

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة سعد دحلب - البليدة -
كلية الحقوق

ممايرية حقوق الملكية في
نظام المهور الوارث

- دراسة مقارنة -
بين الشريعة والقانون

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون
فرع قانون عقاري وزراعي

إشراف الأستاذة :
د. فركوس دليلة

إعداد الطالبة :
الهواري نجوى

لجنة المناقشة :

1. د/ محمودي مراد : أستاذ محاضر، جامعة البليدة.....رئيسا
2. د/ فركوس دليلة : أستاذة محاضرة، جامعة الجزائر.....مقررة
3. د/ العيد حداد : أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة.....عضوا
4. د/ العيشاوي عيد العزيز : أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة.....عضوا
5. أ/ عزيرة مصطفى : أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة.....عضوا

السنة الجامعية

2001-2000

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الشكر و الإهداء

1 الشكر:

يسعدني أن أتقدم بجزيل الشكر و الامتنان و العرفان بالجميل إلى كل من ساعدني أثناء تحضيرى رسالتى هذه ، و أخص بالذكر أستاذتى المشرفة: الدكتورة فرحون دليمة، التى تفضلت و تكرمت بقبول إشرافها على هذه الرسالة أيضا لما قدمته لى من توجيهات ومساعدات علمية و قيمة أثناء تحضيرى لهذا البحث.

كما لا يفوتنى أن أتقدم بشكرى إلى كل من ساعدنى من قريب أو بعيد فى إعداد هذا البحث المتواضع.

2 الإهداء :

أهدى هذا العمل إلى كل من ساعدنى و شجعنى و أخص بالذكر:

ﷺ أمى و أبى

ﷺ إلى قيس النور الذى أضاء طريقى: زوجى العزيز الصالح

ﷺ إلى قرّة عينى ريم

ﷺ إلى أختى نسيمه التى ساندتني فى هذا البحث

ﷺ إلى إخوتى و أخواتى: عبد المالك ، سيد احمد، محمد، هشام، غنية و امال.

مقدمة

مما لا شك فيه، أن الإنسان منذ وجوده على الأرض، و هو يسعى لإشباع حاجاته في التملك، نظرا لكون التملك من الغرائز الطبيعية في الكائن الحي، و من العناصر الأساسية لبقاء الإنسان والحفاظ على أمواله ما دام على قيد الحياة، فإن مات إنتهت حاجاته إلى المال و انتقلت إلى مالك جديد يخلفه بعد ذلك.

وعليه، فإن الشريعة الإسلامية إعتبرت المحافظة على المال من الكليات الخمس في الإسلام، و جعلته زينة حياة الدنيا لقوله تعالى: "المال و البنون زينة حياة الدنيا" فالإسلام لم ينظر إلى المال على أنه غاية في حد ذاتها، و إنما هو وسيلة من الوسائل العامة في الحياة، بل يعد أداة من أدوات النفع العام في جميع صورته.

و انطلاقا من هذا،الميراث يعتبر من أهم العلوم الإلهية و الدينية، و أرقها شأنًا، جاء وفق قواعد ضرورية، وظهر نتيجة التطورات المتعاقبة عبر العصور، في مختلف المجتمعات تماشيا مع فلسفة الحياة و من خلالها إستوجب على المجتمعات وضع قانون ينظم العلاقات المالية و يظبط سلوك الأفراد من الإعتداءات، بدءًا من تكوين الأسرة البدائية و ما يحيط بها من عادات و تقاليد و وصولا إلى إختلاف الفكر البشري إختلافا جوهريا من الأنظمة المبنية على الرأسمالية التي تقدر الملكية الفردية حتى بعد وفاة المالك، إلى الإشتراكية التي تصل إلى حد إلغاء الملكية الخاصة، إلى تقرير الدين الإسلامي وجوب إنتقال ما كان يملكه الشخص في حياته إلى وريثه للمال ذكرا كان أم أنثى بدون تفریق بين الصغير و الكبير.

ومنه، فلقد خطى الإسلام خطوات متطورة لتشريع الميراث حتى إستقرا على وضعه الحالي، إذ حدد معالمه و بين أصوله و فصل الكثير من إحكامه تفصيلا شاملا في كل من سورة النساء، الأنفال و الأحزاب، لما تولى الله سبحانه و تعالى تنظيم العلاقة بين الفرد و الجماعة بشكل فريد للغاية، ذلك ما

نظمتها الشريعة الإسلامية في كيفية تقسيم التركة و توزيعها على الورثة وتحديد إنتقالها إلى مستحقيها بنظام محدد و قواعد مقدره بحكمة و عدالة و منطبق في التوزيع على حسب الحاجة و القرابة.

بالإضافة إلى ما قررتة السنة النبوية من إكمال و تكميم ما أجملته الآيات القرآنية، وعليه حث الرسول صلى الله عليه و سلم بشدة على تعلم علم الفرائض و تعليمه للناس، هذا ما جعل أحكام الميراث تعد من أهم الموضوعات التي إهتمت بها جميع الشرائع السماوية و القوانين الوضعية منذ أقدم العصور إلى وقتنا الحاضر.

هذا ما أدى إلى جعل الفقه الإسلامي موضع إهتمام رجال القانون في الغرب منذ إعلان الأستاذ "لامبير" " Lambert " الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة 1932 تقديره الكبير للتشريع الإسلامي معترفا في ذلك بحيوية الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطوير واستقلالها عن غيرها من التشريعات، وبما تنطوي عليه من إختلاف المذاهب الفقهية في هذا النظام العظيم الذي يمتاز بثروة هائلة من المفاهيم الحقوقية.

وإذا رجعنا إلى المشرع الجزائري نجد أنه إستلهم من نصوص الشريعة الإسلامية، ما إنتظم به الميراث من أحكام أو ردها في النصوص القانونية في - دولتنا الإسلامية - التي تجعل الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للقانون بالنسبة للأحوال الشخصية منها ما هو منصوص عليه في أحكام الميراث ، هذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني الجزائري ، وكذا المادة 222 من قانون الأسرة.

ومن المسلم به أن حق الملكية يعد من أهم الحقوق العينية الأصلية بل وأكثرها بعدا في مدى اتساع نطاقها من حيث السلطات المخولة للمالك التي

يمارسها ويباشرها على الشيء الذي يملكه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها، وذلك بالرجوع إلى أحكام القانون المدني. بالإضافة إلى المادتين 27، 28 من قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري الذي عدل بموجب الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995.

هاتان المادتان عرفتا الملكية العقارية الخاصة تجسيدا للمبادئ الدستورية التي تبناها دستور 96.

أيضا نجد المشرع الجزائري، قد أولى عناية كبيرة في إرساء ما هو كفيل لتنظيم هذا الحق، خصص في الكتاب الثالث من القانون المدني للحقوق العينية الأصلية وجاء بعنوان على هذه التسمية، بحيث كرس الباب الأول منه لحق الملكية بوجه عام، كما تناول أسباب كسب الملكية في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث، إذ تعرض لها في المواد من 773 إلى 843 منه وقسمها إلى ستة أقسام، سنقتصر في موضوعنا هذا على الميراث الذي صنف ضمن القسم الأول تحت عنوان "الإستلاء والتركة" قاصدا بها الإرث الذي يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية بالوفاة، وينصب بالدرجة الأولى على حماية الملكية الخاصة بالمورث وهو على قيد الحياة وانتقالها بعد الوفاة إلى الوارث حماية مقررة شرعا وقانونا.

على الرغم من سعة الموضوع ودقته، هناك العديد من الأسباب الدافعة إلى اختياره، أذكر منها غياب الدراسات المتخصصة حول هذا الموضوع بالذات، ونظرا لكثرة المنازعات المطروحة على القضاء بهذا الشأن.

فالهدف المنشود لهذه الدراسة، التركيز على إجراء تحليل للنصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع، وإعطاء تصور أكثر تحديدا لطبيعة علم المواريث وعلاقته بالملكية، والإسهام في توضيح مضمون الحماية في هذا المجال، مستشهدا بأحكام الشريعة الإسلامية وبآراء الفقهاء مع الإستدلال لأحدث الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا لمعرفة كيفية تطبيق

النصوص وتفسيرها من طرف القضاء أمام التطورات التي عرفها الاجتهاد القضائي، فقد كانت محاولتي للإسهام في تعميق الفارق بين النصوص والتطبيق، الأمر الذي يزيد من خطورة الموضوع حينما يشارك أصحاب القانون في مخالفته والوقوع في أخطاء فادحة أمام الكثير من المسائل التي أثارها النقاش على الصعيد العملي.

وفي هذا الإطار، قد تتساءل عن الإشكالية المطروحة في هذا الموضوع وما يمكن أن تؤتيه من نتائج إيجابية، فهي:

- ما هي الأهداف الأساسية للميراث في تحقيق الحماية الخاصة لملكية الوارث والوارث معا؟.

- وهل لهذه الأهداف دور كفيلاً للمساهمة في حماية حق الملكية؟

على إثر طرح هذين التساؤلين، يمكننا معالجة هذا الموضوع من خلال زاويتين أساسيتين إرتأينا توزيع هذا البحث إلى فصلين هامين هما:

الفصل الأول: الحماية المقررة للموروث في حق الملكية.

الفصل الثاني: الحماية المقررة للوارث في حق الملكية.

بالنسبة للفصل الأول قسم بدوره إلى مبحثين هما :

المبحث الأول تضمن عدم التعامل في ملكية المورث حال الحياة.

المبحث الثاني تناول حكم تصرف الوارث في الحقوق المتعلقة بالتركة.

بحيث خصص لكل مبحث مطلبين، ولكل من المطلبين تفرع إلى ثلاثة

فروع أساسية.

وفي نهاية الفصل وضعت له خلاصة مختصرة.

أما عن الفصل الثاني فقد قسم إلى مبحثين هامين هما:

المبحث الأول إشمتم على أحكام تصرفات المورث حال الحياة.
المبحث الثاني تناول أسباب وموانع إستحقاق الإرث وعلاقته بالشهر.
إذ خصص للمبحث الأول مطلبين تخلله كل مطلب فرعين والمبحث
الثاني قسم إلى مطلبين، والمطلب الأول توزع إلى فرعين.

وإختتم الفصل الثاني بملصاة مختصرة وفي الأخير الخاتمة.

الفصل الأول

الحماية المقررة للمورث

في حق الملكية

إهتمت الشريعة الإسلامية بالكثير من المسائل الإجتماعية، التي نظمت فيها العلاقة بين الأفراد والجماعات بشكل فريد للغاية، بحيث شملت على المبادئ العامة و الأسس الخاصة لأحكام الميراث الذي يعد من الأنظمة الطبيعية التي تستند إلى نزعة كامنة في الإنسان تدفعه دائما إلى العمل و تحصيل الثروة و المال، ذلك لعدة إعتبارات، أهمها إعتبار موضوع الخلافة الذي يمس جانب الملكية بصفة عامة، والملكية الخاصة على وجه الخصوص، فكان بمثابة موقف وسط " لا افراط و لا تفريط " لأن الإسلام لم يمنع الفرد من التصرف في ملكيته حال حياته، كما لا يكون حرا في التصرف بهذه الملكية المملوكة له لدرجة التبذير و الإتلاف و الإيحاء إلى غير المالك أو إلى الأجنبي الذي لا حق له في هذا المال، و لا علاقة له بالموروث على وجه غير مشروع (1).

و إنما أعطى له التصرف في ماله في حدود معينة، أما ما بقي منه فهو له ما دام على قيد الحياة، وبعد الوفاة تنتقل الملكية للورثة و يتم توزيعها كل على حسب القرابة و الحاجة (2) من أجل الحفاظ على تركة المورث حال حياته وبعد مماته.

هذه الحماية تجلت بصورة واضحة و مفصلة في كتاب الله الكريم، و في سنة النبي الشريف، و كذا إجتهدات الفقهاء و التشريعات الوضعية المتعددة القديمة منها و الحديثة.

بهذا فان الشريعة الإسلامية أولت اهتماما بهذا العلم، مما له من أثر كبير في علاقات أفراد الأسرة مع بعضهم البعض، و في معرفة حدود الملكية

(1) أحمد الغندور " الميراث في الإسلام و القانون " دار المعارف، الطبعة الثانية، مصر، 1967 ص 30.

(2) رضوان الشافعي " الموارث في الشريعة الإسلامية و القانون " المطبعة السنافية، القاهرة، سنة 1955 ص 17 و 18.

الوراثية بين المورث و الوارث الذي يعتبر رابطة وصل بين الأحياء و الأموات، يكون سببها الخلافة (1) نقوله تعالى: "و قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة" (2).

و قوله أيضا: "و هو الذي جعلكم خلائف الأرض" (3).

فالإشكال المطروح أمامنا يتمثل في جملة من التساؤلات نذكرها كالتالي:

فيما تتجلى حماية الملكية خاصة بالمورث ؟ و ما هو الدور الذي تقوم به هذه الحماية شرعا و قانونا ؟ و كيف يمكن للوارث أن يتصرف في التركة و ما عليها من حقوق للمحافظة عليها ؟ و ما هي الإجراءات اللازمة في حالة إنعدام الوارث الذي يستحق الملكية بعد وفاة المورث ؟ و من الذي يتولى هذه التركة التي لا وارث لها؟.

على إثر طرح هذه التساؤلات، يمكننا معالجة هذا الموضوع من خلال زاويتين هامتين سنقوم بشرحهما فيما يلي:

بالنسبة للزاوية الأولى: فهي تتمثل في كيفية إنتقال الملكية المتعلقة بالمورث إلى الوارث، إما و هو على قيد الحياة أم من وقت الوفاة، كما أنه بمجرد إنتقال التركة، فعلى الوارث أن يتصرف في الحقوق المتعلقة بالتركة على حسب الأولوية المنوطة لهذه الحقوق، و للتوضيح أكثر خصصنا هذا الجزء في (المبحث الأول).

(1) علي حسب الله " الميراث في الشريعة الإسلامية " مطبعة العلوم، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1949 ص 10، 15.

(2) انظر سورة البقرة آية 30.

(3) انظر سورة الأنعام آية 165.

أما عن الزاوية الثانية : فتناولنا حالة وفاة المورث الذي ليس له وارث - تاركا وراءه مالا - و كيفية صيانة أملاكه الموروثة في ضوء الإجراءات المنصوص عليها سواء من جانب الشريعة الإسلامية أو من جانب القانون المدني الجزائري، أدرج هذا الجزء في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

عدم التعامل في ملكية المورث حال الحياة

إذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و نظرنا إلى مبادئ القوانين الوضعية، نجد أن كليهما تعرض لحماية الملكية الخاصة بالمورث، أي المال الموروث الذي تركه بعد الوفاة، و تكون هذه الوفاة إما حقيقية أو حكما، أو تقديرا، ويتم بعد ذلك إنتقال التركة إلى الورثة و توزيعها كل على حسب قرابته و حاجته.

و لإنتقال هذه الملكية، و يجب تطبيق ما جاء به التشريع الإسلامي ، التي إستمدتها القانون في قواعده، للمحافظة على ملكية المورث و بقائها إلى من يرثه من بعده، لكن بشرط يجب أن تتحقق الوفاة فعلا، فإذا ما تمت الموت إنتقلت الملكية للوارث، بما فيها الحقوق المتعلقة بالتركة، ففي هذه الحالة يمكن للوارث أن يتصرف فيها، بكل حرية شريطة أن يكون هذا التصرف محدد بمقاييس ترتيب هذه الحقوق، حتى يتمكن الوارث بعد ذلك من أخذ حقه بالطريقة الشرعية (1) .

و للإستفسار أكثر حول هاتين المسألتين الأساسيتين، إستوجب الأمر تقسيم هذا العمل إلى مطلبين هما:

- **المطلب الأول:** تناولنا من خلاله كيفية إنتقال الملكية التي تركها المورث بعد تحقق الوفاة، من أجل حماية ماله قبل الوفاة و بعدها.
- **المطلب الثاني:** خصصناه لتصرفات الوارث في التركة و ما يتعلق بها من حقوق، صيانة للمال الموروث الخاص بالمورث.

(1) محمد يوسف موسى " التركة و الميراث في الإسلام " دار المعرفة للطبع، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1967 ص 27.

المطلب الأول

سريان قانون الهالك على الميراث وقت الوفاة

المورث هو الميت الذي فارق الحياة ، ويتم ذلك بتحقق موته حقيقة الذي يستحق غيره أن يرث منه ، ما خلفه بعد الموت سواء كانت وفاة حقيقية أو حكما (1).

هذا ما يجعل أهم شرط يجب توفره لحماية ملكية المورث ، تتمثل في الوفاة ، أما في حالة عدم التقيد بهذا الشرط، و كان المتوفى أي المورث على قيد الحياة و أراد توزيعها على ورثته و هو حي، فلن يقبل منه، و يرفض هذا الإجراء سواء في الظل الشريعة الإسلامية، أو في نطاق القانون الوضعي على أساس الحفاظ على ملكيته، و حمايتها من التشتت في أيدي الورثة، أو في أيدي الغير (2).

بناءا على ذلك، يمكن إعتبار وفاة المورث قد تمت فعلا، من خلال تطبيق أحكام الدين الحنيف، و بالرجوع إلى مبادئ قانون الأسرة الجزائري، أن يكون إما حقيقية أو حكما أو تقديرا.

هذا ما سنراه بالشرح المفصل لكل من موت المورث حقيقية في (الفرع الأول)، موت المورث حكما في (الفرع الثاني)، و موت المورث تقديرا في (الفرع الثالث).

(1) محمد علي الصابوني : " الموارث الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة " الطبعة الثالثة سنة 1985 ص 36.

(2) محمد زكريا البرديسي: " الميراث " الناشر دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثانية سنة 1963 ص 94.

الفرع الأول : موت المورث حقيقة

من المعلوم أن الإنسان ما دام حيا، فهو قادر على التصرف في ماله وملكه ثابت لا يزول عنه، فلا يخلفه الغير في التصرف بماله، إذ لا يمكن أن تقسم التركة وتوزع بين الورثة، حتى يموت فعلا، أو يحكم القاضي بموته، فإذا مات المورث فعلا، فإنه يكون عاجزا عجزا كليا عن التصرف في ملكه فيزول ملكه وتنتقل ملكيته إلى الورثة حسب الفريضة الشرعية (1).

فالموت الحقيقي هو عدم الحياة، ويتحقق في ذلك بموت المورث ومفارقة روحه عن جسده، ويعرف ذلك بالمشاهدة أو بالبينة المتصلة بها بحكم القضاء شريطة أن تكون متبوعة بشهادة رجلين، أو رجل و إمرأتين (2)، تبعا للآية الكريمة التي تقول: "واستشهدوا شاهدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل وإمرأتان ممن ترضون من الشهداء" (3).

فإذا أقام الوارث دعوى أمام القضاء، ببيان أن مورثه مات في زمن معين، وأثبتت ذلك بالبينة، حكم القاضي بوفاة المورث، فإنه بذلك يتحقق موته في الزمن الذي قامت البينة على أنه مات فيه، فيكون ميراثه لورثته الموجودين في ذلك الوقت الذي عينه الوارث، وأقام عليه البينة، لا وقت صدور الحكم القضائي، ولا يحوم الميراث من مات بعد هذا الوقت الذي أقيمت فيه البينة، على أن المورث مات فيه (4)، وإن مات قبل صدور حكم القاضي،

(1) بدران أبو العينين بدران " الميراث المقارن " بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون دار المعارف، مصر سنة 1971 ص77.

(2) محمد حسنين مخلوف " الموارث في الشريعة الإسلامية " القاهرة، ص 81.

(3) أنظر سورة البقرة آية 288.

(4) محمد العمراني " الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري " المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر، ص 37.

ذلك أن هذا الحكم لم يكن منشأ الموت المورث بل مظهرا و مقرا له، ويرجع نفاذ هذا الحكم إلى الوقت الذي تبيّن فيه الوفاة بالبدنية، لا إلى وقت صدوره (1).

كان هذا بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية التي أعطت لهذا الموضوع شكلا من الأهمية و التفصيل.

أما عن القانون الوضعي الجزائري، خاصة إذا رجعنا إلى نصوص قانون الأحوال الشخصية الذي ولى أهمية لهذه المسألة، من خلال قانون الأسرة الصادر تحت رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 جويلية سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، في الكتاب الثالث تحت عنوان "الميراث" من الفصل الأول "أحكام عامة" الذي طبق نفس المبدأ في حالة حدوث الموت الحقيقي للمورث، و المستمدة من أسس النظام الإسلامي، المنصوص عليه طبقا للمادة "127" التي تنص ما يلي: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة ...".

بمعنى أن نص هذه المادة يوضح لنا إنتقال الملكية من المورث إلى الوارث لا يتم إلا بعد تحقيق شرط الوفاة، و يجب أن تكون هذه حقيقة بالفعل ذلك أن التركة لا يمكن لها أن تنتقل إلى الورثة، و المورث حي يرزق، لأنه لا يجوز توزيع المال، وهو على قيد الحياة و إلا إعتبرناه منافيا و معارضا للإجراءات الشرعية و القانونية، فهي تعتبر من الأدلة القطعية التي تبين مدى حماية ملكية المورث سواء كانت عقارات من أراضي أو مباني، بما فيها من منقولات (2).

(1) احمد محمود الشافعي: "أحكام الموارث" الدار الجامعية، سنة 1973 ص 41 .

