

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة / بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الملتقى الوطني حول:

الميراث بين:

النصوص القانونية والإشكالات العملية

يومي 3- 4 ماي 2015

مداخلة بعنوان:

ميراث الحمل

في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

من إعداد الأستاذة: فضلة حفيظة.

2015/2014

المقدمة

وضعت الشريعة الإسلامية نظام التوريث على أحسن النظم المالية وأحكمها و أعدلها، فقرر الدين الإسلامي ملكية الإنسان للمال ذكرا كان أو أنثى بالطرق الشرعية، كما قرر انتقال ما كان يملكه الشخص في حياته إلى ورثته بعد وفاته من الرجال و النساء، بدون تفريق بين صغير و كبير.

ونظرا لأهمية علم الميراث ومكانته الرفيعة ومنزلته السامية في الفقه الإسلامي، لأن الإرث من أهم أسباب تملك الأموال، والمال هو عصب الحياة بالنسبة للأفراد والجماعات، إذ به قوام البشرية وعليه تدور الحياة، فقد اهتمت به بعض التشريعات الوضعية ونظمتها في قوانينها، ومن بينها التشريع الجزائري.

ولقد تناول المشرع الجزائري مسائل المواريث في الكتاب الثالث من قانون الأسرة، حيث تعرض لعدة مسائل خلافية لاسيما ميراث ذوي الأرحام والتنزيل وميراث الحمل.

وبما أنه يشترط لميراث أي إنسان تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث، وبما أن الحمل لا يزال في بطن أمه، فهو مجهول الحال و الوصف، فقد يولد حيًا أو ميتًا، قد يكون واحدا أو متعددا، وقد يكون ذكرا أو أنثى، لهذا فإن مسألة توريثه تثير العديد من الإشكالات الفقهية والقانونية.

من هنا يتحدد موضوع مداخلتني الذي اخترته تحت عنوان "ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، وسوف أحاول فيه طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وُقِّعت الإرادة التشريعية في تنظيم مسألة ميراث الحمل في قانون الأسرة الجزائري، وما موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟

سأحاول الإجابة عن هذه الإشكالية وفقا للتقسيم التالي:

أولاً: شروط استحقاق الحمل للميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

ثانياً: أقل مدّة للحمل وأكثرها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

ثالثاً: المقدار الذي يوقف للحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

رابعاً: أحوال ميراث الحمل.

المطلب الأول: شروط استحقاق الحمل للميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

بما أن الحمل هو ما في بطن الأدمية من ولد يرث ويؤثر على غيره من الورثة، أو هو الولد في بطن أمه، إذ لا شك أن هذا الأخير يحتاج إلى رعاية حقه وحفظ ميراثه إذ هو من جملة الورثة.¹

ولكي يكون الحمل من جملة ورثة الميّت، فإنّه لا بد من توافر مجموعة من الشّروط، أتتاول هذه الأخيرة أولاً في الفقه الإسلامي ثم أتطرق إليها في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحمل للميراث في الفقه الإسلامي.

لا يرث الحمل عند الفقهاء إلا بشرطين:

الشرط الأول: إذا علم بأنه كان موجوداً في البطن عند موت المورث.²

ويعلم ذلك بأن تأتي به أمه لأقل من ستّة أشهر، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا: فإن كان لها زوج يطؤها لم يرث، إلا أن يُقَرَّر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت، وإن كانت لا توطأ، إما لعدم الزوج، أو لغيبته، أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث، ما لم يجاوز أكثر مدّة الحمل.³

وإنما اشترط وجوده في البطن عند موت المورث لأن الوراثة خلافة والمعدوم لا يتصور

¹ - نصر سلمان وسعاد سطحي - أحكام المواريث في الفقه الإسلامي - ط1 - دار الفجر - قسنطينة - الجزائر - 2007 - ص 209.

² - شمس الدين السرخسي - المبسوط - ط2 - المجلد 15 - ج 29 - دار المعرفة - بيروت - لبنان - (د.ت) - ص 50.

³ - موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي - المغني ويليهِ الشرح الكبير - معجم الفقه الحنبلي - (د.ط) - ج 1 - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان - 1973 - ص 46.

أن يكون خلفاً لأحد، وإن كان نطفة في الرحم عند موت المورث فإنه يكون من جملة الورثة، تلك النطفة في الرحم ما لم تفسد فهي معدة للحياة، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل.¹

الشرط الثاني : شرط استقرار ملكه للإرث ولادته حيا.²

فإذا انفصل الحمل عن أمه، فإما أن ينفصل حياً أو ميتاً، فإما أن يكون انفصاله بغير جناية ولا اعتداء عن أمه أو بسبب الجناية عليها، فإن انفصل كله حياً ورث من غيره، وإن انفصل ميتاً بغير جناية على أمه فإنه لا يرث و لا يورث اتفاقاً.

