضرر نتيجة المسؤولية المدنية أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية يمكننا أن نميز بين حالتين لا أكثر وإما أن تكون التركة خالية من الديون، وبالتالي تنتقل إلى الورثة بكل سلاسة ويسر وإما تكون التركة مثقلة بالديون فتستغرق الديون كل التركة أو بعضها ففي حالة، كفت التركة حق التجهيز والدفن بالإضافة إلى الديون فما بقي منها يؤول إلى الوصية والميراث غير أن في حالة إستغرقها كلها وعدم كفياتها للوفاء بكل الديون فتكون أمام حالة تزامن للديون فترتب الديون حسب الأولوية والقانون ولا تنفذ الوصية أو الميراث لنفذ رصيد التركة.³

ج- تنفيذ الوصية الصحيحة:

تنفذ الوصية بعد إخراج الحقوق التي تسبقها من مصاريف التجهيز والدفن وسداد للديون بما تقتضيه القواعد الشرعية من الكتاب والسنة والقانون.

الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع وهي مقدمة من الناحية القانونية على الميراث والوصية ثابتة بالكتاب والسنة قال تعالى ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾⁴ وقوله ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁵ وقوله عز وجل

1- المرجع نفسه، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 95.

2- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 46-47.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 95-97.

4- سورة النساء الآية 11

5- سورة البقرة الآية 180.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

(شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ)¹ أما الأدلة من السنة النبوية فتتضح من ما تواتر من الراويات الكثيرة والأحاديث النبوية الشريفة التي تدل على مشروعيتها.²

عن عمر ؓ ، قال رسول ﷺ (ما حق إمرئ له شيء يوصي فيه يبيت فيه ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) وقوله كذلك (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم).³

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "ما الحزم والإحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه، لأنه لا يدري متى تأتية منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك" وقد أجمع أهل العلم في الأخذ بالوصية حيث ابن قدامة: أجمع العلماء في جميع الأمصار والإعصار على جواز الوصية.⁴

تناول المشرع الجزائري أحكام الوصية المواد 184 إلى غاية 201 من ق.أ.ج، نميز بين نوعين من الوصية، الوصية الإرادية والإختيارية وتخضع لحرية وإرادة الموصي أما الوصية الواجبة أو ما يعرف بالتنزيل فأوجبها القانون للأحفاد الذين توفي أبوهم قبل الأجداد فيرثون بنص القانون يستلزم نفاذ الوصية أن تكون صحيحة حسب المقننات الشرعية والشروط القانونية مستوفية شروط صحتها ونفاذها.

الشرط الأول: الوصية في حدود الثالث

عملا بالحديث النبوي الشريف والنص القانوني التالي: عن ابن أبي الوقاص ؓ "الثلث والثلث كثير، أنك لا تترك ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس" وبالرجوع إلى نص المادة 185 من ق.أ.ج "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".⁵

من خلال النصوص الشرعية والقانونية الواردة فإن مقدار الوصية محدد في ثلث التركة وما زاد عن هذا الحد يصبح واقف على شرط إجازته من طرف الورثة.⁶

الشرط الثاني: حكم الوصية للوارث

إذا اقترنت الوصية وحق الميراث في شخص واحد فإنها كذلك تخضع لأحكام وضوابط شرعية وفق ما تقتضيه الأحكام الشرعية والقانونية.

قال رسول الله ﷺ : (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)، وروى ابن عباس عن رسول الله ﷺ قوله: (لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة) وفي رواية أخرى قال ﷺ : (لا وصية لوارث إلا أن يجيزه الورثة).

وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في نص المادة 189 من ق.أ.ج: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".⁷

1- سورة المائدة الآية 106.

2- بن ناصر نذير، بومرام سليمة، حقوق عبر الورثة في التركة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وق.أ.ج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص .

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 100.

4- مسعود هلال، المرجع السابق، ص ص 46-47.

5- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 113.

6- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 101-102.

7- المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الفصل الأول.....الميراث بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية

من خلال النصوص الشرعية والقانونية الوارد في هذا المجال نستشف أنه الوصية للوارث لا تصح إلا إذا أجازها الورثة ورضوا بها صراحة فتصبح نافذة في حقهم وإذا رفضوها وإعترضوا عليها فتصبح لاغية منعدمة الأثر.

الشرط الثالث: أهلية الموصي للتبرع

تناول المشرع الجزائري شروط صحة أهلية الموصي من خلال نص المادة 186 من ق.أ.ج: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل".

يشترط لصحة الوصية ونفاذها بلوغ الموصي سن الرشد القانونية 19 سنة مع سلامته الصحية والعقلية أي أن يكون أهلاً لهذه التصرفات القانونية.

لقد وسع المشرع الجزائري دائرة النصوص القانونية التي تشمل تنظيم الأحكام القانونية للوصية من خلال فرض الرسمية للإثبات في الوصية بواسطة عقد رسمي حسب نص المادة 191 ق.أ.ج تثبت الوصية :-

- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.
 - في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.
- وبهذا الإجراء الذي يضيف طبع الرسمية على إجراءات الوصية تصبح نافذة بقوة القانون ولها قوة الإثبات وحجة على بقي الورثة.

وحرّم المشرع الجزائري قاتل الموصي من نفاذها في حقه حسب نص المادة 188 من ق.أ.ج: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"¹.

كما نص صراحة المشرع الجزائري على بطلان الوصية في حالة وفاة الموصي له قبل الموصي وهذا ما أكدته المادة 201 ق.أ.ج: "تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي أو بردها".

أجاز المشرع الجزائري الوصية رغم إختلاف الدين بين الوصي والموصي له هذا حسب نص المادة 200 من ق.أ.ج. "تصح الوصية مع إختلاف الدين"

حق الورثة:

بإستثناء جميع الحقوق السابقة الذكر من مصاريف تجهيز والدفن وسداد جميع الديون وتنفيذ كل الوصايا، فيوزع الباقي من التركة على جميع الورثة الشرعيين بشرط تحقق أركانه وأسبابه وتوفير شروطه وإنتقاء موانعه، فيتم تقسيم الإرث حسب معادلات شرعية مبنية على ثوابت ومتغيرات.

وثوابت الميراث هي أحكامه وضوابطه الشرعية أما المقصود بالمتغيرات فهي موقع الوارث من الموارد من حيث قربه وبعده في عمود النسب ودرجة كل وارث ومقدار نصيبه بالإضافة إلى الغرض أو تعصب أو الحجب أو ذوي الأرحام..... إلخ فإن لم يكن له تؤول تركته إلى الخزينة العامة².

ثالثاً: مكونات التركة

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 103-104.

²- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 104.

تشمل تركيبة التركة عدة أشياء مختلفة من حيث طبيعتها. التركة ليست أموالاً محضة فقط بل هي مجموع الحقوق والأموال وما ينتج عنها من منافع الحقوق المالية الشخصية هي مجموعة الأموال الموجودة في ذمة المتوفي وتحت حيازته وملكيته والمتمثلة في مجمع المنقولات والعقارات والحقوق العينية والمثلثات وتتمثل صورهم في المصانع، المساكن، المزارع والمتاجر وما على شاكلتها الذي يدخل في حيازة وملكية الإنسان.¹

بالإضافة إلى الأصول التجارية المتمثلة في الشركات والأسهم والسندات والأوراق التجارية وغيرها التي عرفها العالم المعاصر مثل حقوق الملكية الفكرية والأدبية (حقوق المؤلف) وحقوق الملكية الصناعية (براءة الاختراع) وما ينجم عنها من حقوق مالية ومنافع؛ فكل ما سبق يدخل في دائرة الإرث فيورث الأصل من الأموال بالإضافة إلى المنافع، حيث يمكن توريث كل صنف مما سبق حسب القوانين والأنظمة الخاصة التي تحكمها باعتبار الأموال عند الجمهور هي ما يمكن حيازته والانتفاع به وتجري به جل المعاملات بين الناس. الحقوق المالية للمورث في ذمة الغير هي كذلك تورث بعد الوفاء بها باعتبارها حقوق شخصية مالية ثابتة في ذمة الغير يجب الوفاء بها.²

غير أنه تجدر بنا الإشارة إلى حق الملكية الذي هو حق عيني يخوله صاحبه بصورة مطلقة دون غيره الاستثناء بالشيء مع العناصر المتفرعة عنه مثل حق الاستعمال، حق الاستغلال وحق التصرف ومنحه حقوق أخرى تعتبر امتداد الحق الملكية مثل حق الارتفاق وحق الشفعة فحق الملكية وكل ما ينجم عنه من سلطات وحقوق يمكن توريثه لأنه مرتبط بتوريث الأشياء العينية وتنتقل الملكية من المورث إلى الوارث.³

غير أنه ليس كل ما يتركه المالك يمكن أن يورث وينتقل إلى خلفه العام فهناك حقوق شخصية لصيقة بالإنسان بحد ذاته مثل الولاية أو الزواج أو الوظيفة فهذه الحقوق لا تتعدى إلى غير صاحبها وتنتهي بوفاة ولا تورث إلا وراثته بالإضافة إلى الحقوق المالية في ذمته لا تنتقل مسؤولية سدادها إلى الورثة بل تقتطع وتسدد من التركة قبل حقوقهم من الميراث.⁴

1- المرجع نفسه، ص 82.

2- محمد الشحات الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية، ص 13-19.

3- جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 81-88.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 84.

ملخص الفصل الأول

من خلال دراستنا للفصل الأول نجد أن الميراث قديم وممتد عبر مختلف الحضارات البشرية وعبر مختلف القوانين الوضعية الحديثة ولكن لكل منها خصائصه ومميزاته.

يعتبر الميراث في الحضارة الإسلامية من أجل وأشرف العلوم ويعتبر علما مستقلا بحد ذاته إن الميراث الإسلامي من أحق وأعدل النظم وتكفل الله عز وجل بتفصيله وأمرنا بالعمل به وأن لا نتعدى على حدوده.

الفصل الثاني

أثار الميراث

تمهيد

لقد أولت الشريعة الإسلامية للميراث مكانة خاصة من حيث تنظيمه وبيان أحكامه وتفصيلها والحث على تعلمه نظرا لأهميته البالغة، أفرد له الفقهاء العديد من الكتب والاجتهادات التي تحمل في طياتها أحكام فقهية عادلة ذات مرجعية فقهية إسلامية بحثه، إلا أن تقنين هذه الأحكام المستقاة من الشريعة الإسلامية في المدونات والتشريعات الوضعية التي من بينها ق.أ.ج وما تحمله ثناياه من أحكام التي جاءت في ثمانية وخمسين (58) مادة تحت عنوان الكتاب الثالث "الميراث" أفرزت تطبيقها الفعلية عدة إشكالات نظرية وعملية وكشفت عن ثغرات ونقائص وأخطاء، شكلت عقبة أمام التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية بالنظر لما فيه من تباين للأحكام والآثار، لعل مرد تلك الثغرات والإغفالات للأسباب الآتية:

- الإعراض والسكوت عن بعض المسائل التي لاغني عن بيانها في باب الميراث، الإحالة إلى نص المادة 222 لا يحسم الأمر بصورة قطعية، نظرا لاختلاف الاجتهادات الفقهية حول هذه المسائل.
- عدم تطرق المقتن الجزائري بتاتا إلى بعض المسائل التي تحمل في طياتها قابلية الاجتهاد في ظل التطور العلمي الحديث.
- عدم انضباط الصياغة القانونية التي يكتنفها القصور والغموض وعدم الدقة التضارب بين النص العربي والنص الفرنسي.
- غياب النص القانوني من جهة وتضارب النص القانوني والحكم الشرعي من جهة أخرى.
- اتساع دائرة الأقوال الفقهية في عدد من المسائل.
- مجموع هذه الإغفالات والعقبات تعارض مقاصد الشرع الحكيم في التوزيع العادل للحقوق على أصحابها وهو ما يعسر عمل الموثق والقاضي وتؤرق الباحث في نفس الوقت.
- قصور النصوص القانونية التي تنظم أحكام الميراث.
- التضارب بين أحكام الميراث والنصوص القانونية من حيث الموضوع

لقد أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصة للميراث فاحتل بيان أحكامه وتفصيلها حيزا هاما عن بقي أبواب الفقه الأخرى باعتبار علم الفرائض من أجل العلوم وأشرفها قدرا لما يتمتع به من دقة في الأحكام والقواعد ونبل المقاصد الشرعية في حفظ وصيانة الحقوق وتحصين الأموال لأنه تشريع إلهي لا يجب مخالفته أو الاجتهاد مع نصوصه وهو ما تضمنته معظم التشريعات العربية والإسلامية عامة والمشرع الجزائري خاصة في مسابرة نصوصه القانونية المتعلقة بالميراث لأحكام الشريعة الإسلامية لكن ما يعاب على هذا التقنيين قد أفرز عدة إشكالات نظرية وعلمية نتيجة الممارسة العملية أثناء تطبيقه فانكشفت عدة ثغرات ونقائص شكلت عقبة للتطبيق الصحيح للأحكام الشرعية مما يناقض الحكمة من مقاصد الميراث.

المبحث الأول

الإشكالات المثارة حول الأحكام العامة للميراث

يتعين علينا الإشارة إلى بعض الإشكالات المثارة في ق.أ.ج المتعلقة بالميراث حول أحكامه العامة من شروط وأسباب وموانع وبعض أصناف الورثة.

المطلب الأول

الإشكالات المتعلقة بأسباب وشروط وموانع الميراث

تقتضي منا دراسة الأحكام العامة للميراث من اجل بيان بعض الثغرات القانونية المتعلقة بالأحكام العامة للميراث وتسليط الضوء عليها.

الفرع الأول

الأسباب

الفصل الثاني.....أثار الميراث

لقد تطرق المشرع الجزائري إلي أسباب الإرث من خلال المادة 126 ق.أ.ج حيث نصت على "أسباب الإرث وهي: القرابة والزوجية"

من خلال ملاحظة الصياغة اللغوية للمادة يستحسن أن يعبر عنها بالمتنى لا بالجمع فتصبح "سببي الإرث: القرابة والزوجية "

يقصد بالقرابة: رابطة الدم والنسب التي تجمع المورث بالوارث وتشمل البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومية، الخؤولة.

يمكن أن يتمتع الوارث بقرابته من جهة واحدة للميت كالأخ لأب أو يجمع بين قرابتين كالأخ الشقيق كما يمكنه أن يرث بجهتين على سبيل المثال أن يكون زوج وهو ابن عم، حيث يورث جمهور الفقهاء هذا الأخير بالجهتين وهو ما لم يشر إليه قانون الأسرة في أي مادة من مواده.¹

مثال ذلك: هلك مورث عن:

بنت	2/1
زوج وهو ابن عم	1/4 + بقي العصبية

حيث ترث البنت الواحدة نصف التركة عند انفرادها وعدم وجود معصب لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾² وهو متناوله المشرع الجزائري في المادة 144 الفقرة 02 ق.أ.ج.: "أصحاب النصف ... البنت بشرط انفرادها عن الولد الصلب ذكرا كان أو أنثى"، أما الزوج يرث الربع من نصيب ميراث زوجته إذا كان لها فرع وارث سواء كان ذكرا أو أنثى، واحدا أو أكثر من زوجها الذي توفيت عنه، قال تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يَوْصِيَنَّ بَهَا أَوْ دَيْنٍ﴾³

في حالة إقرار أحد الورثة بوارث وأنكره باقي الورثة نفذ في سهمه نصيب المقر به دون غيره، وهو كذلك لا نجد له ذكرا في ق.أ.ج. رغم أن المشرع تناول الإقرار من طرف إثبات النسب في المواد 40، 44، 45 ق.أ.ج.

- **الزوجية:** هي رابطة النكاح أي العلاقة التي تنشأ بين الرجل والمرأة بسبب عقد الزواج الصحيح المستوفي أركانه وشروطه الشرعية والقانونية المحددة في المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ.ج. ولو لم يقع البناء بالزوجة وهذا ما نصت عليه المادة 130 ق.أ.ج.: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء" سواء كانت الرابطة الزوجية قائمة حقيقية أو حكما بأن تكون المرأة في عدة الطلاق الرجعي بالإجماع.

فإذا وقعت الوفاة في العدة من الطلاق البائن فلا توارث بين الزوجين لزوال الزوجية الموجبة للتوارث ما عدا في حالة الطلاق الإقرار الذي يتم من خلاله تسريح الزوجة بطلاق البتة في مرض المورث الذي اتصل به الموت بنية حرمانها من الميراث. وهذا ما اتفقت عليه المذاهب الأربعة لأنه متهم بقطع إرثها وفي روايات ترث بالمطلق من غير تحديد الأجل واستدلوا في ذلك بالحديث الذي رواه الإمام مالك أنه سمع ربيعة

1- بوجاني عبد الحكيم، أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص ص 398-399.

2- سورة النساء الآية 11.

3- سورة النساء الآية 12.

بن أبي عبد الرحمان يقول بلغني أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال إذا حاضت ثم طهرت فأذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمان بن عوف فلما طهرت أذنته فطلقها البتة أو تطلقها لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمان بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها ولم ينكر الصحابة هذا القضاء فكان إجماعاً منهم.¹

أما النكاح الفاسد والباطل فلا توارث فيه سواء قبل الدخول أو بعده بالاتفاق وهو ما يجري العمل به قضاءً إلا أن الإشكال واللبس يتمثل في غموض مصطلح الزوجية الوارد في نص المادة 126 ق.أ.ج والذي كان من الأحسن على المشرع الجزائري تفصيله بقوله مفصلاً وتكون الصياغة كالتالي: "سببي الميراث القرابة والزوجية الصحيحة"، حتى لا يشمل غيره من الأنكحة الفاسدة كنكاح الشبهة ولا حاجة لإضافة المادة 131 ق.أ.ج التي تنص: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين" كما تضمنت المادة 132 من ق.أ.ج غموضاً وتناقضاً أشد من الإبهام واللبس الوارد في نص المادة 126 من نفس القانون. نصت المادة 132 ق.أ.ج: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمطلق في عبارة "في عدة الطلاق" من دون تحديد لنوع الطلاق سواء كان رجعيًا أو بانناً وهو ما يؤدي إلى تناقض وعدم الانسجام بين الأحكام الشرعية والمقتضيات القانونية بسبب بعض الأوضاع التي تفرض نفسها من الناحية الشرعية وما تثيره من إشكالات وغموض قانوني.

بالرجوع للمادة 49 ق.أ.ج: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..." وما يسود مجتمعنا من حالات للطلاق خارج أسوار المحاكم فنجد الرجل يطلق زوجته بالإرادة المنفردة خارجة دائرة المحاكم، وبعد مرور مدة طويلة وانقضاء مدة العدة الشرعية يسعى الزوج إلى تثبيت الطلاق من الناحية القانونية برفع دعوى طلاق للحصول على حكم قضائي يثبت الشيء المقضي فيه مع احتمال أن تطول مدة سير الدعوى ما بين رفعها وصدور الحكم وهو ما يثير المخالفات الشرعية. ففي هذه الحالة لا توارث بين الزوجين لانتهاء العدة قبل صدور الحكم بفك الرابطة الزوجية (الطلاق) لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت غير أن الأشكال المطروح أن نص المادة 132 ق.أ.ج أشار إلى أحقية الزوجين في الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق وهو ما خالف الشرع حيث نصت المادة 132: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".²

ولا يكون هذا النص صائباً إلا في حالة كون الزوج لم يطلق قبل رفع الدعوى وترك الأمر للقاضي لكي يحكم بالطلاق سواء كان بطلب من الزوج أو الزوجة.³

كما أشار النص السابق (المادة 132) إلى أحقية الحي منهما في الميراث إذا كانت حادثة الوفاة في عدة الطلاق إذا كانت حادثة الوفاة في عدة الطلاق بشرط أن الطلاق يوقعه القاضي لأن الحكم هو من يثبت ويحدد تاريخ الطلاق الإشكال أن هذا الأمر قد يصطدم بالجانب الشرعي في حالة كون الزوج قد تلفظ بالطلاق وانتهت العدة قبل اللجوء للقضاء فلا يتوارث الزوجان لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما في حين النص القانوني لم يراعي هذه المسائل المهمة.

غير أن الإشكال الآخر الذي تضمنه نص المادة 132 ق.أ.ج⁴ وهو الإشارة إلى لفظ الطلاق دون تمييز بين ما إذا كان الطلاق للمرة الأولى أو الثانية أو الثالث، وهو ما يستوجب انعدام التوارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما ولو كانت الزوجة في مرحلة العدة بينما يستحق الحي منهما الإرث من الآخر إذا كان الطلاق غير مكمل للثلاث، فحساب العدة شرعاً يبدأ من وقت التلفظ الزوج بالطلاق لا من

¹- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص ص 400-401.

²- المرجع نفسه، ص 401.

³- إقراف زبيدة، المرجع السابق، ص 04.

⁴- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 402.

تاريخ صدور الحكم وهو ما يجعل المسافة الزمنية بين الطلاق الشرعي والطلاق القانوني كبيرة خاصة وأنه في غالب الأحوال قضايا فك الرابطة الزوجية في المحاكم لا يتم الفصل فيها إلا بمرور مدة تتجاوز المدة الشرعية بكثير .

ومن هذا المنطلق وجب تعديل النصوص القانونية بما يسمح بتحقيق الانسجام والتوافق بين المقتضيات الشرعية والقانونية. فعلى سبيل الاقتراح كنص بديل للمادة 132 كالاتي:

- إذا طلق الزوج زوجته في الصحة ترثه ويرثها بشرطين:

- ✓ أن يكون الطلاق رجعياً سواء صدر بشأنه حكم أو لم يصدر.
- ✓ أن يكون الموت قبل انقضاء العدة.

- إذا طلق الزوج زوجته في مرض الموت، ترثه مطلقاً.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الولاء كسبب من أسباب الميراث بما أنه لم يبقى قائماً مع زوال عصر الرق بالإضافة إلى دعوى القوانين الحديثة والاتفاقيات المعاصرة التي تدعو إلى نبذ ظاهرة الاسترقاق فيكون المشرع الجزائري قد وفق في هذا الطرح.¹

إذا كان هذا الحال عن الأسباب فيكيف يكون الحال عن شروط الإرث وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

فرع الثاني

شروط الإرث

وردت شروط الميراث في المادتين 127 و128 من ق.أ.ج حيث نصت المادة 128 ق.أ.ج على ما يلي: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث"، فعبارة "وقت افتتاح التركة" تثير إشكالا من حيث الصياغة فنثبوت حق الإرث في التركة مشروط بتحقق واستقرار حياة الوارث وقت موت المورث وليس وقت افتتاح التركة، لأنه هذه الأخيرة يمكن أن لا تفتح إلا بعد سنوات من حادثة الوفاة.²

فلا يعقل أن يورث من وجد وتخلق بعد موت قريبه ونفس التعقيب في حق المورث غير ان الحمل يستحق نصيبه بمجرد تحقق حياته وقت وفاة المورث، بغض النظر عن وقت افتتاح التركة، ولو بعد وفاته فحقه محفوظ من غير خلاف بالرجوع إلى النص المادة 25 ق.م.ج التي جاء نصها: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً"³، الحياة التقديرية ميزة تتحقق في الجنين داخل بطن أمه تمنحه الشخصية القانونية تمكنه من التمتع ببعض الحقوق حسب نص المادة السابقة لكن المادة 134 ق.أ.ج التي فصلت في ميراث الجنين بمطابقتها وانسجامها مع رأي الجمهور القائلين على توريث الجنين بشرط انفصاله حياً، حيث نصت المادة 134 ق.أ.ج: "لا يرث الحمل إلا بتمام ولادته حياً ويعتبر حياً إذا أستهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"⁴.

إذا كان هذا الحال عن شروط الإرث فيكيف يكون الحال عن موانع الميراث وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

1- المرجع نفسه، ص 404.

2- إقرونة زبيدة، المرجع السابق، ص 04.

3- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 404.

4- وارتي غنية، دراسة نقدية للكتاب الثالث من ق.أ.ج، ع 01، م 34، حوليات جامعة الجزائر 01، مارس 2020، ص 86.

الفرع الثالث

موانع الميراث

وردت موانع الميراث في ق.أ.ج من خلال المواد 138، 135 أما الفقهاء فقد حصروها في سبعة أسباب تحت عبارة "عش لك رزق".

- ✓ العين: عدم استهلال المولود صارخا؛
- ✓ الشين: الشك في أسبقية الوفاة مثل الغرقى، الهدمي؛
- ✓ اللام: اللعان يمنع توارث الزوجين ومنافاة من الأولاد؛
- ✓ الكاف: الكفر أو اختلاف الدين؛
- ✓ الراء: الرق أو العبودية؛
- ✓ الزاي: ولد الزنا؛
- ✓ القاف: القتل العمد.

تناول المشرع الجزائري موانع الميراث في العديد من المواضع:¹

حيث عالجت المادة 135 حكم الميراث في القتل العمد سواء كان القاتل الوارث فاعل أصلي أو شريك فعلي أو مساهما حسب نص المادة 135 ق.أ.ج: يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- قاتل المورث عمدا أو عدونا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا؛
- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه؛
- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.²

أما المادة 138 ق.أ.ج: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

الملاحظ أن المشرع لم يشير إلى اختلاف الدين وإن كانت الردة نوع من أنواع الكفر، فالكفر أعم، فالمرتد هو المسلم الذي يبذل دينه لديانة سماوية أو الكفر مطلقا أو الإلحاد، الكافر من لا يدين بالإسلام أصلا ويبقى الحل هو أعمال نص المادة 222 ق.أ.ج التي ترخص بالعودة للاجتهادات الفقهية الإسلامية برمتها دون التقيد بمذهب محدد وهو ما يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية نتيجة حرية القاضي وسلطته في اختيار الرأي الفقهي الراجح عنده.³

لذا كان يستحسن بالمشرع ألا يستعمل لفظ "الردة" فقط بل يتوسع ويضيف لفظ اختلاف الدين حتى يشمل من اختلفت ديانتهم وهم في حكم القرابة كالزواج المختلط (مسلم ومسيحية) في هذه الحالة لا تورث بينهم لاختلاف ديانتهم وهذا لقول الرسول الله ρ (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) فالردة كمانع للميراث في الحقيقة ما هي إلا صورة من صور المفهوم الأوسع وهو اختلاف الدين ولهذا وجب على المقنن إعادة النظر في الصياغة وإضافة مانع اختلاف الدين إذ هو عبارة تشمل الكفر سواء كان أصليا أو

¹ كريم زينب، شيهاب حول الأحكام الميراث في ق.أ.ج وعند الفقهاء، ع13، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي طاهر، سعيدة، 2019/12/14، ص 315.

² بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 406.

³ إقرون زبيدة، المرجع السابق، ص 05.

طارئاً ولكنه يبدو من الصعوبة بما كان إثبات حالة الردة وما هي المستندات التي تتطلبها كالحكم القضائي مثلاً؟ والملاحظ كذلك عدم تنظيم ق.أ.ج لتوارث بين غير المسلمين.¹

كما ورد لفظ اللعان بصفة مطلقة في نص المادة 138 ق.أ.ج "يمنع من الإرث اللعان والردة" فاللعان أحد أسباب التفرقة بين الزوجين وانقطاع العلاقة الزوجية فلا توارث بينهما وما يعاب على المشرع الجزائي لم ينص على اللعان ضمن الأسباب الطلاق رغم أنه سبب شرعي للتفريق بين الزوجين غير أن الإشكال الآخر وهو أن المشرع لم يشر من خلال النص إلى المقصود بالمنع هل يتعلق بالزوجين ببعضهما البعض في حالة التلاعن فلا يثبت الميراث بينهما، ولم يتناول مصير الجنين بعد التلاعن، لأن الزوج إذا نفى نسب الجنين عنه فلا ينسب له ولا يرثه وهذا ما يوجب تعديل النص كي يكون أكثر وضوحاً ويشمل حالة من نفي النسب بالشرع والقانون.

أما نسب المولود من أمه (الزوجة) بعد الملاعنة فهو ثابت لأنها هي من حملت ووضعت وبالتالي ترث منه ويرث منها وهذا ما هو مقرر فقهاً في ميراثه لأمه بلا خلاف.

قال رسول الله ﷺ (المرأة تحوز ثلاث موارث عتقها ولقطيها وولدها الذي لا عنت عليه) وكذلك الحديث الذي رواه مكحول قال: "جعل رسول الله ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها" وهو ما ينطبق كذلك على حالة ولد الزنا فميراثه لأمه وما يعاب على المشرع الجزائي أنه لم يتعرض لميراث ولد الزنا.

خلاصة القول أن المشرع لم يذكر جميع موانع الميراث الشرعية التي أستنبطها الفقه الإسلامي وعليه نقترح تخصص مادة واحدة لموانع الميراث² وتكون صياغتها كالتالي: "يمنع الإرث" ما يلي:³

- قتل المورث عمداً أو عدواناً، سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً.
- ✓ شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه؛
- ✓ العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية؛
- ✓ ويرث القاتل خطأً من التركة دون الدية؛
- اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم أما المرتد أو المرتدة فلا يرثان ولا يورثان، ومالها يؤول للخزينة العمومية.
- لا توارث بين المتلاعنين ولا بين الزوج الملاعن والولد المنفي.

أما بالنسبة لأمه فيثبت التوارث بينهما كما يثبت التوارث بين ولد الزنا وأمهم وقرابتهما.

إذ توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولاً فلا استحقاق لأحدهم من تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا.⁴

لقد تطرقنا في هذا المطلب إلى الإشكالات المتعلقة بأسباب وشروط وموانع الميراث وسوف نتطرق في المطلب الموالي إلى الإشكالات المتعلقة بأصناف الورثة.

المطلب الثاني

1- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 408.

2- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 406.

3- زبيدة أفراف، المرجع السابق، ص 06.

4- كريم زينب، المرجع السابق، ص 318.

