



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

## التوارث بين الزوجين وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: "الأحوال الشخصية"

إشراف  
الدكتور: إبراهيم رحمانى

إعداد  
الطالب: فوزي خوازم

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أبويكر لشهب	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
إبراهيم رحمانى	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
نورالدين حمادي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة زيان عاشور - الجلفة	عضوا
المكي دراجي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	عضوا
محمد بجاق	أستاذ مساعد "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مدعو

السنة الجامعية: 2014 / 2015.



# الإهداء

إلى والدي الكريمن

أسأل الله أن يحفظهما

ويمدهما بالصحة وأطال الله في عمرهما

وأعانني على برهما وجزاهما الله عني خيرا الجزاء

وإلى كافة أسرتي وعائلي

فردا فردا

إلى كل الأصدقاء والأحباب

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

فوزي

# شكر وتقدير

قال تعالى : « لئن شكرتم لأزيدنكم »

أشكر الله وأحمده بأن منّ عليّ بإتمام هذا البحث

ثم أتقدم بشكري وامتناني وخالص تقديري إلى أستاذي الفاضل

الدكتور إبراهيم رحمانى

على قبوله الإشراف على هذه الرسالة

وعلى صبره وعلى ما أبداه لي من نصح وإرشاد

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة

المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي ومنحهم لي الفرصة لاستفيد

وأنهل من علمهم وخبرتهم التي ستثري هذا البحث

وإلى كل من وضع بصمة في هذا البحث

والشكر موصول إلى كافة الأساتذة والزملاء

في دفعة تخصص الأحوال الشخصية.

## المخلص

إن التوارث بين الزوجين وإن كانت أغلب الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية الحديثة لم تختلف عن ما جاءت به الشريعة الإسلامية في شقها الأول المتعلق بإرث الزوج لزوجته، إلا أنه في الشق الثاني المتعلق بإرث الزوجة لزوجها لم تعتمد الشرائع القديمة والتشريعات الغربية الحديثة، ولم تساير في ذلك الشريعة الإسلامية والتي من خلالها استمدت التشريعات العربية روحها على غرار المشرع الجزائري في قانون الأسرة 02.05 .

وقد كانت النصوص القرآنية واضحة و مفصلة في مسألة التوارث بين الزوجين .

وإن كانت مسألة التوارث بن الزوجين مفصول في مقدارها إلا أن هناك إشكالات تحول دون تمكين أحد الزوجين من أخذ نصيبه في الميراث، كإشكالات الزواج والطلاق مثل الزواج المختلط (زواج الجزائري بالأجنبية) والطلاق في مرض الموت.

### الكلمات المفتاحية:

التوارث بين الزوجين، الحجب، العول، الرد، المفقود، الزواج العرفي، الزواج المختلط، الزواج غير الصحيح، الطلاق البائن، الطلاق الرجعي، طلاق المريض مرض الموت.

## **Résumé:**

Concernant l'héritage entre les deux époux, il a été constaté que dans leur majorité les législations devines et humaine d'actualité ne se différencie pas de la législation islamique dans sa première partie relative a l'héritage du conjoint a son épouse. Néanmoins dans sa deuxième partie l'héritage de la conjointe a l'égard de son mari, celui-ci n'est pas approuvé par les anciennes législations, ni par celles des pays occidentaux actuels, et elle n'est pas encore en conformité avec la législation islamique qui est a l'origine de l'inspireteur des législation arabes a l' image de projet algérien du code de la famille 02.05

Notons, que les textes coraniques étaient claires et très explicites concernant le problème d'héritage entre les deux époux surtout en matière de valorisation mais toutefois il existe des entraves qui ne laissent pas l'un des deux conjoints acquérir sa part d'héritage, comme dans le mariage et le divorce a l'exemple du mariage mixte (mariage d'un algérien avec une étrangère) et le divorce dans le cas d'une personne en maladie de mort.

Mots clés:

Héritage entre les deux conjoints, de la réduction proportionnelle des réserves successorale des réserves aux héritiers cognats, les disparus , le mariage religieux, le mariage mixte, le mariage réel, le divorce du malade mort.

## قائمة المختصرات والرموز

الكلمة	الاختصار
قانون الأسرة الجزائري	ق.أ.ج
القانون المدني	ق.م
قانون الحالة المدنية	ق.ح.م
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.د.
غرفة الأحوال الشخصية	غ.أ.ش
الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا	إ.ق.م.ع
المجلة القضائية	م.ق
نشرة القضاة	ن.ق
الجزء	ج
المادة 9 مكرر	م.9 مكرر
لا توجد طبعة	لا.ط
لا يوجد دار نشر	لا.ن
لا يوجد مكان نشر	لا.م
دون تاريخ	د.ت
الصفحة	ص
توفي	ت
عاصب	ع
مجلة المحكمة العليا	م.م.ع

## المقدمة

لقد جُبلَ الإنسان منذ وجوده في الحياة على حب المال، ولما كان حب التملك في نفوس جميع الناس قديماً وحديثاً، فقد سعى الإنسان إلى استخلاف سلفه في أموالهم وحقوقهم بشتى الطرق والوسائل، وعلى إثر ذلك حاولت النظم القانونية القديمة وكذا الشرائع السماوية تنظيم الخلافة في المال، ففست وظلمت أشخاصاً ومنحت وحابت آخرين، وفق آلية الميراث المبدأ المتعارف عليه بين الشعوب القديمة والحديثة بين من تربطهم أصول ومصير مشترك. لقد عرف المصريون القدامى هذا المبدأ وكانت طريقة توريثهم أن يحل كبير الأسرة محل المتوفى.

وكان الميراث لدى الرومان واليونان متشابهاً في إقامة خليفة للميت. وكذلك القرابة لديهم هي القاعدة في الميراث، حيث إنه لم يكن للزوجين الحق في التوارث بينهما لعدم القرابة. أما نظام الإرث لدى اليهود فقد كان يقوم على حرمان الإناث من الميراث في حالة وجود الذكر، كما يعطى فيه للولد البكر حظ اثنين من إخوته الصغار ولو ولد من زواج غير شرعي، وإن الزوج يرث زوجته، بينما الزوجة لا ترث زوجها، والأم لا ترث أبناءها، بينما الأم إذا توفيت يرثها ابنها دون ابنتها. أما نظام الإرث في الجاهلية العربية فيقوم على عدم توريث البنات والزوجات، والأمهات، ولا غيرهن من النساء ولا الصغار؛ وإنما يرث الميت الذكور من أبنائه أو إخوته أو أبناء عمه البالغين. وعلى العموم يرجع نظام الإرث في الجاهلية إلى أسباب ثلاثة هي: النسب، التبني، والحلف (المعاقدة).

ولما جاء الإسلام أبطل حكم الهوى، ومنع الظلم، وثبت أركان العدل، ووضع نظاماً حكيماً للميراث، وجعل من أسبابه القرابة والزوجية، وقد جرى على نظام التدرج حتى يسهل على النفوس البشرية تقبله واستيعاب أحكامه.

وقد تولى الله سبحانه وتعالى قسمة الموارث في ثلاث آيات من سورة النساء (176.12.11) قامت أحكامها على أساس من العدل والمساواة؛ بتوريث الرجال والنساء

والكبير والصغير، بل حتى الجنين في بطن أمّه تحفظ له حقوقه بشرط أن يولد حيّاً، بخلاف ما كان في الشرائع القديمة.

هذا، وقد استمدت التشريعات العربية المعاصرة نظام الإرث من الشريعة الإسلامية، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في المواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة. وبالنظر إلى أن الإسلام هو أول من اعتمد حق التوارث بين الزوجين، فإن هذا الحق قد تعثر به بعض الإشكالات بسبب الوضعيات والتصرفات القانونية المختلفة التي قد تطرأ، أو يجريها أحد الزوجين؛ فيتم تعطيل أو إجازة هذا الحق.

### أولاً: أهمية موضوع البحث:

تتمثل الأهمية العلمية للموضوع باعتباره نصف العلم؛ وقد حث على تعلمه رسول الله ﷺ حيث قال: «تعلّموا الفرائض وعلمّوها الناس فإنّها نصف العلم وهو يُنسى وهو أول شيء ينزع من أمتي». (1)

وأما الأهمية العملية فتتمثل في معالجة المشكلات التي تعترض التوارث بين الزوجين، في حل المسائل المطروحة في الحياة العامة، وخاصة منها النزاعات المعروضة أمام الجهات القضائية والمحاكم، إذ لا تجد أحياناً في الفريضة من يخبرك عن حلها.

ولذلك جاء في الحديث الشريف، عن ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا القرآن وعلموه الناس، وتعلّموا الفرائض وعلمّوها فإني امرؤ مقبوضٌ، والعلم مرفوعٌ، وبوشكُّ أن يختلف اثنان في الفريضة والمسألة فلا يجدان أحداً يخبرهما». (2)

وبما أنّ الحق في التوارث بين الزوجين لم تعتمده النظم والشرائع القديمة والحديثة، وأنّ الإسلام هو من أرسى قواعده ونظّم أحكامه وتولى المولى عز وجل تحديد نصيب كل من

---

(1) أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض باب: الحث على تعليم الفرائض (2719)، ج4، ص23، وقال المحقق شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف جداً، وأخرجه الطبراني في "الأوسط" (5293)، وابن عدي 791/2، والدارقطني (4059)، والحاكم 4/331، والبيهقي 208/6-209 من طريق حفص بن عمر، بهذا الإسناد. وأخرجه الترمذي (2220) وقال الترمذي: هذا حديث فيه اضطراب. وضعفه الألباني في إرواء الغليل (1664، 1665).

(2) أخرجه الحاكم في المستدرک (7950)، ج4، ص369، وقال الذهبي: صحيح.

الزوجين في القرآن الكريم، ومع هذا هناك بعض الإشكالات التي تعترض تطبيق هذا الحق، ولعلها من دقيق هذا العلم؛ مما يقتضي معرفة كيفية معالجتها في إطار ما اعتمده قانون الأسرة الجزائري.

### ثانياً: إشكالية البحث:

يمكن صياغة إشكالية البحث في الاستفهام عن كيفية تنظيم المشرع الجزائري لأحكام التوارث بين الزوجين. وبالتالي الإجابة عن الأسئلة التالية:

(1) ما التوصيف العام لأحكام التوارث بين الزوجين في التشريع الجزائري؟

(2) كيف يتم تقسيم تركة أحد الزوجين إذا كان الزوج الوارث مفقوداً؟

(3) ما مدى نفاذ التصرفات القانونية من زواج وطلاق أثناء مرض الموت، وأثرها على

التوارث بين الزوجين؟

(4) ما آثار الزواج المختلط وكذا الزواج العرفي على التوارث بين الزوجين؟

### ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث:

تم اختياري لموضوع التوارث بين الزوجين وإشكالاته لسببين؛ الأول ذاتي، والثاني موضوعي. أمّا السبب الذاتي فبالنظر للرغبة والميل الذي أجد نفسي تواقّة لتعلّمه، وربّما إفادة غيري فيه؛ لأنّ تعلّم الفرائض وتعليمها أعتبره قرينةً إلى الله تعالى ورجاءً في حسن ثوابه.

أما السبب الموضوعي فيستند لعدم كفاية الدراسات التي تناولت الموضوع، وعدم تفصيلها في الصعوبات التي تواجه بيان أحكام التوارث بين الزوجين.

أضف إلى ذلك أن المسائل التي تطرح في الجانب التطبيقي العملي لا تجد لها حلاً في كثير من الأحيان، رغم أن علم الفرائض من أجلّ العلوم وأرفعها شأنًا، لاحتلاله مكانة رفيعة في الفقه الإسلامي.

ولعل من الأسباب الدافعة لبحث موضوع التوارث بين الزوجين ما نشهده عبر وسائل الإعلام والتواصل من دعوات تعاكس أحكام الشريعة في الموضوع، وتصور للرأي العام أن الإسلام لم يعط المرأة حقها، وأنه لم يسوّ بينها وبين الرجل في الميراث، مع إغفالهم لحقيقة

أن الإسلام هو من أكرم المرأة أمًا، وزوجةً، وبناتًا، وأختًا...

#### رابعاً: أهداف البحث:

تهدف دراسة هذا الموضوع إلى ما يلي:

- 1- التعرف على التوارث بين الزوجين وكذا أهم إشكالاته.
- 2- النظر في الحلول العملية المناسبة للتوارث بين الزوجين.
- 3- البحث عن أهمية دور المشرع والقضاء الجزائريين في تكييف أنواع الزواج والطلاق وأثرها على التوارث.

#### خامساً: الدراسات السابقة في موضوع البحث:

لقد سبقت هذا البحث دراسات كثيرة تخص الميراث في مجملها، إلا أنها لم تُفصّل في توارث الزوجين بالحد الكافي، ويذكر على سبيل المثال: العربي بلحاج في كتابه "أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجزائري".

#### سادساً: صعوبات البحث:

اعترضت هذا البحث عدة صعوبات، ولعل أهمها كون الموضوع لم يحض بدراسة منفردة ومفصلة من قبل شراح القانون؛ ولذا حاولت جاهداً الإمام بجزئيات هذا النوع من التوارث بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية في قانون الأسرة، والقانون المدني، وقانون الحالة المدنية، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### سابعاً: منهج البحث:

لإعداد هذه المذكرة اعتمدت على المنهج الوصفي لكونه يتناسب مع جل الدراسات القانونية بالإضافة إلى أنه يصف ظاهرة الزواج والطلاق وآثارهما المتمثلة في التوارث بين الزوجين، وكذلك وصف أهم الإشكالات التي ترد على هذا النوع من الميراث، كأنواع الزيجات التي تمنع التوارث بين الزوجين، وأنواع الطلاق المجيز للتوارث، والتصرفات أثناء مرض الموت.

وبدرجة ثانية اعتمدت على المنهج التحليلي نظراً لطبيعة الموضوع الذي يقتضي تحليل

النصوص القانونية، والاجتهادات القضائية.

كما استعملت المنهج المقارن في بعض المواضع لأجل التفرقة بين ما أخذ به المشرع الجزائري فيما يخص الزواج والطلاق أثناء مرض الموت مقارنة بالفقه الإسلامي، وكذلك معرفة موقف المشرع الجزائري في الزواج المختلط وأثره على توارث الزوجين مقارنة بالقوانين المخالفة في ضابط الإسناد.

### ثامنا: خطة البحث:

جاءت خطة البحث في مقدمة وفصلين؛ حيث عرض الفصل الأول "أحكام التوارث بين الزوجين" من خلال مبحثين؛ تطرق الأول منهما إلى "مفهوم التوارث بين الزوجين"، ومبحث الثاني في "الأحكام الواردة على التوارث بين الزوجين". أما الفصل الثاني فعالج "إشكالات التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري" من خلال مبحثين كذلك؛ تناول الأول منهما "إشكالات الزواج"، وعرض الثاني "إشكالات الطلاق". ثم جاءت الخاتمة متضمنة أهم النتائج وأبرز التوصيات.

# الفصل الأول

## أحكام التوارث بين الزوجين

يعتبر نظام الميراث في الإسلام بأنه خير ما عرفت الإنسانية من نظم الموارث في قديم الزمان وحديثه. وتتجلى هذه الخيرية في إعطاء المرأة حقوقها خاصة ما يتعلق منها بالجانب المالي، سواء كانت المرأة أمًا، أو بنتًا، أو زوجةً، أو أختًا. والشريعة الإسلامية هي الشريعة الوحيدة التي تميزت بجعل الزوجية الصحيحة سببا من أسباب التوارث بين الزوجين.

وقد شرع التوارث بين الزوجين أيام النبي ﷺ، ففي حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: « جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى الرسول ﷺ بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدًا، وإن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالًا، ولا تتكحان إلا بمال فقال: يقضي الله في ذلك؛ فنزلت آية الميراث؛ فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: أعطِ ابنتي سعد الثلثين، وأمهما الثمن، وما بقي فهو لك» (1).

والميراث عمومًا والتوارث بين الزوجين خاصة لم يكن مطلقًا، بل هناك ضوابط وأحكام وضعتها الشريعة الإسلامية لاستحقاق الوارث في مال مورثه، وعلى ضوءها استمدت التشريعات العربية، ومنها المشرع الجزائري من خلال المواد 126 إلى غاية 138 من قانون الأسرة، حيث نظمت أحكام الميراث من حيث أركانه وأسبابه وشروطه وموانعه.

ولكن نجد أحكاما تخص التوارث بين الزوجين ونص عليها قانون الأسرة في مواد متفرقة، كالتوارث بطريق الفرض بين الزوجين وقد نص عليها في المواد من 139 إلى 146 منه، وكذلك أحكام الحجب والعول والرد التي نص عليها قانون الأسرة في المواد 159 و160 و166 و167 منه؛ وهناك أحكام أخرى لم ينص عليها قانون الأسرة. ومع هذا فبالرجوع إلى المادة 222 منه فإنها تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية التي وضعت أحكامها كالمناسخة والتخارج، بالإضافة إلى وضعية الزوج المفقود الذي لا تعرف حياته من موته وكيفية توريثه،

---

(1) حديث حسن أخرجه الترمذي، وأبو داود، وابن ماجه، وأحمد، والدارقطني، والبيهقي؛ انظر: جامع الأصول (83/2)، المسند (352/3)، فتح الباري (244/8)، إرواء الغليل (122/6).

وقد نص عليها قانون الأسرة في المواد من 109 إلى 115 منه بالإضافة إلى المادة 133 من قانون الأسرة. وللتفصيل أكثر فيما ذكرنا من عناصر يمكننا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

**المبحث الأول: مفهوم التوارث بين الزوجين.**

**المبحث الثاني: الأحكام الواردة على التوارث بين الزوجين.**

## المبحث الأول

### مفهوم التوارث بين الزوجين

يراد بأحكام التوارث تلك الأحكام التي تنطبق على كل حالات التوارث بين الزوجين؛ ذلك أن التوارث لكي يتحقق لابد من ثلاثة أشياء تسمى أركاناً، والميراث شرعاً وقانوناً له أسباب شرعية، إذا وجد أحد هذه الأسباب وجد الميراث، وذلك بعد تحقق شروطه، إذ لا يكفي لثبوت الإرث مجرد وجود سببه، بل لابد من توافر شروط الاستحقاق مجتمعة، أي لا يقوم أحدها مقام الآخر بالإضافة إلى عدم وجود مانع من موانع الإرث.

ولدراسة هذا المبحث أقترح تقسيمه إلى أربعة مطالب:

**المطلب الأول:** تعريف التوارث وبيان أركانه.

**المطلب الثاني:** أسباب التوارث.

**المطلب الثالث:** شروط التوارث.

**المطلب الرابع:** موانع التوارث.

## المطلب الأول

### تعريف التوارث وبيان أركانه

سوف نتطرق أولاً لتعريف التوارث، وثانياً لبيان أركانه من خلال الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: تعريف التوارث:

لتعريف التوارث يقتضي الرجوع إلى الاستعمال اللغوي ثم الاصطلاحي:

#### أولاً: تعريف التوارث لغة:

توارث: على وزن تفاعل، والفعل ورث، أي ورث، يرث ورثاً وإرثاً وإرثته وتراثاً فلاناً: انتقل إليه مال فلانٍ بعد وفاته، يقال: ورث المال والمجد عن فلان، إذا صار مال فلان ومجده إليه، وورث الرجل مالاً: جعله ميراثاً له.<sup>(1)</sup>

والميراث مصدر الفعل ورث، وأصله مؤرث؛ انقلبت الواو ياءً لسكونها وكسر ما قبلها.<sup>(2)</sup> ويطلق الميراث في اللغة على معينين؛ الأول: البقاء ومنه سمى الله تعالى ذاته (الوارث)، أي الباقي بعد فناء الخلق، ومنه قوله ﷺ: «اللهم متعني بصبري وبعيني وبعيني وبعيني»<sup>(3)</sup>، أي أبقهما معي سالمين صحيحين حتى الموت.<sup>(4)</sup>

والثاني: انتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين، سواء أكان الشيء مادياً كالأموال أم معنوياً كالمجد والأخلاق<sup>(5)</sup>

يقال في العربية: أُوْرث، إِيْرثاً، أُوْرثه: جعل له ميراثاً: أُوْرث فلاناً مالاً: جعله له ميراثاً، أُوْرثه السقم: ألبسه إياه، أُوْرثه الشيء: أعقبه إياه، أُوْرثه الحزن همماً: سببه له، أُوْرثه ولده: لم يدخل أحداً معه في ميراثه.

(1) مجموعة من المؤلفين، المنجد في اللغة والأعلام، (ط:37؛ لبنان، دار المشرق، 1998م)، مادة ورث، ص895.

(2) محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج2، (لا.ط؛ لبنان: دار صادر، 2003م)، مادة ورث، ص200.

(3) أخرجه الترمذي، في الجامع الكبير، باب جامع دعوات النبي (3480/67)، ج2، ص465.

(4) محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج1، (ط:3؛ مصر: المطبعة الأميرية، 1301هـ)، مادة ورث، ص175.

(5) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، (ط:4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 2004م)، مادة ورث، ص1024.

وتوارث القوم: ورث بعضهم بعضاً، توارث القوم المال أو المجد: ورثه بعضهم عن بعض قَدَمًا. يقال: "توارثوا المجد كابرًا عن كابر" و"المجد متوارث بينهم" و"هم في إرث مجدٍ" و"توارثتني الحوادث" أي تداولتني<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: تعريف التوارث بين الزوجين اصطلاحاً:

ليس هناك تعريف دقيق لهذه الكلمة المركبة (التوارث بين الزوجين)، غاية ما في الأمر هو أن جل التعريفات جاءت عامة، ولم تخص نوعاً أو صنفاً من الورثة كالزوجين مثلاً. وكلمة الميراث والتي تعني التوارث إلا أن التوارث لما كان بين الزوجين اصطلاح عليه بهذه التسمية التي هي أدق من الميراث؛ لأن الميراث بين الزوجين يصلح من الجهتين أي كل منهما يرث الآخر.

ولذلك نذكر على سبيل المثال بعض التعريفات الاصطلاحية لكلمة الميراث ومنها:

- (1) هو انتقال مال الغير على سبيل الخلافة<sup>(2)</sup>.
- (2) هو استحقاق الوارث مما تركه الميت بسبب من أسباب الإرث<sup>(3)</sup>.
- (3) هو حق قابل للتجزؤ ثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوه<sup>(4)</sup>.
- (4) هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالاً عقاراً أو منقولاً، أو حقاً من الحقوق الشرعية القابلة للانتقال بطريق الميراث<sup>(5)</sup>.

---

(1) مجموعة من المؤلفين، المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص895.  
(2) نظام الدين البلخي وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ج6، (ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2000م)، ص497.  
(3) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون التجهيز والديون والوصايا والموارث وتقسيماتها، (ط:1؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009م)، ص212.  
(4) محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، ج15، (ط:2؛ لبنان: دار الفتح، 1972م)، ص331.  
(5) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، (ط:1؛ لبنان: المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2001م)، ص10.

(5) هو ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي<sup>(1)</sup>. ومن خلال هذه التعريفات يمكن صياغة تعريف يتناسب والموضوع، فالتوارث بين الزوجين هو: استحقاق الزوج الوارث في الأموال والحقوق الشرعية للزوج المتوفى، وذلك بسبب الزوجية القائمة بينهما قبل الوفاة.

### الفرع الثاني: أركان التوارث

لا يتصور وجود الشيء بفقد الركن فيه، ولكي يتحقق التوارث بين الزوجين لابد من توافر ثلاثة عناصر تسمى أركاناً، وهي كالاتي:

#### الركن الأول: المورث:

ويقصد به الزوج المتوفى، الذي يستحق زوجه أن يرث منه، بعد وفاته حقيقة بأن فارق الحياة، أو حكماً بأن حكم القاضي بموته مع احتمال حياته<sup>(2)</sup>.

#### الركن الثاني: الوارث:

وهو الزوج الحي الذي يستحق نصيباً من تركة زوجه المتوفى، وذلك لقيام العلاقة الزوجية قبل الوفاة.

وقد يكون الوارث زوجاً كما قد تكون زوجة.

#### الركن الثالث: الموروث:

ويقصد به التركة؛ أي: ما يخلفه الزوج الميت وراءه من أموال، وحقوق قابلة للانتقال عن طريق التوارث، وتنتقل إلى الزوج الوارث (الحي) بالخلافة الإجبارية؛ التي مفادها أن الوارث يخلف مورثه في تركته، وهذه الخلافة تثبت للوارث بحكم الشرع والقانون، وليس بإرادة المورث أو الوارث<sup>(3)</sup>.

---

(1) عبد الفتاح تقيّة، الوجيز في الموارث والتركات، (ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م)، ص14.  
(2) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، (ط:1؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009 م)، ص 90.  
(3) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، (ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008م)، ص77.

## المطلب الثاني أسباب التوارث

إن أسباب الميراث عمومًا هي: القرابة، الزوجية، الولاء.

فيما يخص الولاء (أو النسب الحَكَمِي)<sup>(1)</sup> فهذا الحكم تاريخي ولم يبق له وجود في الوقت الحاضر، لذلك لم ينص عليه قانون الأسرة الجزائري. وقد حصر القانون المذكور أسباب التوارث في سببين رئيسيين طبقًا للمادة 126 من قانون الأسرة وهما: القرابة والزوجية، ولذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

### الفرع الأول: القرابة الحقيقية (رابطة النسب).

وهي كل صلة نَسَبِيَّة سببها الولادة وقرابة النسب تربط الوارث بمورثه، فهي رابطة الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه فقرابة النسب إذًا هي سبب موجب للتوارث بين القريبين، إذا مات أحدهما وتوافرت شروط الإرث وانتفت موانعه<sup>(2)</sup> والأقارب الوارثون أنواع ثلاثة: أصحاب فروض، وعصبة نسبية ثم ذوي الأرحام.

والقرابة بإيجاز هم: الوالدان، والأولاد، ومن انتسب إليهم<sup>(3)</sup>.

وسبب القرابة ليس موضوع بحثنا ما دمنا بصدد الحديث عن أسباب التوارث بين الزوجين ولذلك يمكننا حصرها في سبب وحيد وهو الزوجية.

### الفرع الثاني: الزوجية:

والمقصود بها الزواج الصحيح؛ إذ به يثبت التوارث بين الزوجين، سواء حصل به دخول

---

(1) وهو ما نشأ بسبب العتق، فكل من أعتق عبدًا ثم مات هذا العبد من غير وارث فإن الذي أعتقه يكون وارثًا له؛ انظر: الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص78.

(2) يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف، ج1، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، (لا.ط؛ مصر: مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2007م)، ص80.

(3) عبد الفتاح تقية، الوجيز في الموارث والتركات، المرجع السابق، ص18.

أم لم يحصل فبمجرد العقد يثبت التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الزوجية سبب موجب للتوارث من الجانبين، أي أن كلا من الزوجين يرث الآخر إذا مات قبله وكذلك القرابة، وقد يجتمع في شخص واحد سببان من أسباب الميراث، كما في زوج هو ابن عم لزوجته أو ابن خال لزوجته؛ فإنه يرث في الأولى بالزوجية نصياً ويرث بالتعصيب نصياً آخر، أما في الثانية فإنه يرث بالزوجية نصياً ويرث بذوي الأرحام نصياً آخر، وسبب الزوجية على العموم يتطلب وفق قانون الأسرة الجزائري شرطين مهمين وهما:

أولاً: أن يكون الزواج صحيحاً.

ثانياً: أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث ولو حكماً<sup>(2)</sup>.

---

(1) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص78  
(2) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص92.

## المطلب الثالث

### شروط التوارث

لا يكفي لثبوت التوارث بين الزوجين مجرد وجود سبب التوارث، بل لابد من توفر شروط الاستحقاق والشروط قسمان هناك شروط عامة وشروط خاصة.

أما الشروط الأولى فهي متعلقة بشروط الميراث عامة، وأما الشروط الثانية فهي متعلقة بالشروط الخاصة بسبب الزوجية ولأن التوارث في حقيقته هو خلافة شرعية للزوج الحي في أموال الزوج الميت، وشروط الاستحقاق أردنا أن نضعها في صورة فروع لهذا المطلب باعتبار نوعي الشروط وهي كالاتي:

#### الفرع الأول: الشروط العامة:

وهي وفق قانون الأسرة الجزائري ثلاثة شروط تكون مجتمعة، لا يقوم أحدهما مقام الآخر<sup>(1)</sup> وهي:

#### أولاً: تحقق موت المورث حقيقة أو حكماً:

أما حقيقةً فينعلق الأمر بالوفاة الحقيقية المعلومة والتي عادةً ما تثبت بشهادة الوفاة الدالة على تلك الحقيقة<sup>(2)</sup>، والموت الحقيقي يأتي نتيجة مرض أو حادث أو اعتداء أو حال عرضي يثبت في تاريخ أو مكان معينين، إما بالمشاهدة أو البيّنة الشرعية، بناءً على ما هو مسجل في سجلات الحالة المدنية أو شهادة الوفاة<sup>(3)</sup>.

وقد ذهب المحكمة العليا بأن إثبات تاريخ الوفاة قصد الوصول إلى مال الشركة، لا يعد مجرد مسألة من مسائل الحالة، فإنه يستوجب على قضاة الموضوع قبول شهادة الأقارب في

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص99.

(2) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص79.

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17/03/1998. ملف رقم 179557، م.ق، 1998م، عدد2، ص79؛ كذا في إ.ق.

غ.أ.ش، عدد خاص 2001م، ص162. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط:1؛ الجزائر: منشورات كليك، 2013م)، ص906.

إثبات الوفاة مع التحقيق في القضية وفقاً للمادة 64 من قانون.إ.م.<sup>(1)</sup>.

أما حكماً فيتعلق الأمر بالمفقود (سيأتي التفصيل في حكم المفقود لاحقاً) وهي الوفاة الافتراضية التي تصدر في حقه بعد مرور المدة الكافية التي نص عليها القانون وهنا تثبت الوفاة بحكم من القضاء وتسجيل هذا الحكم في سجل الوفيات بالحالة المدنية<sup>(2)</sup> وقد نص على هذا الحكم في المادة 127 ق.أ.ج « يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي».

### ثانياً: تحقق حياة الوارث وقت موت مؤرثه:

يقتضي هذا الشرط ضرورة وجود الوارث وقت موت مورثه المادة 128 ق.أ.ج، بأن يكون الوارث حياً وقت افتتاح التركة والأصح وقت موت المورث، وهذا لأن الوارث إنما يخلف المورث بعد موته، وينتقل إليه الملك بطريق الإرث، فلا بد أن يكون حياً عند موت مورثه، لتتحقق أهليته إذ الميت ليس أهلاً لأن يملك، ولنتصور هذا الشرط ونقول لو مات الزوجين في تحطم طائرة أو في حادثة غرق باخرة أو وقع عليهما سقف البيت، ولم يُعلم أيها مات قبل الآخر؟ فلا توارث بينهما ولا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر وهذا ما أشارت إليه المادة 129 ق.أ.ج والذي يتماشى مع عبارة الفقهاء من قولهم «لا توارث بين الغرقى والحرقى، والهدمى» وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة الموت الجماعي أو الموت في وقت واحد كالغرقى في السفينة والهدمى من تهدم البناء والقتلى والحرقى في الحرب أو في حوادث السير أو غيرها، فهؤلاء وأمثالهم لا توارث بينهم لمانع الشك من الميراث، وذلك لانقضاء التيقن من حياة الوارث

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 179557، مذكور سابقاً؛ 2001/04/18م، ملف رقم 262912، م.ق، 2004م، عدد2، ص409. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1182.

(2) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص79.

(3) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص41.

بعد موت المورث، وتركة كل واحد منهم لورثته الأحياء، ولا يرث بعضهم بعضاً، إلا إذا علم ترتيب موتهم فيرث المتأخر من الميت المتقدم<sup>(1)</sup> لأنه لا توارث بين الأموات، ولأن الميراث ملكية استخلافية للحي من المورث الميت.

### ثالثاً: عدم وجود مانع من موانع الإرث:

قد تتحقق شروط الميراث السابقة الذكر - الشرطين الأولين - مع قيام سبب الإرث ومع ذلك يحرم الوارث من الميراث متى نزل به مانع من موانع الإرث المذكورة في المواد (135 إلى 138 ق.أ)<sup>(2)</sup> لأنه بوجود هذا المانع فلا يستحق الإنسان الإرث وهو ما نصت عليه المادة 128 ق.أ بقولها: « يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً.... مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث »<sup>(3)</sup>.

وعلى عكس المشرع الجزائري الذي اعتبر شروط استحقاق الإرث ثلاثة، فهناك من اكتفى بشرطين اثنين، واعتبر أن انتفاء المانع ليس شرط في الإرث، وإنما الشرط هما الأولان فقط، كما نص القانون المصري على ذلك في المادة الثانية منه وكذلك نص القانون السوري في المادة 26 على هذين الشرطين أيضاً<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الخاصة:

يشترط لاستحقاق التوارث بسبب الزوجية وفقاً لقانون الأسرة الجزائري أن يكون عقد الزواج صحيح فيرث كل من الزوجين الآخر، سواء كان هناك دخول أم لا. ويشترط أيضاً لميراث الزوجين من بعضهما أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث ولو حكما وعليه فالشروط الخاصة هي:

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 106.

(2) المرجع نفسه، ص 109.

(3) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 84.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، (لا.ط؛ سوريا: دار الفكر المعاصر، د.ت)، ص 7709.