وإن انفصل ميتاً بسبب الجناية على أمه فإنه في هذه الحالة يرث ويورث عند الأحناف.

وقال الشافعية والحنابلة ومالك: لا يرث شيئاً ويملك الغرة فقط ضرورة ولا يورث عنه سواها، ويرثها كل من يتصور إرثه منه.³

كما خالف الأحناف الجمهور عند انفصال أكثر الحمل عن أمه حيا فيثبت ميراثه عندهم، حيث قال السرخسي "إن كان الخارج هو الأكثر فحكم الأكثر حكم الكل".⁴

ويشترط لانفصاله حياً أن يستهل بأن يسمع له صوت أو عطس أو تحرك عضو منه كعينيه أو شفثيه أو يديه،⁵

¹ - شمس الدين السرخسي - المبسوط - المرجع السابق - ص 51.

² - أبو زكريا بن شرف النووي - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - (د.ط) - المجلد الثالث - دار الفكر - (د.ت) - ص 27.

³ - السيد سابق - فقه السنة - ط 8 - المجلد الثالث - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان - 1987 - ص 455.

⁴ - شمس الدين السرخسي - المبسوط - المرجع السابق - ص 52.

⁵ - نظام و جماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة - ط 4 - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - 1986 - ص 456.

حيث ورد عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: قال " إِذَا اسْتَهَلَ الْمَوْلُودُ وُرِّثَ " ¹ رواه أبو داود.

وقال ابن قدامى أنه ان خرج بعضه حيًا فاستهَلَ، ثم انفصل باقيه ميتًا لم يرث، وإن ولدت توأمين فاستهَلَ أحدهما ولم يعلم بعينه، فإن كانا ذكرين أو أنثيين، أو ذكرًا وأنثى لا يختلف ميراثهما، فلا فرق بينهما، وإن كان ذكرًا وأنثى يختلف ميراثهما يقرع بينهما، فمن أخرجته القرعة جعل المستهَلَ.

وان ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما، ثم سمع استهلال مرة أخرى فلم يدر أهو من الأول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه. ²

مناقشة الشروط عند الفقهاء :

مناقشة الشرط الأول: إذا علم بأنه كان موجودا في البطن عند موت المورث.

إن المعيار الذي وضعه الفقهاء الحنابلة وهو ما إذا كان لها زوج يطؤها أم لا، وجعلوا مدّة التّحقيق من وجوده في بطن أمه إما أقل مدّة الحمل أو أكثرها حسب رأيي هو معيار غير دقيق و نسبي، ذلك أنه يحرم في بعض الأحيان حمل يستحق الإرث، ومثال ذلك إذا كانت الحامل تحت رجل يجامعها، وكان الحمل حين وفاة المورث عمره شهر واحد، ووضعت الحامل حملها في المدّة الطبيعية (خلال 9 أشهر)، أي بعد 8 أشهر من وفاة المورث، ففي هذه الحالة هناك إجحاف في حق الحمل بحرمانه من الإرث إلا في حالة إقرار الورثة.

¹ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني- سنن أبي داود- كتاب الفرائض- باب في المولود يستهَل ثم يموت- (د.ط)- بيت الأفكار الدولية- عمان- الأردن- 1999- ص330.

² موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين بن قدامى- المغني ويلييه الشرح الكبير- المرجع السابق- ص46.

بالنسبة للشرط الثاني: شرط استقرار ملكه للإرث ولادته حيًا.

اتفق الفقهاء أن الحمل إذا انفصل ميتا عن أمه بغير جناية فإنه لا يرث ولا يورث، ولكنهم اختلفوا في مسألة ما إذا انفصل عن أمه ميتا بسبب جناية:

فالحنفية قالوا: يرث ويورث، أما الجمهور قالوا: لا يرث شيئاً، ويملك العُرّة فقط، ولا يورث عنه سواها.

وبالتالي بعض عرض الآراء الفقهية أرجح مذهب الجمهور، لأن الميِّت حكمه حكم المعدم، لأن الوراثة تعتبر خلافة والميِّت لا يكون خلفاً عن أحد.

كما خالف الأحناف جمهور الفقهاء في مسألة انفصال الحمل أكثره حيًا، حيث قال الجمهور لا يرث إلا بتمام ولادته حيًا، أما الحنفية فقالوا: بأنه يرث إذا انفصل أكثره حيًا، فالعبرة عندهم بالأكثر لأنه يأخذ حكم الكل.

