

جوانب الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة

*Aspects of the legislative void in the provisions of inheritance through the
Algerian family - Etude comparative*

د. حميد زلافي *

جامعة طاهري محمد - بشار (الجزائر)

hzelafi@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2021/07/15

تاريخ القبول: 2021/05/11

تاريخ الاستلام: 2021/04/5



ملخص:

يعتبر علم الفرائض من أجل العلوم وأشرفها ولأن النفوس جبلت على حب التملك تولى الله تعالى تقسيمه بالعدل بين الورثة ولا شك أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة حسب آخر تعديل 27 فبراير 2005 قد خصص لمواد الميراث وحدها ثمانية وخمسين مادة وعشرة فصول، نحاول في هذه الدراسة إبراز جوانب الفراغ التشريعي في المواد المتعلقة بالميراث إذا ما قارناها بالشريعة الإسلامية ومن أهم ما نلاحظه أن المشرع بدأ مواد الميراث بأسباب الميراث وكان أخرى أن يخصص مواد للتعريف بالتركة وطرق تصنيفها كما تؤكد على ضرورة تعديل المادة 49/1 ق.أ.ج حتى تتماشى مع أحكام الشريعة في الطلاق لأن التوارث بين الزوجين يشترط أن تكون الزوجة في العدة الشرعية فإذا كانت قد أنهت عدتها ولم يصدر الحكم بالطلاق فهي زوجته ترثه قانوناً أما شرعاً فلا توارث بينهما، كما يظهر موضوع التنزيل لم يحدد المشرع هل هو وصية ويخضع لشروط الوصية أم ميراث ويخضع لشروط الميراث، كما نحا ول في هذه الدراسة إبراز الفراغ التشريعي في حالات ميراث الحمل والمفقود في قانون الأسرة، كما تناولنا في الفرع الأخير الفراغ التشريعي في المسائل الخاصة التي تناولها المشرع الجزائري في خمسة مسائل خاصة فقط.

الكلمات المفتاحية:

الميراث؛ العدة الشرعية؛ التنزيل؛ الوصية.

Abstract:

the specified inheritance shares discipline is one of the most honorable sciences. The Algerian legislator has allocated in the family law, according to the latest amendment of February 27, 2005, to the articles of inheritance fifty-eight articles and ten chapters. In this study, we try to highlight the aspects of the legislative void in the articles related to inheritance compared to Islamic law.

Keywords:

Inheritance; waiting period (Idda); substitution; will.

* المؤلف المراسل.

1. مقدمة

إن من أجل العلوم وأشرفها قدرًا، وأنفعها للأمة علم الفرائض، ولأهميته تولى الله تعالى تقسيمه على الورثة، فسواها على مقتضى العدل والمصلحة. ولأن النفوس البشرية جبلت على حب المال وتملكه والاحتفاظ به، وحتى لا تتسابق إليه الأيدي أو تتحكم الأعراف الفاسدة فتمنع صاحب الحق من حقه في الميراث؛ جاءت الشريعة الإسلامية فأقرت لهؤلاء الضعفاء من المجتمع كالمرأة والصغير حقهم، فقدمتهم في التوريث على العصابة، حيث ورثتهم بنظام التوريث بالفرض حتى تضمن لهم حقهم، قال تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ . وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء آية 11]، وقال أيضا: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ . فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء آية 12]، ومما قرره الشريعة الإسلامية انتقال ملكية مال من شخص إلى ورثته بعد وفاته دون تمييز بين الكبير والصغير، أو بين العاقل والمجنون أو الذكر والأنثى، قال تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ . نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء آية 07]، وكما كان للسنة دور كبير في تشريع أنصبة لم يتحدث عنها القرآن الكريم كنصيب الجدة، كما برز اجتهاد الصحابة عليهم رضوان الله في أبواب هذا الفن كمسائل العول والرد، وميراث الجد مع الإخوة والمسائل الخاصة.

ومما يلاحظ أن أحكام الميراث قد أخذت الحيز الكبير من الدراسة والبحث في المباحث الفقهية والدراسات الإسلامية، بخلاف أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الذي لم يستوف حقه من الدراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رغم أن المشرع الجزائري قنن مواد الميراث في ثمانية وخمسين مادة (58)، إلا أن مساحة الفراغ التشريعي مست جل أبواب الميراث في هذا القانون حسب آخر تعديل في 27 فبراير 2005م، مما يستدعي طرح الإشكالية الرئيسة في هذه الورقة البحثية كالتالي:

إلى أي مدى تخل جوانب الفراغ التشريعي الخاصة بأحكام الميراث التي أغفلها المشرع في قانون الأسرة بحقوق الورثة مقارنة بشمولية الشريعة الإسلامية لهذه الأحكام؟.

1- ما هي جوانب الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الأسرة الجزائري؟.

2- ما مدى شمولية الشريعة الإسلامية في تناولها لأحكام الميراث؟.

ومن أهم أهداف هذه الدراسة معرفة جوانب الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال القانون الأسرة الجزائري، مما يستدعي على الباحث في شؤون الأسرة الاطلاع على القصور التشريعي في هذا الباب للتوصية بالسعي لتعديل بعض مواد لتتناسب مع الشريعة الإسلامية، واستخدمت في هذا المقال المنهج الاستقرائي في تتبع الحالات الواردة في قانون الأسرة مع الاستفادة من المنهج التحليلي في بيان ما يحتاج إلى الشرح، والمنهج المقارن عند اقتضاء المقابلة بين أكثر من حكم.

2. جوانب من الفراغ التشريعي لبعض أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري.

1.2. الفراغ التشريعي في موضوع التعريف بالتركة وأحكامها في قانون الأسرة الجزائري.

عرف علماء اللغة التركة بأنها: "من فعل ترك، تركت الشيء خليته تركة الرجل الميت من التراث المتروك". (ابن منظور، 1997، ج1، ص342)

وأما اصطلاحاً: "فهي الأموال والحقوق التي تعتبر خادمة لمال معين أو تابعة له أو موثقة له أو معينة". (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص43)

أما مشتملات التركة فقد اتفق الفقهاء على انتقالها من المورث إلى الورثة على ما يلي:

"أعيان المورث المالية العقارات والمنقولات.

الحقوق المالية المحضة مثل الديون التي للمورث لدى الغير.
حقوق الارتفاق.

خيارات الأعيان بما فيها:

أ- خيار العيب.

ب- خيار فوت الوصف المرغوب فيه.