## أولاً: أن يكون الزواج صحيحاً:

لا يقع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان عقد الزواج صحيحاً، ولو من غير دخول أو خلوة (المادة 126 و130 ق.أ.ج)، وعقد الزواج الصحيح هو ما ورد عن النبي ﷺ قوله: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»<sup>(1)</sup> أي ما جاء تطبيقاً لنص المادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة. فمتى كان عقد الزواج صحيحاً فقد وجد سبب التوارث بين الزوجين.

وأما الزواج العرفي يثبت بعد موت أحد الأزواج وفقاً للمادة 22 ق.أ. بسماع شهادة الشهود، إضافة إلى توجيه اليمين إلى المدعي بالزواج العرفي من المورث وهذا وفقاً لقول الإمام خليل في باب الشهادة: «لا نكاح بعد الموت»<sup>(2)</sup> وعلى هذا الاتجاه سارت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 19/09/2000<sup>(3)</sup>.

أما إذا ثبت بطلان الزواج فلا توارث بين الزوجين (المادة 131 ق.أ) ولا توارث أيضاً بالزواج الفاسد ولو وقع بعدها دخول حقيقي<sup>(4)</sup>، أمّا عقد الزواج في مرض الموت، فإنه فاسد عند المالكية، ولا توارث بين الزوجين خلافاً للأئمة الثلاثة<sup>(5)</sup> وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها من أن زواج المريض مرض الموت (زوجاً كان أو زوجة) هو من الأئحة

---

(1) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (13722)، ج7، ص203؛ وابن حبان في صحيحه (4075)، ج9، ص386، وقال المحقق شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/09/22م، ملف رقم 204254، م.ق، 2000م، عدد2، ص 173. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص963.

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 19/09/2000م، ملف رقم 248683، م.ق، 2003م، عدد2، ص 276. (العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966م، 2006م، ط:3؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007م)، ص 112.

(4) محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، اعتنى به: محمود بن الجميل، ج2، (ط:1؛ الجزائر: دار الإمام مالك، 2008م)، ص 24.

(5) عبد الرحمن بن القاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج4، (ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1994م)، ص 96.

الفاصلة التي لا ميراث فيها<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث ولو حكماً:**

ما يفهم من مضمون المادة 132 ق.أ، أن المعتدة من طلاق رجعي تترث مطلقاً وهو يرثها أيضاً لأن الزوجية تبقى قائمة ما دامت العدة لم تنقض. أما إذا وقع الطلاق وانقضت العدة أصبح الطلاق بائناً. سواء صدر من القاضي أو من الزوج - ولا يحصل به الميراث<sup>(2)</sup>، لأن المعتدة في طلاق بائن لا تترث إلا في طلاق الفرار. فشرط التوارث بين الزوجين يجب أن تتوفر الشروط العامة والخاصة مجتمعة وهي خمسة لاستحقاق الإرث بين الزوجين ما لم يوجد مانع من الموانع.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/05/23، ملف رقم 251656، م.ق، 2002، عدد1، ص305. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1172.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/06/05، ملف رقم 53978، م.ق، 1992، عدد1، ص40. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 562.

## المطلب الرابع

### موانع التوارث

إن وجود الأركان، وتحقق الأسباب، وتوافر الشروط، لا يكفي لإنتاج الآثار المرجوة، ما لم تنتفِ الموانع التي تحول دون تحقيق هذه الآثار.

ويعرف المانع بأنه ما يلزم من وجوده عدم الحكم مع قيام السبب، وتحقق الشرط، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم، ولا عدمه لذاته<sup>(1)</sup>.

والموانع هي الأوصاف التي توجب حرمان الوارث من الإرث وتجعله في حكم العدم (أي اعتباره كأن لم يكن)، وقد اتفق الفقهاء على ثلاثة منها هي: الرق، القتل، اختلاف الدين، واختلفوا فيما عداها<sup>(2)</sup>.

وموانع الميراث في قانون الأسرة الجزائري هي أربعة ولذلك نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: القتل العمد:

اتفق الفقهاء على أن القتل العمد مانع من الميراث لقوله ﷺ «ليس لقاتل ميراث»<sup>(3)</sup> ولأن القاتل استعجل الميراث والقاعدة الفقهية تقول: « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» والحكمة أنه لو لم يمنع القاتل من الإرث لأقدم أشخاص على قتل أقرانهم، ليتوصلوا إلى تملك أموالهم فتسود الفوضى، ويعدم الأمن والاستقرار، ومن ناحية ثانية فإن القتل في حد ذاته جريمة نكراء، وليس من المستساغ عقلاً ولا شرعاً، أن يكون ارتكاب الجريمة سبباً إلى النعمة ووسيلة إلى تملك الجاني مال المجني عليه والانتفاع به<sup>(4)</sup>.

(1) أحمد الحصري، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، (ط:1؛ لبنان: دار الجيل، 1992م)، ص133.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص7710.

(3) أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الديات، باب القاتل لا يرث، رقم: 2646، ج3، ص662. وقال فيه المحقق شعيب الأرنؤوط: حسن لغيره. وهو مروى في الموطأ وغيره بلفظ: "لا يرث القاتل شيئاً".

(4) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص42.

وقد اختلف الفقهاء في نوع القتل المانع من الميراث على النحو الآتي:

(1) ذهب الحنفية إلى أن القتل المانع من الميراث هو كل قتل يجب فيه القصاص،

أو الكفارة والقتل بهذه الصورة يشمل أربعة أنواع: القتل العمد والقتل شبه العمد

والقتل الخطأ والقتل الجاري مجرى الخطأ. ولا يدخل في القتل المانع من الميراث

القتل بالتسبب، ولا القتل من غير المكلف، أو القتل بحق أو القتل بعذر<sup>(1)</sup>.

(2) ويرى الحنابلة بأن القتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق، وهو المضمون

بقصاص أو دية أو كفارة، فيشمل العمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى

الخطأ كالقتل بالتسبب، وقتل الصبي والمجنون والنائم<sup>(2)</sup>.

(3) وقال الشافعية أن القتل يمنع مطلقاً من الإرث، سواء كان عمداً أم خطأ، وسواء

كان بطريق المباشرة أم التسبب وسواء كان القتل بحق، أم بغير حق لعموم قوله

ﷺ: «ليس لقاتل ميراث»<sup>(3)</sup>.

(4) وذهب المالكية إلى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء

كان مباشرة أم سبباً<sup>(4)</sup> ويشمل حتى المحرض عليه والشريك وشاهد الزور الذي

أدت شهادته إلى قتل المورث أما القاتل خطأ فلا يمنع من الميراث، ولكن لا يرث

من الدية لأنها وجبت بسبب فعله.

وبالنظر إلى قانون الأسرة الجزائري يبدو أن المشرع تأثر برأي المالكية في الموضوع من

خلال المادتين 135 و 137 من ق.أ، وقد ألحق القانون من باب القياس أشخاصاً آخرين

اعتبرهم من ضمن الممنوعين من الميراث نص عليهم في المادة 135 ق.أ وهم شاهد الزور

الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام، وتنفيذه وكذلك العالم بالقتل وتدبيره إذا لم يخبر

(1) أحمد الحصري، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص 134.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص 7717.

(3) الحديث سبق عزوه؛ وانظر: العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،

ص 110.

(4) السيد سابق، فقه السنة، المجلد 3، (لا.ط؛ لبنان: دار الجيل، 1995م)، ص 349.

السلطات المعنية.

ويبدو أن المشرع قد عاقب سيء النية بحرمانه من الميراث قياساً على القتل العمد. وأما القتل الخطأ فلا يعتبر مانعاً من موانع الميراث، لانتفاء صفة العمد ولذلك نص عليه في المادة 137 من ق.أ. «يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض»<sup>(1)</sup>. كما أن الممنوعين من الإرث للأسباب التي ذكرتها المادة 135 ق.أ. لا يجزون غيرهم وهذا طبقاً للمادة 136 ق.أ.

وعموماً نجد أن المشرع الجزائري قد توسع في القتل العمد باعتبار سيء النية ممن يجب معاقبته وحرمانه من الميراث وهذا مقارنة بالمشرع التونسي الذي ساير القانون الجزائري في نص الفصل 88 باستثناء حالة العلم بالقتل وتدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية فإنه لم يذكرها أما المشرع المغربي فنص فقط في المادة 333 على حالة القتل العمد ولم يذكر شهادة الزور والعلم بالقتل<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي الذي يعتبر أن القاتل العمد يمنع من الميراث ولو أتى بشبهة، كقتل الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا هذا بخلاف الحنفية الذين يعتبرون القتل بعذر لا يمنع من الميراث كأن يقتل الزوج زوجته، أو ذات رحم من محارمه المؤنث لأجل الزنا وهذا خلافاً للشافعي<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: اللعان:

وهو ما يحصل من ملاعنة بين الزوجين وحلّفَ أمام القضاء بسبب نفي الحمل أو دعوى الرمي بالزنا<sup>(4)</sup> وهو أربعة شهادات مؤكّدة بالإيمان يؤديها الزوجان أمام القضاء. وهذا مستفاد من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ

(1) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

(2) المرجع نفسه.

(3) أحمد الحصري، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص 138-139.

(4) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 113.

أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعَنَتِ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ  
 مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ  
 ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ [النور: 06-09]

ومن السنة أن رجلاً لآعن امرأته في زمن النبي ﷺ وانتفى من ولدها، ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة<sup>(1)</sup>.

وبناء عليه إذا تمت الملاعنة المقررة شرعاً فرق القاضي بين الزوجين، ونفى نسب الولد من الزوج؛ فلا يرث الولد من الزوج الملعن طبقاً للمادة 138 ق.أ.ج، وإنما التوارث بين الولد وأمه حاصل لأنها هي التي حملت وهي التي ولدت، وأما بين الزوجين فلا توارث بينهما لانتهاء الزوجية لأن اللعان بين الزوجين مانع من موانع الميراث، وهو ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 138 منه بقولها: (يمنع من الإرث اللعان) وذلك لأن فرقة اللعان مؤبدة ونهائية عند الجمهور لقوله ﷺ: « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً »<sup>(2)</sup>. وبهذا الشأن ذهبت المحكمة العليا بأنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد، ويقع التحريم بين الزوجين<sup>(3)</sup> بالإضافة إلى أن مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: الردة:

تعتبر الردة من الموانع التي تمنع صاحبها من الميراث، والمقصود بها الخروج من ملة الإسلام وبهذا الخروج من الملة يصبح كافراً، أو ينكر أمراً معلوم من الدين بالضرورة

(1) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، باب ميراث الملاعنة (6748)، ج8، ص153.  
 (2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (15354)، ج7، ص672، والدار قطني في سننه (3706)، ج4، ص416.  
 (3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/07/1990م، ملف رقم76343، م.ق.1991م، عدد3، ص75.(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق)، ص507.  
 (4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25/12/2002م، ملف رقم296020، م.ق.2004م، العدد2، ص282.(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1241.

كنكرانه لفريضة الزكاة، ولقد أجمع الفقهاء على أن المرتد عن الإسلام يستتاب ويعطى له مهلة للعدول عن رده، فإن لم يتب يقتل، وإن كانت امرأة تحبس حتى تتوب، أو تموت عند أبو حنيفة<sup>(1)</sup> يقول عليه الصلاة والسلام: « من بدل دينه فاقتلوه »<sup>(2)</sup>.

لا خلاف بين الفقهاء على أن المرتد لا يرث من أحد مات أبداً، حتى ولا من مرتد مثله، فلا يرث من مسلماً لاختلاف الدين ولا يرث غير المسلم؛ لأنه لا يقر على رده، ولا على ما اختاره ديناً له، ولأنه جانٍ بارتداده، فلا يستحق الميراث<sup>(3)</sup>.

وأما الإرث من المرتد ففيه خلاف:

في حين يرى أبو حنيفة: أن يرث الورثة المسلمون من الرجل المرتد ما اكتسبه حال الإسلام وأما ما اكتسبه في حالة الردة، فيكون شيئاً<sup>(4)</sup> لبيت مال المسلمين وأما المرتدة فجميع تركتها لورثتها المسلمين وقال الصحابيان: ما تركه المرتد من مال سواء كان كسبه حال إسلامه أو بعد رده هو لوارثه المسلم ككسب المرأة المرتدة.

ويرى الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) أنه لا يرث المرتد ولا يورث كالكافر الأصلي، بل يكون ماله شيئاً لبيت المال سواء اكتسبه في الإسلام، أم في الردة، لأنه برده صار حرباً على المسلمين، فيكون حكم ماله كحكم مال الحربي، هذا إن مات على رده، وإلا فماله موقوف، فإن عاد إلى الإسلام فهو له.

وفي مسألة ردة أحد الزوجين يرى الحنابلة: إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول، انفسخ النكاح في الحال، ولم يرث أحدهما الآخر، وإن كانت رده بعد الدخول ففيه روايتان إحداهما: يتعجل الفرقة.

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 116.

(2) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم (6922)، ج 9، ص 15.

(3) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون التجهيز والديون والوصايا والموارث وتقسيماتها، (ط: 1؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009م)، ص 289؛ نقلاً عن: التحفة الخيرية، ص 61.

(4) الفيء: هو المال الذي أخذ من أهل الحرب بغير قتال، بخلاف الغنيمة: فهي المال الذي أخذ منهم عنوة وقت الحرب والقتال؛ انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 1، المرجع السابق، مادة فيأ، ص 126، 127.

والأخرى: يقف على انقضاء العدة، وأيهما مات لم يرثه الآخر<sup>(1)</sup>.

ويرى الإمام مالك بأن المرتد لا يرث ولا يورث وتذهب أمواله إلى بيت المال وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 138ق.أ«يمنع من الإرث اللعان والردة» وهو الاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الرابع: اختلاف الدين.

ويقصد بهذا المانع: أن تكون ديانة الوارث مختلفة عن ديانة المورث، أي بمعنى أن يكون كل منهما معتنقاً لديانة مغايرة للآخر<sup>(3)</sup>. والأصل في هذا المانع هو ما روي عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: « لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم »<sup>(4)</sup>، وهذا هو رأي الأئمة الأربعة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ. بينما يرى معاذ ومعاوية وابن المسيب ومسروق والنخعي: أن المسلم يرث الكافر وليس العكس، كما يتزوج المسلم الكافرة ولا يتزوج الكافر المسلمة. أما غير المسلمين فإن بعضهم يرث بعضاً لأنهم يعتبرون أهل ملة واحدة<sup>(5)</sup>.

وبالرجوع للحديث السالف الذكر، فإذا كان الميت مسلماً والوارث كافراً (كأن يكون يهودياً أو نصرانياً أو وثنياً)، أو بالعكس؛ فإنه لا توارث بين ملتين لقوله ﷺ: « لا يتوارث أهل ملتين »<sup>(6)</sup> وبهذا الحديث أخذ فقهاء المالكية فلا يرث الكافر الكافر إذا اختلف دينهما؛ ولا يرث اليهودي النصراني، ولا النصراني اليهودي، ولا يرث اليهودي المجوسي بناءً على أن اليهودية ملة والنصرانية ملة أخرى.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص7721.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/06/20، ملف رقم244899، م.ق، 2003م، عدد1، ص345.(جمال سايس،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1205.

(3) يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف، ج1، المرجع السابق، ص104.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، باب لا يرث المسلم الكافر ... (6764)، ج8، ص156.

(5) السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص348.

(6) أخرجه الحاكم في المستدرك (2944)، ج2، ص262 وقال الذهبي: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وأخرجه ابن ماجه في السنن (2731)، ج2، ص912، ورمز له الألباني بالصحة. وأحمد في المسند (6664)، ج11،

ص245.

والدليل على أن الأديان غير الإسلام ملل مختلفة قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِغِينَ وَالنَّصْرِيَّ وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ [الحج:17] إن علة المنع في نظر الجمهور هو أن أساس الميراث في الإسلام هو التناصر بين الوارث والمورث، ولا تناصر بين المسلم والكافر ولو كان الوارث والمورث زوجين، كما أن الميراث يُبنى على الولاية والمحبة والنصرة وهي أمور لا تتحقق مع اختلاف الدين، فإنه لا ولاية للكافر على المسلم<sup>(1)</sup> لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:141]

غير أن الحنفية ذهبوا إلى أن سائر الملل الأخرى غير الإسلام، تتوارث فيما بينها على أساس أنها أمراً واحداً مقابل الإسلام (إذ الكفر ملة واحدة)، وبهذا أخذ القانون المصري للمواريث في المادة السادسة منه<sup>(2)</sup>، وبخلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على اختلاف الدين من موانع الإرث في المواد من 135 إلى 138 ق.أ فإن المشرع الموريتاني يعتبر اختلاف الملة من موانع الإرث وذلك في المادة 234 منه. وكذلك القانون الإماراتي ينص في المادة 138 على أنه لا توارث مع اختلاف الدين<sup>(3)</sup>.

وسكوت القانون على هذه الحالة لا يعني أنه أسقط اختلاف الدين من موانع الإرث، بل يجب العمل بالقاعدة التي قررها القانون في المادة 222 ق.أ «كل ما لم يرد به نص يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية»، والشريعة في هذا الخصوص تنص على أنه لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا<sup>(4)</sup>. وفيما يخص إذا كان المورث زوجاً مسلماً وكانت الوارثة زوجة كافرة، وأسلمت بعد موت

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 119.

(2) المرجع نفسه.

(3) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 86.

مورثها، فحسب الإمام مالك لاحق لها في الميراث<sup>(1)</sup>، إذ لا يعتبر عقد الزواج أساس الحق في الميراث، والجدير بالذكر أن المشرع المصري، طبقاً لقانون الميراث المصري في مادته السادسة نصّ على أنه:

«- لا توارث بين مسلم وغير مسلم.

- ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا يمنع بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها».

غير أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على توارث غير المسلمين من بعضهم البعض، مع أن هذه الحالة ممكنة الحدوث في المجتمع - في حالة كسب الجنسية الجزائرية - لمن هم من ديانات أخرى<sup>(2)</sup>.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/07/25، ملف رقم 123051، م.ق، 1996م، عدد1، ص113.(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص827.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/06/20، ملف رقم 244899، م.ق، 2003م، عدد1، ص345.(جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1205.

(3) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص87.

## المبحث الثاني

### الأحكام الواردة على التوارث بين الزوجين

هناك من الأحكام التي ترد على توارث الزوجين باعتبار أن الزوجين هما وارثان من أصحاب الفروض، أي إرثهما بطريق الفرض فقط. إلا أن هناك عاملان مؤثران في تغير نصيب الزوجين فأحدهما الفرع الوارث للمتوفى، الذي يؤثر على نصيب الزوج الوارث بالنقصان من الفرض الأكبر إلى الفرض الأصغر، وهو ما يعبر عنه بالحجب، وثانيهما زيادة السهام المفروضة على أصل المسألة ليدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه<sup>(1)</sup> وهو ما يطلق عليه بالعول.

لكن إذا وجد أصحاب فروض في مسألة، ولم يوجد أحد من العصابة فمن الذي يستحق ما بقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم؟ فموضوع القدر الباقي بعد أصحاب الفروض، هو ما أطلق عليه الفقهاء الردّ، وهو عكس العول، كذلك لو مات إنسان ولم تقسم تركته بين ورثته حتى مات بعضهم أو أحدهم، ففي هذه الحالة نكون أمام مناسخة لحل هذا الإشكال، بالإضافة إلى أن في بعض الأحيان قد يخرج بعض المستحقين في التركة من الميراث نظير بدل يدفع لهم، وهو ما اصطلح عليه بالتخارج.

وتجدر الإشارة بأن هناك أحكام احتاط الشارع الحكيم ومن خلاله المشرع الجزائري بوضعها لفئة من الناس، نظراً لعدم التحقق من حياتهم، وذلك ضماناً لحقوقهم الثابتة والحقوق الأخرى التي قد يستحقها غيرهم من تركتهم، كما هو الحال بالنسبة للمفقود.

وعليه سنتناول هذا المبحث وفق الآتي:

المطلب الأول: أحكام التوارث بالفرض.

المطلب الثاني: أحكام الحجب.

المطلب الثالث: أحكام العول والرد.

المطلب الرابع: أحكام المناسخة والتخارج.

المطلب الخامس: أحكام المفقود.

(1) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص463.

## المطلب الأول

### أحكام التوارث بالفرض

ينقسم الورثة إلى أصحاب فروض، عسبة، وذوي أرحام، طبقاً للمادة 139ق.أ والتوارث بين الزوجين يتم بطريق الفرض دوماً والفروض المقدرة حسب المادة 143ق.أ هي ستة وهي على نوعين:

**النوع الأول:** النصف، الربع، الثمن.

**النوع الثاني:** الثلثان، الثلث، السدس.

والتوارث الذي يتم بين الزوجين ينحصر في النوع الأول فقط، وعليه سنتناول في هذا المطلب؛ تعريف الإرث بالفرض بالإضافة إلى دليل مشروعية التوارث بين الزوجين في الكتاب - القرآن الكريم - وأخيراً وليس آخراً ذكر حالات التوارث لكل من الزوج والزوجة مع التوضيح بأمتثلة عن كل حالة. ولذلك نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### **الفرع الأول: تعريف الإرث بالفرض:**

لقد سبق التعرض إلى تعريف الإرث.

أولاً: تعريف الفرض لغة: هو التقدير والقطع والبيان<sup>(1)</sup>.

ثانياً: تعريف الفرض اصطلاحاً: هو السهم المقدر شرعاً للوارث بالكتاب أو السنة أو الإجماع<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: تعريف الفرض قانوناً: لقد عرفت المادة 140 ق.أ.ج أصحاب الفروض بأنهم «هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعاً».

إن من الورثة من هو صاحب فرض في جميع الأحوال، فميراثه دائماً عن طريق الفرض ولا يرث بالتعصيب أبداً وهم ستة ورثة: الزوج والزوجة، والأخ لأم، والأخت لأم والأم، والجدة. وما دنا بصدد الحديث عن توارث الزوجين، فإذا وجد أحد الزوجين، فلا بد أن يرث

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج11، المرجع السابق، مادة فرض، ص 161.

(2) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص314.

ما فرضه الله له، ولا يرث بغير الفرض<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: دليل التوارث بالفرض بين الزوجين:

الأصل في ميراث الزوجة والزوج هو قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ﴾ [النساء:12].

من خلال هذه الآية الكريمة التي جاءت غاية في البيان والوضوح، يتضح مقدار ما ترثه الزوجة من زوجها والزوج من زوجته وهي عبارة عن حالتين من الإرث لكل من الزوجين.

### الفرع الثالث: حالات التوارث بالفرض بين الزوجين:

لكل من الزوج والزوجة في الميراث حالتين بطريق الفرض وهي كالاتي:

**أولاً: حالتا الزوج:** إما أن يكون لزوجته المتوفاة ولد أو لا يكون:

1/ فإن كان لها ولد، سواء كان ولدها منه أو من غيره، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى وسواء كان الولد مباشراً أم لا، فكل فرع وارث يعدُّ ولداً، كأن يكون للزوجة ابن أو بنت، أو ابن ابن، أو بنت ابن فإنه يعدُّ فرعاً وارثاً، وسواء كان له هو ولد أم لا فإن للزوج في هذه الحالة رُبع مال ما تركته زوجته بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة<sup>(2)</sup>.

مثال: ماتت امرأة وتركت: زوج، ابن وبنت وأب، فللزوج الربع فرضاً لوجود الفرع الوارث وللأب السُدس فرضاً لوجود الفرع الوارث المذكور. وللابن والبنت الباقي تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين.

2/ وإن لم يكن لها ولد مُطلقاً، سواء كان الولد منه أو من غيره، وسواء كان ذكراً أو أنثى وسواء أكان له هو ولد أو لا، فإنه يرث النصف مما تركته، بعد أداء الحقوق المتعلقة

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 133.

(2) أحمد محمد أحمد أبو طه، فقه الميراث بين الفريضة والإعجاز التشريعي دراسة تأصيلية تطبيقية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، (ط:1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2015م)، ص 129.

بالتركة<sup>(1)</sup>.

مثال: ماتت امرأة وتركت: زوج وأب وأم. فللزوجة النصف فرضاً لعدم وجود فرع وارث مطلقاً الأم ثلث الباقي وهو السدس وللأب الباقي تعصيباً لعدم وجود الفرع الوارث. وهي تسمى مسألة الغراوين<sup>(2)</sup>.

ولقد نص القانون على أن الزوج يستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها (المادة 144 ق.أ.ج) وأنه يستحق الربع عند وجود الفرع الوارث لها (المادة 145 ق.أ.ج).

**ثانياً: حالتا الزوجة:** إما أن يكون للزوج المتوفى فرع وارث أولاً:

1/ إذا لم يكن للزوج المتوفى ولد، كان لها الربع مما ترك هذا الزوج من أموال أو حقوق يمكن أن تورث بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة<sup>(3)</sup>.

مثال: مات رجل وترك: زوجة، وأب، وأم.

فللزوجة الربع فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث، وللأم ثلث الباقي وهو الربع، وللأب الباقي تعصيباً (مسألة الغراوية).

2/ إذا كان للزوج المتوفى ولد سواء كان منها أو من غيرها، سواء كان ذكراً أو أنثى، وسواء كان لها هي ولد أو لم يكن لها ولد، فإن للزوجة في هذه الحالة ثمن المال المتروك بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة<sup>(4)</sup>.

مثال: مات رجل وترك: زوجة وابن وبنت وأب.

فللزوجة الثمن فرضاً لوجود الفرع الوارث، وللأب السدس فرضاً لوجود الفرع الوارث

---

(1) أحمد محمد أحمد أبو طه، فقه الميراث بين الفريضة والإعجاز التشريعي، المرجع السابق، ص130.

(2) وقد أشار إليها القانون الجزائري في المادة 177 من ق.أ.ج، عند اجتماع الأبوين مع أحد الزوجين، وقد سميت بالغراوية لشهرتها، وقد أفتى فيها عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ووافقه جمع من الصحابة منهم زيد بن ثابت، عثمان بن عفان، عبد الله بن مسعود، وهو رأي الجمهور.

(3) أحمد محمد أحمد أبو طه، فقه الميراث بين الفريضة والإعجاز التشريعي، المرجع نفسه، ص136.

(4) المرجع نفسه.

المذكر وللابن والبنات الباقي تعصيباً و للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإذا كان له زوجتان، أو أربع زوجات فيشتركن في الربع حالة عدم وجود فرع وارث للميت، أو الثمن حالة وجود فرع وارث له<sup>(1)</sup>.

ولقد نص قانون الأسرة الجزائري على أنه للزوجة أو الزوجات الربع بشرط عدم وجود الفرع الوارث للزوج المادة (2/145 ق.أ.ج )، ولها أو لهن الثمن عند وجود الفرع الوارث للزوج (المادة 1/146 ق.أ.ج).

والولد المذكور في الآية الكريمة هو من ينتسب إلى الميت ذكرًا كان أم أنثى أي أولاده الصليبيون المباشرون وفروع أبنائه أما فروع بناته فإنهم لا ينتسبون إليه بل ينتسبون إلى غيره ولذلك قيل:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا \* \* \* بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ويقول الفقهاء: إن الفرع الذي ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع والزوجة من الربع إلى الثمن هو الفرع الوارث ويقصد به صاحب الفرض أو التعصيب، وليس ذوي الأرحام. وكذلك من خلال ميراث الزوجين تتحقق القاعدة القرآنية (للذكر مثل حظ الأنثيين) فنصيب الزوج ضعف نصيب الزوجة في حالتها وجود فرع وارث أو عدم وجوده<sup>(2)</sup>. أي أنه لا يؤثر في نصيب الزوج والزوجة إلا وجود الفرع الوارث للمتوفى سواء كان هذا الفرع ذكرًا أم أنثى، وأن هذا التأثير لا يصل إلى درجة حجب الحرمان، فهما لا يحجبان حجب الحرمان، وإنما يصل هذا التأثير بوجود الفرع الوارث إلى حد حجب النقصان فقط<sup>(3)</sup> وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

(1) أحمد محمد أحمد أبو طه، فقه الميراث بين الفريضة والإعجاز التشريعي، المرجع السابق، ص135.

(2) المرجع نفسه، ص137.

(3) إبراهيم رمضان إبراهيم عطايا، كشف الخفاء عن أموال ميراث النساء، دراسة فقهية تطبيقية، (ط:1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2014م)، ص33.

## المطلب الثاني

### أحكام الحجب

لقد تكلمنا فيما سبق عن الإرث بالفرض بين الزوجين، وبيننا نصيب كل من الزوجين بالتفصيل. ورأينا أن هذه الأنصبة قد تطرأ عليها بعض التغيرات. وهناك عاملان رئيسيان في هذه التغيرات فالعامل الأول: هو وجود الفرع الوارث، وأثر هذا العامل يكون: إما بحجب بعض الورثة حجب حرمان، وإما حجب البعض الآخر منهم حجب نقصان.

وعليه سنتعرض في هذا المطلب إلى التعريف بالحجب، ثم أنواع الحجب من حجب بالوصف وحجب بالشخص وفي هذا الأخير نتعرض إلى أقسامه (الحرمان والنقصان)، وحتى ينجلي اللبس الحاصل بين المحروم (الممنوع) والمحجوب ارتأينا إلى دراسة الفرق بين الحجب والحرمان (المنع) مع التوضيح بأمثلة تفصيلية عن كل قسم من الحجب. وفي الأخير إظهار أثر الحجب على التوارث بين الزوجين، ولذلك نقسم هذا المطلب وفق الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: التعريف بالحجب:

الحجب في اللغة: بمعنى المنع والستر، ومنه الحجاب وهو كل ما حال بين شيئين<sup>(1)</sup>. ومنه قوله تعالى: ﴿كَلَّا إِنَّهُمْ عَنْ رَبِّهِمْ يَوْمَئِذٍ لَّحَجُوبُونَ﴾ [المطففين:15] أي أنهم ممنوعون عن رؤية ربهم في الآخرة وقوله سبحانه: ﴿وَمِنْ بَيْنِنَا وَبَيْنَكَ حِجَابٌ فَاَعْمَلْ إِنَّا عَمِلُونَ﴾ [فصلت:05] أي حاجز.

أما الحجب في الاصطلاح: فالمقصود به هو منع الوارث من استحقاق الإرث كلاً أو بعضاً لوجود من هو أولى منه بالإرث<sup>(2)</sup>. والحجب عرفه القانون الجزائري في المادة 159 من ق.أ، بأنه منع الوارث من الميراث كلاً أو بعضاً.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج4، المرجع السابق، مادة حجب، ص37.

(2) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص136.

## الفرع الثاني: أنواع الحجب:

الحجب نوعان: حجب بالوصف وحجب بالشخص.

**أولاً: الحجب بالوصف:** وهو أن يتحقق لشخص سبب من أسباب الإرث وتتوافر له شروطه ولكن يوجد به وصف يمنعه من الإرث كالقتل والردة واللعان واختلاف الدين، وهنا يحجب كلياً من الميراث كما رأينا في موانع الإرث.

**ثانياً: الحجب بالشخص:** وهو وجود شخص أولى منه في الإرث، فيقدم عليه، ويؤثر في نصيبه بالنقصان، والحجب بهذا المعنى ينقسم إلى قسمين: حجب الحرمان، وحجب النقصان<sup>(1)</sup>.

فإذا اجتمع وارث أقرب مع وارث أبعد كان الأقرب حاجباً للأبعد، كالأب مع الجد، إذ وجود الأب يترتب عليه حجب الجد من الميراث حجباً كلياً وهذا ما أطلق عليه المشرع الجزائري حجب الإسقاط، فلا يأخذ (الجد) من التركة شيئاً وفي هذه الصورة يسمى حجب حرمان.

وقد يترتب على وجود شخص معين نقص في أنصبة بعض الورثة الآخرين، كما إذا اجتمع الفرع الوارث مع أحد الزوجين فإنه يترتب على ذلك نقص في نصيب أحد الزوجين والحجب في هذه الحالة يسمى حجب نقصان<sup>(2)</sup>.

1/ حجب الحرمان (الإسقاط): وهو منع الشخص من ميراثه كله، لوجود شخص آخر مقدم عليه في الجهة، أو أقرب منه درجة، أو أقوى منه قرابة<sup>(3)</sup> كحجب الجدة بالأم، وحجب الأخ لأب بالشقيق، وحجب الجد بالأب، وحجب الأخ لأم بالأب وحجب الأخت والأخ بالابن.... وهكذا، ولقد تعرض لها القانون في المواد من 161 إلى 165 من ق.أ.ج.

وحجب الحرمان كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ أُمَّرَأًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وُلْدٌ وَلَا هِيَ رَأْسٌ فَلَهَا نِصْفُ مِمَّا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ هَا وَوَلَدٌ﴾ [النساء: 176] معنى ذلك أن الأخت ترث النصف بشرط عدم وجود الفرع الوارث المذكر أو المؤنث الذي يحجبها حجب إسقاط كذلك الأخ يرث

(1) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 136.

(2) يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، ج 1، المرجع السابق، ص 229.

(3) المرجع نفسه.

أخته إن لم يكن لها ولد<sup>(1)</sup>.

والورثة الذين يحجبون حجب حرمان قسماً<sup>(2)</sup>.

أ- قسم من الورثة لا يطرأ عليه حجب الحرمان: أما أصحاب الفروض الذين لا يطرأ حجب الحرمان عليهم، فهم: الزوجة والزوج والأب والأم والبنت الصلبية، أما من العصابات فالابن الصلبي فقط الذي لا يطرأ عليه حجب الحرمان.

ب- وقسم آخر قد يطرأ عليه حجب الحرمان (الكلي) فمن أصحاب الفروض سبعة ورثة هم: بنت الابن، والأخت الشقيقة والأخت لأب، والأخت لأم، والأخ لأم، والجد، والجدة، أما أصحاب العصابات فكلهم قد يحجبون حجب حرمان باستثناء الابن الصلبي.