من خلال هذين الرأيين أرجح رأي الجمهور لأن ظاهر الحديث: "إذا استَهَلَ المَوْلُودُ وُورِثَ" يدل على تمام ولادته حيًا.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحمل للميراث في قانون الأسرة الجزائري.

نظّم المشرّع الجزائري مسألة ميراث الحمل في نصوص قانون الأسرة الجزائري من خلال عدّة مواد، وتعرض لشروط استحقاق الحمل للميراث بصفة خاصة في نصي المادتين 128، 134 حيث جاء فيهما:

م 128: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حملاً أو حيًا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

م134: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيًا، ويعتبر حيًا إذا استهلّ صارخًا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".¹

من خلال هذين النصين يمكن القول أن الحمل لا يرث إلا بتوفر شرطين هما:

الشرط الأول: تحقق وجوده في بطن أمه.

يستشف من خلال نص المادة 128 من قانون الأسرة أن المشرّع الجزائري قد اشترط لاستحقاق الحمل للإرث أن يكون موجودا في بطن أمه وقت افتتاح التركة، وهذا غير صحيح، لذا وجب عليه إعادة صياغة نص هذه المادة على النحو التالي : "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت وفاة المورث، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

ذلك أن إعمال نص المادة 128 ق.أ.ج على أساس أن الحمل يكون موجودا وقت افتتاح التركة يثير العديد من الإشكالات من الناحية العملية، وبالتالي وجب تعديل هذه المادة على النحو السابق ذكره.

الشرط الثاني: شرط ولادته حيًا.

يتضح من خلال نص المادة 134 أن المشرّع قد أخفق في صياغتها، كان عليه أن ينص على أنه: "لا يرث الحمل إلا بتمام ولادته حيًا، ويعتبر حيًا إذا استهلّ صارخًا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

¹ - قانون 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 - الجريدة الرسمية العدد 24 - الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

لذا فقد يحدث أحيانا أن ينفصل الحمل عن بطن أمه بعضه حي والبعض الآخر ميّت، فما العمل في مثل هاته الحالة؟، مما يثير إعمال هاته المادة إشكالات عند التطبيق من الناحية العملية.

وبالتالي تعتبر هاته المادة وحدها غير كافية، لذا يجب على المشرّع إضافة كلمة "تمام" ولادته حيّا، وهذا ما نجده في نص المادة 25 من القانون المدني التي جاء نصها:

"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيّا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيّا.¹"

فهاته المادة تعتبر مكملة لنص المادة 134 من ق.أ.ج.

ويعتبر حيّا حسب نص هذه الأخيرة من خلال استهلاله أو ظهور بعض العلامات الدالة على حياته كالصّراخ، العطاس، تحرّك بعض أعضائه، التّنفس، التّثاوب، التّقام النّدي، وكل حركة تدلّ على ملامح الحياة، فإن لم يظهر على الحمل ساعة ولادته شيء من علامات الحياة، أو اختلف فيها، فللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة ما إذا كان الحمل قد ولد حيّا أو ميّتا.²

المطلب الثاني: أقل مدّة للحمل وأكثرها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
المراد بمدّة الحمل الرّمن الذي يمكّته الجنين في بطن أمه،³ لذا من خلال هذا المطلب

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005- (الجريدة رسمية العدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005)-ص 21.

² - مسعود هاللي- أحكام التراكات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري- دراسة نظرية تطبيقية - ط1- دار الجسور- الجزائر-2008- ص 201.

³ - محمد سليمان النور-(مدّة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة) - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة الكويت- المجلد 22- العدد 70-2007- ص 7.

سأنتقل إلى أقل مدة للحمل وأكثرها في الفقه الإسلامي وذلك في الفرع الأول، ثم أتعرض إلى أقل مدة للحمل وأكثرها في قانون الأسرة الجزائري وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أقل مدة للحمل وأكثرها في الفقه الإسلامي.

أولاً: أقل مدة للحمل.

في رأي جمهور الفقهاء أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.¹

وهي أقل مدة يتكوّن فيها الجنين ويولد حيّاً لقوله سبحانه وتعالى: "وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"،² وقوله عزّ وجلّ أيضاً: "وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"،³ فإذا كان الفصال عامين لم يبق إلاّ ستة أشهر للحمل، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء.

