

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي

مدرسة الدكتوراه "دراسات قانونية"
قطب: جامعة 8 ماي 1945 قالمة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أنثى الطلاق على التوارث بين الزوجين
في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة

إشراف الأستاذ الدكتور:

بودفع علي

إعداد الطالب:

علال ياسين

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيساً	20 أوت 55 سكيكدة	أستاذ التعليم العالي	أ.د منصور رحمانى
مشرفاً ومقرراً	20 أوت 55 سكيكدة	أستاذ محاضر أ	د علي بودفع
عضواً مناقشاً	العقيد الحاج لخضر باتنة	أستاذ محاضر أ	د عبد المجيد بوكركب
عضواً مناقشاً	العربي بن مهيدي أم البواقي	أستاذ محاضر أ	د مخلوف صيمود

السنة الجامعية 2012/2011

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ
فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ
يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرَّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ
لَكُمْ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ
بَعْدِ وَصِيَّتِ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ النساء: ١٢

إله — دعاء... .

أهدري نعمة هذا العمل إله من أوصى الله بها خيرا والدرى الكريمين؛ إله أسمى وأبى حفظها الله ورحاها كما

رباني صغيرا.

إله أسمى وأخو لاني الذين أتمنى لهم كامل النجاح والتوفيق...

إله أهلي وأقاربي...

إله جميع زملائي الطلبة...

للمة شكر وتقدير

أحمدُ الله تعالى حمدا طيبا مباركا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأصلي وأسلم على النبي سيد المرسلين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

أتقدم بشكري الجزيل لأستاذي الفاضل الدكتور بودفع علي، الذي تكرم بالإشراف على هذه المذكرة، فكان ذلك فرصة لي أن أنهل مما حباه الله به من علم، وهو الذي لم ييخل علي بوقت أو جهد أو إرشاد، و بكل ما رآه مفيدا من معلومات وتصويبات.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة الذين سهروا على قراءة هذه المذكرة وإبداء ما رأوه مناسبا من ملاحظات.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة وإلى كل من شجعني وساعدني.

سائلا المولى عز وجل أن يجيزهم جميعا عني خير الجزاء ويجعل علمهم وعملهم خالصا لوجهه الكريم.

الباحث

مُقَدِّمَةٌ

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، أما بعد:

فقد جاءت الشريعة الإسلامية وافية بمصالح البشر، كفيلة بتحقيق الخير للمجتمع الإنساني الكبير في كل بيئة وعصر بما تضمنته من مبادئ وقواعد وما امتازت به من مرونة ويسر، فتهيأ لكل فريق من سلف المسلمين أن يستنبطوا منها الأحكام الجزئية التي تتفق مع أحوالهم وظروفهم التي كانوا فيها يعيشون، وظلت صالحة ليأخذ منها من جاء بعدهم ما يناسب حالهم كذلك، بما يضمن للمجتمع الإنساني في كل عصر من العصور صلاحه، ويدراً عنه الشرور والمفاسد.

وكان مما استهدفته الشريعة الإسلامية مصلحة الأسرة التي هي أساس ذلك المجتمع الإنساني الكبير والنواة التي تتكون منها الأمم والشعوب، فعنيت بها أشد العناية، وأقامتها على أسس قوية من المودة والمحبة، ودعت إلى الزواج ورغبت فيه وحرصت على دوام الصلة بين الزوجين وحسن العشرة.

قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ - الروم 21 -

فإذا انعقد الزواج صحيحاً وتوافرت أركانه وشروطه، ترتب عليه عدة آثار، من وجوب نفقة الزوجة وثبوت نسب الأولاد وحرمة المصاهرة وغيرها، ومما يترتب على الزواج من آثار حق التوارث بين الزوجين في حال ما إذا توفي أحدهما أثناء قيام الرابطة الزوجية.

فقد جعل قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية من القرابة والزوجية أسباباً للميراث من خلال نص المادة 126 منه، وإذا كانت القرابة علاقة مستمرة بسبب استمرار الرحم، فإن الرابطة الزوجية قد تنتهي عن طريق الطلاق، سواء كان بإرادة الزوج المنفردة أو بطلب من الزوجة أو بالتراضي بينهما حسب ما يبينه القانون من أحكام.

وقد يحدث أن يتوفى أحد الزوجين بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، هذه الوفاة قد تحدث بعد التلفظ بالطلاق وقبل صدور حكم بذلك، كما قد تحدث بعد صدور الحكم بالطلاق خلال عدة المطلقة، كما يمكن أن تكون الوفاة مقترنة بالطلاق في مرض الموت.

من هنا يتحدد موضوع هذا العمل؛ باعتباره بحثاً في إمكانية استمرار حق الزوجين في التوارث رغم انحلال العلاقة الزوجية بالطلاق.

فإذا وقع الطلاق فإنه يُثار التساؤل حول مدى أحقية التوارث بين الزوجين من عدمه، خاصة في فترة الزوجية الحكيمة، أي أثناء عدة الطلاق الرجعي، وذلك إذا توفي أحد الزوجين خلالها، وكذلك إذا حدثت الوفاة بعد انتهاء هذه العدة، أو حتى أثناء عدة الطلاق البائن، وهذا الأخير قد يحدث في حال الصحة؛ كما قد يصدر من الزوج في حالة خاصة وهي حالة الطلاق في مرض الموت، والتي تأخذ أحكاماً استثنائية تختلف عن حالة الطلاق في الصحة، ذلك أن الشخص إذا مرض مرضاً أفعده عن مباشرة أعماله وأحس بدنو أجله، فيمكن أن تتنابه فكرة الخطر المحدق أو الوشيك؛ وهو ذهاب أمواله إلى الورثة أو هذا الشخص منهم أو ذاك، وتباً لهذه الفكرة المتسلطة قد تتجه إرادته إلى حرمان زوجه من نصيبه المفروض؛ بإبانتته وهو في مرض الموت، الأمر الذي يتطلب الحد من تصرفاته، ومن ثم لزم إعطاء هذه التصرفات أحكاماً خاصة تختلف عن أحكام تصرفات الشخص غير المريض بهذا المرض.

ولا يخفى ما في تشريع اكتساب الملكية بالميراث من تحقيقٍ للعدالة وحفاظٍ على حركية وديمومة المجتمعات، فإعطاء كل ذي حق حقه من شأنه أن يؤدي إلى استمرار التواصل والألفة بين الورثة بعد وفاة مورثهم، ولو لم تُبين أنصبة كل وارث وحالات إرثه من عدمها، لعمت الفوضى واستحكمت الضغينة بين من كانوا أهلاً وأقارباً قبل موت ذلك المورث، ولبرزت طرقات أخرى لاكتساب تلك الأموال والحقوق تُنتهج فيها وسائل وأساليب غير مشروعة لا تتلائم وأهداف المجتمع، بل لا يمكن أن نخدمه على الإطلاق، لتسوده بذلك الفوضى وتختل أركانه، وفي إعطاء الحي من الزوجين نصيبه من الميراث —باعتبار الزوجين من أصحاب الفروض النسبية — تحقيق لتلك الأهداف، سواء توفي أحدهما أثناء قيام الرابطة الزوجية، أو كانت الوفاة بعد الطلاق خلال فترات يمكن استحقاق الميراث خلالها.

فكان لا بد على المشرع الجزائري من تنظيم حالات استحقاق الميراث بعد الطلاق، وقد نُظِّمَت هذه المسائل بالخصوص من خلال المادة 132 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى مختلف المواد ذات الصلة والمتعلقة بإثبات الطلاق والرجعة واحتساب العدة، والتي أذكر منها المواد: 49، 50، 51، 58 وغيرها من ذات القانون.

وعليه، فإن هذا الموضوع يطرح إشكالية رئيسية مفادها:

إذا كان حق الزوجين ثابتا في التوارث حال وفاة أحدهما أثناء قيام الرابطة الزوجية، فهل ينتهي هذا الحق بانتهاء الرابطة الزوجية؟ وما مدى قيام حق الزوجين في الميراث عند الطلاق وحالات استحقاقه؟

وتثير هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية تلقي بظلالها على البحث أهمها:

- هل يثبت حق الميراث في العدة المعتبرة شرعا أم قانونا؟ وإلى أي مدى يجري الاعتراف بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء والاعتداد بآثاره ومنها الميراث بين الزوجين؟

- وهل هناك حالات يثبت فيها هذا الحق في قانون الأسرة الجزائري دون الشريعة الإسلامية؟

- وهل أن سكوت المشرع عن حالة مرض الموت وعن ترتيب حق الميراث في هذا الطلاق، يعتبر إقرارا منه لهذا الحق تطبيقا لنص المادة 222 أم أن التطبيقات القضائية تسير على خلاف ذلك؟

ويستمد هذا البحث أهميته من أهمية موضوعه ومجاله والإطار الذي يُعرض فيه:

فأما أهمية موضوع التوارث بين الزوجين، فيظهر من خلال أهمية ضبط حق أحد الزوجين في

ميراث الآخر حفظا لحقه ومنعا لأسباب التنازع بينه وباقي الورثة بسبب الميراث، وهو أمر أولته الشريعة الإسلامية وعلى إثرها قانون الأسرة الجزائري بالغ الأهمية بحيث أفردت لكل منهما نصوصا خاصة لبيان وتحديدته.

وأما أهمية مجال البحث، فيظهر من خلال أهمية الحقوق الزوجية على اعتبار ما أولاه قانون

الأسرة الجزائري من اهتمام للعلاقة الزوجية في قيامها وآثارها، ودور قيام هذه الحقوق ووضوحها واستمرارها على تماسك الأسرة واستقرارها.

وأما إطاره فإنّ بحث الموضوع في قانون الأسرة الجزائريّ مع المقارنة بالشريعة الإسلاميّة من خلال مطالب البحث وفروعه، يُكسبه مكانة خاصّة على اعتبار أنّه يحاول استيعاب أحكام الموضوع في ظل الاجتهادات الفقهيّة الإسلاميّة واختيارات المشرّع الجزائريّ، ممّا يفيدنا في حصر هذه الاجتهادات ومقارنتها فيما بينها وبيان مسلك قانون الأسرة الجزائري وتقدير مدى توفيقه في اختياراته في الموضوع محل الدراسة.

ويمكن اختصار الأسباب التي دفعتني إلى البحث في هذا الموضوع، في أسباب ذاتية وأخرى موضوعيّة.

فأمّا الأسباب الذاتية، فتتلخّص في ميلي الشّديد نحو موضوعات قانون الأسرة المتعلقة بالطلاق؛ والميراث، وما يتّصل بها من أحكام، ويطيّن ضرورة دراسة مختلف مواضيع الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلاميّة باعتبارها مصدرا ماديا لقانون الأسرة، لمحاولة الوصول إلى مدى توفيق المشرّع من خلال اختياراته في تحقيق أفضل الحلول لمختلف النزاعات المتعلقة بشؤون الأسرة.

وأما الأسباب الموضوعيّة، فتتلخّص فيما يثار بشأن تطبيق حقّ الزوجين في التّوارث في الواقع العملي من إشكالات عويصة، والتي كان أحد أسبابها قصور المادة 132 من قانون الأسرة في تنظيم حق الميراث بين الزوجين حال وفاة أحدهما بعد الطلاق، سواء كانت الوفاة قبل صدور الحكم بالطلاق؛ وما يثار بشأن هذه الفترة من إشكالات، أو بعد صدور الحكم بالطلاق، إضافة إلى علاقة هذا الموضوع بالإشكالات الأسرية والتي تشهد عددا كبيرا من حالات الطلاق وما يترتب عليها من آثار.

كما تتأكّد هذه الضّروية بالنظر إلى عدم إنتفات المشرّع الجزائري إلى ما يتضمّنه الكتاب الثالث من قانون الأسرة من نقائص في تعديل سنة 2005، رغم ما وجه له من نقد، إلا أن التعديلات انصبت بالدرجة الأولى على المسائل التي تضمّنها الكتاب الأول، من أركان الزواج وشروطه وآثاره وانحلاله.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد البحث، هي ندرة الدراسات المتخصصة في الموضوع محل الدراسة، مما جعل سير بحثي صعبا.

ولم أعتز في حدود اطلاعي على دراسة متخصصة حول الموضوع محل البحث أو ذات صلة به، فهو بحث يتمحور حول الزوجية كسبب ثاني للميراث - بعد سبب القرابة - بعد انحلالها بالطلاق، وجُلّ المراجع التي تصفحتها أثناء إعداد البحث؛ تشير فقط في بضعة أسطر منها إلى أن الزوجية هي السبب الثاني للميراث، والقليل منها يشير إلى الميراث في العدة، وفي حالة مرض الموت، ورغم ذلك عثرت على مجموعة من المؤلفات العامة والخاصة التي تتناول في بعض أجزائها هذا الموضوع ، منها:

- كتاب بعنوان « الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية » للدكتورة مريم أحمد الداغستاني، والتي تعرضت إلى الميراث كأثر من الآثار المترتبة على الطلاق بعد الدخول، وكانت دراسة فقهية؛ حيث تطرقت في مبحث منها إلى مواقف المذاهب الأربعة وغيرهم من الميراث بين الزوجين بعد الدخول، دون مقارنة ذلك بالقانون الوضعي.
- كتاب « عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية » للدكتور نور الدين لمطاعي، والذي تناول من خلاله مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بعدة الطلاق الرجعي.
- كتاب: « ميراث المرأة وقضية المساواة » للدكتور صلاح الدين سلطان، والذي تعرض فيه إلى حالات ميراث المرأة بصورة عامة في الشريعة الإسلامية، ومقدار فروضها المستحقة، ومقارنة ذلك بما يرثه نظيرها الرجل، محاولا الرد على الشبهة المثارة ضد الإسلام حول ظلمه للمرأة في الميراث.
- مذكرة للتخرج من المعهد الوطني للقضاء بالجزائر سنة 2004 من إعداد الطالبة قسنطيني حدة، بعنوان: « إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية »، حيث تطرقت من خلالها إلى مبدأ عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم وإشكالية الطلاق العرفي على ضوء الاجتهاد القضائي. بالإضافة إلى العديد من المؤلفات العامة في آثار الطلاق وأحكام الميراث. وعليه فإن تلك الدراسات لا تغني عن البحث في الموضوع محل الدراسة. وتهدف هذه الدراسة إلى جملة من الأهداف يمكن تلخيصها فيما يأتي:
- أ - الإحاطة بمسائل موضوع التوارث بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري مع مقارنتها بالشريعة الإسلامية.

ب محاولة دراسة النقائص والثغرات المتعلقة بالتوارث بين الزوجين بعد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري والمتضمنة خاصة بالمادة 132 من قانون الأسرة، وأيضا النصوص المرتبطة بالمسألة محل البحث، بما فيها إثبات الطلاق وما يثيره الطلاق العرفي من إشكالات ومدى الاعتداد بآثاره ومنها الميراث.

ت - اقتراح ما يمكن إدخاله من تعديل على النصوص المنظمة للموضوع محل الدراسة، انطلاقا مما تثيره من إشكالات في الواقع.

ث - الوقوف على نتيجة أعمال مبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام الأسرة فيما لم يرد بشأنه نص، وخاصة حالة الطلاق في مرض الموت.

وإن تصوري للإجابة على إشكالية البحث، اقتضى مني اعتماد المنهج الاستقرائي أساسا حيث أحاول تتبع الجزئيات والأحكام الفقهية في مختلف المذاهب، وكذا النصوص القانونية والأحكام القضائية من أجل تحديد مدى إمكانية ثبوت حق التوارث بين الزوجين في الحالات التطبيقية.

كما أستعين بآليات المنهج التحليلي ، لتحليل النصوص والآراء الفقهية وكذا الأحكام والقرارات القضائية التي أعرضها، أما آليات المنهج المقارن فسأعتمدها خاصة لبيان مواضع الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مع الإشارة إلى موقف بعض التشريعات العربية من المسائل محل الدراسة.

وإن الإجابة على إشكالية موضوع البحث محل الدراسة والإحاطة بمختلف جوانبه، قد فرضت تقسيمه إلى ثلاثة فصول، حيث بدأت بفصل أول تحت عنوان حق التوارث بين الزوجين، أهدف من خلاله إلى توضيح هذا الحق وإعطاء صورة عامة عنه، بتحديد مفهومه والحكمة من مشروعية الميراث بين الزوجين وتاريخه، وذلك في مبحث أول، ثم بيان الأحكام العامة للميراث بين الزوجين، من شروط الميراث بينهما وموانعه، وأحوالهما في الميراث، ببيان الأنصبة المفروضة لهما والحكمة منها، وصولا إلى ما يمكن أن يطرأ على هذه الأنصبة من عول ورد، وكل ذلك في مبحث ثان.

وفي الفصل الثاني تعرضت إلى التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق، تناولت فيه مدى إمكانية استحقاق الزوجين الميراث حال حصول الوفاة أثناء عدة الطلاق، سواء كانت الوفاة في عدة

الطلاق الرجعي؛ وهو موضوع المبحث الأول، أو عدة طلاق بائن؛ وهو ما تناولته في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وكان من الضروري تخصيص فصل ثالث إلى أثر الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين، لكون هذه الحالة تعتبر حالة خاصة في الميراث بين الزوجين، نظرا لانتفاء الزوجية الحقيقية وكذلك الحكمية، فكان لابد من التعرض إلى مفهوم مرض الموت وكيفية إثباته من خلال مبحث أول، ثم التطرق إلى مدى أحقية الزوجين في الميراث حال الوفاة في طلاق مرض الموت من خلال مبحث ثان، معتمدا في كل مرة على المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

مع توضيح أن إطلاق عبارة الطلاق في مرض الموت، أقصد بها الطلاق البائن في مرض الموت دون الطلاق الرجعي، فهذا الأخير وإن كان في مرض الموت إلا أنه لا يظهر أثره على الميراث إلا إذا حدثت وفاة المطلق بعد بينونة المطلق رجعا بانقضاء عدتها، أما وفاته أثناء عدة الطلاق الرجعي فيأخذ نفس حكم الطلاق في الصحة، وذلك على عكس الطلاق البائن والذي يختلف أثره على الميراث فيما إذا كان في حال الصحة عنه فيما إذا كان في مرض الموت.

وعليه ارتأيت تقسيم هذا البحث، وفقا للخطة الآتية والتي توضح أهم الخطوط الرئيسية له:

الفصل الأول: حق التوارث بين الزوجين:

المبحث الأول: التوارث بين الزوجين مفهومه وتاريخه.

المبحث الثاني: الأحكام العامة للميراث بين الزوجين.

الفصل الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق:

المبحث الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي.

المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن.

الفصل الثالث: أثر الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين:

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وإثباته.

المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين حال الطلاق في مرض الموت.

خاتمة، وتتضمن نتائج البحث.

الفصل الأول

حَقُّ التَّوَارُثِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ

الفصل الأول: حق التوارث بين الزوجين

يعتبر حق التوارث بين الزوجين من الآثار المترتبة على عقد الزواج، وإن معالجة موضوع أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين، يقتضي بداية بيان مفهوم مصطلح هام تنطلق منه هذه الدراسة وهو: الميراث، وذلك في اللغة والاصطلاح، والتعرض إلى التطور التاريخي لتشريع نظام التوارث بين الزوجين، كما يقتضي التطرق إلى شروط التوارث بين الزوجين وموانعه، وبيان مختلف أحوال الزوجين عند استحقاق الميراث.

وعليه، أقسّم هذا الفصل إلى مبحثين، لأتناول في المبحث الأول : التوارث بين الزوجين مفهومه وتاريخه، وفي المبحث الثاني: الأحكام العامة للميراث بين الزوجين.

المبحث الأول: التوارث بين الزوجين مفهومه وتاريخه:

ونتناول في هذا المبحث، مفهوم الميراث والحكمة من مشروعيته، ثم التطور التاريخي لتشريع نظام التوارث بين الزوجين.

المطلب الأول: مفهوم الميراث وحكمة مشروعيته:

ونتطرق في فرع أول إلى تعريف الميراث، ثم إلى الحكمة من مشروعيته في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الميراث:

أولاً: الميراث في اللغة:

أصله مَوْرَثٌ انقلبت الواو ياءً لكسرة ما قبلها، والتُّرَاثُ أصل التاء فيه واو، قال ابن سيده: والورثُ والإرثُ والتُّرَاثُ والميراثُ: ما وُورِثَ؛ وقيل: الورثُ والميراثُ في المال والإرثُ في الحسب، وأوورث الميت وأرثته ماله أي تركه له⁽¹⁾.

ويطلق لفظ الميراث ويراد منه تارة المصدر، وتارة اسم المفعول -أي الموروث-، وأخرى العلم المخصوص.

— فإذا أطلق بمعنى المصدر كان أحد مصادر الفعل وورث بكسر الراء، يقال: ورث فلان أباه أو ورث من أبيه يرثه ورثاً وورثاً وإرثاً وإرثته وتراثاً وميراثاً، انتقل إليه مال فلان بعد وفاته⁽²⁾.

والميراث بالمعنى المصدرية له معنيان في اللغة:

- أحدهما: البقاء، ومنه اسم الله تعالى: الوارثُ، أي الباقي، فالله عز وجل يرث الأرض ومن عليها أي يبقى بعد فناء الكل ويفنى من سواه فيرجع ما كان ملك العباد إليه⁽³⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ﴾ - (الفصل 58-)، ومنه قول الرسول ﷺ في الدعاء: (وَمَتَّعْنَا بِأَسْمَاعِنَا، وَأَبْصَارِنَا، وَقُوَّتِنَا مَا أَحْيَيْتَنَا، وَاجْعَلْهُ الْوَارِثَ مِنَّا...)⁽⁴⁾، أي أبقهما معي صحيحين سالمين إلى أن أموت⁽¹⁾.

(1) ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، المجلد الثاني، ط 6، دار صادر، بيروت، لبنان، (د.س)، ص 200.

(2) المنجد في اللغة و الأعلام، ط 31، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1991، ص 895.

(3) ابن منظور، مرجع سابق، ص 199.

(4) هذا جزء من حديث أخرجه بهذا المعنى الترمذي والحاكم عن ابن عمر عن النبي ﷺ، انظر: الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، ج 5، ط 2، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1983، ص 174-175. باب جامع الدعاء.

ومن هنا سمي من يستحق تركة الميت: الوارث، لبقائه وانتقال بقية مال الميت إليه⁽²⁾.

• ثانيهما: انتقال الشيء من شخص إلى شخص آخر، سواء أكان الانتقال حسيًا ماديًا، كانتقال الأموال من شخص لآخر، أو معنويًا كانتقال العلم والمجد والخلق وغير ذلك من الصفات، يقال: وَرِثَ الْمَالُ وَالْمَجْدَ عَنْ أَبِيهِ إِذَا صَارَ مَالُ فُلَانٍ وَمَجْدُهُ إِلَيْهِ⁽³⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ﴾ - (المثل 16-)، جاء في التفسير أن المراد بالإرث ههنا نزوله منزلته في النبوة والملك⁽⁴⁾، ومن ذلك أيضا قول النبي ﷺ: (وَإِنَّ الْعُلَمَاءَ وَرِثَةُ الْأَنْبِيَاءِ...)⁽⁵⁾، لأن العلم بقية الأنبياء.

- أما إذا أريد بلفظ الميراث اسم المفعول - أي الموروث - فإنه يكون مرادفا للإرث والتراث، وعلى هذا الإطلاق يكون معناه في اللغة: الأصل والبقية، ومن ذلك قوله ﷺ فيما رواه مسلم في صحيحه: (أُتْبِتُوا عَلَيَّ مَشَاعِرِكُمْ فَإِنَّكُمْ عَلَيَّ إِرْثٌ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ) أي على أصله ودينه وبقية من ورث إبراهيم الذي ترك الناس عليه بعد موته، ومنه أيضا سمي مال الميت إرثًا، لأنه بقية من ماله تركه لو ارثه⁽⁶⁾.

ثانياً: الميراث في الاصطلاح الشرعي:

أما الميراث اصطلاحاً: (فهو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة)⁽⁷⁾.

أو هو: (استحقاق الوارث مما تركه الميت بسبب من أسباب الإرث)⁽⁸⁾.

(1) الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط: يوسف الشيخ محمد البقاعي؛ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1999، ص 163؛ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 201.

(2) البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 4؛ دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص 446.

(3) المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص 895.

(4) ابن العربي، أحكام القرآن، القسم الثالث، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 471.

وكان لداود تسعة عشر ولداً ذكراً وأنثى، فخصّ سليمان بالذكر، ولو كانت وراثته مال لانقسمت على العدد، فخصه بما كان لداود، وزاده من فضله ملكاً لا ينبغي لأحد من بعده.

(5) قال المنذري: والحديث أخرجه ابن ماجه وأخرجه الترمذي. أنظر: أي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، السعودية، (د.س)، ص 403.

(6) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 201.

(7) عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 4، ط 1، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009، ص 426.

(8) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص 212؛ عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط 5، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 16.

كما عُرِّفَ بأنه: (حق قابل للتجزئة يثبت لمستحق بعد موت من كان له ذلك)⁽¹⁾.

وجيء بكلمة حق في هذا التعريف حتى يشمل المال وغيره، كالخيار والشفعة والقصاص... الخ، وجيء بكلمة قابل للتجزئة حتى نخرج بها الولاء و ولاية النكاح لعدم قبولها التجزئة، وليس المقصود بالتجزئة هو الإفراز أي التمييز بل المراد بالتجزئة لعلي نصف القصاص ولمحمد نصفه الآخر، وكذلك الشفعة والخيار⁽²⁾.

كما عرف الميراث في الاصطلاح بأنه: (انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية)⁽³⁾.

- وتطلق كلمة الميراث على علم الميراث نفسه، والذي يعرف بأنه: (قواعد من الفقه والحساب يتوصل بها إلى معرفة الحقوق المتعلقة بالتركة ونصيب كل وارث منها)⁽⁴⁾، وذلك مثل قاعدة: أن الأب يحجب الجد، وأن الأم تحجب الجدة من أي جهة كانت، وقاعدة أن العصبية تأخذ ما بقي من التركة بعد أصحاب الفروض وتسقط إذا لم يبقى لها شيء.

وعرّف الشيخ الدردي ر من المالكية علم الميراث: (بأنه علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث وموضوعه التركات)⁽⁵⁾.

فموضوع علم الميراث هو الحقوق المتعلقة بالتركة إجمالا، وأسباب الميراث وشروطه وموانعه، وأنواع الورثة، ونصيب كل وارث، وحجب بعض الورثة بعضهم حجبا كلياً أو جزئياً، والعول والرد، إلى غير ذلك مما يتوقف عليه تقسيم التركات بين أصحابها.

وقد عرف القانون الإماراتي الإرث في المادة 313 من قانون الأحوال الشخصية بأنه: انتقال حتمي لأموال و حقوق مالية، بوفاة مالكتها، لمن استحقها⁽¹⁾.

(1) محمد محدة، التركات و الموارث، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2004، ص 11.

(2) محمد محدة، التركات و الموارث، مرجع سابق، ص 11.

(3) محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار السلام، الجزائر، 1389هـ، ص 32.

(4) ابن عابدين محمد أمين، رد مختار على الدر المختار ، ج 10، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 489.

ويقصد بالحساب الوارد في تعريف علم الميراث: حساب الفرائض من تأصيل المسائل وتصحيحها والمناسخات وقسمة التركة وغيرها مما يتوصل به لمعرفة حق كل وارث من التركة، وليس المقصود علم الحساب المعروف.

(5) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، ج 4، دار

المعارف، مصر، 1986، ص 615.

ولم تتعرض أغلب التشريعات العربية لتعريف الميراث، ومنها قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: الصلحة من مشروعية الهبات:

المال في نظر الشريعة ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة من الوسائل العاملة في الحياة، وبينه وبين الإنسان علاقة نظمتها شرائع المختلفة وسمتها المِلْك، وبموجب ذلك تمكن الإنسان في هذه الحياة من التصرف في هذا المال بكافة أنواع التصرفات الشرعية، فإذا تحققت هذه العلاقة كان الإنسان مالكا والمال مملوكا⁽²⁾.

والتملك غريزة طبيعية في الإنسان، وقد تجلّت هذه الغريزة فيه واستدعت قواه العقلية والجسدية لتجيب على نداءها، فوجّه كل ما لديه من قوة للحصول على المال وتملكه بفطرة حب الخير لذاته وحب الحيازة والظن بما يملك⁽³⁾.

وقد أخبرنا الله تعالى بذلك في قوله عز وجل: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ - (العاويات 8) - وفي قوله تعالى: ﴿قُلْ لَوِ اتُّمَّ نَمَلِكُونَ خَزَائِنَ مَرْحَمَةِ رَبِّي إِذَا مَا نَسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ وَكَانَ الْإِنْسَانُ قَتُورًا﴾ - (الجزء 100) -، وقد دفع هذا الحرص وهذا الحب للتملك الإنسان إلى الشره واستبداد الطمع به وإلى الاعتداء على غيره في سبيل الحصول على ما يريد، وإلى الغش والتدليس والربا وما إلى ذلك.

لذلك جاءت الشريعة السمحاء لتوصد الأبواب أمام ذلك، مع وضعها في الحسبان والاعتبار غريزة حب الذات وحب المال، فعالجت ذلك علاجا نفسيا بما قدمت من الترغيب والتحذير، وبينت أنه لا يجوز الحصول على هذا المال إلا بطريق الحلال، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِلْبَاطٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ - (النساء 29) -

كما بينت الشريعة أن هذا المال هو مال الله في الحقيقة وأن الإنسان مستخلف في هذا المال، وقد تكررت الآيات في القرآن التي تؤكد ذلك وتقرره، قال تعالى: ﴿الْمُتَعَلِّمُونَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضُ﴾ - (البقرة 107) - ﴿لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ - (البقرة 284) -

(1) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 لسنة 2005. مأخوذ عن الموقع: www.gcc-legal.org/moj

(2) عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، ط 5، دار النفائس، الأردن، 2006، ص 27.

(3) سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، ط 13، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1993، ص 89.

وقال عز وجل: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾ - الخَبْرُ 7 - وقال تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ - (الشُّورَ 33) - .

لذلك وضع الله سبحانه وتعالى التشريعات الحكيمة لتنظيم المال، فبيّن طرق اكتسابه الشرعية وطرق الإنفاق، كما بيّن الحقوق التي أوجبها الإسلام في هذا المال وطرق انتقاله في الحياة وبعد الموت، ومن هذه التشريعات الميراث⁽¹⁾.

فبعد أن أوجب الإسلام أن يكون اكتساب المال عن طريق الحلال لا ظلم فيه ولا غش، وأن يكون إنفاقه على النفس والأهل بالمعروف، وأن تؤدي منه حقوق الأمة والمجتمع، أوجب أن يكون الباقي منه حظاً لمن يخلفون صاحب هذا المال من ورثته، وإن لم يوجدوا فلجماعة المسلمين الممثلين في بيت المال⁽²⁾.

هذا النظام الذي شرعه الإسلام مظهراً من مظاهر التكافل بين أفراد الأسرة الواحدة وبين الأجيال المتعاقبة، فوق أنه وسيلة من وسائل تفتيت الثروة لئلا تتضخم تضخماً يؤدي بالمجتمع، فالملكية الواحدة تنتقل إلى العديد من الذرية والأقارب بمجرد وفاة المالك، فتستحيل إلى ثروات متوسطة أو صغيرة، وقلما تبقى كتلتها موحدة مع هذا النظام إلا في حالات نادرة لا يقاس عليها ؛ كأن يموت المالك وليس له إلا ولد واحد فيرث التركة كلها ؛ لأنه ليس له أب ولا أم ولا زوجة ولا بنت، أما في الأحوال الغالبة فالثروة توزع بين عدد من الورثة من أولاد وإخوة وآباء، وللأزواج نصيب مفروض قد يصل إلى النصف بالنسبة للزوج ولا يقل عن الربع له، وقد يصل إلى الربع بالنسبة للزوجة ولا يقل عن الثمن، وهكذا يستمر التوزيع في الأسرة ولا ينفرد به فرد أو فرع⁽³⁾، فإذا نحن وازنا بين هذا النظام والنظام الإنجليزي مثلاً الذي يجعل التركة كلها للابن الأكبر، تبين لنا حكمة الإسلام واضحة في تفتيت الثروة المتكتلة، فوق ما في نظامه من عدالة بين الورثة لا تحق الصدور على الولد الكبير⁽⁴⁾.

(1) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 215.

(2) المرجع نفسه، ص 215.

(3) عيسى عبده؛ وأحمد إسماعيل يحيى، الملكية في الإسلام، دار المعارف، مصر، 1984، ص 168.

(4) سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، مرجع سابق، ص 100.

ففي هذا النظام عدل بين الجهد والجزاء وبين المغامم والمغارم في جو الأسرة، فجعل الإسلام الميراث لأقرب الناس للميت لأنه انتصر بهم في حياته وكثيرا ما يكون لهم دخل في تكوين ثروته، وبالتالي كان الواجب أن ينتصر الورثة بما له بعد وفاته، وفي ذلك تعويض لهم عن فقدانه⁽¹⁾.
ومن هنا تتجلى الحكمة من توريث الإسلام الزوجين من بعضهما، فكل منهما شريك للآخر في الحياة ومعين على تكاليفها:

أولاً: حكمة توريث الزوج من زوجته:

- 1 أن الزوج يعد المسؤول عن نفقة زوجته أثناء مدة حياتهما، فهو يجمع المال لإعالتها وإدخال السرور في نفسها، فهي تراه عمادها وملاذها في كل حين، فكان من العدالة والإنصاف أن يكون للزوج نصيب في مال زوجته كما كان عليه تحمل أعبائها.
- 2 أن المعيشة المشتركة بين الزوجين قد تجعل للزوج جهدا في جمع ثروة زوجته من طريق الهبات التي يهبها لها أثناء مدة حياتها أو صبره على عملها مما ينقص من حقوقه الزوجية، ومن ثم يشعر الزوج بحقه في تركه زوجته ويتعلق قلبه به، ويستسهل الخصومة في المطالبة به⁽²⁾.

ثانياً: حكمة توريث الزوجة من زوجها:

- 1 قد يكون للزوجة جهد في جمع مال الزوج إما بتدبير الإنفاق وتنظيم المعيشة، وإما من عمل المرأة داخل البيت أو خارجه؛ فتدر أموالا تشارك فيه الزوجة بالإنفاق على الأسرة، كعمل المرأة في الحقول والمزارع كما هو الحال في البادية؛ أو العمل موظفة كما هو الحال في المدن المتحضرة.
- 2 أن الزوجة مكلفة بالبقاء في منزل الزوجية أثناء مدة العدة بعد وفاة زوجها وهي تحتاج أثناء هذه المدة إلى نفقة، ولا بد أن تكون من مال زوجها المتوفى، وبما أن تعيين مقدار النفقة أمر متعذر لعدم حصر التركة وبيائها، فوجب أن يكون ذلك جزءا شائعا في التركة وهي حصتها من الميراث⁽³⁾.

(1) أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 216.

(2) قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، ط 1، دار الحامد، عمان، الأردن، 2008، ص 238.

(3) المرجع نفسه، ص 239.

3 أن الزوجة ربما ولدت للزوج ولدا ينسب إليه؛ فيكون هذا الولد من قومه وعشيرته لا محالة، ولما كان اتصال الابن بالأم لا ينجزم، كانت الزوجة داخلة في تضاعيف آل الزوج وملحقة بأولي الأرحام⁽¹⁾.

فكان عدلا أن يرث كل من الزوجين الآخر ويشارك أقاربه في فرض معلوم من تركته⁽²⁾.

فانتقال الميراث للوارث بالقرابة أو الزوجية هو العدل الذي لا شطط فيه ولا وكس، أما لو عرف الإنسان أن ما جمعه صائر إلى يد غير أقاربه وزوجه فلن يبذل ما بذله من جهد، بل يكتفي فقط بما يؤمن حاجته إلى الحياة، كما لو عرف أن ماله يؤول إلى أول شخص يحوزه لأدى ذلك إلى التشاجر والتقاتل بين الناس وتصبح الملكية تابعة للبطش والفساد، كما أنه لو جعل الوارث الدولة لقصّر المورث أيضا في سعيه واكتفى منه بما يسد حاجته في حياته، أو فتح باب الإسراف على مصراعيه، حتى لا يذر منه شيئا يورث من بعده، فلا يجدُّ الناس في تحصيله وإتمامه ولا تنافسوا في استثماره واقتنائه، ولا يخفى ما في التنافس من حفز الهمم ورقي الأفراد والأمم⁽³⁾.

المطلب الثاني: تطور تشريع نظام التوارث بين الزوجين:

الميراث نظام فطري تنادي به الغريزة البشرية وتستدعيه طبيعة الكائن الحي، فيتوارثه الخلف عن السلف، فقد عرفته الأمم القديمة والحديثة، كما وجد في الشرائع السماوية التي سبقت الإسلام، فكل أمة كان لها نظام خاص في التوريث، هذا النظام يختلف من أمة إلى أخرى، ولكن الميراث بالشكل الذي قرره الإسلام لم تصل إليه أمة من الأمم القديمة أو الحديثة، وسنورد في هذا المقام طرفا من أنظمة الميراث في بعض الشرائع السماوية وبعض التشريعات الوضعية، لاستقصاء مدى إمكانية وأحقية الزوجين في التوارث في تلك التشريعات، وصولا إلى تنظيم الشريعة الإسلامية لكيفية التوارث بين الزوجين⁽⁴⁾.

وفي سبيل ذلك سنتناول في هذا المطلب، التوارث بين الزوجين قبل الإسلام، ثم التوارث بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، وصولا إلى التشريعات الحديثة.

(1) المرجع نفسه، ص 239.

(2) عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، مرجع سابق، ص 63.

(3) مريم أحمد الداغستاني، الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، دون ذكر الناشر، القاهرة، مصر، 2001، ص 5.

(4) عارف خليل أبو عيد، مرجع سابق، ص 17.

الفرع الأول: التوارث بين الزوجين قبل الإسلام:

ونتناول من خلال ما يأتي التوارث بين الزوجين في نظام الميراث عند الرومان، وعند اليونان، وفي الشريعة اليهودية، وعند العرب في الجاهلية.

أولاً: التوارث بين الزوجين في نظام الميراث الروماني:

وفي سبيل بيان ذلك، نعرض من خلال ما يأتي، إلى تطور تشريع الميراث عند الرومان، ثم أسس الميراث عندهم وأسبابه.

1- تطور تشريع الميراث عند الرومان: كان الميراث عند الرومان عبارة عن إقامة خليفة للميت، يختاره حال حياته من أبنائه أو أقاربه أو من الأجانب عن طريق الوصية أمام القبيلة أو أمام الجند عندما يكون الموصي سائراً للقتال، فإذا فعل الشخص ذلك يصبح الموصى له مالكا لكل شيء في أسرة الموصي، وليس لرب الأسرة الموصي أن يعارضه في شيء من ذلك، بعد أن تنازل له وخوله كافة الصلاحيات التي يملكها في أسرته⁽¹⁾.

بقي الأمر كذلك مدة طويلة من الزمن، ثم انتهى بهم الأمر إلى الانتقال إلى طريقة ثانية في الميراث، وهذه الطريقة عبارة عن إجراء عقد بيع بين الموصي والموصى له، فإذا تم هذا العقد بينهما أصبح الموصى له هو المتصرف في كل شيء، حتى أفراد الأسرة يتصرف فيهم كيف شاء⁽²⁾. ولما كانت هاتان الحالتان فيهما الظلم لرب الأسرة والإجحاف والمشقة لكافة أفراد الأسرة، ولا تمت إلى الإنسانية بصلة، عُدل إلى نظام آخر أخف وطأة ويحقق مقصد الشخص الموصي. وهذا النظام عبارة عن كتابة وصية يقوم بها من يريد أن يوصي إلى من يوصي له، وغالبا يكون أكبر أفراد الأسرة، ويُقيد التنفيذ فيها إلى ما بعد وفاة الموصي، فهذا النظام يضمن للمالك حق التصرف في أمواله حال حياته إلى مماته، وذلك بكتابة الوصية وإضافة تنفيذها إلى ما بعد موته⁽³⁾.

بقي الأمر كذلك حتى إلى ما قبل الإسلام بسنين قليلة، حينما جاء الإمبراطور غسطينيانوس سنة 543م، فأصدر أوامره باتخاذ نظام للميراث أقرب إلى روح العدالة من جميع المراحل السابقة

(1) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 222.

(2) المرجع نفسه، ص 222.

(3) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، (د.س)، ص 10.

التي مر بها الرومان، وعاشوا تحت وطأهما آلاف السنين، فقد أصدر غسطينيانوس أوامره باتخاذ القرابة قاعدة للميراث، فانحصر إرث الميت في أقاربه⁽¹⁾.

2- أسس الميراث عند الرومان: من الطبيعي أن تهدف أسس الميراث عند الرومان إلى حفظ النظام الاقتصادي والاجتماعي الذي ساروا عليه وارتضوه لأنفسهم، ومن أسس هذا النظام عندهم سلطة رب الأسرة والعشيرة، ومن أجل ذلك نجد أن لجنة العشرة التي وضعت قانون الألواح الإثني عشر قد سارت في هذا النظام على مبدأين:

1- استبقاء الثروة في العائلات، وحفظها من التفتت هنا وهناك، ولهذا حرّموا من الميراث أولاد البطون وقصروه على أولاد الظهور، وتطبيقاً لذلك حرّموا التوارث بين الأم وأولادها حرصاً على استبقاء الأموال في العائلات، وعدم انتقالها إلى عائلات أخرى، وذهبوا إلى أن إرثها من أبيها يؤول بعد وفاتها لإخوتها وعصبتها، دون أولادها لأنهم من عائلة أخرى.

2- المحافظة على كيان العائلات، وعلى سلطة أرباب الأسر، ولهذا حرّموا من الميراث أولاد الظهور الذين زالت عنهم سلطة الآباء بسبب التبني⁽²⁾.

والورثة عندهم ثلاثة أقسام:

- الورثة الضروريون: وهم العبيد الذين اختارهم سادتهم ليكونوا ورثة لهم، بمجرد موت سادتهم يصبحون أحراراً ووارثين بالضرورة وجبراً عنهم، وإن لم يريدوا أن يكونوا وارثين.
- الورثة الأصلاء: هم فروع الميت كالابن والبنات وإن نزلوا فهم أصلاً لأنهم من أهل الميت، ويعدون أول المستحقين للتركة.
- الورثة الأجانب: هم من عدا هؤلاء، أي جميع الورثة الذين لم يكونوا خاضعين لسلطة الميت عند وفاته، كالفروع الذين خرجوا من تحت ولايته فصاروا بذلك أجنب عنه⁽³⁾.

3- أسباب الميراث عند الرومان: وتنحصر في سببين اثنين فقط: القرابة وولاء العتاقة⁽⁴⁾.

أ- القرابة: وتشمل:

(1) المرجع نفسه، ص 11.

(2) عارف خليل أبو عبيد، الوجيز في الميراث، مرجع سابق، ص 20.

(3) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 226.

(4) المرجع نفسه، ص 224.

- 1- الفروع: ويثبت نسبهم للأصل بطرق عدة، وهم: الأولاد المولودين من زواج شرعي، الأولاد المولودين من معاشرة غير شرعية إذا قام الأب بتصحيح نسبهم بأن منحهم البنوة الشرعية، والأشخاص الذين يدخلهم رب الأسرة في أسرته عن طريق التبني.
- 2- الأصول.
- 3- والحواشي.

ب- ولاء العتاقة: وهو الرابطة التي تكون بين العبد والسيد الذي منّ عليه بنعمة تحريره، ومركز المولى في ميراث عبده الذي أعتقه في القانون الروماني مركز أقوى من أصوله وعصبته، إذ لا يتقدم عليه سوى فروع العتيق وحدهم.

وبالتالي فإن الزوجية لا تعد سببا للميراث عند الرومان، فلا ميراث للزوجة من زوجها كما هو مقرر عند اليهود، لأنه لو جعلت الزوجية سببا للميراث لأدى ذلك إلى انتقال التركة إلى غير أسرة الميت، وهذا ينافي أحد أسس الميراث عندهم⁽¹⁾.

ثانيا: التوارث بين الزوجين في نظام الميراث اليوناني:

كان لعبادة الأسلاف وفكرة تخليد العائلة أثر في نظام الميراث عند قدماء اليونان، ومن أجل ذلك حرم اليونانيون من الميراث كل من يتصل بالميت عن طريق النساء سواء كان ذكرا أو أنثى، فحرموا البنات وأولادهن، وحرّموا الإخوة لأُم لأنهم يتقربون إلى الميت عن طريق النساء.

وكانت طريقتهم في الميراث عبارة عن إقامة وصية أمام الجمعية المالية، إلا أنها كانت تحتاج إلى القضاء للحكم بصحة الوصية عند التنازع بين الموصي وبين أي إنسان آخر يتصدى لمنازعته، وكان الحكم الذي يصدر بصحة الوصية قابلا للطعن في أي وقت، ومن أي إنسان، إذا كان فيها

(1) عارف خليل أبو عيّد، الوجيز في الميراث، مرجع سابق، ص 21.

وقد كانت الزوجة في العهد القديم تعتبر من بين الورثة الشرعيين الذين يرثون في حالة عدم وجود وصية، باعتبارها خاضعة لسلطة رب أسرة عائلة الزوج في "الزواج بسيادة"، أما في العهد الجمهوري فقد تم توسيع دائرة الورثة القانونيين ليشمل جميع أولاد المتوفى سواء كانوا خاضعين لسلطته أو مستقلين عنه، وفضلا عن العصبة الذين كانوا يرثون منذ العهد القديم، أدخل البريتور في أواخر العهد الجمهوري ذوي الأرحام من ضمن الورثة القانونيين، وفي حالة عدم وجود هؤلاء جميعا تؤول التركة إلى الزوجة. وبقيت الزوجة في هذه المرتبة من الإرث إلى أواخر عهد الإمبراطورية السفلى حيث أنه بموجب قانون جوستينيان أصبح الزوجان لا يرثان بعضهما البعض إلا في حالة افتقار الزوج الباقي على قيد الحياة لمورد يعيش منه وفي هذه الحالة يجب ألا يتعدى نصيبه ربع التركة... أنظر: دليّة فركوس، تاريخ النظم، ج 1، أطلس للنشر، الجزائر، 1993، ص 217-218.

ضرر بمصلحة الوطن أو الأسرة، لأن القوانين اليونانية كانت تعتبر أموال العائلات جزءاً من الثروة العامة، وتعتبر كل فرد وكيلاً عن الحكومة في إدارة الأموال التي تحت يده، لا يتصرف فيها إلا بالحكمة وحسن التدبير.

وإذا لم يعترض أحد على الموصي صدقته الجمعية المالية، وبمجرد وفاة الموصي تنتقل الأموال إلى الموصى له، ويصبح هو المهيمن على أفرادها وأموالها يتصرف فيها كيفما شاء⁽¹⁾، حتى بالنسبة للبنات إن شاء زوجهن وإن شاء منعهن من الزواج.

ولم يكن للأب حق التصرف في أمواله عندهم إلا بقبول لا بد من مراعاتها، وكان له أن يؤثر بعض أبنائه على البعض الآخر، ولكن لم يكن له أن يحرم بعض أبنائه حرماناً تاماً.

وكان القانون اليوناني يقضي إذا لم يكن هناك وصية بمساواة جميع الأبناء في الميراث، فإن الابن البكر هو الذي يحتفظ بالبيت الأبوي⁽²⁾، فإذا لم يكن للرجل أبناء كان له أن يوصي بماله لمن يشاء، وإذا مات بلا وصية ورثه إخوته ثم أبنائهم ثم أعمامه ثم أخواله.

ولم يكن للمرأة - بما في ذلك الزوجة - عند قدماء اليونان حق في الإرث، وكانوا إذا لم يجدوا للميت وارثاً بحثوا عن أرشد الذكور من أقربائه لتوريثه، فإذا لم يوجد في أسرته ذكور قصدوا إلى الذكور من أسرة امرأته فأعطوهم ميراثه⁽³⁾.

والسبب في إثارة قدماء اليونان الذكور على الإناث في الميراث هو فكرة تخليد العائلة كما قلنا، بالإضافة إلى ذلك أن قدماء اليونان كانوا يعيشون في حرب وغارات فأثروا الذكور بذلك، لأنهم من يقدر على الحرب وليس للنساء قدرة عليها⁽⁴⁾.

ثالثاً: التوارث بين الزوجين في الشريعة اليهودية:

ونتناول الأسس التي يقوم عليها الميراث في الشريعة اليهودية وأسباب الميراث عندهم.

1- الأسس التي يقوم عليها الميراث في الشريعة اليهودية:

(1) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 11.

(2) فيلسيان شالاي، تاريخ الملكية، ترجمة: صباح كنعان؛ الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، (د.س.)، ص 20.

(3) مصطفى عاشور، علم الميراث، مكتبة القرآن، القاهرة، مصر، 1988، ص 12.

(4) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 232.

اليهود بطبيعتهم يعيشون متماسكين متكئين فيما بينهم، لا يهتمهم إلا أمر أنفسهم وجنسهم، وكانوا يزعمون وما زالوا بأنهم شعب الله المختار، الذي يجب أن يحافظ على خصائصه بالانطواء وعدم الانصياع إلى جنس آخر، وبلغ بهم الأمر أنهم لا يرحبون بدخول غيرهم في دينهم، كما أنه ليس من طباعهم الاهتمام بتعليم غيرهم دينهم وأحكام شريعتهم، وكان ذلك سببا في اتساع الهوة بينهم وبين من يعيش بين ظهرانيهم من أبناء الديانات والأجناس الأخرى⁽¹⁾.

ومن أجل هذا، كان من الطبيعي أن يحرصوا كل الحرص على عدم ذهاب شيء من مال الميت إلى غير الأحياء من أصوله وفروع أسرته، ولو كان بعيدا في درجة قرابته منه، حتى تحتفظ الأسرة فيما بينها بأموالها التي تعبت في جمعها، والتي تعتر بها كوسيلة للسيطرة والظهور في المجتمعات⁽²⁾.

ومن الأسس التي تحكم نظام الميراث عندهم، أن الشخص له كامل الحرية في ماله يتصرف فيه كيف يشاء، بطريق الهبة أو الوصية، فله أن يجرم ذريته وأقاربه من الميراث إذا أراد ذلك، وله أن يوصي بماله لمن يشاء حتى ولو كان أجنبيا لسبب يراه جديرا بالرعاية.

والرجل في شريعتهم هو عماد الأسرة، ولهذا فالمرأة لا حظ لها من الميراث، سواء كانت أما أو بنتا أو أختا أو زوجة، فلا حظ للبت في ميراث الأب إذا كان له ولد ذكر، كما أن الأم لا تراث من أولادها؛ وإن ماتت هي يكون ميراثها لابنها إن كان لها ابن وإلا كان لابنتها.

2- أسباب الميراث في الشريعة اليهودية:

يعتمد اليهود في الميراث على التوراة، وأسباب الميراث في الشريعة اليهودية أربعة هي: البنوة والأبوة والأخوة والعمومة، وكل درجة من هذه الدرجات تحجب التي بعدها.

ومن هنا نرى أن الزوجية ليست من أسباب الميراث مطلقا بل من طرف واحد، فلا ميراث للزوجة من زوجها إذا توفي قبلها، حتى إذا اشترطت أن ترثه وكان له ورثة بطل الشرط ولو حصل قبل الزواج، ولكن للزوجة الأرملة الحق في أن تعيش من تركتها زوجها المتوفى، ولو كان قد أوصى بغير ذلك⁽³⁾، أما الزوج فهو الوارث الشرعي الوحيد لزوجته.

(1) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 234.

(2) عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، مرجع سابق، ص 18.

(3) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005،

وقد نصت المادة 337 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين: على أن كل ما تملكه الزوجة يؤول بوفاتها ميراثا شرعيا إلى زوجها وحده لا يشاركه فيه أحد من أقاربها ولا أولادها، سواء كانوا منه أم من رجل آخر⁽¹⁾.

وإذا ترك الميت ذرية ذكورا وإناثا كانت التركة من حظ الذكور وحدهم مع حلول ابن الابن محل أبيه في الحصول على نصيبه من تركة جده، ويكون للبنت حق النفقة في التركة حتى تتزوج، ويكون للولد الأكبر نصيب مضاعف خاصة في العقارات، وإذا لم يكن للميت ذرية ولا أصولا وكان له من أقارب فالميراث له، ويكون أحقهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت، وإذا لم يكن له أقارب كانت أمواله التي يتوفى عنها مباحة، يتملكها أسبق الناس إلى حيازتها⁽²⁾.

إن نظام الميراث عند اليهود مهما يكن متفقا وحياء اليهود الاجتماعية والاقتصادية، ومهما تكن أسسه دينية ترجع إلى التوراة وشروحها - كما يزعمون - فهو ليس بنظام عادل لأنه لم يراع ظروف كل وارث.

إذ ليس من الإنصاف أن يختص بالميراث الذكور دون الإناث، فيرث الولد دون البنت، ويرث الزوج زوجته ولا ترثه هي، مع أن الزوجة تسهم في تكوين الأسرة وفي جمع الثروة وفي مكابدة الحياة⁽³⁾.

رابعا: التوارث بين الزوجين عند العرب في الجاهلية:

كان لحياة العرب في الجاهلية أثرها في نظام الميراث، فقد كانوا أهل حل وترحال وحرب ونزال، فأثر ذلك في نظام الميراث عندهم، وجاء هذا النظام وليد تلك الأوضاع، يتنافى مع الفطرة السليمة ويحيد عن المحجّة الواضحة، فقد كان العرب في الجاهلية لا يورثون إلا من اشتد عوده من الرجال وقاتل على ظهور الخيل وحاز الغنيمة وحمى الديار، وكانوا يجرمون المستضعفين من الميراث لأنهم ليسوا من أهل القتال، بل يحتاجون إلى من يحميهم وقت الغارات المعادية، فلم يكن للبنات عندهم حق في الميراث كالزوجات والأمهات والصغار⁽⁴⁾.

(1) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 235.

(2) أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 427.

(3) عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، مرجع سابق، ص 19.

(4) مصطفى عاشور، علم الميراث، مرجع سابق، ص 11.