مثال (1):

توفيت عن: زوج، ابن مسيحي، أخوين لأب وأم، وأم أم (جدة)، والتركة 12000هـ

زوج	ابن مسيحي	أم	أم أم (جدة)	أخوين لأب	
1/2	محروم	1/6	محروم	الباقي تعصياً	أصل المسألة 6
(3)	—	(1)	—	(2)	قيمة السهم = 6/12000 = 2000هـ
6000	—	2000	—	4000	12000

نلاحظ في هذه المسألة أن الابن المسيحي فضلاً على أنه لم يرث لا يؤثر على غيره من الورثة كذلك.

فالزوج لم يحجب من 1/2 إلى الربع، بل يأخذ النصف وهو الفرض الأعلى لعدم وجود الفرع الوارث لأن وجوده كعدمه سواء بما أن الابن محروم، وتأخذ الأم السدس بدلاً من الثلث لأنها محجوبة حجب نقصان بوجود الأخوين لأب، ورغم أنها محجوبة (حجب نقصان) إلا أنها حجبت أم الأم (الجدة) حجب حرمان (إسقاط) — بقرب الدرجة — والأخوين لأب يأخذان الباقي تعصياً.

2/ حجب نقصان: وهو أن يكون للشخص أهلية الإرث ويرث بالضرورة ولكن فرضه الأقل لوجود شخص جعله في هذه الوضعية<sup>(3)</sup>.

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 291.

(2) يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، ج 1، المرجع السابق، ص 230.

(3) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 136.

كحجب الأم من الثلث إلى السدس لوجود الفرع الوارث أو عدد من الإخوة، وكحجب الزوج مع وجود الفرع الوارث فينزل من النصف إلى الربع وحجب الزوجة من الربع إلى الثمن بوجود الفرع الوارث، ولقد تعرض القانون الجزائري إلى حجب النقصان من خلال المادة 160 من ق.أ.ج على أن الورثة الذين لهم فرضان<sup>(1)</sup> أعلى وأدنى هم خمسة: الزوج والزوجة والأم وبنات الابن، والأخت لأب، أي أن المشرع الجزائري حصر من يطرأ عليهم حجب النقصان في خمسة من الورثة<sup>(2)</sup>.

مثال:

مات وترك: زوجة، ابن قتل أباه خطأ، أم، أب، أخت لأب، وتركة: 480,000 دج

الزوجة	ابن قتل أباه خطأ	أم	أب	أخت لأب	
1/8	عاصب	1/6	1/6 فقط	محبوبة	أصل المسألة 24
(3)	(13)	(4)	(4)	—	قيمة السهم: 24 ÷ 480,000 = 20,000 دج
60,000	230,000	80,000	80,000	—	480,000

في هذه المسألة تنزل الزوجة من الفرض الأعلى (الربع) إلى الفرض الأدنى (الثلث) أي تحجب حجب نقصان لوجود الفرع الوارث (الابن القاتل أباه خطأ) فهو عاصب لأن قتلَه لأباه غير عمد ولا عدوان، فهو غير محروم من الميراث وفقاً للمادة 137 ق.أ.ج؛ لأن الذي يحرم من الميراث قاتل المورث عمداً وعدواناً طبقاً للمادة 135 ق.أ.ج، والأم تأخذ السدس بدل الثلث (حجب نقصان) لوجود الفرع الوارث (الابن الصلبي) والأب يأخذ السدس فقط لوجود الفرع الوارث المذكر "فلا يعصب، الابن مقدم في الجهة عن الأب"، والأب بدوره يحجب الأخ لأب (حجب إسقاط)، لأن هذا الأخير يدلي إلى الميت بواسطة الأب، والقاعدة تقول: "من يدلي إلى الميت بواسطة يمنع من الميراث بوجود تلك الوسطة".

(1) أي العصابات جميعهم لا يدخل عليهم حجب النقصان؛ انظر: بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 294.

(2) وهو مذهب الحنفية الذي يقولون أن حجب النقصان هو الانتقال من فرض أكثر إلى فرض أقل؛ أما الشافعية فقد توسعوا في مدلول حجب النقصان، وقالوا إن كل تغيير في النصيب من أكثر إلى أقل يعد حجب نقصان، ولو لم يكن من أصحاب الفروض؛ انظر: يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، المرجع السابق، ص 233.

### الفرع الثالث: الفرق بين الحجب والحرمان<sup>(1)</sup>.

يتفق المحروم والمحجوب حجب حرمان في أن كلاً منهما يمنع من الميراث، إلا أن بينهما فروقاً.

أولاً: أن المحروم (الممنوع) من الميراث ليس أهلاً للميراث بسبب وجود صفة فيه أبطلت عمل السبب وحالت بينه وبين ترتب الحكم عليه، كالقتل واختلاف الدين، أما المحجوب حجب حرمان فهو أهلاً للميراث، وإنما منع بسبب وجود وصف قام في شخص آخر. ثانياً: أن المحروم (الممنوع) من الميراث وجوده وعدم سواء، فلا هو وارث، ولا هو حاجب غيره عن الميراث، أما المحجوب حجب حرمان، وإن لم يرث لكنه قد يحجب غيره.

### الفرع الرابع: أثر الحجب على التوارث بين الزوجين:

يتضح مما سبق أن الزوجين (الزوج والزوجة) لا يؤثران في غيرهما من الورثة فلا هما يحجبانه حجب حرمان ولا حتى حجب نقصان.

أما من حيث تأثيرهما -الزوجان- بسبب وارث آخر، فكما هو معلوم الحجب نوعان: حجب حرمان وحجب نقصان، ففي النوع الأخير يتضح من خلال المادة 160 ق.أ.ج أن حجب النقصان يرد على خمسة من الورثة أصحاب فروض وذكرت من بينهم الزوجة والزوج حيث أن الزوجة تنزل من الفرض الأعلى وهو الربع إلى الفرض الأدنى (الثلث) لوجود الفرع الوارث ذكرًا كان أو أنثى، والزوج يأخذ الفرض الأدنى (الربع) بدلاً من الفرض الأعلى (النصف) لوجود الفرع الوارث مطلقاً.

ويبدو أن المشرع الجزائري تأثر برأي الأحناف الذين يحصرون حجب النقصان في خمسة ورثة من أصحاب الفروض فقط.

وتجدر الإشارة إلى أن لفظ الحجب إذا أطلق فإنه ينصرف إلى حجب الحرمان، ولا يقصد منه حجب النقصان<sup>(2)</sup>، أما النوع الأول - حجب الحرمان - فحسب المواد من 161 إلى 165 ق.أ. فإنه يرد على سبعة من الورثة أصحاب الفروض فقط وهم: بنت الابن، الأخت الشقيقة، والأخت لأب، والأخت لأم، والأخ لأم، والجد، والجدة.

(1) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، (ط:3؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م)، ص93.

(2) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص82.

يتضح من خلال المواد المذكورة - من 161 إلى 165 ق.أ - أن حجب الحرمان لا يطرأ على الزوجين بأي حال من الأحوال بالإضافة إلى الأبوين (الأب والأم) والولدان (الابن والبنت الصليبان) كذلك يرد حجب الحرمان على العصابات جميعهم باستثناء الابن الصلبي. إذا اعتبرنا أن الأب صاحب فرض ولا يرد عليه حجب الحرمان كما قلنا.

## المطلب الثالث

### أحكام العول والرد

إن الفريضة في مسائل الميراث واحدة من أنواع ثلاث: عادلة، عائلة، عاذلة (قاصرة).<sup>(1)</sup> الفريضة العادلة: هي التي تستوي فيها سهام أصحاب الفروض بسهام المال، كما تكون عادلة أيضا إذا كانت سهام أصحاب الفروض دون سهام المال و لكن وجود عاصب فيأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض.

الفريضة العائلة: هي أن يكون سهام ذوي الفروض أكثر من سهام المال (أصل المسألة) فالحكم في هذا هو العول.

الفريضة العاذلة (القاصرة): وهي أن يكون سهام أصحاب الفروض دون سهام المال (أصل المسألة) وليس معهم عصبه فحكمه الرد<sup>(2)</sup>. ولما كانت المسألة العادلة - وهي أكثر مسائل الفرائض حدوثاً - لا تحتاج إلى كثير من البيان والتفصيل فإننا سنقتصر في دراستنا على مسألة العول ومسألة الرد<sup>(3)</sup> ولذلك نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين:

#### الفرع الأول: أحكام العول:

بعد دراستنا للعامل الأول المؤثر في أنصبة الزوجين، وهو الفرع الوارث للمتوفى الذي يحدث تغيراً في نصيب الزوج الوارث وأثره المتمثل في حجب النقصان، (وقد تمّ التعرض له)، بقي العامل الثاني الذي يطراً على أنصبة أصحاب الفروض ومنها الزوجين، ويحدث فيها تغيرات بأن تكون زيادة في أنصبة أصحاب الفروض على أصل التركة، بحيث يستحيل أن يستوفي كل منهم نصيبه كاملاً، ولذلك فإن كلا منهم يتحمل نسبة معينة من النقص في نصيبه بقدر فرضه، وهو ما يصطلح عليه الفقهاء بالعول<sup>(4)</sup>.

وعليه ستكون دراستنا في هذا الفرع بالتعرض إلى المقصود من العول، بالإضافة إلى التطرق إلى الآراء الفقهية حول مشروعية العول، ثم معرفة الأصول التي تعول والتي لا تعول مع التوضيح بأمثلة، وفي الأخير استخلاص أثر العول على أنصبة الزوجين.

(1) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، المرجع السابق، ص 99.

(2) أحمد الحصري، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، المرجع السابق، ص 547.

(3) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، المرجع نفسه.

(4) يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص 181.

وعليه نقوم بتقسيم هذا الفرع وفق الخطة الآتية:

### أولاً: التعريف بالعول:

العول في اللغة: له عدة معانٍ، فهو ال-ظلم والجور والميل، يقال عند العرب عال الرجل يعول، إذا جار، ومنه قوله تعالى: ﴿ ذَلِكْ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ [النساء: 03]، أي تجوروا وتميلوا. ويأتي بمعنى (الارتفاع)، يقال: «عال الماء إذا ارتفع»، وعالت القضية إلى المحاكم، إذا ارتفعت إليها، ويأتي بمعنى (الزيادة)، يقال: «عال الميزان» إذا زادت إحدى الكفتين فيه على الأخرى<sup>(1)</sup>.

أما في الاصطلاح الفقهي: هو زيادة في مجموع السهام المفروضة، ونقص في أنصباء الورثة<sup>(2)</sup>.

ويسمى هذا المعنى بالعول، لأن المسألة قد جارت على أصحابها، حيث أنها أنقصت فروضهم بإدخال الضرر عليهم، أو لأن السهام فيها قد ارتفعت عن أصلها أي زادت<sup>(3)</sup>. وقد عرّف القانون الجزائري العول من خلال نص المادة 166ق.أ «العول هو زيادة سهام أصحاب الفروض على أصل المسألة. فإذا زادت أنصبة الفروض عليها قسمت التركة بينهم بنسبة أنصبتهم في الإرث».

### ثانياً: الآراء الفقهية حول مشروعية العول:

لم يرد نص صريح في مسائل العول، لأنه لم يقع في عهد النبي ﷺ ولا في عصر أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وأول ما وقعت مسألة فيها عول كانت في عهد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

إذ توفيت امرأة عن زوج وأختين، فتردد عمر فيما يفعل وقال: فرض الله تعالى للزوج النصف وللأختين الثلثين، فإن بدأت بالزوج لم يبق للأختين حقهما، وإن بدأت بالأختين لم يبق للزوج حقه، فأشيروا عليّ، فأشار عليه العباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالعول، وقال: أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم، لرجل عليه ثلاثة ولآخر أربعة أليس تجعل المال سبعة أجزاء؟ فقال:

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج 10، المرجع السابق، مادة عول، ص 340، 341.

(2) محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 115.

(3) العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 267.

نعم، فقال: العباس: هو ذلك فأخذ بقوله، وحكم بالعول. وقيل أن الذي أشار عليه بالعول علي وقيل زيد ابن ثابت<sup>(1)</sup>.

وقد قال بالعول عامة الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ومن تبعهم من العلماء، ويروى في ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وبه قال الأئمة الأربعة، وسائر أهل العلم وبه أخذ جمهور العلماء ولم ينكر العول إلا ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وطائفة منهم محمد بن الحنفية وعطاء وداود وابن حزم والشيعة الإمامية، وهناك قول منسوب لابن قدامة: "لا نعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار في القول بالعول بحمد الله ومنه"<sup>(2)</sup>.

وظهر خلاف ابن عباس بعد وفاة عمر في مسألة (زوج، أم، أخت لأب)<sup>(3)</sup>. فقال: « إن الذي أحصى رمل عالج<sup>(4)</sup> عدداً، أعدل من أن يجعل في مال، نصفاً، ونصفاً، وثلاثاً، هذان نصفان ذهباً بالمال، فأين موضع الثلث؟ وأيم الله لو قدموا ما قدم الله، وأخروا من آخر الله ما عالت فريضة قط، ففيل له: من قدم الله تعالى ومن آخر؟ فقال: ما نقله الله من فرض مقدر إلى فرض مقدر فهو الذي قدمه الله تعالى، ومن نقله الله من فرض مقدر إلى غير فرض مقدر فهو الذي أخره الله. فالذي قدم كالزوجين، والأم والذي أخر كالأخوات والبنات، فإذا اجتمع من قدم الله وأخر بدأ بمن قدم فأعطى حقه كاملاً فإن بقي شيء كان لهن».

وقيل لابن عباس: لِمَ لَمْ تَقُلْ هذا لعمر؟ فقال: كان رجلاً مهيباً فهيبته<sup>(5)</sup>. وعلى كل قال بالعول الحنفية والمالكية والشافعية، ولم يخالف إلا ابن عباس والظاهرية. وقد أخذ القانون الجزائري بمذهب الجمهور في العول وهذا طبقاً لنص المادة 166 من ق.أ (السابق ذكرها).

### ثالثاً: كيفية حل مسألة العول:

- (1) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص464، 465.
- (2) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، المرجع السابق، ص100.
- (3) هذه مسألة المباهلة، وهي من المسائل المشهورة وسميت بهذه التسمية لقول ابن عباس "تعالوا ندع، ونبتهل ونجعل لعنة الله على الكاذب منا والمباهلة لغة: بمعنى الملاعبة للطرفين، وقد أشار إليها القانون الجزائري في المادة 178ق أ.
- (4) عالج: هي جبال متواصلة تحيط بأكثر أرض العرب يتصل أعلاها بالدهناء (قرب اليمامة)، وأسفلها بنجد، ويتسع اتساعاً كثيراً؛ انظر: أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص468.
- (5) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع نفسه.

نبدأ أولاً بمعرفة أصل المسألة، ثم نستخرج سهام كل واحد من أصحاب الفروض، فإذا جمعنا هذه السهام، ووجدنا مجموعها قد زاد عن أصل المسألة وحينئذ لا يمكن أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم كاملة لاستحالة ذلك، بل نلغي الأصل الأول ونعتبر مجموع السهام أصلاً جديداً للمسألة، وبذلك ندخل النقص على كل وارث بنسبة سهامه<sup>(1)</sup>.

ولقد ثبت بالاستقراء أن أصول المسائل سبعة وهي: اثنان (2)، ثلاثة (3)، أربعة (4)، ستة (6)، ثمانية (8)، اثنا عشر (12)، أربعة وعشرون (24)، منها أصول تعول وأصول لا تعول<sup>(2)</sup>.

رابعاً: أمثلة تطبيقية حول المسائل التي تعول:

1\*\* عول الستة (6): تعول الستة أربع عولات، فتعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة.

أ- عول ستة (6) إلى سبعة (7):

ماتت وخلفت: زوجاً، وأخت شقيقة، وأخت لأم.

7	6		
3	زوج	1/2	
3	أخت شقيقة	1/2	
1	أخت لأم	1/6	

للزوج النصف 1/2، للأخت الشقيقة النصف 1/2، وللأخت لأم السدس 1/6 وأصل المسألة من ستة (6)، فيكون للزوج ثلاثة سهام (3)، والأخت الشقيقة ثلاثة سهام (3)، والأخت لأم سهم واحد (1) وإذا جمعنا السهام وجدناها سبعة (7)، وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت سهامها من ستة (6) إلى سبعة (7)، فنلغي أصل المسألة الأول (6) ويعوض بسبعة (7) الأصل الجديد، فهي إذن عالت بسدسها<sup>(3)</sup>.

ب- عول الستة (6) إلى ثمانية (8):

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 268.

(2) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، المرجع السابق، ص 101.

(3) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 472.

ماتت وخلفت: زوج، أم، وأخت لأب.

8	6	
3	زوج	1/2
3	أخت لأب	1/2
2	أم	1/3

للزوج النصف 1/2، وللأخت لأب 1/2، وللأم 1/3، وأصل المسألة من ستة (6) فيكون للزوج ثلاثة (3) سهام وللأخت لأب ثلاثة (3) سهام، وللأم سهمان (2)، وإذا جمعنا السهام، وجدناها ثمانية (8) وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت سهامها من ستة (6) إلى ثمانية (8) فنلغي أصل المسألة الأول ستة (6) ويُعوض بالأصل الجديد (8). فنقول: إذا عالت بثلاثها. وتسمى هذه المسألة بالمباهلة (سبقت الإشارة إليها).

ج - عول الستة (6) إلى تسعة (9):

ماتت عن: زوج، وأخوين لأم، وأختين شقيقتين.

9	6	
3	زوج	1/2
2	أخوين لأم	1/3
4	أختين شقيقتين	2/3

للزوج النصف 1/2، والأخوين لأم الثلث 1/3، والأختين الشقيقتين 2/3، وأصل المسألة من ستة (6)، فيكون للزوج ثلاثة (3) سهام، والأخوين لأم سهمان (2)، والأختين الشقيقتين أربعة (4) سهام وإذا جمعنا السهام وجدناها تسعة (9)، وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت بسهامها من ستة (6) إلى تسعة (9)، فنلغي أصل المسألة الأول ستة (6) ونُعوض بتسعة (9) الأصل الجديد فنقول: عالت بنصفها وتسمى بالمسألة المروانية نسبة إلى مروان بن الحكم لأنها حدثت في عهده.

د - عول الستة (6) إلى عشرة (10):

ماتت عن: زوج، وأختين لأب، وأختين لأم، وأم.

10	6	
3	زوج	1/2
4	أختين لأب	2/3
2	أختين لأم	1/3
1	أم	1/6

للزوج النصف 1/2 والأختين لأب الثلثان 2/3 والأختين لأم الثلث 1/3 والأم السدس 1/6، وأصل المسألة من ستة (6) فيكون للزوج ثلاثة أسهم (3) والأختين لأب أربعة سهام (4) والأختين لأم سهمان (2)، والأم سهم واحد (1)، وإذا جمعنا السهام نجدها عشرة (10)، فعندنا نقول: المسألة فيها عول لأنها عالت بسهامها من ستة (6) إلى عشرة (10)، فنلغي الأصل الأول ستة (6) ويعوض بعشرة (10) الأصل الجديد فنقول: عالت بتثنيها وتسمى هذه المسألة الشريحية<sup>(1)</sup>.

2\*\* عول اثنا عشر (12):

تعول الاثني عشر ثلاثة عولات: تعول إلى الثلاثة عشر والخمسة عشر والسبعة عشر. أ- عول الاثنا عشر (12) إلى ثلاثة عشرة (13): مات عن: زوجة وأختان شقيقتان، وأم.

13	12	
3	زوجة	1/4
8	أختان شقيقتان	2/3
2	أم	1/6

(1) تسمى هذه المسألة (أم الفراخ) لكثرة العول فيها، وتسمى الشريحية، لأن شريكاً القاضي، قضى فيها بأن للزوج ثلاثة من عشرة مما جعل الزوج يسأل الفقهاء بالعراق فيقول: امرأة ماتت وتركت زوجاً ولم تترك ولدًا فماذا يكون للزوج؟ فكانوا يقولون: النصف، فيقول لم يعط شريكاً نصفاً ولا ثلثاً، فبلغه ذلك فأحضره وعزره، وقال: أسأت القول وأخفيت العول، قد سبقني بهذا الحكم إمام عادل ورع يعني عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، لأنه أول من حكم بالعول؛ انظر: أحمد محمد علي داود الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص474.

للزوجة الربع (1/4) والأختان الشقيقتان الثلثان (2/3)، والأم السدس (1/6)، وأصل المسألة اثنا عشر فيكون للزوجة ثلاثة (3) سهام، والأختان الشقيقتان ثمانية (8) سهام، وللأم سهمان (2) وإذا جمعنا السهام نجدها ثلاثة عشر (13)، وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت سهامها من اثنا عشر (12) إلى ثلاثة عشر (13) فنلغي الأصل الأول (12) ويعوض بـ (13) الأصل الجديد، فنقول: عالت بنصف سدسها.

ب- عول الاثنا عشر (12) إلى خمسة عشر (15):

مات عن: زوجة، شقيقتان، أم، أخت لأم.

15	12	
3	زوجة	1/4
8	شقيقتان	2/3
2	أم	1/6
2	أخت لأم	1/6

للزوجة الربع (1/4)، والشقيقتان الثلثان (2/3)، وللأم السدس (1/6)، وللأخت لأم السدس (1/6) وأصل المسألة اثنا عشر (12)، فيكون للزوجة ثلاثة (3) سهام، وللشقيقتين ثمانية (8) سهام، وللأم سهمان (2)، وللأخت لأم سهمان (2). وإذا جمعنا السهام نجدها خمسة عشر (15) وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت سهامها من اثني عشر (12) إلى خمسة عشر، فنلغي الأصل الأول اثنا عشر (12) ويعوض بخمسة عشر (15) الأصل الجديد فنقول: عالت بربعها.

ج- عول الاثني عشر إلى السبعة عشر:

مات عن: ثلاث زوجات وثمانية أخوات لأب وأربع أخوات لأم وجدتين.

17	12	
3	ثلاث زوجات	1/4
8	ثمانية أخوات لأب	2/3
4	أربع أخوات لأم	1/3
2	2 جدة	1/6

للزوجات الثلاث الربع (1/4)، وللأخوات لأب الثلثان (2/3)، والأخوات لأم الثلث (1/3) والجدتين السدس (1/6)، وأصل المسألة من اثني عشر (12)، فيكون للزوجات (3) سهام والأخوات لأب (8) أسهم والأخوات لأم (4) سهام، والجدتين سهمان (2)، وإذا جمعنا السهام نجدها سبعة عشر (17)، وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت سهامها من اثني عشر (12) إلى سبعة عشر (17) فنلغي الأصل الأول اثنا عشر (12) ويعوض بـ (17) سبعة عشر الأصل الجديد، فنقول: عالت المسألة بربعها وسدسها وتسمى بالمسألة "الدينارية الصغرى"؛ وسميت بهذا الاسم لأن نصيب كل واحد من الورثة دينار واحد.

3\*\* عول الأربعة وعشرون (24): تعول الأربعة والعشرون إلى سبعة وعشرون عولاً

واحدًا فقط:

مات عن: زوجة وبننتين وأبوين (أب وأم).

27	24		
3	زوجة	1/8	
16	بننتين	2/3	
4	أم	1/6	
4	أب	1/6	

للزوجة الثمن (1/8) وللبننتين الثلثين (2/3)، والأم السدس (1/6)، وللأب السدس (1/6)، وأصل المسألة من أربعة وعشرين (24) فيكون للزوجة (3) سهام، وللبننتين (16) سهم، وللأم (4) سهام وللأب (4) سهام، وإذا جمعنا السهام نجدها سبعة وعشرون (27)، وعندها نقول: المسألة فيها عول، لأنها عالت سهامها من أربعة وعشرين (24) إلى سبعة وعشرين (27)، فنلغي الأصل الأول (24) ويعوض بـ (27) الأصل الجديد، فنقول: عالت بثمانها وتسمى هذه المسألة بـ (المنبرية)<sup>(1)</sup>.

(1) تسمى هذه المسألة بالمنبرية: لأن علياً كرم الله وجهه سُئِلَ عنها وهو يخطب على المنبر في الكوفة قائلاً: الحمد لله الذي يحكم بالحق قطعاً ويجزى كل نفس بما تسعى، وإليه المآب والرجعى، فسُئِلَ حينئذٍ عن هذه المسألة، فأجاب دون رؤية المرأة صار ثمنها تسعاً، واستمر في خطبته فتعجبوا من فطنته، وتسمى بالبخيلة؛ لأنها أقل الأصول عولاً. وقد أشار إليها المشرع الجزائري من خلال المادة 179ق.أ بأنه "إذا اجتمعت زوجة وبنتان وأبوان صحت فريضتهن من أربعة وعشرين وتعول إلى =

## خامساً: أثر العول على التوارث بين الزوجين:

إن العول يطرأ على أصحاب الفروض ومنهم الزوجين، وحينها لا يأخذون فروضهم كاملة ليدخل النقص على كل وارث بنسبة نصيبه.

وكما هو معلوم أن التوارث بين الزوجين منحصر في فروض النوع الأول (النصف، الربع، الثمن)، لكن إذا كانت المسألة فيها فرضان أو أكثر، أحدهما من النوع الأول والآخر من النوع الثاني، فحينئذٍ تطبق القاعدة الآتية<sup>(1)</sup>:

1/ إذا اختلط النصف من النوع الأول بالنوع الثاني كله أو بعضه فالمسألة من ستة (6).

2/ إذا اختلط الربع من النوع الأول بالنوع الثاني كله أو بعضه فالمسألة من اثني عشر (12).

3/ إذا اختلط الثمن من النوع الأول بالنوع الثاني كله أو بعضه فالمسألة من أربعة وعشرين (24).

✓ إذا اختلط النصف مع النوع الثاني نكون بصدد مسألة أصلها ستة (6) التي تعول أربع مرات، تعول إلى السبعة والثمانية والتسعة والعشرة، باستثناء عول الستة إلى السبعة التي قد يكون الحصول على هذا الأصل (6) نتيجة اختلاط النوع الثاني (الثلاث، الثلث، السدس) فيما بينه.

ففي حالة عول الستة يكون أصحاب النصف هم (الزوج، الأخت الشقيقة، الأخت لأب) طبقاً للمادة 144 ق.أ.ج<sup>(2)</sup>.

فالزوج عند عدم وجود الفرع الوارث للزوجة المتوفاة في حالة العول، لا يأخذ نصيبه كاملاً (النصف) بل يرد عليه نقصان بحسب فرضه، كما هو الحال في مسألة عالت من ستة (6) إلى تسعة (9)، فبديل أن يأخذ  $\frac{3}{6}$  (النصف) يأخذ  $\frac{3}{9}$  (الثلث) والثلث أقل من

=سبعة وعشرين، للبنتين الثلثان ستة عشرة (16)، وللأبوين الثلث (8) وللزوجة الثمن (3) ويصير ثمنها تسعاً؛ انظر: أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 477.

(1) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 135.

(2) البنات (البنات وبنات الابن) لا يمكن في حالة عول الستة أن يكنَّ صاحبات فرض النصف (1/2) وكذلك الأخت لأب لا يمكن أن تكون صاحبة النصف بمفردها، إلا إذا اجتمع في المسألة اثنين من أصحاب النصف (الزوج مع الأخت لأب).

النصف طبعاً وهكذا.

✓ إذا اختلط الربع مع النوع الثاني ينتج لدينا مسألة أصلها اثني عشر (12) التي تعول ثلاث مرات وأصحاب الربع هما: الزوجة والزوج طبقاً للمادة 145 ق.أ.

فعول الاثني عشر سيؤثر دون شك على نصيب الزوجين بالنقصان نتيجة الزيادة في مجموع السهام المفروضة ففي مسألة عول الاثني عشر إلى خمسة عشر، فبدل أن تأخذ الزوجة  $3/12$  (الربع) أخذت  $3/15$  (خمس) أي نقص نصيبها لأن الربع أكبر من الخمس وهكذا.

✓ إذا اختلط الثمن مع النوع الثاني يكون أصل المسألة أربعة وعشرون (24) التي تعول مرة واحدة، وصاحبة الثمن هي الزوجة فقط عند وجود الفرع الوارث للزوج المتوفى طبقاً للمادة 146 ق.أ.

فعول الأربعة وعشرون إلى السبعة وعشرين يؤثر على نصيب الزوجة بالنقصان بسبب زيادة سهام أصحاب الفروض على أصل المسألة، فنصيب الزوجة في المسألة المنبرية فبدل أن تأخذ  $3/24$  (الثمن) أخذت  $3/27$  (التسع)، أي نقصت وهو المقصود من عبارة صار ثمنها تسعاً.

فتأثير العول يتمثل في إدخال النقص على أصحاب الفروض جميعاً بحيث يتحمل كل منهم النقص بنسبة نصيبه بما فيهم الزوجين، أما إذا أدخلت الزيادة على أصحاب الفروض كلهم أو بعضهم بسبب وجود فائض في التركة وعدم وجود عاصب فالمسألة عكسية تماماً وهو ما يعبر عنه بالرد - موضوع بحثنا الآتي: -

### الفرع الثاني: أحكام الرد:

بعد أداء الحقوق المتعلقة بالتركة (من تجهيز وسداد الدين وتنفيذ الوصايا في الحدود الشرعية) فإن أول المستحقين في التركة هم أصحاب الفروض، والباقي بعد أصحاب الفروض يكون للعصبات، لكن إذا لم يوجد أحد من العصبة فمن الذي يستحق ما بقي من التركة؟ وصورة ذلك أن للمتوفى بنت واحدة وليس له وارث سواها، والبنت ترث نصف التركة فرضاً فأين يذهب الباقي؟ أو قد يكون للمتوفى زوجة فقط، وليس له وارث سواها ومن المعلوم أن الزوجة عند عدم وجود فرع وارث للزوج المتوفى، ترث الربع فرضاً، فمن الذي

يستحق المقدار الباقي بعد ذلك؟ موضوع القدر الباقي أو (الفائض) بعد أصحاب الفروض هو ما اصطلح عليه الفقهاء الرّد.

ولدراسة هذا الموضوع نتعرض للمقصود من الرّد والشروط الواجب توفرها حتى يكون هناك رد وكذلك معرفة آراء الفقهاء حول مشروعية الرد، وبطبيعة الحال معرفة موقف المشرع الجزائري من ذلك ومن هم الورثة الذين لا يرد عليهم؟ وما هي أقسام وحالات الرد؟ مع التوضيح بأمثلة تطبيقية، وفي الأخير إظهار أثر الرد على التوارث بين الزوجين ويتم التعرض إلى هذه العناصر وفق الخطة الآتية:

#### أولاً: تعريف الرّد:

1/ الرّد في اللغة: هو العودة والرجوع، والصرف<sup>(1)</sup> ومنه قوله تعالى: ﴿وَرَدَّ اللَّهُ الَّذِينَ كَفَرُوا بِغَيْظِهِمْ لَمْ يَنَالُوا خَيْرًا﴾ [الأحزاب:25] أي أعادهم مقهورين ذليلين، وقوله سبحانه: ﴿فَارْتَدَّا عَلَىٰ آثَارِهِمَا قَصَصًا﴾ [الكهف:64] أي رجعا وعادا. ويأتي بمعنى الرجوع قوله تعالى: ﴿ثُمَّ تَرُدُّونَ إِلَىٰ عِلْمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [الجمعة:08]

ويقال في الدعاء « اللهم ردّ كيدهم عني » أي أصرف كيدهم عني.

#### 2/ الرّد في الاصطلاح الشرعي:

هو صرف الزائد على الفروض النسبية بقدر فروضهم حيث لا عاصب<sup>(2)</sup>. والرّد كذلك يعرفه البعض على أنه نقص في أصل المسألة، وزيادة في مقادير السهام المفروضة<sup>(3)</sup> فهو عكس العول، فإذا زاد شيء من التركة بعد إعطاء أصحاب الفروض فروضهم، ولا يوجد عصبية، فإننا نردّ هذا الزائد على الموجودين من أصحاب الفروض النسبية كل بقدر سهامه، وأصحاب الفروض النسبية هم كل أصحاب الفروض ما عدا الزوجين.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج6، المرجع السابق، مادة ردد، ص133.

(2) الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، (ط:3؛ لبنان: دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، دار صادر، 1994م)، رقم المصطلح 883، ص95.

(3) محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص123.

## ثانياً: شروط الرد:

لا يكون في مسألة ردّاً ما لم تتحقق شروط ثلاث وهي<sup>(1)</sup>:

- 1- وجود صاحب فرض أو أكثر.
- 2- عدم وجود عاصب (وجود الأب أو الجد لا يكون في مسألة ردّ لأنهما عصبه).
- 3- بقاء فائض من التركة بعد أصحاب الفروض.

## ثالثاً: آراء الفقهاء حول مشروعية الرد:

دليل الردّ مستمد من قوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [الأفقال: 75]. أي: أن ذو الأرحام أولى بالتركة من سواهم، وأصحاب الفروض من باب أولى، لأنهم أقرب إلى الميت رحماً، وبالطبع يقدمون على ذوي الأرحام لقوة القرابة.