(2) صالح ججيك " الميراث في القانون الجزائري " الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية

سنة 2002 ص 20

أما عن موقف القضاء الجزائري، فإنه يمكن استخلاص القرارات الصادرة عن المحكمة العليا المنشورة منها و غير المنشورة، الخاصة بهذا الموضوع من أجل معرفة التطور الحاصل في الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية منها ما يتعلق بالتركا (1) فمن المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها و تملكها أثناء حياته، فان التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته، و إستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث، و لخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر(2).

ومن المقرر قانونا أن الإرث يستحق بموت المورث - حقيقة - أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، فلا تفتح التركة إلا بوفاة المورث، و إلا اعتبرا تصرف المورث لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو في القانون، لأن الهدف المقصود هو الوصول إلى التركة (3).

الفرع الثاني : موت المورث حكما

يتحقق موت المورث حكما، عندما يصدر القاضي حكما إجتهاديا، كما هو عليه الحال بالنسبة للمفقود، فإذا إذا حكم القاضي بفقده بناء على قرائن الأحوال، فإن ماله يقسم بين وريثه الأحياء، و بذلك تنتقل ملكيته من وقت الحكم بموته، لأنه يعتبر ميتا من وقت صدوره حكم القاضي(4).

(1) قرار رقم 770، 24 المؤرخ في 14/04/1982 لحمدى باشا عمر " مبادئ القضاء العقاري " العلوم للنشر و التوزيع ص 104

(2) قرار رقم 622-125 المؤرخ في 24/10/1995 ص 117 لحمدى باشا عمر نفس المرجع السابق ص 105

(3) ملف رقم 86039 قرار بتاريخ 24/11/92 وصية - قسمة توثيقة - عدم فتح التركة إلا بعد وفاة المورث عن الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية سنت 2001 ص 292.

(4) احمد الغندور " الميراث في الإسلام و القانون " دار المعارف، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1967 ص 67.

ذلك أن ميراث المفقود إذا إعتبر حيا في حق ملكيته، فلا يورث و لا تقسم تركته، حتى يموت حقيقة بالمشاهدة أو بالبينة الشرعية المتصلة بالقضاء.

إن نظرة الإسلام إلى المفقود و مدة إنتظار عودته لكي يقضي القاضي باعتباره ميتا، و يستحق الإرث لورثته، من المسائل الهامة التي إهتم بها الفقهاء و إختلفوا في شأنها على النحو التالي :

- يرى المذهب الحنفي أن القاضي لا يحكم بموت المفقود، إلا إذا كانت مدة الغياب تتراوح ما بين السبعين سنة و التسعين سنة من حين و لادته.
- بينما يجعل المذهب الشافعي ضرورة وجوب الإنتظار، حتى يغلب على أنه مات، و ذلك بموت أقرانه.
- أما عن المذهب المالكي فإنه يرى على أن الزوجة يجب عليها أن تنتظر أربع سنوات من وقت فقدنه، ثم لها بعد ذلك أن ترفع الأمر إلى القاضي، فإن تبين له ذلك، أمرها أن تعتد عدة الوفاة إن حكم بموته(1)، لقول عمر بن خطاب رضي الله عنه: "أيما امرأة فقد زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنوات، ثم تعتد لربعة اشهر و عشرا ثم تحل" (2).
- و أيضا لقول ابن الهمام : "أن يتم تسعين سنة لقول الرسول صلى الله عليه و سلم، اعلموا أمتي ما بين الستين و السبعين" (3).
- كما فرق المذهب الحنبلي بين أن تكون غيبته مما تغلب فيها الهلكة أو تكون غيبته مما تغلب فيها السلامة.

(1) احمد محمود الشافعي المرجع السابق ص 39.

(2) اللصديق محمد الأمين الضرير " الميراث في الشريعة الإسلامية " المطبعة الكمالية الطبعة الأولى القاهرة سنة 1964 ص 71.

(3) محمد كمال الدين أمام " مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي " المؤسسة الجامعية للدراسات، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 1994 ص 481.

فإذا فقد، فيما تغلب فيه الهلكة وجب إنتظاره أربع سنين، منذ فقده، ثم تعدت زوجته و تقسم أمواله، بعد أن يقضي القاضي حكماً بإعتباره ميتاً، و إن فقد فيما تغلب فيها السلامة وجب إنتظاره إلى من يصير تسعين سنة(1).

أيضاً إهتم الفقهاء بتوريث المفقود، رغم اختلافهم في مسألة ميراثه، من عدم ميراثه إذ وجدنا أن كل من المذهب الحنفي و الحنبلي يرى أن المفقود لا يرث مورثيه أثناء فقدانه، لأن حياة المفقود غير محققة، ذلك أن توريثه مع إحتمال موته يشكل ضرراً للورثة.

على حسب رأيهم، فإن المفقود لا يرث ولا يورث أثناء فقدانه، أي أنه إذا مات أحد أقربائه أثناء مدة فقدته، فإنه لا يورث حتى يحكم بموته أو بموته حقيقة، ذلك أن المفقود يعد ميتاً من تاريخ فقدته، لا من وقت الحكم بموته.

• بينما يرى المذهب الشافعي و الحنبلي على أن المفقود يرث من مات من مورثيه أثناء فقدانه، لأنه يعد ميتاً، إلا من وقت الحكم، فهو قبل الحكم بموته حي، و له أحكام الأحياء سواء بالنسبة لأمواله، أو بالنسبة لغيره ممن يرثه(2).

و بناءً عليه، فمن مات مورثه أثناء فقدته، فإنه يرثه، و تقسم التركة، على أساس أنه حي، و يدخل نصيبه الموروث في التركة عنه كسائر أمواله، إذا حكم القاضي بإعتباره ميتاً(3).

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مطبعة جامعة القاهرة سنة 1987 ص 35 .

(2) محمد مصطفى شلبي " أحكام الوراثة بين الفقه و القانون " مطبعة صلاح الدين الاسكنداري سنة 1967 ص 21 و 24 .

(3) محمد سعفام و معوض مصطفى " الميراث في الشريعة الإسلامية " نشر دار الفكر العربي القاهرة لطبعة الثانية سنة 1946 ص 109 .

فإذا فقد، فيما تغلب فيه الهلكة وجب إنتظاره أربع سنين، منذ فقده، ثم تعد زوجته و تقسم أمواله، بعد أن يقضي القاضي حكما بإعتباره ميتا، و إن فقد فيما تغلب فيها السلامة وجب إنتظاره إلى من يصير تسعين سنة(1).

أبضا إهتم الفقهاء بتوريث المفقود، رغم اختلافهم في مسألة ميراثه، من عدم ميراثه إذ وجدنا أن كل من المذهب الحنفي و الحنبلي يرى أن المفقود لا يرث مورثيه أثناء فقدانه، لأن حياة المفقود غير محققة، ذلك أن توريثه مع إجتال موته يشكل ضررا للورثة.

على حسب رأيهم، فإن المفقود لا يرث ولا يورث أثناء فقدانه، أي أنه إذا مات أحد أقربائه أثناء مدة فقده، فإنه لا يورث حتى يحكم بموته أو بموته حقيقة، ذلك أن المفقود يعد ميتا من تاريخ فقده، لا من وقت الحكم بموته.

• بينما يرى المذهب الشافعي و الحنبلي على أن المفقود يرث من مات من مورثيه أثناء فقدانه، لأنه يعد ميتا، إلا من وقت الحكم، فهو قبل الحكم بموته حي، و له أحكام الأحياء سواء بالنسبة لأمواله، أو بالنسبة لغيره ممن يرثه(2).

و بناءا عليه، فمن مات مورثه أثناء فقده، فإنه يرثه، و تقسم التركة، على أساس أنه حي، و يدخل نصيبه الموروث في التركة عنه كسائر أمواله، إذا حكم القاضي بإعتباره ميتا (3).

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مطبعة جامعة القاهرة سنة 1987 ص35 .

(2) محمد مصطفى شلبي " أحكام الوراثة بين الفقه و القانون " مطبعة صلاح الدين الاسكنداري سنة 1967 ص 21 و 24.

(3) محمد سعفام و معوض مصطفى " الميراث في الشريعة الإسلامية " نشر دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الثانية سنة 1946 ص 109.

فإذا فقد، فيما تغلب فيه الهلكة وجب إنتظاره أربع سنين، منذ فقده، ثم تعتد زوجته و تقسم أمواله، بعد أن يقضي القاضي حكما بإعتباره ميتا، و إن فقد فيما تغلب فيها السلامة وجب إنتظاره إلى من يصير تسعين سنة(1).

أيضا إهتم الفقهاء بتوريث المفقود، رغم اختلافهم في مسألة ميراثه، من عدم ميراثه إذ وجدنا أن كل من المذهب الحنفي و الحنبلي يرى أن المفقود لا يرث مورثيه أثناء فقدانه، لأن حياة المفقود غير محققة، ذلك أن توريثه مع إحتمال موته يشكل ضررا للورثة.

على حسب رأيهم، فإن المفقود لا يرث ولا يورث أثناء فقدانه، أي أنه إذا مات أحد أقربائه أثناء مدة فقده، فإنه لا يورث حتى يحكم بموته أو بموته حقيقة، ذلك أن المفقود يعد ميتا من تاريخ فقده، لا من وقت الحكم بموته.

• بينما يرى المذهب الشافعي و الحنبلي على أن المفقود يرث من مات من مورثيه أثناء فقدانه، لأنه يعد ميتا، إلا من وقت الحكم، فهو قبل الحكم بموته حي، و له أحكام الأحياء سواء بالنسبة لأمواله، أو بالنسبة لغيره ممن يرثه(2).

و بناءا عليه، فمن مات مورثه أثناء فقده، فإنه يرثه، و تقسم التركة، على أساس أنه حي، و يدخل نصيبه الموروث في التركة عنه كسائر أمواله، إذا حكم القاضي بإعتباره ميتا (3).

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مطبعة جامعة القاهرة سنة 1987 ص 35 .

(2) محمد مصطفى شلبي " أحكام الوراثة بين الفقه و القانون " مطبعة صلاح الدين الاسكنداري سنة 1967 ص 21 و 24 .

(3) محمد سعفام و معوض مصطفى " الميراث في الشريعة الإسلامية " نشر دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الثانية سنة 1946 ص 109 .

فإذا فقد، فيما تغلب فيه الهلكة وجب إنتظاره أربع سنين، منذ فقده، ثم تعند زوجته و تقسم أمواله، بعد أن يقضي القاضي حكماً بإعتباره ميتاً، و إن فقد فيما تغلب فيها السلامة وجب إنتظاره إلى من يصير تسعين سنة(1).

أيضاً إهتم الفقهاء بتوريث المفقود، رغم اختلافهم في مسألة ميراثه، من عدم ميراثه إذ وجدنا أن كل من المذهب الحنفي و الحنبلي يرى أن المفقود لا يرث مورثيه أثناء فقدانه، لأن حياة المفقود غير محققة، ذلك أن توريثه مع احتمال موته يشكل ضرراً للورثة.

على حسب رأيهم، فإن المفقود لا يرث ولا يورث أثناء فقدانه، أي أنه إذا مات أحد أقربائه أثناء مدة فقده، فإنه لا يورث حتى يحكم بموته أو بموته حقيقة، ذلك أن المفقود يعد ميتاً من تاريخ فقده، لا من وقت الحكم بموته.

• بينما يرى المذهب الشافعي و الحنبلي على أن المفقود يرث من مات من مورثيه أثناء فقدانه، لأنه يعد ميتاً، إلا من وقت الحكم، فهو قبل الحكم بموته حي، و له أحكام الأحياء سواء بالنسبة لأمواله، أو بالنسبة لغيره ممن يرثه(2).

و بناء عليه، فمن مات مورثه أثناء فقده، فإنه يرثه، و تقسم التركة، على أساس أنه حي، و يدخل نصيبه الموروث في التركة عنه كسائر أمواله، إذا حكم القاضي بإعتباره ميتاً(3).

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مطبعة جامعة القاهرة سنة 1987 ص 35 .

(2) محمد مصطفى شلبي " أحكام الوراثة بين الفقه و القانون " مطبعة صلاح الدين الاسكنداري سنة 1967 ص 21 و 24 .

(3) محمد سعفام و معوض مصطفى " الميراث في الشريعة الإسلامية " نشر دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الثانية سنة 1946 ص 109 .

فإذا فقد، فيما تغلب فيه الهلكة وجب إنتظاره أربع سنين، منذ فقده، ثم تعدد زوجته و تقسم أمواله، بعد أن يقضي القاضي حكماً بإعتباره ميتاً، و إن فقد فيما تغلب فيها السلامة وجب إنتظاره إلى من يصير تسعين سنة(1).

أيضاً إهتم الفقهاء بتوريث المفقود، رغم اختلافهم في مسألة ميراثه، من عدم ميراثه إذ وجدنا أن كل من المذهب الحنفي و الحنبلي يرى أن المفقود لا يرث مورثيه أثناء فقدانه، لأن حياة المفقود غير محققة، ذلك أن توريثه مع إحتمال موته يشكل ضرراً للورثة.

على حسب رأيهم، فإن المفقود لا يرث ولا يورث أثناء فقدانه، أي أنه إذا مات أحد أقربائه أثناء مدة فقده، فإنه لا يورث حتى يحكم بموته أو بموته حقيقة، ذلك أن المفقود يعد ميتاً من تاريخ فقده، لا من وقت الحكم بموته.

• بينما يرى المذهب الشافعي و الحنبلي على أن المفقود يرث من مات من مورثيه أثناء فقدانه، لأنه يعد ميتاً، إلا من وقت الحكم، فهو قبل الحكم بموته حي، و له أحكام الأحياء سواء بالنسبة لأمواله، أو بالنسبة لغيره ممن يرثه(2).

و بناء عليه، فمن مات مورثه أثناء فقده، فإنه يرثه، و تقسم التركة، على أساس أنه حي، و يدخل نصيبه الموروث في التركة عنه كسائر أمواله، إذا حكم القاضي بإعتباره ميتاً (3).

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مطبعة جامعة القاهرة سنة 1987 ص 35 .

(2) محمد مصطفى شلبي " أحكام الوراثة بين الفقه و القانون " مطبعة صلاح الدين الاسكنداري سنة 1967 ص 21 و 24.

(3) محمد سعفام و معوض مصطفى " الميراث في الشريعة الإسلامية " نشر دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الثانية سنة 1946 ص 109.

فإذا فقد، فيما تغلب فيه الهلكة وجب إنتظاره أربع سنين، منذ فقده، ثم تعتد زوجته و تقسم أمواله، بعد أن يقضي القاضي حكماً بإعتباره ميتاً، و إن فقد فيما تغلب فيها السلامة وجب إنتظاره إلى من يصير تسعين سنة(1).

أيضاً إهتم الفقهاء بتوريث المفقود، رغم اختلافهم في مسألة ميراثه، من عدم ميراثه إذ وجدنا أن كل من المذهب الحنفي و الحنبلي يرى أن المفقود لا يرث مورثيه أثناء فقدانه، لأن حياة المفقود غير محققة، ذلك أن توريثه مع إحتمال موته يشكل ضرراً للورثة.

على حسب رأيهم، فإن المفقود لا يرث ولا يورث أثناء فقدانه، أي أنه إذا مات أحد أقربائه أثناء مدة فقدته، فإنه لا يورث حتى يحكم بموته أو بموته حقيقة، ذلك أن المفقود يعد ميتاً من تاريخ فقدته، لا من وقت الحكم بموته.

• بينما يرى المذهب الشافعي و الحنبلي على أن المفقود يرث من مات من مورثيه أثناء فقدانه، لأنه يعد ميتاً، إلا من وقت الحكم، فهو قبل الحكم بموته حي، و له أحكام الأحياء سواء بالنسبة لأمواله، أو بالنسبة لغيره ممن يرثه(2).

و بناءاً عليه، فمن مات مورثه أثناء فقدته، فإنه يرثه، و تقسم التركة، على أساس أنه حي، و يدخل نصيبه الموروث في التركة عنه كسائر أمواله، إذا حكم القاضي بإعتباره ميتاً (3).

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مطبعة جامعة القاهرة سنة 1987 ص 35 .

(2) محمد مصطفى شنبلي " أحكام النورثة بين الفقه و القانون " مطبعة صلاح الدين الاسكنداري سنة 1967 ص 21 و 24 .

(3) محمد سعفام و معوض مصطفى " الميراث في الشريعة الإسلامية " نشر دار الفكر العربي القاهرة الطبعة الثانية سنة 1946 ص 109 .

و إذا رجعنا إلى القانون الوضعي الجزائري، نجد القانون المدني الذي تناول هذا الموضوع، و فيه فرق بين "المفقود Disparu" و "الغائب l'absent" من خلال تطبيق المادة "31" منه، و التي أحالت أحكام الغائب و المفقود إلى قانون الأسرة بقولها: "تجري على المفقود و الغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".

إن المفقود بالنسبة للقانون الجزائري، هو ذلك الشخص الذي غاب عن وطنه فترة طويلة، و إنقطعت أخباره، فلا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا، لهذا لجأت التشريعات إلى إعتبار المفقود ميتا متى توفرت شروط النص الخاص به(1)، منها حكم المادة "109" من قانون الأسرة التي تنص ما يلي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا تعرف مكانه، و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

أما الغائب، فهو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بالواسطة لمدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر الغير فهو يعتبر كالمفقود (2)، هذا ما نصت عليه المادة "110" من قانون الأسرة بنصها كالآتي: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

(1) إسحاق إبراهيم منصور "تظريتا الحق و القانون و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية" الطبعة الثانية

ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1990 ص 219.

(2) إسحاق إبراهيم نفس المرجع ص 221.

إذن لا يمكن إعتبره مفقوداً، إلا بحكم قضائي Jugement، و على القاضي عندما يحكم بالفقد، أن يحصر أموال المفقود، حماية و حفاظاً على أملاكه من الضياع سواء من طرف ورثته أو الغير، هذا ما نصت عليه المادة "111" من قانون الأسرة بنصها ما يلي: " على القاضي عندما يحكم بالفقد، أن يحصر أموال المفقود، و أن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب، أو غيرها لتسير أموال المفقود و يتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون".

إن المادة "99" من هذا القانون تنص ما يلي: " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة" (1).

إن أول إجراء يبدأ به هو صدور حكم بإثبات فقده، و يعتبر الحكم بإثبات فقده منشأ لحالة جديدة خلافا للقاعدة التي تقضي بأن الأحكام كاشفة و مقررة لحالة موجودة من قبل، و يعين هذا الحكم تاريخ إثبات الفقد، و في هذه المرحلة يعد المفقود حياً بالنسبة للأمور التي تضره، إذا افترضنا موته، فلا يقسم ماله على ورثته وفقاً للمادة "115" من نفس القانون المذكور أعلاه، إذ تنص هذه المادة على ما يلي: "لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله، إلا بعد صدور الحكم بموته، و في حالة رجوعه أو ظهوره حياً، يسترجع ما بقي عينا من أمواله، أو قيمة ما بيع منها".

و بعد صدور الحكم بموت المفقود، و يكون ذلك إذا كان الشخص قد فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، كمن يفقد في حرب أو في حالة إستثنائية ككارثة أو حادثة، و لم يعثر على جثته و ذلك بمضي أربع سنوات على الفقد و بعد التحري، بكل الطرق الممكنة عن مصير المفقود (2).

(1) إسحاق إبراهيم منصور نفس المرجع السابق ص 165 و 166.

(2) محمد حسنين ' الوجيز في نظرية الحق بوجه عام' المؤسسة الوطنية للكتاب سنة 1985 ص 107.

أما إذا كان قد فقد في حالة تغلب فيها سلامة، كما لو أن شخص سافر لطلب العلم، ثم إنقطعت أخباره فيفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات، و يصدر الحكم بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة طبقاً للمادة "114" منه التي تنص: " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة أو النيابة العامة" (1).

و إذا حكم القاضي بإعتبار المفقود ميتاً، فإنه يعتبر ميتاً من تاريخ هذا الحكم، كما لو كان موته حقيقياً، فنقسم تركته بين وراثته الموجودين وقت الحكم، هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة "115" منه بنصها: "لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته".

أما إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته، إعتبر موته الحكمي كأنه لم يكن، فيسترد أمواله من الورثة، إذا كانت باقية عينا أو بقيمتها، إذا كانوا قد تصرفوا فيها، و يسترد نصيبه من التركة وفقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه بنصها: " و في حالة رجوعه أو ظهوره حياً، يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها" (2).

و في الأخير، يمكن القول أن الحماية المقررة شرعاً و قانوناً المتعلقة بموت المورث حكماً الخاصة بالمفقود، فإنه لا يجب التصرف في هذا المال أو توزيعه بين الورثة، إلا بعد إتباع الإجراءات اللازمة، و ذلك بانتظار عودة المفقود مدة معينة محددة بأربع سنوات، و في حالة عدم ظهوره و بعد فوات هذه المدة، فإنه يصدر من طرف القاضي حكماً بإعتباره ميتاً.

(1) محمد حسنين نفس المرجع السابق ص 109.

(2) أحمد إبراهيم بك "الموارث علماً و عملاً" نشر مكتبة عبد الله وهبة سنة 1942 ص 88.

أما إذا ظهر حيا، فإنه يمكنه إسترجاع كل ما لديه من أملاك، أو بمثل قيمتها إذا تصرف فيها الورثة.