فقد تمثلت أسباب الميراث في الجاهلية في:

القراية (والتي كانت مقصورة على الذكور بشرط البلوغ والقدرة على حمل السلاح)، وفي الولاء أو المخالفة، وفي التبني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التوارث بين الزوجين في الشريعة الإسلامية:

جاء الإسلام وكان العرب قد تعودوا على نظامهم الخاص في الميراث، فسلك التشريع الإسلامي معهم مبدأ التدرج في التشريع في كثير من الأحكام، فلم يشرع نظام الميراث في الإسلام دفعة واحدة وإنما شرع بالتدرج شيئاً فشيئاً لئلا يثقل على النفوس.

ففي البداية لم يبلغ الإسلام أسباب الميراث التي كانت معروفة عند العرب في الجاهلية وهي القراية والتبني والحلف بل تركهم يتوارثون بها فترة من الوقت، ولما استقرت العقيدة في نفوس العرب، عندئذ بدأ تشريع الميراث في الإسلام، فأبطل ما اعتادوا عليه من توريث الرجال دون الأطفال والنساء⁽²⁾، بقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾⁽³⁾ - (النساء 7- وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ - (النساء 11-

كما أبطل الإسلام الميراث بالمخالفة، قال تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽⁴⁾ - (الأنفال 75-، وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ

(1) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 14.

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 26-27.

(3) جاء في أحكام القرآن لابن العربي في سبب نزول هذه الآية: (قال قتادة: كان أهل الجاهلية يمنعون النساء الميراث ويخصون به الرجال، حتى كان الرجل منهم إذا مات وترك ذرية ضعافاً وقراية كباراً استبد بالمال القراية الكبار. وقد روي أن رجلاً من الأنصار مات وترك ولداً أصغر وأخاً كبيراً، فاستبد بماله، فرفع أمره إلى النبي ﷺ، فقال له العم: يا رسول الله: إن الولد صغير لا يركب ولا يكسب، فترلت الآية).

أنظر: ابن العربي، أحكام القرآن، القسم الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003، ص 443.

(4) جاء في سبب نزول هذه الآية: (أخرج ابن جرير والطيلسني والطبراني وابن أبي حاتم عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قال: إنما نزلت هذه الآية أن الرجل كان يعاقد الرجل، يقول: ترثني وأرثك، فترلت الآية. وسنده صحيح).

أنظر: عصام بن عبد المحسن الحميدان، الصحيح من أسباب النزول، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1999، ص 199.

لِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ ﴿١١﴾ - (النساء 11-)، فمن هاتين الآيتين يتبين أن أهل القرابة هم أحق بميراث قريبهم الميت من غيرهم ممن ليست لهم صلة قرابة بالميت⁽¹⁾.

وبعد ذلك أبطل الإسلام التبني والميراث بالتبني، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَسْمَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ﴾ (2) - (الجزء 4، 5-)

ثم شرع الله بعد ذلك نظاماً مؤقتاً للميراث كان سببه الهجرة والمؤاخاة بين المهاجرين والأنصار، فقد كان المهاجر يرث أخاه المهاجر على أن يكون كلا منهما مرتبطاً بأخيه برباط الأخوة والإخلاص كما كان الرسول عليه السلام يؤاخي بين المهاجرين والأنصار ويرث كل منهما الآخر، فإذا مات المهاجر في المدينة وليس له قريب مهاجر ورثه الأنصاري الذي آخى النبي ﷺ بينه وبينه، ومنع قريبه الذي لم يهاجر من الميراث ولو كان مسلماً.

واستمر الإرث بطريق الهجرة والمؤاخاة فترة من الزمن لأن الدولة الإسلامية كانت بحاجة إليه في صدر الإسلام، ولما أعز الله الإسلام وقويت شوكة المسلمين، نسخ الميراث بسبب الهجرة والمؤاخاة وحل محله الميراث بالقرابة، قال تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (3) - (الأنفال 75-)

هذا ولم يحدد الإسلام في البداية مراتب المستحقين من الأقارب ولا مقادير أنصبتهم بل تركت لمن حضرته الوفاة أن يوصي للوالدين والأقربين بما شاء في حدود المعروف، قال تعالى:

(1) جاء في أحكام القرآن لابن العربي: والذي عندي أنه عموم في كل قريب بينته السنة بقوله: (ألقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى عصبة ذكر)، حسيماً ثبت في كتاب الله، وقال رسول الله أنظر: ابن العربي، أحكام القرآن، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 443.

(2) قال القرطبي في هذه الآية: (رفع الله حكم التبني ومنع من إطلاق لفظه، وأرشد بقوله إلى أن الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه نسباً. فيقال: كان الرجل في الجاهلية إذا أعجبه جلد الرجل وظهره ضمّه إلى نفسه، وجعل له نصيب الذكر من أولاده من ميراثه، وكان ينسب إليه فيقال: فلان بن فلان. وقال النحاس: هذه الآية ناسخة لما كان عليه من التبني، وهو من نسخ السنة بالقرآن، فأمر أن يدعوا من دعوا إلى أبيه المعروف، فإن لم يكن له أب معروف نسبه إلى ولائه، فإن لم يكن له ولاء معروف قال: يا أخي؛ يعني في الدين...).

أنظر: القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، ج 17، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2006، ص 57-58.

﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (1) - (البقرة 180 -

ولما استعدت القلوب والعقول لتقبل النظام الكامل للميراث في الإسلام جاءت آيات الموارث التي بينت تفصيلاً الورثة ونصيب كل وارث، وكان مما أقرته تلك الآيات التوارث بين الزوجين في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَنْزَوْنَا لَكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ ذِينَ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ - (النساء 12 -

وهكذا يكون الإسلام قد أبطل الميراث بالحلف والتبني وبالهدية والمؤاخاة، وجاء بنظام جديد يحقق العدل والمساواة؛ وسلك في نظام الميراث التدرج في التشريع (2)، ليصل في الأخير إلى إقرار أسبابه وهي: القرابة والزوجية.

(1) قال ابن العربي في حكم هذه الآية: وقد اختلف الناس في ذلك على قولين: قال بعضهم: إنها واجبة لما رواه مسلم وغيره، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ أنه قال: [مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ بَيْتٌ لَيْلَتَيْنِ - وفي رواية ثلاث ليال - إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ]. وقال آخرون هي منسوخة واختلفوا في نسخها، فمنهم من قال: نسخ جميعها، ومنهم من قال: نسخ بعضها، وهي الوصية للوالدين، والصحيح نسخها وأنها مستحبة إلا فيما يجب على المكلف بيانه أو الخروج بأداء عنه، وعليه يدل اللفظ بظاهره ، وذكر حديث ابن عمر بلفظ الحق الذي يقتضي الحث، ويشمل الواجب والندب.

انظر: ابن العربي، أحكام القرآن، القسم الأول، مرجع سابق، ص 102.

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الثالث: التوارث بين الزوجين في التشريعات الوضعية الحديثة:

ونتناول أولاً التوارث بين الزوجين في التشريعات الأوروبية، وثانياً التوارث بين الزوجين في قوانين الدول العربية.

أولاً: التوارث بين الزوجين في التشريعات الأوروبية:

تختلف الدول الأوروبية في إقرارها بحق الزوجين في التوارث.

- ففي القانون الفرنسي أشهر القوانين الوضعية الحديثة، والذي قامت على أساسه أكثر هذه القوانين، نجد أن أسباب الميراث فيه تتجلى في: القرابة والزوجية. فالمستحقون للتركة هم: الأولاد من نكاح صحيح أو زنى⁽¹⁾، وسائر الفروع والأصول والحواشي، وكذى الزوج والزوجة⁽²⁾، وتكون درجات أصحاب الاستحقاق في التشريع الفرنسي كما يأتي:

الدرجة الأولى: فروع المتوفى وهم أولاده وأحفاده.

الدرجة الثانية: أبوا الميت وفروعهما.

الدرجة الثالثة: أجداد الميت وجداته وفروعهم، ويرثون إذا انعدم الأبوان والإخوة.

الدرجة الرابعة: الأولاد من النكاح الفاسد أو الأولاد غير الشرعيين.

(1) من بين قواعد الميراث في القانون الفرنسي، أن الميراث يستحق بموت المورث حقيقة أو حكماً، وأن البنت و الابن متساويان في أصل الاستحقاق ومقداره، وأن من مات قبل موت أصله حل بنوه محله في استحقاق نصيبه كما لو كان حياً. والقاعدة في توريث الأصول والحواشي أن التركة تقسم بينهم إلى قسمين، قسم يعطى إلى من يدي إلى الميت من جهة الأب وقسم يعطى إلى من يدي إليه من جهة الأم، ولا فرق بين الإخوة الأشقاء وغير الأشقاء. ولا يرث الأصول غير الأب والأم عند فقد الفروع والحواشي فتقسم التركة بينهم إلى قسمين: قسم للأصول الذكور وقسم للإناث، ويراعى في استحقاقهم القرب والبعد، فيحجب الأقرب منهم الأبعد، وإذا تعدد الأصول من طبقة واحدة أخذ كل منهم نصيبه عدد رؤوسهم...
أنظر: أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 246؛ منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2008، ص 20.

(2) Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traite Pratique de Droit Civil Français*, Tome IV Successions, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2e édition, 1956, P 198-200.

الدرجة الخامسة: الزوج والزوجة.

الدرجة السادسة: الدولة.

وكل درجة من الدرجات المذكورة تحجب بمن قبلها، وأصحاب الدرجات الأولى والثانية والثالثة هم الورثة الشرعيون، الذين هم أقارب الميت، يرثون عقب وفاة المورث بلا توقف على حكم القضاء لهم بالإرث⁽¹⁾.

أما أصحاب الدرجات الثلاثة الأخيرة، بما فيهم الزوج والزوجة، فلا يرثون إلا بعد حكم القضاء بإرثهم⁽²⁾.

- أما نظام الميراث في القانون الألماني الحديث الصادر عام 1900 بعد دراسة استمرت سنوات، خالف المشرع فيه ما كان يسير عليه من الأخذ بالتشريع الروماني في خلافة المورث في شخصه وسائر ديونه والتزاماته، فلقد رأى القانون الألماني أن الوارث يخلف المورث فقط في أمواله، وفي ديونه بقدر ما تتسع لها التركة، فالميراث خلافة في المال فقط لا خلافة في الشخص، ورأى من العدل فصل ذمة الوارث عن ذمة المورث، فالوارث بناء على ذلك لا يلتزم بديون مورثه إلا في حدود التركة، وليس على الوارث إلا دفع ديونه من أموالها، فإن فضل منها شيء كان ميراثا له، وإن لم تفي بأداء الديون لم يكن له ولا عليه.

ويقوم نظام الميراث في التشريع الألماني على سببين: الزوجية، والقربانية، فقد جعل التشريع الألماني الزوجية من أسباب الميراث، ورتب عليها حقوقا لكل من الزوجين في التركة، فلقد جعل نصيب الزوج مطلقا - ذكرا أو أنثى - أي زوجا أو زوجة الربع⁽³⁾، مع وجود أحد الأقارب الوارثين أو أحد الأصول، أما إذا انعدم جميع الورثة فإن للزوج أو الزوجة التركة جميعها⁽⁴⁾.

(1) مصطفى عاشور، علم الميراث، مرجع سابق، ص 19.

(2) منصور كافي، الموارث، مرجع سابق، ص 20.

(3) Catherine Labrusse, *l'égalité des époux en droit allemand*, LGDJ, paris, 1965,

65-66. P

(4) كما جعل التشريع الألماني القربانية سببا ثانيا من أسباب الميراث، والمستحقون للتركة من الأقارب خمسة أصناف مرتبون في الاستحقاق على الوجه الآتي:

أ- الفروع، بحيث يتساوى الذكور والإناث في أصل الاستحقاق ومقداره، ب- الأيوان والإخوة والأخوات دون تمييز بينهم، ج- الأجداد والأعمام والعمات، د- آباء الأجداد وأعمام الأصول وعماتهم وأخواتهم وخالاتهم، هـ- أجداد الأجداد ونسلهم. وإذا لم يوجد للمتوفى قريب أصلا، وأوصى لأحد، أخذ الموصى له المال، وأما إذا لم يوص فإن التركة تنتقل إلى الدولة. أنظر: أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 250-251.

- أما في روسيا، فبعد عودتها إلى الملكية الفردية وإلى نظام الموارث⁽¹⁾، استجابة لنوازع الفطرة ونزولا عند حكم الواقع، ففي 22 ماي 1922 أقر القانون لجميع المواطنين بحق تنظيم المؤسسات التجارية والصناعية واكتساب الممتلكات ونقلها وحتى بحق الإرث (حتى مبلغ عشرة آلاف روبل ذهباً)⁽²⁾.

وقد ورد في الدستور السوفياتي من النسخة العربية المطبوعة في موسكو عام 1943 نقلا عن النسخة الروسية المطبوعة في موسكو عام 1941:

المادة 10: إن حق الملكية الشخصية للمواطنين في دخلهم وتوفيرهم الناجمين عن عملهم وفي مساكنهم، واقتصاديات بيتهم الإضافية، وفي الحاجيات والأدوات المنزلية، وفي الأشياء ذات الاستعمال الشخصي، وكذلك حقهم في إرث الملكية الشخصية، حق مصون بموجب القانون. وبهذا جاء الميراث صريحا في هذه المادة، وقد أقر القانون الروسي بالتوارث بين الزوجين، بحيث يحصر هذا النظام الميراث في: الأولاد والزوج والزوجة والإخوة والأخوات والأدعياء⁽³⁾.

وترجع جذور العودة إلى الإرث في روسيا إلى التشريع الذي صدر سنة 1922، إذ أعاد هذا التشريع الحق في الإرث القانوني والإرث عن طريق الوصية، ولكن كان ذلك في حدود ضيقة جدا، فانحصر الإرث في الفروع والزوجة ومن كان يعولهم المتوفى قبل وفاته لمدة سنة على الأقل، وبقي الأمر كذلك حتى عام 1945، حيث صدر أمر من رئيس المجلس السوفياتي الأعلى في 11/03/1945 وسّع فيه دائرة الورثة القانونيين، ورتبهم على ثلاث طوائف، وهي: الذرية والزوجان، الوالدان وأولاد التبني، الإخوة والأخوات.

وكل طائفة تحجب التي بعدها، كما أن أهل كل طائفة يتحجبون فيما بينهم فيحجب الأقرب منهم الأبعد.

(1) فقد طالبت الشيوعية في روسيا باستبعاد الملكية الفردية، واستبعاد الميراث أيضا، وقد حققت أهدافها لبعض الوقت، بصدور التشريع الروسي في أعقاب الثورة البلشفية، وذلك في 1918/04/27، فألغيت الملكية الفردية وهذا يقضي بإلغاء الميراث. أنظر: أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 253.

(2) فيليسيان شالاي، تاريخ الملكية، مرجع سابق، ص 125.

(3) أي من يديهم المورث وينسبهم إليه، وقد أبطل الإسلام هذا النظام الذي كان معمولا به في الجاهلية.

- وطبقا للقانون السويدي فإن الشخصين المتعايشين إذا رغبا في التوارث لا بد من كتابة الوصية الصريحة في ذلك⁽¹⁾.

ثانيا: التوارث بين الزوجين في قوانين الدول العربية:

نصت جميع قوانين الدول العربية على هذا الحق.

فقد أشار القانون الأردني إلى حق التوارث بين الزوجين في المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976 حيث نصت على أنه: " إذا وقع العقد صحيحا لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة، ويثبت بينهما حق التوارث "⁽²⁾.

وأشار القانون السوري إلى هذا الحق في المادة 49 حيث نصت على أن: " الزواج الصحيح النافذ تترتب عليه جميع آثاره من الحقوق الزوجية كالمهر و نفقة الزوجة ووجوب المتابعة وتوارث الزوجين ومن حقوق الأسرة كنسب الأولاد وحرمة المصاهرة "⁽³⁾.

أما القانون المغربي فقد نص على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وذكر منها حق التوارث بين الزوجين، كما نص القانون السوداني، والقانون الإماراتي⁽⁴⁾، ومشروع القانون الخليجي، ومشروع القانون العربي الموحد، في المادة 348 والفقرة أ من المادة 425 والمادة 234 والمادة 244 على أن: " أسباب الإرث: الزوجية والقرابة " ⁽⁵⁾.

(1) إلا أن الأطفال - ومنهم المتبنين- يرثون دائما الحقوق من الوالدين سواء أكانا متزوجين أم غير متزوجين، ولهم الصدارة في الميراث، ويستطيع الشخص أن يحدد بنفسه الوارث له من خلال الوصية، كما يستطيع أن يحجب الميراث من الشخص الذي لا يرغب بوراثته، والوصية طبقا لذلك هي تملك مضاف لما بعد الموت لأن الورثة أثناء الحياة غير جائزة إلا أن الأطفال ممن هم دون سن الرشد يرثون دائما النصف من ثروة المتوفى.

أنظر: منذر الفضل، (نظام الأسرة في القانون السويدي)، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، محرم 1422هـ - مارس 2001، ص 334.

(2) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004، ص 315.

(3) قانون الأحوال الشخصية السوري، وزارة العدل، ص 30.

(4) مأخوذ عن الموقع الإلكتروني: www.gcc-legal.org/moj

(5) جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، عمان، الأردن، 2009، ص 58.

ويفهم من القانون التونسي الذي اعتبر الزوج والزوجة من أصحاب الفروض في الميراث، أن التوارث بين الزوجين حق مشترك فقد نص في الفصل 91 على أن الزوج والزوجة من أصحاب الفروض، ويّين في الفصول 92، 94، 95 نصيب كل من الزوجين عند وفاة الآخر.

كما نص القانون العراقي في المادة 91 من قانون الأحوال الشخصية على: " يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه، أما الزوجة؛ فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه "، مع الأخذ بنظر الاعتبار مذهب المتوفى في الاختلافات ما بين الفقهاء السني والجعفري استنادا إلى أحكام المادة 90 والمادة الأولى/2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي⁽¹⁾.

كما نص القانون المصري صراحة على الأخذ بالفقه السني في تعيين ميراث الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة 11 من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943 إذ جاء فيها ما يأتي: " للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والربع مع الولد أو ولد الإبن وإن نزل، وللزوجة ولو كانت مطلقة رجعيًا إذا مات الزوج وهي في العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والثمن مع الولد أو ولد الإبن وإن نزل... " ⁽²⁾.

أما المشرع الصومالي فقد خالف الشريعة الإسلامية بنصوصها قطعية الثبوت والدلالة بمساواته بين نصيب الزوج والزوجة، وهذا ما نصت عليه المادة 160 من قانون الأحوال الشخصية الصومالي، إذ جاء فيها ما يأتي: " 1- يكون لكل من الزوج والزوجة النصف عند عدم الولد أو ولد الإبن أو ولد البنت. 2- ويكون لكل منهما الربع إذا وجد ولد أو ولد الإبن أو ولد البنت " ⁽³⁾.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على حق الزوجين في التوارث من خلال المادة 126 منه، والتي جاء فيها: " أسباب الإرث: القرابة والزوجية " ⁽⁴⁾.

(1) قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة، مرجع سابق، ص 257.

(2) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 221.

(3) قيس عبد الوهاب الحياي، مرجع سابق، ص 259.

(4) الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، مؤرخ في 09 يونيو 1984 (الجريدة الرسمية)، العدد 24، 12 يونيو 1984.

المبحث الثاني: الأحكام العامة للميراث بين الزوجين:

تعتبر الزّوجية سببا للإرث⁽¹⁾، إلا أن الميراث بين الزوجين لا يتحقق ولا يتم إلا باجتماع أمور لا بد منها، وهي: تحقق شروطه وانتفاء موانعه، فإذا تحققت الشروط وانتفت الموانع؛ استحق الحي من الزوجين نصيبه من ميراث زوجه المتوفى حسب حالته في الميراث.

وهو ما سنعرض له من خلال هذا المبحث، بالتطرق في مطلب أول إلى شروط التوارث بين الزوجين، ثم إلى موانع الميراث بينهما في مطلب ثان، وإلى أحوال الزوجين في الميراث من خلال مطلب ثالث.

المطلب الأول: شروط التوارث بين الزوجين:

يعرّف الشرط لغة؛ كما جاء في المعجم الوسيط بأنه: (ما يوضع ليلتزم في بيع أو نحوه، والشرط في الفقه: ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلا في حقيقته)⁽²⁾.

وعرّف الشرط عند الفقهاء والأصوليين بعدة تعريفات، جاء في كتاب التعريفات للجرجاني: (الشرط: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني. وقيل: الشرط ما يتوقف وجوده على وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده. وقيل: الشرط، ما يتوقف ثبوت الحكم عليه)⁽³⁾.

(1) تنص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري، على أن: " أسباب الإرث: القرابة، والزوجية ".

(2) المعجم الوسيط، عن مجمع اللغة العربية، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 479.

كما عرف الشرط في اللغة: جاء في القاموس المحيط فصل الشين وباب الطاء: (الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، كالشريطة، جمع شروط). أنظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 605-606.

(3) الجرجاني، التعريفات، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص 129.

وعرف الشرط عند الفقهاء والأصوليين بعدة تعريفات، منها:

- جاء في روضة الناظر: الشرط ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده، والعلة ما يلزم من وجودها وجود المعلول، ولا يلزم من عدمها عدمه في الشرعيات.

أنظر: عماد علي جمعة، تشجير روضة الناظر لابن قدامة، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2008، ص 115.

- وفي إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول للشوكاني المتوفى (1255هـ): الشرط هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم. وبيانه: أن الحول شرط في وجوب الزكاة، فعدمه يستلزم عدم وجوبها، والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته، والإحصان شرط في سببية الزنا للرحم، فعدمه يستلزم عدمها. الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص 8. =

ويشترط لتوارث أحد الزوجين من الآخر تحقق شروط معينة، تتمثل في توافر الشروط العامة للميراث، بالإضافة إلى شروط خاصة بالنكاح، وهو ما سنتناوله من خلال ما يأتي، بدءاً بالشروط العامة للميراث في فرع أول، ثم شروط الإرث الخاصة بالنكاح في فرع ثان.

الفرع الأول: الشروط العامة للميراث:

لاستحقاق الحي من الزوجين الميراث؛ لا بد من توافر شروط معينة، وهي:

أولاً: موت المورث حقيقة أو حكماً:

أما الموت الحقيقي: فهو انعدام الحياة في الإنسان بعد وجودها فيه، ويثبت بالمشاهدة له حين الوفاة، أو ببينة اتصل بها القضاء⁽¹⁾، وعادة ما يثبت بشهادة الوفاة الدالة على تلك الحقيقة⁽²⁾. والموت الحكمي: هو ما كان بحكم القاضي، كما في حالة المفقود الذي انقطع خبره ولم تعلم حياته من مماته⁽³⁾، أي أنها وفاة افتراضية تصدر في حقه بعد مرور المدة الكافية التي نص عليها القانون⁽⁴⁾، وهنا تثبت الوفاة بحكم من القضاء وتسجيل هذا الحكم في سجل الوفيات بالحالة المدنية. وقد نص المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 127 من قانون الأسرة: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي ".

= - وفي الفروق للقرافي المتوفى (684هـ): الشرط هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

القرافي شهاب الدين، الفروق، ج1، عالم الكتب، بيروت، لبنان، (د.س)، ص 106.

- وفي شرح العضد لابن الحاجب المتوفى (756هـ): حقيقة الشرط أن عدمه مستلزم لعدم الحكم. ابن الحاجب، شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص 7.

- وفي الإحكام في أصول الأحكام للآمدي: الشرط ما كان عدمه مخلاً بحكمة السبب فهو شرط السبب، كالقدرة على التسليم في باب البيع، وما كان عدمه مشتملاً على حكمة مقتضاها نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب فهو شرط الحكم، كعدم الطهارة في الصلاة مع الإتيان بمسمى الصلاة. الآمدي سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1985، ص 175.

(1) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 30.

(2) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 79.

(3) عبد المؤمن بلباقي، التركات والموارث، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2003، ص 12.

(4) حيث تنص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات "

ومن الموت الحكمي -إضافة إلى حالة المفقود- حكم القاضي بموت إنسان مع تيقن حياته وهو المرتد (الذي لحق بدار الحرب) فإنه يعتبر ميتا من وقت صدور الحكم بذلك، ومن هذا الوقت تقسم تركته بين ورثته عند أبي حنيفة.

ثانياً: تحقق حياة الوارث عند موت المورث:

وهو شرط أساسي لاستحقاق الإرث، لأن الوارث إنما يخلف الميت في ماله بعد موته، وينتقل إليه بطريق الميراث، فلا بد أن يكون حيا لحظة وفاة المورث أو لحظة صدور الحكم باعتباره ميتا. أما إذا تبين بأن الوارث ميت قبله أو معه، فلا توارث بينهما لعدم تحقق الشرط، ولعدم معرفة أيهما توفي قبل الآخر، كحالة الغرقى والحرقى والهدمى في الحوادث، إلا إذا تأكد بأن المورث سبق الوارث في وفاته، فهنا يستحق الميراث⁽¹⁾.

وقد نصت على هذا الحكم المادة 128 من قانون الأسرة: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"⁽²⁾.

ثالثاً: عدم وجود مانع من موانع الإرث:

لأنه بوجود المانع فلا يستحق الإرث، وهو ما أشارت إليه المادة 128 سالفه الذكر.

الفرع الثاني: شروط الإرث الخاصة بالنكاح:

بالإضافة إلى الشروط العامة للإرث السابق بيانها، يشترط في إرث الزوج من زوجته والزوجة من زوجها شرطان محددان، يجب توافرها حتى يكون كل واحد منهما مستحقا للإرث من الآخر، فإذا فُقد أو أحدهما فلا يكون الحي منهما مستحقا للإرث من الآخر، وهذان الشرطان هما:

أولاً: أن يكون عقد الزواج صحيحاً:

سواء ترتب على العقد الصحيح دخول بالزوجة أو خلوة بها، أو أن أحدهما مات قبل الدخول أو الخلوة، فإذا مات أحد الزوجين بعد العقد الصحيح مباشرة ورثه الآخر، ما لم يوجد مانع

(1) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 80.

(2) الحق في الميراث يثبت بمجرد الوفاة وليس من وقت افتتاح التركة كما أشار النص القانوني، لأنه قد تمضي مدة بين لحظة الوفاة و وقت افتتاح التركة، ومن الشروط المجمع عليها في الفقه هو أن يكون الوارث حيا أو حملا عند وفاة المورث.

من موانع الإرث⁽¹⁾.

وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 130 منه: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء"⁽²⁾.

وهو أيضا ما قضت به المحكمة العليا في عديد من قراراتها؛ منها القرار الصادر بتاريخ 1993/04/07 تحت رقم 91664، ومما جاء فيه أنه من المستقر عليه شرعا وقضاء أن العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث، وتستحق الزوجة الإرث بموت مورثها، كما قضى هذا القرار أيضا بأن تقديم مستخرج من عقد الزواج المبرم بين الوارث والمورث هو دليل إثبات تلك العلاقة ويجعل صاحبه تستحق الميراث بسببه⁽³⁾.

أما إذا كان العقد فاسدا ومات أحدهما، فلا يرثه الآخر ولو كان الموت بعد الدخول أو الخلوّة قبل التفريق بينهما أو بعده⁽⁴⁾، كمن تزوج خامسة فوق الرابعة أو من عقد على امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاع، وقد عبّر المشرع الجزائري عن هذا النوع من الأنكحة بالنكاح الباطل⁽⁵⁾ في المادة 131 من قانون الأسرة حيث قال: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

وهذا البطلان يكون باشمال الزواج على أحد الأوصاف المنصوص عليها في المادتين 33 و34 من قانون الأسرة، بأن تمّ الزواج دون ولي أو شاهدين أو صداق وحصلت الوفاة قبل الدخول - لأن الزواج في مثل هذه الأحوال يثبت بعد الدخول بصداق المثل - أو كونه بإحدى المحرمات، لأن العقد الفاسد لا يقره الشارع ولا يرتب عليه أحكام العقد الصحيح من التوارث بين

(1) أحمد فراج حسين؛ ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 114.

(2) وقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن مجرد العقد الصحيح ما بين الزوجين يكون كافيا لثبوت التوارث بينهما، واستدلوا بما يأتي:

- قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَنْزَلُكُمْ مِنْ لَدُنْكُمْ لَكُمْ أَنْ تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ ذِينَ وَكُنَّ الرُّبُعَ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّونَ بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ - (النساء 12-)، فالآية الكريمة لم تخصص أو تشترط التوارث بالدخول.

- توريث الرسول ﷺ بروع بنت أوشق وكان زوجها قد مات عنها قبل أن يدخل بها.

أنظر: قيس عبد الوهاب الحيايلى، ميراث المرأة، مرجع سابق، ص 241.

(3) المجلة القضائية، العدد الأول، لسنة 1994، ص 6.

(4) شوقي عبده الساهي، موسوعة أحكام الموارث، ط 1، دار الحكمة للطباعة والنشر، دمشق- بيروت، 1988، ص 116.

(5) محمد محدة، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 70.

الزوجين، وإذا كان الشارع قد رتب على الدخول في العقد الفاسد بعض الأحكام لذات العقد الفاسد، لأن هذا العقد لا يترتب عليه بذاته قبل الدخول أي أثر من آثار النكاح، وإنما ترتبت هذه الأحكام على الدخول فيه مع وجود الشبهة التي تدرأ عنهما حدّ الزنا⁽¹⁾.

واعتبار العقد الفاسد غير مسوغ للميراث بسبب الزوجية يكون بين المسلمين أيّاً كان سبب الفساد عند الحنفية، أي سواء أكان الفساد لتخلف شرط من شروط صحة العقد اللازمة للإنشاء فقط، أم التي تكون لازمة للإنشاء والبقاء كالمحرمية، وسواء أكان سبب الفساد متفقاً عليه أم كان مختلفاً فيه، ما دام قد تقرر في المذهب أن العقد فاسد، هذا مذهب الحنفية وهو مذهب الشافعي وأحمد⁽²⁾.

وإدعى صاحب الدر المختار (الحنفي) الإجماع على عدم التوارث بين الزوجين إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً، فقد قال: (...ونكاح صحيح، فلا توارث بفساد ولا باطل إجماعاً)⁽³⁾، وتأويل كلمة "إجماعاً" تحتل أن يكون هذا الحكم مجمعا عليه عند الفقهاء جميعاً، فإذا كان المقصود هو إجماع أئمة المذهب الحنفي فهذا مُسَلَّم، وإن كان المقصود هو إجماع الفقهاء فإنه يكون محل نظر، حيث من المقرر في المذهب المالكي: أنه ليس كل زواج فاسد لا توارث فيه، بل إن الزواج الفاسد إذا كان سبب فساده متفقاً عليه بين الفقهاء فإن الحكم فيه أنه لا يورث بسببه، وذلك كأن يتزوج الرجل خامسة وعنده أربع زوجات أو كانت أم زوجته أو عمتها أو خالتها، أما إذا كان سبب الفساد محل اختلاف بين الفقهاء ولو خارج المذهب المالكي، كالإشهاد على الزواج أو أن المرأة البالغة الرشيدة زوجت نفسها بنفسها دون وليها، فإن الميراث يثبت بهذه الزوجية إذا مات أحد الزوجين قبل فسخ العقد، سواء حصل دخول أم لا، ولا ميراث إن حصل الفسخ قبل الموت⁽⁴⁾. ويستوي في عدم استحقاق الإرث بالعقد الفاسد، أن يكون العاقد عالماً بفساده من أول الأمر أو أنه لم يعلمه إلا بعد الدخول أو أنه علم به بعد الوفاة⁽⁵⁾.

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1963، ص 102.

(2) المرجع نفسه، ص 103.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج 10، مرجع سابق، ص 497 - 498.

(4) عبد المؤمن بلباقي، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 11.

(5) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 102.

ثانياً: أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة أحد الزوجين:

وتكون الزوجية قائمة وقت الوفاة حقيقة بأن مات أحدهما وهما زوجان، أي أن الزوجة غير مطلقة عند وفاة أحدهما.

ويثبت قيام الزوجية بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وذلك إذا كان الزوجان قد قاما بإبرام عقد زواجهما أمام موثق أو أمام ضابط للحالة المدنية، أما في حالة عدم تسجيله فيثبت بحكم قضائي، حسب ما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

كما يمكن أن يثبت حق التوارث بين الزوجين في حالة قيام الزوجية الحكمية أي بعد الطلاق وأثناء العدة، وهو ما سيأتي التعرض له من خلال الفصلين الثاني والثالث من هذا البحث.

المطلب الثاني: موانع الميراث بين الزوجين:

إذا توافرت شروط الميراث بين الزوجين استحق الحي منهما نصيبه من ميراث الزوج المتوفى، شريطة عدم وجود مانع من موانع الميراث، ذلك أنه يترتب على وجودها عدم استحقاق الميراث، فإذا كان المشرع قد أوجب لتحقق الميراث نشأة أسبابه، وقيام أركانه، وتوافر الشروط وطلب تحصيلها ووجودها لكي يترتب على الميراث أثره وتطبق عليه أحكامه، فقد تطلب لنفس الغاية بالنسبة للموانع أمراً آخر هو تخلف هذه الأوصاف التي تشكل تلك الموانع وعدم وجودها، فالمطلوب هنا إلتزام سلبى بخلو الميراث من الموانع، على حين كان المطلوب في الأسباب والأركان والشروط إلتزاماً إيجابياً يتمثل في وجود تلك الأسباب والأركان والشروط⁽²⁾.

وعليه نتناول فيما يأتي، موانع الميراث عامة في فرع أول، ثم نتعرض إلى الموانع الخاصة بالنكاح في فرع ثان.

(1) حيث تنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."

(2) محمد الشحات الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د.س)، ص 73.

الفرع الأول: موانع الهيراث:

يُعرّف المانع اصطلاحاً بأنه: ما يلزم من وجوده عدم الحكم مع قيام السبب وتحقق الشرط، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه لذاته⁽¹⁾.

واتفق الفقهاء على ثلاثة موانع للإرث هي: الرق، والقتل، واختلاف الدين، واختلفوا فيما عداها⁽²⁾.

فذكر الحنفية⁽³⁾ أربعة موانع مشهورة وهي: الرق، القتل، اختلاف الدين، واختلاف الدارين، وأضافوا مانعين آخرين هما: جهالة تاريخ الموت كالغرقى والحرقى والهدمى والقتلى في آن واحد، وجهالة الوارث.

وذكر الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾ ثلاثة موانع وهي: الرق، القتل، واختلاف الدين، وأضاف الشافعية ثلاثة موانع أخرى، فتصبح الموانع عندهم ستة، وهذه الثلاثة هي: اختلاف ذوي الكفر الأصلي بالذمة والحراية، والردة، والدور الحكمي⁽⁵⁾.

(1) والمانع لغة كما جاء في القاموس المحيط: (الضَّئِنُ المُسْكُ، والمانع ما يمنع من حصول الشيء وهو خلاف المقتضي). القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 888.

كما عرّف بأنه الحائل بين شيء وشيء آخر.

وجاء في التعريفات للجرجاني: (المانع من الإرث: عبارة عن انعدام الحكم عند وجود السبب). الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 196.

فالأسباب الشرعية لا تترتب عليها مسيبتها إلا إذا وجدت شروطها وانفتحت موانعها، ويراد بالمانع هنا: ما تفوت به أهلية الإرث مع قيام سببه وتوافر شروطه. ويسمى الممنوع محروماً، والمنع: حرماناً. والممنوع من الإرث لا يعتبر موجوداً فلا يؤثر في غيره من الورثة.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ط 3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص 255.

(3) الميداني عبد الغني الغنيمي الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب، ج 4، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (د.س.)، ص 188؛ ابن عابدين، رد المختار، ج 5، مرجع سابق، ص 541؛ الطحاوي أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، مختصر الطحاوي، مطبعة دار الكتاب العربي، (دون ذكر البلد)، 1270هـ، ص 142.

(4) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1333هـ، ص 25-26؛ البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، ج 4، دار الكتب، بيروت، لبنان، 1982، ص 448.

(5) المارديني، شرح الرحبية، المطبعة الميمنية، مصر، 1313هـ، ص 11.

وذكر المالكية سبعة موانع للميراث وهي: اختلاف الدين، الرق، القتل العمد، اللعان، الزنا، الشك في حياة المولود (عدم الاستهلال)، والشك في تقدم موت المورث أو الوارث (الشك في السبق)⁽¹⁾.
أما قانوننا فإنه يمنع من الميراث ما يمنع منه شرعاً على ما هو مبين في نصوص المواد (عدم الاستهلال: المادة 134 ق.أ، الشك في أسبقية الوفاة: المادة 129 ق.أ، اللعان: المادة 138 ق.أ، الكفر (الردة): المادة 138 ق.أ، القتل: المادة 135 ق.أ).

الفرع الثاني: موانع الميراث الخاصة بالنكاح:

من خلال ما تقدم يتبين أن ما يمكن أن يكون مانعاً للميراث بين الزوجين - سواء حصلت الوفاة أثناء قيام الرابطة الزوجية أو حصلت بعد الطلاق عند تحقق شروط استحقاق الميراث - يمكن إجمالها فيما يأتي: قتل أحد الزوجين للآخر، واختلاف الدين بين الزوجين، ورّدة أحد الزوجين، والشك في أسبقية وفاة أحد الزوجين على الآخر، واللعان.

أولاً: مانع القتل:

اتفق الفقهاء على أن هذا المانع يتعلق بالقاتل ولا يتعلق بالمقتول، بمعنى أن القاتل لا يرث المقتول ولكن يرث المقتول قاتله، وذلك يتصور فيمن قُتل بالسبب أو جرح من غيره في جناية عليه ومات متأثراً بجراحه أو بالسبب بعد موت الجراح أو صاحب السبب⁽²⁾، كأن يجرح شخص زوجته جرحاً يسري إلى النفس ثم يموت الزوج وفيها حياة مستقرة فإنها ترثه.

وقد أجمع أهل العلم على أن القتل العمد العدوان من المكلف يمنعه من الميراث⁽³⁾، وقد استدل الفقهاء على ذلك بما يأتي:

- ما رواه الترمذي وغيره أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: (لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ)، أي من الميراث⁽⁴⁾.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، مرجع سابق، ص 256-257.

(2) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 48.

(3) وقد شدّ عن هذا الإجماع الخوارج وسعيد بن المسيب وابن جبير فيما حكى عنهم، حيث أنهم ورّثوه بعموم آية الموارث أي

أخذاً بظاهرها فقط دون نظر إلى ما ورد من أدلة أخرى تتعلق بالمنع. أنظر: نصر فريد محمد واصل، مرجع سابق، ص 48.

(4) محمد الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، المطبعة الحسينية، (دون ذكر البلد)، 1293هـ، ص 5.

وقد روي الحديث بروايات أخرى متعددة كلها تتضمن نفس المعنى، فرواه مالك في الموطأ وأحمد، ورواه ابن ماجة بلفظ: {القاتل

لا يرث}. أنظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج 2، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د.س)، ص 913.

- لقد منع عمر وابن عباس رضي الله عنهما ميراث القاتل، ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة، فقد أعطى عمر - رضي الله عنه - دية ابن قتادة المدلجي - وهو رجل من بني مدلج يقال له قتادة - لأخيه دون أبيه الذي حذفه بسيفه فقتله، وقال عمر في سبب المنع: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ)، وهذا هو مستند الإجماع.

ويؤكد هذا الإجماع حديث ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: (مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَإِنَّهُ لَا يَرِثُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارَثٌ غَيْرُهُ، وَإِنْ كَانَ وَالِدُهُ أَوْ وَلَدُهُ فَلَيْسَ لِقَاتِلِ مِيرَاثٌ) رواه الإمام أحمد في مسنده (1).

- إن هذا القاتل قد يقصد بقتل مورثه استعجال ميراثه، فيعاقب بنقيض مقصده بالحرمان، زجرا له ودرءاً للفساد، ولأن القتل قطع المولاة وهي سبب الإرث (2)، والقاعدة الشرعية تقول: " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه "، وفي ذلك يقول ابن قدامة: إن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت مورثه ليأخذ ماله، كما فعل الإسرائيلي الذي قتل عمه فأنزله الله تعالى فيه قصة البقرة، وقيل: ما ورث قاتل بعد (هايل) وهو اسم القاتل (3).

- أن الميراث نعمة فلا تُنال بجريمة وهي القتل.

وأما ما عدا القتل العمد العدوان فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

1- مذهب الحنفية: إن القتل المانع للميراث: هو الذي يجب فيه القصاص أو الكفارة فيحرم به الميراث؛ وما لا يوجب ذلك فهو تسبب لا يحرم الميراث (4)، وبيانها فيما يلي:

أ- القتل الذي يجب فيه القصاص وهو القتل العمد: وقد حدده أبو حنيفة بأنه القتل الذي تعمده القاتل، مستعملاً آلة حادة تفرق الأجزاء، كالسلاح أو ما يجري مجراه في تفريق الأجزاء، كالنار والمحدد من الخشب والحجر أو غيرها، وحدده الصحابان: بأنه القتل الذي تعمد القاتل فيه الضرب، مستعملاً ما يقتل غالباً، سواء كان محمداً أو غير محمداً كحجر عظيم (5).

ورواه الشافعي وعبد الرزاق والبيهقي عن عمر، ورواه أبو داود والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ { لا يرث

القاتل شيئاً } . أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 260.

(1) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 48.

(2) محمد الشربيني، الإقناع، ج 2، مرجع سابق، ص 5.

(3) ابن قدامة المقدسي، المعنى، ج 6، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 291.

(4) نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 6، المطبعة الكاستلية، مصر، 1082هـ، ص 431.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، مرجع سابق، ص 260.

ب- القتل الذي تجب فيه الكفارة: وهو عندهم ثلاثة أنواع هي:

شبه العمد، والخطأ، والجاري مجرى الخطأ⁽¹⁾.

* فأما شبه العمد: فهو عند الإمام أبي حنيفة: القتل الذي تعمد فيه القاتل الضرب بما ليس بسلاح

ولا ما أجرى مجرى السلاح، كالحجر الكبير والعصا الكبيرة، وعند الصحابين: القتل الذي تعمد

القاتل فيه الضرب بما لا يقتل غالبا، كالحجر والعصا الصغيرين.

وسمي شبه عمد، لأن فيه قصد الضرب وعدم قصد القتل⁽²⁾.

* وأما القتل الخطأ: وهو نوعان:

. خطأ في القصد: هو أن يرمي إنسان هدفا يظنه صيدا فإذا هو آدمي.

. خطأ في الفعل: وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا.

وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة، لقوله تعالى: ﴿ قَتَحْرِهِمْ رُقْبَةً مُؤْمِنَةً وَدِيَّةً مُسَلَّمَةً إِلَىٰ

أَهْلِهِ ﴾ - (النساء 92) -

* أما القتل الجاري مجرى الخطأ: مثل النائم ينقلب على شخص فيقتله فحكمه حكم الخطأ في

الشرع، ومثله أيضا: أن يسقط عليه من سطح أو يسقط من يده حجر فيقتله⁽³⁾، وقد قال الفقهاء: لا

إثم في قتل الخطأ أو الجاري مجراه، وإن كان لا يعرى عن إثم ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال

الرمي أو غيره، ولذلك وجبت الكفارة وحرّم من الميراث.

هذه الأنواع السابقة من القتل إذا ارتكبتها قاتل يجرم من ميراث المقتول، بشرط أن يكون

القاتل بالغا عاقلا⁽⁴⁾.

(1) البتني عبد الملك بن عبد الوهاب المكي، شرح خلاصة الفرائض نظم متن السراجية، دون ذكر الناشر، مصر، 1299هـ،

ص 11.

(2) المرغيناني برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 4، المكتبة الإسلامية، دون ذكر البلد

والسنة، ص 159؛ الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،

1982، ص 223.

(3) البتني عبد الملك، مرجع سابق، ص 11.

(4) وقد قال عبد الملك البتني في ذلك: ويمنع الميراث قتل إن وجب قصاص أو كفارة أو يستحب.

أما الأنواع الأخرى من القتل والتي لا يجب فيها قصاص أو كفارة فلا تعتبر مانعة من الميراث وهي: القتل بالتسبيب، القتل بحق، القتل بعذر، والقتل من غير المكلف⁽¹⁾.

* القتل بالتسبيب: هو ما لا يباشر فيه الشخص القتل وإنما يفعل فعلا يترتب عليه موت مورثه، ومثاله: رجل حفر بئرا في الطريق في غير ملكه ودون إذن الحاكم فوقع في هذا البئر مورثه فمات، وحكم هذا القتل أنه تجب فيه الدية على العاقلة صيانة لدم المقتول عن الإهدار، ولا قصاص في هذا القتل ولا كفارة ولا حرمان من الميراث⁽²⁾.

* القتل بحق: كما إذا قتل مورثه حدا أو قصاصا أو دفاعا عن النفس أو العرض أو المال، وهذا القتل لا يمنع من الميراث، لأن الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور، والقتل بحق غير محظور شرعا، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ - (النساء 33) - كما أن هذا القتل لا يجب فيه قصاص أو كفارة أو دية، كما أنه لا إثم فيه.

* القتل بعذر: كقتل الزوج زوجته والزاني بها عند مفاجئتها حال الزنا، ومثل الزوجة كل ذات رحم محرم، قال ابن عابدين: (إذا قتل الزوج امرأته أو ذات رحم من محارمه المؤنث لأجل الزنا يرث منها، خلافا للشافعي، يعني مع تحقق الزنا، أما بمجرد التهمة فلا)⁽³⁾.

* القتل من غير المكلف: لو قتل المخنون أو المعتوه أو الموسوس أو الصبي الذي لم يبلغ الحلم مورثه لا يحرم من الميراث⁽⁴⁾، لأنهم غير مكلفين ولا تتفاء قهمة استعجال موت مورثهم، ويلحق بهم من كان في غيبوبة من عقار تناوله مضطرا أو من غير علم⁽⁵⁾.

المرجع نفسه، ص 10؛ ويقصد الناظم من يستحب: أن القتل المستحب للكفارة يمنع من الميراث أيضا عند الأحناف، ومثال ذلك:

كمن ضرب امرأة فأسقطت جنينا ففيه الغرة وتستحب فيه الكفارة ويحرم القاتل في هذه الصورة.

(1) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ص 431.

(2) المرغيناني، الهداية، مرجع سابق، ص 159؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج 10، مرجع سابق، ص 504.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج 10، ص 504.

(4) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ص 431.

(5) وقد نظم هذه الأنواع من القتل والتي لا تحرم من الميراث؛ البتني في خلاصة الفرائض، فقال:

قتل القصاص أو حدّ أو مدافعة أو من صبي أو مجنون بلا رشد

وعادل باغيا والعكس مدعيا إنني على الحق حتى الآن لم أحد

وحفر بئر بملك الغير ذا سبب كوضعه حجرا بالإرث فيه جد

البتني عبد الملك، شرح خلاصة الفرائض، مرجع سابق، ص 11.

2- مذهب الشافعية: قال الشافعي: كل قتل يمنع من الميراث، ولو من غير مكلف فتحقق وصف القتل في الشخص يمنع من الميراث، سواء كان القتل عمداً أم خطأً، وسواء أكان القتل بحق أم بغير حق، وسواء كان القاتل مكلفاً أم لا، وسواء أكان القتل بالمباشرة أم كان بالتسبيب، وسواء كان مضموناً بقصاص أو دية مع الكفارة أم لا، كأن وقع قصاصاً أو حداً ولا يرث ولو قصد مصلحة المقتول، كضرب الزوج زوجته تأديباً، وذلك هو المعتمد الصحيح في المذهب، وفي قول ثاني للشافعية قيل إن لم يضمن القاتل ورث⁽¹⁾.

ودليل الشافعية في منع القاتل مطلقاً من الميراث قوله ﷺ: (لَيْسَ لِلْقَاتِلِ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْءٌ)، ولخبر الترمذي وغيره: (لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ) أي من الميراث كما قال علماء المذهب، ولأنه لو ورث لاستعجل الورثة قتل مورثهم، فيؤدي إلى الخراب، فاقتضت المصلحة منع إرثه مطلقاً نظراً لمضنة الاستعجال.

أما دليل القول الثاني وهو ضعيف في المذهب فقد حمل الحديث السابق على القتل قصاصاً أو حداً⁽²⁾.

3- مذهب الحنابلة: ظاهر مذهب الحنابلة: أن كل قتل بغير حق يمنع الميراث، والقتل بحق لا يمنع الميراث، وبعبارة أخرى: أن كل قتل يوجب عقوبة مالية أو غير مالية فهو مانع من الإرث والذي لا يستوجبها لا يمنع، فالقتل العمد يوجب القود فيوجب حرمان الميراث، والقتل الخطأ والقتل بالتسبيب يوجبان الدية فيمنعان الميراث أيضاً، والقتل دفاعاً عن النفس وكل قتل بحق أو بعذر لا عقوبة عليه فلا يمنع الميراث.

وهناك رواية أخرى عن أحمد: أن القتل يمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله: لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل، وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال، وهذا ظاهر المذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث⁽³⁾.

(1) الشافعي محمد بن إدريس، الأم، ج 7، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983، ص 119؛ الشريبي محمد الخطيب،

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1958، ص 25.

(2) الشريبي، مرجع سابق، ص 26.

(3) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 292.

4- مذهب المالكية: ذهب المالكية إلى أن القتل المانع من الإرث: هو القتل العمد العدوان فقط، سواء كان بالمباشرة أم بالتسبيب⁽¹⁾.

- فالأول: أن يقصد ضرب إنسان معصوم الدم بما يقتل غالباً، سواء كان محمداً كالسيف أو مثقلاً كالحجر العظيم، أو بما لا يقتل غالباً: كالعصا، سواء قصد بالضرب القتل أو قصد مجرد الضرب لعداوة.

- والثاني: كالقتل بسبب حفر بئر يقع فيه المورث، والجاني يقصد إحداث الضرر، ومنه التحريض وشهادة الزور إذا بني عليها قتل مورثه، والاشتراك في القتل ولو كان ربيّة، أي يراقب المكان أثناء مباشرة القتل، ليضلل الناس عن مكان القتل⁽²⁾.

وأما إذا لم يوجد القصد، كالقتل الخطأ فلا حرمان من الميراث إلا من الدية فقط، فإنه يحرم الوارث من الإرث فيها ويرث ما عداها، وكذلك لا يمنع من الإرث إذا كان القاتل لا يعتد بقصده، كالصبي والمجنون والمعتوه، وما كان بعذر، كالقتل دفاعاً عن النفس، أو بسبب مجاوزة حق الدفاع الشرعي، والقتل عند مفاجئة الزوجة أو إحدى محارمه مع الزاني بها، وكذلك القتل بحق، كالتقصاص والحد⁽³⁾.

5- مذهب الشيعة الإمامية: ذهبوا إلى أن القتل الذي يمنع الإرث هو القتل العمد ظلماً⁽⁴⁾، جاء في كتاب المبسوط في فقه الإمامية: (وأما القاتل إذا كان عمداً ظلماً فلا يستحق الميراث، وإن تاب فيما بعد، وإن كان مطيعاً بالقتل لم يمنع الميراث، وإن كان خطئاً لم يمنع الميراث من تركته، ويمنع الميراث من ديته)⁽⁵⁾.

- موقف القانون:

(1) الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ص 713.

(2) الدسوقي شمس الدين، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، (دون سنة)، ص 486.

(3) الدردير، الشرح الصغير، مرجع سابق، ص 713.

(4) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، ط 3، دار الأضواء، بيروت، لبنان، 1985، ص 266.

(5) الطوسي أبي جعفر محمد بن الحسن علي، المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1992، ص

أخذ المشرع الجزائري بمذهب المالكية، فقد ألحق من باب القياس أشخاصا آخرين اعتبرهم من ضمن الممنوعين من الميراث، حيث نصت المادة 135 من قانون الأسرة على ما يلي:

" يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1 قتال المورث عمدا وعدوانا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا.

2 شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

3 للعالم بالقتل وتديره إذا لم يخبر السلطات المعنية "

فقد اعتبر المشرع هذه الحالات في حكم العمد.

وأما القتل الخطأ فلا يعتبر مانعا من موانع الميراث، لانتفاء صفة العمد، ولذلك نص عليه المشرع في المادة 137 ق.أ: " يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض "

وقد نص المشرع التونسي في الفصل 88 على نفس الحكم مع القانون الجزائري ما عدا حالة العلم بالقتل وتديره إذا لم يخبر السلطات.

وقد اعتبر القانون المغربي القتل العمد من موانع الميراث دون القتل الخطأ حسب المادة 333 من مدونة الأسرة، دون النص على حالة شهادة الزور والعلم بالقتل⁽¹⁾.

كما أن القانون الإماراتي أيضا اعتبر القتل العمد؛ فاعلا أصليا أو شريكا من موانع الإرث، لكنه اشترط في القاتل العقل والبلوغ، حسب المادة 317⁽²⁾.

كما أخذ كل من القانون السوري والمصري بمذهب الإمام مالك، واشترط بلوغ الشخص 15 سنة، كما أن تجاوز الدفاع الشرعي لا يعد من موانع الإرث بحسب النص.

ثانيا: مانع اختلاف الدين:

(1) حيث تنص المادة 333 من مدونة الأسرة المغربية على أن:

" من قتل مورثه عمدا، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثا.

من قتل مورثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب ". مأخوذ عن الموقع الإلكتروني: www.khayma.com

(2) حيث تنص المادة 317 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أن: " من موانع الإرث قتل المورث عمدا سواء أكان القاتل

فاعلا أصليا أم شريكا متسببا، ويشترط أن يكون القتل بلا حق ولا عذر وأن يكون القاتل عاقلا بالغا ". www.gcc-legal.org/mojportalpublic

تعتبر الزوجية من أسباب الإرث، إلا أنه قد يوجد اختلاف في الدين بين الزوج وزوجته كأن يكون أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم⁽¹⁾، وبالتالي فإنه يندرج تحت هذا المانع:

1- الإرث بين المسلم وغير المسلم. 2- الإرث بين غير المسلمين.

1- الإرث بين المسلم وغير المسلم: ويندرج تحته:

إرث الكافر من المسلم، وإرث المسلم من الكافر.

أ- إرث الكافر من المسلم: أجمع فقهاء المسلمين على أن غير المسلم لا يرث من المسلم، مستدلين على ذلك بما يأتي:

- قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ - (النساء 141) -

- عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: (لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ)⁽²⁾، وعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: (لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ) رواه أحمد والأربعة والترمذي⁽³⁾.

- انقطاع الولاية وانعدام النصرة بينهما، لاختلاف العقيدة، والإرث مبني عليها، فإذا انعدم فلا إرث.