وقد جاء في حديث مالك أنّه بلغه، أنّ عُمَآنَ بْنَ عَفَّانَ أُتِيَ بِامْرَأَةٍ قَدْ وُلِدَتْ فِي سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُرْجَمَ، فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: لَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهَا، إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: "وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا" (الأحقاق: 15)، وقال: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ"،⁴ فَالْحَمْلُ يَكُونُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَلَا رَجْمَ عَلَيْهَا، فَبَعَثَ عُمَآنُ بْنُ عَفَّانَ فِي أَثَرِهَا فَوَجَدَهَا قَدْ رُجِمَتْ.⁵

يبدو لي أنّ جمهور الفقهاء قد وُفِّقوا في تحديد أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر وهي مستمدة من أحكام القرآن الكريم.

ثانياً: أكثر مدة للحمل.

اختلف الفقهاء في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد:

¹ - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - ط1 - ج8 - دار الفكر - دمشق - سوريا - 1991 - ص411.

² - سورة الأحقاق: الآية 15.

³ - سورة لقمان: الآية 14.

⁴ - سورة البقرة: الآية 233.

⁵ - مالك بن أنس - كتاب الموطأ - ط1 - المكتبة العصرية - بيروت - لبنان - 2000 - ص461.

فقال مالك: 5 سنين، وقال بعض أصحابه سبع.¹

وقال الشافعية، والحنابلة في الأصح: أكثرها أربع سنين.

وقال الحنفية: سنتان.

وقال الظاهرية: تسعة أشهر.

وقال محمد من تلاميذ مالك: أكثرها سنة قمرية (354 يوماً).²

ومرّد هذا الخلاف إلى سببين رئيسيين هما:

الأول: عدم وجود دليل شرعي صريح يحدد أكثر مدّة الحمل، مما أدّى إلى هذا التباين والاختلاف في الأقوال والمذاهب.

الثاني: اعتماد هذه الأقوال على استقراء الواقع أدّى إلى هذا التّشعب في الآراء، فمن العلماء من وجد أنّ غالب النّساء يضعن الحمل في تسعة أشهر، ومنهم من وقعت في عهده واقعة وضعت فيها الحامل حملها خلال سنتين أو أربع سنين أو خمس سنين، فحكم كل عالم مستندا للواقعة التي اطّلع عليها.³

من خلال عرض الآراء الفقهية المتشعبة في مسألة أكثر مدّة للحمل أرجح رأي الظاهرية وهو تسعة أشهر، لأنه أصبح واضحا في حياتنا أنّ الإدّعاء ببقاء الحمل في بطن أمه يعد نوعا من الخيال، لأنّ الحقائق العلمية المعاصرة تحدد الحمل بأيّام، فيحدد العلم وقت

¹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ط8

- ج2 - دار المعرفة - بيروت - لبنان - 1986 - ص358.

² وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ص411.

³ مازن اسماعيل هنية - (دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل) - مجلة الجامعة

الإسلامية - سلسلة الدراسات الشرعية - كلية الشريعة - الجامعة الإسلامية - غزة - فلسطين - المجلد 13 -

العدد الأول - يناير 2005 - ص72.

التبويض ثم الإخصاب، ثم تطور الحمل باليوم والأسبوع، لأن تأخر الحمل عن مواعده الطبيعي يؤدي به إلى الهلاك.

فالمدة التي وضعها الفقهاء و التي قدروها بالسنين ترتبت عن خطأ بعض النسوة في فهم حقيقة أنفسهن، فالمرأة اعتادت أن تربط بين انقطاع حيضها وحملها، فإذا أرادت حساب مدة الحمل، فإنها تحسب المدة ما بين انقطاع الحيض والميلاد، فتكون هذه مدة الحمل من وجهة نظرها.¹

ومن هنا يأت دور الطب الحديث في التّكشّف عن بعض الحقائق المعاصرة في مسألة أقلّ مدّة للحمل أو أكثرها، فالأطباء المختصون في أمراض النساء والولادة، ولاسيما في هذا العصر الذي تقدمت فيه وسائل الطب التي يمكن من خلالها التّعرف على وجود الحمل منذ مرحله الأولى ومتابعته إلى الولادة، بمعنى تتبّع النساء الحوامل بصورة دورية والتّأكد من عمر الحمل، ومن هنا فإن أحكام الحمل يجب أن تبنى على حقائق، وليس على الظنّ والروايات التي لا أساس لها من الصحة.² وعليه فإن العلماء يعذرون إذا أخذوا بهذه الروايات في ذلك الزمان حيث لا سبيل لهم سوى ذلك، ولكن بعد تكشف الحقائق العلمية لا عذر بمن قال بأن أكثر مدّة الحمل أربع أو خمس سنوات أو غير ذلك.³

حيث ذهب البعض من الأطباء المختصين في أمراض النساء والتّوليد أن أقلّ مدّة للحمل هي 28 أسبوعاً أي ستّة أشهر، وأنّ أي انفصال للجنين يكون قبل هذه المدّة يعتبر إجهاض

¹ - مازن اسماعيل هنية- (دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل)- المرجع السابق- ص73.