الفرع الثالث: موت المورث تقديرا

الموت تقديرا هو ذلك الجنين الذي نزل ميتا من بطن أمه، إما أن يكون نزوله بغير جناية على أمه، و إما أن يكون بجناية، فإن كان نزوله ميتا بغير جناية و لا إعتداء على أمه، ففي هذه الحالة لا يرث و لا يورث باتفاق الفقهاء أما إن كان نزوله ميتا بسبب الجناية على أمه و الإعتداء عليها، ففيه وقع الخلاف بين المذاهب الأربعة (1) و هذا ما سنقوم بشرحه مبسطا:

- يرى المذهب الحنفي أن الجنين الذي ينزل ميتا من بطن أمه، بسبب الإعتداء عليها يرث و يورث، لأنه يحتمل أن يكون حيا قبل نزوله و الجناية على الأم التي أفقدته الحياة.
- بينما يتفق كل من المذهب الشافعي و الحنبلي و المالكي في أن الذي يورث عن الجنين هو الغرة فقط، و هو لا يرث و لا يورث سواها و بالتالي يجعلون إستحقاقه مقصورا على الغرة لا يتجاوزها، و في هذا الصدد يقول صلى الله عليه و سلم : "من قتل له قتيلا، فهو بخير الناظرين، إما أن يقتل و إما أن يفدي" (2).

(1) جمعه محمد براج: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية" دار الفكر للنشر و التوزيع عمان الطبعة الأولى سنة 1981 ص 163.

(2) محمد جمعه براج نفس المرجع السابق ص 165 و 166.

كما إختلف الفقهاء أيضا، فيما يتعلق بميراث الجنين، فمنهم من يرى أن الجنين إذا ولد حيا يرث و يورث كسائر الأحياء، مع توفر بعض الشروط الضرورية، نذكر منها شرطين هامين هما:

أولاً: التحقق من وجود الجنين في بطن الأم وقت موت مورثه، و الدليل على ذلك معرفة مدة الحمل، غير أنه وقع خلاف كبير بين جمهور الفقهاء في شأن هذه المدة، فهناك فئة منهم ترى أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أخذا بقوله تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا، حملته أمه كرها، ووضعته كرها و حملته و فصاله ثلاثون شهرا" (1). و قوله أيضا في هذا الشأن: "ووصينا الإنسان بوالديه، حملته أمه وهنا على وهن و فصاله في عامين" (2).

من خلال الآية الأولى، يتبين لنا أن مدة الحمل و الفطام هي ثلاثون شهرا بينما الآية الثانية، حددت مدة الفطام بعامين، أي ما يعادل أربعة و عشرون شهرا، و بذلك تكون أقل مدة للحمل هي ستة أشهر.

• كما ذهب المذهب الحنفي إلى ضرورة وجوب معرفة أكثر مدة الحمل و التي تكون في مدة سنتان.

• بينما يحدد المذهب الشافعي مدة الحمل بأربع سنوات (3).

ثانياً: يجب أن يولد الجنين حيا، و تعرف حياته بأن يستهل صراخا دليل على أنه حي يرزق.

(1) سورة الأحناف آية 15.

(2) سورة لقمان آية 14.

(3) عبد الغفار ابراهيم صالح 'أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي' مكتبة النهضة المصرية، القاهرة سنة 1987، ص 164.

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، فقد إشتراط في إستحقاق الميراث أن يكون الوارث حيا، أو يكون حملا أثناء توزيع التركة على الورثة، هذا ما نصت عليه المادة "128" منه على أنه: " يشترط الإستحقاق الإراث أن يكون الوارث حيا، أو حملا وقت إفتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإراث، و عدم وجود مانع من الإراث" (1).

و أكدت على ذلك المادة "135" من نفس القانون على تحقيق حياة الجنين حتى يمكنه أن يرث، و يتم ذلك إما بصراخه، أو علامة من العلامات التي تدل على حياته، و النص يقول: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا استهل صارخا، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

(1) منف رقم 185202 بتاريخ 17-3-1998- المجلة القضائية، العدد الأول سنة 1996 ص 115

لدلائدة يوسف نفس المرجع السابق.

المطلب الثاني

حكم تصرف الوارث في الحقوق المتعلقة بالتركة

تعتبر التركة من الشروط الأساسية في الميراث، التي تنتقل إلى الوارث، إلا بعد تحقق شرط الوفاة للمورث، فلولاها لما كان هناك توارث و نظرا لأهميتها، فلقد تطرق إليها معظم الفقهاء موضحين في ذلك ما يورث و ما لا يورث منها، و كذا الحقوق المتعلقة بها و ترتيبها على النحو الشرعي(1).

فالتركة هي كل ما تركه الشخص بعد وفاته من أموال التي تشمل كل الأموال العقارية و المنقولة، و لا خلاف بين الفقهاء في أنها تورث (2)، و يدخل ضمن موضوع التركة كل مال أو حق سواء كان منهما عقارا أو منقولا، حقوق عينة أو ديون شخصية أو على الشيوع أو حقوق إستغلال أو غيرهما من حقوق تكون بصفتها إيجابية على ذمة المورث (3).

لكن إذا نظرنا إلى وجهات النظر بالنسبة للفقهاء، فيما يتعلق بتعريف التركة، فيتبين أن المذهب الشافعي عرفها بأنها كل ما كان للإنسان حال حياته، و خلفه بعد مماته من مال أو حقوق أو اختصاص، و كذا كل ما دخل بعد موته في ملكه بسبب كان في حياته، لقوله صلى الله عليه و سلم: "من ترك مالا أو حقا فلورثته، و من ترك كلا أو عيالا فإلى".

-
- (1) محمد أبو زهرة " أحكام التركات و الموارث " دار الفكر العربي للنشر، سنة 1963 ص 170.
 - (2) محمد علي الصابوني " الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة " الطبعة الثالثة، سنة 1985 ص 32.
 - (3) بلخير سعيد، بلخير نصيرة ليلي " التركة، القسمة، بيع عقار المشارع المنشورات القانونية - الطبعة الأولى - سنة 1992 ص 13.

أما عن المذهب المالكي، فلقد عرفها بأنها حق يقبل التجزئة أي القسمة، تثبت لمستحقه بعد موته من كان ذلك له.

بينما يرى المذهب الحنبلي أن التركة هي المخلف عن الميت، و من خلال تبيان هذه التعاريف المختلفة، إلا أنه يمكننا القول أن التركة هي كل ما تركه الشخص بعد وفاته من أموال و حقوق مالية بغض النظر عن المستحق لها، وارثا كان أو غير وارث، فهي تشمل كل ما يتركه الميت تحقق الموت سواء كان مدينا أم لا (1).

كما تشمل التركة على الحقوق المتعلقة بها، التي تكون إما حقوقا للميت أو حقوقا عليه، و إما أن تكون لا للميت و لا عليه، فالذي للميت هو التجهيز، و الذي يكون عليه هو الدين، و الذي لا يكون للميت و لا عليه، إما أن يكون إختياري و يتمثل في الوصية و إما أن يكون إجباري و يتناول الميراث، فهذه الحقوق تحتمل الوجود و العدم، ما عدا حق التجهيز، فإنه لا بد أن يوجد في كل التركة، بل أنه يوجد و إن لم توجد التركة، فالحقوق هذه قد تجتمع كلها، و قد يوجد بعضها، و قد تنتفي كلها ما عدا عنصر التجهيز (2).

إن ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة تختلف من مذهب إلى آخر، إذ يقسمها المذهب الشافعي إلى خمسة و هي:

(1) الديون العينية

(2) التجهيز

(3) الديون المطلقة

(1) محمد يوسف مرسي " التركة و الميراث في الإسلام " دار المعرفة للطبع - الطبعة الثانية - القاهرة، سنة 1967 ص 37.

(2) محمد مصطفى الشنبي - نفس المرجع السابق - ص 28.

(4) الوصايا

(5) حق الإرث (1).

و يرى المذهبين الحنفي و الحنبلي أن تقسيمها يعود إلى أربعة هي:

(1) التجهيز

(2) قضاء الديون

(3) تنفيذ الوصايا

(4) حق الورثة

هذا هو الرأي المستقر عليه فيما يتعلق بتقسيم الحقوق المتعلقة بالتركة

الخاصة بالمورث (2).

و مما ينبغي ملاحظته أن حق التجهيز و سداد الديون لا يكون أداهما إلا من الأموال، و أن تنفيذ الوصايا يكون مما وقعت به الوصية الصحيحة، مالا كان أو حقا أو منفعة أو غير ذلك مما تصح به الوصايا، أما حق الإرث فهو خلافة يحل فيها الوارث محل المورث دون أن يكون لإختيارهما دخل فيه، فالميراث إجباري، يحل فيه المالك الجديد محل المالك القديم (3).

و عليه يسحق من التركة قبل إرث الورثة، ما يكفي لتجهيز الميت و ما تلزمه نفقته، و تسديد ديون الميت، و ما أوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية (4).

-
- (1) سمير عالية "علم القانون و الفقه الإسلامي" نظرية القانون و المعاملات الشرعية" دراسة مقارنة -المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع الطبعة الثالثة، سنة 1996 ص 215.
 - (2) محمد أبو زهرة "تنظيم الإسلام للمجتمع" دار الفكر العربي، القاهرة، ص 18.
 - (3) محمد حسنين الكشكي "الميراث المقارن" -الطبعة الثانية- القاهرة، سنة 1963 ص 120.
 - (4) عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني" أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، سنة 1967 ص 78 و 80.

و هذا تطبيقاً لما نصت عليه المادة "180" من قانون الأسرة التي تنص

ما يلي: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

(1) مصاريف التجهيز، و الدفن بالقدر المشروع

(2) الديون الثابتة في ذمة المتوفى

(3) الوصية ... "

على هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية:

• الفرع الأول: يتناول تجهيز الميت (المورث)

• الفرع الثاني: يشمل تسديد ديون المورث

• الفرع الثالث: يتضمن تنفيذ وصية المورث

الفرع الأول: مصاريف الدفن و التجهيز

إن التجهيز هو أول حق يبدأ بإخراجه من التركة، فهو مقدم على جميع حقوق الورثة، ذلك أن حاجات الميت (المورث) ضرورية و مقدمة على كل دين مهما كان نوعه، من حين وفاته إلى أن يتم دفنه (1).

من المقرر أنه لا حق للورثة و الموصى له في التركة إلا بعد التكفل بالمورث المتوفى، لأنه بحاجة إلى ماله، التي تشمل نفقات غسله و تكفينه و حملته و دفنه مراعاة لما جاء به الشرع الإسلامي، بغير مغالاة و لا إسراف، ذلك ما إتفق عليه جمهور الفقهاء على أن ما زاد عن حاجة الميت في تجهيزه شرعاً، لا يكون إلا برضى الورثة و موافقتهم على ذلك.

(1) المجلة القضائية -العدل الأول سنة 1995- عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ص 80.

كما أن أحكام التجهيز في ضوء الإسلام تختلف باختلاف إذا كان المورث معسرا أو موسرا، كذلك اختلفوا فيما إذا كان الميت ذكرا أو أنثى (1).

الفرع الثاني: الديون الثابتة في ذمة المورث

الدين هو ما وجب في الذمة عوضا عن حق آخر، على سبيل المقايضة و المعارضة (2) لقوله تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين" (3) فيتضح من ظاهر هذه الآية على أن الوصية مقدمة على الدين، مع أن الأمر هو العكس، أي أن الدين مقدم على الوصية، إذ تقضى الديون للميت، ثم تنفذ وصيته، و هذا ما جاء به الرسول صلى الله عليه و سلم حين قال: "إنكم لتقرءون هذه الآية من بعد وصية" بمعنى أن عليه الصلاة و السلام قضى بالدين قبل الوصية، و الحكمة من هذا التقديم، هو أن الدين ثابت في ذمة المدين قبل الوفاة و بعدها، فالدائن له الحق في مطالبة الورثة حتى يدفعون له حقه (4).

بهذا لا يمكن للتركة أن تقسم بين الورثة، حتى تسدد الديون على الميت لقوله صلى الله عليه و سلم: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه".

و الديون حسب الشريعة الإسلامية نوعان إما أن تكون:

- 1- ديون لله تعالى التي تتمثل في دين الزكاة و الكفارات ... الخ، و هي ليست مطالب بها من طرف العباد، إلا إذا أوصى بها الميت قبل ذلك، حينئذ تنفذ مع الوصايا في حدود الثلث.

(1) المجلة القضائية نفس المرجع السابق ص 82.

(2) جمعه محمد براج - نفس المرجع السابق - ص 100.

(3) راجع سورة النساء آية 11.

(4) محمد يوسف يونس - نفس المرجع المذكور - ص 87.

2- ديون العباد و يكون مطالب بها من طرف العباد، و تتعلق إما بديون عينية أو ديون مطلقة (1).

لقد اختلف الفقهاء في ترتيب الديون و تقديمها عن بعضها البعض، فمنهم من يرى أنه من الضروري تقديم ديون العباد، و هذا ما نادى به المذهب الشافعي لقوله تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين" (2). هذه الآية الكريمة المذكورة حسب حجة النظر الشافعية، فإنها جاءت بصفة عامة، إذ أنها تشمل على جميع الديون، سواء كانت ديون لله تعالى، أو كانت ديون للعباد، ذلك لقول الرسول صلى الله عليه و سلم: "فدين الله أحق أن يقضى، إقتضوا لله فهو أحق بالوفاء" (3).

و منهم رأي آخر، على رأسهم المذهب المالكي الذي يجعل ضرورة تقديم ديون العباد على ديون الله.

بينما يرى المذهب الحنبلي أنه يمكن قضاء ديون الله تعالى و ديون العباد على السواء، و هذا من غير الممكن (4).

بالنسبة للقانون الجزائري، فإذا رجعنا إلى قانون الأسرة، نلاحظ أنه ذكر الديون الثابتة في ذمة المتوفى من خلال المادة "180" منه، لكنه لم ينص صراحة على ترتيب الدين، و كيفية أدائها من التركة، لقد كان القانون المدني الجزائري سابقا - بحق - حين نص في أولى مواده على اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر أصيل يجب على القاضي الرجوع إليه، إذا لم يوجد نصا

(1) LOUIS MILLIOT "Introduction à l'étude du droit musulman" Recueil srey 1953 page 304.

(2) سورة النساء آية 11.

(3) محمد جواد مغنية "الوصايا و الموارث على المذاهب الخمسة" بيروت ص 18.

(4) محمد جواد مغنية نفس المرجع السابق ص 19 و 20.

تشريعيا في نطاق القانون المدني، و الدين في أمس الحاجة إلى أن تضبط أحكامه بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضي بمبدأ "الأ تركة إلا بعد سداد الديون".

في هذا الصدد ثارت عدة خلافات حول مسألة إنتقال التركة من المورث إلى الوارث وهي محملة بالدين، فهناك من يرى أنه يمكن إنتقالها وهي مستغرقة بالدين، وهناك من يرى العكس، وللتوضيح في هذا الشأن سنتطرق لبعض المذاهب نذكر منها:

- يرى المذهب المالكي أن التركة إذا كانت مستغرقة بالدين أم غير مستغرقة، فلا تنتقل أعيانها فور الوفاة إلى الورثة، وإنما يتحقق هذا الإنتقال بعد سداد الديون، فإذا كانت التركة بها ديون، فلا ينتقل شيء منها إلى الورثة، أما إذا كانت غير مديونة، فإنها تنتقل إليهم. إن الذمة حسب المالكي لا تبقى بعد الموت، لأنها صفة من صفات الحياة، تزول بزوالها، ذلك أن الدين يتعلق بالتركة ذاتها لا بذمة المتوفى (1).

و إذا ذهبنا إلى كل من المذهب الشافعي و الحنبلي نجدهما جعلاً أن الدين لا يمنع من إنتقال أعيان التركة و أموالها إلى الورثة، سواء كانت التركة مثقلة بالدين أم لم تكن مثقلة به، و ذلك لقوله صلى الله عليه و سلم: "من ترك حقا أو مالا، فلورثته". و مقتضى هذا الحديث الشريف أنه أعطى لكل متوفى و ترك مالا أو حقا كان ملكه بعد الوفاة ملكا لورثته، و منه لا يعتبر الدين مانعا للورثة الذين لهم حق في تملك التركة من وقت وفاة المورث (2)، و إنما منعا لكل نزاع يشوب بين الورثة و الدائنين، و في نفس الوقت يعد بمثابة صيانة أملاك المورث و ما عليها من حقوق.

(1) بدران أبو العينين بدران "الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون الإسكندرية سنة 1975 ص 128.

(2) رمضان أبو السعود "الوسيط في الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني" الجزء الأول -الدار الجامعية للطباعة و النشر ص 180.

دون أن ننسى المذهب الحنفي الذي فرق بين التركة المثقلة بالدين، و التركة غير مثقلة بالدين، فإذا كانت التركة مستغرقة بالدين، فهي كلها مشغولة بحق لمورث، فلا تنتقل بل تبقى على حكم ملكه لبقاء ذمته ببقاء حاجته في ماله، أما إذا كانت غير مستغرقة بالدين، فإنها أيضا لا تنتقل إلى الورثة(1).

حتى بالنسبة لمسألة وقت إنتقال التركة إلى الورثة، فلم تلتزم المذاهب الفقهية نفس المنهج لتقرير حكم تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد ديونها.

فحسب المالكية فإن التركة التي عليها دين، لا يجوز التصرف فيها، و لا تجوز قسمتها، أيضا قرر الشافعية عدم جواز التصرف الصادر من الورثة في أعيان التركة، و ذلك تطبيقا للقاعدة المقررة في هذا المذهب التي تجعل أن العين التي تعلق بها حق الغير، لا يجوز التصرف فيها، إلا إذا كان لأجل سداد الديون، بينما الحنابلة فلقد أجاز قسمة التركة و التصرف فيها حتى ولو كانت مثقلة بالدين (2).

أما عن الحنفية، فإنه بين عدم جواز التصرف في الحقوق المتعلقة بالتركة إذا كانت مثقلة بالدين، إلا في الأحوال التالية:

- أولا: أن يطلب القاضي بيع التركة كلها أو بعضها لسداد الديون، فيجوز البيع في هذه الحالة.
- ثانيا: أن يتفق الدائنون و الورثة على البيع و سداد الدين.

(1) محمد مصطفى شلبي: 'المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي و قواعد الملكية و العقود فيه' دار

النهضة العربية بيروت، سنة 1969 ص 340.

(2) رمضان أبو السعود نفس المرجع السابق ص 58.

• ثالثاً: أن يستخلص الورثة التركة إما بقضاء الديون، فيجيز الدائنون على قبوله، أما إذا كانت التركة غير مثقلة بالدين، فتجوز القسمة و يخصص للديون جزء من التركة توفى منه، و يقسم الباقي على الورثة و الموصى له (1).

أما عن حكم القانون من هذه الزاوية، فإننا إذا رجعنا إلى أحكام القانون المدني الجزائري، نجد أن المادة "774" منه تنص ما يلي: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة، و تحديد أنصبتهم في الميراث، و على إنتقال أموال التركة". حتى بالنسبة لقانون الأسرة في قسم الموارث، فإنه قضى في مادته "127" على أن: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

فهل قرر المشرع في هذا النص الأخذ بمذهب معين من المذاهب الأربعة المذكورة سابقا في ما يتعلق بموضوع وقت إنتقال التركة إلى الورثة خاصة إذا كانت التركة مثقلة بالدين، هذا ما لم نراه واضحا في القانون الجزائري، مما يستدعي الأمر الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي.

و ما يمكن إستخلاصه في القاعدة التي تقضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون، فإن تطبيقها يؤدي حتما إلى حماية تركة المورث من التصرفات الغير الشرعية التي يقوم بها الوارث، و عدم إمكانية دائنيه التنفيذ عليها قبل إستيفاء دائني المورث حقوقهم منها، هذا ما جعل معظم فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على بطلان تصرف الوارث في أموال التركة، قبل سداد ديونها بصفة عامة و يقررون تفضيل دائني المورث على دائني الوارث في إستيفاء حقوقهم من أموال التركة (2).

(1) محمد طه البشير "الحقوق العينية" القسم الأول بغداد، سنة 1986 ص 58 و 60.

(2) محمد أبو زهرة " أحكام التركات و الموارث" نشر دار الفكر العربي، سنة 1963 ص 68.

الفرع الثالث: تنفيذ الوصية

الوصية مفهوم قانوني و شرعي محدد ، يجعل لها نطاق خاصا بها، فقد اختلف الفقهاء اختلفا بينا بصدد تعريف الوصية، فمنهم من سماها عهدا خاصا، و منهم من جعلها تملিকা تبرعيا، لكن بعضهم اعتبرها هبة، و البعض الآخر قال أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع و منها أثبتت الوصية في كتاب الله العظيم لقوله تعالى: "كتب عليكم، إذ حضر أحدكم الموت، إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا المتقين" (1) و قوله أيضا: "من بعد وصية يوصى بها أو دين" (2).

إذا، معنى هذه الآيات القرآنية و غيرها من الآيات الكريمة المذكورة في كتاب الله الكريم تدل دلالة قاطعة على مشروعية الوصية.

و عن سنة الرسول صلى الله عليه و سلم عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: قال النبي عليه الصلاة و السلام: "إن لله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم". فالحديث الشريف يدل أيضا على مشروعية الوصية بالتثالث، الذي يكون من حق المورث، إذ يعتبر ثلث المال الذي يوصى به الميت عند وفاته أو قبل ذلك بمثابة صدقة (3) أيضا في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم حين قال: "إن لله قد قسم لكل إنسان نصيبه في الميراث فلا يجوز لوارث وصية". كما قرر بقوله: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث". (4)

(1) سورة البقرة آية 180.

(2) سورة النساء آية 11.

(3) محمد أبو زهرة نفس المرجع ص 70 و 71.

(4) الصديق محمد الأمين الضرير "الميراث في الشريعة الإسلامية" المطبعة الكمانية، الطبعة الأولى،

القاهرة، سنة 1964 ص 39.

