



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية



تخصص قانون الأسرة

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر

أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في دعاوى الميراث

تحت اشراف:

الدكتور علال ياسين

مقدمة من قبل:

الطالب (ة): عيايدة سكيينة

الطالب (ة): زميتي نورهان

أمام اللجنة المشكلة من:

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
رابح بوسنة	أستاذ محاضر -أ-	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	رئيسا
علال ياسين	أستاذ محاضر -أ-	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	مشرفا
عبد الرحمان فطناسي	أستاذ محاضر -أ-	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكرنا وإعترافنا

قال تعالى:

﴿ أَنْ أَشْكُرَ لِلَّهِ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ﴾

﴿ سُورَةُ الْأَنْعَامِ: 12 ﴾

الحمد لله والشكر لله الذي أعاننا ووفقنا على إنجاز وإتمام هذا البحث، وألهم
علينا الصبر والعزيمة عليه.
فالحمد لله حمدا كثيرا طيبا.

أما بعد: أتقدم بأجمل عبارات الشكر والتقدير والعرفان إلى:
أستاذنا الفاضل "علال ياسين" الذي أشرف علينا في إنجاز هذه المذكرة وبما
منحه لنا من وقت وجهد وتوجيه وإرشاد وتشجيع نسأل الله أن يحفظك ويطيل
في عمرك.

ونتقدم بجزيل الشكر إلى جميع أعضاء اللجنة المناقشة.

القرآن

الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله الكريم وبعد:
إلى روح أخي "شمس الدين" وجدي "محمد" رحمهما الله وأسكنهما فسيح
جنانه

إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها... أمي العزيزة الغالية حفظها الله
وجعلها تاجا فوق رؤوسنا

إلى سندي وأمي في الحياة..... أبي العزيز أدامه الله وحفظه

إلى إخوتي "وليد"، "ددين"، "ياسر" حماهم الله

إلى أختي "سارة" وابنتها "تسنيم" وابنها "مسلم" حفظها الله لهما ولزوجها

إلى من دعمني وسندي زوجي الغالي "سامي" رعاه الله وحفظه

إلى فلذة كبدي وقرّة عيني وكل حياتي "إبني" "نوفل عبد المنعم" جعله الله

في أعلى المراتب إنشا الله

إلى كل عائلي وزملائي وطلبة الحقوق وأساتدتنا الكرام

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وتعبني إلى من قال الحق فيهما:

﴿وقل ربي ارحمها كما ربياني صغيراً﴾

إلى من يشتهي اللسان نطقها وترفرف العين من وحشتها ويبكي القلب دما عليها إلى روح أمي الطاهرة أسأل الله أن يتغمد عليك برحمته وفي جنان النعيم نلتقي بإذن الله.

إلى ذرعي الذي به إحتميت، إلى من علمني أن الدنيا كفاح، إلى أعظم رجل في الكون أبي حفظه الله.

إلى من قاسموني حلو الحياة ومرها تحت سقف واحد إخوتي.

إلى نبض قلبي وفؤاد روحي زوجي.

إلى كل أساتذتي وأهل الفضل علي كلهم من دون استثناء

إلى كل من ساهم في نجاحي ولو بدعاء وابتسامة.

نورهان

مقدمة

شهد العالم تطوراً كبيراً في مختلف مجالات الحياة ومنها علوم الطب والأحياء، والذي كان له الأثر البارز في حياة الناس وحقوقهم وكذا واجباتهم، فقد وضعت الشريعة الإسلامية نظام الميراث على أحسن النظم المالية وأحكامها وأعدلها، ويعد الميراث أحد الحقوق المتعلقة بالنظام العام، بحيث تقوم هذه الأحكام على أسس علمية ومنهجية ومن بين هذه المبادئ التي تقوم عليها مبدأ التقدير والاحتياط.

وقد جاءت الشريعة بأحكام دقيقة تتعلق بتوزيع الميراث وإذا كان هذا المال لله سبحانه وتعالى يورثه من يشاء من عباده، فقد جعله الله وفق نظام دقيق وإحكام بديع وضعه الله بنفسه ولم يتركه لعباده.

ويقصد بعلم الفرائض أنه العلم الذي يعرف به من يرث ومن لا يرث، كما يعرف به نصيب كل وارث من التركة، فهو يقوم في أساسه على توزيع الأموال بعد وفاة المورث والهدف منها إعطاء كل ذي حق حقه والمحافظة على العلاقات الأسرية حتى لا تتشب العداوة والبغضاء بين أفراد الأسر.

وقد اهتم القرآن الكريم بأحكام الميراث، حيث أورد أحكاماً تفصيلية دقيقة توضح فيها الأنصبة الشرعية للورثة، فقد فصلت التوزيع الدقيق وأعطت كل ذي حق حقه على أكمل وجه، فقد أولت الشريعة الإسلامية ومن بعدها التشريع الوضعي عناية واهتماماً كبيراً من خلال الأحكام المتعلقة بالحمل وهو ما يزال في بطن أمه إلى حين خروجه إلى الحياة حياً والمحافظة على حقوقه من الضياع ومنها حقه في الميراث. وقد عملت التطورات الطبية والبيولوجية الحديثة التي شهدتها البشرية في هذا القرن في الكشف عن وسائل علمية تعالج السقم والأمراض الجنسية، وكذا الكشف عن الحمل.

ومن بين العوامل التي ساعدت على استعمال هذه الوسائل هو النتائج الإيجابية المتوصل إليها، وقد نص المشرع الجزائري على جواز اللجوء إلى الطرق العلمية للكشف عن جنس الجنين وتعدده الذي يعد اشكالا في توريثه.

إن التقدم العلمي له أثر كبير في تحديد جنس الخنثى، بمعنى أنه قد تتم عمليات جراحية لمعرفة جنسه أو تصحيحه الذي جرى عليه الخلاف الفقهي في توريثه بسبب أعضائه الجنسية الظاهرة الغامضة والتي لا يمكن تحديدها.

غير أن اختلاف الفقهاء في توريث ولد اللعان الذي يعتبر من بين المواضيع المتشعبة التي يثيرها من حيث المفهوم ومن حيث التطبيق، كما يعد من أهم الموضوعات خطورة على العلاقة الزوجية، وعلى نسب الأطفال، باعتبار أن الشارع قد تساهل ووسع في طرق إثباته إذ يعتبر نظام الإثبات من الوسائل القانونية التي لا يمكن الاستغناء عنه وهو الموفق بين الحق والباطل، إلا أنه قد تشدد في نفيه وجعل هذا

مقدمة

الطريق مشيئاً بجملة من الشروط والقواعد وهو "اللعان"، فهي عبارة تكفي لحل الرابطة الزوجية إلى الأبد ولنفي النسب كان بإمكانه أن يكون ثابتاً، باعتبار أن الزواج من المقاصد الشرعية التي تحفظ النسل واختلاط الأنساب فضلاً عن كونه يثبت النسب وحق الحضانة بالإضافة إلى عدم حرمانه من الإرث. وقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام تصرفات مريض مرض الموت، وإعطاء كل ذي حق حقه للمحافظة على حقوق الورثة، وقد استمد القانون الوضعي جل أحكامه منها لأنها صالحة لكل زمان ومكان.

أهمية الموضوع:

- يعتبر هذا الموضوع من المسائل المهمة على الصعيد القانوني الذي يعتبر من الموضوعات الحديثة والمستجدة.
 - أهمية نظام الإثبات في دعاوى الميراث بالاعتماد على التطورات الطبية والبيولوجية.
 - محاولة الوصول إلى أهم النقائص في النصوص القانونية الخاصة بهذا الموضوع.
 - ضرورة معرفة الناس للتطورات الطبية في مسائل الميراث للحفاظ على حقوق الورثة وحمايتهم.
 - ضرورة معرفة نظرة المشرع الجزائري في ظل التطورات الطبية والبيولوجية في دعاوى الميراث.
- وهدفنا من دراسة هذا الموضوع هو معرفة مدى تأثير التطورات الطبية والبيولوجية في دعاوى الميراث، إضافة إلى معرفة النقائص المتعلقة بهذا الموضوع، وصولاً إلى جملة من الاقتراحات.

أسباب اختيار الموضوع:

من بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، أسباب موضوعية وأسباب ذاتية.

1- الأسباب الذاتية:

- الرغبة الشخصية في معرفة تفاصيل هذا الموضوع الذي أثار إشكالات قانونية وعلمية في مجال الإثبات.
- الميول الشخصي للبحث في نظام الميراث.

2- الأسباب الموضوعية:

- تسليط الضوء لمعرفة مدى تأثير التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الميراث.
- إبراز دور المشرع الجزائري الذي لم يعطي أحكاماً بخصوص هذا الموضوع.
- نقص الاهتمام القانوني فيما يخص التطورات الطبية وأثرها على نظام الإثبات في القانون.
- حداثة الموضوع ودقته، الذي يبرز دوراً مهماً في الحياة العلمية.

مقدمة

الإشكالية:

تكمن إشكالية الموضوع فيما يلي:

- ما أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في دعاوى الميراث؟
- ويتفرع هذا الإشكال الرئيس إلى جملة من الأسئلة الفرعية التي يمكن إجمالها فيما يلي:
- ما المقصود بنظام الإثبات والميراث؟
- ما مفهوم الحمل والخنثى؟ وما مدى تأثير التطورات الطبية والبيولوجية في مسألة ميراثهم؟
- ما المقصود باللعان ومرض الموت؟ وما مدى تأثير التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان ، وميراث المريض مرض الموت ؟

الدراسات السابقة:

في إطار البحث عن دراسات سابقة حول هذا الموضوع توجد هناك بعض العناوين المرتبطة بالموضوع لكنها مرتبطة بالدرجة الأولى بالجانب الفقهي أي دراسة مقارنة، وجانب متعلق بالنسب.

• أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية -دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن -للطالب يوسف بن شيخ، مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران، سنة المناقشة: 2016/2015، وقد تناول الباحث تأثير هذه التطورات بصورة عامة على مسائل الأحوال الشخصية دون تخصيصها لمسألة الميراث.

• أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية (النسب والميراث) مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر حقوق، تخصص أحوال شخصية، من إعداد الطالبة: سعدية بن ميصرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بزيان عاشور، الجلفة، سنة المناقشة: 2018/2017، وقد تناولت الباحثة أثر التطورات الطبية في إثبات النسب وأثر هذه التطورات في قضايا الميراث.

وعليه فإن الدراسات السابقة المشار إليها لا تغني عن البحث في هذا الموضوع الذي يبقى بحاجة

إلى بحث وتفصيل.

المنهج المتبع:

اعتمدنا في هذه الدراسة على:

- المنهج الاستقرائي: باستقراء ما كتب حول الموضوع يتخلله المنهج التحليلي من خلال تحليل المواد القانونية المتعلقة بالموضوع.

مقدمة

• المنهج الوصفي: الذي يتطلب دراسة الظاهرة، كما يتخلله المنهج الاستدلالي وذلك من خلال الاستدلال ببعض الاجتهادات القضائية التي سارت عليها المحكمة العليا.

الصعوبات والعراقيل:

لا يخلو هذا البحث كغيره من البحوث على الصعوبات، ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا:

- نقص المصادر والمراجع المتعلقة بالموضوع؛
- قلة الدراسات حول الموضوع لأنه حديث ومستجد؛
- الإحساس بضيق الوقت المخصص للبحث لأنه موضوع واسع؛
- بالإضافة إلى الظروف الصحية التي صادفتها.

خطة البحث:

للإجابة عن إشكالية الموضوع، فرضنا تقسيمه إلى ثلاثة فصول، فصل تمهيدي بعنوان: مفهوم نظام الإثبات والميراث، الذي تناولنا فيه: مفهوم نظام الإثبات وأهميته، وإلى مفهوم الميراث والحكمة من مشروعيته.

أما الفصل الأول تحت عنوان أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى والذي تناولنا فيه أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل، وإلى أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى، أما الفصل الثاني جاء بعنوان: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان وميراث زوجة مريض مرض الموت، والذي تناولنا فيه إثبات ميراث ولد اللعان في ظل التطورات الطبية والبيولوجية وإلى إثبات ميراث زوجة مريض مرض الموت في ظل هذه التطورات.

وعليه ارتأينا تقسيم البحث وفق الخطة التالية:

الفصل التمهيدي: مفهوم نظام الإثبات والميراث

المبحث الأول: مفهوم نظام الإثبات وأهميته

المبحث الثاني: مفهوم الميراث والحكمة من مشروعيته

الفصل الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل

المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى

الفصل الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان وزوجة مريض مرض الموت

المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان

مقدمة

المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث زوجة مريض مرض الموت خاتمة متضمنة نتائج البحث.

الفصل التمهيدي:

مفهوم نظام الإثبات والميراث

مقدمة الفصل:

يعد الإثبات من المواضيع المهمة، فهو وسيلة من الوسائل القانونية التي أقرها المشرع، لما كانت الوقائع تتنوع بحسب الحال سواء كانت علمية أو تاريخية أو قانونية كان إلزاما إثباتها، فالقاضي يستند إليها للتحقق من الوقائع المتنازع فيها، وبالتالي فهي تعمل على صيانة حقوق الأفراد من الضياع، ولأهميته البالغة فقد أولت الشريعة الإسلامية تنظيم أحكامه، فلالإثبات أهمية كبيرة في الدين والدنيا، إذ به تحفظ المصالح وتحدد المسؤوليات، وتحمى الحقوق الشرعية سواء في المصالح أو المواريث.

كما اهتمت القوانين الوضعية، ونظمت أحكامه في شكل نصوص قانونية، فالإثبات في القانون يقوم على عدة مبادئ صاغها فقهاء القانون، لمساعدة السلطات القضائية وكذا القضاة من أجل الفصل في المواضيع المتنازع فيها، وبالتالي وجود قواعد تحدد له الطريق الذي يسلكه، وخاصة في مسائل المواريث المتعلقة بشؤون الأسرة، الذي هو موضوع بحثنا، والذي قمنا بتقسيمه إلى مبحثين: مبحث أول بعنوان مفهوم نظام الإثبات وأهميته، ومبحث ثانٍ بعنوان مفهوم الميراث والحكمة من مشروعيته.

المبحث الأول: مفهوم نظام الإثبات وأهميته

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ففي المطلب الأول تطرقنا إلى تعريف الإثبات، أما المطلب الثاني فكان بعنوان أهميته نظام الإثبات.

المطلب الأول: تعريف الإثبات

تطرقنا في هذا المطلب إلى تقسيمه إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الإثبات لغة:

- أثبت إثباتاً: أكد البيانات، أثبت الحق، الأمر عرفه حق المعرفة، جعله ثابتاً مستقراً¹.
- إقامة الحجة، يقال: أثبت حجته إذا أقامها وأوضحها، وتفيد مادة ثبت التأكد والمعرفة والبيان والدوام، والمصدر ثبات وثبوت، يقال ثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً دام واستقرّ، وثبت الأمر تأكّداً، ويتعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال أثبته وثبّته أي: عرفه حق المعرفة وأكّده بالبيانات ومن هنا سمي تأكيد وجود الحق بالبينة إثباتاً².

- مشتق من مادة ثبت يقال ثبت الشيء بمعنى سكن أو استقرّ، وهي ترجع في الحقيقة إلى معنى دوام الشيء وبقائه، ومن تلك المعاني: تأكيد الحق بالبينة، والحجة والبرهان، يقال: لا أحكم إلاّ بثبت، أي بحجة³.

الفرع الثاني: تعريف الإثبات اصطلاحاً

- إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها⁴.
 - وسيلة تسمح بإثبات صحة أو واقعة أو تصرف قانوني⁵.
- يقصد بالإثبات من الناحية الاصطلاحية إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظراً لما يترتب عليه من آثار قانونية. فالقاعدة العامة في الإثبات يكون على من إدعى لا على من أنكر، وتختلف باختلاف

¹ جبران مسعود الرائد، معجم لغوي عصري، الطبعة 7، دار العلوم للملايين، لبنان، 1992، ص 18.

² عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص 244.

³ بونوة عبد المنعم، سالم سالم أبو ياسر بولال، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص 13.

⁴ عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية - شريعة، قانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 11.

⁵ ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 1998، ص 222.

مصادر الحق المطلوب فقد تتعلق بالتصرفات القانونية أو بالوقائع القانونية، فإذا كان المطلوب إثباته هو تصرف قانوني¹.

كما عرّفه الجرجاني: (هو الحكم بثبوت شيء آخر، وجاء في الموسوعة الكويتية الفقهية بأنه، إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع)².

المطلب الثاني: أهمية نظام الإثبات

يعدّ الإثبات عنصراً جوهرياً في كافة المجالات، حيث يعتبر وسيلة أساسية للحصول على جميع الحقوق والالتزامات، فليس للحق أية قيمة عندما يعجز صاحبه عن إثباته، فإذا لم يُقَم الشخص الدليل على الحادث أو الفعل فإنّه يتجرّد من قيمته سواء كان هذا الفعل مادياً أو قانونياً، إذ يقال: «حيث لا إثبات لا حق».

إن أدلة الإثبات هي التي تساهم في استعادة صاحب الحق منه أو المطالبة به، وعلى هذا ما يقول الفقيه بلانيول: «إن الإثبات يبعث الحياة للحق ويجعله مفيداً، وهو ما يكشف عن الأهمية العلمية للمسائل المتعلقة بالإثبات لمن يريد الحصول على الاعتراف بالحق»³.

كما تكمن أهمية وسائل الإثبات في كونها تسهل الطريق للوصول إلى معرفة الحقائق، وتحقيق العدالة، فالشارع الحكيم قد أرشد عباده إلى وسائل الإثبات وحضّ على اتخاذها لإثبات الحق والمحافظة عليه وذلك من خلال نصوص القرآن والسنة النبوية المطهرة⁴، لقوله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾

[سُورَةُ الْبَقَرَةِ: 282].