ت- خيار التعيين" (بويصري، بدون تاريخ، ص16، 17)

وقد اختلف الفقهاء في الخيارات الشخصية كخيار الشرط وخيار الرؤية وحق الشفعة وحق الإحجار، فإنها لا تورث عند الحنفية، أما الجمهور: "فتورث الحقوق التي تعتبر خادماً لأمواله والحقوق التي تعد مملوكة له، فحق الشفعة يورث والخيارات التي تتعلق بعقود الأموال كلها تورث والمنافع تورث والاحتجاج يورث" (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص45).

ثم يخلص (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص45)، فيقول بتوريث: "كل حق له صلة بالمال أكان خادماً له كالارتفاق أم لم يكن خادماً ولكن يمكن انتقاله بالخلافة كخيار الشرط فإنه يورث فكل ما يكون مملوكاً للشخص من أموال ومنافع وحقوق تتصل بإرادة هذه الأموال فإنه يكون له من غير استثناء إلا ما يكون ملاحظ من الناحية الشخصية كالولاية فإنها تورث".

ومما يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف التركة ولا مشتملاتها من أموال وحقوق كحق الارتفاق والخيارات بأنواعها، وحتى لما تناول الحقوق المتعلقة بالتركة أخرجها إلى المادة 180 ق.أ.ج، وكان من الأخرى أن ينص على مادة تبين فيها ماهية التركة ومشتملاتها مباشرة بعد أسباب الإرث وشروطه ثم يتبعها بالمادة التي نصت على الحقوق المتعلقة بالتركة 180 ق.أ.ج في حين يلاحظ أن مدونة الأسرة المغربية وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية (2019) جاء في المادة 321: أن التركة مجموعة ما يتركه الميت من المال أو حقوق مالية.

2.2. الإستحقاق الفعلي للورثة من الميراث.

يفهم من الفقرة الثانية من المادة 181 والمادة 182 قانون الأسرة الجزائري أن تصفية التركة بإجراء رسمي هو أمر جوازي للورثة، وليس في القانون ما يحتم عليهم تصفيتها فإن قانون الأسرة الجزائري يحيلنا بذلك إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية ففي المادتين 498، 499 منه حيث نصت المادة الأولى على ما يلي:

يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ونصت المادة الثانية على أنه يجوز لقااضي شؤون الأسرة عن طريق استعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية لاسيما الأمر بوضع الأختام أو التعيين لحارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة، وكانت المادة 183 من قانون الأسرة قد نصت على أنه: يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضعها وطرق الطعن في أحكامها.

وهي نصوص لا يفهم منها أي إجراء من إجراءات التصفية في حين أن قانون المرافعات المصرية خصص زهاء 35 مادة للإجراءات المتعلقة بالتركة في أربعة فصول من المادة 876 إلى 914 .
الفصل الأول: تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه.

الفصل الثاني: إدارة التركات وتنفيذ الوصايا.

الفصل الثالث: في تصفيه التركات.

الفصل الرابع: في وضع الأختام ورفعها وفي الجرد" (الشواربي، 1990، ص 7، 8)

ومما سبق يمكن القول: غياب إجراءات تصفية التركة في قانون الأسرة الجزائري، واستصدار عقد الفريضة عند الموثق لا يعني ولا يعد بحال تصفية التركة، ولهذا كان أحري أن تخصص مواد لتصفية التركة، لتساهم في تقليل الخلاف بين الورثة بشكل قانوني.

ويبقى متى يستحق الوارث التركة؟ فنقول بأن أركان الميراث ثلاثة: مورث ووارث وتركة.

والوارث: هو الشخص الحي المستحق لنصيب معين من التركة لسبب من أسباب الميراث ويستحق التركة بموت مورثه لا يوم افتتاح التركة بإخلاف ما نصت عليه المادة 128 ق.أ.ج: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث". والموانع من الميراث سبعة كعدم الاستهلال أو الشك في السبق أو القتل العمد أو الردة...

ملاحظة: إن استحقاق الميراث يثبت للوارث بمجرد وفاة المورث وليس وقت افتتاح التركة كما أشارت إليه المادة 128 ق.أ.ج؛ لأنه قد تكون مدة طويلة بين افتتاح التركة ووقت الوفاة فتضيع حقوق الورثة.

3.2 أثر الاعتداد باللفظ أو بالحكم في الطلاق على التوارث بين الزوجين.

لا يعترف المشرع الجزائري بأي وسيلة أخرى تثبت فك الرابطة الزوجية من غير الحكم القضائي الذي يصدر من الجهة القضائية المختصة طبقاً لأحكام المادة 1/49 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

وخلاصة الأمر: إن القضاء لا يعترف بالطلاق خارج أسوار المحكمة، ولو كانت المطلقة طلقت قبل الدخول بها؛ فإنها تعد شرعاً بائنة بينونة صغرى ولا عدة عليها، أما قانوناً فإنها زوجته ما لم يصدر حكم الطلاق من القاضي المختص، أو طلقت الزوجة بلفظ صريح ولم ترفع الدعوى إلا بعد انقضاء عدتها فإنها لازالت في عصمته قانوناً أما شرعاً فتعد أجنبية عنه.

ويطرح سؤال هنا ما تأثير الاعتداد بالطلاق بالحكم دون الاعتداد بالطلاق باللفظ على أحكام الميراث؟ وللإجابة عن هذا السؤال رصدت حالتين الأولى - وفاة أحد الزوجين بعد الطلاق الذي وقع قبل الدخول، والحالة الثانية وفاة أحد الزوجين بعد انقضاء العدة الشرعية وقبل صدور حكم الطلاق.

*الحالة الأولى: وفاة أحد الزوجين بعد الطلاق وقبل الدخول بها.

فإن طلقها قبل الدخول بها فقد بانت منه بينونة كبرى؛ لأنه لا عدة عليها، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [الأحزاب 49] لأن من بين حكم العدة براءة الرحم وعمدة مالك من طريق المعنى هو إن المقصود من العدة إنما ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً" (ابن رشد، 2004، ج 2، ص 546) وحيث لا دخول بالزوجة فلا عدة عليها ويحق لها الزواج بغيره شرعاً متى شاءت بعد تصريح الزوج بلفظ الطلاق الصريح كقوله: أنت طالق؛ أما المشرع الجزائري فإنه لا يعتد بالطلاق خارج أسوار المحكمة، وبذلك فإنها لا تصير مطلقة إلا بحكم يصدر من الجهة المختصة، والحكم لا يصدر إلا بعد محاولات الصلح التي يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدتها ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى طبقاً للمادة 1/49 من قانون الأسرة الجزائري.