ويرى الحنفية والحنابلة ومتأخري الشافعية بأن دليل الرد أيضاً هو قول الرسول ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته»<sup>(2)</sup> فأصحاب الفروض لهم أولوية القرابة والرحم. بها يستحقون ما بقي من التركة، وهذا المعنى غير متوافر لدى الزوجين اعتبار ارثهما مبني على عقد بسببه يتم التوارث بينهما، ويروى أن امرأة أتت رسول الله ﷺ، فقالت يا رسول الله، إني تصدقت على أمتي بجارية، فماتت أمتي، وبقيت الجارية، فقال وجب أجرك، ورجعت إليك في الميراث<sup>(3)</sup>. ويفهم من ذلك أن الرسول ﷺ جعل الجارية راجعة إلى الوارث (بحكم الميراث)، ولا يأتى ذلك إلا فرضاً وردّاً<sup>(4)</sup>. وبما أن الرد كالعول لا نص فيه من القرآن والسنة فإنه كان محل اجتهاد من الصحابة والفقهاء.

ولذلك اختلف الصحابة في مسألة الرد إلى أربعة مذاهب هي<sup>(5)</sup>:

- (1) محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص124.
- (2) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، باب الصلاة على من ترك ديناً (2398)، ج3، ص118.
- (3) أخرجه مسلم في الجامع الصحيح، باب قضاء الصيام عن الميت (1149)، ج2، ص805.
- (4) العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص275، 276.
- (5) المرجع نفسه، ص276، 277.

1/ ذهب عثمان بن عفان وجابر بن زيد إلى أن الرد يكون على أصحاب الفروض دون تمييز (أي بما فيهم الزوجين) لأن الغرم بالغنم، حيث أجزنا النقص من سهامهم في العول من غير تفريق، وجب أن ترد عليهم الزيادة من غير تفريق أيضاً.

2/ وذهب ابن عباس إلى أنه لا يردّ على ثلاثة وهم: الزوج والزوجة (لانتقاع الزوجية بالموت)، والجدة إذا كان معها صاحب فرض نسبي، ولأن ميراثها ثابت بالسنة "طعمة" لحديث الرسول ﷺ: «أطعموا الجدات السدس»<sup>(1)</sup>، أما إذا لم يكن معها صاحب فرض نسبي فيرد عليها.

3/ وذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا وجمهور الصحابة والتابعين، وهو مذهب الحنفية والحنابلة إلى الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين.

4/ وذهب زيد بن ثابت إلى عدم الأخذ بالرد مطلقاً ولو كان صاحب فرض، لأن الله قدر لكل وارث نصيبه، والرّد زيادة على ما قدر الله، وحجته في ذلك قوله ﷺ بعد نزول آية المواريث: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه»<sup>(2)</sup>.

وقد أخذ بهذا القول مالك والشافعي والظاهرية والزيدية، إذ لا يجوز زيادة على نصيب أي وارث بغير دليل، فيكون الباقي بعد أنصاء أصحاب الفروض لبيت المال (أي الخزينة العامة).

لكن المتأخرين من علماء المالكية والشافعية، أفتوا بالرد على أصحاب الفروض النسبية - أي ما عدا الزوجين - كما أفتوا بتوريث ذوي الأرحام، وهو ما ذهب إليه جمهور الصحابة والتابعين.

---

(1) حديث "أطعموا الجدات" أورده الجرجاني في شرح السراجية، ص7، (طبعة مصطفى الحلبي)؛ وأخرجه مالك وأحمد والأربعة من حديث المغيرة ومحمد بن مسلمة بلفظ: "شهدت النبي ﷺ أعطاه السدس"، وصححه ابن حبان والحاكم؛ ينظر: الزيلعي، نصب الرأية 4/428. (الموسوعة الفقهية الكويتية 21/3، والفقهاء الإسلامي وأدلته 10/7826).

(2) الحديث: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، ولا وصية لوارث...» أخرجه الترمذي في السنن (2121)، ج4 ص434 وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وأبو داود في السنن (2870)، ج3، ص114، وأشار له الألباني بالصحة، وابن ماجه في السنن (2713)، ج2، ص905، وأشار له الألباني بالصحة.

**رابعاً: موقف القانون الجزائري من الرد:**

لقد نصت المادة 167 ق.أ.ج على أنه:

« 1- إذا لم تستغرق فروض التركة ولم يوجد عصابة من النسب ردّ الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.

2- ويردّ باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصابة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام.»

يتضح من خلال الفقرة الأولى من هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور فقهاء الصحابة والتابعين ومنهم مذهب عمر وعلي في الردّ على أصحاب الفروض غير الزوجين إذا لم يوجد أحد من العصابات، فالردّ على ذوي الفروض النسبية مقدم على ذوي الأرحام.

كما أنه أخذ في الفقرة الثانية من المادة المذكورة برأي عثمان بن عفان وجابر بن زيد في الرد على أحد الزوجين، إذا لم يوجد عصابة من النسب، ولا أحد من أصحاب الفروض النسبية، ولا أحد من ذوي الأرحام محافظة على صلة القربى التي تربط الميت بقرباته، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد مزج<sup>(1)</sup> بين مذهب جمهور الصحابة، ومذهب عثمان ابن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُم جميعاً حيث أخذ برأي الجمهور في الرد على غير الزوجين كأصل عام، واستثنى حالة واحدة أخذ فيها برأي عثمان بن عفان وجابر بن زيد، وهي الرد على أحد الزوجين في حالة عدم وجود ذوي الأرحام، وهو رأي صائب وحسنًا فعل المشرع الجزائري لأن العلاقة الزوجية في الحياة تقتضي بأن يكون أحدهما أولى بميراث صاحبه بدلاً من المستحقين الآخرين<sup>(2)</sup>.

#### **خامساً: حالات الرد:**

مسائل الرد من الناحية العملية تنقسم إلى أربعة أقسام أو حالات، ولكل منها طريقة خاصة، بالنظر إلى وجود أحد الزوجين من عدمه مع صاحب فرض واحد أو فروض

(1) الحكم نفسه الذي اعتمده المشرع المصري من خلال المادة 30 من قانون الموارث المصري رقم 77 لسنة 1943 (المطابقة للمادة 167 ق.أ.ج)؛ انظر: يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، ج1، المرجع السابق، ص260.

(2) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص278.

متعددة، وهذه الحالات هي<sup>(1)</sup>:

1/ إذا كان الورثة أصحاب فرض واحد وبدون أحد الزوجين:

ففي هذه الحالة يقسم الميراث على عدد الرؤوس لأن الورثة أصحاب فرض واحد، ونكون بذلك قد أعطينا كل واحد منهم فرضه، وحصته من الرد.

مثال: توفي عن: جدة وأخت لأم فالمسألة من اثنين، فرضاً ورداً لأن الفروض متحدة ولتساويهما في الاستحقاق.

2/ إذا كان الورثة أصحاب فروض متعددة، وبدون أحد الزوجين:

ففي هذه الحالة يقسم الميراث على عدد السهام، لا على عدد الرؤوس، أي مجموع عدد السهام (أصل المسألة الجديد) هو الذي تقسم عليه التركة، أي:

« التركة ÷ مجموع السهام = قيمة السهم ».

مثال: أخت شقيقة، أخت لأب، أخت لأم.

الورثة	أخت شقيقة	أخت لأب	أخت لأم	
الفروض	1/2	1/6	1/6	الأصل 6
مجموع عدد السهام	(3)	(1)	(1)	بالرد صار أصل المسألة الجديد (5)

3/ إذا كان الورثة أصحاب فرض واحد، ومعهم أحد الزوجين:

ففي هذه الحالة نجعل المسألة من مخرج (أي مقام) فرض من لا يرد عليه (أحد الزوجين) والباقي يقسم على عدد رؤوس الورثة إذا كان صنفاً واحداً؛ فإن اختلفوا جنساً قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

مثال: مات عن: زوجة، وأربع أخوات شقيقات:

16	4	
4	1	زوجة
12	3	4 أخت شقيقة

(1) محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 125 إلى 128.

المسألة من أربعة، للزوجة سهم والباقي للأخوات الشقيقات، يوجد انكسار بين سهم الأخوات الشقيقات وعدد رؤوسهن نقوم بتصحيح المسألة فنضرب أصل المسألة في عدد رؤوسهن يصير أصل المسألة 16 (بعد التصحيح).

نضرب  $4 \times 1$  (سهم الزوجة) = 4 نصيب الزوجة؛ نضرب  $4 \times 3$  (سهم الأخوات الشقيقات) = 12، لكل أخت شقيقة ثلاثة سهام.

4/ إذا كان الورثة أصحاب فروض متعددة، ومعهم أحد الزوجين:  
ففي هذه الحالة نجعل مسألتين، مسألة نضع فيها أحد الزوجين (وتسمى المسألة الزوجية)، ومسألة ليس فيها أحد الزوجين، كأنهما غير موجودين (وتسمى المسألة الردية) وتحل كل مسألة مستقلة على الأخرى، ثم ننظر بين المسألتين بأحد النسب التالية:  
التماثل - التوافق - التباين.

مثال: مات عن: زوجتين، بنت، أم.

المسألة الزوجية		2	2	المسألة الردية	7	المسألة الجامعة
		8	16	6	4	32
1/8	2 زوجة	1	2			4
	بنت	7	14	1/2	بنت	21
	أم			1/6	أم	7

أصل المسألة الزوجية 8 وهو مخرج من لا يرد عليه، للزوجة 1، ولمن يرد عليه 7 (البنت، الأم) فنحتاج إلى تصحيح (يمكن تأخير التصحيح إلى ما بعد المسألة الجامعة).

(لأن 1 لا يقبل القسمة على 2 عدد الزوجات)، وعندها نضرب أصل المسألة في عدد الرؤوس، أي نضرب  $8 \times 2 = 16$  فيكون أصل المسألة الزوجية بعد التصحيح هو 16 للزوجتين 2، ولمن يرد عليهم 14، ثم نضع المسألة الردية (كأن الزوجتين غير موجودتين) فيكون للبنت  $3/6$ ، ولأم  $1/6$ ، وأصل المسألة 4 بدلاً من 6 (أي بالرد)، فننظر بين 4، 14، فنجد بينهما توافق بالنصف وعندئذ نضرب وفق أصل المسألة الردية في أصل المسألة الزوجية، أي نضرب  $2 \times 16 = 32$  وهي جامعة المسألة ثم نضرب وفق أصل المسألة الردية في نصيب الزوجة في المسألة الزوجية، أي  $2 \times 2 = 4$ ، ثم نضرب وفق سهام من يرد

عليهم في المسألة الزوجية في نصيب كل واحد من أصحاب الفروض في المسألة الردية، فيكون: نصيب البنت:  $21=3 \times 7$  ونصيب الأم:  $7=1 \times 7$ .

#### سادسا: أثر الرد على التوارث بين الزوجين:

يؤثر الرد إيجابا على الفروض، فإذا كان هناك فائض في التركة، ولم يوجد عصبه من النسب، ردَّ هذا الفائض على أصحاب الفروض من غير الزوجين، وذلك طبقاً للمادة 167/ق.أ.ج «لأن قرابتهما ليست قرابة نسبية، وإنما هي قرابة سببية أكسبت بسبب الزواج وقد انقطعت هذه القرابة بالموت». وكذلك لا يرد على الأب والجد لأنهما وإن كانا من أصحاب الفروض النسبية إلا أن لهما اعتبار آخر وهو كونهما عصبه من النسب، فإذا بقي شيء من التركة أخذه تعصياً، وليس ردًا، وهذا حسب المواد 150-152-153 / 2 من ق.أ.ج<sup>(1)</sup>، ومنه يتبين أن أصحاب الفروض كلهم يرد عليهم ما عدا الزوجين.

والرد على أصحاب الفروض يأتي في المرتبة الثالثة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم (بما فيهم الزوجين) وما بقي يأخذه العصبه من النسب إن وجدوا فإذا لم يوجد أحد من العصبات، رد الباقي على أصحاب الفروض النسبية، ولا يمكن الرد على أحد الزوجين إلا إذا انفرد الحي من الزوجين بالتركة، ولم يوجد معه صاحب فرض ولا عاصب نسبي ولا يوجد ذوي الأرحام، ففي هذه الحالة فقط يكون الرد على الزوج الباقي على قيد الحياة، فيأخذ \*نصيبه المقدر شرعاً بالفرض، والباقي يأخذه ردًا طبقاً لنص المادة 167/ق.أ.ج، والرد الوارد على الزوج المنفرد بالإرث يرتب أثرا إيجابيا، فبسبب الرد تحدث الزيادة في نصيب الزوج الوارث.

(1) العربي بالحاج، أحكام التركات و الموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 279.

## المطلب الرابع

### أحكام المناسخة والتخارج

هناك من الأحكام ما ليست من التوارث ولكنها لها علاقة به خاصة إذا تعلق الأمر بالتوارث بين الزوجين. فإذا مات أحد الزوجين، ولم تقسم تركته بين ورثته حتى مات الزوج الوارث، فكيف تقسم تركة الزوج الأول ثم الثاني؟

وبطبيعة الحال سنكون أمام مسألة متعلقة بالتوارث وتسمى المناسخة هذا من جهة ومن جهة ثانية إذا تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث مقابل شيء معلوم، فنكون بصدد التخارج، ولدراسة هذا الموضوع نقوم بالتقسيم الآتي:

#### الفرع الأول: أحكام المناسخة:

عادة تقسم التركة بعد موت المورث مباشرة على ورثته الأحياء، لكن لو تأخرت قسمة التركة لمدة طويلة أو قصيرة المهم ليست بعد موت المورث مباشرة، فقد تطرأ على بعض الورثة حالات مرض، أو غير ذلك، فلو مات مثلاً أحد الورثة قبل أن تقسم التركة، ويأخذ نصيبه منها، تاركاً ورثته، فما مصير سهامه في المسألة الأولى وتركته في المسألة الثانية؟ ولهذا أوجد الفرضيين (علماء الميراث) طريقة تنتقل بها سهامه في المسألة الأولى إلى ورثته في المسألة الثانية وأن يكون الجمع بينهما في مسألة تسمى المسألة الجامعة، لنسخ المسألة الأولى بالثانية، ولدراسة هذا الموضوع نقترح الخطة الآتية:

#### أولاً: تعريف المناسخة:

المناسخة لغة: بمعنى النقل والتبديل (التحويل) والإزالة<sup>(1)</sup> ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّا كُنَّا

نَسْتَنسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٢٩﴾ [الجن: 29]، أي ننقل ونسجل، ويقول سبحانه وتعالى:

﴿مَا نَنْسَخُ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا﴾ [البقرة: 106] أي: نبدلها ونغير حكمها

ويقال: نسخت الكتاب أي نقلته إلى نسخة أخرى، ونسخت الشمس الظل، أي أزلته.

وفي الاصطلاح: نقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه<sup>(2)</sup>.

وعرفها البعض: هي أن يموت إنسان ولم يُقسَمَ ماله على ورثته حتى يموت واحداً، أو

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج 14، المرجع السابق، مادة نسخ، ص 243، 244.

(2) الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، المجلد 3، المرجع السابق، رقم المصطلح 1847، ص 198.

أكثر من وارثيه<sup>(1)</sup>.

ثانياً: خطوات وطريقة إجراء المناسخة<sup>(2)</sup>:

لحل هذا النوع من المسائل في استخراج الجامعة وعملية إجراء المناسخة، لابد من مراعاة الخطوات الآتية:

- 1- تصحيح مسألة الميت الأول، وإعطاء كل وارث نصيبه بما فيهم الميت الثاني.
- 2- عمل مسألة ثانية جديدة خاصة بالميت الثاني، ثم تصحيحها بغض النظر عن المسألة الأولى.

3- المقارنة بين نصيب الميت الثاني في المسألة الأولى وبين تصحيح مسألة ورثته في المسألة الثانية والمقارنة بينهما تكون بالنسب الثلاث الآتية: (التمائل - التوافق - التباين).

فإن كان بينهما تماثل فتصح المسألتان من التصحيح الأول<sup>(3)</sup>.  
وإن كان بينهما توافق أخذنا وفق السهام ووضعناه فوق أصل المسألة الثانية أو تصحيحها، وأخذنا وفق المسألة الثانية ووضعناه فوق أصل المسألة الأولى أو تصحيحها.  
وإن كان بينهما تباين أخذنا سهام المتوفى ووضعناها فوق أصل المسألة الثانية أو تصحيحها، وأخذنا أصل المسألة الثانية أو تصحيحها ووضعناه فوق أصل المسألة الأولى أو تصحيحها، أي عملية ضرب.

ثالثاً: افتراضات وحالات المناسخة: وهي ثلاث حالات<sup>(4)</sup>:

الحالة الأولى: أن يكون ورثة الميت الثاني هم أنفسهم ورثة الميت الأول، وفي هذه الحالة لا تتغير المسألة، ولا تتغير أنصبتهم.

مثال: مات عن: أربعة أبناء ذكور، ثم مات أحد هؤلاء الأبناء عن إخوته، ولا يوجد وارث آخر له، فإن التركة كلها تقسم بين الباقين الأحياء، ويعتبر الابن الميت كأنه لم يكن موجوداً من قبل، وبالتالي تقسم التركة بين الأبناء الأحياء الثلاثة.

الحالة الثانية: أن يكون ورثة الميت الثاني هم أنفسهم ورثة الميت الأول، مع اختلاف

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 302.

(2) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 161.

(3) محمود عبد الله بخيت، محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه الموارث، المرجع السابق، ص 164.

(4) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص 160.

نسبتهم إلى الميت.

مثال: مات رجل عن: زوجتان خلف من إحداهما ابناً ومن الثانية بنتين، ثم توفيت إحدى البنتين قبل القسمة من تركت أبيها، فإن الورثة في هذه الحالة هم بقية ورثة الميت الأول غير الابن في المسألة الأولى أصبح أخ لأب (في المسألة الثانية) بالنسبة للبنت التي ماتت والبنت أصبحت أخت شقيقة، ولذلك فإن القسمة هنا تتغير، ولا بد من إيجاد، ما يسمى بالجامعة وهو الجمع بين المسألتين.

**الحالة الثالثة:** أن يكون ورثة الميت الثاني مختلفين عن ورثة الميت الأول، أو يكون بعضهم ممن يجمع في ميراثه بين الجهتين معاً (جهة الميت الأول وجهة الميت الثاني) وفي هذه الحالة لا بد من استخراج المسألة الجامعة، لأن القسمة تختلف بالنسبة للورثة.  
مثال: مات عن: زوجة، أم، عم وقبل القسمة للتركة مات العم عن زوجة وابن.

	5			8		
96	8			12		
24				3	زوجة	1/4
32				4	أم	1/3
				5	عم	ع
			ت			
5	1	زوجة	1/8			
35	7	ابن	ع			

في المسألة الأولى:

للزوجة 1/4، للأم 1/3، للعم الباقي (ع) تعصياً وأصل المسألة من (12)، للزوجة (3) للأم (4)، للعم (5).

في المسألة الثانية:

للزوجة 1/8، لابن الباقي (ع) تعصياً، وأصل المسألة من (8)، للزوجة (1)، لابن (7) وإذا نظرنا إلى سهام العم (المتوفى الثاني) وهي (5)، وأصل المسألة الثانية (8)، وجدنا بينهما تبايناً، لذا فإننا نضع أصل المسألة الثانية فوق أصل المسألة الأولى، ثم نضع سهام المتوفى

الثاني (في المسألة الأولى) فوق أصل المسألة الثانية ثم نضرب أصل المسألة الثانية في أصل المسألة الأولى. فنجد  $12 \times 8 = 96$  وهي جامعة المسألة، ثم نضرب أصل المسألة الثانية في سهام كل وارث في المسألة الأولى باستثناء المتوفى الثاني (العم)، فيكون للزوجة 24 وللأم 32، ثم نضرب سهام المتوفى الثاني في سهام الورثة في المسألة الثانية، فيكون للزوجة 5 وللابن 35، فإذا جمعنا أنصبة الورثة وجدناها تساوي (96) وهي المسألة الجامعة.  
ملاحظة:

يمكن أن يكون في المسألة أكثر من ميت، وذلك حين يموت شخص ثم يموت ثانٍ ثم يموت ثالث وهكذا فحينئذٍ نقوم باستخراج الجامعة بين الميت الأول والثاني، ثم نستخرج جامعة ثانية بين الجامعة الأولى والميت الثالث وهكذا<sup>(1)</sup>.

والمناسخة لم يتعرض لها قانون الأسرة الجزائري، ولكن بالرجوع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا على الشريعة الإسلامية التي اعتمدت وشرعت المناسخة.

#### رابعاً: أثر المناسخة على التوارث بين الزوجين:

يظهر أثر المناسخات على جميع الورثة ومن بينهم الزوجين، فبدون المناسخة لا يمكن حل بعض المسائل، وإن كانت المناسخة ليست دائمة الحدوث، فلو مات أحد الورثة عن ورثته بعد قسمة تركة مورثه أو مات أحد الورثة قبل قسمة تركة مورثه تاركاً ورثة هم أنفسهم ورثة الميت الأول. ففي هذه الحال لا يكون هناك إشكال ولا يتصور ضرورة لاستخراج مسألة جامعة.

أما لو مات أحد الورثة قبل قسمة تركة مورثه وأخذ نصيبه منها، ففي هذه الحالة نكون أمام مسألة المناسخة، لكي تنتقل سهامه من المسألة الأولى إلى ورثته في المسألة الثانية وقد يكون من بين الورثة أحد الزوجين، فلو مات قبل القسمة فلا يمكن نقل الحقوق إلى أصحابها، ما لم تكن هناك مناسخة التي بها يتم انتقال نصيب أحد الزوجين بموته قبل القسمة إلى من يرث منه<sup>(2)</sup>.

وبناءً عليه فالأثر يتمثل في حفظ وصيانة حقوق الزوج الوارث وورثته.

#### الفرع الثاني: أحكام التخارج:

(1) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، المرجع السابق، ص 170.

(2) الشريف الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص 198.

توجد بعض الأمور التي ليست من الميراث لكنها متصلة به كالعقود الرضائية التي تجري بين الورثة ويتصالح فيها، فإذا تم الاتفاق على أن يتنازل أحد الورثة أو أكثر عن نصيبه مقابل عوض، فإما يأخذ العوض من التركة فنكون أمام عقد قسمة، وإن وقع على قدر من المال خارج عن التركة نكون بصدد عقد بيع، وكلا العقدين إذا توفر فيهما التراضي بين المتصالحين فإن مسألة التنازل هاته، هو ما يسمى بالتخارج ولدراسة هذا الموضوع نقوم بتعريف التخارج، ودليل مشروعيته، وكذا طريقة العمل في التخارج وصوره، مع التوضيح بأمثلة عن كل حالة، وفي الأخير إبراز أثر التخارج على توارث الزوجين وذلك كما يأتي:

### أولاً: تعريف التخارج:

التخارج في اللغة: على وزن تفاعل وهي من الخروج. أما في الاصطلاح: هو أن يتصالح أحد الورثة، على أن يخرج من التركة، فلا يأخذ نصيبه نظير مال يأخذه من التركة أو غيرها<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: حكم ودليل مشروعية التخارج:

1/ حكم التخارج: حكمه جائز شرعاً. كما لو ترك نصيبه بالكلية لبقية الورثة، ولم يأخذ شيئاً من المال فيقال: أنه أسقط حقه من الميراث.

متى كان عن تراضٍ لأنه من قبيل الصلح، والصلح جائز بين المسلمين، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»<sup>(2)</sup>.

2/ دليل مشروعية التخارج: الأصل في التخارج ما روي عن عمرو بن دينار، أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امرأته تماضر بنت الأصبغ الكلبية في مرض موته ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مع ثلاث زوجات أخريات، فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف دينار<sup>(3)</sup> وكان هذا بمحضر من الصحابة دون

(1) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص171.

(2) أخرجه الترمذي في السنن، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (1352)، ج3، ص626، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(3) الأثر مروى في الموطأ للإمام مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض (40)، ج2، ص360، والبيهقي في سننه، ج7، ص362؛ وينظر: الألباني، إرواء الغليل 159/6، وصححه سنده.

معارض<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى التخارج مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 ق.أ، وبالمقابل فإن قانون المواريث المصري تعرض للتخارج في المادة 48 منه<sup>(2)</sup>.

**ثالثاً: طريقة العمل في التخارج (صوره):** للتخارج صور مختلفة نذكر منها ثلاث حالات رئيسية<sup>(3)</sup>:

**الصورة الأولى:** التخارج نظير مال من غير التركة يدفعه أحد الورثة.

ففي هذه الحالة يدفع أحد الورثة ثمناً لحصة معينة لوارث آخر فيحل محله فيها، لأنه دفع مقابلها بمعنى أن الوارث الذي دفع المقابل يحل محل الخارج لأنه مشترك منه، ويتملك حصته في التركة بالإضافة إلى نصيبه الأصلي.

مثال: توفي عن: زوجة، وأب، وابن، ثم اتفقت الزوجة مع الابن على أن تأخذ منه مبلغاً معيناً من المال ثم تخرج من التركة. تقسم التركة كما لو كانت الزوجة باقية.

للزوجة 1/8 (أي ثلاث سهام)، وللأب 1/6 (أي أربعة سهام)، وللابن الباقي (أي 17 سهم)، فالمسألة من 24 ثم يعطى نصيب الزوجة للابن، فيكون للابن حينئذ: 17 + 3 = 20.

**الصورة الثانية:** التخارج نظير مال من غير التركة يدفعه الورثة كلهم.

في هذه الحالة يتخارج أحد الورثة نظير مال معين يدفعه الورثة كلهم، فإن دفع كل منهم في بدل التخارج بنسبة نصيبه في الميراث، فإن كل وارث يأخذ من حصة الخارج ما يقابل حصته، بمعنى أننا نستبعد سهم الخارج، وتقسم التركة كلها على باقي الورثة الموجودين بنفس الأسهم التي كانت قبل التخارج، وإن دفعوا ثمن هذه الحصة بدون مراعاة لأنصبتهم في الميراث، وزع عليهم نصيب الخارج بنسبة ما دفعه كل منهم.

تتبيه: فالتخارج في هذه الصورة، والتي قبلها لا يعدوا أن يكون تصرفاً بالبيع في حصة

---

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص 308.

(2) المادة 48 من قانون المواريث المصري رقم 77 لسنة 1943، تنص على أن: "التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم، فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم، استحق نصيبه وحل محله في التركة وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية".

(3) يوسف قاسم، أحكام الميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، ج 1، المرجع السابق، ص 331.

الخارج.

مثال: مات عن: بنت، وابنين، وترك 4 سيارات وتصلحت البنت مع أخيها على أن تخرج من نصيبها من التركة في مقابل مليون دينار يدفعانها إليها من مالهما الخاص مناصفة، فإن نصيبها من التركة يقسم على الأخوين بالسوية بينهما لتساويهما في دفع البذل.

**الصورة الثالثة: التخارج في مقابل شيء من التركة.**

في هذه الحالة يتصالح أحد الورثة مع بقيتهم على الخروج من التركة نظير شيء معين منها، وهذا النوع من التخارج هو عبارة عن قسمة فرز، ولذلك فإن أحكام القسمة هي التي تطبق عليه، وليس أحكام البيع، وهذا النوع من التخارج هو الذي يغلب الالتجاء إليه ويكثر استعماله بين الناس.

وهو أن الشخص المتصالح يأخذ الشيء الذي تصالح عليه من التركة، ثم بعد ذلك تقسم التركة على بقية الورثة الموجودين بالفعل، وذلك بنسبة أنصبتهم قبل التخارج مع إسقاط نصيبه، وذلك حتى لا تتغير الأنصبة<sup>(1)</sup>.

مثال: توفيت امرأة عن: زوج، وأم، وأخوين شقيقين، وتركت: 30 هكتار، و 20,000 دج ثم تخارج الزوج مع باقي الورثة على أن يأخذ لنفسه 20,000 دج.

الورثة	الزوج	أم	أخوين شقيقين
الفروض	1/2	1/6 (لوجود عدد من الأخوة)	الباقى تعصيباً
السهم	(3)	(1)	(2)
الأنصبة		10 هكتار	20 هكتار

ثم نسقط سهام الزوج من مجموع السهام،  $6 - 3 = 3$ ، فيكون الباقي من السهام هو (3) أسهم، اثنان منها للأخوين الشقيقين، وواحد منها للأم بعد ذلك تقسم باقي التركة (30 هكتار) أثلاثاً بين الأخوين الشقيقين والأم بنسبة سهامهم قبل التخارج.

#### رابعاً: أثر التخارج على توارث الزوجين:

شرع التخارج وإسقاط الحق في الميراث مقابل عوض من التركة أو غيرها نتيجة تصالح المتخارج مع أحد الورثة أو باقي الورثة، وذلك لرفع الحرج والمشقة على الورثة، خاصة عندما تكون التركة غير قابلة للتجزئة، وكذلك عندما يكون من الورثة أحد الزوجين (أكثر

(1) يوسف قاسم، أحكام الوصية والميراث والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، ج1، المرجع السابق، ص332.

مسائل التخرج حدوثاً) فيعتبر بالنسبة لباقي الورثة أجنبيًا (خاصة عندما لا يكون بين الزوجين أبناء).

لهذا شرع التخرج في الميراث للتيسير على الورثة وتسهيل عملية قسمة التركة بين المستحقين.

## المطلب الخامس

### أحكام المفقود

قد بيّنا فيما سبق أنه يشترط لاستحقاق التوارث بين الزوجين، أن يتحقق موت المورث حقيقة أو حكماً وأن يتحقق حياة الوارث وقت موت مورثه، وأن يتوفر سبب التوارث (الزوجية) مع انتفاء موانعه.

إلا أنه قد يحدث أحياناً تردد في ثبوت أمر من تلك الأمور. فالجنين مثلاً ليست له حياة مستقرة، وكذلك الغائب الذي انقطعت أخباره فلا تعلم حياته من موته، لذلك كان الإرث بالتقدير في مثل هذه الحالات لوضع الحلول المناسبة لكل حالة على حدا احتياطاً لما قد تستقر عليه الأمور فيما بعد.

ونظراً لطبيعة موضوع التوارث بين الزوجين، أردنا تسليط الضوء على الإرث بالتقدير ذات الصلة بالموضوع وهي حالة يكون فيها أحد الزوجين غائباً، وانقطع خبره، وهو ما يسمى بالمفقود، ولدراسة هذا الموضوع نقوم بتعريف المفقود، وكذلك حكم المفقود من حيث المدة التي يحكم فيها بموت المفقود بالإضافة إلى حكم المفقود بالنسبة لأمواله وأموال غيره مع إبراز موقف القانون الجزائري من ذلك، ثم توضيح الطريقة التي يتم بها توريث المفقود مع التعرض إلى الحالة المشابهة المتعلقة بالأسير، وفي الأخير إظهار أثر المفقود على توارث الزوجين.

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: تعريف المفقود:

أولاً: المفقود في اللغة: بمعنى الضائع، ويقال فقدت الشيء إذا عدته، أو أضعته<sup>(1)</sup>. قال

تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ﴾ [يوسف:72].

ثانياً: التعريف الاصطلاحي: المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره، وخُفي أثره، فلا يُدْرَى أَحْيٍ هو أم ميت<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: التعريف القانوني: لقد عرّف المشرع الجزائري المفقود في المادة 109 ق.أ، أنه:

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج3، المرجع السابق، مادة فقد، ص 337.

(2) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص205.

«الشخص الغائب الذي لا يُعَرَف مكانه ولا يُعَرَفُ حياته أو موته ولا يعتبر مفقودًا إلاّ بحكم» ولقد تعرض المشرع الجزائري إلى أحكام المفقود من خلال المواد من 109 إلى 115 من ق.أ.

### الفرع الثاني: الآراء الفقهية حول المدة التي يحكم فيها بموت المفقود:

متى يحكم بوفاة المفقود؟ لقد اختلف العلماء في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود إلى عدة مذاهب:

أولاً: الأحناف: يعتبرون موت أقرانه الذين هم في بلده، فإذا لم يوجد أحد من أقرانه، عند ذلك يحكم بموته ويروى على أبي حنيفة هي تسعون سنة<sup>(1)</sup>.

ثانياً: المالكية: ويرى الإمام مالك أن المدة هي سبعون (70) سنة، ويروى عنه أن من فقد في دار الإسلام، وانقطع خبره، كان لزوجته أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فيبحث عنه في أماكن احتمال وجوده بكل الوسائل الممكنة بها معرفة حاله، فإن عجز ضرب لزوجته أجلاً وهو أربع (4) سنوات، فإذا انتهت اعتدت الزوجة عدة الوفاة، وحل لها بعد ذلك الزواج بغيره.

ثالثاً: الشافعية: ويرى الشافعي أن المدة هي تسعون (90) سنة، وهي مدة موت أقرانه الذين هم في بلده والرأي الصحيح عنده أن المدة لا تقدر بزمان معين، بل إذا ثبت لدى القاضي موته، فإنه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التي لا يعيش فوقها غالباً.

رابعاً: الحنابلة: ويرى الإمام أحمد أنه إذا فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، كمن فقد بين صفين متلاحمين (حالة اشتداد القتال) أو غرق مركب كان فيه، فسلم فيه جماعة وغرق آخرون، بحث عنه مدة أربع سنوات فإن لم يعثر له على أثر، قُسمَ ماله على ورثته بعدها، واعتدت زوجته عدة الوفاة، وحل لها بعد انقضاء عدتها الزواج، وإن فقد في حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة أو سياحة، أو طلب العلم فله فيه رأيان:

(1) انتظاره إلى مضي تسعين (90) سنة من مولده، لأن في الغالب لا يعيش أكثر من

هذا الزمن.

(2) تفويض أمره للقاضي فينظر فيه، ومتى وقع اجتهاده على شيء حكم به.

(1) قال الإمام مالك وتلميذه ابن القاسم، والإمام خليل في مختصره بأن أجل التعمير: سبعون (70) سنة، واختار الشيخان (الصاحبان من الحنفية) أنها ثمانين (80) سنة؛ انظر: بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق ص 346.