لقد جاء على ذكر هذه النصوص النبوية الشريفة، لكي تحرم وصية الوارث، مع أن هذا التحريم مقيد بجواز الورثة الباقية، فإن لم يجيزوها بطلت و إن أجازها نفذت.

و فيها اختلفت آراء الفقهاء و تعددت في شأن وصية الوارث، و في هذا الصدد وجدنا رأي المالكية يؤكد في أحد أقواله على أن الوصية للوارث باطلة و الوصية لغير الوارث باطلة فيما إذا زاد عن الثلث، بينما ذهب جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة إلى القول أن صحة الوصية لغير الوارث و نفاذها في حدود الثلث، بلا حاجة إلى إجازة الورثة، أما ما يزيد عن الثلث، فهناك رأي يقول بأن الوصية تكون فيه متوقفة على إجازة الورثة، و رأي آخر يقضي بالبطلان (1).

عليه نستطيع القول، أنه إذا كان الموصى له أجنبيا على الميت أي لا يعتبر وارثا له فإن الوصية تنفذ بما أوصى، و لا تتوقف على إجازة أحد أما إذا كان ما أوصى له الميت وارثا بالفعل فلا تنفذ، بل تتوقف على إجازة الورثة كلهم، و إذا كانت الوصية بما زاد على ثلث ما بقي من التركة بعد تحقيق الحقيين، فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة سواء كان الموصى له أجنبيا أو وارثا (2).

لكن إذا كان المورث (الموصى) لا دين عليه و لا وارث، نفذت وصيته بكل ماله أو بعضه من غير توقف على الإجازة (3).

(1) زهدور محمد ' الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ' المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1991 ص 56.

(2) أحمد إبراهيم ' التركة و الحقوق المتعلقة بها ' سنة 1987 ص 203.

(3) رضوان الشافعي المتعافي ' الموارث في الشريعة و القانون ' المطبعة السنلفية، القاهرة، سنة 1995 ص 53.

بالنسبة لإحتساب التركة لمعرفة أن الموصى به يزيد عن الثلث أو لا يزيد، يكون ذلك يوم تنفيذ الوصية لا يوم الموت، لقوله صلى الله عليه و سلم لسعد بن أبي وقاص: "الثلث و الثلث كثير، إنك إن تذر ورتكك أغنياء، خير من أن تذرهم عائلة يتكففون الناس".(1)

دون أن ننسى، أنه في حالة إذا كان ثلث الباقي يتسع لجميع الوصايا نفذت كلها، و إن ضاق عنها و لم يجزه الورثة، فإنه يقسم الثلث على أصحاب الوصايا بالنسبة لوصاياهم، لقوله صلى الله عليه و سلم: "إن الله تصدق عليكم وفاتكم بثلاث أموالكم، زيادة في أعمالكم"(2).

كما نص المشرع الجزائري على الوصايا - بإعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية- في القانون المدني من المادة "775" إلى المادة "777" منه، ففي أولى هذه المواد تنص على: " أنه تسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية، و النصوص القانونية المتعلقة به " فهي بمثابة تصرف قانوني صادر من جانب واحد، تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية من عدة جوانب، منها ما يعرف على أنها تصرف يضاف إلى ما بعد الموت (3) فلقد أدرجت ضمن قانون الأسرة من خلال تطبيق المادة "184" منه، التي نصت على أن: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ".(4)

(1) أحمد إبراهيم نفس المرجع السابق ص 205.

(2) محمد أبو زهرة " أحكام التركات و الموارث " المرجع السابق ص 270 - 271.

(3) زهدور محمد نفس المرجع السابق ص 37.

(4) أنظر ملف رقم 116375 بتاريخ 1995/05/02 -السجلة القضائية الأولى، سنة 1996 ص 108

لدلالة يوسف نفس المرجع السابق.

ثم جاءت المادة "185" من نفس القانون المذكور أعلاه أنها حددت الجزء الموصى به من التركة و المتمثل في الثلث، و ما زاد عن هذا الحد، فإنه يتوقف على إجازة الورثة، و هذا نصها ما يلي: " تكون الوصية في حدود الثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ". (1)

أيضا تطرق هذا القانون للقاعدة التي تقضي بأنه "لا وصية لوارث" فمن خلال نص المادة "189" المذكور أعلاه فإنها تنص على ما يلي: "لا وصية لوارث، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى".

إذا رجعنا إلى القانون المدني، فإننا نلاحظ أنه تعرض لمسألة تصرف الوارث مع الإحتفاظ بالإنتفاع و الحيازة، إذ أنه يعتبر التصرف وصية تجري عليه أحكامها، فإذا تصرف شخص لأحد ورثته و يستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل مخالف لذلك، هذا ما أورده المادة "777" من هذا القانون، على أن أي تصرف يقع من شخص في حالة صحته لا في مرضه، يعتبر دائما وصية أيا كانت تسميته التي أطلقت عليها، طالما إحتفظ المتصرف لنفسه بشيئين هما:

- 1- حيازة الشيء المتصرف فيه من جهة.
- 2- الإنتفاع بالشيء مدة حياته من جهة أخرى (2).

(1) ملف رقم 75598 بتاريخ 24-02-1991- المجلة القضائية الثانية، سنة 1993 ص 62 لالاندة يوسف نفس المرجع السابق.

(2) محمد زهدور المرجع السابق ص 44.

و متى تبين مما تقدم، فإنه يمكن القول بأن ثمة شروط ثلاثة ينبغي توفرها في التصرف مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع حتى تعتبر وصية و هذه الشروط هي:

- أولاً: أن يتم التصرف لوأرث، أي أن يكون الشخص الذي قام به المتصرف بالتصرف إليه، ممن يرثون المتصرف، و ينظر في ثبوت هذه الصفة إلى وقت وفاة المورث، كما هو الشأن بالنسبة للوصية.
- ثانياً: أن يحتفظ المتصرف لنفسه بحيازة العين التي تصرف فيها أن يحتفظ المتصرف بحقه في الإنتفاع بالعين طوال حياته (1).

بالإضافة إلى إلحاق القانون المدني بالوصية تصرف قانوني آخر يتمثل في التصرف الصادر من مرض الموت، و يكون مقصوداً به التبرع، فإنه يعتبره القانون وصية مستترة، و تسري عليه أحكام الوصية، فمثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباراه وصية، في حدود الثلث، و لا ينفذ فيما عدا ذلك إلا إذا أجازوه الورثة، لأن الوصية تأخذ حكمها مهما حاول المورث سترها بإعطاءها أي إسم آخر و وصفها في صورة تصرف منجز حال الحياة(2) هذا ما إستشفناه من خلال الفقرة الأولى من المادة "776" من نفس القانون بنصها ما يلي: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف ."

(1) أحمد إبراهيم الرجح المذكور ص 255.

(2) دغوش رشاد عبد الرحمن " حق الملكية و القيود القانونية و الإتفاقية التي ترد عليه في القانون

المدني الجزائري " بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر

ص 96.

و يقصد بسريان أحكام الوصية تطبيق أحكامها بعد وفاة المريض و مؤدى هذا النص أن تبرعات المريض تأخذ حكم الوصية فيما يتعلق بعدم نفاذها في حق الورثة فيما زاد على الثلث التركة، إذا كانت لغير الوارث، أما إذا كانت لوارث فإنها تتوقف كلها على إقرار الورثة (1) فلولا هذا التقييد في مجال الوصية لتلاشت هذه الحقوق، لما أثبتته الحديث الشريف بقوله: "أن الله تبارك و تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم، فضعه حيث شئتم". (2)

و أخيرا نستخلص مما تقدم شرحه، أن التركة و ما عليها من حقوق لا يجوز للوارث أن يتصرف فيها و يوزعها بين الورثة إلا بعد تجهيز المورث و تسديد الديون إن كانت عليه، و تنفيذ وصاياه إن أوصى بها، ذلك من أجل حماية حقوق المورث حتى بعد وفاته.

(1) رشاد السيد إبراهيم عامر " تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنتا بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى " بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر سنة 1989 ص 35.

(2) محمد زكريا البرديسي " الميراث " الناشر دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1963 ص 15.

المبحث الثاني

أحكام التصرف في التركة التي لا وارث لها

لقد تطرق كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، لمسألة المورث الذي يتوفى، و يترك من بعده مالا، و لا يوجد من يخلفه في تركته الموروثة، ففي هذه الحالة تعرضنا للإجراءات اللازمة التي يجب إتباعها في ظل القانون و الإسلام من أجل حماية ملكية المورث من التلف و الضياع و النهب و الإستغلال غير الشرعي.

و لتوضيح أكثر إستوجب الأمر تقسيم هذا العمل إلى نقطتين مهمتين هما:

- **النقطة الأولى:** تتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية و موقفها في التركة التي لا وارث لها، خصصت في (المطلب الأول).
- **النقطة الثانية:** تضمنت نفس المسألة، لكن في إطار القانون الوضعي، أدرجت في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التركة لبيت المال حسب الشريعة الإسلامية

إهتمت الشريعة الإسلامية بهذا الموضوع إهتماما بالغا، من أجل صيانة تركة المورث، فمن مات من المسلمين و لم يخلف وارثا، و ترك شيئا من المال إنتقلت ملكيته لبيت مال المسلمين، الذي يقوم مقام الوارث، و الذي يلعب دور المحافظ على هذه التركة، و فيها إختلف معظم الفقهاء بهذا الشأن، فمنهم جمهور الفقهاء الذي يرى أنه من مات و لم يترك وارثا، و ترك مالا موروثا فإنه يوضع في بيت المسلمين، يرثونه بالعصوبة، لأنه لا عصبه له غيرهم(1).

(1) جمعة محمد محمد براج - نفس المرجع السابق - ص 195.

أيضا ذهب المذهب الحنفي إلى إعتبار بيت مال المسلمين لا يكون وارثا أصليا، ذلك أن وضع مال المتوفى الذي لم يخلف وارثا إطلاقا في هذا البيت فإنه مما تقتضيه المصلحة العامة للأمة، لا على سبيل أنه ميراث لبيت المال(1).

حتى بالنسبة للمذهب الشافعي فإنه يجعل كل من ترك مالا و لم يترك وارثا، فإن أمواله توضع في بيت المال على سبيل المصلحة العامة و المنفعة للجميع لا على سبيل الميراث (2).

بينما يؤكد المذهب المالكي على أن بيت المسلمين هو الذي يكون وارثا بكل حال من الأحوال، سواء كان منتظما أم لم يكن، فالإنتظام حسب هذا الرأي الخاص ببيت المال هو أن يكون القائم عليه يتصرف في المال بطريقة شرعية و عادلة.(3)

يستفاد من هذه المذاهب المذكورة أعلاه، أن المال الذي لا وارث له و لا مستحق له بالوصية، فإنه يوضع في هذا البيت، على خلاف الحنفية و الحنابلة و من وافقهم من الشافعية يقولون أنه يوضع من باب رعاية المصلحة، بحيث يمكنه التصرف في هذه التركة كأنه يتصرف في أموال المصالح العامة (4).

على عكس المالكية التي تقرر أنه يوضع في بيت المال، لأنه المستحق الوحيد للورثة، كما يستحقه أقارب الميت، و بهذا بيت مال المسلمين وارث من

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح - نفس المرجع المذكور سابقا- ص 35.

(2) أحمد محمود الشافعي - نفس المرجع السابق- ص 13

(3) أحمد محمود الشافعي - نفس المرجع المذكور أعلاه- ص 14 و 15.

(4) وهبة الزحيلي " الفقه الإسلامي و أدلته " الجزء الخامس، دار الفكر - الطبعة الثانية- سنة 1985 ص 260.

لا وارث له، لما روى عنه أنه صلى الله عليه و سلم قال: "من ترك مالا فلورثته، و أنا وارث من لا وارث له".(1)

هذا دليل قاطع على حجية الموارث و صحتها في ظل الشريعة الإسلامية من أجل حماية ملكية المورث بعد وفاته الذي لا وارث له، ففي هذه الحالة تودع إلى بيت المال الذي يعتبر الوارث الوحيد و المتصرف فيه للمصلحة العامة.

المطلب الثاني

الدولة محل الوارث حسب القانون

القانون المدني الجزائري يعتبر الميراث على أنه سبب من أسباب كسب الملكية المنصوص عليه في الفصل الثاني "طرق إكتساب الملكية" من القسم الأول "الإستلاء والتركة" من خلال تطبيق المادة "773" من هذا القانون التي تنص مايلي: تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليست لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذي تركتهم".معنى نص هذه المادة أن الدولة تصبح وارثة، في حالة وجود أملاك شاغرة التي لا مالك لها، أو يكون مالکها مجهول وغير معروف، والحالة الأخرى تتمثل في وجود أملاك المورث الذي توفي وليس له من يرث أملاكه بالإضافة إلى التركة المتروكة والمهملة التي لا وراث لها(2).

هذا ما جعل المادة "48" من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر سنة 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية التي كرس نفس المبدأ

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح - نفس المرجع السابق - ص 36.

(2) منذر عبد الحسن الفضل ' الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ' ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 06.

عليه في الباب الثاني تحت عنوان: "تكوين الأملاك الوطنية" من الفصل الثالث: "تكوين الأملاك الوطنية الخاصة" في القسم الثالث: "الأملاك الشاغرة و الأملاك التي لا صاحب لها".

هذه المادة المذكورة أعلاه تنص على ما يلي: "الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها ملك للدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني". نفس الشيء بالنسبة لنص المادة "51" من القانون المذكور أعلاه التي تنص على أنه: "إذا لم يكن للعقار مالك معروف، أو توفي مالكه دون أن يترك وارثا، يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الجهات القضائية المختصة، بحكم يصرح بانعدام الوارث... ويتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة، ويترتب على الحكم، بعد أن يصبح نهائيا، تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني".

أيضا في حالة التخلي عن أملاك التركية من طرف المورث، فإنه يحق للدولة أن تدرج الأملاك المتخلي عنها من المورث ضمن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة، هذا ما نصت عليه المادة "53" من نفس القانون على أنه: "إذا وقع التخلي عن الحقوق العينية في الملكية الموروثة، بعد فتح التركية، يحق للدولة أن تطلب من القاضي المختص في الدعاوي المدنية، بعد التحقيق القضائي، أن يثبت التخلي الذي يترتب عليه تطبيق الإجراءات الخاصة بالحراسة القضائية، ويتم حينئذ تطبيق إجراء تسليم أموال التركية وفق المادة 51 أعلاه.

وتدرج الأملاك الموضوعة تحت الحراسة القضائية في الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة"⁽¹⁾.

(1) عبد الناصر توفيق العطار "شرح أحكام حق الملكية" توزيع دار الفكر العربي، ص 32.

إلى جانب ذلك، صدور المرسوم التطبيقي تحت رقم 91-454 المؤرخ في 16 جمادى الأولى عام 1412هـ الموافق لـ 23 نوفمبر سنة 1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفايات ذلك.

هذا المرسوم التنفيذي، فإنه يحدد الإجراءات القانونية المتعلقة بالتركات الشاغرة التابعة للدولة والمنصوص عليها من المادة "88" إلى "94" منه. فأول إجراء يبدأ به تتمثل في مهمة الموثق الذي يلعب دور كبير في كل هذه الإجراءات، ذلك لاعتباره مسؤولاً عن هذه التصرفات كلها، ولهذا السبب يجب عليه إخبار الوالي الذي يعتبر ممثلاً للدولة كلما كانت هذه الأخيرة معينة بتصفية هذه التركة أو بقسمتها، فيقوم الوالي بمتابعة مكان فتح التركة، كما يجب عليه أن يعلم وزير المالية، فهو بدوره إما أن يقبل أو يرفض، ذلك بعد استشارة المجلس الشعبي الولائي.

وفي نهاية الإجراء يطلب الوالي أمام الجهة القضائية المختصة التي توجد فيها أملاك التركة الشاغرة التي تكون بإسم الدولة والتي لها حق في تلك الأملاك التي لا وارث لها، هذا ما حددته المادة "90" من نفس المرسوم المذكور أعلاه، التي تجعل لمالك العقار الذي توفي ولم يترك وارثاً له يخلفه في تركته، ففي هذه الحالة يحق للدولة المطالبة أمام الهيئات القضائية المختصة بواسطة السلطات العمومية المتمثلة في الموثق والوالي ووزير المالية، وفيه يصدر الحكم من القاضي بانعدام الوارث حسب الشروط السارية على الدعاوي العقارية، لكن لا يتم ذلك إلا بعد القيام بالتحقيق، من أجل التحري والبحث على الملاك المحتملين (الورثة)، فإذا أصبح الحكم نهائياً طبق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد "827" إلى "829" من القانون المدني (1).

(1) عبد المنعم فرج الصده، "حق الملكية" الطبعة الثالثة، القاهرة، سنة 1967، ص 85.

وفي حالة إنقضاء الأجل المقررة قانوناً، حسب الحكم الذي صرح فيه بإنعدام الوارث، هنا يمكن للقاضي أن يعلن شغور تركه الأملاك العقارية التي تركها المالك، بعدها يأتي التصريح بتسليم أموال التركة كلها إلى ملكية الدولة وتقوم إدارة الأملاك الوطنية بتثبيت وتحويل العقار الخاص بالدولة وتدمج في الأملاك الخاصة بالدولة (1).

أما في حالة تنازل الوارث عن أملاكه، أثناء فتح التركة، أمام الموثق عن حصته للدولة، تطبق أحكام المادتين "84" و "85" السابقتين من المرسوم التطبيقي، وعليه تدمج الأملاك المتنازل عنها من طرف المورث في الأملاك الخاصة بالدولة (2).

أما عن الأملاك العقارية المملوكة على الشيوع، تطبق عليها الأحكام الواردة في المادة "722" من القانون المدني، والمادتان "97" و "98" من القانون 30-90 المتضمن لقانون الملاك الوطنية، وكذا المواد من "39" إلى "44" من المرسوم التطبيقي المذكور سابقاً.

حتى بالنسبة للعقار الذي يكون مملوكاً لشخص مفقود أو غائب، يمكن للدولة أن تحل محل الوارث في حالة فقدته أو غيابه، هذا ما نصت عليه المادة "92" من نفس المرسوم التطبيقي على ما يلي: "يمكن للدولة، حين يكون العقار ملكاً لشخص مفقود أو غائب، حسب مفهوم المواد 31 من القانون المدني و 109 و 110 من قانون الأسرة، أن ترفع دعوى أمام القاضي ليحكم بفقد

(1) طه البشير "الحقوق العينية" القسم الأول - جامعة بغداد، سنة 1986 ص 101.

(2) صالح ججيك "الميراث في القانون الجزائري" الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2002 ص 25.

الشخص أو غيابه، وتتخذ التدابير المقررة في المادة 111 من القانون رقم 48-11 المؤرخ في 9 جويلية سنة 1984 المذكور أعلاه.

ويمكن للدولة، عقب إنقضاء آجال التحري والإنتظار، التي يحددها القاضي طبقا للقانون، أن تطلب منه إصدار حكم يثبت موت المفقود، وحينئذ تفتح التركة طبقا للتشريع المعمول به مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون، في حالة ما إذا رجع المفقود أو ظهر حيا.

تعود التركة إلى الخزينة العمومية، طبقا للمادة 180 من قانون الأسرة، إذا لم يترك المفقود ورثة بالفرض أو النصاب أو ذوي الأرحام⁽¹⁾.

إن نص هذه المادة يحدد الشروط التي يجب أن تتبعها الدولة في حالة وجود مفقود أو غائب، كان مالكا لعقار، ولم يكن له ورثة أو ذوي الأرحام، فإنها تخلف هذا العقار الموروث، وبالتالي يجب إتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها من خلال تطبيق المادة "92" منه.

على إثر ذكر هذه الإجراءات المنصوص عليها قانونا، نستخلص أن المرسوم التطبيقي قد حدد شروط وإجراءات تطبيقية على الأملاك العقارية التي ليس لها وارث، فإنها بموجب الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المواد المذكورة سائفا، يمكن إدماجها ضمن الأملاك الخاصة بالدولة، فمن الناحية النظرية الأمور واضحة، غير أن تطبيقها في الواقع صعب ومستحيل في نفس الوقت، لأن هناك العديد من الأملاك العقارية التي ليس لها وارث ومع ذلك لم تطبق عليها إجراءات هذا المرسوم، بل هي متروكة مهملة، سواء من طرف السلطات المختصة بذلك، أو من طرف المورث المتنازل عنها⁽²⁾.

(1) قانون التوجيه العقاري رقم 80-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26

المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 (ج ر) العدد 55 الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1995.

(2) قانون التوجيه العقاري نفس المرجع السابق.

خلاصة الفصل الأول

الإتجاهات الصحيحة التي تبناها الإسلام في نظام الموارث، بينت أن الله تعالى وهب المال لعباده كنعمة من نعمه، لهذا السبب منحت حماية خاصة بالنسبة للمورث في التصرف في أملاكه سواء كانت عقارية أو منقولة، وعليه فالمحافظة على هذه الملكية الموروثة حال حياة المورث وبعد وفاته إتخذت عدة تدابير في ضوء الشريعة الإسلامية، وكذا القانون الوضعي الجزائري، من بين الأسس التي نادى بها، يمكن إستخلاصها في النتائج التالية:

- أولاً: جعل من نظام التوريث في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري إجبارياً بالنسبة للمورث، سواء أراد صاحب المال أم لم يرد، من أجل حماية أملاكه من الاستغلال الفاحش لغير الورثة.
- ثانياً: إذا كان المورث على قيد الحياة، فله الحق في التصرف في ماله بكل حرية، شريطة أن يعود استعمالها فيما يعود على الأمة بالخير والنفع، والابتعاد عن الإسراف والتقييد، لقوله تعالى: "وتجعل يدك مغلولة إلى عنقك، ولا تبسطها كل البسط، فتقعد ملوما محسوراً" (1) وقوله أيضاً: "آمنوا بالله ورسوله، وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه، فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير" (2).
- فليس لأحد من الورثة الحق في توريث المورث وهو على قيد الحياة (3).