الإشكالات المتعلقة بأصناف الورثة

تناول المشرع الجزائري أصناف الورثة في المادة 139 من قانون الأسرة فجاء فيها ما يلي ينقسم الورثة إلى:

- أصحاب الفروض.
- العسبة.
- ذوي الأرحام.

كما نصت المادة 180 الفقرة الرابعة: "...فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عسبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة".¹

الملاحظ هنا أن ق.أ غفل المقر له بالنسب في البنوة والأبوة والأمومة وفي غيرها أيضا، لأنه نص عليه في موضوع النسب من خلال المادتين 44 و45 من ق.أ.

نصت المادة 44 على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة"،² والمادة 45 ق.أ.ج: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

فيصبح التوارث ساري المفعول في حق الشخص المقر بالنسب فقط دون غيره من باقي الورثة فيكون التوارث حصريا بينهم فقط. فما دام المشرع قد أخذ بالنسب بالإقرار من خلال المادتين 44 و45 وجب على المشرع أن ينص عليه في الميراث ولذلك وجب إضافة المقر له بالنسب ضمن أصناف الورثة بتعديل المادة 139 من ق.أ، وبالتمعن والملاحظة الدقيقة للمادة السابقة الذكر أي 139 من ق.أ.ج فقد تم تصنيف الورثة إلى المراتب حسب جهة ودرجة القرابة للميت وبالتالي تقسيمهم إلى أصحاب الفروض وعسبة، وذوي الأرحام.

الفرع الأول

الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب الفرض

عرفهم المشرع الجزائري في المادة 140 من ق.أ كما يلي: "ذوو الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا فيقصد بهم جميع الورثة اللذين لهم سهام مقدره في القرآن والسنة والإجماع".

تطرق لأصحاب الفروض المشرع الجزائري من خلال المواد 141 إلى 149 من ق.أ وتم تقسيمهم إلى قسمين:

✓ الوارثون من الرجال وهم: الأب، الجد لأب وإن علا، الزوج، الأخ لأم، الأخ الشقيق في المسألة العمرية حسب المادة 141 ق.أ.ج.

✓ الوارثات من النساء وهن: البنت، بنت الابن وإن نزل، الأم، الزوجة، والجدة من الجهتين وإن علت، والأخت الشقيقة، والأخت الأب، الأخت لأم حسب المادة 142 ق.أ.ج.³

تكفلت المادة 143 بتحديد المقادير المفروضة التي يستحقها هؤلاء وهي ستة فروض بالضبط، المادة 143 ق.أ.ج: "الفروض المحددة ستة وهي النصف، والرابع والثلثان، والثلث والسدس".

أما توزيع هذه الفروض على من يستحقها حسب الأحكام الشريعة والنصوص القطعية من القرآن والسنة والإجماع فتضمنتها المواد من 144 إلى 149 من ق.أ تحت عناوين أصحاب النصف، أصحاب الثلث، أصحاب الربع، أصحاب السدس، ميراث الجد.

1- زبيدة أقراف، المرجع السابق، ص 06.

2- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 410.

3- بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص ص 412-413.

نص المشرع ميراث الجد الصحيح ويقصد به الجد الذي لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى فهو أب لأب مهما علا، وله عدة حالات في الميراث، فإذا انعدم الأب حل محله، وإذا وجد مع الأخوة فله حالات خاصة.¹

لم يرد في ق.أ.ج عن تنزيل الجد منزلة الأب عند انعدام الإخوة سوى ما ورد في نص المادة 149 في فقرتها الثالثة عند ذكر الأصحاب السدس حيث جاءت كما يلي: "أصحاب السدس سبعة هم.... الجد للأب عند وجود الولد، أو ولد الابن، عند عدم وجود الأب....".

بالاتفاق والإجماع المنعقد على أن الجد يحل محل الأب إذا انعدم، وانعدام الإخوة الأشقاء أو لأب، فيأخذ السدس بوجود الفرع الوارث المذكور للميت مهما نزل، أو السدس والتعصيب مع الفرع المؤنث مهما نزل، والتعصيب حالة انعدام الفرع الوارث مطلقا للميت وهناك طائفة من الفرائض يصطلح الفقهاء على تسميتها بالمسائل المعادة يسلك في حلها قواعد استثنائية في باب ميراث الجد والأخوة حيث الأصل حجب الأخوة لأب بالأخوة الأشقاء ابتداء قبل حل الفريضة أساسا إلا في حالة اجتماعهما مع الجد فيسلك سبيل آخر.² حيث يؤخر حجبهم لغاية استخراج أفضل نصيب للجد سواء، وجد صاحب فرض معهم أو انعدام وهو ما اخذ به مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة.

غير أنه لم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى هذه المسألة، بل مضمون المادة 158 كان صريحا في تنصيب على حالتين فقط للجد مع الأخوة، فإما اجتماعه مع الأخوة الأشقاء أو مع الأخوة لأب ذكورا أو إناثا أو مختلطين، مما يثير غموضا ولبسا وحيرة وإشكالات عملية أمام الموثقين في كيفية التعامل مع هذا النوع من الفرائض، حيث يترددون بين تطبيق القواعد الأصلية في حجب الأخوة لأب من طرف الإخوة الأشقاء حسب نص المادة 154 من ق.أ. الذي جاء فيه: ".... وإذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة، فمن كان ذا قربتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة...."³.

أو احتساب الأخوة لأب (ذكورا أو إناثا) مع الأشقاء لإدخال النقص على نصيب الجد، ثم في النهاية تؤول حصة الإخوة مجتمعين إلى الأشقاء أن كانوا ذكور فقط أو ذكورا وإناثا، وإن كانت شقيقة تأخذ نصيبها مما يستقيه الجد إن كان مساويا للنصف أو أقل فإن زاد على النصف آلت الزيادة إلى من معها من الأخوة والأخوات لأب عملا بمحتوى المادة 222 من ق.أ. التي تنص على الإحالة لأحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم ينص عليها القانون الجزائري، وعلى الحاليتين نتائج الفريضة بكل تأكيد ستختلف وفي منظور آخر بينت المادة 144 من ق.أ. أصحاب النصف من أهل الفروض حيث جاء فيها ما يلي:⁴

أصحاب النصف خمسة وهم:

- الزوج ويستحق النصف تركة زوجته بشرط عدم وجود فرع الوارث لها؛
- البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى؛
- بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى وولد الابن في درجتها؛
- الأخت الشقيقة بشرط انفرادها وعدم وجود الشقيق والأب، وولد الصلب وولد الابن ذكرا أو أنثى، وعدم وجود الجد الذي يعصبها؛
- الأخت لأب بشرط انفرادها عن الأخ والأخت لأب وعدم وجود ما ذكر في الشقيقة.

غير أنه كان من الأفضل بالمشرع إضافة عبارة "ذكر أو أنثى" في نهاية الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه كما فعل في حالة الولد الصلب ذكرا أو أنثى، وولد الابن في حق الشقيقة، لان بنت الابن

1- زبيدة أقروفة، المرجع السابق، ص 06.

2- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 414.

3- زبيدة أقروف، المرجع السابق، ص 08.

4- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 415.

ستمناها الحفيدة من درجتها من أخذ النصف وبالتالي ترثان معا الثلثين نظرا للتعدد،¹ أو يقوم المشرع بحذف جملة ذكرا أو أنثى كلياً من كل الفقرات، لأن كلمة "الولد" في اللغة والاصطلاح تطلق على الذكر والأنثى.

أدرج المشرع الأخ الشقيق ضمن أصحاب الفروض حسب نص المادة 141: "يرث من الرجال الأب والجد للأب وإن علا، والزوج، والأخ للأم والأخ الشقيق في المسألة العمرية" بإدراج الأخ الشقيق ضمن أصحاب الفروض يكون المشرع الجزائي قد أخطأ وجانب الصواب لأن الأخ الشقيق يعد من صنف العصبية بنفسه بالاتفاق، فيرث بالفرض استثناء في المسألة المشتركة وهي مسألة واحدة تشذ عن باقي قواعد الميراث العامة إذا اجتمع مع الأخوة لأم، وزوج، وأم أو جدة فكان من الأفضل عدم ذكر الأخ الشقيق في هذا الموضوع والاكتفاء بالإشارة إليه في المسائل الخاصة وتحديد في نص المادة 176 "يأخذ الذكر من الأخوة كالأنثى في المشتركة وهي، زوج وأم، أو جدة و إخوة لأم، وأخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث الأخوة للأم والأخوة الأشقاء الذكور والإناث في ذلك سوء على عدد رؤوسهم لأن جميعهم من أم واحدة".²

يستحسن بالمشرع ضبط المصطلحات وتوحيدها في هذا الموضوع حيث أورد المشرع هذه الحالة في المسائل الخاصة تحت مسمى المسألة المشتركة وفي المادة 141 سمها المسألة العمرية (حسب الاسم الموجود في الكتب الفقهية) وهذا ما يفضي إلى التباسها بالمسألة الغراوية التي تشتهر بالعمرية، المشار إليها في المادة 177 ق.أ.ج.

إذا كان هذا الحال عن الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب الفرض فكيف يكون الحال الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب العصبية وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب العصبية

العصبية لغة: الأقارب من جهة الأب لأنهم يعصبونه، ويعتصب بهم أي يحيطون به ويشند بهم

أما العصبية اصطلاحاً:

هم الورثة اللذين ليس لهم فروض مقدرة في الكتاب والسنة أو كل من يستأثر بالميراث عند إنفراده ويأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض.

ويقصد بالعصبية الورثة اللذين ليس لهم سهم مقدر في نصوص الشرعية، وبعبارة أخرى كل من يرث كل المال عند الانفراد أو يرث ما تبقى بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم أو لا يرث شيئاً إذا لم يبقى شيء من التركة. وعرف مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية التعصب في المادة 258 منه: "التعصب استحقاق في التركة غير محدد ولا قار".³

وتطرق المشرع الجزائي إلى العصبية في المادة 150 من قانون حيث كان نصها كالتالي: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له" وتناول أنواع العصبية من خلال المادة الموالية 151 من نفس القانون فجاءت كالآتي:

العصبية ثلاثة أنواع:

- عاصب بنفسه؛

¹ - المرجع نفسه، ص 416.

² - زبيدة أقراف، المرجع السابق، ص 08.

³ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 417.

- عاصب بغيره؛
- عاصب مع غيره.

نظم المشرع الجزائري ميراث أصحاب العصبية في المواد من 150 إلى 157 من قانون الأسرة، حيث تطرق إلى توضيح مفهومها وأنواعها في المادتين 150 و151، ثم نظم العاصب بنفسه في المواد من 152 إلى 154 من ق.أ فتم تعريفه في المادة 152 كما يلي: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك، بواسطة ذكر" من خلال الاطلاع على المادة والتدقيق في صياغتها والألفاظ التي استعملها المقنن نجد أنه استعمل كلمة "ينتمي" عوض كلمة "قريب" للدلالة على صلة القرابة فلفظ "ينتمي" غير دقيق فالانتماء إلى الميت قد يكون بالقرابة أو الرحم أو بالزوجية أو حتى العتق قديما ثم توجه المشرع إلى تقسيم العصبية بالنفس إلى أربعة جهات البنوة الأبوة، الأخوة، العمومة، من خلال المادة 153 من ق.أ، فجاءت كما يلي: العصبية بالنفس أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الآتي:¹

- ✓ **جهة البنوة:** تشمل الابن، ابن الابن، مهما نزلت درجته؛
- ✓ **جهة الأبوة:** تشمل الأب، الجد والصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد؛
- ✓ **جهة الإخوة:** تشمل الأخوة الأشقاء أو الأب؛
- ✓ **جهة العمومة:** تشمل أعمام الميت، وأعمام أبيه، وأعمام جده مهما علا وأبنائهم مهما نزلوا.

أدرج المشرع الجد ضمن جهة الأبوة بقوله في الفقرة الثانية المادة 153 المذكورة أعلاه: "جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مراعاة أحوال الجد، كما جمع الأخوة الأشقاء أو الأب وفروعهم في جهة واحدة هي جهة الأخوة" بقوله في الفقرة الثالثة: "جهة الأخوة وتشمل الأخوة الأشقاء أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا..". فهذا التقسيم الرباعي للعصبية النسبية يتمشى مع مذهب أبي حنيفة الذي يرى حجب الأخوة من أي جهة كانوا بالجد الصحيح لكن هذا الترتيب لا يتوافق مع موقف المشرع الذي أقر توريث الجد مع الأخوة إذا اجتمعوا أخذاً برأي الجمهور، فقد استدرك الأمر في نفس المادة بعبارة: "العصبية بالنفس أربعة جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع" حسب الترتيب الآتي:

- جهة البنوة تشمل الابن، وابن الابن وهما نزلت درجته؛
- جهة الأبوة تشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد؛
- جهة الأخوة وتشمل الأخوة الأشقاء، أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا؛
- جهة العمومة تشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده مهما علا، وأبنائهم مهما نزلوا.

ولكن كان عين الصواب ترتيبهم على خمس مراتب حسب مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين حتى يكون انسجام للمواد فيما بينها وترتب كالتالي:²

- جهة البنوة وتشمل الفرع المذكر الصلبي والحنفي؛
- جهة الأبوة وتشمل الأب فقط؛
- جهة الجدود الأخوة (أشقاء أو الأب)؛
- جهة أبناء الأخوة (أشقاء أو الأب) مهما نزلوا؛
- جهة العمومية (أشقاء الأب) وفروعهم مهما نزلوا.

وبهذا لا يحتاج المشرع لأي استدراك أو تليفق ولا يخلط بين الآراء الفقهية وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في مدونة الأسرة في نص المادة 349 حيث جعل الجد العاصب وإن علا والإخوة أشقاء أو للأب في مرتبة واحدة، نظرا لإقرار مبدأ توريثهم سويا حالة الإجماع.

¹ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 417.

² - زبيدة أرفوف، المرجع السابق، ص 10.

فالأب والجد يرثان تارة بالفرض وتارة أخرى بالتعصب وأحيانا يرثان بهما معا في حالة وجود الفرع الوارث المؤنث للميت والأشكال المطروح يتمثل عدم توضيح المشرع الجزائري لحالة ميراث الجد بالتعصيب فقط وكذا حالة ميراثه السدس مع التعصب عند وجود الفرع المؤنث للميت وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يشير في المادة 156 من ق.أ إلى مفهوم العصبية مع الغير وهذا عكس ما فعل في العصبية بالنفس والعصبه بالغير.¹

فعرف العصبية بالنفس في المادة 152 كما يلي: "العاصب بنفسه وهو كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر" و عرف العصبية بالغير في المادة 155 كما يلي: "العاصب بغيره هو كل أنثى عصبها ذكر".

أما العصبية مع الغير فتناول المشرع مباشرة طرق الوارثات بها دون تعريفها من خلال المادة 156 من ق.أ العاصب مع غيره: الأخت الشقيقة، أو لأب وإن تعددت عند وجود واحدة فأكثر مع بنت الصلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة، أو الجد.²

إذا كان هذا الحال عن الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب العصبية فيكيف يكون الحال عن ذوي الأرحام وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

ذوي الأرحام

لغة: الأرحام جمع رحم وهي منبت الولد في بطن الأم تسمى القرابة بالرحم قال تعالى ﴿وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾³

أما اصطلاحا: فذوو الأرحام هم الأقارب الورثة الذين ليسوا من أصحاب الفروض أو العصبات أي هم من لا فرض لهم في الكتاب الله ولا هم عصبية ويمكن إجمالهم فيما يلي: "بنو البنات، وبنات الأخوة، بنو الأخوات، وبنات الأعمام، والعم أخو الأب للأم فقط، بنو الأخوة للأم، والعمات، والخالات والأخوال".

نص المشرع الجزائري في ق.أ من خلال المادة 168 على ما يلي: "يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد بنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا فأولادهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، فإن استووا في الدرجة، فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم، وإن استووا في الدرجة، ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، اشتركوا الإرث".⁴

من خلال هذا النص القانوني أخذ المشرع الجزائري بتوريث ذوي الأرحام واستقر على ما ذهب إليه

الجمهور القائل بتوريث ذوي الأرحام، وهذا ما قال به عدد من الصحابة كعمر، وعلي، ابن مسعود ومعاذ وأبو الذر أو غيرهم، وهو مذهب الحنيفة والحنابلة والمتأخرون من المالكية والشافعية.

فحين ذهب البعض الآخر من الصحابة والتابعين بالمخالفة في الرأي كزيد بن ثابت وسعد بن المسيب وسعيد بن جبير بعدم توريث ذوي الأرحام، وهو نفس رأي متقدموا المالكية والشافعية وتؤول التركة عندهم إلى البيت المال.

أما فيما يخص كيفية توريث ذوي الأرحام المنصوص عليها في المادة 168 من قانون الأسرة.⁵

1- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 420.

2- المرجع نفسه، ص 421.

3- سورة النساء الآية 01.

4- زبيدة أقروف، المرجع السابق، ص 11.

5- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 422.

تبنى المشرع طريقة أهل القرابة المعمول بها في تحرير الفرائض وهي طريقة الأصناف، وقد أخذت به معظم قوانين الأحوال الشخصية كالقانون المصري والكويتي والسوري وهو مذهب سيدنا علي T.

تتبنى هذه الطريقة على مبدأ مراعاة القرابة، قياساً على قواعد الترجيع بين العصابة بالنفس، ثم قوة الدرجة، فقوة القرابة.

من المنطقي أنه تبنى تقسيم الأصناف ذوي الأرحام كالآتي:¹

- ✓ **الصف الأول:** فروع الميت، وهم الذين يتصلون به عن طريق الأنثى.
- ✓ **الصف الثاني:** أصول الميت، هم اللذين يتصلون به بواسطة الأنثى.
- ✓ **الصف الثالث:** هم فروع أبوي الميت.
- ✓ **الصف الرابع:** وهم فروع أجداد المتوفي وجداته

غير أنه الإشكال المطروح يتمثل في الإغفال الذي وقع فيه المشرع الجزائري بتبيان طريقة توريث الصف الأول فقط من ذوي الأرحام وهم فروع الهالك والاكنتاء عند هذا الحد الوارد في نص المادة 168 من ق.أ.

بينما سكت عن الأصناف الثلاثة المتبقية فهذا الصمت والإغفال يثير عدة إشكالات في الجانب العملي ومطبات قانونية في حالة الاجتهاد وي طرح عدة تساؤلات فهل السكوت عنهم يعني عدم توريثهم وقوفاً عند حرفية النص التشريعي فلا اجتهاد مع النص هذا من جهة القانونية لكن بالمقابل يعد بترا للقول الفقهي الذي اعتمد عليه المشرع في التوريث من الناحية الفقهية، فاتجاه هذا لا يوافق أي مذهب فقهي؟ أو السكوت عنهم من طرف المقتن متعمد حتى يستلزم منا العودة إلى الاجتهادات الفقهية الإسلامية بمقتضى المادة 222 من ق.أ لاستكمال المسكوت عنهم؟ وبعد هذا فتحاً للمجال أمام قاضي شؤون الأسرة لاستعمال سلطته التقديرية في المسائل المسكوت عنها بالموازنة والاجتهادات الفقهية واختيار ما يراه راجحاً ليس حلاً فاصلاً، خاصة مع الاختلافات الموجودة حتى داخل المذهب الواحد في بعض الأمور الفرعية بل قد يفضي إلى ما هو أدهى وأصعب من الإغفالات بذاته.

إذا كان هذا الحال عن الإشكالات المثارة حول الأحكام العامة للميراث فكيف يكون الحال عن قصور النصوص القانونية التي تنظم أحكام الميراث وهذا ما سوف نتطرق في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

قصور النصوص القانونية التي تنظم أحكام الميراث

اجتهد المشرع الجزائري في وضع تقنين لتنظيم أحكام الميراث وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، غير أنه هذا الأخير أي قانون الأسرة اعترته بعض النقائص والثغرات من حيث مضمون أحكامه، وتركيب قواعده، فأفرز العديد من الإشكالات من حيث الصياغة والترجمة والتضارب مع الأحكام الشرعية والقوانين المجاورة، وهو ما سوف نتطرق له في المبحث الثاني بالتفصيل:

المطلب الأول

الإشكالات المثارة في الميراث بالتقدير والوصية الواجبة

يعتبر نظام الميراث الإسلامي من أعدل وأدق أنظمة المواريث فيقوم بحفظ الحقوق وحماية التركة على سواء فتحسب الفروض وفق أحكام شرعية مبنية على اليقين لأعلى الشك والاحتمالات فقد تصطدم

¹ - زبيدة أقروف، المرجع السابق، ص 11.

بعض الحالات في الميراث بظروف خاصة لهذا وجب إيجاد حلول مؤقتة بنتها الشريعة الإسلامية على مبدأي التقدير والاحتياط لضمان حقوق جميع الأطراف.

الفرع الأول

الإشكالات المتعلقة بميراث الحمل

اتفق رجال القانون والفقهاء على ثبوت حق الحمل في تركته مورثه مادام قد تحققت الأسباب من قرابة وقد تخلق قبل الوفاة الموارث في هذه الحالة نميز بين حالتين، حالة تأخير قسمة التركة لما بعد الولادة وهو الأصل، غير أن حاجة بعض الورثة في استفتاء حقوقهم تفرض استثناء تعيين أنصبة المستحقين قبل ولادة الحمل بما تمليه الضرورة فرخص الفقهاء والقانون مبدأ القسمة الأولية للتركة وليست نهائية.

حيث تبنى القسمة الأولية بحفظ النصيب الأوفر للحمل كاحتياط ومعاملة بقية الورثة بالنصيب الأدنى، ثم تستكمل عملية التوزيع بقية الحصص على مستحقيها بعد وضع الحمل.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وتباينت الاجتهادات الفقهية في كيفية توريث الحمل بالنظر لجهالة جنس الجنين وعدد الأجنة في الرحم وعدم معرفة حياته أو موته.¹

وتراوحت احتمالات توريث ما بين التعدد الحمل فقد يكون واحد أو توأم أو أكثر كما يفرض احتمال حال الحمل ما بين الذكورة والأنوثة نفسه وعليه اختلف الفقهاء في مقدار ما يوقف للحمل ويمكن أن نوجز الخلاف في التالي:

- يرى الشافعية أنه لا ضابط لعدد الحمل ويرون عدم إعطاء شيئاً للورثة بسبب فرض تعدد الحمل وبالتالي توقف أنصبتهم إلى حين تبين حال الحمل (وقف التركة كلها لغاية ولادة الحمل) ومنهم من يأخذ باحتمال العدد فيحفظ النصيب الأكثر من حظ الذكرين أو أنثيين، ويرى أبو حنيفة وأشهب من المالكية أن يوقف للحمل النصيب أربعة من جنسه ويعطي ما فضل للورثة، في حين يرى أبو يوسف والليث بن سعد أن يوقف للحمل نصيب واحد من جنسه ويعطي ما فضل للورثة بشرط أن يؤخذ منهم كفيل يضمن في حالة إذا جاء الحمل متعدد وتبين أنهم أخذوا أكثر مما يستحقون فيرجع عليهم وعلى الكفيل بالزيادة.²
- ومنهم من اعتمد على معيار الجنس الحمل فيفترضه مرة ذكرا وأخرى أنثى كالمالكية وأن كان المشهور على جمهور والمالكية قولهم إن كان بين الورثة حملا فإن التركة توقف دون توزيع وتأجل القسمة إلى غاية وضع الحمل لأن الحمل له أمد معلوم ويمكن انتظاره.³

وأتبع المشرع الجزائري رأيهم في صياغة المادة 173 وجاءت كما يلي: "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 الحامل حملها".⁴

غير أنه المادة المذكورة أعلاه تطرح العديد من الإشكالات العملية كحالة ولادة توأمين من الإناث حيث فرضها الثلثين ولا يطرح هذا كان التوأمين ذكراين أو أنثى وذكر، لأن التوريث في الحالتين يكون بالتعصب

¹- بن زيدان صارة، ميراث الحمل بين الفقه والقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون خاص، كلية حقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 38.

²- علال طحطاح، الميراث الحمل في فقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 15، ص 111.

³- أقروف زبيدة، المرجع السابق، ص 12.

⁴- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 424.

ولا يتغير النصيب، ولا يكون الاختلاف إلا في التوزيع فقط، فتقسم مناصفة في حالة إذا كان التوأمين ذكرا، أما إذا كان التوأم ذكر وأنثى فتقسم الحصة وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.¹

وتتغير الحصص المستحقة للورثة بالنقصان في تلك الفريضة نظرا لارتفاع حصة التوأمين بالمقارنة مع النصيب الذي وقفه لهما فهو يقل عن حصتهما.

إذا تم الاعتماد على معيار الذكورة والأنوثة في تقسيم التركة حسب ما ورد نص المادة 173 من ق.أ. وتم إعطاء كل الورثة أو بعضهم حصصهم الكاملة وكانت ثابتة على الوضعين وتم منح الأنصبة الدنيا لمن يتأثر نصيبه على الفرضين الذكورة والأنوثة ثم نتج عن الحمل بعد الولادة توأمين أنثويين فيتعين استرجاع أجزاء من أنصبة الورثة لتكملة الثلثين حصة التوأم وبالتالي يطرح إشكال كيفية استرجاع تلك الزيادة من الورثة وذلك لاحتمال التصرف فيها أو استهلاكها وكيف يتم إثبات ذلك؟ وهو حق يعد استرداده أمرا صعبا على خلاف إذا كانت الأنصبة قائمة بين يدي الورثة.² وهو السؤال الذي لم يتعرض له المشرع بالإجابة عنه في مواد ق.أ.

مما سبق نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار معيار الذكورة والأنوثة في توريث الحمل واسقط معيار التعدد ولتجنب وتفادي المنازعات بين الورثة وجب الاعتماد على الاختيار الفقهي الأقرب للصواب وهو المذهب القائل بحا فرائض الحمل على معيار التعدد (توأم الأنثيين) فيعامل الورثة بالنقصان ويحفظ النصيب الأوفر للحمل، وهو ما يجنبهم ويغنيهم عن الحاجة لمطالبتهم لاحقا باسترجاع ما زاد من النصيب أو الفرائض الغير المستحق، أو يتوجب أخذ كفالة من بقية الورثة احتياطا لاحتمال تعدد الحمل، فهذا الحل الأخير مرجح نظرا لدواعي وأسباب استعجال القسمة قبل وضع الحمل من باب الضرورة والحاجة والعوز فلا يعقل أن يجمع عوزهم ومطالبتهم بدفع مبلغ كفاله ويمكن عرض العمل على الخبرة الطبية لمعرفة عدد الأجنة وجنس الحمل قبل استخراج الفريضة، فالتقنية الطبية الحديثة بما أوجدته من وسائل الكشف الباطني والتصوير وطرائق التحليل المخبري كلها وسائل تيسر معرفة حياة الجنين أو موته، خاصة أن المادة 174 من ق.أ. رخصت بإمكانية استخدام الخبرة الطبية في حالة وجود منازعة تتعلق بالحمل بين المرأة الحامل والورثة فجاء نصها صريحا وكالاتي: "إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من القانون".

والمقصود بأحكام المادة 43 التي يجب مراعاتها هو قيد وضع الحمل خلال مدة عشرة (10) أشهر كاملة ابتداء من تاريخ الانفصال أو يوم وفاة المورث، يتضح أن المشرع الجزائري قد نهى الأحكام وقواعد النصوص القانونية في تقنين الأسرة من الفقه الإسلامي فيها يخص مدة الحمل ومعايير المدد الزمانية للحمل حتى ينسب لأبيه فجاءت المادة 42 من ق.أ. لتحديد أطول وأقصر مدة للحمل في تحديد الانتساب للأب من عدمه المادة 42 ق.أ.ج: "أقل مدة للحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"، فإذا جاء الولد خلال هذه المدة تثبت له كل الحقوق الشرعية والقانونية.

كما وجب الاعتماد على التقويم القمري في الحساب في مثل هذه الأوضاع المتصلة بشؤون الأسرة لأن الأحكام الشرعية تبني عليه، كالمدة ومدة الحمل والإيلاء، وسنة التأجيل لمن به عليه قبل التطلق وتثبير صياغة المادة 173 من ق.أ. إشكالية عدم دقة مصطلح "ابن واحد" أو "بنت واحدة" فالحمل الذي وجب له الميراث ليس بالضرورة أن يكون من الزوجة قد يكون من الأم أو الزوجة الابن أو زوجة الأب أو غيرهم فيستحسن استبدالها بعبارة "ذكر أو أنثى" فهو عين الصواب لأنه أشمل وأعم وأدق ويمكننا توضيح الأمر في الجدول التالي:

¹ - المرجع نفسه، ص 425.

² - أقروف زبيدة، المرجع السابق، ص 13.

جدول إيضاحي لدرجة قرابة الحمل:

إذا كان الحمل من المورث فلا يكون الحمل إلا ابناً أو بنتاً، أما إذا كان من غير المورث فقد يكون ابن ابن أو بنت ابن أو أخ ش أو أخت ش...¹

الحمل	الصيغة	قرابة الحمل المتوفي
الحمل من المورث	توفي رجل عن زوجته الحامل	ابن أو بنت
الحمل من غير المورث	توفي رجل عن زوجته ابنة الحامل	ابن ابن أو بنت ابن
	توفي رجل عن أمه الحامل من أبيه	أخ ش أو أخت ش
	توفي الرجل عن زوجة أبيه الحامل	أخ لأب أو أخت لأب
	توفي رجل عن أمه الحامل من غير أبيه	أخ لأم أو أخت لأم
	توفي عن زوجته أخيه الشقيق الحامل	ابن أخ ش أو بنت أخ ش
	توفي رجل عن زوجة أخيه من أبيه الحامل	ابن أخ لأب أو بنت أخ لأب
	توفي رجل عن زوجته عمه الشقيق	بن عم ش أو بنت عم ش

إذا كان حال عن الإشكالات المتعلقة بميراث الحمل فيكيف يكون الحال عن ميراث الخنثى المشكل وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

ميراث الخنثى المشكل

اقتضت الحكمة والمشئنة الأهلية أن يخلق ذرية آدم عليه السلام على صنفين مختلفين لكل منهما علامات وصفات خاصة لحكمة التناسل وعمارة الأرض لقوله عز وجل (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى)²

غير أنه قد يولد شخصاً يجمع صفات وعلامات لكلا الصنفين فتظهر عليه آلة الرجال وآلة النساء أو تختفي كلاهما فلا يدري أي الصنفين يلحق.³

1- مفهوم الخنثى:

✓ الخنثى لغة:

- مأخوذة من حيث خنثا من الخنث وهو اللين والثني والتكسر والإمالة، فهو الرجل الذي فيه اللين والتكسر فيكون على صورة الرجال وأحوال النساء.⁴
- الخنثى جمع خنثى وخنث فهو من له عضو الرجال والنساء معا أما الخنثى من الحيوان والنبات فهو من يجمع بين الأعضاء الأنثوية والذكورية معا فتظهر في أحد الجنسين صفات من الجنس الآخر.