فالمقصد الأعلى من الإثبات: هو إظهار الحق ومعرفة الصواب كما اختلف فيه من الأحكام والقضايا⁵، إلى جانب المصلحة الفردية التي يحققها الإثبات، فإنه يحقق المصلحة العامة الاجتماعية، فمن

¹ عمتوت عمر، قاموس المصطلحات القانونية في تسيير شؤون الجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 58.

² بونوة عبد المنعم، السالم أبو ياسر بولال، مرجع سابق، ص 13.

³ مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 9، 10.

⁴ أحمد كامل حسان، الإثبات بالقرائن في الأحوال الشخصية وتطبيقاته في دعاوى المحاكم الشرعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018، ص 39.

⁵ أحمد كامل حسان، مرجع نفسه، ص 42.

يَدَّعي حقا فلا يستطيع حمايته بنفسه بل يجب الإحتماء بالقضاء، فنظام الإثبات من شأنه حسم النزاعات والإدعاءات الكاذبة، فالإثبات من أهم القواعد القانونية، وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية لأنها تعد العمود الفقري لحسم النزاع¹.

المبحث الثاني: مفهوم الميراث والحكمة من مشروعيته

يحتل باب الميراث مكانة رفيعة ومنزلة سامية فهو أحد مواضيع الإسلام التي أمر الله باتباعها، فقد عني به المؤلفون من العلماء قديما وحديثا، ووضعوا له كتباً خاصة به وسموه علم الميراث². وسنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الميراث وفي المطلب الثاني إلى الحكمة من مشروعيته.

المطلب الأول: تعريف الميراث

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الميراث لغة

الميراث في اللغة مصدر لفعل ورث يرث إرثا، وميراثا، يقال ورث فلان أباه، ورث الشيء من أبيه، فمعناها واحد وهو البقاء أو انتقال الشيء من شخص لآخر³، وفي هذا جاء قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمٰنُ دَاوُدَ﴾ (سُورَةُ النِّبَاةِ 16).

وقد يطلق الميراث على المال الموروث فيقال مثلا: هذا المنزل ميراث لفلان، أي استحق ملكيته بسبب الميراث، فالمال يعتبر ميراثا مادام خلفه شخص لشخص آخر⁴.

الفرع الثاني: تعريف الميراث اصطلاحا

وأما الميراث في اصطلاح الفقهاء: فهو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، أو هو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة. وعرفه صاحب فتح المعين بأنه: علم بأصول يعرف بها قسمة التركات ومستحقها وأنصباؤهم منها⁵.

¹ عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص 64.

² جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، 1999، ص 25.

³ بلحاج العربي، أحكام الموارث (في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 19.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 21.

⁵ جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، ص 23.

وعرّف الشيخ الدردير علم الميراث بأنه: علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث¹. فعلم الميراث يصطلح عليه أيضا بعلم الفرائض هو علم يعني بأصول الفقه والحساب فهو يقوم بتحديد حق كل وارث نصيبه من تركة مورثه، كما جاء في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو بالإجماع². فالمشروع لم يورد تعريفا للميراث تاركا ذلك للفقه والقضاء في حين عرفت المحكمة العليا بأنه ما يخلفه المورث من أموال وحقوق مالية جمعها وتملكها أثناء حياته، لمن استحقها بعد موته، ولا تكون التركة إلا بعد الوفاة³.

كما حكمت المحكمة العليا بأنه لا قيمة قانونا للأحكام القضائية التي لا تتفق مع قواعد الميراث، لأنه وصية الله وهي تعتبر من النظام العام.

فالإرث نصيب كلا من الذكور والإناث فإن حرمان الإناث أو تجاهل ونسيان بعض الورثة في أية قسمة، هو مخالفة لقواعد تتعلق بالنظام العام⁴.

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الميراث

إن التشريع الإسلامي أعدل الشرائع لأنه من وضع الخالق، فهو يعلم بمصالح عباده الذين استخلفهم في الأرض لعماريتها وقال للملائكة: ﴿إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [سُورَةُ الْبَقَرَةِ، 30]، فشرع الإسلام قواعد للميراث وجعل تركة الميت ملكا للأفراد ورثته، وفي ذلك احترام لملكية الأفراد، ونظام طبيعي عادل لرعاية أقرباء الميت، بتقسيم التركة تقسيما عادلا بين ورثتها الشرعيين مما حقق بذلك مصالح الفرد والمجتمع معاً⁵. إن الدافع لجعل الفرد يعمل ويجد طيلة حياته هو حصوله على المال وتنميتها، علما أن هذا المال راجع بعد موته إلى أولاده وذوي قرياه، ولولا هذا الدافع لما اكتسب الإنسان فوق حاجته من الأموال، وحاول كل فرد أن ينفق جميع ما لديه ويعمل بقدر حاجته في الدنيا.

¹ جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق ص 23، 24.

² عادل عبد الرزاق القرّة غولي، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأموال الشخصية، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 2004، ص 19.

³ بلحاج العربي، أحكام الموارث (في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد)، مرجع سابق، ص 24.

⁴ مرجع نفسه، ص 24، 25.

⁵ قحطان الهادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 26.

لقد أبطل الإسلام نظام الإرث في الجاهلية الذي كان غرضه الهوى والظلم واختلاط الفساد بالصلاح وأقر نظاما عادلا يحدد فيه نصيب كل وارث¹.

فقد اعترف بميراث الزوجة والبنات والذكور، فنصيب الأنثى نصف الذكر لأنه الكافل للأسرة وعليه يقع الإنفاق كما ألحق الزوجة تقديسا للعلاقة الزوجية وصلتها بالزوج، وإبراز مظهر الوفاء، وعليه لا يحق أن يحرم وارثا من إرثه²، لقوله صلى الله عليه وسلم: "من قطع ميراث فرضه الله ورسوله قطع الله ميراثه من الجنة".

¹ بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص 25.

² المرجع نفسه، ص 28.

الفصل الأول

أثر التّطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

مقدمة الفصل:

لعلم الميراث دور بليغ وأهمية كبيرة في حياة البشر، فقد شرع الله أحكامه وبينها من خلال نصوص قرآنية صالحة لكل زمان ومكان، ولخطورة ذلك فقد تولى الله سبحانه وتعالى تنظيم أحكامه بنفسه، ولم يترك ذلك للبشر، فقد جاءت الشريعة الإسلامية لحفظ حقوق الوارث من الضياع، وإعطاء كل ذي حق حقه، فعلم الميراث يحدد أصحاب الحق وكذلك نصيبهم من الإرث الذي يتركه المورث، كما أولت الشريعة الإسلامية أهمية في توريث الحمل في بطن أمه وكذا الخنثى فيما إذا كان يرث أم لا.

ومع التقدم العلمي والتطورات الطبية والبيولوجية الحديثة فقد أصبح من أهم الدلائل التي يُعتمد عليها في إثبات ميراث الحمل، فالطب الحديث يحدد الحمل وكذا ذكوره وأنوثة بالإضافة إلى تعدده، كما أن للتطورات الطبية أثر كبير في تحديد جنس الخنثى، سواء على مستوى الصبغيات أو على مستوى الغدة التناسلية أو من خلال فحص أعضائه، ولإثبات ميراث الحمل والخنثى نطرح السؤال التالي:

ما أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى؟

للإجابة على هذا الإشكال فقد قسمنا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل

المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل

تطرقنا في هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول تناولنا فيه مفهوم الحمل وقواعد ميراثه، أما المطلب الثاني تناولنا فيه أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل.

المطلب الأول: مفهوم الحمل وقواعد ميراثه

نتطرق في هذا الموضوع إلى فرعين الفرع الأول، مفهوم الحمل وفي الفرع الثاني إلى قواعد ميراثه.

الفرع الأول: مفهوم الحمل

حيث نتناول تعريف الحمل ثم نتطرق إلى الحياة التقديرية له.

أولا تعريف الحمل:

1- لغة: مصدر الفعل حمله يحمله، حملا وحمالا، يقال حملت المرأة فهي حامل وحاملة¹.

الحلم (بفتح الحاء) مصدر حملت تحمل حملا ويقال للمرأة حاملة².

لقوله تعالى: ﴿ أَشْكُرُ لِلَّهِ ۚ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ كَفَرَ ۚ

سورة الاحقاف / الآية 15

لقوله تعالى: ﴿ وَوَضَعْنَا الْإِنْسَانَ بِيَدَيْهِ حَمَلًا ۖ أُمُّهُ ۖ وَهَاتَا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفَصَلَّهُ ۖ فِي عَامَيْنِ ﴿١٤﴾ ۚ

سورة الضحى / الآية 14

الحمل لغة مصدر حملت تحمل حملا، ويقال للمرأة حامل وحاملة³.

يقال (حملت) المرأة حملا: حبلى والمرأة جنينها وبه: علقته به، فهي حامل وحاملة⁴.

¹ محمود عبد الله بخيت ومحمد عقله، الوسيط في فقه المواريث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص139.

² بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري، ص 482.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 189.

⁴ إبراهيم انيس وآخرون، المعجم الوسط، الجزء 1، الطبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، مجمع اللغة العربية، 2004، ص 199.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

2-اصطلاحاً: نمو في الرحم ناتج عن تلقيح البويضة فتصبح رُشيمًا يحط به، ويتغذى من طرف المشيمة وبد ثلاثة أشهر يأخذ رسم الجنين وهذا ما يعطيه صيغة إنسانية وفي نهاية الحمل يأخذ الحنين مصطلح الطفل¹.

لما يصطلح عليه عل أنه: الولد في بطن أمه، لابد من رعاية حقه، وحفظ ميراثه، وهو من حملة الورثة وقد ثبت ميراثه بالسنة النبوية وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إذا استهل المولود ورث) أخرجه أبو داود.

وعن جابر بن عبد الله قال: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يرث الصبي حتى يستهل)².
أمّا في الاصطلاح الفقهي، هو ما في البطن الأم من ولد ذكراً أو أنثى³.

ثانياً: الحياة التقديرية للحمل:

إن هناك اختلاف بين الفقهاء في تقدير عدد الحمل من حيث الحنفية من قدره بأربعة ذكور أو اناث أيهما أحسن له، وذلك لما روى عن شريك النخعي أنه رأى بالكوفة أربعة بنين لبطن واحد لأبي اسماعيل، وقيل بأن شريكا كان ممن حملت به أمه مع ثلاثة في بطن واحد.
ومن الفقهاء من قدره بثلاثة وهو محمد بن الحسن من الحنفية ففي هذه الحالة يوقف نصيب ثلاثة ذكور أو ثلاث إناث أيهما أحسن له⁴.

الفرع الثاني: قواعد ميراث الحمل

نتطرق في هذا الفرع الى شروط توريث الحمل والى حالات ميراث الحمل ومن معه من الورثة.

أولاً: شروط توريث الحمل:

لا يوجد خلاف فقهي في أن الميت إذا كان من ورثته حمل في بطن أمه فيتم حسابه في قسمة التركة وذلك يتوفر شرطين أساسيين هما:

¹ تكوك سليمان، التكفل النفسي بالمرأة المهتدة بالإجهاض العفوي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في علم النفس العيادي، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2014/2013، ص 36.

² عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، الطبعة الخامسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص 141.

³ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 189.

⁴ محمد محدة، التركات والموارث "دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية"، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 266.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

1-الشرط الأول: ثبوت وجود الحمل حيا:

وهذا يعني أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه حين وفاة مورثه شريطة ولادته حيا في مدة يعلم منها أن الحمل كان موجودا في بطن أمه أثناء وفاة مورثه.

وهذا ما نصّ عليه القانون في نص المادتين "42" و "43" قانون الأسرة جزائري، حيث أخذ المشرع بأن أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر وأقصى مدة للحمل هي عشرة (10) أشهر¹.

وحسب المادة "42" قانون أسرة جزائري: "أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"²، ومن هنا نجد مسألتان:

أ-المسألة الأولى: مدة الحمل:

لمدة الحمل حدان، حد أدنى وحد أقصى، حيث وقع الخلاف بين الفقهاء في أقصى مدة للحمل إلى عدة أقوال حيث تعتبر أقربها إلى الصحة هو قول من قال بأن أقصى مدة للحمل سنة قمرية والأمر مرجوع فيه إلى العادة والتجارب وكذلك الطب الشرعي في هذا العمر، أما أقل مدة الحمل وأدناها فهو ستة أشهر باتفاق الفقهاء وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وعليه فالولد ينسب لأبيه إذا وضح الحمل في مدة عشرة أشهر³.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا بأن المدة القانونية للحمل وكذلك حسب الشرع فهي ستة أشهر كحد أدنى وأقصاها عشرة أشهر⁴، فحسب المادة "43" من قانون الأسرة ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة⁵.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص357.

² المادة "42" من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

³ عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 178.

⁴ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 358.

⁵ المادة "43"، من القانون رقم 84-11، مرجع سابق.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

ب-المسألة الثانية: علاقة الحمل بالمورث:

هنا والحمل إما أن يكون من الميت وإما أن يكون من غيره وتعرض للحالتين كما يلي:

• حالة إذا كان الحمل من المورث:

وذلك بأن مات المورث وترك زوجته حاملاً (سواء كان الحمل ابناً أو بنت المتوفي) فإن الحمل يرث منه إذا تمت الولادة في مدة سنة فأقل من تاريخ وفاته، وتعتبر أقصر مدة للحمل وعدد أيامها 365 يوماً، أما إذا تمت الولادة بعد هذه المدة فإن الحمل لا يرث على أساس أنه لم يكن موجوداً وقت وفاة المورث، ولا نسب ولا ميراث سواء كانت الزوجية قائمة وهناة تبدأ السنة من تاريخ الوفاة أو كانت متعددة وهنا تبدأ السنة من تاريخ الفرقة¹، وهذا ما نصت عليه المادة "43" قانون أسرة (ينسب المولود لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة)².

• حالة إذا كان الحمل من غير المورث:

له الحق في التركة كمن ترك زوجة ابنة حاملاً أو ترك أمه حاملاً من غير أبيه، وهنا حتى يكون للحمل الحق في الميراث يجب أن تتم الولادة في أقل مدة الحمل بعد موت المورث والتي تكون ستة أشهر وهي حالة لم يتعرض لها المشرع الجزائري.

من خلال هاتين الحالتين نرى بأن الفرق يكمن في أن الحالة الأولى هو إثبات نسبة الحمل ثم توريثه بعد ذلك، لذلك اشترط أقصى مدة وهي عشرة أشهر، أما الحالة الثانية فالغرض منها ليس إثبات النسب، وإنما نريد التحقق من وجود الحمل حياً عند وفاة المورث³.

2-الشرط الثاني: أن يولد الجنين حياً كله:

اشترط الشافعي ومالك أحمد بن حنبل أن يولد الجنين كله حياً حتى تثبت له أهلية ما يحجز له من التركة، غير أن الأحناف قالوا بأن حياة الجنين تثبت بخروجه حياً لأن للأكثر حكم الكل.

¹ عدلي أمير خالد، أحكام الموارث وتوزيع التركات في التشريع الإسلامي، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 128.

² المادة "43" من القانون 84-11، مرجع سابق.

³ عزة عبد العزيز، مرجع سابق، ص 179.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وهناك علامات تدل على ولادة الحياة كصرخة وعطاسه أو ضحكه أو الرضاع أو تحريك بعض من أعضاء جسمه، أو باقي علامة يستدل بها على ولادته حيا، أما إذا ما انفصل الجنين ميتا فلا يرث، سواء كانت وفاته بجناية على أمه أولا فإن جمهور الفقهاء يرى أنه لا يرث ولا يورث، غير أن الأحناف يرون بأن موت الجنين بجناية لا يمنعه من الميراث¹.

أما موقف المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الأئمة الثلاثة كشرط عام، على أنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وانتفاء مانع الإرث²، وهذا ما نصت عليه المادة "128" قانون الأسرة الجزائري (يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا، أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من الإرث)³.

كما تنص المادة "134" من قانون الأسرة الجزائري على أنه: (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا أستهل صارخا أو بدت عليه علامة ظاهرة بالحياة)⁴.

ثانيا: حالات ميراث الحمل:

لميراث الحمل أربعة حالات وهي كالتالي:

1- الحالة الأولى: ألا يرث مطلقا لا على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة:

لأنه هنا إما ممنوعا أو محجوبا، فلا عبء لوجوده، ولا يوقف له شيء من التركة، فلا يؤثر في إجراء القسمة الفورية النهائية⁵، كالمسألة التالية:

مثال 1: توفي رجل عن زوجة وأختين شقيقتين، وأم، وزوجة أب حامل فإنه في هذه الحال لا يرث على فرض الذكورة، ولا على فرض الأنوثة، لأنه إذا كان ذكرا فسيكون أخا لأب، فيأخذ الباقي وليس في المسألة

¹ أحمد نصر الجندي، الموارث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 288.

² عزة عبد العزيز، مرجع سابق، ص 180.

³ المادة "128" من القانون 84-11، مرجع سابق.

⁴ المادة "134" من القانون 84-11، مرجع سابق.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 489.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

بعد أصحاب الفروض إذا الزوجة ستأخذ الربع، والأختان ستأخذان الثلثين، والأم تستحق السدس، فيكون أصل المسألة 12 وتعول إلى 13 فلا باقي فيها.

وإن فرض أن الحمل أنثى فسيكون أختا لأب محجوبة، لإستحقاق الشقيقين الثلثين مع عدم وجود من يعصّبها¹.

مثال 2: توفي شخص عن:

- زوجة، جدة أم حامل من غير أب المتوفي.
- مقدار الترك: 2640 هكتار.