ويطرح السؤال هنا ما طبيعة هذا الطلاق؟ مع العلم أن الزوجة قد خرجت من عصمة زوجها من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وهذا محل إجماع؛ "فإنهم اتفقوا على أن الطلاق لأزواجهن قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي وأنه لا يقع على الأجنبيات". (ابن رشد، 2004، ج 2، ص 549).

فإن توفي أحد الزوجين بعد صدور بلفظ الطلاق من طرف الزوج قبل الدخول بها؛ فإنه لا توارث بينهما شرعاً، لأنها أصبحت في حكم الأجنبية؛ أما قانوناً فإنها زوجته؛ لأنه لا يصدر حكم الطلاق إلا بعد ثلاثة أشهر من رفع الدعوى القضائية.

ولتفادي هذا التعارض بين الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري نقترح أن تخصص مادة في قانون الأسرة الجزائري تخص المرأة التي تطلق بعد العقد الصحيح وقبل الدخول بها، حيث إنهاء العصمة الزوجية بعد صدور لفظ الطلاق، ومن ثم فلا عدة عليها، ولا توارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما؛ وكل هذا من أجل حماية مال الورثة من إهداره في غير حق.

* الحالة الثانية: وفاة أحد الزوجين بعد انقضاء العدة الشرعية وقبل صدور حكم الطلاق.

إذا توفي أحد الزوجين في فترة العدة يرث الحي الميت حسب نص المادة 132 من ق.أ.ج: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، لكن عن أي عدة يتكلم عنها المشرع، هل حساب العدة يبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بلفظ الطلاق؟ أم من تاريخ التصريح بالطلاق؟ ولو أنها أنهت عدتها قبل ذلك، تبتدئ العدة قانونا من تاريخ التصريح بالطلاق بالنسبة للمدخول بها، أي من تاريخ الحكم بالطلاق وذلك بنص المادة 58 من ق.أ.ج: "تعد المطلقة المدخول بها غير حامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". فإذا كانت الشريعة الإسلامية اعتبرت حساب العدة من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق لا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، فإن المشرع الجزائري لا يعتد بالطلاق خارج أسوار المحكمة، ولا تعدد الزوجة إلا بعد التصريح بحكم الطلاق وهذا نقيض الشرع، وقد وقع المشرع في خلط وتداخل حيث لم يتماش مع الشرع في ذلك، فقد يكون الزوج تلفظ بالطلاق وأنهت الزوجة عدتها ثم رفعت الدعوى للمحكمة فما هي الفائدة من العدة الثانية؟.

فإن توفي أحد الزوجين بعد انقضاء عدتها شرعا؛ فالحي لا يرث الميت، لأنه يعد أجنبيا عنه؛ أما قانونا فلا زالت الرابطة الزوجية قائمة، فيقع التوارث بينهما؛ لأنه لم يصدر حكم الطلاق، فالتوارث بينهما لا يكون إلا في العدة الشرعية، أما إذا خرجت من عدتها فلا توارث بينهما، وما على المشرع الجزائري إلا أن يعتد بالطلاق من تاريخ التلفظ لا من تاريخ رفع الدعوى، وذلك بالإشهاد على تاريخ لفظ الطلاق لضمان أكثر مسايرة قانون الأسرة الجزائرية للشريعة الإسلامية ولا يمنع إن نستفيد من بعض المدونات الأحوال الشخصية العربية التي استطاعت أن تنص صراحة على الإشهاد من تاريخ صدور لفظ الطلاق.

وتدرج وثيقة الإشهاد على تاريخ الطلاق باللفظ في ملف رفع عارضة الطلاق ومن خلاله يستطيع قاضي الأحوال الشخصية أن يميز بين الزوجة التي أنهت عدتها شرعا فيصدر حكم الطلاق ويدعوها للمراجعة، ولكن بعقد جديد ومهر جديد إن تم التوافق بينهما، وبين التي لم تنته عدتها فيعقد جلسات الصلح أثناء العدة؛ فإن تم الصلح بينهما فإنها تعود له بلا عقد جديد ولا مهر جديد، وإن توفي أحدهما يكون التوارث بينهما، لأنه لا زالت في عصمته، وإن لم يتم الصلح فإنه يصدر حكم الطلاق بانقضاء عدتها الشرعية ولا عدة ثانية بعد صدور الحكم.

3. جوانب من الفراغ التشريعي في موانع الميراث من خلال ق.أ.ج

1.3. ميراث ولد الزنا:

ولد الزنا عند الفقهاء هو: "ثابت النسب من أمه غير ثابت النسب ممن كان السبب فيه ولو كان معروفا ومقرا بأن الحمل منه". (بلعالم، بدون تاريخ، ص23)، ولأن ثبوت النسب نعمة والنعمة لا يكون سببها جريمة من الجرائم، فولد الزنا يرث من أمه فقط، ولا توارث بينه وبين صاحب الحمل. وهذا الأخير إذا مات فلا يرثه ولد الزنا ولا يرث أحدا من عصبته "واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة" (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص239). ويرث ولد الزنا كل قرابة الأم "فهو يرث أخاه لأمه ويرثه أخوه لأمه وترثه جدته أم أمه، وترثه أمه. وهذا كله ميراث بالفرض وقد يرث أمه بالتعصيب إذا كان ذكرا أو كان هناك ذكر وأنثى فإنه تكون عصبه، وقد يرث باعتباره ذوي الأرحام إذا لم يكن له أصحاب فروض أو العصبه" (ابن رشد، 2004، ج4، ص2085) ونسجل هنا غياب المشرع الجزائري لهذا المانع إذا لم ينص على هذا المانع في قانون الأسرة الجزائري.

2.3. الميراث بسبب اختلاف الدارين.

المسلمون جميعا مهما تختلف دولهم وتباين أصقاعهم يعدون دولة واحدة، وعلى ذلك المسلم الانجليزي يرث المسلم المصري والمسلم الفرنسي يرث المسلم التركي؛ "لأن المسلم ولايته الإسلام مهما تختلف الديار ومهما تختلف العادات ومهما تختلف الدولة أو الجنسية ولا عبرة باختلاف الملك والحوزة ما دام الإسلام يجمعهما" (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص86)، وهذه المسألة محل اتفاق بين الفقهاء "على أن اختلاف الدار غير مانع ميراث المسلم من المسلم؛ لأن المسلمين كما بينا تحت ولاية إسلامية واحدة مهما تئات الديار وتباعدت الأقطار، إنما الحكم بأنه مانع من التوارث هو بين غير المسلمين فالحنفية والشافعية وبعض الحنابلة اعتبروا اختلاف الدار مانعا من التوارث والمالكية وبعض الحنابلة لم يعتبروا اختلاف الدار مانعا لا بين المسلمين ولا غير المسلمين" (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص99)، ونشير إلى أن المشرع الجزائري يطبق عند اختلاف الدارين باختلاف جنسيتها مبدأ قانون الهالك حيث إن نظام التركات والمواريث عند تنازع القوانين، قد نصت المادة 16 من قانون المدني بأنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، والذي يفهم من هذا النص أنه إذا كان قانون الهالك يمنع التوارث مع مسلم في بلد آخر بسبب اختلاف الجنسية فإنه لا يرث قانونا، ولكنه يرث شرعا.