*حكم من أسلم بعد موت المورث وقبل قسمة التركة: وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

- القول الأول: لا إرث له. وذهب إلى هذا القول علي بن أبي طالب وعطاء وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري وأبو الزناد، وتابعهم في ذلك أبو حنيفة وأصحابه ومالك والأوزاعي والشافعي⁽⁴⁾، واستدلوا بما يلي:

(1) ميرة وليد، أثر اختلاف الدين حول مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة

ماجستير، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004-2005، ص 98.

(2) البخاري أبي عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، تقديم العلامة: أحمد محمد شاكر، ط 1، دار اليقين للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص 807. باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم.

(3) أنظر: سنن أبي داود، مرجع سابق، ص 329. كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر؟ وانظر: سنن ابن ماجه، مرجع سابق، ص 912. كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك.

(4) الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405 هـ، ص 105.

. قول الرسول ﷺ : (... وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ) (1).

. إن الملك قد انتقل إلى المسلمين بالموت، فلم يشار كههم من أسلم كما لو اقتسموا.

. إن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت (2).

-القول الثاني: أنه يرث. وذهب إلى هذا القول عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وقيادة وجابر وإياس وإسحاق وتابعهم في ذلك الحنابلة والشيعة الإمامية (3)، واستدلوا بما يأتي:

. قول الرسول ﷺ : (مَنْ أَسْلَمَ عَلَيَّ شَيْءٌ فَهُوَ لَهُ).

. ما رواه ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري: " أن إنسانا من أهله مات على غير الإسلام، فورثته أختي دوني وكانت على دينه، ثم إن جدي أسلم، وشهد مع النبي ﷺ حينئذ، فتوفي فلبث سنة، وكان قد ترك ميراثا، ثم إن أختي أسلمت، فخاصمتني في الميراث إلى عثمان رضي الله عنه، فحدثه عبد الله بن الأرقم أن عمر رضي الله عنه قضى أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم، فله نصيبه، فقضى به عثمان، فذهبت بذلك الأول، وشاركتني في هذا، وهذه قضية انتشرت فلم تنكر إجماعاً "

. أنه لو تجدد بعد موته صيد وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه، فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيبا في الإسلام وحثا عليه (4).

. إن المال لا يتقرر في ملك الورثة قبل القسمة.

ب- إرث المسلم من الكافر: وفي المسألة قولان:

- القول الأول: ذهب جماهير العلم إلى أن المسلم لا يرث الكافر.

- القول الثاني: ذهب عمر ومعاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وإسحاق وتابعهم في ذلك الشيعة الإمامية والناصر: إلى أن المسلم يرث الكافر من غير عكس (5)، واستدلوا لذلك بما يأتي:

(1) حديث سبق تحريجه.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 299.

(3) الطوسي، المسبوط في فقه الإمامية، مرجع سابق، ص 79.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 299؛ الحلبي، المختصر النافع، ج 2، مرجع سابق، ص 265.

(5) الحلبي، مرجع سابق، ص 265؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 294.

. عن معاذ أنه سمع النبي ﷺ يقول: (الإسلامُ يزيدُ ولا ينقصُ) ⁽¹⁾، وعن عائذ بن عمرو المزني عن النبي ﷺ قال: (الإسلامُ يعلو ولا يعلو عليه) - أخرجہ الدارقطني-، ومن العلو أن يرث المسلم الكافر، ولا يرث الكافر المسلم.

. المسلم ينكح الذمية، ولا ينكح الذمي المسلمة، فكذلك يرث المسلم الذمي وليس العكس.

وقد أجاب الجمهور على هذه الأدلة: بأن الحديث المتفق عليه (لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم)، نص صراحة على منع التوارث بينهما، والحديثان المستدل بهما ليس فيهما دلالة على خصوصية الميراث، إنما فيهما الإخبار بأن دين الإسلام يفصل على غيره، ولا يزال يزداد ولا ينقص ⁽²⁾.

والراجح هو القول الأول، ولم ينص المشرع الجزائري على حالة اختلاف الدين كمانع من الميراث، وكان على المشرع أن لا يستعمل لفظ الردة فقط في المادة 138 من قانون الأسرة، بل يضيف أيضا لفظ اختلاف الدين حتى يشمل الحكم القرابة مع اختلاف الدين، كالزوجين (مسلم ومسيحية) ⁽³⁾، والذي يظهر أن المشرع الجزائري يعتبر أن الكفر مانع من الميراث فلا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، وغاية الأمر أن المشرع لم يكن موقفا في صياغة نص المادة صياغة تعبر عما يريد تقريره في هذه المسألة ⁽⁴⁾.

واختلاف الدين قد يحدث بسبب الزواج المختلط كأن يتزوج جزائري مسلم بمن تدين بدين سماوي كالنصرانية، ويعتبر القضاء الجزائري أن اختلاف الدين من موانع الميراث، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 244899 بتاريخ 20/06/2001: " يجب الميراث لمن كان مسلما يوم موت المورث ومن أسلم بعد موته فلا حق له في الميراث حسب قول الإمام مالك، وإن القضاء بمنح صفة الوارثة للزوجة الأجنبية التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالفة للقانون" ⁽⁵⁾.

2- الإرث بين غير المسلمين:

(1) أخرجہ أبو داود وصححه الحاكم.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 294.

(3) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 86.

(4) ميرة وليد، أثر اختلاف الدين حول مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 104.

(5) المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2003، ص 345.

هل يعتبر اختلاف الدين بينهم مانعاً من الإرث؟ وللفقهاء في ذلك أربعة آراء، وهي:

- الرأي الأول: رأي الحنفية والشافعية والشيعة الإمامية والظاهرية ورواية عن أحمد⁽¹⁾:

إن جميع الديانات والملل غير الإسلام معتبرة كلها ملة واحدة، لذلك فاختلاف الدين بينهم غير مانع من الميراث⁽²⁾.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ - (الأنفال 73) -

وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ - (التوبة 71) -

وبما أن الميراث مبني على الموالاة والتناصر، والمؤمنون يتوارثون لهذه الموالاة، فكذلك يتوارث الكفار، وقد أخذ القانون المصري بهذا الرأي (المادة السادسة من قانون الميراث).

- الرأي الثاني: رأي المالكية والحنابلة والشيعة الزيدية، وهو مروى عن بعض الصحابة كالزهري وربيعة وبعض أهل المدينة: أن اختلاف الدين بين غير المسلمين هو مانع من الإرث، لأهم ملل مختلفة، والرسول ﷺ يقول: (لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ) رواه أحمد والأربعة والترمذي⁽³⁾، وقال ابن قدامة في هذا الرأي: وهو أصح الآراء إن شاء الله⁽⁴⁾.

- الرأي الثالث: رأي شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريح ووكيع: إن غير المسلمين ثلاث ملل: اليهود ملة والنصرانية ملة وغيرهم ممن لا كتاب لهم ملة، فلا يتوارث اليهود والمسيحيون، ولا يتوارث أحد منهما وغيرهما من الملل الأخرى، وأما من عدا اليهود والنصارى فيتوارثون باعتبار أنهم كأهل ملة واحدة في أنه لا كتاب لهم.

- الرأي الرابع: رأي الفقيه ابن أبي ليلى المعاصر لأبي حنيفة: يرث اليهود والنصارى كل منهما الآخر، في حين لا يرث كل منهما الطوائف التي لا دين لها⁽⁵⁾.

(1) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 30، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ، ص 30.

(2) إسماعيل لطفي فطاني، اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات، ط 2، دار السلام، مصر، 1998، ص 324.

(3) حديث سبق تخريجه.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 296.

(5) الخطاب أبي عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 4، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995،

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على توارث غير المسلمين من بعضهم البعض، مع أن هذه الحالة قد تكون مطروحة في المجتمع في حالة كسب الجنسية الجزائرية لمن هم من ديانات أخرى، ومثاله: زوجان من أصل فرنسي حاصلان على الجنسية الجزائرية وديانتهم المسيحية أو مختلفي الديانة.

والراجع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني في أن غير المسلمين ملل مختلفة، وأنه لا توارث بينهم، لحديث: (لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ)، ولأن الميراث مبني على الولاية والنصرة، وغير المسلمين فرق شتى واختلافهم شاسع فيما بينهم في الأصول والفروع، ولا موالاة ولا نصرّة بينهم، فانعدم التوارث لانعدام أساسه بينهم.

ثالثاً: مانع الردّة:

مانع الردة مانع خاص يختلف في أحكامه عن مانع اختلاف الدين، حيث أن المرتد يعتبر صنفاً مستقلاً عن غير المسلمين، وينفرد بحكم خاص به.

1- معنى المرتد:

- المعنى اللغوي: الردة بالكسرة اسم من الارتداد، والارتداد هو: الرجوع ومنه المرتد⁽¹⁾.
 - المعنى الشرعي: هو الرجوع عن الإسلام باختياره وإرادته، وهو إن كان يصدق عليه أنه غير مسلم إلا أنه لا يطبق عليه أحكام إرث غير المسلمين، لأن المراد بهم فيما سبق من لم يدخلوا في الإسلام، فهم غير مسلمين في الأصل، ولهم دين وملة.

أما المرتد فإنه لا دين له حيث لا يقر المرتد على رده، ولا على دينه الذي انتقل إليه، ولا تطبق أحكام هذا الدين عليه⁽²⁾.

2- حكم الزوج أو الزوجة المرتد:

إذا ارتد الزوج بانته منه زوجته، واعتدت عدة الطلاق من وقت الردة، لأنه يعتبر ميتاً من هذا الوقت، فيكون بهذه الردة فاراً من ميراثها، فترثه إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب ما دامت

(1) المنجد في اللغة والأعلام، مرجع سابق، ص 255.

(2) ابن عابدين، رد المختار، ج 4، مرجع سابق، ص 221.

في العدة، لأنه لا يحكم بالميراث إلا بعد موته حقيقة، ويستوي في ذلك رده في الصحة وردته في مرضه مرض الموت، لأنه يستحق القتل بكل منهما⁽¹⁾.

والزوجة التي ترث هي المدخول بها، لأنها التي تجب عليها عدة الطلاق، أما إذا ارتد قبل الدخول فإنها تبين منه لا إلى عدة ولا ترثه، لأن الفرقة هنا فرقة طلاق لا فرقة موت، ولو كانت فرقة موت لوجب عليها العدة سواء أكان مدخولا بها أم لا، أما إذا كانت الردة بعد الخلوة فلا ميراث أيضا، لأن العدة وجبت هنا احتياطاً، والميراث حق مالي لا يثبت إلا إذا وجد سببه بيقين، ولا يثبت للاحتياط، وفي رأي بعض فقهاء الحنفية: أنه يثبت الميراث لوجود العدة، والراجح الأول.

أما إذا ارتدت الزوجة فيرثها زوجها المسلم، إن ارتدت وهي مريضة، لقصدها إبطال حقه، وإن كانت صحيحة لا يرثها، لأنها لا تقتل، فلم يتعلق حقه بماله بالردة بخلاف المرتد⁽²⁾، كما أنها تبين منه بمجرد ردها، وإذا بان انقطعت الزوجية وزال سببها، وإذا مات زوجها وهي في العدة فلا ترثه في الحاليتين، لأن المرتد لا يرث أحداً، وكذلك إذا ارتدا معا لا يرث أحدهما الآخر.

جاء في المغني: وإذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، ولم يرث أحدهما الآخر، وإن كانت رده بعد الدخول ففيه روايتان:

إحدهما: تتعجل الفرقة؛ والثانية: تقف الفرقة على انقضاء العدة، فأيهما مات لم يرثه الآخر.

وجاء أيضا: وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما مع فسخ نكاحهما، وعدم ميراث أحدهما من الآخر، لحقا بدار الحرب أو أقاما في دار الإسلام، وبه قال مالك والشافعي.

وقال أبو حنيفة: إذا ارتدّا معا لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا، فالخلاف بينهم في فسخ النكاح⁽³⁾، أما الزنديق فهو كالمترد في أحكامه.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 32 من القانون 84-11 على أنه: "يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانها، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج"، لكنه حذف عبارة (ردة الزوج) كسبب لفسخ العقد. بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02، ونص في المادة 138 منه على أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة".

(1) المرغيناني، الهداية، المجلد الثاني، دون ذكر البلد، 1908، ص 356.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 301.

(3) المرجع نفسه، ص 298-302.

رابعاً: مانع الشك في أسبقية الوفاة:

كما لو غرق زوج وزوجته أو احترقا أو تدمم البيت عليهما فماتا، ولم يعلم من السابق منهما في الوفاة، فلا توارث بينهما، لأن من شروط الميراث تحقق حياة الوارث حين موت مورثه، فإنَّ عَدَمَ العِلْمِ يقينا بأيهما أسبق في الوفاة مانع للتوارث بينهما عند جمهور الفقهاء، وذهب الحنابلة إلى عدم اعتباره مانعا.

وقد ذكر هذا المانع عبد الملك بن عبد الوهاب البتني في شرح خلاصة الفرائض (نظم متن السراجية) فبعد أن ذكر الموانع السابقة ذكر هذا المانع، حيث قال:

وعدم العلم بموت من سبق فيمن يعمهم مصاب كالغرق⁽¹⁾

وقد نصت المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتمم في حادث واحد أم لا ".

خامساً: مانع اللعان:

يعتبر اللعان أحد الأسباب القانونية المؤدية إلى الطلاق، فإذا تلاعن الزوجان، فلا توارث بينهما لانفصال الرابطة الزوجية في الحال بهذا التلاعن.

ونص قانون الأسرة الجزائري على هذه الحالة في المادة 138 منه: " يمنع من الإرث اللعان والردة "، وما يلاحظ على هذا النص أنه اعتبر اللعان مانعا من موانع الإرث، مع أنه لم ينص عليه ضمن أسباب الطلاق، بالرغم من أنه يعتبر سببا شرعيا للتفريق بين الزوجين من الناحية القضائية، فبمجرد أن تحدث الملاعنة بين الزوجين بالطريقة المنصوص عليها شرعا يفرق القاضي بينهما في الحال.

وأما فيما يتعلق بالميراث بينهما، فلا يثبت لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما بسبب اللعان، ولم يتعرض النص السابق إلى المقصود من المنع ما إذا كان الأمر يتعلق بالزوجين بين بعضهما البعض في حالة التلاعن، بالتالي لا يثبت الميراث بينهما⁽²⁾.

(1) البتني عبد الملك، شرح خلاصة الفرائض، مرجع سابق، ص 12.

(2) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 88.

المطلب الثالث: أحوال الزوجين في الميراث:

إذا توافرت شروط استحقاق الميراث بين الزوجين، سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو في حالة استحقاق الميراث بعد الطلاق، ثبت للحي من الزوجين حقه في ميراث زوجه المتوفى، وأحوال الزوجين في الميراث أن الحي منهما يأخذ نصيبه المقدر شرعا، كما يمكن أن يزيد ميراثه عن ذلك النصيب بطريق الرد إذا توافرت شروطه، أو يحدث العكس إذا عالت المسألة.

الفرع الأول: الأنصبة المفروضة للزوجين في الهيراث والصلهه هنا:

ونتعرض من خلال هذا الفرع إلى أنصبة الزوج وأنصبة الزوجه حال استحقاق الميراث، ثم الحكمة من ذلك.

أولا: أنصبة الزوجين في الميراث:

1- ميراث الزوج:

للزوج في الميراث حالتان ورد ذكرهما في القرآن الكريم، في قول الله تعالى: ﴿وَكُمُ نَصْفٌ مَّا تَرَكَ آبَاؤُكُمْ وَأُمَّؤُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَكَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَكَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ - (النساء 12) -

أ- الحالة الأولى: يرث الزوج نصف تركه زوجته المتوفاه، إذا لم يكن لها فرع وارث، ذكرا كان أو أنثى، منه أو من غيره.

ويشترط في هذا الفرع أن يكون وارثا بطريق الفرض أو التعصيب، ويتناول أولاد المتوفاة المباشرين: الابن وابن الابن وإن نزل، والبنت وبنت الابن وإن نزل⁽¹⁾.

أما لو كان الفرع وارثا بغير طريق الفرض والتعصيب، كبنت البنت أو ابن البنت، فلا يكون له تأثير على منع الزوج من إرث نصف تركة زوجته، لأنه وإن كان فرعا ووارثاً، إلا أن إرثه بطريق الرحم لأنه من ذوي الأرحام، فلم يكن وارثا بطريق الفرض أو التعصيب⁽²⁾.

أمثلة على الحالة الأولى:

- توفيت عن: زوج وأخ شقيق، للزوج النصف فرضا وللأخ الشقيق الباقي تعصيبا.
- توفيت عن: زوج وأب، للزوج النصف فرضا وللأب الباقي تعصيبا.
- توفيت عن: زوج وأخ لأب وبنت بنت، للزوج النصف فرضا، وللأخ لأب الباقي تعصيبا، لعدم وجود فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب.
- توفيت عن: زوج وابن بنت، للزوج النصف فرضا، ولابن البنت النصف الباقي، لأنه من ذوي الأرحام، ولم يكن لوجوده تأثير على منع الزوج من أخذه النصف، لأنه وإن كان فرعا ووارثا، إلا أنه لم يرث بطريق الفرض أو التعصيب، وإنما ورث بطريق ذوي الأرحام.
- ب- الحالة الثانية: يرث الزوج ربع تركة زوجته، إذا كان لها فرع وارث ذكرا كان أو أنثى منه أو من زوج آخر غيره⁽³⁾.

أمثلة على الحالة الثانية:

- توفيت عن: زوج وابن وابن ابن، للزوج الربع فرضا لوجود الفرع الوارث، وللابن الباقي تعصيبا.
- توفيت عن: زوج وبنت وأخ شقيق، للزوج الربع فرضا لوجود الفرع الوارث، وللبنت النصف فرضا، وللأخ الشقيق الباقي تعصيبا.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على حالتي الزوج؛ في المادتين 144 و145 منه.

(1) أحمد فراج حسين؛ ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، لبنان، 2002، ص 110.

(2) المرجع نفسه، ص 111.

(3) يراعى في الفرع الوارث ما سبق ذكره في الحالة الأولى للزوج.

2- ميراث الزوجة:

للزوجة في الميراث حالتان، ورد ذكرهما في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَكْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ - (النساء 12) - .

أ- الحالة الأولى: تترث ربع تركة زوجها، إذا لم يكن لزوجها فرع وارث منها أو من زوجة أخرى غيرها.

كما لو توفي الزوج عن: زوجة وأب، فللزوجة الربع فرضا لعدم وجود الفرع الوارث، وللأب الباقي تعصيبا، وكما في: زوجة وأخ شقيق وبنت بنت، فللزوجة الربع فرضا وللأخ الشقيق الباقي تعصيبا، ولا شيء لبنت البنت ميراثا، لأنها من ذوي الأرحام، ولذلك لم تمنع الزوجة من فرض الربع، لأنها وإن كانت فرعا إلا أنها غير وارثة لا بطريق الفرض ولا بطريق التعصيب.

ب- الحالة الثانية: تترث ثمن تركة زوجها إذا كان له فرع وارث منها أو من زوجة أخرى غيرها، كما لو توفي عن: زوجة وابن، للزوجة الثمن فرضا، وللابن الباقي تعصيبا، وكما لو توفي عن زوجة وبنت ابن.

أما لو توفي عن: زوجة وأب وبنت بنت، فإن الزوجة تستحق الربع فرضا، لعدم وجود الفرع الوارث بطريق الفرض أو التعصيب، ويستحق الأب الباقي تعصيبا، ولا شيء ميراثا لبنت البنت، لأنها وإن كانت فرعا إلا أنها من ذوي الأرحام.

ويستوي في فرض الزوجة أن يكون للزوج زوجة واحدة أو أكثر من ذلك، ولو كُنَّ أربعا لعموم الآية⁽¹⁾، ولثلا يلزم الإجحاف ببقية الورثة، لأنه لو أعطى كل واحدة منهن الفرض كاملا لأخذن كل التركة إذا ترك أربع زوجات بلا ولد، أو نصفها إن كان معهن ولد.

ويلاحظ أن الفرع الوارث الذي يحجب الزوجين حجب نقصان، لو كان محروما من الميراث بسبب من أسباب الحرمان، كالقتل أو اختلاف الديانة، لم يكن لوجوده أثر ويعتبر كأنه معدوم، وحينئذ يأخذ كل من الزوجين نصيبه دون ملاحظة وجود الفرع⁽²⁾.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، مرجع سابق، ص 313.

(2) أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 113.

كما لو توفي عن: زوجة وابن قاتل وأخ شقيق، للزوجة ربع التركة وللأخ الشقيق الباقي؛
وكما لو توفيت الزوجة المسلمة عن: زوج مسلم وابن مسيحي، كان للزوج نصف التركة فرضاً⁽¹⁾.
وقد نص قانون الأسرة الجزائري على حالتي الزوجة؛ في المادتين 145 و146 منه.

ثانياً: الحكمة من جعل فروض الزوج ضعف فروض الزوجة في الميراث:

من خلال ما تقدم بيانه، نجد أن قاعدة للذكر ضعف الأنثى مطبقة بين الزوجين، فمن الواضح أن الزوجة تأخذ نصف ما يأخذه زوجها منها لو ماتت، مما أدى بالبعض إلى إثارة أن الإسلام فضّل الرجل على المرأة في الميراث وهذا يتنافى مع قضية المساواة بينهما⁽²⁾.
إلا أن هناك أموراً يجب الوقوف عندها:

- 1- أن الزوجة تعيش مكفولة كفالة كاملة، مما يجعلها أحظى من الرجل فيما يأخذه كل طرف من الآخر على المستوى المادي، (فالرجل هو المكلف بالمهر، وهو المكلف بالجهاز، وهو المكلف بأعباء المنزل ومستلزماته، وبالإنفاق على الزوجة والأولاد والأهل...)⁽³⁾.
- 2- إن الوضع الغالب أن الرجال يتحركون ضرباً في الأرض يبتغون من فضل الله، ويكتسبون الكثير من الأموال، والمرأة مشغولة بالبيت والولد غالباً، ويكون - في الوضع الغالب - الرجل ذا ثروة أكثر من المرأة، فإذا مات وأخذت هي الربع أو الثمن فغالباً ما يكون أكثر بكثير من نصيب الزوج إذا أخذ النصف أو الربع منها⁽⁴⁾.

(1) أنظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 1، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، (د.س.)، ص 284؛ السرخسي، المبسوط، ج 29، ص 148؛ صالح عبد السميع الأزهرى، رسالة الإمام أبي زيد القيرواني وبهامشها الشرح المسمى الثمر الداني في تقريب المعاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1338هـ، ص 490.

هذا وإذا كان الأئمة الأربعة يرون أن الولد الذي يحجب كلا من الزوجين عن نصيبه الأكثر، ويرده إلى الأقل، هو من كان وارثاً بطريق الفرض أو التعصيب، ويتناول كما ذكرنا الابن وابن الابن وإن نزل، والبنت وبنت الابن وإن نزل، ولا يتناول بنت البنت أو ابن البنت، فإن الشيعة الجعفرية والإمامية يرون أن لفظ الولد يشمل الفرع الوارث مطلقاً، فهو فضلاً عن شموله لمن كان وارثاً بطريق الفرض أو التعصيب يشمل كذلك كل فرع آخر للمتوفى ولو كان من طريق الأنوثة، كابن البنت أو بنت البنت، وعلى هذا لو ترك الزوج بنت بنت مع زوجته، كان نصيب زوجته الثمن وليس الربع.

(2) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 32.

(3) مصطفى عاشور، علم الميراث، مرجع سابق، ص 9.

(4) صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، ط 1، دار النهضة، مصر، 1999، ص 62.

فإذا مات زوج يمتلك مئة وعشرين مليوناً، فالربع هو ثلاثون مليوناً والثلث خمسة عشر مليوناً، وإذا ماتت الزوجة وتركت أربعين مليوناً، فالنصف هو عشرون مليوناً والربع هو عشرة ملايين، والنتيجة - في الوضع الغالب - أن المرأة تكون أحظى من الرجل، وفي الوضع النادر قد يكون أحظى بميراثها منه.

3- إذا مات زوج المرأة، فالأصل أن تقبل الزواج بعد وفاة زوجها وانتهاء عدتها، كما أن الأصل في الرجل إذا ماتت زوجته أن يبادر إلى الزواج، وعليه فلو بدأ كل من الرجل والمرأة بشق طريقه إلى الزواج فالنتيجة أن الرجل يعود فيقدم لإمرة أخرى أكثر مما أخذه من زوجته الأولى غالباً، وتأخذ المرأة من الزوج الجديد ما يضاف إلى ما أخذته من الزوج الأول من صداق وهدية ذهبية، ومترل مؤثث، ونفقة كاملة تستغرق كل مطالبها الأساسية⁽¹⁾.

4- إذا لم تتزوج المرأة فالوضع الغالب أن يكون لها أبناء، فيفرض لها من مال الأولاد إن كانوا صغاراً ما تستطيع أن تعيش بعيداً عن الحاجة، وإلا عادت نفقتها على أبيها أو أخيها أو من يوجد من عصبتها الأقرب فالأقرب.

يقول الكندي: إذا مات الأب فرض من مال الجدة ما يكفي الأم، فإن لم يكن له مال فرزقها وكسوتها على العصبية، وقال: إن احتاجت الأم إلى مال ولدها تباع من أصل ماله وتأكل أو تكتسي، أما إذا احتاج ابنها إلى مالها فليس له إلا برأيها ورضاها، وأما إن كان الأولاد كباراً فيجبرون قضاء على نفقة أمهم الفقيرة إذا لم يقوموا بها طواعية⁽²⁾.

مما سبق، يبدو أن المرأة لم تظلم أبداً في ميراثها نصف مقدار ما يأخذ الزوج منها لو ماتت هي، فهذا التفاضل مبني على أساس أن الزوج عليه من التكاليف ما ليس على الزوجة⁽³⁾، فالفرق بينهما ليس في المبدأ أو في أصل الميراث وإنما هما متساويان من حيث الأصل ومن حيث المبدأ في الميراث، أما الفرق بينهما فهو في الكم وذلك في حالات معينة ولاعتبارات خاصة تنفق مع العقل والمنطق وطبيعة الحياة⁽⁴⁾.

(1) المرجع نفسه، ص 63.

(2) الكندي، المصنف، ج 23، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، (د.س)، ص 59.

(3) محمد بن علي بن سلوم النجدي الزبيري، الفواكه الشهية شرح المنظومة البرهانية في الفرائض الحنبلية، ط1، دار النوادر، بيروت، لبنان، 2007، ص 48.

(4) جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 32.

الفرع الثاني: العول والرد على أحد الزوجين:

إذا استحق أحد الزوجين الميراث، ثبت له نصيبه المقدر شرعا من ميراث الزوج المتوفى، غير أن هذا النصيب معرض للنقصان في حالة كون المسألة عائلاً، كما يمكن أن يزيد عن طريق الرد.

أولاً: العول:

العول: يعني الظلم والجور، لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَذَىٰ لَا تَعْلَمُونَ﴾ - (النساء 3-

ويأتي بمعنى الارتفاع⁽¹⁾، عال المال أي ارتفع، عالت القضية للحكم وارتفعت.

واصطلاحاً: زيادة في مجموع السهام المفروضة ونقص في أنصبة الورثة⁽²⁾.

ويحدث هذا عند التزام بحيث تستغرق جميع التركة، ويبقى أصحاب فروض بدون نصيب، فنضطر إلى الزيادة في أصل المسألة حتى تستوعب كل أصحاب الفروض، لأنه لا يمكن حرمانهم ما لم يمسه الحجب⁽³⁾.

وأول مسألة عالت كانت في عهد عمر بن الخطاب، وصورتها أن امرأة ماتت عن: زوج وأختين شقيقتين (أو زوج وأم وأخت)⁽⁴⁾، فقال عمر لمن معه من الصحابة: ما أدري أيكم أقدم وأيكم أواخر، إن بدأت بالزوج أو بالأختين لم يبقى للآخر حقه فأشيروا عليّ، فأشار عليه زيد بن ثابت بالعول وقيل أشار عليه العباس بن عبد المطلب وقيل علي⁽⁵⁾، فطبقه عمر ووافق عليه الصحابة بحيث صار إجماعاً بعد ذلك، وهنا تكون سهام أصحاب الفروض أكبر من أصل المسألة، فيهمل الأصل الأول ويستبدل بالأصل الجديد الذي هو مجموع السهام بعد الحل ليصبح هو الأصل الجديد للمسألة، والأصول التي تعول وهي: 6، 12، 24.

أمثلة: - ماتت عن زوج $\frac{1}{2}$ ، وأختين شقيقتين $\frac{3}{2}$ ، أصل المسألة هو 6. هنا مجموع السهام صار 7، وهو الأصل الجديد للمسألة.

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 934.

(2) محمد محدة، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 154. وقد عرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 166، والتي جاء فيها:

"العول هو زيادة سهام أصحاب الفروض على أصل المسألة".

(3) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 148.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، مرجع سابق، ص 354.

(5) سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1993، ص 361.

- ماتت عن زوج $\frac{1}{2}$ ، أختين لأم $\frac{3}{1}$ ، أختين شقيقتين $\frac{3}{2}$ ، أصل المسألة هو 6، ومجموع السهام هو 9، فيصبح 9 هو الأصل الجديد للمسألة.

ثانياً: الرد على أحد الزوجين:

الرد لغة: له معان متعددة منها: يقال رده رداً: منعه وصرفه، ورده: أرجعه، ويقال: رده إليه: أعاده، ورد عليه كذا: لم يقبله، ورد الشيء: حوله من صفة إلى صفة⁽¹⁾.

والرد شرعاً: هو في اصطلاح الفقهاء: دفع ما فضل من فروض ذوي الفروض النسبية إليهم بنسبة فروضهم عند عدم استحقاق الغير⁽²⁾، أي عند عدم العاصب.

ويؤخذ من هذا التعريف أنه لا يرد على الزوجين، لأنهما ليسا من أصحاب الفروض النسبية بل من أصحاب الفروض السببية.

والرد ضد العول، إذ بالعول تنتقص سهام ذوي الفروض، ويزداد أصل المسألة، وبالرد تزداد السهام، وينتقص أصل المسألة⁽³⁾، وذلك بأن لا تستغرق السهام أي الفروض الفريضة مع عدم العصبة المستحقة للباقي، فيرد الباقي على ذوي السهام سوى الزوجين فلا يرد عليهما.

فالفاضل عن فرض ذوي السهام إذا لم يكن عصبه مردود عليهم بمقدار سهامهم إلا على الزوجين، لأن الرد إنما يستحق بالرحم، لقوله تعالى: ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾⁽⁴⁾ (الزَّوَالِ 75-) ، ولا رحم بين الزوجين.

- آراء الفقهاء في الرد:

اختلف الفقهاء في جواز الرد لعدم ورود نص صريح في الكتاب أو أثر متفق على صحته من السنة وانحصر هذا الاختلاف في رأيين:

- الرأي الأول: عدم جواز الرد على أصحاب الفروض: وقال بذلك: زيد بن ثابت، وبعض فقهاء الصحابة، وهو رواية عن ابن عباس رضي الله عنه وبه أخذ الشافعي ومالك والأوزاعي، كما أخذ به

(1) القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 304.

(2) سيد سابق، مرجع سابق، ص 362.

(3) مريم أحمد الداغستاني، الموارث، مرجع سابق، ص 71.

بعد هؤلاء داود وابن حزم الظاهري، وذهب هؤلاء إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض إذا لم يكن هناك عصة لا يرد عليهم بل يذهب إلى بيت مال المسلمين⁽¹⁾.

ولكن المتأخرين من الشافعية والمالكية قالوا: إن محل ذلك إذا كان بيت المال منتظماً، والإمام عادلاً، فإذا لم يكن الأمر كذلك فيرد الباقي على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين، فإن لم يكن رد فيرد ذوي الأرحام.

- الرأي الثاني: جواز الرد على أصحاب الفروض:

اتفق أصحاب هذا الرأي في القول بالرد، إلا أنهم اختلفوا فيمن يرد عليه:

1- مذهب عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه: يرد على أصحاب الفروض ما عدا ستة: الزوج والزوجة، وبنات الابن مع البنات الصليبة، والأخت لأب مع الأخت الشقيقة، وأولاد الأم مع الأم، والجدّة مع ذوي فرض أيا كان⁽²⁾، وذلك لأن الرد لا يثبت إلا للأقوى من أصحاب الفروض، الذين لم يحدد لهم نصيب بعينه في القرآن لا يقبل التخلف.

2- مذهب عثمان بن عفان رضي الله عنه وجابر بن زيد وهو من التابعين: يرد على أصحاب الفروض جميعهم بنسبة فروضهم بما فيهم الزوج والزوجة، واستدلوا على ذلك: بأن العول ينقص أنصبتهم بما فيهم الزوج والزوجة، فلو فضل شيء يرد عليهم جميعاً بالنسبة لفروضهم بما فيهم الزوج والزوجة.

3- مذهب عبد الله بن عباس رضي الله عنه في إحدى الروايتين عنه: يرد على كل أصحاب الفروض ما عدا ثلاثة: الزوج والزوجة والجدّة، لأن هذه الفروض ثابتة بالنص، ولا وجه للزيادة عليها فلا يرد، لأن الرد زيادة من غير دليل، فلا يرد عليهم⁽³⁾.

4- مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما وجمهور الصحابة والتابعين: وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة وأحمد والشافعية في المعتمد عندهم وبعض أصحاب مالك عند عدم انتظام بيت المال والزيدية والشيعة الإمامية⁽⁴⁾: يرد على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ما عدا الزوج والزوجة فإنه لا يرد عليهما، واستدلوا على ذلك بما يلي:

(1) ابن حزم، المحلى، ج 9، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1351هـ، ص 312.

(2) السرخسي، المبسوط، ج 29، مرجع سابق، ص 192.

(3) السرخسي، المبسوط، ج 29، مرجع سابق، ص 193.

(4) المرجع نفسه، ص 192؛ وأنظر: الطوسي، المبسوط في فقه الإمامية، ج 4، مرجع سابق، ص 74.

أ- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾ - (الأنفال 75-،

فلاية تفيد بعمومها أن القرابة أولى من غيرهم بجميع الميراث بسبب صلة الرحم، ولا يرد على الزوجين لأن ميراثهما بسبب آخر غير الرحم والقرابة وهو الزوجية⁽¹⁾.

ب- من السنة: - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا فَلِإِنَّا) - رواه البخاري-⁽²⁾ وهذا عام، فالميت إذا ترك مالا ورثه ورثته الشرعيون، والإرث بطريق الرد داخل في هذا العموم، إذا لم يكن للمورث عصبية.

- وعن محمود بن خالد وموسى بن عامر قالوا حدثنا الوليد أخبرنا ابن جابر، حدثنا مكحول قال جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها⁽³⁾.

وعن وائلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال: (الْمَرْأَةُ تُحْرِزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ عَتِيقَهَا وَلَقِيطَهَا وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَتْ عَنْهُ) - رواه أبو داود-⁽⁴⁾، فتوريتها لجميع مال ولدها لا يكون إلا بطريق الرد⁽⁵⁾.

ج- من المعقول: إن بيت المال إنما يأخذ الضوائع، ولا يعد ضائعا من يموت وله أقارب، وبمقتضى ذلك يكونون أولى من بيت المال، وقد يقول قائل: إن الباقي يذهب إلى ذوي الأرحام، ولكن هذا القول ليس بوجيه، لأن ذوي الفروض قرابتهم قوية، وقرابة ذوي الأرحام دونها، فهم أولى بأن يرد عليهم من ذوي الأرحام.

- موقف القانون:

نصت المادة 167 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁶⁾: " إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم

يوجد عصبية من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.

ويرد باقي التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام ".

(1) السرخسي، مرجع سابق، ص 194.

(2) صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب ميراث الأسير، ص 807.

(3) أبي داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ص 329.

(4) سنن أبي داود، مرجع سابق، ص 329.

(5) السرخسي، المبسوط، ج 29، مرجع سابق، ص 195.

(6) وهو نص مطابق لما جاء في المادة 288 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 181 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة 30 من قانون الموارث المصري.

من ذلك نجد بأن المشرع الجزائري قد أخذ برأي ابن عمر وعلي وجمهور الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة وأحمد والشافعية في المعتمد عندهم، وبعض أصحاب مالك عند فساد بيت المال، والشيعة الزيدية والإمامية، وذلك في الفقرة الأولى من المادة القانونية بخصوص الرد.

لكن القانون خالفهم في مسألة الرد على الزوجين، وذلك في الفقرة الثانية من المادة القانونية المذكورة، إذ أخذ القانون من مذهب عثمان بن عفان وبما أفتى به كثير من متأخري الحنفية وذلك بالرد عليهما، إلا أنه قد أخرج الرد على الزوجين حيث يرد عليهما إذا لم توجد عصابة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد من ذوي الأرحام⁽¹⁾.

وبذلك يكون الرد على أحد الزوجين مؤخرًا على إرث ذوي الأرحام، ولا تتحقق هذه إلا إذا كان للميت وارث واحد هو زوجه الباقي بعد وفاته، فإنه يأخذ كل الميراث فرضًا وردًا.

(1) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 157.

الفصل الثاني

التوارث بين الزوجين في عِدَّة
الطَّلَاق

الفصل الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق

قد يحدث وأن يطلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة، والأصل في هذا الطلاق أنه طلاق رجعي، والذي قد يوقعه خارج دائرة القضاء كما يمكن أن يكون أمام القاضي، فلا يتلفظ به الزوج ويترك أمره للقاضي. بموجب رفع دعوى قضائية بذلك، كما يمكن أن ترفع دعوى فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة.

وأثناء عدة الطلاق الرجعي ⁽¹⁾ تترتب العديد من الأحكام والحقوق بين الزوجين، فتجب نفقة المعتدة من طلاق رجعي وسكناها على زوجها.

وقد يحدث أن يتوفى أحد الزوجين أثناء عدة الطلاق الرجعي الواقع من الزوج خارج دائرة القضاء، كما يمكن أن تحدث الوفاة أثناء فترة محاولات الصلح في حالة رفع دعوى الطلاق أمام القضاء، كما يمكن أن تكون الوفاة أثناء العدة بعد صدور حكم قضائي بالطلاق، مما يطرح إشكالا حول مدى أحقية الزوجين في التوارث.

وإذا كان الأصل في كل طلاق يوقعه الزوج أنه طلاق رجعي، فقد يقترن بما يجعل منه طلاقا بائنا، كما إذا حدث قبل الدخول؛ أو كان طلاقا على مال؛ أو بانتهاء العدة من طلاق رجعي؛ أو كان طلاقا مكتملا للثلاث...، وقد يتوفى أحد الزوجين أثناء عدة الطلاق البائن أو بعد انقضاء العدة من الطلاق الرجعي الواقع من الزوج خارج دائرة القضاء، كما يمكن أن تكون هذه الوفاة أثناء العدة بعد صدور حكم بالطلاق من القاضي.

وتعتبر العدة أثرا من آثار الفرقة الزوجية بسبب الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو غيرها من الأسباب، وتعتبر العدة أيضا حقا من حقوق الزوجين ومن حقوق الله تعالى أيضا، لأنها تتعلق بالنسب وأسبابه، والنفقة ووجوبها والسكن وغيرها من الآثار التي تتعلق بحقوق الزوجين، مما جعل الفقهاء يهتمون بالعدة ويحددونها ويقسمونها حسب النصوص الشرعية، وجعلوا العدة أمرا إجباريا

⁽¹⁾ ينقسم الطلاق إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة: فهو من حيث صيغته ولفظه ينقسم إلى صريح وكناية، ومن حيث الموافقة للسنة وعدمها في الوقت الذي ينبغي أن يوقعه الزوج فيه، ينقسم إلى سني وبدعي، ومن حيث إمكان الرجعة وعدمها ينقسم إلى رجعي وبائن. أنظر: عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، *الفقه على المذاهب الأربعة*، ج 4، ط 1، دار الآفاق العربية، مصر، 2006، ص 229.

للمرأة، فتلزم بها ويحرم عليها انتهاك العدة بالزواج حتى لا تختلط الأنساب⁽¹⁾، وقد نظمها قانون الأسرة الجزائري في المواد من 58 إلى 61.

والعدة ثلاثة أنواع: عدة الأقرء، وعدة الأشهر، وعدة وضع الحمل⁽²⁾. وأما أسباب وشروط كل نوع من أنواع العدة:

أ- فعدة الأقرء: لها أسباب أهمها ثلاثة⁽³⁾:

- الفرقة في الزواج الصحيح، سواء أكانت بطلاق أم بغير طلاق وتجب هذه العدة لاستبراء الرحم، وشروط وجوبها الدخول بالمرأة أو الخلوة الصحيحة عند غير الشافعية في الزواج الصحيح دون الفاسد عند الحنفية والحنابلة، وفي الفاسد أيضا عند المالكية، فلا تجب هذه العدة بدون الدخول أو الخلوة الصحيحة.

- الفرقة في الزواج الفاسد بتفريق القاضي، أو بالمتاركة، وشروطها الدخول عند الجمهور غير المالكية، وتجب العدة أيضا عند المالكية بالخلوة الصحيحة بعد زواج فاسد⁽⁴⁾.

- الوطء بشبهة العقد.

فالمطلقة إن لم تكن حاملا فعدتها بالاتفاق إن كانت من ذوات الحيض سواء من طلاق أو فسخ: ثلاثة قروء⁽⁵⁾، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَضَّنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ - (البقرة 228 -

وقد اختلف الفقهاء في معنى القراء إن كان المقصود به هو الطهر أو الحيض، بين من يرى أن عدة الإقراء تحسب بالطهر لأن القراء هو الطهر، ومن يرى أن عدة الإقراء تحسب بالحيض لا بالطهر.

ب- أما عدة الأشهر: فتشمل نوعين من العدد:

- عدة اليائس التي انقطع حيضها والصغيرة التي لم تحض بعد، فهذه تعدد سواء في حالة الفسخ أو الطلاق بثلاثة أشهر.

(1) محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، ط 1، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2009، ص 130.

(2) والمعتدات ستة أنواع: الحامل، والمتوفى عنها زوجها، وذات الأقرء المفارقة في الحياة، ومن لم تحض لصغر أو إياس، ومن ارتفع حيضها ولم تدر سببه، وامرأة المفقود.

(3) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 329.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 72.

(5) تنص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري: "تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

- وعدة المتوفى عنها زوجها، فتجب على المتوفى عنها زوجها سواء أكانت غير مدخول بها أو مدخولا بها⁽¹⁾، فإن لم تكن حاملا فإنها تعدد بالأشهر أيضا وهي أربعة أشهر وعشرا⁽²⁾.

ج- أما عدة الحمل: فهي مدة الحمل؛ وسبب وجوبها الفرقة أو الوفاة حتى لا تختلط الأنساب، وشروط وجوبها أن يكون الحمل من الزواج الصحيح أو الفاسد، لأن الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة، ولا تجب هذه العدة عند الحنفية والشافعية على الحامل بالزنا، لأن الزنا لا يوجب العدة، إلا أنه إذا تزوج رجل امرأة وهي حامل من الزنا جاز النكاح عند أبي حنيفة ومحمد، لكن لا يجوز له أن يطأها ما لم تضع⁽³⁾.

وإذا كانت عدة الحامل تجب بالموت أو الطلاق فإنها تنتهي بوضع الحمل⁽⁴⁾ طالبت المدة أو قصرت ولو وضعت حملها في حالة وفاة الزوج وهو مسجى في نعشه لم يقبر بعد⁽⁵⁾، فتنتهي عدتها بوضع حملها، لقوله تعالى: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ - (الطَّلَاقُ 4-) ولحديث سبيعة الأسلمية: أنها وضعت حملها بعد وفاة زوجها، فجاءت النبي ﷺ فأفتاها بأنها قد حلت حين وضعت حملها، وأمرها بالتزوج إن بدا لها⁽⁶⁾.

فإذا كان الطلاق رجعيا فإن الزوجة تبين من زوجها بوضع حملها وتنقضي عدتها.

فإذا توفي أحد الزوجين بعد حدوث الطلاق وخلال فترة العدة؛ سواء كانت من طلاق رجعي أو من طلاق بائن، فما مدى أحقية الزوج الباقي على قيد الحياة في إرثه؟

وهو الأمر الذي يستدعي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، إذ أخصص المبحث الأول إلى التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي، أما المبحث الثاني فيخصص ص لدراسة التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن.

⁽¹⁾ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة، مرجع سابق، ص 330.

⁽²⁾ تنص المادة 59 من قانون الأسرة: "تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

⁽³⁾ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 330.

⁽⁴⁾ تنص المادة 60 من قانون الأسرة: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

⁽⁵⁾ باوني محمد، عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 140.

⁽⁶⁾ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ط 1، دار المغني، السعودية، 1998، ص 796.

المبحث الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي:

إن وفاة أحد الزوجين أثناء عدة الطلاق الرجعي تطرح إشكالا حول مدى أحقية الزوجين في التوارث، وما هو المعيار المعول عليه في تقرير هذا الحق؟ فهل يعتد بالوفاة أثناء عدة الطلاق الرجعي الواقع خارج دائرة القضاء وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية للحكم بالتوارث من عدمه، أم أنه ما لم يصدر حكم قضائي بالطلاق فلا حديث عن حلّ الرابطة الزوجية وأثرها على الميراث، فيثبت حتى لو حدثت الوفاة بعد انتهاء العدة من الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء.

ومن خلال هذا المبحث أتناول مختلف هذه الإشكالات: بالتعرض إلى التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي، في مطلب أول، ثم التطرق في مطلب ثان إلى التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري، لأخلص بعد ذلك إلى مقارنة موجزة.

المطلب الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي:

وأتناول من خلال هذا المطلب، مفهوم الطلاق الرجعي، ثم التطرق إلى مدى ضرورة الإشهاد على الطلاق لإثباته، ثم بداية احتساب العدة وانتهائها، وصولاً إلى آراء الفقهاء في ميراث المطلقة طلاقاً رجعياً ووجه الدلالة عندهم، وذلك من خلال ما يأتي من فروع.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق الرجعي:

هو الطلاق الذي يملك معه المطلق إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد ولا مهر جديدين ما دامت العدة قائمة لم تنته بعد، وكان غرضه الإصلاح، ولا يشترط رضا الزوجة ولا تحتاج في ذلك إلى ولي⁽¹⁾، فهذا حق أثبتته الشارع، قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أُرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ - (البقرة 228) - أي أن أزواجهن أحق بردهن إلى عصمتهم في وقت التربص وانتظار انقضاء العدة لغرض الإصلاح، وقد فسّر ابن العربي في أحكام القرآن⁽²⁾ قوله تعالى: (إِنْ أُرَادُوا إِصْلَاحًا) إِنْ قَصَدَ بِالرَّجْعَةِ إِصْلَاحَ حَالِهِ مَعَهَا، وإزالة الوحشة بينهما، لا على وجه الإضرار والقطع بما عن الخلاص من ربقة النكاح، فذلك له حلال وإلا لم تحلّ له⁽³⁾.

- الحالات التي يقع فيها الطلاق رجعياً:

للفقهاء آراء في تحديد حالات الطلاق الرجعي.

- مذهب الأحناف: يكون الطلاق رجعياً عند الأحناف في الحالات الآتية:

1- إذا كان الطلاق بعد الدخول حقيقة بصريح لفظ الطلاق، أي مادة الطلاق أو التطليق، غير مقرون بعوض مالي تدفعه الزوجة لزوجها ولا بعدد الثلاث لا نصاً ولا إشارة، ولا موصوفاً بصفة

(1) طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 78.

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، 256.

(3) والأصل في الطلاق أن يكون رجعياً لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِإِذَا مَرَّتَانِ فَلَيْسَ أَكْبَرًا وَأُولَئِكَ يَلْعَنُونَ﴾ - (البقرة 229) - لأن الرجل في الجاهلية كان يطلق امرأته ثم يراجعها قبل أن تنقضي عدتها ولو طلقها ألف مرة، دون أن يكون له حد يقف عنده وكان هذا باباً يلج منه الزوج إلى مضارة الزوجة واعنائها، فلما جاء الإسلام قال رجل لامرأته: (والله لا أطلقك فتبيني، ولا أويك أبداً) قالت: وكيف؟ قال: (أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك)، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة، فذكرته للنبي ﷺ فترل قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...﴾.

أنظر: أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، دار المعارف، مصر، 1967، ص 216.

تنبئ عن البيّنونة، ولا بأفعل التفضيل، ولا بما ينبئ عن الشدة والقوة⁽¹⁾.

فمن قال: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك، يقع به الطلاق الرجعي، ولا يقع إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك ولا يفتقر إلى النية.

أما لو قال: أنت الطلاق، أو طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً، فإن لم تكن له نية فهي طلقة واحدة رجعية، وإن نوى به ثلاثاً كان ثلاثاً⁽²⁾.

2- الطلاق بالألفاظ الكنايات التي لا تفيد معنى الشدة، وهي قوله: اعتدي أو استبرئي رحمك، أو أنت واحدة، فهذه الألفاظ يقع بها طلقة واحدة رجعية، إذا نوى الزوج بها الطلاق⁽³⁾.

والدليل على أن هذه الألفاظ يقع بها الطلاق رجعياً، بلا خلاف، أن قوله: اعتدي، يعتبر رجعياً بالسنة والمعقول:

- أما السنة: فما روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لسودة بنت زمعة - رضي الله عنها- : (اَعْتَدِي فَنَاشِدْتُهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا لِتَجْعَلَ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ - رضي الله عنها - حَتَّى تُحْشَرَ فِي جُمْلَةِ أَزْوَاجِهِ، فَرَاجِعَهَا وَرَدَّ عَلَيْهَا يَوْمَهَا)⁽⁴⁾.

- أما المعقول: فهو أن قوله: (اعتدي) أمر بالاعتداد، والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق، والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدرها والضرورة ترتفع بالأقل وهو الواحدة الرجعية، فلا يثبت ما سواها⁽⁵⁾، وأما قوله: (استبرئي رحمك) فهو تفسير لقوله: اعتدي، لأن الاعتداد شرع للاستبراء، فيفيد ما يفيد قوله: (اعتدي).

وأما قوله: (أنت واحدة) فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله: واحدة نعتاً لمصدر محذوف، وهو الطلقة كأنه قال: أنت طالق طلقة واحدة، كما يقال: أعطيته جزيلاً أي عطاء جزيلاً⁽⁶⁾.

(1) حامد عبده الفقهي، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 16.

(2) الموصلي، الاختيار، ج 3، مرجع سابق، ص 152؛ حامد عبده الفقهي، مرجع سابق، ص 16.

(3) ابن عابدين، رد المحتار، ج 4، مرجع سابق، ص 534.

(4) حامد عبده الفقهي، مرجع سابق، ص 17.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4، ط 2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص 246.

(6) الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج 3، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، (د.س.)، ص 42-43.

- رأي المالكية: الطلاق الرجعي يكون في ما عدا مواضع: طلاق غير المدخول بها، طلاق الخلع، الطلاق بالثلاث، المبارأة، أو هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها، ويكون فيما دون الثلاث وفي المدخول بها⁽¹⁾.

- رأي الشافعية والحنابلة والزيدية:

يتفق قولهم مع المالكية فيما عدا المبارأة، فيقولون: كل طلاق يقع رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول، أو كان على مال كما في الخلع أو كان مكماً للثلاث أو مقترناً بعدد الثلاث.

وعلى هذا يقع عند الجمهور غير الحنفية بطلان الكنايات إلا الطلاق الرجعي، ولو نوى بها البائن لأن الصريح لا يقع به إلا الطلاق الرجعي فالكناية التي هي أضعف من الصريح لاحتمالها الطلاق وغيره، يكون الطلاق الواقع بها رجعياً بالأولى⁽²⁾.

- مذهب الظاهرية: عرّف الظاهرية الطلاق الرجعي بأنه: هو الذي يكون فيه الزوج مخيراً ما دامت في العدة، بين تركها لا يراجعها حتى تنقضي عدتها فتملك أمرها، فلا يراجعها إلا بولي ورضاها وصدّق، وبين أن يشهد على ارتجاعها فقط، فتكون زوجته، أحبت أم كرهت بلا ولي ولا صدّق لكن بإشهاده فقط.

وعليه فكل طلاق عندهم يكون رجعياً إلا طلاقين: أحدها طلاق غير الموطوءة، والثاني طلاق الثلاث مجموعة أو مفرقة، وأما ما عدا هذين فهو الرجعي⁽³⁾.

الفرع الثاني: الإِشهاد على الطلاق:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط الإِشهاد على الطلاق، بل يقع الطلاق ويلحق المرأة ولو لم يشهده أحد⁽⁴⁾، وإن ثبتت عنهم نصوص كثيرة تذكر أن السنة الإِشهاد في الطلاق وفي الرجعة⁽⁵⁾.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 49.

(2) ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 298.

(3) ابن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ، ص 216.

(4) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام - الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، دار الجامعة، بيروت، لبنان، 1998، ص 68.

(5) كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام، دار الشعب، مصر، 1990، ص 73.

وغايته أنه يستحب الإشهاد على الطلاق، حتى لا يقع التجاحد بين الزوجين، وألا يتهم في إمساكها، ولغلا يموت أحدهما فيدعي الباقي ثبوت الإرث بالزوجية⁽¹⁾.

وسندهم في وقوع الطلاق بغير إشهاد:

1. أن آيات الطلاق - عدا ما في سورة الطلاق - تعطي للرجل حق الطلاق ولم تعرض للإشهاد⁽²⁾.

2. لم يعرف أن النبي ﷺ كان يأمر من طلق بالإشهاد على طلاقه، ويشهد لهم حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: (مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا)⁽³⁾ ولم يذكر الإشهاد⁽⁴⁾.

3. الإشهاد المذكور في هذه السورة (الطلاق) على الرجعة لا على الطلاق، حيث جاء الأمر به عند بلوغ الأجل، وضرورة البت في العلاقة المعلقة ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَئِنَّ فَأُنْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ - (الطلاق 2) -

4. وهذا الأمر بالإشهاد على الرجعة للاستحباب، فتصح الرجعة بدونه، وذلك مثل الأمر بالإشهاد في قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ - (البقرة 282-)، فإن الأمر بالإشهاد للاستحباب حذر التناكل في البيع والشراء⁽⁵⁾.