² - محمد سليمان النور - (مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة)- المرجع السابق- ص28.

³ - مازن اسماعيل هنية- (دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل)- المرجع السابق- ص73.

وليس ولادة، أما بالنسبة لأكثر مدة للحمل فهي 42 أسبوعا أي تسعة أشهر ونصف، مما يحتم الولادة أثناء هذه المدة وفي حالة فواتها يؤدي ذلك إلى هلاك الجنين.

الفرع الثاني: أقل مدّة للحمل وأكثرها في قانون الأسرة الجزائري.

تعرّض المشرّع الجزائري إلى أقل مدّة الحمل وأكثرها من خلال نصي المادتين 42-43 من قانون الأسرة، حيث جاء فيهما:

م42: "أقل مدّة الحمل ستة (6) أشهر و أقصاها عشرة(10) أشهر."

م43: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة."

يتضح من خلال نص المادة 42 أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما تبني مذهب جمهور الفقهاء بالنسبة لأقل مدّة الحمل وهي ستة أشهر.

أما بالنسبة لأكثر مدّة للحمل فإن المشرّع قد أخذ بمدّة عشرة أشهر، ولا ندري ما هو الأساس الذي اعتمد عليه في ذلك، هل اعتمد على مذهب فقهي معين أم استند في ذلك إلى الخبرة الطبية،¹ يبقى التساؤل مطروحا؟

لكن قد يحدث وأن تنتهي العلاقة الزوجية بحلّها أو بوفاة، فتدّعي الزوجة أنّها حامل، فيمكن القول بأنّه في هذه الحالة تعرض على أهل الخبرة والمعرفة حسب ما ورد في نص المادة 174 من قانون الأسرة، والتي تقضي بأنه: "إذا ادّعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون."²

¹ - الرشيد بن شويخ - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية - ط1 - دار الخلدونية - الجزائر - 2008 - ص232.

² - مسعود هلاي - أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري - المرجع السابق - ص202.

ما يلاحظ على نص المادة 174 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري قد أخفق في إحالته إلى نص المادة 43 ، كان عليه أن يحيل إلى نص المادة 42 التي تنص على أقل مدة للحمل و أكثرها، لأن المادة 43 تحدثت فقط عن المدة القصوى للحمل، ولم تتحدث عن الحد الأدنى له.

المطلب الثالث: المقدار الذي يوقف للحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

من خلال هذا المطلب سأعرض إلى المقدار الذي يوقف للحمل في الفقه الإسلامي وذلك في الفرع الأول، ثم أتطرق إلى المقدار الذي يوقف للحمل في قانون الأسرة الجزائري وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المقدار الذي يوقف للحمل في الفقه الإسلامي.

اختلفت الآراء الفقهية وتباينت حول المقدار الذي يوقف للحمل، حيث روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يوقف للحمل نصيب أربع بنين، وروى هشام عن أبي يوسف أنه يوقف للحمل ميراث ابنين وهو قول محمد وذكر الخصاص عن أبي يوسف أنه يوقف له ميراث ابن واحد.¹

وذهب الحنابلة إلى أنه يوقف للحمل نصيب ذكرين إن كان ميراثهما أكثر، أو أنثيين إن كان نصيبهما أكثر.²

أما عند الشافعية فإن الحمل لا يتقدر بعدد، وهو الصحيح لعدم انضباطه.³

¹ - شمس الدين السرخسي - المبسوط - المرجع السابق - ص 52.

² - موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى - المغني ويلييه الشرح الكبير - المرجع السابق - ص 46.

³ - أبو زكريا بن شرف النووي - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - المرجع السابق - ص 28.

وفي رأي المالكية: أن التركة لا تقسم حال وجود الحمل، ويعد الحمل سببا يوقف به المال إلى الوضع، فتوقف التركة حتى الولادة، أو اليأس من الولادة، لأن في القسمة تسليطا للورثة على أخذ المال والتصرف فيه، وفي استرداد الحمل حقه منهم خطر.¹

حيث جاء في كتاب شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام فيقال:

ويوقف القسم مع الحمل إلى أن يستهل صارخا فيعملا.