3.3. ميراث الكافر.

أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم، ولهذا لعموم حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه أن

رسول الله ﷺ قال: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم" [متفق عليه]، وهذا مذهب الجمهور أما ميراث المسلم من غير المسلم ففيه خلاف، ولقد ذهب معاذ بن جبل رضي الله عنه إلى أن المسلم يرث الكافر، و"حجتهم في ذلك أن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، وهذا مذهب مروى عن معاذ بن جبل رضي الله عنه، والصحيح الرأي الأول الذي هو رأي الجمهور... وأما ما عدا الإسلام فهو ملة واحدة" (الصابوني، بدون تاريخ، ص43). ونسجل هنا غفلة المشرع الجزائري لهذا المانع من الميراث في ق أ ج وإذ لم يبين موقفه صراحة من ميراث الكافر، ونشير هنا إلى أن مدونة الأسرة المغربية قد نصت على هذا المانع في المادة 332: لا توارث بين المسلم وغير المسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه.

أما المرتد إذا توفي هل يورث ماله للورثة المسلمين؟ ففيه خلاف فقد قال "جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته، وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة، والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلي رضي الله عنهما" (ابن رشد، 2004، ج4، ص2075). ونسجل كذلك أن المشرع الجزائري لم يبين موقفه من ميراث مال المرتد لورثته المسلمين، وإن كان قد نص على أن الردة مانع من موانع الميراث في المادة 138 ق أ ج: يمنع من الإرث اللعان والردة.

4.3. ميراث ولد اللعان.

إذا رمى الرجل زوجته بالزنا أو نفى نسب ولده، وعجز عن إثبات ذلك بالبينة؛ يجري اللعان بين الزوجين بالصيغة الواردة في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور. الآية 6-9].

فإذا تم اللعان يفرق القاضي بينهما، وينفي نسب الولد عن الزوج، "فلا يرث ملاحن زوجته التي لاعنها إذا التعت بعده ولو بمجرد التعانها، فإن ماتت قبل تمام التعانها ورثها. ولا ترث ملاحنة زوجها الملتعن قبلها" (بلعالم، بدون تاريخ، ص21).

وأما الولد الذي وقع فيه اللعان فلا يرث من الزوج، بل يرث من أمه فقط لأن نسبه منها متيقن، وإن كان المشرع الجزائري في ق أ ج قد نص على أن اللعان أحد موانع الميراث في المادة 138 ق أ ج إلا أنه لم يفرق بين ميراث الإخوة من اللعان والإخوة من الزنا وطبيعة التوارث بينهما، ووجه التفريق من إخوة اللعان وإخوة الزنا فإن: "ولد الملاحنة توأمين يكونان أخوين شقيقين؛ لأن نسب إن كان قد انتفى عن الأب فالنفي مقصور عليه فلا يلتحقان به وكان فيها بينهما العلاقة ثابتة؛ إذا أن الولادة على الفراش تجعل الولد ينتسب لا محالة إلى صاحب الفراش، أما إذا نفاه باللعان فلا يلحق به، ولكن ينتفي في ذاته أو على الأقل لا يمتد النفي إلى غيره بخلاف ولد الزنا إذا جاء من بعده توأم له فإن الإخوة للأب لا تثبت بينهما لأن النسب غير ثابت من أول الأمر لعدم وجود سببه وهذا الفراش من زوجته صحيحة" (أبو زهرة، بدون تاريخ، ص236)،

فإخوة اللعان هما إخوة أشقاء، وإخوة أولاد الزنا هما إخوة لأم؛ لأن الأول كانت الولادة على فراش الزوجة القائمة، أما الثاني فلا وجود للعلاقة الزوجية الشرعية. وقد غفل المشرع على عدم تسجيل هذا الفرق المهم في ميراث إخوة أبناء اللعان.

4. جوانب من الفراغ في ميراث الحمل والمفقود في ق.أ.ج.

1.4. ميراث الحمل.

يقول الفقهاء: "الحمل يرث أو يحجب بكل تقدير أو بعضه إذا انفصل حيا" (التائب، 2019، ص 236)، وقد نص المشرع الجزائري من أن يكون الوارث حيا أو حملا في المادة 128 ق.أ.ج، وإن كان على المشرع أن ينتبه إلى الحمل خارج الرحم وما جاءت به التكنولوجيا الحديثة في مسائل التلقيح الاصطناعي عن طريق أطفال الأنابيب، وكذلك كان على المشرع أن ينص على أحقية الحمل في الإرث من وقت وفاة مورثه لا من وقت افتتاح التركة، واكتفى المشرع بالتعليق على الموضوع في ثلاث مواد المادة: 128 و134 و173 ق.أ.ج. وإن كان الفقهاء قد فصلوا في ارث الحمل تفصيلا عجيبا، ولا نريد الخوض في هذه التفاصيل لكننا سنقتصر على شروط ميراث الحمل وحالات ميراثه.

* شروط ميراث الحمل: يرث الحمل بشرطين:

1. أن يكون موجودا في بطن أمه وقت وفاة مورثه يقينا.

2. أن يفصل من بطن أمه حيا وذلك ليكون أهلا للملك.

أما الشرط الأول: فقد اختلف الفقهاء كم يبقى الجنين في رحم أمه؟ حيث "يرى الأحناف وقول للإمام أحمد أن الجنين تتحقق ولادته لخروجه من بطن أمه لسنتين فأقل من يوم الوفاة. لقول عائشة رضي الله عنها: "لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل". أما المالكية والشافعية المدة عندهم أربع سنوات، وأصح الأقوال في مذهب الإمام أحمد" (الصابوني، بدون تاريخ، ص 200).

الشرط الثاني: تتحقق ولادته حيا بأن يستهل صارخا أو كل حركة تدل على حياته، والأصل في ذلك ما رواه النسائي والترمذي في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إذا استهل الصبي ضلِّي عليه وورث"، أما إذا انزل ميتا أو انفصل بعضه حيا فمات لم يرث شيئا.