أما القول بوجوب الإشهاد في الرجعة فهو منسوب للإمامين مالك وأحمد، كما نسب إليهما القول بالاستحباب، وذهب الشافعي إلى أنه واجب⁽⁶⁾.

هذا هو المذكور بالنسبة للمذاهب الأربعة إجمالاً، بيد أن هناك مناقشات وروايات في جل المذاهب الأربعة ونحوها لأئمة من أهل السنة، تعرض لأهمية الإشهاد في كل من الطلاق والرجعة⁽⁷⁾.

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 68.

(2) كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 73.

(3) مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ص 776.

(4) مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1988، ص 184.

(5) كمال أحمد عون، مرجع سابق، ص 73.

(6) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 69.

(7) كمال أحمد عون، مرجع سابق، ص 74 وما بعدها.

وذهب الشيعة الإمامية والظاهرية إلى أن الإشهاد على الطلاق شرط لوقوعه، فلا يقع الطلاق عندهم إلا بحضور شاهدين عدلين⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ الْبَلَغَ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُعَظِّبُهُ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ (الطلاق 2-).

ففي هذه الآية أمر بالشهادة، وهذا الأمر جاء بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة فكان المناسب أن يكون راجعا إلى الطلاق الذي سبق الكلام لبيان أحكامه.

وتعليل الإشهاد بأنه يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ويرشح ذلك ويقويه، لأن حضور الشهود العدول لا يخلو من موعظة حسنة يقدمونها إلى الزوجين، فيكون لهما مخرجا من الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله، وعلى ذلك فإذا لم يشهد على الطلاق شاهدين ظاهرهما العدالة يسمعان إنشاء الطلاق فإن الطلاق لا يقع، وكذلك لا يقع لو أشهد عدلا واحدا أو فاسقين ولا تقبل شهادة النساء منفردات أو منضومات⁽²⁾.

وإذا طلق ثم أشهد وقع طلاقه لغوا، من ذلك قول الإمام الصادق وابن الباقر: وإن طلقها في استقبال عدتها طاهرا من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين، فليس طلاقه إياها بطلاق، وفي رواية ثانية عن الإمام الصادق أنه قال: كان علي أمير المؤمنين رضي الله عنه لا يجيز شهادة امرأتين في الزواج ولا يجيز في الطلاق إلا شاهدين عدلين⁽³⁾.

هذه هي أقوال الفقهاء في اشتراط الشهادة في الطلاق، وبالنظر فيها يتبين أن القول الراجح منها هو ما ذهب إليه الشيعة الجعفرية والظاهرية فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين، لما في ذلك من تضيق لدائرة الطلاق، لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل - وهو أحد طرفي العقد - وحده، سواء أوافقته المرأة أم لا، وتترتب عليه حقوق للرجل قبل المرأة وحقوق للمرأة قبل الرجل، وكذلك الرجعة، ويخشى فيهما الإنكار من أحدهما، فأشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد، ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر⁽⁴⁾.

(1) علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 99.

(2) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 68.

(3) المرجع نفسه، ص 69.

(4) أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ط 2، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، 1998، ص 80.

الفرع الثالث: بداية احتساب العدة وانتهاءها:

إذا كان الزواج صحيحاً، فابتداء العدة من وقت حصول الفرقة بغير مهل سواء كان سبب الافتراق فسخاً أم طلاقاً، وإذا كان الزواج فاسداً اعتبر مبدأ العدة وقت اتفاقهما على المتاركة أو من وقت قضاء القاضي بالتفريق⁽¹⁾.

ولا يتوقف ابتداء العدة على علم الزوجة بالطلاق، بل تبتدئ من وقت حصول الطلاق علمت الزوجة بالطلاق أو لم تعلم، لأن العدة مدة حددها الشارع عند وجود سببها، فمتى وجد السبب وجد المسبب دون التوقف على شيء آخر، حتى إذا جاءها نبأ طلاقها مدة تكون انتهت فيها العدة، فإن عدتها تكون قد انقضت بانقضاء وقتها ولا يتوقف ذلك على علم الزوجة من عدمه، وعلى هذا اتفق الفقهاء⁽²⁾، وهو قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي الصالية والنخعي ونافع والثوري وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي⁽³⁾.

فلو ادعت المرأة أن زوجها طلقها في وقت معين، وأنكر الزوج الطلاق، فأقامت الزوجة البينة على دعواها وحكم القاضي لها بما ادعت، فإن العدة تحتسب من الوقت الذي أثبتت البينة وقوع الطلاق فيه، وليس من وقت الحكم⁽⁴⁾، أما لو ادعت أنه طلقها في وقت معين وأقر الزوج بما ادعته، وأقر هو ابتداء أنه طلقها منذ كذا ولم يقيم بينة على ما ادعاه، فإن لم تكن هناك تهمة، فإن العدة تبدأ من الوقت الذي أسند الطلاق إليه لا من وقت الإقرار، وإن كان هناك تهمة كأن يكون الزوج مريضاً ويريد الاحتيال مع المرأة على إعطائها أكثر مما تستحق من الميراث فيتفق معها على الإقرار بطلاق سابق وانقضاء العدة، حتى تصير أجنبية فتتخذ وصيته لها أو يصح إقراره لها بدين أو يكون الزوج يرغب في الزواج بينت أختها أو بأي محرم لها، فإن العدة تبتدئ من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة⁽⁵⁾.

(1) مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، شركة الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص 267.

(2) النووي، المجموع شرح المذهب، ج 16، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1344 هـ، ص 610.

(3) مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق، ص 267.

(4) محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص 651.

(5) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 229.

وتنتهي العدة إذا كانت بالأشهر بغروب شمس آخر يوم منها، وإذا كانت بالقروء⁽¹⁾؛ فعند من يفسرها بالحيض تنتهي بانقطاع دم الحيضة الثالثة إن انقطع لأكثر مدة الحيض وهي عشرة أيام، أما إن كان انقطاعه لأقل من عشرة أيام فإن العدة لا تنتهي إلا إذا طهرت من الحيض، إما بالاغتسال أو التيمم، سواء صلت أو صارت الصلاة دينا في ذمتها⁽²⁾.

وأما من يفسر القراء بالأطهار كالجعفرية، الذين يعتبرون الطهر الذي وقع فيه الطلاق أحدها، فإنها تنتهي عندهم برؤية دم الحيضة الثالثة.

وأقل مدة تصدق فيها المرأة التي ادعت انتهاء عدتها ستة وعشرون يوما ولحظتان، إحداها وهي اللحظة الأولى من العدة، أما الثانية فليست منها وهي رؤية الدم من الحيضة الثالثة، بل هي علامة على الخروج من العدة⁽³⁾.

الفرع الرابع: رأي الفقهاء في ميراث الهالقة طلاقاً رجعيًا

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الطلاق رجعيًا، فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر⁽⁴⁾ بلا خلاف سواء كان الطلاق في حال الصحة أم في حال المرض⁽⁵⁾، روي ذلك عن أبي بكر

(1) فقد اختلف الفقهاء في تفسير النصوص الشرعية الوارد فيها لفظ القراء، كما في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ - (البقرة 228 -)، هل المقصود هو الحيض أو الطهر:

فالقراء عند الحنفية والحنابلة: هو الحيض لأنه هو الذي تعرف به براءة الرحم، فلا تنقضي العدة إلا بثلاث حيض كوامل، بحيث إذا طلقها قبل الحيض بلحظة ثم حاضت حسب لها حيضة، أما إذا حاضت قبل طلاقه بلحظة ثم طلقها فإنها لا تحسب لها، ولا تحل لغيره إذا انقطع دم الحيضة الأخيرة حتى تغتسل في رأي الحنابلة.

ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 302.

وأما عند المالكية والشافعية: فإن معنى القراء هو الطهر من الحيض، لأن القراء هو الطهر للدلالة على براءة الرحم، وقد لا تكون القروء ثلاثة كاملة، فإذا طلقت المرأة في طهر ولو بقيت منه لحظة، ثم حاضت بعد فراغه من لفظ الطلاق حسب لها هذا طهرا، فإذا حاضت مرة أخرى وطهرت حسب لها طهرا ثانيا، فإذا حاضت وطهرت حسب لها طهرا ثالثا، فمن طلقت طاهرا انقضت عدتها ببدء الحيضة الثالثة، ومن طلقت حائضا انتهت عدتها بدخول الحيضة الرابعة بعد الحيضة التي طلقت فيها.

ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 73.

(2) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص 655.

(3) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 231.

(4) عبد الله بن عمر باخرمة، مشكاة المصابيح في شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح ، ط 1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2004، ص 274.

(5) شوقي عبده الساهي، موسوعة أحكام الموارث، مرجع سابق، ص 117.

بكر وعثمان وعلي وابن مسعود⁽¹⁾، وذلك لكون الزوجية قائمة بينهما حكما عند الوفاة⁽²⁾، فالطلاق الرجعي لا يزيل ملك النكاح فلا يمنع التوارث⁽³⁾.

حيث ذهب الأحناف في تحفة الفقهاء⁽⁴⁾، أن المريض إذا طلق وهو صاحب الفراش، طلاقا رجعيا... ثم مات من ذلك المرض، وهي في العدة: فإنها ترث.

وجاء في شرح فتح القدير⁽⁵⁾، أجمع أهل العلم أن في كل طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة.

وذهب الشافعية في المجموع شرح المهذب⁽⁶⁾، إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وقع الطلاق رجعيا، فمات وهي في العدة أو ماتت قبله في العدة، ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف، كما جاء في شرح الرحبية أنه (يقع التوارث بينهما في عدة الطلاق الرجعي باتفاق الأئمة الأربعة)⁽⁷⁾.

وذهب الحنابلة في كشف القناع⁽⁸⁾، أن الزوجين يتوارثان في طلاق رجعي ما دامت في العدة، سواء كان في المرض أو الصحة.

وجاء في المغني على مختصر الخرقي: (وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا بلا خلاف، وقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة...)⁽⁹⁾.

- وجه الدلالة عند الفقهاء في توريث المطلقة رجعيا:

أن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فكانت الزوجية بع د الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه؛ والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الميراث من الجانبيين⁽¹⁰⁾، ذلك لكون

(1) مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق، مرجع سابق، ص 218.

(2) أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة، مرجع سابق، ص 265.

(3) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، مصر، 1963، ص 105.

(4) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984، ص 278.

(5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 150.

(6) النووي، المجموع شرح المهذب، ج 15، مرجع سابق، ص 219.

(7) المارديني، شرح الرحبية، مرجع سابق، ص 10.

(8) البهوتي، كشف القناع، ج 4، مرجع سابق، ص 480.

(9) ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، ج 7، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 315.

(10) مريم أحمد الداغستاني، مرجع سابق، ص 219.

الزوجية لم تنقطع وأثرها لا يزال ساريا في الطلاق الرجعي وأثنا⁽¹⁾، فالمطلقة رجعيًا زوجة حكما ولذلك يجوز التوارث بينهما إذا مات أحدهما في خلال أجل العدة الرجعية⁽²⁾، كما لو توفي أحدهما قبل وقوع الطلاق، وسواء في ذلك أكان الطلاق بغير رضاها أم برضاها، فإن ما رضيت به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا يبطلان حقها في الميراث، وسواء كانت المرأة حرة مسلمة أو مملوكة أو كتابية ثم اعتنقت أو أسلمت في العدة⁽³⁾.

لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه⁽⁴⁾، ويملك إمساكها بالرجعة من دون رضاها، ومن غير توقف على ولي ولا عقد ولا مهر جديد، ومراجعة الزوج لمطلقاته رجعيًا أثناء عدتها يعتبر امتدادا للزوجية القائمة، وما دام الزواج قائما فإن أحكامه تبقى ومنها التوارث⁽⁵⁾.

وخالف ابن حزم الظاهري جمهور الفقهاء، وقال كما جاء في المحلى⁽⁶⁾:
وكذلك المطلقة طلاقا رجعيًا في المرض إذا لم يراجعها حتى مات فلا ميراث لها، وحتى لو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لثلا ترثه ولا حرج عليه في ذلك، لأنه فعل ما أبيض له من الطلاق، الذي قطع الله تعالى به الموارثة بينهما، وقطع به حكم الزوجية بينهما.

والرد على ابن حزم:

أن المطلقة طلاقا رجعيًا ما دامت العدة قائمة فحكم الزوجية قائم بين الزوجين، ويدل على هذا قوله جل شأنه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ - (البقرة 228) -

(1) محمد محدة، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 71.

(2) أحمد نصر الجندي، أحكام العدة عند النساء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 390.

(3) مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق، مرجع سابق، ص 219.

(4) ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 3، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 149.

(5) أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 116.

(6) ابن حزم، المحلى، ج 11، مرجع سابق، ص 573.

المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري:

يقصد بعدة الطلاق الرجعي، تلك المدة الزمنية التي تترتب فيها المرأة المدخول بها⁽¹⁾، فتلتزم بأحكامها وتنتظر حتى تنتهي وتنقضي هذه المدة كاملة فتبين عن زوجها أو يراجعها هذا الأخير قبل انقضائها، وقد اتفق الفقهاء المسلمون - كما سبق وأن أشرنا - على أنه إذا توفي أحد الزوجين أثناء عدة الطلاق الرجعي ورثه الآخر.

وإن التساؤل يطرح حول تنظيم قانون الأسرة الجزائري لمسألة التوارث بين الزوجين أثناء عدة الطلاق الرجعي، من خلال نص المادة 132 منه والتي تنص على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث "

إن هذه المسألة وإن كانت للوهلة الأولى تبدو بسيطة؛ إلا أنه باستقراء مختلف المواد القانونية المنظمة لكل من الرجعة؛ وإثبات الطلاق؛ والعدة في قانون الأسرة الجزائري، يتضح أنها تنطوي على كثير من الغموض.

وعليه، فقبل أن نحكم بمدى أحقية الزوجين في الميراث حال الوفاة في عدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري، لا بد من التطرق أولاً إلى تنظيم الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري، ثم التعرض إلى إثبات الطلاق ثم احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري. وذلك وفقاً لما يأتي.

⁽¹⁾ إذ أن المطلقة قبل الدخول ليس عليها عدة، وهو ما أكدت عليه المادة 58 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: " تعدد المطلقة المدخول بها... "؛ وهو ما لم يخالفه المحكمة العليا، إذ جاء في أحد قراراتها: " من المقرر شرعاً أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلق من زوجها الأول قبل الدخول وأعدت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي، طبقوا صحيح القانون ". قرار عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، بتاريخ 18/06/1996، ملف 137571، منشور بالجملة القضائية، لسنة 1997، العدد الثاني، ص 93.

الفرع الأول: الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري:

إن أول إشكال يصادفنا عند البحث في هذا الموضوع، يتلخص في عدم النص الصريح على الطلاق الرجعي، فقانون الأسرة الجزائري لم يتحدث عن الطلاق الرجعي صراحة ولم يوضح مفهومه وآثاره، واكتفى بتوضيح الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى⁽¹⁾.

ذلك أنه بالرجوع إلى مفهوم الطلاق الرجعي نقول أن مراجعة الرجل لزوجته تتم دون عقد ودون مهر جديدين، بل تكون مواصلة طبيعية للعشرة الزوجية.

وتنص المادة 48 من قانون الأسرة، على أنه: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون "

وتنص المادة 49 من قانون الأسرة، على ما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "

لقد وقع اختلاف في تفسير هذين النصين، إذ يعتبر العديد من القانونيين أن المشرع لا يعترف بالطلاق الرجعي ولا يعرفه، وإنما يعرف فقط الطلاق البائن الذي ينتج مباشرة عقب صدور الحكم المثبت للطلاق، وذلك على أساس أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم حسب المادة 49 من قانون الأسرة، وهذا الحكم يكون غير قابل للاستئناف، فإنه لا يمكن تصور مراجعة الرجل لزوجته دون عقد ومهر جديدين⁽²⁾، فلا بد له من هذين العنصرين حتى يعيد الحياة الزوجية بينه وبين زوجته⁽³⁾، وهذا مخالف لمفهوم الرجعة في الفقه الإسلامي.

⁽¹⁾ وذلك من خلال المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة.

⁽²⁾ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، منها قرار بتاريخ 2000/02/22، ملف رقم 239349 في قضية: (زم) ضد: (وأ)، حيث جاء فيه أنه: من المقرر قانوناً أنه بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقاً للمادة 6/53 من قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد...

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 107.

⁽³⁾ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 45.

ومنه، يتولد عن هذا التفسير، أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة ويؤكد عليه في عريضته الافتتاحية للدعوى ثم أمام قاضي شؤون الأسرة لعدة مرات أثناء جلسات الصلح، يعتبر لغواً ولا وجود له ولا يلتفت إليه، بل ولا يرتب أي أثر إلا ابتداءً من تاريخ النطق بالحكم حتى ولو استغرقت القضية مدة سنة كاملة بالمحكمة، إذ يرون أن الطلاق ينشأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وأنه لا يقع إلا أمام المحكمة⁽¹⁾.

غير أنه بتمعن مختلف مواد قانون الأسرة، نجد أن المشرع يقر بوجود الطلاق الرجعي، الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى.

فقد نظم الطلاق الرجعي في الشطر الأول من المادة 50 من قانون الأسرة بصريح عبارة: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد "، أي بمعنى أنه طالما أن فترة الصلح والمحددة بثلاثة أشهر كحد أقصى لم تنته بعد، فإن الزوج يمكن له أن يراجع زوجته التي طلقها من دون أن يعقد عليها من جديد، لأن الطلاق الذي أوقعه كان رجعياً⁽²⁾.

إن المشرع عندما استعمل مصطلح " من راجع زوجته " فهو يقصد به الرجوع الذي يأتي بعد الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة⁽³⁾، أي أن (من راجع زوجته بعد أن طلقها طلاقاً رجعياً لا يحتاج إلى عقد جديد)، فلو كان حقيقة أنه لا وجود للطلاق الرجعي فلماذا يتكلم المشرع عن الرجوع⁽⁴⁾ من خلال المادة 50 من قانون الأسرة، فالمشرع يقصد من وراء ذلك الطلاق الرجعي أي أن الطلاق الذي أوقعه الزوج كان رجعياً، إذ بعدما حل

(1) حيث يرى الأستاذ عبد العزيز سعد، أن المشرع (لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاق بائن ولا يقبل الطعن بالاستئناف). أنظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص 273.

كما يرى الأستاذ بلحاج العربي، أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة. أنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص 239.

(2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط 1، بن مرابط للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص 50.

(3) حيث جاء في المادة 48 من قانون الأسرة، ما يلي: "... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ...".

(4) جاء في المعجم الوسيط؛ باب الرأء: (راجع زَوْجَتَهُ: رَدَّهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا). أنظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 331.

الزوج عقد الزواج بإرادته المنفردة فإنه يمكنه أن يراجع زوجته دون عقد جديد، وهذا الحكم لا يوجد إلا في الطلاق الرجعي⁽¹⁾.

أما القول بأن الطلاق لا يقع إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك، فإنه يعد خرقاً لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة، فيصبح لدينا الطلاق الذي يتم بإرادة القاضي بدلاً من الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج.

وإن أحسن رد على إمكانية وقوع الطلاق من الزوج، يكمن في المادة 52 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، إذ يستنتج من خلالها عدة نقاط:

1- أن عبارة " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق " تعني صراحة أن الذي يوقع الطلاق هو الزوج وليس القاضي، وإنما القاضي أثناء نظره في الطلاق الذي أوقعه الزوج؛ إذا وجدته قد تعسف في إيقاعه، يصدر حكماً لهذه المطلقة بالتعويض، فالقاضي ليس هو الذي يوقع الطلاق وإنما ينظر فقط في طبيعة هذا الطلاق الذي أوقعه غيره وهو الزوج هل هو تعسفي أم لا⁽²⁾.

2- استعمل المشرع في المادة 52 مصطلح "الطلاق" وليس مصطلح "الحكم بالطلاق"، بل جاء لفظ الحكم بعد لفظ الطلاق أي بمعنى عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي المرحلة الأولى لا يتدخل القاضي فيها فهي من صلاحية الزوج لأن العصمة بيده، وأن الزوج عندما يلجأ إلى القضاء فه و فقط لإثبات هذا الطلاق، فالقاضي يثبت في حكمه إيقاع الزوج للطلاق، فيكون حكمه كاشفاً للطلاق الذي تم وفقاً للمادة 48 من قانون الأسرة وليس منشئاً لهذا الأخير⁽³⁾.

كما أن هناك عدة قرارات للمحكمة العليا تؤكد ذلك⁽⁴⁾.

(1) نور الدين لمطاعي، مرجع سابق، ص 50.

(2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 51.

(3) المرجع نفسه، ص 52.

ويذهب الأستاذ زودة عمر إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد؛ أنظر:

زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، أنسيكلوبيديا للنشر، الجزائر، 2003، ص 31.

(4) حيث جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى - سابقاً - بتاريخ 1984/12/03، ملف رقم 35026: " من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما المرحلة الثانية، فهي عندما يرى القاضي تعسف الزوج في هذا الطلاق يكون دوره إيجابيا، فيصدر حكما منشئا للحقوق فيمنحها التعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء التعسف في استعمال حقه في الطلاق.

والدليل على ذلك أنه إذا طلب الزوج الحكم له بإثبات الطلاق الذي أوقعه؛ فليس للقاضي أن يمنعه من ذلك بحجة عدم التبرير أو تبيان السبب الذي دفعه للطلاق، لأن ذلك يعد خرقا لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽¹⁾.

يقول السيد هويدي الهاشمي -رئيس سابق لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا-: (مادام الزوج هو الذي يملك العصمة الزوجية فإن له الحق في إنشاء الطلاق، للحديث الشريف (الطلاق لمن أخذ بالساق)، وعليه فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة ولا مؤسسة ما دام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق مفضلا هكذا تحميله كامل المسؤولية في ذلك طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة ...)⁽²⁾.

3- تضمنت المادة 52 من قانون الأسرة مصطلح " إذا تبين "، أي بمعنى يتبين الشيء بعد بروزه وخروجه إلى الوجود فيصبح ظاهرا وواقعا، لذا يرى القاضي هل أن الزوج تعسف في الطلاق أم لا، إذ لا يمكن أن يتبين الشيء قبل وقوعه، فلا يمكن القول بأن هناك طلاق تعسفي قبل أن يكون هناك طلاق أصلا⁽³⁾.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح أمام القاضي، يعد مخالفة للشريعة الإسلامية ". أنظر: المجلة القضائية، لسنة 1989، العدد الرابع، ص 86.

⁽¹⁾ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: " لكن وحيث أن المادة 48 من قانون الأسرة، قد أعطت الحق للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومعنى هذا أنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي بالأسباب التي دفعته للطلاق ويختار هكذا تحمل المسؤولية في ذلك عن طيب خاطر، إما تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات، بخلاف بعض الأزواج الذين يعطون التبريرات والأسباب الدافعة لطلب الطلاق بحق وبغير حق، ويهدفون وراء ذلك إلى إبعاد المسؤولية عنهم ". أنظر: القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 223019، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 104.

⁽²⁾ هويدي الهاشمي، (توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية فيما يخص الطلاق والتطبيق ومتاع البيت)، الاجتهاد القضائي

لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 21.

⁽³⁾ نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 55.

من خلال ما تقدم؛ يبدو أن المشرع الجزائري يعرف الطلاق الرجعي؛ ونظمه بموجب المادة 50 من قانون الأسرة، وهذا بعد أن يوقع الزوج الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من نفس القانون، ثم يستصدر حكماً مثبتاً لواقعة الطلاق طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة.

هذا وإن كان المشرع يقر بالطلاق الرجعي وبآثاره من حيث إمكانية مراجعة الزوجة من غير حاجة إلى عقد جديد، إلا أنه ربط الرجعة بفترة محاولات الصلح، وفي هذا يبدو أن مفهوم الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري يختلف عن مفهومه لدى الفقه الإسلامي، والذي يجعل فترة الرجعة مرتبطة بعدة الطلاق الرجعي أي ابتداء من وقوع الطلاق من الزوج بغير مهل، ودون انتظار محاولات الصلح.

فقد يطلق الرجل زوجته ويمكن أن لا يبادر برفع دعوى لإثبات الطلاق - خاصة إذا كان الزواج عرفياً- إلا بعد مدة طويلة تكون فيها العدة قد انتهت، فحسب المادة 50 من قانون الأسرة فإن هذا الرجل لا يزال يملك حق مراجعة زوجته طالما أن فترة محاولات الصلح لم تنقض بعد، وهذا مخالف للشريعة الإسلامية، لأنها شرعاً قد بآت منه.

وإن نص المادة 50 في شطرها الأول المتضمن الطلاق الرجعي؛ لا تكون متوافقة مع الفقه الإسلامي إلا إذا اقترن تلفظ الزوج بالطلاق برفع دعوى لإثباته بعد ذلك مباشرة، ففي هذه الحالة تكون فترة محاولات الصلح تعكس حقيقة فترة عدة الطلاق الرجعي، كما يمكن أن تكون متوافقة مع الفقه الإسلامي في حالة كون الزوج لم يتلفظ بالطلاق أصلاً ورفع عريضة افتتاح دعوى للمطالبة بالطلاق.

وإذا كان هذا هو مفهوم الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري؛ كما سبق وأن أشرنا، إلا أن ذلك يؤدي إلى عدم مراعاة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، والذي يمكن أن يقع بمدة طويلة قبل رفع دعوى بشأنه والعدة قد تكون انتهت خلال هذه المدة.

وهو ما يفتح المجال للتساؤل حول إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ومدى اعتراف المشرع بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، والذي يمكن أن تنتهي عدته الشرعية قبل رفع الدعوى، وهو ما سنتطرق إليه من خلال العنصر الذي سيأتي.

ونجد أن قانون حقوق العائلة اللبناني قد نص على الطلاق الرجعي بشكل صريح وبشكل مغاير عما أتى به قانون الأسرة الجزائري، ويربط الرجعة باللفظ الصريح ما لم تكن قبل الدخول أو

على عوض أو مكملا للثلاث، ويجعل المطلقة رجعيًا في حكم الزوجة وللمطلق كل حقوق الزوجية عليها، وقد نصت المادة 111 على ذلك: "إذا طلق رجل زوجته باللفظ الصريح بعد مقاربتها يقع الطلاق رجعيًا"⁽¹⁾.

كما نص القانون المصري على الطلاق الرجعي من خلال المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، والتي جاء فيها: "كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنًا في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920"⁽²⁾.

ونص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 على الطلاق الرجعي من خلال المادة 94 منه والتي جاء فيها أن: "كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون"⁽³⁾، فالطلاق الرجعي هو طلاق الزوجة المدخول بها الأول والثاني غير المقترن بعوض والتطبيق لعدم الإنفاق⁽⁴⁾، ونصت المادة 97 من ذات القانون على حكمه، حيث جاء فيها: "الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق مراجعة زوجته في أثناء العدة قولًا أو فعلاً وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

لإثبات الطلاق أهمية كبرى في تحديد مدى أحقية الزوجين في الميراث من عدمه، فإذا كان حق الزوجين ثابتًا في الميراث مطلقًا في حالة وفاة أحدهما أثناء قيام الرابطة الزوجية، فإنه إذا حدث الطلاق بين الزوجين فإن هذا الحق يستمر لفترة زمنية محددة تكون خلالها الزوجية لا زالت قائمة حكمًا، فإذا حدثت الوفاة خلالها استحق الحي منهما الميراث.

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 78.

(2) أسامة أحمد شتات، قوانين الأحوال الشخصية والميراث والوصية والولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 60.

(3) أخذ المشرع الأردني حكم هذه المادة من مذهب الإمامين مالك والشافعي، بينما يضيف الحنفية حالات أخرى للطلاق البائن.

(4) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 195.

(5) المرجع نفسه، ص 195.

وإذا كان جمهور الفقهاء قد ذهبوا في مسألة إثبات الطلاق، إلى عدم اشتراط الإشهاد عليه، فيقع ويلحق المرأة ولو من غير شهادة أحد على ذلك⁽¹⁾، وذهبوا إلى أن الشهادة مستحبة في الطلاق حتى لا يقع التجاحد بين الزوجين وألا يتهم في إمساكها، وبالتالي تترتب كل آثار الطلاق بمجرد إيقاعه، ومنها أثره على الميراث بين الزوجين، فإن الإشكال يطرح على المستوى القانوني فيما يتعلق بإثبات الطلاق.

فإذا كنا قد انتهينا من خلال الفرع السابق؛ إلى أن المشرع الجزائري نظم الطلاق الرجعي من خلال الشطر الأول من المادة 50 من قانون الأسرة؛ واعتباره لفترة الصلح بأنها مدة للرجعة - وإن كان هذا المفهوم مخالفاً لمفهوم الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي-، إلا أنه كثيراً ما يطلق الرجل زوجته خارج دائرة المحاكم بالإرادة المنفردة، وقد لا يرفع دعوى لإثبات هذا الطلاق إلا بعد مدة تكون العدة قد انتهت خلالها، وقد يحدث أن يتوفى أحد الزوجين قبل رفع هذه الدعوى، فكيف يثبت الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وإلى أي مدى يجري الاعتراف بالطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، وبمختلف آثاره، ومنها التوارث حال وفاة أحد الزوجين؟

وقبل التطرق إلى ذلك، ينبغي الإشارة بإيجاز إلى مسألة إثبات الطلاق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، بدءاً بفترة الاحتلال الفرنسي لبلادنا أين كانت تطبق على المسلمين أحكام الشريعة الإسلامية، وأنشأت لهذا الغرض المحاكم الشرعية وكان قضاؤها يطبقون أحكام الشريعة في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث... مع الميل أكثر للمذهب المالكي، لعدم وجود أي قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم، وباعتبار أنه لا توجد هناك نصوص شرعية تنظم إجراءات التقاضي، باستثناء ما نص عليه مرسوم 1890-12-29 الذي نظم الأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في جنوب البلاد، وما تضمنه مرسوم 1922-08-12 بشأن تطبيق التقاليد القبائلية وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل⁽²⁾.

وأول قانون مكتوب بشكل منظم آنذاك هو الأمر 59-274، بالإضافة إلى النصوص التطبيقية له⁽³⁾، والجدير بالذكر أنه في هذه المرحلة وإلى غاية صدور الأمر 59-274؛ كان الطلاق إجراءً بسيطاً لا يتطلب أية شكلية إذ يتم بإعلان الزوج عنه لدى القاضي الشرعي ويتعين فيما بعد

(1) كمال أحمد عون، الطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 73.

(2) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

(3) المرجع نفسه، ص 10.

على الزوجة المطلقة رفع دعواها من أجل المطالبة بحقوقها المالية، إلا أنه بعد عام 1959 أصبح انحلال العلاقة الزوجية يخضع بصفة إلزامية إلى القضاء، وينظمه بصفة خاصة المرسوم رقم 7082-59 المؤرخ في 17-09-1959، الذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر 59-274⁽¹⁾.

حيث نصت المادة الخامسة من الأمر 59-274 المؤرخ في 4-2-1959 الخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة، على أنه: " لا ينحل الزواج إلا بقرار من القضاء فيما عدا حالة الموت، ويصدر قرار انحلال الزواج بناء على طلب يقدم من أي من الزوجين إلى القاضي المختص"⁽²⁾.

كما نصت المادة 11 من المرسوم رقم 59-7082 على ما يلي:

" في غير حالة الوفاة، لا يمكن أن ينحل الزواج إلا في الحالات التالية:

بطلب من أحد الزوجين للأسباب التالية:

- 1 - لزننا الزوج الآخر.
- 2 - الحكم بالإدانة على الزوج الآخر منذ الزواج بعقوبة شائنة مقيدة للحرية.
- 3 - بطلب من أحد الزوجين في حالة الغضب الخطير والمتجدد للواجبات الناتجة عن الزواج والذي يجعل من غير الممكن بقاء الرابطة الزوجية.
- 4 - بطلب من أحد الزوجين في حالة اتفاقهما على الطلاق بالتراضي.
- 5 - بطلب من الزوجة في حالة فقدان الزوج.
- 6 - كما يقرر القاضي حل الرابطة الزوجية إذا علم من أحد الزوجين، بأن الزوج طلق زوجته بإرادته المنفردة"⁽³⁾.

ففي الحالات الخمس المذكورة أعلاه نجد بأن الطلاق يتم بحكم من القاضي، بينما في الحالة الأخيرة نجده يتم بإرادة الزوج، وحكم القاضي هو حكم مقرر ومصرح للطلاق وليس منشأ له⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Ghaouti Benmelha. **Le Droit Algérien De La Famille**. O.P.U. Algérie. 1993.

p195.

⁽²⁾ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2، دار هومة، الجزائر، 1995، ص 331.

⁽³⁾ الحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 25.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص 26.

أما بعد الاستقلال فقد صدر القانون رقم 63-218 في 18-05-1963 والذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية ولينشئ مكانه المجلس القضائي الأعلى، كما صدر المرسوم 63-261 في 22-07-1963 فألغى المحاكم الشرعية ونقل اختصاصاتها إلى المحاكم المدنية العادية⁽¹⁾.

واستمر الحال على ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة؛ بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984⁽²⁾، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁽³⁾، حيث أصبح الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات للصلح، فحتى لو وقع الطلاق صحيحاً من الناحية الشرعية خارج دائرة القضاء، إلا أن المشرع قيد إرادة الزوج في إثباته باللجوء إلى القضاء والتصريح به أمامه، لكن ومع ذلك؛ فإن الواقع الاجتماعي أثبت أنه في البعض من الحالات يقع الطلاق وفقاً للقواعد الشرعية خارج دائرة القضاء؛ وقد لا ترفع دعوى بشأنه إلا بعد فترة طويلة تكون العدة قد انتهت خلالها.

وهنا يطرح التساؤل حول كيفية تصرف القاضي أمام هذا الموقف؛ مع وجود نص قانوني صريح يجعل من فترة محاولات الصلح بأنها فترة للرجعة، هل يحكم بإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بأثر رجعي، أم أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ويعتبر الفترة التي تسبقه فترة للصلح؟، وكيف يتعامل مع آثار الطلاق - بما فيها الميراث بين الزوجين إذا توفي أحدهما - والعدة يمكن أن تكون قد انقضت قبل صدور الحكم بالطلاق؛ وقبل فترة الرجعة القانونية المنصوص عليها بالمادة 50؟

إن مسألة إثبات الطلاق تنطوي على كثير من الغموض خاصة تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة كما سبق وأن أشرنا، إذ يثار الإشكال حول الحكم بإثبات الطلاق فيما إذا كان منشأه أو مقرراً، وبتتبع التطبيقات القضائية نجد أن البعض منها يذهب إلى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بأثر رجعي، وهو الاتجاه الذي كان معمولاً به قبل صدور قانون الأسرة تطبيقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 11.

(2) الجريدة الرسمية، 12 يونيو 1984، عدد 24.

(3) الجريدة الرسمية، 27 فبراير 2005، عدد 15.

وفي سبيل التطرق إلى مختلف الإشكالات المطروحة آنفا، نتناول أولا: المبدأ الوارد في إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، وهو عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم واعتبار فترة الصلح كمدة للرجعة، وثانيا: خروج القضاء عن هذا المبدأ بإثباتهم للطلاق بأثر رجعي.

أولاً: ثبوت الطلاق بحكم قضائي:

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ".

يتضح من خلال هذه المادة أن إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء، غير أن الملاحظ على المادة 49 أنها قد استعملت عبارة (لا يثبت)، وليس (لا يعتقد أو لا ينشأ أو لا يقع) الطلاق إلا بحكم⁽¹⁾، مما قد يحمل على الاعتقاد أن مسألة الإثبات فقط هي التي تبقى خاضعة للقضاء إلا أن وقوع الطلاق في حد ذاته يمكن أن يكون خارج ساحة القضاء، ولكن بالرجوع إلى مختلف مواد قانون الأسرة نجد أنها تعتبر أن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن، وبالتالي فإن المراجعة تكون قبل صدور الحكم بالطلاق أي أثناء محاولات الصلح، وذلك حسب المادة 50 من قانون الأسرة.

فمن خلال المادتين 49 و50 من قانون الأسرة، فالمشرع لا يعترف بالطلاق وبآثاره إذا وقع خارج دائرة القضاء، إلا من تاريخ رفع دعوى بذلك، حيث تبدأ حينئذ فقط فترة الرجعة، ولا تبينُ الزوجة إلا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن حيث جاء في قرار لها أنه: (من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج

⁽¹⁾ قسنطيني حدة، (إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاً قضائية)، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص 7.

هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً⁽¹⁾.

ويذهب بعض شرّاح قانون الأسرة الجزائري إلى أن الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أن المشرع عندما نص على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح، وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إسهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته⁽²⁾.

كما اعتبر الأستاذ عبد العزيز سعد أن (المادة 49 بعد أن أوردت نصاً مبدئياً يتعلق بأن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، وأن أي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانوناً ولا يحتج به اتجاه الغير. أشارت إلى أن مثل هذا الطلاق لا يجوز للمحكمة أن تقره إلا بعد قيام القاضي المعروضة عليه دعوى الطلاق بعدة إجراءات صلح...)⁽³⁾.

وفي ذلك يبدو أن المشرع الجزائري قد انحاز لرأي فقهاء الشيعة الجعفرية والظاهرية والذين يقولون بضرورة الإسهاد على الطلاق والذي يعتبر عندهم شرطاً لوقوعه.

(1) قرار المحكمة العليا، 1986، ملف رقم 39463، المجلة القضائية، 1989، العدد الأول، ص 115.

(2) زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 32.

(3) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 119.

وبالنظر إلى بعض القوانين المقارنة في هذه المسألة، فقد ذهب القانون التونسي إلى عدم وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث جاء في الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"⁽¹⁾.

وذلك على خلاف التشريع المصري الذي يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء، حيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية من إقرار وبينه ويمين، وقد ذهب القضاء المصري إلى أن إقرار الزوج بطلاق زوجته مسندا إلى تاريخ سابق لا يعد إنشاء لطلاق جديد، وحجتهم في ذلك هو حتى لا يحل له التزوج بأختها أو بأربع سواها زجرا له حيث كنتم طلاقها وهو المختار⁽²⁾، كما ورد في اجتهاد آخر أن يعامل المطلق في حق نفسه وحق الشرع بإقراره بالطلاق، وبانقضاء العدة في زمن يحتمل فيه ذلك فليس له حق مراجعة مطلقته⁽³⁾.

فالقانون المصري يذهب إلى الاعتداد بالطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، ويرتب عليه كافة آثاره ومنها الميراث، بشرط علم الزوجة به، حيث تنص المادة 5 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه: " على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وفقا للإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل. وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به"⁽⁴⁾.

وإنَّ وجوب توثيق الطلاق لدى الموثق المختص إجراء شكلي ليس له أثر موضوعي على حق الزوج في إيقاع الطلاق، فالطلاق يقع على الزوج من زوجته بمجرد حصوله دون توقف على توثيقه، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ومن قبلهم الصحابة والتابعون، وهذا ما حرصت المذكرة الإيضاحية للنص على إبرازه، حيث جاء فيها: وليس في إيجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طرق العلم به من أي قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزوج واختصه به في أكثر من آية من آيات

(1) مجلة الأحوال الشخصية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2006.

(2) أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الفكر، مصر، (د.س.)، ص 991.

(3) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 996.

(4) أسامة أحمد شتات، قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 60.

القرآن الكريم⁽¹⁾، كذلك لا تشكل تلك الإجراءات أي قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق، غاية الأمر أن آثارها بالنسبة للزوجة في حالة إخفائه عنها لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به، وإثبات الطلاق والدليل عليه باعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية في حدود نص المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ويجوز للمطلق أن يثبت ذلك الطلاق بكافة طرق الإثبات الشرعية على الوجه الذي عنته المذكرة الإيضاحية⁽²⁾.

ثانياً: الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء على ضوء التطبيقات القضائية:

لم يورد المشرع الجزائري نصاً قانونياً يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي، وبترتيب مختلف الآثار على هذا الطلاق بعد إثباته، ومنها التوارث بين الزوجين، ففي كثير من الأحيان يطلق الرجل زوجته خارج دائرة القضاء وقد لا يبادر برفع دعوى للحصول على حكم بالطلاق إلا بعد مدة تكون العدة قد انقضت خلالها، فلا إثبات الطلاق أهمية كبرى في تقرير مدى أحقية الزوجين في التوارث حال وفاة أحدهما خلال هذه الفترة.

وبالرغم من عدم وجود نص يسمح بإثبات الطلاق بأثر رجعي⁽³⁾، إلا أن التطبيقات القضائية تذهب في كثير من الأحيان إلى إثباته بأثر رجعي، بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها، بسماع الأطراف وكذا الشهود، وقد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة على سبيل المثال؛ مؤيدة بقرار من المجلس تصب في هذا الغرض، ومنها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 1999/01/30 والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت 1996 وإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 40.000 دج عن الطلاق التعسفي ومبلغ 10.000 دج نفقة عدة ومبلغ 1.000 دج نفقة إهمال للابن تسري من تاريخ 1998/06/01 إلى غاية النطق بالحكم وإسناد حضانة الابن لأمه⁽⁴⁾، وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئياً مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي.

(1) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 151.

(2) المرجع نفسه، ص 152.

(3) ذلك أنه حسب المادة 50 من قانون الأسرة، فالمراجعة التي تتم أثناء محاولات الصلح هي مراجعة صحيحة لا يحتاج فيها الزوج إلى عقد جديد، وذلك حتى لو انتهت العدة قبل رفع دعوى إثبات الطلاق، حسب هذا النص القانوني.

(4) قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 13.

كما نجد أن المحكمة العليا قد ذهبت في العديد من قراراتها، إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، ومن هذه القرارات:

ملف رقم 216850، قرار بتاريخ 16/02/1999 قضية (ب.أ) ضد (ق.س)، والذي جاء فيه: (- من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق.

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفياً على مسؤولي القضاة المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون.

- من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

كما ذهبت المحكمة العليا إلى القول بإثبات الطلاق العرفي، في قرار آخر بتاريخ 25/09/2002، ملف رقم 288322 قضية (ب.ع) ضد (ز.خ)، حيث جاء في هذا القرار: (أن الطلاق العرفي الموقع من الزوج والمثبت قضائياً لا يحرم الزوجة من توابع العصمة الزوجية...)⁽²⁾.

إن الفراغ القانوني الموجود في قانون الأسرة بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى إلى مشاكل عويصة، خاصة وأن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، وتتمثل أهم الإشكالات خاصة: في حالة عدم تسجيل عقد الزواج أصلاً، وحالة إعادة أحد الزوجين الزواج.

1- حالة عدم تسجيل عقد الزواج:

⁽¹⁾ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 100.

⁽²⁾ المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص 375.

تنص المادة 22 من قانون الأسرة على أنه: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". يستخلص من هذه المادة أن المشرع يعترف بوجود الزواج العرفي ويرتب عليه جميع آثاره من نسب ونفقة... إلخ، فإذا لم يقيم الزوجان بإبرام عقد زواجهما أمام موثق أو ضابط للحالة المدنية، فإن سيبلهما لإثبات عقد زواجهما يكون باللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي⁽¹⁾؛ يصدره رئيس المحكمة لإثبات وجود عقد زواج صحيح متوفر الشروط الموضوعية والشكلية، ومنسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية ومع أحكام المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، ومن ثم يسجل مضمون هذا الحكم في سجلات الحالة المدنية، بسعي من النيابة العامة حسب الفقرة الثانية من المادة 22 من قانون الأسرة، بعد ذلك لكل من الزوجين استخراج نسخة عن عقد الزواج من سجل الحالة المدنية ويحتج به لدى كل من يهمه أمر إثبات عقد زواجه⁽²⁾.

إلا أنه قد يُقدم الزوج على طلاق زوجته خارج دائرة القضاء أمام جماعة من المسلمين وينصرف كل منهما إلى حاله، مما يدعوا إلى التساؤل حول مصير هذا الزواج والآثار المترتبة عنه، بما فيها التوارث في حالة وفاة أحد الزوجين.

(1) بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 34.

(2) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 72-73.

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على إثبات الزواج العرفي، من بين هذه القرارات:

- ملف رقم 188707 قرار بتاريخ 1998/03/17، قضية (ش ك) ضد: (ب ب)، حيث جاء فيه: (من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين - في قضية الحال - أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج

مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصدائق، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون).

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 50.

- ملف رقم 253366 قرار بتاريخ 2001/01/29، قضية (ب.ق) ضد (أ.ع)، والذي جاء فيه: (يثبت الزواج بعد الدخول

بصدائق المثل إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة. وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج

العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون). المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 440.

- ملف رقم 336132 قرار بتاريخ 2005/07/13، والذي جاء فيه: (إن إثارة الطاعة للدفع بسماع الشهود والولي والإمام

الذي قرأ الفاتحة وعدم مناقشته من طرف قضاة الموضوع وحرمانها من فرصة إثبات زواجهما، يعتبر قصوراً في التسبب). نشرة

القضاة، العدد 61، الجزء الأول، ص 323.

- ملف رقم 381880 قرار بتاريخ 2007/02/14، قضية (ب-ف) ضد (ك - أ)، والذي جاء فيه: (يثبت الزواج العرفي

بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصوراً في الأب فقط).

مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007، ص 483.

وإنه من غير الممكن رفع دعوى لإثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء، ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، ومن جهة أخرى فإن دعوى الطلاق تختلف عن دعوى تسجيل الزواج، ومن ثم وجب أولاً رفع دعوى تسجيل الزواج ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعاً إذا سائرنا الواقع وسلمنا بقبول دعوى إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء والتي فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي⁽¹⁾.

إلا أن المعمول به على مستوى القضاء؛ أن يتم رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق في نفس الوقت، وجرت التطبيقات القضائية على قبول مثل هذه الدعاوى والحكم فيها بحكم واحد، وقد صدر عن مجلس قضاء الجلفة القرار رقم 2002/178 بتاريخ 2002/10/26 بين ر.عبد القادر والمسمأة ج.زوينة والذي قضى بتأييد الحكم القاضي علينا حضورياً نهائياً بالنسبة للطلاق وابتدائياً لما سواه بالإشهاد على صحة الزواج العرفي بين كل من ر.عبد القادر والمسمأة ج.زوينة الحاصل سنة 1994، وكذا الإشهاد على صحة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء الواقع سنة 1996⁽²⁾.

كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 125059 بتاريخ 1995/10/24، قضية: (س ع م) ضد (ع ي) : (... إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي)⁽³⁾.

وكان من الأفضل لو أن القضاء لا يسمح برفع الدعوين بموجب عريضة واحدة، والحكمة من ذلك تكمن في اختلاف دعوى الطلاق عن دعوى إثبات الزواج، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن حكم الطلاق يكون نهائياً ولا يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف تطبيقاً لما نصت عليه المادة 57 المعدلة⁽⁴⁾، في حين أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائياً، ومن ثم يمكن استئنافه وقد يتم إلغاؤه من المجلس، وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود عقد زواج!

(1) قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 14.

(2) قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 14.

(3) نشرة القضاء، العدد 53، ص 56.

(4) حيث تنص المادة 57 من قانون الأسرة على أنه: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية "

2- حالة إعادة أحد الزوجين الزواج بعد الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء:

أ- حالة إعادة الزوج الزواج:

وتطرح هذه الحالة إشكالا في حالة تزوج الزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة، كأخت الزوجة مثلا أو عمته أو خالتها، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في السنة النبوية الشريفة، إلا أنه من الناحية القانونية يطرح إشكالا كبيرا، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء بأثر رجعي فالزواج الأول يعتبر لا زال قائما، وبالتالي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يعتبر زواجا باطلا طبقا لنص المادة 32 من قانون الأسرة⁽¹⁾، ويترتب عليه الفسخ قبل الدخول وبعده عملا بنص المادة 34 من قانون الأسرة⁽²⁾، وإن الإشكال نجده حتى ولو أعاد هذا الرجل الزواج بامرأة خالية من الموانع الشرعية للزواج عرفيا؛ بعد طلاقه لزوجته الأولى خارج ساحة القضاء، فلو اعتبرنا هذا الطلاق الأخير لا يثبت إلا بحكم وعدم إمكان إثباته بأثر رجعي؛ لأن فترة الرجعة تكون خلال محاولات الصلح، فإن الزوج في وضعه هذا سيجد نفسه قد عدّ الزواج دون الحصول من القضاء على رخصة بالزواج الثاني، والذي يعتبر شرطا للتعدد حسب نص المادة الثامنة⁽³⁾ من قانون الأسرة الجزائري، مما يمنح كلا من الزوجتين السابقة واللاحقة الحق في رفع دعوى أمام قسم الأحوال الشخصية لتطلب الحكم بالتطليق إذا كان الزوج قد أبرم زواجه هذا وأخفى وضعيته على كل واحدة منهما⁽⁴⁾، حسب نص المادة 8 مكرر من قانون الأسرة، فنكون في هذه الوضعية أمام حالة فيها امرأة مطلقة طلاقا صحيحا - وفقا للشريعة الإسلامية- خارج دائرة القضاء، ترفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق! ، كما أن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول حسب نص المادة 8 مكرر⁽⁵⁾ من قانون الأسرة⁽⁵⁾، وقد يتعقد الأمر إذا كان هذا الرجل

(1) تنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد "

(2) حيث تنص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء "

(3) حيث تنص المادة الثامنة من قانون الأسرة على أنه: "... يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية "

(4) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 92.

(5) تنص المادة 8 مكرر⁽⁵⁾ من قانون الأسرة الجزائري على: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي... "

يملك في عصمته أربع زوجات وطلق إحداهن طلاقاً خارج دائرة القضاء، وبعدها تزوج بامرأة أخرى، فأخذاً بمبدأ عدم وقوع الطلاق إلا بحكم فإن هذه المرأة تعتبر زوجة خامسة وبالتالي فهي محرمة مؤقتاً وزواجها باطل يفسخ قبل الدخول وبعده.

فمن جميع الأمثلة والحالات السابقة يتضح أنه من المستحسن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، حتى يبقى الزواج الثاني صحيحاً وحتى لا تتعدد الأمور أكثر خاصة بوجود أولاد منه، وحتى لا نصل إلى حالة من التناقض وعدم الانسجام بين الأحكام الشرعية والأحكام القانونية.

ب- حالة إعادة الزوجة الزواج:

وتطرح هذه الحالة العديد من الإشكالات، سواء في حالة المطلقة خارج دائرة القضاء من زواج عرفي، أو المطلقة خارج دائرة القضاء من زواج مسجل.

- حالة المطلقة خارج دائرة القضاء من زواج عرفي : يعتبر الزواج العرفي الأرضية الخصب للطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، إذ من المفروض أن هذا الطلاق لا يمكن أن يكون في زواج رسمي، إذ لا يثبت الطلاق إلا بحكم وهو ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي شرعاً لا قانوناً لأن الزواج عرفياً⁽¹⁾، والمفروض أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال طالما أنه ليس من مصلحة الطرفين تسجيل عقد الزواج ثم المطالبة بوقوع الطلاق، إلا أن الإشكال يكمن في حالة وجود الأولاد، إذ ينبغي إلحاق نسبهم للزوج الأول مما يتعين معه رفع دعوى تسجيل عقد الزواج الأول وإلحاق نسب الأولاد، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بوقوع الطلاق العرفي فإن المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به⁽²⁾.

- حالة المطلقة خارج دائرة القضاء من زواج مسجل : ونكون أمام هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفياً.

وتجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري متابعة الزوجة بجريمة الزنا، وذلك لكون أن المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمة فإن علاقة الزواج لم تنقطع بعد؛ وبالتالي يحق للزوج تقديم شكوى إلى وكيل الجمهورية، وهو ما حدث بمحكمة الجلفة

⁽¹⁾ داود بن صالح، (الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق). مجلة الموثق عدد 1، جوان 2001، ص 50.

⁽²⁾ قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 15.

قسم الجرح حيث أدين المطلق عرفيا التي أعادت الزواج عرفيا بجرمة الزنا، وهنا يبرز التناقض بين أحكام الجهة القضائية الواحدة إذ من جهة نجد أن الزوجة دفعت بوقوع طلاق عرفي وبشرعية زواجها الثاني، وهو الأمر الذي لم يعترف به قاضي الجرح، ومن جهة أخرى فإن قسم الأحوال الشخصية يسير في اتجاه إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، ومن ثم كان على القاضي أن يعتبر ذلك مسألة عارضة ويوقف الفصل في دعوى إثبات الطلاق لأنه بثبوت وقوع الطلاق نخرج من دائرة التجريم، هذا من الناحية الواقعية العملية، إلا أنه من الناحية القانونية البحتة فإن حكم القاضي الجزائي جاء صائبا وفي محله لعدم اعتراف المشرع الجزائري بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء⁽¹⁾.

وفي قضية بين السيد (ص.ب) و(ع.ن) المتزوجان بعقد شرعي موثق في الحالة المدنية لبلدية عين البنيان - الجزائر - سنة 2000، حيث رفعت الزوجة دعوى تطليق سنة 2004 لدى محكمة سيدي احمد والتي أصدرت حكما بالتطليق، فسجل الزوج طعنا بالنقض لدى المحكمة العليا، غير أن الزوجة لم تنتظر صدور القرار النهائي ولا حتى انتهاؤها العدة؛ لتتزوج من جديد برجل ثاني بعقد عرفي وتنجب منه بنتا، وفي نوفمبر 2007 تحصل الزوج على قرار من المحكمة العليا يقضي بقبول الطعن ورفض حكم التطليق الصادر عن محكمة سيدي احمد مع إرجاع الأطراف لنفس المحكمة، وهذا ما يعني أن الزوجة (ع.ن) ما زالت تحت عصمة (ص.ب) وهي متزوجة برجل آخر وتعيش معه في بيت واحد، ليتقدم بطلب تدخل لدى النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر في 28 فيفري 2009، جاء فيه أنه تقدم بشكوى لدى وكيل الجمهورية لمحكمة سيدي احمد من أجل جريمة الزنا ضد زوجته (ع.ن) طبقا لنص المادة 339 ق.ع إلا أنه تفاجأ بحفظ الشكوى من ذات المحكمة في 24 جانفي 2009، ليطالب بإعادة النظر في هذه القضية...، فقانونا لا تزال (ع.ن) مسجلة على أنها زوجته فهل يعقل أن ترتبط برجل آخر، ويمكن أن تأتي في يوم من الأيام وترثه إذا مات⁽²⁾.

وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها أنه (يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة دون أن تنتظر الفصل في القضية المثارة بينها وبين زوجها)⁽³⁾، بل ذهبت إلى

(1) المرجع نفسه، ص 16.

(2) إلهام بوتلجي، (نساء في المحاكم بتهمة الزواج برجلين وأكثر)، جريدة الشروق العدد 2636، 14 جوان 2009، ص 17.

(3) الغرفة الجزائرية، 13-05-1986، قرار رقم 271: غير منشور. أنظر: أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيري، الجزائر، 2010، ص 137.

أبعد من ذلك إذ اعتبرت أنه (يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائياً)⁽¹⁾، وجاء في قرار آخر أنه إذا دفعت المتهمه بالزنا بأن الرابطة الزوجية بينها وبين الشاكي قد انحلت واستشهدت بحكم يقضي بالطلاق بينهما فادعى الزوج الشاكي أن هذا الحكم محل استئناف تعيين على المجلس قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهمه بالزنا، أن يتأكد من أن الحكم المذكور لم يصير نهائياً وإلا كان قراره مخالفا للقانون ويستوجب نقضه⁽²⁾.

الفرع الثالث: احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري:

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن ابتداء العدة يكون من وقت حصول الطلاق، سواء علمت الزوجة به أم لم تعلم، فإنه تثار إشكالية احتساب العدة على المستوى القانوني.

حيث تنص المادة 58 من قانون الأسرة على أنه: " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق ".⁽³⁾

من خلال هذا النص، أقرّ المشرع بأن بداية عدة الطلاق الرجعي تكون من تاريخ التصريح بالطلاق، وقد اختلف شراح قانون الأسرة في المقصود من ذلك؛ هل يعني تاريخ صدور الحكم بالطلاق أم أن المقصود هو تصريح الزوج بطلاقه أمام المحكمة؟

حيث ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد في حديثه عن العدة، إلى القول: (أن المادة 58 من قانون الأسرة تنص على أن تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ النطق بالطلاق)⁽³⁾، ويقول في موضع آخر تعليقا على نفس المادة: (التي جاء فيها: ... من تاريخ التصريح أو النطق بحكم الطلاق)⁽⁴⁾، فهو يعتبر أن بداية احتساب العدة يكون من تاريخ الحكم بالطلاق، حتى أنه اعتبر أن المادة 58 قد نصت صراحة على تاريخ النطق بالطلاق.

(1) الغرفة الجزائرية، 06-06-1989، قرار رقم 570: غير منشور. أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 137.

(2) الغرفة الجزائرية، 18-05-1982، نشرة القضاة، سنة 1983، ص 122.

(3) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 246.

(4) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 135.

ويبدو أن في هذا التفسير تحميل للنص القانوني بأكثر من مضمونه، ذلك أن المادة 58 تضمنت فقط مصطلح (تاريخ التصريح بالطلاق)، ولم تتضمن عبارة (تاريخ النطق بحكم بالطلاق).

وعلى ذلك، يذهب البعض الآخر، إلى أن التصريح الذي يقصده المشرع هو تصريح الزوج الذي يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة، ولم يقصد به تصريح القاضي، وهو تفسير منسجم مع مضمون النص القانوني، فلو كان المشرع لا يقر بوجود عدة الطلاق الرجعي فلماذا لم يأت بعبارة (من تاريخ الحكم بالطلاق) بدلا من عبارة (من تاريخ التصريح بالطلاق)⁽¹⁾.

كما نجد أن المادة 50 من قانون الأسرة تنص على أن: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد..."، وكما هو مقرر شرعاً؛ فمراجعة الزوج لزوجته المطلقة من غير حاجة إلى عقد جديد؛ لا يتم إلا إذا كان في أثناء مدة عدة الطلاق الرجعي، كما أن المحكمة العليا لم تنكر ذلك ولم تخالفه⁽²⁾.

وحسب المادة 49 من قانون الأسرة، فقد حدد المشرع مدة محاولات الصلح بثلاثة (3) أشهر كأقصى حد⁽³⁾، وهي مدة مطابقة لمدة العدة المنصوص عليها بالمادة 58 (... واليائس من الحيض بثلاثة أشهر)، فتتولد علاقة ما بين مدة العدة ومدة الصلح من جهة، وحق الزوج في المراجعة دون عقد جديد من جهة أخرى إذا تم ذلك خلال مدة الصلح بعد إيقاعه للطلاق بإرادته المنفردة.

وإن ما يمكن استنتاجه من هذه العلاقة، أن المشرع اعتبر أن للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة، والذي يعتبر طلاقاً رجعياً، كما يفترض أنه

(1) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 58.

(2) جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى سابقاً: (فإنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج وإذا صرح به فإنه يلزمه وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الانتجاع إليها وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة، ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها، وعليه فإن قضاة الاستئناف خرقوا قاعدة فقهية، تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالة).

قرار عن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى سابقاً، بتاريخ 17/12/1984، ملف 35322، منشور بالمجلة القضائية، لسنة 1989، العدد الرابع، ص 91.

(3) وهو ما أكدته أيضاً المادة 2/442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء فيها: " في جميع الحالات، يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى".

أوقعه وصرّح به بتاريخ رفع دعوى إثبات هذا الطلاق طبقاً لنص المادة 49، وهو ما يسمح بإجراء عدة محاولات للصلح خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر، والتي تمثل في نفس الوقت مدة عدة الطلاق الرجعي طبقاً لنص المادة 58، والتي تسري ابتداءً من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، وهو تاريخ رفع دعوى إثبات الطلاق، حتى يتمكن الزوج من المراجعة طبقاً لنص المادة 50 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

ونجد أن الشرط الثاني من المادة 50 يلزم الزوج الذي يريد المراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق؛ أن يبرم عقداً جديداً، من دون أن يلتفت إلى عدة الطلاق الرجعي هل انتهت مدتها أم لا؟، فلو أن زوجاً طلق زوجته طلاقاً رجعياً بتاريخ رفع دعوى إثبات الطلاق، وأن القاضي أجرى عدة محاولات صلح ثم أصدر حكمه بإثبات الطلاق قبل انقضاء مدة الصلح⁽²⁾، فإنه ليس للزوج الحق في مراجعة زوجته إلا إذا أبرم عقداً جديداً، ما دام الحكم المثلث للطلاق جعله بائناً حسب المادة 49 من قانون الأسرة، وبذلك فالحكم القضائي هو الذي غير من طبيعة هذا الطلاق فجعله طلاقاً بائناً، في حين أنه في حقيقة الأمر لا يزال رجعياً لأن مدة العدة لم تنته بعد ولا يحتاج فيه الزوج إلى إبرام عقد جديد⁽³⁾، ومنه يبرز التناقض بين تاريخ صدور الحكم بالطلاق وتاريخ انقضاء مدة العدة، ولا يخفى ما قد ينتج عن ذلك من آثار، بما فيها الميراث إذا توفي أحد الزوجين خلال الفترة الممتدة ما بين صدور الحكم بالطلاق ونهاية فترة العدة الشرعية.

فقد حدد المشرع مدة الصلح⁽⁴⁾ بثلاثة أشهر لكي تكون مطابقة لمدة عدة الطلاق الرجعي، أين يمكن من خلالها للزوج المراجعة، لكنه لم يمنع القاضي من تثبيت حكم الطلاق قبل انقضاء هذه المدة، ولإزالة التناقض السابق الإشارة إليه لا بد من تعديل المادة 49 ومنع القاضي من إصدار حكم إثبات الطلاق قبل نهاية مدة الصلح ومنه قبل انتهاء مدة عدة الطلاق الرجعي⁽⁵⁾.

(1) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 61.

(2) فالمادة 49 ق.أ والمادة 2/442 ق.إ.م.إ، تؤكدان على أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وتركت للقاضي الحرية المطلقة في إصدار الحكم قبل انقضاء مدة الصلح.

(3) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 62.

(4) ومحاولات الصلح وجوبية قبل إصدار الحكم حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، والتي من بينها: ملف رقم 477546 بتاريخ 2009/01/14، قضية (ب.أ) ضد (ل.ف)، جاء فيه: "القضاء بالتطبيق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة...".

مجلة المحكمة العليا، لسنة 2009، العدد 2، ص 279.

(5) نور الدين لمطاعي، مرجع سابق، ص 63.

إن المادة 58 من قانون الأسرة، قد تحدثت عن بداية احتساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق، إلا أن ذلك يتعارض مع مسألة الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء الذي لم ترفع بشأنه دعوى لإثباته إلا بعد مدة طويلة، ومن ثمة لا يمكن اعتبار أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق في هذه الحالة، وإنما ينبغي على القاضي أن يحكم بما ابتداء من واقعة الطلاق المثبتة⁽¹⁾.

وإذا كانت عدة اليأس من الحيض لا تثير إشكالا في احتساب مدتها كونها محددة بثلاثة أشهر حسب المادة 58، فإن المشرع لم يوضح المقصود بالقرء بالنسبة للمدخول بها غير الحامل إن كان هو الطهر أو هو الحيض، وهي مسألة خلافية في الفقه الإسلامي، وكان من الأفضل توضيح الرأي المتبع في هذه المسألة، لأن الفترة التي تنتهي فيها العدة عند من يفسر القرء بأنه الطهر تختلف عن الفترة التي تنتهي فيها العدة عند من يفسره بأنه الحيض.

الفرع الرابع: تنظيم المادة 132 من قانون الأسرة للتوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي:

تنص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث "

فقد نص الشطر الأول من هذه المادة على أنه في حالة وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، فإن الحي منهما يستحق نصيبه من الإرث.

إن المشرع من خلال هذا النص، لم يفرق بين مختلف المراحل التي تمر بها الدعوى القضائية، فإذا استمرت القضية مثلا إحدى عشر شهرا أمام المحكمة وقبل صدور الحكم المثبت للطلاق بأيام فقط توفي أحد الزوجين، اعتبر الحي منهما مستحقا للإرث، وكأن الطلاق لا وجود له طالما لم يصدر بشأنه حكم قضائي، فأصبح هذا الضابط (الحكم) هو المعيار الذي يعتمد عليه القضاء والموثقين، ويستندون إليه لمعرفة استحقاق الزوج الحي للإرث من عدمه⁽²⁾.

إن هذا الضابط أو المعيار يعد معيارا غير كاف، بل ويؤدي إلى نتائج وخيمة تمس بالنظام العام.

(1) قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 16.

(2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 187.

فمن خلال المادة 132؛ يتجلى أن المشرع لم يفرق بين مختلف المراحل التي تمر بها الدعوى القضائية مهما طال أمد التقاضي فيها، في حين كان عليه التمييز بين مرحلتين: الأولى: وهي مرحلة ما قبل صدور الحكم بالطلاق وقبل انقضاء مدة الصلح، أي خلال مدة الصلح، والمرحلة الثانية: ما قبل صدور الحكم بالطلاق وبعد انقضاء مدة الصلح.

فإذا كان إقرار أحقية التوارث بين الزوجين أثناء محاولات الصلح لا يطرح إشكالا قانونيا، طالما أن المشرع يعتبر مدة الصلح بأنها فترة للرجعة حسب المادة 50 من قانون الأسرة، وبالتالي فلو طلق الزوج قبل رفعه للدعوى بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة⁽¹⁾، ففي نظر المشرع أن الزوجية الحكيمة لا تزال مستمرة خلال فترة الصلح.

والمشرع عندما ربط مدة محاولة الصلح بالرجعة وحدد مدة الصلح بثلاثة أشهر، فإنه بذلك يقصد أن مدة الصلح تقابل مدة عدة الطلاق الرجعي، ومنه فإذا توفي أحد الزوجين خلال مدة الصلح استحق الحي منهما الإرث لقيام الزوجية الحكيمة، وبالرغم من ذلك يجب على القاضي التأكد من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد وأنها فعلا مسايرة لمدة الصلح، لأنها قد تكون متقدمة عنها وقد تتأخر عنها في بعض الحالات⁽²⁾.

إلا أنه قد يحدث وأن يتوفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق؛ ولكن هذه الوفاة قد تحدث بعدما تنتهي وتنقضي مدة الصلح، فهل يستحق الحي منهما الإرث؟ وكيف يكون حكم القاضي عندما يطرح النزاع أمام المحكمة بين الزوج الباقي على قيد الحياة وبقية الورثة؟ إن نص المادة 132 أجاز صراحة توريث أحد الزوجين إذا توفي الزوج الآخر قبل صدور الحكم بالطلاق، حتى لو كانت الوفاة بعد انقضاء مدة الصلح، إذ العبرة في نظر المشرع بتاريخ صدور الحكم بالطلاق⁽³⁾.

فقد سوى المشرع بين مرحلة الصلح والمرحلة التي تليها، ومنه إذا توفي أحد الزوجين خلال المرحلة الممتدة ما بين انقضاء مدة الصلح وقبل صدور الحكم بالطلاق استحق الحي منهما الإرث، لأن الوفاة حدثت قبل صدور الحكم بالطلاق.

(1) تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري: " ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ... "

(2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 192.

(3) ويتجلى ذلك من خلال عبارة: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق... استحق الحي منهما الإرث ".

وكان على المشرع التفرقة بـ بين المرحلتين السابقتين عن تاريخ صدور الحكم بالطلاق ولا يدمجها في مرحلة واحدة (مرحلة ما قبل صدور الحكم بالطلاق)، ليرتب عليهما نفس الأحكام⁽¹⁾.

إن المشرع بترتيبه لهذا الحكم، فهو لم يراع إمكانية انتهاء العدة قبل الحكم بالطلاق، والمقتضيات الشرعية في هذه الحالة تقتضي بأنه لا توارث بين الزوجين لانتهاء العدة قبل صدور الحكم، لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بسببها⁽²⁾، كون أن استحقاق الميراث لا يتوقف على الحكم القضائي وإنما يتوقف على عدة الطلاق الرجعي، لأن الميراث لا يستحق إلا بوجود الزوجية⁽³⁾، والزوجية لا تكون قائمة حكما إلا في عدة الطلاق الرجعي ولا تنقضي إلا بانقضاء هذه العدة⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى المادة 50 من قانون الأسرة⁽⁵⁾، يلاحظ أن المشرع قد أغفل تنظيم الفترة الممتدة ما بين انقضاء مدة الصلح وصدور الحكم بالطلاق، فقد نظم الفترة السابقة عنها أي فترة الصلح، وكذلك الفترة التي تليها وهي فترة ما بعد صدور الحكم بالطلاق، فالرجوع الذي يتم أثناء محاولة الصلح لا يقتضي إبرام عقد جديد، والذي يتم بعد صدور الحكم بالطلاق يستدعي إبرام عقد جديد، غير أن نص المادة 50 سكت عن المراجعة التي تتم خلال الفترة الممتدة ما بين تاريخ انقضاء مدة الصلح وتاريخ صدور الحكم بالطلاق هل تستدعي عقدا جديدا أم لا؟، خاصة وأن القاضي خلال هذه الفترة يكون قد حرر محضرا يبين فيه نتائج ومحاولات الصلح⁽⁶⁾، وإذا كانت هذه المحاولات سلبية يذكر أن محاولات الصلح قد فشلت، ويمكن أن يشير إلى أسباب فشلها⁽⁷⁾.

(1) نور الدين لمطاعي، مرجع سابق، ص 198.

(2) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 82.

(3) حيث تنص المادة 126 من قانون الأسرة على أن: " أسباب الإرث: القرابة والزوجية "

(4) محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 111.

(5) تنص المادة 50 من قانون الأسرة أنه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "

(6) وذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة: " يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين "

(7) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 120.

من خلال المادة 50، فمن راجع زوجته أثناء محاولة الصلح⁽¹⁾ لا يحتاج إلى عقد جديد، فبمفهوم المخالفة أن الذي يراجع زوجته بعد انقضاء مدة الصلح يحتاج إلى عقد جديد، ومنه تنقضي وتزول الزوجية بمجرد انقضاء مدة الصلح مباشرة، والتي تمثل في نفس الوقت عدة الطلاق الرجعي، فيتحول الطلاق من رجعي إلى طلاق بائن⁽²⁾.

مما سبق يمكن القول أن وفاة أحد الزوجين في الفترة الممتدة ما بين انقضاء مدة الصلح وصدور الحكم بالطلاق، لا تُعطي للحي منهما الحق في إرثه لتخلف الزوجية، والتي تعد سببا للإرث حسب المادة 126 من قانون الأسرة، فقد وقع المشرع في تناقض بنصه على أن استحقاق الإرث مرهون بقيام الزوجية من خلال المادة 126، ثم نص بعد ذلك في المادة 132 على أن استحقاق الإرث مرهون بعدم صدور الحكم بالطلاق؟.

وعلى ذلك يذهب بعض الباحثين، إلى أن ما انتهى إليه المشرع، يكون صحيحا لو جاء نص المادة 50 من قانون الأسرة على الشكل التالي: " من راجع زوجته قبل صدور الحكم بالطلاق لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فطالما أن الحكم بالطلاق لم يصدر فالزوجية تكون قائمة، ومنه فلا يصطدم بنص المادة 126، ولا يتعارض مع نص المادة 132 من قانون الأسرة⁽³⁾.

إن المشرع من خلال نص المادة 132 من قانون الأسرة، لم يميز بين المرحلتين السابقتين عن صدور الحكم بالطلاق (مرحلة الصلح، ومرحلة ما بعد الصلح)، في حين مَيَّز بينها في نص المادة 50، غير أن تنظيم المرحلة الأولى وإهمال تنظيم المرحلة الثانية أدى إلى بروز تعارض وتناقض خاصة بين المواد: 50، 126، 128 و 132.

⁽¹⁾ وهذه العبارة من المادة 50 ق.أ (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح) كان من الأفضل لو مسها تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، حتى تتماشى مع تعديل المادة 49 ق.أ، لتصبح هذه العبارة (من راجع زوجته أثناء محاولات الصلح)، ففي ظل القانون 84-11 كانت المادة 49 ق.أ تنص على أن: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..."، أما بعد تعديل 2005 فأصبح نص المادة 49: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح... يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح...".

⁽²⁾ نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 199.

⁽³⁾ نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 201.

ولا بد على القاضي قبل فصله في النزاع المتعلق باستحقاق الإرث وتأسيس حكمه على المادة 132 من قانون الأسرة، أن يتأكد من قيام سبب الإرث ⁽¹⁾ عند وفاة أحد الزوجين بعدما أوقع الزوج الطلاق، وقيام الزوجية معلق على عدم انقضاء عدة الطلاق الرجعي، والتي يجب على القاضي أن يبيّن حكمه على أساسها، لا على الحكم القضائي المثبت للطلاق.

وعلى المشرع ربط استحقاق الإرث بعدة الطلاق الرجعي لا بالحكم القضائي المثبت للطلاق، لأن الزوجية لا تقوم بعد الطلاق إلا في حالة عدة الطلاق الرجعي، والتي كان من الأفضل النص عليها من خلال المادة 132 من قانون الأسرة.

ويرى الدكتور لمطاعي، أن الخلل يكمن في صياغة نص المادة 132، من خلال عبارة (أو كانت الوفاة في عدة الطلاق)، فكان من الأجدر استعمال عبارة (و كانت الوفاة في عدة الطلاق)، كما أنه من الأحسن إضافة كلمة الرجعي للطلاق حتى يكون أكثر دقة ووضوحاً، لأن استحقاق الإرث لا يكون في شتى أنواع عدد الطلاق، فمن الأفضل إذا لو يعدل المشرع نص المادة 132 من قانون الأسرة ليصبح: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق و كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي، استحق الحي منهما الإرث "⁽²⁾، وذلك حتى يكون الانسجام أكثر بين المواد 50، 126، 128 و 132 من قانون الأسرة.

فالوضع المنصوص عليه في المادة 132 من قانون الأسرة لا يحقق الانسجام مع مقتضيات الشرعية في حالة تلفظ الزوج بالطلاق قبل رفعه دعوى بذلك، ولا يتوافق مع تلك المقتضيات؛ إلا في حالة كون الزوج لم يُطلق قبل رفع الدعوى ولا أثناء مختلف الإجراءات التي تمر بها، وترك الأمر للقاضي لكي يحكم بالطلاق، سواء كان الطلب من الزوج، وكذلك إذا كان الطلب من الزوجة⁽³⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 128 من قانون الأسرة، على أنه: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة،

مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث ".

⁽²⁾ نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي، مرجع سابق، ص 207.

⁽³⁾ فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 20.

* مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في مسألة الميراث في عدة الطلاق الرجعي:

بعد أن بينت في المطلبين السابقين موقف كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - مع الإشارة إلى بعض القوانين المقارنة - من التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي، أحاول عقد مقارنة في ظل النظامين.

وليس الغرض من المقارنة إبراز مزايا أحد النظامين في مسألة معينة وعيوب الآخر - وإن كان ذلك يتجلى تلقائياً - أو تفضيل أحدهما على الآخر، بقدر ما هو محاولة الخروج بنتائج ومقاربات، لأن ما من وسيلة لإثراء التشريع والتخلص من عيوب التقنين وجموده أحسن من محاولة الوصول لتكامل التشريع بواسطة المقارنة، فإن الكثير من الانتقادات التي وجهت للمشرع الجزائري كانت بسبب مقارنة القانون الجزائري بغيره من القوانين والأنظمة، والتعديلات التي قام بها المشرع الجزائري لبعض القوانين كانت بسبب هذه الانتقادات⁽¹⁾، خاصة وأن هذا القانون هو تقنين للأحكام الشرعية في مواد الأسرة، وتكوينها وعلاقتها، وأن هذا الفقه هو مصدر أصلي لهذا القانون⁽²⁾.

فبالرغم من التشابه بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في الأحكام العامة للطلاق والميراث، فيما يتعلق بأنصبة أصحاب الفروض وترتيب درجات الاستحقاق وموانع الميراث

(1) رشيد شمش، مناهج العلوم القانونية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 182.

(2) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 111.

وشروطه... الخ، والتي قام المشرع الجزائري من خلالها بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه فيما يتعلق بالمسألة محل الدراسة يمكن الوقوف على النقاط الآتية:

- فيما يتعلق بإثبات الطلاق؛ ففي الفقه الإسلامي ليس شرطا في وقوعه أن يصدر حكم قضائي بذلك حتى يثبت الطلاق، بل ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك؛ بالقول بعدم اشتراط الإشهاد عليه، فيقع ويلحق المرأة ولو من غير شهادة أحد على ذلك، وذهبوا إلى أن الشهادة مستحبة في الطلاق حتى لا يقع التجاحد بين الزوجين وألا يتهم في إمساكها، وبالتالي تترتب كل آثار الطلاق بمجرد إيقاعه، ومنها بداية احتساب العدة والتي من خلالها يظهر أثر هذا الطلاق على الميراث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما.

أما في قانون الأسرة الجزائري؛ فإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وفي حالة إيقاعه من الزوج بإرادته المنفردة طبقا للمادة 48 فإن فترة الصلح تعتبر فترة رجعة، وقبلها فالزوجية قائمة بين الزوجين ومنتجة لكافة آثارها.

- اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الطلاق رجعيا، فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر بلا خلاف، وذلك لكون الزوجية قائمة بينهما حكما، أما الميراث في عدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري؛ فإن المادة 132⁽¹⁾ تشير الكثير من الغموض، عندما ربطت استحقاق الإرث بعدم صدور الحكم القضائي، ولم تأخذ في الاعتبار إمكانية انتهاء العدة قبل صدور الحكم ومنه انتهاء الزوجية الحكمية، والزوجية هي سبب الميراث حسب المادة 126 من قانون الأسرة.

من هذه المنطلقات أرى بضرورة تعديل النص القانوني السابق بكيفية تحقق الانسجام بين مقتضيات الشرعية والقانونية فيما يتعلق بالميراث في عدة الطلاق الرجعي، بإضافة فقرة إلى نص المادة 132 على النحو التالي: " إذا تبين للقاضي عند الحكم بالطلاق أن الزوج قد طلق بالإرادة المنفردة دون حكم قضائي وانتهت العدة فلا توارث بينهما، وإذا لم تنته العدة يثبت التوارث بينهما "، أو جعل هذا النص القانوني بشكل أكثر بساطة ووضوحا كما يلي: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق وكانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي ورثه الآخر ".

⁽¹⁾ والتي جاء فيها: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث ".

المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن:

إذا كان الأصل في كل طلاق يوقعه الزوج أنه طلاق رجعي، فقد يقترن بما يجعل منه طلاقا بائنا، كما إذا حدث قبل الدخول أو كان طلاقا على مال أو طلاقا مكملا للثلاث أو أن تبين الزوجة بانتهاء العدة من طلاق رجعي... ، وقد يتوفى أحد الزوجين أثناء عدة الطلاق البائن أو بعد انقضاء العدة من الطلاق الرجعي الواقع من الزوج خارج دائرة القضاء، كما يمكن أن تكون هذه الوفاة أثناء العدة بعد صدور حكم بالطلاق من القاضي.

مما يطرح التساؤل حول مدى أحقية الزوج الباقي على قيد الحياة في ميراث الزوج المتوفى، وما مدى اعتبار قانون الأسرة الجزائري للوفاة الواقعة أثناء عدة الطلاق البائن الواقع خارج دائرة القضاء وفقا للقواعد الشرعية؛ للحكم بالتوارث بين الزوجين من عدمه، أم أن المعتبر في كل ذلك هو صدور الحكم بالطلاق وما دون ذلك فلا ينظر إليه، فيثبت الميراث حتى لو حدثت الوفاة أثناء عدة الطلاق البائن الواقع خارج دائرة القضاء.

وهو ما سأتناوله من خلال هذا المبحث؛ بالتطرق في مطلب أول إلى التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في الفقه الإسلامي، وفي مطلب ثان إلى التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري، لأخلص في الأخير إلى مقارنة موجزة.

المطلب الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في الفقه الإسلامي:

ونتناول من خلال هذا المطلب، مفهوم الطلاق البائن ثم حكمه وصولاً إلى آراء الفقهاء في التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن، وذلك من خلال ما سيأتي.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق البائن:

ينقسم الطلاق البائن إلى نوعين: طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى.

- البائن بينونة صغرى: (وهو الذي لا يستطيع الرجل (المطلق) بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين⁽¹⁾، كما لو كان يتزوجها ابتداءً⁽²⁾.

- والبائن بينونة كبرى: (هو الذي لا يستطيع الزوج المطلق بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج برجل آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها، أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه⁽³⁾، وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزواج آخر.

-الحالات التي يكون فيها الطلاق بائنا:

للفقهاء آراء في تحديد حالات الطلاق البائن:

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة، مرجع سابق، ص 237.

(2) طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص 74.

(3) حامد عبده الفقهي، أحكام الرجعة، مرجع سابق، ص 16؛ وانظر: عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 237.

- مذهب الأحناف: يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى في الحالات الآتية:

1. إذا كان الطلاق موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف، مثل قوله: أنت طالق بائن، أو أنت طالق حرام، أو أنت طالق البتة، فهذا يقع به طلاق بائن⁽¹⁾. وكذا إذا قال لها: أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة، لأن الشدة تنبئ عن القوة والقوي هو البائن، وكذا إذا قال لها: أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة، لأن الطول والعرض يقتضيان القوة⁽²⁾.

ولو قال أنت طالق أشد الطلاق، فإن لم يكن له نية أو نوى واحدة، فهي واحدة بائنة، لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي، فيقع بائنا، وإن نوى ثلاثا فثلاث، لأن ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلقه، وذلك في الواحدة البائنة، لأنها أشد حكما من الرجعية، وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت، وذلك في الثلاث، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته، وإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأدنى لأنه متيقن به⁽³⁾.

ولو قال لها: أنت طالق ملء البيت، فإن نوى ثلاثا فهو على نيته، وإن لم يكن له نية فهي واحدة بائنة، لأن قوله: ملء البيت يحتمل أنه أراد به الكثرة والعدد، ويحتمل أنه أراد به الصفة، وهي العظم والقوة، فأى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه، وعند انعدام النية يحتمل على الواحدة البائنة، لكونه متيقنا بها⁽⁴⁾.

2. الطلاق على مال: وهو الخلع ببذل، والطلاق على مال، لأن الخلع بعوض طلاق على مال عندهم، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس كما لو قال لها: طلقتك على مؤخر الصداق، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها، فتملك هي العوض الآخر، وهو نفسها، تحقيقا للمعاوضة المطلقة، ولا تملك إلا بالبائن فكان الواقع بائنا⁽⁵⁾.

(1) الموصلي، الاختيار، ج 3، مرجع سابق، ص 168.

(2) ابن عابدين، رد المختار، ج 4، مرجع سابق، ص 499.

(3) حامد عبده الفقهي، أحكام الرجعة، مرجع سابق، ص 18.

(4) الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج 4، مرجع سابق، ص 242-243.

(5) المرجع نفسه، ص 241.

3. الطلاق قبل الدخول⁽¹⁾: أو بعد الخلوة الصحيحة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِنْغُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ - **اللزب 49** -

فهذا الطلاق لا تجب به العدة ولا يقبل الرجعة، وإذا لم تمكن الرجعة لعدم وجوب العدة، فيكون الطلاق بائنا غير رجعي.

وأما بعد الخلوة الصحيحة التي لم يحدث فيها اتصال، فيقع الطلاق بائنا، ولا يملك مراجعتها، وإن كان للخلوة حكم الدخول، لأنها ليست بدخول حقيقة، فكان هذا طلاقاً قبل الدخول فكان بائنا، والعدة إنما وجبت هنا للاحتياط⁽²⁾.

4. إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية على الطلاق، ما عدا الألفاظ الثلاثة التي يقع بها الطلاق رجعياً، وهي اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، فإن قال لزوجته: أنت خلية، أو أنت بريئة، أو حبلك على غار بك، أو إلحقي بأهلك، أو تغلعي... إلخ⁽³⁾، يقع به طلاق بائن طلاقاً واحدة إن نوى بها أو دلت عليه قرينة، أو دلالة حال، لأن في هذه الألفاظ من المبالغة في إيقاع الطلاق ما ليس من اللفظ الصريح فتحمل على ما يلائمها، وهو البائن بينونة صغرى، ولأن الزوج كما يحتاج إلى طلاق رجعي - يتدارك بالرجعة فيه ما فرط منه - يحتاج إلى طلاق يفطم به نفسه عن المرأة إذا رأى المصلحة في إبانيتها، وخاف أن يحن إليها قبل أن تنتهي عدتها⁽⁴⁾.

5. نهاية العدة من طلاق رجعي: فالزوج يملك مراجعة المرأة بدون رضاها وبدون عقد ما دامت في العدة، أما إذا انتهت فقد بانت ولا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين.

والبائن بينونة كبرى، وهو أن يكون طلاقاً ثلاثاً، سواء أكان مكماً للثلاث تفريقاً، بأن يطلق الرجل زوجته كل مرة طلاقاً، أم مقترناً بالثلاث لفظاً أو إشارة، مثل أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث الإبهام والسبابة والوسطى، أم مكرراً ثلاث مرات في مجلس واحد، أو في مجالس متعددة، بأن يقول لها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق ثلاثاً، فيقع ثلاثاً إلا إذا قصد تأكيد

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج 4، مرجع سابق، ص 509.

(2) حامد عبده الفقي، مرجع سابق، ص 19.

(3) الموصلي، الاختيار، ج 3، مرجع سابق، ص 168.

(4) ابن عابدين، رد المحتار، ج 4، مرجع سابق، ص 509 وما بعدها؛ ابن الهمام، فتح القدير، ج 4، ط 1، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1316هـ، ص 77-78.

الطالقة الأولى السابقة، فلا يقع إلا طلقة واحدة، وإن أشار بأصبع واحدة فهي واحدة بملك الرجعة، وإن أشار باثنتين فهي اثنتان، لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام، لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام⁽¹⁾.

- رأي المالكية:

البائن يكون في أربعة مواضع⁽²⁾:

1. طلاق غير المدخول بها.
2. طلاق الخلع.
3. الطلاق بالثلاث.
4. والمبارأة⁽³⁾.

- رأي الشافعية والحنابلة والزيدية:

وقولهم متفق مع المالكية فيما عدا المبارأة، فيقولون: كل طلاق يقع رجعيًا إلا إذا كان قبل الدخول، أو كان على مال كما في الخلع، أو كان مكملًا للثلاث أو مقترنًا بعدد الثلاث⁽⁴⁾.

- رأي الظاهرية:

عرّفوا الطلاق البائن بأنه: الذي لا رجعة للزوج فيه على المرأة إلا أن تشاء هي في غير الثلاث بولي وصدّق ورضاها، فكل طلاق عندهم يكون رجعيًا إلا طلاقين لا ثالث لهما⁽⁵⁾:

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، مرجع سابق، ص 241.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 50.

(3) يقال أبرأ فلان فلانا من حقه عليه: خلصه منه والرجل يقول لإمرأته: برئت منك: إنها ثلاث تطليقات. جاء في الموطأ: (وحدثني عن مالك: أنه سمع ابن شهاب يقول في الرجل يقول لإمرأته: برئت مني، وبرئت منك: إنها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة. قال مالك: في الرجل يقول لامرأته أنت خلية أو برية أو بائنة؛ إنها ثلاث تطليقات للمرأة التي قد دخل بها، ويدين في التي لم يدخل بها: أو واحدة أراد أم ثلاثاً؟ فإن قال: واحدة؛ أحلف على ذلك، وكان خاطباً من الخطاب؛ لأنه لا يخلي المرأة التي قد دخل بها زوجها، ولا يبينها، ولا يبرئها إلا ثلاث تطليقات، والتي لم يدخل بها تخليها وتبرئها وتبينها الواحدة...).

أنظر: مالك بن أنس، الموطأ، المجلد الثالث، مجموعة الفرقان التجارية، دبي، الإمارات، 2003، ص 239.

(4) حامد عبده الفقهي، أحكام الرجعة، مرجع سابق، ص 21.

(5) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 161 وما بعدها.

1. أحدهما: طلاق غير الموطوءة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ - (الْمُحْزَبِ) 49-
2. والثاني: طلاق الثلاث مجموعة أو مفرقة، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّكَّفَ مِنْ زَوْجًا غَيْرَةٍ﴾ - (البقرة) 230-

فهم يتفقون مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة، وإن خالفوا المالكية في المبرأة والخلع.

- رأي الشيعة الإمامية:

الطلاق البائن: ما لا يصح للزوج بعده الرجعة بها، وهو (1):

1. طلاق التي لم يدخل بها، وإن خلا بها خلوة، فإنها بائن باعتبار عدم الدخول قبلا ودبرا فإنه معتبر كالقبول.
2. طلاق اليائسة، وهي من بلغت خمسين أو ستين سنة.
3. من لم تبلغ سن الحيض، أي التسع وإن دخل بها.
4. طلاق المختلعة، المبرأة ما لم ترجعا في البدل، فإن رجعا به كان رجعيًا.
5. والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان ولو بعقد جديد.

الفرع الثاني: حكم الطلاق البائن:

قد يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى، وقد يكون بائنا بينونة كبرى، وهذا الأخير هو المكمل للثلاث، ومن الأول الطلاق على مال والطلاق قبل الدخول ونهاية العدة من طلاق رجعي، ما دام أنه غير مكمل للثلاث (2).

أولاً: حكم الطلاق البائن بينونة صغرى

إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً بينونة صغرى، سواء أكان بواحدة أم باثنتين، ترتب على ذلك ما يأتي:

(1) الحلبي، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 222.

(2) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط 1، دار الفكر العربي، دون ذكر البلد، 1984، ص 290.

- زوال الملك لا الحل بمجرد إيقاع الطلاق، لأن البينونة الصغرى لا تبقى للزوجية أثرا سوى العدة، ولكنها لا تزيل الحل، فيمكن لمن طلقها بائنا بينونة صغرى أن يعقد على هذه الزوجة التي أبانها - دون حاجة إلى زوج آخر يحلها له- ولا تجوز المراجعة إلا بعقد جديد⁽¹⁾.

ويترتب على إزالة الملك، أن المرأة تستتر في محل من البيت الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق، فلا يدخل عليها في ذات الحل، ولا ينظر إليها، وإن كان له أن يدخل محلا آخر في هذا البيت، ويترتب عليه عدم جواز خلوة أحدهما بالآخر، ولا الاستمتاع به، وتبقى المطلقة مقيمة في المنزل مدة عدتها⁽²⁾.

- أنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، فلو طلق رجل امرأته على مال، أو طلقها قبل الدخول، وكان ذلك أول طلاق وقع منه عليها، فإنه يصبح مالكا لطلقتين بعد أن كان يملك تطليقتها ثلاث تطليقات، ولو كانت الثانية صار لا يملك عليها إلا تطليقة واحدة⁽³⁾.

- يحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق المؤجل إلى أبعد الأجلين: الموت أو الطلاق⁽⁴⁾.

ثانياً: حكم الطلاق البائن بينونة كبرى:

الطلاق البائن بينونة كبرى أو الطلاق البات، هو ما كان مكتملا للثلاث، وحكمه أنه يزِيل الحل والملك معا في الحال⁽⁵⁾، وتترتب عليه الأحكام المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى عدا نقص عدد الطلقات، لاستنفاذ ما يملك، ويزيد عليه أن المطلقة بائنا بينونة كبرى تكون محرمة تحريماً مؤقتاً على مطلقها، حتى تتزوج بزواج آخر، ولا بد أن يكون هذا التزوج صحيحاً نافذاً ويدخل بها ذلك الغير دخولاً حقيقياً، فلا تكفي الخلوة الصحيحة لحلها للأول، ثم بعد ذلك تقع الفرقة بينه وبينها سواء أكان بالطلاق أم بالموت، وتمضي العدة المقررة شرعاً لذلك⁽⁶⁾.

(1) حامد عبده الفقهي، أحكام الرجعة، مرجع سابق، ص 26.

(2) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 230.

(3) عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 290.

(4) طارق بن أنور آل سالم، الواضح، مرجع سابق، ص 76.

(5) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة، مرجع سابق، ص 238.

(6) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 231.

وإنما كانت المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى لا تحل لزوجها إلا بما ذكر، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ - (البقرة 230-) ، وذلك بعد قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ - (البقرة 229-).

واشترط دخول الزوج الثاني دخولاً حقيقياً في حل المطلقة ثلاثاً لمطلقها الأول، ثبت بالكتاب والسنة:

- فمن الكتاب، قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ - (البقرة 230-) ، ووجه الاستدلال أنه ثبت بإشارة النص، وهو أن يحمل النكاح على الوطء، حملاً للكلام على الإفادة، دون الإعادة، إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج، ومن المعلوم أن الزوج لا يكون إلا في عقد الزواج، فلو أريد من النكاح العقد لا الوطء لكان في الكلام إعادة للعقد، لا إفادة لمعنى جديد، وهو الوطء. وقال الزيلعي شارح الكتر: (وفيه نظر، فإن النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء، لاستحالاته منها، ويمكن أن يقال: يجوز نسبته - النكاح بمعنى الوطء - إليها مجازاً، كما تسمى زانية مجازاً بالتمكين منه، وهذا أقرب من حمله على العقد⁽¹⁾).

- وأما السنة، فلحديث رفاعة بن سموال أنه طلق امرأته تيممة بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً فنكحت عبد الرحمان بن الزبير فأعرض عنها... فجاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ، فقال: (أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ ؟ لا . حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ)⁽²⁾.

وعلى ذلك فمن طلق زوجته ثلاثاً وتزوجت بآخر على الوجه المشار إليه آنفاً، ثم طلقها هذا الآخر أو مات عنها بعد البناء وانقضت عدتها منه فإنها تكون حلالاً لزوجها الأول، فيجوز له شرعاً أن يتزوجها من جديد⁽³⁾.

⁽¹⁾ المرجع نفسه، ص 231.

⁽²⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها، مرجع سابق، ص 750.

⁽³⁾ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 71.

ويتفرد الإسلام بهذا الحكم والذي تخالفه الديانات السماوية السابقة، حيث يحرم على الرجل من بني إسرائيل الذي طلق امرأته فتزوجت بآخر ثم طلقها الثاني أو مات عنها امتنع على الرجل الأول، ويبرر سفر التثنية ذلك الحكم بأن الزوجة متى اقترنت برجل آخر فقد "تنجست" فلا تصلح للعودة إلى زوجها الأول (لأن ذلك رجس لدى الرب فلا تجاب خطبة على الأرض)، وفي المسيحية لا يجوز للمرأة بعد الطلاق أن تتزوج مرة ثانية وإلا عدت زانية بخلاف من مات عنها زوجها ...

الفرع الثالث: رأي الفقهاء في ميراث المطلقة البائن:

إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً (أو بانت منه بانقضاء عدتها من طلاق رجعي)، فإن كان ذلك في حال الصحة، فمات أحدهما - ولو في العدة - لم يرثه صاحبه، سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾، وأيضاً إذا حدث الطلاق في حال المرض ولم يتهم بالفرار من إرثها.

ذهب الأحناف في تحفة الفقهاء، في بيان أحكام الطلاق البائن، أنه (إن كان واحداً يزول به ملك النكاح، وتبقى المرأة محلاً للنكاح بطلاقين، حتى لا يحل له الاستمتاع بها، ولا يصح الظهار والإيلاء، ولا يجري التوارث ...)⁽²⁾.

وسبب ذلك أن الطلاق البائن ينهي الزواج، ومن ثم لا توارث، لأن الزوجية هي سبب التوارث بين الزوجين، والطلاق البائن ينهي الزوجية⁽³⁾.

المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري:

إذا كان الطلاق البائن عند الفقهاء، هو الذي لا يستطيع المطلق بعد إيقاعه أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بمهر وعقد جديد؛ فيما إذا كان بائناً بينونة صغرى، وإلا بعد أن تتزوج غيره ثم يفارقها بطلاقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها؛ فيما إذا كان الطلاق بائناً بينونة كبرى⁽⁴⁾، بحيث إذا توفي أحد الزوجين أثناء عدة الطلاق البائن فلا استحقاق للآخر في ميراثه.

فإن التساؤل يثار حول تنظيم قانون الأسرة الجزائري لمسألة التوارث بين الزوجين أثناء عدة الطلاق البائن من خلال نص المادة 132، والتي تنص: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

أنظر: ملكة يوسف زرار: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ج 1، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 2000، ص 254-255.

(1) مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق، مرجع سابق، ص 219؛ شوقي عبده الساهي، موسوعة أحكام الموارث، مرجع سابق، ص 117.

(2) السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، ج 1، مرجع سابق، ص 185.

(3) أحمد نصر الجندي، أحكام العدة، مرجع سابق، ص 390.

(4) انظر: حامد عبده الفقي، أحكام الرجعة، مرجع سابق، ص 16؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة، مرجع سابق، ص 237.

ولتناول ذلك، لا بد من التطرق أولاً إلى الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري في فرع أول، ثم إلى تنظيم قانون الأسرة الجزائري لمسألة التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن من خلال فرع ثان.

الفرع الأول: الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري:

لم يُعرّف قانون الأسرة الجزائري الطلاق البائن، إلا أنه بالرجوع إلى مختلف مواده، نجد أنها تعتبر أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي حسب المادة 49، وأن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق حسب المادة 58، فالطلاق في هذه المرحلة هو طلاق بائن، سواء كان بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و54 من قانون الأسرة، أي أنه متى صدر حكم قضائي مثبت للطلاق؛ أصبح طلاقاً بائناً، وذلك كون أن المراجعة تكون فقط قبل صدور الحكم بالطلاق، لأنه متى صدر الحكم فإن المراجعة تحتاج إلى عقد جديد حسب نص المادة 50 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها بوضوح أنه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، والمراجعة بعقد ومهر جديدين لا تكون إلا في الطلاق البائن.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في عديد من قراراتها والتي من بينها:

(ملف رقم 239349 قرار بتاريخ 2000/02/22. قضية: (زم) ضد: (وأ)
طلاق - مراجعة - وجوب عقد جديد. (المادة 50 من ق.أ)

من المقرر قانوناً أنه بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد، ومتى تبين في قضية الحال - أن الزوجة طلقت بسبب الضرر الحاصل من طرف الزوج طبقاً للمادة 6/53 من قانون الأسرة.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 107.

وقد فرّق المشرع الجزائري بين الطلاق البائن بينونة كبرى والطلاق البائن بينونة صغرى⁽¹⁾، وذلك بنصه في المادة 51 من قانون الأسرة على أنه: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره أو تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"⁽²⁾ وقد ذهب المجلس الأعلى - سابقا- إلى التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، حيث جاء في قراره رقم 39463 الصادر سنة 1986، أنه: (من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها. وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا)⁽²⁾.

فقد تبين قانون الأسرة الجزائري الطلاق البائن وفرق بين نوعيه: البائن بينونة صغرى والبائن بينونة كبرى، إلا أن الإشكال الذي يطرح دائما هو المتعلق بنص المادة 49 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، مما يحمل على أن المشرع لا يعتد بالطلاق البائن الواقع خارج دائرة القضاء، بالرغم من أن العديد من الأحكام والقرارات القضائية تذهب إلى إثباته بأثر رجعي، وبالتالي الاعتراف بآثاره، حسب ما ناقشناه فيما سبق.

وإذا كان قانون الأسرة الجزائري يعتبر كل طلاق صدر حكم بشأنه أنه طلاق بائن، فقد نص قانون حقوق العائلة البناني على حالات يقع فيها الطلاق بائنا، من خلال المادة 116 والتي نصت على أنه: " إذا طلق رجل زوجته بنكاح صحيح قبل مقاربتها يقع الطلاق بائنا، وكذا يقع بائنا بالألفاظ التي تفيد البينونة، وإذا طلقها على عوض"، كما نصت المادة 117 على الطلاق البائن بينونة كبرى والتي جاء فيها: "... وتحصل البينونة القطعية بعد الطلاق الثلاث"⁽³⁾.

(1) قسنطيني حدة، إثبات الطلاق، مرجع سابق، ص 8.

(2) المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ص 115.

(3) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 79.

كذلك نص القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، في المادة الخامسة منه على صور الطلاق البائن، حيث جاء فيها: " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائناً في هذا القانون والقانون رقم 25 لسنة 1920 "(1).

وما نص على كونه بائناً فيتعلق الأمر بـ: الطلاق للعيب والطلاق للسجن والطلاق للتضرر بسبب الغيبة والضرر بسبب الإيذاء بالقول أو بالفعل بما لا يليق بأمثالها(2).

كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 على الطلاق البائن من خلال المادة 94 منه، والتي جاء فيها: " كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والذي نص على أنه بائن في هذا القانون "(3).

الفرع الثاني: تنظيم الهادة 132 من قانون الأسرة للتوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن:

يعتبر الطلاق البائن بنوعيه بينونة صغرى وبينونة كبرى مانعاً من الميراث، لانقطاع العلاقة الزوجية بين الطرفين بعد انتهاء العدة في حالة البائن بينونة صغرى، أما في حالة البينونة الكبرى فتنتقطع العلاقة بينهما بمجرد الطلاق دون حاجة لانتظار العدة، وبالتالي لا توارث بينهما، والعدة ما تقررت فقط إلا للتأكد من براءة الرحم(4).

وقد نصت المادة 132 من قانون الأسرة على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث ".

يتضح من نص المادة 132 من قانون الأسرة، أن المشرع ربط استحقاق الميراث في حالة وفاة أحد الزوجين عند الطلاق بالحكم القضائي.

(1) أسامة أحمد شنتات، قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 60.

(2) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 77.

(3) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 330.

(4) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 90.

إن الشرط الثاني من المادة 132 من قانون الأسرة: "...أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، يثير الكثير من الغموض لعدم وضوحه، فقبل صدور الحكم بالطلاق اعتبر العلاقة قائمة، وبالتالي يثبت التوارث وهذا لا جدال فيه، لكن شريطة أن لا يكون الزوج قد طلق بالإرادة المنفردة قبل رفع دعوى الطلاق، لأن العدة تحتسب شرعا من تاريخ التلفظ بالطلاق، أما إذا كان الزوج قد طلق وانتهت العدة قبل رفع الدعوى أو أثناء سير الدعوى وإجراء الصلح، فإنه في هذه الحالة لا ميراث لأحد من الزوجين في حالة الوفاة ولو قبل صدور الحكم بالطلاق من القاضي⁽¹⁾، وهو ما لم يلتفت إليه هذا النص القانوني، إذ العبرة بحكم الطلاق كما هو واضح من المادة 49، حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وهي مسألة بالغة الدقة والأهمية، بحيث يمكن أن يؤدي ذلك إلى توريث مطلقة قد بانت بانقضاء عدتها من الزوج المتوفى؛ أو العكس.

كذلك نجد أن المادة 132 أشارت إلى لفظ الطلاق دون تمييز بين ما إذا كان طلاقا للمرة الأولى أو الثانية، أو طلاقا مكملا للثلاث، ففي هذه الحالة الأخيرة لا توارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما، ولو كانت في مرحلة العدة، على عكس لو كان الطلاق غير مكمل للثلاث فهنا يستحق الحي منهما الإرث من الآخر⁽²⁾.

إن الشرط الثاني من المادة 132 يمكن أن يُفسر على أن الإرث يستحق حتى في الطلاق البائن (أي بعد صدور الحكم بالطلاق)، وفي كثير من الأحيان يصدر القضاة أحكامهم وقراراتهم على ضوء هذا التفسير، فقد جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء الجزائر⁽³⁾، ما يلي: (حيث ثبت من الملف والأطراف أن المرحوم (ب.ع) كان تزوج بالمستأنف عليها (ب.م) بموجب عقد رسمي مسجل بالبلدية.

حيث ثبت أيضا وأن المستأنف عليها قد طلقت من المرحوم (ب.ع) بموجب حكم صادر عن محكمة باب الوادي بتاريخ الثاني فيفري 1999.

حيث ثبت وأن مورث الأطراف (ب.ع) قد توفي بتاريخ 20 فيفري 1999 حسب شهادة وفاته وبالتالي فقد توفي بعد ثمانية عشر (18) يوما من تاريخ النطق بحكم الطلاق.

(1) فئشار عطاء الله، أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 20.

(2) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 91.

(3) قرار غير منشور، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بمجلس قضاء الجزائر، بتاريخ 2003/07/08 تحت رقم 02/1701؛ نقلا عن: نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 220.

حيث وأن طبقا للمادة 58 المشار إليها أعلاه، فإن العدة تحتسب من تاريخ التصريح بالطلاق وليس من تاريخ رفع الدعوى، وعليه فإن دفع المستأنفات غير مؤسسة وتعين لأجل ذلك تأييد الحكم المستأنف).

والملاحظ على هذا القرار، أن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون ولم يحسنوا إسقاط أحكام المادة 132 ق.أ على هذه القضية، عندما قضوا بتوريث المستأنف عليها (ب.م)، إذ أنهم ورثوها على أساس أنها ما زالت في فترة العدة عند وفاة (ب.ع)، وأخذوا بأن العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق⁽¹⁾.

غير أن هذا الأمر يعتبر مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولأحكام قانون الأسرة، إذ أنه شرعا وقانونا يشرع في حساب عدة الطلاق من تاريخ إيقاع الطلاق وهو تاريخ تصريح الزوج بالطلاق طبقا لنص المادة 58⁽²⁾ ق.أ، وهو الثابت على الأقل عند تاريخ رفع دعوى الطلاق، لأن الحكم بالإشهاد على حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقا للمادة 48⁽³⁾ من قانون الأسرة يعتبر حكما كاشفا لواقعة الطلاق وليس منشئا لها.

كما أنه بالنظر إلى المادة 126 من قانون الأسرة، فهي تنص صراحة على أن: " أسباب الإرث: القرابة والزوجية ".

كما تنص المادة 128 من قانون الأسرة، على أنه: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث " . وتنص المادة 130 من نفس القانون: " يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء " .

من هذه المواد فإن سبب⁽⁴⁾ الإرث هو الزوجية، فإن تخلّفت تخلّف الإرث، بل حتى وإن وجد النكاح ولكن ثبت بطلانه؛ فإنه لا توارث بين الزوجين حسب المادة 131 من قانون

(1) المرجع نفسه، ص 222.

(2) حيث تنص المادة 58 من قانون الأسرة: " تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق " .

(3) حيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة: " ... يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج... " .

(4) والسبب: هو كل شيء يتوصل به إلى غيره. أنظر: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 411.

الأسرة⁽¹⁾، أي أنه لاستحقاق الميراث بين الزوجين لا بد أن تكون الرابطة الزوجية قائمة ولا يتم ذلك إلا إذا وجد عقد زواج صحيح، سواء وقع بناء أم لم يقع⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 48 من قانون الأسرة نجد أنها تنص: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج...".

كما أن المادة 50 من قانون الأسرة تنص على أن: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"

فمن خلال هذين النصين، فإنه بعد صدور الحكم بالطلاق فلا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فالطلاق في هذه الحالة يكون بائنا، فلا بد للزوج إن أراد مراجعة زوجته أن يبرم عقدا جديدا وفقا لنص المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة فإن الزوجية تكون منعدمة، وحسب المادة 126 فإن سبب الإرث يتمثل في الزوجية، وما دامت الزوجية منعدمة إذ تخلفت؛ فهذا بالضرورة سيؤدي إلى انعدام وتخلف المسبب وهو الإرث، فكيف يمكن توريثه إذن⁽³⁾ (والطلاق بائن بنص القانون)⁽⁴⁾؟، فهنا نجد أن المشرع قد رتب آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن وهو مخالف للشريعة الإسلامية، لأنه شرعا في الطلاق البائن لا توارث بين الزوجين⁽⁵⁾، بل إن الأمر أبعد من ذلك؛ فرافع الدعوى في هذه الحالة يكون مفتقدا حتى لصفة التقاضي طبقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁶⁾، والتي يترتب على انعدامها ضرورة الحكم بعدم قبول الدعوى.

(1) تنص المادة 131 من قانون الأسرة: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

(2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 224.

(3) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 225.

(4) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 225.