¹- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 360.

²- سورة الحجرات الآية 13.

³- رمال مختار، ميراث الخنثى المشكل في الفقه الإسلامي وق.أ.ج، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، قسم حقوق كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015-2016، ص 07.

⁴- سامي بن حملة، إشكالية توريث الخنثى المشكل في قانون الجزائري، جامعة الأخره منتوري، فسنطينة، ص 433.

- كما يعرف الخنثى بأنه الذي لا يخلص لذكر ولا لأنثى وجعله كرا ع و صفا، فيقال رجل خنثي له ما للذكر وما للأنثى ومنه سمي المختنث وهو المتكسر في حركاته المتشبه بغير جنسه فيه نوع من شذوذ.¹

✓ أما اصطلاحاً:

- عند الفقهاء فهو من له ذكر الرجال وفرج المرأة أو من ليس له واحد منهما فيكون له ثقب بين فخذيه يبول منه لا يشبه واحد من الفرجين.²

- كما يمكن تعريفه كذلك هو من كانت له آلة الرجال وآلة النساء معا أو ليس له شيء منها أصلاً.³

2- الخنثى في الطب:

هو علة سببها اضطراب في النمو الجنسي لدى الشخص فتجتمع فيه علامات الذكورة وعلامات الأنوثة بدرجات متفاوتة فتشوبه عيوب خلقية وتشوهات جنينية تمنع تحديد جنس لأن أعضائه الجنسية تكون غامضة وهو ما يسبب أشكال في تقدير ميراثه، ويسمى الخنثى المشكل، لأن الأصل في الإنسان أن يكون ذكراً أو أنثى ولا يمكن أن يكون ذكراً وأنثى في آن واحد لأن لكل منهما حكمة خاصة ويتميز كل منهما بأعضائه الخاصة به فإذا وجد عضوان معا أو فقدهما فعند ذلك يقع الأشكال ويلتبس الأمر.

3- الخنثى في الفقه الإسلامي:

أخذت دراسة الخنثى حيزاً كبيراً واهتماماً لدى الفقهاء المسلمين من حيث تعريفه وتحديد أنواعه وأحكامه فكانت تعاريفهم متقاربة تارة ومختلفة في البعض الآخر.⁴

✓ تعريف الخنثى عند الحنيفة:

الخنثى هو من له فرج المرأة وذكر الرجل ويلحق به من عرى عن الألتين جميعاً وعرفه الكاساني بقوله: "بأنه من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى حقيقية فإما أن يكون ذكراً وإما أن يكون أنثى".⁵

✓ الخنثى عند المالكية:

عرفه الخرشي هو من له آلة المرأة وآلة الرجل وقيل يوجد منه نوع ليس له واحدة منهما وله مكان يبول ولا يتصور أن يكون أب ولا أما ولا جداً ولا جدة ولا زوجاً ولا زوجة لأنه لا يجوز منكاحته مادام مشكلاً".

وعرفه الخطاب "هو من له ذكر الرجال وفرج النساء وهذا هو ألا هو الأشهر فيه، وقيل أنه يوجد منه نوع آخر ليس له واحد منهما وإنما له ثقب بين فخذيه يبول منه ولا يشبه واحد من الفرجين".⁶

✓ الخنثى عند الشافعية:

الخنثى عند الشافعي هو الذي له ذكر الرجال وفرج كالنساء أو لا يكون ذكراً ولا فرج وله ثقب يبول منه، وأعلم أن الخنثى ضربان أحدهما وهو المشهور أن يكون له فرج المرأة وذكر الرجل والضرب الثاني أن لا يكون له واحد منهما بل ثقب يخرج منها الخارج ولا تشبه فرج واحد منها، بأنه من له من ألتا الرجل والمرأة قد يكون له كثقب الطائر ومادام مشكلاً استحاله كونه أباً أو جداً أو أماً أو زوجاً أو زوجة.

¹- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 426.

²- أمينة بوعزيز، الميراث الخنثى على ضوء المستجدات الطبية، مجلة البحوث الأسرية، 2ع، م2، 2022، ص 62.

³- أفراف زبيدة، المرجع السابق، ص 14.

⁴- علي شهاب، فصي حسين محمود، الإرث بالتقدير في الفقه الإسلامي والقانون، 1ع، م3، المجلة العلمية جيهان، قسم القانون جامعة كركوك، العراق، 2014، ص 432.

⁵- أفراف زبيدة، المرجع السابق، ص 14.

⁶- رمال مختار، المرجع السابق، ص 10.

✓ الخنثى عند الحنابلة:

عرف ابن قدامة الخنثى بأنه هو الذي هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم إلى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو الأنثوية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة.

اعتمد الفقهاء في تحديد وكشف جنس الخنثى على مجموعة من العلامات والأمارات فكان أن التبس عليهم الأمر اتخذوا معيار المبال لكشف الغموض واللبس.

المبال: المقصود به النظر إلى مباله إي مكان خروج البول فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى وإن كان يبول منهما ولا سبق لأحدهما على الآخر فهو خنثى المشكل.

عن ابن العباس أن النبي عليه السلام سئل مولود من أين يورث؟ فقال "يورث من حيث يبول".¹

كما اعتمد الفقهاء أيضا على ظهور علامة البلوغ لتحديد جنس الخنثى، فإذا بلغ واحتلم وخرجت له لحية فهو ذكر وإن ظهر له ثدي والحيض فهذه علامات النساء وبالتالي هو امرأة فعلامات البلوغ تسهل تحديد جنسه وإن لم تظهر هذه العلامات فهو خنثى مشكل وهو ما أثار اختلاف الفقهاء في تحديد الأحكام وتقدير نصيبه في الميراث.

وهذا ما تجلّى في اختلافهم في تحديد المعايير المتبعة في تحديد جنس الخنثى بناء على أساس المبال والنصيب المحفوظ له الميراث فإذا تبين جنسه ورث وفقا له أما إذا كان خنثى مشكل وكان من صعوبة بما كان تحديد جنسه فقد اختلف علماء الفرائض في كيفية توريثه فذهب الشافعية والأحناف إلى أنه يعطى أسوء نصيب، أي النصيب الأدنى مما يناله من ميراث ذكرا أو أنثى أو عصبه، لأن الأقل ثابت في حقه والزيادة محل شك ولا يثبت الاستحقاق بالشك أما الزيادة في رأي الشافعية فتوقف حتى يتبين حاله ويتضح جنسه ذكرا أو أنثى، وفي حالة موته فيرد المال على باقي الورثة.²

أما الحنابلة في رأيهم يعطي هو ومن معه عن يقين ويوقف الباقي إلى حين البلوغ، فإن بلغ ولم يزل المشكل تحل المسألة على تقديرين، فيعطى نصف ميراث الذكورة إن كان ورث بالذكورة فقط ونصف ميراث الأنوثة إن كان ورثا بالأنوثة فقط وأن كان وارثا بالفرضين يعطى نصف النصب المستحق لكل الورثة.³

أما مذهب المالكية فيعامل الخنثى المشكل بالتقديرين جميعا فيورث نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى إذا كان يرث على كلا التقديرين وكان إرثه على أحدهما أكثر من أرثه على الآخر.⁴

فإن كان ميراثه بالذكورة فقط أو الأنوثة فقط له نصف حصته فقط، وفي الحالة اتخذ نصيبه (الأخ، أو الأخت لأم) أخذ النصيب كاملا. ومما سبق يمكن لوضع الخنثى أن يستوجب تأجيل قسمة التركة كلها إلى غاية تبيان جنسه بعد البلوغ أو الاعتماد إلى توصل إليه التقدم العلمي في مجال الطب باللجوء للحلول الطبية والمتاحة كالعلاج بالهرمونات والتصحيح الجنسي والتصوير الداخلي، والتكوين الصبغي إلخ.

فيمكن للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية حتى يستعين بها لحل النزاع بين الورثة وحسم فروضهم في التركة، وإن استعصى الأمر على أهل الطب يبقى اجتهاد الفقهاء في كيفية توريث الخنثى هو الحل المطروح الذي لا بديل عنه.¹

1- رمال مختار، المرجع السابق، ص ص 10-11.

2- سامي خليفة، المرجع السابق، ص 9.

3- أقروف زبيدة، المرجع السابق، ص 15.

4- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 428.

4- الخنثى في القانون الأسرة الجزائري:

رغم التعديل الأخير لقانون الأسرى الجزائري لعام 2005 لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الخنثى ولا إلى ميراثه تماما على خلاف قوانين الأحوال الشخصية للدولة العربية مما يتطلب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على المادة 222 من ق.أ.ج.

لكن الاعتماد على نص المادة 222 من ق.أ لا يضمن حلا حاسما، لأن المسألة تسودها اختلافات فقهية حول كيفية توريث الخنثى رغم أنها حالة تكاد أن تكون نادرة إلا أنها واقعة وعلى ما يبدو عدم تطرق المشرع الجزائري لموضوع توريث الخنثى يرجع أساسا إلى اختلاف الفقهاء وعدم اتفاقهم.²

وهو ما دفع بالمشرع إلى فتح الباب أمام الاجتهادات الفقهية من خلال الاستناد إلى ذهب إليه علماء الفرائض في هذا الإطار سواءا تعلق الأمر برأي الحنيفة والشافعية من جهة، أو المالكية وحتى الحنابلة الذي جمعوا بين رأي الشافعية والمالكية من جهة أخرى.

وكان من المستحسن بالمشرع الجزائري اختيار مذهب فقهي بعينه لتحديد أحكام وكيفية توريث الخنثى وهو ما يبسر عمل القضاء ويجنب القاضي تضارب الأحكام القضائية في ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا، الظاهر أن ما ذهب إليه الشافعية هو الأقرب للصواب والأجدر الأخذ به في توريث الخنثى المشكل، فيعامل الخنثى المشكل ومن معه من الورثة بالأضر (الأقل) واليقين احتياطا فيأخذ كل وارث نصيبه المتيقن أما الباقي يتم وقفه حتى يتجلى حال الخنثى المشكل بوضوح، فإذا تيقنت ذكوريته أخذ الباقي الذي يلزمه، وإن تيقنت أنثوية يؤول الباقي إلى الورثة لأنه يفرض للخنثى المشكل فرضيتين الأولى يعتبر ذكر وفي الثانية يعتبر أنثى، ثم يعطى له أقل النصيبين ولمن معه من الورثة كذلك على أن يوقف النصيب المتبقي حتى يتجلى بوضوح حاله لأن الميراث لا يستحق إلا باليقين.³

مهما اجتمعت المبررات يبقى أمرا مطلوبا من المشرع الجزائري وضع نصوص تبين أحكام كيفية توريث الخنثى المشكل ووضع مفهوم حاسم للخنثى المشكل وصوره وكيفية توريثه من أجل تقادي ما تفرزه المسائل التي يظهر فيها الخنثى المشكل من إشكالات عملية مع فتح الباب أمام القاضي باللجوء للخبرة الطبية والاستعانة بما استحدثته التطور الطبي للكشف عن جنس الخنثى المشكل ورفع الإشكال والفصل في ميراثه بما أن التطور العلمي يمنحنا تحقيق الغاية بطريقة دقيقة ويقينية.

إذا كان هذا الحال عن ميراث الخنثى المشكل فيكيف يكون الحال عن الوصية الواجبة (التنزيل) وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الوصية الواجبة (التنزيل)

الوصية الواجبة أو ما يسمى بالتنزيل اجتهاد فقهي معاصر يعود تأصيله إلى بعض الفقهاء القدمى على رأسهم محمد بن حزم وأخذ الفكرة وسعى في تجسيدها الشيخ على الطنطاوي حتى استطاع أن يقنع البرلمان المصري فصدر القانون المصري متضمنا هذا الحق باسم الوصية الواجبة لأول مرة في تاريخ التشريع المقارن.⁴

1- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 429.

2- أفروف زبيدة، المرجع السابق، ص 15.

3- بوجاني عبد الحكيم، نفس المرجع السابق، ص 430.

4- صالح حبيك الورتلاني، حكم التنزيل في القانون الجزائري، ص 01.

تستند هذه التسمية إلى اعتبار أن الإرث بطريق التنزيل لم يرد بشأنه نص صريح في الكتاب والسنة، بل هو راجع إلى اجتهاد الفقهاء والمفسرين واعتبروا طريقة لانتقال أموال التركة وهو بمثابة وصية إلزامية تخرج من التركة.¹

وتجدر بنا الإشارة إلى تقسيم مصطلح الوصية إلى قسمين حتى لا يقع اختلاط ولبس فهناك الوصية الإرادية أو الاختيارية الذي نظمها المشرع الجزائري في أحكام التبرعات في الكتاب الرابع من ق.أ حيث نظم أحكام الوصية في الفصل الأول منه وذلك في المواد من 184 إلى 201 ونظم أحكام الهبة في الفصل الثاني من نفس الكتاب الربع في المواد 202 إلى 212.²

أما بالنسبة للوقف فنظمه المشرع في الفصل الثالث تحت عنوان "الوقف" في المواد من 213 إلى 220 من ق.أ أما الوصية الواجبة أو ما يسمى بالتنزيل فوردت أحكامه في أربع مواد من المادة 169 إلى 172 من ق.أ.ج ضمن الفصل السابع من الكتاب الثالث المعنون بالميراث وحتى تتضح لنا صورة الوصية الواجبة أو التنزيل نتطرق بإيجاز إلى مفهومه وأركانه وشروطه.³

التنزيل اصطلاحاً: هو إحلال شخص غير وارث وأنزله منزله أصله أما أركانه فهي الموصي والموصى له والموصى به⁴

ونكون بصدد الوصية الوجبة حين تسبق وفاة الولد عن أحد الأصول أبا كان أو أما وترك فروعا له (أولاد) وقد كان سندا ومعنيا أو شريكا في كسب وتكوين ثروة العائلة المسجلة باسم الأب أو الأم غير أنه الأجل عاجله وداهمته المنية فأهلكته قبل مورثه فأفقد فروعه حق الحصول على نصيب من تلك الثروة. وبصيغة أخرى تكون الحاجة إلى التنزيل إذا توفي شخص قبل والديه أو معهم، بحيث لا يعرف من توفي أولا كحال الغرقى والهدمى وترك أولادا، فإذا ما توفي جدهم أو جدتهم حببوا من طرف الأبناء، فلم يكن لهم نصيب من ميراث جدهم، فينزلوا منزلة أبيهم ويأخذ ومقدار ما كان سيأخذه لو كان حيا وهذا بناء على أساسين في علم الفرائض وهما:

- فقدان أحد شروط استحقاق الميراث المتمثل في حياة الوارث قبل موت المورث.
- قاعدة الحجب، فالقريب يحجب البعيد.

الحكمة من التنزيل تجنيب الأحماد من فروع الابن والبنات من الوقوع في الحاجة والفقير العوز نتيجة حجبهم من باقي الورثة باحتضانهم وحمايتهم وإعطائهم من ما قسم الله لهم من مال خاصة إذا كان يسيطر الطمع والبخل على باقي الورثة وهو ما يؤدي إلى اضطراب العلاقات الأسرية ويؤدي إلى معارك قضائية وتضييع جهودهم في رحلة المد والجزر في البحث عن صيانة لروابطهم الأسرية التي أساسها القرابة والمودة وما تفرضه تعاملاتهم. فعلى سبيل المثال فروع البنات هم من طائفة ذوي الأرحام ومرتبهم الأخيرة من حيث أصناف الورثة، فلا حق لهم في حالة وجود صاحب الفرض والعصبة.⁵

وعلى هذا الأساس جاءت الاجتهادات الفقهية المعاصرة والتشريعات الوضعية في مجال الأحوال الشخصية تدعم وتتبنى الاتجاه القائل بالوصية الواجبة وإقرار مبدأ التنزيل قانونا رغم الاختلافات المثارة بين الفقهاء من مؤيد ومعارض فالمؤيدون استندوا إلى معطيات اجتماعية واقتصادية كسد الحاجة والفاقة والإجحاف والعوز الذي يلحق بالأحماد وهذا تجسيدها وتماشيا مع روح الشريعة الإسلامية في توزيع المال بالعدل من جهة والإحسان من جهة أخرى، عملا بالقاعدة "لولي الأمر، الأمر بالمباح للمصلحة العامة" وهذا

1- بشور فتيحة، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مقارنا بالشريعة الإسلامية والقانون المصري)، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، ع18، جوان 2015، ص 125.

2- بن ناصر ندير، التنزيل في ق.أ.ج، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع01، جانفي 2017، ص 105.

3- باركة سماعيل، إشكالات التنزيل من الناحية العملية، مجلة علوم قانونية والاجتماعية، ع02، م06، جوان 2021، ص 185.

4- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 431.

5- أفرود زبيدة، المرجع السابق، ص 421.

استثناسا للمقاصد الشرعية واستنادا لبعض القواعد الفقهية،¹ حيث عرفها الشيخ محمد الصادق الشطي في كتابه لباب الفرائض على أنها: "مسألة من أهم المسائل التي ينبغي الاعتناء بها لا سيما أهل التوثيق،² وهي أن ينزل الإنسان الغير الوارث منزلة وارث وقد نص الفقهاء على التنزيل من باب الوصايا، يخرج قبل قسمة التركة، يعني ان ضرره يدخل على عامة الورثة وتكون القسمة بين المنزلين للذكر مثل حظ الأنثيين"³، كما عرفها محمد علي محمود "هي نصيب معين من التركة لسنف من الأقربين الذين حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه وهي لا تحتاج إلى إنشاء لأنها تستمد قوتها من القانون وحقيقة هذه الوصية أنها تقف موقفا وسطا بين نظامي الميراث والوصية فليست اختيارية تخضع لإرادة الموصي، وكذلك لا تنفذ كالميراث تماما بل ينحصر مقدارها بثلث التركة"⁴.

واستدلوا في ذلك بقوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁵

الظاهر من الآية الكريمة وجود الوصية للوالدين والأقربين وهو ما اعتمده مؤيدوا التنزيل، تحت مسمى الوصية الواجبة وتبني الاجتهاد القضائي هذا التكييف لكن حسب ما ذهب إليه غالب الفقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم وكذلك علماء التفسير بأن الآية منسوخة بمقتضى ومدلول آيات الموارث حيث جعل الله لكل ذي حق في الميراث نصيبا معلوما أما الوصية تكون نافذة لغير الوارث فقط.

والآية كانت من قبيل التدرج كمرحلة أولى لتشريع الميراث وهذا لقوله p: (إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث)⁶

ولم يثبت عن الرسول عند موته أنه أوصى ولم يرد في أثر الصحابة ψ كذلك.

الظاهر من خلال التعاريف الفقهية للتنزيل وجود تباين واضح وجليا حول تحديد مدلول التنزيل وهذا راجع إلى عدم دقة المنهج المتبع وقالب أصوله لإدراج التنزيل في باب الموارث فوجب مناقشة الأمر بموضوعية لتقرير كيفية إدراجه ضمن مسائل ق.أ وليس بتبني آراء قانونية ثم البحث عن أدلة مؤيدة لها من أحكام الشريعة الإسلامية بحيث يجعله لا يخرج عن نطاق الانتصار لفكرة معينة دون إخضاعها لقواعد البحث العلمي وهذا لأنها تتصادم معه من ناحيتين فلا هي تضمنتها مسائل الميراث ولا أحكام الوصية وهذا ما يعطينا فكرة حول الطبيعة القانونية للتنزيل (الوصية الواجبة) وما مدى مشروعيتها.⁷

فإذا كانت الغاية من نظام التنزيل الرحمة والرأفة بأولاد المتوفى حتى يكون بلسما شفيا لجراحهم وحلا لمشاكلهم ودفعاً للضيم والتعسف والإجحاف المرتكب في حقهم هو ما حمل المشرع الجزائري على استحداث

1- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 432.
 2- كوثر نور الدين، الميراث بالتنزيل فقها وقانونا، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص 08.
 3- بدر الدين شاعو، زين العبيدين بلعش، الميراث بالتنزيل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، قسم علوم كلية علوم إسلامية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ص 12.
 4- كيشان إبراهيم، دياح أحمد، الميراث التنزيل في القانون الجزائري والتشريع الإسلامي، مذكرة ماستر تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2017-2018، ص 25.
 5- سورة الحجرات الآية 180.
 6- باقل علي، ضرورة إعادة النظر في الثوريت تنزيلا في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، ع01، 2019، ص 850.
 7- شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص ص 136-140.

هذا التشريع حتى يكفل إشراكهم مع بقي الورثة ويضمن لهم حقوقهم في التركة كتعويض لهم على ما فاتهم من الميراث نظرا للأوضاع والمعطيات الاجتماعية المستحدثة.¹

لكن ما يعاب على تدخل المشرع الجزائري أنه لم يعطي الإمام الكافي بكل الجوانب المتعلقة بالموضوع فاعتراه الكثير من اللبس والغموض نتج عنه تضارب واختلاف في تفسير المواد القانونية وهذا ما تجلى تأثيره السلبي أثناء تطبيقاتها العملية عند استخراج الفرائض أو الأحكام القضائية ولا سيما تأثيره على أصحاب الحقوق من الأحماد.²

لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل كمصطلح مباشر بل اكتفى بذكر أحكامه في قانون الجزائري في المواد 169 و172.³

وبهذا يكون قد حذا حذو جل التشريعات التي تنأت عن وضع التعريفات ضمن منظومتها القانونية تاركا ذلك للفقهاء على اعتبار أن التعاريف من اختصاصه.⁴

غير أنه نص المادة 169 من ق.أ تضمن الأحكام وعرفه بإيجاز كما يلي: "من توفي وله أحماد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بشروط".

فكان هذا إقرار منه بنظام التنزيل للأحماد وكشف فحواه المتمثل في إحلال فروع الأولاد منزلة مورثهم الذي سبقته المنية قبل جدهم أو جدتهم أو توفي معه في حادث أو زمن واحد فتكون حصتهم المستحقة تعادل أو تساوي حصة أصلهم لو كان حيا على أن لا تتجاوز ثلث التركة وفقا لنص المادة 170 من ق.أ.⁵

من خلال ما سبق ذكره من حيث تعريف والحكمة من التنزيل، وجدنا بأن الفقهاء، ورجال القانون شرعوا للتكفل بالأولاد الذين مات أبوه في حياة والده، فجعلوا لهم نصيب من تركة الجد أو الجدة فأوصوا لهم وصية سواء أقروها أم لا، حتى لا تجتمع على الأحماد مصيبتين الأولى بوفاة والدهم والثانية حرمانهم من التركة، لكن هذه الوصية الواجبة أو التنزيل التي أقروها ليست مطلقة بل وفق شروط وضوابط.⁶

حيث تم تفصيل شروط استحقاق التنزيل في المواد 171، 170، 172 من ق.أ يمكن إجمال تفاصيل هذه الشروط فيما يلي:

- ألا يتجاوز نصيبهم حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث تركة حسب النص المادة 170: "أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".⁷
- أن لا يكونوا وارثين للأصل، جدا كان أو جدة حسب نص المادة 171: "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة".⁸
- أن يكون جدهم أو جدتهم قد أوصى لهم أو وهبهم هبة مقدار ما يستحق بهذه الوصية فإن أعطاهم أقل من مناب لهم أكمل لهم ما يتم به مقدار نصيبهم، حسب ما جاء في النص المادة 171: "...أو كان

¹ - إقروف زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري، مجلة مخبر فعلية القاعدة القانونية، ص 16.

² - إقروف زبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، ع1، م1، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، ص 421.

³ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 432.

⁴ - كوثر نور الدين، المرجع السابق، ص 09.

⁵ - بدر الدين شاعو، زين العبيدين بلعمش، الإرث بالتنزيل في الفقه الإسلامي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماستر علوم إسلامية كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، المسلية، 2020-2021، ص 12.

⁶ - الحاج عرباوي، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمة في الشريعة الإسلامية، مجلة الشهاب، ع1، م6، ص 273.

⁷ - يوسف سرطوط، الطريق الحسابية لحل مسائل التنزيل في الميراث والانتقادات الفقهية والقانونية الموجهة، ع2، م6، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، 02 جوان 2021، ص 540.

⁸ - فوزي خوازم، إبراهيم رحمان، تنزيل الفروع مرتبة الأصول بين الجواز والوجوب في قانون الأسرة الجزائري، ع1، م12، مجلة العلوم القانية والسياسية، أبريل 2021، ص 676.

- قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدارها ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة".¹
- أن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم أو أمهم بما لا يقل عن مناب لمورثهم، وهذا ما جاء به نص المادة 172: "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه".²
 - أن لا يتعلق بالفرع مانع من موانع الإرث المقررة في الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من ق.أ أو ما أورده المادة 135 من ق.أ.³
 - أن لا يكون فرع الولد له نصيب في التركة عن طريق الإرث، لأن التنزيل تعويض عما يفوت الفرع من الميراث بسبب حجب عنه، فإن كان وارثا ولو قليلا لا يجب له التنزيل.⁴
 - تحقيق وفاة الجد أو الجدة حقيقة أو حكما (كالمفقود) مع تحقيق حياة الحفيد عند موت الجد.

باكتمال الهندسة القانونية للتنزيل أصبح نافذا بقوة القانون دون الحاجة إلى إثباته كتابة إذا توفره شروطه الموضوعية، فاستعمل المشرع الجزائري فعل "وجب" وإضافة إليه مصطلح التنزيل ليكون بذلك قد قطع الشك باليقين في حلول إرادته محل إدارة الجد أو الجدة اللذان لم يوصيا للأحفاد بأي شيء من التركة.⁵

إلا أن عدم الدقة في صياغة المواد التي عالجت التنزيل من حيث المضمون أدى إلى عدة إشكالات أرقت القضاة وأرهقت الموثقين، لزلت تنتظر حلولاً وأجوبة شافية وكافية من الباحثين والمشرع.⁶

استعمل المشرع الجزائري لفظ تنزيل بدل الوصية الواجبة لتضييق النطاق وتحديد المعنيين بالتنزيل حتى يفهم أنه ميراث أو صورة من صورته لكن ما يعاب على النص القانوني،⁷ أنه لم يفصح بصورة جلية وواضحة عن الحفدة المستحقين للتنزيل وجعل مصيرهم يتأرجح بين الاستحقاق والحرمان فلم يحدد هل هو مطلق الفروع من الجهتين، أي أولاد الأبناء وأولاد البنات أو الأمر يقتصر على أولاد الأبناء فقط أي الصنف الأول؟ وهل يمتد التنزيل إلى كل الطبقات أم يقف عند حد معين؟⁸

التنزيل أو الوصية الواجبة ما هو إلا ميراث متخف في صورة وصية لكن الغموض والتباين في تفسير نص المادة 169 من ق.أ، فكانت العلة والسبب في الخلاف بين رجال القانون والموثقين والفقهاء.⁹

ترى الفئة الأولى من الباحثين ومن أهل الفقه والقانونيين بأن التنزيل يسري؟ على كافة فروع الأولاد الصلب ذكورا وإناثا ويشمل أبناء وبنات الابن بالإضافة إلى أبناء وبنات البنت بنفس الشروط والاعتبارات نظرا لعموم اللفظ (الأحفاد) الوارد في نص 169 لكن يجب أن نتوقف على ذكر نصها العربي. بالإضافة ما يليها من مصطلحات (أصلهم) و(مورثهم) فهي ألفاظ عامة ينطوي تحتها الذكر والأنثى معا فتشمل الأب والأم في الاصطلاح اللغوي وفي علم الفرائض، فرضا لو لم يقصد ذلك المشرع لقال "وله أولاد ابن وقد

1- باكرية سماعيل، إشكالات التنزيل من الناحية العملية، ع02، م06، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جوان 2021، ص 189.

2- كعباش عائشة، التنزيل كسب من أسباب كسب الملكية، ص ص 450-453.

3- بن زيوش مبروك، التنزيل في الميراث بين الوجوب والاختيار في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ع08، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2017، ص 1219.

4- عربي يزيد، التنزيل بين الشريعة الإسلامية وأحكام الأسرة الجزائري، ع02، م1، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، ص ص 533-535.

5- بن ناصر نذير، التنزيل في ق.أ.ج، ع01، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جانفي 2017، ص ص 109-118.

6- أمينة مقدس، إشكالات التنزيل في القانون الجزائري -دراسة تحليلية- على ضوء المحكمة العليا، ع02، م05، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، 2019، ص ص 109-119.

7- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 434.

8- حميد زلافي، جوانب من الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، ع02، م07، مجلة الشهاب، 2021/07/15، ص 188.

9- فريدة حابد، الوصية الواجبة من خلال الاجتهاد الفقهي المعاصر والقانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، ع02، م19، 2022، ص 95.