(1) سورة الإسراء آية 29.

(2) سورة الحديد آية 7.

(3) زهور محمد " الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية" المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1991 ص 97.

- ثالثاً: إنتقال الملكية من المورث إلى الورثة، لا يتحقق إلا بشرط الوفاة، إما أن تكون وفاة حقيقية بالمشاهدة أو بالبينة، أو تكون وفاة حكمية بالنسبة للمفقود، أو وفاة تقديرية، كما هو عليه الحال بالنسبة للجنين والحمل. (1)

وقد قضى القضاء الجزائري في هذه المسألة، على أنه من المقرر شرعا وقانونا أن التركة لا تفتح إلا بعد وفاة المورث ليتحدد نصيب كل وريث فيها، ذلك أن تصرف المورث وهو على قيد الحياة لأحد ورثته يعد مخالفه لكل أساس شرعي أو قانوني.

رابعاً: لا يجوز للورثة التصرف في التركة وما عليها من حقوق ما لم تتفد هذه الحقوق، ذلك أن حقوق الوارث تلي كل من حق التجهيز، وحقوق الدائنين ويتم هذا بتسديد الديون التي تعتبر نظرية شرعية مؤداها أن لا تكون هناك ملكية للورثة، إلا بعد سداد الديون، فإذا ما تم تسديدها نفذت الوصايا من الباقي بعد السداد، لأن المورث له الحق في التصرف في ثلث ماله فقط، فله أن يوصي أو يهب في حدود الثلث، يوصي بها لمن يشاء على أن يكن لمن ينتفعون به، فلا تجوز إلى جهة محرمة يقصد بها مضار الورثة، أما الثلثان الآخران فهما من حق من تربطهم صلة قوية (2)، فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار". وما بقي بعد ذلك توزع

(1) زهور محمد "الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية" المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، سنة 1991 ص 98.

(2) محمد يوسف موسى "التركة والموارث في الإسلام" طبع دار المعرفة، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1976 ص 56.

ما بقي من الميراث (1).

- خامسا: في حالة إنعدام الوارث، فالذي يحمي هذا المال المتروك الذي ليس له أحد من الورثة، وحسب الشريعة الإسلامية فإنه يؤول إلى من أراد المورث أن يأخذه إما من مولى الموالاة، أو المقر له بالنسب على الغير، أو إلى الموصى له بأكثر من الثلث، فإن لم يكن له أحد أخذه بيت المال. (2)

نفس الشيء بالنسبة للقانون الجزائري الذي تطرق لهذا الموضوع بتحديد الإجراءات اللازمة الواجب إتباعها وإدراجها ضمن أملاك الدولة، سواء بالنسبة للمورث الذي لا وارث له، أو المتخلي والمتنازل عن أملاكه.

(1) ملف 93703 قرار بتاريخ 1993/09/28

- قسمة أثناء الحياة بعقد توثيقي - عدم جوار ذلك شرعا وقانون

- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية سنة 2001 ص 332.

- ملف رقم 17955 قرار بتاريخ 1983/03/17

قسمة التركاء أثناء الحياة - لا تجوز شرعا - نفس المرجع ص 340.

(2) محمد عبد الرحيم الكشكي " الميراث المقارن " دار النهضة العربية الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1963

ص 95.

الفصل الثاني

الحماية المقررة للوارث

في حق الملكية

إن نقل الإرث يمنح بقوة القانون لمستحق الإرث بمجرد موت المورث، فكل الورثة لهم الحق في فتح التركة ويفهم من الورثة من لهم صفة الوارث الشرعي على حسب ما هو منصوص عليه في المادة "139" من قانون الأسرة، وحسب الترتيب الوارد في المادة نجد الوارث صاحب الفرض الوارث العاصب، الوارث من القرابة أو ذوي الأرحام (1).

فالوارث هو الذي لا زال على قيد الحياة، وله حق في إستحقاق تركة المورث المتوفى، غير أن هذا الإستحقاق لا يتم إلا بتوفر الأسباب الصحيحة المذكورة شرعا و قانونا، فلا يثبت الإرث للوارث إلا إذا تحققت حياته عن موت مورثه، و أثبتت حياته إما بالمعانية أو بالبينة (2). فإذا كان الوارث غير محقق الوجود وقت ممات المورث حقيقة أو وقت الحكم بموته، فلا يرثه.

هذا ما أكدته المادة "128" منه من قانون الأسرة على شرط تحقق الوارث وقت إفتتاح التركة، هذا ما نصت عليه في ما يلي: "يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا، أو حملا وقت إفتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث".

(1) الفرض: هو السهم المقدر شرعا للوارث في التركة، كما جاء في قوله: تعالى: 'فنصف ما فرضتم' راجع المواد من 139 إلى 149 من قانون الأسرة.

العاصب: هو الوارث الذي يحوز كل التركة إذا إنفرد، و يرث دون تقدير إذا اجتمع مع غيره ممن يستحقون معه الإرث، هناك ثلاثة أنواع من الميراث بالتعصب، العصبية بالنفس، العصبية بالغير، العصبية مع الغير، عملا بالحديث الشريف: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر". راجع المواد من 150 إلى 157 من قانون الأسرة.

ذوي الأرحام: هم أقارب المتوفى ممن ليسوا من أصحاب الفروض أو العصبيات، و هم أربعة أصناف: فروع الميت، أصول الميت، فروع الأبوين و فروع الأجداد و الجدات لقونه تعالى: 'و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله'. راجع المادة 168 من قانون الأسرة

(2) عبد الغفار إبراهيم صالح نفس المرجع السابق ص 51.

المبحث الأول

أحكام تصرفات المورث حال الحياة

قضت الشريعة الإسلامية، بأن التصرفات المنجزة و الصادرة في الصحة، تنفذ في جميع أموال المتصرف (المورث) سواء كانت لصالح الورثة أو لغير الورثة.

أما عن تصرفات المريض مرض الموت فلقد حرص الإسلام على تقييد تصرفات المريض مرض الموت، ذلك أنه قد يتصرف المالك في مرض موته بتصرفات تعود بالضرر على الدائنين و الورثة من بين هذه التصرفات أهمها تصرف البيع، الذي تعرض له القانون الجزائري بأحكام واضحة، فيما يتعلق بتصرفات المريض مرض الموت (1).

على هذا الأساس، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين هامين:

- المطلب الأول: يتناول حالة التصرف في مرض الموت.
- المطلب الثاني: يشمل أثر تقييد حرية المورث في بيع المريض.

(1) رشاد السيد إبراهيم عامر "تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى" بحث لنيل الماجستير في القانون الخاص جامعة الجزائر سنة 1989 ص 24 و 25.

المطلب الأول

حالة التصرف في مرض الموت

الأصل أن الإنسان حر في استعمال و إستغلال ملكه، فلا يترتب على عدم استعماله و إستغلاله سقوط حقه فيه، كما له الحرية المطلقة في التصرف في أمواله كلها أو بعضها بتصرفات عوضية أو تبرعية بدون إعتراض من أحد حتى من ورثته، طالما صدر التصرف حال الحياة، فهو تصرف صحيح و نافذ في حق الورثة (1).

لكن إذا كان التصرف ناتج عن مرض الموت، بالأخص في مسألة البيع، التي تعتبر من المسائل الهامة التي لها أثر بالغ على الورثة، هذا التأثير يتمثل في تفضيل البعض على البعض الآخر، مما يدفع سوء الظن في نفوسهم و عليه نظمت الشريعة الإسلامية أحكام هذا البيع، و إعطاء كل ذي حق حقه من أجل المحافظة على حقوق الورثة، حتى لا تكون عرضة للضياع بالإعتداء عليها أو التفريط فيها.

لقد إستمد القانون الوضعي الجزائري أحكام تصرف المريض مرض الموت من مبادئ الفقه الإسلامي، إذ يرى بعض الشراح أن سبب تقييد تصرفات المريض ترجع إلى عدم أهلية المريض، فهي إستثناء من قواعد الأهلية (2). لكن هذا الرأي الراجع الوارد من التشريعات الوضعية الخاص بالبيع الحاصل في مرض الموت مبني على فكرة جاءت على أساس مراعاة لمصلحة الورثة و المحافظة على حقوقهم بمنع المورث من إثارة بعضهم على بعض (3).

(1) محمد علي عمران "الحقوق العينية الأصنية في القانون المدني المصري" أسباب كسبها و صورها دار النهضة العربية، سنة 1979 ص 30.

(2) رشاد السيد إبراهيم _ نفس المرجع السابق ص 10.

(3) محمد وحيد سوار الدين "النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي و أثرها في حق الملكية المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، سنة 1986 ص 124.

مما إستوجب الأمر تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين هما:

- الفرع الأول: يحدد موقف الشريعة الإسلامية في بيع المريض مرض الموت.
- الفرع الثاني: يخصص لبيع المريض مرض الموت في ظل القانون الجزائري.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية في بيع المريض مرض الموت.

إن بيان حكم تصرفات المريض مرض الموت يقتضي التعريف بمرض الموت عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فلا يكاد الفقه أن يختلف في تحديد معنى مرض الموت أو المقصود به، لكنه يختلف في بيان الشروط اللازمة الواجب توفرها فيه.

فبعض الفقهاء يعرف مرض الموت تعريفا يفهم من سياق حديثه عن حالة المريض حين يقول:

"المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه، و أن يتصل الموت به، سواء كان الموت بسببه أم نتيجة سبب آخر"⁽¹⁾.

و البعض الآخر يقول: " أن مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع غلبة الهلاك فيه"⁽²⁾.

(1) محمد كامل مريس " الوصية و تصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري و القوانين الأجنبية" المطبعة العالمية القاهرة، سنة 1950 ص 230.

(2) محمد كامل مريس نفس المرجع السابق ص 233.

و الواضح من هذا التعريف، أنه يشترط شرطان لا بد من توفرهما معاً، حتى نكون بصدد ما يعرف بمرض الموت:

- أولهما: أن يكون المريض بحسب طبيعته من الأمراض التي يغلب فيها تحقق الهلاك، و ينتهي إلى الموت غالباً.
- ثانيهما: أن يموت الشخص فعلاً، لأن الموت إذا إتصل بالمرض كان التصرف الذي أبرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر(1).

و هكذا يمكن القول أنه إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين، كانت تصرفات الشخص سليمة و سارية، لأن المرض لم يكن بمرض.

و قد أضاف فريقاً من الفقهاء شرطاً ثالثاً إلى الشرطين المتقدمين، فحواه يجب أن يقعد المريض مرض الموت عن إلتماس مصالحه المألوفة؛ و قضائها كما يقوم بها الأصحاء (2).

كما إتجه فريق آخر من فقهاء القانون المدني، و عرف مرض الموت تعريفاً مستمداً من الشريعة الإسلامية، إذ يرى فيه بأنه المرض الذي يعجز صاحبه عن قضاء حوائجه خارج البيت، و إن أمكنه القيام بها في البيت، و جعل البعض الآخر أن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً (3).

فإذا باع المريض مرض الموت للورثة بمثل القيمة أو بغبن، فإن البيع يكون موقوفاً على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذاً، و إن رفضوه بطل.

(1) رشاد إبراهيم عامر نفس المرجع السابق ص 15.

(2) رشاد إبراهيم عامر نفس المرجع السابق ص 15.

(3) زهد ور محمد نفس المرجع السابق ص 129.

أما إذا كان البيع لغير وارث بمثل القيمة أو بغيره، فالبيع يصير نافذاً من غير حاجة إلى إجازة الورثة، هذا ما ذهب إليه رأي الإمام أبي الحنفية (1) أما عن رأي الصحابييين فإنه يجعل صحة البيع للوارث بمثل القيمة، لأن تصرفه باطل في حق الورثة، سواء كان وارثاً أو أجنبي فهم على السواء، بينما ذهب المذهب المالكي إلى تقرير أنه من باع إلى أجنبي أي لغير وارث، فإن البيع ينفذ إذا كان بثمن المثل و ليس لأحد حق الاعتراض، أما إذا كان البيع لوارث، فإنه يعتبر وصية، و الوصية لا تصح لوارث، لهذا يبطل التصرف إلا إذا كان أجازوه الورثة (2).

الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت في ظل القانون الجزائري

نصت الفقرة الأولى من المادة "776" من القانون المدني الجزائري على أن: "كل تصرف قانوني يصدر من شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت تسميته التي تعطى لهذا التصرف".

نصت أيضا المادة "408" من نفس القانون المذكور أعلاه، على حكم المعاوضات في البيع التي تتم في مرض الموت، غير أنها لم تبين المقصود بمرض الموت، و عليه يمكن الرجوع في تعريفه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فضلا عن المادة الأولى من القانون المدني التي تحيل النظر إلى مبادئ الإسلام، فيما إذا كان لا يوجد فيه نص بقولها: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها، و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...".

(1) رشاد إبراهيم عامر نفس المرجع السابق ص 25.

(2) رشاد إبراهيم عامر نفس المرجع السابق ص 26.

كما تطرقنا إلى التعريف السائد سابقا لمرض الموت في ضوء الشريعة الإسلامية على أنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك، و يعجز الشخص عن القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلا، و لو كان المريض قد توفي لسبب آخر (1).

بينما المشرع الجزائري فإنه نص إلا على أحكام لبيع للمريض مرض الموت من خلال المادتين "408" و "409" من القانون المدني الجزائري، على أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا، إلا إذا أقره باقي الورثة، فإن لم ينفذ البيع في حق الورثة بقي الشيء المباع عنصرا من عناصر التركة، على أن يرد المشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع، و إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه، و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، و يترتب على البطلان أيضا أن يرد للمشتري الثمن الذي ثبت دفعه للبائع على أن يسترجع المشتري المبيع (2).

كما إستثنى المشرع الجزائري من تطبيق تلك الأحكام، في الحالة التي يكون فيها المتصرف إليه قد تصرف في الشيء إلى شخص آخر فيترتب له حقا عينيا على العين المبيعة، فإن كان الغير حسن النية و كان التصرف الصادر إليه معارضة، فلا تؤثر الأحكام السابقة على الحق الذي إكتسبه بشرط أن يكون قد إكتسب فعلا الحق العيني إكتسابا يجوز به الإحتجاج على الغير (3).

(1) زهد ور إبراهيم عامر نفس المرجع السابق ص 26.

(2) محمد حسنين 'عقد البيع في القانون المدني الجزائري' ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة

سنة 1990 ص 56

(3) محمد حسنين نفس المرجع ص 57.

المطلب الثاني

أثر تقييد حرية المورث في بيع المريض

إن البيع في مريض الموت له صور متعددة تتمثل فيما يلي:

- أولاً: البيع بمثل القيمة، فإنه لا يتوقف إلا على إقرار الورثة.
- ثانياً: البيع بأقل القيمة، مما لا يجاوز الثلث فلا يتوقف على إجازة الورثة.
- ثالثاً: البيع بأقل القيمة بما يجاوز الثلث، فلا ينفذ إلا إذا أقر الورثة البيع في الجزء المحاب فيه.
- رابعاً: البيع بدون ثمن أصلاً، فإنه إذ لم يثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمريض يعتبر التصرف هبة بغير عوض، ويكون لها حكم الوصية لأنها وقعت في مرض الموت، حتى بالنسبة للمشتري فإنه إذا كان حسن النية قد تصرف في المبيع، أو رتب حقاً عيناً عليه، فالقانون يحميه من استرداد المبيع (1).

و لإعطاء تفاصيل أكثر عن موضوع تصرف البيع للمريض مرض الموت في ظل القانون المدني. تطلب منا الأمر توزيع هذا المطلب إلى فرعين متتالين هما:

- الفرع الأول: تعرض لبيع المريض مرض الموت للورثة.
- الفرع الثاني: تضمن بيع المريض مرض الموت لغير الورثة.

(1) رشاد إبراهيم عامر نفس المرجع ص 110.

الفرع الأول: بيع المريض مرض الموت للورثة

كل شخص يمكن له أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد، وحرية في ذلك لا يحد منها إلا لنفسه، وحرصه على عدم التجرد من ماله حال حياته، فيجوز له أن يبيع أو يهب كل أمواله أو بعضها دون أن يكون لأحد حق مراجعته، أو مجرد الاعتراض عليه، فهو يتصرف في خالص حقه، إما إذا احتفظ بأمواله طوال حياته وتصرف فيها كلها أو بعضها تصرفاً لا ينفذ إلا بعد موته، فإنه هذه التصرفات لا يعود عليه منها أي ضرر، طالما أنها لن تنفذ حال حياته، وإنما الذي يضر الورثة وهو الإقتصار على إخراج مال المتصرف فيه من التركة. لهذا السبب رأى المشرع الجزائري ضرورة فرض قيود على تصرفات المريض مرض الموت فيما يتعلق بالبيع، هذا ما أورده الفقرة الأولى من المادة "408" من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فلا جله البيع لا يكون ناجزاً إذا أقره باقي الورثة" (1).

يتضح من خلال نص هذه المادة أن بيع المريض مرض الموت للورثة يكون صحيحاً بين العاقدين، ولكنه غير نافذ في حقهم إلا إذا أجازوه، لأن الورثة هم الذين يثبت لهم حق إقرار تصرف الأشخاص الذين ينحصر فيهم الإرث وقت موت المتصرف (المورث)، فالوارث في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت هو من يكون وارث وقت وفاة المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع، أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موت المورث، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام (2).

(1) زهد ور محمد نفس المرجع السابق ص 131.

(2) محمد كامل مرسى " الوصية و تصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري و القوانين الأجنبية " المطبعة العالمية، القاهرة سنة 1950، ص 48.

ومنه فلا يعتد بإجازة الورثة على موت المتصرف ولو دونوه كتابة في المحرر المثبت لتصرف المريض، فأقرار تصرفات مورثهم لا تثبت لهم إلا بعد موت الأخير، و لا يجوز لهم النزول عن هذا الحق قبل قيامه، ويشترط أن يكون الورثة في تصرفات مورثهم الصادرة منه في مرض موته، أن يكون الورثة من أهل التبرع، عالمين بما يجيزونه، كما يجب أن يكون الوارث عاقلاً، بالغاً وراشداً، و إلا فإنه لا يكون أهلاً للتبرع ويقع إقراره باطلاً بطلاناً مطلقاً (1). فلا يصح أن يكون الوارث المقر صيباً أو مجنوناً أو محجوراً عليه، أو يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت، فلا تنفذ إجازته إلا في حدود الثلث من تركته بغير إجازة ورثته، كما يجب أن يكون الإقرار صادراً من الوارث عن بينة من أمره، أي أن يكون الوارث عالماً بأن تصريح مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرضه الموت، و أنه يملك التمسك بعدم نفاذه و عدم جوازه، و إلا كان الإقرار قابلاً للإبطال (2).

فإن أقر الورثة التصرف صار نافذاً في حقهم، كما لو كان صادراً من مورثهم حال صحته، و إن لم يقره إعتبر التصرف باطلاً، فإذا أقر البيع بعض الورثة ولم يقره البعض الآخر، فإن البيع ينفذ في حق من أقروه، فقط بنسبة أنصبتهم في الميراث، فلا ينفذ في حق الآخرين، بالنسبة إلى أنصبتهم، و يترتب على عدم إقرار الورثة للبيع كله أو بعضه أن يلتزم المشتري برد القدر المخصص من التركة، فإذا لم يقر المشتري بدفع هذه القيمة، إعتبر القدر المذكور باقياً على ذمة التركة و جاز للورثة إسترداده (3).

(1) أحمد إبراهيم بك "الموارث علماً و عملاً" نشر مكتبة عبد الله وهبه، سنة 1942 ص 10.

(2) محمد حسنين مخلوف "الموارث في الشريعة الإسلامية" مطبعة مصطفى حنبي، القاهرة ص 98.

(3) محمد حسنين، نفس المرجع السابق ص 13.

لذلك قرر المشرع، على أنه إذا أجاز أحد الورثة البيع، ولم يجزه الباقون فلا ينفذ هذا البيع، إلا في حق من أجازه، فيأخذ المشتري منه جزءا من البيع مناسباً لنصيبه في التركة، ولا يصح لأحد أن يتبرع بمال غيره ولا أن يتنازل عن حق الغير(1).

وفي الأخير، نستنتج أن نص الفقرة الأولى من المادة "408" من القانون المذكور سابقاً، يعاب عليه، لأنه غير واضح، ذلك أن المشرع الجزائري لم يفصل في المقصود بالبيع، ما إذا كان البيع بمثل القيمة، أو بأقل منها، أو بدون ثمن أصلاً هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يذكر الجزء الخاص به المحدد في البيع، مثل ما فعلت الشريعة الإسلامية في تحديد القيمة التي تجاوز الثلث، و يكون البيع في هذه الحالة صحيحاً حتى لو لم يجزه الورثة، فالقانون المدني الجزائري لم يحذوا حذوه مثل ما جاءت به القوانين العربية منها مثلاً القانون المصري الذي حدد بيع المريض مرض الموت في مادته "477" و التي تنص ما يلي:

"1) إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن أقل قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة.

2) أما إذا كانت هذه التركة تتجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة، إلا إذا أقروه، أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين."

(1) محمد كامل مريسي نفس المرجع السابق ص 19 و 20.

الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت لغير الورثة

نصت الفقرة الثانية من المادة "408" من القانون المدني الجزائري على أنه: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ".

من خلال نص هذه الفقرة، نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل البيع لغير وارث في مرض الموت قابلا للإبطال، ما لم يكن مصادق عليه، لكن المشكل المطروح في نص المادة "408" منه، فإنه يعتبر غامض وغير واضح، لعدم تحديد الشروط التي تجعل البيع قابلا للإبطال كما أنه لم يذكر ما إذا كان هناك البيع بأقل من القيمة أو بدون ثمن أصلا، أو إذا كان هذا البيع بما يجاوز ثلث التركة (1).

في هذا الصدد وجه الدكتور علي علي سليمان عدة إنتقادات من خلال محاضرة ألقيت له تحت عنوان: " نظرة عامة حول القانون المدني الجزائري ". هذه الإنتقادات الحاسمة - سبق وأن أشار إليها في مراجعه - يمكن تلخيصها في ما يلي:

- أولا: أخطأت النسختان العربية و الفرنسية في بيع مرض الموت، فنصت الفقرة الأولى من المادة "408" على أنه: " إذا كان البيع لوارث، فإنه لا ينفذ في حق الورثة الآخرين إلا إذا أقروه ". ثم أضافت الفقرة الثانية: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ".

(1) عبد الغفاء إبراهيم صالح " أحكام الميراث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي " مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - سنة 1987 ص 44.

أما عن نص النسخة الفرنسية، فإنها أتت فيه بشرط يرد في النص العربي، بحيث إشتطت أن: " يتم البيع في فترة حدة المرض و اشتداده".

في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يذكروا هذا الشرط، كما أن النسخة الفرنسية أضافت في الفقرة الثانية من نفس المادة عبارة لم ترد في النص العربي، فقالت: " يعتبر البيع صحيحا دون رضا صحيح " (1).

• **ثانيا:** أن نص هذه المادة فرق بين البيع لوارث فعلق صحته على إقرار بقية الورثة، و بين البيع الأجنبي، فجعله قابلا للإبطال إما لعيب في الرضا كما يقول النص الفرنسي، و إما لأنه غير مصادق عليه في النص العربي.

فإذا صدر بيع من المورث و هو في مرض الموت، و بعد موته طعن الورثة في هذا التصرف، فعليهم أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم و هو في مرض الموت.

و على المشتري أن يثبت أنه دفع ثمنا، و أن يثبت المقدار الذي دفعه من ذلك، فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمنا، كان البيع هبة مستترة، و إذا استطاع إثبات أنه دفع ثمنا و مقدار ما دفعه، فإما أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع، أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوزه.

فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للبيع لا يقل عن قيمته، كان البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، و يستوي في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث، و هذا مخالف لرأي الإمام أبي حنيفة.

(1) رشاد إبراهيم عامر نفس المرجع السابق ص 120.

أما إذا كان بأقل من ثمن المثل، فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمنا للمبيع و أثبت مقدار ما دفع و كان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فإن البيع يكون صحيحا أيضا، و نافذا في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم (1).

و حسب ما جاء ذكره في المادة "409" التي تنص على ما يلي:
" لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع". معنى هذا أنه إذا باع المريض مريض الموت عينا لمشتري، و كان المشتري حسن النية، فموقف الورثة يكون مغايرا لما جاء في نص المادة "408" بفقرتها، ذلك أن الفترة بين صدور البيع في مرض الموت، و بين وفاة المتصرف، فهي فترة قصيرة، إذ كثيرا ما يتصرف المشتري في المبيع إلى آخر، أو يرتب له حقا عينيا عليه، فمتى حدثت الوفاة و إتضح أن الورثة لا يقرون التصرف، و إستعملوا حقهم في أن يستردوا من المشتري القدر الذي يجاوز ثلث التركة، حتى و لو كان من الغير الذي تلقى ملكيته من المشتري و عندئذ يضار ذلك الغير بتطبيق أحكام البيع الصادر في مرض الموت (2).

(1) سليمان مرقس 'العقود المسماة' المجلد الأول - عقد البيع - الطبعة الرابعة، القاهرة، سنة 1980 ص 20.

(2) محمد حسنين نفس المرجع ص 80 و 85.

و بناء على ما جاء في المادة "409" السالفة الذكر، فإن من يكتسب حقا على المبيع الذي يطالب الورثة باسترداده تطبيقا لأحكام البيع الصادر في مرض الموت، فالقانون يحميه ضد هذا الإسترداد إلا إذا توفر فيه شرطان هما:

- الشرط الأول: أن يكون هذا الغير قد كسب حقه على المبيع بعوض، و إلا فإن الورثة يكونون أولى منه بالحماية، و بالأخص إذا كان المبيع عقارا، فإن الغير لا يعتبر أنه كسب عليه حقا، إلا إذا قام بتسجيله متى كان هذا الحق عينيا أصليا.

- الشرط الثاني: أن يكون الغير حسن النية بجهل وقت تعامله مع المشتري ما يهدد حقه بالزوال (1).

فإذا توفر هذان الشرطان جاز للغير أن يرفع دعوى ضد الورثة الذين يطالبون باسترداد القدر فيما يجاوز ثلث التركة، و أن يحتفظ بحقه الذي كسبه فإن كان قد تلقى الملكية من المشتري لم يجز نزعها منه، أما إذا كان المشتري سيء النية، فلا يجوز له أن يطلب الحماية.

و في الأخير يمكن القول أن تصرفات المريض مرض الموت تعتبر صحيحة و لو تناولت جميع ماله إذا لم يكن له ورثة، فلو كان المريض غير أهل للتصرف لما أجاز تصرفه سواء كان له ورثة أم لم يكن له ورثة.

(1) محمد أبو زهرة "تنظيم الإسلام للمجتمع" دار الفكر العربي، القاهرة، ص 64.

المبحث الثاني

أسباب و موانع إستحقاق الإرث و علاقته بالشهر

إن السبب هو الرابطة التي أدت إلى الميراث، فهو ما يلزم وجوده، وجود الإرث و من عدمه عدم الإرث لذاته، فلا تتعدم السببية بتخلف الإرث لوجود مانع يمنع منه.

فالسبب هو ما يتصل إليه أو إلى غيره، إذ قال الحنفية أن أسباب الإرث هي أربعة تتمثل في: الزوجية، القرابة، ولاء العتاقة و ولاء الموالات، بينما الأئمة الثلاثة منهم الشافعية و المالكية و الحنابلة يرون أن أسباب الإرث هي ثلاثة و المتمثلة في القرابة، الزوجية و ولاء العتاقة، كما وجد فريق آخر من الإباضية ترى أن أسباب الإرث تتعلق إلا بالقرابة و الزوجية، و لا يثبت بولاء العتاقة و ولاء الموالات في الميراث (1).

و قد أخذ قانون الأسرة الجزائري بالمذهب المالكي، بالرغم من أنه لم ينص صراحة على الولاء، لأن الرق في العصر الحاضر معدوم و محرم، مع أن الفقهاء مازالوا يعدونه من أسباب الإرث و لم يحذفونه.

فالمادة "126" من القانون السالف الذكر حذفت سبب الولاء بقولها:
" أسباب الإرث: القرابة و الزوجية ". فإذا تحقق السبب لإستحقاق الإرث من القرابة و الزوجية و توفرت الشروط من موت المورث، و تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث، غير أنه وجد مانع شرعي يمنع الميراث فإن الوارث لا يستحق شيئاً، و يسمى الشخص الذي قام به المانع ممنوعاً و محروماً، و يسمى عدم إرثه منعاً و حرماناً، و يعتبر وجوده كعدمه فلا يؤثر على غيره من الوارثين (2).

(1) المجلة القضائية عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا العدل الأول 1995 ص 28 و 30.

(2) محمد حسين مخلوف " الموارث في الشريعة الإسلامية " مطبعة مصطفى حلي، القاهرة، ص 85.

فالمانع هو ما تفوت به من أهلية الإرث مع قيام سببه و توفر شروطه، أو هو أمر خارج عن الحكم، يستلزم وجوده عدم الحكم، مع وجود سببه، فهو يؤثر من جانب وجوده فيعدم الحكم بوجوده بخلاف الشرط، فإن تأثيره من جانب العدم (1).

و هي تتمثل في مانع الرق و مانع إختلاف الدين، و مانع القتل، بالنسبة لقانون الأسرة، فإنه نص على موانع الإرث، لكنه حذف مانع الرق، لأنه أصبح غير موجود فعلا في عصرنا الحاضر.

بالإضافة إلى تحديد علاقة الشهر بالميراث في القانون الجزائري، من أجل هذا، تطلب الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين هما:

- المطلب الأول: يتمثل في تحديد أسباب و موانع إنتقال الملكية للوارث.
- المطلب الثاني: يشمل علاقة الشهر بالإرث في القانون الجزائري.

المطلب الأول: أسباب و موانع إنتقال الملكية للوارث.

لقد إتفق معظم الفقهاء أن الأسباب الشرعية تتمثل في السبب الأول الزوجية و السبب الثاني القرابة.

فإذا ما توفرت إحدى الأسباب المذكورة أعلاه، إنتقلت الملكية الموروثة للوارث، و تم توزيع التركة على حسب السهام المقدره لهم شرعا، لكن هذا لا يمنع من وجود موانع تمنع من إنتقال الملكية الخاصة بالمورث إلى الورثة فإذا وجد مانع من الموانع، حرم الإستحقاق و السبب راجع للحماية المقررة لبقية الورثة و الحفاظ على تركتهم الموروثة (2).

(1) محمد زكريا البرديسي: "الميراث" دار النهضة العربية - الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1963 ص 32 و 40.

(2) محمد أحمد سراج "الفقه الإسلامي بين النظرية و التطبيق" دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1997 ص 15.

- فحسب الشريعة الإسلامية، هناك موانع متفق عليها بين الفقهاء و تتمثل في ثلاثة موانع هي: القتل، الرق، إختلاف الدين، بينما المشرع الجزائري أورد موانع أخرى مختلفة تتمثل في: القتل، شهادة الزور، للعان و الردة. على هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعين أساسيين هما:
- الفرع الأول: إشتمل على أسباب إستحقاق الإرث.
 - الفرع الثاني: تضمن موانع إستحقاق الإرث.

الفرع الأول: أسباب إنتقال الملكية للوارث

أولاً: سبب الزوجية

الزواج هو علاقة بين الرجل و المرأة نشأت نتيجة عقد زواج صحيح قائم بينهما حقيقة وقت وفاة أحدهما، فالزوج يرث من زوجته، و الزوجة ترث من زوجها، سواء كان هناك دخول أم لا، فلو مات أحد الزوجين بعقد صحيح و قبل الزفاف، فإن الآخر يرثه، بدليل الآية الكريمة التي تقول: " و لكم نصف ما ترك أزواجكم، إن لم يكن لهن ولد، فإن كان لهن ولد فلنكم الربع، مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين، و لهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن، مما تركتم من بعد وصية توضحون بها"(1).

و عن سنة النبي صلى الله عليه و سلم أنه قضى بميراث كروع بنت واثق من زوجها الذي كان قد مات عنها قبل أن يدخل بها و قبل أن يفرض لها مهراً(2).

(1) سورة النساء آية 12.

(2) عبد العزيز سعد "الزواج و الطلاق في فئاتون الأسرة الجزائري" سنة 1999-2000 ص 31.

الأمر الذي جعل الزوجية تعد سببا من أسباب الميراث، لكونها رابطة قوية تجمع بين الزوجين، مادامت قائمة، فكل من الزوجين شريك لزوجه في حياته.

أما إذا كان الزواج باطلا بفقد ركن من الأركان، أو شرط من شروط إنعقاده كزواج المجنون أو زواج المحارم، و زواج المتعة، فلا يستحق به الإرث، و إن وقع بعده دخول، أيضا لا يستحق بزواج فاسد الذي فقد شرطا من شروط الصحة كالزواج من غير شهود و إن وقع بعده دخول (1).

من الملاحظ أن توثيق عقود النكاح الصحيح في وثيقة معينة و تسجيلها لدى بعض الجهات الرسمية، فهذا لا يعد من طلب العقد، و إنما هو أمر شكلي تنظيمي لا يؤثر على صحة العقد أو بطلانه، حتى لا ينكر أحد الزوج الآخر، أو ينكر نسبه للأولاد إليه.

و ما دنا في الزواج الصحيح الذي يثبت به الميراث، فلا بد من التعرض إلى الزواج العرفي، هل هو زواج صحيح يثبت به الميراث أم لا ؟ فلو تم العقد العرفي بين الزوجين مستوفيا شروطه و أركانه، و لم يوثق لدى الموثق و توفي أحد الزوجين، فالذي يبقى على قيد الحياة يرث الآخر، إذا استوفى شروط الإرث، و إنتفت عنه موانعه بإتفاق الفقهاء، و بهذا يكون الزواج العرفي صحيح من كل الوجوه، طالما أنه تم بالشكل الذي تقره الشريعة الإسلامية، من وجود ولي الأمر لكل من الزوجة و الزوج و إتفاق على مهر معين، و حضور العقد شاهدان عدل، فيكون هذا العقد صحيحا و يترتب عليه ثبوت ميراث كلا الزوجين من الآخر (2).

(1) عبد الفتاح تقيّة "مباحث في القانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي" سنة 1999-2000 ص 36.

(2) زكريا البري "الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون" منشأة المعارف الإسكندرية، ص 34، 35، 36.

هذا في حالة إذا كان الزواج قائما وقت الموت، لكن الصورة تختلف إذا طلق الزوج زوجته، فإن طلقها رجعا في وقت الصحة و إنقضت عدتها، فإنها لا ترث، لأن الزوجية تعتبر سبب الميراث قد إنقطعت بالإرث، و أصبحت المرأة أجنبية بالنسبة للرجل، غير أنه إذا توفي و هي لا تزال في عدتها، أو حدث العكس بأن ماتت و هي في عدتها، ورث كل منهما الآخر، لأن المطلقة طلاقا رجعا تعتبر زوجة من كل الوجوه، فكان للزوج مراجعتها في أي لحظة دون رضاها و له أن يمنعها من الخروج من البيت إلا بإذنه (1).

و إن كانت الزوجة قد طلقت طلاقا بائنا، فإما أن يكون ذلك في صحة الزواج، و إما أن يكون في مرضه، فإن كان الطلاق في الصحة، فلا ترث الزوجة من زوجها إن مات، و لا يرث الزوج زوجته إن ماتت، لأن الطلاق البائن يقطع العلاقة الزوجية قطعاً بائنا، و إذا زال سبب الإرث فيزول الإرث و إعتداد الزوجة في هذه الحالة لا يدل على بقاء النكاح حكماً، و إنما هو للتعرف على براءة الحمل (2).

كما أن حكم الطلاق البائن في مرض الموت، اختلفت فيه عدة مذاهب فيما يتعلق بالمرأة التي يطلقها زوجها طلاقاً بائناً، و هو في مرض الموت فالمذهب الحنفي و الشافعي يرى أن المرأة ترث زوجها في هذه الحالة، لأن الزوج يعتبر فارساً من الميراث، فيعامل بنقيض مقصوده، و لكن لا بد من توفر عدة شروط لتوريثها، و هذه الشروط تتمثل فيما يلي:

- أولاً: أن يموت الزوج و هي لا تزال في العدة، فإن توفي بعد إنقضائها، فلا ترث، لأنه ليس هناك قائمة صحيحة و لا حكماً وقت موت الزوج.

(1) عبد الفتاح تقيّة نفس المرجع المذكور ص 257.

(2) عبد العزيز سعد ' الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري' طبع و نشر دار البحث، الطبعة

الثانية، الجزائر، سنة 1989 ص 277.

- ثانياً: أن تكون الزوجة أهلاً للميراث وقت الطلاق البائن، و تستمر أهليتها للميراث إلى وقت الوفاة، فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق فلا ترث، و لو كانت بعده أهلاً للإرث، كما إذا كانت كتابية وقت الطلاق و هو مسلم، ثم أسلمت قبل الوفاة، و كما إذا كانت مسلمة وقت الطلاق ثم إرتدت بعد و قبل الوفاة، لأنها هي التي أسقطت حقها بالإرثداد.

- ثالثاً: أن لا تطلب الزوجة الطلاق من زوجها المريض، فإن طلبته و أجابها إلى طلبها لا يكون فاراً من الميراث.

- رابعاً: أن لا يكون الزوج مكرهاً على الطلاق، لأن الإكراه ينفي الفرار.

- خامساً: أن لا يكون هذا الطلاق على مال، فإن كان على مال فلا يرث، لأنه في هذه الحالة لا يتحقق الفرار، بل يظهر أن الطلاق كان برضاها و موافقتها.

أما عن المذهب الشافعي، فإنه يرى أن طلاق المريض مرض الموت إذا كان بائناً، و مات المريض و الزوجة لا تزال في العدة فلا ترث مطلقاً لأن سبب الإرث هو قيام الزوجية، و بالطلاق البائن إنتفت العلاقة الزوجية، و أصبح كل من الزوجين أجنبياً عن الآخر، فينتفي مسببها و هو الإرث، بينما إتفق الحنابلة على أن المطلقة في هذه الحالة ترث مادامت في العدة أو بعدها ما لم تتزوج، فإن تزوجت فلا ترثه، و حجته في ذلك أن علة التوريث متعلقة

بمسألة الفرار، و هي موجودة حتى بعد إنقضاء العدة، فترث الزوجة زوجها الذي طلقها فراراً من ميراثها، سواء إنقضت عدتها أم لم تنقضي، طالماً أنها لم تتزوج، و أما إن تزوجت فلا ترثه، لأنها إرتبطت بزواج آخر ترث منه عند وفاته.

كما ذهب المالكية إلى أن المطلقة ترث زوجها ما لم تتزوج لأنها إذا تزوجت تكون وارثة من زوج آخر كسائر الزوجات، فلا ترث من هذا، و إن لم ترث منه، فإنه يكون هو الذي أقدم على إخراج وارث و منعه حقه فيرث إسترداداً لحقه (1).

و بعد الإطلاع على أقوال الفقهاء المتقدمة في ميراث الزوجة المطلقة طلاقاً بئنا في مرض الموت و الإطلاع على أدلتهم، فأرجح مذهب ذهب إليه الحنفية و الشافعية، و بناءاً على موقف القضاء الجزائري، فإنه يعتبر أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، عملاً بالقاعدة التي تقضي أن المعاملة بنقيض المقصود، فلا يوجد تلازم بين العدة و الحق في الميراث حتى و لو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من إنقضاء عدتها لإحتمال أن طلقها لها كان بنية حرمانها من الميراث (2).

كما تطرق قانون الأسرة في مادته "130" منه على سبب الزوجية بنصها: "يوجد النكاح التوارث بين الزوجين و لو لم يقع بناء". و أيضاً أكدت المادة "131" منه على ما يلي: "إذا أثبت بطلان النكاح، فلا توارث بين الزوجين".

(1) محمد محمد جسعه براج أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية" دار الفكر للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، سنة 1981 ص 180.

(2) ملف رقم 179696 قرار بتاريخ 17 / 03 / 1998 طلاق في مرض الموت -جواز ذلك- ما عدا حالة الحرمان من الميراث لا تلازم بين العدة و الحق الميراث الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية سنة 2001 ص 98.

بالإضافة إلى نص المادة "132" التي نصت ما يلي: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق إستحق الحي منهما الإرث"(1).

-ثانيا: سبب القرابة

القرابة إما أن تكون قرابة نسبية تشمل الأصول والفروع، وإما قرابة سببية تتمثل في الزوج.

فالمراد بالقرابة هي رابطة نسب حقيقية التي تربط المتوفي بأصوله وفروعه وحواشيه المتفرعة عن أصوله، فالقريبان يتوارثان في حالة إذا مات أحدهما، منهم أصحاب الفروض ومنهم أصحاب العصبة النسبية وذوا الأرحام ومن القرابة من لهم سهام مقدرة ومن ليس لهم سهام مقدرة، ومنهم من يرث بالفرض و التعصيب معاً، لهذا كانت القرابة سببا من أسباب الميراث، ذلك لأن حياة القريب هي امتداد لحياة قريبه نقوله تعالى: "للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا " (2).

هذا ما نصت عليه المادة "126" من قانون الأسرة التي نصت على القرابة التي تعتبر سبب أصلي من أسباب الإرث بنصها ما يلي: " أسباب الإرث: القرابة و الزوجية "

(1) ملف رقم 91664 بتاريخ 1993/04/27 المجلة القضائية الأولى، سنة 1994 ص 6.
ملف رقم 101444 بتاريخ 1993/12/21 المجلة القضائية الثانية، سنة 1996 ملف ص 73 للائحة يوسف نفس المرجع السابق.
(2) سورة النساء آية 12.

الفرع الثاني: موانع إنتقال الملكية للوارث

- أولاً: موانع القتل

القتل مانع من موانع الميراث، فإذا قتل الوارث مورثه، فإنه لا يرث منه أي القاتل لا يرث من القتل شيئاً، فهو بمثابة ظلماً و عدواناً، يستحق مقترفها العذاب الشديد لقوله تعالى: " قتل الإنسان ما أكفره " (1) و قوله: "قاتلهم الله أتى يؤكفون" (2) و قوله أيضاً: " و من قتل مؤمناً متعمداً فجزؤه جهنم خالداً فيها" (3).

و ما روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "قضى بأن لا ميراث لقاتل". فهذا الحديث النبوي الشريف واضح الدلالة في أن القاتل لا ميراث له من المقتول، و قوله أيضاً: "لا يرث القاتل شيئاً". ذلك أن القاتل قد قصد إستعجال ميراثه بالقتل المحظور فعوقب بحرمانه.

و عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " من قتل قتيلاً، فإنه لا يرث و إن لم يكن له وارث غيره، و إن كان والده أو لده، فليس لقاتل ميراث" (4).

فالقاتل لا يرث المقتول حتى و إن كان القاتل هو الوارث الوحيد للمقتول، فلا يرث الأب إبنه المقتول، و لا يرث الإبن أباه إذا قتله، و لا ترث المرأة زوجها إذا قتله، و لا يرث الزوج زوجته إذا قتلها، و إن لم يكن للمقتول وارث إلا القاتل، فإن إرثه ينتقل إلى ذوي الأرحام، أو إلى

(1) سورة عبس آية 17.

(2) سورة التوبة آية 30.

(3) سورة النساء آية 93.

(4) بدران أبو العين بدران "الميراث المقارن" بين المذاهب السنة و المذاهب الجعفري و القاتون دار

المعارف، مصر، سنة 1971 ص 83.

الموالي، فإنه يوضع في بيت المال على أنه لا مالك له (1).

كما أن معظم جمهور الفقهاء إتفق على أن القتل مانع للميراث عملاً بالأحاديث السابقة، لكنهم اختلفوا في نوع القتل المانع للميراث، فمنهم المذهب الشافعي الذي يرى أن القتل مانع للقتل فقط، من الميراث سواء كان مطلقاً مباشرة أو تسبباً، أي كان عمداً أو خطأً بحق أو بغير حق، أما عن المذهب الحنبلي، فهو يرى أن القتل بغير حق يمنع من الميراث، والقتل بحق لا يمنع من الميراث، أي أن القتل الذي يستوجب العقوبة يحرم القاتل من الميراث، هذا القتل المضمون يتمثل في القصاص أو الدية وما ليس مضموناً من ذلك لا يمنع من الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً، أو قتل من قصد مصلحة المقتول، بينما المذهب المالكي ذهب إلى جعل أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدواني، سواء كان مباشراً أو غير مباشر، أو عن طريق القتل الخطأ، ففي هذه الحالة لا يمنع من الميراث عندهم (2).

و أخيراً المذهب الحنفي الذي يبرر أن ما يمنع القاتل من الميراث المقتول هو القتل المباشر فقط دون القتل بالتسبب، و يشترط أن يكون القتل المباشر عمداً و عدواناً حتى يمنع الميراث، أو كذلك شبه عمداً، أو خطأً أو الجاري مجرى الخطأ ما يقع ممن لا قصد له (3).

ما يمكن إستخلاصه من المذاهب المذكورة سابقاً، هو أن القاتل يحرم من ميراث المقتول بإتفاق الفقهاء، هذا ما أكدته المادة "135" من قانون الأسرة على أنه أخذ بالمذهب المالكي فيما يتعلق بمانع القتل، فجعل القتل عدواناً

(1) محمد محمد سعفان و معوض محمد محمد مصطفى "الميراث في الشريعة الإسلامية" نشر دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ص 14.

(2) محمد محمد سعفان و معوض محمد مصطفى، نفس المرجع السابق ص 16.

(3) جمعه محمد محمد براج نفس المرجع المذكور ص 210 و 212.

و عمدا يعتبر مانعا من الإرث، و إن لم يكن يباشر القاتل القتل بل كان سببا فيه (1).

إن منع القاتل من الإرث سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا كالمحرض على القتل، أم متسببا فيه كمن شهد زورا على مورثه، و ترتب على شهادته الحكم على مورثه بالإعدام و تنفيذ الحكم، إذ إعتبره غير معذور فيستحق العقاب، هذا نص المادة المذكورة أعلاه فيما يلي: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

- 1- قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.
- 2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه.
- 3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية ."

بالإضافة إلى القتل الخطأ بدون قصد، هذا ما أكدته المادة "137" منه بقولها: "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض". بالمفهوم المخالف لهذه المادة، فإن الوارث الذي قتل غير عمدا مورثه يحتفظ بحقه في الميراث بدون أن يكون له حق الدية، أو أي تعويض كان(2).

على هذا الأساس إعتبر مانع القتل العمد الوسيلة التي قررتها الشريعة الإسلامية و فرضها القانون لحماية الملكية الموروثة للوارث.

(1) ملف رقم 122724 بتاريخ 1995/07/25 -المجلة القضائية الأولى، سنة 1998 ص 126.

(2) ملف رقم 123051 بتاريخ 1995/07/25 -المجلة القضائية الأولى، سنة 1996 ص 113 كدلالة يوسف نفس المرجع السابق.

ثانياً: مانع إختلاف الدين

إختلاف الدين من الموانع التي أجمع عليها فقهاء الشريعة الإسلامية بعد توفر الأسباب و الشروط اللازمة.

إن إختلاف الدين يعني أن يكون دين الميت مخالفاً لدين من قام به بسبب الإرث كالزوجية أو القرابة، بأن يكون الميت مسلماً و قد ترك زوجة كتابية أو قريباً غير مسلم، إمتنع الإرث بينهما بالإجماع، فلا يرث غير المسلم من المسلم، و لا المسلم من غيره، فإذا أسلم الوارث قبل قسمة التركة سقط المانع الذي كان قائماً وقت وفاة الميرث بالوارث، أما إذا كان إسلم الوارث بعد القسمة، فلا حق له فيه بالإجماع (1).

إن الكافر لا يرث من تركته المسلم شيئاً إذا كان السبب المقتضي للإرث هو الزوجية أو القرابة كما ذكرنا سابقاً، و مع ذلك فقد إختلفت عدة مذاهب في هذا الشأن، فمنهم أبو حنيفة و الشافعي يرى كل منهما أن الكافر لا يرث المسلم بأي سبب من أسباب الميراث لا بالولاء و لا بالقرابة و لا بالزوجية، و أنه لا فرق في ذلك بين من أسلم قبل قسمة التركة، و من بقي على كفره حتى تقسم، ذلك لقوله تعالى: " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً" (2) و قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " لا يرث المسلم الكافر، و لا الكافر المسلم ". و في حديث آخر قال: " لا يتوارث أهل ملتين شيء ". هذان الحديثان يدلان على أن الكافر لا يرث المسلم، و لا يرث المسلم الكافر، لأن التوارث يتعلق بالولاية، و لا ولاية بين مسلم و غير مسلم لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود و النصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ... " (3).

(1) محمد يوسف موسى "التركة و الموارث في الإسلام" طبع دار المعرفة، الطبعة الثانية، القاهرة، 1967 ص 78.

(2) سورة النساء آية 141.

(3) سورة المائدة آية 15.

بالنسبة للمذهب الحنبلي، فإنه يجعل المعتق الكافر يرث عتيقة المسلم إذا لم يكن له وارث يستحق التركة كلها، كما لو كان دينهما واحد، فترث الزوجة الكتابية من تركه زوجها المسلم و القريب الكافر من تركه قريبه المسلم إذا أسلم كل واحد منهما قبل أن تقسم التركة بين مستحقيها.

أما عن إختلاف الدين بين غير المسلمين، فلا يمنع من توارثهم، فالزوج المسيحي و زوجته اليهودية يتوارثان(1).

و إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ أنه تعرض لمناخ الردة من خلال نص المادة "138" منه بنصها ما يلي: " يمنع الإرث اللعان و الردة ". و المرتد هو الراجع عن الإسلام بإرتداده و إختياره إلى أديان أخرى، لقوله تعالى: " و من يرتد منكم من دينه، فيمت و هو كافر " (2).

فالمرتد حسب الإسلام لا يرث من غيره، لا من مسلم، و لا من غير مسلم، و لا من مرتد مثله، لأن الإسلام لا يقر المرتد عن الإسلام على رده، و تعد رده جنابة يعاقب عليها بحرمانه من إرث غيره أيا كان (3).

أما عن اللعان، فإن الزوج هو الذي يوجه يمين اللعان لزوجته، فلا يرث منها، و كذلك بالنسبة للزوجة التي وجه لها يمين اللعان لا ترث إلا إذا دفعت أو أنكرت التهمة الموجهة إليها، يمين اللعان بعدم حق الإرث بين الزوجين، كما أنها تفك الرابطة الزوجية بالطلاق بينهما، أما بالنسبة للحمل الذي ترتب عليه مباشرة نتائج اللعان، فإنه لا يرث أبدا (4).

(1) عبد الفتاح تقيّة: 'الوجيز في علم المواريث' ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1998 ص 11.

(2) سورة البقرة آية 217.

(3) ميراث المرتد: هو التارك لدين الإسلام طوعا دون إكراه، مما يؤدي به إلى الكفر.

(4) بلخير سعد، بلخير نصيرة ليلة "التركة، القسمة، بيع عقار المشاريع" المنشورات القانونية، الطبعة

الأولى، سنة 1992 ص 10، 11.

المطلب الثاني: علاقة الشهر بالإرث في القانون الجزائري

إن أهمية الشهر بالغة من حيث نشأة أو تغيير أو إنتهاء الحقوق عن طريق الشهر فقط، طبقا لنظام الشهر العيني، مع العلم أن الحقوق في غير هذا النظام تنشأ و تتغير و تزول بمختلف التصرفات و الوقائع القانونية في ظل نظام الشهر الشخصي، الأمر الذي يجعل من الشهر في ظل نظام الشهر العيني المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية، و هذا ما نصت عليه المادة "15" من الأمر رقم 74-75 المتضمن قانون الشهر العقاري على ما يلي: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له ... إلا من تاريخ إشهارهما ...".

كما نصت المادة "16" من نفس الأمر المذكور أعلاه مايلي: " أن العقود ... و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل ... لا يكون لها أثر ... إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " (1).

و الميراث سبب من أسباب نقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى، نظمته الشريعة الإسلامية بالتفصيل سواء من حيث إنتقال الملكية أو من حيث تقسيمها و توزيعها على كل الورثة(2) لذلك لم يقم المشرع الجزائري بتنظيمه في القانون المدني، بل ترك تنظيمه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء، حتى لا يقع في تعارض مع أحكامها أو يحل محلها.

و في هذا الشأن نصت المادة "774" من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث و على إنتقال أموال التركة ".

(1) صداقي عمر: شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى، بحث نيل الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 1989 ص 99.

(2) صداقي عمر، نفس المرجع.

كما نصت المادة "15" من الفقرة الثانية من الأمر 75-74 المتضمن قانون الشهر العقاري على ما يلي: " ... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

و الواضح من المادة "774" من القانون المدني أنها قد تركت أمر تنظيم عملية إنتقال الملكية الموروثة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن المادة "15" من الفقرة الثانية من الأمر 74-75 المذكور فيما تقدم، قد إستثنت من مبدأ القيد المطلق للميراث أو حق الإرث الذي ينتقل بمجرد حصول الوفاة بدون اللجوء إلى أي إجراء شكلي.

إن القيد لا يلعب دوره المنشأ للحقوق العينية أو الناقلة لها، و إذا كان المشرع الجزائري قد أحسن صنعا بعدم إخضاع إنتقال الملكية عن طريق الوفاة للقيد، فإنه يثور التساؤل حول عملية الإنتقال هذه عن طرق الوفاة، خاصة إذا تعاقبت مرات عديدة، بحيث أصبح من العسير جدا معرفة المالك الحقيقي للحقوق العينية التي إنتقلت عن طريق الوفاة، الأمر الذي قد يخل بالثقة الموضوعية في نظام الشهر العيني (1).

و الواقع أن مثل هذا التساؤل لا يثور ما دام المشرع الجزائري قد إشتراط على الوارث قيد حقه كلما أراد التصرف فيه، أي أنه لا يستطيع الوارث، أن يتصرف في حقه الذي آل إليه عن طريق الميراث، إلا إذا قام بإصدار شهادة رسمية موثقة تثبت له إنتقال هذا الحق ثم قيده في مجموعة البطاقات العقارية.

(1) على الخفيف 'شهر العقار و تسجيل التصرف و موقف الشريعة من ذلك' القاهرة، سنة 1973 ص

هذا ما نصت عليه المادة "39" من المرسوم 63-76 المتضمن السجل العقاري ما يلي: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة ... فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشيعاء و بالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبينا في الشهادة ."

كما نصت المادة "62" من الفقرة الثالثة من نفس المرسوم على ما يلي: " ... و فيما يخص الشهادات بعد الوفاة فإنه يجب الإشارة إلى الحالة المدنية و التصديق عليها بالنسبة للمتوفى و بالنسبة لكل واحد من الورثة"

إذن فمن خلال هذين النصين، يتضح لنا أن القيد في الميراث لا ينشأ و لا ينقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى، بل يقررها و يكشف عنها و عن مالكة الحقيقي و ذلك عن طريق إثبات عملية الانتقال هذه بورقة رسمية. هذا ما أكدته المادة "91" من المرسوم رقم 63-76 المذكور سابقا أعلاه بقولها: " كل انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ... يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة ."

فإذا كانت كل هذه التصرفات إرادية تتطلب تدخل إرادة شخص حتى تنتج آثارها، فإن هناك بعض الوقائع الأخرى التي تؤدي إلى انتقال الملكية كواقعة الموت، و مع ذلك لم يتطلب المشرع الجزائري شهرها و لم يعطي للقيد و لا للتسجيل القوة في إنشاء أو نقل الحقوق التي تؤول إلى الورثة بمجرد الموت (1).

(1) صدائي عمر نفس المرجع السابق ص 108.

فحسب المادة "15" من الفقرة 2 من الأمر 75-74 المذكور سابقا، فإنها تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى بالوفاة فقط بغض النظر عن التسجيل.

و هذا إستثناء خطير بالنسبة للشهر العيني، حيث لا تنتقل الملكية فيه و لا الحقوق العينية الأخرى إلا بالتسجيل، فما دام الوارث لا يشهر حقه، فإن معرفته كمالك ستكون صعبة و يزداد الأمر صعوبة في حالة تعدد الورثة بحيث يصبح كل وارث يملك جزءا من الملكية الموروثة على الشيوع (1).

مع العلم أن قانون الأحوال الشخصية أو أحكام الشريعة الإسلامية لا تتعارض مع نظام الشهر، خاصة و أن الغرض من الشهر هو ضبط كل المعاملات و بيان كل مالك بصفة جلية، و بالتالي فلا يوجد ما يمنع من شهر عملية إنتقال الملكية عن طريق الوفاة.

و الواقع أن المشرع الجزائري قد قلل من هذه الخطورة بغرض شهر عملية إنتقال الملكية بالميراث في حالة ما إذا أراد الوارث أن يتصرف في الحق الذي آل إليه عن طريق الميراث، فقد نصت المادة "62" من الفقرة الثالثة من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتضمن تأسيس السجل العقاري على ما يلي: "... و فيما يخص الشهادات بعد الوفاة، فإنه يجب الإشارة إلى الحالة المدنية و التصديق عليها بالنسبة للمتوفى و بالنسبة لكل واحد من الورثة ...". و يتضح من هذه الفقرة أن الوارث لا يستطيع أن يتصرف في حقه الذي آل إليه عن طريق الميراث، إلا إذا قام بإستخراج شهادة تثبت له هذا الحق و شهر هذه الشهادة.

(1) علي الخفيف: "شهر العقار و تسجيل التصرف و موقف الشريعة من ذلك" القاهرة، سنة 1973

إن لا بد من الشهر لعملية إنتقال الملكية عن طريق الميراث حتى يؤدي تدعيم الإنتمان و إستقرار الملكية العقارية، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد تفادى تعارض أحكام الشريعة الإسلامية مع أحكام القانون الوضعي هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنه كان حكيما عندما فرض قيد عملية الإنتقال و إشهارها حتى تسهل معرفة المالك الحقيقي الذي آلت إليه الملكية أو الحقوق العينية الأخرى عن طريق الوفاة.

و أخيرا يمكننا القول بأن الوارث رغم إنتقال الملكية إليه بمجرد الوفاة، فإنه لا يستطيع التصرف فيها مهما كان نوع التصرف، إلا بعد قيد الشهادة الرسمية التي تثبت أيلولة الملكية أو الحقوق العينية الأخرى إليه، أو بمعنى آخر فإنه يمكننا القول بأن القيد في هذه الحالة شرط للتصرف و ليس شرطا لإنتقال الملكية أو الحقوق العينية الأخرى.

خلاصة الفصل الثاني

بعد أن إنتهينا من دراسة الفصل الثاني، نستطيع أن نلخص النتائج التي توصلنا إليها فيما يلي:

أولاً: رأينا مدى حرية الإنسان في التصرف في ملكه، هذا التصرف المطلق قد يكون تصرف بعوض أو تبرع بدون إعتراض من أحد، حتى من ورثته المحتملين، طالما هذا التصرف صدر حال حياته، فهو تصرف صحيح و نافذ في حق ورثته.

ثانياً: لاحظنا أن الإسلام و القانون الوضعي حافظ على حق الورثة حتى في حياة صاحب التركة، فقرر تعلق حق الورثة بمال المورث بمجرد نزول مرض الموت به، فليس للمورث أن يتصرف و هو في مرض الموت مما يضر الورثة أو يفوت عليهم حقهم.

و لهذا وضعت قيوداً أوجبها الشريعة الإسلامية و فرضها القانون من أجل حماية حقوق الورثة.

ثالثاً: أن البيع في مريض مرض الموت لوارث لا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة، و في حالة إذا أقره بعض الورثة دون البعض الآخر، فإنه ينفذ في أنصبة من أقروه.

أما عن المريض الذي لا وارث له و لا دين عليه، فله أن يبيع أو يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء.

رابعاً: لقد تولى الله سبحانه و تعالى بيان المستحقين لتركه الميت و أعطى توزيعاً عادلاً للتركة على هؤلاء المستحقين، و بالتالي فليس للمورث حق في تعيين الورثة و لا تحديد أنصبتهم.

و على ذلك فإذا ما توفرت أسباب الميراث و شروطه و وجد المانع، إنعدام الميراث، يعتبر الشخص الذي قام به المانع ممنوعاً من الميراث و محروماً منه، فلا يؤثر على غيره من الورثة.

خاتمة

في نهاية بحثنا هذا، نستطيع أن نستخلص أهم الجوانب الإيجابية التي تحقق الحماية الخاصة لحق الملكية في نظام المواريث في ظل الشريعة الإسلامية، وكذا القانون الوضعي.

ومن بين النتائج التي توصلنا إليها، نذكرها فيما يلي:

• أولاً: يعتبر التوريث نظام طبيعي، لأنه يساير النزعة الفطرية للإنسان في حبه للتملك وسعيه إليه، ورغبته في أن يخلفه على أمواله أحب الناس إليه، فهو حق مشروع بناء على إباحته للتملك الفردي، فكل ما جاز أن يملك جاز أن يورث، والإسلام يبيح التملك الفردي المشروع(1) كما أنه لم ينظر إلى المال على أنه غاية في حد ذاته، بل قرر أنه وسيلة من الوسائل العامة في الحياة، وأنه يعد أداة من أدوات النفع العام في جميع صورته، بل أنه نظر حتى إلى الآثار التي يتركها في الحياة، للحفاظ على المال(2).

• ثانياً: لقد وضع نظام الإرث على أحسن النظم المالية و أحكمها و أعدلها، فقرر الدين الإسلامي ملكية الإنسان للمال ذكراً كان أو أنثى، بالطرق الشرعية، كما أوجب إنتقال ما كان يملكه الشخص في حياته إلى وريثه بعد وفاته من الرجال و النساء بدون تفريق بين الصغير و الكبير(3)، أيضاً أنه بمثابة إقرار للملكية الفردية التي حددت فيه ملكية الشخص للمال سواء كان عقاراً أو منقولاً(4).

(1) أحمد إبراهيم " المواريث علما و عملا" نشر مكتبة عبد الله و هبة، سنة 1949 ص 10.

(2) رضوان الشافعي امنتعافي " المواريث في الشريعة و القانون' القاهرة، سنة 1955 ص 6.

(3) الصديق محمد الأمين الضيرير " اميراث في الشريعة الإسلامية" المطبعة الكمانية، الطبعة الأولى القاهرة، سنة 1964 ص 75.

(4)-(J) page "la propriété est les besoins" paris L. 6, J, 1958 p 60.

• ثالثاً: وجدنا أن الميراث من الأمور الضرورية المثيرة لضروب النشاط الإقتصادي للإنسان، فهو يحفز بين البشر إلى الكفاح والعمل في هذه الحياة، أما من يقول أن الإرث يتنافى مع الحرية الإقتصادية ظناً منه، أنه سبب من أسباب الظلم الإجتماعي و يفضي إلى إختلاف الطبقات فهو بذلك معارض للطبيعة البشرية.

• رابعاً: رأينا أن الملكية تلعب دوراً مهماً في الحياة الفردية، فهي تتخذ غريزة التملك طابعاً إجتماعياً في جميع التجمعات الإنسانية، لأن الواقع الإجتماعي ذو أهمية أولية(1)؛ فهي تعتبر الوسيلة الوحيدة لتلبية الحاجات المادية لا لإرتباطها بميل عميق لحاجة الممتلك لجميع الأفراد.

• خامساً: لاحظنا أن الميراث في ظل الشريعة الإسلامية، نظراً لمنزلته البالغة في حياة الفرد و المجتمع، فإنه أعطى حماية حقيقية لملكية المورث سواء أثناء حياته أو بعد وفاته.

فإذا كان المورث على قيد الحياة، تمتع بماله وحده بدون تدخل أحد، حتى بالنسبة لورثته، فلا يجوز لهم التعامل في تركته ما دام على حال الحياة، لكن بمجرد الوفاة، تنتقل الملكية التي تعتبر من حق الورثة المستحقين، وهذا بتوفر شروط الوفاة إما حقيقة بالمشاهدة أو بالبينة، إما حكماً كما رأينا في أحكام المفقود، وإما تقديراً بالنسبة لحمل الجنين.