(5) مقال مأخوذ عن الموقع الإلكتروني: www.droit-tlemcen.over-blog.com

(6) حيث تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

وكان على المشرع توضيح أن الإرث لا يستحق إلا في خلال عدة الطلاق الرجعي، إلا إذا كنا بصدد طلاق الفارّ، كما سنراه لاحقاً، فلا بد أن يتدخل المشرع بتعديل المادة 132 من قانون الأسرة لإزالة الغموض وتوضيح الأحكام.

ذلك أن الأحكام القضائية المتعلقة بالتوارث بين الزوجين بعد إيقاع الطلاق، تتأثر في حقيقة الأمر بعدة الطلاق الرجعي لا بالحكم القضائي الميث للطلاق.

* مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في مسألة الميراث في عدة الطلاق البائن:

بينت من خلال المطلبين السابقين موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن، وأصل الآن إلى عقد مقارنة موضوعية بين النظامين حول هذه المسألة، تتمحور حول مدى أحقية الزوجين في الميراث في عدة الطلاق البائن وأساس الحكم بالإرث من عدمه.

وعلى عكس الطلاق الرجعي، فإنه يتضح أن قانون الأسرة الجزائري قد نظم الطلاق البائن بشكل أكثر وضوحاً، فوافق الفقه الإسلامي بتبنيه الطلاق البائن بنوعيه، البائن بينونة صغرى والبائن بينونة كبرى، بالرغم مما يؤخذ عليه من أنه اعتبر كل طلاق يكون بائناً، وأيضا أنه تحدث عن الرجعة

بعد صدور الحكم بالطلاق بقوله ألها تكون بعقد جديد حسب المادة 50 منه⁽¹⁾، رغم أن هذه ليست برجعة.

ويظهر اختلاف قانون الأسرة الجزائري عن الفقه الإسلامي، من خلال تنظيم التوارث في عدة الطلاق البائن، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً أو بانت منه بانقضاء عدتها من طلاق رجعي، فإن كان ذلك في حال الصحة، فمات أحدهما ولو في العدة لم يرثه الآخر، سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وهذا باتفاق الفقهاء، وذلك لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية في الحال.

أما المادة 132 من قانون الأسرة فقد نصت على الميراث بين الزوجين في عدة الطلاق، والذي لا يكون إلا طلاقاً بائناً حسب المادتين 49 و50 من ق.أ، وهو ما يعتبر مخالفاً لقواعد الفقه الإسلامي، فهذا النص القانوني يورث الحي من الزوجين المطلقين من الآخر دون وجود سبب من أسباب استحقاق الميراث، لأن الزوجية الحكمية تستمر أثناء عدة الطلاق الرجعي، أما في الطلاق البائن فالزوجية تنتهي بمجرد الطلاق، إلا إذا أراد المشرع الإشارة إلى الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء والاعتراف بآثاره ومنها أثره على الميراث، إلا أنه نص على الميراث في العدة مطلقاً دون النص على أنه لا توارث إذا كان هذا الطلاق بائناً.

من هذه المنطقات، أرى بما ذهب إليه بعض الباحثين⁽²⁾؛ من ضرورة تعديل النص بكيفية تحقق الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية بإضافة إلى نص المادة 132 :

" إذا تبين للقاضي عند الحكم بالطلاق أن الزوج قد تلفظ بالطلاق وانتهت العدة فلا توارث بينهما، وإذا لم تنته العدة يثبت التوارث بينهما.

لا يثبت التوارث بين الزوجين في الطلاق المكمل للثلاث ولو كانت الطلقات السابقة وقعت بالإرادة المنفردة للزوج دون حكم "

أو يجعل النص القانوني بشكل أكثر بساطة ووضوحاً: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق و كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي استحق الحي منهما الإرث "

(1) حيث تنص المادة 50 من قانون الأسرة على أنه: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "

(2) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 83.

الفصل الثالث

أثر الطلاق في مرض الموت على
التوارث بين الزوجين

الفصل الثالث: أثر الطلاق في مرض الموت على التوارث بين الزوجين

إذا كنا قد انتهينا فيم ا سبق، إلى أن الطلاق البائن يقطع رابطة الزوجية في الحال، ويمنع من التوارث بين الزوجين سواء حدثت الوفاة في عدة الطلاق أم بعد انقضائها، فإن تلك الأحكام تسري في حالة الطلاق في الصحة، بحيث يكون كل من الزوجين في كامل قواه البدنية والذهنية، أما الطلاق في مرض الموت فإنه يعتبر حالة خاصة من الطلاق لها أحكامها الخاصة، نظرا لخصوصية الفترة التي تم فيها إيقاع الطلاق.

ومرض الموت وإن كان من عوارض الأهلية التي تقتضي تغييرا في بعض الأحكام فإنه لا ينافي أهلية الوجوب، أي إلزامه بالواجبات الشرعية، سواء أكانت من حقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة، أم من حقوق العباد كالقصاص ونفقة الأزواج والأولاد، كما لا ينافي كذلك أهلية العبارة، أي احترام الأقوال التي تصدر منه بغض النظر عن لزومها ونفاذها، لأنه لا يخل بالعقل ولا يمنعه من استعماله، حتى صحّ زواج المريض وطلاقه وانعقدت جميع تصرفاته وجميع ما يتعلق بالأقوال التي تصدر منه⁽¹⁾.

ولما كان الموت علّة لخلافة الورثة وتعلق حق الدائنين في المال، لأنه بالموت تبطل أهلية المالك فيخلفه أقرب الناس إليه، والذمة تخرب بالموت فيصير المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين، فيكون حق الدائن في المال، كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله حال المرض وقبل تحقق الموت، لأن المرض سبب الموت والموت علّة لتلك الخلافة، فيستند الحكم إلى أول السبب وهو المرض، ولكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والدائن بالمال، كان من أسباب الاعتراض على تصرف المريض بالقدر الذي يصاب به حق الورثة أو الدائنين، وتصرفات المريض مرض الموت متنوعة ومختلفة من حيث الأثر الناتج، والتي من بينها الزواج وكذلك الطلاق.

(1) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

من هنا تتجلى أهمية هذا الفصل والذي أحاول أن أوضح من خلاله أثر الطلاق في مرض الموت على الميراث، انطلاقاً من الإشكالية الآتية:

إذا كان الطلاق البائن في الصحة يمنع من التوارث بين الزوجين، فما مدى أحقية الحي من الزوجين في الميراث حال الطلاق البائن في مرض الموت، سواء كانت الوفاة في العدة أم بعد انقضائها؟

ولإحاطة بهذه الإشكالية، أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، أتناول في الأول مفهوم مرض الموت وإثباته، وفي المبحث الثاني حكم الميراث بين الزوجين حال الطلاق في مرض الموت.

المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وإثباته:

إن التطرق إلى مرض الموت يقتضي البدء بمفهومه وذلك في مطلب أول، ثم إثباته في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم مرض الموت:

لتحديد مفهوم مرض الموت يقتضي الأمر تعريفه، وبيان شروط تحققه، ثم حالات الأصحاء التي لها حكم التصرف في مرض الموت، وذلك من خلال ما يأتي.

الفرع الأول: تعريف مرض الموت:

اقتصر المشرع الجزائري في القانون المدني على بيان أحكام البيع في مرض الموت ⁽¹⁾ دون أن يبيّن المقصود بهذا المرض، ونفس الشيء فعله في قانون الأسرة، حيث ذكر الهبة في مرض الموت ⁽²⁾ كما ذكر أيضا مرض الموت في الإقرار بالنسب ⁽³⁾ وأشار إليه في مسألة الوقف ⁽⁴⁾ ودون تعريفه ⁽⁵⁾.

- (1) وذلك من خلال نص المادة 408 من القانون المدني والتي جاء فيها:
" إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.
أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال."
(2) وذلك من خلال المادة 204 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"
(3) حيث نصت المادة 44 من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة."
(4) فنجد أن المادة 215 من قانون الأسرة تحيل على المادتين 204 و 205 من نفس القانون فيما يتعلق بشروط الواقف والموقوف، حيث أن الوقف إذا كان في مرض الموت، يعتبر وصية.
(5) ولم تُعن التقنينات المدنية العربية بوضع تعريف لمرض الموت واقتصرت على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض ممرض الموت، وقد شدّد التقنين المدني الأردني (وكذا التقنين المدني الإماراتي المأخوذ من التشريع الأردني) عن ذلك إذ نص على أن: (مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح). المادة (1/543) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

ولم يعرف القانون المدني الفرنسي مرض الموت، كما أنه لا توجد فيه نصوصا مقابلة للنصوص الواردة في التشريعات العربية التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت، فالقانون الفرنسي لم يعرف إلا بطلان التصرفات الحاصلة في مرض الموت للأطباء والصيدالدة ورجال الدين وفقا لنص المادة 909 مدني فرنسي، ومع ذلك فإن هناك إجماع بين شراح القانون المدني الفرنسي على تعريف مرض الموت بأنه: المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه، ويكون الغالب فيه موت المريض، وأن مرض الموت لا يبدأ بظهور الأعراض الأولية، وإنما يبدأ عند اضطراب المريض لتغيير نوع معيشته، والتحقق من أنه غير قابل للشفاء.

أنظر: حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص104.

ومن ثمّ، يتعيّن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تعريف مرض الموت، إعمالاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وقد تباينت المذاهب الفقهية في تعريف مرض الموت:

1- حيث عرّفه الأحناف بأنه: (المرض الغالب منه الموت الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن)⁽¹⁾، ولكنهم اختلفوا في تفسير ذلك.

فسرّه بعضهم بأن يكون صاحب فراش⁽²⁾، وهو الذي لا يقوم بجوائجه كما يعتاده الأصحاء وإن كان يقدر على القيام بالتكاليف، والذي يقضيها وهو يشتكي لا يعتبر مريضاً لأن الإنسان قلماً يخلو منه⁽³⁾.

وقيل إن كان يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو صحيح، وإلا فهو مريض، وقيل المريض من لا يقدر على أداء الصلاة قائماً، وقيل من لا يقدر على أن يقوم إلا أن يقيمه غيره، وقيل من لا يقدر على المشي إلا أن يتهدى بين اثنين، وقيل من يزداد مرضه⁽⁴⁾.

وقال الموصلي: (مرض الموت: هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بجوائجه، فأما من يجيء ويذهب بجوائجه ويُحَمُّ فلا)⁽⁵⁾.

وهذا التعريف يبدو أوسع من تعريف من يشترط أن يكون صاحب فراش، لأن كونه صاحب فراش يقتضي العجز عن مصالحه في البيت، فلو قدر عليها لا يعتبر مريضاً.

جاء في رد المحتار لابن عابدين، أنه ينبغي أن يكون المراد العجز عن نحو الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل، إذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة، كما لو كان مكارياً أو حمالاً على ظهره أو دقاًقاً⁽⁶⁾ أو نجاراً أو نحو ذلك مما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد أو السوق، لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه، وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلاً مرضاً وغير مرض بحسب اختلاف

(1) نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 6، مرجع سابق، ص 176.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج 5، مرجع سابق، ص 5.

(3) الزبلي، تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق، ج 2، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1313هـ، ص 248.

(4) ابن عابدين، مرجع سابق، ص 5.

(5) الموصلي، الاختيار، ج 3، مرجع سابق، ص 190.

(6) والدقّاق: من يدقّ الأبازير. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 291.

المصالح، ثم هذا يظهر أيضا في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض، لكبر أو لعله في رجله، فلا يظهر، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه⁽¹⁾.

ويؤيد ذلك أن من يلحق بالمريض كمن بارز رجلا ونحوه إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج، ولأن بعض من يكون مطعوناً أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه؛ قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلا، وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح⁽²⁾.

وفي نور العين قال أبو الليث: (كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت، بل العبرة للغلبة لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت، وبه كان يفيتي الصدر الشهيد، ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر محمد في الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالبا لا كونه صاحب فراش)⁽³⁾.

وتساءل رأي آخر هل المراد به مطلق المرض، أو يراد به خصوص المرض الذي يكون مخوفاً عادة، وهو ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقيل كل ما اتصل به الموت، أو هو مما يكون الغالب فيه الموت: كالسل وحمى الدق، وقذف الدم⁽⁴⁾.

2- وعرفه المالكية بأنه: (المرض الذي ينشأ عنه الموت عادة، وإن لم يغلب)⁽⁵⁾، يقول التسولي: ومراده بمرض الموت: المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به⁽⁶⁾.

3- أما الشافعية فعرفوه بأنه: (المرض المخوف الذي لا تتناول بصاحبه معه الحياة)⁽⁷⁾، قال الإمام الإمام الشافعي: (... كل مرض الأغلب منه الموت مخوفاً...)⁽⁸⁾.

(1) ابن عابدين، رد المختار، ج 5، مرجع سابق، ص 4 - 5.

(2) الزيلعي، تبين الحقائق، ج 2، مرجع سابق، ص 248؛ ابن عابدين، ج 5، مرجع سابق، ص 5.

(3) ابن عابدين، مرجع سابق، ص 4.

(4) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 7.

(5) الدردير، الشرح الصغير، ج 3، مرجع سابق، ص 399.

(6) التسولي، البهجة شرح التحفة، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1951، ص 240.

(7) الماوردي، الحاوي الكبير، ج 10، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص 174؛ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،

ج 2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1386هـ، ص 58.

(8) الإمام الشافعي، الأم، ج 4، مرجع سابق، ص 35.

4- وعرفه الحنابلة بأنه: (المرض الذي يكثر حصول الموت منه)⁽¹⁾.

وهو قريب من تعريف علماء المالكية، فقد اعتبر الحنابلة مرض الموت كل مرض اتصل بالموت وكان مخوفاً.

5- كما عرفه الزيدية بأنه: المرض المخوف المتصل بالموت، والذي مات المريض بسببه⁽²⁾.

6- وعرفه الإمامية بأنه: المرض الذي لا يؤمن معه من الموت غالباً، فهو مرض مخوف كالسل ونزف الدم وما شابه ذلك، أو هو : المرض الذي ينتهي به الموت سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن⁽³⁾.

فالذي يظهر مع رأي الشافعية والمالكية والحنابلة وبعض الزيدية، أنهم يشترطون أن يكون المرض مخوفاً، وقد خالفهم في ذلك بعض متأخري فقهاء الإمامية، فذهبوا إلى أن المناط هو المرض، واعتبار صفة المخوفية لا دليل عليه.

وهذا الرأي هو الذي يظهر من ابن حزم أيضاً، فقد قال بعد أن نقل التفرقة بين الأمراض عند الفقهاء: (وكذلك قولهم في التفرقة بين الأمراض، فإنه لا يعرف عن صاحب ولا تابع أصلاً، ولا في شيء من النصوص، فحصل قولهم لا حجة له أصلاً، لا من قرآن ولا من سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب، ولا قياس، ولا نظر ...)⁽⁴⁾.

وقد نصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقهاء الحنفي - على ما يأتي: " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت "⁽⁵⁾.

(1) مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهي، ج 6، المكتب الإسلامي، دمشق، سوربي 1961، ص 152.

(2) ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1949، ص 307.

(3) الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج 1، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1969، ص 267.

(4) ابن حزم، المحلى، ج 9، مرجع سابق، ص 353.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،

وقد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: المرض الذي يعجز المريض عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، ويغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير ازدياد⁽¹⁾.

وعرفه البعض الآخر بأنه: المرض الذي من شأنه أن يحدث الموت غالباً، ويخشى فيه المريض من الموت، ويتوقعه، ويكون الموت متصلاً به⁽²⁾.

أو هو: ما يغلب فيه الهلاك عادة، ويتصل به الموت فعلاً، سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجي عنه، كقتل أو غرق أو نحوهما، ويلحق به جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها ولا يفلتون منه في العادة، كمن قُدم للقصاص، ومن أشرف على الغرق⁽³⁾.

ومن هذه التعريفات ذهب البعض إلى محاولة استخلاص تعريف شامل لمرض الموت بأنه: المرض الذي يعجز الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة وقضاء حاجاته خارج المنزل، كالحرفة، والوظيفة، والمهنة، ويعجز المرأة عن القيام بأعمالها المعتادة داخل المنزل، من طبخ وتنظيف وترتيب، ويغلب فيه الهلاك، كمرض السرطان والإيدز، والفشل الكلوي، ونزف الدماغ، ويتصل به الموت، دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير ازدياد، ولو بسبب آخر غير المرض، كما إذا قتل أو غرق أو حرق، سواء ألزمه الفراش أم لم يلزمه⁽⁴⁾.

إذا فقد تباينت الآراء في تعريف مرض الموت؛ ويبدو أن الرأي رُجِّح في أحكام القضاء وأقوال شرّاح القانون المدني، فيذهب الأستاذ السنهوري في الوسيط إلى تحديد مفهوم مرض الموت من خلال الشروط التي يجب توافرها فيه؛ بأنه: ذلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه، ويغلب فيه الموت عادة، وينتهي بالموت فعلاً ولو بسبب آخر غير المرض⁽⁵⁾.

(1) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 6، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1992، ص 804.

(2) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.س.)، ص 350.

(3) محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي، ط 4، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص 461.

(4) حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، مرجع سابق، ص 103.

(5) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 314؛ محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة

العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص 516.

الفرع الثاني: شروط تحقق مرض الموت:

تبين فيما تقدم أن التعاريف قد تعددت حول تحديد معنى مرض الموت، وأن القاسم المشترك بين معظمها هو الانطواء على ثلاثة شروط لتحقيق مرض الموت، فقد استقر شرّاح القانون على عدم اعتبار المرض مرض موت؛ إلا إذا توافرت هذه الشروط، والمتمثلة فيما يأتي⁽¹⁾:

أولاً: أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه:

أن يعجز الرجل عن قضاء حوائجه العادية المألوفة والتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، وإذا كانت من النساء أن تقعدا عن قضاء مهامها المنزلية، وليس لازماً أن يلزم المريض الفراش على وجه الدوام، والشيخوخة بحد ذاتها لا تعتبر مرض موت إذا عجز الإنسان عن القيام بمهامه إثرها⁽²⁾.

وحتى يمكن أن يقال أن التصرف صدر من مريض في مرض موت يتعين أن يثبت بداية أن هذا المرض قد جعل الشخص عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة والتي يستطيع الأصحاء مباشرتها، فإذا كان ذكراً فإنه يصبح عاجزاً عن مباشرة وظيفته أو مهنته أو حرفته شريطة ألا تكون هذه الحرفة مما يقتضي مجهوداً شاقاً غير مألوف عادة وإذا كانت أنثى تكون عاجزة عن قضاء حاجات ومتطلبات منزلها⁽³⁾.

غير أن هذا الشرط لا يوجب أو يتطلب أن يكون الشخص قعيد الفراش ملازماً له لا يقوم منه إذ يكفي أن يكون غير قادر على قضاء مصالحه.

ويخرج عن نطاق تحقق هذا الشرط حالة ما إذا كان الشخص قد وصل إلى سن الشيخوخة؛ إذ قد يصل الإنسان إلى هذا المدى من العمر ولا يكون به مرض وإن كان في حاجة إلى معاونة شخص ليقضي له مصالحه نتيجة ضعف ووهن صحته، فالشيخوخة ليست مرض موت وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان، أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتري الإنسان شيخاً كان أم شاباً وينتهي بالموت⁽⁴⁾.

(1) سليمان مرقس ومحمد علي إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، مطبعة نضمة مصر، القاهرة، 1953، ص 485.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 315.

(3) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 12.

(4) السنهوري، مرجع سابق، ص 316.

ولا ينال من توفر وتحقق هذا الشرط استطالة مدة المرض، كما لا ينال من تحقق هذا الشرط خروج المريض من منزله مرة أو مرتين اختياراً للتصديق على عقد أو جبراً لدفاع عن نفسه أمام القضاء في حالة توجب ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: أن يغلب في المرض خوف الموت:

يجب أن يغلب فيه خوف الموت وذلك في حالة كون المرض مرضاً خطيراً وهو من الأمراض التي تنتهي بالموت عادة أو أن يكون المرض قد بدأ بسيطاً ثم أخذ يتطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الهلاك⁽²⁾.

إن يعود المريض عن قضاء مصالحه ليست شرطاً أساسياً من شروط مرض الموت، لأن هناك أمراضاً يتولد فيها شعور لدى المريض بخوف الموت وتنتهي بالموت فعلاً، إلا أن هذه الأمراض لا تقعد المريض عن قضاء حاجته، وهناك أمراض لا تقعد المريض عن قضاء حاجته وقد لا يدري فيها المريض ولا تظهر إلا بعد وفاته ففي هذه الحالة تعتبر تصرفات المريض تصرفات صحيحة⁽³⁾.

إن عدم قعود المريض عن القيام بمصالحه، وعدم علمه بأنه مريض بمرض خبيث يؤدي إلى الموت، وعدم وجود شعور لديه بالخوف من الموت، ينفي توفر مرض الموت.

وحالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك أي الموت، فيكون مرضاً خطيراً من نوع الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، والذي قد يبدأ بسيطاً ثم يتطور لتصبح حالة المريض سيئة وخطيرة⁽⁴⁾.

وقد يكون المرض مما يعجز الشخص عن قضاء مصالحه إلا أنه لا يغلب فيه الهلاك، ومثال ذلك أن يصاب إنسان في عينيه فيعجز عن الرؤية أو يصاب في قدمه إصابة تعجزه عن المشي وبالتالي عن الخروج من بيته، فمثل هذه الأمراض وإن عجزت الإنسان عن قضاء مصالحه إلا أنه يشفى منها عادة ولا يغلب فيها الموت ومن ثم تكون تصرفاته هي بذاتها تصرفات الأصحاء⁽⁵⁾.

(1) حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، مرجع سابق، ص 107.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 315.

(3) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 13.

(4) المرجع نفسه، ص 14.

(5) المرجع نفسه، ص 14.

ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء، ولكن يبقى للقاضي في النهاية بعد سماع رأي الأطباء سلطة تقديرية في ما إذا كان المرض مما يغلب عليه الهلاك عادة، وهو يراعي في كل هذا ظروف كل دعوى على حدى، ولكن يتعين على القاضي أن يأخذ في اعتباره عند تقدير مدى تحقق هذا الشرط، ما يترتب على التقدم السريع لعلم الطب في العصر الحديث في مجال التشخيص والعلاج من تطور هائل، فبعض الأمراض التي كانت في الماضي تسبب الموت عادة، وكان الفقهاء يعتبرونها من الأمراض المخوفة، مثل: مرض السل أو السرطان أو الطاعون أو الإسهال المتواتر... أصبح يعد من الأمراض القابلة للشفاء بفضل التطور العلمي المستمر⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن فقهاء الشريعة يوجبون الرجوع إلى الأطباء فيما أشكل أمره في الأمراض، فهم الذين يحددون كون المرض مخوفاً أو غير مخوف.

ثالثاً: نهاية المرض بالموت:

وهو شرط أساسي، فلا يكفي أن يصيب الشخص مرض يقعه عن عمله ويصيبه بخوف الموت فحسب، بل لا بد أن يتصل المرض بالموت، وإذا أصيب شخص بمرض أقعده وخاف الموت لكنه شفي؛ لا يعتبر مرض موت ويقع تصرفه صحيحاً⁽²⁾.

والمريض بمرض يُقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض كان تصرفه معتداً به حال حياته، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً، فإذا انتهى المرض بالموت تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس، وإذا شفي المريض تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة، ولكن يجوز على رأي الأستاذ السنهوري لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفاته بالغلط في الباعث وهذا أحد عيوب الرضا بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال للغلط، ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب⁽³⁾.

(1) حسني محمود عبد الدائم، مرض الموت وأثره على عقد البيع، مرجع سابق، ص 111.

(2) محمد فهد شقفة، أحكام تصفية التركات ونظرية مرض الموت في الفقه والقانون والاجتهاد، ط 3، مؤسسة النوري، دمشق، سوريا، 2003، ص 132.

(3) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 318؛ محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، 2006، ص 35.

إلا أن هذا الحكم (إمكانية الطعن في التصرف للغلط في الباعث وكونه قابلاً للإبطال) وإن كان يمكن إسقاطه على المعاملات المدنية من عقد بيع وغيره، إلا أنه لا يمكن إسقاطه على مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق، فلا يمكن أن يقبل الطعن في الطلاق على أساس الغلط في الباعث، وأن المطلق قد أصيب بمرض يخاف الموت منه لكنه شفي. لما رواه أبو داود: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ) (1).

رابعاً: أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض:

إن الأمراض قد تطول عدة سنوات في الإنسان ثم تنتهي بالموت وهو ما يحصل في الأمراض المزمنة، والقاعدة في معالجة تلك الحالات أن المرض هنا لا يعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طال دون أن يشتد المرض، بحيث يطمئن المريض بأن المرض قد وقف سيره ولم يعد منه خطر ولو كان قد أقعده، ما دام لا يغلب فيه خطر الموت الحال (2).

لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل واستمر المرض بالاشتداد حتى انتهى بالموت فعلاً فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه وقبل مرور سنة من اشتداده (3).

لذلك حدد الفقهاء للمرض سنة حتى يعتبر مرض موت، فإن تجاوزها واستمر على حالة واحدة دون ازدياد لم يعد مرض موت مهما كانت درجة خطورته ولو اتصلت به الوفاة، أما إذا تغير حاله وزاد مرضه يوماً فيوماً فيكون مريضاً مرض موت، وتحسب السنة من وقت ازدياد المرض وتغير الحال (4).

وقد قضى المجلس الأعلى - سابقاً - : (متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف فيه هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص إذا كان الثابت أن الطاعنين لم

(1) سنن أبي داود، مرجع سابق، ص 249، كتاب الطلاق، باب الطلاق على المنزل.

(2) محمد فهد شقفة، أحكام تصفية التركات ونظرية مرض الموت، مرجع سابق، ص 133.

(3) محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ، ط 1، مكتبة دار البيان، دمشق، سوريا، 1982، ص 290.

(4) محمد فهد شقفة، مرجع سابق، ص 134.

يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تمييزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل، فإن قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلة بكون المرض الأخير لم يكن مرضاً من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله وقد وفقوا فيما قضاوا به في النزاع المطروح أمامهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة أحكام هذا المبدأ⁽¹⁾.

إن توافر هذه الشروط أو العلامات مجتمعة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت، ولما كان الفقه الإسلامي يقف على الضوابط الموضوعية، ويستدل بما على الأمور الذاتية، فإنه يكتفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف؛ كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة، فيجعل لتصرفاته أحكاماً خاصة، تخرج عن أحكام تصرفات الأصحاء، ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمرة، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعذراً، ويكفي أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية، فنقف عندها ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك، على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض، كالمحكوم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب، فإنه يعتبر في حكم المريض، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية⁽²⁾.

الفرع الثالث: الحالات التي يعتبر فيها الشخص بظلم المريض مرض الموت:

يلحق بعض الأصحاء بالمريض مرض الموت في تصرفاتهم، إذا كان هؤلاء الأصحاء في حالة يخاف فيها الهلاك غالباً، فكل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت، لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء⁽³⁾.

فالأصحاء الذين حلت بهم حالة نفسية يعتبرون في حكم المريض مرض الموت، لأن اعتقادهم بدنو أجلهم يثير لديهم هذه الحالة وتكون تصرفاتهم في حكم تصرف المريض مرض الموت ولو لم يكن مريضاً أصلاً، مثل المحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ؛ أو من كان في سفينة على وشك

(1) المجلة القضائية، 1989، العدد الثالث، ملف رقم 33719 بتاريخ 1984/07/09.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 314.

(3) ابن عابدين، رد المختار، ج 5، مرجع سابق، ص 6.

الغرق؛ أو من كان محاصراً في حرب وأيقن أنه مقتول، تعتبر تصرفات هؤلاء في حكم التصرفات الصادرة من الشخص في مرض الموت⁽¹⁾.

ومن رأي الفقهاء أن المُتَعَدَّ (2) والمفلوج⁽³⁾ والأشَلَّ (4) والمسئول⁽⁵⁾ ونحوهم، مادام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك⁽⁶⁾.

وقيل إن كان يرجى برؤه بالتداوي فكمريض وإلا فكان كالصحيح، وقيل ما كان يزداد أبداً لا أن يزداد تارة ويقبل أخرى.

وفسّر بعض الفقهاء تناول المرض بالسنة، فإذا بقي على علته سنة فتصرفه في حال صحته، ما لم تتغير حالته⁽⁷⁾.

وقد ألحق فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا شرّاح القانون المدني، بالمريض مرض الموت في الحكم، حالات مختلفة ليس فيها مرضٌ أو اعتلالٌ صحةً مطلقاً، من هذه الحالات ما يلي:

1- إذا التحم القتال بين فئتين، فإن المقاتل في هذه الحالة في حكم المريض مرض الموت⁽⁸⁾، لأن توقع توقع التلف هاهنا كتوقع المرض أو أكثر، فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف، وهذا كذلك⁽⁹⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 321.

(2) المُتَعَدُّ: المصاب بداء القُعاد. والمُتَعَدُّ الرِّمْنُ الأعْرَجُ. يقال به قُعاد: داءٌ يُقَعَدُهُ. والقُعاد داءٌ يأخذ في أوراك الإبل فيمليها إلى

الأرض. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 748-749.

(3) فُلَيْجُ الرَّجُلِ: أصابه داءُ الفالِجِ. فهو مَفْلُوجٌ. والفالِجُ: شَلٌّ يصيب أحدَ شِقَيِ الجسمِ طولاً. والفالِجُ الجملُ الضَّخْمُ ذو السنامين.

المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 699.

(4) والأشَلُّ: من أصابه الشلل، وشَلَّ العَضُو شَللاً: أصيب بالشلل، أو يَسَّ فَبَطَلت حركته أو ضعفت. ويقال: شَلَّ فلانٌ. ويقال

في الدعاء للرجل: لا شَلَّتْ يمينك. وفي الدعاء عليه: شَلَّتْ يمينه. فهو أشَلُّ، وهي شَلَاءٌ. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 492.

(5) والمسئول: هو من أصابه داء السُّلِّ. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 445.

(6) السرخسي، المبسوط، ج 6، مرجع سابق، ص 169.

(7) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 10.

(8) السرخسي، مرجع سابق، ص 168.

(9) ابن قدامة، المغني، ج 8، مرجع سابق، ص 492.

وقد شرط جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) لتوافر هذه الحالة شرطان⁽¹⁾:

- أ - حصول الالتحام والاختلاط، وإلا فليست بحالة خوف.
ب - أن تكون كل من الفتتين مكافئة للأخرى، أو تكون إحدهما مقهورة، فالمقاتل من الفئة القاهرة لا يُعطى حكم المريض مرض الموت.

2- إذا قُدم ليقْتل فهي حالة خوف، سواء أريد قتله لقصاص أو رجم⁽²⁾ أو غيره، فإن حكمه حكم المريض مرض الموت، لأن الهلاك فيه غالب⁽³⁾.

3- إذا ركب البحر، إذا كان ساكناً فليس بمخوف، وإن تموج واضطرب وهبت الرياح العاصف وخيف الغرق فهو مخوف⁽⁴⁾، لأن الله تعالى وصف هذه الحالة بشدة الخوف، قال تعالى: ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرَّتْ بِكُمْ بَرْحٌ طَيِّبَةٌ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا مَرِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَجَبْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ - يُؤْتِنُنَا 22 - ، وكذلك إذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخيف الغرق⁽⁵⁾.

4- الأسير والمحبوس لدى دولة اعتادت قتل أسرى أعدائها، فإنه يكون في حكم المريض مرض الموت لأنه يخاف الهلاك في أية لحظة، قال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية: ليس له من ماله إلا الثلث⁽⁶⁾.

وقد ألحق بعض الفقهاء بالمرض المخوف حالات أخرى:

(1) ابن عابدين، رد المحتار، ج 5، ص 6؛ الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، ص 52؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 4، ص 325. أما علماء المالكية فقد اكتفوا في إعطاء المقاتل حكم المريض مرض الموت بحضوره صف القتال وإن لم يتوجه للقتال. الخرشبي، شرح الخرشبي لمختصر خليل، ج 5، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.س.)، ص 305.
(2) ابن عابدين، مرجع سابق، ص 6.
(3) الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 52؛ السرخسي، مرجع سابق، ص 169.
(4) السرخسي، مرجع سابق، ص 168.
(5) ابن عابدين، مرجع سابق، ص 6. وقياساً على ذلك من ركب طائرة وأشرفت على الارتطام بالأرض واشتعلها، ومن ركب السيارة وكانت وشيكة الاصطدام بأخرى في حادث مروري، ورواد الفضاء أثناء رحلاتهم في السفن الفضائية.
(6) ابن قدامة، المغني، ج 8، مرجع سابق، ص 494؛ البهوتي، كشاف القناع، ج 4، مرجع سابق، ص 325.

كما إذا وقع الطاعون في بلدة، فإن أهل البلدة في حكم المرضى مرض الموت لحصول الهلاك في الغالب في تلك الحالة، وكما إذا أتى المرأة الحامل الطلق، لأنه يخاف منه الهلاك، أما الحامل قبل الطلق فهي صحيحة⁽¹⁾.

وما يمكن قوله أن مرض الموت على ما اصطلاح عليه الفقهاء، يجب أن يتوفر فيه شرط أساسي وهو يأس المورث من الحياة وقت تصرفه، ولهذا قد ألحقوا بالمرضى مرض الموت الشخص الذي يكون مشرفاً على الهلاك بعراض غير المرض، والحكمة في ذلك جلية، فإن اليأس من حياته يفقد بطبيعته الحرص على مصالحه.

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت:

يقع على عاتق ورثة المريض المتوفى بعد موته عبء إثبات تحقق شروط إعمال أحكام مرض الموت، لأن الوارث - أو الدائن - هو من يتضرر غالباً من تصرفات المريض، ومرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية ومن بينها البيينة والقرائن⁽²⁾، فيثبت بالشهادات الطبية غير المشكوك في صحتها وسلامتها وبشهادة الشهود وبتقصي حالة المريض في أيامه الأخيرة وبالخبرة الفنية، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني بنصها على: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".

ذلك أن مرض الموت من المسائل الفنية التي يجب الرجوع فيها إلى أهل الخبرة وليس من قبيل المعلومات التي تعتبر من الشؤون العامة المفروض علم الكافة به⁽³⁾، وإنما من المعلومات الفنية التي لا تتوفر لغير أهل الخبرة من الأطباء، فإنه لا يجوز بناء حكم عليها إذا كانت صادرة عن علم شخصي للقاضي⁽³⁾.

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن خروج المريض عن كل ما يملك وقت اشتداد المرض عليه هو أكبر مظهر من مظاهر مرض الموت وأماراته ومبلغ أثره، وبأن من القرائن القوية على صدور عقد في مرض الموت أن يكون قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة، إلا إذا وجد في

(1) البهوتي، مرجع سابق، ص 325؛ السرخسي، مرجع سابق، ص 168.

(2) السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 321.

(3) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 17.

الدعوى ما يدل على أن المتوفى مات فجأة، كما أن مجرد قرب تاريخ البيع أو الهبة أو الطلاق... م ن تاريخ الوفاة لا يثبت أن البائع أو المطلِّق كان مريضاً وقت التصرف، خصوصاً إذا لم يبين الطاعن في البيع أو في الطلاق أو في غيرها من التصرفات؛ بحصوله في حالة المرض أية قرينة على وجوده أو بيان نوعه⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في الحكم فيما إذا حدث **اختلاف في مرض الموت**؟ كما إذا طعنت الزوجة المطلقة (أو الورثة أو الغرماء) بصدور الطلاق من الزوج (أو أي تصرف قانوني) في مرض موته، وادعى باقي الورثة (أو المنتفع المتصرف إليه) بصدور هذا الطلاق في صحته، فماذا يكون الحكم، وكيف يكون الإثبات؟ خاصة في حالة خلو دعوى الطرفين من البينة.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الاختلاف في مرض الموت:

يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص بين حالات ثلاث:

- الحالة الأولى: إذا خلت دعوى كل منهما من البينة: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: للحنفية والحنابلة: وهو أن القول قول مدعي صدور التصرف في المرض، لأن حال المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يُحمل على الأدنى، ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة، فهي حادثة، والحادثُ يُضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب ههنا المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، إذ هو الأصل، ولو أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض لكان له ذلك⁽²⁾.

والثاني: للشافعية: وهو أن القول قول مدعي صدورهما في الصحة، لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفى صدوره في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات⁽³⁾.

(1) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 17.

(2) ابن قاضي سماويه، جامع الفصولين، ج 2، مطبعة بولاق، مصر، (د.س)، ص 183؛ المرادوي علاء الدين أبي الحسن علي سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1957، ص 174.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، مرجع سابق، ص 141.

– الحالة الثانية: إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبيئة: اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى قولين:

القول الأول: للحنفية: وهو أن ترجح بيئة وقوعها في حال الصحة على بيئة وقوعها في المرض، لأن الأصل اعتبار حالة المرض، لأنه حادث، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فلهذا كانت البيئة الراجحة بيئة من يدعي حدوثها في زمان الصحة، إذ البيئات شرعت لإثبات خلاف الأصل⁽¹⁾.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: (ترجح بيئة الصحة على بيئة المرض)⁽²⁾.

القول الثاني: للشافعية: وهو ترجيح بيئة وقوع التصرف في مرضه على بيئة وقوعه في صحته⁽³⁾.

– الحالة الثالثة: إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبيئة دون الآخر : في هذه الحالة لا خلاف في تقديم دعوى المدعي صاحب البيئة على قول الآخر الذي خلت دعواه منها، سواء أقام صاحب البيئة بينته على صدور التصرف في الصحة أو أقامها على صدور التصرف في المرض⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون من الاختلاف في مرض الموت:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على الطلاق في مرض الموت ولا على حالة الاختلاف في إثبات هذه الحالة، وقد نظم القانون المدني حالة الاختلاف في مرض الموت من خلال نص المادة 776⁽⁵⁾ السابق الإشارة إليه، والتي تحدثت عن التصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت بقصد التبرع، حينما اعتبرتها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، حيث تنص هذه المادة:

" كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

(1) الفتاوى الهندية، ج 5، مرجع سابق، ص 453.

(2) حسني محمود عبد الدائم، مرض الموت، مرجع سابق، ص 151.

(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج 6، مرجع سابق، ص 55.

(4) حسني محمود عبد الدائم، مرجع سابق، ص 152.

(5) وهي مادة مطابقة للمادة 916 من القانون المدني المصري.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه". والملاحظ على هذا النص أنه يتضمن قاعدة موضوعية نصت عليها الفقرة الأولى وقاعدة إثبات نصت عليها الفقرة الثالثة، وتطبيق القاعدتين يقتضي أن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت، وقد ألفت الفقرة الثانية على ورثة من تصرف إثبات التصرف من مورثهم وهو في مرض الموت⁽¹⁾.

فالمكلف بإثبات المرض هو الوارث الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ويطلب البطلان، لأنه مدع، ويجوز الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض والاستناد إلى الشهادات المقدمة منهم وشهادات الشهود⁽²⁾، وتتبع في الإثبات جميع الطرق القانونية. وقد صوّت المحكمة العليا في العديد من قراراتها بعض الأمراض، واعتبرتها أمراض موت.

فقد قضت: (أن **مرض القلب** مصنف طبيًا أنه في خانة الأمراض الخطيرة المؤدية للموت في كل ساعة بل في كل لحظة وأن الموت المفاجئ حتى وإن كانت الأعمار بيد الله فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته وهذا يشكل اضطرابا نفسيا واضطرابا جسديا يتعدى مقاومة المصاب به ويخلق شرخا في جميع أعماله وتصرفاته وهذا التضارب والاضطراب مستفاد من قول الشاهد الثالث الذي صرح بأن الهالكة ندمت عن بيع المسكن موضوع الخصام ولو أنه سمع من غير آداء اليمين فإن شهادته تقرب الأقصى بغير موجز لا ينبغي أن يعالج موضوع له خصوصية قانونية وشرعية وطبية أيضا. تمثل هذه المناقشة المقتضية بل ينبغي التروي والتحليل وهذا مفقود في القرار المنتقد⁽³⁾.

كما قضت في قرار آخر: (... ولما كان ذلك القرار صدر موافقا للقانون متى بيّن في أسبابه أن الموكل كان حين عقد الهبة مريضا **بالسرطان** كما هو ثابت من المستندات، وهو مرض يغلب فيه الهلاك...)⁽⁴⁾.

(1) حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت، مرجع سابق، ص 154.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 486.

(3) المجلة القضائية، قرار بتاريخ 14 ديسمبر 1994، رقم الملف 111721.

(4) المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 430.

كما جاء في قرار للمحكمة العليا: (... بدعوى أن المدعين في الطعن تقدموا بوثائق رسمية تفيد مرض مورثهم **مرضا عضالا** ومزمننا واستشهدوا على ذلك بوثائق رسمية وصحيحة ولكن المجلس لم يتطرق إليها ولم يناقشها بل ذهب إلى القول بأن المادة 204 من قانون الأسرة يتعذر تطبيقها ولكن لم يبين كيفية هذا التعذر، ذلك لأن المورث إذا كان مريضا وإذا كان قد أجرى هذه الهبة بعد خروجه من المستشفى بأربعة أيام فقط كما أن المورث لم يشف من مرضه هذا الذي أصيب به بل أعقبته الوفاة مباشرة مما يجعله شرعا وقانونا مرض موت...⁽¹⁾).

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 318410، قرار بتاريخ 2005/06/15، نشرة القضاة، العدد 59، ص233.

المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين حال الطلاق في مرض الموت:

من خلال ما سبق، وصلنا إلى أن مرض الموت هو ذلك المرض الذي يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه ويغلب فيه خوف الموت، وينتهي بعد مدة بالموت فعلا، كما أن هناك أشخاصا يلحقون بالمرضى مرض الموت في تصرفاتهم إذا وجدوا في حالة يغلب فيها الهلاك.

فإذا كان هذا المريض قد طلق طلاقا بائنا فرارا من ميراث زوجته، فإنه يثار التساؤل حول أثر طلاقه وإبنته لزوجته على حقها في الميراث، وقد يحدث الفرار من الزوجة أيضا إذا كانت هي المريضة.

وبالإضافة إلى حالات الفرار من الإرث بالطلاق في مرض الموت، فإنه يتصور حدوث العكس من هذا المريض، بأن يتزوج وهو في مرض الموت؛ فيتهم بإدخال وارث جديد، فهو هنا يفر من ميراث ورثته الأصليين، مما يطرح كذلك التساؤل حول مدى أحقية الزوجين في التوارث عند الزواج في مرض الموت.

كل ذلك أتناوله من خلال هذا المبحث، بالتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي، نظرا لعدم تنظيم قانون الأسرة لهذه المسائل، وذلك تطبيقا لنص المادة 222⁽¹⁾ منه التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص، ثم أتطرق إلى اتجاه القضاء وموقفه من هذه المسائل، ومدى إعماله لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

المطلب الأول: التوارث بين الزوجين حال الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء المسلمون على وقوع طلاق المريض مرض الموت صحيحاً لأنه أهل لإيقاعه، ولكنهم اختلفوا في مسألة إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، ذلك أنه لم يثبت في الكتاب ولا في السنة الصريحة حكم طلاق المريض مرض الموت، إلا أنه قد ثبت عن الصحابة أن سيدنا عبد الرحمان بن عوف طلق زوجته (تماضر) طلاقاً مكماً للثلاث في مرضه الذي مات فيه، فحكم لها سيدنا عثمان بميراثها منه، وقال: (ما تمته - أي بأنه لم يتهمه بالفرار من حقها في الميراث - ولكن أردت السنة) ولهذا ورد أن ابن عوف نفسه قال: (ما طلقها ضراراً ولا فراراً)، يعني أن لا ينكر ميراثها منه⁽¹⁾. وكذلك حدث أن سيدنا عثمان بن عفان - رضي الله عنه - طلق امرأته (أم البنين) بنت عيينة بن حسن الفزاري وهو محاصر في داره، فلما قتل جاءت إلى سيدنا علي وأخبرته بذلك، فقضى لها بميراثها منه، وقال: (تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها)⁽²⁾.

وعلى ذلك اختلف الفقهاء في طلاق المريض مرض الموت.

الفرع الأول: آراء الفقهاء في طلاق المريض مرض الموت:

أولاً: رأي الأحناف:

من كان مريضاً مرض الموت أو ملحقاً به، وطلق امرأته طلاقاً بائناً وهو مريض بلا رضاها، ومات في مرضه وزوجته لا تزال في العدة، فالطلاق البائن يقع على زوجته وتبين منه من حين وقوعه، ولكنها ترثه⁽³⁾.

مع ملاحظة أن الطلاق البائن يمنع من الميراث إلا في هذه الحالة، لقصد الفرار من توريثها، ولكن ترثه مطلقة وهي في العدة من طلاق بائن، بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت موته⁽⁴⁾.

(1) علي أحمد الطهطاوي، تنبيه الأبرار، مرجع سابق، ص 117.

(2) المرجع نفسه، ص 117.

(3) ابن عابدين، رد المختار، ج 5، مرجع سابق، ص 6 وما يليها.

(4) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 104.

وإنما وقع عليها الطلاق، لأنه أهل لإيقاعه، ولأنه لا فرق بين المريض والصحيح في صحة وقوع الطلاق، ولكنها ترثه بشرط أن تكون في العدة⁽¹⁾ لرد قصده السيئ عليه، واعتبره الفقهاء فاراً أو هارباً من أن ترثه.

أما لو طلقها طلاقاً رجعياً وهو مريض مرض الموت، ومات وهي في العدة ترثه مطلقاً، سواء أكان صحيحاً أم مريضاً، لأن المرأة في عدة الطلاق الرجعي تكون زوجة حكماً، وترثه إذا مات، وكذلك يرثها إذا ماتت وهي في العدة⁽²⁾.

وأيضاً لا ترثه بعد انقضاء عدتها من رجعي أو بائن، لعدم بقاء الصلة بينهما، ولا ترثه إذا قام بينهما مانع من موانع الإرث، سواء أكان قبل الإبانة أم قبل الموت أم بين ذلك، فاستمرار الأهلية للإرث من وقت الطلاق إلى الموت شرط لإرثها.

والمعاملة بالمثل إذا كانت الزوجة قد فرت من توريث زوجها، بأن حصل سبب الفرقة من قبلها، وهي مريضة مرض الموت أو ملحقة به، كأن اختارت نفسها بالبلوغ أو فعلت مع أحد أصوله أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة وماتت وهي في العدة، فإنها تعتبر فارة وهاربة من الميراث، لذا يرثها الزوج ليرد عليها قصدها السيئ، كما رددنا عليه قصده السيئ⁽³⁾.

هذا ويراعى أن طلاق المريض مرض الموت لا يكون بائناً إلا إذا كان مكماً للثلاث، وكانت الزوجة مدخولاً بها، أما لو طلقها بائناً على مال، فإن هذا يكون برضاها ولا يعتبر فاراً، ويمكن تصوره إذا فعل الزوج وهو مريض مرض الموت ما يوجب التفريق كاختياره نفسه بالبلوغ، أو يتصور فيما إذا فعل بأصولها أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة وهو مريض ولكنه بعيد، فتبقى حالة الطلاق المكمل للثلاث، أما لو آلى في صحته، وبانت منه في مرضه فإنها لا ترثه⁽⁴⁾.

(1) من طلق امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً بغير رضاها ثم ماتت وهي في العدة، اعتبر بهذا الطلاق فاراً من ميراثها، وتأخذ عدتها حكماً آخر هو أن تعتد بأبعد الأجلين عدة الطلاق وعدة الوفاة عند أبي حنيفة ومحمد احتياطاً للمرأة، حتى لا تحرم من حقها في الميراث بسبب سوء صنيع زوجها، وقال أبو يوسف إنها تعتد عدة الطلاق وإن كانت تنقضي في مدة أقل من مدة عدة الوفاة، لأن بالطلاق البائن انقطعت الزوجية إلا أنها اعتبرت في حق الميراث قائمة للضرورة، ومعاملة له بنقيض مقصوده، والراجح هو مذهب الطرفين لأنه ما دام الغرض إحباط مقصود الزوج فليكن ذلك بإقامة العدة لمدة أطول.

أنظر: بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 303.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج 5، مرجع سابق، ص 10.

(3) الموصلي، الاختيار، ج 3، مرجع سابق، ص 190.

(4) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 105.

أما لو حصلت الفرقة بسبب الحب أو العنة، أو اللعان في مرض موتها، فإنه لا يرثها، لأنها مضطرة إلى طلب التفريق، أما في اللعان فلدفع العار عنها، وأما في الحب أو العنة، فلعدم حصول الإعفاف المطلوب من الزواج⁽¹⁾.

ولو ارتدت زوجة المسلم بعد أن طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته، وبقيت على ارتدادها، أو أسلمت من بعد، ثم مات وهي في العدة، فإنها لا ترث منه لأنها بالردة أبطلت حقها، ولو ارتد الزوج المسلم وله امرأة مسلمة، ثم قتل أو مات قبل انقضاء عدتها، فعلى الزوجة أن تعتد ويكون لها الميراث، لأن الردة كالموت، لاستحقاقه القتل بها، وكان كحكم من أبان زوجته فرارا من ميراثها⁽²⁾. وعلى رأي الأحناف، فلو طلق المريض مرض الموت مكرها أو رضيت الزوجة بالطلاق يقع طلاقه، ولا يعتبر فارا ولا ترث منه⁽³⁾.

وقد احتج الحنفية بعمل عثمان رضي الله عنه، أنه ورث تماضر زوجة عبد الرحمان بن عوف منه، حين طلقها في مرضه الذي مات فيه، وقال: (إني ما اتهمته ولكن أردت السنة)، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فكان إجماعاً منهم على ذلك، ولكن ما دام ثمة اختلاف في النقول من آراء الصحابة، فكيف يدعي الإجماع؟ وعن عائشة رضي الله عنها، أن امرأة الفار ترث ما دامت في العدة⁽⁴⁾.

ثانياً: رأي المالكية:

يرى المالكية أن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا مات لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث⁽⁵⁾.

ولو علق رجل طلاق زوجته على دخول الدار، وكان صحيحاً وقت التعليق، فأحنته في مرض موته، فإنها ترثه دونه ولو خرجت من العدة.

(1) ابن الهمام، فتح القدير، ج 3، مرجع سابق، ص 153؛ السرخسي، المبسوط، ج 6، مرجع سابق، ص 163.

(2) السرخسي، مرجع سابق، ص 163.

(3) ابن عابدين، رد المختار، ج 5، مرجع سابق، ص 7.

(4) السرخسي، مرجع سابق، ص 155.

(5) أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 106.

أما إذا ماتت هي - المطلقة - وهو في ذلك المرض، فإنه لا يرثها إذا كان موتها بعد انقضاء عدتها، وإلا ورثها، لأنها طلقة رجعية، هذا هو المشهور⁽¹⁾.

وقول مالك: إن حقها في الإرث لا ينقطع ولو تزوجت بغيره، فهو يرى أن القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له، وقد قصد حرمانها فيرد عليه سوء قصده، ويرى المالكية أن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت مطلقاً، سواء أكان برضاها أم باختيارها، ولو خالعتها في مرض موته ثم مات في مرضه ورثته، ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره، ولو أزواجاً⁽²⁾.

وجاء في الموطأ: (قال مالك: وإن طلقها وهو مريض قب ل أن يدخل بها؛ فلها نصف الصداق ولها الميراث، ولا عدة عليها، وإن دخل بها، ثم طلقها؛ فلها المهر كله والميراث، البكر والثيب في هذا عندنا سواء)⁽³⁾.

ثالثاً: رأي الشافعية:

للشافعية في هذا الموضوع رأيان:

- الأول: عدم إرث زوجة المريض مرض الموت إذا طلقها بائناً، وهو الصحيح⁽⁴⁾، كأن طلقها ثلاثاً أو طلقها قبل الدخول أو خالعتها فيه ومات، لزوال سبب الإرث بانقطاع الزوجية بالبينونة، ولا ميراث بلا سبب⁽⁵⁾.

- الثاني: في المذهب القديم أنها ترث، لأنه متهم في قطع إرثها، فيرد عليه سوء قصده، وعلى هذا القول، قيل: لا ترث إلا إذا كانت وفاته في عدتها، لبقاء حكم الزوجية بينهما من وجه، وقيل: إنها ترث ولو توفي بعد العدة ما لم تتزوج، وقيل ترث أبداً؛ لأنها إنما ورثت لفراره، وذهبوا أيضاً إلى أن

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، ص 414.

(2) المرجع نفسه، ص 413.

(3) مالك بن أنس، الموطأ، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 274. كتاب الطلاق، باب طلاق المريض.

(4) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، 1333 هـ، ص 27؛ المارديني، شرح

الرحبية، مرجع سابق، ص 10.

(5) عبد الله بن عمر باخرمة، مشكاة المصابيح، مرجع سابق، ص 272.

الزوج لو مات بسبب آخر غير مرضه لم ترث، وكذلك إذا سألته الطلاق فطلقها، لأنه غير متهم⁽¹⁾.

رابعاً: رأي الحنابلة:

ويرى الحنابلة أن الزوجة ترث زوجها إذا طلقها في مرض موته، سواء توفي في العدة أم بعدها ما لم تتزوج، وبه قال ابن أبي ليلى، وهو من فقهاء العراق، فلو تزوجت بغيره لا ترث؛ لأنها بتزوجها من الغير لا يمكن تصور قيام الزوجية الأولى⁽²⁾.

وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترثه إذا كانت وفاته بعد انتهاء عدتها منه، فإنه قال في رواية الأثرم: يلزم من قال: له أن يتزوج أربعاً قبل انقضاء عدة مطلقاته، أنه لو طلق أربعة نسوة في مرضه، ثم تزوج أربعاً، ثم مات من مرضه ذلك، إن الثماني يرثه كلهن، فيكون رجلاً مسلماً يرثه ثماني زوجات⁽³⁾.

وهذا القول يلزم منه توريث ثمان، وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك، ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث؛ لأنها لا عدة لها، وهذه كذلك فلا ترث، وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه، وقول الشافعي في القديم، لأنها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة، ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربعة نسوة، فلم يجز ذلك⁽⁴⁾.

خامساً: رأي الشيعة الإمامية والزيدية:

ترث الزوجة وإن لم يدخل بها الزوج، وكذا الزوج، وكذا في العدة الرجعية خاصة، لكن لو طلقها مريضاً ورثت وإن كان بائناً، ما لم تخرج السنة ولم يبرأ ولم تتزوج، ولا ترث البائن إلا هنا⁽⁵⁾.