بمعنى إذا كان بعض الورثة حملا، أوليس ثم وارث إلا الحمل، فإن قسم الميراث في الوجه الأول لا يجوز حتى بوضع الحمل، فإن استهل صارخا وتحققت حياته ورث وإلا فلا، وكذلك لا يدفع المال في الوجه الثاني للعاصب أو لصاحب المواريث إلا بعد الوضع أيضا.²

من خلال عرض الآراء الفقهية المتشعبة في مسألة المقدار الذي يوقف للحمل أرجح رأي المالكية والشافعية، ذلك أن الحمل لا يتقدر بعدد لعدم انضباطه، فقد يكون ذكرا وقد يكون أنثى، وقد يكون واحدا أو متعددا، وقد يولد حيا أو ميتا، لهذا فحسب رأيي لا نجزم بشيء إلا بعد الولادة، ومن ثم يتضح أمر الحمل، فالأفضل أن توقف التركة إلى حين وضع الحامل حملها خاصة إذا ما وافق الورثة على تأجيل القسمة إلى حين ميلاد الحمل، وهكذا لا يكون هناك إجحاف لا في حق الحمل ولا في حق الورثة.

الفرع الثاني: المقدار الذي يوقف للحمل في قانون الأسرة الجزائري.

تناول المشرع الجزائري المقدار الذي يوقف للحمل في نص المادة 173 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا

¹ - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ص 412.

² - محمد بن أحمد الفاسي - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام - ج 1 - (د.ط) - دار الفكر - (د.ت) - ص 314.

كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها. "

يستشف من خلال هذه المادة أن المشرع قد أخطأ في استعمال عدّة مصطلحات، ولم ينص على بعض الحالات كالتالي:

أولاً: أخفق في استعمال مصطلح التركة، كان عليه النص على مصطلح الميراث أفضل، لأن التركة أعم و أشمل من الميراث.

ثانياً: أخطأ عندما استعمل مصطلح "ابن واحد أو بنت واحدة"، ولم ينص على حالة كون الحمل أخ أو أخت، أو كان الحمل ابن ابن أو بنت ابن، فكان عليه استعمال مصطلح "ذكر أو أنثى" يكون أفضل وأشمل.

ثالثاً: يؤخذ عليه أنه لم ينص على حالة التوائم، حيث نص على حالة كون الحمل واحداً، وأغفل حالة التعدد.

رابعاً: كذلك يؤخذ على المشرع أنه نص على حالتين فقط وهما:

* حالة ما إذا كان الحمل يشارك الورثة ويحجبهم حجب نقصان.

* وحالة ما إذا كان الحمل يحجب الورثة حجب حرمان.

* ولكنه لم ينص على حالة الثالثة وهي ما إذا كان الحمل يحجب بعض الورثة حجب حرمان والبعض الآخر حجب نقصان، مما يثير إعمال نص هذه المادة عدّة إشكالات عملية.

المطلب الرابع: أحوال ميراث الحمل.

للحمل حالات متعدّدة في الميراث نحاول إيجازها في الحالات التالية:

1- إذا كان الحمل محجوبا من الإرث: فلا يوقف له شيء مثل: مات عن أخ شقيق، أب، أم حامل من غير أبيه، فتوزع التركة فورا على الورثة وهم الأب والأم، والباقي للشقيق، والحمل محجوب بالأب لأنه أخ لأم.¹

2- أن لا يكون معه وارث أصلا أو يكون معه لكنه محجوب: مثال ذلك: مات وترك زوجة ابنة حاملا، وله أخ لأم،² فالحمل يكون إمّا ابن ابن أو بنت ابن، فهو يحجب الأخ لأم.

3- إذا كان الحمل حاجبا للورثة على أيّ تقدير أو على تقدير دون الآخر:

* ومثال الصورة الأولى التي يكون فيها الحمل حاجبا للورثة على كلّ حال: كمن مات وترك: أختا لأم، زوجة حاملا، ففي هاته الحالة مهما كان جنس المولود فإنه يكون حاجبا.

* ومثال الصورة الثانية التي يكون فيها الحمل حاجبا للورثة على تقدير دون الآخر: كمن ترك أبا شقيقا أو لأب، أو عما شقيقا أو لأب، أو ابن عم شقيق أو لأب، مع زوجته الحامل، فهنا يكون الحمل حاجبا للورثة على تقدير كونه ذكرا، ولكن لا يحجبهم على تقدير كونه أنثى.³

4- أن يكون الحمل وارثا على كل تقدير، ويختلف نصيبه باعتبار الذكورة والأنوثة:

كمن مات عن زوجته الحامل، أبيه:

* فعلى تقدير كونه أنثى: فللزوجة الثمن، وللحمل النصف، وللأب السدس زائد الباقي تعصيبا.

¹ - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق - ص 413.

² - منصور كافي - المواريث في الشريعة والقانون - (د.ط) - دار العلوم - عنابة - الجزائر - 2008 - ص 115.