أحوال الجنين: للجنين خمسة أحوال في الميراث.

1- إن لا يكون وارثا على جميع الأحوال، سواء كان ذكرا أو أنثى.

2- أن يرث على أحد التقديرين (الذكورة - الأنوثة) ولا يرث على التقدير الآخر.

3- أن يكون وارثا على جميع الأحوال سواء كان ذكر أو أنثى.

4- ألا يختلف إرثه على أحد التقديرين سواء كان ذكر أو أنثى.

5- ألا يكون معه وارث أصلا أو يكون معه وارث لكنه محجوب به. (الصابوني، بدون تاريخ، ص 200).

الحالة الأولى: تقسم ترك بين الورثة دون انتظار للحمل؛ لأنه لا يرث أصلاً.

مثال: توفي وترك: زوجة، وأب، وأم حامل من غير أبيه.

الحل: تقسم التركة على:

$\frac{1}{4}$

الزوجة $\frac{4}{4}$ والأب ثلثي الباقي والأم ثلث الباقي والحمل لا يرث؛ لأنه أخ الأم بالنسبة للمتوفى وهو محجوب بالأب.

الحالة الثانية: تقسم التركة بين المستحقين فنعطيهم على أن الحمل وارث، ونوقف نصيب الجنين إلى ما بعد الولادة؛ فإن ظهر أنه وارث أخذ نصيبه، وإن ظهر أنه غير وارث رد الموقوف على الورثة المذكورين.

مثال: توفي وترك: زوجة، وعم شقيق، وزوجة أخ شقيق حامل

الحل: ترث الزوجة $\frac{4}{4}$ ويوقف $\frac{4}{4}$ إلى ما بعد الولادة؛ فإن ولدته ذكراً يرث الباقي $\frac{4}{4}$ تعصيباً؛ لأنه ابن أخ شقيق، وهو يحجب العم الشقيق، وإن وضعتها أنثى فهي بنت أخ شقيقة لا ترث ويرث العم $\frac{4}{4}$ الشقيق $\frac{3}{4}$.

الحالة الثالثة: إذا كان الحمل وارثاً على جميع الأحوال، غير أن نصيبه يختلف في أحد الوصفين عن الآخر ففي هذه الصورة يقدر له التقديران ويوقف له من نصيب أوفرهما، فقد يكون تقديره ذكراً أنفع له من تقديره أنثى، وقد يكون العكس؛ فنعطيه أوفر النصيبين، فتحل المسألة بطريقتين، ونعطي الورثة الأقل من الأنصبة.

مثال: توفي وترك: زوجة حامل، وأب، وأم.

فنحل المسألة على أساس أنه ذكر، وتحل على أساس أنها أنثى؛ فنعطي الورثة أقل الحظوظ، ويوقف للجنين أوفر الحظوظ.

الحل:

24	24		24	أصل المسألة	
3	3	$\frac{11}{8}$ زوجة	3	زوجة	$\frac{1}{8}$
4	5	ع أب	4	أب	$\frac{1}{6}$
4	4	$\frac{1}{6}$ $\frac{1}{6}$ أم	4	أم	$\frac{1}{6}$

ع	حمل ذكر	13	$\frac{11}{2^2}$ حمل أنثى	12	13
---	---------	----	---------------------------	----	----

نعطي للورثة أقل الحظوظ، ونحتفظ للحمل بأوفر الحظوظ، فإن وضعتها أنثى نعطيها 12 سهم ونعطي سهمًا واحدًا لميراث أب المتوفى، وإن وضعت ذكرًا قد أبقينا له أوفر لحظوظ وهي 13 سهم. الحالة الرابعة: إذا كان فرض الحمل لا يتغير سواء كان ذكرًا أو أنثى فإنه يعطى للورثة حقوقهم ويحفظ للحمل نصيبه.

مثال: توفي وترك: أم حامل من غير أبيه الذي توفي من قبل، وأخت شقيقة، وأخت الأب.
الحل:

6	أصل المسألة	6	أصل المسألة
3	أخت شقيقة	3	أخت شقيقة
1	أخت الأب	1	أخت الأب
1	أم حامل	1	أم حامل
1	حمل أنثى	1	حمل ذكر

$\frac{11}{66}$

الحمل هذا سواء كان ذكرًا أو أنثى يرث $\frac{11}{66}$ لأنه أخ لأم أو أخت لأم والمسألة لا تتغير فيها. الحالة الخامسة: إذا لم يكن معه وارث، أو كان معه الوارث ولكنه محجوب به؛ فإننا في هذه الحالة نوقف التركة كلها، فإن ولد حيا يعطى له، وإن ولد ميتا تقسم التركة على من له الحق من الورثة. مثال 1: توفي وترك: زوجة ابنه حاملا، وله أخ لأم.

الحل: فإن ولد ذكرًا كان أو أنثى فإنه يحجب الأخ لأم أي أن المسألة كالتالي:

$\frac{1}{2}$ توفي وترك: ابن الابن: يرث كل التركة، والأخ لأم محجوب بالفرع المذكور أو بنت ابن تراث $\frac{1}{2}$ فرضا ويرد عليها الباقي إن لم يكن معها معصب وأخ لأم محجوب.

2.4 ميراث المفقود.

لا يخرج المفقود عن احتمالين:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المفقود يرث غيره؛ لأن الأصل حياته (أبو زهرة، بدون تاريخ ص 46) فيوقف له نصيبه في التركة لكنهم اختلفوا في علة ذلك. فالحنفية يرون أن حياة المفقود اعتبارية وليست محققة فلا تترتب عليه الأحكام التي شرطها التحقق من الحياة وعلى هذا لا يرث من غيره، أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الجمهور حيث نص في المادة 133 من ق أ ج على: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

ولكن المشرع الجزائري وإن كان قد نص على توريث المفقود متتهجا في ذلك مذهب الجمهور إلا أنه لم يبين كيفية توريثه، وأما الشريعة الإسلامية قد فصلت في كيفية توريث المفقود في ثلاثة حالات: الحالة الأولى: أن يكون وارثا وحاجبا لغيره، فتحفظ التركة كلها حتى يتبين حاله ولا يعطى منها شيء للورثة المحجوبين.

مثال ذلك: توفي عن ابن مفقود، وأخ شقيق، وعم ش، فتحفظ التركة حتى يتبين حاله؛ لأن الابن يحجب الأخ ش والعم ش.