والزيدية لا يورثون من بتّ طلاقها ولو في مرض الموت⁽⁶⁾.

وإذا نظرنا إلى هذه المذاهب المتعددة وجدناها جميعاً لا تستند على كتاب أو سنة، وإنما بنيت آراؤهم على النظر والاجتهاد، وبمذهب الحنفية قال عمر، وابنه، وعثمان، وابن مسعود ونقله أبو بكر

(1) الشيرازي، مرجع سابق، ص 27.

(2) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 107.

(3) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 315.

(4) فشار عطاء الله، أحكام الميراث، مرجع سابق، ص 18.

(5) الحلبي، المختصر النافع، مرجع سابق، ص 272.

(6) ابن المرتضي، البحر الزخار، ج 3، مرجع سابق، ص 216.

الرازي عن علي، وأبي بن كعب، وعائشة، وزيد، وهو مذهب النخعي، والشعبي، وسعيد بن المسيب، وشريح، وطاوس، وابن شبرمة، والثوري⁽¹⁾.

وتورث عثمان لزوجة عبد الرحمان بن عوف كان في أثناء العدة، بمحض من الصحابة، أما قول المالكية: إن قضاء عثمان كان بعد العدة فمعارض لقول الجمهور، وأيضا يمكن قياس هذه المسألة على من قتل مورثه، حيث يحرم من الميراث لكونه أتى فعلا محرما لغرض فاسد، فعامله الشارع بنقيض مقصوده، وكذلك الذي يطلق زوجته في مرض موته بقصد حرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده، وهو تورثها إذا ماتت والمرأة في العدة، هذا ما رآه الأحناف⁽²⁾.

سادس: رأي ابن حزم الظاهري:

ويرى ابن حزم الظاهري رأيا يخالف فيه جميع الفقهاء، فقد جاء في كتاب المحلى: (وطلاق المريض كطلاق الصحيح، ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمته منه، فإن كان طلاق المريض ثلاثا، أو آخر ثلاث، أو قبل أن يطأها، فماتت أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها، أو كان طلاقا رجعيا فلم يراجعها حتى ماتت، أو ماتت بعد تمام العدة، فلا ترثه في شيء من ذلك كله، ولا يرثها أصلا، وكذلك طلاق الصحيح للمريضة، وطلاق المريض للمريضة، ولا فرق، وكذلك طلاق الموقوف للقتل، وهذا مكان اختلف الناس فيه)⁽³⁾.

وأخذ يسرد أقوال الفقهاء قولاً بعد آخر، وامتاز ابن حزم بأنه يذكر رأي الفقيه بأدلته التي استند عليها، ويذكر القائلين من الصحابة، والتابعين، وتابعي التابعين، مما يعطي هذه المسألة فكرة جيدة، ويدعو الناس إلى بحثها على ضوء ما ذكره، وذكر آراء عدة في طلاق المريض مرض الموت. وبعدما انتهى من بيان آراء مخالفيه، أخذ يرد عليهم، حيث بدأ رده بقوله: (احتج من رأى بتورث المبتوتة في المرض بأن قالوا: فرّ بذلك عما أوجب الله تعالى لها في كتابه في الميراث، فوجب أن يقضى عليه بالميراث لثلاث ذريعة إلى منع الحقوق)⁽⁴⁾.

ويرد على هذا بقوله: (ما فرّ قط عن كتاب الله تعالى، بل أخذ بكتاب الله واتبعه، لأن الله تعالى أباح الطلاق، وقطع بالثلاث، وبالطلاق قبل الوطء جميع حقوق الزوجية من النفقة، وإباحة

(1) أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 108.

(2) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 108.

(3) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 218.

(4) المرجع نفسه، ص 224.

الوطء، والتوارث، فأين هذا الفرار من كتاب الله تعالى؟، إنما كان يفر عن كتاب الله تعالى لو قال: لا ترث مني شيئاً دون أن يطلقها، بل الفرار من كتاب الله تعالى هو توريث من ليست زوجة ولا أما، ولا جدة، ولا ابنة، ولا ابنة ابن، ولا أختاً، ولا معتقة، ولكن أجنبية لم يجعل الله تعالى قط لها ميراثاً، وكيف يجوز أن نورث بالزوجية من حلّ لها زواج غيره، أو من هي زوجة لغيره، هذا هو خلاف كتاب الله تعالى حقاً بلا شك، وأيضاً فإن كانت ترثه بالزوجية، فواجب أن يرثها بالزوجية، كما يقول الحسن: إذ من الباطل المحال الممتنع أن تكون هي امرأته، ولا يكون هو زوجها، فإن قالوا ليست امرأته قلنا: فلم ورثتموها ميراث زوجة؟ وهذا عجب جداً، وهذا أكل المال بالباطل بلا شك. ومن العجب قولهم فرّ بميراثها، وأي ميراث لها من صحيح لعلها هي تموت قبله، ورُبَّ صحيح يموت قبل ذلك المريض وقد يبرأ من مرضه، فما وجب لها قط إذ طلقها ميراث يفر به عنها، ثم من العجب توريث الحنفيين المبتوتة ممن حبس للقتل، أو بارز في حرب، وليس مريضاً، ومنعهم الميراث التي أكرهها أبو زوجها على أن وطئها في مرض زوجها، وليس لزوجها في ذلك عمل أصلاً ولا طلقها مختاراً قط، وتوريث المالكين المختلعة، والمختارة نفسها، والقاصدة إلى تخنيثه في مرضه في يمينه، وهو صحيح بالطلاق، وهو كاره لمفارقتها وهي مسارعة إليه مكرهة له على ذلك، وما في العجب أكثر من منعهم المتزوجة في المرض من الميراث الذي أوجبه الله لها يقينا بالزوجية الصحيحة، وتوريثهم المطلقة ثلاثاً في المرض، فورثوا بالزوجية من ليست بزوجة، ومنعوا ميراث الزوجة من هي زوجته...⁽¹⁾.

ويستمر ابن حزم في رده ونقده اللادع للفقهاء جميعهم، إلى أن قال: (أما الحنفيون فإنهم أمضوا فراره عن كتاب الله تعالى إذ قطعوا ميراثها بعد العدة فجعلوه ينتفع بفراره عن كتاب الله تعالى في موضع، ولا ينتفع به في موضع آخر، فهذا التخليط والخبط، وانقطاع العدة متولد من الطلاق الذي هو فعله، ويقال لهم: قد أجزتم نكاح المريض وهو إضرار بأهل الميراث في إدخال من يشركهم فيه، فهلا إذ أجزتم طلاق المريض أمضيتهم حكمه في قطع الميراث)⁽²⁾.

ويقول للمالكين: من أين ورثتم الحنثة لزوجها في مرضه، وهو لم يفر قط بميراثها، ولا طلقها في مرضه، وكيف يجوز أن يقاس غير فارّ على فارّ؟، وأعجب شيء قول المالكين في التي يطلقها زوجها وهو مريض، ولم يدخل بها: إنما ترثه، وليس لها إلا نصف الصداق.

(1) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 224.

(2) المرجع نفسه، ص 226.

ولم يقف ابن حزم عند هذا، بل تعرض للروايات المختلفة التي وردت عن الصحابة، فأسقط بعضها، ولم يصحح بعضها الآخر⁽¹⁾.

وفي ختام نقده، قال: (وصحّ أن تمويه الفقهاء في هذه المسألة خطأ محض، وصحّ أن المبتوتة في المرض والمطلقة فيه، ولم يطأها، لا ميراث لهما أصلاً، وكذلك المطلقة طلاقاً رجعياً في المرض، إذا لم يراجعها حتى ماتت فلا ميراث لها، حتى ولو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لثلاثته، ولا حرج عليه في ذلك، لأنه فعل ما أبيض له من الطلاق الذي قطع الله به الموارثة بينهم، وقطع به حكم الزوجية بينهما، وكذلك إن طلق وهو موقوف بالقتل في حق أو باطل، أو للرجم في زنى ولا فرق، لأنه لم يأت نصٌّ بين طلاق هؤلاء وبين غيرهم بفرق...)⁽²⁾.

ويؤكد ابن حزم رأيه، بأنه لم يأت نص من الكتاب أو السنة يفرّق في هذا بين الصحيح والمريض، وأن الذي يفرق بين الصحيح والمريض في هذه المسألة، يُؤكّل أموال الناس بالباطل بعضهم لبعض.

ولم يترك ابن حزم ما قضى به بعض الصحابة، ولكن قال: إن بعض الصحابة لم يورث من اعتبروه فاراً بإبانتها وهو مريض، ومن هؤلاء سيدنا عبد الله بن الزبير الذي قال في أمر (تماضر) التي طلقها زوجها عبد الرحمان بن عوف آخر التطليقات الثلاث في مرضه: لو كان الأمر إليّ ما ورثتها، وفي رواية أخرى، أنه قال: أما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة، ثم يحتّم ابن حزم كلامه في هذه المسألة، بقوله: ومن صحّ عنه أنه قضى بذلك من الصحابة رضي الله عنهم فمأجور بكل حال من خطأ، أو صواب، وإنما الشأن فيمن قلّد بعض ما اجتهدوا فيه، وخالفهم في بعضه.

هذا هو رأي شيخ أهل الظاهر، وهو رأي مخالف لغيره من الفقهاء، خاصة بعد أن تضاربت آراءهم في هذا الموضوع، ولم يرد فيه نصٌّ من كتاب أو سنة.

ويخلص إلينا مما تقدم، أن فقهاء المسلمين قد اتفقوا على صحة طلاق المريض، ولكنهم اختلفوا في مسألة إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، فهناك رأي يذهب إلى القول بمنع ميراث الزوجة المبانة، ويقابل هذا؛ رأي آخر يذهب إلى أنها ترث دائماً أثناء العدة، وآخر يورثها وإن انقضت العدة وحتى لو تزوجت.

(1) المرجع نفسه، ص 226.

(2) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 229.

جاء في بداية المجتهد: وسبب هذا الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع⁽¹⁾، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق زوجته في مرض موته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولَحَظَّ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً⁽²⁾.

(1) والذريعة هي التوسل بما هو مصلحة إلى ما هو مفسدة، وسدها المنع منها.

فقد خلص الفقهاء إلى تقسيم سد الذرائع إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الذريعة التي تؤول إلى الحرم قطعاً، **والثاني:** الذريعة التي تؤول إلى الحرم ظناً، **والثالث:** الذريعة التي تؤول إلى الحرم كثيراً، **والقسم الرابع:** الذريعة التي تؤول إلى الحرم نادراً. ومواقف المذاهب من هذه الأقسام:

– أن المذهب الظاهري لا يُعمل قاعدة سد الذرائع في جميع هذه المراتب الأربعة حيث أنه ينكر قاعدة سد الذرائع؛ ويشنع على من يعمل بها.

– اتفقت المذاهب الأربعة على إعمال قاعدة سد الذرائع في القسم الأول والثاني منها، وقد حكى الإمام القرافي الإجماع على إعمال هذين القسمين، ويؤيد هذا الإجماع ما ذكره العز بن عبد السلام وهو من الشافعية: أن الأمر الذي يغلب على الظن إيصاله إلى الحرم فإنه يجرم، وذلك أن الشرع يقيم الظن مقام القطع فقال: (ما يغلب ترتب مسببه عليه وقد ينفك عنه نادراً فهذا لا يجوز الإقدام عليه؛ لأن الشرع أقام الظن مقام العلم في أكبر الأحوال).

– اتفقت المذاهب الأربعة على عدم إعمال الذريعة في المرتبة الرابعة وذلك راجع إلى أهم رأوا أن المصلحة التي آلت إليها الذريعة أرجح من المفسدة، ومن المعلوم أنه لا توجد مصلحة إلا ويشوبها مفسدة، ولو نظروا إلى مثل هذه المفسدة لتعطلت مصالح الخلق. ولقد حكى الإمام القرافي الإجماع على عدم سد الذريعة فيه.

– أما القسم الثالث، وهو ما يؤول إلى المفسدة كثيراً لا قطعاً ولا نادراً، فهذا القسم هو الذي وقع فيه النزاع بين المذاهب الأربعة، فالمذهب المالكي والحنبلي رأيا إعمال سد الذرائع فيه وأما المذهب الحنفي والشافعي فقد رأيا أن لا يعمل سد الذرائع في هذا القسم أخذاً على أصل الإباحة وأنه مأذون فيه، وكذلك بناء على محاسبة الناس على ظواهرهم، وترك سرائرهم إلى رب العالمين. قال أبو زهرة: (فقد أجمع الجميع على نوع من الذرائع أخذاً، وعلى نوع آخر رداً، فقد أجمعوا على أن ما يؤدي إلى إيذاء جمهور المسلمين ممنوع لا محالة كحفر الآبار في الطرق العامة، أو إلقاء السم في طعامهم، ولعل من ذلك في عصرنا رمي جراثيم الأمراض في مياه الشرب، ومن هذا النوع الذرائع التي جاء بها النص كسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى إن سمع ذلك. وقد أجمعوا أيضاً على أن ما يكون سبيلاً للخير والشر، ويكون في فعله فوائد للناس لا يكون ممنوعاً كغرس العنب، فإنه يؤدي إلى عصره، وتخميره، ولكن لم يكن لذلك بأصله ولأن استخدامه لذلك احتمال، والمنفعة في غرسه أكبر من هذه، والعبرة بالأمر الغالب أو الراجح في الظن، وفي ما عدا القسمين السابقين كان الخلاف، فالشافعي نظر إلى الأحكام الظاهرة، وإلى الأفعال عند حدوثها، ولم ينظر إلى غايتها، ومآلاتها).

وبذلك ثبت ما صرح به علماء المالكية من أن سد الذرائع ليس من خواص مالك، لأن أصل سد الذرائع مجمع عليه وإنما الخلاف فيما يرجح فيه من الجزئيات.

أنظر: إبراهيم بن مهنا بن عبد الله المهنا، **سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية**، ط 1، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، 1420 هـ، ص 125-127.

(2) محمد فهر شقفه، أحكام تصفية التركات ونظرية مرض الموت، مرجع سابق، ص 147.

ومن هذه الآراء المختلفة، نلاحظ أن بعض الكتاب المحدثين قد ذهب إلى تأييد الاتجاه الذي يورث المبتوتة، بقوله: (الرأي الذي أميل إليه هو الذي يقضي بتوريث المبتوتة ما لم تتزوج إذا توفرت الشروط التالية:

- 1 أن يكون الطلاق في مرض الموت وفي حالة يغلب فيها الهلاك.
- 2 أن يموت الزوج بهذا المرض أو تلك الحالة.
- 3 أن يتم الطلاق بالرغم من إرادة الزوجة أو بتقصير من الزوج.
- 4 أن يتم الدخول بها.
- 5 ألا تتزوج زوجا آخر قبل وفاة الزوج المريض السابق...⁽¹⁾.

كما نجد البعض من الكتاب قد ذهب في اتجاه آخر، بمحاولة الأخذ برأي يشتمل على وجهتي نظر، (وهو عدم إيقاع الطلاق من المريض مرض الموت لاختلال قواه ولعدم صدوره عن وعي صحيح، وإدراك تام، ولأن هذا التصرف يترتب عليه ضرر كبير يتعلق بالمطلقة، وبهذا نكون قد حققنا وجهة نظر ابن حزم، في عدم معقولية الميراث، بتوريث غير الزوجة، والأئمة الأربعة في معاملة المطلق المريض مرض الموت بنقيض مقصوده، ما دام يقصد بطلاقه الفرار من الميراث⁽²⁾.

والرأي الذي يبدو أكثر حجة ومنطقا من بين هذه الآراء المختلفة، هو ما ذهب إليه الحنابلة بتوريث الزوجة المبانة في مرض الموت حتى لو انقضت عدتها ما لم تتزوج، لكن مع ضرورة إثبات أن هذا الطلاق البائن في مرض الموت كان هدفاً ونية الزوج منه حرمان الزوجة من الميراث، فقد يحدث هذا الطلاق ولا يكون الهدف من وراءه الفرار من الميراث، كأن تتسبب الزوجة في إيقاعه.

فوقائع كل مسألة يجب أن تبحث بتجريد، فإذا ثبت من الوقائع أن الرجل طلق زوجته لأسباب معقولة - ولو في مرض الموت - لا فراراً من ميراثها فإن المرأة لا تترث، لأن العلة من توريثها قد انتفتت، والحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا⁽³⁾.

(1) مصطفى إبراهيم الزليبي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض ، ج 2، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1984، ص 73.

(2) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 111.

(3) قيس عبد الوهاب الحيايلى، ميراث المرأة، مرجع سابق، ص 249.

الفرع الثاني: فرار الزوجة من إرث زوجها وافتدائها في مرض الموت:

إذا كانت الزوجة هي المريضة مرض موت، فإنه يُخشى أن تفر من ميراث زوجها، أو العكس فيمكن أن تتجه إلى محاباة زوجها بأكثر من حقه في ميراثها من خلال افتدائها وهي في مرض الموت.

أولاً: فرار الزوجة من إرث زوجها:

فكما يتحقق الفرار - من الميراث - من الزوج، يتحقق أيضاً من الزوجة، وحينئذ تعامل بنقيض مقصودها ويرثها الزوج إذا ماتت قبل انتهاء عدتها حسب رأي الأحناف سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، لأن حقه يتعلق في مالها ابتداء من مرض موتها كما يتعلق حقها في ماله اعتباراً من مرض موته⁽¹⁾.

كما إذا فسخ الزواج بسبب من جهتها وهي مريضة مرض الموت أو في حكم المريضة، بأن فعلت مع أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة؛ أو كان الزوج فوّض إليها الطلاق فأبانت نفسها في مرض موتها؛ أو أن تختار نفسها بالبلوغ، لكنها لا ترثه إذا ماتت في عدتها لأنها فوتت على نفسها حق الميراث بقطع صلة النكاح⁽²⁾.

ثانياً: الزوجة المخالعة في مرض الموت:

أما افتدائها وهي مريضة مرض الموت، ولما كانت تبرعات المريضة مرض الموت تأخذ حكم الوصية، لتعلق حق الورثة والدائنين بالتركة، من وقت حلول المرض الذي يموت فيه المريض، وأيضاً بدل الخلع فيه معنى التبرع، وربما يكون المقصود من ذلك محاباة زوجها بأكثر من حقه في ميراثها، ومحاباة الوارث في مرض الموت لا تجوز عند الحنفية⁽³⁾.

- قال فقهاء الأحناف: بصحة خلع المريضة مرض الموت، وتطليقها على مال، ويكون طلاقاً بائناً، بشرط أن لا يزيد العوض على ثلث التركة، أما وقوع الطلاق البائن فلأنه قد تحقق شرطه وهو

(1) محمد فهد شقفه، أحكام تصفية التركات ونظرية مرض الموت، مرجع سابق، ص 150.

(2) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص 150.

(3) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 279.

قبولها، وأما لزوم البدل فإنها قد إلتزمت به، وأما عدم زيادة العوض على ثلث التركة، فلأنها متبرعة، وتبرع المريض مرض الموت ينفذ من ثلث تركة المتبرع، إذا كان المتبرع له أجنبيا، والزوج بالمخالعة يصير أجنبيا من الزوجة⁽¹⁾.

وبعد أن يتم الخلع، إما أن تموت قبل انقضاء العدة، وإما أن تموت بعد انقضاءها، وإما أن تبرأ من مرضها، فإن ماتت قبل انقضاء العدة وقد خالعتة على مال، فإنه يأخذ الأقل من ثلاثة أشياء: العوض، ثلث التركة، أو ميراثه منها⁽²⁾.

مثلا، إذا خالعتة على ستين وكان يستحق ميراثا خمسين وكان ثلث المال مائة، فإنه يأخذ الخمسين لأنها أقل، فإذا خالعتة على ستين وكان يستحق من الميراث خمسين وكان ثلث المال أربعين، أخذ الأربعين وهي ثلث المال⁽³⁾.

والسبب في ذلك خشية تواطؤ المريضة مع زوجها، وربما تسمي له عوضا كثيرا يزيد عما يستحق بالميراث منها، وفيه إضاعة لحق الآخرين، فمحافظة على حق الورثة، ومعاملة لها بخلاف قصدها، قال الفقهاء: (إنه لا يأخذ إلا الأقل من العوض، وثلث التركة، وميراثه منها)⁽⁴⁾.

أما إذا ماتت بعد انقضاء عدتها، أو كانت غير مدخول بها (تبينُ بطلاقها)، فلا يكون له حق في إرثها، فلا ينظر إلى ما يستحقه من الميراث، بل ينظر إلى العوض الذي خالعتة عليه وإلى الثلث، فيأخذ الأقل⁽⁵⁾.

أما إذا برئت من المرض كان له كل المال الذي خالعتة عليه، قليلا كان أم كثيرا، لأنها لما شفيت تبين أن مرضها لم يكن مرض موت، وأن تصرفها تصرف صحيح⁽⁶⁾.

(1) السرخسي، المبسوط، ج 6، مرجع سابق، ص 192.

(2) المرجع نفسه، ص 192.

(3) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، مرجع سابق، ص 308.

(4) أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 280.

(5) السرخسي، مرجع سابق، ص 192.

(6) المرجع نفسه، ص 193.

– أما المالكية: فيرون بأنه يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض، ولكن إذا وقع الخلع بينهما في مرض الزوجة فإن الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان، أما إن زاد على ميراثه فإن الزيادة لا تكون له، ويجب عليه ردها إن كان قد قبضها، ويجب أن لا يتصرف الزوج في المال قبل موتها، لأن المعترف في تقدير المال يوم وفاتها لا يوم الخلع، وحينئذ يوضع المال الذي خالعه به تحت يد أمين إلى يوم وفاتها، ثم ينظر فيه بعد وفاتها إن كان يساوي ما يستحقه في الميراث، أو أقل أخذه، وإلا أعطي ما يستحقه فقط، وردّ الزائد على أن المال الذي يلزم وضعه تحت يد أمين إنما هو المال الذي يساوي ميراثه فقط وقت الخلع دون الزيادة⁽¹⁾.

– أما الشافعية: فيرون أن المريض مرض الموت له التصرف في ماله بغير التبرع، أما التبرع فليس له أن يتبرع بما يزيد عن الثلث، وعلى هذا فإن العوض إن كان يساوي مهر المثل فإنه ينفذ بلا كلام، لأن مهر المثل في نظير حل العصمة فليس فيه تبرع، أما إن كانت الزيادة على مهر المثل فإنها تكون تبرعا، وفي هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث فإن له أخذها بدون اعتراض، وإن كانت أكثر وأجازها الورثة، فإنه يأخذها، فإن لم تجز الورثة، أو كان الثلث أقل منها فسخ العوض المسمى ورجع بمهر المثل فقط⁽²⁾، وعلى هذا يقال: إن المريضة مرض الموت مطلقة التصرف في العوض الذي يساوي مهر المثل، أما أنها تكون وصية فتجري عليها أحكام الوصية⁽³⁾.

– أما الحنابلة: فيرون أن الزوجة إذا خالعت وهي مريضة مرض الموت، فإن كان العوض أكثر من ميراثه منها فإنه لا يملك إلا ما يساوي ميراثه، أما الزيادة فهي حق الورثة، وذلك لوجود قسمة أنها أرادت محاباته بإعطائه أكثر من ميراثه، أما إذا كان أقل من ميراثه فإنه يأخذه بدون زيادة، لأنه أسقط الزيادة باختياره فلا يستحقها، فتعين استحقاقه للأقل، فإن صحت من مرضها الذي خالعه فيه كان له الحق في كل المبلغ الذي خالعه عليه⁽⁴⁾.

(1) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، مرجع سابق، ص 309.

(2) الشريبي، الإقناع، ج 2، مرجع سابق، ص 46.

(3) الجزيري، مرجع سابق، ص 311.

(4) المرجع نفسه، ص 312.

الفرع الثالث: مسألة الزواج في مرض الموت وأثره على الهيراث:

اختلف فقهاء المسلمين في زواج المريض مرض الموت.

فقد ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية وغيرهم، إلى أن المريض يجوز نكاحه، إلا أنهم اشترطوا لذلك حصول الدخول وبعبكسه فالعقد باطل ولا يترتب عليه أي أثر⁽¹⁾، أي أنه إذا قدم رجل مريض مرض موت وعقد على امرأة ولم يدخل بها حتى لو ماتت هي فإنه لا يرثها إذا كانت قد ماتت وهو مريض مرض الموت، وإذا كانوا قد ذهبوا إلى أن الزواج في المرض المخوف والصحة سواء من حيث صحة العقد، فإنهم اختلفوا في توريث كل واحد من الزوجين صاحبه وفيما يثبت لها من مهر الزوجة في الزواج في مرض الموت، وهذا ما سنتناوله فيما يأتي.

فقد استدل الفقهاء القائلين بصحة عقد الزواج في مرض الموت وعلى ثبوت التوارث بين الزوجين بما جاء في الكتاب، والأثر، والمعقول، وذلك كما يأتي:

1- الكتاب:

فقد استدل الظاهرية⁽²⁾ والزيدية⁽³⁾ بعموم قوله تعالى: ﴿فَلَكُمْ حُومًا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ - (النساء 3-)، جاء في المحلى: (وتزويج المريض الموقن بالموت أو غير الموقن مريضة كذلك أو صحيحة جائز ويرثها وترثه مات من ذلك المرض أو صح ثم مات، وكذلك للمريضة الموقنة وغير الموقنة أن تتزوج صحيحاً أو مريضاً)⁽⁴⁾، كما جاء في المحلى: (أباح الله تعالى ورسوله ﷺ النكاح، ولم يخص في القرآن ولا في السنة صحيحاً وصحيحاً مريضاً ومريضة، وما كان ربك نسياً، وما نعلم للمخالف حجة أصلاً لا من قرآن ولا سنة ولا قول صاحب ولا من رأي يعقل...)⁽⁵⁾.

2- ما جاء في الآثار من أقوال الصحابة الذين لم يعرف لهم من الصحابة مخالف في هذا الحكم:

ونسوق فيما يلي بعضاً من ذلك:

(1) أبو بكر الجزائري، منهاج مسلم، ط 2، مطبعة الانتصار، (دون ذكر البلد)، 1990، ص 206.

(2) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 27.

(3) ابن المرتضى، البحر الزخار، ج 5، مرجع سابق، ص 319.

(4) ابن حزم، مرجع سابق، ص 25.

(5) المرجع نفسه، ص 27.

أ- أخرج أبو عوانة بسنده عن ابن مسعود أنه قال: (لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام أعلم أن أموت في آخرها يوماً، لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة)، وبه استدل الظاهرية⁽¹⁾ والزيدية⁽²⁾.

ب- أخرج ابن أبي شيبة بسنده عن معاذ بن جبل أنه قال في مرضه الذي مات فيه: (زوجوني، إني أكره أن ألقى الله - عزَّ وجلَّ - عزباً)⁽³⁾، وبه استدل الظاهرية⁽⁴⁾ والزيدية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾.

3- المقول: وهو أن النكاح من الحوائج الأصلية للإنسان، والمريض غير محجور ولا ممنوع عن حوائجه الأصلية ولا عن صرف ماله إليها؛ كالمأكل والملبس وثمر الأدوية وأجرة الطبيب والمسكن⁽⁷⁾، وهو ما استدل به أيضا الحنابلة⁽⁸⁾، ومن هنا، فإذا ثبتت صحة الزواج في المرض المخوف، ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج⁽⁹⁾، قال ابن تيمية: (نكاح المريض صحيح، ترث المرأة في قول جماهير علماء المسلمين من الصحابة والتابعين، ولا تستحق إلا مهر المثل، ولا تستحق الزيادة على ذلك بالاتفاق)⁽¹⁰⁾.

وإذا كان ما ذكرناه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن فريقاً آخر من الفقهاء قد ذهب إلى خلاف ذلك، فالملكية لهم قولان في حكم زواج المريض مرضاً مخوفاً:

- (1) ابن حزم، المحلى، ج 10، مرجع سابق، ص 26.
- (2) ابن المرتضي، البحر الزخار، ج 5، مرجع سابق، ص 318.
- (3) روى أن معاذاً ماتت له أمرتان في الطاعون وكان هو أيضاً مطعوناً، فقال: (زوجوني، فإني أكره أن ألقى الله عزباً). قال في التلخيص: حديث معاذ انه قال في مرض موته زوجوني لا ألقى الله عزباً. رواه البيهقي من حديث الحسن عنه مرسلًا، وذكره الشافعي بلاغاً.
- (4) ابن حزم، مرجع سابق، ص 26.
- (5) ابن المرتضي، مرجع سابق، ص 319.
- (6) الشافعي، الأم، ج 4، مرجع سابق، ص 32.
- (7) المرجع نفسه، ص 32.
- (8) ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 504، فإن قيل: لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو امرأة آيسة وكان لا يحتاج إليها بسبب أن له نساء غيرها أو كان مستغنياً بامرأة له فتزوج أخرى في مرض موته، فإن زواجه هذا ليس من حاجته الأصلية.
- (9) ابن قدامة، مرجع سابق، ص 213.
- (10) ابن تيمية، أحكام الزواج، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988، ص 96.

- أحدهما: أنه يجوز له التزوج إذا كان محتاجاً إلى الزواج، ولا يجوز مع عدم الحاجة⁽¹⁾.
- والثاني: أن المرض المخوف مانع من النكاح مطلقاً⁽²⁾، فلا يجوز له أن يتزوج سواء أكان محتاجاً إلى الزواج بأن رغب فيه أو كان محتاجاً إلى زوجة تقوم على خدمته في مرضه، أو لم يكن محتاجاً إلى شيء من ذلك، ولو أذن له الوارث الرشيد في الحاليتين، لاحتمال موت الآذن أو صيرورته غير وارث؛ فيكون قد ظهر وارث جديد حل محل الوارث المتوفى وهذا الوارث الجديد لم يأذن لهذا المريض بالزواج فأصبح إذن الوارث كعدم الإذن⁽³⁾، وهو القول الراجح في المذهب على ما ذكره الدسوقي⁽⁴⁾.

ويعد الزواج في مرض الموت لدى المالكية فاسداً على الأرجح وذلك لأن في هذا الزواج إدخالاً لوارث جديد على الورثة⁽⁵⁾، الأمر الذي يحتم معاملة الزوج وهو المريض مرض الموت بنقيض بنقيض قصده ويحكم بفساد فعله⁽⁶⁾، وإن اعترض عليهم في استدلالهم هذا بعدم منعهم المريض من الوطء مع أنه سبب في إدخال وارث فإنهم قد ردوا على ذلك بأن في الزواج إدخال وارث محقق وليس في كل وطء حمل، وقيل إن تزوج المريض في مرض موته امرأة فالعقد باطل فلا ترثه، ولو تزوجت المريضة في مرض الموت رجلاً لم يرثها⁽⁷⁾، وهذا كله إذا تزوج بمن ترثه. أما إذا تزوج المريض بمن لا ترثه كأمة أو كتابية، فلهم في حكم زواجه قولان:

- أحدهما: أنه غير جائز، وهو القول الأصح المعتمد في المذهب، لأن في نكاح المريض لأي منهما إدخالاً لوارث، لجواز إسلام النصرانية وعتق الأمة قبل موته حيث يصيران من أهل الميراث⁽⁸⁾.
- والقول الثاني: إن هذا الزواج جائز لأن كلا من العتق والإسلام طارئ ومجرد احتمال، فلا يلتفت إليه، والأصل عدم مراعاة الطوارئ.

(1) محمد عليش، فتاوى عليش، ج 1، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، مصر، 1355هـ، ص 361؛ الأزهرى، رسالة الإمام ابن أبي زيد القيرواني وبهامشها الثمر الداني في تقريب المعاني، مرجع سابق، ص 361.

(2) محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته، دون ذكر دار النشر البلد السنة، ص 256.

(3) الخرشى، شرح الخرشى، مرجع سابق، ص 234.

(4) أحمد الدردي المالكي، الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1373هـ، ص 276.

(5) فتاوى عليش، مرجع سابق، ص 361، وانظر الخرشى، مرجع سابق، ص 234.

(6) عبد المؤمن بلباقي، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 11.

(7) المارديني، شرح الرحبية، مرجع سابق، ص 10.

(8) الأزهرى، الثمر الداني، مرجع سابق، ص 361.

أما الإمامية فإنهم يفرقون في حكم الزواج في مرض الموت بين زواج المريض وزواج المريضة، ففي زواج المريض لدى الإمامية: يجوز للرجل أن يتزوج في مرضه، فإن تزوج ودخل فجائز، وإن مات قبل الدخول فباطل، أما في زواج المريضة: يجوز للمريضة أن تتزوج، وحكم زواجها حكم زواج الصحيحة بلا فرق، لأن الأصل كون المريض كالصحيح لعموم الأدلة، وقد خرج زواج الرجل المريض عن حكم الأصل للدليل خارج وبقيت الزوجة على الأصل مندرجة تحت العموم⁽¹⁾، فإذا كانت الزوجة هي المريضة وماتت قبل الدخول؛ يرثها زوجها⁽²⁾.

ولئن كان هذا هو رأي كل من جمهور الفقهاء والمالكية والإمامية حول الزواج في مرض الموت، من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه، فإن الفقهاء قد اختلفوا كما أسلفنا فيما يثبت للزوجة من مهر في الزواج الواقع في مرض الموت⁽³⁾.

(1) محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، مطبعة الشورى، مصر، 1326 هـ، ص 186-188.

(2) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971، ص 219.

(3) وفي ما يلي تفصيل مختلف الآراء؛ فيما يثبت للزوجة من مهر في الزواج المنعقد في مرض الموت:

- فقد فرق الحنفية بين ما إذا كان الشخص الذي يتزوج في مرض الموت مديناً أو غير مدين:

1- إذا كان المريض مديناً: فإن تزوج بمهر المثل جاز ذلك وحاصصت الزوجة غرماء الصحة بمهرها بعد موته إن لم يكن قد نقدها ذلك المهر في حياته أو بمعنى آخر أنه يصار إلى تقسيم المال عليها وعليهم على قدر حصصهم، وذلك لأن مهرها دين لها على زوجها، فيكون مساوياً لديون الصحة لوجوبه بأسباب معلومة لا مرد لها إذ أن جواز الزواج في مرض الموت، وهو لا يجوز إلا بوجوب المهر، يجعل هذا المهر كدين الصحة وإن ظهور وجوب المهر ومعلوميته بناء على ظهور سبب وجوبه وهو الزواج الذي هو غير محتتمل الوجوب، إنما يحتتم تعلق المهر بحال هذا المتزوج ضرورة، ولكن حيث أن هذا المهر قد يزيد على مهر المثل، فقد قال في الزيادات - من كتب ظاهر الرواية - (يقدم دين الصحة على الزيادة على مهر مثلها)

2- إذا لم يكن المريض مديناً: فقد اعتبروا التزويج في هذه الحالة جائزاً من رأس المال إذا كان بمهر المثل وذلك لأن التزويج بمهر المثل هو إنفاق لمال المتزوج في حوائجه الأصلية، فيقدم بذلك على وارثه، وإنما قيد التزويج بمهر المثل لأن الزيادة عليه محاباة وهي باطلة إلا أن تجيزها الورثة، لأن حكمها حكم الوصية للزوجة الورثة والوصية لا تجوز لو ارث إلا أن يجيزها الورثة وإن كان النكاح صحيحاً. أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، مرجع سابق، ص 225، وما بعدها.

الزيلعي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، ج 5، ط 1، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1315 هـ، ص 23.

- وفرق المالكية في هذه المسألة بين ما إذا تزوج المريض صحيحة وبين ما إذا تزوج الصحيح مريضة وبين ما إذا تزوج المريض مريضة مثله. لذا نبين ذلك في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا تزوج المريض صحيحة، فقد فرق المالكية بين موته قبل الفسخ وبين موته بعده:

أ- فإن مات قبل فسخه، فلها الأقل من الصداق المسمى وصداق المثل من ثلث ماله، سواء دخل بها أو لم يدخل.

ب- أما إذا مات بعد فسخه، فينظر: إن كان الفسخ قبل موته وقبل الدخول، فلا شيء لها من المهر وإن كان الفسخ قبل موته وبعد الدخول، كان لها المسمى تأخذه من ثلثه إن مات، ومن رأس ماله إن صح. =

هذا ويرجع الاختلاف بين المالكية وغيرهم في اعتبار المرض مانعاً من صحة عقد الزواج أم في عدم اعتباره، إلى أمرين:

= الحالة الثانية: إذا تزوجت المريضة صحيحاً، فلها مهرها المسمى من رأس المال، زاد على صداق المثل أم لا إن كان مدخولاً بها، ومثل الدخول موته أو موتها قبل الفسخ والدخول.

الحالة الثالثة: إذا تزوج المريض مريضه مثله، في هذه الحالة يغلب جانب الزوج ويكون حكم المهر فيها حكم مال وأفراد الزوج بالمرض. حيث جاء في مواهب الجليل: (والظاهر أنه إن كان الزوج مريضاً والزوجة مريضة يكون الحكم فيها كالحكم فيما إذا كان الزوج فقط هو المريض).

ويلاحظ أن المالكية قد حكمت بثبوت الصداق في هذه الصور مع فساد النكاح ووجوب فسخه، لأن النكاح في المرض غير متفق على فساده بين الفقهاء، بل يختلف فيه، وقد أجازوا في النكاح الفاسد المختلف في فساده ثبوت المهر. ولأن الفساد هنا إنما كان لعقده في المرض ولم يؤثر خللاً في الصداق وإنما فرق فيما ثبت لها من الصداق بين مرضه ومرضها لأن الزوج عندما يكون صحيحاً والزوجة هي المريضة، يكون ترعه معتبراً بخلاف العكس. أنظر: الدردير، ج 2، ص 276؛ الخطاب، مواهب الجليل، ج 3، ط 1، مطبعة السعادة، مصر، 1329 هـ، ص 482.

- وفرق الشافعية فيما ثبت للزوجة من مهر في حالتين: موت الزوجة، وموت الزوج على النحو الآتي:

1- إذا ماتت الزوجة كان لها جميع ما أصدقها، إذ أن لها صداق مثلها من رأس المال والزيادة عليه من ثلث التركة، كما إذا وهب لأجنبية (ذمية أو أمة المدخول بها بوطء شبهة الزواج) فقبضته فإنما يكون هذا من الثلث.

2- أما إذا مات الزوج فينبغي التفريق بين ما إذا كانت الزوجة من أهل الميراث، عند موته وبين ما إذا لم تكن:

الوجه الأول: فإن كانت من أهل الميراث عند موته فينظر إن كان أصدقها بصداق المثل، وجاز لها من جميع المال، وإن زاد على صداق المثل، فالزيادة محاباة، فإن صح قبل أن يموت جاز لها مع الزيادة من جميع المال لأنه لما صح قبل موته كان ابتداءً نكاحاً وهو صحيح، وإن مات قبل أن يصح بطلت الزيادة على صداق مثلها وثبت النكاح وكان لها الميراث.

الوجه الثاني: أما إذا كانت ممن لا يرث كذمية وأمة، ثم مات وهي عنده، جاز لها جميع الصداق، صداق مثلها من جميع المال والزيادة عليه من الثلث، لأنها غير وارث، ولو أسلمت قبل موته أو أعتقت فصارت وارثاً، بطل عنها ما زاد على صداق المثل، وهذا الحكم يعلل الوجه السماح للشريعة الغراء إذ أعطت للذمية ما دامت لم تسلم وللأمة ما دامت لم تعتق ما لم تُعطه للزوجة المسلمة أو الزوجة الحرة. أنظر: للشافعي، الأم، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

- وقال الحنابلة: يجوز للمريض أن يتزوج في مرض موته، وينفذ المهر من رأس ماله إن كان مهر المثل، لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه. أما إذا تزوج بمهر يزيد على مهر مثلها فلها مهر المثل، والمحاباة صحيحة إن ماتت قبله، أما إذا مات المريض قبلها فيفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون ممن يرثه (أي لا يتوافر فيها مانع من الإرث كالعبودية واعتناق غير الإسلام ديناً). وفي هذه الحالة روايتان عن الإمام أحمد في حكم المحاباة:

1- أنها موقوفة على إجازة الورثة، لأنها عطية لوارث، فإن أجازها الورثة نفذت وإن لم يجزوها بطلت. وهذا هو القول الصحيح في المذهب.

2- أنها تنفذ من الثلث.

الحالة الثانية: أن تكون ممن لا يرثه كذمية وأمة، فلها مهر المثل، وتنفذ المحاباة من الثلث.

أنظر: ابن قدامة، المعنى، مرجع سابق، ص 504 وما بعدها.

- الأول: هل أن الزواج يقاس على عقد البيع أم على الهبة؟ فمن المعروف أن المريض مرض الموت لا يصح أن يهب شيئاً من ماله إلا في حدود ثلث ماله، ولكنه في نفس الوقت يجوز له أن يبيع ما يشاء من ممتلكاته، ولما كان الظاهر في عقد الزواج أنه متردد بين البيع والهبة؛ فهل يرجح جانب إلحاقه بعقد البيع فلا يكون المرض مانعاً من صحة عقد الزواج كما أنه ليس بمانع من صحة عقد البيع، أم يرجح جانب إلحاقه بالهبة فيكون المرض مانعاً من صحته؟.

- الأمر الثاني: أن المريض مرضاً مخوفاً إذا أراد الزواج؛ هل هو متهم بإدخال الضرر على ورثته، لأن زواجه سيؤدي إلى إدخال وارث جديد زائد على ورثته الحاليين وهذا يؤدي إلى إنقاص نصيب كل منهم من التركة، أم أنه غير متهم بذلك⁽¹⁾.

والواقع أن قياس عقد الزواج على الهبة قياس غير صحيح، لأن العلماء متفقون على أن الهبة تجوز من المريض إذا كانت داخلة في حدود ثلث ماله، والذين اعتبروا المرض مانعاً من صحة عقد الزواج لم يجدوا لذلك نطاقاً معيناً، فلم يقولوا بصحة عقد الزواج إذا كان ما سترتب عليه من حقوق داخلة في حدود ثلث المال أم لا، ومن هنا استطاع القول بأن عقد الزواج مختلف عن الهبة، وكذلك فإن القول بعدم صحة عقد الزواج لإدخال وارث جديد هو قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء⁽²⁾.

يتبين مما عرضنا له، أن هذه المسألة - الزواج في مرض الموت - خلافية في الفقه الإسلامي، ونرى من جانبنا صواب القول بصحة الزواج في مرض الموت إذا كان المريض محتاجاً إلى هذا الزواج؛ دون تفريق بين أن يكون الزوج هو المريض أو تكون الزوجة هي المريضة، كأن يكون هذا المريض بحاجة إلى زوج يرعاه ويقوم عليه في مرضه هذا، ولا يجوز مثل هذا الزواج مع عدم الحاجة، أي أنه لثبوت التوارث بين الزوجين من عدمه فيجب النظر في حال المريض الذي يريد الزواج؛ فيما إذا كان في غير حاجة إلى هذا الزواج فيكون متهماً بإدخال وارث جديد على ورثته، فلا يثبت التوارث. يمثل هذا الزواج لوجود علة إدخال وارث جديد، فكأن المريض في هذه الحالة يفر بماله عن ورثته؛ أي أنه يقصد الإضرار بالورثة، فيعامل بنقيض مقصوده، فيمنع من الزواج، وإن حصل فلا ميراث منه، وأما إن كان المريض في حاجة إلى الزواج في مرض الموت فهنا تنتفي علة إدخال وارث جديد، فلا يمنع من الزواج، وإذا صحَّ الزواج استُحق الميراث.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، مرجع سابق، ص 38.

(2) المرجع نفسه، ص 38.

المطلب الثاني: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري والقوانين العربية من التوارث بين الزوجين في طلاق مرض الموت:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على الطلاق في مرض الموت ولا على الميراث بين الزوجين في هذه الحالة، وبالتالي فإنه يتعين الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك حسب ما تنص عليه المادة 222 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

وبالتالي فإنه متى وقع نزاع حول أحقية أحد الزوجين في الميراث عند الطلاق في مرض الموت؛ تعيّن على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها على النزاع المعروض عليه، إلا أن هذا الأمر يثير العديد من الإشكالات بسبب اختلاف الآراء الفقهية حول هذه المسألة.

وعليه أتطرق في ما يأتي إلى موقف القضاء الجزائري من الميراث في طلاق مرض الموت في فرع أول، وموقفه من الميراث في زواج مرض الموت في فرع ثان، ولغرض المقارنة وإثراء للموضوع أشير إلى موقف القوانين العربية من هذه المسائل في فرع ثالث.

الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الميراث بين الزوجين في طلاق مرض الموت:

اعتمد قانون الأسرة الجزائري في أكثر مواده على الشريعة الإسلامية كمصدر مادي، حيث استمد أحكامه من مختلف المذاهب الفقهية ولم يتقيد في ذلك بمذهب فقهي إسلامي معين⁽¹⁾، فلم يقتصر على المذهب المالكي السائد في بلاد المغرب العربي، بل توسع في اختياراته إلى سائر المذاهب وأقوال الفقهاء، وأحال على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وهذا من خلال المادة 222 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة⁽²⁾.

(1) محمد باوني، عقد الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 4.

(2) والملاحظ على هذا النص، أنه تأكيد على ما ورد في القانون المدني، ذلك أن رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص منصوص عليه في المادة الأولى من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، والتي تنص على أنه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أوفي فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.....".

وإن أخذ المشرع الجزائري بمنهج الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص؛ يثير إشكالية وذلك عند وجود عدة آراء وتوجهات مختلفة بين المذاهب الفقهية في بعض المسائل، كحالة الطلاق في مرض الموت، فبأي رأي سيأخذ القاضي عند رجوعه لهذه المذاهب المختلفة؟

إن صياغة نص المادة 222 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بالرجوع إلى مذهب فقهي معين والتقيد به، وإن كان المذهب المالكي هو السائد في بلاد المغرب العربي، إلا أن ذلك لا يعني حتماً أنه المذهب المعتمد من طرف القضاء في هذه الحالة، لأن المشرع في حد ذاته لم يراع ذلك عند تشريعه لنصوص قانون الأسرة، فعدم تحديد المذهب الواجب العودة إليه قد يؤدي إلى الاختلاف وعدم الانسجام في الاجتهاد القضائي، فيتصور أن تطرح مسألة غير منصوص على حكمه في قانون الأسرة على قاضٍ أول فيحكم فيها استناداً إلى الرأي الفقهي الذي يراه مناسباً، ويمكن أن تطرح قضية مشابهة على قاضٍ آخر في محكمة أخرى أو حتى من نفس المحكمة، فيحكم فيها بالاستناد إلى رأي مذهب آخر يراه مناسباً.

وبالنظر إلى بعض التشريعات العربية نجدتها تضع حلاً لهذا الإشكال (عدم وجود نص)

بتحديدها للمذهب الذي يرجع إليه القاضي فيما لا ذكر له في القانون.

ف نجد قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976⁽¹⁾ ينص في المادة 183 منه على أنه: " ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة "

كما نجد القانون المغربي ينص في المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية على أن: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف "⁽²⁾.

كما نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة الثالثة من المادة الثانية منه على أنه: " وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة "⁽³⁾.

(1) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية عدد رقم 2668 ، الصادر بتاريخ 01-12-1976، الصفحة رقم

2756. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 305.

(2) الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية: ejustice.gov.ma

(3) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28 لسنة 2005. مأخوذ عن الموقع الإلكتروني: [www.gcc-](http://www.gcc-legal.org/moj)

www.gcc-legal.org/moj

مما سبق نلاحظ أن القانون الأردني يلزم القاضي في حالة عدم وجود نص في قانون الأحوال الشخصية بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، وفي القانون المغربي يرجع إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف ...، أما في القانون الجزائري فإن نص المادة 222 من قانون الأسرة يفسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي دون التقييد بمذهب معين.

إن هذا المنهج وإن كان أوفق مراعاة لما هو أصلح للمجتمع الجزائري وواقعه الاجتماعي المتغير، إلا أنه يؤدي إلى اختلاف الأحكام والاجتهادات القضائية وعدم استقرار القضاء الجزائري على رأي وتوجه واحد.

وإن كان إلزام القضاء بالتقيد بمذهب معين يعتبر تضييقاً لسلطته ومن شأنه أن يدخل إلى القانون بعض الأحكام الغير مقبولة من ذلك المذهب⁽¹⁾، فإنه ينبغي على المشرع الجزائري أن يوضح توجهه في المسائل محل الاختلاف في الفقه بالنص عليها صراحة في شكل نصوص قانونية، والتي من بينها مسألة طلاق المريض مرض الموت.

(1) يقول الدكتور أحمد محمد شاكر في مسألة تقييد المحاكم بمذهب معين: (كانت المحاكم الشرعية في مصر تحكم في كل المسائل بالقول الراجح - في نظر القضاة - من مذهب الإمام أبي حنيفة، وقبل ذلك كان فيها قضاة من المذاهب الأربعة. بعد أن أقفل الفقهاء باب الاجتهاد ومنعوا المفكرين من استنباط الأحكام من الكتاب والسنة... ولكن تقييد المحاكم بمذهب أبي حنيفة أوقع الناس في كثير من الحرج في بعض المسائل، مع ضعف بعض القضاة السابقين في تطبيق الأحكام، وتمسكهم بالألفاظ والأشكال، حتى كان من أثر هذا أن ألغيت الأحكام الشرعية في مصر وفي كثير من الأقطار الإسلامية، إلا في بعض أبواب قلائل، يسمونها (الأحوال الشخصية)، وكان من هذا: أن نشأت المحاكم النظامية والمحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية، ووضعت قوانين لا تمت إلى الإسلام بصلة، بل نقلت عن قوانين أوروبا نقلاً حرفياً، من غير تفكير فيما إذا كانت تناسب أخلاقنا وعاداتنا وخصالنا ونفوسنا، وكان أن ضعف شأن المحاكم الشرعية حتى كادت أن يمحي أثرها، لولا ظروف خاصة حفظت لمصر أثراً من شريعته. ومن كل هذا فإنه لم يجرأ أحد من العلماء في مصر على التفكير في مخالفة أحكام مذهب أبي حنيفة، وفي بعضها إرهاب وإحراج.

وأول من فكر في ذلك وطلب العمل به، الشيخ محمد شاكر وكيل الأزهر سابقاً، وذلك قبل سنة 1892، وكان يومئذ كاتب الفتوى لدى شيخه محمد العباسي المهدي مفتي الديار المصرية، فجاءت امرأة شابة حكم على زوجها بالسجن مدة طويلة وهي تخشى الفتنة، وتريد عرض أمرها على المفتي، ليرى لها رأياً في الطلاق من زوجها لتتزوج من غيره، وليس في مذهب الإمام أبي حنيفة حلٌّ لمثل هذه المعضلة إلا بالصبر والانتظار، فصرّفها الشيخ معتذراً أسفاً متألماً، ثم عرض الأمر على شيخه المفتي، واقترح عليه اقتباس بعض الأحكام من مذهب الإمام مالك في مثل هذه المشاكل، فأبى الشيخ كل الإباء، واستنكر هذا الرأي أشد استنكار...).
أنظر: أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 7-8.

وتطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، استقر القضاء الجزائري على توريث الزوجة المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت، ولم يتبن الرأي المشهور للشافعية القائل بعدم توريثها، وأخذ برأي جمهور الفقهاء القائلين بتوريثها معاملة للمطلق بنقيض قصده، رغم اختلافهم في تحديد الفترة التي يمكن أن ترث فيها هذه المطلقة عند وفاة زوجها.

وفي هذا الصدد أكدت المحكمة العليا، في قرار لها بتاريخ 1993/12/21، ملف رقم 101444، على أحقية الزوجة في الميراث ولو كان الطلاق صحيحا، حيث جاء فيه: (من المقرر قانونا 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 بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث وتعتبر وكأنها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا. أما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقا بائنا ومات أثناء عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث، فإنها تعتد بأطول الأجلين، الطلاق والوفاة⁽¹⁾).

وقضت المحكمة العليا في قرار آخر بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 179696 أنه: (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 بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون⁽²⁾).

حيث أن المسماة (ح م) قد طلبت نقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة سيدي عيش يوم 1996/08/11 القاضي بالطلاق، والتي استندت في طلبها على وجه وحيد للنقض والمأخوذ من قصور الأسباب، بدعوى أنه كان على القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية والعقلية للزوج الذي كان يعاني من مرض خطير أدى إلى وفاته يوم 1997/02/09.

وقد أضاف نفس القرار: (لكن وحيث أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو

(1) المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996، ص 73.

(2) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 98.

وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود⁽¹⁾.

مما سبق يتضح أن قضاء المحكمة العليا يأخذ فيما يتعلق بطلاق المريض مرض الموت، بصحة هذا الطلاق، وقد اتبع في ذلك ما اتفق عليه الفقهاء من وقوع طلاق المريض مرض الموت صحيحا لأنه أهل لإيقاعه.

إلا أنه فيما يتعلق بأثر هذا الطلاق على حق الزوجة في الميراث، يلاحظ بأن اتجا ه المحكمة العليا وإن كان لا يأخذ برأي الشافعية القائل بعدم توريثها، وإقراره بتوريثها، إلا أنه لا يبدو جليا ما هو الرأي الذي يتبعه القضاء الجزائري في هذه المسألة فيما يتعلق بالمدة التي يبقى فيها الحق في الميراث قائما للزوجة، فالقرار رقم 179696 السابق الإشارة إليه - على سبيل المثال - جاء فيه (...لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها...)، فإنه لا يتضح إن كان هذا القرار يقصد بالمدة الطويلة ما ذهب إليه الحنابلة بأن للزوجة الحق في الميراث ولو حدثت الوفاة بعد انتهاء العدة ما لم تتزوج، أم أن المقصود من ذلك ما ذهب إليه المالكية الذين يورثون مطلقة المريض مرض الموت وإن تزوجت أزواجاً.

الفرع الثاني: موقف القضاء من أثر الزواج في مرض الموت على الميراث:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري أيضا على مسألة الزواج في مرض الموت وأثرها على الميراث بين الزوجين، مما يقتضي كذلك الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، وذلك حسب نص المادة 222 ق.أ.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2001/05/23 ملف رقم 251656 قضية (و س - ف ز) ضد (و س - ع ق) ، بأن النكاح الواقع في مرض الموت سواء للزوجة أو الزوج لا إرث فيه، وإن القضاء برفض دعوى الطاعنة للزواج الواقع في مرض الموت بحجة انعدام النص في الشريعة هو مخالفة للقانون⁽²⁾، وهو القرار الوحيد حسب بحثي في اجتهادات المحكمة العليا المتعلق بهذه المسألة.