³ - نصر سلمان وسعاد سطحي - أحكام المواريث في الفقه الإسلامي - المرجع السابق - ص 219.

* أما على تقدير الحمل ذكرا: فإن للزوجة الثمن، وللأب السدس، وللحمل الذكر الباقي تعصيبا.¹

5- أن يرث على أحد التقديرين (الذكورة أو الأنوثة) ولا يرث على التقدير الآخر: وفيه صورتان:²

أ- أن يكون الحمل وارثا على تقدير كونه ذكر فقط: كمن مات عن ابن أخ شقيق، وزوجة أخ شقيق حامل:

* فهنا إذا كان الحمل أنثى كانت بنت أخ شقيق فلا ترث لأنها من ذوي الأرحام، وكانت كل التركة موروثا بالتعصيب لابن الأخ الشقيق.

* لكن لو كان الحمل ذكرا فإنه سيكون ابن أخ شقيق هو الآخر، ويكون مستحقا لنصف التركة.³

ب- أن يكون الحمل وارثا على تقدير كونه أنثى فقط: كمن ماتت وتركت زوجا، أختا شقيقة، زوجة أبيها حاملا.

* ففي هذه الحالة لو قدرنا الحمل ذكرا كان ساقطا لأنه لم يبق له بعد أصحاب الفروض شيء، وذلك لأن الزوج يأخذ النصف فرضا، والأخت الشقيقة تأخذ النصف فرضا، وبالتالي لم يبق للحمل الذي هو أخ لأب شيء.

¹ - نصر سلمان وسعاد سطحي - أحكام المواريث في الفقه الإسلامي - المرجع السابق - ص 219.

² - محمد علي الصابوني - المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة - (د.ط) - دار السلام - الوادي - الجزائر - (د.ت) - ص 186.

³ - نصر سلمان وسعاد سطحي - أحكام المواريث في الفقه الإسلامي - المرجع السابق - ص 221.

*أما في حالة تقديرنا له أنثى: فإن الزوج يأخذ النصف، والأخت الشقيقة تأخذ النصف، والحمل الذي هو أخت لأب تأخذ السدس تكملة للثلثين.¹

6- ألا يختلف إرثه على أحد التقديرين: سواء كان ذكرا أو أنثى، ومثال ذلك مات عن: أخت شقيقة، أخت لأب، أم حامل من زوج آخر.² حيث تأخذ الأخت الشقيقة النصف، والأخت لأب السدس والأخ أو الأخت لأم السدس. (لا فرق بين الذكر والأنثى).

¹ - نصر سلمان وسعاد سطحي - أحكام المواريث في الفقه الإسلامي - المرجع السابق - ص 224.

² - منصور كافي - المواريث في الشريعة والقانون - المرجع السابق - ص 114.

خاتمة:

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى جملة من النتائج أهمها:

- 1- اتفق الفقهاء في مسألة توريث الحمل، ولكنهم اختلفوا في بعض الجزئيات فقط.
- 2- إنّ أقل مدّة للحمل عند الفقهاء هي ستّة أشهر، وهي من بديع الاستنباط المستمدة من أحكام القرآن الكريم، ولقد أحسن المشرّع صنعا عندما تبنى هذه المدة.
- 3- إنّ أكثر مدّة للحمل لا دليل عليها من الكتاب و السنة، فهي مجرد استقراء من الفقهاء للواقع الذي ترتب عن خطأ بعض النّساء في فهم حقيقة أنفسهن، مما يجعل هذا المعيار غير دقيق بل هو نسبي.
- 4- وجوب الرجوع إلى الخبرة الطبية في مسألة أقل مدّة للحمل وأكثرها التي قد تكشف عن حقائق علمية جديدة ومعاصرة، حيث يرى أغلب الأطباء أنّ أقل مدّة للحمل هي 28 أسبوعا(سته أشهر)، وأكثرها 42 أسبوعا(تسعة أشهر ونصف).
- 5- تباينت الآراء الفقهية وتشعبت حول المقدار الذي يوقف للحمل، لهذا فمن الأفضل توقيف التركة إلى حين الوضع، خاصة إذا وافق الورثة على تأجيل القسمة، وهكذا لا يكون هناك إجحاف لا في حق الحمل ولا في حق الورثة.
- 6- يختلف حال الحمل باختلاف الورثة، فقد يكون محجوبا أصلا، وقد يقل نصيبه أو يزيد بحسب الورثة الذين يرثون معه.
- 7- يختلف حال الورثة باختلاف الحمل، فقد لا يرثون معه أصلا(يحجبهم)، وقد يقل نصيبهم وقد يزيد، كما يتأثر نصيب وحال الورثة بزيادة عدد الحمل.
- 8- نظّم المشرّع الجزائري مسألة ميراث الحمل في نصوص قانون الأسرة الجزائري، ويتضح جليا من خلال المواد 128-134-173-174، لكنه في الحقيقة وقع في عدّة أخطاء وهفوات و نقائص، وبالتالي مهما بلغت حيطة المشرّع وحسن صياغته، فإن هاته النصوص

تبقى قاصرة عن الإحاطة بمختلف الإشكالات التي تنثور في الواقع العملي، ومن هنا يأتي دور الاجتهاد القضائي في تكملة العجز التشريعي وسدّ مختلف الثغرات القانونية.