الحالة الثانية: أن يكون المفقود محجوب حجب حرمان من أحد الورثة فلا يحفظ له شيء. ومثال ذلك: توفي عن ابن، وأخ ش مفقود؛ فلا يحفظ شيء له؛ لأنه محجوب بالابن.

الحالة الثالثة: أن يكون وارثا وليس حاجبا لغيره؛ فيحفظ له نصيبه من التركة، ويمنح الورثة الآخرين أقل نصيب على فرض تقدير حياة المفقود أو وفاته:

- على فرض الحياة - أصل م 12 - على فرض وفاة المفقود - أصل م 12

3	زوجة	1/4
4	أم	1/3
5	عم ش	ع

3	1/4 زوجة
5	ع أخ ش مفقود
4	1/3 أم
0	عم ش محجوب

بالموازنة بين الفرضين نلاحظ تساوي نصبي الزوجة والأم فيهما معا لذا نمنحهما نصيبهما نهائيا ويحفظ بنصيب الأخ ش المفقود الذي هو 5 أسهم من 12 أسهم، فإن ظهر حيا أخذ نصيبه، وإذا ثبتت وفاته أخذ العم ش نصيبه 5 أسهم من 12 سهم من أصل المسألة .

وأما المدة التي يحكم القاضي بوفاة المفقود في الحالات الاستثنائية، وهي الحالات التي يغلب فيها الهلاك كالفقْد في الزلزال والفيضانات، فقد ذهب المشرع الجزائري مع رأي الحنابلة حيث أجاز للقاضي الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك: في المادة 113 من قانون أ ج والتي جاء فيها: لا يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة ويفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعض مضي أربع سنوات.

غير أن الحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر في الآونة الأخيرة، والمتمثلة في فيضانات باب الوادي وزلزال بومرداس؛ جعلت المشرع الجزائري يصدر قوانين خاصة بغض الطرف عن قانون الأسرة، حيث جاء في المادة الثانية من الأمر 02-03: المؤرخ في 14 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة

على مفقود زلزال 21 ماي 2003 المادة الثانية منه: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الجزائري تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001".
والأمر نفسه ورد في المادة الثانية من القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 يونيو سنة 2003.

"وبالإضافة إلى ذلك فإن المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في فيضانات باب الوادي في حالة عدم تماطل في رفع الدعوى قدرت بـ 5 أشهر على الأكثر من تاريخ وقوع الكارثة، أما بالنسبة للمدة التي يحكم فيها بموت المفقود في زلزال بومرداس هي 9 أشهر على الأكثر من تاريخ وقوع الزلزال، وهذا في حالة عدم التماطل في الدعوى. وبالتالي "فإن المشرع الجزائري رأى أن هذه الحالات يتعين فيها هلاك المفقود، ولا جدوى أن نتظر أربع سنوات كاملة للحكم بالوفاة". (براف، 2003، ص41).

والملاحظ أن المشرع المغربي قلص هذه المدة إلى ستة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته في الأحوال الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك، وقد نص صراحة في المادة 327 من مدونة قانون الأسرة المغربية. في حين اعتبر المالكية المفقود في الحالات الاستثنائية كالمفقود في بلاد الوباء وما شابهها، والمفقود في الفتنة بين المسلمين ميت دون تلوم "المفقود في بلاد فيها وباء الكوليرا أو الطاعون أو في بلاد أصابها موت جماعي بزلزال أو فيضان أو غير ذلك المفقود في هذه الظروف أمره بين إما أن يتجاوز ويكون مع الأحياء عندما ينجلي الأمر، أو يكون قد مات" (الغرياني، 2006، ج3، ص25)
وعليه ينبغي للمشرع الجزائري أن يراجع نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري في حالة الفقد في الحالات الاستثنائية، ودون الحاجة إلى تدخل المشرع كل مرة بقوانين خاصة.

5. جوانب من الفراغ التشريعي في أحكام الوصية والتنزيل وفي المسائل الخاصة.

1.5. الفراغ التشريعي في بعض أحكام الوصية في ق.أ.ج.

أجمع الفقهاء ورجال القانون في مدونات الأسرة العربية والإسلامية على جواز الوصية، لكنها في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة حسب المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري، كما أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازته الورثة حسب المادة 189 من نفس القانون، وهذا ما نص عليه الحديث الصحيح في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "لا وصية لوارث"، وحكمها "فالوصية بما يتقرب به إلى الله تعالى مما لا يجب عليه في حياته على مذهب مالك وجمهور أهل العلم، مرغّب فيها ومندوب إليها وليست بواجبة" (ابن رشد، 2012، ج3، ص140). وإذا عارض بعض الورثة الوصية وأجازها البعض؛ فإن الوصية تنفذ في حق من أجاز، ولا تنفذ في حق من رفض الوصية.

وإذا زادت الوصية عن الثلث، فكان على المشرع الجزائري أن يتنبه لهذه الجزئية، ومما نقترحه أن تضاف فقرة في المادة 185 ق.أ.ج كالتالي: لا يسري حكم الوصية على ما زاد عن الثلث في حق من عارضها.

ومن الأمثلة التطبيقية في حالة ما إذا عارض أحد الورثة الوصية إذا كانت أكثر من الثلث، وكانت لغير وارث. فإذا كانت تركته 240 مليون سنتيم، فأوصى لأرملة بنصف تركته، وقد ترك بنتا وابنا، فأجازت هذه الوصية البنت واحدة ولم يجزها الابن؛ فتقسم التركة كالتالي:

على فرض الإجازة: نصف الوصية 120 مليون سنتيم.
والباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، 60 مليون سنتيم للابن و30 مليون سنتيم للبنت الواحدة.
أما على فرض عدم الإجازة: ثلث الوصية للموصى لها: 80 مليون سنتيم والباقي للورثة للذكر ضعف الأنثى للابن 80 مليون سنتيم للبنت الواحدة 40 مليون سنتيم، وبما أن البنت أجازت الوصية فتأخذ نصيبها على تقسيم الإجازة وهو 30 مليون سنتيم ويأخذ الموصى له 90 مليون سنتيم.