مات أبوهم" كما تضمن نص المادة 170 من نفس القانون عبارة "الأحفاد وأصلهم" الأصول تعني الأب والأم وهو نفس النهج الوارد في المادة 169 الدال على العموم وهذا ما تؤكد أضحى أكثر وضوحاً من خلال نص المادة 172 من نفس القانون،¹ "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه" أكدت المحكمة العليا وقطعت الشك باليقين من خلال ما صدر عنها من قرارات (الملف رقم 94719 لسنة 1993 والملف رقم 201022 لسنة 1998 والملف رقم 273177 لسنة 2001 والملف رقم 258898 لسنة 2006) فحكمت بأحقية الأحفاد دون تفرقة في تركة جدهم حسب المناب الذي يستحقه والدهم ويقتسمون للذكر مثل حظ الأنثيين وهذا ما تم تأكيده من خلال قرارها المشهور رقم 258898 المؤرخ في 21 فيفري 2001 على أن كلمة الأحفاد الواردة في نص المادة 169 من قانون الأسرة لا تعني الذكور وحدهم لأن اللغة العربية تخاطب الجماعة بصيغة التذكير (المذكر) عندما توجد نساء ضمن تلك المجموعة النسوة (المؤنث) مما يفيد أن الكلمة المذكورة تشمل الأحفاد والحفيدات، وهذا مؤكده المادة 172 من ق.أ،² وعلى العكس من ذلك ترى الطائفة الأخرى من أهل العلم والفقهاء الشرعي والقانوني أن التنزيل يقتصر،³ ويختص فقط بفروع الابن دون فروع البنات أي يكون حصراً لأولاد الظهور دون أولاد البطون واستدلوا في ذلك على ما يلي:

- اتفق أهل الفقه على أن أحكام التنزيل هي من اجتهاد واضعي القانون بالاستناد إلى قاعدة شرعية مفادها أن: "لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة متى أمر به وجبت طاعته" وهذا ما جرت به العادة في المجتمع الجزائري بتنزيل الأحفاد من قبل جدهم،⁴ وهو ما يطلق عليه "الغرس" فالجد يغرس أبناء ابنه في موقع ابنه المتوفى.⁵
- لفظ الأحفاد من الناحية اللغوية ومن حيث الاصطلاح يطلق على فروع الابن أما فروع البنات فيسموه "بالأسباط" لكن هذه الحجة تبقى نسبية لأن الكثير من اللغويين والمختصين أثناء تدون مراجعهم اللغوية اتفقوا على تعميم شمول كلمة سبط وحفيد على الفرعين فكلمة الأسباط مأخوذة من مادة سبط وهي أصل يدل على امتداد الشيء.⁶
- واستندوا كذلك إلى علة التشريع المبنية على قولين ما بين الحاجة والتعويض، فمن هذا المنطلق العلة قائمة بأولاد الابن وأولاد البنات على حد سواء لأنه فاتهم نصيب أمهم.
- أما إذا نظرنا للصياغة الفرنسية لنص المادة 169 من قانون التي جاءت كما يلي:

"si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décède avant ou en même temps qu'elle: ces derniers prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation a la succession du de cujus selon les conditions ci – après définies".

مسألة ترجمة وتفسير نص المادة 169 من ق.أ مازال يثير الكثير من الخلاف والجدل بين الفقهاء والقضاء من جهة وبين الباحثين الجزائريين من جهة أخرى.⁷

فهناك من يرى أنها تختص بأولاد الابن دون أولاد البنات وهو التعبير الأكثر دقة مما يزيل الخلاف لأنهم اعتادوا في تفسيرهم على ترجمة النص الفرنسية الذي ذكر:⁸

¹- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 435.

²- الحاج علي عرباوي، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمة في الشريعة الإسلامية، ع01، م06، مجلة شهاب، مارس 2020، ص 278.

³- اقروف زبيدة، إشكالات الميراث في ق.أ، المرجع السابق، ص 16.

⁴- اقروف زبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص 432-435.

⁵- زيدان محمد، تنزيل أولاد البنات بين القانون والواقع، مجلة الجزائريين للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 06.

⁶- ياسين العليا، إشكالات التنزيل في ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ع5، م27، 2021، ص 328.

⁷- بن ناصر، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع01، جانفي 2017.

⁸- حمدني يمينة، إشكالية ترجمة المصطلح الإسلامي في لغة القانون – تحليل مقارنة لمصطلحات الميراث، مجلة لغة كلام، ع02، م03، 2017.

Des descendants d'un fils

فهي تعني أبناء الابن بينما وردت تسمية أولاد البنات في نص المادة 168 من قانون الأسرة¹

“les enfants des filles”

فهذا التضارب بين النص العربي والنص الفرنسي ناتج عن عدم دقة الترجمة واستعمال المصطلح الإسلامي المناسب في لغة القانون.²

تعد الترجمة القانونية عملية ذات طابع تقني تنطوي على لغة الاختصاص مما يساهم في ضبط نقل المصطلحات التابعة المجال القانون فيما يتعلق بما يقبلها من الألفاظ المنتمية للمجال الشرعي الإسلامي بما تحمله من دلالات معنوية.

الإشكال هذا يزول باعتبار النص العربي هو الأصل وليس النص الفرنسي بالإضافة إلى أن اللغة الرسمية المعتمدة لدى المحاكم فالوثائق والعرائض التي تقدم للقضاء³ يتوجب أن يكون بالعربية وهي من مسائل النظام العام لا يجوز مخالفتها كرمز لسيادة الدولة لهذا وجب على القاضي تطبيق النص العربي لأن الفرنسية أو الإنجليزية مجرد ترجمة للنص العربي والمنطق يقتضي بأن الترجمة تتبع الأصل ويكون هو المرجع لفهم ما سيئت ترجمته وليس العكس.⁴

واعتمدت هذه الطائفة كذلك على موقع أولاد البنات في تصنيف الورثة كحجة لصحة تصورهم فهم ينتسبون إلى الجد أو الجدة بواسطة الأنثى فهم من ذوي الأرحام وهي درجة متأخرة تأتي بعد أصحاب الفروض والعصبة.⁵

بالمقارنة بين موقف المشرع الجزائري والمشرع المصري لوجدنا هذا الأخير أكثر دقة في التعبير وأحكم في الصياغة حيث نصت المادة 76 منه على ما يلي: "وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، وأولاد الأبناء من الظهور وإن نزلوا".

فمن خلال استعراض الرأيين وخاصة الرأي الأول القائل بشمول لفظ الأحفاد لفروع الابن والبنات يقودنا إلى تسائل وإشكال آخر لا يقل أهمية عن الأول وهو: هل التنزيل يسري على طبقة الأولى من فروع البنات أم يمتد إلى سائر الطبقات مهما نزلت؟⁶

وهذا ما يثير كذلك في حالة الحفيدة الأنثى بنت الابن هل يمتد تنزيل إلى باقي طبقاتها كأبناء الابن، أم الأمر يتوقف عند الطبقة الأولى فقط دون فروعها لأن من يليها من أولاد البطن؟⁷

باستناد المشرع الجزائري إلى مذهب ابن حزم في القول بالتنزيل كان من الأرجح والصواب أن يساير بموقفه كاملا غير منقوص فيتعين عليه اعتماد الذي يستحق التنزيل هم الأحفاد مطلقا وشمول الوصية للحفدة من جهة الأبناء والبنات على السواء حتى يزول اللبس والغموض في تفسير لفظ الأحفاد.¹

1- زيدان محمد، تنزيل أولاد البنات بين القانون والواقع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2018، ص 298.

2- أمينة مقدس، إشكالات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا، ع02، م05، 2019، ص 06.

3- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 437.

4- زبيدة أقراف، إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائر، المرجع السابق، ص 16.

5- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 437.

6- بن ناصر نذير، المرجع السابق، ص 110.

7- إقراف زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 17.

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في نص المادة 76 الفقرة 02: "تكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا...."².

وقول ابن حزم: "فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاء، والأقربون هم يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف ذا نسب، ومن جهة أمه كذلك..." وبهذا تحصل تسوية لهذا الأشكال مادام علة تشريع التنزيل فقها وقانونا ما تضمنته المادة 169 من ق.أ من الامتراج ما بين الحاجة والتعويض عما فاتهم من مناب مورثهم.

وحتى نعطي صورة عن عمق هذا الاختلاف والجدل في خضم الصراع الدائر بين الفقهاء ورجال الدين والقانونيين الجزائريين، نلمس هذا من خلال فتوى شرعية في هذا السياق صدرت عن الشيخ أحمد حمداني رئيس،³ المجلس الإسلامي الأعلى ورئيس جمعية العلماء المسلمين الجزائريين (رحمه الله) بتاريخ 19 أبريل 1992 ردا على استشارة أرسلها له محام حول قضية تخص تنزيل أولاد البنت مكان أهمهم لميراث جدهم، لأن الموثق عند تحريره فريضة الجد حدد فيها المستحقين للإرث واعتبر أن الأحفاد من البنت غير وارثين لجدهم فرفض تنزيلهم.⁴

ملخص ما جاء في الفتوى والجواب أن الفريضة التي حررها الموثق سنة 1989 للهالك وحصر إرثه في زوجته وأبنائه وبناته الأحياء فقط من دون أن يعتبر أحفاده من بنته التي توفيت قبله فريضة شرعية صحيحة، لا يمكن أن يحكم أحد من الذين يعرفون الفقه الإسلامي ببطلانها فإن وجد من يتجرأ على ذلك فإنه لا ينسب حكمه إلى الإسلام، ولا يلزم المسلمين ويجب كتمانهم وستره حياء من التلاعب بالعدالة إن لم يرتكب عن جهالة وسبب ذلك أن الميت لا يرث الحي ولا يصح له ملك فإن خمدت أنفاسه بطل ملكه وأصبح منذ تلك اللحظة ملكا لورثته، فكيف يستحق أن يرث غيره؟ وهذه المرأة المتوفاة منذ سنة 1981، قد كان من جملة وارثيها أبوها يوم ماتت فكيف تقوم من قبرها سنة 1988 وترثه بدورها وتحاصص إخوانها وأخواتها وتزاحمهم بينيها؟ ثانيا: ولا يحق أن يطبق في هذه الحالة ما يعرف بالتنزيل الذي أقره علماء المسلمين فإن القانون الصادر في 1984 لا يشمل أبناء هذه المرأة لأن هذا القانون بني على أساس إسلامي سليم يستند إلى نص قرآني كريم هو قوله تعالى: **﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾**⁵

ففي نص الآية أن المعاملة تكون بالمعروف، لا بالمنكر، وبالحق لا بالباطل، وهي مكتوبة على المتقين لا على المستهترين الفاسقين....المتهافتين على كل مال حلال أو حرام، وعلى هذه الآية بنى الفقهاء أحكام (التنزيل) ونصوا على أنه (وصية) أوصى بها للأقارب الذين لا يصلون إلى إرثه لأن من وصل إلى إرثه لا

حق له في الوصية لقوله **ρ (لا وصية لوارث)**، فإن تفتن إلى فعل هذه الوصية نفذت، أما إن غفل عنها فأصاب ضرر أحفاده اعتبر كأنه أوصى فعلا، وإن كان بالقوة لا بالفعل هذا هو موضوع التنزيل، وإنما سماه الفقهاء تنزيلا، لأن الموصي يقول فيه (نزلت أبناء الابن الذي هلك في حياتي مكان أبيهم في استحقاق سهمه مع (إخوانه) أما البنت فلم يبقى لها حق في مال أبيها بعد أن هلكت في حياته ولكن ينتقل الحق منها إلى أبنائها الذين هم حفدة لجدهم، ومن المعلوم أن الحفدة من الابن عصبه لجدهم من ولده يرثونه بأنفسهم إذا مات ويصلون بأنفسهم إلى ماله بشرط ألا يكون له ابن من صلبه بالحياة فإن كان حيا قدم على ابن الابن لأنه ابن

1- إقروف زبيدة، الوصية الواجبة بين التاصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص 21.

2- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 438.

3- بن ناصر نذير، المرجع السابق، ص 110.

4- تنزيل أولاد البنات بين القانون والواقع، ص 298.

5- سورة البقرة، الآية 180.

فهو أقرب، ابن الابن فينزل عنه درجة ويحجبه عمه ونتج عن هذه الحالة أن بعض أبناء الإنسان المنحدر من صلبه العصبية له لا يصلون إلى ماله عندما يموت.¹

فإحداث هذا النص في قانون الأسرة لم يكن أبدا يراد به مصادمة أحكام الشريعة، إنما أريد به حماية هذا الصنف من أبناء المسلمين استنادا لأية قرآنية فقد اجمع العلماء أن ابن الابن يعصب جده لأبيه ويستحق عند إنفراجه كل ما له لأنه ابنه، أما ابن البنت فلا يرث مال جده لأنه بنفسه وإنما قد يصل إليه بواسطة أمه إذا كانت بالحياة يوم وفاة أبيها، فهو وارث لها لا لجده، كما أنه لا يحق له أن يرث نسب جده لأن الولد لأبيه، لا أمه ولا لجده لأمه وهذا مفهوم من اصطلاح العرب قرره الشارع الحكيم وجعل النسب للأب ولا للأم.²

أما التطبيق القضائي والواقعي لتنزيل أولاد البنت عرف تغييرا جذريا بالانتقال من موقف معارضا إلى موقف مؤيد مكرس للتنزيل من خلال مختلف قرارات المحكمة العليا مما يؤدي إلى غياب الاستقرار القضائي والبقاء في حلقة مفرغة.³

فأقرت المحكمة العليا التنزيل لأبناء الابن فقط دون أولاد البنت كمرحلة أولى، فمثلا قضت في أحد قراراتها صادرة بتاريخ 22 مارس 1994 جاء فيه: "ذلك أن عقد التنزيل صريح بتزويل (ب،ب) المطعون ضدها منزلة البنت من الصلب مع أن التنزيل شرعا وقانونا لا يتم إلا بين الأصول والفروع فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل يكون قد خرق خرقا صارخا أحكام الشريعة الإسلامية وأخطأ في تطبيق المادة 776 من ق.م..."⁴

أما المرحلة الثانية تميزت بصدور قرارات أخرى تكرر التنزيل فمثلا القرار رقم 290934 الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2002 أعتبر مصطلح الأحفاد يطلق على أبناء البنت وأن التنزيل يشملهم جميعا.

وهذا ما تأكد من خلال قرار رقم 335503 صادر بتاريخ 14 ديسمبر 2005 مفاده "وفي القضية الحال مادامت الجدة قد توفيت خلال سنة 1987 أي بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه (ق.أ) ويستحق جزءا من تركتها بواسطة التنزيل....".

نستشف من خلال كل ما سبق عرضه أن القول بعموم التنزيل للحفدة بصفة مطلقة نراه هو الأقرب للصواب والعدل فمتى أمكن الجمع بين أمرين كان هو الأولى بالعمل من ترجيح أحدهما وإسقاط الآخر، وبذلك تتوسع دائرة التنزيل لتشمل أولاد البطون لأن العلة تشملهم، وبهذا تتوسع دائرة التنزيل لتشمل أولاد البطون، لأنهم يشتركون في نفس العلة، وبهذا تتحقق المساواة بين فروع الأولاد في العطية في نظام التنزيل من باب العدل لقوله **﴿ اتقوا الله واعدلوا في أولادكم ﴾**.

نتيجة دور العقل الفقهي المعاصر في مواجهة المستجدات واحتوائها، بالاستنباط الذي يستند بأدلة الشرع ومقاصده الرامية إلى تحقيق العدل المالي والتكافل الاجتماعي دون التصادم مع الأحكام الشرعية الخاصة بالميراث. وهذا ما يقودنا إلى التساؤلات وإشكالات أخرى تتعلق بالشروط الخاصة بالميراث فهل يشترط أن لا يتعلق بالأصل المتوفي مانع من موانع الميراث، كاختلاف الدين مثلا، فهل يستحق فرعه التنزيل أم أن ذلك المانع يمتد لفرعه فيحرمه التنزيل ويمنعه من الميراث؟ يقال أنه يشترط ذلك، فلا يستحق الفرع التنزيل إذا تعلق به أحد موانع الميراث، باعتبار ما يؤول للفرع هو عوض على ما كان يستحقه الأصل لو افترضنا حياته فيناله من تركة والده، فالأجدر أن ينال فرعه أيضا نصيب بعد وفاته لأنه لم يفته شيء حتى يعوض فرعه.⁵

1- تنزيل أولاد البنات بين القانون والواقع، ص 299.

2- المرجع نفسه، ص 299.

3- زيدان محمد، المرجع السابق، ص 301.

4- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 438.

5- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص ص 437-438.

غير أنه وبالرجوع للمثال السابق المتمثل في اختلاف الدين، فلو أن مسلماً مات عن ابن مسلم وكان أبوه كافراً فإن هذا الأخير يستحق الإرث من جده حتى وإن كان من يتوسط ابن الابن والجد كافراً، وهذا متفق عليه في الميراث شرعاً وقانوناً، الظاهر أن محل الاعتبار في استحقاق الإرث هو صلاحية الوارث في حد ذاته في اكتساب الحقوق وخلافة المورث في ماله دون الحاجة للنظر إلى الوساطة بين الوارث والمورث وهو ما يجزنا للقول بذلك في التنزيل لأنه محل اجتهاد، غير أنه الإشكالات المثارة حول موانع الميراث لم تتوقف عند هذا الحد فيمكن أن يرتبط أحد موانع الميراث بالحفيد الوارث دون مورثه فهل يمنعه من استحقاق التنزيل؟

إذا سلمنا جدلاً أن موانع اختلاف الدين فيه تفصيل، فإن موانع القتل عمداً وعدواناً المرتبط بالحقيد الوارث، فلا يستحق التنزيل سواء كيفناه ميراثاً أو وصية لأن القانون يمنع قاتل المورث من الميراث طبقاً لنص المادة 135 من ق.أ. ويحرم قاتل الموصي من الوصية طبقاً للمادة 180 من نفس القانون، فالمانع في الحالة الأولى يتعلق بمن يتوسط الوارث والمورث، أما في الحالة الثانية المانع قائم في حق الوارث بحد ذاته. فإذا اعتمدنا التكييف القانوني والشرعي للتنزيل على أنه وصية¹.

- الوصية تصح للمخالف في الدين شرعاً وقانوناً، وهذا ما جاء به ق.أ.ج في المادة 200 التي نصت على: "تصح الوصية مع اختلاف الدين" وهو الرأي الأقوى لأن ابن حزم "يوجبها لمن حرّموا من الميراث بسبب الكفر أو غير ذلك ولأن هذه المخالفة المانعة من الميراث هي السبب في القول بالوصية إذا عدنا لتأصيلها الفقهي، ومذهب قائلها "ابن حزم".

- أما إذا كيفنا التنزيل على أنه ميراث فلا يستحق الفرع التنزيل ببساطة لأنه لا يستحق شيئاً من تركة مورثه الأصلي (الأول) فكيف يمكنه أن يتعدى ويأخذ حصة مورثه من أصله أي الجد أو الجدة ولكن نرى أن من الضروري إضافة شرط آخر لمجموع الشروط المنصوص عليها في التنزيل وهو إثبات الحاجة والفقر المدقع، فقد تجتمع الشروط كلها وتنتفي عنهم الحاجة والعوز لنصيب أصلهم من تركة جدهم أو جدتهم، فحينئذ لا وجه لمزاحمة باقي الورثة الأقرب درجة لأصل مورثهم "الأعمام، العمات، الأخوال، الخالات ... " نتيجة انتفاء العلة والمقصد من تنزيلهم².

بناءً على ما سبق طرحه من تكيفات قانونية وفقهية للتنزيل يجزنا إلى تسأل عن الطبيعة القانونية للتنزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة هل هي وصية أم ميراث؟

بالاطلاع على النصوص التي تنظم التنزيل نجد أحكام التنزيل يتردد ما بين الوصية والميراث وهو ما يعطي هذا العنصر أهمية بالغة لأنه تنجر عنه معظم الإشكالات التطبيقية في مجال المنازعات المتعلقة بالتنزيل، فمثلاً في حالة وجود قصر هل يطبق عليهم نص الفقرة الثانية من المادة 181،³ من ق.أ. فنتم القسمه عن طريق القضاء أو تتم بطريقة عادية لأنها وصية؟

- من الأحكام المطبقة على التنزيل والواردة في أحكام الوصية أنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة وهو نفسه الحكم الوارد في الوصية.
- يخرج مقدار التنزيل من التركة قبل قسمتها وتعيين الفروض والأنصبة للوارثة مثل الوصية طبقاً لنص المادة 180 من ق.أ.
- الضرر والنقص يقع على حصص كل الورثة.
- تتجسد أحكام الميراث في التنزيل من خلال اعتماد قاعدة للذكر مثل الأنثيين إذ اجتمع الذكور والإناث في الحفدة المنزلة.
- مقدار التنزيل لا يرد ولا يرفض فهو يكتسي طابع الإلزام فيحل القانون محل إدارة المورث (الجد أو الجدة) وجوباً

¹ - اقروفة زوبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص 442.

² - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 440.

³ - اقروفة زوبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص 443.

- تحل إدارة المشرع محل إدارة المورث والورثة فلا عبرة بإدارة المورث أو معارضة الورثة، بل ينفذ جبرا في التركة.
- لا يتطلب ولا يتضمن ضمن أحكام التنزيل شرط الإيجاب والقبول فهو أقرب حينئذ للميراث وبيتعد عن مقومات الوصية.
- لا تشترط الأهلية الكاملة في المنزل والمورث بخلاف المتبرع في عقود الهبة والوصية والوقف.

من خلال استعراض أوجه الشبه بين التنزيل والميراث والوصية يتجلى لنا، أن قانون الأسرة الجزائري قد زواج بين أحكام الوصية وأحكام الميراث فيعتبر التنزيل مزيجا ما بين الميراث والوصية وهذا ما نلمسه صراحة في نص المادة 171 من ق.أ.¹

"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"، فقد أطلق المشرع الجزائري لفظ الوصية على التنزيل، بشرط واقف يتمثل إن لا يكونوا وارثين، لا وصية لوارث مقابل كل هذا، تسري كل أحكام المتشابهة بين التنازل والميراث التي تم بينها سابقا، وهو ما يعني أنها تتضمن أحكام الوصية وأحكام الميراث معا، خاصة وأن المشرع الجزائري أدرج أحكامها ضمن فصول كتاب الميراث، وليس ضمن كتاب التبرعات ومنها الوصية.

خلاصة القول وصفوته بالنسبة لإشكالات الميراث في ق.أ، المشرع الجزائري لم يتقيد بمذهب واحد في صياغة القواعد القانونية للميراث، فأخذو وتبنى جميع المذاهب الفقهية ونهل حتى من بعض الاجتهادات التي خالفت المذاهب السنة الأربعة ومثالها التنزيل.²

كما فتح المشرع الباب أمام قاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته في المسائل المسكوت عنها، من خلال نص المادة 222 من ق.أ التي لم تحسم الأمر بصورة قطعية ولم تعطي حل فاصل نظرا للاختلافات في الاجتهادات الفقهية حول هذه المسائل وهو ما أرهق وكلف القاضي مالا يطبق بالبحث في بطون الكتب على الأحكام الفقهية من المذاهب المختلفة من دون تعيين وهذا ما يكلف القاضي مهمة الرجوع إلى كتب الشريعة الإسلامية باختلاف مذاهبها، علاوة على الزاد العلمي وصعوبات الترجيح بين هذه الأقوال وإيجاد ما يناسب ويليق بالواقعة التي سيحكم فيها خاصة إذا قل حظه وتكوينه في العلوم الشرعية فتعد مغامرة بالنسبة للقاضي حين يلقي بنفسه في بحر من الاختلافات الفقهية من أجل إيجاد الحل المناسب.³

بناء على كل ما سبق وجب على المشرع الجزائري استدراك الثغرات والاعفالات الموجودة في تنظيم أحكام الميراث وذلك بتقويم وتصويب الصياغة مع تبني المصطلحات الفقهية وتوحيدها بما يتلاءم مع مواد الميراث والحرص على تحقيق الانسجام بين مضامين المواد القانونية المنظمة للميراث، والسهر على حسن التدبير من أجل توافق النصوص القانونية والاجتهادات الفقهية مع ضمان هذا التوافق في النص العربي والنص الفرنسي أثناء الترجمة بالتحلي بالكفاءات اللازمة والاختصاص واستعمال مصطلحات قانونية ذات خلفية دينية إسلامية.⁴

إذا كان هذا الحال عن الإشكالات المثارة في الميراث بالتقدير والوصية الواجبة فكيف يكون الحال عن الإشكالية المتعلقة بالثغرات والنقائص لبعض مسائل الميراث والحلول المقترحة وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

1- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 441.
2- اقروف زوييدة، الوصية الواجبة بين التنازل الفقهية والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص 444.
3- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 442.
4- أوحمني خديجة، أحكام التخارج والمناسخات في الميراث، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016-2017، ص ص 49-50.

الإشكالات المتعلقة بالثغرات والنقائص لبعض مسائل الميراث والحلول المقترحة

تشير الصياغة القانونية والترجمة العديد من الإشكالات من حيث الإنزال الصحيح للأحكام والتضارب ما بين النصوص القانونية، وهو ما يعسر فهمها وتفسيرها بشكل سليم، بالإضافة إلى ما سكت عنه المشرع وأغفله، وتوسمه للإحالة للمادة 222 من ق.أ كحل للثغرات وما غفل عنه لم يكن كافياً وحاسماً وهذا ما سوف نتطرق له بالتفصيل والتدقيق.

الفرع الأول

الإشكالات المثارة حول النقائص والثغرات

أولاً: من حيث الصياغة والترجمة

1- الصياغة:

حاول المشرع الجزائري تبيان الأحكام التفصيلية للميراث وفق أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه وما يعاب على المشرع الجزائري قصوره،¹ في استعمال لغة قانونية سليمة، تكون أداة تواصل، وتبادل بين الهيئات القانونية وناقلة للمفاهيم إلى كل من ينتسبون إلى هذا المجال من قضاة وموثقين وفقهاء وغيرهم.

فكان يعتري النص قصورا ونقصا تارة، والغموض وعدم الدقة تارة أخرى، بالإضافة للصياغة الغير دقيقة أحيانا، في حين كان يستوجب على المشرع استعمال أسلوب في الصياغة يزواج ما بين لغة القانون وما تمتاز به من خصائص باعتبارها لغة مباشرة تمتاز بالدقة والوضوح والإحاطة بكل جوانب الموضوع من جهة، وأسلوب الدراسات الفقهية وما يستلزمه من مصطلحات إسلامية شرعية مما ينعكس على مضمون النص القانوني وما يتسم به من خصائص وإفراغ الأحكام الشرعية والاجتهادات الفقهية،² في قالب القانوني يضمن الأداء الوظيفي لهذا النص التشريعي.

فالمصطلحات الإسلامية الشرعية تتميز بمعانيها الخاصة والدقيقة، لأنها وجدت في الأصل عند تشريع المنظومة الإسلامية لمبادئ والأحكام التي بنيا عليها الإسلام، فهي تحدد وتنظم سلوك المسلم كفرد وفي الجماعة، مصدرها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والفقه الإسلامي، وبالتالي يمكن اعتباره ميدانا معرفيا خاصا له قواعده ونظام مفهومي خاص و متميز.

بين ما يتميز المصطلح القانوني بطابعه التقني والاختصاص وهذا ما نلمسه في نص المادة 126 من ق.أ التي تضمنت أسباب الميراث وحصرتها قانونا في سببين هما القرابة والزواج بينما شرعا أسباب الميراث ثلاثة، وهي الزواج الصحيح، والقرابة، والولاء، وهو ما يعكس التضارب بين النص الفقهي والقانوني وكذلك الصياغة الغير دقيقة، لفظ أسباب يطلق على الجمع، بينما المشرع ذكر سببين فقط بالإضافة إلى العلاقة الزوجية لم يفصل فيها سواء كان الزواج صحيح أو باطل.

2- إشكال الترجمة عامة والمصطلح الشرعي الإسلامي خاصة:

تكمن إشكالية المصطلحات الإسلامية في صعوبة فهمها مما يجعل ترجمتها أمرا في غاية الصعوبة وهذا راجع لما يتميز به المصطلح التابع للتشريع الإسلامي من خصوصية، من حيث مدلوله، وأدائه، والمعنى الديني، والروحاني الخاص به.

¹ حمداني يمينة، إشكالية ترجمة المصطلح الإسلامي في لغة القانون، تحل مقارن لمصطلحات الميراث، ع02، م03، 2017، ص 137.

² ماهر بوهومي، لغة المواريث في القرآن الكريم والحديث الشريف -دراسة سياقية-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، في اللغة العربية وآدابها، كلية الأدب، قسم اللغة العربية، جامعة بيروت، لبنان، 2012-2013، ص 253.

الفصل الثاني.....أثار الميراث

بالإضافة إلى صعوبة التعبير عن المصطلح الشرعي الإسلامي بلغة أجنبية وغياب ما يقبله في اللغة الأخرى أو حتى الديانات الأخرى، وهو ما يصعب على المترجم اكتشاف الحدود القائمة للمعاني والمفاهيم المتخصصة في هذا الميدان والتركيب خاصة لهذه الأنظمة القانونية¹

بالإضافة إلى هذا توجد مصطلحات إسلامية شرعية تكمن صعوبتها في عدم القدرة على ترجمتها، لأن مفهومها غير قابل للترجمة فلا يوجد لها ترجمة محددة أو معينة، ومعنى واضح، فيتم تقديم شرح نسبي لها، لا يدل على ما يكافئها حقيقتنا، لأن معانيها خاصة بمجال الفقه والشريعة الإسلامية بحيث يصعب إدراك المعاني التي تدل عليها بشكل صحيح وتحديد ما يقابلها بدقة في المعاجم المتخصصة.²

فعلى سبيل المثال كلمة "polygamie" يستعمل في التعبير عن تعدد الزوجات بينما يستعمل في المجتمعات الغربية لتعبير عن جريمة تعدد الزوجات، وهو يؤدي إلى تصادم في المعنى من حيث المترادفات والمقصود الشرعي.