ولقد ذهب القضاء الجزائري وفق ما أشارت إليه المحكمة العليا في حكم صادر لها بأن الشخص الغائب يعتبر مفقوداً بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثانٍ يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه، إذ لا يجوز لقاضي الموضوع الحكم بالفقدان والموت في آنٍ واحد فإن ذلك يعد من الإجراءات الباطلة<sup>(1)</sup>، لأنه لا بد أولاً من حكم قضائي يشهد بالفقدان، المادة 109 ق.أ، ثم يمكن إصدار حكم ثانٍ يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث والتحري عنه في المدة المناسبة طبقاً للمادة 113 ق.أ.

### الفرع الثالث: حكم أموال المفقود وأموال غيره:

وقد جعل الفقهاء للمفقود أحكاماً؛ فلا تزوج امرأته، ولا يُورث ماله، ولا يتصرف في استحقاقه إلى أن يعلم حاله، ويظهر أمره، من موت أو حياة، أو تمضي مدة يغلب الظن على أنه مات فيها، ويحكم القاضي بموته، فقد أثبتوا له الحياة هنا باستصحاب الحال<sup>(2)</sup>، الذي هو بقاء الأصل حتى يظهر خلافه، لقول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر، لا تتكح حتى يأتيها يقين موته»<sup>(3)</sup>. وعليه فميراث المفقود ينحصر في حالتين:

### أولاً: حكم المفقود بالنسبة لأمواله: فقد اتفق أئمة المذاهب على أن:

المفقود يعتبر حياً بالنسبة إلى أمواله الثابتة ملكيتها له، وفي حقوقه الأخرى، حتى تقوم البينة على وفاته، أو يحكم القاضي بوفاته، هذا هو الجانب السلبي للمفقود، ويترتب عليه ما يلي:

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 1995/05/02م، ملف رقم 118621، م.ق. 1995م، عدد2، ص101. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 815.

(2) الاستصحاب شرعاً: هو الحكم ببقاء ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه، فإذا ثبت حكم في الماضي، ولم يطرأ ما ينفيه، فيحكم ببقائه في الحال بناء على ذلك الثبوت السابق، وإذا ثبت نفي شيء في زمن مضى، ولم يطرأ ما يثبتته فيحكم باستمرار، نفيه في الحال على وصفه الأول؛ انظر: أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، هامش ص 540.

(3) محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 205، 206.

1/ لا يقسم ماله بين الورثة، وينفق القاضي من ماله على زوجته وأصوله وفروعه فقط لأن هؤلاء تجب نفقتهم عليه في حضوره وفي غيابه، وهذا طبقاً للمواد (74 و 77 ق.أ.ج). وكذلك لا تفسخ عقود المفقود (كالإجارة)، وينصب القاضي وكيلاً عنه يقبض ديونه ويحفظ ماله<sup>(1)</sup>.

2/ وتحفظ أمواله إلى أن ينكشف حاله، فإذا ظهر حياً، أخذ أمواله، وإن ثبت موته بالبيينة الشرعية، اعتبر ميتاً من الوقت الذي يثبت أنه مات فيه، ويرثه ورثته من ذلك الوقت، وإن حكم القاضي بموته اعتبر ميتاً من حين الحكم، ويرثه ورثته من تاريخ الحكم فقط، فإذا ظهر حياً بعد الحكم بموته، وقسمت تركته بين ورثته، ردّ إليه ما بقى من أمواله في أيدي ورثته، وأما ما هلك من أمواله في أيديهم، أو استهلكته الورثة، فلا يرجع عليهم بشيء من ذلك، لأن الورثة تملكوه بحكم قضائي، وتصرفوا فيه بمقتضى هذا الحكم<sup>(2)</sup>.

ولقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 109 منه على اعتبار أن المفقود حياً بالنسبة لأمواله الثابتة ملكيتها له، وفي حقوقه الأخرى حتى صدور الحكم القضائي بموته وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة، فيحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وأما في الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي طبقاً للمادة 113 ق.أ.<sup>(3)</sup>، كما تلزم هذه المادة الأخيرة القاضي قانوناً بأن لا يحكم بوفاة المفقود؛ إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده، وبعد البحث والتحري عنه بكل الوسائل الممكنة، كذلك عدم إجراء القضاة لتحقيق خلال أربع سنوات من الحكم بالفقد رغم ثبوت ظروف فقدان في الحالات الاستثنائية - يعد خطأ في تطبيق القانون<sup>(4)</sup>.

وطبقاً للمادة 111 ق.أ، على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن

---

(1) يفرق القاضي بين الزوجين بمضي سنة فأكثر على الغياب، بناء على طلب الزوجة (م 53/ 5 ق.أ.ج)، وتعتد زوجة المفقود بعدة المتوفى عنها زوجها أي بمضي 4 أشهر و 10 أيام من تاريخ صدور الحكم بفقده (م 59 ق.أ)؛ انظر: العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 386.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص7893.

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/04/10م، ملف رقم 290808، م.ق. 2003م، عدد1، ص372. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1218.

(4) العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، (ط: 4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م)، ص386.

يعين في حكمه مقدماً من الأقارب أو من غيرهم لتسيير أموال المفقود.

وفي حالة ثبوت فقدان، إذا لم يعين المفقود من يدير أمواله، يجوز لورثته وضع اليد على أمواله بعد صدور الحكم بموته، بشرط أن يقدموا كفالة تضمن إدارتهم لأموال المفقود<sup>(1)</sup>.

كما لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عيئاً من أمواله أو قيمة ما بيع منها، طبقاً للمادة 115 ق.أ.ج.

### ثانياً: حكم المفقود بالنسبة لأموال غيره:

فللفقهاء رأيان لاختلافهم في حجية الاستصحاب:

1/ يرى الحنفية أن المفقود لا تثبت له حقوق ايجابية من غيره، كالإرث والوصية من الآخرين، لا يرث من غيره، ولا تثبت له وصية من غيره؛ لأن الاستصحاب عندهم حجة للدفع لا للإثبات، أي أنه يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال، لإبقاء الأمر على ما كان عليه، فالاستصحاب يصلح لدفع ملكية غيره لأمواله، لا لإثبات ملكيته من غيره، وعلى هذا فإنه لا يرث ولا وصية له؛ لأن شرط استحقاق الإرث والوصية بثبوت حياة الوارث والموصى له، عند موت المورث والموصي، وحياة المفقود غير محققة بل هناك احتمال أن يكون ميتاً، فهو لا يرث ولا يورث<sup>(2)</sup>.

2/ في حين يرى الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية): أن المفقود يرث من غيره، وإن لم يورث؛ لأن استصحاب الحال حجة مطلقاً للدفع والإثبات، ما دام لم يقدّم دليل مانع من استمرار الحال، فحياة المفقود هي الأصل الثابت، فيرث من غيره، ولا يورث عنه ماله<sup>(3)</sup>.

ولقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور وذلك من خلال المادة 133 من ق.أ.، إذا كان

---

(1) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، (ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية 2008م)، ص 223.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، المرجع السابق، ص 7894.

(3) المرجع نفسه.

الوارث مفقودًا ولم يحكم بموته يعتبر حيًا وفقًا لأحكام المادة 113ق.أ.

### الفرع الرابع: طريقة توريث المفقود:

إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد، وقفت له التركة كلها، (ففي هذه الحالة لا يمكن أن يكون المفقود هو أحد الزوجين، لأن الزوجين لا يحجبان غيرهما)، مثال: توفي عن: أخ لأب، ابن مفقود توقف كل التركة حتى يتبين حال المفقود، لأن الأخ لأب محجوب به، فإن ظهر الابن حيًا أخذ كل التركة، وإلا (أي ظهر ميتًا) أخذها الأخ لأب.

أما إن كان المفقود معه ورثة آخرون، تقسم التركة على افتراضه حيًا، ثم تقسم مرة ثانية على فرضه ميتًا، ثم ينظر إلى أنصاء الورثة الذين معه، فيعطى كل وارث أقل مقدار من الفرضين، ويحفظ للمفقود أكبر النصيبين، فإن ظهر حيًا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، وإن ظهر حيًا بعد الحكم بموته، أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة<sup>(1)</sup>.

مثال: توفيت عن: أختين شقيقتين، وعم، وزوج مفقود، وتركت: 210 هكتار.

### 1\*فرض الحياة :

الورثة	أختين شقيقتين	عم	زوج مفقود	
فرض الحياة	2/3	عاصب	1/2	الأصل: 6
السهم	(4)	—	(3)	بالعول: 7
السهم بعد التصحيح	(12)	—	(9)	أي نضرب السهم في أصل مسألة فرض الموت(3).
الأنصاء	120ها	—	90هـ	لأن قيمة السهم = 10=21÷210 هكتار

(1) العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، (المرجع السابق)، ص388؛ نقلًا عن: قانون الموارث المصري طبقًا للمادة 45 منه والتي نصها: " يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيًا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة ".

## 2\* فَرَضَ الموت:

الورثة	أختين شقيقتين	عم	زوج مفقود	
فرض الموت	2/3	عاصب	—	الأصل: 3
السهام	(2)	(1)	—	
السهام بعد التصحيح	(14)	(7)	—	أي نضرب السهام في أصل مسألة فرض الحياة (7)
الأنصباء:	140هـ	70هـ		

نلاحظ أن الأصل: 7 و 3 بينهما تباين فنضرب المسألتين في بعضهما فنحصل على الأصل 21 فيوقف للمفقود (9) سهام (أي 90هـ) وهو فرض الحياة، ويعطى لكل من الأختين الشقيقتين والعم أقلّ النصيبين، وهو (12) سهم للأختين الشقيقتين (أي 120هـ) ولا شيء للعم، وإذا ظهر أن المفقود ميت ردّ نصيبه إلى من يستحقه من الورثة، فيرتفع نصيب الأختين الشقيقتين من 12 إلى 14 سهم (أي من 120هـ إلى 140هـ)، كما يحصل العم على (7) أسهم (أي على نصيب 70هـ بدل من لا شيء).

### الفرع الخامس: حكم الأسير:

تجدر الإشارة إلى أن هناك من الأحكام المشابهة إلى حكم المفقود ونقتصر في دراستنا هنا على حكم الأسير والمقصود به هو الشخص الذي يقع في يد الأعداء ويستبقونه عندهم فحكمه في الميراث لا يخرج من إحدى الحالتين<sup>(1)</sup>:

- 1- أن يكون معلوم الحال فهذا يرث ممن مات في حال أسرته، ولا يورث عنه ماله، لأنه حي ثابت بالحياة ولا اعتبار لوجوده بدار الحرب، لأن ذلك لا يؤثر فيما ثبت له.
- 2- أن يكون مجهول الحال لا تعلم حياته ولا موته، فحكمه حكم المفقود، ويطبق القاضي في حكمه المواد من 109 إلى 115 من ق.أ.ج.

(1) محمود عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، المرجع السابق، ص 152.

## الفرع السادس: أثر الفقد على التوارث بين الزوجين:

يتمثل هذا الأثر في أن المفقود إذا كان أحد الزوجين فإنه يعامل معاملة الأحياء، أي يعتبر حيًّا موجودًا ما لم يحكم القاضي بموته، وعلى إثر ذلك، فلا تزوج امرأة المفقود، ولا يورث ماله إلى ورثته ويرث من زوجه ومن مورثه - إذا كانت وفاة المورث حين فقدان الوارث - ولا يتصرف في استحقاق المفقود إلى أن يعلم حاله، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه مات فيها، ويحكم القاضي بموته، ومن أجل ذلك احتاطت الشريعة الإسلامية ومن خلالها استمدت التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري وضع أحكام المفقود من الزوجين ضمانًا لحقوقه الثابتة، والحقوق الأخرى التي يستحقها غيره من تركته.

## خلاصة الفصل الأول

إن استحقاق الزوج الوارث في تركة الزوج المتوفى كان سببه الزوجية، ولا يكفي لثبوت التوارث مجرد وجود السبب، بل لابد من توفر شروط الاستحقاق العامة في الميراث والخاصة بصحة الزواج؛ لكن توفر العناصر المذكورة لا يكفي لإنتاج الآثار المرجوة ما لم تنتف الموانع التي تحول دون تحقيق التوارث بين الزوجين، والتي حصرها قانون الأسرة الجزائري في القتل العمد، واللعان، والردة، واختلاف الدين.

يتم التوارث بين الزوجين بطريق الفرض دومًا، وللزوج والزوجة حالتين من التوارث ينتقل فيهما من الفرض الأعلى إلى الفرض الأدنى بسبب وجود الفرع الوارث للمتوفى الذي يؤثر على نصيب الزوجين، وهذا التأثير يصل إلى حجب النقصان فقط.

وقد يطرأ على أنصبة الزوجين تغييرًا بأن تكون زيادة في مجموع السهام على أصل المسألة، بحيث يستحيل أن يستوفي كل منهما نصيبه، و يتحمل ذلك النقص بقدر فرضه وهو ما يعبر عنه بالعلول الذي أخذ به القانون الجزائري طبقًا للمادة 166 ق.أ. أما إذا وجد فائض في التركة ولم يوجد عاصب فالمسألة عكسية تمامًا للعلول وهو ما اصطلح عليه بالرد، الذي اختلف فيه الصحابة إلى أربعة مذاهب، أما المشرع الجزائري من خلال المادة 167 ق.أ، يكون بذلك قد مزج بين رأي جمهور الصحابة ومذهب عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم.

إنّ هناك من الأحكام ليست من التوارث، ولكنها ترد عليه ولها علاقة به، إذ تعتبر مساعدة وترفع الحرج في حل مسائل الميراث وتتمثل في المناسحة والتخارج.

لقد بيّنا فيما سبق أنه يشترط لاستحقاق التوارث بين الزوجين أن يتحقق موت المورث حقيقةً أو حكمًا، وأن تتحقق حياة الوارث وقت موت مورثه، إلا أنه قد يحدث ترددًا في ثبوت أمر من تلك الأمور، ولذلك شرع الإرث بالتقدير كحالة يكون فيها أحد الزوجين غائبًا وانقطع خبره، وهو ما يعبر عنه بالمفقود، والذي نظم قانون الأسرة أحكامه في المواد من 109 إلى 115 منه.

## الفصل الثاني

إشكالات التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

كما رأينا سابقا فإن النكاح يوجب التوارث بين الزوجين ولو لم يتم الدخول بالزوجة طبقا للمادة 130 ق.أ.ج، أي أن أساس التوارث هو الزواج الصحيح (قيام الزوجية) وطبقا للمادة 47 ق.أ، تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق، فالطلاق إذن ينهي حق الزوجين في التوارث بينهما، وبمعنى آخر بداية التوارث بين الزوجين بالزواج<sup>(1)</sup> ونهايته بالطلاق<sup>(2)</sup>، ولكن هناك إشكالات وصعوبات ترد على الزواج والطلاق، فتمنع أحيانا وتجزئ أخرى مسألة التوارث بين الزوجين، وعليه يمكننا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين:

**المبحث الأول: إشكالات الزواج .**

**المبحث الثاني: إشكالات الطلاق .**

---

(1) الزواج: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة مما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات؛ انظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (ط:2؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 1971م)، ص44.

(2) الطلاق: عرفه فقهاء الحنفية والحنابلة: بأنه رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من طلق، أو ما معناه مما يفيد ذلك صراحة، أو دلالة صادرة من الزوج، أو ممن يقوم مقامه؛ انظر: الرشيد بن شويخ، قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، (ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2008م)، ص172.

## المبحث الأول إشكالات الزواج

وإن كان الزواج موجب التوارث بين الزوجين، ولكن هذا الحق غير مطلق وليس في جميع الحالات، إذ ترد صعوبات تمنع من حق التوارث بين الزوجين متمثلة في بعض صور الزواج المتراوحة بين الإجازة والمنع من حق التوارث.

ولدراسة إشكالات الزواج نقترح تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الزواج الباطل.

المطلب الثاني: الزواج الفاسد.

المطلب الثالث: الزواج العرفي (غير الموثق).

المطلب الرابع: الزواج المختلط.

## المطلب الأول

### الزواج الباطل

يعد الزواج الباطل من الزواج غير الصحيح؛ الذي لا تترتب عليه آثار، غير أن عقد الزواج الصحيح وفقاً لقانون الأسرة الجزائري ترتب عليه آثار من بينها التوارث بين الزوجين ولدراسة هذا النوع من الزيجات نقترح تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: المقصود بالزواج الباطل:

وهو كل عقد زواج فقد ركناً من أركانه الأساسية، أو الذي اختل فيه أكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها المشرع من شروط الصحة؛ وكذلك الحال إذا وُجد بين الزوجين أحد الموانع المذكورة في المواد من 23 إلى 30 ق.أ.ج<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني: أسباب بطلان الزواج:

إن أسباب بطلان الزواج في قانون الأسرة الجزائري هي:

أولاً: فقدان عقد الزواج لركن الرضا بين الزوجين، وهذا طبقاً لما نص عليه المشرع في المواد 4 و 9 و 33 ق.أ.<sup>(2)</sup>، فإذا انعدم تطابق الإيجاب والقبول يعتبر العقد باطلاً (المادة 10 من قانون الأسرة)<sup>(3)</sup>.

كما لا يحق للولي - أباً كان أو غيره - أن يجبر من في ولايته على الزواج بدون موافقتها (المادة 13 ق.أ.)<sup>(4)</sup>.

---

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا

ج1 أحكام الزواج، (ط:6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م)، ص290.

(2) المواد 4 و 9 و 33 من قانون الأسرة والمعدلة بالأمر رقم 02\05 المؤرخ في 27\02\2005م.

(3) قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش 18\07\2000، ملف رقم 128 249، م.ق 2003م، عدد2، ص267.(العربي

بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، المرجع السابق)، ص76.

(4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 30/03/1993م، ملف رقم 90468، إ.ق.غ، أ، ش، عدد خاص 2001م، ص47.(جمال

سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص770.

ولا يجوز حتى لقضاة الموضوع إجبار المرأة غير الراضية بإتمام إجراءات الزواج أو مراسيم الدخول بها<sup>(1)</sup>.

ويكون العقد باطلا إذا تخلف ركنه الأساسي - الرضا - (المادتان 9 و1\33 من ق.أ) ويكون فاسدا إذا فقد أحد شروط الصحة (المادتان 2\33 و9 مكرر)<sup>(2)</sup>.

ثانيا: فقدان عقد الزواج لشرطين أو أكثر من شروط الصحة (المادتان 2\33 و9 مكرر من ق.أ) مثال: كأن تم الزواج دون ولي ولا صداق، سواء تبين الأمر قبل الدخول أو بعده<sup>(3)</sup>.

إن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مستقر على أنه من المقرر شرعا أنه إذا اختل ركنان أو أكثر من أركان الزواج غير الرضا فإنه يبطل الزواج<sup>(4)</sup>.

ثالثا: كل زواج بإحدى المحرمات، لوجود الموانع الشرعية بين الزوجين المؤبدة منها أو المؤقتة المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 30 من ق.أ يبطل الزواج قبل الدخول ويعد ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء، وهذا حسب المادة 34 من ق.أ. وينصرف البطلان كذلك إلى زواج المسلمة بغير المسلم، هذا ما نصت عليه المادة 30 ق.أ<sup>(5)</sup>.

ولقد أشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن " حمل الزوجة الطاعنة من غير زوجها

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 2008\03\12م، ملف رقم 415123 م.م.ع 2008م، عدد1، ص275.(جمال سايس،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1449.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 1984\06\25م، ملف رقم 33715 م.م.ق 1989م، عدد4، ص99.(جمال سايس،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق)، ص319.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص291.

(4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 1989\01\02م، ملف رقم 51107 م.م.ق 1993م، عدد3، ص53.(جمال سايس

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص602؛ يقصد بأركان الزواج غير الرضا التي

ذكرتها المادة9 في القانون رقم 84-11 (قبل التعديل) هي الشروط التي ذكرتها المادة 9 مكرر من الأمر 02\05 (بعد

التعديل).

(5) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع نفسه، ص 292.

الشرعي يعتبر مانعا من موانع الزواج" (المادة 9 مكرر من ق.أ)، وهذا يترتب عليه البطلان المطلق وفقا للمادة 32 من ق.أ.ج ؛ وأن قضاة الموضوع لما قضاوا بجعل مسؤولية الطلاق على الزوجة، يكونون بذلك قد عللوا قرارهم تعليلاً كافياً، الأمر الذي يستوجب منه رفض الطعن<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: آثار الزواج الباطل:

الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، ولو حصل فيه دخول وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول، بل يعتبر وجوده كعدمه، ويجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، وإذا دخل الرجل بمن عقد عليها عقدا باطلا، كان دخوله بمنزلة الزنا<sup>(2)</sup>.

ولقد حكمت المحكمة العليا في عدة قرارات بأنه لا يعتبر زواجا وذكرت من بينها العقد على المرأة في وقت العدة (من طلاق أو من وفاة)<sup>(3)</sup>.

وكذلك حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها - والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة - يعتبر زنا<sup>(4)</sup>.

وهذا اجتهاد سليم يساير ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن دخول الزوج بزوجه في العقد الباطل، لا يوجب مهرا ويعد من الزنا، ويستوجب إقامة الحد<sup>(5)</sup>.

وبناءً عليه فإن الآثار المترتبة على البطلان هي:

- لا توارث بين الزوجين، طبقا لنص المادة 131 من ق.أ.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 2006\10\11 ملف رقم 371562، م.م.ع، 2007م، العدد2، ص 457.(جمال

سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1416.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 292 .

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 1996\06\18 ملف رقم 137571، م.ق، 1999م، العدد2، ص93.(جمال سايس،

الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص880.

(4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش 1985\12\30، ملف رقم 39338، غير منشور.(العربي بلحاج، المرجع السابق،

ص133).

(5) العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع نفسه.

- ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد طبقا للمادتين 34 و 40 ق.أ.
- لا يترتب على العقد الباطل الصداق للزوجة وهذا حسب المادة 33 ق.أ.
- لا يُنشئ الزواج الباطل أي حقوق بين الزوجين.
- إذا فُسخ الزواج الباطل بعد الدخول، وجب على المرأة الإستبراء بثلاث حيضات إذ لم تكن المرأة حاملاً، أما إذا كانت حاملاً فينتهي إستبرؤها بوضع حملها، أما إذا فسخ قبل الدخول فلا يجب على المرأة أن تستبري لأن الإستبراء شُرعَ لبراءة الرحم من الحمل (وفقا للمادتين 34 و 58 ق.أ)<sup>(1)</sup>.

وإذا كان البطلان واضحا قبل الدخول، بأن كان الزوجان يسيئان النية والقصد وهما على علم تام بأن زواجهما حرام وباطل ومع ذلك تم الدخول كان بمنزلة الزنا ويطبق على الزوجين حد الزنا، والولد لا يلحق بالزوج لأنه ابن زنا طبقا للمادة 41 ق.أ<sup>(2)</sup>. والضابط الشرعي في هذه الحالة هو « أن كل نكاح يترتب عليه الحد لا يلحق فيه الولد بأبيه » وعلى العكس تماما فإذا أثبت الرجل حسن النية، كأن يتزوج امرأة محرمة عليه شرعا دون علمه؛ كمن تزوج بأخته من الرضاعة وتم الدخول والحمل، فإن الولد يلحق بالزوج، وينتج الزواج آثاره في ما يخص حرمة المصاهرة، ولا يطبق عليهما الحد للشبهة، وهذا يتفق مع ما قاله العلامة ابن عاصم المالكي:

وحيث درء الحد يلحق الولد في كل ما من نكاح قد فسد<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الرابع: تصريح المحكمة بالزواج الباطل.

إن بطلان الزواج من النظام العام، لأن الباطل هو ضد الصحيح، فلا يمكن إصلاحه ولا يترتب عليه التوارث بين الزوجين ولا أي أثر من آثار الزواج الصحيح، وإن حصل

(1) العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص293.

(2) المرجع نفسه.

(3) علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ج3. (ط:1؛ لبنان: دار

الكتب العلمية، 1998م)، ص430.

فيه دخول<sup>(1)</sup>. لأن الزواج الباطل منعدم شرعاً وقانوناً، فإنه يجوز للمحكمة حق إثارته تلقائياً بمجرد تأكدها من توافر أحد الأسباب المؤدية للبطلان. كما يجوز لكل ذي مصلحة - بما في ذلك أحد الزوجين - أو بطلب من النيابة العامة أمام المحكمة المختصة<sup>(2)</sup>. ولقد أشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء، لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون<sup>(3)</sup>. كما لا يجوز للقاضي أن يحكم ببطلان الزواج بمجرد مخالفته لحكم من أحكام قانون الأسرة، بل يلزم لذلك وجود نص خاص يصرح بوقوع الزواج باطلاً، وهذا وفقاً للقاعدة التي تقضي: «لا بطلان للزواج بغير نص يصرح به». وعليه فبمجرد التصريح ببطلان الزواج تستتبري المرأة، ويلحق نسب الأبناء (طبقاً للمادة 34 من ق.أ)<sup>(4)</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية الجديد لعام 2003م<sup>(5)</sup>.

---

(1) لا يعتبر زواجاً العقد على المرأة في عدتها؛ قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/06/1996م، ملف رقم 137571، م.ق.1999م، العدد 2، ص 93. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 880.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 294.

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21/02/2001م، ملف رقم 255711، م.ق، 2002م، العدد 2، ص 224. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1189.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع نفسه.

(5) تنص المادة 58 من مدونة الأسرة المغربية لقانون رقم 07/03 المؤرخ في 03/02/2004م على أنه "لا تصرح المحكمة ببطلان الزواج بمجرد إطلاعها أو بطلب ممن يعنيه الأمر، ويترتب على هذا الزواج بعد البناء، الصداق الإستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية إلحاق النسب وحرمة المصاهرة".

## المطلب الثاني الزواج الفاسد

وإن كان الزواج الباطل والفساد بمعنى واحد عند الجمهور غير الحنفية وعلى كل فإن المشرع الجزائري لم يبين في قانون الأسرة الفرق بين النوعين من الزواج، واكتفى بالعنوان العام: النكاح الفاسد والنكاح الباطل، ولدراسة هذا المطلب نقترح تقسيمه إلى الفروع الآتية:

### الفرع الأول: المقصود بالزواج الفاسد.

هو كل زواج استوفى ركنه الأساسي (الرضا) بالإيجاب والقبول (طبقا للمواد 9 و10 و1/33 من ق.أ.) ولكنه فقد شرطا من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر<sup>(1)</sup>، كأن تمّ عقد الزواج بدون حضور الشاهدين، أو الولي (المادة 33 ق.أ.).

### الفرع الثاني: أسباب الفسخ في الزواج الفاسد.

إن أسباب الفسخ في قانون الأسرة الجزائري هي كالاتي<sup>(2)</sup>:

أولا: إذا فقد الزواج أحد شروط الصحة، فيعتبر الزواج فاسدا، ويفسخ قبل البناء (قبل الدخول) ولا صداق فيه، ويثبت بعد البناء بصداق المثل (طبقا للمادة 2/33 ق.أ.)، وقد حكمت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركنا واحدا طبقا لأحكام المادة 2/33 من ق.أ.<sup>(3)</sup>؛ وفي قرار آخر لها - المحكمة العليا قضت بأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يحكم للزوجة بصداق المثل (طبقا للمادتين 17 و2/33 ق.أ.)<sup>(4)</sup>.

ثانيا: إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، فقد صحح المشرع الجزائري

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 295.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع نفسه، ص296.

(3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م.ق، 2002م، العدد2، ص440. (جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق )، ص1197.

(4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210422، إ.ق، 2001م، عدد خاص، ص53. (جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق )، ص1014.

العقد الذي يتعارض مع أحكام قانون الأسرة إذا حصل هناك دخول بأن قرّر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا (طبقا للمادة 35 ق.أ)<sup>(1)</sup>؛ فلا يجوز للقاضي الحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان النكاح (الزواج) فاسدا<sup>(2)</sup>، يبدو أن المشرع الجزائري تأثر برأي المالكية الذي يلغي الشرط المناقض، لأنه يناقض مقتضى عقد الزواج؛ ويفسخ النكاح قبل الدخول، فإن وقع الدخول ثبت النكاح بصداق المثل وبطل الشرط، وإنما قالوا بصداق المثل لا المسمى لأن الشرط قد يؤثر في الصداق<sup>(3)</sup>.

وبناء عليه فإن الشرط الوارد في عقد الزواج والذي لا يقتضيه العقد أو الذي يتنافى معه وكذا الذي يدخل في باب الكراهة لا يلزم أحد الزوجين، ولا يؤثر في صحة العقد<sup>(4)</sup> كاشتراط الزوجة البناء في بلد معين<sup>(5)</sup> أو شرط إسقاط حق الزوجة في السكن المستقل<sup>(6)</sup>.

وإن كان لا مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج بشروط يريانها ضرورية، لأن عقد الزواج يعد شريعة بين الطرفين، ولقوله: **«المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً أو حل حراماً»**<sup>(7)</sup>. ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي وذلك من خلال المادة 19 من ق.أ المعدل والتي جاءت عامة في الشروط التي يمكن للزوجين أن يشترطانها في عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق، كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع أحكام

- 
- (1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23م، ملف رقم 203366، مذكور سابقا. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1197.
  - (2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/06/25م، ملف رقم 33715، مذكور سابقا. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق)، ص319.
  - (3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص60.
  - (4) قرار المحكمة العليا، ق.خ، 1971/03/03م، ن.ق. 1972م، العدد2، ص73. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق)، ص113.
  - (5) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/06/20م، ملف رقم 49575، م.ق، 1991م، العدد2، ص54. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق)، ص466.
  - (6) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 218754، إ.ق، 2001م، عدد خاص، ص222. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1109.
  - (7) أخرجه الترمذي (1352)، ج3، ص626، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

قانون الأسرة كشرط عدم التعدد، وخرج المرأة للعمل<sup>(1)</sup>.

**ثالثا: إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، يرى جمهور الفقهاء أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، و لا أن تزوج غيرها لأن الذي يزوجها هو وليها، فإن كانت بكرا فالولاية عليها ولاية إجبار، وإن كانت ثيبا فالولاية تكون اختيارية، ولا بد فيها من إذن الولي، لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»<sup>(2)</sup>. وقوله أيضا: «أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»<sup>(3)</sup>. كما أنهم - الجمهور - استدلوا بقلة تجارب المرأة في الحياة، وخضوعها للعاطفة.**

أما الحنفية فيرون بأنه يحق للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، متى كان الزوج كفؤا، ومهرها مهر المثل، كما لها أن تزوج غيرها، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البقرة: 234]، وقوله سبحانه: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 232]، كما أنهم استدلوا بقوله ﷺ: «الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن في نفسها وإذنها صماتها»<sup>(4)</sup>، كما أنهم قاسوا تملك حق التصرف في مالها على تملك التصرف في نفسها<sup>(5)</sup>.

ولقد جعل قانون الأسرة الجزائري (المعدل بالأمر 02/05) الولاية شرط صحة في عقد الزواج طبقا للمادة 9 مكرر ق.أ، إلا أنه أعطى للمرأة الاختيار في ممارسة الولاية سوى كان

(1) انظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1، المرجع السابق، هامش ص151.

(2) أخرجه أبو داود (2085)، ج2، ص229، والترمذي (1101)، ج3، ص399، ورمز له الألباني بالصحة. وابن ماجه (1880)، ج3، ص78، وأحمد (2260)، ج3، ص38، وابن حبان (4075)، ج9، ص386، والحاكم (2710)، ج2، ص184.

(3) أخرجه أبو داود (2083)، ج2، ص229، والترمذي (1102)، ج3، ص399، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، والحاكم (2706)، ج2، ص182، وقال الذهبي: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(4) أخرجه مسلم في الجامع الصحيح، باب استئذان الثيب في النكاح (1421)، ج2، ص1037.

(5) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص248.

الولي أباه أو أحد أقاربها أو لأي شخص تختاره (طبقا للمادة 11 ق.أ) وأن انعدام الولي المنصوص عليه في المادة 9 مكرر من ق.أ، قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج بسبب أن هذه الأخيرة تطبق في حدود المادة 33 من ق.أ<sup>(1)</sup>. وعلى ذلك سارت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أنه يثبت الزواج بعد الدخول بصدّق المثل إذا اختل ركنًا واحدًا طبقًا لأحكام المادة 33 من ق.أ وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون<sup>(2)</sup>.

غير أن المالكية في المشهور عندهم يعتبرون أن الولاية شرط صحة لعقد النكاح وإلا كان العقد فاسدًا.

بينما يرى ابن القاسم المالكي رأيًا آخر، حيث يقول فيه: «أن الولاية سنة فقط لا شرط صحة، ويترتب على ذلك توارث الزوجين الذين أبرما العقد دون ولي»<sup>(3)</sup> ومن خلال نص المادة 2/33 ق.أ (المعدلة) يظهر أن المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور بأن إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل، إذا استوفى ركنه الأساسي (الرضا) والشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ق.أ<sup>(4)</sup>.

**رابعًا: إذا تزوج أحد الزوجين في مرض شديد وخطير (مرض الموت) ولازمه حتى الموت**  
إن عقد زواج المريض مرض الموت هو من الأتكة الفاسدة عند المالكية، ولا توارث فيها بين الزوجين، خلافاً للأئمة الثلاثة، وعلّة منعه عند المالكية قد يقصد منه إدخال وارث على

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/06/29م، ملف رقم 232095. (العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق)، ص 75.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/01/23م، ملف رقم 253366، مذكور سابقًا. (جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1197.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 12.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 250.