إن الحكمة من تحقق الوفاة التي أوجبها الفقه الإسلامي و فرضها القانون، ما هي إلا دليل على صيانة أملاك المورث في حياته و بعد مماته.

(1) فنيسان شالاي " تاريخ الملكية" ترجمة حجاج كنعان، صفحة 5 و6.

• سادسا: أيضا رأينا أنه بمجرد وفاة المورث، تنتقل الحقوق المتعلقة بالتركة بقوة القانون إلى الورثة، ويتم ذلك بتقديم تجهيز الميت على بقية الحقوق الأخرى، بما يلزم نفقات غسله و تكفينه، ثم تأتي قضية (لا تركة إلا بعد سداد الديون) فإذا كان المورث الميت مدينا سواء كانت ديون عينية أم شخصية مؤداها أن لا تكون ملكية للورثة إلا بعد أن تقضى الديون، و أخيرا ما يلزم تنفيذه من الوصايا، فله أن يوصي في حدود الثلث، يوصى به لمن يشاء على أن يكون لجهة الخير أو لمن ينتفعون به، أما الثلثان الآخران فهما لأقربائه، أو من تربطه بهم صلة قوية كالزرجية فهو حق طبيعي لهم، لا يملك المورث التصرف فيه و لا منعه منه، بحيث إشتراط في الوصية أن لا يقصد بها مضار للورثة و أن نفاذها يتوقف على إجازة الوارث.

كما جعلت المادة "776" من القانون المدني الجزائري كل تصرف يصدر من المريض مرض الموت يعتبر تبرعا، أيا كانت تسميته لهذا التصرف و تسري عليه أحكام الوصية، ومنه فالأولى لصاحب المال القليل، أن لا يوصى بشيء من ماله حفاظا لحق الورثة، خاصة إن كان الورثة صغار بحاجة إلى نفقة.

• سابعا: بينا أن المورث الذي لا وارث له، فإن تركته تكون محمية من طرف مال بيت المسلمين، فهو الذي يخلف المورث حسب ما قررتة الشريعة الإسلامية.

أما عن القانون الجزائري فالدولة هي التي تحل محل الوارث، وذلك بإتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا في حالة الأملاك التي لا وارث لها، وحالة تخلي المورث عن أملاكه و التنازل عنها للدولة.

- ثامنا: أيضا خصص الإسلام حماية حقيقية لملكية الوارث، سواء في حياة المورث أو بعد وفاته.

فقد بينا مدى حرية المرء في التصرف في ملكه، و ذلك عن طريق إستعماله و إستغلاله و تصرفه، و وضحنا بناءا على هذا الحق، أنه يتمتع بالحرية المطلقة في التصرف في أمواله كلها أو بعضها بتصرفات عوضية أو تبرعية بدون إعتراض أحد من ورثته، طالما أن هذا التصرف صدر حال حياته، فهو تصرف صحيح و نافذ في حق الورثة و ليس لأي منهم حق الإعتراض عليه.

- تاسعا : أشرنا إلى أنه بالرغم من هذه السلطات التي يتمتع بها الإنسان في التصرف، فإن القانون قد وضع على هذه السلطات حتى لا تستغل من طرف المالك إستغلالا سيئا أو غير مشروع، يراد الإضرار بالورثة و من بينهم المريض مرض الموت و تقييد هذا التصرف شرعا و قانونا، و إستنتاجنا أنه يجب توفر أمران هما:
أ. أن يكون مريضا مرض مخيف يغاب فيه الهلاك
ب. أن يتصل هذا المرض بالموت فعلا
هذه الأحكام إستمدتها القانون المدني الجزائري في البيع الذي ورد في المادة "408" منه بالرغم من إنها ناقصة و مبهمه.

فإذا كان البيع في مرض الموت لوارث، فلا ينفذ إلا إذا أقره الورثة
الباقية، و يشترط في الوارث المقر أن يكون عاقلاً، بالغاً، راشداً و يجب أن
يكون من أهل التبرع، و لا يصح أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت.
أما عن المريض الذي لا وارث له، و لا دين عليه، فله أن يبيع
أو يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء، و ينفذ بيعه دون توقف إجازة أحد.

• عاشرًا: رأينا أن الإسلام عين المستحقين لتركه المتوفى، و إسائر
بتوزيعها على هؤلاء المستحقين، فليس لصاحب المال حق في تعيين
الورثة و لا تحديد أنصبتهم، إذ جعل الميراث محصوراً في دائرة
الأسرة لا يتعداها، فلا بد من نسب صحيح أو زوجية قائمة و الأقرب
فالأقرب للميت، ذلك لإتصال المنافع بين الوارث و المورث (1).

فهو يحول دون تجمع الثروة في يد واحدة على حساب الآخرين، و هذا
بدوره يؤدي إلى تفتيت الملكية و توزيعها بين أكبر عدد ممكن من المستحقين.

كما أدت الأوصاف التي توجب حرمان الوارث من الإرث، والتي
تحول بين الوارث و بين الميراث، و من بينها أهم الموانع المتفق عليها بين
الفقهاء.

و في الأخير، ما يمكن التأكيد عليه، أن الحماية المقررة في نظام
الموارث تشكل سبيلاً أقره المشرع لفائدة المورث، فهي بمثابة حماية حقيقية
سواء أثناء حياته أو بعد وفاته، فلا يجوز للورثة التعامل في تركه المورث
ما دام على حال الحياة، و لا يجوز لهم التصرف في التركة و ما عليها من
حقوق بعد الوفاة.

(1) عيساوي أحمد عيساوي "أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية"، مطبعة دار التأليف، القاهرة،
الطبعة السادسة، سنة 1966، ص 39، 40.

حتى بالنسبة لحقوق الورثة سواء في حياة المورث أو بعد وفاته هناك قيود فرضت لحماية الوارث و حفاظا على مصلحته.

فعلى الوارث أن يأخذ حقه و على المورث أن يؤمن لقسمة المولى تعالى.

كما ندعو بضرورة وجوب تحليل الوسائل القانونية التي جاء بها المشرع، و التي كانت بمثابة رد لتحايل الأشخاص على حرية الإيضاء و التصرف في مرض الموت و قياس تلك الدراسة على الحياة العملية المناقضة للحماية، فهي تحتاج إلى تمحيص دقيق و تصويب قانوني، و التصدي للبحث عن المقارنة بين الخلفيات النظرية و التطبيقات العملية، لذا وجب السعي لتدارك كل النقائص و الفراغات بالحلول القانونية، فإذا لم يفصل الإجتهد القضائي في هذا المجال، و لم تتدخل الجهات الوصية أمام هذه الحالات فإنه يؤدي حتما إلى للإستقرار الملكية العقارية، فمن واجب القضاء أداء دوره بالكامل و المنوط به في التكيف الصحيح لتلك التصرفات الضارة بحق الإرث و الماسة بالملكية الفردية.

أملئ أن يكون عملي هذا محققا للغاية و مرجعا مفيدا للذين هم في أمس الحاجة إلى مثل هذه الدراسات المتخصصة، و ذلك لإدراك الواقع التشريعي الراهن ليس في وضعه الحاضر فحسب، بل و في مسيرته نحو المستقبل كذلك.

فهرس لأهم مراجع البحث

قائمة المراجع

المراجع العامة:

أولاً: المؤلفات باللغة العربية:

1. أحمد محمد الشافعي
" أحكام المواريث " دار الجامعة، سنة 1989. 218 صفحة
2. أحمد إبراهيم
" التركة و الحقوق المتعلقة بها " (المواريث - الوصية - تصرفات المريض مرض الموت) سنة 1987. 430 صفحة.
3. أحمد الغندور
" الميراث في الإسلام و القانون " دار المعارف بمصر - الطبعة الثانية - سنة 1967. 368 صفحة.
4. أحمد إبراهيم بك
" المواريث علما و عملا " إنتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته - مكتبة عبد الله وهبة سنة 1942. 281 صفحة.
5. أحمد الغندور
" الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي " . 260 صفحة.
6. إسحاق إبراهيم منصور
" نظريتا القانون و الحق، و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية " ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة الثانية - سنة 1990. 379 صفحة.
7. الصديق محمد الأمين الضرير
" الميراث في الشريعة الإسلامية " المطبعة الكمالية - الطبعة الأولى - القاهرة سنة 1964. 391 صفحة.

8. بدران أبو العينين بدران
"الميراث المقارن بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون"- دار
المعارف بمصر سنة 1971. 387 صفحة.
9. بدران أبو العينين بدران
"المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون" الاسكندرية
سنة 1975. 490 صفحة.
10. بلحاج العربي
"المدخل لدراسة التشريع الإسلامي و التعريف بالفقه الإسلامي و مصادره
و تاريخه" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 296 صفحة.
11. بلخير سعيد، بلخير نصيرة ليلة
"التركة، القسمة، بيع عقار المشاع". المنشورات القانونية، الطبعة الأولى سنة
1992. 56 صفحة.
12. حسن كيره
"المدخل إلى القانون" - منشأة المعارف بالاسكندرية - الطبعة الخامسة سنة
1974. 350 صفحة.
13. حمدي باشا
"مبادئ القضاء العقاري" - دار العلوم للنشر و التوزيع. 192 صفحة.
14. رمضان ابو السعود
"الوسيط في الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني" الجزء الأول
- الدار الجامعية للطباعة و النشر- بيروت - سنة 1985. 782 صفحة.
15. رضوان الشافعي المتعافي
"المواريث في الشريعة و القانون" - المطبعة السلفية، القاهرة سنة 1955. 530
صفحة.

16. زهدور محمد
"الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية" - المؤسسة الوطنية
للكتاب. 189 صفحة.
17. زكريا البري
"الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة و القانون" منشأة المعارف
الإسكندرية. 296 صفحة.
18. سمير عالية
"علم القانون و الفقه الإسلامي" نظرية القانون و المعاملات السريعة - المؤسسة
الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الثانية سنة 1996. 366 صفحة.
19. سليمان مرقس
"العقود المسماة" المجلد الأول - عقد البيع - الطبعة الرابعة، القاهرة سنة 1980.
420 صفحة.
20. عبد الناصر توفيق العطار
"شرح أحكام حق الملكية" توزيع دار الفكر العبي. 327 صفحة.
21. عبد الفتاح تقيّة
"الوجيز في علم المواريث" ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر سنة 1998. 123
صفحة.
22. عبد الغفار إبراهيم صالح
"أحكام المواريث و الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي" مكتبة النهضة المصرية -
القاهرة سنة 1987. 244 صفحة.
23. علي حسب الله
"الميراث في الشريعة الإسلامية" مطبعة العلوم، القاهرة - الطبعة الثانية سنة
1949. 276 صفحة.

24. علي الخفيف
"شهر العقار و تسجيل التصرف و موقف الشريعة من ذلك" القاهرة، سنة 1973،
320 صفحة.
25. عبد الرزاق أحمد السنهوري
"الوسيط في شرح القانون المدني" نظرية الإلتزام بوجه عام - أسباب الملكية -
الجزء التاسع - القاهرة سنة 1968. 1471 صفحة.
26. عبد الرزاق أحمد السنهوري
"الوسيط في شرح القانون المدني" نظرية الإلتزام بوجه عام - حق الملكية - الجزء
الثامن - القاهرة سنة 1968. 1108 صفحة.
27. عبد العزيز سعد
"الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري" دار البعث - الطبعة الثانية - سنة
1989. 383 صفحة.
28. عبد الفتاح تقيّة
"مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي"
1999-2000. 317 صفحة.
29. عبد المنعم فرج الصده
"حق الملكية" الطبعة الثالثة، القاهرة سنة 1967. 385 صفحة.
30. فيلسان شالاي. ترجمة صباح كنعان
"تاريخ الملكية" دار منشورات عويدات - بيروت. 136 صفحة.
31. محمد أبو زهرة
"أحكام التركات و المواريث" نشر دار الفكر العربي سنة 1963. 289 صفحة.
32. محمد مصطفى شلبي
"أحكام المواريث بين الفقه و القانون" مطبعة صلاح الدين، الإسكندرية سنة 1967.
198 صفحة.

33. محمد يوسف موسى
"التركة و المواريث في الإسلام" طبع دار المعرفة، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1967. 256 صفحة.
34. محمد حسنين مخلوف
"المواريث في الشريعة الإسلامية" مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة. 187 صفحة.
35. محمد عبد الرحيم الكشكي
"الميراث المقارن" مطبعة خلف، الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1963. 680 صفحة.
36. محمد العمراني
"الميراث في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري" المؤسسة الوطنية للإتصال، النشر الإشهار، الجزائر. 263 صفحة.
37. محمد زكريا البرديسي
"الميراث" دار النهضة العربية للنشر - الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1963. 195 صفحة.
38. محمد محمد سغفان و معوض محمد مصطفى
"الميراث في الشريعة الإسلامية" دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الثانية، القاهرة سنة 1946. 479 صفحة.
39. محمد محمد جمعة براج
"أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية" دار الفكر للنشر و التوزيع - الطبعة الأولى، عمان سنة 1981. 773 صفحة.
40. محمد كامل مرسي
"الوصية و تصرفات المريض مرض الموت في القاتون المصري و القوانين الأجنبية" المطبعة العالمية، القاهرة سنة 1950. 480 صفحة.
41. محمد كمال الدين إمام
"مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي" مدخل منهجي - المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع - الطبعة الأولى سنة 1996. 400 صفحة.

42. محمد مصطفى جمال
"نظام الملكية" توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية. 463 صفحة.
43. محمد طه البشير
"الحقوق العينية" القسم الأول - جامعة بغداد سنة 1986. 320 صفحة.
44. مهتاب نجا
"المدخل إلى علم القانون" دار الشمال للطباعة و النشر و التوزيع - الطبعة الأولى،
لبنان سنة 1990. 304 صفحة.
45. محمد علي الصابوني
"المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة" عالم الكتب - الطبعة
الثالثة سنة 1985. 201 صفحة.
46. محمد علي عمران
"الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري" (أسباب كسبها و صورها)
دار النهضة العربية للنشر سنة 1979. 420 صفحة.
47. محمد سلام مذكور
"المدخل للفقهاء الإسلامي" - تاريخه و مصادره و نظرياته العامة - دار الكتاب
الحديث، الكويت. 772 صفحة.
48. محمد أحمد سراج
"الفقه الإسلامي بين النظرية و التطبيق" - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية
سنة 1997. 305 صفحة.
49. محمد مصطفى الشلبي
"المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي و قواعد الملكية و العقود فيه" دار النهضة
العربية - بيروت سنة 1969. 633 صفحة.
50. محمد حسنين
"الوجيز في نظرية الحق بوجه عام" المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر سنة 1985.
438 صفحة.

51. محمد حسنين
"عقد البيع في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية - الطبعة
الثالثة سنة 1990. 276 صفحة.
52. محمد أبو زهرة
"تنظيم الإسلام للمجتمع" دار الفكر العربي - القاهرة. 199 صفحة.
53. منذر عبد الحسين الفضل
"الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي"
ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 252 صفحة.
54. صالح ججيك
"الميراث في القانون الجزائري" الطبعة الأولى، توزيع الديوان الوطني للأشغال
التربوية، سنة 2002. 200 صفحة.
55. دلاندة يوسف
"قانون الأسرة" - مدعم بأحدث مبادئ و إجتهاادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال
الشخصية و المواريث - دار هونة للطباعة و النشر و التوزيع -الجزائر.
178 صفحة.
56. وهبة الزحيلي
"الفقه الإسلامي و أدلته" الجزء الخامس - الطبعة الثالثة سنة 1985. 870 صفحة.

ثانيا: المؤلفات باللغة الفرنسية

1. (THIERS) – Peter
« De la propriété » Paris, 1904. 357 pages.
2. (J). PAGUE
« La propriété et les besoins » édition 46, D, J, Paris 1958. 299 pages.
3. (LOUIS). MILLIOT
« Introduction à l'étude du droit musulman » Recueil serrey – 1953. 822
pages.

ثالثا: المراجع المتخصصة

أولا: الرسائل و المذكرات الجامعية

1. رشاد السيد لإبراهيم عامر
"تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنتا بالشريعة الإسلامية
و القوانين الأخرى" جامعة الجزائر سنة 1989. 183 صفحة.
2. صدقي عمر
"شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري" بحث لنيل درجة الماجستير في
العقود و المسؤولية - جامعة الجزائر. 135 صفحة.
3. دغوش عبد الرحمان
"حق الملكية و القيود و الإتفاقية التي ترد عليه في القانون المدني الجزائري"
بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - جامعة الجزائر. 195
صفحة.

ثانيا: المحلات

1. المجلة القضائية - عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا - العدل الأول
سنة 1995. 497 صفحة.
2. مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدل خاص - عن قسم
الوثائق للمحكمة العليا - الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2001. 460
صفحة.

ثالثاً: النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية:

1. القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
2. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 جويلية سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.
3. قانون التوجيه العقاري
- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل و المتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 ديسمبر 1995 (ج ر) العدد 55 الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1995. المأخوذ من التقنيات العقارية - ليلي زروقي - الجزء الأول "العقار الفلاحي" الطبعة الأولى - الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000 ص 11. 148 صفحة.
4. قانون الأملاك الوطنية
- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 (ج ر) العدد الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1990. المأخوذ من التشريعات العقارية - وزارة العدل - مديرية الشؤون المدنية 1994 ص 44. 263 صفحة.
5. أمر رقم 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري. المأخوذ من التشريعات العقارية نفس المرجع السابق ص 204.

ب- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي الصادر برقم 91-454 المؤرخ في 16 جمادى الأولى عام 1412 الموافق ل 23 نوفمبر 1991. يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تيسرها و يضبط كفاءات ذلك. المأخوذ من التشريعات العقارية نفس المرجع. ص 87.

2. مرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري. المأخوذ من التشريعات العقارية، نفس المرجع السابق ص 225.

• ملخص لبعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالموضوع:

1. قرار رقم 770-24 المؤرخ في 14/04/1982 (الغرفة الشخصية).
2. قرار رقم 622-125 المؤرخ في 24/10/1995 (الغرفة الشخصية).
3. قرار رقم 86039 بتاريخ 24/11/1992 وصية - قسيمة توثيقة - عدم فتح التركة إلا بعد وفاة المورث (الغرفة الشخصية).
4. رقم 93703 بتاريخ 28/09/1993 قسمة التركة أثناء الحياة بعقد توثيقي - عدم جواز ذلك شرعا و قانونا (الغرفة الشخصية).
5. رقم 179555 بتاريخ 17/03/1983 قسمة التركة أثناء الحياة - لا يجوز شرعا (الغرفة الشخصية).
6. رقم 179696 بتاريخ 17/03/1998 طلاق في مرض الموت (الغرفة الشخصية).

الفهرس

1	المقدمة.....
7	<u>الفصل الأول: الحماية المقررة للمورث في حق الملكية</u>
10	<u>المبحث الأول: عدم التعامل في ملكية المورث حال الحياة</u>
11	<u>المطلب الأول: سريان قانون الهالك على الميراث وقت الوفاة</u>
12	<u>الفرع الأول: موت المورث حقيقة</u>
14	<u>الفرع الثاني: موت المورث حكما</u>
20	<u>الفرع الثالث: موت المورث تقديرا</u>
23	<u>المطلب الثاني: حكم تصرف الوارث في الحقوق المتعلقة بالتركة</u> ...
26	<u>الفرع الأول: مصاريف الدفن و التجهيز</u>
27	<u>الفرع الثاني: الديون الثابتة في ذمة المورث</u>
32	<u>الفرع الثالث: تنفيذ الوصية</u>
38	<u>المبحث الثاني: أحكام التصرف في التركة التي لا وارث لها</u>
38	<u>المطلب الأول: التركة لبيت المال حسب الشريعة الإسلامية</u>
40	<u>المطلب الثاني: الدولة تحل محل الوارث حسب القانون</u>
45	خلاصة الفصل الأول.....

49 <u>الفصل الثاني: الحماية المقررة للوارث في حق الملكية</u>
51 <u>المبحث الأول: أحكام تصرفات المورث حال الحياة</u>
52 <u>المطلب الأول: حالة التصرف في مرض الموت</u>
 <u>الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من بيع المريض</u>
53 مرض الموت.....
 <u>الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت في ظل القانون</u>
55 الجزائري.....
57 <u>المطلب الثاني: أثر تقييد حرية المورث في بيع المريض</u>
58 <u>الفرع الأول: بيع المريض مرض الموت للورثة</u>
61 <u>الفرع الثاني: بيع المريض مرض الموت لغير الورثة</u>
65 <u>المبحث الثاني: أسباب و موانع إستحقاق الإرث و علاقته بالشهر</u>
66 <u>المطلب الأول: أسباب إنتقال الملكية للوارث</u>
67 <u>الفرع الأول: أسباب إنتقال الملكية للوارث</u>
67أولا: سبب الزوجية.....
72ثانيا: سبب القرابة.....
73 <u>الفرع الثاني: موانع إنتقال الملكية للوارث</u>
73أولا: مانع القتل.....
76ثانيا: مانع إختلاف الدين.....
78 <u>المطلب الثاني: علاقة الشهر بالإرث في القانون الجزائري</u>
83 خلاصة الفصل الثاني.....
86 الخاتمة.....
93 قائمة المراجع.....

1338 رقم الجرد

Dépôt رقم القائمة

15/05/2008 التاريخ

كلية الحقوق الأصل