• من خلال بحثي في هذا الموضوع يمكن تسجيل بعض الاقتراحات أو التوصيات أهمها:

1- تعديل نص المادة **128** من قانون الأسرة الجزائري لأن المشرّع قد أخفق في صياغتها كان عليه صياغتها كالتالي: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيًا أو حملا وقت وفاة المورث، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث." 2- كذلك إعادة صياغة نص المادة **134** من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: "لا يرث الحمل إلا بتمام ولادته حيًا، ويعتبر حيًا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة."

3- بالإضافة إلى تعديل نص المادة **173**، وذلك عن طريق ما يلي:

*النص على مصطلح ذكر أو أنثى بدل من مصطلح ابن واحد أو بنت واحدة، لأن الحمل قد يكون أخ أو أخت أو ابن ابن أو بنت ابن.

*تدارك حالة تعدد الحمل، فقد يكون واحدا أو توأما.

*النص على حالة ثالثة وهي حالة ما إذا كان الحمل يحجب بعض الورثة حجب حرمان والبعض الآخر يحجبهم حجب نقصان.

*الإحالة في نص المادة **174** إلى أحكام المادة **42** بدلا من الإحالة إلى أحكام المادة **43**.

وفي الأخير نرجو من المشرّع الجزائري أن يتدارك مختلف هاته النقائص بموجب التعديلات المقبلة لقانون الأسرة إن شاء الله.

قائمة المصادر و المراجع:

- 1- نصر سلمان وسعاد سطحي- أحكام المواريث في الفقه الإسلامي- ط1- دار الفجر - قسنطينة- الجزائر-2007.
- 2- شمس الدين السرخسي- المبسوط- ط2- المجلد15- ج29 - دار المعرفة - بيروت- لبنان- (د.ت).
- 3- موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي- المغني ويلييه الشرح الكبير- معجم الفقه الحنبلي- (د.ط) - ج1 - دار الكتاب العربي- بيروت- لبنان- 1973.
- 4- أبو زكريا بن شرف النووي- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - (د.ط)- المجلد الثالث - دار الفكر- (د.ت).
- 5- السيد سابق- فقه السنة- ط8 - المجلد الثالث - دار الكتاب العربي- بيروت - لبنان-1987.
- 6- نظام وجماعة من علماء الهند- الفتاوى الهندية على مذهب الإمام أبي حنيفة- ط4- دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان- 1986.
- 7- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني- سنن أبي داود- (د.ط) - بيت الأفكار الدولية- عمان- الأردن- 1999.
- 8- مسعود هلالى- أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري- دراسة نظرية تطبيقية- ط1- دار الجسور- الجزائر-2008.
- 9- محمد سليمان النور- (مدّة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة)- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة الكويت - المجلد22- العدد70-2007.
- 10- وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته- ط1- ج8- دار الفكر- دمشق- سوريا-1991.

- 11- مالك بن أنس- كتاب الموطأ- ط1- المكتبة العصرية- بيروت- لبنان- 2000.
- 12- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ط8 - ج2- دار المعرفة- بيروت- لبنان- 1986.
- 13- مازن اسماعيل هنية-(دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل)- مجلة الجامعة الإسلامية- سلسلة الدراسات الشرعية- كلية الشريعة - الجامعة الإسلامية- غزة - فلسطين- المجلد 13- العدد الأول- يناير 2005.
- 14- الرشيد بن شويخ - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية- ط1- دار الخلدونية- الجزائر- 2008.
- 15- محمد بن أحمد الفاسي- شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام -(د.ط)- ج1- دار الفكر-(د.ت).
- 16- منصور كافي- المواريث في الشريعة و القانون- (د.ط)- دار العلوم-عنابة - الجزائر-2008.
- 17- محمد علي الصابوني- المواريث في الشريعة في ضوء الكتاب والسنة- (د.ط)- دار السلام- الوادي- الجزائر- (د.ت).

النصوص القانونية:

- * أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005).
- * قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005- (الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984).