الورثة دون موجب حق وإلا ضرار بهم والإنقاص من أنصبتهم<sup>(1)</sup>. وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها من أن زواج المريض مرض الموت (من الجنسين) هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها<sup>(2)</sup>. وقال المالكية بعدم جواز نكاح المريض مرضا مخوفا (زوجا كان أو زوجة) وحكمه يفسخ بالطلاق قبل البناء وبعده، لأنه نكاح مختلف فيه إذ هو صحيح عند الشافعية<sup>(3)</sup>.  
**خامسا: إذا قصد الرجل بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا، وهو أن يتزوج رجل امرأة من أجل أن يحللها لزوجها الأول الذي طلقها طلاقا بائنا بينونة كبرى طبقا للمواد (30، 51، 57 و 222 ق.أ).**

وزواج التحليل لا يقصد منه البقاء والاستمرار والدوام بل تنصب فيه نية المحلل، على مجرد تحليل المرأة لمطلقها (الزوج الأول)، فهذا الزواج يعتبر فاسدا لعقده<sup>(4)</sup>. وقال مالك: «إنه نكاح فاسد، يفسخ قبل الدخول وبعده<sup>(5)</sup>. والشرط فاسد لا تحل به، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة امرأة التحليل. وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل»<sup>(6)</sup> ودليل ذلك قوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لامرأة رفاعة بن سموعل القرظي، التي أرادت أن ترجع إلى مطلقها ثلاثا (وهو رفاعة)، بعد أن تزوجها عبد الرحمن بن الزبير وطلقها قبل أن يدخل بها: «لا، حتى تذوق عسيلته، ويذوق عسيلتك»<sup>(7)</sup>، وذلك لأن نكاح التحليل حرام شرعا لما روى ابن ماجة عن

- 
- (1) عبد الرحمن بن القاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج2، المرجع السابق، ص170.
  - (2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23/05/2001، ملف رقم 251656، مذكور سابقا. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1172.
  - (3) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، (ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1996م)، ص 44.
  - (4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص298.
  - (5) ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، المرجع نفسه، ص73.
  - (6) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص88.
  - (7) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، باب شهادة المختبي (2639)، ج3، ص168، ومسلم في الجامع الصحيح، باب لا تحل المطلقة لمطلقها حتى... (1433)، ج2، ص1055.

عقبة بن عامر، قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟» قالوا: بلى يا رسول الله، قال: «هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له» (1).

وقد أشارت المحكمة العليا بهذا الخصوص إلى أنه من المقرر شرعا، أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء، ومن ثم، فإن قضاة المجلس لما قضاوا بالطلاق البائن، بناءً على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه للزوجة ثلاثا فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما (طبقا للمواد 51 و 57 ق.أ) (2) ويرى الأستاذ العربي بلحاج أن هذا الاجتهاد صائب، لأن الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا، ويمنع تجديد العقد، إلا بعد انقضاء عدة المطلقة من زوج غيره، دخل بها فعلا دخولا شرعيا (3).

#### الفرع الثالث: أنواع الأنكحة الفاسدة (4):

جاء النهي الصريح عن أربعة أنواع من النكاح وهي:

**أولا: نكاح الشغار:** وهو أن ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليته، ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بالأخرى. اتفق الجمهور على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه، واختلفوا إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟

يرى مالك: لا يصح، ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده، وبه قال الشافعي، إلا أنه قال: إن سمي لأحدهما صداقا أو لهما معا، فالنكاح ثابت بمهر المثل، والمهر الذي سمياه فاسد، وقال أبو حنيفة: نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل (5).

(1) أخرجه ابن ماجة (1936)، ج3، ص118، والبيهقي في السنن الكبرى (14187)، ج7، ص339، وحكم الألباني بصحته في إرواء الغليل (1897)، ج6، ص307.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17/02/1998م، ملف رقم 176551، م.ق، 2000م، العدد1، ص171. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص952.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص181.

(4) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (ط: 1؛ الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2007)، ص159.

(5) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص58.

**ثانيا: نكاح المتعة:** هو الزواج إلى أجل معين، وصورته أن يقول الزوج للمرأة: أمتنع بك مدة كذا بكذا من المال: ومن ثم سمي بالمتعة لأن الغرض منه إنما هو نفع مادي مؤقت، فالرجل يريد الانتفاع والاستمتاع بالمرأة وهي تريد الحصول على الصداق (1).  
كان في صدر الإسلام جائز رخصة للمضطر ثم حرم.

لقد تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه، إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم، في بعض الروايات: أنه حرم يوم خيبر، وفي بعضها: يوم الفتح، وفي بعضها: في غزوة تبوك، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار أجمعوا على تحريمه، واشتهر ابن عباس بتحليل نكاح المتعة وتبعه أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن، وكان ابن عباس يحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: 24] (2).

**ثالثا: نكاح الخطبة على خطبة الغير:** عند الجمهور أن هذا النكاح منهي عنه، لكنه إذا وقع فإنه يعد صحيحا، ولا يفرق بين الزوجين، لأن النهي ليس متوجها إلى نفس العقد بل إلى أمر خارج عن حقيقته، وعند مالك في المشهور يجب الفسخ قبل الدخول بطلقة بائنة (3).  
**رابعا: نكاح المحلل:** وهو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا، فهو نكاح مفسوخ عند مالك (4) وهو حرام وباطل مفسوخ، لقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» (5)، وهو نكاح صحيح عند أبي حنيفة والشافعي، لأن العقد في ظاهره مستكمل الأركان والشروط (6).

- 
- (1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 157.
  - (2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص 59.
  - (3) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 160.
  - (4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع نفسه.
  - (5) أخرجه أبو داود (2076) ج2، ص 227، وقال الألباني: صحيح.
  - (6) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 160.

## الفرع الرابع: آثار الزواج الفاسد:

لقد قرر المشرع الجزائري الفسخ كجزء على العقد الفاسد الذي لم يستوفِ الشروط المنصوص عليها في القانون، فإذا ما تبين سبب من أسباب الفساد قبل الدخول، فسخ الزواج دون صداق، أما إذا تبين بعد الدخول، فالقانون الجزائري، إما يصححه للاستمرار حماية للأسرة والمجتمع، وإما يبطله بطلانا مطلقا، إذا اختل أكثر من ركن واحد المادة 33 من ق.أ. القديم (84-11)<sup>(1)</sup>.

ويترتب على الزواج الفاسد حالتان من الآثار: تختلف فيهما آثاره قبل الدخول عن بعده.

### أولا: آثار الزواج قبل الدخول:

فلا يترتب على هذا العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا تعتد المرأة، ولا تجب لها نفقة، ولا صداق (طبقا للمادة 2/33 من ق.أ.). ولا توارث بين الزوجين، وجوب التفريق بين الزوجين، أو أن يتفرقا من تلقاء نفسيهما، لأن الرابطة الزوجية أصبحت فاسدة، على اعتبار أن العقد في حكم المعدوم<sup>(2)</sup>. وعليه تعتبر آثار الزواج الفاسد قبل الدخول هي نفسها آثار الزواج الباطل.

### ثانيا: آثار الزواج الفاسد بعد الدخول:

ونظرا لخطورة الوضع، رتب المشرع آثار نتيجة الدخول وهي:

- تستحق الزوجة نفقة عدة الطلاق، إذا كانت تجهل سبب فساد النكاح، غير أنها لا تستحق النفقة الزوجية، ولا الميراث ولو تم الدخول، لأنهما من آثار الزواج الصحيح (طبقا للمواد 74 و 126 و 130 من ق.أ.)<sup>(3)</sup>.

- وجوب العدة على المرأة؛ وتبدأ العدة من يوم التفرقة بين الطرفين، إذا كان ذلك من

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/01/02م، ملف رقم 51107، منكور سابقا. ( جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 602.

(2) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 74 و 75.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 301.

تلقاء نفسيهما، أو بمقتضى حكم قضائي.

- وجوب الصداق المسمى إن تمت تسمية الصداق صحيحة في العقد، وإن لم يسم الصداق وجب صداق المثل، "ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" (طبقا للمادة 2/33 من ق.أ.).

- ثبوت النسب من الرجل الذي تزوج بالمرأة في الزواج الفاسد، وحصل هناك حمل بعد الدخول، و ذلك رعاية لإحياء الولد، و عدم تضييعه (وهذا طبقا للمادة 34 من ق.أ.ج.).  
- ثبوت حرمة المصاهرة، حيث يحرم على الرجل أن يتزوج بأصول المرأة أو فروعها وكذلك يحرم عليها أصوله وفروعه (طبقا للمادة 26 من ق.أ.)  
- وجوب الإستبراء لمعرفة براءة الرحم (المادة 34 ق.أ.)<sup>(1)</sup>.  
- يعتبر العقد الفاسد بعد الدخول بالزوجة شبهة، فلا يطبق الحد (المادة 40 من ق.أ.) والشبهة ترفع وصف الزنا في العقد الفاسد.

وتجدر الإشارة إلى أن الزوج السيئ النية، فلا يلحق الولد به، لأنه ابن زنا ويبقى هذا الولد ينتسب إلى أمه فقط<sup>(2)</sup>.

---

(1) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 75.

(2) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص301.

## المطلب الثالث

### الزواج العرفي

ولدراسة هذا المطلب نقترح تقسيمه وفق الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: المقصود بالزواج العرفي:

وهو زواج بالفاتحة، غير موثق، ابرم وفق القواعد الشرعية، استوفى جميع الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المواد (9 و9 مكرر من ق.أ.)، وتم بغير الشكل الرسمي المقرر قانونا (أي خارج الدوائر الرسمية).

أما الزواج غير الشرعي فلا نقصده بطبيعة الحال، لأنه غير صحيح أصلا (إما زواج باطل أو فاسد). ومما لا شك فيه أن الزواج الصحيح له آثار، من بينها التوارث بين الزوجين، ولكي تُحفظ وتُصان هذه الحقوق، يجب أن يكون العقد مسجل في الدوائر الرسمية

#### الفرع الثاني: الأشخاص المؤهلون لتحريير عقود الزواج:

طبقا لنص المادة 18 من ق.أ.ج أنه يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة أحكام المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون، كما أنه حسب المادة 2/3 من الأمر 20/70 المتضمن قانون الحالة المدنية، أنه "يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج"، وكذلك نصت المادة 71 من نفس الأمر (20/70)، على أنه يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن أو محل إقامة طالبي الزواج<sup>(1)</sup>.

ومن خلال تحليل هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائري، قد حصر صلاحية تحرير وتسجيل عقود الزواج في جهتين رسميتين فقط، وهما الموثق وهو القاضي المكلف بتحرير وتوثيق عقود الزواج، بالإضافة إلى ضابط الحالة المدنية وهو الشخص الموجود بمقر البلدية التي يوجد بها موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما، والذي يكلفه ويؤمله القانون صراحة

---

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 268.

بتحرير وتوثيق عقود الزواج باعتباره عقداً دينياً ومدنياً بالنسبة للجزائريين، ومعنى ذلك أن تحرير عقد الزواج من شخص غير الموثق، أو ضابط الحالة المدنية يعتبر تحريراً غير قانوني، ولا يحتج به أمام الجهات الإدارية أو القضائية الجزائرية<sup>(1)</sup>.

وإن كانت المادة 71 من ق.ح.م قد حددت الأشخاص المؤهلين بتحرير وتوثيق عقود الزواج إلا أنها لم تطلب منهم مراعاة أركان وشروط إبرام عقد الزواج، فإن المادة 18 من ق.أ، بعد أن تضمنت على وجوب أن يتم تحرير عقد الزواج أمام الموثق، أو أمام موظف مؤهل قانوناً، فقد نصت بعد ذلك على ضرورة أن يلتزم هؤلاء بمراعاة أحكام المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون، بحيث يجب على كل واحد منهم أن يتحقق من توفر ركن الرضا وتوفر الشروط القانونية<sup>(2)</sup>، من ولي وشاهدين وتحديد الصداق المسمى أمام الموثق (طبقاً للمواد 9 و9 مكرر و15 من ق.أ و72 من ق.ح.م)<sup>(3)</sup>، كما يجب على الموثق، وضابط الحالة المدنية أن يلتزما - عند مباشرة تحرير عقد الزواج- بمراعاة أن يتقدم كل واحد من الزوجين بالمستندات والوثائق المنصوص عليها في المادة 74 من ق.ح.م والمتعلقة بإثبات حالة وهوية وموطن أو محل إقامة كل واحد من الزوجين، بالإضافة إلى تأكيد المادة 77 من ق.ح.م على معاقبة الموثق وضابط الحالة المدنية الذي لم يحترم تطبيق شروط تحرير عقد الزواج.

وبناءً عليه فإذا كان القانون يلزم الأطراف المعنية بالزواج بتقديم مستندات ووثائق معينة كالتي وردت في نص المادة 77 من ق.ح.م، والمتعلقة بعقد زواج جديد للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها، ومثل الرخصة المتعلقة بالإعفاء من سن أهلية الزواج (المادة 7 من ق.أ)، أو إعادة الزواج (المواد 8 و8 مكرر و8 مكرر 1 من ق.أ)، أو الشهادة الطبية (المادة 7 مكرر من ق.أ) فإن واجب الموثق، وضابط الحالة المدنية بالبلدية التأكد من توفر كل هذه المتطلبات

---

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، (ط:2؛ الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009م)، ص 69.

(2) المرجع نفسه.

(3) قرار المحكمة العليا، 2007/06/13، ملف رقم 339 396، م.م.ع، 2008م، العدد1، ص 253.(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص1437.

قبل الشروع في تحرير عقد الزواج، وإذا لم يفعل فإنه سيتعرض لعقوبة إدارية جزائية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: إثبات عقد الزواج:

إن عقد الزواج يقوم بتحريره وتسجيله الموثق أو ضابط الحالة المدنية طبقا للمواد (18 و21 من ق.أ ومن 71 إلى 77 من ق.ح.م)، وهو الوثيقة الرسمية أو الوسيلة الأصلية الأساسية لإثبات الزوجية<sup>(2)</sup>.

إن كتابة عقد الزواج وفق الشكل القانوني له صفة المحرر الرسمي، يعد الأداة الرسمية ذات الحجة الإثباتية القاطعة على الكافة، لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير<sup>(3)</sup> لكنه في بعض الحالات قد يتم العقد عن طريق العرف، وعندئذ يخضع إثبات عقد الزواج إلى طرق أخرى وهي:

### أولاً: إثبات عقد الزواج طبقاً لأحكام الشريعة:

إن شهادة الشهود هي الوسيلة المعتمد عليها في الشريعة الإسلامية كوسيلة للإشهار وكأداة لإثبات عقد الزواج في حالة جحود الزوجية، أو إنكارها من طرف أحد الزوجين<sup>(4)</sup> في حين أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يدخل ضمن المصالح المرسله لتثبيت الحقوق وتقوية الثقة، وإدخال الاطمئنان في نفوس الناس، ولقد أصبح عقد الزواج من العقود الشكلية أو الرسمية، والتي لا بد فيها من الإشهاد والإعلان والتوثيق لحمايتها وترتيب آثارها وأحكامها<sup>(5)</sup>. وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا، على أنه يجب على قضاة الموضوع التأكد

---

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص69.  
(2) تنص المادة 5 من القانون رقم 224/63 المؤرخ في 1963/06/29م على أنه " لا يجوز لأحد أن يدعي الزوجية أو يطالب بآثارها ما لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل في سجلات الحالة المدنية" وهي مأخوذة من نص المادة 194 من القانون المدني الفرنسي.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 273،  
(4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 30/ 04 /1990، ملف رقم 75344، م.ق، 1992م، العدد 4، ص65. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق )، ص 628.  
(5) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص97.

من توافر أركان وشروط الزواج لإثبات الزواج العرفي<sup>(1)</sup>. وأنه يجوز سماع شهادة الأقارب لإثبات واقعة الزواج<sup>(2)</sup>.

وأن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة<sup>(3)</sup>، وأنه يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين<sup>(4)</sup>، كما أنه يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة<sup>(5)</sup>، ومن ثم فإن القضاء برفض دعوى تثبيت الزواج العرفي الناتج عن علاقة غير شرعية هو قضاء سليم<sup>(6)</sup>.

إن إثبات الزواج بواسطة الشهود الذين حضروا العقد، يتعلق بقواعد نصت عليها الشريعة الإسلامية<sup>(7)</sup>، التي تقبل كل أنواع الأدلة في إثبات عقد الزواج، عندما يقع إنكاره<sup>(8)</sup> غير أن المحكمة العليا تفرض على قضاة الموضوع رقابة قانونية صارمة على البيئة القاطعة التي تشهد بمعاينة العقد على النحو الشرعي<sup>(9)</sup>، وهي شهادة شهود مبينين في شهادتهم أركان

- 
- (1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19/09/2000م، ملف رقم 248683، مذكور سابق. (العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق)، ص 112.
  - (2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17/03/1998م، ملف رقم 188707، إ.ق.غ.أ.ش، 2001م، عدد خاص، ص 50. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق)، ص 1012.
  - (3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24/04/1991م، ملف رقم 71732، م.ق، 1993م، العدد 2، ص 51. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق)، ص 669.
  - (4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 22/09/1998م، ملف رقم 204254، مذكور سابقا. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق)، ص 963.
  - (5) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18/04/2001م، ملف رقم 262912، م.ق، 2002م، العدد 2، ص 409. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 3، المرجع السابق)، ص 1182.
  - (6) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 03/07/2002م، ملف رقم 261925، م.ق، 2003م، العدد 2، ص 271. (العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق)، ص 112.
  - (7) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 14/02/1983م، ملف رقم 29213، ن.ق، 1986م، عدد 3، ص 80. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق)، ص 175.
  - (8) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/12/1986م، ملف رقم 43889، م.ق، 1993م، العدد 2، ص 37. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق)، ص 659.
  - (9) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 03/07/2002م، ملف رقم 261925، مذكور سابقا. (العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق)، ص 112.

الزواج من رضا الزوجين وولي وشاهدين وصادق<sup>(1)</sup>، أنهم حضروا قراءة الفاتحة بمجلس العقد وكذا وليمة الزواج أو زفاف الطرفين<sup>(2)</sup>، وأن الزواج قد قام على العلانية والشهرة مع مراعاة شروطه وأركانه، وأن لا تكون الشهادة متناقضة<sup>(3)</sup>. وأن تتم الشهادة تحت رقابة القضاة وفقا لأحكام القانون، ومن ثم فإن إسناد المهمة للموثق أو الخبير يعتبر تنازلا عن صلاحياتهم مما يعرض قرارهم للنقض<sup>(4)</sup>. وأن الزواج العرفي يثبت بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل طبقا للمادة 64 من ق.إ.م (القديم)؛ ولا يشترط أن يكون الولي محصورا في الأب (المادة 11 ق.أ)، وفي هذا السياق، فإن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تحكمه قواعد قانون الإجراءات المدنية بصفة عامة، غير أن القواعد المتصلة بذات الدليل فإنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية<sup>(5)</sup>، بالإضافة إلى هذا فإن حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجية مؤقتة، ويكون حسب توفر الأدلة الشرعية والقانونية<sup>(6)</sup>. كما أنه يجوز لقضاة الموضوع أن يحكموا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي<sup>(7)</sup>.

- 
- (1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17/03/1998م، ملف رقم 188707، مذكور سابقا. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص1012.
  - (2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20/04/1999م، ملف رقم 221329، إ.ق، 2001م، عدد خاص، ص 60. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 1018.
  - (3) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19/03/1990م، ملف رقم 58788، م.ق، 1991م، العدد1، ص 59. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق)، ص 459.
  - (4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25/05/1993م، ملف رقم 90683، م.ق، 1994م، العدد4، ص 58. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 723.
  - (5) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 14/02/2007م، ملف رقم 381880، م.م.ع، 2007م، العدد2، ص 483. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1426.
  - (6) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/12/1998م، ملف رقم 211509، إ.ق، 2001م، عدد خاص، ص 56. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 1015.
  - (7) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24/10/1995م، ملف رقم 125059، ن.ق، 1998م، العدد53، ص 56. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 886.

هذا ويجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق، لسماع الشهود، ولو لأول مرة على مستوى الاستئناف، فإنه يدخل في إطار مهام قضاة الموضوع متى رأوا ذلك يفيد الإجراءات المتخذة من قبلهم<sup>(1)</sup>.

وفي قرار للمحكمة العليا بأنه يتعين على قضاة الدرجة الثانية في حالة إنكار أحد الورثة الشرعيين وجود عقد الزواج العرفي المحتج به من قبل الطاعنة، ضرورة توجيه اليمين للورث المنكر (وهو الطاعن) ؛ بصفته وارثا لا يعلم بهذا العقد، وينكر حتى مضمونه وفقا للمادة 327 من ق.م، فإنهم بذلك عرضوا قرارهم للقصور في الأسباب والخطأ في تطبيق القانون<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: إثبات عقد الزواج في القانون:

لقد نصت المادة 18 من ق.أ على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، وبحكم هذه المادة يكون إثبات عقد الزواج عن طريقتين<sup>(3)</sup>:

1- أمام الموثق: بعد التأكد من صحة تطبيق المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ تطبيقا صحيحا، أي ضرورة توافر رضا الزوجين، وأهلية الزوجين، وولي الزوجة، وتسمية الصداق وحضور شاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج؛ يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته ويسلم للزوجين نسخة تسمى "ليفيف زواج" للإثبات، ثم يقوم بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه 03 أيام، من تاريخ تسجيل العقد لتسجيله بسجلات الحالة المدنية، وفي خلال مدة 05 أيام الموالية لوصول الملخص، يسجل في السجلات على هامش عقد الميلاد كل واحد من الزوجين<sup>(4)</sup>.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/02/23م، ملف رقم 315403، م.م.ع، 2005م، العدد1، ص 275. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1263.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/01/04م، ملف رقم 351676، م.م.ع، 2006م، العدد1، ص 463. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1337.

(3) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 70.

(4) المادة 2/72 من الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970م، المتعلق بالحالة المدنية.

2- أما إذا قام بإبرام عقد الزواج ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي يقع فيها محل إقامة طالبي الزواج، أو أحد منهما، فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه، ويسلم إلى الزوجين دفترًا عائليًا مثبتًا للزواج<sup>(1)</sup>. وهذا هو الزواج الرسمي الذي يتم أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية المؤهل قانونًا وفقًا للإجراءات، بقيده وتسجيله لدى الحالة المدنية في الآجال القانونية، ورغم ذلك حكمت المحكمة العليا في قرار بأن عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفاتر الحالة المدنية بالبلدية، لا يؤثر على صحة الزواج الذي يتضمنه العقد<sup>(2)</sup>. وعليه فإن سلطة ومسؤولية الموثق وضابط الحالة المدنية، بشأن تحرير عقود الزواج تحكمها النصوص القانونية، ولا يجوز الخروج عنها، ولقد نصت المادة 46 من ق.ح.م، على أن العقد يبطل إذا كان تسجيله مزورًا، أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، حتى لو كانت البيانات المتوفرة في العقد ذاته صحيحة شكلاً، كما يعاقب الموثق وضابط الحالة المدنية الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في عقود الزواج والذي يحرر وثيقة للحالة المدنية في ورقة عادية في غير السجلات القانونية المعدة لذلك<sup>(3)</sup>، ولهذا فإن التسجيل بمعناه القانوني التنظيمي، لا يتم إلا قبل الدخول بالزوجة لإعطاء العقد المبرم الصفة الشكلية الرسمية أمام الموثق أو البلدية طبقاً للمواد (71 و 72 من ق.ح.م)، أما إذا حصل الدخول وأن كان الشخص قد سبق له أن أبرم عقد زواجه "بالفاتحة" على يد إمام وبحضور جماعة من المسلمين، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية مادام أن الزواج "بالفاتحة" ما يزال معمول به عرفاً في الحياة العملية، فإنه - ليس أمام هذا الشخص من سبيل لإثبات هذا الزواج إلا باللجوء إلى المحكمة المختصة (قاضي شؤون الأسرة) طبقاً للمواد 2/426 و 3/423 من ق.إ.م.إ. د (الجديد 09/08)<sup>(4)</sup>.

(1) المادتان 1/72 و 117 من الأمر 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13/06/2007، ملف رقم 396339، مذكور سابقاً. (جمال سايس، اجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج3، المرجع السابق)، ص 1437..

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 271.

(4) المرجع نفسه، ص 272.

ويكون هذا بكتابة طلب إلى وكيل الجمهورية يلتزم فيه تسجيل عقد زواجه، ثم تقوم النيابة العامة بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية لتجري صحة ما يراد تسجيله، وعندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة إصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق في الأدلة والتأكد من توافر أركان وشروط المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ، وبعد استصدار الحكم القضائي، يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج، ليقوم هذا الأخير بتسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية، وبعد إتباع هذه الإجراءات المقررة في قانون الحالة المدنية، يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة عن سجل الحالة المدنية، ويثبت قانوناً قيام عقد الزواج.

وطبقاً للمادة 7 من الأمر رقم 65/71، يسجل منطوق الحكم الذي يصدر فيما بعد في سجلات الحالة المدنية، لمكان الولادة، أو في سجلات القنصليات، وهذا بسعي من وكيل الجمهورية.

#### الفرع الرابع: آثار الزواج العرفي:

حتى ينتج عقد الزواج آثاره، ويتم التوارث بين الزوجين، يجب أن يكون عقد الزواج قد قام بتحريره وتسجيله الموثق أو ضابط الحالة المدنية، ولا يسوغ لأي شخص أن يدعي صفة الزوجية - التي هي سبب التوارث بين الزوجين - ما لم يثبت ذلك بعقد مسجل في الحالة المدنية<sup>(1)</sup>، وبناء عليه فإن الزواج الذي ثبت وسجل في سجلات الحالة المدنية يرتب آثاره من اليوم الذي تقرر بحكم قضائي<sup>(2)</sup>.

ومن خلال كل هذا يتبين أن الزواج العرفي ينتج آثاره الشرعية من عدة (المادتان 58 و59 ق.أ)، ونفقه (م 74 و76 ق.أ)، وإثبات النسب (م 40 و41 ق.أ)، وحرمة المصاهرة (م 26 ق.أ)، والتوارث بين الزوجين (م 126 و130 ق.أ)، غير أن هذا الزواج لا يكون

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش. 1975/04/21، ملف رقم 12529، غير منشور. (العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق)، ص 100.

(2) المادة (8) من الأمر 65/71 المؤرخ في 1971/09/22 المتضمن التثبيت القضائي للزواج.

حجة قاطعة يحتج بها أمام الجهات الإدارية أو القضائية، فرغم شرعيته إذ لا يزال هذا الزواج - الزواج العرفي - معمول به عرفا في الحياة العملية، إلا أنه ليس أمام الشخص الذي يدعيه سوى اللجوء إلى المحكمة المختصة لإثبات هذا الزواج، وبعد تثبيته بحكم قضائي، يكون هذا الزواج منتج لآثاره في مواجهة جميع من أنكره، وعليه يصبح من حق الزوجين التوارث بينهما.

## المطلب الرابع

### الزواج المختلط

إن عقد الزواج يمكن أن يتم إبرامه داخل الوطن، ويمكن أيضا أن يتم خارج الوطن ومن جهة أخرى، يمكن أن يقع بين جزائريين فيما بينهما، أو بين الأجنبي والأجنبي. وأما أن يقع بين الجزائريين والأجنبي فهو ما نعبر عنه بالزواج المختلط.

ولدراسة هذا الموضوع نقترح تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: المقصود بالزواج المختلط:

وهو كل زواج يتم إبرامه بالجزائر، أو بالخارج، بين شخص جزائري الجنسية، وآخر يحمل جنسية بلد أجنبي<sup>(1)</sup>.

كزواج جزائري مسلم بمسيحية إسبانية، أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم والعبرة في الزواج المختلط هو وجود العنصر الأجنبي في أحد طرفي عقد الزواج أما اختلاف الديانة فلا يعتبر زواجًا مختلطًا<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الثاني: زواج الجزائريين في الخارج:

يبرم هذا الزواج إما حسب الشكل المحلي لمكان إبرام العقد أو أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل:

**أولاً: وفق الشكل المحلي:** يجوز للجزائريين عقد زواجهم في الخارج وفق الشكل المحلي، وهذه الإمكانية قد أتاحتها لهم نص المادة 97 من ق.ح.م بقولها: « إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين، أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج ». .

مما يتضح من خلال النص أنه تناول إلا الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 284.

(2) المرجع نفسه؛ انظر: زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، م.ج، 1993م، العدد 4، ص 952.

أو بين جزائري وأجنبية، وسكت عن الزواج الذي يعقد بين جزائرية وأجنبي مما جعلنا نستنتج أن زواج الجزائرية بالأجنبي في الخارج لا يجوز عقده في الشكل المحلي ويرجع سبب ذلك إلى التخوف من ذهاب الجزائريات إلى الخارج وعقد زواجهن هناك تحايلا على القانون الجزائري الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم<sup>(1)</sup>.

وإذا كان للجزائري الحق في عقد زواجه في الخارج وفقا للشكل المحلي، فهذا الحق ليس مطلقا، لأن هناك أشكالاً محلية تعتبر مخالفة للنظام العام الجزائري خاصة إذا كانت وفق شكل ديني يمس عقيدة المسلم، فالزواج في هذه الحالة يعتبر باطلا، أما إذا كان الشكل خلاف ذلك فهو صحيح<sup>(2)</sup>.

#### ثانيا: أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل.

أما إذا انعقد الزواج أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل فنلاحظ أن أغلب القوانين المقارنة، حتى تلك التي اعتبرت قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي إلزامية، قد سمحت لرعاياها بإبرام زواجهم أمام بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية في الدول المعتمدة فيها وقد جعلت معاهدة فيينا المنعقدة في 1948/04/24م من صلاحية رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي في التصرف كضابط الحالة المدنية قاعدة حقيقية من القانون الدولي العام<sup>(3)</sup>.

كما أن اتفاقية لاهاي المنعقدة في سنة 1978م والمتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته قد اعترفت لهم هي أيضا بصلاحية إبرام زواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها شريطة أن هذه البلدان لا تمنع من ذلك<sup>(4)</sup>.

ولقد اعترفت الجزائر هي أيضا بصحة العقود التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين

---

(1) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، (ط:11؛ الجزائر: دار هومة، 2009م)، ص 243.

(2) المرجع نفسه، ص 244.

(3) المرجع نفسه؛ أنظر: الجريدة الرسمية 1964، ص 485 معاهدة فيينا المنعقدة في 1948/04/24 والتي صادقت عليها الجزائر في 1964/03/04.

(4) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع نفسه، ص245؛ انظر: Imprimerie lahaye 1978،

والقناصل طبقا لنص القانون الجزائري، وطبقا لنص المادة 96 من ق.ح.م، والتي تعتبر الزواج صحيحا الذي يبرمه الجزائريين وفق القانون الجزائري أمام الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل في الدول المعتمدين فيها.

والواضح أيضا أن هذه المادة لم تعلق اختصاص رجال الدبلوماسية أو القناصل على أي شرط. ولذلك لا يشترط في صحة العقد الذي يقومون بتحريره طبقا للقانون الجزائري أن تعترف لهم بهذه الصلاحية الدول المعتمدين فيها<sup>(1)</sup>.

وبما أن الأعوان الدبلوماسيين والقناصل لهم صلاحية إبرام زواج الجزائريين، فإن لهم أيضا هذه الصلاحية في حالة الزواج المختلط وذلك طبقا للمادة 2/97 من ق.ح.م، حيث أعطيت لهم هذه الصلاحية، إذا كان الزوج جزائري والزوجة الأجنبية متمتعة بجنسية البلد المضيف، أما إذا كانت من غير جنسية البلد المضيف فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه، إلا في البلد الذي سيحدد بموجب مرسوم.

والملاحظ على هذا النص أنه لم يتطرق إلى مسألة زواج الجزائرية بأجنبي يفترض القول بأنهم غير مختصين في هذه الحالة ولكن المادة 31 من ق.أ، قد أشارت إلى هذه المسألة ولكن تطلب توافر إجراءات خاصة وإن عممت حكمها على الطرفين معا، وهذا نصها « يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية » .

ولما أعطى المشرع الجزائري هذه الصلاحية - إبرام عقد الزواج - للأعوان الدبلوماسيين والقناصل الجزائريين في الخارج، فقد اعترف ضمنا بقاعدة من القانون الدولي العام وهي صلاحية الأعوان الدبلوماسيين والقناصل في عقد زواج رعايا دولهم في الجزائر بشرط أن تسمح بذلك دولهم<sup>(2)</sup>.

---

(1) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص244؛ انظر: المادة 64 من القانون رقم 166/54 لسنة 1954م الخاص بتنظيم السلكين الدبلوماسي والقنصلي.

(2) المرجع نفسه، ص 246.

### الفرع الثالث: خضوع الشروط الموضوعية للزواج والآثار المترتبة عليه لقانون الجنسية:

إن كل زواج مختلط أبرم بالجزائر وفقا لأحكام قانون الأسرة، يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره لأن القانون الجزائري ينص على احترام القانون الوطني لكل من الزوجين (طبقا للمادة 11 من ق.م المعدلة بالقانون 10/05) بالإضافة إلى أنه يمنع زواج جزائرية مسلمة بأجنبي غير مسلم (طبقا للمادة 30 من ق.أ<sup>(1)</sup>). وحسب المادة 1/12 ق.م فإن المشرع الجزائري أسند آثار الزواج الشخصية والمالية إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهو حل يتفق مع الاتجاهات الحديثة في التشريعات المقارنة<sup>(2)</sup>.