يوجد كذلك بعض المصطلحات الشرعية الإسلامية تستلزم أكثر من مصطلح أجنبي واحد لترجمتها ن فالإقتصار في الترجمة على مصطلح أجنبي واحد يصيبها باختلال في المعنى ويبقى الغموض في معناها مثال ذلك:

Les bases de la vocation héréditaire sant la parente et la qualite de conjoint	أسباب الإرث: القرابة والزوجية
Le mariage confère aux conjoints une vocation héréditaire reciproque.	يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء
Est réputé vivant conformément aux disposition de l'article le 113 de la présente loi l'héritier en être d'absence qui n'est pas déclare juridiquement décédé.	إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون
L'enfant simplement conçu n' vocation héréditaire que s' l nait vivant et viable au moment de l'auverture de la succession	لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة

وبإسقاط ما تطرقنا له سابقا على هذه الأمثلة نستنتج ما يلي:

- استعمل المشرع جملة l'enfant simplement conçu لترجمة مصطلح "الحمل" مما يدل على افتقار اللغة الفرنسية لمفهوم يدل على مصطلح العربي فجعل ترجمة هذا الأمر تتم عن طريق شرحه بعبارة تتناسب مع سياق المادة.
- كما يتضح هذا جليا في نص 133 المتعلقة بالمفقود، فأعطى لمصطلح "مفقود" في معنى العبارة "الوارث مفقودا" ما يقابلها بلغة الفرنسية كالآتي héritier en état d'absence فكانت ترجمة المصطلح بعبارة

¹ - ماهر بوهومي، المرجع السابق، ص ص 131-137.

² - حمداني يمينة، المرجع السابق، ص 138.

مفسرة للمفهوم،¹ الغرض منها تبيان أن المعنى المراد إيصاله كمقصود في المعنى هو كون الوارث في حالة فقدان إلى غاية أن يتم تأكيد ذلك بحكم قضائي حسب ما جاءت به المادة 113 من نفس القانون.

- اجتهاد المشرع الجزائري في محاولته لتقريب أكثر المعنى الحقيقي الذي يحمله المصطلح العربي، باستخدامه الصيغة في الشكل تالي *héritier en état d'absence* قصد تأكيد المعنى في النص المترجم عوض عبارة *héritier absent*.

- أما بالنسبة لمادة 130 من قانون الأسرة التي نصت على التوارث بالنكاح استنادا لأحكام الفقه الإسلامي، فقد استخدم المشرع لفظة *reciproque* للدلالة على أن التوارث قائم بين الطرفين (بالتبادل) أي ما يستحقه كلا الزوجين من الآخر، قام المشرع بترجمة مع شرح بالصيغة كالاتي: *vocation héréditaire réciproque* وهي عبارة تفسيرية للمعنى المراد إيصاله وقد لجأ المشرع لهذه الشكل من الصيغة نظرا لافتقار اللغة الفرنسية لهذا المفهوم العربي "التوارث" باعتباره مفهوم غير قابل للترجمة الحرفية أو الاقتباس من ما يستوجب من المترجم القانوني أن يتحلى بالترجمة التفسيرية في هذا الصدد، قصد إيصال المعنى بشكل صحيح.²

- أما بالرجوع لنص المادة 169 من ق.أ التي تنص على ما يلي: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزله أصلهم في التركة بالشرائط التالية".³

- التي كانت بصيغة ركيكة مما أضفى عليها غموض ولبس أدى إلى جدل فقهي وقانوني في نصه العربي والفرنسي بعد ترجمته، أما بالنسبة للنص العربي فلفظ الأحفاد جاء على الإطلاق باستحقاقهم الميراث دون تمييز لكن الاختلاف المثار حول هذا الموضوع يتمثل في أن المصطلح حفيد ينسب لابن الابن أما ابن البنت يطلق عليه أسباط غالبا في المعاجم اللغويين وهو ما انتقلت عدوته إلى النص الفرنسي عند ترجمته

En laissant des dexendants d'unfils

بمعنى: إذا توفي شخص وترك فروع أبنة وهذا ما فصلنا فيه سابقا أما بالرجوع إلى موانع الميراث، في نص المادة 138 من قانون الأسرة التي نصها كما يلي: "يمنع من الإرث اللعان والردة" ما يقابله في النص الفرنسي.⁴

sont exclus de la vocation héréditaire les persanes frappées d'anathème et les apastats.

ينتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن مصطلح اللعان خاص بالشريعة الإسلامية محض مما يجعل مفهومه غائب في اللغة الفرنسية فتم الاستعانة في ترجمته بالشرح باستخدام العبارة التفسيرية التي تتوافق مع المعنى المقصود المرافق للمعنى العربي كلمة *anathème* هي مصطلح كتوليكي يعني

Excam munication mjeure prononce cotre un héretique

فهذا الشرح يقترب من المعنى الحقيقي للعان في الفقه أما مصطلح الردة فتمت ترجمته بمصطلح *apastats* وهذا ما يقابله في المعنى باللغة الفرنسية *Abandon public et volontaire d'une religion*

بمعنى من يترك دينه بإرادته مما يعكس حقيقة المسلم الذي يريد ويصبح من الكافرين، بالمقابل استعمال المشرع الجزائري مصطلحات شرعية إسلامية بترجمة حرفية وهو ما يعرف باقتباس اللفظ لعدم وجود ما يقابله في النص الفرنسي.⁵

1- حمداني يمينة، المرجع السابق، ص 139.

2- باقل على، المرجع السابق، ص 853.

3- حمداني يمينة، المرجع السابق، ص 139.

4- مسعود هلال، إثبات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري على ضوء قرارات المحكمة العليا، ع01، ديسمبر 2019، ص 86.

5- حمداني يمينة، المرجع السابق، ص 140.

نأخذ على سبيل الأمثلة الآتية على سبيل الحصر:

Les hhéritiers réservataires -fard-	ذوي الفروض هم الذين
L'héritier unuivrsel aces rançon diah cagnats d'haouel arhan le cas dit al-muchtarag a les cas dit al minbariya	العاصب هو الدية ذوي الأرحام مسألة المشتركة مسألة المنبرية

وهناك العديد من الصيغ التي تمت ترجمتها بتقنية الاقتراض في مواضيع أخرى وهذا نظرا لتعلقه بعلم الشريعة الإسلامية ويحمل مفهوما عميقا ومتخصصا في اللغة العربية مثل مصطلح "عاصب" فهو غير موجود في اللغة الفرنسية فتمت ترجمته حرفيا بين مطتين لاقتباسه وتأكيد على المفهوم الفقهي الذي يحمله هذا المصطلح بإدراجه ضمن مجال تخصصه الذي ينتمي إليه وأبعاده عن الغموض أو البعد عن المعنى بإحاطته بكل الضوابط الشرعية بالاقتراض قصد الحفاظ على المعنى الحقيقي للمصطلح والحفاظ على المعنى الإسلامي الذي يحمله المصطلح العربي.

بالإضافة إلى خصوصية المصطلحات الشرعية الإسلامية ووضع محدداتها من قبل علماء التشريع الإسلامي بتنظيم ضوابطها الشرعية فيها.¹

يتعلق بالأحوال الشخصية بإسنادها إلى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فالتأمل في طبيعتها وفروعها والتطبيقات الواردة عليها فيجد هذه الضوابط قد سبقت الكثير من التشريعات والقوانين القديمة والحديثة وتفوقت عليها.²

اقترن علم الميراث الإسلامي باللغة العربية التي تعد من أغنى اللغات بالمصطلحات و ثراء الألفاظ الزاخرة بالمعني، بالإضافة إلى مرونة الأسلوب مما يعطيها رونقا خاص وتتميز ببنائها الفريد وسحرها، الذي يتجلى في جمال أسلوبها فمن عظمة القرآن ومعجزاته أنه نزل بلسان عربي فصيح فمثلا مصطلح "صلاة" تعني العبادة التي هي ركن من أركان الإسلام كما يعني الدعاء لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾³ فتوظيف المصطلحات حسب اللمسة البيانية للفظ ودلالته مما يجعل المبني يوفق المعنى.

وقوله العزيز الحكيم ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾

إن لغة العرب أفصح اللغات وأبينها وأوسعها، وأكثرها تأدية للمعاني التي تقوم النفوس، فلهذا أنزل أشرف الكتب بأشرف اللغات، على أشرف الرسل p بسفارة أشرف الملائكة وكان ذلك في أشرف بقاع الأرض، وابتدئ أنزاله في أشرف شهور وهو شهر رمضان في أشرف ليلة فيه وهي ليلة القدر، فهذا الامتزاز ما بين خصوصية الأحكام الفقهية وتميزها والإعجاز التشريعي الإلهي، واللغة العربية ومالها من مقدرات و ثراء جعل المشرع يتوه بين ثنيا المفاهيم والمصطلحات أثناء⁴ المسار الترجمي في مجال المصطلحات القانونية ذات الخلفية الدينية الإسلامية فكان لزاما عليه الاعتماد على المقاربة بين المصطلحات

¹ - المرجع نفسه، ص ص 140-144.

² - سهيل الأحمد، الضوابط الشرعية وصورها في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، ع01، م05، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، 2021، ص 299.

³ - سورة التوبة الآية 103.

⁴ - حمداني يمينة، المرجع السابق، ص 135.

كوسيلة ترجمية للتغلب وتذليل الصعوبات التي تواجه المترجم في هذا المجال تارة ولاقتباس ولافتراض تارة أخرى.¹

مما يعاب كذلك في نصوص قانون الأسرة ويوصى بتعديله مستقبلا ما يلي:

- الاختصار الشديد في بعض المواضيع مما يترك فراغا كبيرا يصعب مهمة القضاة والموثقين، خاصة في زماننا هذا الذي يقل فيه الاختصاص والكفاءة بالإضافة إلى القدرة الكافية للتعامل مع التراث الفقهي الواسع في هذا المجال، مما يستلزم وجود القاضي مؤهل ذو تكوين في المجالين القانوني والفقهي مما يسمح له فهم مسائل الميراث فهما دقيقا كل المسائل بصفة دقيقة وصحيحة وحفظ الحقوق لأصحابها.
- التكرار الواقع فبعض نصوص هذا القانون مثل النصوص المتعلقة بأصحاب الفروض ونصوص الحجب، حيث كان بالإمكان بما كان ببعض القواعد الذهبية في هذا المجال دون تكرار.
- التعارض الموجود بين المادة 132 وأحكام الشريعة الإسلامية، والذي له أثاره الخطيرة في مجال الحقوق وانتهاك الحرمات، والذي نوصي بإزالته حتى يحصل الانسجام الكلي لنصوص هذا القانون مع مصادره الأصلية.²
- فإتباع الشريعة غناء، ومخالفتها شقاء وأن حقوق الأحياء الوارثين من مورثهم الميت قد بينتها الآيات بيانا واضحا يقطع الطريق على الاغمار (المغامرة) من الجاهلين بالدين، المغرورين بالقانون.
- بالإضافة إلى كل هذا توجد إشكالات أخرى متعلقة بباب الميراث في ق.أ.ج من حيث الدراسات النقدية والاقتراحات بالتعديل من طرف الدارسين والحقوقيين سواء من حيث شكل المواد أو صياغتها وحتى المضمون، فنجدها اقتراحات ودراسات متضاربة ومتناقضة

ثانيا: عدم التطرق إلى المستجدات العلمية

اعتمد المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة القواعد الفقهية بنوع من الحزم والحسم لا مجال فيه للمرونة والليونة، فقد سائر المشرع الفقهاء بالاعتماد على الاحتياط والتقدير في الإرث، ويرجع ذلك لوجود شك أو خلل في أسباب الإرث أو موانعه.

فرغم الثورة العلمية والتكنولوجية الكبيرة التي شهدتها العالم في مجال الطب وعلوم الأحياء والبيولوجيا ووسائل طبية التي ذلت من العقبات، وكان لها أسهاما كبيرا في حل العديد من الإشكالات العلمية، المرتبطة بالميراث فعلى سبيل المثال لا الحصر، يمكن تحديد عدد الأجنة، وجنسه، قبل الولادة بواسطة خبرة طبية، وهذا ما ينطبق كذلك على ميراث الخنثى المشكل، فيمكن تحديد جنسه بالفحص الطبي، والتحاليل الجينية رغم هذا الكم الهائل من المستجدات الطبية التي قد تكون سبيلا لحل معضلات الميراث إلا أن المشرع الجزائري لم يجعلها خيارا مفروضا بل قد تكون على سبيل الاستئناس فقط وأخذ بالخيارات والأحكام الواردة في الفقه كأولوية قصوى وهذا نظرا للأهمية التي توليها الشريعة الإسلامية للميراث، باعتباره أحد أهم العلوم الشرعية وأفضلها بعد علم العقيدة من توحيد الله ونحوه من أصول الدين، والتي جاءت غالبية أحكامها مفصلة في القرآن الكريم والسنة النبوية واجتهاد الفقهاء وإجماع الصحابة.³

وسار المشرع الجزائري على نفس المنوال في الميراث الهدمي والغرقى والحرقى والمقصود به أن يموت متوارثان أو أكثر مع البعض بأي نوع من أنواع الحوادث سوء كان غرقا أو حرقا أو هدمًا وتسمم جماعي وما شبه ذلك، ولم يعلم المتقدم عن المتأخر منهما، في هذه الحالة يعتبر الأموات أجنب لا توارث بينهما لأن من شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد المورث ولا ميراث مع الشك، وهو ما يعرف بالشك في

1- أحمد غربي، المرجعية الفقهية الأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائر وموقع المذهب المالكي منها، ع23، م23، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ص 134.

2- شهادة العمري، الإعجاز البياني التشريعي في آيات الموارث، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع04، 1994، ص 280.

3- أمينة بوعزيز، ميراث الخنثى على ضوء المستجدات الطبية، ع02، م02، 2022، ص ص 60-61.

أسبقية الوفاة ف جاء نص المادة 129 من ق.أ ليقطع الشك باليقين بأن لا توارث بينهما رغم إمكانية الاستنجاذ بالحلول الطبية الحديثة في تحديد زمن الوفاة وهو ما لم يرخص به المشرع أو يفسح له المجال تماما.

وكان بالإمكان الاعتماد على الخبرة الطبية في إثبات النسب وتأكيده في مجال الميراث بالإقرار حسب نص المادة 40 من ق.أ، باللجوء إلى تحليل ADN وهو ما يعرف بتحليل الجينات أو الفحص الجيني حيث يقوم على استخراج الحمض النووي للشخص صاحب النسب ومن يريد أن ينسب إليه ويتم تحليل المادة الوراثية لإجراء فحص الأبوة.¹

تسارعت الحياة وتطورات الأوضاع وتغيرت الظروف وأصبحنا أمام واقع اجتماعي جديد إفرار لنا مشاكل ومعضلات أخرى تتعلق بأحكام الميراث غير ما عرفته من المسائل النمطية، وهو ما يستوجب دراسة هذه الظواهر دراسة علمية واستنبط ما يقابلها من أحكام فقهية ونأخذ على سبيل المثال لا الحصر ما كشفه لنا العلم من إمكانية تكاثر وظهور أحياء عن طريق ووسائط مثل ظاهرة الاستنساخ والتخصيب الصناعي تخصيب بالأنابيب واستنجاذ الرحم وكذلك ظاهرة التصحيح الجنسي وما يعرف بالمتحولون جنسيا.²

هذه المستجدات استحدثت معطيات جديدة غيرت عدة مفاهيم فبعد ما كان يولد الطفل نتيجة الاتصال الطبيعي بين الزوجين أصبح بالإمكان أن ينجب طفل بغير الوضع الطبيعي المعتاد بالاستعانة بالتقنيات الطبية الحديثة المساعدة على الإخصاب في مجال الطب الإنجابي من أجل إحياء الأمل في نفوس الكثير من الأزواج والحفاظ على وحدة الأسرة من التفكك بسبب عدم القدرة على الإنجاب.³

ينقسم التلقيح الاصطناعي إلى نوعين:

الأول يسمى التلقيح الداخلي يتم فيه تخصيب بويضة امرأة داخل الرحم إما مني زوجها أو مني رجل آخر أما النوع الثاني يسمى تلقيح الاصطناعي الخارجي وفيه يتم تلقيح بويضة امرأة بمنى الرجل في أبوب اختبار ثم تزرع بعد التلقيح في الرحم الزوجة وبهذه المناسبة ظهرت ظاهرة أخرى وهي استنجاذ الرحم أي زرع البويضة المخصبة في رحم امرأة أخرى بمقابل مادي أي طرف الثالث في العلاقة بالاتفاق الزوجية على استنجاذ لرحمها لتحضن البويضة المخصبة وتتولى هذه الأخيرة الحمل والوضع تم تقدم الطفل بعد ولادة لأبويه حسب الاتفاق المبرم.⁴

لكن هذا التطور العلمي وما أفرزه من حلول تقنية وعلمية في هذا المجال صاحبه العديد من تساؤلات والإشكالات الفقهية تتمثل فيما يلي:

هل تتم هذه العمليات في إطار معين وفق ضوابط وشروط معينة؟ ما هي الأحكام التي تتعلق بحقوق الطفل ناتج عن تقنيات الإخصاب الاصطناعي في الشريعة الإسلامية والقانون؟ (القانون الجزائري كمثال).⁵

ما هي الآثار المترتبة عليها؟

من أهم الآثار القانونية التي تترتب على عملية الإخصاب سواء كان بصفة طبيعية عن طريق الاتصال الجنسي أو بالتقنية الحديثة التخصيب الاصطناعي وهي المركز القانوني للجنين أثناء الحمل والحقوق التي يكتسبها الطفل بعد الولادة.

1- نادية علي، مشروعية التوارث بين الموتى جماعيا حالة العرقي والهدمي والحرقى نموذجا دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، ع03، م12، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ص ص 725-733.

2- ميرة وليد، تحديد زمن الوفاة وأثره على الحقوق في ظل المستجدات الطبية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع02، م06، ديسمبر 2021، ص ص 1340-1357.

3- فاطمة عيساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، مجلة فاطر السياسية والقانون، ع02، م13، 2022، ص 137.

4- شايفة بديعة، براك الطاهر، حكم ميراث الطفل الفاتح عن تقنيات الإخصاب الصناعي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع03، م10، 2018، ص 384.

5- عشير جيلالي، المبررات الشرعية والقانونية لاستنجاذ الرحم، مجلة صوت القانون، ع02، 2014، ص 227.

تعد مسألة النسب وما يتفرع عليه من حقوق كالحق في النفقة والحق في الميراث الذي يعتبر النسب أحد أهم أسبابه.

إذا كان الإنجاب الطبيعي لا يثير أي إشكال في مسألة النسب بالنسبة للمولود الجديد فإن المولود الناتج عن تلقيح والتخصيب الاصطناعي أثار جدلاً واسعاً من حيث مشروعيته ونسب المولود الناتج عنه، غير أنه يزداد الأشكال تعقيداً إذا تم التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية سواء بفك الرابطة الزوجية أو بتدخل طرف الثالث غير الزوجين في صورة الرحم البديل أو متبرع بنطفة أو متبرعة ببويضة وازداد الأمر أكثر تعقيداً عندما ما أتاح العلم إمكانية تجميد النطف وإلجأة في مؤسسات مهينة لهذا الأمر تسمى بنوك النطف والأجنة من أجل إتاحة استعمالها لاحقاً.¹

موقف الفقه:

مما لا شك فيه في مثل هذه المسائل المستجدة يتعذر التوافق فيها ويصبح أمراً عسيراً، نظراً لاتساع مجال الاجتهاد فتختلف آراء الفقهاء لاختلاف مشاربهم ومناهجهم وحسب زاوية النظر لكل منهم وإسقاط الضوابط والقواعد الشرعية والطبية والآثار على مقاصد الشريعة الإسلامية، لا سيما مالات الأفعال وتحقيق وقوع المضار والمفاسد وهو ما زاد الاختلاف بين الفقهاء وتضارب الآراء.

يرى الاتجاه الأول وهو الغالب بالتحريم المناع لهذه المسائل وهذا ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة وتبنت نفس الموقف اللجنة الدائمة الطبية الفقهية الأردنية.

حيث يقول الدكتور عبد المنعم عبد العال "طالما اشترك الزوجان، الرجل بمنيه والمرأة ببويضتها وحدثهما دون أي شريك ثالث اشتركا في عملية الإخصاب فهو حلال أيا كانت الطريقة المستخدمة أما إذا اشترك بشر آخر سواء كان رجلاً بمنيه أو امرأة ببويضتها أو رحمها، فهو حرام حرمة بينة، يصبح الجنين المولود كولد الزنا تماماً"

يستشف من هذا القول أن العملية فيها شبهة الزنا، حتى ولو لم يتحقق اختلاط الأنساب، ولا من حيث صورته المتمثلة في الوطاء المحرم وانتهاك العرض الذي أحاطته الشريعة الإسلامية بجملة من الأحكام الخاصة والوعيد لمن يخالف حدود الله.

من خلال ربط المسؤولية بالفعل المحرم حيث هذا الرأي وتفصيل العملية نجد أن الفقه وسع من مسؤولية المرء عن جهازه التناسلي عن دائرة الوطاء الحرام والوقوع في الفاحشة، فأصبح الرجل مسؤولاً عن قطرة المني التي تخرج منه والمرأة عن رحمها والبويضة وأمام هذا الوضع لا يسعنا إلا أن نذكر حديث الرسول ﷺ عندما استعان قائلاً "اللهم إني أعوذ بك من شر سمعي، ومن شر لساني ومن شر قلبي، ومن مني" تم تفسير شر بالوطأ المحرم إلا أن الشر قد يتحقق أيضاً بالاستعمال المحرم.²

الراجح في الأقوال كذلك إذا دخل شخص ثالث دخيل على العلاقة الزوجية الصحيحة فهو تجاوز وتعدي على الحق وتجاوز لأحكام الحضانة والرضاعة والعدة وما هي إلا صورة من صور اختلاط الأنساب فهذا التعاقد بين الزوجين والأجنبية باطل شرعاً لأنه إيجار على منفعة محرمة.

يترتب عليه آثار تزعزع نظام الميراث وتعسر عمل القضاء والموثقين قال ابن رشد الحفيد المالكي "فمما اجتمعوا على إبطال إجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين، كذلك كل منفعة كانت محرمة" الظاهر أن في أي عملية لا ترتاح لها الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ والأساس تعد محرمة وأساسه باطل والعقد فاسد، بناء على القاعدة الفقهية، الأصل في الفروج الابضاع التحريم، وكذلك إذا تعارض التحريم والحضر مع الإباحة فالحرمة مقدمة عند جمهور الفقهاء لتتمام إفضاء الحرمة إلى مقصودها لأنه يكفي فيها مجرد الترك.

¹ - المرجع نفسه، ص 227.

² - عشير جيلالي، المرجع السابق، ص ص 226-228.

وقول القرضاوي "إن الشريعة تقرر قاعدتين مهمتين تكمل أحدهما الأخرى الأولى: أن الضرر يزال بقدر الإمكان الثانية: أن الضرر يزال بالضرر".

صفوة القول إن الفقه الإسلامي منع هذه التصرفات وحرمه نظرا لتصادمها مع أحكام شرعية أخرى مثل الرضاعة وما يترتب عليها، أم من الرضاعة، وأخوة من الرضاعة، وكذلك يترتب على الوعاء الذي يحوي الجنين وما يتطلبه من تغذية ومرافقة طبية أثناء نموه داخل الرحم وهي صلة أخرى من خلال صلة الرحم وهل يمكن اعتباره مجازا من ذوي الأرحام؟

نتيجة ألم الحمل والوضع وهذا ما يقودنا للتساؤل عن إفساد المعنى الحقيقي للأمومة ومقوماتها في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى الإباحة بالتضييق وفق شروط موضوعية وضوابط وشروط شرعية.¹

حيث أشترك الفقهاء أن تتم عملية التلقيح بمنى الزوج وبويضة الزوجة، وأن تحمل الزوجة وتلد دون تدخل طرف ثالث هذا ما اتفق عليه جمهور العلماء والباحثين المعاصرين، على سبيل المثال الأستاذ الدكتور محمد رأفت عثمان والشيخ حسن خالد مفتي لبنان حيث "عملية طفل الأنابيب أو الإخصاب الصبي المساعد الخارجي مقبولة إسلاميا والإرث يسير وفق الأصول الإسلامية، إذا كانت الطريقة شرعية بين الزوج والزوجة".

وقال كذلك قاضي قضاة الأردن: "إذا تم الحمل من مادة الزوج فإن نسب الطفل يكون صحيحا ويثبت نسبه لأبيه وله كل الحقوق الخاصة بالطفل العادي".

موقف المشرع الجزائري:

المشرع الجزائري حذا حذو الفقهاء وعلماء الشريعة الإسلامية، فحسم الجدل بتجريم التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير، وقيد إجازته بشروط موضوعية وضوابط وشروط شرعية.

نصت المادة 45 مكرر من ق.أ على ما يلي:

يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

بالإضافة إلى المواد 371 و435 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، والتعليم الوزارية رقم 300 المؤرخة في 15 ماي 2000 التي كانت ضمن مشروع الصحة المصادق عليه سنة 2018 حيث تضمن فصل كامل لمعالجة أحكام الإنجاب بالمساعدة الطبية الذي يعتبر الإطار القانوني الذي ينظم هذه التقنيات الطبية المساعدة على الإخصاب.²

رخص المشرع الجزائري لعملية التخصيب الصناعي لكن ليس بصفة مطلقة بل قيدها بشروط وضوابط شرعية وضيق مجال الإباحة بها.

اشترط أن تتم عملية التلقيح بين منى الزوج وبويضة الزوجة وإن تحمل الزوجة وتلد دون اللجوء لشخص ثالث وإن يكون في إطار شرعي أي العلاقة زوجية صحيحة قائمة وفي حياتهما.³

1- عشير جيلالي، المرجع السابق، ص 228.

2- شافية بديعة، برأيك الطاهر، حكم الميراث الطفل الناتج عن تقنيات الإخصاب الصناعي في الشريعة الإسلامية الجزائرية، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع03، م10، 2018، ص 388.

3- فاطمة عساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن تلقيح الاصطناعي بين الزوجين، ع02، م13، 2021، ص 137.

خلاصة القول الصورة التي رسمها المشرع الجزائري لعملية التخصيب الصناعي في حدود لا ينبغي تجاوزها وشروط لا ينبغي التخلي عنها، هي التي تمثل الإطار القانوني الضامن لحقوق المولود وما يترتب عليه من نتائج فإذا نتج طفل عن استخدام تقنية مشروعة من تقنيات الطبية المساعدة الإخصاب المرخص بها دون تدخل شخص ثالث في عملية الإنجاب، كانت اللقائح والأمشاج متأتية من الزوج والزوجة وكان وعاء الحمل رحم الزوجة والعلاقة الزوجية قائمة فعلا وقت التخصيب والعلوق، فإن الطفل ينسب إلى أبيه وأمه ويرثهما حاله حال الطفل العادي هذه الصورة إذا كنا في حالة تفعيل المادة 45 مكرر لكن الأشكال حين يسود العملية خلل فلا تتوافق مع الإطار الذي رسمه المشرع في هذا النص، كأن يتم الإخصاب بعد الوفاة الزوج مثلا أو استعانة الزوجة برحم زوجته الثانية فتزرع فيه البويضة المخصبة لزوجته الأول، أو استعمال مني رجلا آخر أو بويضة امرأة أخرى؟

في هذه الحالة العويصة لم يبقى للقضاة والقانونيين إلا تفعيل المادة 222 من ق.أ التي ترخص بالرجوع للأحكام والاجتهادات الفقهية من أجل إيجاد الحل، وهو ما زاد الطين بلة، نتيجة اختلاف الآراء الفقهية وتصادمها، نتيجة الحزم والشدّة في هذه المسائل، أخذ الفقهاء في ميراث الطفل ناتج تخصيب الصناعي بالقياس على ولد الزنا وولد اللعان، فيرث من أمه وينسب إليها ولا ينسب أبيه ولا يرث منه.

- قول المالكية: لا يرث ولد الزنا والده ولا يرثه هو، لأنه غير لاحق به وأن أقربه.
- قول الشافعية: أن ميراث ولد الزنا كميراث ابن الملاعنة سواء.
- قال حنابلة: كل من ولد الزنا وولد اللعان يرث اللعان يرث من جهة الأم فقط.
- قال ابو حذيفة: إن ولد الزنا يرث أمه وإخوته من الأم بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه وإخوته من أمه فرضا لا غير.¹
- قال ابن حزم الظاهري: ولد الزنا لا يرث الذي تخلق من نطفته، ولا يرثه هو، ولا له عليه حق الأبوة ولا في بر ولا نفقة ولا في تحريم، ولا في غير ذلك وهو منه أجنبي.²

ومن الفقهاء المعاصرين الدكتور وهبة الزحيلي حيث قال فضيلته "كل ولد الزنا وولد اللعان لا توارث بينه وبين أبيه وقرابة أبيه بالإجماع وإنما يرثه بجهة الأم فقط لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث به ومن جهة الأم قطعا لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقا مشروعا لإثبات النسب".

أما الشيعة الزبديين يرون أن ابن الزنا لا يرث من أمه ولا من أبيه ولا من أقربهما أيضا وعللوا ذلك بأن الجريمة لا يمكن أبدا أن تكون سببا للميراث.³

الراجح أن المشرع الجزائري قد أصاب في تضيق وتحديد الإطار القانوني من حيث شروطها الموضوعية وضوابطها الشرعية وجعل حكم المولود الناتج عن مخالفتها حاله محل ابن الزنا وابن اللعان من حيث أحكام الميراث والنسب ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري في ما يخص الابن الناتج عن تخصيب الطبي وابن الزنا وابن اللعان وحتى اللقيط أنه لم يتوسع أكثر في دائرة الأحكام التي تخصهم من حيث الميراث والنسب وفي ما يتعلق بالتطور العلمي الحديث في ما يخص الطب عام والطب الداخلي والجراحة التجميلية وما يرتبط بها من مظاهر جديدة ومستحدثة في مجال الحياة البشرية التي أثار الاستغراب وعقدت الأمور أكثر مثل المتحولون جنسيا و ما يصطلح عليه التصحيح الجنسي أو حتى الاستنساخ.⁴

وهذا للأمر لم يتطرق لها المشرع الجزائري لسد الباب أمام انتشارها ولمخالفتها للشيعة الإسلامية والأعراف الجزائرية لكن هذا لا يمنع من وجود بعض الحالات الشاذة، فما هو موقف المشرع الجزائري منها؟ والمركز القانوني لهم؟

1- شافية بديعة، برأيك الطاهر، المرجع السابق، ص 389.

2- المرجع نفسه، ص 389.

3- شافية بديعة، برأيك الطاهر، المرجع السابق، ص 390.

4- وراتي غنية، دراسة نقدية للكتاب الثالث من قانون الأسرة، مجلة حوليات جامعة الجزائر، ع01، م34، 2020، ص 93.

بالنسبة للمشرع الجزائري سد هذا الباب في قانون العقوبات من خلال المواد 333 و338 التي تجرمان المثلية الجنسية.

الاستنساخ محرم شرعا ومجرم قانونا لكن بالنسبة للتصحيح الجنسي أو المتحولون جنسيا بدأ الأمر ينتشر في العدد من الدول، ورخصت به، وهو ما أصبح يثير جدلا واسعا على المستوى الدولي بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية والحرية الشخصية بالنسبة للأفراد.

يوجد العديد من الدول كرسست دساتيرها حرية الأشخاص بحظر التمييز على أساس الجنس وتجسد هذا بالسماح قانونا بتعديل وصف الجنس وتعديله، إذا خضع لعملية إعادة تعيين الجنس طبييا أو جراحيا وتقدم إلى مصلحة الأحوال الشخصية من أجل إثبات التغيير في سجل حالة الميلاد وإصدار وثائق هوية جديد مع التعديل نذكر بعض الدول التي سمحت بمثل هذه الإجراءات كجنوب إفريقيا، بوتسوانا، الصين والعديد من الدول الغربية تحت مظلة مسمى الحرية وما تفرع عنها من انحرافات في المطالب التي أصبحت تمس الإنسان في كيانه وأصل وجوده.

يرى العديد من المتخصصين والفقهاء والقانونيين أن ميراث المتحول جنسيا مسألة شائكة وحساسة، وتخضع للعديد من الاعتبارات وتحتاج إلى مزيد من الدراسات والأبحاث، الطبية والقانونية والشرعية، هل سيكون حكمهم في الميراث بما كانوا عليه أو بما صاروا إليه.

يرى بعض الفقهاء مثل الشيخ مظهر شاهين بالقول « الشريعة الإسلامية مصدر التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإن التصور الإسلامي لحرية تغيير الجنس، فرق بين عمليات تصحيح الجنس وعمليات تغيير الجنس حيث أباح الجمهور رأي الفقهاء شرعا عمليات تصحيح الجنس باعتبارها علاجا للمرضى الذين يعانون اضطرابات عضوية كحالات الخنثى الذكورية والخنثى الأنثوية الظاهر أن المشرع الجزائري تجنب الخوض في الإشكالات الجانبية والفرعية بصفة إرادية أو لا إرادية فأغفل تسليط الضوء على هذه الأمور وهو ما انعكس في قلة النصوص القانونية المنظمة لها رغم ما يطرحه من ثغرات قانونية ونقص تشريعي وربما المراد من ذلك تجنب التصادم في ما يصطلح عليه سياسيا الدولة المدنية مع الدولة الدينية¹.

لكن تمسك المشرع الجزائري بالهوية الإسلامية للدولة واضح ولموس من خلال المنظومة القانونية عامة وأحكام ق.أ خاصة، مثلا مسألة نكاح الكتابية هي حلال شرعا وجائز قانونا من خلال قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾²

إذا كان الزواج مباح بالكتابة وكفل لها عقد القران كافة الحقوق الزوجية مثل الزوجة المسلمين تماما، الميراث له خصوصية الشرعية وجاء مفصلا ظاهره مالي، عمقه ديني شرعي يتجلى سلوكه والعمل به الخضوع لله وإجلال شأنه وإخلاصا في توحيده.

كما أنه لكل من المسيحية واليهودية أحكامهم الخاصة في تقسيم الميراث والتركة، وهو ما يستلزم حفظ خصوصية الدينية لكل ملة، فمنع الإسلام التوارث في حالة اختلاف الأديان، فيكون هذا المانع صمام أمان حتى لا يعتدي على حقوق أهل الأديان الأخرى.

1- www.aliftaa.jo

2- سورة المائدة الآية 05.

لكن بالموازاة مع ذلك فتح الإسلام باب الوصية في حدود الثلث لصالح الزوجة الكتابية فيجوز للزوج أن يوصي لها وهذا ما ذهب إليه كذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 200 من ق.أ.ج: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

ثالثا: انتقال التركة العقارية وإشكالاتها

يعتبر القانون مصدر للحقوق فهو الوسيلة الأساسية المنشئة لها من حيث اكتسابها وانتقالها على ضوء محلها والسلطة المخولة لصاحبها.¹

وبما أن النص القانوني ما هو إلا جماد ينتظر القضاء ليمده بالروح، فلا يمكن أن يعطي القاضي تفسيرا للقانون غير الذي قصده المشرع فهما وجها لعملة واحدة، وهذا ما نلمسه من خلال ما فرضه المشرع الجزائري من قوانين ونصوص تشريعية تنظم انتقال الملكية العقارية وفق شروط وضوابط قانونية، تؤطر هذه العملية وما يترتب عليها من آثار قانونية من حيازة ومسؤولية مدنية وما يترتب عليها من حقوق وتصرفات قانونية حتى يستقر مجال المعاملات العقارية وهذا نظرا لأهمية هذا المجال في نشاط الاقتصادي بالنسبة للدولة خاصة والأفراد عامة.

وضع المشرع الجزائري إطار تنظيمي لانتقال العقارات سواء كان بصفة إرادية كالبيع أو الوصية والهبة أو بصفة لا إدارية مثل حادثة الوفاة أي الميراث وما يترتب عليها من قسمة ونقل الملكية للتركة العقارية.

وبما أننا بصدد دراسة إشكالات الميراث المتعلقة بانتقال الملكية العقارية ارتأينا تسليط الضوء على مختلف المراحل والإجراءات الإدارية التي تنظم هذا المجال وما يشوبها من نقائص وثغرات تعرقل السير الحسن وسرعة هذه العملية.

ضبط المشرع الجزائري نظام انتقال الملكية العقارية بمجموعة من الإجراءات الإدارية والضوابط القانونية في عدة مراحل متوالية ومتكاملة تعتبر من النظام العام لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها فلا تترتب الآثار القانونية إلا بها، فلا يتم الشروع في هذه الإجراءات إلا بعد حادثة الوفاة التي تعتبر الواقعة المادية لانتقال الحقوق المالية والعينية من ذمة المورث واكتسابها من طرف الوارث شرعا، حسب ما رسمته الشريعة الإسلامية وبقوة القانون بالإضافة إلى حادثة الوفاة تستوجب العملية مجموعة من الوثائق والسندات الرسمية.²

ابتداء من تحرير عقد الفريضة بصفة رسمية أمام الموثق لتحديد الورثة ونصيب الاستحقاق لكل وارث، وهذا ما ورد في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 774 ق.م.ج: "تسرى أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة".

بعد تحديد الورثة وحقوقهم المفروضة، واكبها المشرع الجزائري بعرض مجموعة من الإجراءات القانونية الخاصة حتى يتم التصرف العقاري وممارسة باقي الحقوق على الممتلكات العينية.³

لهذا الغرض كرس المشرع الجزائري أهمية بالغة لل رسمية والشكلية وجعل الشكلية أحد أركان صحة العقد في مجال التصرفات العقارية وهذا ما نلمسه من خلال نصوص القانون المدني المادة 324 ق.م.ج:

¹ - www.aliftaa.jo 01/05/2023.22: 00

² - نكار عمار، الشروط القانونية في انتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الانسان، ع44، 2015، ص 51.

³ - أنوغي نبيلة، دور الشهادة التوثيقية في الحقوق العقارية الميراثية، مذكرة ماستر قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020-2021، ص 10.

"العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو الشخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"¹.

المادة 324 مكرر 01 "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقاراً أو حقوق عقارية أو محالات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي...".

وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المؤرخ في 20 فيفري 2006 التي جاء نصها كالاتي: "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة".

كما استحدثت المشرع الجزائري الشهادة التوثيقية وحث على وجوب تحريرها لدى الموثق بصفة رسمية بعد الوفاة، حيث تعتبر هذه الأخيرة سند رسمي للأعلام والحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية عبر مجموعة من الإجراءات الجوهرية فرضها المشرع وتمثل في الشكلية والرسمية والتسجيل والإشهار.

وهذا ما أكدته المادة 91 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل وفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة"².

وهذا ما أكدته كذلك المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام.

الشهادة التوثيقية هي سند رسمي، تصريحي يخضع لإجراء الشهر، فهي من المحررات الرسمية التي يقوم بها الموثق وفق الترتيبات المنصوص عليها قانوناً.

لم يضع المشرع الجزائري تعريف خاص للشهادة توثيقية واكتفى فقط بالتأكيد على إلزامية تحضيرها لانتقال الملكية إلى الورثة من الناحية القانونية.³

نصت المادة 30 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتمم والمعدل بالأمر رقم 95 /26 مؤرخ 25 سبتمبر 1995 على ما يلي: "يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل".

كما فرض المشرع الجزائري التسجيل لدى مصلحة الضرائب المختصة إقليمياً على كل العقود المبرمة بموجب قانون التسجيل رقم 105 / 76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 من خلال العديد من المواد.⁴

- المادة 85 من قانون التسجيل "يدفع الورثة والموصي لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة".
- المادة 81 من قانون التسجيل "إن رسوم العقود وعقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات والحصص المحددة بموجب هذا القانون".
- وكذا المادة 36 من نفس القانون "..... دفع الرسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة والتي يثبت وجودها بصفة قانونية يوم فتح التركة".⁵

¹- المرجع نفسه، ص 35.

²- نكاح عمار، الشروط القانونية في انتقال التركة العقار في التشريع الجزائري، ع14، مجلة العلوم الإنسانية، 2015، ص 54.

³- سليمان جدي، انتقال الملكية العقارية بالوفاة، مذكرة ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي تيسي، تبسة، 2020-2021، ص 59.

⁴- أنوغي نبيلة، المرجع السابق، ص 59.

⁵- نكاح عمار، المرجع السابق، ص 54.

استكمالاً لإجراءات نقل الملكية العقارية، أوجب المشرع الجزائري عملية الشهر كإجراء جوهري لنقل الملكية واعتبر انتقال الملكية العقارية ابتداءً من تاريخ شهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً، حيث نصت المادة 793 من ق.م. على ما يلي: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص قوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

وهذا ما أكدته المادة 39 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المؤرخ في 25 مارس 1976 حيث جاء نصها كالاتي: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأملك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على البطاقة باسم جميع المالكين على الشيوخ وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون مبين في الشهادة".

كما نصت المادة 68 من نفس المرسوم على ما يلي: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف".¹

كما سبقتها المادة 62 من المرسوم ذاته على تأكيد الإشهار "كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهاري في المحافظة العقاري".

وهذا ما أكدته المادة 29 من المرسوم 90/25 المتعلق بالتوجيه العقاري "تثبت الملكية الخاصة للأملك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".²

صفوة القول من خلال النصوص السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري أحاط عملية إنتقال الملكية العقارية بأهمية بالغة، ومنحها عناية خاصة، سوء كان انتقال بطريقة إرادية كالوصية أو إرادية كالميراث وميزها بجملة من الإجراءات الجوهرية وفق ضوابط تنظيمية وتشريعية خاصة، لكن هذا التنظيم الصارم الذي لا يتقبل المرونة في التطبيق أفرز عدة إشكالات عملية وتطبيقية في هذا المجال.

تنص المادة 15 من الأمر 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهاره في البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة بسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".³

وتنص المادة 127 من ق.أ. على: "الإرث يستحق بموت المورث، حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم قضائي".

يفهم من هذا النص أن انتقال الملكية يكون بصفة تلقائية وإلية من المورث إلى الوارث بمجرد حصول حادثة الوفاة غير أن المشرع من خلال نص المادة 793 من القانون المدني الذي جعل من تاريخ الإشهار هو المرجع في احتساب انتقال الملكية العقارية ولا يجيز انتقالها إلا بعملية الشهر.⁴

فعملية الشهر وما يسبقها من إجراءات إدارية معقدة قد تطول مدتها فعلى من تقع مسؤولية هذه العقارات وما يترتب عليها أثناء المسافة الفاصلة من تاريخ الوفاة الذي يعدم أهلية ومسؤولية المورث إلى غاية تاريخ الشهر الذي يكون تاريخ انتقال هذه العقارات واكتسابها من طرف الورثة في ظل تضارب وتصادم بين نصوص ق.أ. مع ق.م. والقوانين المجاورة المختصة في هذا المجال وكيف السبيل إلى التوفيق

1- نكاح عمار، المرجع السابق، ص 53-15.

2- دور الشهادة التوثيقية في الحقوق العقارية الميراثية، ص 62-63.

3- لمطاعي نور الدين، نقل الملكية العقارية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية بن عكنون جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 14.

4- لمطاعي نور الدين، نقل الملكية العقارية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 14.

بينها؟ في ظل احتساب انتقال الملكية بأثر رجعي حسب المادة 15 من الأمر 75/74 المتضمن إعداد المسح العام للأرضي وتأسيس السجل العقاري.¹

يفهم من خلال كل ما سبق أنه وبغض النظر عن نوع التصرف وعن صفة الشخص أو الجهة التي أصدرته وسواء كان منشئاً أو كاشفاً أو مصرحاً أو معدلاً للحق فإنه لا وجود له إلا بشهره، وبهذا يكون الشهر هو المصدر الأساسي والوحيد لكل الحقوق العينية على أن تبقى كل التصرفات الغير مشهرة بدون أثر بين الأطراف أو في مواجهة الغير.

رابعاً: السكوت على بعض المسائل

ما يعاب على المشرع الجزائري فيما يخص ق.أ.ج عامة وباب الميراث خاصة هو عدم تطرق المشرع الجزائري لميراث غير المسلمين في الجزائر فما هي الأحكام والقواعد القانونية التي تنظم الميراث وتقسيم التركة بالنسبة غير المسلمين الجزائريين مثل المسيحيين أو الملحدين أو اليهود.

حقاً الإسلام دين الدولة حسب الدستور، لكن هذا الأخير هو من يكفل حرية المعتقد، فماذا لو عرضت قضايا تخص الميراث لغير المسلمين إمام القضاء أو أمام الموثقين، عندها يتعسر الأمر ويتعذر إيجاد الحلول والحسم في النزاعات، حتى أعمال المادة 222 من ق.أ.ج لن يعطي الحل الحاسم لأننا نكون بصدد أحكام فقهية شرعية إسلامية لدى من المستحسن تسليط الضوء على القوانين التي تحكم الأحوال الشخصية لهذه الأقليات باعتبارهم يحملون الجنسية الجزائرية، فهي الرابطة القانونية بين الدولة الجزائرية وهؤلاء، فكان من المستحسن تخصيص لهم باب في ق.أ. ينظم علاقاتهم القانونية.

من المسائل التي سكت عنها المشرع الجزائري كذلك في باب الميراث مسألة التخارج والمناسخات ويبقى الحل في هذا الأمر الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما أحالتنا المادة 222 من ق.أ.

المناسخة: هي أن يموت واحد وأكثر من ورثة الميت الأول قبل قسمة التركة أي أن يموت شخص وقبل قسمة التركة يموت واحد من ورثته بمعنى يموت بعض ورثة الموتي قبل تقسيم التركة وانتقال نصيبهم إلى من يرثهم.

للمناسخة سببين:

- تقارب موت الوارث والوارث لأي سبب من الأسباب، مما عرفل سير إجراءات تقسيم التركة.
- تأخير تقسيم لوجود مشكل ما مثل الحمل، المفقود، الخنثى المشكل، أو ما يتطلب منه ويرجى اتضاح الحالة.

التخارج: المقصود به عند علماء الفرائض هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة بعوض معلوم، أي يتفق ويتعاقد بعض الورثة على تنازل عن نصيبهم لصالح الورثة الآخرين مقابل شيء معلوم، سواء كان من داخل التركة أو خارجها. ويعرف كذلك هو أن يتصلح الورثة على أن يخرج بعضهم من الميراث نظير جزء معين من التركة، أو مبلغ من المال على أن يحل أحدهم بدل الآخر في نصيبه مقابل مبلغ من المال يعطيه له.²

عرفه بعض الفقهاء كالجرجاني: "التخارج هو مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشيء معين من التركة"، وعرفه آخر: هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث في مقابل شيء معلوم من الشركة أو من غيرها، سواء أكان هذا التصالح من كل الورثة أو من بعضهم.

¹ - نكاح عمار، المرجع السابق، ص 53.

² - فريجة رحمانى، الصلح عن طريق التخارج لتسوية منازعات الميراث، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ع09، ص 139.

فيما يخص التعريف القانوني وموقف المشرع الجزائري من مسألة التخرج، المشرع الجزائري لم يتطرق لأحكام التخرج ولم ينظمه لا في ق.أ، ولا في ق.م مما يقتضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حسب الإحالة من المادة 222 من ق.أ.ج.

عرفه المشرع المصري في نص المادة 48 من قانون المواريث (1943) كما يلي: "التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم ، فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة، وإذا تخرج أحد الورثة باقيتهم فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخرج على طريقة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية"¹، وعرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 من خلال المادة 314 كما يلي: "التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم".

والمادة 315 "إذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في تركة"، أما ق.أ القطري عرفه في نص المادة 299 كما يلي: "التخرج هو اتفاق الورثة على ترك بعضهم نصيبه من التركة للبعض الآخر بعوض معلوم"، أما بالنسبة لمشروعية التخرج فهو جائز شرعا بشرط التراضي والأهلية بالنسبة للمتخارجين سواء أكان يعتبر بيعا أو معاوضة أو صلحا أو قسمة، ومبادلة بين الوارث المخرج (الخارج) وبين بقية الورثة أو من أخرجهم منهم، يستمد التخرج مشروعيته من القرآن والسنة:²

- من الكتاب لقوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾³ وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁴

- أما من السنة وما توتر السلف الصالح ما يلي:

✓ قول بن العباس T "يتخارج الشريكان وأهل الميراث، فيأخذ هذا عينا وهذا دينا فإنه نوى لأحدهما لم يرجع على صاحبه".

✓ حدث كذلك في عهد الخلفاء الراشدين: طلق عبد الرحمان ابن عوف امرأته تماضر بنت الاصبع الكلبية في مرض موته، تم مات وهي في العدة، فورثها عثمان T مع النسوة الثلاثة الآخرين ثم صالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف هذا دليل على أصل وجواز التخرج في الميراث.⁵

إذا كان هذا الحال عن الإشكالات المثارة حول النقائص والثغرات فيكيف يكون الحال عن الحلول المقترحة (ما يستوجب على المشرع القيام به) وهذا ما سوف نتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الحلول المقترحة (ما يستوجب على المشرع القيام به)

1- أوحمني خديجة، المرجع السابق، ص 08.

2- أوحماني خديجة، المرجع السابق، ص ص 08-09.

3- سورة النساء الآية 114.

4- سورة النساء الآية 128.

5- حماني فريحة، المرجع السابق، ص ص 141-142.

ظلت الشريعة الإسلامية تلعب دورا هاما في تنظيم جميع المجالات والميادين العامة وقوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي يجدر بنا التذكير أن الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح الأحوال الشخصية قديما بل كانت موزعة في أبواب أو كتب مثل كتاب النكاح، كتاب الفرائض أو المواريث¹.

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأول لاستلها أحكام ومسائل الشرعية لضبط القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية من أجل الحفاظ على الخصوصية الإسلامية لهذه المجتمعات وصد تسلسل التشريع الغربي خاصة أثناء وبعد الاستعمار.

بدلت الجزائر بعد استقلالها مجهودات تشريعية من أجل بلورة منظومة من القوانين التي تثبت انتسابها للهوية الإسلامية وإعلان انسلاخها عن القوانين الفرنسية السابقة. حيث كرس قانون الأسرة الجزائري الفصول المهمة من التي تولتها أقلام الفقهاء من المتأخرين والمتقدمين بالبحث والتدوين حتى تكون زخما معرفيا وتراثا فقهيا لبيان أحكام الأحوال الشخصية من بطون كتب الفقه الإسلامي، غير أنه المشرع الجزائري أثناء محاولته التقنين قانون الأسرة بمحاولته لصهر الأحكام الشرعية في بوتقة قانونين اعترته العديد من النقائص والثغرات وجب عليه استدراك إصلاحها بما يلي²:

أولا من حيث الشكل:

1- الصياغة:

مما لا شك فيه أن الإسلام دين ونظام دولة ومجتمع، يقوم على العقيدة والشريعة ويتجلى ذلك من خلال الانقياد لأحكامه فالأحكام والقواعد القانونية الخاصة بالأحوال الشخصية تكاد تكون في معظمها ثابتة ومستقرة لتعلقها بحالة الإنسان في الأسرة وهي مستقر في كليتها وجزئياتها المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية باختلاف الزمان والمكان لهذا وجب على المشرع الجزائري بدل العناية الكافية لصياغة القواعد القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية باعتبار مرحلة الصياغة هي أهم وأدق مرحلة لما يترتب عليها من نتائج³، بالإضافة إلى خصائصه ومميزات القاعدة القانونية التي تتطلب الدقة والوضوح والخطاب المباشر وتجريد والعموم وسهولة نقل مضمون ما بين مخاطبين بها والقاضي الذي ينزلها في أحكامه دون اختلاف بينهم واختلاف المعنى أي يوافق المبنى للمعنى مع الأحكام الشرعية التي توطرها كما يجب إدراج الصياغة التشريعية ضمن المقاييس أو التخصصات المقررة في الجامعات حتى تكون في صلب التأهيل والتدريب⁴.

بالإضافة إلى هذا للحصول على جودة في القواعد القانونية تحقق هدفها واستقرار القانوني والقضائي وإفراغ الإصلاح في جدواه ونبل مقاصده والرقى بالتشريع وجب على المشرع الاستعانة بأهل الاختصاص في المجالات التي تحيط بأحكام مجال القانون من اللغويين والمعاجم المختصة بالإضافة إلى الفقهاء ورجال القانون والأطباء وكل من له مصلحة في الارتقاء بالتشريع⁵، كما يجب على المقتنين الاستفادة والاستثمار في من لهم خبرة قانونية في صياغة النصوص مثل رجال القضاء وأهل التشريع وتشجيع البحوث المتعلقة بالصياغة التشريعية والاعتماد على الدراسات المقارنة مع القوانين المجاورة، وقوانين الأحوال الشخصية لدول الأجنبية، إذا كانت الصياغة التشريعية الجزائرية ما بين الواقع والمأمول من خلال ما هو موجود ما

1- شكشاك خديجة، تقنين المواريث بين النص والأحوال -دراسة تحليلية لنص المادة 222 من قانون الأسرة، مذكرة ماستر تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2013-2014، ص 07.

2- عبد الرزاق لعمارة، محاضرة قانون الأحوال الشخصية، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص 07.

3- شاهد رحاب، الصياغة التشريعية -مدونة قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، في القانون الخاص، جامعة طنجة، المغرب، 2017، ص .

4- RTTSPS// WWW.MOROCLAN.COM . 01/05/2023 .23H00-

5- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص .

ينبغي أن يكون وجب تشجيع الدراسات الاستشرافية في مجال القانون والتنظير للمستقبل مع الاستعانة بالخبرة الأجنبية والاقتراب من قوانين الأجنبية لمن سبقتنا ولها باع في هذا المجال.

يجب خلق منظومة تشريعية تواكب الاستراتيجيات الرئيسية للدولة والمواثيق الدولية وفق رؤيا شرعية بما يتناسب مع المعتقدات السائدة والأعراف خاصة في ظل الاتجاه إلى عولمة القاعدة القانونية وتذويب الثقافات وإلغاء الاختلافات.¹

كما يجب أن يظل دون العلماء والفقهاء بارزا في حمل هم التشريع الإسلامي والحرص على عدم تجاوز حدود الشريعة الإسلامية

يجب على أي مشرع التحكم في أصول الصياغة القانونية نظرا لحتميتها من أجل ثبات واستقرار القاعدة القانونية حتى تولد الانسجام التشريعي بين القوانين والشريعة الإسلامية دون خلال أو تعارض أو تصادم.²

الصياغة القانونية هي علم وفن يستخدم في إنشاء القواعد القانونية والتشريعية أو بوساطتها يصوغ المشرع القواعد القانونية انطلاقا من المعطيات الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية للمجتمع والأعراف والمعتقدات ذلك في شكل قواعد قانونية صالحة للتطبيق

لابد للصانع المعرفة الجيدة والواسعة للغة صدور النص أو ترجمته من حيث تركيب النصوص ومبانيها وصياغتها ودورها من أجل تسهيل توصيل المعنى وبناء النص التشريعي.

يجب تجنب الإسراف في التشريع وتجنب التضارب وأن يكون بناء على الحاجة والأسباب الموجبة له يجب مراعاة تحقيق الفعالية للحكام التشريعية حتى يأتي هذا التعديل أو الإصلاح أكله ويحقق غايته بحيث يقترن في مضامينه مع الأحكام الشرعية الإسلامية دون الخروج على قواعده وأن لا يتوسع في الاستثناء من أحكامه.

كما تقتضي الصياغة القانونية أن تكون سليمة الضبط والبناء والاستعانة بأهل الخبرة والكفاءة، نهيك على أنه يفترض في الصانع أن يكون متمكن من اللغة ومدركا للقواعد والمصطلحات والمفردات ومعاني الخطاب القانوني.

يمكن للمشرع الاقتباس الحرفي من النص الشرعي بشرط وضعه في سياقه الشرعي ضمن النص القانوني.

من الواجب بما كان أن يكون هناك انسجام وترابط بين أحكام الميراث الشرعية ونصوص قانون الأسرة وبين مواد قانون الأسرة بحد ذاته في مختلف أبوابه حتى يكون تضارب بين مواد فقصر في دوره وأدائه على سبيل المثال من أسباب الميراث الزواج والنسب وبالرجوع إلى أحكام الزواج والنسب أن لا يكون هناك نقص أو خلل من خلال تعارض النصوص وهذا لتجاوز كل جدال فقهي أو قانوني مع مراعاة الاتفاقيات الدولية كذلك من جهة وقواعد الإسناد من جهة أخرى

ضرورة إعادة النظر في بعض أحكام التركات وإعادة صياغة تسميتها على سبيل المثال انفراد المشرع الجزائري بتسمية التنزيل بدل الوصية الواجبة في مختلف التشريعات الأحوال الشخصية العربية لدى واجب إعادة تسميتها بالوصية الواجبة وتوسيع دائرة من تشملهم إلى ميراث المرتد حتى أن له أصول وجذور فقهية فيه من يرى أن لا يراث ولا يوارث وذهب اتجاه آخر إلى قسمة ماله إلى جزئين مال كسبه قبل الردة يقسم ويورث للمسلمين وما بعد الردة يؤول إلى بيت مال المسلمين هذا رأي أبو حنيفة أما أبو يوسف ومحمد بن

¹ -WWW.MAROCLAM.COM.01/05/20230.23 H 00

² -WWW.BIBLI JURISTE.CLUB.01/05/2023.

الحسن الشيباني يرى أن مال المرتد مستحق إلى ورثته المسلمين وهذا ما يتطابق مع الواقع العملي خاصة إذا كان أبنائه أو زوجه أو والديه هم السبب في تكوين الثروة وساهموا فيها بأموالهم وجهدهم.¹

كما يجب على المشرع ضم الزوجة الكاتبة لدائرة الوصية الواجبة باعتبار الزواج بها شرعا جائز لكن الميراث محرم، خاصة إذا كانت هي سبب تكوين الثروة بالإضافة إلى هذا يجب إعادة النظر في انتقال التركة العقارية والمسافة الزمنية الفاصلة ما بين وفاة المورث وانتقال التركة إلى ذمة الوارث بسبب تعقيد وطول الإجراءات في الواقع العملي.²

إعادة النظر في مركز الخلف العام بين ق.م.وق.أ لأن الخلف العام في الحكم الطرف المتعاقد وفي نفس الوقت يمكن إعطائه وصف الغير عن العقد بالنسبة للتصرفات الضارة به، الخلف العام له مركز متميز لهذا يستوجب تنظيم أحكامه بالتفصيل ووضع نظام خاص بانتقال أثار العقد.