أصل المسألة /12/	الأنصبة	الورثة
3×220 هكتار = 600 هكتار	$\frac{1}{4}$	زوجة
5×220 هكتار = 1100 هكتار	ب.ع	جدّ
4×220 هكتار = 880 هكتار	$\frac{1}{3}$	أم
/	مج	أخ الام/أخت الام (الحمل)

$$\text{مقدار السهم الواجد} = \frac{\text{مقدار التربة}}{\text{أصل المسألة الجديد}} = \frac{2640}{12} = 220 \text{ هكتار}$$

نلاحظ في هذه الحالة أن الحمل لا يرث على الفرضين معا (سواء كان ذكرا أو أنثى) لذلك لا نحفظ

له نصيب من التركة²، وتقسم على باقي الورثة كما يلي³:

- الزوجة ترث 660 هكتار.

- الجد يرث 1100 هكتار

- الأم ترث 880 هكتار

¹ الإمام محمد ابو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مدينة نصر، القاهرة، 2009، ص 202.

² آيت صالح لامية، بن زيدان صارة، ميراث الحمل بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016، ص 43.

³ مرجع نفسه، ص 43.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

2- الحالة الثانية: أن يرث على فرض الذكورة ولا يرث على فرض الأنوثة:

في هذه الحالة تقسم التركة بين المستحقين للميراث فيعطى لهم نصيبهم على تقدير أن الحمل ذكر ونوقف نصيب الحمل إلى ما بعد الولادة فإن كان المولود ذكرا أخذه، وإذا كان المولود أنثى رد الموقوف على الورثة¹.

مثال ذلك:

توفي عن زوجة وأخت شقيقة وأخت لأب وأم حامل من غير أبيه والتركة 3315 دج

(1) على فرض الذكورة:²

الورثة	الأنصبة	أصل المسألة /12/
زوجة	$\frac{1}{4}$	$3 \times 221 = 663$ دج
أخت (ش)	$\frac{1}{2}$	$6 \times 221 = 1326$ دج
أخت لأب	$\frac{1}{6}$	$2 \times 221 = 442$ دج
أم	$\frac{1}{6}$	$2 \times 221 = 442$ دج
أخ الأم (الحمل)	$\frac{1}{6}$	$2 \times 221 = 442$ دج

الأصل: 12

العول: 15

قيمة السهم: $\frac{3315}{15} = 221$ دج

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الموارث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 257 - 258

² بلحاج العربي، الوجيز في الشركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 491.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

على فرض الأنوثة

الورثة	الأنصبة	أصل المسألة /12/
زوجة	$\frac{1}{4}$	$663 = 221 \times 3$ دج
أخت (ش)	$\frac{1}{2}$	$1326 = 221 \times 6$ دج
أخت لأب	$\frac{1}{6}$	$442 = 221 \times 2$ دج
أم	$\frac{1}{6}$	$442 = 221 \times 2$ دج
أخ الأم (الحمل)	$\frac{1}{6}$	$442 = 221 \times 2$ دج

الأصل: 12

العول: 15

$$\text{قيمة السهم: } 221 = \frac{3315}{15} \text{ دج}$$

ففي هذه المسألة على فرض الحمل ذكر أو أنثى له قدرا واحدا لا فرق بين الفرضين، فيوقف له السدس ($\frac{1}{6}$) من التركة¹.

3- الحالة الثالثة: أن يكون وارثا على الاعتبارين ولا يتغير نصيبه فيها:

في هذه الحالة تقسم التركة على الورثة ويقف للحمل ما يستحقه، وهذه الحالة لا تكون إلا إذا كان الحمل من أولاد الأم² كمن توفي عن زوج، وأخت شقيقة وأخوين لأم، وزوجة أب حامل.

على فرض أن الحمل ذكرا لا يستحق شيئا لأن الورثة يستغرقون التركة والحمل هنا (أخ لأب)

يأخذ باقي التركة، ولا باقي له، فلا يحجز له من التركة شيء ويقم توزيعها على الورثة عقب الوفاة.

أما إذا افترضت أن الحمل أنثى فستكون أختا لأب فتستحق السدس تكملة الثلثين ويستحق الزوج

النصف، في هذه الحالة يحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى ويوزع باقي التركة على الورثة بعد الوفاة³.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في الشركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 492.

² عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص 131.

³ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 292.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

مثال 2: توفي شخص عن:¹

- أخت (شقيقة)، أخت لأب، أم حامل من غير أب متوفي.
- مقدار التركة، 2400 هكتار.

الورثة	الأنصبة	أصل المسألة
أخت شقيقة	$\frac{1}{6}$	3×400 هكتار = 1200 هكتار
أخت لأب	$\frac{1}{6}$ تكملة لثلاثين	1×400 هكتار = 400 هكتار
أم	$\frac{1}{6}$	1×400 هكتار = 400 هكتار
أخ لأم/أخت لأم (العمل)	$\frac{1}{6}$	1×400 هكتار = 400 هكتار
/	/	/

$$\text{مقدار السهم الواحد} = \frac{\text{مقدار التركة}}{\text{أصل المسألة الجديد}} = \frac{2400}{6} = 400 \text{ هكتار}$$

- نلاحظ في هذه الحالة أن الحمل يرث على الفرضين معا ولا يختلف نصيبه بين الذكورة والأنوثة لذلك نحفظ للعمل نصيب واحد سواء على فرض الذكورة أو على فرض الأنوثة وهو 400 هكتار.

أما باقي الورثة تعطي لهم نصيبهم كاملا وهو كالتالي:

- الأخت الشقيقة: ترث 1200 هكتار.

- الأخت الأب: 400 هكتار.

- الأم: 400 هكتار.

4- الحالة الرابعة: إذا كان الحمل وارثا على التقديرين ويختلف نصيبه في أحدهما عن الآخر:

في هذه الحالة تقسم التركة: تقسيما على فرض أن الحمل ذكرا والآخر على فرض أن الحمل أنثى، ويعطى لكل وارث من الموجودين أقل النصيبين في التقسيمين، ويحتفظ للحمل بأكبر النصيبين مع فروق الأنصباء، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد ويؤخذ منه كفيلا يلتزم بما أخذه زيادة عما يستحق إذا تعدد الحمل².

¹ بلحاج العربي، الوجيز في الشركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 492.

² جمعة محمد محمد البراج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، 1999، ص 295.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وفي هذه الحال تحل المسألة حلين: حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة، ويعطى للورثة الموجودين أبخس الأنصبة، ويحفظ للحمل أوفر النصيبين مضافا إليه فروق الأنصبة ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفيل¹.

مثال:

توفي عن:

- أب، أم، زوجة حامل
- مقدار التركة 168 خروف

نحل المسألة على احتمالين، أحدهما نفترض فيه أن الحمل ذكرا، والثاني على فرض أنه أنثى ويعطى باقي الورثة أنصبتهم بالطريقة المعتادة.

على فرض الذكورة:

أصل المسألة /24/	الأنصبة	الورثة
28 = 7 × 4 خروف	$\frac{1}{6}$	أب
28 = 7 × 4 خروف	$\frac{1}{6}$	أم
21 = 7 × 3 خروف	$\frac{1}{8}$	زوجة
91 = 7 × 13 خروف	الباقي بالتعصيب	ابن (حمل)

$$\text{مقدار السهم الواحد} = \frac{\text{مقدار التركة}}{\text{أصل المسألة}} = \frac{168}{24} = 7 \text{ خروف}$$

على فرض الأنوثة

أصل المسألة /24/	الأنصبة	الورثة
35 = 7 × 1+4 خروف	$\frac{1}{6} +$ باقي بالتعصيب	أب
28 = 7 × 4 خروف	$\frac{1}{6}$	أم
21 = 7 × 3 خروف	$\frac{1}{8}$	زوجة
84 = 7 × 12 خروف	$\frac{1}{2}$	بنت (حمل)

¹ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 203.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

$$\text{مقدار السهم الواجد} = \frac{\text{مقدار التركة}}{\text{أصل المسألة}} = 7 \text{ خروف}$$

بالمقارنة بين الفرصيتين، نحفظ للحمل نصيب الذكر (91 خروف) لأنه أوفر له.

أما باقي الورثة، فيرثون بأقل النصيبين كالتالي:

الأب: نعطي له 28 خروف لأنه أقل النصيبين

الأم: نعطي لها نصيبها كاملا وهو 28 خروف

الزوجة: نعطي لها نصيبها كاملا وهو 21 خروف¹

المطلب الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في مسألة توريث الحمل

خلق الله سبحانه وتعالى البشر لعبادته وطاعته، فقد عمت الشريعة الإسلامية للمحافظة على التناسل والتكاثر إمارا للكون، فحب الأولاد غريزة أودعها الله سبحانه وتعالى في الإنسان، ولتحقيق هذا المقصد العظيم فقد شرع الله الزواج ورغب به، ولكن قد تخرج أشياء عن إرادة الإنسان كالعقم وبعض الأمراض الخبيثة.

غير أنه ومع التطور العلمي للطلب فقد توصل العلماء إلى استكشاف طرق تحل مشاكل هذه الأمراض ومن أهمها الأجهزة الكاشفة لحالة الحمل قبل ولادته، وكذا تأثير هذه التقنيات في مدى اكتشاف ما إن يرث هذا الحمل أم لا، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث ففي الفرع الأول تطرقنا إلى الأجهزة الكاشفة لحال الحمل قبل ولادته، أما الفرع الثاني، نتطرق فيه إلى مدى تأثير هذه التقنيات الطبية الحديثة في ميراث الحمل.

الفرع الأول: الأجهزة الكاشفة لحالة الحمل قبل الولادة

إن العالم اليوم يشهد تقدما علميا في مختلف المجالات، ومن أهمها المجال الطبي والميدان البيولوجي واللدان يتناولان الجسم البشري أو الحيواني بالتشريح والتحليل، ولعل هذا التقدم ساعد في اكتشاف الكثير من الأجهزة والآلات والتقنيات العلمية التي من شأنها مساعدة الناس سواء في مجال المواصلات الهوائف النقالة وكذا أجهزة الاتصال العالمية، وكذلك مجال الفلك كالسفن الفضائية والأقمار الصناعية ودون أن ننسى مجال النقل كالسفن والطائرات، ولعل أهم هذه المجالات الطبي، الذي ساهم في اكتشاف واستحداث أجهزة متطورة تساعد على معالجة الأمراض الجنسية وكذلك الكشف عن الحمل، كالأشعة الضوئية أو التلفزيونية، والتي من خلالها معرفة المولود في أوقات مبكرة من الحمل، حيث يتم الكشف عن

¹ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 203.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

الحمل فيما إذا كان واحداً أو متعدداً، وكذلك ذكوره وأنوثته، غير أن هذه التطورات الطبية لا تتعارض مع حكم الله عز وجل لأنه هو وحده الذي يعلم ما في الأرحام، وهو عالم الغيب.

يعتبر الطب الحديث تفسير لما جاء في القرآن الكريم والذي يساعد في فهم آياته والتأمل فيها وإزالة الغموض عنها، حيث يمكن حالياً التعرف على عدد الحمل، وجنسه وذلك عن طريق الكشف بالموجات الصوتية أو ما يسمى بالسونار ولهذا الأخيرة دور كبير في الكشف عن حالة الحمل.

كما لها دور في الكشف عما في داخل الأرحام من جنس الجنين وعدده وأيضاً ذكوره وأنوثته لكنها لا تتعدى أموراً أخرى، كمعرفة ما إذا كان هذا الجنين سيعيش شقياً أم تقيساً، فإله عز وجل يسر للبشر معرفة نوع الجنين وجنسه ولم يبسر له معرفة ما إن كان يعيش شقياً أو تقيساً أو معرفة وقت وفاته فإله وحده عالم الغيب والشهادة لا يطلع على غيبه احد.¹

الفرع الثاني: مدى تأثير التقنيات الطبية الحديثة في ميراث الحمل

سنتطرق في هذا الفرع إلى:

أولاً: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد أقل وأقصى مدة للحمل:

يقرر الطب أن أقل مدة للحمل الذي يمكنه العيش بعده هي ستة أشهر لكن في الواقع؛ قليل ما يعيش هذا المولود، وهو ما اتفق عليه الفقهاء في أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر.

روي أن رجل تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فأراد عثمان أن يقضي عليها الحد، فقال له علي -رضي الله عنه- "ليس ذلك عليها قال الله تعالى يقول "حمله وفصله ثلاثون شهراً" وقال تعالى: ﴿ * وَأَوْلَادًا يُرَضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ﴿سُورَةُ الْبَقَرَةِ: 233﴾ بمعنى أن الحمل ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهراً، فرجع عثمان عن قوله ولم يضع عليها الحد.

وتحسب هذه المدة من الزواج عند جمهور الفقهاء ومن وقت عقد الزواج عند الحنفية ومن وقت الخلوة عند الشافعية.²

أما فيما يخص أطول مدة للحمل فقال مالك: خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين، وقال الكوفيون سنتان، وقال محمد بن عبد الحكيم، سنة وقال داود تسعة أشهر، وهذه المسألة يرجع فيها إلى التجربة والعادة.

¹ قحطان الهادي عبد الفرغولي، مرجع سابق، ص 116.

² يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2015-2016، ص 228.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد والحكم يجب أن يكون بالمعتاد وليس بالنادر. ويؤثر ترجيح ابن رشد - رحمة الله - الطب الحديث، ان مدة الحمل الطبيعية 280 يوما تحسب من بدأ آخر حيضة تحيضها المرأة، وبما أن الحمل يحدث غالبا ففي اليوم الرابع عشر من بدأ الحيض تقريبا، فإن المدة الحقيقية للحمل هي $280 - 14 = 266$ يوما.¹

إن أكثر مدة للحمل هي تسعة أشهر وهي رواية عن محمد بن عبد الله بن الحكم وبه قال داود بن علي وابن حزم وإليه ذهب الإمامية وقد استدلت ابن الحزم يقول عمر - رضي الله عنه - "أَيُّمَا رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَحَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ قَعَدَتْ، فَلْتَجْلِسْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ حَتَّى يَسْتَبِينَ حَمْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَتَسَبَّنْ حَمْلَهَا فِي التَّسْعَةِ أَشْهُرٍ فَلْتَعْتَدْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بَعْدَ التَّسْعَةِ الَّتِي قَعَدَتْ مِنَ الْمَحِيضِ"²

وعليه تلخص أن أقصى مدة للحمل هي تسعة أشهر، وهو ما ذهب إليه ابن حزم، والذي يوافق ما توصل إليه الطب الحديث، فحسب نص المادة "174" من قانون الأسرة الجزائري (إذا ادعت المرأة الحامل وكذبها الورثة، فإنها تعرض على أهل المعرفة، مع مراعاة أحكام المادة "43" من هذا القانون).³

وفي هذا الصدد يقول محمد علي البار: إلا ان الجنين قد يموت في بطن أمه ويبقى فيها أمدا طويلا وهذا أمر معروف عند الأطباء، فيتكلس الجنين بعد ما يموت، فيصبح مثل الجير، ثم يقذفه رحم المرأة وقد يقذفه على فترات متقطعة.

كما يقول محمد علي البار بأن هذه الأقوال ليس لها ذكر في وقت الحاضر، فلم نسمع بأن امرأة قد حملت لمدة تزيد عن تسعة أشهر، فلو رجعنا الى العادة فالعادة تتماشى مع الطب ويتفق مع ما ذهب اليه المشهور في المذهب الجعفري الامامي من أن أقصاه تسعة أشهر.⁴

موقف المشرع الجزائري: اعتبر بأن أقل مدة للحمل هي 06 أشهر وأقصاها عشرة 10 أشهر، وهو ما نصت عليه المادة "42" من قانون الأسرة الجزائري، وهو ما توصل إليه الطب الحديث في العصر

¹ يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص229.

² علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بو نعامة، خميس مليانة، دون سنة نشر، ص107.

³ المادة 174 من القانون 84 - 11، مرجع سابق.

⁴ علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ص 48.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

الحاضر، أي أن الجنين لا يزيد في رحم أمه عن تسعة أشهر إلا أسابيع قليلة، وقد يصل التأخر إلى ستة أشهر.¹

فيثبت النسب من الميت وورثته، أما إذا تجاوزت هذه المدة أو نقص عليها فلا نسب ولا ميراث، لذلك تعد الخيرة الطبية الموكلة للطبيب من طرف القضاء مرجعا في تحديد سن الحمل ويثبت بها الميراث والنسب أو ينتفيان.²

ثانيا: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في تحديد تعدد الحمل وتعيين جنسه:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في العدد الذي يوقف وفقه للحمل على اعتبار أن الحمل قد يكون متعددا وقد يكون واحدا وفيما يلي الخلاف التالي:

- يرى الشافعية أنه لا ضابط لعدد الحمل، لذلك يرون بعدم إعطاء شيئا للورثة الذين تنقص أنصبتهم بسبب فرض تعدد الحمل، فهم يرون بأن توقف أنصبتهم إلى حين أن يتبين حال الحمل.
- يرى أبو حنيفة وأشهب من المالكية ان يوقف نصيب أربعة من جنسه (أي أن يوقف نصيب أربع بنات أو يوقف نصيب أربعة ذكور) ويعطي الورثة ما فصل من ذلك.
- يرى الحنابلة ومحمد بن الحسن بأنه يوقف للحمل نصيب إثنين للحمل من جنسه بمعنى ان يوقفا نصيب إثنين أو نصيب ذكرين ويعطي باقي الورثة ما فضل من ذلك.
- في رواية عن محمد بن الحسن يوقف نصيب ثلاثة ذكور أو ثلاثة إناث.

والرأي الراجح:

- يرى أبو يوسف والليث بن سعد ان يوقف للحمل نصيب واحد من جنسه كونه أنثى أو كونه ذكرا ويعطي للورثة ما فضل عن ذلك ويؤخذ منه كفيل ليضمن أنه إذا جاء الحمل متعددا وتبين أنهم أخذوا أكثر مما يستحقون رجع عليهم وعلى الكفيل بالزيادة.³

تنص المادة "73" من قانون الأسرة الجزائري انه: (يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد

أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل، ولا يقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها).⁴

¹ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص230.

² سعديّة بن ميصرة، مرجع سابق، ص50.

³ علال طحطاح، مرجع سابق، ص111.

⁴ المادة "173" من القانون 84 - 11، مرجع سابق.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

فإذا كان الحمل غير وارث تقسم التركة دون انتظار الولادة، أما إذا كان الحمل من الورثة ومشاركا للورثة، أو يحجبهم حجب نقصان فإنه يوقف من التركة الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة، أما إذا كان الحمل من الورثة ويحجبهم حجب حرمان فإن توزيع التركة يوقف حتى تضع الحامل حملها.¹

كما نلاحظ ان قانون الأسرة الجزائري أخذ بالرأي الخامس، حيث نص على وقف نصيب للحمل على أساس انه واحد، لكن المشرع أغفل النص على ضرورة وجود كفيل للورثة الذين تنقص أنصبتهم بتعدد الحمل، ونعتقد أنه يجب النص على ذلك في أقرب تعديل لقانون الأسرة وفي غياب النص الصريح وفيما لم يرد فيه نص قانوني، يتم الرجوع فيه إلى قواعد الشريعة الإسلامية حسب نص المادة "222" من قانون الأسرة الجزائري.

إذن يلزم القاضي أو الموثق حسب حالة الورثة الذين ينقص نصيبهم بسبب الحمل أن يقدموا كفيلا يضمن إرجاع الفارق وإلا لا يتم منحهم نصيبهم.

بالنسبة لنصيب من يمتنع أو يتعذر إليه تقديم كفيل أن يعين له حارس قضائي إلى حيث ولادة الحمل وفقا للإجراءات القانونية المقررة لذلك.²

أخذ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بالرأي الثالث، حيث نصت المادة "354" منه على "يوقف للحمل من التركة مورثه أوفر النصيبين للذكرين أو أنثيين على تقدير أن الحمل توأم، ويعطى باقي الورثة أقل النصيبين، ويسوى توزيع التركة حسب الأنصبة الشرعية بعد الوضع".

ونصت المادة 355 من نفس القانون على أنه "إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من تخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة".

كان في الماضي وقبل استخدام الأشعة التلفزيونية في التشخيص الطبي، تحديد جنس الجنين ذكرا أو أنثى أثناء الحمل يشكل خطرا على الحمل نفسه، وقد كان يتم ذلك بحسب كمية من السائل الأمنيوسي، كماي يتم فحص الخلايا الجينية الموجودة فيه لبيان نوع الكروموسومات الجنسية فإذا كانت (XX) كان الجنين أنثى وإن كانت (XY) كان الجنين ذكر.

¹ سعاد بن ميصرة، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية (النسب والميراث)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور

- الجلفة-، 2017.2018، ص50

² علال طحطاح، مرجع سابق، ص112

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

أما الآن فقد أصبح من السهل معرفة جنس الجنين وتعدده باستخدام الأشعة التليفزيونية فيما إذا كان ذكرا أو أنثى بعد الشهر الرابع من أهر الحمل الرحمية حيث يبدأ ظهور الأعضاء التناسلية الخارجية للجنين ابتداء من هذا الشهر، كما تعتبر هذه الطريقة آمنة ولا تشكل أي خطورة على الجنين أو الأم

المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في اثبات مثيرات الخنثى

لقد قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام التركات والمواريث ضمن قانون الأسرة ابتداء من المادة 126 الى المادة 183 ق.أ. حيث بين أصناف الورثة الشرعيين وطرق ارثهم وبين كيفية توريث الحمل، لكنه غفل عن كيفية توريث الخنثى المشكل رغم اهتمام علماء الفرائض بموضوع ميراثه، ولقد حاولوا وضع تعريف للخنثى المشكل وبيان أقسامه استنادا لعلامات الذكورة أو الأنوثة التي تظهر في الخنثى¹.

وعليه ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع، سوف نتطرق أولا ببيان مفهوم الخنثى وحلول إشكاله في المطلب الأول، وأثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الخنثى في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الخنثى وميراثه

سنتطرق في هذا المطلب الى الفرع الأول مفهوم الخنثى والفرع الثاني سنتحدث فيه حول ميراثه.

الفرع الأول: مفهوم الخنثى

أولا: لغة:

خنثى على وزن فعلى من الخنث وهو اللين والتكسير، يقال خنثت الشيء فتخنثت أي عطفته فانعطف، ومنه سمي المخنث، وهو المتكسر في حركاته المتشبه بغير جنسه وخنث الرجل فعل فعل المخنث وخنث السقاء خنثا: ثنى فاه على البشرة التي عليها الشعر وأخرج أدمته الباطنة فشرب منها وخنث فلان كلامه: أتى به شبيها بكلام النساء لينا ورخامة، ومن ذلك² جاء قول الرسول صلى الله عليه وسلم: لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء.

خنث: يقال للمرأة للشتم، ويقال خنث: للرجل في الشتم³.

¹ سامي بن حملة، مقال تحت عنوان: إشكالية توريث الخنثى المشكل في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، ص 431.

² ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء 2، قم إيران، 1984، ص 145.

³ جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، ص 703.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

ثانيا: اصطلاحا:

الخنثى: هو شخص في تكوينه شذوذ في خلقه¹، بأن يولد وله آلة ذكر وآلة أنثى، أو ليس له شيء منهما، لأن الله جعل بني آدم صنفين متميزين لكل واحد منهما آلة خاصة به، وهذان الصنفان لا يجتمعان فقد خلقهما الله لعمارة الأرض وحكمة التناسل لقوله تعالى: "يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا" سورة الحجرات، الآية 13. ²فعملية التناسل لا تحتاج الا للذكر و الأنثى، اذ بالتقائهما يتم التناسل دون واسطة ثالثة الا بإرادة الله، وقد بين الله تعالى حكم الذكور و الاناث كل واحد منهما على حدى من التركة فلو كان جنس آخر غير الذكر والأنثى لبينه³.

وقد جعل علامة للتمييز بين هذين الجنسين عند الولادة هي آلة. الا أنه قد يقع الاشتباه عند الولادة من وجهين، أحدهما بالمعارضة بأن يوجد في المولود الآلتان معا⁴ وهنا سنميز بين الخنثى المشكل والخنثى غير المشكل، فالخنثى المشكل هو الذي لا يعرف أنه ذكر أو أنثى، وبهذا يكون أمره مرتد بين الذكورة والأنوثة، فقد يكون بعدم وجود آلة تدل على ذكورته أو أنوثته، وإما لوجود كلا من الآلتين⁵.

فيكون هنا على أساس من حيث يبول استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن ميراث الخنثى قال عليه الصلاة والسلام: " من حيث يبول " وحيث أن البول من أي عضو كان هو دليل على انه العضو الأصلي والآخر بمنزلة العيب. أي إذا بال من الاثنتين فيكون الحكم للأسبق.

أما إذا كان البول يخرج من الاثتان الذكر والفرج على حد سواء وفي وقت واحد فهو خنثى مشكل⁶. وإن وقع الاشتباه بفقد الآلتين جميعا ينتظر حتى البلوغ. فإن مال إلى الرجال فأنثى وإن مال إلى النساء فرجل.

وأما الخنثى الغير مشكل أو الواضح، فهو من ترجحت صفة الذكورة والأنوثة فيه كأن تزوج فولد له ولد فهذا رجل قطعاً، أو تزوجت فحملت فهي أنثى قطعاً⁷.

¹ بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1998، ص 317.

² أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص300.

³ جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، 704.

⁴ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، 300.

⁵ فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص207.

⁶ عادل عبد الرزاق القره غولي، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 2004، ص 127.

⁷ بلحاج العربي، أحكام الموارث (في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد)، مرجع سابق ص 315.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

التعريف الطبي للخنثى: يعرف الخنثى في الكتب الطبية على أنه الشخص الذي تكون أعضائه الجنسية الظاهرة غامضة وقد فرق الأطباء بين نوعين من الخنثة وليس على الشكل الظاهر فقط كما فعل الفقهاء بل على التكوين العضوي الداخلي للغدد الجينية، ويقسم إلى:

خنثى حقيقي: وهي التي تجمع فيه كل من الألتين الأنثوية والذكورية وهذه نادرة الوقوع.

خنثى الكاذبة: وهي التي تكون فيه الغدد التناسلية من الجنس نفسه وتكون الأعضاء التناسلية مخالفة لجنس الغدد التناسلية في الداخل وهذه الحالات ليست نادرة¹

الفرع الثاني: ميراث الخنثى

نتناول ميراث الخنثى في الفقه الاسلامي أولا ثم ميراث الخنثى في القانون

أولا: ميراث الخنثى في الفقه الإسلامي:

لا يمكن تصور الخنثى زوجا ولا زوجة، لأنه لا يصح زواجه ما دام مشكلا كما لا يمكن تصوره أبا أو أما أو جدا أو جدة، لأنه يصبح حينئذ غير مشكل وإنما يكون فرعا من الفروع. سواء أبناء أو من الأخوة أو العمومة، وحينئذ يجري الخلاف في توريثه، هل هو ذكر أم أنثى؟²

ومن هنا سنتطرق إلى كيفية توريثه:

اتفق الفقهاء على أن الخنثى يرث من حيث يبول استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن ميراث الخنثى قال: من حيث يبول.³

وكما أخبرنا عبيد الله بن موسى عن إسرائيل عن عبد الأعلى إنه سمع محمد بن علي يحدث عن علي ثم في الرجل يكون له ما للرجل وما للمرأة أيهما يورث، فقال من أيهما بال. وفي رواية عن أبو بكر بن شيبه عن مغيرة عن شبك عن الشعبي عن علي ثم في الخنثى قال يورث من قبل مباله، وفي رواية حدثنا أبو نعيم أبو هاني قال ثم سئل عامر عن مولود ولد وليس بذكر ولا أنثى ليس له ما للذكر وليس له ما للأنثى، يخرج من سرته كهيئة البول والغائط، سئل عن ميراثه فقال نصف حظ الذكر ونصف حظ الأنثى⁴

¹ إبراهيم عطية الحبيشي، كيفية استجواب وتوقيف وتفتيش التوائم الملتصقة والخنثى المشكل في الشريعة الإسلامية والنظام، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية العدد الثاني، 2020، ص 293.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 315.

³ أبو بكر البيهقي وصححه الألباني في الارواء، ج 6، حديث رقم: 1710، ص: 152.

⁴ فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 207، 208

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وأما الخنثى المشكل لا يخرج عن إحدى الحالتين، أما الذكورة وأما الأنوثة، وله في هذه الحالة خمس حالات في الميراث.

الحالة الأولى: أن يكون وراثا على تقدير كونه رجلا وعلى تقدير كونه أنثى ولا يختلف نصيبه عن كلا التقديرين.

الحالة الثانية: قد يكون الخنثى وراثا باعتباره كونه ذكرا وباعتبار كونه أنثى ولكن ميراثه على اعتبار الذكورة أكثر من ميراثه على اعتبار الأنوثة.¹

الحالة الثالثة: أن يكون وراثا على تقدير كونه رجلا وعلى تقدير كونه أنثى. ولكن ميراثه على تقدير كونه امرأة أكثر من ميراثه على تقدير كونه رجلا.

الحالة الرابعة: أن يكون وراثا على تقدير كونه ذكرا وغير وراث على تقدير كونه أنثى.

الحالة الخامسة: أن يكون وراثا على فرض كونه امرأة وغير وراث على فرض كونه رجلا.²

أما إن كان الخنثى غير واضح الحال حين قسمة التركة، فقد اختلف الفقهاء في كيفية توريثه على عدة مذاهب:

مذهب الحنفية:

يعطى للخنثى المشكل أقل النصيبين: أي أسوأ الحالين بمعنى أن يبقى له أقل النصيبين، فإن قل عن فرض الذكورة فيه استحققت الأقل، وإن كان الأقل على فرض الأنوثة فيه، استحق هذا الأقل والواجب اعطاؤه أخس النصيبين ولأنه لو أعط أحظ النصيبين كان في ذلك انتقاص من حق الآخرين من الورثة بغير سبب فيكون في قوة سببهم. كما يلاحظ أن الخنثى إذا كان محجوبا بغيره لم يعط شيئا من التركة.

مذهب المالكية:

يعطى للخنثى المشكل نصف نصيب الذكر والأنثى، أي يأخذ نصف نصيبه حال فرضه ذكر وحال فرضه أنثى، وقد استدلوا بقول ابن عباس ولم يعرف له الصحابة منكر.³

¹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 302.

² جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، ص: 709، 710.

³ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 301.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وأما المذهب الشافعي:

فله رأيان، أحدهما كمذهب الحنفية وهو غير معتمد في المذهب أما الرأي الثاني فهو الراجح أن الخنثى يعامل بشر الأمرين فيما يتعلق بنفسه وكذلك من معه من الورثة يعاملون بشر الأمرين بالنظر إليهم ويوقف ما بقي من التركة إلى أن يتضح حال الخنثى¹

المذهب الحنبلي:

حالتين:

- في حالة لم ينكشف حاله يحكم عليه بنصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى إن ورث في الحالتين، وإن كان يرث على فرض دون الآخر فيعطي نصف نصيبه في حال الإرث: كمذهب المالكية.

- في حالة انكشف حاله عند بلوغه فهذا يعطي اليقين هو ومن معه وهذا ما ذهب إليه المذهب الشافعي.

ثانيا ميراث الخنثى في القانون المقارنة:

أن المشروع الجزائري لم ينص على ميراث الخنثى لأنه لا يكاد يوجد، والعبرة بالغالب لا بالنادر، وان وجد فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري

وهذا خلافا للمشرع المصري الذي تناول ميراث الخنثى في المادة 46 من قانون الميراث المصري: للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف أ ذكر أم أنثى أقل النصيبين وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة²، فهو بذلك سار على مذهب الحنفية في أحكام الخنثى في إعطائه أقل النصيبين أو أسوأ الحاليين وقد سار في نحوه قانون أحوال الشخصية الكويتي في المادة 334: للخنثى المشكل وهو الذي لا يعرف أ ذكر أم أنثى، أدنى الحاليين، وما بقي من التركة يعطى لباقي الورثة³.

المطلب الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في الكشف عن جنس الخنثى

سنتناول في هذا المبحث فرعين الفرع الأول: معيار تمييز الجنس الخنثى في الفقه الإسلامي وأما الفرع الثاني تناولنا فيه معيار تمييز الجنس الخنثى في الطب الحديث.

الفرع الأول: معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي.

وسائل الكشف عن الخنثى في الفقه الإسلامي.

¹ جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، 713.

² فشار عطاء الله، مرجع سابق، ص 208.

³ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص 251.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

اتفق الفقهاء على أن المبال هو المرجح الأساسي في تحديد جنس الخنثى قبل البلوغ وهذا ما ذكرناه سابقا ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان يبول منهما معا في وقت واحد ومتساويا في السابق على كثرة البول من أحد المخرجين فذهب أبو حنيفة والشافعية على أنه العبرة بكثرة البول من أحد المخرجين. لأن كثرة البول قلته راجع إلى توسيع المحل وضيقة لا يميز بين الذكر والأنثى، وذهب أبو يوسف والمالكية والحنابلة إلى اعتبار كثرة البول من أحد المخرجين.

واتفقوا على أنه إذا لم يتم تحديد الجنس مما سبق فينتظر إلى أن يبلغ ويحكم عليه بمرجحات أخرى كخروج المني -الحيض-انبات اللحية...¹ وهذا ما سنوضحه:

- مذهب الحنفية:

من وجد عنده لبن فأنثى. ومن أحبل وحبل فهو أنثى، ومن نبتت له لحية فهو رجل، ومن لم توجد به أحد هذه الأعراض فهو مشكل، فكل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة أو الأنوثة وكانت علامة كافية للفصل بين الذكر والأنثى.²

- مذهب المالكية:

فإن امنى من أحد الفرجين فواضح أو حصل حيض أو حمل... فهنا ينظر إلى تفاوت الأضلاع. قال القرافي في تفاوت الأضلاع: "وإذا انتهى إلى الأشكال عدت الأضلاع فللرجل ثمانية عشر ضلعا من الجانب الأيمن ومن الأيسر سبعة عشر، وللمرأة ثمانية عشر من كل جانب، لأن حواء عليه السلام خلقت من ضلع من أضلاع آدم عليه السلام، من جانبه الأيسر فبقي الذكر ناقصا ضلعا من الجانب الأيسر قضى بهذا علي-رضي الله عنه³

-مذهب الشافعية:

قالوا لا يستدل بنبات لحيته على رجولته، بل لا بد من علامة أخرى، فإن لم توجد علامة أخرى يتبين بها حاله فهو مشكل. وأن ظهر له ثدي كامرأة أو حاض وجومع كما يجامعن أو ظهر له حبل أو نزل من ثديه لبن فهو امرأة على قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك بن أنس. وقالوا: لا يستدل بنبات ثديه على كونه أنثى. بل لا بد من علامة أخرى يتبين بها حاله فإن لم توجد فهو مشكل.

¹ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص: 243.

² عمر أحمد الراوي، مرجع الطلاب في الموارث، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة، ص: 113.

³ أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، الجزء 13، 1994، ص 26.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وأجمعوا على أنه إذا ظهرت عليه كل من اللحية والثدي فهو مشكل إذا لم تظهر عليه أي علامة أو مارة أخرى تبين حاله، فهنا لابد أن ينتظر حتى البلوغ وقوله مقبول.

ولكن إذا تعارضت فيه علامات الذكورة أو الأنوثة فحكم عليه حكم¹ الخنثى المشكل، كما إذا بال من فرج النساء وأمني من عضو الرجال.

فكل واحد منهما على انفراد، فإذا اجتمعا تعارضا، وإذا أخبر على انه استحاض أو أمنى أو ميل إلى النساء والرجال يقبل قوله، ولا يقبل رجوعه، كأن يخبر بأنه رجل ثم يلد فإنه يأخذ على قوله السابق ولا رجعة فيه².

مذهب الحنابلة:

قال ابن قدامة: إذا وجد خروج المني من ذكر الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه، وكونه رجلا، وأن خرج من فرجه أو حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة. ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجل أو امرأة فخرج المني والحيض أولى من خروج البول وهنا لزم وجود البلوغ.

وإذا تعذر إلى معرفة العلامات الظاهرة فإنهم لجأوا إلى معيار الميل إلى أحد الجنسين باعتباره أحد المرجحات التي تحدد جنس الخنثى.

قال السيوطي رحمه الله: "الميل ويستدل به عند العجز عن الأمارات السابقة فإنها مقدمة عليه، فإن مال إلى الرجل فامرأة، أو إلى النساء فرجل، فإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، ولا أميل إلى واحد منهما فمشكل. وقال الدسوقي في الميل إلى أحد الجنسين: ينظر إلى شهواته، فإن تعذرت علينا معرفة علامات الظاهرة، يرجع إلى الأمور الباطنة³.

الفرع الثاني: معيار تمييز جنس الخنثى في الطب الحديث

تطور الحال بظهور الطب الحديث فقد اختلف عن الفقه في تحديد الجنس الخنثى باعتبار أن الطبيب ينظر إلى معايير طبية أو بيولوجية تظهر على مستوى الصبغيات أو على مستوى الغدة التناسلية أو فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة وهذا لم يكن متاح لدى الفقهاء⁴

¹ جمعة محمد محمد براج، مرجع سابق، ص 707.

² مرجع نفسه، ص 707.

³ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص: 245.

⁴ مرجع نفسه، ص 245.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

أولاً: معيار الصبغيات (الكروموسومات):

يتحدد جنس الجنين على مستوى الصبغيات وفي لحظة تلقيح البويضة فإذا ما لقح البويضة حيوان المنوي يحمل كروموسوم XY، كان الجنين ذكراً وإذا ما لقحها حيوان منوي يحمل كروموسوم XX، كان الجنين أنثى وقد نوه قوله تعالى بذلك قائلاً: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ۗ وَمِن نُّطْفَةٍ إِذَا تُمْنَىٰ ۗ﴾ (سُورَةُ الْبَقَرَةِ: 45-46) والنطفة التي تمنى هي نطفة الذكر، وهذا المستوى يتحدد في لحظة التلقيح¹

ويمكن استخدام عدة وسائل للتعرف على الكروموسوم الجنسي كما يلي:

PCR: وهو تقنية مخبرية تم اكتشافها في 1983م، تقوم على إكثار نسخ الحمض DNA خارج النظام الحيوي ومن خلال هذه التقنية يظهر تضاعف المادة الوراثية لكروموسوم (X) في الأنثى كما يمكن في بعض فحوصات PCR² المطورة تحديد عدة الكروموسومات الموجودة من النوع (Y) أو (X) وبالتالي يتم تشخيص الخنثى الحقيقي، والذي يحمل (XX,XY) وحالتي كل من كلينفلتر XXY و تونر XO³.

ثانياً: معيار الغدة تناسلية:

وهذا يتحدد بأمره تعالى في الأسبوع السادس والسابع منذ التلقيح، وتظهر خلايا الغدة التناسلية في كيس المخ في الأسبوع الثالث من عمره، ثم تهاجر هذه الخلايا إلى الغدد التناسلية في الأسبوع الخامس، ولا يمكن معرفة الغدة التناسلية في الجنين الساقط قبل أن يتم الأسبوع السادس ويدخل في السابع، وتكون الغدة التناسلية في هذه المرحلة غير متميزة ولا يتم التمايز إلا بعد نهاية الأسبوع السادس³ وهو ما أشار إليه حديث حذيفة بن أسيد رضي الله عنه يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال: "إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها ثم قال يا رب أذكر أم أنثى؟ فيقضي ربك ما يشاء".

ومن هذا الحديث نفهم أن تشكيل الغدة التناسلية لا يتم إلا بعد مرور 42 يوماً من لحظة التلقيح وأن تكوين الأعضاء التناسلية الداخلية والخارجية لا يتم إلا بعد تكوين الجلد⁴

¹ محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، دار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، جدة، 1991، ص 303.

² عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة، ص31.

³ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص245.

⁴ محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقهاء، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 6، السنة الرابعة 357.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

ثالثاً: معيار الأعضاء التناسلية:

هناك أعضاء تناسلية ظاهرة والباطنة، فالباطنة عند الأنثى هي المبيضان والرحم وقناتي الرحم والمهبل، والباطنة عند الذكر فهي الحبل المنوي والحوصلة المنوية والبروستاتا وغدد كوبر.

وتتكون الأعضاء التناسلية الظاهرة في الذكر والأنثى من الجيب البولي التناسلي ومن بصيلات تناسلية تتكون من الجلد على نهاية غشاء المذرق، وتكون هذه الأعضاء وغير متميزة حتى الأسبوع التاسع.

ويسير خط نمو الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة في اتجاه الأنثى إلا إذا وجدت كمية هرمون الذكورة التستوستيرون الذي تفرزه الخصية منذ أن تتكون: أي منذ نهاية الأسبوع السادس وبداية الأسبوع السابع، والذي يؤثر تأثيراً بالغاً على مسار الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة، ولذا فإن إزالة الخصية من جنين ذكر أو عدم تكونها تؤدي إلى وجود جهاز تناسلي أنثوي رغم أن جنس الجنين على مستوى الصبغيات (الكروموسومات) ذكر (XY) فإن الجهاز التناسلي الذي يتكون إنما يكون لأنثى¹.

والرأج: أن الفقهاء اعتمدوا في تمييزهم على جنس الخنثى على المبال وبعيثة أن بال من موضع ذكر فهو ذكر وان بال من الفرج أو أسفل البظر فهو أنثى. ومما لا شك فيه أن هذا الفحص قد يؤدي إلى الخطأ فقد يكون الخنثى ذكر في غدتها التناسلية إلا أن المبال فتحة صماخ مجرى البول أسفل القضيب وأن كيس الصفن مشقوق حيث يبدو مثل الفرج.

فيتأكد لدى الفقهاء أنذاك أنه أنثى ويحكم عليها قطعاً. والواقع أنه ذكر ويمكن إعادته بإجراء عملية جراحية له ويفقد المصاب الكثير من حقوقه في الميراث.

وأما في الطب فقد احتاجوا لتمييز الخنثى ومعرفة جنسه إلى:

- الجنس على مستوى الصبغيات والكروموسومات ويمكن تحديده بأخذ خلية من خلايا الدم البيضاء أو خلايا مبطنة للفم لفحصها.

- معرفة الغدة التناسلية وذلك بأخذ عينة منها وفحص نسيجها.

- فحص الأعضاء التناسلية الظاهرة والباطنة.

وعليه فإن القول في موضوع الخنثى يعود لأهل الذكر: لقوله تعالى: "

﴿ فَسَأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ ﴿٤٣﴾ ﴿ سُورَةُ النَّازِعَاتِ ﴾ (43)

¹ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص 247.

الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى

وكل ما ورد في كتب الفقه فينبغي الرجوع فيه إلى الأطباء فإن حكموا بأن هذا الشخص في تركيبه الكروموسومي والغددي فهو كما حكموا. وعلى الفقهاء بعد ذلك أن يبنوا أحكامه بعد ذلك على ما يقرره الأطباء¹.

¹ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص 247.

الفصل الثاني:

أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان
وميراث زوجة المريض مرض الموت

تمهيد:

اهتمت الشريعة الإسلامية بالنسب، وأولت له أهمية بالغة لأنه يعد ركنا من أركان الأسرة التي هي لبنة المجتمع، ودعامة من الدعائم التي يرتكز عليها المجتمع الصالح، حيث عنت الشريعة الإسلامية بالنسب للمحافظة على النسل، ويتحقق ذلك بفرض الزواج الذي من أهدافه المودة والرحمة والتعايش في سلام وتكوين أولاد الذين هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها.

فالنسب هو أول حق يثبت للمولود عند ولادته، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 41 قانون أسرة جزائري على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية". فمتى كان الزواج صحيحا ثبت النسب، غير أن الشريعة الإسلامية أقرت طريقا واحدا لنفي النسب وهو اللعان، ولعل أهم إشكال يعترض تطبيق الطرق العلمية هو تعارض الطرق العلمية مع الطب الشرعي لنفي النسب والذي يتمثل في اللعان.

غير أن التشريعات والقوانين جاءت لتنظيم المعاملات بين أفراد المجتمع، حيث وضعت نظاما لمختلف القوانين الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت، فالقانون الجزائري أدرج أحكامه في نصوص متفرقة بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني، فالشخص الذي يكون في حالة مرض الموت قد يقوم بتصرفات تعود بالضرر على الغير وهو ما جعل التشريع الإسلامي وغيره من القوانين يقيد تصرفاته حتى لا تضيع حقوق الورثة.

المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان

إن من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النسب، فقد أولت له الشريعة عناية كبيرة وشددت على حمايته من الاختلاط، فنسب الولد لأمه ثابت في كل الأحوال بواقعة الولادة أما بالنسبة للزوج فقد أعطى له الشرع متى انتابه الشك وغلب على ذهنه أن الولد ليس منه، فله الحق في نفي نسبه عن طريق اللعان وهو الطريق الوحيد الذي أقره المشرع الجزائري لنفي النسب.

كذلك مع ظهور البصمة الوراثية حديثا التي تعتبر قرينة في نفي وإثبات النسب مما أثار جدلا كبيرا في إمكانية تقديم البصمة الوراثية على اللعان في حالة نفي النسب.

المطلب الأول: مفهوم ولد اللعان وقواعد ميراثه

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف اللعان وصوره إضافة إلى ميراث ولد اللعان.

الفرع الأول: تعريف ولد اللعان وصوره

لم يتناول المشرع الجزائري ضمن نصوصه تعريف اللعان ولم يبين صورته مما يستوجب علينا الرجوع إلى الفقه الإسلامي في ذلك.

أولا: تعريف اللعان:

1 - التعريف اللغوي:

اللعن: هو الإبعاد والطرده من الخير.

والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امراته أو رماها برجل أنه زناها، فالإمام يلاعن بينهما ويبدأ بالرجل ويقفه حتى يقول: أشهد بالله أنها زنت بفلان، وأنه لا صادق فيما رماها به، فإذا قال ذلك أربع مرات قال في الخامسة: وعليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فيما رماها به،¹ ثم تقام المرأة فتقول أيضا أربع مرات: أشهد بالله أنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنى وثم تقول في الخامسة: وعلي غضب الله إن كان من الصادقين، فإذا فرغت من ذلك بانته منه ولم تحل له أبدا، وإن كانت حاملا فجاءت بولد فهو ولدها ولا يلحق بالزوج.¹

¹ ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون ذكر سنة النشر، ص 4044.

- التعريف الاصطلاحي:

عرفه الحنيفة بأنه "شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللّعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها".¹

وعرفه الشافعية بأنه "اللّعان كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو ألحق نفي ولد".²

وعرفه المالكية أنه "اللّعان حلف الزوج المسلم المكلف على رؤية زنا زوجته أو نفي حملها منه وحلفها على تكذيبه أربعاً من كل منهما بصيغة أشهد بالله بحكم فاض ولو كان النكاح فاسد".³

كما عرفه الحنابلة بأنه: "شهادات مؤكدة بإيمان من الجانبين مقرونة باللّعن والغضب، قائمة مقام حد القذف في جانبه وحد الزنا في جانبها".⁴

من خلال هذه التعاريف يتضح أنها تصب في معنى واحد، لكن تعريف الشافعية أوضح أن اللّعان للمضطر على نفي الولد وإزالة العار، فزاد على غيره من التعاريف بعبارة "كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي ولد".

فمعنى جعلت كحجة للمضطر: ماهي إلى كلمات يقولها الرجل اضطراراً فحكمها حكم المضطر ومعنى إلى قذف: رميها بالزنا، أما عن معنى من لطح فراشه: كناية عن بيت الزوجية، والاتهام تم لها وهي في نكاح صحيح وعلى فراشه لإبعاده هذا العار الذي لحقه، ومعنى نفي الولد: هو عدم اعترافه بالحمل فيقسم هذه الإيمان ولا ينسب إليه.⁵

وعليه يمكن القول أن ولد العان هو من ولدته أمه على فراش زوجية صحيحة، ثم نفاه من الزوج وتتم الملاعنة أمام القاضي ووفق شروطها فيحكم بنفي نسب الولد من أبيه ويبقى نسبه لأمه ثابت فيلحق بها.

¹ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003، ص 149.

² شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهج، ج3، ط1، دار المعرفة لبنان، 1997، ص 481.

³ محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، دون ذكر بلد النشر، دون ذكر سنة النشر، ص 88.

⁴ برهان الدين أبي إسحاق ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، جزء8، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص65.

⁵ لعلّ يحيوي، أحكام اللعان في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 9، جامعة المسيلة، الجزائر، 2018، ص 91 92.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد يقع التحريم بين الزوجين"¹.

ثانيا: صور اللعان

اللعان صورتان إما أن يكون في شكل دعوى الزنا أو دعوى نفي الحمل.

1 - دعوى الزنا:

أي دعوى رؤية الزنا بشرط ألا يطأها بعد الرؤية. فإن لم يلتعن أو يأت بأربعة شهود فإنه يحد حد القذف ويحكم بفسقه ورد شهادته، ولا يعرض له بحد أو غيره حتى تطالبه الزوجة بذلك، لأن ذلك حق لها، وليس لوليها المطالبة عنها لو كانت محجورا عليها، ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها.² أما فيما يخص وجوب اللعان بمجرد القذف، فيرى جمهور الفقهاء بجوازه على غرار المالكية، فالمشهور عندهم أنه لا يجوز اللعان عند القذف.

وانتقوا في أن شرط الدعوى الموجبة للعان برؤية الزنا أن تكون في العصمة واختلفوا فمن قذف زوجته بدعوى الزنا، ثم طلق ثلاث هل يكون لعان أم لا فقال مالك والشافعي ان يفهما لعان، وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما.³

2 - دعوى نفي الحمل:

دعوى نفي الحمل هي الصورة الثانية لدعوى اللعان كأن يزعم بأنه لم يقر بها بعد استبرائها أو أن يرميها بالزنا وينفي الحمل، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا، بمعنى أن نفي الحمل له وجهين أحدهما أن يدعي أنه أستبرئها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا باتفاق الفقهاء، لكن اختلفوا في وقت نفي الحمل حيث ذهبوا جمهور الفقهاء إلى أنه ينفيه وهي حامل وقال الحنيفة لا ينفي الولد حتى تضع الحمل.⁴

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 69798، قرار صادر بتاريخ 23-04-1991، المجلة القضائية، العدد 3، 1994، ص54

² بوعزيز أمينة، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، العدد 4، جامعة الجزائر، 2020، ص231.

³ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، الجزء 3، مكتبة ابن يتيمة، القاهرة، 1410هـ، ص215، 2016.

⁴ مرجع نفسه، ص217.

3 - إجراءات دعوى اللعان:

لرفع دعوى اللعان لابد من توفر شروط قبول الدعوى المتمثلة في الصدفة والمصلحة المنصوص عليها ضمن المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، إضافة إلى شرط الأهلية المنصوص عليه ضمن المادة 40 من القانون المدني.

ولا تكون دعوى اللعان إلا من زوج ضد زوجته أثناء قيام عقد الزواج الصحيح، وخلال مدة زمنية محددة بعد علم الزوج بالحمل أو بالولادة على أن يقع نفي النسب بالطريقة الشرعية المتمثلة في اللعان². والمختص باللعان هو القاضي المرفوعة أمامه دعوى نفي النسب والتي سببها هو اتهام الزوجة بالخيانة وبالزنا وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2019 حيث جاء فيه "اللعان من اختصاص القضاء وحده ولا يجوز للإمام أو المفتي أن يفصل فيه".

يعتبر لا غيا وبدون أثر أي لعان يجري دون إقامة دعوى نفي النسب ودون أن يحكم به القاضي أو يشرف عليه³.

أما عن المدة التي يجب أن ترفع فيها دعوى اللعان لم ينص عليها المشرع الجزائري، غير انه بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد في قرار المحكمة العليا صادر سنة 2002 أنه "مدة اللعان حسب استقرار اجتهاد المحكمة العليا هي أسبوع من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل"⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن قضاء المحكمة العليا أجاز تأخير رفع دعوى اللعان بسبب عذر شرعي، حيث جاء في قرار لها "من المقرر شرعا وفقها وجوب التعجيل باللعان غير أن هذا لا يمنع من تأخيره لظروف خاصة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقواعد الشرعية..."⁵.

الفرع الثاني: قواعد ميراث ولد اللعان

نبين في هذا الفرع ميراث ولد اللعان في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ثم نبين حكمه.

¹ المادة 13 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون إجراءات مدنية وإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، مؤرخة في 2018/01/23.

² بوعزيز أمينة، مرجع سابق، ص 234.

³ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 1277359، قرار صادر بتاريخ 2019/03/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2019، ص 76.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 296020، قرار صادر بتاريخ 2002/12/25، المجلة القضائية، العدد 1، 2004، ص 289.

⁵ المحكمة العليا، غرف الأحوال الشخصية، ملف رقم 76343، قرار صادر بتاريخ 1990/07/16، المجلة القضائية، العدد 3، 1991، ص 75.

ميراث ولد اللعان:

للفقهاء في هذا رأيان:

يرى الحنفية¹ والشافعية² والمالكية³ أن ولد اللعان ولد الزنا يرث كلا منهما أمه وإخوته من أمه بالرفض لا غير، وكذلك ترثه أمه وإخوته من أمه فرضا لا غير، أما الباقي فيرد عند القائلين بالرد وهم الحنفية، أو يكون ببيت مال المسلمين حسب المذهب الشافعي والمالكي.

أما الرأي الثاني فهو للحنابلة وفيه روايتان عن أحمد بن حنبل: أحدهما أن عصبته عصبه أمه والثانية أن أمه عصبته فإن لم تكن فعصبتها عصبته، وفي الرواية الأولى تأخذ الأم فرضها والباقي لعصبتها، أما الرواية الثانية تكون الأم هي العاصبة فإن كانت موجودة تأخذ كل التركة وإن لم توجد عصبته عصبه أمه⁴. ومثال ذلك: مات عن أمه وأبيها وأخيها.

فعند الحنفية المال كله للأم فرضا ورضا، ولا شيء لأبيها وأخيها لأنهما من ذوي الأرحام. وعند المالكية والشافعية للأم الثلث والباقي لبيت المال⁵.

وعند الحنابلة: للأم الثلث والباقي لأبيها على الرواية الأولى، أو كله للأم على الرواية الثانية⁶.

أما عن رأي المشرع الجزائري بخصوص مسألة توريث ولد اللعان فقد نص في المادة 138 منه: "بضع من الإرث اللعان والردة" فهو حسب هذه المادة جعل اللعان مانع من موانع الميراث.

¹ أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، الجزء 4، الطبعة 2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1996، ص 479.

² أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن القراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 5، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص 49.

³ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، الواضح الدرر في هتك أستار المختصر، الجزء 14، الطبعة 1، دار الرضوان، موريتانيا، 2015، ص 687.

⁴ نجم الهدى أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسين الكلوزاتي، التهذيب في علم الفرائض والوصايا، الطبعة 1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1995، ص 218-219.

⁵ محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 156.

⁶ مرجع نفسه، ص 156.

المطلب الثاني: إشكالية التعارض بين البصمة الوراثية واللعان وأثرها في الميراث

كثرت المنازعات حول اعتماد البصمة الوراثية كقرينة قاطعة لإثبات النسب أو نفيه، حيث انقسم الباحثون المعاصرون حول حكم هذه المسألة إلى فريقين؛ فريق يرى أن النسب لا يثبت بالبصمة بعد نفيه باللعان، وفريق يرى بثبوته، وهذا ما سنبينه في هذا المطلب.

الفرع الأول: النسب لا يثبت بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان

يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان ويرون أن البصمة الوراثية لا تعتبر مساوية لللعان، ولا يجوز تقديمها عليه في نفي النسب، لأن حديث: "الولد للفرش" دليل مجمع عليه، فلا تقوى نتائج البصمة الوراثية على معارضته، ويضيفون أن القول بجواز إحلال البصمة الوراثية محل اللعان قول باطل ومردود لمخالفته للنصوص الشرعية الثابتة، وكانت مبررات هذا الفريق أنه:

- تأخذ البصمة الوراثية حكم القيافية ومع ذلك لم يثبت بها النبي عليه الصلاة والسلام النسب مع اللعان.
- النفي باللعان نص والحاقه بالبصمة استدلال، والاستدلال لا يستعمل مع وجود النص، ويستعمل إذا انفرد، فالبصمة لا تزال في طور التجربة والاختبار وأن معظم الدول الأوروبية لم تتفق بالإجماع على استعمالها¹.

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان

يميل هذا الفريق إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتماء بها من دون إجراء اللعان لأن نتائجها يقينية إذا ثبت أن الولد ليس من الزوج فينفي الزوج ذلك بالبصمة الوراثية دون اللجوء إلى اللعان²، لأن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة، وذلك لأنه إذا اثبت يقينا بالبصمة الوراثية بأن الحمل ليس من الزوج فلا حاجة لإجراء اللعان³.

ومن مبررات هذا الرأي هو أن اللعان قائم على الشهادات والإيمان والحجج الشرعية تثبت العدول والأفكار ممن عقدها، فكيف بعدما يتم ذلك اللعان، يقال بإثبات نسبه بالبصمة أعمالا بالقاعدة (لا ينسب إلى ساكت

¹ عبد الرحمان بوحسون، تقديم البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه على اللعان بين الخطر والجواز، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، مجلة روافد للدراسات والأبحاث العلمية في العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 4، الجزائر، 2020، ص 273.

² الصالح بوغرارة، البصمة الوراثية آلية قانونية للحد من نفي النسب باللعان، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 5، جامعة ابن خلدون، الجزائر، 2020، ص 229.

³ بن قويلة سامية، أثر البصمة الوراثية في اللعان دراسة فقهية قانونية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1، جامعة الجزائر 1، 2019، ص 214.

قول) ودليلهم قوله عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش" والمراد من ذلك أنه لو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد طفل شبيها بالزوج صاحب الفراش فإنه ينسب له ولا ينفي عنه لأن النص جاء بنسبته إليه.¹ أما عن موقف المشرع الجزائري من نفي النسب بالبصمة الوراثية فنلاحظ أنه قبل تعديل 2005 لم ينص على البصمة الوراثية واكتفى بما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي من أدلة لإثبات النسب، حيث نصت المادة 40 منه على أنه "يثبت النسب بالزواج الصحيح بالإقرار وبالنية وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و34 من هذا القانون".² إلا أنه بصدور الأمر 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 أضيفت الفقرة الثانية للمادة 40 والتي نصت على أنه "يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"³، لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قصرها على إثبات النسب فقط، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 40 فإنه لا يمكن تطبيقها على المسائل المتعلقة بنفي النسب مما يستوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في مسائل نفي النسب تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

غير أنه إن كان المشرع الجزائري لم يتعرض لمسألة نفي النسب - صراحة - بالبصمة الوراثية أو الطرق العلمية فإن نص المادة 41 من قانون الأسرة جاء مبينا كيفية إثبات النسب "الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"⁴، فالمشرع هنا لم يحدد الطرق الشرعية على سبيل الحصر، وإنما ترك المجال مفتوحا لكل طريق يؤدي إلى نفيه سواء مما هو مذكور في النصوص الشرعية والقانونية أو غيرها كما أن اللعان هو طريق شرعي في نفي النسب ومع ذلك كان غائبا عن نصوص قانون الأسرة، غير أنه تم اعتماده من طرف القضاء إعمالا بنص المادة 222 من ق أ.⁵

أما فيما يخص مسألة تصادم إجراء اللعان مع تقنية البصمة الوراثية فهذا غير صحيح بدليل أنه في حالة اللجوء إلى إجراء دعوى اللعان لنفي النسب حسب المادة 41 من قانون الأسرة تكون بغية التفريق بين الزوجين ووفقا للنصوص الشرعية والقانونية، بينما المشكل هو مصير الأطفال الذين يمكن أن يكون نسبهم لصلبهم مؤكدا، فهنا يكمن الدور الفعال للبصمة الوراثية التي يكفيها تبيان نسب الطفل دون المساس بالأثار

¹ عبد الرحمان بوحسون، مرجع سابق، ص276.

² القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

³ أنظر المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائرية.

⁴ القانون رقم 84 - 11، مرجع سابق.

⁵ مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، العدد2، جامعة البليدة2، 2020، ص34.

الشرعية لدعوى اللعان، لذلك يمكن للقاضي أن يطبق أحكام اللعان وفق لنص المادة 41 من قانون الأسرة للتفريق بين الزوجين دون نفي نسب الولد إلا بعد إجراء فحص البصمة الوراثية.¹

أما عن موقف المحكمة العليا بخصوص مسألة حجية، الطرق العلمية في نفي النسب نجد القرار رقم 605592 المؤرخ في 2009/10/15 والذي جاء فيه "يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب" حيث أن قضاة المحكمة نقضوا القرار المطعون فيه بوجه تلقائي لما تبين لهم من ملف القضية أنه سبق وأن كان بين الطرفين دعوى ملاعنة واتباع الطريق الشرعي يحول دون اللجوء إلى الخبرة العلمية في قضايا النسب.²

ويتضح من هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا أخذوا بالرأي القائل بعدم جواز تقديم الطرق العلمية على اللعان.

كما جاء في قرار آخر سنة 2012: "المبدأ أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان المقصود في المادة 41 من قانون الأسرة، لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، بطلب من الزوج" لما ثبت - من قضية الحال - أن الطاعن أصر على طلب إجراء تحاليل الحمض النووي لنفي النسب الثابت أمام المحكمة والمجلس الذي قبل بالرفض على أساس أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان فقط، حسب ما جاء في المادة 41 من قانون الأسرة³.

نخلص من خلال قرارات المحكمة العليا أن طريق المشرع الذي قصده المادة 41 من قانون الأسرة هي دعوى اللعان ولا يجوز الاستعانة بتقنية البصمة الوراثية في نفي النسب. أما الحديث عن أثر البصمة الوراثية في نفي آثار النسب بعد اللعان بين الولد والملاعن، فقد رتب الفقهاء آثار تتمثل في منع التوارث بينهما وعدم وجوب النفقة بينهما.

ولم نجد ذكر لهذه الآثار في نصوص التشريع الجزائري ولا عند فقهاء القانون، واكتفوا بكون اللعان يقضي بقطع النسب بين الولد والملاعن.⁴

¹ بلعرج محمد أمين، نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية على ضوء المادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 2، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019، ص 113.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 605592، قرار صادر بتاريخ 15-10-2009، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2010، ص 245.

³ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم 828820، قرار صادر بتاريخ 13-12-2012، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2014، ص 323.

⁴ عبد اللطيف بعجي، عبد القادر بن حرز الله، نفي النسب، وأثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 2، جامعة غرداية، 2017، ص 429.

غير أنه إذا تم النظر إلى نتائج تحليل البصمة الوراثية فإننا نجد أنها تتسم بالدقة الكبيرة، ولذلك فإذا سار القاضي إلى أخذ البصمة الوراثية قبل اللعان فيجربى اللعان وهو متأكد يقينا أن الولد ليس من صلب الزوج فالاحتمال الوارد هنا ببنة الولد من الملاعن، ولا أبوة الملاعن للولد.

ومن هنا يظهر الإشكال التالي: هل يمكن للقاضي أن يلغي كل آثار النسب بين الملاعن والولد بعد الاستعانة بنتائج البصمة الوراثية بعد استكمال إجراءات اللعان؟
يمكن القول بخصوص هذه المسألة أن:

1 - مزية البصمة الوراثية أنها قطعت الشك باليقين، فلم يعد هناك احتمال يعلل به بقاء آثار النسب بين الملاعن والولد.

2 - ما قرره العلماء من أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وبناءا عليه فإذا انتفى الاحتمال الوارد انتفى حكم تلك الآثار المتبقية.

3 - بقاء تلك الآثار فيه إرهاب لكاهل الولد وتضييق عليه وإلحاق الضرر به.

مما تقدم يمكن استنتاج أنه يمكن للقاضي أن يلغي كل آثار نفي النسب بعد إجراء اللعان إذا اعتمد على البصمة الوراثية قبلها.¹

¹ مرجع نفسه، ص 432، 433.

المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث مريض مرض الموت

إن مرض الموت من المسائل التي أولاها الفقه الإسلامي والقانون عناية بالغة في تأصيلها ووضع القواعد التي تعنى بها، وهذا نظرا لتعلقه بقدرة الشخص على التصرف في أمواله. فمرض الموت هو من الحالات التي تطرأ على الفرد تجعل تصرفه محلا للشك من حيث غايته والمقصود منه، وعليه نقوم بعرض مفهوم هذا المرض في المطلب الأول وأثر تطوراته الطبية والبيولوجية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم مرض الموت

إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لمرض الموت بل اقتصر على بيان أحكام البيع في مرض الموت وهذا ما جاء في القانون المدني المادة 776 ونفس الشيء فعله في قانون الأسرة حيث ذكر الهبة في مرض الموت دون تعريف هذا المرض، وبذلك وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة الأولى فقرة 2 من ق م وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية¹، وهذا ما نوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف مرض الموت

وقبل التطرق إلى التعريف الاصطلاحي والفقهني ينبغي لنا تحديد المعنى اللغوي لكل من المرض والموت بصورة مستقلة لأنه لفظ مركب.

المرض: لغة:

للمرض معاني كثيرة منها السقم أي نقيض الصحة، والظلمة أي ظلام الطبيعة، واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، كذلك الشك والنفاق²، وضعف اليقين كما في قوله تعالى: ﴿ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا ﴾ (سُورَةُ الْبَقَرَةِ: 10)، وهو كذلك كل ما خرج بالكائن عن حد الصحة والاعتدال.

الموت: لغة:

والموت هو ضد الحياة بما يدل على ذهاب القوة من الشيء، ويطلق الموت على السكون، فكل ما سكن قد مات، يقال ماتت النار موتا إذا برد رمادها فلم يبق من الجمر شيء، وعرفه الجرجاني بقوله: صفة وجودية خلقت ضد الحياة، ويقول ابن فارس: الميم والتاء أصل صحيح، يدل على ذهاب القوة من الشيء

¹ نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 05.

² ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة طينة للدراسات العلمية الأكاديمية، المركز الجامعي، بريكة، د.س، ص 66.

منه الموت وهذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم "من أكل هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مسجدنا"، فإن كنتم لا بد أكلها أميتها طبخا"¹.

ويقال: مات فلان ميتة حسنة، وفي حديث الفتن: فقد مات ميتة جاهلية، والموت بالضم، الموت والموت بالفتح، مالا روح فيه².

المرض: اصطلاحًا: هو عبارة عن سبب غامض فادح مع أن الظاهر السلامة منه.

الموت: اصطلاحًا: فقد الحياة وآثارها من الشعور والارادة عما من شأنه ان يتصف بها³.

وقد اختلفت المذاهب في تعريف مرض الموت على النحو التالي:

- **تعريف الحنفية** بأنه: المرض الغالب منه الموت الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن.

حيث جاء في المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية على أن: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة، وهو في حالة واحدة كان في حكم الصحيح: وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشنته مرضه ويتغير حاله، ولو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة بعد حاله من وقت التغير إلى مرض الموت"⁴.

- **تعريف الشافعية:** "هو المرض الذي يخاف منه الموت لا نادراً وان لم يكن غالباً وقيل هو كل ما اتصل به الموت⁵، أو أنه كل مرض يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح وقد اشترط الشافعية في مرض الموت أن يكون مخوفاً، وقال الإمام الشافعي: كل مرض الاغلب منه الموت مخوف".

¹ سارة محمد زايد، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة شارقة، 2019-2020، ص 05.

² محمد أحمد حلمي، الموت الشرعي والطبي والأحكام الفقهية المترتبة عليها، المجلد 1، العدد واحد وثلاثون، الإسكندرية، دون سنة، ص 557-558.

³ محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ج17، 2003، ص313.

⁴ حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 97، 98.

⁵ مرجع نفسه، ص 97، 98.

- **تعريف المالكية:** يرى المالكية أن مرض الموت هو: كل مرض يؤكد فيه الأطباء بأنه يكثر الموت من مثله كالسل، وحمى الرق، وقذف الدم ويراد بكثرة الموت أن يكون شائعا لا يتعجب منه¹.
- **تعريف الحنابلة:** المرض الذي يكثر حصول الموت منه وهو تعريف قريب لتعريف المالكية، فقد اعتبر الحنابلة مرض الموت كل مرض اتصل بالموت وكان مخوفا، وقد عرفه الزيدية بأنه: المرض المخوف المتصل بالموت والذي مات المريض بسببه².
- وعليه فالتعريف الراجح هو: أن المرض الذي يجب اعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان اولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، ويرجع هذا إلى الاطباء في طبيعة الأمراض، وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب خارجي كالقتل أو غرق أو حريق أو تصادم³.
- أما الحالات التي يعتبر فيها الشخص بحكم المريض مرض الموت فهم الأصحاء الذين حلت بهم أزمة نفسية يعتبرون في حكم مريض مرض الموت لاعتقادهم بقرب أجلهم مثل المحكوم بالإعدام وينتظر التنفيذ أو من كان على سفينة على وشك أن تغرق.
- وأصحاب الامراض المزمنة أو المعقدة كالمشلول أو المفلوج ... الخ، وقد ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية عدة أحوال تقوم مقام المرض:

- إذا التحمت الحرب واختلطت طائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة.
- إذا قدم ليقتل فهي حالة خوف، سواء أريد قتله لقصاص أو لغيره.
- إذا ركب البحر وكان هائبا.
- الأسير المحبوس إذا كان من عادته القتل⁴.

الفرع الثاني: شروط مرض الموت

هناك أربعة شروط يجب توفرها لكي يكون المريض مرض الموت وهي:

1. ان يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه:

- ويقصد هنا بالمصالح هي العادات التي اعتاد أن يقوم بها وهي في صحته فمنها أعمال مهنية والتسوق... الخ.

¹ حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 98.

² مرجع نفسه، ص 99-100.

³ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 9.

⁴ مرجع نفسه، ص 9.

وقد يعجز الإنسان عن قضاء حوائجه دون مرض فهنا يعتبر مرض الموت مثلا حالة الشيخوخة، وقد قضت محكمة الاستئناف بأن: مرض الموت هو المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته وينتهي بالموت بحيث يشعر صاحبه بقرب¹ وانتهاء أجله، وليست الشيخوخة من أمراض الموت²، أو يكون الإنسان عاجزا عن أداء مهنة بسبب مرض، إلا إذا كان محترف لحرفة شاقة لا يستطيع ممارستها إلا وهو في حالة جيدة وفي كامل عافيته، فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس فلا يكون في هذه الحالة مريضا مرض الموت³.

2. أن يكون المرض مخوف (غلبة الهلاك):

في هذه الحالة يجب أن يغلبه الشك والظن ويزرع فيه الخوف من الموت لا محال كأن يكون مريضا بمرض خطير وهذا المرض ينتهي بالوفاة عادة أو يكون المرض بدأ بسيط ثم تطور إلى مرحلة الخطورة بات يخشى على صاحبه الهلاك، فعدم ممارسة المريض لحوائجه وعدم قضائها ليس شرطا أساسيا من شروط مرض الموت لأنه هناك حالات يتولد فيها الشعور لدى المريض بخوف الموت وتنتهي بالموت فعلا وهناك حالات لا تظهر إلا بعد وفاته ففي هذه الحالة تعتبر تصرفات المريض تصرفات صحيحة⁴.

وإن عدم شعور مريض مرض الموت وعدم علمه بأنه مريض بمرض خبيث يؤدي إلى وفاته وليس لديه شعور بالخوف من الموت ينفي توفر شروط مرض الموت وقد قضت محكمة النقض المصرية "حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد التغي في اعتبار أن الموروث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأن قعد عن مزاوله أعماله خارج المنزل في شهور السنة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذي إنتاب المورث وتحقيق غلبة الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكيفه للمرض بأنه مرض الموت⁵.

¹ محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2006، ص 33، 34.

² مرجع نفسه، ص 34.

³ حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 106.

⁴ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 14، 15.

⁵ مرجع نفسه، ص 15.

3. انتهاء المرض بالموت فعلا:

وهنا إذا لم ينته المرض بالموت فعلا، يبقى تصرف المريض، تصرف الشخص العادي الذي في كامل صحته وفي حالة جيدة، حتى لو أقعده المرض عن قضاء مصالحه وغلبت فيه خشية الموت، ولا يجوز للوارث الطعن والاعتراض على تصرف المريض ما دام حيا¹، فإذا انتهى المرض بالموت تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس وإذا شفى المريض تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفاته بالغلط في الباعث وهو أحد عيوب المرض، وهنا يتبين بأنه كان معتقدا أنه كان مريض مرض الموت، ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب².

4. أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض:

اشتراط الفقهاء الحنفية أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض لأن الإنسان لا يخلو في أكثر أوقاته من المرض، وإذا تطاول المرض ومرت عليه سنة ولم يحصل فيه ازدياد صار المرض قديما، فصاحبه صحيح.

وهذا فيما إذا بقي المريض على حالة واحدة، أما إذا زاد مرضه يوما فيوما وتغير حاله³، فيكون مريضا مرض الموت وحسب السنة من وقت ازدياد المرض وتغير الحال وقد فرق الفقهاء بين الأمراض المزمنة والأمراض الغير المزمنة التي لا تستمر طويلا كالطاعون والكوليرا وكورونا فإن صاحبها إذا لم يشفى يموت، فإذا تصرف المريض بها وشفي سرت عليه أحكام الأصحاء، أما إن نتج عن المرض الموت سرت عليه أحكام المرض⁴.

أما الفقه المالكي فلم يحدد المدة بدقة بل ذكر الأشهر اليسيرة، فإن تجاوزت هذه الأشهر عدا متطاولا لم يعتبر مرض الموت، وأما الفقه الشافعي فقد ورد في كتاب الحاوي أن المرض إذا امتد مع صاحبه مدة شهر لم يعد مرضًا مخوفاً.

1 محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 34.

2 نبيل صقر، مرجع سابق، 15.

3 حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 118، 119.

4 مرجع نفسه، ص 120.

ولعل المذهب الحنفي هو أعدل الآراء إذ المدة في المذهب المالكي مبهمة هل هي إثتان أو ثلاثة أو أكثر، والفقهاء الشافعي مدته قليلة، وقد مال الاجتهاد القضائي إلى الراي الحنفي، وهذا يظهر في حيثيات القرار رقم 256569 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا¹.

إذن هذه هي الشروط الواجب توفرها في مرض الموت، فإن توافرت هذه الشروط والصفات في هذا الشخص كان في مرض الموت واعتبر في نظر الشريعة والقانون مريضا.

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت في ظل التطورات الطبية والبيولوجية

يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية وشراح القانون أن مرض الموت إذا تحققت شروطه وأوصافه، أنه واقعة مادية، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها البنية والقرائن كما يجوز إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية التي تدل على حالة المريض في أيامه الأخيرة². وهذا ما تطرقنا إليه في:

الفرع الأول: أدلة إثبات مرض الموت

إن مرض الموت بالشروط والضوابط السابقة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع أدلة الإثبات، ومن أهم هذه الأدلة الطرق التي من شأنها أن تدل على وجود مرض الموت ما يلي:

أولاً: إثبات مرض الموت عن طريق الشهادة الطبية:

بما أن مرض الموت هو اضطراب في الحالة الصحية للإنسان يجعله يحس بقرب أجله وهذا يجعله يتصرف في ماله وفقاً لذلك، ففي هذه الحالة يجوز للورثة ولكل من له مصلحة إثبات ذلك عن طريق تقرير طبي من أهل الاختصاص، فلذلك تعتبر الشهادة الطبية دليل قاطع، وقوي لإثبات حالة المريض وبشكل واضح، على أنه في حالة مرض الموت في آخر أيامه كما يستطيع القاضي عن طريق انتداب أهل الخبرة المختصين التأكد عن حالة المريض من تلقاء نفسه أو بناء على من له مصلحة من أجل التأكد من إدعاءات الورثة³.

لقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها على أنه: مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي اجريت في الدعوى ومن الشهادات الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض

1 مطالبى بلقاسم، زواج مريض مرض الموت وارثه، مقارنة نقدية لقرار المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 28، بسكرة، الجزائر، 2021، ص 490.

2 حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 147.

3 دريسي نور الهدى، وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ص 466.

الموت أنه كان مريضاً بمرض السل الرئوي، وأن هذا المرض اشتد عليه وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من صادر له العقد، فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها¹.

وبناءً على ذلك فالخبرة الطبية يقصد بها الحصول على المعلومات الفنية والعلمية التي قد تعرض على القاضي، ولا يستطيع العلم بها بل إنها كما جاء في قرار المحكمة النقض المصرية لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها بل يجب الرجوع فيها إلى رأي أهل الخبرة، فالقاضي غير مجبر على الرجوع إلى أهل الخبرة إلا في حالة الخروج عن اختصاصه، فيلجأ إلى أهل الخبرة للاستشارة برأيهم، فنظراً للتطورات الطبية ولتقدم العلوم في مختلف مجالاته العلمية إذا حصل شك أو اختلاف في طبيعة المرض فيما إذا كان مخوفاً أم لا فالمرجع الأساسي لمعرفة ذلك هم الأطباء فإنهم ذو خبرة في مجال الأمراض. وجاء في قول أحد الفقهاء: "وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين يقينين بالغين لأن ذلك تعلق به حق الوارث وأهل الوصايا فلم يقبل منه ذلك².

ولقد اختلفوا في أمرين:

1- شرط الذكورة، أن يكون الطبيب ذكراً والاستثناء يقول النسوة في حالة كان المرض مما يختص به النساء.

2- صفات الطبيب: أن يكون مسلماً، مختصاً، عادلاً، ذا خبرة.

ثانياً: إثبات مرض الموت عن طريق شهادة الشهود والقرائن:

شهادة شهود تمكن إثبات حالة مريض مرض الموت عن طريق شهادة الشهود كأن يشهد الورثة على أن مورثهم كان في مرض الموت ويقتضي أن حالة المريض في أيامه الأخيرة وهذا ما أكدته الفقرة 2 من المادة 776 ف. م وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن المتصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ويجوز لهم الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض والاستناد إلى الشهادات المقدمة منهم، كما يمكن للقاضي أن يعتمد على القرائن المتاحة أمامه من خلال وقائع القضية، فإن تحققت شروط مرض الموت كعجز الشخص عن قضاء مصالحه وغلبة الخوف

¹ حسين محمود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 147.

² حبيب إدريس عيسى عباس زيون العبودي، إثبات تصرفات مريض مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 59، سنة 2018، ص 282، 283.

من المرض وأن ينتهي المرض بالموت فعلا، فهذه القرائن قوية على تحقق مرض الموت وخاصة إذا دعت بخبرة طبية تؤكد ذلك¹.

والتي يقصد بهذه القرائن استنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم، وبعبارة أخرى تعد القرينة دليلا استنتاجيا والقرائن 3 أنواع: قرائن قانونية: وهي ينص عليها القانون، وقرائن قضائية: يستنبطها القاضي من الدعوى المرفوعة أمامه، القرائن الطبيعية: ومثال أن يثبت وفاة شخص في تاريخ معين².

ثالثا: الإحصاءات العلمية:

وتعتبر من الأدلة العلمية لمعرفة حقيقة مرض الموت من عدمه، فإذا تم تشخيص المرض من الأطباء فيمكن الرجوع إلى الإحصاءات المتوافرة في الجهات الصحية المختصة فإن كانت البيانات تشير إلى أنه لا يغلب فيه الموت، فلا يعد عندئذ مرض، وإن كانت تشير إلى أنه مرض يغلب فيه الموت، فيعد آنذاك مرض الموت متحقق فيه.

وبناء على ما تقدم أفاد تقرير لوزارة الصحة الفرنسية صدر في أوائل شباط العام 1999 أن السرطان وأمراض القلب تأتي في مقدمة أسباب الوفاة بين مجمل سكان فرنسا.

فمرض الايدز في مركز ضبط الأمراض في أمريكا نسبة الوفيات بسببه كبيرة جدا بين دول العالم فهي تتراوح بين 20% إلى 70% وعليه فإن مرض الايدز يعد مرض الموت إذا وصل إلى درجة يغلب فيه الموت وأدى بحياة المصاب إلى الوفاة أيا كان سببه³.

الفرع الثاني: قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث

يقع على الوارث الذي يطعن في قرار مورثه إثبات مرض الموت، ومن المستقر عليه قانونا أن الوارث خلف عام لمورثه فإنه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه والمتصرف إليه، فإذا كان المتصرف مكتوب وجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة.

عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ونص القانون الأردني بأنه: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم، وهو في مرض الموت، ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتا رسميا⁴.

¹ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 16، 17، 18.

² حبيب إدريس عيسى عباس زيون العبودي، مرجع سابق، ص 287.

³ حبيب إدريس عيسى عباس زيون العبودي، مرجع سابق، ص 288.

⁴ مرجع نفسه، ص 288.

بحيث تبقى حرية الإثبات لصالح الورثة قائمة فلم أن يثبتوا تصرف مورثهم أنه في خلال مرض الموت بأنه طريقة قانونية، حيث جاء عن الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت، يقع عبء إثبات المرض، وكما كانوا يعتبرون خلف لمورثهم، وليسوا غير من حيث ثبوت التاريخ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما حجة على مورثهم، فإذا جاء التصرف مؤرخا عرفيا في وقت ثبت أن مورثهم لم يكن فيه مريضا، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم.

وإذا عجز الورثة عن إثبات أن تصرف المريض مرض الموت، فإنهم يفقدون حقوقهم ولكن إذا حصل اختلاف بين الورثة والمتصرف، في تصرف المريض مرض الموت من عدمه¹، فالأمر هنا لا يخلو في إحدى المسائل التالية:

خلو دعوى كل منهما عن البنية وهو أن:

1- القول قول مدعي صدورها في المرض لأن حال المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتبقى حال الصحة بحمل على الأدنى هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي صدور التصرف في المرض.

2- القول قول من يدعي صدور تصرف المورث في حال الصحة².

اقتران دعوى كل منهما بالبنية:

والأصل في مجال تصرفات الإنسان أنها تصدر في حال الصحة، وهذا أخذ به المشرع المصري عندما نص بأنه على الورثة إثبات أن تصرف مورثهم صدر في مرض الموت، وبمفهوم المخالفة، أنه أخذ بقول المتصرف له بصدور التصرف في حال الصحة، فإذا ادعوا بأنه في حال المرض وقع عليهم عبء الإثبات³.

اقتران دعوى أحدهما بالبنية دون الآخر:

إذا استطاع الورثة تقديم إثبات على أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت وعجز المتصرف عن إثبات عكس ذلك فإن المحكمة ستأخذ لمصلحتهم أي التقديم المدعي صاحب البينة على القول الآخر، الذي خلت دعواه عن النية والإثبات، سواء صدر التصرف في الصحة أو في المرض⁴.

¹ محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص 40.

² حسن محود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 149، 150.

³ مرجع نفسه، ص 288.

⁴ حبيب إدريس عيسى وعباس زبون لعبيدي، مرجع سابق، ص 295.

حسم المشرع الجزائري موقفه اتجاه تصرفات مريض مرض الموت في المادة 776 بقوله: كل تصرف قانوني يصدر من الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف¹.

إن لإثبات مرض الموت أهمية بالغة فهو يحفظ حقوق الورثة والدائنين من تصرفات مورثهم المريض بمرض الموت، وهناك طرق معينة في الإثبات كالكتابة والشهادة ولكن مع التطور وتقدم العلمي كشف لنا عن أدلة جديدة تصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية والوقائع المادية، ومما لا شك فيه أن عدم تنظيم مثل هذه التصرفات والوقائع يعد من أهم المشاكل التي تواجه القضاة خاصة في المنازعات بين الأفراد حول الميراث والتركات².

الفرع الثالث: أحكام تصرفات مريض مرض الموت

اختلف الفقهاء في توريث المتزوجين في مرض الموت إلى قولين:

الأول: ذهب إليه فقهاء الشافعية والظاهرية على أن عقد زواج مريض مرض الموت صحيح بحيث يستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا قَدْ بَلَغَ وَأُولَئِكَ وَرَبِّعٌ ﴿سُورَةُ النِّسَاءِ: 03﴾. قال معاذ في مرضه الذي مات فيه ﴿زوجوني إني أكره أن ألقى الله أعزب³﴾. والقول الثاني ذهب المالكية إلى عدم صحة الزواج مريض مرض الموت وإن أذن له ذلك وقد استدلوا على ذلك في:

جاء في كتاب الكافي في الفقه والمدينة لا يجوز نكاح المريض ولا المريضة إن تزوجا أو تزوج أحدهما ومن فعل ذلك مريضاً فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، ولا يرث الصحيح منهما المريض إن مات من مرضه ذلك دخلاً أو لم يدخل فإن فسخ نكاحهما قبل بناء فلا صداق للمرضى ولا ميراث، فإن بني بها وهي مريضة ثم ماتت فلها الصداق المسمى عندما ماتت، وعند ابن القاسم لها مهر مثلها ولا ميراث... وإن صح قبل الفسخ ثبت النكاح دخلاً أو لم يدخل وهو المشهور في المذهب⁴. والراجح من القولين أن مريض مرض الموت يصح له الزواج لأنه بحاجة إلى من يعاينه على قضاء حاجياته من رعاية وعلاج لكن بشرط أن لا يكون له نية خبيثة في إدخال وارث للورثة أما إذا كان غير محتاج إلى

¹ حسن محود عبد الدايم عبد الصمد، مرجع سابق، ص 152.

² ادريس نور الهدى، مرجع سابق، ص 467.

³ يوسف بن شيخ، مرجع سابق، ص 271.

⁴ مطالبى بلقاسم، مرجع سابق، ص 492.

الزواج وله نية في إدخال وارث تجوز للورثة أن يثبتوا أن هذا التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت.

أما بالنظر إلى القانون الجزائري فإنه لم ينظم مسألة الزواج في مرض الموت بل ما ذكره يتعلق بالمعاملات المالية فقط لكن القضاء قد تعرض لهذه المسألة من خلال قرار المحكمة العليا 251656 صدر بتاريخ 2001/05/23 في أن النكاح في مرض الموت سواء كان للزوج أو الزوجة لا يرث له¹.
وأما في توريث المطلقة:

وهنا يجدر بنا التمييز بين الطلاق البائن والطلاق الرجعي.

فالطلاق الرجعي فالمعتدة فيه ترث زوجها وهو يرثها، لأن الزوجية قائمة ما لم تنتهي العدة وهذا ما نصت عليه 132 ق. أ. ج، إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث، أما المعتدة في الطلاق البائن فإنها لا ترث إلا إذا طلقها زوجها وهو في مرض الموت باعتبار ان المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق²، عدا إن كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث.

وعليه فإنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود.

أما الخلع فلم يشر إليه ولو إشارة ضمنية وعليه يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة 222 ق. أ. ج التي تحيلنا إلى الشريعة فيما لم يرد نص في القانون³.

وهذا ما نص عليه القرار رقم 179696 المؤرخ في 17/03/1998 قضية ح.م ضد س.ب طلاق في مرض الموت - جواز ذلك ماعدا حالة الحرمان من الميراث- لا تلازم بين العدة والحق في الميراث (الشريعة)

¹ يوسف بن الشيخ، مرجع سابق، ص 273.

² مرجع نفسه، ص 275.

³ أطاح سلمى، أو شن كهينة، مرض الموت وأثاره على مسائل الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2016، ص 140.

إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بقضاء الطاعة طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن¹.

كما نص القرار رقم 101444 المؤرخ في 1993/12/21 قضية ح.ذ ضد ل.أ وفاة أحد الزوجين قبل الحكم بالطلاق - الآثار المترتبة عن الوفاة - حق الزوجة في الميراث ثابت ولو كان الطلاق صحيح "المادة 132 من قانون الأسرة" (الشريعة الإسلامية).

من المقرر قانوناً عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أن يستحق الحي منهما الإرث، وللزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها.

ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعتد لأبعد الأجلين، وتستحق منابها في الميراث وتعتبر وكأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحاً.

أما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقاً بائناً ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث، فإنها تعتد بأطور الأجلين الطلاق والوفاة.

وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض².

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179696، قرار صادر بتاريخ 17-03-1998، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 98.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 10144، قرار صادر بتاريخ 21-12-1993، المجلة القضائية، العدد 96/02، 1998، ص 73.

الخصائفة

الخاتمة

الخاتمة:

وفي الختام وبعد دراستنا لموضوع أثر التطورات الطبية والبيولوجية في نظام الاثبات في دعاوى الميراث تبين لنا أن البحث في هذا الفرع من علم الميراث له درجة كبيرة وبالغة الأهمية. ومنه فقد توصلنا من خلال هذا البحث الى مجموعة من النتائج والاقتراحات التي استخلصناها من مجموع الفصول والمباحث التي تناولناها، ويمكن تلخيص أهم هذه النتائج والمقترحات في:

أولا النتائج:

- أقر الفقهاء والقانونيون بالاتفاق مع الحقائق الطبية على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر أي 180 يوما وهو موقف المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة والذي أكدته المحكمة العليا، وأن أقصى مدة حمل عشرة أشهر، وهو موافق لما توصل اليه الطب الحديث.
- إن الاستعانة بالأجهزة الطبية الحديثة (كالسونار مثلا) أمر مهم لتحديد جنس وعدد الحمل وهذا له أثر كبير على قسمة التركة وتحديد أنصبة الورثة قبل وضع الحمل.
- اتفق الفقهاء حول تحديد جنس الخنثى قبل البلوغ من حيث المبال، فان كان يبول من ذكره فهو ذكر وإن كان يبول من فرجه فهو أنثى وإن كان يبول منهما في وقت واحد فالأسبقية للعضو الذي خرج منه البول أولا، ولكن اختلفوا فيما إذا كان يبول منهما معا وتساويا في السبق على كثرة البول.
- الراجح في تحديد جنس الخنثى هو الطب الحديث فالطب ينظر الى معايير طبية بيولوجية إما على مستوى الصبغيات أو على مستوى الغدد التتاسلية أو فحص الأعضاء الظاهرة والباطنة.
- يمكن الاعتماد على الخبرة الطبية في إثبات جنس الخنثى المشكل في إثبات جنسه في دعاوى الميراث.
- يعتبر اللعان من طرق نفي النسب، وولد اللعان لا توارث بينه وبين أبيه الملاحن وقرابة أبيه بالإجماع، وإنما يرث من جهة الأم فقط، فبالإجماع يرث ولد اللعان عند الأئمة الأربعة من أمه وقرابتها.
- رغم ما توصل إليه الطب الحديث من إمكانية إثبات نسب ولد اللعان عن طريق فحص البصمة الوراثية إلا أن المشرع لا يزال يعامل هذه الوسائل، كأدوات لنفي النسب دون إثباته.
- إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت وتوفي خلال ذلك المرض بعد طلاقها يعتبر بهذا التصرف سيء النية لأنه قصد حرمان زوجته من الإرث، فبهذا التصرف ضرر للزوجة، فيجوز لها بالمقابل رفع دعوى قضائية ضده تستعين فيها بالتقارير الطبية والأطباء الأخصائيين الذين كان يعالج عندهم وتثبت أن زوجها في مرض الموت.

الختاتمة

• مرض الموت واقعة مادية يجوز لكل ذي مصلحة إثباتها بالطرق القانونية، ولعل الراجع في إثباته هو شهادة طبية من الطبيب المختص.

ثانياً: الاقتراحات:

• يجب على المشرع التدخل بإضافة نصوص قانونية يوضح موقفه من الحالات المذكورة والتي تتمحور حول الوجود والعدم والذكورة والأنوثة والخنثى المشكل وغير المشكل وبالرغم من التعديل 2005.

• إلا أنه لم يتطرق إلى بعض الحالات ولم يحدد للقاضي أي مذهب يلجأ وهذا يؤدي إلى عدم توحيد الأحكام القضائية.

• يجب على القضاة قبل الحكم في الوقائع المتنازع فيها أن يستعينوا بالأطباء والخبراء الطبيين لمعرفة الحقيقة كمعرفة مدة الحمل مثلاً.

• ضرورة تقديم نتائج الفحص الطبي للبصمة الوراثية في إثبات النسب على اللعان، متى أحيطت هذه الفحوصات بظروف تضمن الثقة في نتائجها.

ومن هذا المنبر يسعنا القول بأنها كانت رحلة بحث شاقة ومتعبة وتحملنا الكثير من الصعوبات في سبيل التوصل الى بعض النتائج والاقتراحات وهذا بتوفيق من الله سبحانه وتعالى.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم: رواية حفص عن عاصم.

المصادر:

النصوص القانونية

- (1) القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير عام 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، مؤرخة في 2018/01/23.
- (2) القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

المراجع:

الكتب الفقهية

- (1) أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، الجزء 4، الطبعة 2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1996.
- (10) أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، الجزء 3، مكتبة ابن يتيمة، القاهرة، 1410هـ، 2016.
- (2) أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن القراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، الجزء 5، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- (3) أخرجه البيهقي وصححه الألباني في الارواء / ج6 / حديث رقم: 1710 /
- (4) برهان الدين أبي إسحاق ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، جزء 8، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- (5) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهج، ج3، ط1، دار المعرفة لبنان، 1997.
- (6) محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، دون ذكر بلد النشر، دون ذكر سنة النشر.
- (7) محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ج17.
- (8) أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، الجزء 13، 1994.
- (9) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، دار عالم الكتب والطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003.

المعاجم

- (1) ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 1998.
- (2) ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، الجزء 2، قم إيران، 1984.
- (3) ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون ذكر سنة النشر.

قائمة المصادر والمراجع

- 4) جبران مسعود الرائد، معجم لغوي عصري، الطبعة 7، دار العلوم للملايين، لبنان، 1992 2 عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية - شريعة، قانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- 5) عمتوت عمر، قاموس المصطلحات القانونية في تسيير شؤون الجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 6) إبراهيم انيس، عبد الحليم منتصر، عطية صوالحي، محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسط، الطبعة 4، الجزء 1، مكتبة الشروق الدولية، مجمع اللغة العربية، 2004.

الكتب القانونية

- 1) أحمد كامل حسان، الإثبات بالقرائن في الأحوال الشخصية وتطبيقاته في دعاوى المحاكم الشرعية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018.
- 2) أحمد نصر الجندي، الموارث في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 3) الإمام محمد ابو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مدينة نصر، القاهرة، 2009.
- 4) بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1998.
- 5) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- 6) بلحاج العربي، أحكام الموارث (في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 7) بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 8) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
- 9) بونوة عبد المنعم، سالم سالم أبو ياسر بولال، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
- 10) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الموارث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 11) جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، 1999.
- 12) حسن عبد الدايم عبد الصمد، مرض الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

قائمة المصادر والمراجع

- 13) عادل عبد الرزاق القرعة غولي، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، 2004.
- 14) عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، الطبعة الخامسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- 15) عبد الرحمان أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- 16) عدلي أمير خالد، أحكام الموارث وتوزيع التركات في التشريع الإسلامي، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2000.
- 17) عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 18) علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009.
- 19) عمر أحمد الراوي، مرجع الطلاب في الموارث، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة.
- 20) فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر.
- 21) قحطان الهادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- 22) محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، الواضح الدرر في هتك أستار المختصر، الجزء 14، الطبعة 1، دار الرضوان، موريتانيا، 2015.
- 23) محمد عبد الله بخيت، محمد عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 24) محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والقرآن، دار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الثامنة، جدة، 1991.
- 25) محمد محدة، التركات والموارث "دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية"، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
- 26) محمود عبد الله بخيت ومحمد عقله، الوسيط في فقه الموارث، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 27) محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2006.
- 29) مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- (30) نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- (31) نجم الهدى أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسين الكلوذاتي، التهذيب في علم الفرائض والوصايا، الطبعة 1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1995.

الرسائل العلمية:

أ - أطروحة الدكتوراه

- (1) يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية البيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه علوم في العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2015-2016.
- (2) دريس نور الهدى، وقف المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان.

ب - رسائل الماجستير

- (1) تكوك سليمان، التكفل النفسي بالمرأة المهتدة بالإجهاض العفوي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في علم النفس العيادي، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة وهران، 2013/2014.
- (2) عبد الحميد حسن صباح، ميراث الخنثى في ضوء الحقائق العلمية المعاصرة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة.

ج - رسائل ماستر

- (1) أطاح سلمى، أوثن كهينة، مرض الموت وأثاره على مسائل الأسرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016.
- (2) آيت صالح لامية، بن زيدان صارة، ميراث الحمل بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

- (3) سعدية بن ميصرة، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية (النسب والميراث)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور - الجلفة، 2017-2018.

د - ليسانس

- (1) سارة محمد زايد، تصرفات المريض مرض الموت، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة شارقة، 2019-2020.

المقالات:

- 1) إبراهيم عطية الحبيشي، كيفية استجواب وتوقيف وتفتيش التوائم الملتصقة والخنثى المشكل في الشريعة الإسلامية والنظام، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية العدد الثاني، 2020.
- 2) بلعرج محمد أمين، نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية على ضوء المادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 2، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019.
- 3) بن قويلة سامية، أثر البصمة الوراثية في اللعان دراسة فقهية قانونية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1، جامعة الجزائر 1، 2019.
- 4) بوعزيز أمينة، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد 4، جامعة الجزائر، 2020.
- 5) حبيب إدريس عيسى عباس زبون العبودي، إثبات تصرفات مريض مرض الموت، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 59، سنة 2018.
- 6) سامي بن حملة، إشكالية توريث الخنثى المشكل في قانون الأسرة الجزائري، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر <https://www.asjp.cerist.dz>
- 7) الصالح بوغرارة، البصمة الوراثية آلية قانونية للحد من نفي النسب باللعان، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 5، جامعة ابن خلدون، الجزائر، 2020.
- 8) عبد الرحمان بوحسون، تقديم البصمة الوراثية في اثبات النسب أو نفيه على اللعان بين الخطر والجواز، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، مجلة روافد للدراسات والأبحاث العلمية في العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 4، الجزائر، 2020.
- 9) عبد اللطيف بعجي، عبد القادر بن حرز الله، نفي النسب، وأثاره في ظل نتائج البصمة الوراثية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 2، جامعة غرداية، 2017.
- 10) علال طحطاح، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 15، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بو نعامة، خميس مليانة، دون سنة نشر.
- 11) عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018.
- 12) لعلى يحيوي، أحكام اللعان في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 9، جامعة المسيلة، الجزائر، 2018.
- 13) مجاهدي خديجة، تطبيقات البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية، العدد 2، جامعة البليدة 2، 2020.

قائمة المصادر والمراجع

- 14) محمد أحمد حلمي، الموت الشرعي والطبي والأحكام الفقهية المترتبة عليها، المجلد 1، العدد واحد وثلاثون، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- 15) محمد علي البار، مشكلة الخنثى بين الطب والفقه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 6، السنة الرابعة.
- 16) مطالبى بلقاسم، زواج مريض مرض الموت وارثه، مقارنة نقدية لقرار المحكمة العليا، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 28، بسكرة، الجزائر، 2021.
- 17) ميدون مفيدة، معمري إيمان، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،

المجلات القضائية:

- 1) المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1991، العدد الثالث.
- 2) المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2004، العدد الأول.
- 3) المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد الأول.
- 4) المحكمة العليا، المجلة القضائية، 1994، العدد الثالث.
- 5) المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2019، العدد الأول.
- 6) المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد الأول.
- 7) المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي، 2001، العدد الخاص.
- 8) المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، 2014، العدد الثاني 1996.

الفهرس

الصفحة	العنوان
/	شكر وعرفان
/	إهداء
أ	مقدمة
الفصل التمهيدي: مفهوم نظام الإثبات والميراث	
8	المبحث الأول: مفهوم نظام الإثبات وأهميته
8	المطلب الأول: تعريف الإثبات
8	الفرع الأول: تعريف الإثبات لغة:
8	الفرع الثاني: تعريف الإثبات اصطلاحا
9	المطلب الثاني: أهمية نظام الإثبات
10	المبحث الثاني: مفهوم الميراث والحكمة من مشروعيته
10	المطلب الأول: تعريف الميراث
10	الفرع الأول: تعريف الميراث لغة
10	الفرع الثاني: تعريف الميراث اصطلاحا
11	المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الميراث
الفصل الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل والخنثى	
15	المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث الحمل
15	المطلب الأول: مفهوم الحمل وقواعد ميراثه
15	الفرع الأول: تعريف الحمل
16	الفرع الثاني: قواعد ميراث الحمل
25	المطلب الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في مسألة توريث الحمل
25	الفرع الأول: الأجهزة الكاشفة لحالة الحمل قبل الولادة
26	الفرع الثاني: مدى تأثير التقنيات الطبية الحديثة في ميراث الحمل
30	المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في اثبات ميراث الخنثى
30	المطلب الأول: مفهوم الخنثى وميراثه

الفهرس

30	الفرع الأول: تعريف الخنثى
32	الفرع الثاني: ميراث الخنثى
34	المطلب الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في الكشف عن جنس الخنثى
34	الفرع الأول: معيار تمييز جنس الخنثى في الفقه الإسلامي
36	الفرع الثاني: معيار تمييز جنس الخنثى في الطب الحديث
الفصل الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان وميراث زوجة المريض مرض الموت	
42	المبحث الأول: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث ولد اللعان
42	المطلب الأول: مفهوم ولد اللعان وقواعد ميراثه
42	الفرع الأول: تعريف ولد اللعان وصوره
45	الفرع الثاني: قواعد ميراث ولد اللعان
47	المطلب الثاني: إشكالية التعارض بين البصمة الوراثية واللعان وأثرها في الميراث
47	الفرع الأول: النسب لا يثبت بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان
47	الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان
51	المبحث الثاني: أثر التطورات الطبية والبيولوجية في إثبات ميراث زوجة مريض مرض الموت
51	المطلب الأول: مفهوم مرض الموت
51	الفرع الأول: تعريف مرض الموت
53	الفرع الثاني: شروط مرض الموت
56	المطلب الثاني: إثبات مرض الموت في ظل التطورات الطبية والبيولوجية
56	الفرع الأول: أدلة إثبات مرض الموت
58	الفرع الثاني: قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث
60	الفرع الثالث: أحكام تصرفات مريض مرض الموت
64	الخاتمة
67	قائمة المصادر والمراجع
74	الفهرس
/	الملخص

الملخص:

إن علم الميراث من العلوم التي حظيت بمنزلة رفيعة في الفقه الإسلامي فقد تولى الله قسمته بنفسه وبين أحكامه في القرآن الكريم حيث جاءت آياته مفصلة في إعطاء كل ذي حق حقه قطعاً للنزاع بين أفراد الأسرة الواحدة، ومنعاً للحقد بين الوارثين، مما يؤدي في النهاية الى تقوية العلاقات العائلية وتدعيم أواصرها وعدم تمزقها وبالتالي الى تماسك المجتمع.

فعلم الميراث يحدد نصيب كل واحد من الورثة ومدى قرابته من مورثه فبذلك يكون الإرث واضحاً متى توافرت فيه أسبابه وشروطه ومع ذلك قد يتردد بين الوجود والعد والحياة والموت، والذكورة والأنوثة والخنثى المشكل والغير المشكل وغيرها.

وبظهور الطب الحديث استطاع أن يحل الكثير من المشاكل التي تعيق قسمة التركة ومنها مثلاً سهولة التعرف على الحمل عن طريق اختبار البول والتصوير الاشعاعي، ومعرفة تعدده عن طريق سماع ضربات القلب، وكذا معرفة جنس الخنثى عن طريق معايير طبية وبيولوجية إما على مستوى الصبغيات أو الغدد التناسلية أو فحص الأعضاء التناسلية وتحديد زمن الوفاة بدقة من خلال التحليل البيو كيميائي للجنث، وبالتالي فإن الطب الشرعي له دور وأهمية كبيرة في إثبات الحقوق لأهلها، كحصر الإرث وإثباته لأقارب الميت.

الكلمات المفتاحية: الميراث، الحمل، الخنثى، مرض الموت.

résumé

La science de l'héritage occupe une place importante dans la jurisprudence islamique. Dieu l'a lui-même divisé et en a exposé les dispositions dans le Saint Coran. Ses versets sont détaillés en donnant à chacun le droit de rompre le conflit entre les membres d'une même famille, et afin d'empêcher la haine entre les deux héritiers, ce qui renforce finalement les relations familiales, renforce leurs liens et ne les déchire pas et conduit ainsi à la cohésion de la société.

L'héritage détermine la part de chaque héritier et la proximité de leur héritage. Ainsi, l'héritage est clair lorsque ses causes et conditions sont disponibles. Cependant, elle peut hésiter entre existence, comptage, vie et mort, masculinité, féminité, transsexualité et autres formules.

Avec l'avènement de la médecine moderne, il a résolu de nombreux problèmes qui entravent la division de la succession, tels que l'identification facile de la grossesse par des tests d'urine et de radiographie et la connaissance de sa multiplicité en entendant le rythme cardiaque, ainsi que la connaissance du sexe de l'intersexe par des critères médicaux et biologiques soit au niveau des chromosomes, l'examen des gonades ou des organes génitaux et la détermination précise de l'heure du décès par l'analyse biochimique des corps et, par conséquent, la médecine légale a un grand rôle et une grande importance dans l'établissement des droits de son peuple, comme la limitation de l'héritage et de sa preuve aux parents des morts.

Mots clés: Héritage, grossesse, hermaphrodisme, maladie mortelle.

Summary

Inheritance science is a high place in Islamic jurisprudence. God has divided it Himself and set out its provisions in the Holy Quran. His verses are detailed in giving everyone entitled to break the dispute between members of the same family, and in order to prevent hatred between the two heirs, which ultimately strengthens family relations, reinforces their ties and does not tear them apart and thus leads to the cohesion of society.

Inheritance determines each heirs' share and proximity to their inheritance. Thus, inheritance is clear when its causes and conditions are available. However, it may hesitate between existence, counting, life and death, masculinity, femininity, transsexuality and other formulas.

With the advent of modern medicine, it has solved many problems that impede the division of the estate, such as easy identification of pregnancy through urine testing and radiography and knowledge of its multiplicity by hearing the heartbeat, as well as knowledge of the sex of the intersex by medical and biological criteria either at the level of chromosomes, gonads or genital examination and precise determination of the time of death through biochemical analysis of bodies and thus forensic medicine has a great role and importance in establishing the rights of its people, such as confining inheritance and its proof to the dead's relatives.

Keywords: Inheritance, pregnancy, hermaphroditism, death disease.