كما أن الزواج الذي أبرم في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا وقع حسب الشروط الشكلية المقررة في ذلك البلد، بشرط أن لا يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يشترطها القانون الوطني حتى يمكنه أن يبرم عقد الزواج المختلط<sup>(3)</sup>.

وطبقا للمادة 13 من ق.م، فإنه يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من نفس القانون (وهي الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج، وكذا الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج)، إلا فيما يخص أهلية الزواج<sup>(4)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن إبرام عقد الزواج المختلط بين جزائري وامرأة أجنبية تنتج عليه مشاكل عديدة ومتنوعة خاصة فيما يتعلق بالتوارث بين الزوجين، وكانت وفاة أحد الزوجين في بلد أجنبي يختلف ضابط الإسناد (الموطن) عن ما هو موجود في الجزائر (الجنسية)، أو

---

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص284.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، (د ط: الجزائر: مطبعة الكاهنة، 2000)، ص165؛ انظر: اتفاقية لاهاي، أغلب التشريعات العربية أخذت بهذا الحل وكذلك المشرع الايطالي والألماني والبولوني.

(3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع نفسه.

(4) قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش، 17/02/1998م، ملف رقم 170082، م.ق، 2000م، العدد1، ص167. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص949.

كانت البلاد الأجنبية تفرق في مسألة الميراث بين ميراث العقار وميراث المنقول.

### الفرع الرابع: تحديد القانون الذي يخضع له الميراث.

بعض الدول تفرق في تشريعاتها بين الميراث في العقار والميراث في المنقول، فتخضع الميراث في العقار لقانون غير القانون الذي تخضع له الميراث في المنقول. ونجد هذه التشريعات تكاد تكون مجمعة على خضوع الميراث في العقار إلى قانون موقعه.

أما الميراث في المنقول فتختلف حول القانون الذي يخضع له، فنجد مثلا: الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وبريطانيا تخضعه لقانون موطن المتوفى، أما النمسا والمجر ورومانيا فتخضعه لقانون جنسية المتوفى.

ويرجع سبب التفرقة بين العقار والمنقول إلى الفكرة القديمة في العصر الإقطاعي، وهي أن العقار هو الذي يمثل الثروة، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة<sup>(1)</sup>.

وقد انتقد بعض الفقه هذه التفرقة لكونها تؤدي عمليا إلى ترتيب أوضاع متناقضة، فنجد المنزل مثلا خاضعا لقانون، بينما تجهيزاته خاضعة لقانون آخر وعلى العكس تماما نجد دول تؤمن بوحدة القانون الذي يحكم الميراث فتخضع التركة في مجملها لقانون واحد، غير أن هذه الدول غير متفقة على قانون واحد فالتى تعتبره متصلا بنظام الأسرة أخضعت لقانون جنسية المتوفى كالدول العربية، واليونان واسبانيا وألمانيا، والتي تعتبره متصلا بنظام الأموال قد أخضعت لقانون موقع المال كبعض دول أمريكا اللاتينية، وهناك من تعتبره نتيجة لواقعة قانونية فقد أخضعت لقانون موطن المتوفى<sup>(2)</sup>.

وبما أن الميراث في مجمله بالجزائر يعتبر متصلا بنظام الأسرة، كونه ينظم انتقال مال المتوفى إلى ورثته الأحياء من أقربائه أو زوجته، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه، فقد أخضعه المشرع إلى قانون جنسية المتوفى وقت موته طبقا لنص م16 من ق.م.

(1) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص268.

(2) المرجع نفسه، ص269.

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بما أخذ به المشرع الفرنسي الذي فرق في الميراث بين العقار والمنقول والتي رأينا بأنها منتقدة وتؤدي إلى أوضاع شاذة، فيكون بذلك المشرع الجزائري قد أخذ في مجمله بإخضاع الميراث إلى قانون واحد وهو قانون جنسية المتوفى وقت موته<sup>(1)</sup>.

ولما كان الميراث في القانون الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية، فقد يستبعد قانون جنسية المورث وقت الوفاة إذا كان مخالفا للنظام العام، كأن يكون القانون الأجنبي المختص يقضي بالتوارث بين المسلمين وغير المسلمين<sup>(2)</sup>. أو يجيز التوارث بين الزوجين المتلاعنين. وكذلك يجب أن يستبعد القانون الأجنبي المختص لما يكون المورث مسلما، إذ أن تركة المسلم يجب أن تحكمها مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى<sup>(3)</sup>.

واستبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطا للإسناد، يهدم بذلك قاعدة الإسناد الواردة في المادة 16 من ق.م، والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة<sup>(4)</sup>.

### الفرع الخامس: آثار الزواج المختلط:

هناك عدة آثار وهي:

- زواج الجزائري بالأجنبية الكتابية لا ينتج عنه توارث بين الزوجين إذ كانت الوفاة

---

(1) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص269.

(2) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، المرجع السابق، ص185.

(3) قرار لمحكمة النقض المصرية مؤرخ في 1964/05/27م يقضي بأن " أحكام الموارث الإسلامية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، تعتبر من النظام العام في مصر؛ إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد لها، وتغليب قانون أجنبي عليها مما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين.

(4) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع نفسه، ص274.

بالجزائر لقوله عليه الصلاة والسلام "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"<sup>(1)</sup>، أما إذا كانت الوفاة في بلد أجنبي يجيز التوارث بين المسلمين وغير المسلمين فالوضع هناك يختلف وفي حالة زواج جزائري مع أجنبية مسلمة يرث كل منهما الآخر إذا كانت الوفاة في الجزائر، أما زواج الجزائري بالأجنبية التي لا تدين بدين سماوي، فهو لا يجوز الزواج بها أصلا ومن ثم فلا توارث بينهما.

- وإذا كان الزواج بين جزائرية وأجنبي مسلم وكانت وفاة أحد الزوجين في الجزائر فإن الزوج الحي يرث الزوج المتوفى، وفي هذه الحالة قد يستبعد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام.

- يمنع زواج الجزائرية بالأجنبي غير المسلم وهذا طبقا للمادة 30 من ق.أ و بطبيعة الحال فلا توارث بينهما أيضا.

- أما زواج الجزائري بالأجنبية المسلمة، وكانت الوفاة في بلد أجنبي، فإن مسألة التوارث بين الزوجين يحكمها القانون الأجنبي، إما يحيلها إلى قانون جنسية المتوفى إذا كان ضابط الإسناد لديه (هو الجنسية)، أما إذا كان يتخذ الموطن ضابطا للإسناد فالقانون الأجنبي هو المختص، والذي قد يكون يفرق بين ميراث العقار وميراث المنقول.

- وعموما التوارث بين الزوجين في الزواج المختلط مجال تطبيقه ضيق وتترتب عليه عدة مشاكل، بالإضافة إلى باقي آثار الزواج المختلط خاصة فيما يتعلق بالحضانة عند انحلال الرابطة الزوجية والتي تتأثر بسبب اختلاف الجنسية.

---

(1) أخرجه البخاري (6764)، ج8، ص156، ومسلم (1614)، ج3، ص1233.

## المبحث الثاني

### إشكالات الطلاق

كما سبق وأن رأينا من بين أسباب انحلال الرابطة الزوجية الطلاق، وبوقوع هذا الأخير تنتهي العلاقة الزوجية ويمنع الزوجين من حق التوارث بينهما، إلا أن في بعض الأحيان يعطل هذا المنع، وترد استثناءات، أو ما يعبر عنه بإشكالات الطلاق وهي عبارة عن أنواع من الطلاق، فتجيز التوارث بين الزوجين أحيانا وتمنعه أخرى.

و لدراسة هذه الإشكالات نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الطلاق الرجعي.

المطلب الثاني: الطلاق البائن.

المطلب الثالث: الطلاق العرفي (غير مثبت بحكم).

المطلب الرابع: طلاق مريض مرض الموت (طلاق الفار).

## المطلب الأول الطلاق الرجعي

ولدراسة هذا النوع من الطلاق نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

**الفرع الأول: المقصود من الطلاق الرجعي ومشروعيته:**

**أولاً: المقصود من الطلاق الرجعي:**

هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته (مطلقته) من غير اختيارها ما دامت في العدة، بشرط أن يكون في مدخول بها<sup>(1)</sup> وهذا بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن، إذ تمت المراجعة قبل انقضاء العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق من رجعي إلى بائن.

**ثانياً: مشروعية الطلاق الرجعي:**

اتفق الفقهاء على مشروعية الطلاق الرجعي، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾ [البقرة: 228].

ويقول أيضاً: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...﴾ [البقرة: 230]. ومن السنة للحديث الثابت عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضاً»<sup>(2)</sup> ولا خلاف في هذا.

**الفرع الثاني: أحكام الرجعة الشرعية في الطلاق الرجعي:**

لقد أجمع المسلمون على أن الزوج يملك حق مراجعة زوجته بعد الطلاق الأول والثاني ما دامت في العدة، من غير اعتبار رضاها، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: 228]. وأن من شرط هذا الطلاق أن يكون على المدخول بها، وانفقوا أيضاً أن تكون المراجعة بالقول والإشهاد، فأما الإشهاد فيرى مالك أنه: مستحب وذهب الشافعي إلى أنه

(1) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص 62.

(2) أخرجه البخاري، (5251)، ج7، ص41، ومسلم (1471)، ج2، ص1093.

واجب. أما القول: فيرى الشافعي لا تكون الرجعة إلا بالقول.

وهناك من يرى المراجعة تكون بالوطء وهؤلاء قسمين:

ذهب مالك أن وطء الرجعية حرام، حتى يرتجعها، فلا بد عنده من نية.

ويرى أبو حنيفة أن الرجعية محللة الوطء<sup>(1)</sup>.

لقد اختلف الفقهاء في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المطلقة الرجعية، ما دامت في العدة، فقال مالك: لا يخلو بها، ولا يدخل عليها إلا بإذنها، ولا ينظر إلى شعرها، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما، لكن يروي عن ابن القاسم المالكي أن مالكا رجع عن إباحة الأكل معها، وقال أبو حنيفة: لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها، وتتطيب له، وتبدي البنان له، وهو قول أبو يوسف والثوري وكلهم قالوا: لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة.

وقد اختلف الفقهاء أيضا في مسألة الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة، فتنزج إذا انقضت عدتها.

يرى مالك أنها للذي عقد عليها النكاح، دخل بها أو لم يدخل بها هذا قوله في الموطأ.

ويرى الشافعي وأبو حنيفة والكوفيون وغيرهم: أن زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل. وحجة الفريق الثاني أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تنزج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان الزواج الثاني فاسدا؛ وعليه فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعده<sup>(2)</sup>، وهو الرأي الذي يتفق مع مما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا،

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص85 و86.

(2) المرجع نفسه، ص86 و87.

وَمَنْ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا» (1).

ولقد حدد الفقهاء كذلك حالات الطلاق الرجعي وفق ضابط شرعي، فيرى المالكية: أن الطلاق البائن يكون في أربعة مواضع، أما الرجعي فهو عدا هذه المواضع، وبمفهوم المخالفة، يكون الطلاق الرجعي في المدخول بها، والطلاق في الأولى والثانية، أي دون الثالث (2).

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي:

ولقد تعرض المشرع الجزائري لمسألة الطلاق الرجعي من خلال نص المادة 50 من ق.أ. بقولها: « من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد... » ومدة محاولة الصلح ذكرتها المادة 49 من ق.أ، التي أكدت أن: « الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر » ، وهي مدة تتناسب مع المدة التي تعتد فيها الزوجة (العدة الشرعية) (3)، وأن محاولة الصلح التي يجريها القاضي بين الطرفين تعد من النظام العام، ولا يجوز للقاضي الحكم بالطلاق دون القيام بإجراء محاولة الصلح، طبقا للمادة 49 من ق.أ (4)، وكذلك أن الطلاق الذي تم قبوله أمام القاضي بناء على طلب وإرادة الزوج لا يجوز الرجوع فيه بعد انتهاء العدة، ومرور ثلاثة أعوام (5) وللقاضي أن يحكم بالطلاق استجابة لرغبة وإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين وذلك بعد محاولة الصلح

---

(1) أخرجه أبو داود (2088)، ج2، ص230، والترمذي، (1110)، ج2، ص409، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، وذهب الألباني إلى أنه ضعيف.

(2) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 237.

(3) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 99.

(4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/06/18م، ملف رقم 75141، م، ق، 1993م، العدد1، ص 65. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص654.

(5) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/04/21م، ملف رقم 41100، ن، ق، 1988م، العدد 44، ص164، (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، المرجع السابق)، ص189.

التي يجريها، وهذا طبقا للمادتين 48 و 49 من ق.أ<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع: آثار الطلاق الرجعي:

- الطلاق الرجعي يُبقي العلاقة الزوجية قائمة ما دامت الزوجة في عدتها.
- وقوع الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج.
- يعطي للزوج الحق في مراجعة زوجته في العدة دون عقد ومهر جديدين ( طبقا للمادة 50 من ق.أ )، ويكون ذلك بالقول، أو بالفعل عند الجمهور غير الشافعية.
- يعطي للزوجة الحق في النفقة والسكن ما دامت في عدتها (طبقا للمواد 74 و78 من ق.أ)، لاتصافها بصفة الزوجة.
- حق الزوجين في التوارث بينهما ما دامت الزوجة في العدة، ما لم يكن هناك مانع من الميراث (طبقا للمواد 132 و135 و138 ق.أ)<sup>(2)</sup>.
- يحرم الاستمتاع بالرجعية عند المالكية، ويحرم الوطاء، وغيره وحتى النظر ولو بلا شهوة عند الشافعية.
- لم يحرم الحنفية والحنابلة وطاء الرجعية، وبعد ذلك مراجعتها، ولو وطئها لا حدّ عليه لكن تكره الخلوة بها تنزيها<sup>(3)</sup>.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/07/09م، ملف رقم 138949، م، ق، 1996م، العدد2، ص 77. ( جمال

سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص840.

(2) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 222.

(3) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 238.

## المطلب الثاني الطلاق البائن

بعد انتهاء العدة ينتقل الطلاق من رجعي إلى بائن، ولدراسة هذا الأخير-الطلاق البائن-  
نقترح تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

### الفرع الأول: معنى الطلاق البائن ودليل مشروعيته:

إن هذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين:

أولاً: معنى الطلاق البائن بينونة صغرى ودليل مشروعيته:

#### 1- معنى الطلاق البائن بينونة صغرى:

هو الطلاق الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد  
ومهر وهو الطلاق قبل الدخول، أو على مال أو بالكناية عند الحنفية، أو الذي يوقعه  
القاضي لا لعدم الإنفاق، أو بسبب الإيلاء<sup>(1)</sup>.

#### 2- دليل مشروعية الطلاق البائن بينونة صغرى:

قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ  
تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾﴾  
[الأحزاب: 49].

ثانياً: معنى الطلاق البائن بينونة كبرى ودليل مشروعيته:

#### 1- معنى الطلاق البائن بينونة كبرى:

وهو الطلاق الذي يكون فيه الرجل قد استنفذ جميع الطلقات الثلاث، وبذلك لا يستطيع  
مراجعتها إلا إذا تزوجت بعده رجلاً آخر، ويدخل بها، فإن طلقها بعد ذلك، أو توفي عنها  
وانتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين<sup>(2)</sup>.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، المرجع السابق، ص6955.

(2) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجديد المعدل، المرجع السابق، ص 177.

## 2- دليل مشروعية الطلاق البائن بينونة كبرى:

قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: 230].

### الفرع الثاني: أحكام الارتجاع الشرعية في الطلاق البائن:

الطلاق البائن يكون فيما دون الثلاث، ويكون في الثلاث:

أما دون الثلاث (الطلقة الأولى والثانية): اتفق الفقهاء على أنه يقع في غير المدخول بها واختلفوا في المختلعة وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق، حكم بداية الزواج، أي بصداق وعقد جديدين. غير أن الجمهور لا يعتبرون فيه لانقضاء العدة، وشذّ آخرون واعتبروا أن المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره، وهم يروا بأن منع النكاح في العدة عبادة<sup>(1)</sup>.

أما البائنة بالثلاث: اتفق العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الذي طلقها إلا بعد الوطء، لحديث رفاعة بن سموءل: « أنه طلق امرأته تميمية بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثا، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير، فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها، فأراد رفاعة بن سموءل القرظي زوجها الأول أن ينكحها، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال: لَا تَحِلُّ لَكَ حَتَّى تَذُوقَ الْعُسَيْلَةَ »<sup>(2)</sup>.

وهذا الطلاق يسمى الطلاق المكمل للثلاث، وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق، إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات، أو إشارة فهل يقع بائنا أم لا؟ يرى جمهور الفقهاء أنه يقع بائنا بينونة كبرى، أما الرأي الثاني يرى بأنه لا يقع إلا طلقة واحدة مهما كان العدد، وبالرأي الثاني أخذت أغلب التشريعات العربية<sup>(3)</sup>. وفيما يخص تحليل المطلقة ثلاث يرى جمهور العلماء أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد

(1) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص87.

(2) العسيلة: كناية عن الجماع شبه لذته بلذة العسل وحلاوته؛ انظر: المرجع نفسه، والحديث أخرجه مالك في الموطأ (17)، ج2، ص531، والنسائي (3414)، ج6، ص148، وابن حبان (4121)، ج9، ص430.

(3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص

الصوم والحج ويُحِلُّ المطلقة ويُحصِّن الزوجين ويوجب الصداق: هو التقاء الختانين<sup>(1)</sup>.  
وقال مالك وابن القاسم: لا يُحِلُّ المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح  
في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف، ولا يُحِلُّ الذميمة عندهما وطء زوج ذممي لمسلم،  
ولا وطء من لم يكن بالغاً، وخالفهما في ذلك أبو حنيفة والشافعي فقالوا: يُحِلُّ الوطء وإن وقع  
في عقد فاسد، أو وقت غير مباح، وكذلك وطء المراهق عندهم يحل، ويحل وطء الذمي  
الذميمة للمسلم، وكذلك المجنون والخصي<sup>(2)</sup>.

ولقد حدد الفقهاء ضابط الطلاق البائن، وهي عبارة عن حالات حدوث الطلاق البائن،  
فذكر المالكية أن البائن تكون في أربعة مواضع وهي: طلاق غير المدخول بها، وطلاق  
الخلع والطلاق بالثلاث، والمبارأة<sup>(3)</sup>: وهي التي يملك الناس بها المرأة أمر نفسها، ويجعلونها  
واحدة من غير خلع، والثلاثة الأولى متفق عليها<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الطلاق البائن:

الطلاق البائن كما سبق وأن قلنا هو على نوعين: فالطلاق البائن بينونة صغرى وفيه  
يتعين على الزوج الذي يريد أن يراجع زوجته أن يعقد عقداً جديداً ؛ وفي ذلك تقر المادة 50  
من ق.أ في شقها الأخير: « بأن من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى  
عقد جديد» ومعنى ذلك يصير الطلاق نهائياً، ولا يستطيع فيه الزوج أن يعيد المطلقة إلى  
الرابطة الزوجية إلا بعد عقد جديد مع توفر أركانه وشروطه وفقاً للمادتين 9 و9 مكرر  
من ق.أ<sup>(5)</sup>.

وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن الطلاق يمكن أن

(1) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص88.

(2) المرجع نفسه.

(3) المبارأة وهي بذل المرأة العوض على طلاقها بإسقاطها عنه حقاً لها عليه؛ انظر: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في  
أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص266.

(4) محمد بن أحمد بن جزى المالكي، القوانين الفقهية. تحقيق: محمد بن سيدي مولاوي، (لا.ط؛ المغرب: مطبعة النهضة  
د. ت)، ص368.

(5) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 99.

يتم بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد (طبقاً للمواد 48 و 49 و 50 من ق.أ.)<sup>(1)</sup>

أما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو الذي لا يستطيع فيه الزوج المطلق إعادة الرابطة واستئناف الحياة الزوجية السابقة، إلا بعد أن تتزوج المطلقة زوجاً غيره، وبزواج صحيح مع دخول حقيقي، ثم يتم فك العصمة بين المطلقة والزوج الثاني بالفرقة أو بالوفاة، وتتقضي عدتها، لقوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾ [البقرة: 229، 230].

وفي هذا الصدد أورد قانون الأسرة في المادة 51 منه: «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء»<sup>(2)</sup> ما يمكن ملاحظته على هذا النص بخصوص الطلاق المكمل للثلاث، أنه غير واضح إذ أننا نرى اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلاقة واحدة خصوصاً أنه من الناحية القانونية لا يقع الطلاق إلا بواسطة حكم قضائي<sup>(3)</sup>.

هذا وقد ورد في قرار المحكمة العليا بأنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الرابع: آثار الطلاق البائن:

يجب أن نفرق هنا بين الطلاق البائن بينونة صغرى، والطلاق البائن بينونة كبرى.

#### أولاً: آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

- (1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/07/18م، ملف رقم 49858، م.ق.1992م، العدد 1، ص 73. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 560.
- (2) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 100.
- (3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 178.
- (4) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/02/17، ملف رقم 176551، مذكور سابقاً. (جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص 952.

- زوال الرابطة الزوجية بين الزوجين فيحرم بذلك الاستمتاع والخلوة بمجرد الطلاق.
- ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج.
- يحل الصداق المؤجل بمجرد الطلاق، وذلك إذ لم يدفع كاملاً.
- يمنع التوارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية، إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت<sup>(1)</sup>. (ستأتي دراسته لاحقاً).

### ثانياً: آثار الطلاق البائن بينونة كبرى:

- يزيل الرابطة الزوجية في الحال، ولا يبق للزوجية أثر سوى العدة.
- تحرم العودة إلى بعضهما شرعاً وقانوناً (تحريم مؤقت)، إلا بعد أن تتزوج رجلاً آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً، ثم يطلقها، أو يموت عنها، وتتقضي عدتها منه، فهنا فقط يجوز لهما العودة بعقد ومهر جديدين.
- لا يثبت التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما ولو كانت الزوجة في عدتها إلا في حالة الطلاق الفرار (طلاق مريض مرض الموت).
- يكون لها الحق في مؤخر الصداق، إذا لم يدفع بالكامل، فهو حق ثابت بمجرد العقد<sup>(2)</sup>.

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 238.

(2) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 223.

## المطلب الثالث

### الطلاق غير المثبت بحكم

طبقاً لنص المادة 49 من ق.أ، فإن الطلاق يتم عن طريق القضاء، وإن دعوى الطلاق تخضع لبعض الأحكام، منها الإجرائية ومنها الموضوعية، ولدراسة هذا النوع من الطلاق نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: المقصود بالطلاق غير المثبت بحكم:

وهو طلاق عرفي يقع شفهيًا بالتلفظ من الزوج ضمن المقتضيات الشرعية، دون اللجوء للقضاء لاستصدار حكم يثبت ذلك، إذ لا يعتد به قانونًا ولا يحتج به تجاه الغير<sup>(1)</sup>. من خلال هذا التعريف يتضح أن تلفظ الزوج بالطلاق هي منشئة للطلاق، أما الحكم القضائي فهو كاشف للطلاق.

#### الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى الطلاق:

إن أول إجراء يتطلبه القانون للحصول على حكم قضائي متعلق بالطلاق أو التطلق، هو وجوب تقديم عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة تودع بأمانة الضبط التي يوجد بها مقر الزوجية، ضمن دائرة اختصاصها، طبقاً لنص المادة 14 من ق.إ.م.إ.د. وكذلك وحسب المادة 15 من ق.إ.م.إ.د، إذ تشمل عريضة افتتاح الدعوى على ملخص لموضوع النزاع وأسباب طلب الطلاق، وعلى النص القانوني الواجب التطبيق إن أمكن وعلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، كما يجب أن تكون على نسختين وتكون مؤرخة وموقعة من الزوج أو من محاميه. وبعد ذلك يقوم أمين الضبط بالمحكمة بتسجيل العريضة في السجل المخصص لتسجيل الدعاوى بتاريخ إيداعها ويعطيها رقماً يميزها عن غيرها من الدعاوى، ثم يقوم المدعي من الزوجين بتبليغ النسخة الثانية من العريضة إلى الزوج المدعي عليه، وذلك بواسطة المحضر القضائي طبقاً للمادة 16 من ق.إ.م.إ.د، والذي يجب عليه أن

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص

يحرر محضرًا بتكليف المدعى عليه بالحضور إلى الجلسة العلنية وذلك وفقًا للأشكال والأوضاع المنصوص عليها في المادتين 18 و19 من ق.إ.م.إ.د. (1).

### الفرع الثالث: إجراءات محاولة الصلح قبل الفصل في دعوى الطلاق:

من خلال تحليل نص المادة 49 من ق.أ نستنتج ثلاث مسائل تشكل أهم إجراءات محاولة الصلح التي يوجب القانون توفرها قبل الفصل في دعوى الطلاق وهي:

#### أولاً: إجراءات محاولة الصلح:

لقد نصت المادة 49 من ق.أ على أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، وأن أيّ طلاق خارج هذا الإطار، لا يعتد به ولا يكون حجة تجاه الغير، وعليه لا يجوز للمحكمة أن تقر الطلاق العرفي، إلا بعد قيام القاضي المعروض عليه دعوى الطلاق، بعدة إجراءات صلح يحاول من خلالها إقناع الزوجين بالعدول عن فكرة الطلاق والعودة إلى حياة المودة والوئام ونبذ الخصام، بشرط أن لا تتجاوز محاولات الصلح مدة ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى بالطلاق، لكن أي تخلف لأحد الزوجين عن حضور جلسات محاولة الصلح دون عذر مع التكليف بالحضور يعتبر امتناعاً ضمنياً، ورفضاً لمحاولة الصلح وهو ما يعفي القاضي من الانتظار، وتعتبر محاولة الصلح فاشلة، ويحرر بذلك محضرًا وينتقل بالضرورة إلى الحكم بالطلاق إذا توفرت أسبابه (2).

#### ثانياً: تحرير محضر بمساعي الصلح ونتائجه:

بعد أن تعرضنا إلى الفقرة الأولى من المادة 49 من ق.أ، فإن الفقرة الثانية قد قررت أنه يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواء كانت ايجابية أو سلبية، فإذا كانت ايجابية، يذكر في المحضر الأمور التي تمّ التصالح بشأنها وإن كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح قد فشلت، وبإمكانه أن يشير لسبب فشلها وبعد تحرير كاتب الضبط للمحضر، يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين.

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص119.

(2) المرجع نفسه.

وتجدر الإشارة إلى أن محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، لا يجوز للقاضي التغاضي عنها وعدم إجرائها وإلا يعرض حكمه بالطلاق للنقض والإلغاء كلما وقع الطعن فيه أمام المحكمة العليا<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: تسجيل حكم الطلاق:

نصت الفقرة الثالثة من المادة 49 من ق.أ. على وجوب أن تسجل أحكام الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، مما يتضح من خلال هذه الفقرة أنها قد كلفت وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام وتسجيل عقد الزواج يطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين، بعد أن أرفق بطلبه نسخة من الحكم بالطلاق.

لكن إذا كان الحكم بالطلاق لا يقبل الطعن بالاستئناف ويقبل الطعن فيه بالنقض طبقاً للمادة 433 من ق.إ.م.إ.د، فإن ممثل النيابة لا يجوز له أن يطلب من ضابط الحالة المدنية تسجيل حكم الطلاق إلا بعد أن يكون حكم الطلاق قد وقع الفصل فيه من المحكمة العليا، وأصبح حكماً نهائياً<sup>(2)</sup>.

### الفرع الرابع: حالات وأسباب طلب الحكم بالطلاق:

هناك أسباب مختلفة تدفع بأحد الزوجين، أو كليهما في طلب الطلاق وهي:

#### أولاً: حالة الطلاق بناءً على طلب الزوج وحده:

وهي الحالة التي يلجأ فيها الزوج إلى المحكمة يطلب منها الحكم له بالطلاق بينه وبين زوجته، فقد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها، ولذلك أبيح له الطلاق

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 120.

(2) المرجع نفسه، ص 121.

إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة، وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق وهي الموعظة الحسنة، والهجر في المضجع، والضرب بغرض التأديب ومحاولة الصلح فإذا تعذرت هذه الأمور، ولم يفلح الزوج فيها، جاز له استعمال حقه في الطلاق، ولكن الشريعة الإسلامية وإن أباحت الطلاق إلا أنها جعلته في أضيق نطاق وبناءً على مبررات مشروعة وإلا اعتبر الزوج متعسفاً في استعمال حقه، فإذا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق؛ وهذا التعسف سبب ضرر للزوجة، فإن لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابها طبقاً لنص المادة 52 من ق.أ.<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: حالة طلب الطلاق بالتراضي:

لقد أوردت المادة 48 من ق.أ بأن حل عقد الزواج بالطلاق يتم كذلك بتراضي الزوجين أي بناءً على إرادتهما المشتركة. وهذا مما يجعلنا نقول بأنه يجوز للزوجين أن يلجأ إلى المحكمة بقصد طلب الطلاق، بناءً على طلب أحدهما وموافقة الآخر. أو بناءً على طلب مشترك تتضمنه عريضة مشتركة لوضع حد للرابطة الزوجية، والفراق بإحسان.

لكن إذا كانت المادة 49 من ق.أ تلزم القاضي بإجراء محاولات الصلح، إذا ما عرضت عليه دعوى الطلاق، وأن يحزر محضراً يوقعه رفقة كاتب الضبط والزوجين، إلا أن حالة الطلاق بالتراضي تسهل على القاضي مهمة محاولات الصلح، وتوفر على الزوجين الكثير من الوقت، لأن الزوجين لا يطلبان من القاضي الحكم بالطلاق برضائهما إلا بعد أن يتفقا على كل شيء، وما على القاضي سواء أن يحزر محضراً ايجابياً ويفصل بينهما، ويضمن حكمه عبارة الطلاق بالتراضي، ويقوم وكيل الجمهورية بعد ذلك بالإجراءات المقررة قانوناً لتسجيل حكم الطلاق في سجلات الحالة المدنية<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: حالة طلب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة:

لقد أعطت المادة 48 من ق.أ الحق للزوجة في أن تطلب الطلاق من القاضي إذا تضررت من سلوك زوجها لأنها لا تطلق نفسها بنفسها ولكن هذا وفق جملة من المبررات والأسباب وعددها عشرة أسباب ذكرتها المادة 53 من ق.أ المتعلقة بالتطبيق، وكذلك للزوجة

(1) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص 175.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص 124.

الحق أن تخالغ زوجها طبقاً للمادة 54 من ق.أ، وذلك إذا لم تطق العيش معه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة:229]<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من الحالات التي يستند إليها القاضي في إصدار حكم بالطلاق بناءً على طلب أحد الزوجين المتضرر من نشوز الطرف الآخر، وقد ذكرت المادة 55 من ق.أ حالة نشوز أحد الزوجين، ومهما يكن فإن النشوز يعتبر واقعة موضوعية وللقاضي السلطة التقديرية في تقييم وتقدير مقومات ومكونات النشوز وكذلك في الحكم بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر<sup>(2)</sup>.

### الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري من الطلاق غير المثبت بحكم:

لا يثبت الطلاق إلا بحكم طبقاً لنص المادة 49، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية (المادة 222 ق.أ) التي تعتبر أن طلاق الزوج بالإرادة المنفردة هو أمر مجمع عليه بين الفقهاء وعليه تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم يثبت ذلك، يكون الطلاق قد وقع شرعاً وحتى يتم وقوعه قانوناً، لم يبق سوى إثباته من خلال حكم قضائي<sup>(3)</sup>. وبسعي من النيابة العامة يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها بأن من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز لقضاة المجلس أن يحكموا بالطلاق لإثبات الطلاق العرفي، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق، إذ اعتبر اجتهاد المحكمة العليا تلفظ الزوج بالطلاق هو بمثابة طلاق عرفي، وجاء أيضاً في نفس القرار أنه من المقرر شرعاً أنه

(1) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص176.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص126.

(3) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع نفسه، ص181.

يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء<sup>(1)</sup>.

#### الفرع السادس: آثار الطلاق غير المثبت بحكم:

- يُنتج الطلاق العرفي آثاره الشرعية من يوم وقوعه (تلفظ الزوج بالطلاق)، وعليه ستكون الآثار بحسب نوع الطلاق الذي وقَّعه الزوج بتلفظه (الطلاق الرجعي أو الطلاق البائن) وهذا من نفقة، وعدة ونسب وإسناد حضانة.

- يثبت التوارث بين الزوجين، إذا كان الطلاق العرفي رجعيًا وكانت المرأة في عدتها.

- ولا يثبت التوارث بين الزوجين إذا كان الطلاق العرفي بائنًا، إلا في حالة طلاق الفرار (مرض الموت) فإنه يثبت التوارث.

- يتبين من خلال كل هذا أن الطلاق العرفي، حتى يحتج به على من أنكره، فما على الذي يدعيه سوى إثباته بشهادة شهود أمام القضاء لاستصدار حكم يثبت ذلك وتسجيله في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، ويتقرر وقوعه شرعًا وقانونًا من تاريخ تسجيله<sup>(2)</sup>.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16/02/1999م، ملف رقم 216850، إ.ق، 2001م، عدد خاص، ص 100.