2.5. هـل التنزيل وصية واجبة أم ميراث يستحقه الحفيد؟

قانون الأسرة الجزائري عدل عن تسمية الوصية الواجبة إلى تسمية أخرى وهي التنزيل، حيث يفيد تنزيل الحفيد منزلة واحد من أبنائه في الإرث كما لو كان حيا، وهو ما يفهم على أنه ميراث وليس وصية واجبة بحكم القانون، فهل التنزيل صورة من صور الإرث؟

"هذه الوصية (التنزيل) ليست ميراثا ولا وصية، ولكنها أخذت منهما، ففتح ما يسمى بالتنزيل أو الوصية الواجبة تشبه الميراث في كونها قائمة حتى ولو لم يوص بها المتوفى، وتشبه في أنها تقسم قسمة الميراث، وتشبه الوصية في أنها تجب في حدود الثلث وإنها تقدم على الميراث وعلى الوصايا الاختيارية" (شليبي، 1982، ص181)، "والحقيقة أن أحكام التنزيل التي أوردها القانون الجزائري في المواد 169 إلى 172 ق.أ.ج لمعالجة مشكلة الأحفاد الفقراء لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة أو غير المعروفة، ولكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب متفرقة قام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها" (بلحاج، 2005، ج2، ص185) وكان أخرى على المشرع أن يوظف الوصية الواجبة بدل التنزيل، كأن يقول الجد (الموصي) لأحفاده: اجعلوا أو أعطوا أحفادي ثلث مالي أو يكتبها لهم. فأين التنزيل؟

فالوصية الواجبة هي بالإجماع لا يجوز أن تكون أكثر من الثلث، بخلاف التنزيل الذي لا يعتبر وصية ولا ميراثا.

والقانون الجزائري في تشريع التنزيل في المادة 172 قد سوى بين أبناء الابن وأبناء البنت وبناتها، في العبارة (أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم) والفرضيون يعلمون أن أبناء البنت وبناتها من ذوي الأرحام، فكيف يسوى في الميراث بين الفروع التي لها الحق في الميراث تعصيا أو فرضا مع ذوي الأرحام، فأبناء البنت وبناتها لهم الحق في الميراث من أصولهم (جهة الأب) فكيف يزاحم أبناء البنت وبناتها من لهم الحق في الميراث بالتنزيل أو الوصية الواجبة وليس لهم الطريق إلا هذا، وهذا يصادم مقصدا من مقاصد الميراث العدل.

ج- المذهب المالكي لم يعمل بالوصية الواجبة، أما قانون الأسرة الجزائري عدل عن هذا المصطلح

إلى مصطلح التنزيل الذي يعني تنزيل أبناء الابن وأبناء البنت منزلة أصلهم في التركة بشروط، وهي مشاركة الأعمام في التركة وهو مجاف للعدل. إنه ليس من الضروري أن يكون الأحفاد فقراء بل قد يكون الأعمام فقراء وتركة أبيهم (جد الأحفاد) قليلة، وكلنا يعلم أن الابن المتوفى قبل أبيه يرث منه أبناؤه وإخوانه لا يشاركون أبناءه في الميراث لأنهم يحجبون بالابن وابن الابن مهما نزل، فتتزيل الأحفاد منزلة أبيهم قد يكون ظلماً للأعمام ولهذا راعت الشريعة الموازنة بين الأعمام والأحفاد فلو ترك الابن المتوفى تركة كبيرة فالأحفاد لاحق لهم في تركة جدهم، وإن ترك الجد تركة كبيرة والأحفاد فقراء فإن الشريعة فتحت للجد أبواب التبرع في حياته كالهبة والحبس (الوقف)، والوصية الواجبة التي لا تعني الإرث، وإذا كان الأحفاد في حال ميسورة والأعمام فقراء فهم أحوج لتركة أبيهم إذا لم يوص لأحفاده ولم يهب هذا من العدل.

شروط الميراث بالتنزيل:

وضع المشرع الجزائري بعض الشروط في تنزيل الحفدة منزلة أبيهم، ففي المادة 170 ق.أ.ج أول شروط التنزيل: "

1- أن يكون التنزيل بمقدار حصة أصلهم الوارث كما لو بقي حياً، على أن لا تتجاوز ثلث تركة حسب المادة 170.

2- أن لا يكون الفرع وارثاً؛ لأن التنزيل تعويض له المادة 01/ 171، فإن كان وارثاً فلا حق له في التنزيل.

3- إذا أعطاهم بلا عوض مقداراً يتصرفون فيه فلا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل، لكن إن أعطاهم أقل من الثلث واجبت تكملة الباقي إلى الثلث المادة 02/171 ق.أ.ج.

4- أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن نصيب مورثهم من تركة الأصل جداً أو كان جدة المادة 172 ق.أ.ج.

5- يجب أن يخلو الفرع المراد تنزيهه من موانع الإرث كالقتل العمد والردة.

6- يجب أن يكون أبو الفرع قد مات حقيقة أو حكماً في حياة أبيه أو أمه " (فشار، 2008، ص 81).

3.5. جوانب من الفراغ التشريعي في المسائل الخاصة في ق.أ.ج..

اكتفى المشرع الجزائري بخمسة مسائل خاصة كمسألة الغراوين، المسألة المشتركة، والمباهلة والمنبرية، ورغم وجود مسائل أخرى لم يتحدث عنها المشرع مثلاً:

1- مسألة الملكية: إذا اجتمع مع الجد: الزوج، وأم أو جدة، وأخ لأب فأكثر، أخوان لأم فأكثر؛ فرض للزوج النصف، وللأم السدس وللجد ما بقي، ولا يأخذ الإخوة لأم شيئاً؛ لأن الجد يحجبهم ولا يأخذ الأخ للأب شيئاً.

صورة هذه المسألة: توفيت وتركت: الزوج، وجد، وأم، وأخ الأب، وإخوان الأم.

الحل:

6	أصل المسألة	
3	زوج	$\frac{1}{2}$
2	جد	الباقي
1	أم	$\frac{1}{6}$
/	أخ لأب	محجوب
محجوب بالحد	إخوان لأم	محجوب

2- مسألة شبه المالكية: إذا كان مع الجد زوج، وأم أو جدة، وأخ شقيق، وإخوان لأم فأكثر؛ فالجد يأخذ ما بقي بعد ذوي السهام دون الإخوة؛ لأن الجد يحجبهم.
صورتها: توفيت وتركت: زوج، وجد، وأم، وأخ شقيق، وإخوان لأم.