2- الترجمة:

تعتبر الترجمة القانونية عملية جد دقيقة متخصصة تقوم على لغتين قانونيتين تغبران على نظامين قانونيين مختلفين مما يطرح العديد من الإشكالات الحقيقية في نقل المصطلحات القانونية خاصة على مستوى الألفاظ ذات الخلفية الدينية الإسلامية لما تحمله من دلالات شرعية وأدائه للمعنى الديني الروحاني الخاص به كما تمكن الإشكالية في صعوبة فهم المصطلحات وهذا راجع للخصوصية التي يتميز بها.³

بالإضافة إلى صعوبة وجود ما يقابله في اللغات الأخرى لأنه مصطلح إسلامي محض فمثلا في باب الميراث نجد مصطلحات خاص ببيان الميراث بحد ذاته مثل العاصب، الدية، كلاله..... لدى يجب على المشرع الجزائري الأخذ بنفس الاقتراحات المطروحة في مجال الصياغة من حيث جهة الصياغة بالنسبة لنص اللغة الثانية المترجم لها بالإضافة إلى الاستعانة بالمعاجم المتخصصة وأهل اختصاص من اللغة الثانية، كما يجب على مترجم التحلي بالكفاءة الترجمة اللازمة من أجل التغلب على الإشكالات التي تعرقل المسار الترجمي والاستعانة بالخبرة والمقاربة بين المصطلحات لتذليل الصعوبات.⁴

يستوجب على المشرع اقتباس المصطلحات الشرعية الإسلامية بشرط وضعها في صياغها الصحيح وهذا بالاقتباس الحرفي للمصطلحات

يجب أن تكون الترجمة مستساغة وتحافظ على الروابط بين النص الأصلي والنص المترجم وتحقق التكافؤ الوظيفي ما بين النص الأصلي (المصدر) إلى النص الثاني الهدف (بلغة المستهدفة)

ثانيا: من خلال مضمون النص والأحكام:

إن تقنين الأحوال الشخصية لم يستقر على الصفة التي هو عليها اليوم إلا بمرور بعدة مراحل متتالية ومتباينة ونتيجة تنازع العديد من التيارات ما بين من يدعي أحكام الشريعة الإسلامية والحفاظ على الهوية الإسلامية واتجاه آخر متأثر بالثقافة الغربية ذو نزعة علمانية يدعوى إلى إبعاد الدين عن الإطار تنظيمي للأسرة لمواكبة التطورات العالمية وهذا لاعتبار ان القانون الوضعي مرن قابل للتعديل عكس القوانين التي مصدرها الأحكام الشرعية الإسلامية فهي جامدة وثابتة.

1- أ عمر يحيوي، ضرورة المادة النظر في بعض الأحكام الخاصة بالتركات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص ص 295-297.

2- محمد بدر الدين، جيبوب عمار، مركز الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة القانون والعلوم السياسية، ع01، م05، 2019، ص ص 328-330.

3- حمداني يمينة، إشكالية الترجمة المصطلح في اللغة القانون، تحليل مقارن للمصطلحات الميراث، مجلة لغة الكلام، ع02، م03، 2017، ص ص 130-144.

4 - محمد هشام بن شريف، إشكالية الترجمة القانونية، دراسة في الترجمة العقود من الفرنسية إلى العربية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2017، ص ص 8-58.

وسط كل هذا الصراع وجب على المشرع الجزائري فتح الباب لتعديل ق.أ.ج حتى يراعي مختلف الأطياف وتصحيح مختلف النقائص والثغرات الواردة واللاحق بمختلف التشريعات الرائدة التي تشمل في مقاربتها مختلف الوضعيات والحالات المستجدة التي توازي ما بين الدول المدنية التي تحفظ حقوق كل مواطنيها وضوابط الشريعة الإسلامية السمحة باعتبارها أكثر عراقنا وامتدادا في التاريخ ولها رصيد فقهي يعالج مختلف الأوضاع.¹

يجب على المشرع الجزائري مواكبة التغيير الاجتماعي الذي حدث على مستوى الأسرة الجزائرية من نمط تقليدي إلى نمط حديث وهو ما يستوجب عليه محاولة التأصيل الشرعي لحفظ نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية وبين مقاصدها ووسائلها في حفظها ودفع الأخطار عنها ، بما يحقق الوصول إلى تكون أسرة سليمة مستقرة ، حماية الأسرة وإصلاحها والمحافظة عليها ليست أمرا دخيلا على مقاصد الشريعة الإسلامية وليست من ابتكار الغرب في العصر الحديث كما يتوهمه من لم يتعمق في معرفة التراث العلمي والحضاري الإسلامي وعليه يجب الدعوة إلى الالتزام بالقواعد الشرعية في تنظيم الأسرة.²

يجب إخضاع عملية الترجمة لمختلف القواعد الحديثة من مقاربات ونظريات ومنطق اللغة والقانون مع مراعاة المفردات القانونية وامتدادها بالإضافة إلى اللسانيات القانونية ودورها في تأويل القانون.

يتوجب على المترجم التحلي بالكفاءة الذهنية والذكاء اللازم في ترجمة النصوص الحاملة للقاعدة القانونية.³

يجب مراعاة تكييف المصطلح القانوني حتى يتسنى إيجاد المصطلح الدقيق ولا يتشوه النص لأنه يمكن للمصطلح أن يكون له عدة معني ويمكن توظيفه في عدة مجالات قانونية.⁴

يجب على المشرع الجزائري التوسع أكثر في مجال النصوص التشريعية التي تنظم الميراث من غير المعقول صهر على الأحكام المتعلقة بالميراث والاجتهادات الفقهية وتجميعها في ثمانية وخمسون (58) مادة إذا من الصعوبة بما كان تغطية كل الأحكام الشرعية المتعلقة بالميراث وتفصيلها في هذا العدد القليل من النصوص القانونية. ومن المستحسن وضع كتاب خاص بالميراث وحده باعتباره علم مستقبلي بذاته من الناحية الشرعية، علم الفرائض أو الموارث.

كما يستحسن وضع قواعد إسناد يتم الرجوع إليها خلال إشكالات الميراث المتعلقة بالعنصر الأجنبي لأنه بالرجوع إلى المادة 16 من ق.م. يعتد بالجنسية.

لابد من وضع إطار وضوابط شرعية تنظم العملية التشريعية لأحكام الميراث من خلال المستجدات المعاصرة من نوازل بتنقية وتصفية النصوص التشريعية من كل ما علق به من شوائب وتشوهات ومغالطات وتأويلات خاطئة بوضعها بما يتفق مع مآلات الأحكام الشرعية للميراث.

ثالثا: غياب الطرح القانوني في بعض المسائل

أ- المركز القانوني للخلف العام (الورثة) في انتقال التصرفات القانونية للموثر بعد وفاته للورثة:

لم يتطرق ق.أ.ج تماما للمركز القانوني للخلف العام (الورثة) بخصوص التصرفات التعاقدية للموثر أثناء حياته، وكيفية انتقالها للورثة والآثار القانونية المترتبة عليها.

1- محفوظ صغير، المرجع السابق، ص 11.

2- نهالي حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، كلية الأدب واللغات والعلوم الاجتماعية، جامعة الجلفة، ص 198.

3- محمد هشام بن شريف، المرجع السابق، ص 59.

4- شويبي أمينة، إشكالية ترجمة النص القانوني، مجلة مقاليد، ع10، 2016، ص ص 127-133.

تضمن ق.م.ج النصوص القانونية التي تنظم التصرفات التعاقدية وسيرها والآثار المترتبة عليها ضمن نظرية العقد والمبادئ العامة مثل العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطان الإدارة بالإضافة إلى إمكانية تعديل العقد بينما تنظم أحكام الميراث نصوص ق.أ والاجتهادات الفقهية بأحكام قطعية لا تقبل التغيير أو التعديل.¹

السؤال المطروح هل يعتبر الورثة أطراف في العقد بحكم خلفه المورث أو تبقى علاقة نسبية حسب التصرف القانوني الوارد وأثاره؟

من خلال دراسة المواد 108 و109 من ق.م.ج اللتين تتعلقان بآثار العقد نجد ما يلي:

تنص المادة 108 من ق.م.ج على ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

يفهم من خلال هذا النص التشريعي، أنه ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام كقاعدة عامة، وبالتالي يكون حكمه كطرف المتعاقد لكن ليس بصفة مطلقة بل قيده المشرع الجزائي بأحكام الميراث وقواعده.

مادام العقد ينشئ حقوق والتزامات بين أطرافه لأن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد لأنه يخضع لإدارة الأطراف تحت مسمى مبدأ سلطان الإدارة وهو ما يطرح عدة إشكالات بالنسبة للورثة فقد تكون الالتزامات مرهقة لهم وخضعوا إليها دون إرادتهم أو عديمي الاختصاص، كما يمكننا التسأل عن أي الأحكام التي تحكم العلاقة بين الورثة والطرف الثاني إذا ورد نص ينظمها في العقد؟

بالرجوع إلى طبيعة العقود والآثار التي تترتب عليها وخصائص كل منها نجد أن العلاقة تخضع للنسبية حسب طبيعة التعامل من جهة والنتائج التي تترتب على تنفيذ العقد.

يمكننا الأخذ ببعض الأمثلة لتقريب الصورة:

- في حالة اتحاد أو اندماج شخصية الوارث والمورث مثل ديون المورث على الوارث المنفرد (الوريث الوحيد) فنسقط هذه المديونية نتيجة اتحاد الذمة المالية.
- توجد بعض الحقوق والالتزامات لا تنتقل بطبيعتها من شخص لآخر لأنها مبنية على أساس الاعتبار الشخصي مثال ذلك العقود التي تتطلب بذل عناية وغير مؤكدة النتائج مثل تعاقد مع طبيب للعلاج أو رسام أو فنان أو رياضي أو محامي في مثل هذه الحالات ينقضي العقد بوفاة الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة بالإضافة إلى حق الانتفاع.²
- كذلك في حالة هناك نص قانوني أو بند من بنود العقد يقضي بعدم انتقال الحقوق والالتزامات إلى الورثة.

يجدر بنا التذكير أن الحق إذا انتقال إلى الورثة ينتقل بجميع أوصافه وتوابعه من حيث البطلان وقابلية للأبطال.

تنتقل جميع الحقوق إلى الورثة من حيث طبيعتها سواء كانت مادية، عينية أو شخصية، مالية أو ذهنية مثل الملكية الفكرية والأدبية أو الملكية الصناعية.

غير أنه ترد استثناءات في انتقال التركة للورثة من حيث الحقوق الموصوفة بالصفة بالشخصية مثل الحضانة، الولاية، الوصية، القوامة.

¹ محمد بدر الدين، جعوب عمار، مركز الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة القانون والعلوم السياسية، ع01، م05، 2019، ص ص 314-330.

² محمد بدر الدين، جعوب عمار، المرجع السابق، ص 330.

نستنتج من ما سبق أن الخلف العام يخضع لطبيعة العقد والتصرف القانوني للمورث، والتصرفات الضارة بالورثة الواردة في العقد، فهو يتأرجح ما بين الطرف المتعاقد والأجنبي عن هذا العقد فهو يحظى بمركز متميز يستوجب تنظيمه بأحكام مفصلة تنظم انتقال أثار العقد.

ب- تنظيم المواريث بين النص والإحالة:

برجوع إلى المواد 774 و775 من قانون المدني التي تتضمن تحديد الورثة ونصيب كل وارث فقد أحاله المشرع إلى قانون الأحوال الشخصية أي قانون الأسرة وبالرجوع إلى القانون الأحوال الشخصية أي ق.أ.¹

وبالرجوع إلى ق.أ من خلال نص المادة 222 فقد أحال كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة وهذا ما تطرق له ق.م بصفة عامة من خلال نص المادة الأولى: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يلاحظ المتأمل والدارس للقانون خاصة الدراسات النقدية لموضوع الإحالة في ق.أ من خلال المادة 222 التي تسمح للقاضي بالرجوع للأحكام الشرعية للميراث وإفراغها في الأحكام القضائية لحسم النزاعات.

الواقع العلمي لهذا النص افرز العديد من الإشكالات وأثار جدلا وسعا بين المؤيد والمعارض، فالمؤيد يرى فيه توسعة ورحمة للقاضي والمتقاضي والمعارض يرى فيه مشقة وعسر نظرا لاتساع حجم الاجتهادات الفقهية وقطعية الأحكام الشرعية مما يجعل القاضي يتوه وسط هذا الكم الهائل من الاجتهادات الفقهية القديمة والحديثة في ظل نقص التكوين المتخصص الذي يسمح بتأهيل القضاة في مجال الأحوال الشخصية عامة والميراث بصفة خاصة من جهة، ومن جهة أخرى القوانين الحديثة فهي تلزم القاضي بالفصل في كل أمر يعرض عليه، ولا يمكن الاحتجاج بعدم وجود نص قانوني يحكم المسألة المعروضة عليه وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة وهو ما يلزم القاضي بالاجتهاد.

في صدر الإسلام كان الاجتهاد وقناعاته في كثير من الأحيان خير معين له في حسم النزاعات عند غياب النصوص الشرعية الواضحة وهو ما يحيلنا إلى مسألة الولاية على القضاء، فكان لا ينصب على القضاء إلا من كان يفقه أمور الدين وله² القدرة على الاجتهاد واستنباط الأحكام الشرعية ضمن إطار ضوابط الاجتهاد ومنهجه، بالإضافة إلى قدرته على تفسير نصوصه.

أما القاضي في الزمن المعاصر فهو لا يملك جملة من المؤهلات والوقت الكافي للبحث والاستقصاء، وانعدام التأهيل والتكوين في المجال الشرعي لأن تكوينه يطغى عليه الجانب القانوني فيكون دوره مرتبط بتطبيق القانون وفي هذه الحالة فلا مناص للقاضي من اللجوء والاستعانة بالأهل الاختصاص الذي يتمثل في المفتي.

وهذا ما يجرنا كذلك إلى دائرة أوسع في البحث عن شروط الفتوى وأهلها وبالتالي يصبح اجتهاد القاضي شبه معدوم وسلطته التقديرية في المسائل محل شك، في حقيقة وجوه الاجتهاد القضائي المعاصر ومدى مصدقته. مسألة أعمال المادة 222 من ق.أ ليست حكرا على القاضي فقط فتتسع دائرة الأشخاص المخاطبين بها لتشمل الموثق في الواقع العلمي وينطبق عليه ما ورد على القاضي من حيث الإشكاليات المتعلقة بتطبيقها، وبالموثق بحد ذاته سوء من حيث تكوينه أو الاجتهاد وجودته، فتكون أعماله محل منازعة وطعن، فعقد الفريضة الصادر عنه يكون محل مسؤولية مرتبطة بمهامه يسأل عنها قانونا.

¹ - المرجع نفسه، ص 331.

² - شكشاك خديجة، المرجع السابق، ص ص 102-135.

وبالرجوع إلى نص المادة 181 من ق.أ في الفقرة الثانية التي قيدت تقسيم التركة في حالة وجود القصر بالقضاء فقط، حيث جاء نص المادة واضح، كالآتي: "..... وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

هي مسألة إجرائية لكن السؤال المطروح هل الموثق يعفى في هذه الحالة من تحرير عقد الفريضة، وتوجه القسمة وتحديد الورثة إلى القضاء أم يتدخل الموثق في تحرير عقد الفريضة، وحساب الأنصبة وتحديد الورثة والقسمة يختص بيها القضاء.¹

من خلال ما سبق والواقع الذي فرضته المادة 222 من ق.أ نتيجة اتساع دائرة الاجتهاد الفقهي في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية عامة والميراث بصفة خاصة سواء قديما أو الاجتهادات من طرف العلماء في زمننا المعاصر، أحداث روعا وأفكار مستحدثة جديدة يوما بعد يوم، وعدم قدرة القاضي المعاصر من إدراكه وعجزه عن استيعابه وإطلاعه على مختلف أو كل هذه الاجتهادات المتزيدة يوما بعد يوم مما يجعله في حيرة من أمره، ويبقى الاستعانة بأهل الاختصاص في الفتوى أمرا ضروريا وهو ما يقوض من سلطته ويقيد اجتهاده.

سبق الفقه الإسلامي القوانين الوضعية بأشواط كبيرة، بتنظيمه لمسائل الأحوال الشخصية عامة والإرثية بصفة خاصة من حيث الإتقان والدقة، لكن مسألة التقنين في أبواب الأحوال الشخصية والميراث لا زالت تعاني الكثير من الاختلالات والتناقضات والثغرات، إفرزات العديد من الإشكالات التي تعرقل التطبيق السليم للقانون نتيجة تعارضه مع الأحكام الشرعية التي تنظم الميراث تارة، أو إغفال المشرع الجزائري وسكوته عن الخوض فيها تارة أخرى، هذا من جهة بالإضافة إلى صعوبة ضبط الأمور الإجرائية للميراث من جهة أخرى وعدم قدرة النصوص القانونية لتضمن كل الأحكام الشرعية للميراث.

الظاهر أن إيجاز المشرع الجزائري في قوانين التي تنظم الميراث جعل علته واضحة في عدة مسائل تطبيقية فأثرت الكثير من الاختلاف وهو ما يعرف بالمسائل المختلف فيها مثل التأسيس والعول والرد والدفع، وما لم يتطرق له تماما مثل التخارج والتناسخ،² بالإضافة إلى المسائل الخاصة التي لم ترد في ق.أ.ج مثل المسألة الخرقاء، والمسألة الناقضة والمسألة الثلاثينية، والمسألة عشرية، وعشرنية، وتسعينية زيد، ومختصرة زيد، المالكية وأختها شبه المالكية، المرونية، الحمزية، المأمونية، الشريحية، المعادة.³

ق.أ محل تجاذبات فكرية وصراعات حزبية: من المعروف أن السلطة التشريعية في الجزائر هي البرلمان بغرفتيه (مجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) فكل القوانين يتم دراستها واقتراحها والمصادقة عليها عبر هذه المؤسسة باعتبارها ممثلة للشعب الذي ينتخب فيها ممثليه وهو ما يجرنا إلى التسأل عن جدوا امتزاج العمل السياسي بالعمل التشريعي، في استقرار المجال القانوني وجودته نتيجة الصراعات الفكرية والاختلاف الأيديولوجي للأحزاب.

وهو ما يثير جدلا حول التشريع بين ما هو واقع وما هو مأمول ومسألة التنظير في مجال التشريع والدراسات الاستشرافية وما مدى ملائمة التشريع وانسجامه مع المعاهدات الدولية إلى أمضت عليها الجزائر.

هذا ما دفع بالجزائر بتعديل وتكييف العديد من القوانين، وقانون الأسرة واحد منها وهو ما عجل بظهور العديد من التيارات التي طرحت أفكارها ورأيها من أجل التجديد واستحداث تأويلات جديدة وسن قوانين مغايرة تكفي لاستيعاب الأحكام الشرعية والمستجدات العلمية والقانونية المعاصرة.

يرى اتجاه بتقديس التراث الفقهي والأحكام الشرعية وما آل إليه النص الفقهي من تفسير وتأويل وحلول فهي الصواب وعين الحق، في حين يرى اتجاه آخر أحداث ثورة فكرية نتيجة قصور النصوص السابقة باستحداث أحكام جديدة للمواريث تشمل المستجدات المعاصرة والاقتباس من القوانين الأخرى فيكون التجديد

1- شكشاك خديجة، المرجع السابق، ص 135.

2- المرجع نفسه، ص 136.

3- المرجع نفسه، ص ص 73-97.

بمزيج من الحلول تأتي من خارج الفقه الإسلامي وحلول أخرى من داخل الفقه الإسلامي تحت مسمى النظرة المعاصرة للميراث.

الظاهر أن الاختلاف في الأحكام الفقهية امتد إلى النصوص التشريعية التي تنظم أحكام الميراث ففقه المواريث كغيره من أبواب الفقه غني وثرى بالأراء الفقهية واجتهادات السلف وتأويلات الخلف بسبب علة في النص أو اختلاف بين النصوص يعود إلى قصور في فهمها، وجنوحا في تأويل النص الشرعي وتفسيره بشكل صحيح.¹ بما يوفق بين الصياغة السليمة والمآلات الشرعية للنص الفقهي فالتجديد أو الاستحداث يبقى يتراوح في مجمله ما بين التجديد المستحب الصحيح بإحياء ما أندثر وانطمس من السنن، وحمل الناس على العمل بها بقوة القانون وتنزيل الأحكام الشرعية على ما يجد من وقائع وأحداث ومعالجتها بطريقة نابعة من مدى الوحي، وقمع البدع والمحدثات والدفع بها خارج النصوص القانونية.

أما التجديد المذموم والمنحرف فهو تجديد ينتكر للقواعد الأصلية المتواترة عن السلف ويضع قواعد جديدة للفهم مثل الاتجاه التغريبي والعلمي الذي يريد محاصرة الشريعة الإسلامية وبعض الأعراف التي استمرت بعد الاستعمار.

الاستحداث هو وسيلة أخرى لتطوير وتجديد قانون الأسرة بوضع قواعد جديدة تنطلق من خارج الفقه الإسلامي باستعمال المستجدات المعاصرة من علوم مكملة ونظريات حديثة.

أو استحداث من داخل الفقه الإسلامي بوضع المسألة التشريعية على القواعد الشرعية الأصلية من حيث إعادة تأويل ودراسة النص القرآني مع تقصي الحقائق في الروايات والاجتهادات المغلوطة والحرص على التفسير الصحيح والتأويل السديد للأحكام الشرعية.

خلاصة القول إذا كان التجديد والتعديل في القواعد التي تنظم الميراث بسبب المتغيرات المعاصرة فهذا يقتضي وضع ضوابط وأطر شرعية للعملية التشريعية بعيدا عن تجاذبات السياسية في إطار أحكام تضبط المستجدات والنوازل في المواريث، في إطار شمولية الشريعة بتنقية وتصفية النص الشرعي بكل ما علق به من شبهات وتأويلات خاطئة.²

رابعا: التعديل القانوني

اقترح بعض التعديلات للأحكام التي وردت في بعض المواد من قانون الأسرة من أجل ملاءمتها مع علم المواريث وكذا اقترح تقنين بعض المسائل الغائبة نصا والموجودة فقها خاصة تلك التي فصل فيها قضاء:

1- أحكام عامة:³

✓ **المادة (...إضافة)** المراد بالتركة هي مجموع الأموال والحقوق المالية المتصلة بها التي يخلفها الميت وجرت عليها ملكيته.

✓ **المادة 180 (تغيير موقعها وتعديل في فحواها إضافة)** يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- الوصايا الصحيحة مع مراعاة أحكام الفصل السابع من هذا القانون عند تنفيذ الوصايا.

- الميراث بحسب ترتيب مستحقه في هذا القانون.

فإذا لم يوجد ذوو فروض ولا عصابة ألت التركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجد يدفع من التركة بحسب الترتيب الآتي:

¹ - شكشاك خديجة، المرجع السابق، ص ص 11-70.

² - شكشاك خديجة، المرجع السابق، ص 71.

وارتي غنية، دراسة نقدية للكتاب الثالث من قانون الأسرة الجزائري (المواد 126-183 من قانون الأسرة) ، مجلة حوليات الجزائر ، العدد 01 ، المجلد 34 ، ص 95³

- استحقاق المقر له بالنسب على الغير.
- الموصي له فيما زاد على الحد التي تنفذ فيه الوصية.

2- الخزينة العامة:

- ✓ **المادة (...إضافة)** الإرث هو مجموع الأموال والحقوق المتصلة بها والقابلة للخلافة التي تنتقل من المورث إلى الوارث بصفة حتمية خالصة عن تعليق حق الغير بها.
- ✓ **المادة 126 (فيها إضافة)** أسباب الإرث القرابة والزوجية الصحيحة.
- ✓ **المادة 128 (تعديل)** يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت موت المورث مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانعه.
- ✓ **المادة 129 (...إضافة)** ... مع مراعاة أحكام الفصل السابع من هذا القانون.
- ✓ **المادة 132 (تعديل)** إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق بغير إرادة الزوج أو كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي إستحق الحي منهما الإرث سواء كان الطلاق في الصحة أو في المرض مع مراعاة أحكام المادة 37 من هذا القانون.
- ✓ **المادة (...إضافة)** لا تترث الزوجة المعتدة من الطلاق بائنا لا إذا طلقها زوجها في مرض الموت من غير رضاها متى اتصلت وفاته بالمرض ولو تزوجت بزواج آخر بعد العدة فإن توفيت قبله فلا يرثها.
- ✓ **المادة 135 (تعديل وإضافة)** يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم.
- المرتد عن دين الإسلام ما لم تثبت عودته إلى الإسلام قبل وفاة المورث، (يؤول مال المرتد إلى الخزينة العامة).
- المختلف ديانة عن المسلم فلا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم.
- الزوجين المتلاعنين والولد الملاعن عليه لا يرث من أبيه متى توافرت شروط اللعان.
- لا توارث بين الزاني والولد الناتج عن الزنا ما لم يستحقه دون أن يصرح بأنه من الزنا مع مراعاة أحكام المادة 144 من هذا القانون.
- ✓ **المادة 136 (تعديل)** الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره من الورثة.¹
- ✓ **المادة 137 (إضافة)** "...ويحجب غيره من الورثة"، 138 تلغى أصناف الورثة.
- ✓ **المادة 140 (تعديل)** ذوو الفروض هم الورثة الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا.
- ✓ **المادة 141 (تعديل)** أصحاب الفروض من الرجال هم الأب والجد لأب وان علا الزوج الأخ لام والأخ الشقيق الحالة المنصوص عليها في المادة 176 من هذا القانون.
- ✓ **المادة 142 (تعديل)** صاحبات الفروض من النساء هن البنت. بنت الابن وان نزل الأم والجدة من الجهتين وان علت الزوجة والأخت الشقيقة الأخت لأب الأخت لأم.
- ✓ **أصناف الورثة.**
- ✓ **المادة 144 (تعديل)** أصحاب النصف خمسة وهم
- الزوج بشرط عدم الفرع الوارث للزوجة المتوفاة.
- البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى.
- بنت الابن وان نزل بشرط انفرادها عن بنات الابن وعدم ولد الصلب وابن الابن المساوي لها في الدرجة أو الأعلى منها درجة.
- الأخت الشقيقة بشرط عدم الأصل الوارث المذكر والفرع الوارث مطلقا وانفرادها عن الإخوة والأخوات الشقيقات.
- الأخ لأب بشرط انفرادها عن الأخ والأخت لأب وعدم الأخوات والإخوة الأشقاء ومن ذكر في الشقيقة.

أصحاب الثلثين

وارثي غنية، المرجع نفسه، ص 196.

✓ المادة 147 (إعادة الصياغة) أصحاب الثلثين أربعة وهن:

- بنتان فأكثر بشرط عدم وجود الابن.
- بنتا الابن بشرط عدم وجود ولد الصلب وابن الابن الأعلى منهما او المساوي لهما في الدرجة.
- الشقيقان فأكثر بشرط عدم وجود الأخ الشقيق والأصل الوارث المذكر والفرع الوارث مطلقا او عدم أصحاب الفروض ووجود الجد.
- الأختان لأب فأكثر بشرط عدم وجود الأخ لأب والأخ وأخت الشقيقة ومن ذكر في الشقيقين أو انعدم أصحاب الفروض ووجود الجد.

أصحاب الثلث

✓ المادة 148 (تعديل وإضافة) أصحاب الثلث ثلاثة وهم:

- الام بشرط عدم وجود الفرع الورع الوارث أو عدد من الإخوة والأخوات مطلقا ولو كانوا محجوبين مع مراعاة أحكام المادة 177 من هذا القانون.
- أولاد الأم بشرط تعددهم وانعدام الأصل الوارث المذكر والفرع الوارث مطلقا
- الجد بشرط عدم وجود صاحب الفرض وكان معه أخوين أو أكثر شقيقين أو لأب أو ما يعادلها من الأخوات.

أصحاب السدس

✓ المادة 149 (تعديل وإضافة) أصحاب السدس سبعة وهم:

- الجد لأب عند وجود الفرع الوارث ذكرا كان أو أنثى وعدم الأب.
- الجدة سواء لأب أو لام في حالة الانفراد وان اجتمعتا وكانتا في درجة واحدة أو كانت جدة لام ابعد من الجدة لأب قسم بينهما السدس مناصفة فان كانت الجد لم أقرب من الجدة لأب اختصت بالسدس.
- بنت الابن ولو تعددت بشرط إن تكون مع بنت صلبية واحدة أو مع بنت ابن واحدة اعلي منها درجة أن لا يكون ابن ابن في درجتها أو أعلى منها درجة.
- الأخت لأب ولو تعددت بشرط أن تكون مع شقيقة واحدة وانعدم الأخ لأب والأصل الوارث المذكر والفرع الوارث مطلقا.
- الأخ أو الأخت لام بشرط عدم وجود الأصل الوارث والفرع الوارث مطلقا.

ملخص الفصل الثاني

خلاصة القول وصفوته، من خلال ما تعرضنا له في الفصل الثاني من دراستنا، لموضوع إشكالات الميراث في ق.أ.ج، نجد أن المشرع الجزائري باعتباره ما هو إلا بشر لا يتصف بالكمال، وقع في العديد من الثغرات، والاعفالات، والنقائص، أثناء عملية سن ووضع ق.أ.أولا ثم تعديله ثانيا، وهو ما افرز جملة من الإشكالات كانت عقبة في وجه العمل القضائي، ومحل دراسة نقدية من طرف رجال القانون، والفقهاء والدارسين والمختصين من اجل إثراء ق.أ. وتقويمه.

لذا يستوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في مجمل الثغرات، والنقائص، والإشكالات الواردة، في ق.أ. وتصحيح ما يجب تصحيحه وتصويبه، وترميم ما يمكن ترميمه، من اجل مساهمة التطورات الحاصلة

في الأسرة والمجتمع الجزائري وحتى المواثيق الدولية في إطار مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية احتراماً لخصوصية الأسرة الجزائرية وصيانتها لها هذا من جهة ونظراً لحساسية الموضوع من جهة أخرى.

الذخيرة

الحمد لله لا أبغي به بدلا، نزل القرآن تنزيلا، وأعطى كل ذي حق حقه وأوصانا بتقواه والإخلاص في توحيد ربوبيته والخضوع له ولأحكامه وجعل لعباده شرعة ومنهاجا فيه هدى لهم وصلاح دنياهم ورحمة بهم.

يعتبر نظام الميراث في الشريعة الإسلامية أحد أفضل، وأدق الأنظمة السماوية، والوضعية في هذا المجال، كيف لا وقد فصل الله العزيز الحكيم، أحكامه تفصيلا دقيقا، بما لا يدع مجالاً للبشر للعبث بأحكامه الشرعية.

تقوم أي دراسة للشريعة الإسلامية على أحكام شاملة للثابت والمتغيرات، كما تتضمن القطعي والظني، وما كان محل إجماع وإخلاف، وفيها الموازنة بين المصالح والمفاسد، وهذا ما جعل الشريعة الإسلامية تتميز بالصالح

والإصلاح، وهذا ما ينطبق على أحكام الميراث، فمنه الأحكام قطعية الثابتة، لا يجوز مخالفتها أما المتغير، حسب المصلحة المتوخاة، والزمان والمكان، وهي المختلف فيها مثل الوصية الواجبة (التنزيل)، وغيرها.

في محاولة من الدول الإسلامية عامة، والدول العربية خاصة، بتقنين الأحوال الشخصية وفق الشريعة الإسلامية، وما هو سائد في المجتمع من معتقدات والأعراف السليمة، التي تتوافق مع الشرع والقانون، وهذا كذلك ما ينطبق على القانون الأسرة الجزائري، فلم يكن من السهل على المشرع الجزائري وضع قانون مثالي شامل وكامل دون نقائص نتيجة اتساع دائرة الفقه الشرعي الإسلامي، وثرائه وهو ما يجعل من صعوبة بما كان تجميع كل هذه الأحكام، في هذا العدد القليل جدا من النصوص القانونية.¹

باعتبار المشرع الجزائري إلا مخلوق فلا يرقى تشريعه لدرجة الكمال، فعننا قانون الأسرة الجزائري العديد من النقائص والشوائب والغموض في الأحكام.²

ما نستخلصه من خلال دراستنا المستفاضة لمختلف المراجع والدراسات، وبحثنا هذا، أن الإشكالات التي أحاطت بقانون الأسرة الجزائري، عديدة ومتشعبة، يصعب تحديدها وحصرها وهي مبنوثة في مختلف أبوابه فنجدها في ثنايا أحكام الزواج والطلاق والنسب والنيابة الشرعية وغيرها.

ينطوي باب الميراث الذي هو محل بحثنا على العديد من الإشكالات النظرية والعملية شكلت عقبة إمام التطبيق الصحيح للنصوص والأحكام الشرعية نتيجة الثغرات والإغفالات، وعدم الضبط الصحيح للصياغة القانونية للنص وتضارب النص مع الأحكام الشرعية تارة وسكوت المشرع الجزائري تارة أخرى على مسائل التي لا مناص من بيانها.³

فالدارس لأحكام الميراث على ضوء القانون الأسرة الجزائري يتبين له أن المشرع لم يوفق في جمع، كل أحكام الميراث في نصوص قانونية تتميز بالوضوح والشمولية والدقة.⁴

وجد المشرع مخرجا لهذا المأزق القانوني بالإحالة إلى نصوص الفقهية الشرعية المتخصصة في الميراث غير أنه لم يتقيد بمذهب واحد لا من حيث أحكام الإحالة، ولا من حيث مصدر التقنين والصياغة،

¹ تحولات طارق، العربي مجيدي، التنزيل الفقها وقانوننا والإحتجاج له بالنصوص الشرعية والقواعد الفقهية، ع 01، م 07، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، 2023، ص 993.

² قريع عادل، الحق في الميراث بين العرف والقانون، ع 01، م 10، مجلة التراث، 2020، ص 55.

³ كريم زينب، شبهات تحول أحوال المورث في قانون في ق.أ وعند الفقهاء، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 13، 2019، ص 299.

⁴ طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر، ع 32، 2018، ص 58.

وهذا ما يرهق ويتعب، من يلجأ لهذا القانون، وفتح الباب للقاضي للاجتهاد وأعمال سلطته التقديرية مما يجعله يتوه نتيجة عدم التخصص والكفاءة الشرعية.¹

كما أفرزت تطبيقات العملية لقانون الأسرة العديد من الإشكالات النظرية والعملية مما جعلها تشكل عقبة أمام التطبيق الصحيح لنصوص الشرعية بسبب تضارب النصوص القانونية تارة وتعارضها مع الأحكام الشرعية تارة أخرى، هذا من جهة ومن جهة أخرى نتيجة عدم ضبط الصياغة القانونية السليمة وغموضها وعدم دقتها، والأعراض والسكوت عن بعض المسائل التي لا بد من بيانها بالإضافة إلى تلفيق الأقوال الفقهية في عدة مسائل والأخطاء في الترجمة.

يثير قانون الأسرة الكثير من الحساسية نظرا لخصوصيتها وتعلقه بالهوية الإسلامية، هذا بسبب غموض بعض النصوص هذا القانون وإشكالات تنفيذ بعضها الأخر، وإغفاله معالجة مسائل هامة، بالإضافة إلى التضارب الحاصل بين نصوصه ونصوص القانونين الأخرى، مثل القانون المدني وقانون الجنسية، وقانون الحالة المدنية، وقانون الإجراءات المدنية وللإدارية وكذلك تعارض وعدم انسجام بعض مواد قانون الأسرة بحد ذاته.

محاولة التيارات الفكرية الحديثة والعلمانية زحزحة النموذج القائم من خلال نسف الهيكل العام لمقاصد الشريعة من باب المصلحة جلب المنفعة ودفع الضرر ولكن دون ضوابط أو قيود أو أسس واضحة دون مراعاة لسياقات الخطاب الشرعي، إن الفكر الحدائي قد تغلغل في فكر الإسلامي، وأصبحت شريحة لا بأس بها من شباب هذه الأمة يناصرون هذا التوجه وهو مؤشر خطير لان الهدف الاسمي لهذا التيار إلغاء أحكام الدين وتمييع المجتمع شيئا فشيئا.

نظام المواريث متعلق بالفقه الإسلامي من خلال استنباط أحكامه من النصوص الشرعية والسنة النبوية الشريفة من خلال صياغة الأحكام والقواعد التي تنظمه وعلاقة تقنين المواريث في القانون الجزائري بالفقه الإسلامي علاقة الجزاء بالكل واتصال لا انفصام له، مما يستوجب دائما الرجوع لهذا الفقه المدخر.

القانون من وضع الإنسان والأحكام الشرعية من وضع الخالق، فأساس الإلزام في القواعد القانونية سلطة الدولة أما أساس الإلزام في الأحكام الشرعية فهو وجوب الطاعة لله ورسوله والجزاء المترتب على مخالفة القانون مادي دنيوي أما الجزاء المترتب على مخالفة الأحكام الشرعية يدخل ضمن التعدي على حدود الله وجزائه أخروي لأنه ظهريا من المعاملات وجوهره من العبادات وحسن إسلام المرء.

✓ أما فيما يخص الالتماسات والتوصيات:

- وفي الختام كل ما نرجوه من المشرع الجزائري الإتيان بنصوص قانونية تحرص على استلها مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تتخذ منها مسلكا تأصيليا يهدف إلى التوافق مع المرجعية الأصولية، من خلال تبني بعض آليات الاجتهاد المعتمدة في الاختيارات الفقهية والترجيح بينها، والعمل بمبدأ المصلحة والاجتهاد المقاصد وذلك حسب الحقائق الاجتماعية المعاشة، ولا يتأتى هذا إلا بفتح المجال لذوي الأفكار النيرة والكفاءات الفقهية والقانونية قصد إمداده بالمعلومات الكافية لإصلاح الأحكام المتعلقة بالمسائل التي يشتمل عليها ق.أ من نقص أو إغفال وتغيير ما لا يناسب التطور الواقعي أو إضافة ما يسدد الأحكام وفق متطلبات العصر والثوابت الشرعية.

- كما نقترح على المشرع الجزائري وضع كتاب خاص بالميراث وأحكامه وتخصص فصوله وأبوابه حسب ترتيب الأحكام الشرعية الإسلامية مثلا باب خاص بالميراث بالتقدير ويقسم إلى أجزاء متخصصة ميراث الحمل، وميراث الخنثي المشكل مثلا باب موانع الميراث، أو باب متخصص في انتقال التركة العقارية، باب العنصر الأجنبي. حيث أصبح الكثير من الجزائريين والجزائريات يتزوجون الأجانب.

¹ - اقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص 01.

- كما نلتزم من المشرع الجزائري وضع تعريف ومفاهيم للتركة، والميراث، وأسباب، وموانع الميراث، وغيرها من المسائل المهمة في الميراث، مع ضرورة مسايرة المقنن لما يحدث على الساحة القانونية من مستجدات طبية وعلمية وضرورة تقنينها، ونأمل من المشرع الجزائري أن يضح مواد جديدة تساهم في التطورات والمتغيرات في المجتمع الجزائري، ضرورة إثراء قانون الأسرة بمواد قانونية لتدارك الفراغ القانوني في أحكام الإرث، واستحداث آليات جديدة تنظم انتقال التركة العقارية والتركات المعاصرة (عقود التأمين وما يترتب عليه من تقاعد، منحة الوفاة، التعويض عن الضرر.....).
- على الباحثين تأصيل هذا الموضوع وتفصيله، وتعزيز الدراسات الفقهية والقانونية المعتمدة في مجال الميراث بما يتماشى مع التطورات الاجتماعية، وبوأكب الثورة العلمية والتكنولوجية.
- الاستناد والاسترشاد بالفقه الإسلامي لحل مشاكل الميراث بتقنين أحكامه في ضوء نصوص الشرع والاجتهادات الفقهية القديمة أو المعاصرة حسب مقاصد الشريعة وتحقيقا لمصالح الناس، بالإضافة إلى إعداد القضاة متخصصين في الأحوال الشخصية وتأهيلهم علميا وعمليا،
- الاستعانة بمبتكرات الطب الحديث والعلوم التقنية الجديدة في تجلية وتوضيح بعض الأوضاع المختلف فيها كتوريث الحمل والخنثي المشكل والشك في أسبقية الوفاة.
- طرح ابتكارات قانونية تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية، والعلاج القانوني والعملي، لهذه الأوضاع الجديدة بسبب التحول العالمي، لغرض صد المد الغربي والعلمانية وتحسين الأسرة من خلال صيانة التشريعات الداخلية.
- ضرورة التعاون والتشاور والتنسيق وتبادل المعارف بين الباحثين الأكاديميين من مختلف التخصصات، والقضاة والأعوان القضائيين من خبراء وموثقين، لتوحيد الرؤى والاجتهادات والعمل على تقييد الأخطاء والتضارب في الأحكام والفرائض، والحرص على تحقيق الانسجام بين مضامين المواد القانونية.
- ضرورة العناية باستكمال متطلبات التجديد على الصعيد التقنين الفقهي لمسائل الميراث القابلة للاجتهاد، باعتبار ذلك من ضرورة ترشيد الفكر القانوني التي تقتضيها الحاجة القانونية المعاصرة، والتي تتمثل في قرارات المجامع الفقهية الإسلامية والتي يترتب عليها تأمين جوانب مهمة في مسيرة القضاء.
- ضرورة الاهتمام الجدي بتكوين قضائي متخصص يسمح بتخرج قضاة الأحوال الشخصية مؤهلين في المجال الشرعي والقانوني مع الإلمام بالوسائل المعاصرة والمستحدثة، ووضع آليات الاسترشاد بأهل الاختصاص والإفتاء في مجال الميراث.
- حبذا لو المشرع الجزائري يؤسس للدراسات الإستشراعية القانونية ويسلط الضوء على النوازل الفقهية المعاصرة، مع ضرورة استندراك الاغفالات والنقائص
- حبذا لو المشرع الجزائري أضاف ضابط الإسلام لتحديد القانون المختص بحكم الميراث في الزواج المختلط والعلاقات الميراثية ذات العنصر الأجنبي، ووضع الآليات القانونية لتنظيم هذا المجال.
- وفي الختام نرجو أو نلتزم بل نطلب من المشرع الجزائري في أن يضع قانون الأسرة على أحكام وضوابط الشريعة الإسلامية باعتبار الأسرة حاضنة لغرس العقائد الصحيحة وأن لا تساهم التيارا الحديثة التي ترمي إلى نسف المبادئ الإسلامية العامة، وإضعاف مناعة المجتمع ضد هذا الفكر بتدويب الشخصية الإسلامية القح، وإلغاء مبدأ الولاء والبراء

✓ آفاق البحث مستقبلا:

إن هذه الدراسة قد لا تشكل حلاً كاملاً بقدر ما تهدف أساساً إلى فتح باب البحث والدراسة والتوغل في مجال التقاء الشريعة بالقانون.

- البحث عن الصياغة الراشدة لمجمل مواد تقنين المواريث التي تحتاج لإثراء وتوضيح كما ونوعاً والتحضير لوضع مشروع تعديل، فنتجلى الحقيقة واستدراك الاغفالات والنقائص.
- البحث في دراسة تأصيلية مرجعية لتكون في شكل مذكرة إيضاحية مفصلة لقانون الأسرة ولا شك في أن وجود مثل هذه المذكرة ذو فائدة، كمرجع لتيسير البحث والوصول للمراجع المشتغلين بالتطبيق القانوني من قضاة ومحامين وموثقين ودارسين وطلبة.
- أرجوا أن أكون قد وفقت فيما بذلت، أسأله تعالى أن يسدد ما في هذا البحث من خلل ويتجاوز عني ما فيه من زلل، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش.

كتب السنة النبوية

قائمة المراجع:

الكتب العامة:

- 1- الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، تسهيل الفائض.
- 2- الطيب زروني، استشهد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة.
- 3- عبد الرحيم بن إبراهيم عبد الرحمان السيد الهاشم، الوجيز في الفرائض دار ابن الجوزي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، الأحساء.
- 4- محمد أبو زيد الأمير، مصلح بن عبد الحي النجار، المدخل الى علم الفرائض، مكتبة الرشد، الرياض السعودية 2008.
- 5- محمد أبو زيد الفقيه، مصلح بن عبد الحي النجار، الطبعة الأولى مكتبة الرياض، السعودية.
- 6- محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، طبعة 4، مكتبة دار التراث، المدينة المنورة، سعودية.

الكتب المتخصصة:

- 1- بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد المدعم بآخر التعديلات وأحدث الاجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الثالثة، دار هومة.
- 2- جابر علي مهران، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية والقانون المصري.
- 3- جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1981.
- 4- سعد عبد الوهاب عيسى الحياي، موانع الميراث، (دراسة مقارنة).
- 5- عبد الحسيب سند عطية، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الجديد والحصري، د.ج، د.ط، القاهرة، مصر، 2008.
- 6- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، 2009.
- 7- محمد الحشاش الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د.ج، د.ط، القاهرة، مصر.
- 8- أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري.

مذكرات والرسائل علمية:

أطروحات الدكتوراه:

- 1- بوجاني عبد الحكيم ، أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية نقدية ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،المخبر المتوسطي للدراسات القانونية ،جامعة تلمسان سنة 2019/2018 .
- 2-شاهد رحاب، الصياغة التشريعية -مدونة قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة طنجة (المغرب)، 2017.
- 3-محمد هشام بن شريف، إشكالية الترجمة القانونية، دراسة في ترجمة العقود من الفرنسية إلى العربية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2017.

- 4-محفوظ صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
- 5-شكشاك خديجة والعشي نوار، الصياغة القانونية لنظام المواريث في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية، أطروحة دكتوراه.
- 6-لعطر فتحية، الميراث في الزواج المختلف بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018.

أ- رسالة الماجستير:

- 1- جاسم زاهد قرانفيل، أسباب الإرث وموانعه، رسالة ماجستير، 1981-1982.
- 2- لمطاعي نور الدين، نقل الملكية العقارية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2010-2011.

ب- مذكرات الماستر:

- 1- اوحمي خديجة، أحكام التخارج والمناسخات في الميراث، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017.
- 2- أحمد بن عيسى، انتقال الملكية العقارية الوفاة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، تخصص قانون عقاري، جامعة زيان عاشور، الجلفة.
- 3- أنوغي نبيلة ريمة، دور الشهادة التوثيقية في الحقوق العقارية الميراثية، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- 4- زيان مليكة وتبقرين منيرة، المستحقون للميراث في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة ميرة عبد الرحمان، بجاية، 2012-2013.
- 5- بن ناصر نذير وبومرام سليمة، حقوق عبر الورثة في التركة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.
- 6- بن زيدان سارة، ميراث الحمل بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة ماستر قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
- 7- توتي محمد، الحماية الجزائية لجريمة الاستيلاء على التركة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018-2019.
- 8- زيان مليكة وتبقرين منيرة، الم توتي محمد، الحماية الجزائية لجريمة الاستيلاء على التركة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018-2019.
- 9- حيرش مهدي، التنزيل بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج قانون خاص، جامعة ملود معري، تيزي وزو، 2015.
- 10- زيد المال إسلام، قانون واجب التطبيق على الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت، ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2017-2018.
- 11- سليمة وصيف خالد، تنازع في الميراث والوصية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة الشهيد محمد لخضر، 2015-2016.

- 12- سليمان جدي، انتقال الملكية العقارية بالوفاة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة العربي التبسي، التبسة، 2020-2021.
- 13- رمال مختار، ميراث الخنثى المشكل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.
- 14- شكشاك خديجة، تقنين المواريث بين النص والأحوال -دراسة تحليلية لنص المادة 222 من قانون الأسرة، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2013-2014.
- 15- شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2009-2010.
- 16- كوثر نور الدين، الميراث بالتنزيل فقها وقانونا، مذكرة ماستر، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر.
- 17- كبشان إبراهيم، دياح أحمد، ميراث التنزيل في القانون الجزائري والتشريع الإسلامي، مذكرة ماستر تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة زيان عاشور، جلفة، 2017-2018.
- 18- مقارنة، مذكرة الماستر علوم إسلامية كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020-2021.

المجلات والمقالات العلمية:

- 1- أحمد غرابي، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة المسيلة، المجلد الأول، العدد 23
- 2- إقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري، مجلة مخبر فعلية القاعدة القانونية.
- 3- إقروفة زبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، العدد 1، المجلد 1، مجلة الواحات للبحوث والدراسات.
- 4- أمينة بوعزيز، ميراث الخنثى على ضوء المستجدات الطبية، مجلة البحوث الأسرية، العدد 2، مجلد 2، 2022.
- 5- أمينة مقدس، إشكالات التنزيل في القانون الجزائري -دراسة تحليلية على ضوء المحكمة العليا، العدد 02، مجلد 05، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، 2019.
- 6- باركة إسماعيل، إشكالات التنزيل من الناحية العلمية، العدد 02، مجلد 06، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جوان 2021.
- 7- باقل علي، ضرورة إعادة النظر في التوريث تنزيلا في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 01، 2019.
- 8- بشور فتيحة، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مقارنا بالشريعة الإسلامية والقانون المصري)، العدد 18، مجلة معارف قسم العلوم القانونية، جوان 2015.
- 9- بن زيوش مبروك، التنزيل في الميراث بين الوجوب والإختيار في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، العدد 08، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2017.
- 10- بن ناصر نذير، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، العدد 01، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جانفي 2017.
- 11- بوجاني عبد الحكيم، مكانة النظام العام في القانون الواجب التطبيق على منازعات الميزات، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 05، العدد 2، 2022.
- 12- الحاج عرباوي، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمته في الشريعة الإسلامية، العدد 01، مجلد 6، مجلة الشهاب.
- 13- الحاج علي عرباوي، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وحكمه في الشريعة الإسلامية، المجلد 06، العدد 01، مجلة الشهاب، مارس 2022.

- 14- حمداني يمينة، إشكالية الترجمة المصطلح في اللغة والقانون، تحليل مقارنة للمصطلحات الميراث، العدد 02، المجلد 03، مجلة لغة الكلام، 2017.
- 15- حمدني يمينة، إشكالية ترجمة المصطلح الإسلامي في لغة القانون -تحليل مقارنة لمصطلحات الميراث، العدد 02، مجلد 03، مجلة لغة كلام، 2017.
- 16- حميد زلافي، جوانب من الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -، العدد 02، المجلد 07، مجلة الشهاب، 2021/07/15.
- 17- زيدان محمد، تنزيل أولاد البنات بين التأصيل الفقهي والواقع، مجلة الجزائريين للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2018.
- 18- سهيل الأحمد، أهلية الضوابط الشرعية وصورها في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، المجلد 05، العدد 01، جامعة فلسطين، 2021/03/14.
- 19- شبور نوية، تنازع القوانين في مسائل الميراث - الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي اليايس، سيدي بلعباس، مجلة صوت القانون، العدد 02، 2021/10/120.
- 20- شويتي أمينة، إشكالية الترجمة النص القانوني، العدد 10، مجلة مقاليد، 2016.
- 21- عربي يزيد، التنزيل بين الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة الجزائري، العدد 02، المجلد 1، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية.
- 22- علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وتقتين الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 15.
- 23- علي شهاب، فصي حسين محمود، الإرث بالتقدير في الفقه الإسلامي والقانون، العدد 01، مجلد 3، المجلة العلمية جيهان قسم القانون جامعة كركوك، العراق، 2014.
- 24- عمر يحيوي، ضرورة المادة النظر في بعض الأحكام الخاصة بالتركات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- 25- قتيحة لعطر، أساس انتقال التركة الشاغرة الى الدولة في الزواج المختلط فقها وتشريعا، مجلة نقدية.
- 26- فريحة رحمانى، الصلح عن طريق التخرج لتسوية منازعات الميراث، العدد 09، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية.
- 27- فريدة حديد، الوصية الواجبة من خلال الاجتهاد الفقهي المعاصر والقانون الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 02، مجلد 19، 2022.
- 28- فوزي خوازم، إبراهيم رحمانى، تنزيل الفروع مرتبة الأصول بين الجواز والوجوب في قانون الأسرة الجزائري، العدد 01، مجلد 12، مجلة العلوم القانونية والسياسية، أفريل 2021.
- 29- كريم زينب، شبهات حول أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وعند الفقهاء، العدد 13، مجلة البحوث القانونية والسياسية، سيدي بلعباس، 2019/12/14.
- 30- محمد بدر الدين، جعبوب عمار، مركز الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، العدد 01، مجلد 05، مجلة القانون والعلوم السياسية، 2019.
- 31- محمد توفيق قدرى، أحكام شروط التوارث بين الزوجين في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، المجلد 12، العدد 01، جامعة محمد خيضر بسكرة، 25 مارس 2020.
- 32- نكاع عمار، الشروط القانونية في انتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري، العدد 44، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015.
- 33- وارتي غنية، دراسة نقدية للكتاب الثالث من قانون الأسرة الجزائري، العدد 01، المجلد 34، حوليات جامعة الجزائر 01، مارس 2020.
- 34- ياسر العليا، إشكالات التنزيل في ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، العدد 5، المجلد 27، 2021.

35- يسف سرطوط، الطرق الحسابية لحل مسائل التنزيل في الميراث والانتقادات الفقهية والقانونية الموجهة، العدد 02، المجلد 6، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية 02 جوان 2021.

النصوص القانونية

- 1- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 2- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 3- الأمر 74/75، المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1975.
- 4- الأمر رقم 76-105، مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق ل 9 ديسمبر سنة 1976 يتضمن قانون التسجيل العقاري.
- 5- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1440 الموافق ل 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 6- قانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- 7- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مواقع الأنترنت:

- 1- الإرث الجاهلي، مكتبة الشاملة <http://fih.islamonline.net> 2022/11/02.
- 2- الإرث في الجاهلية bouhot.blogspot.cim.
- 3- نظام الإرث في الجاهلية وابتداء الإسلام <http://alansab.net>.
- 4- الإرث مبادئ وحقائق www.Alukah.net، 2022/12/19.
- 5- موقع إسلام أون لاين، islq;online.net، 2023/02/26.
- 6- موقع المكتبة الشاملة الحديثة، 2022/11/02.

الافتتاحية

الصفحة	محتويات البحث
أ	البسملة
ب	دعاء
ج	شكر وتقدير
د-ه	الإهداء

و	قائمة أهم المختصرات
01	مقدمة
الفصل الأول مفهوم الميراث وأهم انظمتها في الشرائع الإسلامية والامم القديمة والحديثة والقوانين الوضعية	
06	تهميد
07	المبحث الأول: الميراث في الجاهلية وبعد الاسلام وفي بعض القوانين الوضعية
07	المطلب الأول: الميراث في الحضارة القديمة والتشريعات الوضعية الحديثة
07	الفرع الأول: الميراث في الحضارات القديمة
15	الفرع الثاني: الميراث في القوانين الوضعية
17	المطلب الثاني: الميراث بين التشريع الاسلامي والتشريع الجزائري
18	الفرع الأول: نظام الإرث في الاسلام
27	الفرع الثاني: للميراث في التشريع الجزائري
35	المبحث الثاني: مفهوم الميراث والتركة وأحكامها
35	المطلب الأول: تعريف الميراث ومكانته (أهميته والحكمة من مشروعيته)
35	الفرع الأول: تعريف الميراث
38	الفرع الثاني: مصادر علم الميراث
44	الفرع الثالث: الضوابط الشرعية للميراث (الأحكام العامة للميراث)
60	المطلب الثاني: أحكام التركة والحقوق المتعلقة بها
60	الفرع الأول: مفهوم التركة
62	الفرع الثاني: الحقوق المتعلقة بالتركة
70	مخلص الفصل الأول
الفصل الثاني: آثار الميراث	
72	تمهيد
73	المبحث الأول: الإشكالات المثارة حول الأحكام العامة للميراث
73	المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بأسباب وشروط وموانع الميراث
73	الفرع الأول: الأسباب
77	الفرع الثاني: شروط الإرث
78	الفرع الثالث: موانع الميراث
80	المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بأصناف الورقة
81	الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب الفرض
84	الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب العصبية
87	الفرع الثالث: ذوي الأرحام
88	المبحث الثاني: قصور النصوص القانونية التي تنظم أحكام الميراث
89	المطلب الأول: الإشكالات المثارة في الميراث بالتقدير والوصية الواجبة

89	الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بميراث الحمل
92	الفرع الثاني: ميراث الخنثى المشكل
97	الفرع الثالث: الوصية الواجبة (التنزيل)
112	المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بالثغرات والنقائص لبعض مسائل الميراث والحلول المقترحة
112	الفرع الأول: الإشكالات المثارة حول النقائص والثغرات
133	الفرع الثاني: الحلول المقترحة (ما يستوجب على المشرع القيام به)
147	ملخص الفصل الثاني
149	الخاتمة
155	قائمة المصادر والمراجع

المخلص:

تناولنا في هذا العمل المتواضع دراسة أبرز الإشكالات المتعلقة بالميراث في قانون الأسرة الجزائري باعتبار هذا الأخير ما هو إلا إجتهد بشري فهو يحمل في طياته جملة من النقائص والثغرات والإغفالات والتناقضات مما يفرز الكثير من العبقات في سيرورة العمل القضائي مما يترتب عليه عدة إشكالات قانونية وانعكاسات سلبية لذا يتعين على المشرع الجزائري أن يتحلى بالحكمة والبصيرة والمسؤولية في تقنين أحكام الميراث وأن يكون كيس فطن في عملية إعادة النظر في قواعده القانونية من خلال الإلغاء والإثراء أو التعديل لأن وضع الأحكام الشرعية في قالب قانوني مسألة جد دقيقة وبالغة الأهمية تحتاج كفاءة في فهم وتفسير النصوص الشرعية وتتطلب زاد معرفي كبير وإتقان في صياغة النصوص القانونية وإدراك لمضامين الأحكام الشرعية وربطها بالنصوص القانونية بدراسة تكون منظمة وشاملة دقيقة ومنسجمة مع غيرها من النصوص القانونية مع بعين الاعتبار بالتحويلات والمتغيرات الجديدة في ظل التمسك بمبادئ الشريعة الإسلامية كمرجع أساسي وضابط لأي تعديل

الكلمات المفتاحية: الميراث، الإشكالات، ثغرات، نقائص، إغفالات

Résumé

Dans ce modeste ouvrage, nous avons traité l'étude des problèmes les plus saillants liés à l'héritage dans le Code de la famille algérien, considérant que ce dernier n'est rien d'autre qu'un jugement humain, car il comporte dans ses textes un certain nombre de lacunes, de lacunes, d'omissions et de contradictions, ce qui crée de nombreux obstacles dans le processus de travail judiciaire, ce qui entraîne plusieurs problèmes juridiques et des répercussions négatives.

Par conséquent, le législateur algérien doit être sage, perspicace et responsable dans la codification des dispositions successorales, et être astucieux dans le processus de reconsidération de ses règles juridiques par l'annulation, l'enrichissement ou la modification. Parce que la mise en forme juridique des règles de la charia est une question très précise et importante qui nécessite des compétences dans la compréhension et l'interprétation des textes de la charia et nécessite une grande augmentation des connaissances et des compétences dans la formulation de textes juridiques et une compréhension du contenu des règles de la charia et des liens aux textes juridiques avec une étude organisée, complète, précise et cohérente avec les autres textes juridiques, en tenant compte des transformations et des nouvelles variables à la lumière de l'adhésion aux principes de la loi islamique comme référence et contrôle de base pour toute modification

Mots clés : Héritage, problèmes, lacunes, carences, omissions

Abstract

In this modest book, we have dealt with the study of the most salient problems related to inheritance in the Algerian Family Code, considering that the latter is nothing more than a human judgment, because it contains in its texts a number of gaps, gaps, missions and contradictions, which creates many obstacles in the process of judicial work this leads to several legal problems and negative repercussions.

Therefore, the Algerian legislator must be wise, perceptive and responsible in the codification of inheritance provisions, and be astute in the process of reconsidering its legal rules through annulment, enrichment or modification. Because the legalization of Shariah rules is a very precise and important issue that requires skills in the understanding and interpretation of Shariah texts and requires a great increase in knowledge and skills in the formulation of legal texts and an understanding of the content of Shariah rules and links to texts changes and new variables in the light of adherence to the principles of Islamic law as a reference and basic control for any change

Keywords : Inheritance, problems, gaps, deficiencies, omissions