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 99.

(2) المجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص 305.

حيث أن وقائع هذه القضية تتلخص في: حدوث طلاق بحكم بين والدي (و-س- ف) سنة 1967، إلا أن هذا الزوج عقد على المطلقة ثانية أمام موثق تحت عنوان صلح برجعة في 24 جويلية 1977 وهي في مرض الموت، بعد دخولها المستشفى في جوان من نفس السنة بسبب العجز الكامل لكليتها وقضت مدة غيبوبة إلى أن توفيت في 15/11/1977.

رفعت (و-س- ف) بنت (ع) دعوى قضائية أمام محكمة القليعة، لأجل إبطال هذا الزواج فصدر حكم محكمة القليعة بتاريخ 09/02/1994 الذي قضى برفض الدعوى ، فقامت باستئناف الحكم، فكان قرار مجلس قضاء البلدة في 03/12/1994 بتأييد الحكم المستأنف، بدعوى عدم وجود نص في الشريعة يبطل عقد الزواج في مرض الموت.

فقامت المدعية بإيداع عريضة طعن بالنقض في 19 أفريل 2000، واستندت في طلبها على وجه وحيد للنقض، المأخوذ من قصور الأسباب ومخالفة الشريعة، بدعوى أن قضاة الموضوع قد اعتبروا أن عقد الزواج الواقع في مرض الموت هو عقد صحيح لأن الشريعة لا تمنع ذلك، رغم أن الزوجة كانت على فراش الموت. فكان قرار المحكمة العليا في 23 ماي 2001 بقبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض القرار المطعون فيه، وأسست المحكمة العليا قرارها لما جاء في مختصر خليل في باب أحكام النكاح عند الحديث عن الأنكحة الفاسدة التي فيها الإرث فقال إلا نكاح المريض زوجا كان أو زوجة فلا إرث فيه، وعليه فالوجه الوحيد مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالته لنفس المجلس⁽¹⁾.

مما سبق يتبين أن قضاة المحكمة العليا بصفتهم قضاة قانون، بتطبيقهم لنص المادة 222 من قانون الأسرة -التي توجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص- أنهم أخذوا في هذه المسألة برأي المالكية ولم يأخذوا برأي جمهور الفقهاء.

(1) المجلة القضائية، العدد الأول، 2002، ص 306-307.

الفرع الثالث: موقف القوانين العربية من الميراث بين الزوجين عند الطلاق في مرض الموت:

أمام اختلاف الفقه الإسلامي وتعدد آراءه في مسألة الميراث بين الزوجين عند الطلاق في مرض الموت، اختلفت القوانين في تنظيمها لهذه المسألة.

ففي القانون العراقي، لا محل لمناقشة هذه المسألة، إذ أن المشرع العراقي لم يوقع الطلاق في مرض الموت⁽¹⁾، وهو بهذا التوجه قد جانب الصواب، وذلك لسببين:

1 أنه خالف الفقه الإسلامي بفقيهه السني والجعفري، فلم يذهب أي رأي من الآراء إلى عدم وقوع الطلاق.

2 أن الطلاق مسألة شخصية لصيقة بالشخص وإن أراد الشخص في مرض الموت، ومن ثم فإن عدم إيقاع الطلاق مخالف للقواعد العامة.

أما بالنسبة للمرأة الفارة من ميراث زوجها، فالرجل يرثها طبقاً لأحكام المادة 90 من قانون الأحوال الشخصية العراقي بالشروط الموضوعية من قبل المذهب السني أو الجعفري بحسب مذهب المتوفي⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد أخذ في مسألة توريث المطلقة طلاقاً بائناً في طلاق الفار، برأي الحنفية بنص المادة 11 من قانون الموارث المصري رقم 77 لسنة 1943⁽³⁾، إذ جاء فيها ما يأتي: "وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته"، وقد وافق المشرع المصري الصواب بالتطرق إلى هذه المسألة منعا للاجتهادات المتضاربة في قرارات المحاكم، أما بالنسبة للمرأة الفارة من ميراث زوجها، فالمشرع المصري لم يتطرق لهذه المسألة.

أما القانون الأردني فاستناداً إلى أحكام المادة 183 من قانون الأحوال الشخصية التي تقضي بالرجوع إلى مذهب أبي حنيفة عند عدم النص؛ فإن ذلك يعني توريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت بالشروط الموضوعية من قبل المذهب الحنفي وتوريث الرجل من زوجته الفارة من ميراثه⁽⁴⁾.

(1) وذلك حسب المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(2) قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة، مرجع سابق، ص 250.

(3) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية، مرجع سابق، ص 218.

(4) قيس عبد الوهاب الحياي، مرجع سابق، ص 251.

أما في القانون الصومالي، فبالنسبة لميراث المطلقة طلاقاً بائناً في طلاق الفار والرجل الفارة زوجته من ميراثه، فنصوص القانون لم تتطرق إلى هاتين المسألتين، ومن ثم لا يرث أحدهما الآخر في هذه الحالة وفقاً لرأي الشافعية استناداً إلى أحكام المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الصومالي، إذ جاء فيها: "تطبق نصوص هذا القانون في جميع الحالات التي يشملها، وفي حالة عدم وجود نص معين، تطبق الآراء الراجحة في مذهب الإمام الشافعي، ثم المبادئ العامة للشريعة الإسلامية والعدالة الاجتماعية"⁽¹⁾.

ولم يتطرق كل من القانون المغربي والإماراتي إلى مسألة ميراث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت، ومن ثم فإن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث، وذلك تطبيقاً لنص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾ والمادة 2 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي⁽³⁾، والتي تحيل على المذهب المالكي في كل ما لم يرد فيه نص.

- موقف التشريعات العربية من الزواج في مرض الموت:

لقد عد المشرع الأردني الزواج صحيحاً في مرض الموت إذا كان المهر هو مهر المثل إذ نصت على ذلك صراحة المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: (إذا تزوج أحد في مرض موته ينظر فإن كان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذ الزوجة من تركة الزوج وإن كان زائداً عليه يجري في الزيادة حكم الوصية)⁽⁴⁾.

ويتبين من هذا النص أن المشرع الأردني قد أخذ بالرأي الراجح في المذهب الحنفي، وقرر صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن بشرط أن لا يزيد المهر على مهر المثل، وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع، فإذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت الوارد في المادة (1/1128) من التقنين المدني

(1) قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة، مرجع سابق، ص 251.

(2) حيث تنص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي

والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

(3) حيث تنص المادة 3/2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من

مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة".

(4) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، 322.

الأردني، فليس للزوج المريض أن يجابي إلا بقدر الثلث وما زاد على الثلث فلا ينفذ إلا بإقرار الورثة وكذلك المريضة فشأنها كذلك حسب القواعد المقررة قانوناً⁽¹⁾.

أما في العراق، فإن المشرع العراقي قد عدّ الزواج الحاصل في مرض الموت صحيحاً لا يخل بصحة عقد الزواج المستوفي لشرائطه الشرعية استناداً إلى القواعد العامة الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي⁽²⁾.

وفي مصر، أخذ المشرع بالرأي الراجح في المذهب الحنفي كما أخذ به المشرع الأردني⁽³⁾، وقرر صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن على أن لا يزيد المهر عن مهر المثل وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع حتى إذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت الوارد في المادة (916) من التقنين المدني المصري⁽⁴⁾.

(1) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1987، ص 344.

(2) تنص المادة (1/7) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة). حيث أن المادة أطلقت هذا الشيء والمطلق يجري على إطلاقه.

(3) جاء في مذكرة قانون الوصية التفسيرية المصرية على أنه: (إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه في هذا القانون، فإنه يجب الرجوع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة كما تقضي بذلك المادة (28) من المرسوم بقانون رقم (78) لسنة (1931).

(4) محمد يوسف موسى، مرجع سابق، ص 344.

خِصَامَةٌ

خاتمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على الواسل الأمين وبعد، فبتوفيق وهداية من الله أشرفت على إتمام هذا البحث، وقد وصلت من خلاله إلى النتائج الآتية:

- بعد أن نظّم القانون طرق اكتساب المال بوسائل مشروعة وإنفاقه في وجوه الخير، أوجب أن يكون الباقي منه حظاً لمن يخلفون صاحب هذا المال من ورثته.
- تتجلى حكمة توريث الزوجين أحدهما من الآخر، أن كلا منهما شريك للآخر في الحياة ومعين على تكاليفها، فالزوج هو المسؤول على نفقة زوجته في حياتها وإعالتها، وقد يكون له جهد في تكوين ثروة زوجته، أما الزوجة بدورها قد يكون لها إسهام في جمع مال الزوج، كما أنها ولدت للزوج ولدا ينسب إليه، فكان عدلاً أن يرث كل من الزوجين الآخر ويشارك أقاربه في فرض معلوم من تركته.
- قبل مجيء الإسلام لم تكن الزوجية سبباً للميراث، بل كانت من جانب واحد فيرث الزوج زوجته ولا ترثه هي إن مات قبلها، مما يوضح الإجحاف واللامساواة التي كانت تعاني منها الزوجة والمرأة بصفة عامة - ، وإقراره بأحقية الزوجين في التوارث؛ يكون الإسلام قد حقق العدل والمساواة بين الطرفين وحلّص المرأة من الظلم الذي كانت تعاني منه في المراحل السابقة.
- أخذت جُل التشريعات العربية، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، بحق الزوجين في التوارث، وفيما يتعلق بالأنصبة المفروضة لكل منهما، أخذت في ذلك بما جاءت به الشريعة الإسلامية، فيكون للزوج النصف أو الربع من تركته، وللزوجة الربع أو الثمن من تركته زوجها، تبعاً لوجود الفرع الوارث من عدمه، كما أن التشريعات الأوروبية الحديثة أقرت بحق الزوجين في التوارث، مع اختلاف هذه التشريعات في ترتيبهما ضمن درجات الاستحقاق وفي النصيب المفروض، مع أن الغالب فيها أن يكون للزوج نفس نصيب الزوجة إذا مات أحدهما.
- لتوارث الزوجين أحدهما من الآخر، لابد من توافر الشروط العامة للميراث بالإضافة إلى شروط خاصة بالنكاح، تتمثل في كون عقد الزواج صحيحاً وأن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة أحد الزوجين حقيقة أو حكماً.

- بالإضافة إلى تحقق شروط الميراث لا بد من انتفاء موانعه، وإلا سقط حق الحي من الزوجين في ميراث الآخر، وموانع الإرث الخاصة بالنكاح هي: القتل، واختلاف الدين، والردّة، والشك في أسبقية الوفاة، واللعان.
- تطبق بين الزوجين من حيث الأنصبة المفروضة لكل منهما، قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، فتأخذ الزوجة نصف ما يأخذه الزوج منها لو ماتت هي، وذلك لا ينافي قضية المساواة بينهما.
- إذا كان الأصل أن التوارث بين الزوجين يكون حال وفاة أحدهما أثناء قيام الرابطة الزوجية، فإنه يمكن أيضا أن يستمر ويثبت هذا الحق حتى بعد حصول الطلاق وانحلال الرابطة الزوجية، وذلك أثناء فترة العدة من الطلاق الرجعي، إذا توفي أحد الزوجين خلالها.
- لا يثبت هذا الحق إذا انتهت عدة الطلاق الرجعي، كما أنه لا يمكن أن يثبت إذا توفي أحدهما أثناء العدة من طلاق بائن، إذا صدر في حال الصحة.
- وعلى خلافه، فإن الطلاق البائن إذا كان في مرض الموت فإن حق الزوجة في الميراث يستمر أيضا على قول جمهور الفقهاء.
- اختلف قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه للتوارث بين الزوجين بعد الطلاق عن الفقه الإسلامي، فهناك حالات يثبت فيها هذا الحق في قانون الأسرة الجزائري دون الشريعة الإسلامية.
- فيما يتعلق بإثبات الطلاق؛ ففي الفقه الإسلامي ليس شرطا في وقوعه أن يصدر حكم قضائي بذلك حتى يثبت، بل ذهب الفقهاء إلى عدم اشتراط الإشهاد عليه، فيقع ويلحق المرأة ولو من غير شهادة، وأن الشهادة مستحبة في الطلاق حتى لا يقع التجاحد بين الزوجين وألا يتهم في إمساكها، وبالتالي تترتب كل آثار الطلاق بمجرد إيقاعه، ومنها بداية احتساب العدة والتي من خلالها يظهر أثر هذا الطلاق على الميراث بين الزوجين إذا توفي أحدهما خلالها.
- أما في قانون الأسرة الجزائري؛ فإن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، واعتبار فترة محاولات الصلح فترة للرجعة.
- نظّم المشرع الجزائري الطلاق الرجعي بموجب المادة 50 من قانون الأسرة، ورغم أنه يقر بالطلاق الرجعي وبآثاره من حيث إمكانية مراجعة الزوجة من غير حاجة إلى عقد جديد، إلا أنه ربط الرجعة بفترة محاولات الصلح، وهذا المفهوم للطلاق الرجعي مختلف عن مفهومه لدى الفقه الإسلامي،

والذي يجعل فترة الرجعة مرتبطة بعدة الطلاق الرجعي أي ابتداء من وقوع الطلاق من الزوج، ودون انتظار محاولات الصلح.

- اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الطلاق رجعياً، فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر وذلك لكون الزوجية قائمة بينهما حكماً.

- يشير نص المادة 132 من قانون الأسرة غموضاً بنصه على أحقية الحي من الزوجين الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق، فقد اعتبر هذه الفترة، فترة طلاق رجعي يُستحق الميراث خلالها، إلا أن ذلك قد يؤدي إلى توريث الزوج أو الزوجة من الآخر حتى بعد انقضاء العدة من الطلاق الرجعي، أي أن هذا النص القانوني لا يلتفت إلى الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء والذي قد تنقضي عدته قبل رفع الدعوى.

- كما أن نص المادة 132 لم يراعي أيضاً إمكانية انتهاء عدة الطلاق الرجعي بانتهاء مدة محاولات الصلح وقبل صدور الحكم بالطلاق، حينما نص على استحقاق الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق.

- لم يوضح المشرع الجزائري معنى القرء إن كان المقصود منه الطهر أو الحيض، وهي مسألة في غاية الدقة والأهمية، ذلك أن انتهاء العدة عند من يفسر القرء بأنه الطهر يختلف وقته عند من يفسره بأنه الحيض، والحقوق المترتبة أثناء الطلاق تنتهي بانتهائها، فلا بد من تحديد الفترة بدقة أكثر.

- إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو بانت منه بانقضاء عدتها من طلاق رجعي، فإن كان ذلك في حال الصحة، فمات أحدهما ولو في العدة، لم يرثه صاحبه سواء كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وهذا باتفاق الفقهاء.

- أما في قانون الأسرة الجزائري فبما أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، وبالتالي فمتى صدر هذا الحكم أصبح الطلاق بائناً، لأن المراجعة بعده تحتاج إلى عقد جديد.

- بما أن الطلاق الذي يثبته القاضي بحكم يعتبر بائناً، كان من المفروض أن لا يُستحق الميراث في عدته، إلا أن نص المادة 132 أعطى الحق في الميراث للحي من الزوجين أثناء عدة الطلاق البائن بنص القانون، وهي حالة يُستحق فيها الميراث في قانون الأسرة الجزائري دون الشريعة الإسلامية.

- إذا كان الطلاق البائن يمنع من التوارث بين الزوجين، إلا أنه إذا وقع في مرض الموت استحققت الزوجة الميراث لوجود تهمة الفرار من ميراثها، فمعاملةً للمطلق بنقيض قصده ترثه حسب قول جمهور الفقهاء.

- ونفس الأمر إذا فرت الزوجة وهي مريضة من ميراث زوجها، فتعامل بنقيض قصدها ويرثها، أما إن كانت قد خالعتة وهي في مرض الموت فيستحق الأقل من: الميراث أو ثلث المال أو العوض.

- اختلف الفقهاء في مسألة الزواج في مرض الموت وأثره على الميراث.

- لم ينص قانون الأسرة الجزائري على الميراث في طلاق مرض الموت أو الزواج في نفس الحالة، فأخذ القضاء بما ذهب إليه الفقهاء تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

كما لا يفوتني إدراج بعض التوصيات التي أراها مهمة:

- ضرورة تعديل نص المادة 132 من قانون الأسرة بكيفية تحقق الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية فيما يتعلق بالميراث في عدة الطلاق الرجعي، وفي عدة الطلاق البائن، وذلك بالنص فيها على أن الميراث بين الزوجين يكون مستحقاً في عدة الطلاق الرجعي، وعدم استحقاق الميراث في عدة الطلاق البائن، وذلك لكون الأحكام المتعلقة بالميراث تتأثر بانتهاء عدة الطلاق الرجعي من عدمه وليس بصدور الحكم بالطلاق كما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري.

- كما أرى أنه من الأحسن الإبقاء على حالة الطلاق في مرض الموت غير منصوص عليها وعدم توضيح توجه محدد ينبغي إتباعه من بين الآراء الفقهية المختلفة في هذه المسألة، فمن الأفضل ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي، ليتخير الحكم المناسب من بين الآراء الفقهية تطبيقاً لنص المادة 222، وذلك حسب ما تطرحه كل قضية من وقائع ومن خصوصية.

وأخيراً أسأل الله عز وجل أن أكون قد وفقت لما يحبه ويرضاه، وأستغفره عما أبدت من تجاوز أو نقصان، وأسأله أن يوفق الناس جميعاً لما فيه خير الأسرة والمجتمع، إنه ولي ذلك والقادر عليه، والحمد لله رب العالمين.

الفهارس:

- 1 - فهرس الآيات القرآنية.
- 2 - فهرس الأحاديث والآثار.
- 3 - فهرس الأحكام والقرارات القضائية.
- 4 - فهرس المصادر والمراجع.
- 5 - فهرس المحتويات.

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ﴾	107	13
﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾	180	25
﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾	228	72 ، 63
﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾	228	74 ، 66
﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾	229	112 ، 66
﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّخِذَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ ﴾	230	112 ، 110
﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾	282	69
﴿ اللَّهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ ﴾	284	13
سورة النساء		
﴿ فَلَكُمْ حُومًا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾	3	156
﴿ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا ﴾	3	55
﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا ﴾	7	23
﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾	11	25
﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَنْزَوُا جُكُمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَكْدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَكْدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دِينَ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَكْدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دِينَ ﴾	12	52 ، 32 ، 24

13	29	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِلْبَاطٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾
39	33	﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾
39	92	﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾
43	141	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾
سورة الأنفال		
46	73	﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
23، 24، 57، 59	75	﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾
سورة الأحزاب		
23	5، 4	﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَسْمَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾
107	49	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾
سورة التوبة		
46	71	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾
سورة يونس		
436	22	﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّىٰ إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرِينِ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا لِلَّهِ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَنجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾
سورة الإسراء		
13	100	﴿ قُلْ لَوْ أَنَّهُمْ تَمَلَّكُوا خَزَائِنَ مَرْحَمَةِ رَبِّي إِذَا لَمْ تَمْسِكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ وَكَانَ الْإِنْسَانُ قَتُورًا ﴾

سورة النور		
14	33	﴿ وَأَتَوْهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾
سورة النمل		
11	16	﴿ وَوَعَدَ سُلَيْمَانَ دَاوُودَ ﴾
سورة القصص		
10	58	﴿ وَكُنَّا نَحْنُ الْوَالِدِينَ ﴾
سورة الروم		
1	21	﴿ وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾
سورة الحديد		
14	7	﴿ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ ﴾
سورة الطلاق		
70 ، 69	2	﴿ فَإِذَا بَلَغَ الْإِجْلُهَا فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾
64	4	﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾
سورة العاديات		
13	8	﴿ وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾

فهرس الأحاديث والآثار:

الصفحة	طرف الحديث أو الأثر
11	أثبتوا على مشاعركم فإنكم على إرث أبيكم إبراهيم
46	الإسلام يزيد ولا ينقص
46	الإسلام يعلو ولا يعلو عليه
24	ألقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى عصبة ذكر
60	المرأة تحرز ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عنه
67	أن رسول الله ﷺ قال لسودة بنت زمعة - رضي الله عنها - : اعتدي فناشدته أن يراجعها ...
133	ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدُّ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ
42, 39, 38	ليس للقاتل شيء
64	حديث سبيعة الأسلمية: أَمَا وَضَعْتَ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاةِ زَوْجِهَا، فَجَاءَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَأَفْتَاهَا بِأَنَّهَا قَدْ حَلَّتْ حِينَ وَضَعَتْ ...
112	أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا. حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ
48, 45	لا يتوارث أهل ملتين
47, 45	لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم
69	مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا
59	من ترك مالا فلورثته ومن ترك كالا فإلينا
46	من أسلم على شيء فهو له
39	من قتل قتيلا فإنه لا يرثه، وإن لم يكن له وارث غيره...
11	وإنَّ العُلَمَاءَ وَرِثَةُ الْأَنْبِيَاءِ
10	وَمَتَّعَنَا بِأَسْمَاعِنَا، وَأَبْصَارِنَا، وَقُوَّتِنَا مَا أَحْيَيْتَنَا، وَاجْعَلْهُ الْوَارِثَ مِنَّا

فهرس الأحكام والقرارات القضائية:

الاختصارات المستعملة في هذا الفهرس:

م.أ: المجلس الأعلى م.ع: المحكمة العليا م.ق: مجلس قضاء.

الصفحة	المضمون	بيانات الحكم أو القرار	الجهة القضائية
34	استحقاق الزوجة الإرث بموت مورثها.	ملف رقم 91664 بتاريخ 1993/04/07	م.ع
47	اختلاف الدين بين الزوجين من موانع الميراث.	ملف رقم 244899 بتاريخ 2001/06/20	م.ع
75	المطلقة قبل الدخول ليس عليها عدة.	ملف رقم 137571 بتاريخ 1996/06/18	م.ع
76	المراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق لا تتم إلا بعقد جديد.	ملف رقم 239349 بتاريخ 2000/02/22	م.ع
78	إجراء تحقيق لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق لإثباته.	ملف رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03	م.أ
79	حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون الإفصاح عن الأسباب.	ملف رقم 223019 بتاريخ 1999/06/15	م.ع
85، 116	التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن.	ملف رقم 39463 سنة 1986	م.أ
88	الإشهاد على واقعة الطلاق العربي.	ملف رقم 99/19 بتاريخ 1999/01/30	م.ق. الجلفة

88	إثبات الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.	ملف رقم 216850 بتاريخ 1999/02/16	ع.م
89	الطلاق العرفي المثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من توابع العصمة الزوجية.	ملف رقم 288322 بتاريخ 2002/09/25	ع.م
90	إثبات الزواج العرفي.	ملف رقم 188707 بتاريخ 1998/03/17	ع.م
90	يثبت الزواج بعد الدخول بصداد المثل إذا اختل ركن واحد.	ملف رقم 253366 بتاريخ 2001/01/29	ع.م
90	إثبات زواج عرفي.	ملف رقم 336132 بتاريخ 2005/07/13	ع.م
90	إثبات زواج عرفي.	قرار رقم 381880 بتاريخ 2007/02/14	ع.م
91	إشهاد على صحة الزواج العرفي وكذا إشهاد على صحة الطلاق العرفي.	ملف رقم 2002/178 بتاريخ 2002/10/26	م.ق. الجلفة
91	تثبيت الزواج العرفي والقضاء في نفس الحكم بالطلاق.	ملف رقم 125059 بتاريخ 1995/10/24	ع.م
94	يعتبر زنا حالة الزوجة التي تزوجت بالفاتحة قبل الفصل في القضية المثارة بينها وبين زوجها	ملف رقم 271 بتاريخ 1986/05/13	م.أ
94	يعتبر زنا حالة الزوجة التي أبرمت عقد زواج قبل أن يصبح حكم الطلاق نهائيا.	ملف رقم 570 بتاريخ 1989/06/06	م.أ

94	التأكد من أن الحكم لم يصير نهائياً، قبل الفصل في الدعوى والقضاء بإدانة المتهم بالزنا.	ملف بتاريخ 1982/05/18	م.أ
96	الرجعة تكون قبل انقضاء عدة المطلقة.	ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17	م.أ
97	محاولات الصلح وجوية قبل إصدار الحكم.	ملف رقم 477546 بتاريخ 2009/01/14	م.ع
114	المراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق لا تتم إلا بعقد جديد.	ملف رقم 239349 بتاريخ 2000/02/22	م.ع
117	وفاة المورث بعد تاريخ النطق بحكم الطلاق-احتساب العدة- ميراث.	ملف رقم 02/1701 بتاريخ 2003/07/08	م. ق. الجزائر
134	مرض الموت الذي يبطل التصرف فيه.	ملف رقم 33719 بتاريخ 1984/07/09	م.أ
140	مرض القلب مصنف أنه في خانة الأمراض المؤدية للموت.	ملف رقم 111721 بتاريخ 1994/12/14	م.ع
140	مرض السرطان. مرض موت.		م.ع
141	مرض عضال-هبة.	ملف رقم 318410 بتاريخ 2005/06/15	م.ع
165	أحقية الزوجة في الميراث ولو كان الطلاق صحيحاً.	ملف رقم 101444 بتاريخ 1993/12/21	م.ع
165	مرض موت- طلاق- حرمان الزوجة من الميراث.	ملف رقم 179696 بتاريخ 1998/03/17	م.ع
166	النكاح الواقع في مرض الموت لا يرث فيه.	ملف رقم 251656 بتاريخ 2001/05/23	م.ع

فهرس المصادر و المراجع :

أولاً: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانياً: التفسير وعلوم القرآن:

1. ابن العربي، أبي بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن، ط 3، بيروت، لبنان : دار الكتب العلمية، 2003.
2. الحميدان، عصام بن عبد الحسن، الصحيح من أسباب النزول، ط 1، بيروت، لبنان: مؤسسة الريان، 1999.
3. الجصاص، أبو بكر احمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1405 هـ .
4. القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1، بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة، 2006.

ثالثاً: السنة النبوية الشريفة وعلومها:

5. ابن ماجة، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مصر: مطبعة دار إحياء الكتب العربية، (د.س).
6. أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، بيت الأفكار الدولية، دون ذكر البلد وسنة النشر.
7. البخاري، أبي عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، تقديم العلامة: أحمد محمد شاكر، ط 1، مصر: دار اليقين للنشر والتوزيع، 2009.
8. البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود ، شرح السنة ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، ط 2، بيروت، لبنان: المكتب الإسلامي، 1983.
9. النيسابوري، أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري ، صحيح مسلم، ط 1، السعودية: دار المغني، 1998.

10. مالك بن أنس، الموطأ، برواياته الثمانية، تحقيق: أبو أسامة، دبي: مجموعة الفرقان التجارية، 2003.
- رابعاً: الفقه المذهبي:
- (أ) الفقه الحنفي:
11. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، ط 1، مصر: المطبعة الكبرى الأميرية، 1316هـ.
12. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، (د.س).
13. ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود؛ علي محمد معوض، الرياض، السعودية: دار عالم الكتب، 2003.
14. البتني، عبد الملك بن عبد الوهاب المكي، شرح خلاصة الفرائض نظم متن السراجية، مصر: دون ذكر الناشر، 1299هـ.
15. الزيعلي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، 1313هـ.
16. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، مصر: مطبعة السعادة، 1324هـ.
17. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1984.
18. الطحاوي، أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، مختصر الطحاوي، دون ذكر البلد: مطبعة دار الكتاب العربي، 1270هـ.
19. الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي، 1982.
20. المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، دون ذكر البلد والسنة.
21. الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط؛ أحمد محمد برهوم، ط 1، دمشق، سوريا: دار الرسالة العالمية، 2009.

22. الميداني، عبد الغني الغنيمي الدمشقي، **اللباب في شرح الكتاب** ، بيروت، لبنان: المكتبة العلمية، (د.س).
23. نظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، مصر: المطبعة الكاستلية، 1082هـ.
- (ب) **الفقه المالكي:**
24. ابن الحاجب، أبي عمرو جمال الدين ، **شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي** ، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2000.
25. ابن رشد، أبي الوليد محمد القرطبي الأندلسي ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، ط 1، مصر: مطبعة محمد علي صبيح، (د.س).
26. الأزهرى، صالح عبد السميع الآبي، **رسالة الإمام أبي زيد القيرواني وبهامشها الشرح المسمى الثمر الداني في تقريب المعاني**، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1338هـ.
27. التسولي، علي بن عبد السلام، **البهجة شرح التحفة**، بيروت، لبنان: دار الفكر، 1951.
28. الخطاب، أبي عبد الله، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1995.
29. الخرشى، محمد بن عبد الله، **شرح الخرشى لمختصر خليل** ، بيروت، لبنان: دار الفكر، (د.س).
30. الدردير، أحمد بن محمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** ، مصر: دار المعارف، 1986.
31. الدردير، أحمد بن محمد، **الشرح الكبير على مختصر خليل** ، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1373هـ.
32. الدسوقي، محمد بن أحمد عرفه ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، دار إحياء الكتب العربية، (دون سنة).
33. القراني، شهاب الدين، **الفروق**، بيروت، لبنان: عالم الكتب، (د.س).
34. محمد عليش، **فتاوى عليش** ، القاهرة، مصر: مطبعة مصطفى محمد، 1355هـ.

(ج) الفقه الشافعي:

35. الرملي، شهاب الدين أحمد ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1386هـ.
36. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1983.
37. الشريبي، محمد الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دون ذكر البلد : المطبعة الحسينية، 1293هـ.
38. الشريبي، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصر: مطبعة مصطفى البابي، 1958.
39. الشيرازي، أبو إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصر: دار الكتب العربية الكبرى، 1333هـ.
40. المارديني، شرح الرحبية، مصر: المطبعة الميمنية، 1313هـ.
41. الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، الخاوي الكبير، بيروت، لبنان: دار الفكر، 1994.
42. النووي، المجموع شرح المهذب، مصر: إدارة الطباعة المنيرية، 1344 هـ.
43. باخرمة، تقي الدين عبد الله بن عمر السبباني الهجري، مشكاة المصابيح في شرح العدة والسلاح في أحكام النكاح، ط 1، بيروت، لبنان: دار ابن حزم، 2004.

(د) الفقه الحنبلي:

44. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، أحكام الزواج، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1988.
45. ابن قدامة موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1994.
46. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله، المغني، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1994.

47. ابن قدامة موفق الدين عبد الله، المغني على مختصر الخراقي، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1994.

48. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، بيروت، لبنان: دار الفكر، 1982.

49. الزبيري، محمد بن علي بن سلوم النجدي، الفواكه الشهية شرح المنظومة البرهانية في الفرائض الحنبلية، ط 1، بيروت، لبنان: دار النوادر، 2007.

50. السيوطي، مصطفى الرحباني، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهي ، دمشق، سوريا: المكتب الإسلامي، 1961.

51. جمعة، عماد علي، تشجير روضة الناظر لابن قدامة، ط 1، الأردن: دار النفائس، 2008.
(هـ) الفقه الظاهري:

52. ابن حزم، المحلى بالآثار، مصر: إدارة الطباعة المنيرية، 1351هـ.

(و) فقه الشيعة الامامية:

53. الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الإمامية ، ط 3، بيروت، لبنان: دار الأضواء، 1985.

54. الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، النجف الأشرف: مطبعة الآداب، 1969.

55. الطوسي، أبي جعفر محمد بن الحسن علي، المبسوط في فقه الإمامية ، بيروت، لبنان: دار الكتاب الإسلامي، 1992.

56. العاملي، محمد جواد بن محمد الحسيني، مفتاح الكرامة ، مصر : مطبعة الشورى ، 1326هـ.

(ي) فقه الزيدية:

57. ابن المرتضي، أحمد بن يحيى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، مصر: مطبعة السنة المحمدية، 1949.

خامسا: الفقه العام و فقه الأحوال الشخصية:

58. أبو زهرة، محمد، أحكام التركات والموارث، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1963.
59. أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، بيروت، لبنان: دار الفكر، (د.س.).
60. أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1971.
61. أبو عيد، عارف خليل، الوجيز في الميراث، ط 5؛ الأردن: دار النفائس، 2006.
62. الآمدي، سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام ، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1985.
63. آل سالم، طارق بن أنور ، الواضح في أحكام الطلاق ، الإسكندرية، مصر: دار الإيمان، 2004.
64. الجزائري، أبو بكر، منهاج مسلم، ط 2، دون ذكر البلد: مطبعة الانتصار، 1990.
65. الجزيري، عبد الرحمان بن محمد عوض، لفقه على المذاهب الأربعة، ط 1، مصر: دار الآفاق العربية، 2006.
66. الجندي، أحمد نصر، أحكام العدة عند النساء، مصر: دار الكتب القانونية، 2005.
67. الجندي، محمد الشحات، الميراث في الشريعة الإسلامية؛ القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، (د.س.).
68. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 3، دمشق، سوريا: دار الفكر، 1989.
69. الزحيلي، محمد مصطفى ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط 1، دمشق، سوريا: مكتبة دار البيان، 1982.
70. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط 6، دمشق، سوريا: دار الفكر، 1992.
71. الزلمي، مصطفى إبراهيم ، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض، بغداد، العراق مطبعة العاني، 1984.

72. الداغستاني، مريم أحمد ، المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة ؛ القاهرة، مصر: دون ذكر الناشر، 2001.
73. الداغستاني، مريم أحمد ، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية ، ط 1، مصر، شركة الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، 1994.
74. الطهطاوي، علي أحمد عبد العال ، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ، ط 1، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003.
75. الصابوني، محمد علي، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة ؛ الجزائر: دار السلام، 1389 هـ.
76. الغندور، أحمد ، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ، ط 1، مصر: دار المعارف، 1967.
77. الفقي، حامد عبده ، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي ، مصر: دار الجامعة الجديدة، 2003.
78. بدران، أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، ط 2، مصر: مطبعة دار التأليف، 1961.
79. المهنا، إبراهيم بن مهنا بن عبد الله ، سد الذرائع عند شيخ الإسلام ابن تيمية ، ط 1، الرياض، السعودية: دار الفضيلة، 1420 هـ.
80. بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
81. بن العدوي، مصطفى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط 1، القاهرة، مصر: مكتبة ابن تيمية، 1988.
82. حسين، أحمد فراج؛ و إمام، محمد كمال الدين، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
83. سابق، سيد، فقه السنة، دمشق، سوريا: دار الفكر، 1993.
84. سلطان، صلاح الدين، نفقة المرأة وقضية المساواة، ط 1، مصر: دار النهضة، 1999.

85. شاكر، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، ط 2، القاهرة، مصر: مكتبة السنة، 1998.
86. شليبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط 2، بيروت، لبنان: دار النهضة العربية، 1977.
87. عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ط 1، مصر: دار الفكر العربي، 1984.
88. عثمان، محمد رأفت، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، دون ذكر دار النشر البلد السنة.
89. عبده، عيسى؛ ويحي، أحمد إسماعيل، الملكية في الإسلام؛ مصر: دار المعارف، 1984.
90. عون، كمال أحمد، الطلاق في الإسلام، مصر: دار الشعب، 1990.
91. قطب، سيد، العدالة الاجتماعية في الإسلام، ط 13؛ القاهرة، مصر: دار الشروق، 1993.
92. محدة، محمد، التركات والمواريث؛ القاهرة، مصر: دار الفجر للنشر والتوزيع، 2004.
93. مذكور، محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، ط 4، مصر: دار النهضة العربية، 1969.
94. موسى، محمد يوسف، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1987.
95. واصل، نصر فريد محمد، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية؛ مصر: المكتبة التوفيقية، (د.س).

سادسا: مراجع قانونية:

96. آث ملويا، حسين بن شيخ، بحوث في القانون، الجزائر: دار هومة، 2003.
97. التكروري، عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، عمان الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
98. الحيايلى، قيس عبد الوهاب، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، ط 1، عمان، الأردن: دار الحامد، 2008،

99. الجندي، أحمد نصر، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، مصر: دار الفكر، (د.س)
100. السعدي، محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، الجزائر: دار الهدى، 2008.
101. السنهوري، عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط 3، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
102. الشافعي، جابر عبد الهادي سالم، أحكام الميراث في الفقه والقانون والقضاء؛ الإسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، 2005.
103. الكندي، المصنف، سلطنة عمان: وزارة التراث القومي والثقافة، (د.س).
104. باوني، محمد، عقد الزواج وآثاره، ط 1، قسنطينة، الجزائر: دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، 2009.
105. بلباقي، عبد المؤمن، التركات والموارث، ط 2، الجزائر: دار الهدى، 2003.
106. بن حرز الله، عبد القادر ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، ط 1، الجزائر: دار الخلدونية، 2007.
107. بن شويخ، الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري ، ط 1، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
108. بن زيطة، عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، ط 1، الجزائر: دار الخلدونية، 2007.
109. بن عبيدة، عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها، الجزائر: دار هومة، 2004.
110. بوسقيعة، أحسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ، الجزائر: منشورات بيرتي، 2010.
111. جانم، جميل فخري محمد، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون ، ط 1، عمان، الأردن: دار الحامد، 2009.
112. حسن، أحمد إبراهيم ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، الإسكندرية، مصر : دار المطبوعات الجامعية، 1999.

113. داود، أحمد محمد علي ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون ؛ عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
114. ذيابي، باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2008.
115. سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 1، قسنطينة، الجزائر: دار البعث، 1986.
116. سعد، عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2، الجزائر: دار هومة، 1995.
117. شتات، أسامة أحمد ، قوانين الأحوال الشخصية والميراث والوصية والولاية على المال ، مصر: دار الكتب القانونية، 2006.
118. شقفه، محمد فهر ، أحكام تصفية التركات ونظرية مرض الموت في الفقه والقانون والاجتهاد، ط 3، دمشق، سوريا: مؤسسة النوري، 2003.
119. شمشم، رشيد، مناهج العلوم القانونية، الجزائر: دار الخلدونية، 2006.
120. صقر، نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2008.
121. عاشور، مصطفى، علم الميراث؛ القاهرة، مصر: مكتبة القرآن، 1988.
122. عبد الدايم، حسني محمود، مرض الموت وأثره على عقد البيع ، ط 1، الإسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي، 2007.
123. فركوس، دليلة، تاريخ النظم، الجزائر: أطلس للنشر، 1993.
124. فشار، عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر: دار الخلدونية، 2008.
125. فطاني، إسماعيل لطفي ، اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات ، ط 2، مصر: دار السلام، 1998.
126. فيلسيان، شالاي، تاريخ الملكية، ترجمة: صباح كنعان؛ الجزائر: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، (د.س).

127. كافي، منصور، المواريث في الشريعة والقانون ، عنابة، الجزائر: دار العلوم للنشر والتوزيع، 2008.

128. لمطاعي، نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط 1، الجزائر: بن مرابط للنشر والتوزيع، 2009.

129. مرقس، سليمان؛ وإمام، محمد علي ، عقد البيع في التقنين المدني الجديد ، القاهرة: مطبعة نهضة مصر، 1953م.

سابعاً: الموسوعات:

130. الساهي، شوقي عبده ، موسوعة أحكام المواريث ، ط 1، دمشق- بيروت : دار الحكمة للطباعة والنشر، 1988.

131. زرار، ملكة يوسف ، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، القاهرة، مصر: الفتح للإعلام العربي، 2000.

ثامناً: النصوص القانونية:

132. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

133. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

134. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

135. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تاسعاً: الرسائل العلمية:

136. قسنطيني، حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقها القضائية ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2004.

137. ميرة، وليد، أثر اختلاف الدين حول مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2004-2005.

عاشرا: المقالات:

138. الفضل، منذر، (نظام الأسرة في القانون السويدي)، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، محرم 1422هـ - مارس 2001.
139. بن صالح، داود، (الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق)، مجلة الموثق عدد 1، جوان 2001.
140. بوثلجي، إلهام، (نساء في المحاكم بتهمة الزواج برجلين وأكثر)، جريدة الشروق العدد 2636، 14 جوان 2009.
141. هويدي الهاشمي، (توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية فيما يخص الطلاق والتطبيق ومتاع البيت)، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

حادي عشر: الاجتهاد القضائي:

142. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 1986: العدد الأول.
143. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 1989: العدد الأول.
144. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 1989: العدد الثالث.
145. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 1989: العدد الرابع.
146. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 1994: العدد الأول.
147. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 1996: العدد الثاني.
148. المحكمة العليا: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001: عدد خاص.
149. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 2002: العدد الأول.
150. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 2002: العدد الثاني.
151. المحكمة العليا: المجلة القضائية، 2003: العدد الأول.
152. المحكمة العليا: مجلة المحكمة العليا، 2007: العدد الثاني.
153. المحكمة العليا: مجلة المحكمة العليا، 2009: العدد الثاني.

154. وزارة العدل: نشرة القضاة، العدد 53.

155. وزارة العدل: نشرة القضاة، العدد 59.

156. وزارة العدل: نشرة القضاة، العدد 61، الجزء الأول.

إنثعشر: المعاجم ولغة الفقه:

157. ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، ط 6، بيروت، لبنان: دار صادر، (د.س).

158. الجرجاني، التعريفات، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، ط 1، 2000

159. الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992

160. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي؛ بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1999.

161. **المعجم الوسيط**، عن مجمع اللغة العربية، مصر: مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004

162. المنجد في اللغة و الإعلام، ط 31؛ بيروت، لبنان: دار المشرق، 1991.

ثالث عشر: مراجع باللغة الأجنبية:

163. Catherine Labrusse, **l'égalité des époux en droit allemand**, LGDJ, paris, 1965.

164. Ghaouti Benmelha. **Le Droit Algérien De La Famille**. O.P.U. Algérie. 1993.

165. Marcel Planiol, Georges Ripert, **Traite Pratique de Droit Civil Français**, Tome IV Successions, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2edition, 1956.

رابع عشر: مواقع الانترنت:

166. www.gcc-legal.org/mojportalpublic

167. www.khayma.com

168. www.droit-tlemcen.over-blog.com

ملخص البحث:

إذا تم عقد الزواج صحيحاً ترتبت عليه عدة آثار، من بينها حق التوارث بين الزوجين، فقد جعل قانون الأسرة الجزائري من القرابة والزوجية أسباباً للميراث.

وإذا كانت القرابة علاقةً مستمرةً بسبب استمرار الرحم، فإن الرابطة الزوجية قد تنتهي عن طريق الطلاق، وقد يحدث أن يتوفى أحد الزوجين بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

من هنا فموضوع هذه الدراسة؛ هو البحث في إمكانية استمرار حق الزوجين في الميراث رغم انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

وقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة فصول، حيث تعرضت في الفصل الأول إلى حق التوارث بين الزوجين، ومن المسائل التي بيّنتها من خلاله، الحكمة التي من أجلها شرع التوارث بين الزوجين، كما تعرضت إلى شروط التوارث بين الزوجين وموانع هـ، وإلى أنصبة الزوجين من الميراث.

وأما الفصل الثاني، فقد تناولت فيه أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في حال ما إذا توفي أحدهما أثناء عدة الطلاق، سواء كانت الوفاة أثناء عدة الطلاق الرجعي، أو في عدة الطلاق البائن.

وأما الفصل الثالث، فقد تعرضت من خلاله إلى أثر الطلاق في مرض الموت على الميراث، والذي يعتبر حالة خاصة في الميراث بين الزوجين.

وقد اعتمدت في إنجاز هذه الدراسة على مكتبة امتدت من كتب التراث الفقهية إلى الكتب الحديثة والمعاصرة، المتخصصة في الأحوال الشخصية وغيرها، وعلى العديد من اجتهادات المحكمة العليا، والدراسات العلمية.

وبعد هذا العرض كان لا مناص من وضع نقطة النهاية، والرضا بعض الشيء بما استطعت أن أخلص إليه من نتائج تضمنتها خاتمة هذا البحث.

Abstract:

If the marriage contract has been truly made, several effects should be occurred, among which the right of inheritance between the couple, the Algerian Family Code has made from kinship and marital reasons for inheritance. And if the relationship sustained relationship because of the continuation of the uterus, the knot may ends through divorce; It may happen that a spouse dies after the dissolution of marriage through divorce.

From this, we can determine the subject; as looking into the possibility of continuing of the right of couples in inheritance, despite the dissolution of marriage by divorce,

I divided this research into three chapters, where I mentioned in the first quarter the right of inheritance between spouses, and the issues outlined through it. the wisdom behind inheritance between spouses, as were the terms of inheritance between spouses and ultraviolet rays, the husband's share of the inheritance be either a quarter if it finds a wife Branch of the legacy, or half in the case of lack thereof, and the wife's share shall be the price if found for the husband Branch of the legacy, or a quarter in the case of lack of it.

But in the second quarter, I addressed the impact of divorce on inheritance between the spouses in the event that one died, during the time of divorce, whether the death was during time revocable divorce, or a number of irrevocable divorce.

In the third chapter, explained the impact of divorce in the disease of death on the inheritance, which is a special case of inheritance between spouses.

I adopted in preparing this study on the library spread of heritage books of fiqh to the books of modern and contemporary, specializing in personal status, etc., and many interpretations of the Supreme Court, and scientific studies, and after this show was no choice but to put the end point, and satisfaction with some thing as I was able to conclude from the results contained in the conclusion of this research.

Résumé du texte :

Si c'est vrai, le contrat de mariage ont eu quelques effets qu'elle, y compris le droit de succession entre époux, a fait le Code algérien de la famille de parenté et de qualité de conjoint des bases de la vocation héréditaire.

Si la relation de parenté continue en raison de la poursuite de l'utérus, le lien du mariage peut finir par un divorce, peut arriver que l'un des époux meurt après la dissolution du mariage par un divorce.

La question ici de cette étude; est d'examiner la possibilité de la poursuite du droit des couples dans l'héritage, malgré la dissolution du mariage par un divorce.

A divisé cette recherche en trois chapitres, où elle a été au premier trimestre à la droite de l'héritage entre époux, et les questions décrites à travers elle, la raison pour laquelle a procédé l'héritage entre époux, comme l'étaient les conditions de succession entre époux et les rayons ultraviolets, et à la part de l'époux de l'héritage.

Le deuxième chapitre, qui traitait de l'impact du divorce sur l'héritage entre les époux dans le cas où l'un d'eux est décédé pendant la retraite légale de divorce, si le décès a été pendant plusieurs divorce révocable, ou en cas de divorce irrévocable plusieurs années.

Le troisième chapitre, qui a été soumis à l'impact de la maladie, décès, divorce et d'héritage, qui est un cas particulier de succession entre époux.

Ont été adoptées dans la réalisation de cette étude a duré une bibliothèque de livres à l'héritage doctrinal de livres modernes et contemporaines, spécialisée dans le statut personnel, etc, et les nombreuses interprétations de la Cour suprême, et les études scientifiques.

Après ce spectacle n'avait pas d'autre choix que de mettre le point final, et notamment un peu de satisfaction que j'ai pu conclure que les constatations contenues dans la conclusion de cette recherche.

فهرس المحتويات :

1	مقدمة
9	الفصل الأول: حق التوارث بين الزوجين
10	المبحث الأول: التوارث بين الزوجين مفهومه وتاريخه
10	المطلب الأول: مفهوم الميراث و حكمه مشروعيته
10	الفرع الأول: تعريف الميراث
10	أولاً: الميراث في اللغة
11	ثانياً: الميراث في الاصطلاح الشرعي
13	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الميراث
15	أولاً: حكمه توريث الزوج من زوجته
15	ثانياً: حكمه توريث الزوجة من زوجها
16	المطلب الثاني: تطور تشريع نظام التوارث بين الزوجين
16	الفرع الأول: التوارث بين الزوجين قبل الإسلام
17	أولاً: التوارث بين الزوجين في نظام الميراث الروماني
19	ثانياً: التوارث بين الزوجين في نظام الميراث اليوناني
20	ثالثاً: التوارث بين الزوجين في الشريعة اليهودية
22	رابعاً: التوارث بين الزوجين عند العرب في الجاهلية
23	الفرع الثاني: التوارث بين الزوجين في الشريعة الإسلامية
26	الفرع الثالث: التوارث بين الزوجين في التشريعات الوضعية الحديثة
26	أولاً: التوارث بين الزوجين في التشريعات الأوروبية
29	ثانياً: التوارث بين الزوجين في قوانين الدول العربية
31	المبحث الثاني: الأحكام العامة للميراث بين الزوجين
31	المطلب الأول: شروط التوارث بين الزوجين
32	الفرع الأول: الشروط العامة للميراث

- 32.....أولاً: موت المورث حقيقة أو حكماً
- 33.....ثانياً: تحقق حياة الوارث عند موت المورث
- 33.....ثالثاً: عدم وجود مانع من موانع الإرث
- 33.....الفرع الثاني: شروط الإرث الخاصة بالنكاح
- 33.....أولاً: أن يكون عقد الزواج صحيحاً
- 36.....ثانياً: أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة أحد الزوجين
- 36.....المطلب الثاني: موانع الميراث بين الزوجين
- 37.....الفرع الأول: موانع الميراث
- 38.....الفرع الثاني: موانع الميراث الخاصة بالنكاح
- 38.....أولاً: مانع القتل
- 44.....ثانياً: مانع اختلاف الدين
- 49.....ثالثاً: مانع الردة
- 50.....رابعاً: مانع الشك في أسبقية الوفاة
- 51.....خامساً: مانع اللعان
- 52.....المطلب الثالث: أحوال الزوجين في الميراث
- 52.....الفرع الأول: الأنصبة المفروضة للزوجين في الميراث والحكمة منها
- 52.....أولاً: أنصبة الزوجين في الميراث
- 55.....ثانياً: الحكمة من جعل فروض الزوج ضعف فروض الزوجة في الميراث
- 56.....الفرع الثاني: العول والرد على أحد الزوجين
- 56.....أولاً: العول
- 57.....ثانياً: الرد على أحد الزوجين

62.....الفصل الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق

- 65.....المبحث الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي
- 66.....المطلب الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي في الفقه الإسلامي
- 66.....الفرع الأول: مفهوم الطلاق الرجعي

- 68.....الفرع الثاني: الإشهاد على الطلاق
- 71.....الفرع الثالث: بداية احتساب العدة وانتهائها
- 72.....الفرع الرابع: رأي الفقهاء في ميراث المطلقة طلاقا رجعيا
- 75.....المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري
- 76.....الفرع الأول: الطلاق الرجعي في قانون الأسرة الجزائري
- 81.....الفرع الثاني: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
- 85.....أولا: ثبوت الطلاق بحكم قضائي
- 88.....ثانيا: الطلاق الواقع خارج دائرة القضاء على ضوء التطبيقات القضائية
- 95.....الفرع الثالث: احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري
- الفرع الرابع: تنظيم المادة 132 من قانون الأسرة للتوارث بين الزوجين في عدة
- 98.....الطلاق الرجعي
- 105.....المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن
- 106.....المطلب الأول: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في الفقه الإسلامي
- 106.....الفرع الأول: مفهوم الطلاق البائن
- 110.....الفرع الثاني: حكم الطلاق البائن
- 110.....أولا: حكم الطلاق البائن بينونة صغرى
- 111.....ثانيا: حكم الطلاق البائن بينونة كبرى
- 112.....الفرع الثالث: رأي الفقهاء في ميراث المطلقة البائن
- 113.....المطلب الثاني: التوارث بين الزوجين في عدة الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري
- 113.....الفرع الأول: الطلاق البائن في قانون الأسرة الجزائري
- الفرع الثاني: تنظيم المادة 132 من قانون الأسرة للتوارث بين الزوجين في عدة
- 116.....الطلاق البائن

الفصل الثالث: أثر الطلاق في مرض الموت على التوارث بين

- 123.....الزوجين
- 125.....المبحث الأول: مفهوم مرض الموت وإثباته
- 125.....المطلب الأول: مفهوم مرض الموت
- 125.....الفرع الأول: تعريف مرض الموت
- 130.....الفرع الثاني: شروط تحقق مرض الموت
- 130.....أولاً: أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه
- 131.....ثانياً: أن يغلب في المرض خوف الموت
- 132.....ثالثاً: نهاية المرض بالموت
- 133.....رابعاً: أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض
- 134.....الفرع الثالث: الحالات التي يعتبر فيها الشخص بحكم المريض مرض الموت
- 137.....المطلب الثاني: إثبات مرض الموت
- 138.....الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الاختلاف في مرض الموت
- 139.....الفرع الثاني: موقف القانون من الاختلاف في مرض الموت
- 142.....المبحث الثاني: التوارث بين الزوجين حال الطلاق في مرض الموت
- 143.....المطلب الأول: التوارث بين الزوجين حال الطلاق في مرض الموت في الفقه الإسلامي
- 143.....الفرع الأول: آراء الفقهاء في طلاق المريض مرض الموت
- 143.....أولاً: رأي الأحناف
- 145.....ثانياً: رأي المالكية
- 146.....ثالثاً: رأي الشافعية
- 147.....رابعاً: رأي الحنابلة
- 147.....خامساً: رأي الشيعة الإمامية والزيدية
- 148.....سادساً: رأي ابن حزم الظاهري
- 153.....الفرع الثاني: فرار الزوجة من إرث زوجها وافتدائها في مرض الموت
- 153.....أولاً: فرار الزوجة من إرث زوجها

153	ثانيا: الزوجة المخالعة في مرض الموت.....
156	الفرع الثالث: مسألة الزواج في مرض الموت وأثره على الميراث..... المطلب الثاني: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري والقوانين العربية من التوارث بين الزوجين في طلاق مرض الموت.....
162	الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري من الميراث بين الزوجين في طلاق مرض الموت.....
166	الفرع الثاني: موقف القضاء من أثر الزواج في مرض الموت على الميراث..... الفرع الثالث: موقف القوانين العربية من الميراث بين الزوجين عند الطلاق في مرض الموت.....
168	مرض الموت.....
171	خاتمة.....
177	فهرس الآيات القرآنية.....
180	فهرس الأحاديث والآثار.....
181	فهرس الأحكام والقرارات القضائية.....
184	قائمة المراجع.....
197	ملخص البحث.....
200	فهرس محتويات البحث.....

W تم بعون الله وحسن توفيقه X