(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، المرجع السابق)، ص1034.

(2) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 122.

## المطلب الرابع

### طلاق مريض مرض الموت (طلاق الفار)

لقد سبقت دراستنا للطلاق البائن على اعتبار أنه لا توارث فيه بين الزوجين، إلا أنه إذا وقع في حالة مرض الموت يكون له حكماً آخر ولدراسة هذا النوع من الطلاق نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

#### الفرع الأول: المقصود بمرض الموت:

وهو المرض المُخَوِّف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به<sup>(1)</sup>.

بمعنى كل من غالب حاله الهلاك بمرض مخوف أو غيره، له حكم مرض الموت، ويسمى طلاقه طلاق الفار لفراره من إرث زوجته له، فيعاقب بنقيض مقصده.

ومريض الموت كما قال الحنفية: هو من أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه المعتادة كعجز العالم الفقيه عن إتيان المسجد، وعجز التاجر عن إتيان دكانه، وأما المرأة المريضة فهي التي عجزت عن القيام بمصالحها المعتادة داخل البيت كطبخ وغيره، واستمر المرض في حدود السنة وأعقبه الموت.<sup>(2)</sup>

#### الفرع الثاني: شروط ثبوت ميراث المرأة في طلاق الفار<sup>(3)</sup>:

أولاً: أن لا يصح الزوج من ذلك المرض، وإن مات بعد مدة.

ثانياً: أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه.

ثالثاً: أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي.

رابعاً: أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة.

---

(1) عبد الله معصر، تعريف معجم مصطلحات الفقه المالكي، (ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2007م)، ص 123.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، المرجع السابق، ص 6977.

(3) المرجع نفسه، ص 6979.

**خامساً:** أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت الطلاق وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت.

### **الفرع الثالث: آراء الفقهاء حول ميراث مريض مرض الموت:**

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا طلق امرأته في مرض الموت ثم ماتت، لم يرثها وإن ماتت في عدتها (عدة الطلاق). واختلف الفقهاء في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج في مرضه الذي طلق فيه، والاختلاف يتمثل في:

**أولاً: في الرأي:** فقال الجمهور (الحنفية، المالكية، الحنابلة، الإمامية): أنها ترثه، وقال الشافعي لا ترثه. وقال الظاهرية: طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، فإذا مات أو ماتت فلا توارث بينهما بعد الطلاق الثلاث، ولا بعد انتهاء العدة في الطلاق الرجعي.

**ثانياً: في الأدلة:** استدل الشافعي على أن المرأة المطلقة في عدة الطلاق البائن لا ترث من زوجها لانقطاع آثار الزوجية بالطلاق البائن، والميراث لا يثبت لانقضاء سببه، بخلاف المطلقة في عدة طلاق رجعي فإنها ترث بالاتفاق لبقاء آثار الزوجية.

واستدل الجمهور بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فإن عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ورثت تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف الذي كان قد طلقها في مرض موته، فَبَنَّتْها وكان بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً منهم.

أما المعقول: هو أن تطليقها فيه إضرار محض، وهو يدل على قصده بحرمانها من الإرث فيعاقب بنقيض مقصده، كما يرد قصد القاتل لمورثه، بحرمانه من الإرث<sup>(1)</sup>.

**ثالثاً: وقت الإرث:** اختلف الفقهاء في وقت الإرث:

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، المرجع السابق، ص6978.

1. يرى الحنفية: أن المطلقة طلاقاً بائناً تترث مطلقها إذا مات وهي في العدة، لبقاء بعض أحكام الزواج فيبقى حق إرثها منه، فإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، لأنه لم يبق بينهما علاقة وصارت كالأجنبية، لانقطاع العلاقة الزوجية وآثارها<sup>(1)</sup>.
2. ويرى المالكية: أنها تترث وإن انقضت عدتها وتزوجت، لما روى أبو سلمى بن عبد الرحمن بن عوف: «أن أباه طلق أمه، وهو مريض، فمات، فورثته بعد انقضاء العدة». ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بعد انقضاء العدة.
3. ويرى الإمامية والمشهور عند أحمد: أنها تترث في العدة وبعدها ما لم تتزوج، لما روي عن الحسن البصري، ولأن هذه المطلقة وارثة من زوج، فلا تترث زوجاً سواه كسائر الزوجات فلو ورثت بعد الزواج بغيره لأدى ذلك إلى توريثها من زوجين في بعض الأحوال والمرأة لا تكون زوجة لاثنتين شرعاً، والتوارث من آثار النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر<sup>(2)</sup>.

#### الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من طلاق المريض مرض الموت:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى طلاق مريض مرض الموت ولكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من ق.أ حيث يرى الجمهور أن من طلق زوجته في مرض الموت فالطلاق نافذ ويثبت لها الميراث.

وهو الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها إذ يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعدت بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث وتعتبر كأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحاً.

وأما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان طلاقاً بائناً، ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث، فإنها تعدت بأطول الأجلين، الطلاق والوفاة فقد اعتبر الزواج قائماً حكماً وقت الوفاة في حق الميراث فقط لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد، وهو

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، المرجع السابق، ص 6978.

(2) المرجع نفسه، ص 6979.

معاملة الزوج بنقيض مقصوده<sup>(1)</sup>.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا، أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، والطلاق المحكوم به صحيح شرعاً وقانوناً، بخلاف الميراث فإن حق الطاعة فيه ثابت شرعاً إذا طلقت في مرض الموت، لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، وعملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود<sup>(2)</sup>.

### الفرع الخامس: آثار طلاق مريض مرض الموت (طلاق الفار):

- طلاق المريض نافذ وصحيح، كطلاق الصحيح.

- لا يصح تبرعه إلا من ثلث التركة.

- ترث المطلقة من الرجل المريض مرض الموت إذا مات من ذلك المرض، مادامت في العدة من طلاق رجعي، كما ترثه في عدتها في حال الصحة ؛ لأن الرجعية زوجة ببقاء الآثار الزوجية قائمة.

- ثبوت التوارث بين الزوجين عند الطلاق البائن في مرض الموت إذا قامت قرينة على أن الزوج يقصد حرمان الزوجة من الميراث ؛ فإنها عند الجمهور - غير الشافعية - ترث منه إن مات في العدة وهو ما أخذ به القضاء الجزائري وكذا بعد العدة، وإن تتزوج عند المالكية معاملة له بنقيض مقصوده<sup>(3)</sup>.

---

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/12/21م، ملف رقم 101444، م.ق، 1996م، عدد 2، ص73.  
(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق)، ص838.  
(2) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/17م، ملف رقم 179696، إ.ق، غ.أ.ش، عدد خاص، ص99.  
(جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، المرجع السابق)، ص 1032 .  
(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص 6977.

## خلاصة الفصل الثاني

إن بداية التوارث بين الزوجين يكون بالزواج الصحيح، ونهايته بانحلال الرابطة الزوجية بالطلاق ولكن هناك صعوبات تعتري الزواج والطلاق، فتمنع أحياناً وتجزئ أخرى مسألة التوارث بين الزوجين وإن كان الزواج الباطل والفساد بمعنى واحد عند الجمهور، إلا أن المشرع الجزائري ذهب إلى أن البطلان أقوى من الفساد في السبب، وكلما قوي السبب كان الزواج باطلاً، فالباطل كالزواج بإحدى المحارم يفسخ قبل الدخول وبعده. أما الفاسد، كاختلال شرط من شروط الصحة، كزواج المريض فهو لا يجوز عند المالكية، ويفسخ بالطلاق قبل الدخول وبعده، لأنه مختلف فيه، وكلا من النكاحين لا توارث فيهما بين الزوجين، لأنه من آثار الزواج الصحيح.

ومن الإشكالات، أيضاً، الزواج العرفي الذي لا يزال معمول به عملياً، وإن كان ينتج آثاره الشرعية ويوجب التوارث بين الزوجين، إلا أنه ليس أمام الشخص الذي يدعيه سوى اللجوء إلى القضاء لإثباته بحكم قضائي وتسجيله في الحالة المدنية، ليكون منتج لآثاره في مواجهة جميع من أنكره، بالإضافة إلى إشكالات الزواج المختلط حين زواج الجزائريين بالأجانب، وإن كانت الشريعة الإسلامية تجيز الزواج بالكتابية، إلا أنها تمنع التوارث بينهما لاختلاف الدين، إذا كانت الوفاة بالجزائر، أما إذا كانت الوفاة بالخارج، فمشكلة الزواج المختلط تظهر بوضوح خاصة إذا كان ضابط الإسناد لديها هو موطن المتوفى. وكذلك يثبت التوارث بين الزوجين رغم وقوع الطلاق الرجعي مادامت الزوجة في عدتها لبقاء العلاقة الزوجية قائمة، أما الطلاق البائن بنوعيه فلا يثبت فيه التوارث لانقطاع العلاقة الزوجية وآثارها، إلا في طلاق الفار، فإن زوجته ترثه مادامت في عدتها وهو لا يرثها. والطلاق غير المثبت بحكم (وهو الطلاق العرفي) وإن كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم، إلا أنه ينتج آثاره الشرعية من تاريخ وقوعه (أي بتلفظ الزوج)، بأن لا توارث بين الزوجين.

## الخاتمة

من خلال عرض أهم الأحكام المتعلقة بالتوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، والإشكالات التي تعترضه وكيفية معالجتها؛ يمكن الخروج بجملة من النتائج والتوصيات، وهي كالآتي:

### أولاً: أهم النتائج المتوصل إليها:

1. لا يثبت التوارث بين الزوجين إلا إذا كان الزواج صحيحاً، ولو من غير دخول أو خلوة.
2. يعتبر القاتل العمد ممنوعاً من الميراث ولو أتى بشبهة كقتل الزوج زوجته حال تلبسها بالزنا.
3. المتلاعنان لا يتوارثان فيما بينهما؛ لأن فرقة اللعان مؤبدة ونهائية عند الجمهور.
4. من قام به مانع شرعي، يعتبر كالميت في حق الورثة ووجوده وعدمه سواء، فهو لا يرث ولا يؤثر في غيره من الورثة.
5. يتم التوارث بين الزوجين بطريق الفرض، وينحصر في النوع الأول فقط وهو النصف، ونصفه (الربع)، ونصفه (الثلث).
6. من خلال التوارث بين الزوجين تتحقق القاعدة القرآنية «للذكر مثل حظ الأنثيين»؛ فنصيب الزوج ضعف نصيب الزوجة.
7. لا يؤثر في نصيب الزوجين إلا الفرع الوارث للمتوفى، وهذا التأثير يصل إلى حجب النقصان فقط.
8. المسائل التي تعول هي: الستة، الاثنا عشر، والأربع وعشرون. وكل المسائل التي تعول يكون من بين الورثة أحد الزوجين، إلا في حالة عول الستة إلى السبعة، فقد لا يكون من بين الورثة أحد الزوجين.
9. يعتبر المفقود حياً بالنسبة لأمواله الثابتة ملكيتها له وفي حقوقه الأخرى حتى تقوم البيّنة

على وفاته، وبالنسبة إلى أموال غيره، فيثبت إرثه منها.

10. لا توارث بين الزوجين في الزواج غير الصحيح (الزواج الفاسد والباطل)، ولو وقع دخول حقيقي في الزواج الفاسد.

11. يعتبر زواج المريض مرض الموت من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها.

12. الزواج العرفي ينتج آثاره الشرعية، ويوجب التوارث بين الزوجين.

13. عقد الزواج في الزواج المختلط لا يعتبر أساس الحق في التوارث بين الزوجين.

14. إن المعتدة من طلاق رجعي ترث مطلقاً وهو يرثها، بخلاف الطلاق البائن فلا توارث بينهما إلا في طلاق الفرار.

15. الطلاق غير المثبت بحكم لا توارث فيه بين الزوجين من تاريخ وقوعه (تلفظ الزوج).

16. يثبت الطلاق العرفي شرعاً بشهادة الشهود أمام القضاء.

#### ثانياً: أهم التوصيات:

1. التوصية بتعديل المادة 128 ق.أ التي تقضي بأن الحق في الميراث يثبت من وقت افتتاح التركة، والصحيح: يثبت الحق بمجرد الوفاة، لأنه قد تمضي مدة طويلة بين لحظة الوفاة وتاريخ افتتاح التركة.

2. ضرورة إعادة صياغة المادة 132 ق.أ حتى لا تؤدي إلى التناقض بين المقتضيات الشرعية والقانونية، بسبب أن الزوج في بعض الأحيان يطلق بالإرادة المنفردة خارج المحاكم، وبعد مدة قد تكون طويلة من انتهاء العدة الشرعية يلجأ الزوج للقضاء، وعلى القاضي التأكد عند الحكم بالطلاق ما إن كان الزوج قد طلق دون حكم، وانتهت العدة بأن يضيفه إلى زمن وقوعه (تلفظ الزوج)، وأن لا توارث بين الزوجين، وإذا لم تنته العدة يثبت التوارث.

3. التوصية بأن يميز المشرع في النص القانوني بين لفظ الطلاق المكمل للثلاث وما دون الثلاث؛ فلا توارث بين الزوجين في الطلاق المكمل للثلاث، ولو كانت الطلاقات السابقة قد وقعت دون حكم.

4. الدعوة إلى التنصيص لأحكام التخارج والمناسخات؛ فبالرغم من مشروعية التخارج،

وضرورة اعتماد المناسخات في حل مسائل الميراث، إلا أن المشرع لم يتعرض لهما.  
5. ضرورة وضع أحكام تنظم مسألة الزواج المختلط؛ نظرًا لتزايد ظاهرة زواج الجزائريات بالأجانب وما قد ينتج عليها من مشاكل في مسألة التوارث، خاصة إذا كانت الوفاة بالخارج، وهي مسألة كثيرة الحدوث وبالغة الأهمية.

6. التوصية بأن يدرج في قانون الأسرة ما يتعلق بطلاق المريض مرض الموت إذا كان يهدف بطلاقه الفرار من ميراث زوجته، نظرًا لأهمية المسألة، مع تسجيل أن القضاء الجزائري قد أخذ بهذا الموضوع وقرر أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وأن الطلاق صحيحًا شرعًا وقانونيًا بخلاف الميراث، فإنه ثابت شرعًا إذا طلقت في مرض الموت وفق قاعدة المعاملة بنقيض المقصود.

7. التوصية باعتماد جهة واحدة شرعية ورسمية في نفس الوقت تتولى مهمة إبرام العقود مرة واحدة؛ حيث تراعى فيها كل الضوابط القانونية تحقيقًا لمصلحة الأسرة، وحظر كل زواج يقع خارج هذه الجهة الشرعية و الرسمية.

8. الدعوة إلى إعادة النظر في المواد 32 و 33 / 2ق.أ؛ حيث لم يوحد القانون في الحكم لتخلف الشروط اللازمة لانعقاد الزواج؛ ففي الموانع رتب البطلان وفي حالة تخلف الشهود والصداق والولي رتب الفسخ قبل الدخول وثبوت العقد بعد الدخول.

9. إزالة ما يفيد التناقض في الحكم بين نص المادة 32 و 35 ق.أ، فالمادة 32 تقضي ببطلان العقد إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين نص المادة 35 يقضي ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اشتماله على شرط ينافيه.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1. القرآن الكريم مصحف المدينة بالرسم العثماني.

II. السنة النبوية :

1. ابن ماجه: محمد بن يزيد، ت273هـ، السنن، تحقيق: بشار عواد معروف ط:1؛ لبنان: دار الجيل، 1998م.

2. الأصبحي: مالك بن أنس، ت206هـ، الموطأ، تحقيق: سليمان أحمد علي، ط:1؛ مصر: دار الغد الجديد للنشر والتوزيع ، 2014م.

3. البخاري: محمد بن إسماعيل، ت256هـ، الجامع الصحيح ، تحقيق محب الدين الخطيب، ط:1؛ مصر: المكتبة السلفية، 1400هـ.

4. البيهقي: أحمد بن حسي بن علي، ت458هـ، السنن الكبرى، تحقيق:3 محمد عبد القادر عطا، ط:3؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2003م.

5. الترمذي: محمد بن عيسى، ت279هـ، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، ط:1؛ لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1996م.

III. القواميس والمعاجم:

1- ابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، لا.ط؛ لبنان: دار صادر، 2003.

2- الجرجاني: الشريف، معجم التعريفات ، تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي، ط:3؛ لبنان: دار الفضيلة، ودار صادر، 1994م.

3- الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط:3؛ مصر: المطبعة الأميرية، 1301هـ.

4- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ط: 4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية سنة2004م.

5- مجموعة من المؤلفين: المنجد في اللغة والأعلام ، ط: 37، لبنان، دار المشرق، 1998م.

6- معصر: عبد الله، تعريف معجم مصطلحات الفقه المالكي، ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2007م.

#### IV. الكتب الفقهية:

1- ابن القاسم: عبد الرحمن برواية سحنون، المدونة الكبرى للإمام مالك، ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1994م.

2- ابن جزى: محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحقيق: محمد بن سيدي مولاي، لا.ط؛ المغرب : مطبعة النهضة، د.ت.

3- ابن رشد الحفيد: محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، اعتنى به: محمود بن الجميل، ط: 1؛ الجزائر: دار الإمام مالك، 2008م.

4- ابن عبد الله: الإمام محمد، إعلام النبلاء بأحكام ميراث النساء، ط: 1؛ اليمن: المتخصص للطباعة والنشر، 2004م.

5- ابن عثيمين: محمد بن صالح، تسهيل الفرائض، ط: 1؛ السعودية: دار طيبة، 1404هـ، 1983م.

6- أبو زهرة: محمد، أحكام التركات والمواريث، لا.ط؛ مصر: دار الفكر العربي، 1963م.

7- أبو زهرة: محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط: 2؛ القاهرة: دار الفكر العربي، 1971م.

8- أطفيش: محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ط: 2؛ لبنان: دار الفتح، 1972م.

9- البلخي: نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2000م.

10- التسولي: علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، ط: 1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 1998م.

- 11- الجندي: خليل بن إسحاق، وابن غازي: محمد بن علي، مختصر الخليل ومعه شفاء العليل في حل مقفل خليل، ط:2؛ مصر: المكتبة التوفيقية ، 2012م.
- 12- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية 1996م.
- 13- الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، لا.ط؛ سوريا : دار الفكر، د ت.

## ثانيا : المراجع :

### 1. الكتب:

- 1- أبو طه: أحمد محمد أحمد، فقه الميراث بين الفريضة والإعجاز التشريعي دراسة تأصيلية تطبيقية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط:1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2015م.
- 2- أحمد: محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها، ط: 1؛ الأردن: الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009م.
- 3- أعراب: بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط:11؛ الجزائر: دار هومة، 2009م.
- 4- بخيت: محمود عبد الله، العلي: محمد عقله، الوسيط في فقه المواريث، ط: 3؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م.
- 5- بريارة: عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 23/02/2008م، ط:1؛ الجزائر: منشورات بغدادي، 2009م.
- 6- بريك: الطاهر، مجموعة النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالحالة المدنية، لا.ط؛ الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2008م.
- 7- بلحاج: العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد مع التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط:1؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2009 م.
- 8- بلحاج: العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد، ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م.

- 9- بلحاج: العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ط:6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م.
- 10- بلحاج: العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966، 2006م، ط:3؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007م.
- 11- بن حرز الله: عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2007م.
- 12- بن شويخ: الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008م.
- 13- بن شويخ: الرشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2008م.
- 14- بن ملحّة: الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م.
- 15- تقيّة: عبد الفتاح، الوجيز في الموارث والتركات، ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008م.
- 16- الحصري: أحمد، التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن، ط:1؛ لبنان: دار الجيل، سنة 1992م.
- 17- رحمانى: إبراهيم، خطوط رئيسية في كتابة البحوث الجامعية، ط:1؛ الجزائر: مطبعة سخري، 1013م.
- 18- زروتي: الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، لا.ط؛ الجزائر: مطبعة الكاهنة، 2000.
- 19- سايس: جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط:1؛ الجزائر: منشورات كليك، 2013م.
- 20- سعد: عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط:2؛ الجزائر: دار هوالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009م.

- 21- الصابوني: محمد علي، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، ط:1؛ لبنان: المكتبة العصرية، 2001م.
- 22- عطايا: إبراهيم رمضان إبراهيم، كشف الخفاء عن أموال ميراث النساء، دراسة فقهية تطبيقية، ط:1؛ مصر: مكتبة الوفاء القانونية، 2014م.
- 23- عليوش: قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ط:1؛ الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006م.
- 24- قاسم: يوسف، أحكام الميراث والوصية والوقف ج1: الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، لا.ط؛ مصر: مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 2007م.
- 25- محمود: خليفة محمود عبد العزيز، فقه الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط:1؛ مصر: دار الكتاب الحديث، 2011م.
- II. القوانين :**

- 1- الأمر رقم 70، 20 مؤرخ في 19/02/1970م، المتعلق بالحالة المدنية .
- 2- الأمر 71 - 65 المؤرخ في 22/09/1972م المتضمن التثبيت القضائي للزواج الجريدة الرسمية، العدد 79 لسنة 1971م، بتاريخ 28/09/1971م
- 3- قانون رقم 63-224، المؤرخ في 29/06/1963م المتعلق بالسن القانونية للزواج، الجريدة الرسمية، العدد 44، لسنة 1963م، بتاريخ 02/07/1963م
- 4- قانون الأسرة رقم 84 - 11 مؤرخ في 09/06/1984م والمتضمن قانون الأسرة المعدل المتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27/02/2005م.
- 5- قانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20/06/2005م المعدل للأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26/09/1975م المتضمن القانون المدني .

### **III. الرسائل الجامعية:**

- 1- مسعودي: يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011م/2012م.

#### IV. المواقع الالكترونية:

1-quran.ksu.edu.sa/tafseer/tabary/sura45-aya29.html

- 1- تاريخ الدخول: 2015/01/22م على الساعة 19:38.
- 2- موقع آيات: مشروع المصحف الالكتروني.
- تاريخ الدخول: 2015/01/19م على الساعة 20:47.
- 3- <http://www.shamela.ws>
- تاريخ الدخول: 2015/04/06م على الساعة 18:18.
- 4- [www.islamweb.net](http://www.islamweb.net)
- تاريخ الدخول: 2015/01/20م على الساعة 17:32.

#### V. النشريات والمجلات :

##### أولاً: النشريات:

- 1- نشرة القضاة، سنة 1972م، العدد 2.
- 2- نشرة القضاة، سنة 1986م، العدد 3.
- 3- نشرة القضاة، سنة 1988م، العدد 44.
- 4- نشرة القضاة، سنة 1998م، العدد 53.

##### ثانياً: المجلات:

1. المجلة القضائية، سنة 1989م، العدد 4.
2. المجلة القضائية، سنة 1991م، العدد 1، 2.
3. المجلة القضائية، سنة 1992م، العدد 1، 3، 4.
4. المجلة القضائية، سنة 1993م، العدد 1، 2.
5. المجلة القضائية، سنة 1994م، العدد 4.
6. المجلة القضائية، سنة 1996م، العدد 2.
7. المجلة القضائية، سنة 1998م، 53.
8. المجلة القضائية، سنة 1999م، العدد 2.
9. المجلة القضائية، سنة 2000م، العدد 1.
10. المجلة القضائية، سنة 2001م، عدد خاص.

11. المجلة القضائية، سنة 2002م، العدد 2.
12. المجلة القضائية، سنة 2003م، العدد 2.
13. مجلة المحكمة العليا، سنة 2005م، العدد 1.
14. مجلة المحكمة العليا، سنة 2006م، العدد 1.
15. مجلة المحكمة العليا، سنة 2007م، العدد 2.
16. مجلة المحكمة العليا، سنة 2008م، العدد 1، 2.

## فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
	إهداء .....
	شكر وتقدير .....
	الملخص باللغة العربية: .....
	الملخص باللغة الفرنسية: .....
	قائمة المختصرات والرموز: .....
1	المقدمة: .....
6	الفصل الأول : أحكام التوارث بين الزوجين
9	المبحث الأول : مفهوم التوارث بين الزوجين .....
10	المطلب الأول: تعريف التوارث وبيان أركانه .....
10	الفرع الأول : تعريف التوارث .....
10	أولاً: تعريف التوارث لغة .....
11	ثانياً: تعريف التوارث اصطلاحاً .....
12	الفرع الثاني : أركان التوارث .....
13	المطلب الثاني : أسباب التوارث .....
13	الفرع الأول : القرابة الحقيقية (رابطة النسب) .....
13	الفرع الثاني : الزوجية .....
15	المطلب الثالث : شروط التوارث .....
15	الفرع الأول : الشروط العامة .....
15	أولاً : تحقق موت المورث حقيقة أو حكماً .....
16	ثانياً : تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه .....
17	ثالثاً : عدم وجود مانع من موانع الإرث .....
17	الفرع الثاني: الشروط الخاصة .....
18	أولاً : أن يكون الزواج صحيحاً .....

19	ثانيا : أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث ولو حكما.....
20	المطلب الرابع: موانع الميراث .....
50	الفرع الأول :القتل العمد.....
22	الفرع الثاني : اللعان .....
23	الفرع الثالث : الردة .....
25	الفرع الرابع : اختلاف الدين .....
28	المبحث الثاني : الأحكام الواردة على التوارث بين الزوجين.....
29	المطلب الأول : أحكام التوارث بالفرض .....
29	الفرع الأول :تعريف الإرث بالفرض.....
30	الفرع الثاني : دليل التوارث بالفرض بين الزوجين.....
30	الفرع الثالث :حالات التوارث بالفرض بين الزوجين.....
33	المطلب الثاني :أحكام الحجب.....
33	الفرع الأول : التعريف بالحجب .....
34	الفرع الثاني : أنواع الحجب .....
37	الفرع الثالث : الفرق بين الحجب والحرم.....
37	الفرع الرابع : أثر الحجب على التوارث بين الزوجين.....
39	المطلب الثالث : أحكام العول والرد .....
39	الفرع الأول : أحكام العول .....
40	أولا : التعريف بالعول.....
40	ثانيا : الآراء الفقهية حول مشروعية العول .....
41	ثالثا : كيفية حل مسألة العول .....
42	رابعا : أمثلة تطبيقية حول المسائل التي تعول.....
47	خامسا : أثر العول على التوارث بين الزوجين.....
48	الفرع الثاني : أحكام الرد.....
49	أولا : تعريف الرد.....
50	ثانيا : شروط الرد.....

50	..... ثالثا : آراء الفقهاء حول مشروعية الرّد
52	..... رابعا : موقف القانون الجزائري من الرّد
52	..... خامسا : حالات الرّد
55	..... سادسا : أثر الرّد على التوارث بين الزوجين
56	..... المطلوب الرابع : أحكام المناسخة والتخارج
56	..... الفرع الأول : أحكام المناسخة
56	..... أولا : تعريف المناسخة
57	..... ثانيا : خطوات وطريقة إجراء المناسخة
57	..... ثالثا : افتراضات وحالات المناسخة
59	..... رابعا : أثر المناسخة على التوارث بين الزوجين
59	..... الفرع الثاني : أحكام التخارج
60	..... أولا : تعريف التخارج
60	..... ثانيا : حكم ودليل مشروعية التخارج
61	..... ثالثا : طريقة العمل في التخارج (صوره)
63	..... رابعا : أثر التخارج على التوارث بين الزوجين
64	..... المطلوب الخامس : أحكام المفقود
64	..... الفرع الأول : تعريف المفقود
65	..... الفرع الثاني : الآراء الفقهية التي يحكم فيها بموت المفقود
66	..... الفرع الثالث : حكم أموال المفقود وأموال غيره
66	..... أولا : حكم المفقود بالنسبة لأمواله
68	..... ثانيا : حكم المفقود بالنسبة لأموال غيره
69	..... الفرع الرابع : طريقة توريث المفقود
70	..... الفرع الخامس : حكم الأسير
72	..... خلاصة الفصل الأول:
73	..... الفصل الثاني : إشكالات التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

75	المبحث الأول :إشكالات الزواج .....
76	المطلب الأول :الزواج الباطل.....
76	الفرع الأول :المقصود بالزواج الباطل.....
76	الفرع الثاني :أسباب بطلان الزواج.....
76	أولا :فقدان عقد الزواج لركن الرضا بين الزوجين.....
77	ثانيا: فقدان عقد الزواج لشترطين أو أكثر من شروط الصحة .....
77	ثالثا : كل زواج بإحدى المحرمات.....
78	الفرع الثالث :آثار الزواج الباطل.....
79	الفرع الرابع : تصريح المحكمة بالزواج الباطل.....
81	المطلب الثاني : الزواج الفاسد.....
81	الفرع الأول :المقصود بالزواج الفاسد.....
81	الفرع الثاني : أسباب الفسخ في الزواج الفاسد.....
81	أولا : إذا فقد الزواج أحد شروط الصحة.....
81	ثانيا : إذا اشتمل العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد.....
83	ثالثا : إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.....
	رابعا : إذا تزوج أحد الزوجين في مرض شديد وخطير(مرض الموت)ولازمه
85	حتى الموت .....
85	خامسا : إذا قصد الرجل بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.....
86	الفرع الثالث : أنواع الأنكحة الفاسدة .....
86	أولا : نكاح الشغار.....
87	ثانيا : نكاح المتعة.....
87	ثالثا : نكاح الخطبة على خطبة الغير.....
88	رابعا : نكاح المحلل.....
88	الفرع الرابع : آثار الزواج الفاسد .....
88	أولا : آثار الزواج الفاسد قبل الدخول.....
89	ثانيا: آثار الزواج الفاسد بعد الدخول.....

90	المطلب الثالث : الزواج العرفي .....
90	الفرع الأول:المقصود الزاج العرفي .....
90	الفرع الثاني: الأشخاص المؤهلون بتحرير عقود الزواج .....
92	الفرع الثالث: إثبات عقد الزواج.....
92	أولا :إثبات عقد الزواج طبقا لأحكام الشريعة .....
95	ثانيا: إثبات عقد الزواج في القانون.....
97	الفرع الرابع:آثار الزواج العرفي.....
99	المطلب الرابع : الزواج المختلط.....
99	الفرع الأول : المقصود بالزواج المختلط .....
99	الفرع الثاني : زواج الجزائريين في الخارج.....
99	أولا : وفق الشكل المحلي .....
100	ثانيا: أمام الأعوان الدبلوماسيين والقناصل.....
	الفرع الثالث :خضوع الشروط الموضوعية للزواج والآثار المترتبة عليه
102	لقانون الجنسية .....
103	الفرع الرابع : تحديد القانون الذي يخضع له الميراث.....
104	الفرع الخامس : آثار الزواج المختلط.....
106	المبحث الثاني : إشكالات الطلاق .....
107	المطلب الأول : الطلاق الرجعي.....
107	الفرع الأول : المقصود بالطلاق الرجعي ومشروعيته .....
107	أولا : المقصود من الطلاق الرجعي.....
107	ثانيا : مشروعية الطلاق الرجعي.....
107	الفرع الثاني : أحكام الرجعة الشرعية في الطلاق الرجعي .....
109	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من الطلاق الرجعي.....
109	الفرع الرابع : آثار الطلاق الرجعي .....
111	المطلب الثاني : الطلاق البائن .....
111	الفرع الأول: معنى الطلاق البائن ودليل مشروعيته.....

111	أولا : معنى الطلاق البائن بينونة صغرى ودليل مشروعيته.....
111	ثانيا : معنى الطلاق البائن بينونة كبرى ودليل مشروعيته.....
112	الفرع الثاني : أحكام الارتجاع الشرعية في الطلاق البائن.....
113	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من الطلاق البائن.....
114	الفرع الرابع : آثار الطلاق البائن.....
115	أولا :آثار الطلاق البائن بينونة صغرى .....
115	ثانيا :آثار الطلاق البائن بينونة كبرى .....
116	المطلب الثالث :الطلاق غير المثبت بحكم .....
116	الفرع الأول :المقصود بالطلاق غير المثبت بحكم.....
116	الفرع الثاني :إجراءات رفع دعوى الطلاق.....
117	الفرع الثالث : إجراءات محاولة الصلح قبل الفصل في دعوى الطلاق... ..
117	أولا : إجراءات محاولة الصلح.....
117	ثانيا : تحرير محضر بمساعي الصلح ونتائجه.....
118	ثالثا : تسجيل حكم الطلاق.....
118	الفرع الرابع: حالات وأسباب طلب الحكم بالطلاق.....
118	أولا : حالة الطلاق بناءً على طلب الزوج وحده.....
119	ثانيا : حالة طلب الطلاق بالتراضي.....
119	ثالثا : حالة طلب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة.....
120	الفرع الخامس :موقف المشرع الجزائري من الطلاق غير المثبت بحكم..
121	الفرع السادس: آثار الطلاق غير المثبت بحكم.....
122	المطلب الرابع:طلاق المريض مرض الموت(طلاق الفار).....
122	الفرع الأول :المقصود بمرض الموت.....
122	الفرع الثاني: شروط ثبوت ميراث المرأة في طلاق الفرار.....
123	الفرع الثالث :آراء الفقهاء حول ميراث مريض مرض الموت.....
123	أولا: في الرأي .....
123	ثانيا : في الأدلة.....

123	.....ثالثا : في وقت الإرث.....
124	.....الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من طلاق مريض مرض الموت...
125	.....الفرع الخامس : آثار طلاق مريض مرض الموت (طلاق الفار).....
126	.....خلاصة الفصل الثاني:.....
127	.....الخاتمة.....
130	.....قائمة المصادر والمراجع.....
137	.....فهرس الموضوعات .....