6	أصل المسألة	
3	زوج	$\frac{1}{2}$
2	جد	الباقي
1	أم	$\frac{1}{6}$
/	أخ شقيق	م
/	إخوان لأم	م

3- مسألة الخرقاء: إذا اجتمعت أم، وجد، وأخت شقيقة أو لأب؛ ففرض للأم الثلث، وما بقي يقسمه الجد مع الأخت للذكر مثل حظ الأنثيين.
صورتها: توفي وترك أم، وجد، وأخت شقيقة.
الحل:

9	3 x 3	أصل م	
3	1	أم	$\frac{1}{3}$
4	2	جد	//
2		أخت ش	/

وبعد التصحيح يصبح أصل المسألة 9 : للأم 3 أسهم للجد 4 أسهم للأخت شقيقة سهمان.
المسألة المعادة: مأخوذة من العد، وذلك بأن يكون مع الجد صنفان من الإخوة: الأشقاء ولأب، فإذا وجد الصنفان مع الجد فيكون للإخوة الأشقاء أقل من مثلي الجد، ويفضل أكثر من الربع بعد نصيب ذوي الفروض؛ فتكون المسألة عندئذ من مسائل المعادة؛ حيث يعد الشقيق الإخوة لأب على الجد ويعتبرهم

وارثين بالنسبة للجد، وبعد أخذ الجد نصيبه يرجع على الإخوة لأب كأن لم يكن معهم جد، فإن كان أبا شقيقا أخذ كل ما في يد الأخ لأب.
مثال: توفي وترك: جد وأخ شقيق وأخ لأب.

$\frac{11}{3}$

في هذه المسألة يستوي الثلث والمقاسمة فيأخذ الجد ثلثه ، ويترك الباقي للإخوة، ثم يأخذ الأخ الشقيق ما في يد الأخ الأب، فيصبح نصيبه ضعف نصيب الجد. " (التائب، (2019)، ص من 93 إلى 97)

6. خاتمة

لا شك أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري قد بذل جهدا كبيرا في تكييف مواده مع الشريعة الإسلامية؛ باعتبارها المصدر الثاني للتشريع الجزائري، ولكن لم يمنع هذا من وجود ثغرات وفراغ تشريعي كبير، خاصة في أحكام الميراث إذا ما قورنت بأحكام الميراث في الشريعة الإسلامية. ولعل هذه الورقة سلطت بعض الضوء على وجوه النقص في مواد قانون الأسرة إذا ما قورنت بأحكام الشريعة الإسلامية. وأهم ما نلاحظه من فراغ تشريعي يمكن تلخيصه فيما يلي:

أ- لم يتناول المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في غيره موضوع التركة، ولا تحديد ماهيتها ولا مشتملاتها، خاصة إذا علمنا أن بعض أنواع النزاع ينطلق غالبا من تحديد ما هو تركة وما ليس بتركة؛ ولهذا نوصي بإضافة مادة في ق.أ.ج تحدد معنى التركة ومشتملاتها باختيار تعريف دقيق يبين ما هو تركة وما ليس بتركة.

ب- تخصيص مواد لإجراءات تصفية التركة في قانون الأسرة الجزائري.

ج- المشرع الجزائري لا يعتد بالطلاق خارج أسوار المحكمة كما نصت المادة 1/49 من ق.أ.ج، وتطبيق هذه المادة يؤدي حتما إلى خلط كبير بين الشريعة والقانون؛ لأن الشريعة الإسلامية تعتد بالطلاق باللفظ وتحسب العدة فيه بداية من تاريخ التصريح بالطلاق، ولهذا لو طلقت الزوجة قبل الدخول بها فلا عدة عليها أما المشرع الجزائري في هذه الحالة يعقد القاضي جلسات الصلح في حدود ثلاثة أشهر، رغم أنها ليست زوجته شرعا، ولكي يتماشى المشرع الجزائري مع الشريعة يشترط في ملف طلب الطلاق الإشهاد على الطلاق بداية من تاريخ الطلاق، وبين فيها هل تم الطلاق قبل الدخول أو بعده؟ وهل للمرة الأولى أو الثالثة؟ فإن توفي أحد الأزواج في حالة الطلاق قبل الدخول؛ فلا توارث بين الزوجين لأنها أجنبية عنه.

د- غفل المشرع الجزائري عن المسائل الخاصة في الميراث، وهي لا تخضع غالبا لقواعد الميراث وإن كان المشرع قد اكتفى بخمسة مسائل خاصة رغم وجود مسائل أخرى كمسألة المالكية وشبه المالكية والخرقاء والمعادة، ولهذا يوصى بوضع مواد في قانون الأسرة للمسائل الخاصة.

هـ- نسجل في موضوع موانع الميراث تجنب المشرع الجزائري الحديث عن ميراث ولد الزنا والكافر،

ولم يفرق المشرع بين إخوة أبناء الزنا وإخوة أبناء اللعان.
 و- لم يسجل المشرع طرق ميراث المفقود، ولا ميراث الحمل بشكل من التفصيل، ولا ميراث الخنثى؛
 ولهذا نوصي بتخصيص مواد لهذه الأصناف من الورثة.
 ز- نسجل في موضوع الوصية جوانب من الفراغ التشريعي فيها، خاصة مسألة إذا ما عارض بعض الورثة الوصية وقبل البعض، وكيفية تقسيم هذه الوصية.
 ح- لم يحدد المشرع مسألة التنزيل هل هي وصية وتنطبق عليها شروط الوصية، أم هي ميراث وينطبق عليه شروط الميراث أم ماذا؟ ولهذا نقترح أن تعاد مراجعة المواد المتعلقة بالتنزيل، ويتم إدراجها في موضوع الوصية الواجبة وشروطها.

7. قائمة المراجع

1. ابن منظور (1997)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، مادة "التركة"، ح1.
2. محمد أبو زهرة (بدون تاريخ)، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة.
3. سعيد بوزيري (بدون تاريخ)، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية والقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، الجزائر.
4. عبد الحميد الشواربي (1990)، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، منشأ المعارف بالإسكندرية، مصر.
5. ابن رشد الحفيد (2004) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، خرج أحاديثه أحمد أبو المجد، الطبعة الأولى، دار العقيدة، القاهرة، مصر.
6. محمد بلعالم باي (بدون تاريخ) - كشف الجلباب شرح جوهرة الطلاب في علمي الفروض والحساب، مطبعة عمار قرفي، باتنة.
7. محمد علي الصابوني (بدون تاريخ) الموارث في الشريعة الإسلامية، دار رحاب، الجزائر.
8. النائب محمد البخاري (2019)، منهاج الفارض إلى علم الوصايا ط 1 دار الأمان، الرباط.
9. الصادق عبد الرحمان الغرياني (2006)، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت لبنان ج3.
10. ابن رشد الجد (2001)، المقدمات الممهديات، ط 1، مطبعة القاهرة، ح3.
11. محمد مصطفى شلبي (1982)، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار الجامعية، بيروت، ط 1.
12. العربي بلحاج (2005)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
13. فشار عطاء الله (2008)، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار الخلدونية الجزائرية.
14. دليلة برف، أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، العدد 5، شهر 2003، صادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية.