

إشعاع الفقه المالكي على التقنين المدني في تونس

وقائع الندوة العلميّة بالتعاون
مع كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة
مخبر القانون المدني
جامعة تونس
المنار

القيروان : 18 - 19 جمادى الثانية 1440هـ / 23 - 24 فيفري 2019 م

الفهرس

- 5 كلمة الافتتاح السيد أحمد عظم
وزير الشؤون الدينية
- 9 القانون المدني بجامعة تونس المنار
د. أحمد بن طالب
أ. تعليم عال ورئيس مخبر القانون المدني
بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تونس المنار
- 25 أثر الفقه المالكي في الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود :
أحكام عيوب الرضا نموذجاً
أ. يحي الأسود
أ. مساعد بجامعة تونس المنار
وعضو مخبر القانون المدني
- 83 البيوع في مجلة الالتزامات والعقود في ضوء الفقه المالكي :
قراءة شمولية
د. الحسين السالمي
أ. تعليم عال بجامعة تونس المنار
- 109 تأثير الفقه المالكي في عقد الشركة في مجلة الالتزامات والعقود
د. يوسف بالعيوني
أ. مساعد بجامعة تونس المنار
- 143 مجلة الحقوق العينية والفقه المالكي : "الكتاب الأول أمودجا"
د. رابح القاسمي
عضو مخبر القانون المدني - جامعة تونس المنار

- 185 أحكام القسمة في الفقه المالكي ومجلة الحقوق العينية.....
د. محمد سعيد
أ. تعليم عال بجامعة تونس المنار
- 203 المالكية ومجلة الأحوال الشخصية في مجلة الالتزامات والعقود.....
د. عبد المنعم العبيدي
أ. مساعد، مدير المعهد العالي
للدراستات القانونية والسياسية بالقيروان
- 239 الفقه المالكي مصدرا من مصادر قانون الأحوال الشخصية
التونسي قراءة في أركان الزواج وشروطه وموانعه.....
د. برهان بن الحبيب النفاقي
أ. تعليم عال بجامعة الزيتونة
- 311 تأثير الفقه المالكي في مجلة الأحوال الشخصية : كتاب الميراث
نموذجا
- د. عبد الباسط قوادر
أ. فقه الوصايا والموارث
بجامعة الزيتونة
- 363 التقرير الختامي لندوة القيروان
- د. فدوى القهوجي
أ. مساعدة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس
وعضو منسق بمخبر القانون المدني

كلمة الافتتاح

السيد أحمد عظم

وزير الشؤون الدينية

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه وسلّم تسليمًا.

إنّ أصالة المذهب المالكي وثناءه الفقهيّ ومرونته الفكرية وقابليته للتجديد والانفتاح جعلته من أكثر المذاهب الإسلامية واقعية وهو يعدّ من المراجع التشريعية والمنهجية الأكثر رُسوخًا وإشعاعًا، ففي ضوئه تدبّر شؤون مجتمعاته وهو مصدر من مصادر تشريعاتها وقوانينها ممّا جعله محلّ نظرٍ دائمٍ ومُتجدّدٍ باستمرار.

هذا وللمذهب المالكي حضور هامّ في مُعظم بلدان إفريقيا ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة منها ما يتصل بصاحب المذهب نفسه في أهليته العلمية والخلقية والدينية والتي عبّر عنها قوله صلى الله عليه وسلّم: "يُوشِكُ أَنْ يَضْرِبَ النَّاسُ أَكْبَادَ الْإِبِلِ فِي طَلَبِ الْعِلْمِ فَلَا يَجِدُونَ عَالِمًا أَعْلَمَ مِنْ عَالِمِ الْمَدِينَةِ" (رواه الترمذي).

وقد ذهب جمهور العلماء، إلى أنّ المراد بهذا الحديث هو الإمام مالك

دون سواه.

ومنها ما يرجع إلى ما يتميِّز به المذهب المالكي من وفرة أدلته النقلية والعقلية وتنوعها وانفتاحه على غيره من المذاهب الفقهية.

ولعلّ كثرة أصول المذهب المالكي وأدلته كان لها بالغ الأثر في التفرُّع الفقهي والتخريج المذهبي ذلك أنّ تنوع أصول الاحتجاج واختلاف أدلة الاستنباط أعطت المذهب المالكي قوّة وحيويّة ووضعت بين أيدي علماءه من وسائل النّظر وأدوات الاستنباط ما يؤهّلهم لبلوغ درجة الاجتهاد ويُمكّنهم من ممارسته.

وباعتبار أنّ التقنين شكل من أشكال التقدّم التشريعي والتطوّر الفقهي، يهدف إلى تحقيق الاستقرار والعدالة في التّطبيق والممارسة العملية المبنية على الوضوح في بيان الأحكام والواجبات والالتزامات، كان وجود القانون وثيق الارتباط بوجود المجتمع وانتظامه.

وقد كان للقانون التونسي ارتباط من ناحية المصدر بالشريعة الإسلامية عامّة وبالفقه المالكي خاصّة ويبرز ذلك في مجلّة الالتزامات والعقود التي تعتبر أقدم المجلّات في تونس وأكثرها اتقاناً من حيث محتوى القواعد القانونية المضمّنة بها.

وندوتنا العلمية هذه والموسومة بـ (إشعاع الفقه المالكي على التقنين المدني في تونس) تندرج في إطار إغناء الفكر الديني وترشيد الفهم الأصولي والممارسة الفقهية وإبراز إشعاع المذهب المالكي في التقنين المدني وما لذلك من آثار على واقع الفرد والمجتمع وتحصينه من الفوضى والتعصّب والغلوّ.

واختيارنا لمدينة القيروان لاحتضان هذه الندوة كان لاعتبارات عديدة لعلّ أهمّها إبراز إسهامات القيروان في الحضارة العربية الإسلامية ودورها الديني والروحي في ترسيخ العقيدة الإسلامية والمذهب المالكي خاصّة، وكذلك

الدّور الذي اضطلع به علماء القيروان في تدوين المذهب المالكي ونشره على غرار:

- أسد بن الفرات، مدوّن (الأسدية)

- الإمام سُحنون، المؤسّس لأوّل مدرسة للفقهِ المالكي بإفريقيّة، وصاحب (المدوّنة)، ولذلك ارتأت الوزارة بتسمية المركز العلميّ البحثي باسمه (مركز الإمام سُحنون)، الذي أذنت رئاسة الحكومة بإحداثه في مدينة القيروان.

- ابن أبي زيد القيرواني، مصنّف (الرّسالة)

- أبو الحسن اللّخمي، مؤلّف (التبصرة)

- أبو عبد الله المازري، شارح (التلقيّن)

- ابن عرفة الورغمي، كاتب (المختصر)

وامتدّ فيض هذا المذهب إلى عصرنا الحاضر مع العلامة الشّيخ محمّد الطّاهر ابن عاشور وكتابه "مقاصد الشّريعة الإسلاميّة".

ويبقى المذهب المالكي جزءاً لا يتجزّأ من تونس وهويّتها الفكريّة والثقافيّة والقانونيّة لا تبغي عنه تحوّلًا.

القانون المدني بجامعة المنار

د. أحمد بن طالب

أستاذ التعليم العالي ورئيس مخبر القانون المدني

بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس.

جامعة تونس المنار

1- التقنين ويُقال أيضا التدوين هو تجميع منظّم ومنسّق في سياق فلسفة منسجمة لجملة القواعد القانونيّة المتعلّقة بمادّة معيّنة في صُلب تأليف واحد يُسمّى المجموعة القانونيّة أو المجلّة القانونيّة. وهو غير التشريع وإن كان يتزامن معه في الغالب لأنّ التشريع هو إنشاء القاعدة في شكل مكتوب صادر عن سلطة مختصّة بذلك في الدولة (السلطة التشريعية: مثلا مجلس نواب الشعب)، وليس تجميعا له.

ويوصف التقنين بالمدني إذا كان متعلّقا بالقانون المدني، أي بجملة القواعد المنظّمة للعلاقات اليوميّة بين الأفراد داخل المجتمع ويشمل ذلك على وجه الإجمال ثلاثة مجالات⁽¹⁾:

(1) تجب الملاحظة أنّ التشريع المدني أوسع بكثير من التقنين المدني إذ يشمل نصوصا أخرى عديدة غير مقننة أو مقننة في مجالات أخرى غير المجالات الثلاث، من ذلك مثلا في مادّة الالتزامات والعقود نذكر تنظيم الكراء السكني والكراء الفلاحي والإيواء السّياحي، وفي مادّة الحقوق العينية مرسوم التسجيل العقاري الإجباري والأراضي الاشتراكية والملكية الفلاحية، وفي مادّة الأحوال الشخصية قانون الحالة المدنيّة ومجلّة الجنسيّة وقانون الولاية العموميّة والكفالة والتبني وتنظيم التقاديم واللقب العائلي وإسناد لقب للأطفال المهملين ومجهولي النسب... ولكننا نقتصر في هذه التّدوة على المجالات الثلاث كونها هي النصّ التأسيلي للمادّة المدنيّة وكل النصوص الأخرى مرتبطة بها. وهي ذات وحدة منهجيّة ومرجعيّة فكريّة متجانسة تبرز جمعها والبدء بها في دراسة من هذا القبيل.

- الالتزامات والعقود، وقد خصّت بمجلة الالتزامات والعقود.

- الأموال والحقوق العينية، وفيها خاصّة المملكيّة والاستحقاق ونظام العقارات... (مجلة الحقوق العينية).

- الأحوال الشخصية، وتشمل خصوصا أحكام الأسرة من زواج وطلاق وحضانة... والنسب والميراث والوصيّة والحجر... (مجلة الأحوال الشخصية).

2- وللقانون المدني أهميّة لا تخفى تبرز دراسته، فهو أصل القوانين كونه "قانون المجتمع" ومنبع القانون الخاصّ الذي هو نصف القانون مع القانون العامّ، وهو الشريعة العامّة، أو قانون الأصل العامّ الذي يرجع إليه في كلّ أمر يلتبس أو يغيب فيه الحلّ في القوانين الأخرى، وهو أوفى القوانين وضعا وشرحا في التّشريعات القديمة كالقانون الرّوماني والقانون الفرنسي القديم، ومادّته من أغزر الأحكام شرحا واعتناء من الفقهاء المسلمين.

3- والتّقنين كما التّشريع يشكّان ظاهرة حديثة في المجتمعات العربيّة الإسلاميّة ظهرت في القرن الثّالث عشر الهجري، الثّاسع عشر الميلادي. وقد عرفته بلادنا منذ ذلك التّاريخ فنذكر مثلا ترتيب بيت المال وترتيب التّعليم الرّيتوني سنة 1842⁽¹⁾، وأمر إلغاء الرقّ في 1846⁽²⁾، وأمر تنظيم المجلس

(1) صدر التّرتيب الأوّل في شعبان 1258 هـ الموافق نوفمبر 1842 والثاني في 27 رمضان 1258 الموافق 9 ديسمبر 1842.

(2) صدر هذا الأمر في 25 محرم 1262 هـ الموافق 23 جانفي 1846 في إلغاء جميع أشكال الرقّ وهو في الحقيقة تنويع لأمرين سابقين تدرّجا في الإلغاء، أولهما في سبتمبر 1257/1841 هـ يحّد من بيع العبيد ويمنع تخصيص سوق لذلك، وثانها في ديسمبر 1258/1842 هـ يعتبر كلّ مولود بالمملكة حرّا لا يباع ولا يشتري. راجع في هذا كتاب الرقّ في الحضارة العربيّة الإسلاميّة، جمع لأعمال ندوة نظمها معهد بورقبيبة للغات الحية يومي 21 و22 فيفري 1997، مركز النشر الجامعي، 1998، انظر خاصّة مداخلة عبد الحميد الأرقش، الأقلية الإفريقيّة في تونس خلال القرن 19، ملاحظات حول إلغاء الرق، الأبعاد والدلالات، ص.99.

الشَّرعي في 1856،⁽¹⁾ والقوانين المنبثقة عن عهد الأمان،⁽²⁾ ومنها قانون الجنايات والأحكام العُرفيّة سنة 1861،⁽³⁾ الذي هو عبارة عن مجلّة مدنيّة وجزائيّة وقد زال مع دستور 1861 بثورة علي بن غداهم سنة 1864، وقد سبق في ظهوره مجلّة الأحكام العدليّة (المجلّة العثمانيّة) الصّادرة سنة 1239 هـ/1239 م. ثمّ صدر قانون الفلاحة سنة 1874⁽⁴⁾ والقانون العقاريّ سنة 1885⁽⁵⁾. وهذه نصوص غير نافذة اليوم وقد انتقلت أحكامها إلى المجلّات الجامعة للقانون المدني أي مجلّة الالتزامات والعقود الصّادرة سنة 1906⁽⁶⁾ ومجلّة الأحوال الشخصيّة لسنة 1956⁽⁷⁾ ومجلّة الحقوق العينيّة لسنة 1965⁽⁸⁾. والملاحظ على هذه النصوص أنّ مادّتها مستقاة من مصادر متنوّعة (تُسمّى المصادر المادّية) تنتهي وإن بدرجة متفاوتة بل كبيرة التّفاوت إلى منزعين أو مشربين مختلفين: مشرب غربي يمثّله خاصّة القانون الفرنسيّ، ومشرب شرعيّ يمثّله أساسا المذهب المالكي والمذهب الحنفي.

4- ويتركز اهتمامنا في هذه النّدوة على المذهب المالكي الذي ينسب إلى إمام دار الهجرة، عالم المدينة الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، (ت 179هـ/795م)، ومنه انطلق في الأمصار حتّى دخل إفريقيّة وانتشر بها

(1) أمر مؤرّخ في 16 ربيع الأوّل 1273 الموافق 14 نوفمبر 1856.

(2) صدر عهد الأمان في 20 محرم الحرام 1274 هـ الموافق 09 سبتمبر 1857. انظر: أحمد بن أبي الضيّاف، إتحاف أهل الزّمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدّار التونسية للنشر، النّشرة الثانية، ج.4، ص.257.

(3) كتب هذا القانون في 12 جمادى الثانية 1277 هـ الموافق 24 ديسمبر 1860، وصدر به منشور لنشر مضمونه بين الجهات في 17 رجب 1277 (24 جانفي 1861) على أن يبدأ العمل به في منتصف شوال 1277 هـ الموافق 26 أبريل 1861. وهو معروف بهذا التاريخ. انظر: أحمد ابن أبي الضيّاف، إتحاف أهل الزّمان ..، مرجع سابق، ج.5، ص58 وما يليها.

(4) أمر 25 صفر 1291 هـ الموافق 13 أبريل 1874 م.

(5) أمر 19 رمضان 1302 هـ الموافق 01 جويلية 1885 م.

(6) أمر 23 شوال 1324 هـ الموافق 15 ديسمبر 1906.

(7) أمر 06 محرم 1376 الموافق 13 أوت 1956 م.

(8) قانون 11 شوال 1384 الموافق 12 فيفري 1956.

بدءا على يد ثلثة من الرّجال أولهم وأشهرهم علي بن زياد (ت183هـ/799م) الذي أدخل موطأ الإمام مالك بروايته على الأرجح سنة 150هـ/767م ومنهم المهلول بن راشد (ت183هـ/799م) وعبد الله بن فروخ (ت185هـ/801م) وعبد الله بن غانم (ت190هـ/805م) وأسد بن الفرات (ت213هـ/828م) وذلك وسط كوكبة من المذاهب الأخرى كالأوزاعي والثوري والشافعي والمذهب الحنفي. ثمّ جاء دور الإمام سحنون (ت240هـ/854م) الذي كان له أكبر الفضل في نشر المذهب بمدوّنته الشهيرة خصوصا في فترة تولّيه قضاء القيروان في أواخر حياته من سنة 243هـ/849م وحتى وفاته في 240هـ/854م. وأخيرا استقرّ الأمر لهذا المذهب ليكون مذهب عموم الناس ومذهب الدولة على يد المعزّ بن باديس الصّنهاجي سنة 440هـ/1048م⁽¹⁾.

5- وإنّ حضور هذا المذهب في عبادات الناس ومعاملاتهم، وفي أقضيّتهم ومنازعاتهم وفي الفتيا وفي القضاء على مدى قرون وقبل بروز التّشريع-وخاصّة ما قنّن منه- في تنظيم الحياة العامّة وحتىّ احتكاره لها تقريبا يبعث على التّفكير بشكل يكاد يكون تلقائيّا في فرضيّة اتّصال فقه هذا المذهب بالشّكل التّنظيميّ الجديد لتكوين مادّته بدل انفصاله عنه. ولهذا التّفكير مبرّرات كثيرة :

* أولها : أنّ المذهب المالكيّ هو مذهب عموم التونسيّين في عباداتهم أساسا وفي معاملاتهم أيضا وهي مادّة القوانين اليوم، فيكون من الطّبيعيّ البحث في مدى استمرار هذا الجانب الفقهي في تشريعات اليوم.

(1) انظر في كلّ ذلك بمزيد التفصيل وفي أسباب انتشار المذهب المالكي بإفريقيّة: نجم الدين الهنتاتي، المذهب المالكي بالغرب الإسلامي إلى منتصف القرن الخامس الهجري الحادي عشر الميلادي، منشورات تبر الزّمان، تونس 2004، ص 37 و59 وما بعدهما، وص 171 وما بعدها وخاصة ص 184. وتجدر الإشارة أنّ المذهب الحنفي سيقاسم المذهب المالكي مذهب السلطة بعد ذلك مع مجيء العثمانيين، وهو المذهب الرّسنيّ للإمبراطورية العثمانية، وذلك بعد أن كانت الأسبقية لهذا المذهب أيضا زمن الدولة الأغلبية وقبل تدخّل الإمام سحنون الحاسم لتغليب المذهب المالكي. انظر: نجم الدين الهنتاتي، مرجع سابق، ص 42 وص 184.

* ثانيها : غياب الدّراسات الأكاديميّة على وجه الخصوص المخصّصة رأساً لهذا الموضوع ما عدا الدّراسات المعمّقة لمسائل تفصيليّة وجوانب فرعيّة أو أصوليّة قانونيّة ذات أصل فقهيّ عموماً ومالكيّ تحديداً.

* ثالثها : أنّ الدّراسات المتوقّرة والنّصوص التّشريعيّة ذاتها تطلّعنا على اعتماد المذهب المالكي في التّشريع والتّقنين من خلال الأمثلة المشار إليها سابقاً وغيرها ممّا يحفّز على تقصّي الموضوع بأكثر عمقاً وإحاطة.

* رابعها : أنّ أبحاثاً مختلفة بدأت منذ أواخر القرن التّاسع عشر والنّصف الأوّل من القرن الماضي في مصر "بالمقارنات التّشريعيّة" للشيخين مخلوف المنيأوي وسيّد عبد الله علي حسين⁽¹⁾، وتواصلت في أواخره⁽²⁾ ومع مطلع الألفيّة الثّالثة⁽³⁾ تقيم الدّليل على تأثر المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (قانون نابليون) بالفقه المالكي تحت تأثير عوامل تاريخيّة وشواهد مضمونيّة عدّة بما يبيّن - إن صحّ، وهو في جانب منه كذلك- أنّ الاقتباس من فرنسا وإن كان في

(1) كتابان يحملان نفس العنوان "المقارنات التّشريعيّة بين القوانين الوضعيّة المدنيّة والتّشريع الإسلامي، مقارنة بين الفقه الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه" للشيخين الأزهرين مخلوف المنيأوي وسيّد عبد الله علي حسين. وقد خطّ أولهما في سبعينات القرن التّاسع عشر في عهد الخديوي إسماعيل، وطبع في جزئين متتاليين كان ثانيهما سنة 1924. أمّا الكتاب الثّاني فقد صدر سنة 1947 في أربعة مجلدات (دار إحياء الكتب العربيّة وعيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة). وقد أعادت طبعهما دار السّلام بمصر سنة 1999 (كتاب الشيخ مخلوف) وسنتي 2001 و2009 (كتاب الشيخ سيّد عبد الله حسين). انظر في تقديمهما والتعليق عليهما: فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، "قانون نابليون"، في مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، أعمال التّدوة التي عقدتها كلية الحقوق- جامعة بيروت العربيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2005، ص 49، خاصّة ص 72 وما يليها.

(2) انظر مثلاً علي منصور، مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، 1970، ذكره فوزي أدهم، مقال سابق، ص 70. وانظر أيضاً المؤلّفين المغاربة الذين ذكرهم أحمد أدريوش في الهامش 8 من مقدّمة أطروحة المنشورة: أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، بحث في الأصول الفقهيّة والتاريخيّة، منشورات سلسلة المعرفة القانونيّة، الرباط 1996، ص 22. ومنهم الصديق العلوي وعبد الرحمان بلعكيد وشبهنا حمداتي ماء العينين الذي له أطروحة دكتوراه من دار الحديث الحسنيّة 1985 عنوانها: "مدى تأثر مصادر الالتزام في قانون الالتزامات والعقود المغربي بالفقه الإسلامي".

(3) انظر خاصّة: فوزي أدهم، أثر فقه الإمام مالك ...، مقال سابق، مرجع سابق - بن خدّة حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي- العقد نموذجاً، أطروحة دكتوراه من جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2016-2017، والمؤلّفين المذكورين بالهامش 2 من ص 30: عبد السلام أحمد فيغو وزبير محمّد وخالد السنيد...

ظاهره تغريبا إلا أنه في حقيقته وعمومه استرداد بضاعة أخذت منا! ولا يمكن إلا أن نلوم أنفسنا على التأخر في دراسة أثر الفقه المالكي في التشريع عامة والمدني خاصة.

* خامسها أنه سبق لوزارة الشؤون الدينيّة أن اهتمت بالفقه المالكي في جانبه الشعائري التّعدي بندوة نظّمها سنة 2010⁽¹⁾. فكان لا بدّ أن تكمل العقد بهذه الندوة.

6- وانطلاقا من هذه الاعتبارات يتبيّن أنّ لدراسة الفقه المالكي أهميّة خاصّة متأتية من إشعاعه على التقنين لا مجرد حضوره فحسب، إذ الإشعاع هو انتشار الضوء كالشمس بأشعتها بما يعنيه ذلك من ظهور وبريق وتفرّق بحيث يكون الأثر واضحا ومتفرّقا في ثنايا العمل - بلا شرط أن يصيبه كلّ- وقويّ أو ضعيف التوهّج حسب الأحوال. فإذا حصرنا النظر إليه من خلال التقنين المدني تحديدا أمكن تدقيق السّؤال الذي تستدعيه هذه الندوة بالبحث في مدى أهميّة دراسة إشعاع الفقه المالكي على التقنين المدني: ما الذي ستحقّقه هذه الدّراسة وماذا ستضيف؟

7- إنّ الأهميّة في سياق الحال تقاس بالإضافة التي ستحقّقها هذه الدّراسة وهي ثابتة ومؤكّدة من جهة إسهامها في تحقيق تأثير الفقه المالكي في التقنين المدني وتأكيد إشعاعه من خلال الشّواهد الدّالّة عليه. كما أنّ ذات الأهميّة ثابتة أيضا من جهة ما تفرزه من استنتاجات ذات بال في علاقة الفقه بالتقنين الوضعي بما تكون له فوائد جمّة تخدم الفقه والقانون معا.

(1) انظر: المذهب المالكي وأثره في توحيد ممارسة الشعائر الدينيّة: جهود علماء القبروان والقرويين. وقائع الندوة العلميّة التونسيّة المغربيّة المشتركة الثانية، القبروان 30 ربيع الأوّل-1 ربيع الثاني 1431 هـ/16 و17 مارس 2010، نشر وزارة الشؤون الدينيّة (إدارة الدراسات والتكوين والاتصال)، المطبعة الرسميّة للجمهورية التونسيّة، تونس 2012.

وهذا يعني أنّ أهميّة إشعاع الفقه المالكي على التقنين المدني تظهر من خلال الشواهد عليها -I- والفوائد المجنيّة منها -II-.

I- الشواهد:

8- هي الدلائل على التأثير المالكي في التقنين المدني، وهي ثابتة في وضع التقنين -أ- وفي مضمونه -ب-.

أ- وضع التقنين:

9- وضعت التقنين لجان اعتمدت مصادر مالكيّة.

1- اللجان:

10- من اللافت أنّ اللجان التي وضعت التقنين المدني ضمت في عضويتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة علماء وقضاة وشيوخا مالكيين.

والمقصود بالصّفة المباشرة أن تكون اللجنة قد أسهمت بنفسها في وضع النصّ بعملها الخاصّ، وهذا ما ينطبق على مجلّة الالتزامات والعقود التي أشرفت على وضعها لجنة فرنسيّة ضمت من بين أعضائها مستشرقا إيطاليا من أصول تونسيّة هو داوود صانتيلانا بصفته مقرّرا لها وإليه يُنسب نصّ المشروع المعتمد، وهو متخصصّ في الفقه الإسلامي وقد ألقى محاضرات بجامعة روما جمعها في كتاب عن الفقه المالكي مقارنا بالفقه الشافعي⁽¹⁾. ثمّ عُرض المشروع على لجنة ثانية سُمّيت لجنة توجيه النّظر الشرعيّ تولّت مراجعة النصّ من الوجهة الشرعية على وفق المذهبين المالكي

(1) الكتاب باللغة الإيطاليّة وهذا عنوانه الأصلي:

M.David Santillana, Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita, Roma, Pubblicazioni dell'Istituto per l'Oriente, vol.1,1926- vol.2,1938.

والحنفي. وقد ضُمَّت في عضويتها ستة شيوخ زيتونيين، ثلاثة مالكيين وهم الشيخ أحمد الشريف رئيس الفتوى على المذهب المالكي وعمر بن الشيخ المفتي المالكي والشيخ سالم بو حاجب المدرّس المالكي، وثلاثة حنفيين هم شيخ الإسلام محمّد بيرم ثم الشيخ محمود بن الخوجة-إثر وفاة الأوّل- والشيخ محمّد بن الخوجة المفتي والشيخ مصطفى رضوان المدرّس⁽¹⁾.

وأما العضويّة غير المباشرة فهو أن تعتمد لجنة وضع المجلّة على مصادر أعدتها لجان شرعيّة أو من أعضائها شرعيّون مالكيّون. وهذه هي حال مجلّة الأحوال الشخصيّة أوّلا التي استمدّت من لائحة الأحكام الشرعيّة المعروفة بلائحة الشيخ جعيّط نسبة إلى رئيس لجنّتها الشيخ محمّد العزيز جعيّط شيخ الإسلام المالكي ومعه من المالكيّة المفتون محمّد البشير النيفر ومحمّد المستيري وأحمد المهدي النيفر وأحمد بن ميلاد والقاضي الطيّب سيالة والمدرّس الشيخ محمّد الفاضل ابن عاشور⁽²⁾. هذا زائدا على كون اللّجنة المباشرة للمجلّة ضمّت في عضويتها قضاة سامين ذوي دراية شرعيّة هم السّادة محمّد بن سلامة والشيخ محمّد القروي ومحمود العنابي وقد كانوا في تعاون وتواصل مع الشيخ محمّد الفاضل ابن عاشور والشيخين محمّد الطاهر ابن عاشور ومحمّد العزيز جعيّط⁽³⁾.

(1) انظر بمزيد التفصيل: أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود ...، مرجع سابق، ص 183 وما بعدها.
(2) بقية الأعضاء هم: محمّد عبّاس وعلي ابن الخوجة ومحمّد الهادي بن مراد (شيوخ وقضاة حنفيون) ومحمّد بن عاشور وعبد الرحمان بن يوسف (مدرّسان) ومحمّد المالقي (رئيس محكمة التعقيب) وعبد العزيز الشابي (عميد المحامين) وعبد القادر التّعبوري والطاهر الأخضر وحسن الكعلي ومحمّد حمزة والشاذلي الخلافي ومحمّد الطيب بسيس (محامون) ومحمّد المنصف المستيري والشاذلي القسطلبي (من أرباب الصّحف) وأحمد بن الخوجة (رئيس الكتبة بالمحكمة الشرعيّة) والطاهر بن سعيد (رئيس نقابة العدول) والشيخ محمّد الصادق البليش، كاتب للجنة. انظر: محمّد بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الاسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، ص 298. - محمود شمام، إشعاع الفقه الإسلامي على القانون الوضعي بالبلاد التونسية، المطابع الموحدة، تونس 1986، ص 156.

(3) انظر: أحمد المستيري، شهادة للتاريخ، دار الجنوب للنشر، تونس 2011، ص 106-107.

وهي حال مجلة الحقوق العينية أيضا عبر لجنة قانون الجنايات والأحكام العرفية⁽¹⁾ ولجنة القانون العقاري⁽²⁾ ولجنة مجلة الالتزامات والعقود⁽³⁾ ولجنة لائحة الأحكام الشرعية⁽⁴⁾، فضلا عن كون اللجنة المباشرة لها تكوّنت من قضاة زيتونيين ذوي تكوين شرعي وقانوني من أمثال السادة علي الشريف رئيس المحكمة العقارية، والهادي سعيد وإبراهيم عبد الباقي والصادق بن سليمان ومحمود العنابي...⁽⁵⁾.

2- المصادر:

11- تطلعنا الأعمال التحضيرية للمجلات المكوّنة للتقنين المدني اعتمادها الواضح والمكثّف أحيانا على كثير من أمّهات مصادر الفقه المالكي وأكثرها شهرة وتداولًا في وقت وضع تلك النصوص. وهذا ما تنطق به إحالات اللائحة الابتدائية لمجلة الالتزامات والعقود أو كذلك لائحة الشيخ جعيط. فنجد على وجه الخصوص مدوّنة الإمام سحنون ورسالة ابن أبي زيد

(1) ترأس هذه اللجنة الوزير مصطفى خزندار وضمت من المالكية الشيخين أحمد بن حسين، باش مفتي المالكية ومحمد البنا المفتي بالإضافة إلى الشيخين محمد بيرم ومحمد بن الخوجة (حنفيين) والوزراء مصطفى باش آغا ومحمد خير الدين وإسماعيل صاحب الطابع وأمير الأعراس محمّد، وأحمد ابن أبي الضياف. انظر: محمود شمام، إشعاع الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص50. وانظر احتراز الأستاذ محمّد بوزغيبية على مشاركة الشيوخ في أعمال اللجنة: حركة تقنين الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص91.

(2) ترأس اللجنة المقيم العام بول كامبون وضمت في عضويتها رجال قانون فرنسيين وشيوخا وقضاة زيتونيين منهم من المالكية محمد الشاذلي بن صالح باش مفتي المالكية ومحمد الطاهر النيفر القاضي المالكي بالإضافة إلى الوزير الأكبر محمد العزيز بو عتور ووزير القلم محمّد الجلولي والشيخين الحنفيين أحمد ابن الخوجة ومحمود بيرم. انظر: محمود شمام، إشعاع الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص76. محمّد بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي...، ص156.

(3) راجع سابقا نبذة العضوية المباشرة في هذه الفقرة 10.

(4) راجع سابقا، هـ. 19.

(5) في الحقيقة تداولت على وضع مشروع مجلة الحقوق العينية ثلاث لجان ضمت الأولى السادة علي الشريف رئيسا والهادي سعيد والصادق بن سليمان وعبد الكريم قانة ومحمد الصالح الخازن وجميعهم قضاة بالمحكمة العقارية. وضمت الثانية السادة محمد الهادي خفشة وزير العدل رئيسا، وعلي الشريف والهادي سعيد وزين العابدين جعيط (قضاة) ومصطفى عبد السلام (مدير التشريع بوزارة العدل). أما الثالثة فجمعت السادة محمّد الهادي خفشة وزير العدل رئيسا ومحمود العنابي (رئيس محكمة الاستئناف) ومصطفى عبد السلام (مدير التشريع) وإبراهيم عبد الباقي (مستشار قانوني) ومحمود بن الشيخ حمودة (مستشار قضائي بوزارة العدل). انظر: الهادي سعيد، تطوّر الملكية العقارية وأثره في تونس. مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس 1996، ص256-257.

القيرواني، ومختصر الشيخ خليل وشروحه (الدسوقي، الدردير، الزرقاني...)، وتحفة بن عاصم (متن العاصميّة) وشروحها (التسولي والتاودي)، ولاميّة الزّقاق وحدود بن عرفة، والقرافي والشّاطي وابن رشد وابن جزري وابن سلمون وابن الشّاط... والقائمة تطول⁽¹⁾.

ب- مضمون التّقنين :

12- يجدر البدء بملاحظة بالغة الأهميّة مفادها أنّ التّقنين المدني لم يصدر كلّه في وقت واحد (على غرار مجلة نابليون مثلا)، بل صدر بعضه في الحقبة الاستعماريّة ونعني مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906، وبعضه بعد الاستقلال أي مجلّتا الأحوال الشخصيّة والحقوق العينيّة.

ولهذه الملاحظة دلالة تاريخيّة خطيرة بالنّظر إلى التّنوع القضائي والتشريعيّ الذي كان سائدا زمن الاستعمار الفرنسي حيث وضعت مجلة الالتزامات والعقود لتكون تقنيناً مدنياً عصرياً تطبّقه المحاكم التونسية العصريّة التي أحدثت سنة 1896 في النزاعات بين التونسيين في خصوص تلك المسائل. في حين بقيت مسائل الاستحقاق (الحقوق العينيّة العقاريّة) والأحوال الشخصيّة والموارث من أنظار المجلس الشّرعيّ وخاضعة مباشرة للفقّه الإسلامي المالكي أو الحنفي، ولم تدخل يوماً واحداً تحت النّفوذ الفرنسي ولا طالها يد التشريع أو التقنين بأيّ وجه إلى حين الاستقلال وصدور المجلّتين المتعلّقتين بهما. وهو ما يعني أنّ المرور إلى التقنين في هذين المجالين كان من الفقّه الإسلامي مباشرة، على خلاف مجلة الالتزامات والعقود التي وإن أقيمت بديلاً عن التطبيق الأصليّ والمطلق للفقّه الإسلامي فمزجت بينه وبين القوانين الغربيّة، إلّا أنّها لم تلغّه ولم تتجاهله بل

(1) انظر بمزيد التفصيل والترتيب: محمد بو زغيب، المصادر المالكيّة للتّقنين المدني بتونس، مداخلة في ندوة إشعاع الفقّه المالكيّ على التّقنين المدنيّ في تونس، منشورة في هذا الكتاب.

اعتمده بشكل واضح وعلى الأخصّ منه الفقه المالكيّ خاصّة في كتابها الثاني المتعلّق بالعقود، مثلما يؤكّده كلام الشيخ محمّد بن الخوجة في مقدّمة أعمال لجنة توجيه النّظر الشّرعيّ: "ولقد اعتمدت اللجنة بصفة خاصّة المذهب المالكي الذي هو مذهب أغلبيّة التونسيّين، إلّا أنّها كانت تأخذ بالمذهب الحنفي أيضا. ولا يوجد بالتشريع أي أثر لما هو مخالف لمذهب أشهر فقهاء الإسلام"⁽¹⁾.

13- ومن أمثلة ذلك في مجلّة الالتزامات والعقود ما جاء في الكتاب الأوّل من أحكام الرّضا وعيوبه في تكوين العقود، والمسؤوليّة المدنيّة (ضمان الضّرر أي ضمان التعديّ والفعل الضارّ- التعسّف في استعمال الحقّ- مضار الجوار- ضمان فعل الحيوان وانهدام البناء- تعدّد المسؤولين) وخيار العقد، وأحكام الإثبات، وتفسير العقود، ودور العرف...، وكامل الكتاب الثاني تقريبا في العقود الخاصّة كالبيع والإجارة والوديعة والوكالة والمضاربة والشركة...

كذلك مجلّة الحقوق العينية النّاطقة تقريبا في كتابها الأوّل بالفقه المالكي وإن كانت أصنافها وتقسيماتها غربيّة ومثال ذلك مفهوم المال وطبيعة حقّ الملكيّة والشيوع والشفعة والقسمة وحقوق الارتفاق والرهن...⁽²⁾.

أمّا مجلّة الأحوال الشخصيّة فهي ذات مرجعيّة إسلاميّة لا غبار عليها خصوصا منها المالكية مع حضور مذاهب أخرى⁽³⁾، ومن أمثلتها أركان الزواج وشروطه وموانعه⁽⁴⁾ والحضانة والتّفقة والنّسب والحجر وخصوصا خصوصا

(1) محمود شتّام، إشعاع الفقه الإسلامي...مرجع سابق، ص 103.

(2) انظر: رايح القاسمي، مجلّة الحقوق العينية والفقه المالكي، مداخلة في ندوة إشعاع الفقه المالكيّ على التّقنين المدنيّ في تونس، منشورة في هذا الكتاب.

(3) انظر: عبد المنعم العبيدي، المالكية ومجلّة الأحوال الشخصيّة، مداخلة في ندوة إشعاع الفقه المالكيّ على التّقنين المدنيّ في تونس، منشورة في هذا الكتاب.

(4) انظر: برهان النفاقي، الفقه المالكي مصدرا من مصادر قانون الأحوال الشخصيّة: أركان الزواج وشروطه وموانعه نماذج، مداخلة في ندوة إشعاع الفقه المالكيّ على التّقنين المدنيّ في تونس، منشورة في هذا الكتاب.

الميراث فهو يكاد يكون مالكيًا محضًا لولا ما أدخل عليه سنة 1959 من تعديل بموجب أحكام الردّ (الخاصّ تحديداً)⁽¹⁾. والوصيّة الواجبة⁽²⁾.

14- وهكذا تبدو الشّواهد كثيرة على إشعاع الفقه المالكيّ، وهو ما يحثّ على التّساؤل عن الدّروس المستفادة من دراستها؟ ما أبعادها؟ ما الفوائد التي نخرج بها من تحقيقها؟

II- الفوائد :

15- إنّ إشعاع الفقه المالكي على التقنين المدني موضوع مركّب من معطين، أحدهما قانوني: التقنين المدني، والآخر شرعيّ يمثّله الفقه المالكي. والفوائد فيهما معا، فهي قانونيّة – أ- وشرعيّة - ب-

أ- الفوائد القانونيّة :

16- تهّمّ دراسة الموضوع القاضي والباحث وحتىّ المشرّع مجتمعين أو منفردين. وهي تفرز وجود أربع فوائد قانونيّة كبرى على الأقلّ :

أوّلا: الاطّلاع على أحد المصادر المادّية الأساسيّة للقانون المدني وملامسته عن قرب، وهو الفقه المالكي، ومن ثمّ التّعريف على خصائصه العامّة في إطار الفقه الإسلاميّ ممّا يفيد في توسيع أفق النّظر في التّفقّه وحسن استنباط الأحكام. وتلك الخصائص إجمالاً هي:

* الوسطيّة في الجمع بين الأثر والنّظر أيّ أنّه مذهب يمزج في العمل بين الحديث والقياس، فلا هو موغل في القياس كالحنفيّة ولا هو موغل في الأثر كالشافعية والحنبليّة، بل هو وسط بين هذا وذاك⁽³⁾.

(1) الفصل 143 مكرّر م.أ.ش.

(2) الفصلان 191 و192 م.أ.ش.

(3) انظر: محمّد الفاضل ابن عاشور، مذهب مالك والمذاهب الأخرى، في محاضرات، مركز النشر الجامعي، تونس 1999، ص361، خاصّة ص385.

* كثرة الأصول بما فيها عمل أهل المدينة وسدّ الذرائع والاستحسان⁽¹⁾.

* مراعاة العرف والمصلحة وهو ما يُكسبه واقعية وقربا من مصالح الناس⁽²⁾.

* نشأة ونموّ علم المقاصد، أي مقاصد الشريعة الإسلاميّة، وبيان كيفية توظيفها في الاجتهاد (الشّاطبي، ابن عاشور، علّال الفاسي)⁽³⁾.

* اصطبغ الفقه المالكي بنزعة المذهب أن يكون مذهبا فقهيا وسلوكيا أيضا يجمع بين مراعاة مصالح الناس والسموّ الدينيّ اقتداء بنهج الإمام مالك في حياته وتصرفاته⁽⁴⁾.

ثانيا: ضبط مصادر المذهب ومراجعته المعتمدة في التقنين والعمل على حصرها على وجه الدقّة والتّحديد على غرار ما هو حاصل مع المصادر الغربيّة المعلومة بشكل واضح ومحدّد بحيث يسهل الرّجوع إليها عند الحاجة. وهذا ما يساعد بإنجازه في الفقه المالكيّ على حسن ضبط مصدر القاعدة ومعرفة اختيار المشرّع واستجلاء مراده بما يمكّن من توجيه القاضي في تأويل القانون لفهم القاعدة وفكّ غموضها عند الاقتضاء بالرّجوع إلى المصادر المالكية للقواعد القانونية المأخوذة منها وبإعمال القواعد الأصوليّة المتوافقة مع أصوله. وكذلك من توجيه الباحث إلى معرفة جذور القاعدة قصد التمكن من شرحها ونقدها.

ثالثا: سدّ ذريعة شساعة الشريعة - وهذا من الأصول المالكيّة بدعوى أنّ ذلك يتعارض مع دقّة وصرامة القانون، بحيث يضيع القاضي

(1) محمّد الفاضل ابن عاشور، مرجع سابق، موضع سابق.

(2) نجم الدين الهنتاتي، المذهب المالكي بالغرب الإسلامي، مرجع سابق، ص31، وما يلها.

(3) انظر: نور الدين مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، حجّيته، ضوابطه، مجالاته، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، الطبعة الأولى، 2005.

(4) نجم الدين الهنتاتي، مرجع سابق، موضع سابق.

والباحث والطَّالِب وخصّصة المشرّع ولا يمكنه ضبط القواعد الشرعيّة! فهذا غير صحيح إذا بذلنا الجهد وعرفنا المذهب ومراجعته وخصوصا في المسائل التي تكاد تنحصر في أحادية المصدر الفقهي المالكي كالمواريث⁽¹⁾ وبعض العقود الخاصّة كالشركات الفلاحية⁽²⁾.

رابعا : فتح الباب للدراسات الفقهية والأكاديمية المخصّصة لعلاقة الفقه المالكي ومن ورائه الفقه الإسلاميّ عموما بالقانون الوضعي. وهذه فائدة ذات بعد شرعيّ أيضا.

ب- الفوائد الشرعيّة :

17- إنّ تناول موضوع قانونيّ بالدراسة الشرعيّة لهو أمر عظيم الأهميّة جليل الفوائد بما لا يقلّ عن أربع أساسيّة:

أولا: وقوف أهل الشريعة والمتخصّصين في الدراسات الشرعيّة على حقيقة أنّ الفقه المالكيّ هو من أهم مصادر التقنين المدني إن لم يكن أهمّها، بما يزيل الانطباع الذي قد يكون عندهم عن غيابه عن تنظيم المعاملات اليوم وانحصاره في التعبّد والشعائر الدنيّة، والحال أنّه على العكس من ذلك حاضر بدرجات معبّرة في مادّة تقنين المعاملات المدنيّة.

ثانيا: معرفة أنّ الفقه المالكي والإسلاميّ عموما هو من أهمّ مصادر القانون الوضعي بصفة عامّة بما يسمح بتصحيح النّظر إلى هذا القانون

(1) وردت في لائحة الشيخ جعيط المعتمدة في تقنين كتاب الميراث في مجلّة الأحوال الشخصية. هذه الملاحظة في هامش كتاب الميراث (الفصول من 787 إلى 866): "أحكام هذا الكتاب كلّها مستمدّة من خصوص أصول المذهب المالكي الزكّي بناء على ما تقتضيه الترتيب وجرى به العمل بالبلاد التونسية من أنّ الإرث لا يجري إلّا طبق قواعد هذا المذهب رضي الله عن إمامه وعن سائر أئمّة هذه الأمة". مطبعة الإرادة- تونس، دون تاريخ، قسم أحكام الأحوال الشخصية، ص 376. انظر بمزيد التفصيل: عبد الباسط قوادر، تأثير الفقه المالكي في مجلّة الأحوال الشخصية: كتاب الميراث نموذجا، مداخلة في ندوة إشعاع الفقه المالكي، منشورة في هذا الكتاب.

(2) انظر: يوسف بالعيوني، تأثير الفقه المالكي في عقد الشركة في مجلّة الالتزامات والعقود، مداخلة في ندوة إشعاع الفقه المالكي، منشورة في هذا الكتاب.

باعتباره متأصلاً ومتجذراً في أصوله وليس منبتاً. ومن ثمّ نبذ الأفكار المسبقة والمسلّمة بشأن انبثاق القانون الوضعيّ وكونه صنعة استعماريّة منقطعة عن الجذور التاريخيّة للقانون في بلادنا والحال أنّ إشعاع الفقه المالكي عليه كفيل لوحده بتفنيده ذلك الانطباع.

ثالثاً: حتّى الفكر الشرعيّ على تطوير موقفه من القانون الوضعيّ والتعامل معه بايجابيّة بوصفه امتداداً شكليّاً لجوهر ومضمون شرعيّ⁽¹⁾ إذ لا يعقل أن يقطع حبل قانون متين تشكّل على مدى قرون ونعني الفقه الإسلاميّ المالكي خصوصاً بمجرد دخول مستعمر أجنبيّ فعل ما فعل لكنّه اندحر، وبقي الأمر لأهله. فاستدامة نبذ القانون على أنّه من صنع ذلك المستعمر فيه خدمة لأغراضه بدل إسقاطها، وبعد عن مقتضيات الاستقلال الفكريّ والاستئناف الحضاريّ⁽²⁾ على أسس أصيلة وثوابت راسخة من موروثنا الفقهيّ الزاخر وخصوصاً منه الفقه المالكي.

رابعاً : استنهاض الفكر الشرعيّ لتناول القوانين الوضعيّة بدءاً بالتقنين المدني بالدراسة النقديّة الفاحصة من منظور الفقه المالكي والإسلامي عموماً لتمحيص ما يوافق وما يخالفه، وما فيه متّسع للتطوير والإصلاح من ذلك المنظور بما يحقّق ملاءمة القانون لمصدره الفقهيّ في ظلّ القرآن والسنة وتحت راية الدّستور.

18- تؤكّد جملة هذه الفوائد إشعاع الفقه المالكي على التقنين المدني في بلادنا، وهي بدورها لا تتأكّد إلّا بتحقيق تأثير الفقه المالكي في التقنين المدني، وهذه مهمّة موكولة إلى زملائي الذين سيشرحون ذلك إجمالاً

(1) انظر: أحمد بن طالب، من مظاهر التجديد في قضاء المدرسة الإفريقية بالقيروان: رؤية قانونيّة معاصرة، مجلّة الهداية الصادرة عن المجلس الإسلاميّ الأعلى، العدد 192، سبتمبر- أكتوبر 2014، ص7.

(2) انظر: سليمان الشواشي، نظريّة الاستخلاف والاستئناف الحضاري، مجلّة الهداية، العدد 199، أكتوبر - نوفمبر - ديسمبر 2016، ص4.

وتفصيلا طوال أعمال هذه الندوة، وأنا على يقين من قدرتهم الفائقة على تبليغ الفكرة ونيل المقصود، فلهم كل الشكر سلفا كما لوزارة الشؤون الدينية على قيامها على هذه الندوة، والحمد لله أولا وآخرا، وصلى الله وسلّم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أثر الفقه المالكي في الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود

د. يحيى الأسود

كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، تونس

المقدمة :

1- المجلة : مشروعان ولجنتان :

لا جدال اليوم في حقيقتين، شاهما اللبس والعُموض لمُدّة من الزّمن، تتمثّلان في أنّ ما صدر في 15 ديسمبر سنة 1906م وحمل عنوان مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة كان مدوّنة صيغت من طرف لجنة ضمت موظفين فرنسيين ومحام إيطالي من أصل تونسي⁽¹⁾، وكان ذلك في مشروع تمهيديّ نوقش سنة 1897م ثمّ عدّل وزيد في فصوله في مشروع أوّليّ طبع سنة 1899م وتُرجم إلى العربيّة وطبع نفس السنة (دون إشارة صريحة في النصّ العربي إلى وجود أصل فرنسي)، تلك هي الحقيقة الأوّليّة، أمّا الحقيقة الثّانية، فهي أنّ مشروع 1899م (أو بالأحرى ترجمته) قد عُرض على لجنة من علماء الزيتونة⁽²⁾، تولّت مناقشته فصلاً فصلاً (أو إجمالاً، أو أبواباً

(1) حول مشروع المجلة وتركيبه اللّجنة الفرنسيّة ولجنة الزّيتونيين ، انظر كتابنا: القواعد العامّة للقانون الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، جدل المصادر وأطوار النشأة ورهانات التّطبيق، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس 2019، ص 655، خاصة الفصل الثاني من الجزء الثاني منه (الصفحات 331 إلى 458)

(2) حول لجنة توجيه النظر الشرعي، المشكلة من زيتونيين، انظر أحمد أدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في الأصول الفقهيّة والتاريخية، تقديم عمر عزيمان، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1996، ص 466 ومحمد بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965) مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 617 (وقد صدرت له طبعة ثانية سنة 2018).

معينة أو مسائل محددة، إذ لا تعلم حقيقة الأمر) وعلى مدى عام حسبما قال مسؤولون فرنسيون.

ولما صدرت المجلة جاءت مختلفة في كثير من أحكامها مما ورد في المشروع، الأمر الذي حمل على الاعتقاد بأن القسم الأهم من التحويلات إنما كانت بطلب من الزيتونيين، لا سيما منها ما زادت شحنته الدينية⁽¹⁾، من ذلك جعل "أداء اليمين بجامع الخطبة" (فصل 495م.إ.ع) بعد أن كان بمجلس الحكم (578 في المشروع)؛ لكن ما تمّ فعلا خلال الفترة الممتدة بين صيف 1899م تاريخ الانتهاء من صياغة مشروع المجلة و15 ديسمبر 1906م تاريخ إصدار المجلة ما زال سرّاً عصياً عن الفهم بسبب الاختفاء المريب للأعمال التحضيرية⁽²⁾.

2- الاستعمار والفقهاء: بين الاسترضاء والتهميش:

لقد اختلف الاستعمار الفرنسي لتونس عن كلّ من الاستيلاء على ممالك وإمارات أوروبا على عهد نابليون من جهة، والاحتلال الاستيطاني حسب النموذج الجزائريّ من جهة أخرى؛ ففي حروب نابليون الأوروبية كان همّه الأوّل هزيمة خصومه عسكرياً وإسقاط الأنظمة السياسيّة، ولم يسع

(1) درست الباحثة بثينة بوقرة نوعي التنقيحات: ما يُرَجَّح أنّها بطلب من الزيتونيين وما يرجح أنها كانت لدواع أخرى، انظر بثينة بوقرة، من مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية (1899) إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1906): دراسة تحليلية، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2003-2004، ص 178 مع عدة ملاحق؛ لكن أسباب ودوافع أهم التنقيحات (خاصة تغيير عنوان المدونة وإسقاط المادة التجارية) لا يمكن القطع فيها برأي وعن ذلك انظر كتابنا "القواعد العامة..." المذكور أنفا، خاصة ص 390-430.

(2) انظر القائمة التي أوردتها الأستاذة رجاء سكراني عن ما هو مفقود من وثائق تتعلق بالأعمال التحضيرية: Raja SAKRANI, Au croisement des cultures de droit occidental et musulman, éd EB-Verlag, Dr. Brandt, Hambourg-Schenefeld, 2009, p.20, note numéro 33.

ومن تلك الوثائق المفقودة أصل مخطوطة مشروع 1899 (بالفرنسية) مكتوبة بخط اليد وملاحظات لشيخ الإسلام حول عدد من فصول، مشروع مجلة اعد في عهد خير الدين باشا (وكان القاضي المرحوم محمود شمام قد قال في كتابه "إشعاع الفقه" الصادر سنة 1986 انه اطلع عليها).

عُموماً إلى فرض النَّمُودج التَّشريعي الفرنسي⁽¹⁾، أمّا في الجزائر فكان ما يشغل بال الفرنسيين: الاستيلاء على الأرض وإخضاع السَّكان.

وأما في تونس، فقد اقتضت السياسة الاستعماريّة لفرنسا الحفاظ على قدر من السَّطوة الشَّكليّة للباي وإدارته المتداعية مع العمل على مواءمة النِّظام القانوني "الأهلي" مع مُقتضيات مصلحة الفرنسيين معمرين وأعوان إدارة؛ وقد اتَّسمت السياسة الفرنسيّة تُجاه المنظومة القانونيّة والقضائيّة، في العقود الثلاثة الأولى من الاحتلال، بكثير من التردّد وبشيء من التَّضارب⁽²⁾، وقد سعت الإقامة العامّة فترة من الزَّمن إلى تشجيع "التَّيار الإصلاحِي" إلى حدّ تمويل أوّل صحيفة عربيّة خاصّة (الحاضرة) ودعم تأسيس جمعيّة الخلدونيّة، مع الحرص على عدم استعداد "التَّيار التَّقليدي" وإظهار الاحترام لشيخ الإسلام والسَّطوة الدينيّة الرّسميّة (أعضاء محكمة الشَّرع والمفتون) والشعبيّة (شيوخ الطرق الصوفيّة)، لكن الاحترام الظاهر لعلّماء الدِّين ترافق أيضاً مع تهميش مقصود حيناً وكنتيجة للاستعلاء والعنصريّة حيناً آخر.

وقد ظهر هذا وذلك في فصول وأحكام مجلّة الالتزامات والعقود ولاسيّما في التوطئة التي وضعت للنصّ الفرنسي من المشروع الأوّل وكانت بمثابة شرح للأسباب.

3- أوّلاً، الاسترضاء :

تعدّدت مظاهره، ومنها :

- نسبة أحكام المجلّة في عمومها إلى فقيه مشهور؛ وفي هذا الصّدّد يقول القانوني الفرنسي أندري مورال "أسّست هاته اللّجنة [لجنة إعداد

(1) لكن جرى تطبيق المجلة المدنية الفرنسية، مع بعض التعديلات خاصة بشأن الطلاق، في الكثير من المناطق التي استولى عليها نابليون

(2) انظر علي المحجوبي، جذور الحركة الوطنية التونسية (1904-1934) تعريب عبد الحميد الشابي، نشر بيت الحكمة، قرطاج (تونس)، 1999 ص 725 ؛ وعن موقف العلماء من الحماية وموقفها منهم؛ انظر أيضاً الدراسة القيّمة للباحث البريطاني أرنولد قرين، العلماء التونسيون 1873-1915، ترجمة حفاوي عمّار وأسماء مولى، بيت الحكمة ودار سحنون للنشر تونس، 1995، ص 430.

المشروع برئاسة برنار روا (Bernard ROY) أعمالها على قول الحكيم الشهير التحرير شهاب الدين القرافي في كتابه "الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام"⁽¹⁾، وذلك الكاتب أستاذ في القانون بجامعة "ليل"، وكلّف بشرح المجلّة (بواسطة مترجمين) إلى قضاة تونس في السنوات الأولى لصدورها.

- أغلب نصوص مشروع المجلّة بها إحالات إلى الفقه الإسلامي، وفي كثير منها ملاحظات ومقارنة بين المذهبين الحنفي والمالكي، وفي عدد من الإحالات تمّت الإشارة إلى تنوع الاجتهادات داخل المذهبين السائدين في تونس.

- تكوين هيئة ما سُمّي "لجنة توجيه النّظر الشرعي" لمناقشة المشروع الأولى لسنة 1899م، وتمّت الاستجابة، على الأرجح، إلى ما أبدته من ملاحظات وتحفظات أو على الأقلّ إلى عدد منها، وتلك التسمية للجنة أطلقها الباحثون عليها مستوحينها من مقال ظهر في جريدة الحاضرة يوم 1900/7/31 وليست اسما رسمياً لها، ولم ينشر أيّ قرار من السّلط بتعيينها.

4- ثانياً، التّهميش :

من مظاهر تهميش الفقه والفقهاء :

- التهمكّم والسّخريّة من العرب والمسلمين، وفي هذا الصّدّد تقول توطئة مشروع 1899م ما ترجمته "هذا الميل إلى الفوضى وهذا العجز العريق"⁽²⁾. عن التّنظيم والانقياد تسبّباً منذ البداية في فشل العرب سياسياً، وكانا كذلك

(1) انظر André MOREL, Précis de droit musulman, Impr. rapide, Tunis 1911, p.V. وهو كتاب مزدوج اللغة، عنوانه بالعربية خلاصة الفقه المدني الإسلامي (المعاملات). شرح مجلة العقود والالتزامات [كذا بينما الالتزامات هي الأولى] : وذلك القول يتناقض مع حقيقة أنّ الإحالات إلى القرافي قليلة في المشروعين وان عنوان ذلك الكتاب لم يذكر في متن وحاشية المشروعين؛ وتلاحظ أن الشارح تجنب حتى استعمال لفظة قانون للإيحاء بان المحتوى خلاصة للفقه وليس تشريعاً وضعياً.

(2) كذا، في ترجمة محمود بن الشيخ (انظر الهامش الموالي)، والأصح الراسخ أو العميق.

سبب ضعفهم في الميدان الفكريّ زيادة على كونهما منعا للفقهاء الإسلامي من أن يُصبح نظاما علميّا"، لكنّه قال بعد أسطر من ذلك، ذامًا ما سبق له أن سبّ العرب بسبب الافتقاد إليه: أنّهم أفرطوا في التّنظيم وبالغوا في التّدقيق.

كما قال مُقرّر لجنة إعداد المشروع في التّقديم له (أي التّوطئة، وهو يقول أنّه من حرّرها، وفي ذلك نظر) مُخطّأ من مكانة الفقهاء الإسلامي وساخرا من العرب:

"C'était le système [du droit romain] plus ou moins altéré qui dominait en Orient dans les pays où les Arabes vinrent d'abord planter leur tente "

وقد أورد مُترجم التّوطئة هذه العبارات بلغة مواربة قائلا:

"ولقد كان القانون الرّوماني الذي وقع تحريفه بنسب متفاوتة هو النّظام السّائد في البلدان الشّرقية التي انتصب بها العرب في أوّل الأمر..."⁽¹⁾.

- هناك عدّة فصول لا إشارة في مصادرها إلى الفقهاء الإسلامي لا من قريب ولا من بعيد؛ مثل الفصل 12 من المجلّة (الفصل 13 من المشروع الأوّلي) والفصل 24 من المجلّة (25 من المشروع الأوّلي) والفصل 26 من المشروع الأوّلي (حذف في المجلّة)، والفصل 28 من المشروع الأوّلي (ما يوازي الفصل 26 من المجلّة، الذي يختلف قليلا عما في المشروع) والفصل 33 من المجلّة (35 في المشروع) والفصل 34 من المجلّة (36 في المشروع).

- تأكيد مقرّر اللّجنة دون أيّ غضاضة بأنّ الحلّ المختار من اللّجنة مُخالف للتّشريع الإسلاميّ: أوضحُ مثال على ذلك ما جاء بطرّة الفصل 333 من المشروع

(1) الفقرتان بالعربية والفرنسية من التوطئة Avant-propos التي صدرت بأصلها الفرنسي طبعة المشروع لسنة 1899، والنص العربي للتوطئة ترجمة شبه حرفية لها ويرجّح إنّها غير رسمية، إذ كان أول من نشرها (في ما نعلم) القاضي محمود بن الشيخ في مجلّة الالتزامات والعقود معدلة ومعلق على فصولها بأحكام القضاء، طبع المطبعة العصرية، تونس، 1966، وقد أعيد طبعها سنة 1982 و1984 (وقد اطلعنا على آخر طبعة).

(حول الشَّرط الجزائي، وقد ترجم في لائحة 1899م بعبارة "شرط الوعيد"، وقد أسقطت كلّ فصول ذلك الشَّرط في الصّيغة النّهائيّة سنة 1906م).

5- التّنافس والخلاف الحنفي- المالكي لدى نُخبة تونس إبّان إعداد مشروع المجلّة :

لقد استقرّ الأمر في تونس منذ طرد الإسبانيين على أن يكون المذهب الرّسمي للطبقة الحاكمة ما كان سائدا في الدّولة العثمانيّة أي المذهب الحنفي، ولم ينقص ذلك كثيرا من مكانة المذهب المالكي لدى المشتغلين بالعلوم الشرعيّة والقضاء والإفتاء.

وقد تنازع سلطات الحماية هدفين متعارضين: الإبقاء على تقديم أهل المذهب الحنفي في المناصب ذات الصّلة بشؤون الدّين حفاظا على وضع قائم وصورنا لبعض مظاهر سُلطة "البيت الحسيني" من جهة، والعمل على تقويض ما يجمع الإيالة مع الدّولة العثمانيّة من جهة أخرى.

وقد كانت الغلبة في البداية للتوجّه الأوّل، لكن منذ أن شرع في إحداث محاكم جهويّة (تُسمّى "أفريقيّة") عام 1896 بدأت الكفّة تميل إلى التوجّه الثاني إلى أن توج ذلك بتسمية مالكي في خطّة شيخ الإسلام لأوّل مرة سنة 1932م.

6 - مفهوم المذهب المالكي في هذا العمل:

المقصود بالمذهب المالكي وبالمالكيّة في هذه الدّراسة معنى موسّعا بأبعاد ثلاثة:

- تراث الفقهاء المنتسبين إلى المذهب المالكي، وليس هنا مقام البحث في ميزات هذا التراث⁽¹⁾؛ إلّا أنّه من الجدير ذكره أنّ تعدّد المدارس داخل المذهب ووجود فقهاء مُجتهدين فيه لهم أراء مستقلّة وتأثّر مالكي العراق والحجاز ونجد بالمذهبيين الحنفي والحنبلي ومالكي مصر بالمذهب الشّافعي، كلّ ذلك فرض على مالكيّة المغرب (إفريقيّ والأندلس) تحديد

(1) وهو أيضا ليس من اختصاص صاحب هذه الورقة، كما أنّه خارج عن موضوعنا.

"المعتمد في المذهب" وأصوله، وقد ألفت في ذلك كتب عديدة بعضها قديم⁽¹⁾ كتبها فقهاء يُناصرون مذهبهم وبعضها مُعاصر دافعها الأساسيّ البحث العلميّ الأكاديميّ الرّصين⁽²⁾.

- عمل وأعراف المنتسبين إلى المالكيّة، ممّا له صلة حقيقيّة أو مُفترضة بالمذهب⁽³⁾.

- الأشخاص والهيئات والفئات المنتمية إلى المذهب المالكي الذي يُحدّد جزء من هويّتهم وعلى أساسه كان يتمّ التّقاضي⁽⁴⁾.

7- موقف المالكيّة من تقنين أحكام الفقه عموماً وإصدار تشريع حديث في تونس:

إنّ جواز تقنين الأحكام في مدوّنة يلزم القاضي والمفتي باعتمادها لم يكن موضع إجماع بين فقهاء مُختلف المذاهب؛ ويعيننا هنا رأي مالكيّة تونس في آخر القرن 19 ومطلع القرن العشرين لأنّ الحنفيّة لا يُخالفون في عُمومهم ما سارت عليه الدّولة العثمانيّة في هذا الصّدّد.

وقد تنازع المالكيّة رأيان أولهما يقول بأنّ تقييد القاضي باجتهاد معيّن مُنافٍ لوظيفة القضاء الذي لا يجب تقييده برأي⁽⁵⁾، وثانيهما يبيحه⁽⁶⁾.

(1) منها: الزقاق (أبو الحسن علي التجيبي)، انظر: المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، شرح الإمام المنجور أحمد ابن علي المنجور،

دراسة وتحقيق محمّد الشيخ محمّد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، ج 02، ص 799.

(2) منها الكتاب القيم: محمّد علي إبراهيم، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث والدراسات الإسلامية، دبي، 2000، ص 660.

(3) تمازجت الأعراف مع أحكام الفقه المالكي إلى حدّ يصعب في بعض الحالات تمييز هذه عن تلك.

(4) استمرّ العمل باعتماد مذهب المدعى عليه في التّقاضي في مواد الأحوال الشخصية والاستحقاقية (العقارات غير المسجلة) إلى توحيد القضاء الذي تم على مراحل عامي 1956 و 1957 (مع بعض التعديلات عام 1948).

(5) هذا رأي عدة فقهاء منهم ابن فرحون (تبصرة الحكام: ج 1، ص 22-23) والحطاب (مواهب الجليل: ج 06، ص 93-98)

(6) حول رأي الفريقين من المالكية وسواهم انظر: محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، الدوحة، 1983.

ولأ نعثر على أيّ أثر لجدل بشأن موقف علماء تونس من تقنين أحكام الفقه الإسلامي، ويبدو أنّ النّخبة التونسيّة حينها لم تكن معارضة لسنّ تشريع حديث متى كان مضمونه متّفقا مع أحكام الشّريعة الإسلاميّة أو على الأقلّ غير مخالف لها (وشدّد على ذلك جزئيا محمّد السنوسي في كتابه مطلع الدراري)⁽¹⁾، ولم يختلف في ذلك مالكيّة تونس عن حنفيّها، ورغم ما كان لعلماء تونس من تحفّظ عن المشاركة في إعداد وشرح ما صدر من تشريعات واكبت عهد الأمان أو ظهرت لاحقا في عهد خير الدين باشا، إلّا أنّ ذلك لم يحلّ دُون مُساهمة بعضهم في لجنة توجيه النّظر الشّرعي، كما أنّ من المرجّح أنّ جماعة صحيفة الحاضرة قد ساعدت في جمع الإحالات والمراجع التي تمّ إيرادها في طرة فصول مشروع 1897م و1899م، وفي توطئة هذا الأخير⁽²⁾.

8- لمحة عامّة عن مجلّة الالتزامات والعقود :

لقد أعدت في البداية مدوّنة سُمّيت مشروع تمهيدّي للمجلّة المدنيّة والتجاريّة التونسيّة بها 1851 فصلا⁽³⁾ وقد حوى كتابين؛ أمّا الكتاب الأوّل فيضمّ أقلّ من ثلث فصول المشروع : من الفصل 01 إلى الفصل 528 وقُسّم

(1) ألف الكتاب بعد العفو عليه إثر نفيه ثلاثة أشهر إلى مدينة قابس بسبب مشاركته في احتجاجات " النازلة التونسية" عام 1885، والكتاب في ظاهره شرح للقانون العقاري وفي حقيقته محاولة لتقديم أسانيد من الفقه الإسلامي للقانون العقاري الذي صيغ لسلب التونسيين عقاراتهم، وقد طبع كتابه مع ملخص فرنسي على نفقة السلطة وكوئف صاحبه على ذلك بتعيينه قاضيا بالمجلس المختلط (المحكمة العقارية)؛ انظر في ذلك دراسة القاضي رشيد الصباغ الآتي ذكرها أدناه وكتاب منصف الشنوفي، مجد السنوسي. حياته وأثاره، نشریات الجامعة التونسية، تونس، 1977.

(2) عرضنا إلى ذلك في كتابنا "القواعد العامة.." في مواضع مختلفة منها بالفقرة 501، وعن صحيفة الحاضرة وتعاونها مع المستعمرین: أنظر أحمدية النيفر، الخطاب الديني في الصحافة التونسية قراءة في مرحلة التأسيس، (1881-1911) مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 69 إلى 117.

(3) ذلك المشروع لم يترجم، على ما نعلم، إلى العربية، وقد طبع بتونس:

Projet préliminaire du code civil et commercial tunisien. soumis à la commission de codification des lois tunisiennes, Imprimerie générale, J. Picard et Cie, Tunis, 1897, P. 410.

إلى ستّة عنوانين كان أقصرها الأوّل الذي ضمّ فصلين فقط وسُمّي "في الالتزامات عُموما"، وأمّا الكتاب الثّاني فتضمّن خمسة عشر عنوانا أولها "في البيع" وثانيها في المعاوضة وثالثها في الكراء أمّا آخرها فشمل الإعسار والتّفليس وأصناف الدائنين.

وبعد عامين ظهر مشروع جديد احتوى على أغلب ما جاء في المشروع الأوّل مع زيادة هامّة في عدد الفصول وإعادة صياغة لبعضها، وقد ترجم كامل مشروع 1899م، وسُمّي بالمشروع الأوّل⁽¹⁾ وقد طبعت ترجمته العربيّة (دون أدنى إشارة إلى وجود الأصل الفرنسي) وذلك في مصتّف له عنوان "لائحة ابتدائية لقانون مدنيّ وتجاريّ للملكة التونسيّة"

وضمّ كلّ من المشروع وترجمته 212479 فصلا منها 657 بالكتاب الأوّل.

وقد حافظت المجلّة على تقسيمها الثنائي منذ مشروع 1897م، لكن تسميتها وعدد فصولها وتقسيماتها الداخليّة تغيّرت كثيرا، واتّخذت عنونها الحالي (مع صفة التونسيّة إلى 2005م).

ولمّا صدرت المجلّة سنة 1906 م كان بها 1632 فصلا منها 563 بالكتاب الأوّل، ثمّ ألغي عدد من الفصول في مناسبات مختلفه أهمّها عند صدور مجلّة الحقوق العينيّة سنة 1965م التي نقلت إليها بعض أبواب م.إ.ع.

(1) ظهرت الطبعة في مجلد واحد به توطئة وفهرس وقائمة في إصلاح الأخطاء المطبعية

SANTILANA (David), Code civil et commercial tunisien. Avant-projet discuté et adopté au rapport de Santillana, Imprimerie générale J. Picard, Tunis 1899, XVIII-p. 860.

في حقيقة الأمر هناك ترجمتان صدرتا في نفس السنة وهما لا تختلفان كثيرا عن بعضهما، ولا يعلم سبب ذلك، وقد يكون للأمر صلة بخلاف بين المقيم العام ورئيس اللجنة الذي هو في نفس الوقت كاتب عام للحكومة، إذ ربما كان لكل منهما فريق عمل ومرؤوسين ظهرت الطبعة في مجلد واحد به توطئة وفهرس وقائمة في إصلاح الأخطاء المطبعية

SANTILANA (David), Code civil et commercial tunisien . Avant-projet discuté et adopté au rapport de Santillana, Imprimerie générale J. Picard, Tunis 1899, XVIII-860 p

وبالمجلة حاليًا 1531 فصلاً⁽¹⁾، وهي تضمّ كتابين، أولهما (موضوع بحثنا الآن) يحمل عنوان "فيما تعمر به الذمة مُطلقاً" Des obligations en général وبه 563 فصلاً، وثاني الكتابين عنوانه "في العقود وشبهها".

وينقسم الكتاب الأوّل إلى ثمانية عناوين أولها : في أسباب تعميم الذمة، يلي ذلك العنوان الثاني الذي لا يحمل تسمية، فالعنوان الثالث: فيما يتغيّر به الالتزام (أي الأجل والشّروط وسواهما)، فالعنوان الرابع: في انتقال الالتزامات، فالعنوان الخامس: فيما يترتب على الالتزامات، فالعنوان السادس: في تعميم الذمة وبراءتها، ثم العنوان السابع في انقضاء الالتزامات، وأخيرا العنوان الثامن "في إثبات تعميم الذمة وبراءتها".

ولم تطرأ تغييرات ذات بال على فصول الكتاب الأوّل من المجلة منذ صدورها، مع أنّه نقحت بعض أحكامها الهامة، وبعضها أكثر من مرّة مثل سنّ الأهلية⁽²⁾.

9- التضارب بشأن صلة المجلة بالفقه الإسلامي: تقويمات مختلفة:

اختلفت الآراء بشأن طبيعة أحكام المجلة ومدى أثر كلّ من القانون الفرنسي والفقه الإسلاميّ في مختلف أبوابها وعناوينها، ومن أسباب الاختلاف القصور في الاطّلاع على التشريع الإسلاميّ أو القانون الفرنسي والغفلة عن السّياق التّاريخي الذي ظهرت فيه المجلة، والتسرّع في التّسليم السّاذج ببعض ما ورد في توطئة المشروع الأوّلي (مع أنّ التّمعّن فيها يجد أقوالاً متضاربة)⁽³⁾

(1) ذلك عدد آخر فصل في مدونة المجلة حالياً، لكن احتساب العدد الفعلي للفصول يقتضي حذف ما ألغي (مثل 831 و817) وزيادة ما تكرر (مثل 453 و93).

(2) آخر ما طرأ من تنقيحات على فصول الكتاب الأوّل كان بالقانون عدد36لسنة 2016 (2016/4/29) المتعلق بالإجراءات الجماعية الذي غير صياغة الفصول 06 و125 و155.

(3) أول عمل علمي درس التوطئة كان بعد مرور قرن على صدورهما، ونقصد بذلك دراسة الأستاذ نذير بن عمو المنشورة بالقسم الفرنسي من كتاب مائوية المجلة:

Nadhir Ben Ammu, « L'avant-propos de l'avant-projet du code civil et commercial tunisien (Commentaire d'un indigène décolonisé sur l'œuvre d'un orientaliste faisant fonction de législateur) », in Livre du centenaire du code des obligations et des contrats, éd Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2006, p. 64-89.

والمبالغة في دور مقرّر اللّجنة في صياغة الفصول وفي ثقافته القانونيّة ودرايته بالفقه الإسلاميّ.

وقد ذهب الدّارسون للمجّلة في ذلك مذاهب شتّى، يضيق المجال عن ذكرها⁽¹⁾، فمنهم من رأى أنّها في حقيقة الأمر مدوّنتان مُختلفتان: كتاب أوّل يطغى فيه القانون الفرنسي، وكتاب ثان يتّسم بغلبة الفقه الإسلاميّ والأعراف التونسيّة⁽²⁾ وقد انتمينا في أطروحتنا وكتابنا، بعد مناقشة مختلف الآراء إلى ترجيح رأي الأستاذ عبد المجيد الزروقي الذي قال بوضوح لا لبس فيه: "مجّلة الالتزامات والعقود مجّلة فرنسيّة مادّة أو على الأقلّ رُوحاً"⁽³⁾.

وإلى ذلك ذهب أيضاً آخرون بعبارات أقلّ حسماً مثل المرحوم محمّد الزين⁽⁴⁾.

وللمقارنة فإنّ القانون العقاري الذي صدر في بداية الاستعمار الفرنسي عام 1885 كان به 75 بالمائة قانون فرنسيّ و 04 بالمائة فقه إسلاميّ وذلك حسب الرئيس الأوّل السّابق لمحكمة التّعقيب⁽⁵⁾.

(1) للاطلاع على أهم الآراء بشأن ذلك يراجع مقدمة الباحث المغربي أحمد أدريوش في كتابه الآتي ذكره (وما قاله عن المغرب يصح عن تونس لأنّ المجلة المغربية مقتبسة من المجلة التونسية)، انظر: أحمد أدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، تقديم عمر عزيمان، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1996، ص 466.

(2) ممن قال بذلك فوزي بالكثاني، انظر دراسته

Faouzi Belkneni. « Le C.O.C et la codification », Livre de centenaire du C.O.C, C.P.U, Tunis, 2006, p. 05-63.

(3) عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، تونس، 2003، ص 25، وقد صدرت الأطروحة في كتاب بنفس العنوان وفيه نفس الرأي عن دار الكتب العلمية، بيروت، 2010، ص 596، وظهرت له طبعة أخرى سنة 2017 (لم نطلع عليها) عن دار النشر الألمانية Verlag: Deutschland.

(4) أنظر خاصة دراسته

Mohamed ZINE, « Centenaire de la codification en Tunisie, le C.O.C », in « La codification », ouv. col. sous la direction de Bernard Beignier, édition Dalloz, Paris 1996, p. 187-195 spéc p. 189.

(5) انظر رشيد الصبّاغ "التأصيل الفقهي للقانون العقاري في كتاب مطلع الدراري"، دراسة قدمت في مائوية القانون العقاري: ملتقى علمي نظّمته كلية الحقوق بسوسة بالتعاون مع إدارة الملكية العقارية 9-10-11 أفريل 1987، ونشرت ضمن أعمال المؤتمر، ص 57-86، انظر خاصة ص 77 منها.

وأيا يكن الأمر، فإنّ المجلّة بكتابتها مستمدّة من مصادر متعدّدة منها أساسا الفقه الإسلاميّ من جهة والقانون الفرنسي من جهة أخرى.

10- مؤامة أحكام المجلّة مع القانون الفرنسي :

حرص محررو مشروع المجلّة ومُراجعوه على التّقريب بين الحل الغربي المعتمد ورأي شقّ من الفقه الإسلاميّ.

وقد جاء في توطئة المشروع "حرصت اللّجنة على المحافظة عليها [أي مبادئ الفقه الإسلاميّ] وعلى أن لا تُخاطب العرب إلّا بلغة فُقهائهم نفسها وبعبارة أوضح عن طريق فُقهائهم".

ومن الواضح أنّ معدّي المجلّة وقبلها المشروع قد حرصوا على أن يكون هناك انسجام بين أحكام التّشريع الجديد وقواعد وأصول الفقه الإسلاميّ، لكن القول بأنّ اللّجنة خاطبت العرب بلُغة فُقهائهم فيه مُبالغة شديدة، ولو كان الأمر فعلا على نحو ما قال مقرّر اللّجنة لما بقيت السّلطات متردّدة ثماني سنوات (من ربيع 1899 إلى جوان 1907) قبل إجراء العمل بالمجلّة.

11- الموازنة بين تأثير المذهب الحنفي والمذهب المالكي :

- تقول توطئة مشروع 1899م "ولقد اعتمدت اللّجنة بصفة عامّة المذهب الحنفي كلّما كانت قواعده مُنسجمة أكثر من قواعد المذهب المالكيّ مع التّنظيم العامّ للمجلّة ومع مبادئ القانون الأوروبيّ"، لكنّ النصّ الفرنسي كان أشدّ وضوحا في التّصريح بتغليب المذهب المالكي.

"Elle a suivi en général les doctrines de l'école malikite qui est celle de la majorité des tunisiens, mais elle n'a pas hésité à se faire hanéfite partout où les règles de cette école convenaient mieux au système général du code et aux principes du droit européen⁽¹⁾".

(1) الففرتان بالعربيّة والفرنسيّة من التوطئة Avant-propos وترجمتها، سالفتي الذكر.

وإنّ تغليب المذهب المالكيّ على المذهب الحنفي قد يكون في تأصيل الحلول في الإحالات والملاحظات المضمّنة بحاشية فصول المجلّة، وقد لا يكون بنفس القدر في الحلول نفسها، فصلة بعض الأحكام بالمؤلّفات المستشهد بها كثيرا ما كانت واهية جدّا، وهو أمر يصدق أيضا على عدد ممّا نسب إلى مؤلّفات غربيّة ومدوّنات القانون الروماني.

ولعلّ قلّة الكتب المالكيّة⁽¹⁾ المطبوعة حينها، مُقارنة بمؤلّفات الحنفيّة، كانت عائقا في استكشاف رأي فقهاء مذهب إمام المدينة.

12- فرضيّة البحث :

منطلق الدّراسة ما ظهر من تباين هائل في المواقف عن صلة المجلّة بالفقه الإسلاميّ عموما⁽²⁾، ورُجحان الرّأي القائل بازدواجيّة المصدر (فقه إسلامي/قانون غربي) في الوسطين الأكاديمي والقضائي، مع اختلاف شديد في تغليب واحد منهما على الآخر تبعا للتحيزات الإيدولوجيّة واستحضار الحميّة الوطنيّة؛ وهذا وذاك يبرز من خلال غلبة الانطباعيّة في الأحكام والانتقائيّة في الشّواهد والحجج.

ولا ريب أنّ بالمجلّة قواعد وأحكام مأخوذة عن القوانين الغربيّة، وأخرى مصدرها الفقه الإسلامي، وهذا الصّنف الأخير الكثير منه من الفقه المالكي.

ذلك ما نبهته حاليا متنكبين عن نهج "الاستعادة" Récupération التي جعلت البعض ينفي الأثر الفرنسي في المجلّة متجاهلين حقيقة أنّ المشروع إنّما أعدّ ممن يجهلون الفقه الإسلامي واللّغة العربيّة (بما في ذلك سانتيلانا)⁽³⁾ من جهة، ونهج الاستلاب أو المركزيّة الأوروبيّة من جهة أخرى.

(1) أغلبها طبع في المطبعة الرسميّة بتونس دون تحقيق أو مقارنة بين نسخ مختلفة.

(2) كما أشرنا إلى ذلك أعلاه في الفقرة 09.

(3) شرحنا ذلك بإسهاب في كتابنا القواعد العامة سالف الذكر.

13- التمتّي الذي سنتبعه :

يُمكن تقْيّي أثر الفقه المالكي في الكتاب الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود من جوانب متنوعة، لكن ندرة ما كتب عن ذلك⁽¹⁾ يفرض علينا البحث إجمالاً في صور وتجليات هذا الأثر في ذلك التقنين، فكيف ظهر أثر الفقه المالكي في م.إ.ع ؟

المقاربة التي اعتمدها لدراسة موضوعنا تقوم أساساً على مقارنة الأحكام الواردة بفصول الكتاب الأوّل من م.إ.ع بالإحالات الموضوعية في طرة فُصول المشروع، من جهة، والنظر في الأحكام المُعتمدة بميزان توافقها مع الرأْي الغالب في المذهب المالكي، من جهة ثانية؛ وتنزيل المجلّة في السّياق التّاريخي الذي صدرت فيه، من جهة ثالثة.

وننوّه في مقدّمة هذا العمل إلى أنّ الحالات التي يمكن فيها الجزم بأنّ الحلّ المعتمد في أحكام المجلّة مأخوذ عن مذهب محدّد أو مرجع معيّن، حالات محدودة لثلاثة أسباب :

- وجود نصوص قانونية سابقة في الإيالة (بدورها هجينة) كثيراً ما تمّ اعتماد ما جاء فيها ومنها مجلّة 1861 م⁽²⁾ وعهد الأمان⁽³⁾، إضافة إلى أوامر عليّة أخرى، وخاصة:

+ الأمر العليّ في ضبط الأصول الجاري بها العمل في عُرف الفلاحة والخماسة لسنة 1874 م ويسمّيه المشروع المجلّة الرّيفيّة Code rural.

(1) لم يخصص، حسب علمنا، أي عمل لهذا الموضوع، لكن صلة المجلة عموماً بالفقه الإسلامي تمّ بحثها في إطار دراسة مصادر المجلة عموماً، ومن تلك الأعمال كتاب الأستاذ محمد بوزغيبية وكتابتنا سألني الذكر وأطروحة الأستاذة رجاء سكراني وكتابتها "تقاطع ثقافات القانون..." (بالفرنسية) المذكور أعلاه.

(2) خلافاً لما قد يوحي به اسم المجلة نجد أنّها ابواباً للعقود ومنها عقد البيع والوديعة والرهن، وسرعان ما أوقف العمل بالمجلة مع تعليق العمل بدستور 1861 بضغط من القوى الأوروبية وبتأثير من ثورة علي بن غداهم.

(3) انظر في ذلك عبد الفتاح عمر وقيس سعيد، نصوص ووثائق سياسية تونسية، مركز الدراسات والبحوث والنشر وكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس، 1987، ص 50.

+ مشروع للمجلة التجارية (أحيل إليه في مشروع 1897 م و 1899 م ويبدو أنه مفقود).

وذكرت إحدى الباحثات⁽¹⁾ أنّها أحصت في الكتاب الأول من المشروع الأولي لسنة 1899 م حوالي مائة وخمسين إحالة إلى نصوص سابقة للحماية ومنها عهد الأمان؛ وتلك نصوص تحتاج بذاتها إلى دراسة مُستفيضة لتمييز الأصيل عن الدّخيل والعرفي عن الفقهي والجديد المبتكر عن التقليدي المعتمد.

- أغلب الحلول هجينة تتمازج فيها المصادر

- تعدّد الآراء وتنوّعها داخل كلّ مذهب

14- أهميّة الموضوع وحصره :

مجلة الالتزامات والعقود هي المدوّنة التّشريعيّة الأساسيّة في المنظومة القانونيّة التونسيّة، إذ أنّها " الهرم القانوني بالنّسبة لسائر المجلّات...إنّها أمّ المجلّات"⁽²⁾، بل إنّ أهمّيّتها تجاوزت حدود تونس إلى أنظمة قانونيّة اقتبست منها وخاصّة المجلّات المغربيّة والموريتانيّة واللبنانيّة⁽³⁾.

ويأتي الكتاب الأوّل من المجلّة في المكانة الأولى من الأهميّة، فالإحكامه تُحيل عديد المجلّات والقوانين الخاصّة⁽⁴⁾، وعلّمها يُعوّل القضاء العدلي⁽⁵⁾ والإداري⁽⁶⁾ في البحث عما يستشكل من مسائل.

(1) انظر : Raja SAKRANI , Au croisement des cultures de droit occidental et musulman , Op.Cit, p

(2) محمّد صالح العياري، مجلة الالتزامات والعقود في ضوء متغيّرات العصر، دن، مطبعة فنّ الطّباعة، تونس، 1997، ص 16.

(3) انظر محمد كمال شرف الدين، «خواطر حول مكانة القانون المدني الجزائري في منظومة المدونات العربيّة»، محاضرة ألقيت في الملتقى الدولي المنعقد بالجزائر بمناسبة مرور 40 عاما على صدور القانون المدني الجزائري؛ (جمعت أعمال الملتقى في عدد خاص لمجلة حوليات جامعة الجزائر 1: العدد 05/2016، ونشرت هذه المحاضرة في الصفحات 203 الى 223).

(4) من الأمثلة على ذلك الفصل 597 من المجلة التجارية.

(5) تطبيق أحكام الكتاب الأوّل في مختلف مواد القانون الخاص أمر معلوم، ومن الأمثلة على ذلك، انظر محمد المنصف بوقرة، "مجلة الالتزامات والعقود أمام قاضي الأحوال الشخصية"، كتاب مانوية محلّة للالتزامات والعقود، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 317-395.

(6) عن تطبيقها من طرف القضاء الإداري انظر:

لكل ذلك فإنّ البحث في "أثر الفقه المالكيّ في الكتاب الأوّل من م.إ.ع"، لا يتعلّق فحسب بتلك المدوّنة وبمادّة الالتزامات في القانون المدني، وإنّما يتجاوز ذلك ليكشف عن أثر الفقه المالكيّ في القانون التونسيّ برمّته⁽¹⁾.

لكن سعة الأثر وثرء الكتاب الأوّل يدفع الباحث إلى دراسة مسائل محدّدة، مؤمّلاً أن تتضافر الجهود في دراسة جوانب أخرى منه لاستكمال ما سبق بحثه ممّا له صلة بالموضوع في أعمال علميّة وجامعيّة ممّا أشرنا إلى كثير منها في ثنايا هذه الورقة⁽²⁾.

بيد أنّ عملنا الحالي (الذي نرجو أن يكون مدخلا لدراسة مختلف الأبواب بابا بابا) سيبحث أثر الفقه المالكي في مجمل الكتاب الأوّل، ساعين للتحقّق من فرضيّة تبوّأ الفقه المالكي مكانة المصدر الاحتياطي للكتاب الأوّل من المجلّة، وهي مكانة لا تحتاج إلى التّنصيص عليها صراحة، إذ "سواء نصّ أو لم ينص على أنّ الشريعة الإسلاميّة هي المصدر الرئيسيّ فلا أثر لذلك على جعلها المصدر الرئيسيّ للتّشريع (إذ) أنّ التّشريع يستمدّ مادّته الأولى من القيم السياسيّة والاجتماعيّة والاقتصاديّة السائدة في المجتمع، ولما كانت المجتمعات العربيّة تدين غالبيتها بالإسلام؛ فإنّه من المنطقيّ أن تأتي هذه القيم مستمدّة من الشريعة الإسلاميّة، (لذا) فإنّ مكانة الشريعة الإسلاميّة لن تتأثّر سواء نصّ عليها أم لم ينص"⁽³⁾.

Hafedh Ben Salah, « Le tribunal administratif et le c.o.c », In livre du centenaire du COC (1906-2006), ouvrage collectif sous la direction de Mohamed Kamel Charfeddine, éd C.P.U, Tunis 2006, p.629-633.

(1) انظر جوانب من هذا: صلاح الدين المولي، "إشكالية المصادر ومكانة الفقه الإسلامي أمام فقه القضاء المدني"، في المؤلّف الجماعي خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959-2009، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص 79-97.

(2) من الأعمال الرائدة ما كتبه محمود شمام، إشعاع الفقه الإسلامي على القانون الوضعي بالبلاد التونسية، دن، تونس، 1986، 301ص، لكن كتاب عبد المجيد الزروقي عن " أحكام الغلط، دراسة في المنهجية التشريعية" يظل فريدا في باب ما به من دراسة معمقة ومستفيضة لقسم من المجلة (وهو في الحقيقة درّس عيوب الرضا و آثارها عموما وليس الغلط فحسب).

(3) انظر حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، "المجلة الدولية للقانون"، موقع "كيوساينس دوت كوم" منصة نشر إلكترونية تُدار من قبل دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، تاريخ الاطلاع 2019/6/06.

وبادئ ذي بدء، لا بدّ من الإشارة إلى أنّ قواعد القانون الوضعي لها العلوّية على ما عداها من القواعد في النّظام القانوني التونسي، وذلك ليس موضع جدال منذ انتصاب الحماية، وتلك قاعدة لم تذكر صراحة في المجلّة، لكن ورد ما يجعلها مبدأ عامًا، وفق مُقتضيات عدد من الفصول أهمّها الفصل 542 "لا تنسخ القوانين إلّا بقوانين بعدها..." والفصل 545 "جهل القانون لا يكون عُذرا في ارتكاب ممنوع أو فيما لا يخفى حتّى على العوام وذلك بعد نشره ومُضيّ المدّة المعينة لإجراء العمل به" والفصل 543 "العادة والعرف لا يخالفان النصّ الصّريح"، لكن متى انعدم النصّ الصّريح لأنّه لا وجود أصلا لنصّ أو كان غامضا، وجب الرّجوع إلى المصدر الاحتياطيّ للقانون الذي هو تحديدا الأحكام الفقهيّة في المذهب المالكيّ التي كان معمول بها ولم تلغ صراحة.

وعندما صدرت المجلّة سنة 1906م لم تنص في أحكامها صراحة على إلغاء الأحكام السّابقة المعمول بها وكذلك كان حال أمر إصدارها الذي أشارت ديباجته إلى أنّ مبرّر ظهورها "بناء على اقتضاء المصلحة تدوين القواعد والفوائد المتعلّقة بالالتزامات والعقود"، وهذا مخالف لما قرّره المشرّع الفرنسي الذي ألغى صراحة بالفصل السّابع من قانون إصدار المجلّة المدنيّة على إلغاء جميع القوانين الرومانيّة والأعراف العامّة والخاصّة وكلّ المراسيم والنصوص السّابقة المخالفة لأحكام المجلّة⁽¹⁾، لذا فإنّ مجلّة الالتزامات والعقود تقرّ بأنّ الفقه المالكيّ مصدر احتياطيّ عند تأويل النصّ التّشريعيّ وذلك موضوع بحثنا في الجزء الأوّل، وهو أيضا مصدر متمّم لأحكام الكتاب الأوّل عند إحالة المجلّة إلى العرف كمصدر تكميليّ، لأنّ الفقه المالكيّ راسخ في عرف العوام والعلماء.

الجزء الأوّل: الفقه المالكيّ مصدر احتياطيّ عند تأويل النصّ التّشريعيّ

أ- معضلة الفراغ والغُموض

(1) قانون 25 مارس 1804 ويسمى أيضا قانون 30 Ventôse anXII، وهو قانون لتجميع نصوص المجلّة لأنها صدرت على دفعات في 36 قانونا خاصا (جول المجلّة الفرنسيّة وأطوار إصدارها انظر كتابنا عن القواعد العامّة).

ب- أحكام المجلة تقتضي اعتماد الفقه المالكي مصدرا احتياطيًا

الجزء الثاني: الفقه المالكي مصدر أساسي في صورة تفويض العرف

أ- الإحالة إلى العرف في نصوص خاصة: إحالة إلى الفقه المالكي

ب- الإحالة إلى العرف في نصوص عامة: إحالة عامة إلى الفقه المالكي

وأصول الفقه

الجزء الأول: الفقه المالكي مصدرا احتياطي عند تأويل النص التشريعي:

15- أقرت فصول الكتاب الأول بحقيقة واقعية أنكرها قسم من

القانونيين الفرنسيين (مثل كلسن وأتباع مدرسة الشرح على المتون) زمنا

طويلا وهي معضلة الفراغ والغموض التشريعيين^(أ)، ولحل هذه المعضلة

قَبِلَ معدّو المجلة⁽¹⁾ الرجوع إلى الفقه المالكي كمصدر احتياطي (ب).

أ- معضلة الفراغ والغموض

16- لا يستطيع التشريع الإحاطة بكلّ الصّور: والأوضاع وقديما قيل

"يحدث للنّاس أفضية على قدر ما أحدثوا من الفجور"⁽²⁾، لكن ليس ذلك

فقط معضلة القانون عند تنزيهه على أرض الواقع، إذ هناك أيضا مشكلة

الغموض والتضارب والتي استفحلت منذ مُنتصف القرن الماضي مع

التّضخم التشريعي وعدم إتقان صياغة النّصوص.

1-17- الفراغ والغموض حقيقة ثابتة :

ساد في فرنسا طيلة القرن التّاسع عشر إسباغ هالة من القداسة على

المجلة المدنيّة، جعلت أغلب القانونيين الفرنسيين يعتبرونها متصفة

(1) على مضمّن، ومن دلائل ذلك ما ذكر في المشروع الأولي لسنة 1899، بأنّه قد يتم حذف جميع فصول باب "في تفسير بعض ما يصرح فيه بالرضاء وفي شيء من الأصول القانونية"، وقد بحثنا في كتابنا القواعد العامة المشار إليه أنفا دوافع التفكير في الحذف وأسباب الاحتفاظ بذلك الباب.

(2) تنسب القولة إلى عمر بن عبد العزيز، والبعض ينسبها إلى الإمام مالك، وهناك من عدّها حديثا مرفوعا.

بالكمال⁽¹⁾، وإذا كان هناك تضارب أو غموض أو فراغ تشريعيّ فإنّهم يُرجعونهُ إلى قُصور في الفهم.

لكن تطوّر المجتمع وانشغال السّلطة عن سنّ القوانين بسبب ما عرفته البلاد من أزمات سياسيّة، فاقمت قُصور التّشريع عن أن يكون مصدر الحُلُول لعدد مُتزايد من المشكلات القانونيّة العويصة مثل المسؤوليّة الشّئيّة التي أخذت أبعادا جديدة مع التّقدّم التقني من جهة وتعاضم دور النّقابات والأحزاب من جهة أخرى؛ فانكشفت للعيان حالات الغموض والفراغ التّشريعي، لاسيّما بعد أن ثبت عدم واقعيّة تدخل المشرع عن طريق "التّشريع الاستعجالي" "Référé legislative"⁽²⁾.

وعند إعداد مجلّة الالتزامات والعقود، لم يعد التّسليم بنظريّة كمال التّشريع سائدا في فرنسا، وتقهرت مكانة مدرسة الشّرح على المتون وظهرت مقولات ونظريّات جديدة خاصّة بعد نشر العلامة "جيني" كتابه⁽³⁾ الذي لا يزال مرجعا ذائع الصّيت إلى يومنا هذا.

بيد أنّ إدراك حقيقة ما بالمجلّة الفرنسيّة من قُصور، وما ظهر بها من غموض وشُغور في تنظيم ما استجدّ، بل والإصداح بذلك في توطئة المشروع

(1) انظر عرضا موجزا عن نظرية كمال التشريع والقائلين بها في كتاب: عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2014، ص 206 إلى 211؛ محمد كمال شرف الدين، القانون المدني: النظرية العامة للقانون، النظرية العامة للحق، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط2، 2017، ص 170-171، ف 150.

(2) في عهد الثورة الفرنسية وضع قانون يلزم القاضي بالتوقف عن النظر في القضية في حالي غياب وغموض النص وان يطلب من المجلس التشريعي إصدار قانون مستعجل لتدارك الأمر، ولم يعمل أبدا بهذا الإجراء، انظر في ذلك أطروحة الأستاذ عز الدين العرفاوي (بالفرنسية) سألفة الذكر، ص 22-27.

Ezzeddine ARFAOUI, Les règles écrites d'interprétation de la loi, Essai d'une méthode officielle d'interprétation des lois, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2000, p 22 à 27.

(3) الكتاب صدر سنة 1899 (عام إعداد المجلّة)، لكن أغلب ما جاء فيه كان معلوما لرجال القانون لأن صاحبه عرض آراءه في الوسط الأكاديمي والقضائي قبل سنوات من ذلك، انظر:

François Geny, Sources et techniques en droit privé positif, introduction, première partie, position actuelle de problème du droit positif et éléments de sa solution, Recueil Sirey, Paris.

الأولى لسنة 1899، إلا أن كل ذلك لم يعصم محرري م.إ.ع من أن تكون القواعد التي وضعوها للتأويل مهمة⁽¹⁾، واتّسمت بالتردد في تحديد الخيار المُعتمد.

18- أولاً، القواعد القانونية للتأويل مهمة:

يميّز رجال القانون بين صُورتي غموض النصّ وشغور النصّ (الفراغ التشريعي)، وهم في ذلك يسيرون على النهج الذي اتّبعته مدرسة الشّرح على المتون في فرنسا وأخذت به ضمناً مجلة الالتزامات والعقود⁽²⁾، مثلما يستخلص من الفصلين 532 و535.

ولا تطرح قواعد التأويل في صورة الغموض إشكالا، فهي تتفق مع جرى عليه عمل القانونيين والفقهاء المسلمين وعلماء أصول الفقه، لا سيّما أحكام الفصل الأساسي المتعلّق بتأويل النصّ الغامض، أي الفصل 532 الذي جاء ناصباً على ما يلي: "نصّ القانون لا يحتمل إلاّ المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون"، فيكون التأويل حسب لفظ النصّ وحسب نيّة واضعه.

الإبهام والغموض إنّما يكتنف سدّ الفراغ وخاصة ما يقرّره الفصل 535 من أنه "إذا تعذر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتبر القياس فإن بقي شكّ جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون".

وقد ثار نقاش حول المقصود هل هو السّكوت Silence أم الفراغ Vide أم الثّغرات Lacunes وهل يدخل ضمن ذلك عدم كفاية النصّ insuffisance ؟ في القانون الفرنسي استخدم الفصل 04 من المجلّة المدنيّة⁽³⁾ تعبير:

(1) انظر الرّأي المخالف لرأينا لدى الأستاذ عز الدين العرفاوي في أطروحته (خاصة مقدمتها)

Ezzeddine Arfaoui, Les règles écrites d'interprétation, Op.cit.

(2) محمّد كمال شرف الدّين، القانون المدني، مرجع سابق، ص 178 ف 158.

(3) ينصّ الفصل الرابع على:

"Silence, obscurité ou Insuffisance de la loi"، وقد ضمّ البعض عدم الكفاية إلى السكوت واعتبرها آخرون داخلة في الغموض⁽¹⁾.

وعند التمعّن في أحكام الفصل 535 نجد أنّه قدّم حلولاً متضمّنة في فصول أخرى وأنّه أغفل مسائل أساسية، فكان بحاجة إلى إخضاعه أيضاً إلى قواعد تأويل النصّ الغامض⁽²⁾.

وإنّ ما جاء بالنصّ بدهيّا أو أثراً لأحكام فصول أخرى:

1-19) تعذّر الحكم بنصّ صريح: إنّ قاعدة إعمال النصّ الصّريح و"لا تأويل للنصّ الواضح" مبدأ تقوم عليه كلّ منظومات القانون المكتوب والشريعة الإسلاميّة، وهي في القانون التّونسي نتيجة منطقيّة لتطبيق أحكام الفصل 532 م.إ.ع، لكن التيقن من وجود نصّ صريح (أو عدم وجوده) كثيراً ما يكون مستعصياً وموضع جدال بسبب كثرة التّصوص وتزاحمها واختلاف مدلولاتها بين العامّ والخاصّ والمطلق والمقيّد والجديد والقديم وتنوّع الأفهام، وقد كانت الصّيغة الفرنسيّة للفصل أكثر أحكاماً لما استخدمت عبارة disposition précise فهي أوضح من عبارة نصّ صريح، فال مقصود ليس النصّ الذي لا يكون غامضاً وإنّما النصّ الخاصّ (أي نصّ محدّد)⁽³⁾.

ثمّ كيف يثبت التعذّر وإلى أيّ حدّ يجب البحث عن نصّ صريح (أو بصفة أدقّ نصّ خاصّ بالحالة أو التّزاع موضوع التّنظر)، وهل للقاضي إرجاء

Article 4 Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

(1) يستخدم القانونيون الفرنسيون لفظة سكوت لأنّها وردت في المجلّة المدنية، وشاع لدى القانونيين العرب نفس العبارة لأنّها كانت مستخدمة عند علماء أصول الفقه الذين أخذوها من أحاديث نبوية منها "الخلالُ ما أحلّ الله في كتابه، والحرامُ ما حرّم الله في كتابه، وما سكّت عنه فهو ممّا عفى عنه".

(2) انظر:

Monia Kari, «Note à propos d'un texte ambigu, l'article 535 du C.O.C.», R.T.D. 1992, p203 et suivi

(3) انظر المرجع السابق، ص 210.

النّظر في قضية إلى حين الانتهاء من استقصاء وجود نصّ ينطبق على الحالة المعروضة عليه؟

يسود، في هذا الصّدد في المادّة القانونيّة، مبدأ "القاضي يعلم القانون" فهو محمول على ذلك في كلّ آن وحين وفي كلّ المجالات، لكن القول بأنّ القاضي يعرف كلّ القواعد القانونيّة وميادين تطبيقها ودون البحث والتقصّي ضرب من الخيال⁽¹⁾.

وفي التّشريع الإسلامي فإنّ الرّأي السّائد بشأن مُعضلة البحث عن الدّليل (أو انعدام الدّليل) يكون "إلى حين حصول ظنّ غالب يطمئن به المؤوّل إلى كون الدّليل المعارض غير موجود... لأنّ اليقين متعذّر"⁽²⁾.

20-2) القياس :

"إذا تعذّر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتبر القياس .."، لكن إذا نظرنا إلى الصّيغة الفرنسيّة للفصل 535 لا نجد ذكراً صريحاً للقياس

Article 535 : «Lorsqu'un cas ne peut être décidé par une disposition précise de la loi, on aura égard aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues ; si la solution est encore douteuse, on décidera d'après les règles générales de droit».

ولقد حافظت أحكام الفصل 535، رغم أهمّيّتها البالغة، على نفس الصّيغة التي وردت في المشروع التّمهيدي فلم يطرأ عليها أيّ تغيير في مشروع 1899م، وظهرت على نفس الصّيغة في المجلّة، ولم يختلف النصّ العربي للمجلّة عن ترجمة المشروع عام 1899م.

(1) مع ذلك فإنّ القاضي الذي يمتنع عن البت في ما يعرض عليه يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة (الفصل 108 من المجلة الجزائية).

(2) انظر عبد المجيد الزروقي، "المسار التأويلي: العقد والقانون أنموذجاً" في المؤلّف الجماعي خمسون عاما من فقه القضاء المدني 1959-2009، تحت إشراف محمد كمال شرف الدين، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، فقرة 110، ص 880.

لكن عدم تحويل النصّ الفرنسي خلال مدّة تجاوزت 120 سنة، واستقرار النصّ العربي على ما كان عليه عام 1899م، لا يعني أنّ هناك تطابقاً بينهما، ذلك أنّ الحلّ المعتمد في الصّيغة الفرنسيّة مختلف عن الصّيغة العربيّة، فالأولى لم تشر صراحة إلى القياس. ونعلم أنّ القياس ضُبِطَ له أركان وقواعد وشروط لدى علماء أصول الفقه⁽¹⁾، وهي تختلف عمّا تحدّد له في علم المنطق والفلسفة.

وتتفق الصّيغة الفرنسيّة مع ما جاء في الفقرة الثّانية من الفصل الثّالث من الأحكام التّمهيدية للمجلّة المدنيّة الإيطاليّة الصّادرة سنة 1865م التي وردت في ترجمتها الفرنسيّة كالآتي:

« Lorsqu'un litige ne peut être tranché au moyen d'une disposition précise de la loi, on doit recourir aux dispositions qui régissent ces cas semblables ou des matières analogues, lorsque le doute subsiste toujours, on se prononcera d'après les principes généraux du droit ».

ومن الواضح أنّ المقصود في المجلّة الإيطاليّة وفي الصّيغة الفرنسيّة بالفصل 535، إمّا هو التّمثيل Analogie وليس القياس Syllogisme بالمعنى الاصطلاحي له؛ وبهذا المعنى قد يفهم سبب وضع القواعد العامّة في مرتبة تالية للتّمثيل أو القياس.

21- 3) القواعد العامّة (أو العموميّة قبل تهذيب فصول المجلّة بقانون 15 أوت 2005م):

ينص الفصل 535 على أنه "إن بقي شك (في حالة تعذر الحكم بنص محدّد أو وفق حالة مشابهة) جرى الحكم على مقتضى القواعد العامّة للقانون".

(1) حول القياس لدى الفقهاء وعلماء أصول الفقه، انظر عبد المجيد الزروقي، أصول الفقه. مسار عملية استنباط القانون الإسلامي (منهجية الفقه وفلسفته)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2017، ص 759-800، وحول معناه في الفصل 53 انظر دراسة منية كاري (بالفرنسيّة) سالفة الذكر، ص 220.

ونار جدال بين رجال القانون حول مكانة القواعد العامة للقانون وإلزاميتها، وهل يُراد بها المبادئ العامة فيكون المقصود ليس فحسب الفصول 532 إلى 563 م.إ.ع. وإنما أيضا فصول أخرى ذات صياغة عامة⁽¹⁾ وما يستخلصه القاضي من "روح التشريع" ومبادئ الدستور وما يقتبسه من التشريع الإسلامي والقانون المقارن⁽²⁾.

وهذه التساؤلات وغيرها مما رأينا بعضه بشأن القياس و"تعذر الحكم بنص صريح" ليس فحسب دليل على غموض النص وإنما قبل ذلك (أو بسببه) تردد محرري مُدونة المجلة ومن ورائهم سلطة الحماية في حسم الخيارات المتعلقة بتأويل النص، فلم تكن لهم الجرأة للتنصيص على مصدر احتياطي محدد (سواء أكان المجلة الفرنسية أو الفقه الإسلامي)، وهو تردد ظهر حتى في إجراء العمل بالمجلة التي بقيت مشروعا مركونا في الأدرج بين عامي 1899م و1906م.

22- ثانيا، تردد محرري المجلة في حسم الخيارات:

لما عازمت السلطة على إصدار تشريع مدني، كانت الغاية المعلنة⁽³⁾ وضع نصوص قانونية موحدة سهلة المآخذ ليطبّقها قضاة المحاكم الجهوية التي شرّح في إنشائها منذ 1896 وليسهل على السلطة الفرنسية مراقبة كيفية تطبيق القضاة للقانون.

(1) من قبيل من تسبّب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضّرر حسيا أو معنويا فعليه جبر الضّرر... (الفصل 82) و"من اتصل بشيء.. مما هو لغيره... فعليه رده لصاحبه" (الفصل 71) و"العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب" (الفصل 515).

(2) سنأتي أدناه على بحث ذلك، ونوضح الرأي الغالب حاليا بشأنه.

(3) أكثر الوثائق التاريخية إيضاحا للسياسة التشريعية المتعلقة بإصدار تشريع مدني وتجاري كانت الرسالة التي وجهها المقيم العام بالنيابة إلى وزارة الخارجية الفرنسية، وقد أوردتها سناء بن عاشور كملحق لأطروحتها وإضافتها رجاء السكراني إلى ملاحق كتابها "في ملتقى ثقافات القانون..." (بالفرنسية) سالف الذكر، وفعلنا الأمر نفسه في أطروحتنا "مصادر القواعد العامة للقانون"، وحول السياسة التشريعية لفرنسا في تونس انظر الفصل الأول من الجزء الثاني من كتابنا القواعد العامة المشار إليه أنفا.

لقد كانت هناك خيارات متعدّدة أمام السّلط، وتمّ الحسم في الخيارين الرئّيسيين وهما تطبيق القانون الفرنسي على التّونسيّين فتمّ استبعاد ذلك، من جهة؛ وخيار إهمال الشّأن القضائيّ الأهليّ وتركه على حاله، كما فعل البريطانيون في أغلب مُستعمراتهم، من جهة أخرى⁽¹⁾.

لكن الحسم في الخيارات لم يكن جذريّاً، فعملت سلّطة الحماية على محاولة ترتيب الأوضاع حسب النّمودج الفرنسيّ دون المسّ جوهريّاً باختصاص المحاكم الشرعيّة والتّعليم الزيتونيّ.

وظهر التردّد في الكتاب الأوّل من المجلّة، إذ زادت في مشروع 1899م، عما كان عليه مشروع 1897م، المراجع والإحالات إلى الفقه المالكي في نفس الوقت الذي ضخّمت فيه الإحالات إلى القانون الرّوماني (إلى حدّ الافتعال).

لكن التّعبير الأهمّ على التردّد كان في المراوحة بين تكريس علويّة النصّ التّشريعي (أي ما يقرّره الفرنسيّون ويوضعون عليه ختم صاحب الإيالة) وعدم العُذر بالجهل به، من جانب، وترك الباب موارباً لتطبيق أحكام الشّريعة الإسلاميّة من خلال إعمال القواعد العامّة للقانون والأخذ بالأعراف بأصنافها المختلفة ومنها ما لدى أصحاب التّعليم الرّيتونيّ من حُكم ومقولات مأثورة، من جانب آخر.

23-2- الموقف الحاسم للفقه وفقه القضاء :

لقد كان الفقه وفقه القضاء حاسماً، في مجمله⁽²⁾، بشأن معضّلتيّ الفراغ والغموض، فاعتبر أنّ قواعد التّأويل ملزمة وأنّ إعمالها يُفضي إلى

(1) أسباب استبعاد هذا وذلك عديدة، منها الحرص الذي استمر في العقود الثلاثة الأولى على الظهور بمظهر الدولة الحامية لا القوة المستعمرة لاعتبارات بعضها فرنسيّ داخليّ وبعضها له علاقة بالصلة مع القوى المنافسة خاصة إيطاليا وتركيا وضعف الجالية الفرنسيّة عدداً، وفي المقابل كانت مزاعم الرسالة الحضارية لفرنسا تدفع بها إلى "إصلاح" الأوضاع استناداً إلى اتّفاقية المرسيّ.

(2) خلاف ما قد يبدو من نظرة متسرّعة، فإنّ الأعمال والدراسات الجامعية شديدة الاحتفاء بالفقه الإسلاميّ واستكشاف موقفه من المسائل موضوع الكتاب الأوّل من المجلّة، أكثر حتى مما بدا لدى القضاء ماضياً وحالياً.

استكمال القواعد المتعلقة بالعموض بقواعد من الفقه الإسلامي، وأنّ سدّ الفراغ يكون بالرجوع إليه.

24 - أولاً، قواعد التّأويل ملزمة :

لقد تبين من دراسة فقه القضاء أنّه يقول بإلزاميّة قواعد تأويل العقود وقواعد تأويل القانون⁽¹⁾، ولذا فإنّ من أراد الأخذ برأي كان سائدا لدى الفرنسيين يجعل من قواعد التّأويل مجرد إرشادات ونصائح⁽²⁾، لا يؤبّه بقوله، لمخالفته الموقف المستقر لقرارات محكمة التعقيب ولتوافقه مع القاعدة الأصوليّة "الأصل في الأمر الوجوب"، ولمجافاته رأي قسم من شُراح القانون الفرنسيين والعديد من قرارات محاكمهم.

وقد جاء في قرار تعقيبي بعبارات حاسمة "الفصل 535 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يقتضي تفسير القواعد القانونيّة طبقاً للقواعد العامّة"⁽³⁾.

وفي نفس الصّد انتهت إحدى الباحثات إلى القول ما ترجمته أن ما جاء بالفصل 535 قاعدة قانونيّة مُلزّمة وليس مجرد نصيحة، ففيه عناصر القاعدة القانونيّة من فرض وحل⁴؛ والقواعد العامّة عموماً هي "برغم أصلها الفقهيّ فإنّها بحكم إدراجها صُلب مجلّة الالتزامات والعقود صارت

(1) من الأعمال التي درست فقه القضاء بشأن هذا الأمر ووقفت على موقفه القائل بالإلزامية نذكر أطروحتي نذير بن عمو وعزالدين العرفاوي (بالفرنسية) سالفتي الذكر ودراستي أحمد بن طالب "القواعد العامّة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب"، وعبد المجيد الزروقي "المسار التّأويلي" اللتين سبقتا الإشارة إليهما وكتاب العقد لسامي الجري وكتاب رابع قاسمي مراعاة القواعد الأصولية والفقهية في فقه القضاء المدني التونسي وكتاب عبد المنعم العبيدي شرح القواعد العامّة للقانون.

(2) حول ذلك الرأي، انظر مقدمة دراسة عبد المجيد الزروقي "المسار التّأويلي"، مرجع سابق.

(3) القرار التعقيبي عدد 28165 المؤرخ في 2008/11/25، ذكره عبد المجيد الزروقي في دراسته "المسار التّأويلي" ص 750 هامش 53، وهذا القرار غير منشور وقد استشهدنا به لأنه أكثر حسماً من القرّات الأخرى في هذا الصدد التي ترى الإلزامية أمراً بديهياً فتكتفي بنقض ما يخالف أحكام القواعد العامّة دون ذكر صريح لإلزاميتها.

(4) انظر دراسة منية كاري، مرجع السابق.

Monia Kari, «Note à propos d'un texte ambigu...», op.cit, p.206-207.

جُزءاً من القانون الوضعي وأصبحت متوجّهة إلى القاضي ومتحمّمة عليه في عمله القضائي لاستعمالها في فضّ النزاعات المعروضة عليه"⁽¹⁾.

ويقول عبد المجيد الزروقي بلهجة قاطعة "تقول محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة وغير المجتمعة في قراراتها المنشورة وغير المنشورة بصفة صريحة أو ضمنيّة أنّ قواعد لتأويل العقد ملزمة..."⁽²⁾، مستشهداً باثني عشر قراراً، ثمّ يُعيد تأكيد مثل ذلك القول بالنسبة لقواعد تأويل القانون محتجاً بثلاث وعشرين قراراً⁽³⁾.

لكن، هل أنّ تطبيق فصول القواعد العامّة يُفضي إلى الرجوع إلى الفقه الإسلاميّ؟

25- ثانياً، كشف الغموض وسدّ الفراغ يكون بأحكام الفقه الإسلاميّ :

لم تتوان محكمة التعقيب في الرجوع إلى الفقه الإسلاميّ لاستنباط الحلول في حاليّ الغموض والفراغ، وذلك استناداً إلى فصول القواعد العامّة للقانون، والشواهد على ذلك عديدة من أشهرها لدى المشتغلين بالقانون تعريف مرض الموت؛ وفي هذا الصدد لم تتردّد محكمة القانون في التأكيد بأنّ "مرض الموت المخوف في الفقه الإسلاميّ المستمدّ منه الفصل 565 من المجلّة المدنيّة (أي م.إ.ع)، وكما عرفه فقهاء المالكيّة هو المرض الذي يكثر منه الموت عادة والمرجع في ذلك للأطباء ولو لم يلزم صاحبه الفراش، كما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي، على أنّ المرض غير المخوف إذا عقبه الموت يعتبر مخوّفاً كما أفتى بذلك الإمام ابن عرفة حسبما جاء بالفصل 271 من لائحة مجلّة الأحكام الشرعيّة"⁽⁴⁾، وهكذا فإنّ المحكمة

(1) أحمد بن طالب، القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب"، مرجع سابق، ص 149-184.

(2) عبد المجيد الزروقي، "المسار التأويلي..."، مرجع سابق، فقرة 10، ص 748.

(3) المرجع السابق، فقرة 11، ص 750-753.

(4) القرار التعقيبي المدني عدد 8419 المؤرخ في 1983/5/03، نشرة محكمة التعقيب لسنة 1983، القسم المدني، ص 302.

لم تكتف بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، وإنما نظرت في اجتهادات مختلفة له وناصرت الرأي الذي ساد في المذهب المالكي وكرّسته لائحة الشيخ جعيط.

بل أنّ محكمة التعقيب حتّى مع وجود نصّ تشريعي، فإنّها كثيرا ما تعزّزه بسرد حجّة من الفقه الإسلامي، مثلما فعلت عندما وجدت تعارضا بين غايتين يرمي القانون إلى تحقيقهما معا في الفصل 178 من مجلّة الحقوق العينيّة عند الإذن لجار يملك عقارا مكتنفا، وقد نصّ الفصل على أنّه "يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافة أقصر ما يمكن. ويراعى في تعيينه أخفّ ضرر لمالك العقار المحدث به"، وقد ثار نزاع بين مالك العقار الموظّف له حقّ إحداث ممرّ وجاره، وقد طلب الأخير بأن يكون الممرّ بأقصر مسافة متمسّكا بأحكام الفقرة الأولى، بينما احتجّ مالك العقار المحدث به الممر بالفقرة الثانية من الفصل، مُعتبرا أنّ الممر بمسافة أطول أقلّ ضررا له، وكان على محكمة التعقيب تأويل أحكام الاكتناف في مجلّة الحقوق العينيّة بالرجوع إلى القاعدة العامّة الواردة بالفصل 556، لكنّها لم تكتف بذلك، إذ رأت أنّ من المناسب أن تضمن قرارها "وإذا ما وجد ضرران على أيّة حال فإنّه يرتكب أخفّها حسب الفصل 556 من مجلّة الالتزامات والعقود، وأنّ أخف الضّررين في قضيّة الحال هو ما يُطالب به الطّاعن حسبما سلف الإلماع إليه، ولقد وضعت الشريعة الإسلاميّة المستمدّ منها القانون المدني قاعدة عامّة في حسن التصرف ودفع الأذى عن الغير لقوله عليه السّلام (لا ضرّ ولا ضرار)"⁽¹⁾.

وقد تذهب محكمة التعقيب إلى أبعد من ذلك فتغفل عن ذكر النصّ التشريعي وتورد قاعدة تُماثلها من الفقه الإسلاميّ، فلم تتوقّف المحكمة في بعض قراراتها عند أحكام الفصلين 420 و421 المتعلقين بعبء الإثبات وفضلت القول "إنّ عبء الإثبات يحمل على كاهل المدّعي تطبيقا للقاعدة

(1) القرار التعقيبي المدني عدد 10135 المؤرخ في 1984/11/06، نشرة 1984. قانون مدني. ج.2، ص 261.

الكلية القاضية بأن البيّنة على من ادعى وأن أصلح النَّاس لو ادعى على أطلح النَّاس لطولب بالبيّنة"⁽¹⁾.

26- الاتجاه الغالب في فقه قضاء محكمة التعقيب بشأن استلزام واستنباط الحلول من الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي خاصة، يتسم باجتهادات متعددة مختلفة المدى والدلالات، لكنها مستقرة في الرجوع إلى الفقه الإسلامي كمصدر مادي أو حتى شكلي (ولم يشهد الأمر بعض الاضطراب إلا في العقد الأخير)، ويظهر ذلك من خلال:

- توضيح ما غمض واستكمال ما نقص في نصوص التشريع، ومن الصّور على ذلك المثال الذي ذكرناه بشأن القرارات المتعلقة بمرض الموت⁽²⁾.

- إعمال القواعد الأصولية والكلية المعتمدة في الفقه الإسلامي عند النظر في غموض وشغور النصوص التشريعية عموماً وفصول الكتاب الأول من م.إ.ع خاصة، مع توخي أمرين: أولهما التصريح (غالبا تزيّدا) أنّ هذه النصوص مستخرجة من تلك القواعد، وثانيهما استخدام مصطلحات علماء الفقه والأصول من قبيل "الدليل الشرعي" و"الاستصحاب" وذكر أسمائهم وتعريفاتهم ومؤلفاتهم⁽³⁾.

- صياغة قواعد جديدة استنادا إلى القواعد العامة المذكورة في المجلّة، وسواء عدّ ما قامت به المحكمة "استخلاصا" لمبدأ من نصوص تشريعية أو مجرد توسع في التطبيق، فإنّ ما يتوصّل إليه يكون غالبا قاعدة كلية أو أصولية أو حتى فرعية ممّا هو مُعتمد في الفقه الإسلامي، والأرجح أنّ ما تقوم به المحكمة في هذه الصّورة ليس ابتداعا جديدا ولكن أتباعا القديم،

(1) القرار التعقيبي المدني عدد 3902 المؤرخ في 1981/10/20، نشرة 1981.ق.مدني.ج.3، ص 267.

(2) انظر أمثلة أخرى في دراسة صلاح الدين الملوي، "إشكالية المصادر....."، مرجع سابق.

(3) انظر المرجع السابق خاصة الفقرة 37 ص 92، وانظر المقتطفات التي سردناها أعلاه من عدد من القرارات التعقيبية.

وما يبدو للباحث صياغة مبتكرة قد لا يكون سوى نقل لعبارة في مؤلف فقهيّ أو في شرح اطلع عليه القاضي ولم يهدنا البحث إليه، ومن الأمثلة على هذا قول المحكمة أنّ "المضرة لا تحاز"⁽¹⁾، فهذا تطبيق للمادة 07 من مجلة الأحكام العدلية "الضّرر لا يكون قديماً" وكذا المادة 20 منها "الضّرر يُزال"، ولم يكن الفصل 555 "التعدّي على الشّخص لا يكون وجهاً له في الإضرار بغيره"، والفصل 556 "الأصل ارتكاب أخفّ الضّررين" كافيين لتأويل فصل آخر من المجلة (الفصل 815 م.إ.ع).

- تطبيق قواعد أصوليّة وكليّة لم تردّ في المجلة، وهذه صورة قريبة ممّا قلناه في الأسطر السّابقة، وهناك أمثلة عديدة على هذا التّمثلي الذي لا يضيع الجهد في حركة بهلوانيّة لاستخلاص قاعدة وإنّما يذهب مباشرة إلى المنبع؛ وطالما أنّ الحاجة قد دعت إلى تطبيق قاعدة "إعمال الكلام خير من إهماله" فإنّ إيرادها من مصدرها كما فعلت الدوائر المجتمعة⁽²⁾ أكثر توافقاً مع وظيفة المحكمة ومكانتها، وكان لها أن تتوصّل إلى نفس الحلّ من خلال نافذة صغيرة هي الفصل 518 لكنّه خاصّ بتفسير العقود.

- تطبيق أحكام فقهية فرعية، أمّا بعد التّمهيد لذلك بتأكيد سكوت وغموض التشريع وأنّه مُستمدّ من الفقه الإسلاميّ، أو دون أيّ تمهيد.

وقد درس نذير بن عمو في أطروحته الحاليتين مشدّداً على أنّ الثانية منهما تجعل من الفقه الإسلاميّ مصدراً مستقلاً للقانون⁽³⁾، وكان صلاح الدّين أكثر وضوحاً في تكييف عمل فقه القضاء في تلك الصّورة، إذ قال "لقد اعتبر

(1) جاء ذلك في القرار الصادر عن الدوائر المجتمعة عدد 36152 المؤرخ في 1993/02/03، انظر بشأن هذا القرار وقرارات مشابهة: أحمد بن طالب، "القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب"، مرجع سابق، ص 179 و180 عدد 38.

(2) المرجع السابق، فقرة عدد 39.

(3) انظر أطروحته (بالفرنسية)، ص 421-423.

Nadhir Ben Ammu, Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, Thèse de doctorat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1996.p. 421-423.

فقه القضاء المدني في عديد قراراته الفقه الإسلامي مصدرا شكليًا"، وأضاف موضّحاً رأيه "ونعني بذلك أنّ محكمة التّعقيب في هذه الحالة لا تكتفي بتبرير القاعدة القانونيّة أو تأصيلها أو فكّ غموضها باللّجوء إلى الفقه الإسلاميّ، بل تطبق الفقه الإسلامي كمصدر (للّقانون) مباشرة"، ويذكر الكاتب عدّة أمثلة منها مسألة تغيير الجنس وهل لصندوق الدّولة صفة الوارث مع زوج ورث زوجته في التّصف بالفرض والتّصف الآخر بالرد⁽¹⁾.

27- ب- أحكام المجلّة تقتضي اعتماد الفقه المالكي مصدرا احتياطيًا:

تفرض قواعد المجلّة وتفترض الفقه المالكي مصدرا احتياطيًا لأحكام الكتاب الأوّل من المجلّة، بل المجلّة برمّتها ومن ثمّ القانون المدنيّ، وهذا ما يتّضح من منطوق فصول المجلّة ومفهومها، من جهة: وتهافت الحلول التي يمكن أن تكون بديلا عنه، من جهة أخرى.

1- منطوق المجلّة ومفهومها:

28- ما تضمنته أحكام فصول القواعد: العامّة توجب الرّجوع إلى الفقه المالكيّ لتأويل ما غمض وسدّ ما نقص من قواعد سائر الفصول التي تتضمّن مفاهيم ومصطلحات مأخوذة عن الفقه الإسلاميّ زادت الترجمة في شحنتها ذات المرجعيّة المالكيّة.

29- أوّلا، القواعد العامّة: المعنيان المفهوم والنصوص:

عرضنا أعلاه إلى مصطلح القواعد العامّة بمناسبة البحث في مسألة غموض وأحكام الفصل الذي وضع لحلّ مشكلة الفراغ التّشريعي أيّ الفصل 535م.إ.ع، وتطرّقنا بشيء من الإيجاز إلى القواعد العامّة كمصدر احتياطي لسد الفراغ، كما أشرنا في مواضع مختلفة إلى مجموعة من الفصول وضعت تحت عنوان فرعيّ هو "في بعض قواعد عامّة تتعلّق بالقانون".

(1) انظر أمثلة أخرى في دراسة صلاح الدين الملوي، "اشكالية المصادر...."، مرجع سابق، 93 عدد 40.

وسننظر الآن بشيء من التدقيق في المعنيين لتقف على حقيقة أنّهما يفضيان إلى نفس النتيجة وهي افتراض (أو حتى فرض) الفقه الإسلامي عموماً والمالكي خاصةً مصدرًا احتياطيًا.

30-1) المعنى الأوّل : القواعد العامة كمفهوم :

استخدمت المجلّة (وقبلها مشروع 1897م) تعبير القواعد العموميّة، وذلك وإلى حدود التّفيح الذي تمّ بالقانون عدد 87 لسنة 2005م مؤرّخ في 15 أوت 2005م⁽¹⁾، وهو التعبير الذي ورد في موضعين، أُضيف لهما ثالث بقانون 2005م:

- عنوان الفرع الثاني من الباب الثاني من العنوان الثامن من الكتاب الأوّل (أي ما جمعت فيه الفصول 532 إلى 563).

- الفصل 535 المتعلّق بسدّ الفراغ.

- تسمية الباب الثاني، كما عدلت بعد تنقي 2005م.

وتكشف التّسمية القديمة (بين 1906 م و 2005م) التي أعطيت سابقاً إلى الباب الثاني، جانباً هاماً عن المعنى الذي أريد إعطاؤه لتعبير القواعد العامّة، فقد جاءت التّسمية (العنوان) كما يلي "في تفسير العقود وفي شيء من الأصول القانونيّة"، بينما سمّي الفرع الثاني من الباب "في بعض قواعد عامّة تتعلّق بالقانون"، فكان المقصود بعبارة الأصول القانونيّة هي القواعد العامّة (أو العموميّة، لا فرق)⁽²⁾، ولم يكن الأمر اعتبارياً، فقد احتفظ بذلك التّعبير عند صدور المجلّة، رغم ما طرأ من تحوير وتهذيب في صياغة

(1) المتعلّق بإعادة تنظيم أحكام "مجلّة الالتزامات والعقود التونسية" وصياغتها تحت عنوان "مجلّة الالتزامات والعقود".

(2) نعلم أنّه تمّ التّخلي على تعبير قواعد عمومية بالفصل 535 بقانون 15 أوت 2005، لكن لا نعلم متى استبدل عنوان الفرع الثاني من قواعد عمومية (حسب طبعة 1906 والطبعة 3 للمجلّة المعلق عليها من محمود ابن الشيخ سنة 1984) إلى قواعد عامة (مثلاً طبعة المطبعة الرسمية عام 1991)، ويبدو أن التحوير كان بمبادرة من المطبعة الرسمية.

تسمية الباب عما كانت عليه في ترجمة المشروع الأولي⁽¹⁾ التي وردت كما يلي: "في تفسير ما يصرّح به فيه بالرضاء وفي شيء من الأصول القانونيّة"، وهكذا فقد تغيّرت تسمية الباب عند صدور المجلّة عام 1906 دون أن تستبدلّ عبارة الأصول القانونيّة بغيرها⁽²⁾.

ما المقصود بالقواعد العامّة أو العموميّة أو الأصول القانونيّة؟

لقد ثار جدال فقهيّ حول ذلك وخاصّة حول تطابق أو اختلاف مفهوم القواعد العامّة مع مفهوم المبادئ العامّة⁽³⁾، والرأي الغالب حالياً يعتبرهما مُترادفين⁽⁴⁾، ولم يعد مقبولاً القول بأنّ المبادئ العامّة هي بالضرّورة مقولات وقواعد غير مكتوبة، كما لم يعد مقبولاً القول بأنّ القواعد العامّة هي فقط ما جاء في الفصول 532 إلى 563، وقد رأينا كيف أنّ محكمة التّعقيب ضمّت إلى القواعد الواردة في المجلّة قواعد أخرى اقتبسها أو استخلصتها من مصادر أخرى⁽⁵⁾.

وللقواعد العامّة كمفهوم صلة بمفاهيم أخرى عديدة، لا نرى داع للتوقّف عندها في هذا المقام⁽⁶⁾.

2-31) المعنى الثاني : فصول القواعد العامّة الواردة في المجلّة :

القواعد العامّة للقانون الواردة بمجلّة الالتزامات والعقود محدّدة في موضع معيّن من المجلّة وتشمل فصولاً مبيّنة تحت عنوان فرعيّ خاصّ، وهي

(1) أي ما طبع سنة 1899 تحت عنوان لائحة ابتدائية لقانون مدني وتجاري للمملكة التونسية.
(2) أصبح العنوان منذ 1906 "في تفسير العقود وفي بعض..."، وقد اطلعنا على طبعة 1906 المحفوظة في المكتبة الوطنية وهي تقع في 444 ص.
(3) ناقش ذلك كل من نذير بن عمو وعز الدين العرفاوي في أطروحتيهما، وبحثت أيضاً في هذا الأمر في أطروحتي وكتابي القواعد العامة سالف الذكر.
(4) انظر أحمد بن طالب، "القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب"، مرجع سابق، ص 146 و147.
(5) بالفقرتين عدد 25 و26 أعلاه.
(6) للاطلاع على تلك المفاهيم يمكن الرجوع إلى مقدمة كتابنا "القواعد العامة" أو النظر في المؤلفات المختصة في القواعد الفقهية وسواها.

لم تتغيّر منذ صدور المجلّة (باستثناء ما قلناه بشأن كلمة عموميّ وعام)، فلا وجود ظاهريّاً لأيّ إشكال في الأمر.

فإذا اعتبرنا أنّ ملاً الفراغ يكون بالرجوع إلى القواعد العامّة للقانون؛ طبق مقتضيات الفصل 535 م.إ.ع، فإنّ المقصود بذلك تطبيق القواعد المتضمّنة في الفصول 532 إلى 563 من المجلّة، لكن عند التّدقيق في عنوان الفرع نجد لفظة "في بعض"، وهذا ما يجعل عدد ومضمون القواعد العامّة غير محدّد بصورة دقيقة.

32- القواعد العامّة مفهوم أكثر منه نصوصاً :

لقد استمدّت أحكام فصول القواعد العامّة للقانون من الفقه الإسلاميّ إجمالاً (وأغلبها نقلت عن مجلّة الأحكام العدليّة)⁽¹⁾.

وقد وردت أحكام القواعد العامّة في الفصول 532 إلى 563 من الكتاب الأوّل من المجلّة، وهو مُصطلح أو مفهوم لا يختلف عن "المبادئ العامّة"⁽²⁾ الذي يرد في تشريعات أجنبيّة وفي الفصل عدد 05 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في أوّل جوان 1972 المتعلّق بالمحكمة الإداريّة.

وتصنّف فصول القواعد العامّة إلى صنفين⁽³⁾ :

- القواعد الأصوليّة والتفسيريّة وتشمل الفصول 532 إلى 546 والفصل 550.

(1) بعضها ورد حرفياً والبعض الآخر مع شيء من التحوير، انظر في ذلك كتابنا القواعد العامّة للقانون سالف الذكر.

(2) يرى نذير بن عمو في أطروحته أن المفهومين متطابقين في ما يتعلق بالقواعد الواردة بالفصول 532 إلى 563 م.إ.ع، ويرى أحمد بن طالب في دراسته أنّهما غير مختلفين وقد ذهبنا إلى الرأي الأخير في أطروحتنا وكتابنا سألقي الذكر، لكن مصطلح قواعد عامة له معاني عدة حسب السياق الذي يستخدم فيه، انظر في ذلك مقدمة دراسة أحمد بن طالب "القواعد العامّة...".

(3) هذا التصنيف اقتبسناه عن الأستاذ أحمد بن طالب، انظر أحمد بن طالب، "القواعد العامّة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب"، مرجع سابق، خاصة صفحتي 151 و152. عدد 6 و7 و8، وفي ذلك الموضوع يقدم الكاتب تعريفين للصنفين.

- القواعد الكلية وقد جاءت بالفصول 547-562 (باستثناء 550 المتضمن قاعدة كلية، وكلّ من 552 و553: فهما أقرب إلى أن يكونا ضابطين أكثر منهما قاعدتين).

وأغلب القواعد العامة مأخوذة عن المجلة العثمانية إما حرفياً أو مع تحوير طفيف، لكن اقتباسها من الفقه الحنفي لا يجعلها غريبة عن الفقه المالكي، إذ لا اختلاف بين المذهبين حول مضمون جلّ ما ورد بالمواد 02 إلى 99 بمجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، وقد اختلف الفقهاء في عدد القواعد الفقهية (بمعناها الاصطلاحي) فذكر ابن نجيم 19 قاعدة والسّيوطي 44 والقرافي 548 قاعدة⁽²⁾.

وأنّ ما جاء في المجلة إنّما هو "بعض" من كلّ يستكمل من مصدره، كما شدّد على ذلك المرحوم محمّد العربي هاشم من أنّه "يمكن القول بأنّ المشرّع التونسي عندما أحال إلى قواعد القانون العمومية إنما أحال إلى القواعد الكلية الفقهية أي إلى مبادئ الفقه الإسلامي، وقد أعطى ضمن المجلة (والمقصود مجلة الالتزامات والعقود) البعض منها تاركا للباحثين والقضاة حرية استلهاهم الحلول بالرّجوع إليها، طالما أنّها مدوّنة بمجلة الأحكام العدلية ومفسّرة في كتب الأصوليين والتّابعين"⁽³⁾.

وفعلاً يزخر فقه القضاء بعدد هامّ من القرارات التي تتأسّس أسانيداً أو تسببها على قواعد مستمدّة مباشرة من الفقه الإسلاميّ حتّى في مواضيع أو مجالات لا تظهر لها صلة مباشرة بالتّشريع الإسلامي، فمثلاً عند تطبيق أحكام قانون 18 فيفري 1976م، وهو قانون خاصّ (بل وهو في حقيقته ظرفي)⁽⁴⁾ توجّب على المحكمة تطبيق قاعدة أسمتها أصولية لفض نزاع بشأن مدلول عبارة تبدو

(1) حول مؤلفات المالكية قديماً وحديثاً في أصول الفقه والقواعد الفقهية والكليات الفقهية، انظر أبو عاصم بشير ضيف بن عمر، مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً، دار ابن حزم، بيروت، 2008، خاصة الصفحات 92 إلى 106.

(2) انظر في ذلك مقدمة كتابنا سالف الذكر.

(3) جاء ذلك في دروس مرقونة له، وقد نقلنا الفقرة عن: محمّد كمال شرف الدين، القانون المدني، مرجع سابق، ص 182-183.

(4) القانون المتعلق بالعلاقات بين المسوغين والمتسوغين للمحلات المعدة للسكنى أو للحرفة أو للإدارة العمومية.

واضحة وهي "المكترين الذين لهم مساكن"، فجاء في حيثيات القرار "القاعدة الأصولية تقتضي أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي القسمة على الأحاد"⁽¹⁾.

33- ثانيا، المفاهيم والترجمة :

يقول محرر توطئة مشروع المجلة لسنة 1899م (وليس مؤكداً أنه سانتيلانا مقرر اللجنة): "ولقد قامت اللجنة بعملها مراعية فيه دائماً وإلى أبعد حدّ المذهب الإسلامي التقليدي... (وأضاف) وقد حرصت اللجنة على المحافظة عليها [أي مبادئ المذهب الإسلامي التقليدي] وعلى أن لا تخاطب العرب إلا بلغة فقهاءهم نفسها وبعبارة أوضح عن طريق فقهاءهم"⁽²⁾.

ومع أنّ هذا القول لا يخلو من المبالغة، كما أشرنا إلى ذلك في مقدّمة عملنا هذا، إلاّ أنّه لا يخلو أيضاً من الصّحة، فجّلّ المصطلحات والمفاهيم الواردة في الكتاب الأوّل وفي المجلة عموماً مأخوذة عمّا هو مُتداول لدى فقهاء المسلمين وقضاة تونس وعلمائها آخر القرن التاسع عشر، وزادت الترجمة العربيّة للمشروع ثمّ للمجلة من حضور قاموس فقهاء المذهب المالكي.

34- (1) المصطلحات والمفاهيم:

لقد كانت الألفاظ المستخدمة في الكتاب الأوّل (وفي المجلة عموماً) ممّا هو سائد ومعروف لدى فقهاء تونس.

حقّاً لقد استخدمت المجلة عبارات جديدة عن الفقه الإسلامي، لكن جرى نحتها ممّا هو مُتداول مثل "مأمور قضائي" (الفصل 86م.إ.ع) و"شبه العقد" و"شبه الجنحة" (الفصل 01) و"ما يُشاكل العقد" وكذلك "ما يتنزل منزلتها" (أي الجنج) (على التوالي: الباب الثاني والثالث من المقالة الثانية)، وتمّ أحياناً إيراد جملة كاملة للتعبير عن مفهوم ليس له مُقابل أولم يهتد المترجم إلى اللفظة العربيّة الأنسب له مثل *ayants cause* في الفصل 241 التي

(1) القرار التعقيبي المدني عدد 2861 المؤرخ في 1979/02/22، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1979، القسم المدني، ج 1، ص 97.

(2) انظر ترجمة محمود بن الشيخ للتوطئة في مجلة الالتزامات والعقود المعلق عليها، مرجع سابق.

وردت هكذا "من ترتّب له حقّ" وترجمت في موضع آخر (الفصل 507) بعبارة "من خلفه بإرث أو بوجه آخر".

ونلاحظ أنّ الترجمة الأولى للمشروع سعت إلى التّقليل من نحت المصطلحات حرصا على نقاء مدوّنة لأئحة المجلّة كي لا تكون غريبة عن المتوجّه إليهم بالخطاب.

ولم يكن إكساء أحكام ومفاهيم مأخوذة عن المجلّة الفرنسيّة بلغة الفقهاء موفقا في العديد من الحالات، وكان من نتائج ذلك أحيانا اللّبس والعُموض، ومن الأمثلة على هذا أنّ نقل قواعد المجلّة المدنيّة إلى لغة فقهاء تونس قد أدّى إلى الخلط بين الفسخ والبطلان بنوعيه النّسبي والمطلق، وهذا أمر لا تعيننا دراسته حاليا.

ولا ريب أنّ الحرص على الأخذ بالمفاهيم والمصطلحات المعهودة لدى فقهاء تونس، إنّما هو حجّة على أنّ الفقه الإسلاميّ عموما والفقه المالكي بصفة خاصّ إنّما هو المصدر الاحتياطيّ الذي يجب على القاضي والمتقاضي والباحث أن ينهل منه لفهم وتأويل أحكام الكتاب الأوّل من المجلّة، لأنّ محرّري المدوّنة (ثمّ المترجمون والمشرع) قد تجنبوا استعمال اللّغة اليوميّة المتداولة⁽¹⁾ بالنّسبة للمصطلحات⁽²⁾، وأهمّلوا كتابة الألفاظ الفرنسيّة بأحرف عربيّة إلاّ فيما ندر (مثل كلمة كوميسيون وبوليسة الشّحن)⁽³⁾.

35-2) ترجمة فصول المجلّة ذات حمولة فقهية مالكية :

النصّ العربيّ لترجمة المشروع الأوّل ثمّ للمجلّة استخدم لغة الفقه الإسلاميّ، مطوّعا أحكام المجلّة لتستوعب مصطلحات فقهاء المسلمين.

(1) من الأمثلة على ذلك استخدام عبارة الأداء (فصل 340) وكان يمكن استعمال كلمة دارجة: الخلاص، وألفاظ عديدة لا يفقه معناها إلا من له دراية بالفقه مثل الحوالة والمثلثيات.

(2) لكن استخدموا كثيرا من الألفاظ الدارجة في غير المصطلحات القانونية مثل "خديم" (فصل 403)، مع أخطاء عديدة في رسم الحروف.

(3) بالفصل 315 قبل تنقيح 2005، وبعد تهذيب المجلة أصبحت الكلمتان "بالعمولة" للأولى و"وثيقة الشحن" للثانية.

وقد حرص المترجمون على إعطاء مَسحة من الفقه الإسلامي، فذكرت مصطلحات من قبيل خيار التَّعيين (الفصل 65م.إ.ع. والباب الثالث من العنوان الثالث من الكتاب الأوَّل: الفصول 151-162) وخيار الفسخ (124م.إ.ع).

ولم يقتصر تخيّر الألفاظ ذات المغزى الإسلامي على المفاهيم والمصطلحات الفقهيّة-القانونيّة، وإنّما تجاوز ذلك إلى تخيّر الكلمات والتّعايير المألوفة من قبيل "الدّراهم والطعام" في الفصل 373 وجامع الخطبة بالفصل 495، وكان يمكن ذكر مرادفات أخرى لهذا وذلك، لكن تخير الألفاظ كان فيما يبدو محكوماً بنزعة "التأصيل"، ومحاولة إضفاء الصبغة الأصيلة على المجلّة.

ونعلم أنّ ترجمة المشروع الأوّلي تبدو لقارئها كنصّ أصليّ أو أصيل، وليس كترجمة لمُدونة أعدتها لجنة فرنسيّة وعملت عليها بين عامي 1896م و1899م، إذ لا وجود لأيّ إشارة عن "الأصل الفرنسي" أو عن الفرنسيين في طبعتي التّرجمتين اللّتين صدرتا في نفس العام⁽¹⁾، حتّى أنّ الباحثين والمختصّين في القانون لم يتفطّنوا إلى وجود ترجمة للمشروع إلّا في العقدين الأخيرين.

وإذا نظرنا إلى النصّ العربي للمشروع وللمجلّة على أنّهما ترجمة لمُدونة أصلها حُرّر بالفرنسيّة، فلا مناص من القول أنّ عمل المترجمين⁽²⁾ كان "مضللاً"، فقد تضمّنت مُصطلحات فقهيّة في حالات لا يوحي السّياق بذلك مثل الفصل 27 الذي به إشارة إلى مجلس العقد رغم أنّ النصّ لا يحتمل ذلك.

(1) لا يعلم سبب وجود تّرجمتين رسميتين أحدهما عنوانها لائحة ابتدائية في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التونسية، بينما الأخرى عنوانها لائحة ابتدائية لقانون مدني وتجاري للمملكة التونسية وبها عبارة طبعة جديدة (فاعتبرنا في أطروحتنا وكتابتنا أنها الثانية)، ويبدو أنّهما من عمل هيكلين إداريين متنازعين (كان يكون واحد تحت سلطة المقيم العام والأخر تابع للكاتب العام للحكومة)؛ وللإطلاع على الاختلاف بين التّرجمتين ودلالته يمكن الرجوع إلى كتابنا "القواعد العامة".

(2) حول سلك المترجمين التي تستعين بهم سلطة الحماية في ترجمة النصوص القانونية: انظر أطروحة سناء بن عاشور.

Sana BEN ACHOUR, Aux sources du droit moderne tunisien: La législation tunisienne en période coloniale, thèse de doctorat, Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales de Tunis, Tunis, 1996, p 49-51.

الفصل 27 قد نصّ على أنّه "إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقدا من العقود ولم يُعيّن له أجلا لقبوله أو رفضه فلا يترتّب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين..." أمّا النصّ الفرنسي فكان كما يلي :

Article 27 : « L'offre faite à une personne présente, sans fixation de délais, est non avenue, si elle n'est acceptée sur-le-champ par l'autre partie... »

ونرى أنّ المصطلح الفقهيّ "التوليغ" في الفصول 217 و 444 و 478 أكثر دلالة على الأثر المالكّي في الكتاب الأوّل، لأنّ فقهاء المذهب المالكي اختصّوا باستخدام هذا المصطلح⁽¹⁾، الذي أصبح حاليّا مهجورا ويستخدم بدلا عنه لفظة "الصوريّة"⁽²⁾ (لكنّه ما زال مُفضّلا في المغرب).

36- على أنّ البحث في تطابق النصّ الفرنسي مع النصّ العربي ليس ذا أهميّة عند التطبيق، فالثاني هو المُلزم معنى ومبنى، ومرجعيّة مُصطلحاته الفقهيّة المالكية تُوجب إعماله على ضوئها.

وأنّ هذا ممّا يجعل البحث عن مصدر احتياطيّ خارج منظومة الفقه الإسلاميّ عملا متهافتا ولا يستقيم علميّا وتاريخيّا.

37-2- تهافت الحلول البديلة عن الفقه الإسلاميّ كمصدر احتياطيّ :

طلما أنّ أحكام التشريع عموما والنظام القانوني للالتزامات والعقود موضوع الكتاب الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود بحاجة إلى أن تستكمل نقائصهما ويسبر غور ما يعتريهما من غموض، فهل هناك بدائل أخرى عن الفقه الإسلاميّ كمصدر احتياطيّ؟

(1) انظر إبراهيم جاسم محمد، توليغ المورثين والكشف عنه عند المالكية"، مجلة الدراسات التاريخية والحضارية مجلة محكمة صادرة عن جامعة تكريت (العراق)، مجلد 8 عدد 24. نيسان (أفريل) 2016، ص 37، والملاحظ أنّ الموسوعة الفقهية (التي طغى عليها الفقه الحنفي) لم تتعرض إلى هذا المصطلح.

(2) انظر محمد الزين، "النظرية العامة للالتزامات" 1 - العقد، الطبعة الثانية، مطبعة الوفاء، تونس، 1997، ص. 377 وما يليها

بالتأمل في الأعمال الأكاديمية وفقه القضاء نجد ثلاثة أجوبة مختلفة:

- الاكتفاء بالنظام التشريعي الوضعي بمقولة أنه لا وجود حقيقة لفرغ تشريعي إذ كل ما لا تشمله القواعد التشريعية التفصيلية يدخل ضمن القاعدة العامة (وهي غالبا ضمنية) للإباحة، ولا وجود لغموض وإنما حالات سوء فهم.

- استلهم "القيم الكونية" والقانون المقارن، فالأولى أخذت في العقود الأخيرة تُحدّد الموجهات العامة لتأويل القواعد القانونية حسب مُتطلبات سيرورة الحضارة الإنسانية التي هي قاسم مُشترك نتاج الوضع البشري الذي لا يختلف جوهرياً من بلد إلى آخر لأنّ حاجيات وقدرات الأفراد والجماعات متماثلة، وأمّا القانون المقارن فيُتيح العُثور على حلول جرى بها العمل في بلدان أخرى.

- إعمال قواعد العرف :

لن نبحت هنا في العرف، كمصدر احتياطي لأنّ ما هو "تونسي" يدخل في رأينا ضمن الفقه الإسلاميّ عموماً والفقه المالكيّ بصفة أخصّ، وهو ما ندرسه في جزئنا الثاني أسفله، أمّا الأعراف غير المحليّة، ومنها قانون التجار Les mercatoria⁽¹⁾ فيشملها القانون المقارن في جانب والقيم الكونية في جانب آخر، لذا فإنّنا سنقتصر هنا على البحث في الخيارين الأخيرين المتاحين.

38- أولاً، الاكتفاء بمنظومة التشريع التونسي:

يقول علي المزغني "القواعد العمومية للقانون التي ورد البعض منها صُلب مجلة الالتزامات والعقود ذاتها تستمدّ من التّصوص القانونية

(1) حوصلة المجلة بقانون التجار، انظر:

Lotfi Chedly, « Les principes du code des obligations et des contrats et les principes de la lex mercatoria » In livre du centenaire du COC (1906-2006), ouvrage collectif sous la direction de Mohamed Kamel Charfeddine, éd C.P.U, Tunis 2006, p.635-673.

النافذة... وليس للقضاء إنشاء القواعد العامة [وهو يقصد القواعد القانونية باختصار لأنه يحتجّ بالمجلة المدنية الفرنسية] مثلما عبر عن ذلك الفصل 5 من المجلة المدنية الفرنسية، ولذلك كان من الضروري البحث عن المبادئ العمومية واستخراجها من النصوص القانونية النافذة صلب النظام القانوني المعني"⁽¹⁾.

وحسب هذا الرأي فإنّ النصوص النافذة هي المرجع المباشر أو غير المباشر لسدّ الشّغور، وهذا رأي بين خطله لحجج عديدة منها.

1-39) التّعارض مع إقرار المشرع نفسه بالفراغ:

يُقرّ التّشريع التّونسي بوجود فراغ، حسب الفصل 535 م.إ.ع وغيره⁽²⁾، من جهة، ويلزم القاضي بالبتّ في التّزاع حتّى في حالة الفراغ أو الغموض⁽³⁾، من جهة أخرى، فلا وجه لأنّ يكون المرء ملكيًا أكثر من الملك؛ كما أنّه على الصّعيد النّظري فإنّ نظريّة "كمال التّشريع" أصبحت مهجورة حتّى في بلد ظهورها، كما ذكرنا ذلك أعلاه.

وما أقرّ به المشرّع منذ سنة 1906 م لا يمكن النكوص عنه في عصرنا الرّاهن، بعد أن تأكّد وجود فراغ لا يُمكن سدّه حتّى بما في التّشريع من مبادئ "تكتشف" من القاضي⁽⁴⁾، ولم يعد مقبولاً (إلاّ بين أصحاب التّزعة الفاشيّة) القول بأنّ "من مظاهر ممارسة الدّولة الحديثة سيادتها استثنائها بالسلطة التّشريعيّة"⁽⁵⁾، إذ من مظاهر الدّولة الحديثة عدم الاستثناء بالقرار واحترام مقوّمات الشّعب وكرامته.

(1) علي المزغني، "تعليق على الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة تونس تحت عدد 7602 بتاريخ 18 ماي 2000"، المجلة القانونية التونسية، سنة 2000، ص 261.

(2) مثل الفصل 05 من قانون المحكمة الإدارية والفصل 597 من المجلة التجارية.

(3) طبق موجبات الفصل 108 من المجلة الجزائية.

(4) ناقش هذا عدد من الباحثين الذين ردوا على ذلك مبينين عدم صواب الزعم بان المبادئ كامنة في التشريع، انظر مثلا:

Patrick Morvan, Le principe de droit privé, LG D J, Paris, 1999, p. 374.

(5) علي المزغني، "تعليق على الحكم..."، مرجع سابق، ص 260.

40- 2) تكريس تجاوزه الزّمن لمفهوم استبداديّ للدّولة وتحكيميّ للتّشريع مُخالف للسياسة التّشريعيّة ومبادئ الدّستور:

لم يعدُ للتّشريع المكانة التي أولاها إيّاه قسم من شُرّاح القانون زمن الدّولة المركزيّة بصيغتها القوميّة "النابليونيّة" أو بصيغتها الرّاعية الأبويّة، وهكذا فإنّ الدّولة المعاصرة أقلّ حرصا على الاستئثار بفضّ التّراعات (مُفسحة المجال واسعا للتّحكيم حتّى في المادّة الجزائيّة) وأكثر انفتاحا على مشاركة الغير سلطتها في سنّ قواعد القانون الذي غدا بعضه "ليّنا" Soft law، والكثير منها يكون موضع تفاوض بين المعنيين به.

وسواء أعملنا أحكام دستور 1959م كما تمّ تنقيحه أو دستور 2014م، فإنّ حصر إرادة ورغبات المواطنين ضمن التّأويل الضيّق للتّشريع قد غدت منذ زمن غاية لا تنسدها الدّولة ولا يقبل بها لا القاضي والمتقاضى.

ثمّ لو قبلنا حصر القواعد القانونيّة في التّشريع، فإنّ من ضمنه الفصل الأوّل والفصل 3 من الدّستور وديباجته (السّيادة للشّعب وليس لصاحب السّلطة)⁽¹⁾، وكلّ ذلك يُجيز للقاضي (إن لم يلزمه إلزاما) استنباط الحلول من الفقه الإسلاميّ باعتباره مصدرا احتياطيّا.

41- ثانيا، استلهام "القيم الكونيّة":

من التّادر الاحتجاج بالقيم الكونيّة في مادة الالتزامات لأنّها تقوم أساسا على التّراضي بين الأطراف، لكن ليس من النادر إعمال فصول القواعد العامّة للقانون عند تأويل أحكام قانون الأحوال الشخصيّة والموارث⁽²⁾.

والحقيقة أنّ الإستلهام كثيرا ما يكون محكوما بالاعتباطيّة في الانتقاء، فتغلّب نصوص على نصوص وتؤخذ بعين الاعتبار تجارب دُون الأخرى تبعا

(1) والفصل 06 فقرة 1 و39 فقرة 1 و42 فقرة 3.

(2) انظر مثلا: مالك الغزواني، "تجديد قراءة أحكام مجلة الأحوال الشخصية"، مجلة القضاء والتّشريع عدد 3 لسنة 2009، ص 91، وما يلها وخاصة ص 129.

لأهواء المستلهم⁽¹⁾، ويتم تأسيس الحلّ على فصل ما من الدّستور وإهمال فصول أخرى، وفي كثير من الأحيان فإنّ "الكونيّة" ليست إلّا غطاء لنقل "قيم" فرنسيّة لا يشاركها فيها حتّى جيرانها، وفي هذا الصّدّد نكتفي، لدحض اعتماد هذا البديل، بذكر أمرين.

42-1) المنظومة الكونيّة ظرفيّة واعتباطيّة ومتحوّلة :

ما يُعدّه البعض منظومة قيم كونيّة، ليس سوى نتاج مُعطيات قصيرة المدى وذات أثر محدود، وكلّما تغيّر هوى النّاخب في فرنسا وأمريكا إلّا وتغيّرت معه سلم أولويّات القيم الكونيّة، ولنا في الموقف من التّغير المناخي بين عهديّ الدّيمقراطيين والجمهوريين في الولايات المتّحدة خير بُرهان⁽²⁾.

43-2) القانون الفرنسي في أزمة :

القانون الفرنسي في أزمة اتّضحت معالمها مع تقارير أنشطة الأعمال Doing Business الذي يصدر كلّ عام عن البنك الدّولي والذي صنّف القانون الفرنسي في المرتبة 44 عالمياً⁽³⁾.

ورغم التّنقيحات الهامّة التي قامت بها فرنسا على قانون العقود عامي 2016 م و2018 م وقبلها على قانون التّأمينات فإنّ مكانة القانون الفرنسي لم تتحسن كثيرا وما زالت تُراوح مكانها بين المرتبة 32 سنة 2019 م والمرتبة 31 سنة 2018 م.

(1) يتم الاحتجاج بالمواثيق الغربية وتهمل مواثيق منظمات من العالم الثالث كالاتحاد الإفريقي وجامعة الدول العربية ومنظمة التعاون الإسلامي وهيئات بلدان أمريكا اللاتينية، ويقتدى بتجارب فرنسا والنمسا مع إغفال تجارب الصين والهند بل وحتى بريطانيا.

(2) مثال آخر بعيد عن النسوانية والمثلية: الموقف من المهاجرين هل هو الإدماج أم الإبعاد، إذ تتغير القيم بتغير أهواء الجمهور في البلدان الكبرى.

(3) انظر تلك التقارير في مواقع الانترنت وانظر الرد الذي قامت به الجمعية الفرنسية للقانون " هنري كابتان" مناقحة عن القانون الفرنسي والذي لم يقنع حتى السلط الفرنسية :

Association Henri Capitant, Société de Législation comparée, 2006 ; Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ? (dir) F. Rouvillois, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005.

44- رغم ما يبدو من تنافر ظاهر بين البديل القائل بكمال التشريع التّونسي والبديل القائم على استلهاهم "القيم الكونيّة" والقانون المقارن (وبصفة أخصّ القانون الفرنسي)، فإنّ الغاية المنشودة للقائين بالبديلين واحدة وهي استبعاد الفقه الإسلامي كمصدر احتياطيّ، بل لا يرى أصحاب مقولة الانغلاق على التشريع الوضعيّ التّونسي حرجا من التنكر لمنطلقهم ذاك واحتطاب الحلول من هنا وهناك بعد أن ينتهوا من الاطمئنان على إقصاء تراثنا الفقهيّ، فالفريقين "قرّروا العزم على استبعاد الإسلام من التشريع الوضعي تماما وأخذوا يجمعون المبررات من هنا وهناك، مُسبقين بذلك النتيجة التي يرومون الوصول إليها عن معاينة الواقع والنّظر إلى الممارسة والاستنتاج المنطقيّ لنتائج المعطيات"⁽¹⁾، وهو موقف "لا يحظى بإجماع فقهاء القانون"⁽²⁾ والقضاء التّونسي، ويُخالف "مبدأ علويّة الدّستور على الاتّفاقيات الدّوليّة"⁽³⁾ التي كثيرا ما يستندون إليها لمحاولة نقض ما استقرّ عليه فقه القضاء وما تُوجبه القواعد العامّة والمصادر الماديّة للتّشريع التّونسي من إعطاء الفقه الإسلاميّ مكانة المصدر الشكليّ الثاني بعد النّصوص التشريعيّة. وذلك الموقف كثيرا ما يكون ناشئ عن جهل بالفقه الإسلاميّ وقد وصل الأمر بأحدهم إلى الزعم بأنّ الفقه الإسلامي لم يعد يحرم الرّبا في القرون الموالية للقرن السّادس (وهو قد أخطأ حتّى في ظهور الإسلام الذي كان في القرن السّابع وليس السّادس)⁽⁴⁾، بينما تعيب توطئة مشروع 1899م على الفقهاء المسلمين مُبالغتهم في التحزبي من شبهة الرّبا، وقد يكون مثل ذلك الموقف مردّه استلاب يفقد صاحبه الحكم بمصداقيّة على ما لدى الغير فيراه خيرا كلّه.

(1) محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي. التشكلات، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص558.

(2) المرجع السابق، ص557.

(3) انظر حول ذلك: محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي. التجليات، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص215-220.

(4) انظر:

Ali Mezghani, Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman classique, Revue Tunisienne de Droit, 1975 II, p. 60.

وعموماً فإنّ الحلول البديلة عن الفقه الإسلامي (وهو في تونس بحكم الواقع والنصوص مالكي في جملته) مخالفة لأحكام التشريع وعمل القضاء، كما بينا ذلك أعلاه، لكنه مخالف أيضاً للعرف الذي هو في جوهره قواعد ناشئة عما جرى به عمل المالكية.

الجزء الثاني: الفقه المالكي مصدر أساسي في صورة تفويض العرف :

45- القانون ليس فقط نصوصاً مجردة، وإنما هو أيضاً وربما قبل ذلك الوسط الاجتماعي الذي تطبق فيه والثقافة العامة السائدة لدى القائمين على تطبيقه⁽¹⁾.

وفي المادة التعاقدية، التي هي المناط الأساسي للكتاب الأول من م.إ.ع⁽²⁾ جلّ الأحكام القانونية غير أمرة⁽³⁾، وهي لا تكون مُلزِمة للأطراف إلا إذا لم يتمّ الاتفاق على خلافها؛ لذا فإنّ المجال يتسع للأفراد للاتفاق على ما يشاءون في إطار ما يحكم المجتمع من قواعد تهّم النظام العامّ والأخلاق الحميدة والأعراف والعادات، وللقاضي أن يطبّق الأعراف بصورها المختلفة.

ولا يختلف تعريف العرف في الفقه الإسلامي عنه في القانون التونسي⁽⁴⁾، لذا فإنّ إحالة المجلّة إلى العرف تعتبر إحالة إلى مفهوم معلوم وواضح لدى المشتغلين بالفقه والمادّة القانونية.

(1) يتباين تطبيق الاتفاقيات الدولية من بلد إلى آخر تبعاً للثقافة القانونية السائدة، والأمثلة على ذلك عديدة في القانون المقارن، ولعل أهمها في القانون الخاص أحكام اتفاقية جينيف المؤرخة في 1930/6/07 بشأن الكمبيالة والسند للأمر فقد طبقت في ألمانيا بصورة مختلفة عنها في فرنسا.

(2) الكتاب الأول لا يتعلق فقط بالالتزامات الناشئة عن الاتفاقات وإنما كذلك الالتزامات غير العقدية التي مصدرها الإرادة الفردية (كالوعد بجائز: الفصل 19 م.إ.ع) وما ينشأ عن الخطأ والتقصير (الفصلان 82 و83 م.إ.ع) أو ما يفرضه القانون (مثل مضار الجوار المألوفة: الفصل 100)، حول مصادر الالتزام في م.إ.ع عموماً انظر التعليق على الفصل الأول منها في كتاب: علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود. الكتاب الأول، مجمع الأثرش للكتاب المختص، تونس، 2018، ص 77-85، لكن المكانة الأولى في الكتاب الأول من المجلة إنما هي للالتزامات الاتفاقية.

(3) الأحكام أو القواعد القانونية الأمرة لا يمكن للأطراف وحتى للقاضي استبعاد تطبيقها، وهي قليلة في المادة التعاقدية ومنها قواعد الأهلية (الفصول 03 إلى 17 م.إ.ع).

(4) حول تعريف العرف في القانون الوضعي: انظر محمد كمال شرف الدين، القانون المدني...، مرجع سابق، ص 116-118؛ وفي الفقه الإسلامي، انظر: الموسوعة الفقهية، مؤلف جماعي الجزء 30، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، 1994، ص 53-54.

ويميّز الفقهاء المسلمون بين الأعراف القوليّة (اللفظيّة) والعملية، إلا أنّ التّصنيف الذي يهّم ما نحن بصددّه إنّما هو التّمييز بين الأعراف الشعبيّة وأعراف العلماء أو المقولات المأثورة لديهم⁽¹⁾، وهذا الصّنف الأخير يشمل كلّ القواعد المعتمدة لدى أهل المعرفة ولا تشمل فقط ما هو شفويّ يتناقله أهل العلم صاغر عن كابر وإنّما كذلك الأراجيز الفقهيّة بل وحتىّ "القواعد الفقهيّة" بالمعنى الدّقيق للمصطلح وكتب الفروق والأشباه والنّظائر⁽²⁾ ولا ريب أنّ الثّقافة القانونيّة لدى رجال القانون⁽³⁾ كانت مصطبغة بالفقه المالكيّ، بالمعنى الواسع الذي ذكرناه في المقدّمة؛ لذا فإنّه كلّما أحالت فصول المجلّة إلى العرف والعادة، فإنّما تحيل حقيقة إلى أحكام المذهب المالكي وما جرى به العمل لدى الفقهاء والمفتين⁽⁴⁾.

والحقيقة أنّ العرف يقصد به أحد أمرين كثيرا ما يتمّ الخلط بينهما: قواعد سلوك ملزم في ظرف ما، من جهة، ومفهوم مجرد لمصدر لقواعد السلوك المنبثقة عن عادات النّاس وما جرى به العمل لديهم، من ناحية أخرى، ويحضر نوعيّ العرف في فصول الكتاب الأوّل من المجلّة، لذا سننظر في العرف كقواعد خاصّة أحالت إليها المجلّة في عدد من الفصول المتعلّقة بأحكام ووضعيات محدّدة (أ) ثمّ ننظر في الفصول العامّة التي أحالت إلى العرف كمصدر عامّ لقواعد السلوك والتّأويل (ب).

(1) ممن ميز بجلاء بين الصنفين العميد كاربونني، وقد أيدّه في ذلك أستاذنا محمد كمال شرف الدين: انظر كتابه قانون مدني، مرجع سابق، ص 122، هامش 252.

(2) انظر بشأن ذلك ما أوردهاه بالفقرتين عدد 290 و291 من كتابنا "القواعد العامة للقانون" سالف الذكر: وعرفنا في ذلك الكتاب معنى المقولات المأثورة Adages في القوانين الغربية بالفقرات 280 إلى 285.

(3) حول القضاء التونسي في آخر القرن وبداية القرن 20 انظر الصفحات 76 إلى 145 وخاصة ص 138-140 من كتاب:

Mohammed Dabbabet Tahar Abid, La justice en Tunisie de 1856 à l'indépendance, éd Centre d'Etudes Juridiques et Judiciaires, Tunis, 1998, p. 316.

(4) وجوب فهم أحكام المجلة حسب "مراد واضع القانون" (الفصل 532 م.إ.ع)، يقتضي التزام نية المشرع عند إصدار المجلة، وما صحّ عام 1906 يصحّ في عصرنا الراهن.

46-أ- الإحالة إلى العرف في نصوص خاصة: إحالة إلى الفقه المالكي :

يطلق القانونيون على الإحالة إلى العرف من نصّ تشريعيّ مصطلح التفويض⁽¹⁾، وهو ما يدلّ على مكانته الثانويّة أو الفرعيّة (2)، في صورتَي الإحالة (1).

1- صور الإحالة :

التفويض يمكن أن يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا.

47-أوّلا، التفويض الصريح:

تُخضع أحكام المجلّة الالتزامات إلى الأعراف، إذ: " لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف... "(الفصل 243 م. إ. ع)، وكذلك "ليس لأحد أن يقوم بحقّ ناتج من الالتزام ما لم يثبت أنّه قد وفي من جهته أو عرض أن يوفي بما أوجبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون أو العرف" (الفصل 246)، وأن "ما ذكر على وجه التّقريب من عد أو كيل أو وزن أو غيرها من المقادير كنحو كذا وزهاء كذا فهو عبارة عن القدر المتسامح فيه عرفا أو عادة بالمكان" (الفصل 526)، وعند تفسير العقد "تحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما هو معتاد بمحلّ تحرير الكتب إلّا إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاصّ..." (الفصل 519).

وذكر العرف أيضا في الفصول 29 و 247 و 254 و 264 و 290 وسواها⁽²⁾.

وترد لفظة عرف مقرونة حيناً بكلمة عادة⁽³⁾، كما وردت كلّ منهما دون الأخرى⁽⁴⁾، وقد ثار قديما جدال بين الفقهاء من مختلف المذاهب

(1) انظر مثلا محمد كمال شرف الدين، القانون المدني...، مرجع سابق، ص 123، سنية العش ملاك، "العرف والعادة في مجلة الالتزامات والعقود" مقال منشور في "كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006"، مركز النشر الجامعي، تونس 2006، ص 135-175، خاصة الصفحات 1160-1631.

(2) بالفصول 532 و 543 و 544 التي تتناولها أدناه.

(3) في الفصلين 526 و 543، وكانت أداة العطف أو في الأول وواو في الثاني.

(4) انفردت كلمة عادة في الفصول 34 و 100 و 210 و 516، وانفردت كلمة عرف في الفصول 29 و 243 و 246 و 247 و 254.

وتجدّد حديثا بين القانونيين حول الاختلاف والتّماهي بين اللفظين، والرأي الغالب في المذهب المالكي ولدى أهل القانون في تونس وغالب شارحي القانون في فرنسا، أنّهما مُتماثلان⁽¹⁾.

48- ثانيا : التفويض الضمّني :

بعض المصطلحات والمفاهيم تختلف دلالتها حسب الأعراف، وعندما ترد في نصّ تشريعيّ فإنّ ذلك يعدّ تفويضا ضمّنيّا للعرف ليستخلص منه المعنى المتعبّر للمصطلح أو المفهوم لدى المقصودين به.

(1) الأمثلة المعهودة :

يُورد أهل القانون أمثلة عديدة للمصطلحات والمفاهيم المتضمّنة تفويضا غير صريح منها أساسا⁽²⁾:

- الخطأ في الفصل 83 من المجلّة، الذي هو "ترك ما وجب فعله وفعل ما وجب تركه"

- الأخلاق الحميدة في الفصول 67 و 77 و 117 و 439 و 500 و 544 من المجلّة

- المدّة المعقولة في الفصل 269 من المجلّة، وهي تتعلّق بالفترة الزمنيّة التي على الدائن ذكرها في التنبيه الموجّه للمدين لطلب أداء الدّين، إذا لم يكن الالتزام محدّد الأجل

(2) أمثلة أخرى

ونضيف إلى من سبقونا المفاهيم والمصطلحات الموالية، على سبيل الدّكر لا الحصر:

(1) انظر نقاشا مستفيضا لذلك في دراسة سنبله العش، "العرف والعادة في مجلة الالتزامات والعقود" سالفه الذكر، ونحن نوافق على ذلك الرأي بشأن الفقه الإسلامي ونتحقّق عليه في ما يتعلّق بالقانون الفرنسي والقانون التونسي.

(2) انظر مثلا محمد كمال شرف الدين، القانون المدني... مرجع سابق؛ سنية العش ملاك، "العرف والعادة... مرجع سابق.

- طبيعة الأمر في الفصل 516،
- طبيعة القضية في الفصول 163 و 167 و 172،
- طبيعة الملزم به في الفصل 187،
- طبيعة الالتزام في الفصول 136 و 241 و 284 و 346،
- طبيعة العقد في الفصل 248،
- مقتضى العقد في الفصل 119،
- موجبات النيابة في الفصل 416،
- "ما هو على وجه جائز" بالفصل 419.
- الكيفيّة التي عَرِفَ بها [المأمور العمومي (كالعدل ونحوه)] تلك الأمور
في الفصل 445
- في كلّ صور الإحالة إلى العرف يرجع القاضي (والمحكم) إلى ما هو معهود
لدى المعنيين بالأمر سواء حسب فهمه له أو بالاستعانة بخبراء أو مراجع.
- 2-49- المكانة الثانوية لقواعد العرف:**
- لا تطبق القواعد المستمّدة من العرف في صورتين:
- في حالة استبعادها صراحة أو حتّى ضمّنّيّا من الأطراف
- في حالة وجود قاعدة مستمّدة من التّشريع، حتّى لو كانت متّمة
وباستثناء الفصل 526 الذي لم يقيّد العرف ظاهريّاً⁽¹⁾ بعدم وجود
نصّ قانونيّ أو شرط اتّفاقيّ مُخالف فإنّ جميع الحالات الأخرى تضمّنت
إخضاع العرف إلى القانون والشّروط المخالف.
- لكن مع ذلك فإنّ التّقييد ليس مُطلقا في صُورة الاتّفاق المُخالف.

(1) نقول ظاهريا لأن الفصل 242 لا يمنع الاتفاق على خلاف ما جاء بالفصل 526.

أولاً، أسباب التقييد:

50 - 1) التقييد لوجود نصّ تشريعي:

ورد هذا القيد صراحة في الفصول 243 و 246 و 264، وهو أمر لا يختلف على ما اتفقت عليه مختلف مذاهب الفقه الإسلامي من أنّه لا اعتبار للعرف المخالف للنصّ، الأمر الذي سهّل للمشروع سنة 1906م الأخذ بهذا القيد دون أن يُثير حفيظة المدافعين على الأعراف والتقاليد⁽¹⁾.

وقد قدّمت توطئة المشروع الأوّلي لسنة 1899م أساساً نظرياً لتغليب نصوص المجلّة على العرف (ومن ورائه أحكام الفقه) بالزعم بأن ما يقرّره صاحب السّلطة (الباي) يقدّم على ما عداه، ويقول محرّروها "كلّ ما جاء به الشّرع وكان قائماً على ما جرى به العمل زمن وضع الحكم يجب تغييره بمجرد تغيير الوقائع وجعله مُسائراً لما جرى به العمل منذ ذلك الحين. ويتمّ هذا التطوّر عن طريق الأمير رئيس الدّولة الإسلاميّة"، ويضيف أنّ ذلك من "ممارسة الأمير المسلم لمهامّه التشريعيّة... (إذ) يمكن له أن يستعيض عن أحكام الفقه بغيرها.. وله أن يُضفي قوّة التّشريع على العادة والعرف كما له في التّهيأة أن يتولّى - مباشرة وفي شكل أمر - اتّخاذ ما تتطلّبه الظروف كلّما كانت المصلحة أو الضّرورة تدعو إلى اتّخاذ ذلك شأنه في ذلك شأن كل وكيل صالح ملزم باتّخاذ ما فيه مصلحة موكله"⁽²⁾.

ومن السّخرية أن يصف المقيم وأعوانه (وهم في عمومهم جمهوريّون ليبراليون مُعادون للحكم المطلق وللكنيسة في بلادهم) الباي بأنّه رئيس للدّولة الإسلاميّة ووكيل صالح يُراعي مصلحة شعبه، وأنّ ما يقدّمونه له ليضع خاتمه عليه داخل في حديث نبويّ "ما استحسنه المسلمون فهو عند الله حُسن" (يبدو أنّه حديث ضعيف حسبما ذكر لنا مختصّون).

(1) لم نر صدى لمن جادل في الأمر، وحتى القرار التعقيبي الشهير الذي قال بأنّ "الحقّ يعلو ولا يعلى عليه" وهو مقدم على النصوص إنّما يتعلق بمسألة إجرائيّة، وكان على أي حال يتيماً.

(2) انظر ترجمة التوطئة في: محمود بن الشيخ في مجلّة الالتزامات والعقود معدلة ومعلق على فصولها بأحكام القضاء، مرجع سابق.

وما سلف قوله يُناقض بعض ما جاء في التوطئة من أنّ " العرف إذا كان موحدًا ثابتًا غير مُنافٍ للأخلاق الحميدة ولا للقواعد العامة للشريعة كانت له نفس القوّة التي للشريعة ويصبح جزءًا منها لا يتجزأ"⁽¹⁾.

51-2) التقييد لوجود شرط اتّفاقي مُخالف:

جاء هذا القيد في الفصول 247 و 254 و 290 و 516، ويمكن أن نُضيف إليها الفصل 210 الذي نصّ على "إحالة الدّين تشمل توابعه...وتشمل ما كان للمحيل... ما لم يكن هناك نصّ أو عادة تقتضي خلاف ذلك"، إذ المقصود بالنصّ ليس التّشريع وإنّما الشّروط الاتّفاقي حسبما يتبيّن من السّياق ومن الصّيغة الفرنسيّة.

وتقديم الاتّفاق على العرف ممّا يقول به فقهاء مختلف المذاهب، فلا يُثير أيّ إشكال في علاقة فصول الكتاب الأوّل من المجلّة بالفقه المالكي.

ومن شروط اعتبار العرف في الفقه المالكي "عدم مُعارضة العرف بتصريح يُخالفه كالشّروط مثلاً. فإذا وُجد نصّ أو شرط لأحد المتعاقدين وجب العمل بمقتضى النصّ أو الشّروط ما دام الشّروط صحيحة ولا يلتفت إلى العرف. إذ لا عبرة للعرف إذا وجد نصّ على خلافه"⁽²⁾.

ويُضيف الكاتب مقدّمًا مثلاً ممّا هو معمول به أيضًا في تونس "فلو فرضنا أنّ مصاريّف تسجيل عقد من العقود مثلاً تعارفها التّاس على المشتري واتّفق المتعاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتّفاق ولا عبرة بالعرف"⁽³⁾.

(1) المرجع السابق.

(2) عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة، المحمديّة (المغرب)، 1982، ص 110.

(3) المرجع السابق، نفس الصّفحة.

ويقول التّسولي في تحفة الحكام "والعرف ما يغلب بين النّاس* ومثله العادة دون بأس في غير ما خالفه المشروع* ومقتضاهما معا متبوع⁽¹⁾.

ولذا فإنّ مكانة العرف كقواعد سلوك في الكتاب الأوّل من المجلّة ممّا أخذ به المذهب المالكي وكذلك أنظمة القانون المكتوب؛ لكن هل أنّ مكانة العرف كمصدر للقانون تتّفق أيضا مع أصول الفقه المالكي، وكيف أنّ العرف كمصدر للقانون في م.إ.ع تجعل من الفقه المالكي مصدرا احتياطيّا للتّشريع؟

52 - ب- الإحالة إلى العرف في نصوص عامّة : إحالة عامّة إلى الفقه المالكي وأصول الفقه :

لا بدّ من الوقوف أوّلا على الصّور التي أُحيل فيها إلى العرف صراحة كمفهوم (أي كمصدر للقواعد) وليس فقط كأحكام جزئية لمسائل محدّدة (1)، ثمّ النّظر في تنازع العرف مع الأدلّة أو المصادر الأخرى (2).

53-1- النّصوص العامّة التي أُحيل فيها إلى العرف:

يتعلّق الأمر بثلاثة فصول هي 532 و543 و544:

54- أوّلا: الفصل 532:

ينصّ الفصل على: "نصّ القانون لا يحتمل إلّا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون".

وما ورد فيه ذكر حرفيّا⁽²⁾ في مصدر أُحيل إليه في حاشية مشروع 1897 (الفصل 501) و1899 (الفصل 617)، ولم يطرأ عليه أي تغيير منذ 1897م وإلى الآن.

(1) انظر شرح البيهقي في أبي الحسن علي التّسولي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، ومعه حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد التّاودي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، جزئين في مجلدين، منشورات محمد علي بيضون ودار الكتب العلمية، بيروت 1998.

(2) إيراد نصّ باللغة العربية مقتبس من كتاب مصنف بالعربية جعلنا، مع قرائن أخرى، نرجح في أطروحتنا وكتابنا أن تكون فصول القواعد العامة في المجلّة قد كتبت أوّلا بالعربية ثمّ ترجمت إلى الفرنسية، خلاف ما عليه الحال في باقي أبواب المجلّة.

يقول المصدر الذي أُحيل إليه وهو كتاب للفقيه الهندي الحنفي المعروف باسم "خان بهادر": "في شروط التّأويل: الأوّل، إن يكون موافقا لوضع اللّغة أو عرف الاستعمال أو عادة صاحب الشّرع، وكلّ تأويل خرج عن هذا فليس بصحيح"⁽¹⁾.

ولا يختلف المالكيّة عن الأحناف في هذا الأمر، فلا ضير من أن يكون المرجع الذي استُقي منه حنفيّ رغم هيمنة المذهب المالكيّ على المجلّة، كما أنّ إخضاع تأويل النصّ الوضعيّ إلى قواعد تأويل أدلّة الشريعة لا يُثير أي إشكال ذي بال.

ثانيا: الفصلان 543 و544:

يضع الفصل 543 قاعدة علويّة للتّشريع بعبارة حاسمة: "العادة والعرف لا يخالفان النصّ الصّريح"، بينما يُحدّد الفصل 544 النّظام القانوني للعرف في القانون الوضعي: "من استند إلى عرف كان عليه إثباته ولا يحتجّ به إلّا إذا كان عامّا أو غالبا غير مُناف للنّظام العام والأخلاق الحميدة".

وقد استنتج الباحثون والقُضاة من الفصل 543 عدم جواز نسخ النصّ بالعرف أو بعبارة أخرى نسخه لوجود عرف مستقرّ مُخالف لأحكامه وهو ما يُسمّى "النّسخ بالهجران"، وقد طلب من المحاكم تطبيق الفصل 831 الذي كان ينصّ على أنّه "ليس للزّوجة أن تُوجّر نفسها للخدمة أو للرّضاع إلّا برضاء زوجها وإلّا فله فسخ الإجارة" (أغلب القضايا كانت من زوج ينقل إلى مكان عمل بعيد وترفض الزوجة العاملة الانتقال معه فيحتجّ بأنّه لم يأذن لها في العمل)، إلّا أنّها في الغالب تجنّبت بطرق مُختلفة اتّخاذ موقف صريح بتغليب النصّ أو العرف إلى أن قام المشرّع سنة 2000م بإلغاء

(1) خان بهادر [محمد صديق حسن خان القنوجي]، حصول المأمول، تحقيق أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص 287، وجاء بصفحة 141 من طبعة اسطنبول لسنة 1879 التي رجعت إليها اللجنة، على الأرجح إذ هناك طبعات أخرى للكتاب منها واحدة في الهند.

الفصل؛ لكن عندما طبّق أمر عليّ صدر سنة 1918م ثم بقي دون تطبيق، فإنّ المحكمة لم تتوان سنة 2005م في تطبيقه مُحتجّة بالفصل 543 ورافضة النسخ بالهجران.

بيد أنّ ما يبدو عليه الفصل 543 من تضييق لنطاق العرف إلى ما ليس موضوعه مشمولاً بالتّشريع، يمكن أن يُفهم منه العكس: أي طالما أنّه لا وجود لنصّ صريح فإنّه يعمل بالعرف، وذلك مجال واسع لأنّه رغم تضخّم النّصوص التّشريعيّة فهي لا تنظّم كلّ شيء من ناحية، وهي ليست جميعها صريحة بما يكفي من ناحية أخرى؛ ولعلّ ذلك ما جعل مُحرّري المجلّة يتحوّطون من توسّع مجال تطبيق العرف (وبالتالي الفقه المالكي) فوضعوا شرط عدم مخالفة النّظام العامّ وكان يُمكن الاكتفاء بشرط عدم مخالفة الأخلاق الحميدة.

وعرف القانونيون جدالاً حول طبيعة العرف هل هو من القانون أم أنّه مجرد واقعة، وذهبوا في ذلك مذاهب شتى إلى أن استقرّ الرّأي الغالب على القول بأنّه في منزلة بين المنزلتين، فلا هو كالتّشريع الذي يفترض في القاضي والمتقاضى العلم به ولا هو مجرد واقعة لأنّه مشمول برقابة محكمة القانون لكيفيّة تطبيقه، وبمّنا هنا التّأكيد على الشقّ الثاني من ذلك الموقف بالتّنويه إلى أنّ العرف يُعدّ جزءاً من النّظام القانونيّ؛ وإلى ذلك يذهب القانون المقارن منذ ظهور نظرية "فرنسوا حيني" آخر القرن التاسع عشر القائلة بأنّ العرف مصدر شكلي وليس فقط مصدراً مادياً للقاعدة القانونيّة.

على أنّ ذلك لا ينفي حقيقة أنّ المجلّة قد صدرت في صيغة تهمّش العرف عموماً تحسّبا من السّلطة الاستعماريّة لهجر التّشريع برمّته والاكتفاء بما كان موجوداً من أعراف وأحكام الفقه الإسلاميّ، ومن دلائل ذلك أنّ المجلّة قد أسقطت فصلاً كان موجوداً بمشروع 1897م (الفصل 527) ومشروع 1899م (الفصل 656) الذي كان ينصّ على "قواعد القانون قابلة للتّغيير بحسب الحاجة وظروف الأحوال"، حسب صيغته في

الترجمة الأولى و"الأصول القانونية ليست بمطلقة بل إنها تتغير بحسب الظروف والمصالح"، حسب صيغته في الترجمة الثانية؛ وهو ما استرعى انتباه أشد المدافعين على العرف في تونس⁽¹⁾.

55-2- تنازع العرف مع المصادر الأخرى :

مع أنه من الوجيه أن تُناقش مسألة تغليب العرف على التشريع وإيراد حجج عديدة لذلك أقلها أنّ التشريع محدود والعرف غير محدود، لكننا نروم الابتعاد عن الإثارة وعن "خالف تعرف" ونكتفي بمناقشة تغليب العرف على القياس عند غموض النصّ وسكوته وتغليب القواعد العامة، والتي تشمل عرف العلماء، على القياس.

56- أولا، تغليب العرف على القياس:

إذا وُجد شغور في النصّ فالأولى البحث عن حلّ في العرف وفي الفقه الإسلاميّ بدلا عن إعمال قياس غير مُنضبط القواعد وكثيرا ما تحكمه الأهواء والنزعات والمنطلقات الأيدولوجيّة.

يقول أحد الباحثين "ولقد وجدنا المالكيّة يتركون القياس إذا خالف العرف، وكذلك ورد عن القرطبي في (باب الاستحسان) أنّ من ضروره ترك قياس لأجل العرف، بل إن العرف يخصّص العام، ويقيد المطلق عند المالكيّة"⁽²⁾ والقياس نطاقه أضيق من العرف⁽³⁾.

وإذا كان الفقهاء المسلمون قد أخذوا كثيرا بالقياس، فإنّهم يمتلكون أدواته، أمّا في عصرنا الزّاهن فإنّ زاد القضاة والقانونيين من مبادئ التّأويل

(1) المرحوم محمّد العربي هاشم، انظر:

Hachem (Mohamed Larbi), «Le code des obligations et des contrats, cent ans de solitude?», in mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi C.P.U, Tunis, 2001, p. 231- 242.

(2) عبد السلام فيغو، العرف وبعض تطبيقاته في الفقه المالكي، مجلة دعوة الحق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، العدد 297 شوال-ذو القعدة-ذو الحجة 1413/ أبريل-ماي-يونيو 1993.

(3) أورد الأستاذ أحمد بن طالب أمثلة لقرارات تعقيبية لم تجز فيها المحكم القياس. انظر دراسته "القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب"، مرجع سابق، ص 175-177.

والمنطق بل وحتى السياسة التشريعية محدودا، ممّا يجعل تغليب القياس على العرف في الفصل 535 في غير محلّه، أمّا تغليب العرف على القياس فهو يجعل من "التمسك بالهوية شرط لتحقيق الحداثة"، كما يقول أحد المؤلفين التونسيين⁽¹⁾.

57- ثانيا، تغليب القواعد العامة على القياس :

رأينا أعلاه أنّ القواعد العامة إنّما هي قواعد قانونية ذات قوّة مُلزِمة لأنّه تتحقّق فيها خصائص القواعد العامة، من جهة، ولأنّ القضاء طبّقها على ذلك النّحو من جهة أخرى.

وطالما أنّ الأمر كذلك فليس من الوجيه أن يُقدم عليها القياس، خلافا لما جاء بالفصل 535؛ لكن ما قصده الفصل حقيقة ليس القياس Syllogisme وإنّما التّمثيل Analogie كما ذكرنا ذلك أعلاه في الجزء الأوّل.

وأنّ التّرتيب الوارد في الفصل 535 إنّما أملتّه هواجس استعماريّة تخشى ممّا هو منبثق من إرادة الشّعب وترى في سموّ التّشريع فرضا لسلطتها وترسيخا لما ساد في فرنسا من تهميش للعرف 147 لأسباب سياسيّة تتعلّق بصراع نظام نابليون مع النّظام الملكي الذي سبق ثورة 1798م، حتّى أنّ كلمة عرف Coutume وردت مرّة واحدة في المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (لكن لفظ Usage ذكر عدّة مرّات)، وتقول إحدى الباحثات أنّ بقاء مُصطلح العرف في المجلّة كان في ما يبدو سهوا:

C'est dans l'article 593 qu'apparaît le terme de "coutume" et l'on peut se demander s'il s'agit d'un oubli du législateur de 1804⁽²⁾.

(1) محمّد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي. التشكلات، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 22.

(2) انظر:

Jacqueline MOREAU-DAVID , « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », In. Revue D'Histoire des facultés de droit, n° 18 - 1997 ,P. 154.

إنّ "العرف أحد القواعد العشرة التي تركّبت عليها (كذا) أحكام المعاملات في المذهب المالكي"⁽¹⁾ وعليه يُعوّل عند عدم وجود نصّ صريح أو خاصّ.

وأن تغليب القياس على القواعد العامّة في المجلّة مع عدم وجود تنصيص صريح على المصادر الاحتياطية من أبرز التّقائص، ونأمل أن يتدارك هذا وذاك عند تنقيح المجلّة أو استبدالها بأخرى، ونحسب أنّ ما قامت به فرنسا من تغييرات جوهرية في مجلّتها العتيقة لن يلبث أن يجد صدقاً في تونس.

58- ونختم هذه الورقة بالإشارة إلى أن أغلب الفصول في أحكامها المختلفة تغلّب الفقه المالكي، ونسوق لذلك الأمثلة التالية :

1- مالية الحقوق المجردة (الفصل 67)

يُقرّ فقهاء المذهب المالكي، ومعهم جمهور الفقهاء عدا الحنفيّة، أنّ الحقوق المجرّدة والمنافع تُعدّ من الأموال، ويسوقون لذلك حججاً عديدة منها أنّ المنفعة هي أهمّ ما في العين، وما تُتملّك الأشياء إلّا بسبب ما بها من منفعة، واعتبروا أنّها قابلة للتحوّز والحفظ بإحراز أصلها (أي الشئ الذي ينتفع به).

وخالف الأحناف في ذلك واعتبروا أنّ ما لا يمكن إحرازه (وضعه في حرز) لا يُعدّ مالا ولا يصلح أن يكون موضوعاً للمعاملات.

والخلاف حول مالية المنافع والحقوق نشأ عنه اختلاف في الأحكام المتعلقة بالغصب، فالقائلون بعدم المالية لا يلزمون الغاصب إلّا بردّ الشئ دون ردّ قيمة ما انتفع به، كما لا يلزمون المستأجر الذي واصل شغل المحلّ بعد انقضاء العقد أداء مُقابل عن ذلك، لأنّهما في الحالتين لم يستهلكا مالا (لكن تمّ استبعاد تلك النتيجة غير المنصفة بتخريجات لا تتعارض لدى الحنفيّة مع مبدأ عدم مالية الحقّ المجرد).

وقد انحازت المجلّة إلى رأي المالكية عن الحقوق المجرّدة والانتفاع ليس فحسب في الفصل المتعلّق بالمحلّ (67) وإنّما كذلك في فصول أخرى عديدة.

(1) عبد السلام فيغو، العرف وبعض تطبيقاته في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 198.

2- التوليج :

وهو مصطلح مالكيّ، وقد كرّست المجلّة أحكام التوليج كما عرفت في بلاد المغرب بالفصول 217 و444 و478.

3- تعدّد أسماء التّقود واختلاف قيمتها :

جاء بالفقرة الثانية (وقد أُضيفت بعد عرض المشروع على لجنة العلماء) "الدّين يحمل في عقود المعاملات على أنّه من السكة الأكثر رواجاً فإن استوت أنواعها فيه ساغ فسخ العقد"، وذاك رأي المالكيّة.

وفي أطروحة وكتاب الأستاذ محمّد بوزغيبه⁽¹⁾ شواهد عديدة على أخذ مجلّة الالتزامات والعقود بأحكام المذهب المالكيّ، فإليه يرجع المستزيد، وكذلك كتاب وأطروحة الأستاذ عبد المجيد الزروقي⁽²⁾ الذي قارن أحكام المجلّة بما لدى المالكيّة وما جاء في المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

ولعلّه تكون لنا عودة إلى الأحكام التفصيليّة لفصول الكتاب الأوّل لمزيد التّدقيق في صلتها بالمذهبين المالكي والحنفي.

(1) محمد بوزغيبه، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)، مرجع سبق ذكره.

(2) عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، مرجع سبق ذكره.

البيوع في مجلّة الالتزامات والعقود في ضوء الفقه المالكي "قراءة شموليّة"

د. الحسين السالمي

أ. تعليم عال بجامعة تونس المنار

أحلّ الله البيع وحرّم الربا، وأمر بأن نذر البيع ونسعى إلى ذكر الله إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة، لأنّ خير تجارة هي التي معه سبحانه، والمفلس يوم الحساب الأكبر هو الذي لم تغطّ حسناته سيئاته.

هذه المعاني العقديّة تحمّل البيع مدلولاً واسعاً وجامعاً بين الدّيني والدّنيوي أي بين الدّين والدّنيا، لا ينفصلان في منهج الشريعة الإسلاميّة. فلا يخرج عمل ابن آدم عن تجارة مع الله أو تجارة مع النّاس. ولا غرابة أن ينهل الوضعيّ من الإلهي إن لم يكن الإلهي نفسه هو الوضعيّ. ولعلّ موضوع إشعاع الفقه المالكي ومن ورائه عموم الفقه الإسلاميّ على مجلّة الالتزامات والعقود التي تمثّل القانون المشترك المرجعيّ في تونس منذ صدورها في 1906 يعدّ فرصة سانحة لإعادة تأكيد التّلازم بين الوضعيّ والسّماويّ بعد أن أثبت تطوّر الظّاهرة القانونيّة حاجة القانون الملخّعة لمساندة الأخلاق وهو ما تعبّر عنه حركة "خولقة" القوانين. وهل أقوى نفاذاً ومضاءً من الأخلاق الدّينيّة؟

وقد جاء في المعجم الوسيط أنّ البيع لغة⁽¹⁾ "مصدر باعَ والجمع: بُيوع بُيوعات، والبيعُ: ضدّ الشراء، والبيعُ: الشراء أيضاً، وهو من الأضداد. وبيعْتُ الشيءَ: شَرَيْتُهُ، أبيعُهُ ببيعًا ومبيعًا. والابتِيعُ: الاشتراء. وفي الحديث: "لا يخطُبُ الرجلُ على خطبة أخيه ولا يبيعُ على بيع أخيه".

أما فقها فالبيع ببوع، فهو مفهوم تعدّدي يعبر عن صنف قانوني جامع لكل تصرف قانوني عقدي فيه تعامل على شيء أو على منفعة أو على قيمة يتضمّن مبادلة من أحد العاقدين للاستئثار بذلك الشيء أو بمنفعته أو بتلك القيمة بمقابل ذي قيمة نقدية.

ولئن كان نظام عقد البيع كعقد خاصّ قائم على مبادلة ملكية مئمن مُعين مشروع مقابل ثمن محدّد أصلاً مرجعياً في البُيوع إلاّ أنّه لا يغطيها جميعها. لذلك يتناول الفقه في باب البُيوع أصنافاً فرعية متعدّدة لمثل ذلك التّعامل شأن الإجارة أو المرابحة أو حتّى الشركة.

وقد جاء في المذهب المالكيّ في معرض الحديث عن البيع كسائر العقود: "... كلّ ما يتوقّف على إيجاب وقبول"⁽²⁾. وعلى هذا المعنى سار عامّة الفقه الإسلاميّ الحديث في تعريفه للعقد حيث يكتب وهبة الزّحيلي "... أمّا المعنى الخاصّ الذي يُراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه. أو بعبارة أخرى: تعلق

(1) تعريف ومعنى البُيوع في معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي: بيع، اسم الجمع: بُيوع، بُيوعات، مصدر باعَ، عقد البيع: أحكمه، صفقة يتمّ بموجبها تبادل الشيء بالشيء أو بما يساوي قيمته، معاوضة بين شيئين يُمارس البيع والشراء في السّوق، بيع اختياريّ: ما تمّ بمحض الإرادة، بيع السّماح: بيع بأقلّ من الثّمن المناسب، بيع الكفاية: أن يكون لك على زيد خمسة دراهم مثلاً وتشتري من عمرو شيئاً بخمسة دراهم فتقول له خذها من زيد، بيع بالمزاد / بيع بالمزاد العلنيّ: ما يجري علناً ويقع الشراء على مَنْ عرض الثّمن الأعلى، بيع المرابحة: (الاقتصاد) البيع برأس المال مع زيادة معلومة، أو بيع السلعة بالثمن الذي اشترّيت به مع الاتّفاق على ربح معلوم بيع تبادليّ: (الاقتصاد) شراء المستندات من أحد الأسواق ليتمّ بيعها فوراً في سوق آخر بيع على المكشوف: (الاقتصاد) بيع سندات أو أسهم تكون مُقتَرضة من شخص قبل الرّبح ويُدفع ثمنها بعد هبوط السعر)، عقد البيع: (الاقتصاد) عقد بين شخصين هما البائع والمشتري، يلتزم فيه الأول بالتنازل عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الثاني بدفع ثمن هذا الشيء، لا يبيع ولا شراء: عبارة تُقالُ لكسَادِ السّوق. بُيوع: (اسم) البُيوع: الماهر في البيع.

(2) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، ج3، دار الفكر، بدون طبعة، ص5، 6.

كلام أحد العاقدین بالأخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحلّ. وهذا التعريف الغالب الشائع في عبارات الفقهاء"⁽¹⁾.

ولعلّ مجلّة الالتزامات والعقود نسجت على هذا المنوال بل إنّها، وفي قراءة شموليّة لجملة أحكامها، تجاوزته كما سيأتي بيان ذلك، ما جعل منها القانون المشترك في كلّ فروع القانون حتّى أنّ البعض قال إنّها مجلّة مدنيّة، والآخر إنّها "مجلّة إجرائيّة" وثالث، إنّها "مجلّة تجارية"، في حين رفعها آخر الى مصاف مجلّة "للتجارة الدوليّة" أو هي "مجلّة قانون التجار" code de la lex-mercatoria"⁽²⁾. وهي تعتبر بمثابة أوّل قانون مدنيّ مدوّن في عهد الحماية بعد نظام عهد الأمان لسنة 1861 الذي هو أوّل تقنين في المحيط الإسلامي إذ سبق مجلّة الأحكام العدليّة لسنة 1876⁽³⁾. وقد جرى العمل

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المجلد الرابع، دار الفكر دمشق، ط4، ص2918.

(2) يراجع أعمال المؤلف الجماعي: كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 2006/1906، مركز النشر الجامعي، 2006.

(3) تكوّنت سنة 1896 لجنة كلّفت بإعداد قانون مدني ترأسها المحامي والمبّرز في الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية الإيطالي الجنسية والتونسي المولد "دافيد سانتيلانا David Santillana". واعتمدت هذه اللجنة بصفة عامة على أحكام المذهب المالكي ولكنها أخذت أيضا من المذهب الحنفي مع مراعاة أحكام المذاهب الفقهية الإسلامية التي ليس فيها ما هو مخالف لمشاهير الفقهاء.

وقد أعد سانتيلانا تقريرا أوضح فيه الأسس العامة التي ستبنى عليها المجلة والذي يمكن تلخيصه على النحو التالي:

- تم الاعتماد على القوانين الأوروبية عامة لا الفرنسية فقط.

- عرّف فيه القانون والهدف من وضعه.

- أوضح فيه آراء الفقهاء المسلمين في أهمية وظيفته القاضي وتحقيق العدالة

- أكد فيه أن الفقه الإسلامي لا يقف على ضفة الحياة العلمية ولا يوصد لها جميع المنافذ لكنه بمجرد ما ينشأ العرف نظاما من الأنظمة إلا ويسارع فقه القضاء إلى قبوله.

كما أكد في تقريره: "أنه لا يوجد أي أثر لما هو مخالف لمذهب أشهر فقهاء الإسلام... وأن الموروث القانوني الإسلامي قابل بكامل السهولة لجميع التعديلات الضرورية وهو يحتوي على عدّة مبادئ لا تقل قيمة عن أحدث المبادئ القانونية التي نجدتها في القانون المدني والتجاري الأوروبي، من هنا فإن اللجنة حرصت على المحافظة عليها وعلى ألا تخاطب العرب إلا بلغة فقهاءهم نفسها، وبعبارة أوضح عن طريق فقهاءهم. واقتصرت على شرح الفقه الإسلامي وإتمامه واختيار ما يصلح من مختلف النظريات وتوصلت إلى قواعد لا تبعد كثيرا عن أشهر المذاهب الإسلامية".

ومن هذه اللائحة استمدت مجلة الالتزامات والعقود التي تبنتها دولة الاستقلال.

وتنالت تنقيحات هذه المجلة تماشيا مع تطوير التشريعات في مختلف المجالات إلى حين إتمام المراجعة العامة التي أدخلت عليها بمقتضى القانون عدد 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

بأحكامها بداية من غرة جوان سنة 1907 وذلك بمقتضى الأمر العليّ المؤرخ في 15 ديسمبر 1907. واعتمدت لجنة إعداد المجلّة بصفة عامّة على أحكام المذهب المالكي وكتّمتها أخذت أيضا من المذهب الحنفيّ مع مراعاة أحكام المذاهب الفقهيّة الإسلاميّة التي ليس فيها ما هو مخالف لمشاهير الفقهاء.

والمذهب المالكيّ الذي طبعها ببصمته، هو أحد المذاهب السنيّة الأربعة نسبة للإمام مالك بن أنس (93هـ-179هـ) إمام دار الهجرة في الفقه والحديث. وهو من أوسع المذاهب الإسلاميّة انتشاراً في القديم، وينبني على الآراء الفقهيّة والعقائديّة والسياسيّة لمالك إمام المذهب. وقد تبلور واستقرّ مذهباً واضحاً ومستقلاً في القرن الثاني الهجري⁽¹⁾.

أمّا عن أصول المذهب المالكيّ فهي متعدّدة ومُختلف في إحصائها⁽²⁾ لكنّ الأرجح أنّها أحد عشر مصدراً وهي: الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل

يراجع: شيباني بن بلغيث "النظام القضائي في البلاد التونسية 1857-1921، يحيى الأسود، مصادر القواعد العامة للقانون الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس المنار. 2016/ 2017 والمراجع والوثائق التي يحيل عليها. والمؤلف الجماعي: كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 2006/1906، مركز النشر الجامعي 2006.

(1) أخذ مالك العلم بعد التابعين عن عبد الرحمن بن هرمز ونافع مولى ابن عمر وابن شهاب الزهري وربيعه بن عبد الرحمن المعروف بـ (ربيعه الرأي). ويعتمد في مذهبه على الكتاب والسنة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة وقول الصحابي والاستحسان وسد الذرائع والمصالح المرسلّة.

من أشهر تلامذته:

- أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم المصري
- أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم
- أشهب بن عبد العزيز القيسي
- محمّد بن إدريس الشافعي
- علي بن زياد التونسي

من أبرز المؤلفات في المذهب المالكي:

- الموطأ للإمام مالك .
- المدونة وهي آراء الإمام مالك الفقيهية، وأجوبته على أسئلة تلميذه ابن القاسم، جمعها ودونها الإمام سحنون بن سعيد التنوخي
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي .
- المختصر الخليلي، وهو أهم مختصر عند المالكية وله شروحات كثيرة.

(2) محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلاميّة، دار الفكر العربي القاهرة، ص 271. عبد الغني الدقر، الإمام مالك بن أنس أمام دار الهجرة، دار القلم دمشق سوريا، ط 3، 1998، ص 153. السيد الشريف علوي المالكي الحسني، إمام دار الهجرة مالك بن أنس، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط 2، ص 54.

المدينة والقياس وقول الصّحابي والمصلحة المرسلة والعرف والعادة وسدّ
الذّرائع والاستصحاب والاستحسان.

وقد ارتقى الفقه الحديث بالبيوع إلى مصاف النظرية العامة التي
لعلّها تتجاوز البيوع إلى النظرية العامة للعقد على المذاهب الأربعة مجتمعة.
فالبيوع تقوم على أصول جامعة موحّدة، استمدّت على أساسها قواعد كليّة
مُشتركة للعقود، بُنيت عليها القواعد العامة ثمّ الأحكام التفصيليّة للبيوع.

فما مدى أثر الفقه المالكي في بناء النظرية العامة للبيوع في مجلّة
الالتزامات والعقود؟

يقول الأستاذ محمّد بوزغيبه في معرض حديثه عن الأصول الفقهيّة
لمجلّة الالتزامات والعقود أنّه على خلاف ما ذهب إليه البعض من اقتباس
الكتاب الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود من القوانين الغربيّة، واقتباس
الكتاب الثّاني المتعلّق بالقواعد الخاصّة من الفقه الإسلاميّ لأنّها تعالج
قضايا اجتماعيّة واقتصاديّة محليّة "من حقّق الفصول الأولى المتعلّقة
بالالتزامات التي تناولت تعمير الذمّة وأهليّة المتعاقدين وأركان العقد يلاحظ
أنّها مأخوذة من روح الشريعة الإسلاميّة، والذي يزيد هذه الملحوظة دعماً
المراجع الفقهيّة الموجودة بهامش فصول المشروع التمهيدي".

لكن هل هناك قطيعة بين ما جاء في الكتاب الأوّل ويمكن إلحاقه
بالنظرية العامة للالتزام وبين ما جاء في الكتاب الثّاني الذي درج القول
بإلحاقه بالعقود الخاصّة حتّى ينقطع الأثر في الجزء الثّاني أو ينتقص؟

إنّ قراءة شموليّة لمجمل فصول مجلّة الالتزامات والعقود يمكن أن
تنتهي بالمتملّ فيما تضمنته من أحكام عامّة في جزئها الأوّل وأخرى تفصيليّة
في الجزء الثّاني إلى القطع بشموليّة ذلك الأثر في بناء النظرية العامة للبيوع
مناطق الجزء الثّاني من المجلّة إذ كان :

- أولاً، أثراً غير مباشر من خلال التّأطير القانوني للبيوع استناداً
للنظرية العامة للعقد (المبحث الأوّل)،

- وثانيا، أثرا مباشرا من خلال التّنظيم القانوني الوضعي التّفصيلي للبيوع في مجلّة الالتزامات والعقود (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل: الأثر غير المباشر، التّأثير القانوني أو النظرية العامة للبيوع: يظهر أثر الفقه المالكي في التّأثير القانوني للبيوع من خلال الأحكام المتعلّقة بالنظرية العامّة للعقد في مجلّة الالتزامات والعقود أي من خلال أصول قانون العقد، وفي مفهوم العقد، وفي أركانه.

الفقرة الأولى: أثر الفقه المالكي في أصول قانون العقد:

يظهر تأثير الفقه المالكيّ في أصول قانون العقد من خلال مرجعيّة الإلزام في عقد البيع، من جهة. أ. ثم من خلال ضوابط المشروعيّة في محلّ عقد البيع أي الالتزام العقدي. ب. من جهة أخرى.

أ. مرجعيّة الإلزام، المصدر الأمر بالالتزام:

ترجع مرجعيّة الإلزام العقدي شرعا إلى الأصول محلّ الإجماع الفقهيّ الخمسة التالية:

1- الشّرع المصدر الجامع في كلّ إلزام: عقدي أو غير عقدي، تصرفا أم واقعا:

لئن لم يعن الفقه الإسلاميّ عموما بتعداد وتبويب مصادر الالتزام في مفهومه الحديث على غرار ما فعل التقنين الفرنسي انطلاقا من الفقه الفرنسي القديم وعلى رأسه الفقيه بوتّي POTHIER وحصّرها في خمسة هي العقد وشبه العقد والجنحة وشبه الجنحة والقانون⁽¹⁾، فإنّه ميّز بين سببين للالتزام بمثابة المصدرين العامين هما الإرادة الفرديّة أي التصرفات

(1) وقد لقي هذا التقسيم نقدا من قبل الفقيه الفرنسي بلانيول لأنه لم يتضمن الإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب فضلا عن الاصطلاح المضلل لشبه العقد باعتباره يوحى بأنه عمل إرادي مشروع والحال أنه على خلاف ذلك كما أثبتته الفقه الإسلامي وعلى رأسه المالكي. M.Planiol et G.Ripert, Traite pratique de droit civil francais, les obligations, T6, LGDJ 1952, p.7

القانونية بأنواعها وأصنافها الحالية والحادثة أو الصفة وهي ما يقوم مقام الواقعة القانونية، لكنّه يرجع في جميعها الإلزام إلى مصدر الإلزام الجامع والوحيد أي الشّرع أو القانون. وهو ما استقرّ عليه الفقه المقارن الحديث الذي أصبح يعتبر القانون مصدر الحقوق والالتزامات غير المباشر جميعها والأمر بالالتزام، أمّا ما كان يُطلق عليه مصادر الالتزام فهو لا يعدو أن يكون الأسباب المباشرة المنشئة للالتزام أمّا الإرادي في التصرفات أو القانوني في الوقائع الحادثة والمراكز والصفات القانونية القائمة. وهو التقسيم الثنائي الذي انعكس في مجال الإثبات من خلال نظامي إثبات التصرفات القانونية المقيّد، وإثبات الوقائع القانونية الحرّ.

ويظهر أثر الفقه المالكيّ إذا في تعدّد مصادر الأمر بالالتزام أو أسباب الالتزام في التصرفات القانونية عموماً وفي البيوع خصوصاً. فقد أسلفنا أنّ المذهب المالكيّ تميّز بتعدّد أصوله حتّى بلغت أحد عشر أصلاً أو مصدراً للفتوى أي للإلزام القانوني. ولعلّ ما كان له أبلغ الأثر في مجال البيوع في مجلّة الالتزامات والعقود هو الدّور الذي يلعبه كلّ من العرف والعادة كمصدر للالتزام المستمدّ من العقد أي من الإرادة. وهو شموليّة اللّزوم في العقد، إذ يشمل إلى جانب ما تعبّر عنه الإرادة الصّريحة والإرادة الضمنيّة التي يمكن أن تستمدّ من السّكوت النّاطق، ما يقتضيه الشّرع استناداً إلى مصادره النقلية المتعدّدة في المذهب إذ تتجاوز القرآن والسنة بأصنافها إلى الإجماع بل إلى قول الصّحابي وعمل أهل المدينة، من العرف والعادة والعدالة والإنصاف.

وهو الأثر الذي يظهر في أحكام الفصول 243 و416 و543 و544 م. ا. ع. و3م ت⁽¹⁾ ومن الإحالات العديدة على العرف والعادة في ثنايا المجلّة وبالخصوص ضمن الجزء الثّاني المتعلّق بالعقود الخاصّة.

(1) الفصل 243 يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته.

الفصل 516 المعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود.

2) الأصل أنّ الإنسان مستخلف في المال:

الله سبحانه مالك كلّ شيء بما في ذلك الإنسان الذي استخلفه في ماله (الله) لذلك على المستخلف التزام الحدود التي وضعها المستخلف (فيقيم فيها الحرف والحدّ معا).

فلا يُحلّ حراما ولا يحرمّ حلالا.

ويترتب عن هذا الأصل الشرعيّ في البيوع نتيجتان وقاعدتان:

-الأصل هو الإباحة تسييرا-

-القاعدة عدم جواز التبايع فيما أو بما حرّم الله التعامل فيه ثمنا وثمان معا وهو ما يتشدّد فيه المذهب المالكي.

فليس هناك حقّ مُطلق بما في ذلك حقّ الملكية لأنّ محتوى أي حقّ مهما أُطلق هو مجرد استثناء بشيء أو بمنفعة في الحدود وبالقيود التي وضعها الشرع الحكيم أمرا أو نهيا. وهذا التصوّر للحقّ في الإسلام يناقض التصوّر الغربي الفردي المتحرّر والأناني للحقوق حتّى أنّ الملكية أصبحت في مقارنة الثورة الفرنسيّة الدّرانيّة، سعيًا من مُنظريها وساستها لإحلال البرجوازيّة الصّاعدة آنذاك محلّ الإقطاع المنحدر حقًا طبيعيًا جبليًا مُطلقًا، وقد أثبت التطوّر التاريخي للقوانين الغربيّة حتّى في فرنسا نفسها عدم صحّة تلك المقاربة وتبني نظريّة الوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة وللحقّ عموما ذات الأصل الإسلاميّ.

3) مناط الأهليّة في العقد وفي البيوع خاصّة اجتماع ولاية الذات وولاية الملك:

يستمدّ من هذا الأصل أنّ أهليّة البيع وأهليّة العقد عموما تقوم على معادلة ثنائيّة الأركان. ركن ذاتي يتعلّق بولاية البائع على ذاته ومدى قيامها

الفصل 543 العادة والعرف لا يخالفان النص الصريح.

الفصل 544 من استند إلى عرف كان عليه إثباته ولا يحتج به إلا إذا كان عاما أو غالبا غير مناف للنظام العام والأخلاق الحميدة.

الفصل 3 يكون خاضعا للقوانين وأصول العرف المنظمة للتجارة كل من باشر بحكم العادة العمليات المنصوص عليها بالفصل الثاني المتقدم شرحه للحصول منها على ربح.

واكتمالها أو نقصانها ومدى الحاجة إلى نيابة قانونية للعقد، وركن موضوعي قوامه مدى سلطة العاقد على محلّ التعاقد أي على المبيع في البيوع. ومؤداه مدى اتصال حقّ الغير به.

وينعقد الرضا العقدي في الفقه المالكي والإسلامي عموماً بالركن الأول الذي باختلاله يبطل العقد. أمّا العنصر الثاني فيتعلّق به نفاذ العقد. لذلك تتدرّج القوّة الإلزاميّة للعقد من العدم في البطلان إلى الصحّة دون لزوم إلى صحّة مع لزوم دون نفاذ إلى صحّة مع لزوم مع نفاذ.

4) الأصل أنّ مناط كلّ تصرّف قانونيّ مصلحة شرعيّة :

وهي المنفعة المنشودة منه وقوامها تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، ودرء المفسدة أولى من جلب المصلحة لأنّه يحقّق مصلحة الدر، وأنّ المصلحة العامّة مقدّمة على المصلحة الخاصّة.

5) الأصل التصرف بحسن النية :

لأنّ الأصول المتقدّمة تُخاطب المسلم في عقيدته وفي معاملاته فإنّها تجمع بين السلوك الدّاخلي للفرد، أي سريرته، وسلوكه الخارجي أي تصرّفاته، فإنّ النية تُصبح مناط الأصل الخامس، وهو حسن النية وما يقتضيه من ترك الحيلة والغشّ والغرر والتوليح والغبن والاستغفال ونحوها ممّا يفسد علاقة الشّخص برّبّه أو يُفسد علاقته بالنّاس، أو ينحرف بالحقّ عن وظيفته الاجتماعيّة.

وقد كان لهذه الأصول الجامعة انعكاس مباشر في نظام البيوع المشترك انعقاداً وأثراً وانقضاءً.

ب. أثر الأصول المرجعيّة على النظام المشترك للبيوع :

يظهر هذا الأثر في مفهوم العقد ودور الإرادة المركزي في بناء عقد البيع، وفي التّمييز بين العقد كتصرّف قانونيّ مصدر للالتزام العقدي وبين الالتزام كأثر لعقد البيع.

1- مفهوم البيع : الدور الجوهرى للإرادة :

فأما من جهة تعريف العقد كأنموذج للتصرف القانونى الإرادى نشأة وأثرا فإنَّ الفقه الإسلامى والمالكي منه بالخصوص، لأنَّ لم يهتم بتعريف العقد وبتقسيماته العامة واهتمَّ بتنظيم العقود وفقَّ مُسمياتها عقدا، وخصَّص لكلِّ منها بابا، فإنَّه يستشفَّ من تتبَّع تلك العقود أنَّ قوامها عنصر الإرادة التى تجمع بين الإيجاب والقبول فتنتج العقد، وهو التصوُّر الأقرب إلى تعريف العقد من تعريف الفكر الغربى ونموذجه القانون الفرنسى الذى عرفه بما يتَّسع لتعريف الالتزام، كما أنَّه يُميِّز بين العقد والإرادة المنفردة لأنَّه يفترض تطابق إرادتى الموجب والقابل، ويُميِّز تبعا لذلك بين العقد مفردا وبين عُموم الالتزام الذى ليس العقد إلاَّ أحد مصادره.

ويظهر هذا الأثر فى اعتبار الصَّيْغة الرِّكن الجامع فى العقد، وفى تبَيُّ الموقف والتَّصديق والإمضاء عند غياب أهليَّة الملك لدى العاقد، أى عند التصرف فى ملك الغير دون نيابة أو فى التعمُّد عن الغير.

وينتج عن هذا التصوُّر للعقد قواعد مُشتركة فى البُيوع والعُقود عُموما قوامها ثلاث:

-الرضائيَّة أصل فى التَّعاقد (الفصل 23 م. ا.ع) ⁽¹⁾ وفى البيع (الفصل 580 م. ا.ع) ⁽²⁾.

-حرية الإرادة فى إتمام البُيوع المباحة (الفصل 242 م. ا.ع) ⁽³⁾.

(1) الفصل 23 لا يتمَّ الاتِّفاق إلاَّ بتراضى المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التى جعلها المتعاقدان كركن له وما غيرها فى الاتِّفاق إثر العقد لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتِّفاق الأصلي إلاَّ إذا صرح بخلافه.

(2) الفصل 580 إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع واتفقا على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد انعقد البيع بينهما.

(3) الفصل 242 ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو فى الصور المقررة فى القانون.

-النّاس على شروطهم: الشّرط كركن (الفصل23) أو كوصف (الفصل116 م. ا.ع) أو كآلية حمائيّة (الفصل11م. ا. ش مثلا)⁽¹⁾.

2. التّمييز بين العقد كسبب للالتزام وبين الالتزام كأثر للعقد:

على خلاف بعض القوانين الغربيّة وعلى رأسها القانون الفرنسي الّذي كان أعطى تعريفا للعقد يُمكن أن ينطبق على الالتزام عموما وفيه خلط بين العقد والاتّفاق من خلال الفصل1101م. م. ف تمّ تداركه بتنقيح ذلك الفصل بلائحة 10فيفري2016⁽²⁾، فإنّ الفقه المالكي ومن بعده الفقه الإسلاميّ الحديث انطلاقا من التّفرقة بين المصدر الأمر بالإلزام وبين السّبب المُنشئ للالتزام نجده يميّز بين العقد المعبر عن دور الإرادة في إنشاء الالتزامات وبين الالتزام النَّاشئ عن العقد بأمر من الشّرع باعتباره المصدر غير المُباشر والمرجع الجامع في كلّ الالتزامات كما أسلفنا.

ويقول في هذا المعنى حمزة بن حدّة في أطروحته حول أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي (العقد نموذجا)⁽³⁾ "...ولعلّ ما يُلاحظ من خلال الجمع بين نظريّة العقد ونظريّة الالتزام في موضوع واحد أنّ المشرّع الفرنسي حاول إبراز اهتمامه بالعقد كأهمّ مصدر من مصادر الالتزام، فقام بخلط غير مقبول من النّاحية العلميّة حينما نظّمه في نظريّة الالتزام بتلك

(1) الفصل 11 - يثبت في الزواج خيار الشّروط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب علي الفسخ أيّ غرم إذا كان الطّلاق قبل البناء.

(2) ينصّ الفصل1101م. م. ف قديم :

l'article 1101ancien du Code civil : Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose

وينصّ الفصل1101م. م. ف جديد :

Article 1101 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations "

(3) كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أوبوكر بلقايد، الجزائر، 2016/2017، ص33.

الطريقة، حيث تقتضي المنهجية العلمية السليمة ضرورة التمييز بين الالتزام والعقد من قبيل التمييز بين الشيء ومصدره".

ولعل هذا التمييز له دور جوهري في عقد البيع باعتباره عقدا حينياً ورضائياً ينعقد بمجرد اكتمال الصيغة بمقابلة قبول مطابق لإيجاب مُكتمل على معنى الفصلين 23 و580 م. ا.ع، سواء تعلّق الأمر بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري بقطع النظر عن التسليم كأثر لذلك الانتقال، أو تعلّق الأمر بتبعية الملك عند المماثلة أو عند التلف أو الفساد أو الجائحة بحسب الأحوال والظروف الحافّة بعملية التعاقد.

هذا التّأطير القانوني للبيوع المستند إلى النظرية العامة للعقد في الفقه المالكي ومن ورائه عُموم الفقه الإسلامي كان له انعكاس مُباشر على نظام عقد البيع كإطار مرجعيّ لعموم البيوع يُحيل عليه المشرّع في مجلّة الالتزامات والعقود من خلال تكريس اجتهادات وأصول الفقه المالكي في نظام البيوع الواردة بالمجلّة.

المبحث الثاني : الأثر المُباشر: التّكريس القانوني للفقه المالكي في النّظام الوضعي للبيوع في مجلّة الالتزامات والعقود :

يظهر هذا التّكريس في كلّ مراحل العقد انعقاداً وأثراً (فقرة أولى) من جهة، وفي اعتماد اصطلاحات ومؤسسات وعقود استناداً إلى الفقه المالكي من جهة أخرى (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: أثر الفقه المالكي في نظام عقد البيع:

يستوجب تبين مدى هذا الأثر المقاربة بين نظام انعقاد البيع في الفقه المالكي (أ)، ونظام البيوع في مجلّة الالتزامات والعقود(ب).

أ. انعقاد البيع في الفقه المالكي:

يشترط المالكيّة كغيرهم من المذاهب شُرُوطاً في العاقد وفي الصّيغة وفي المعقود عليه وعددها أحد عشر شرطاً وهي الأقلّ عند المذاهب السُنّيّة⁽¹⁾ وقد أوجزها الفقيه وهبة الزّحيلي في التّالية⁽²⁾.

أولاً: شروط العاقد:

شروط العاقد بائعاً أو مُشترى ثلاثة ويُزاد رابعاً للبائع:

(1) التّمييز: فيجب أن يكون كلّ من البائع والمُشترى مُميّزاً، فلا ينعقد بيع الصّبّي غير المميّز، والمجنون والمغمي عليه والسّكران. أمّا بيع المميّز فلا يلزم وإن كان صحيحاً إلّا إذا كان وكيلاً عن مكلف، فإنّ بيعه يلزم. وقد طبّق المشرّع التّونسي هذه الحالة في العقد بالوكالة لأنّ عقد الوكالة لا يشترط

(1) يشترط الشافعية في البيع اثنين وعشرين شرطاً، ويشترط الحنابلة ثلاثة وعشرون شرطاً، ويشترط الحنابلة مثل المالكية أحد عشر شرطاً.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المجلد الرابع، مرجع مذکور، ص 398. وهو يوجز أوجه الاتفاق والاختلاف بين المذاهب السنية الأربعة في خصوص شروط البيع فيما يلي:

أوجه الاتفاق والاختلاف بين المذاهب في شروط البيع:

تشمل أوجه الاتفاق والاختلاف في خصوص العاقد والصيغة والمعقود عليه.

- أولاً: في العاقد: - تتفق المذاهب الأربعة على شرط التمييز، أما شرط البلوغ فهو مختلف فيه، فهو شرط نفاذ عند المالكية والحنفية وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة.

وأما الاختيار أو الطواعية فهو شرط انعقاد عند الجمهور دونه بطلان البيع، وشرط نفاذ عند الحنفية، فبيع المكره باطل عند الجمهور وهو موقوف غير نافذ عند الحنفية وغير لازم في المعتمد عند المالكية.

- ثانياً: في الصيغة: - انعقد الإجماع بين المذاهب الأربعة حول شرط الصيغة سواء تعلق الأمر بوحدة المجلس دون فاصل بين الإيجاب والقبول وتطابقهما وعدم التعليق وعدم التأقيت وإن ذكر بعض شروط الصيغة بعض الفقهاء دون غيرهم.

- ثالثاً: في المعقود عليه: - تتفق المذاهب الأربعة حول شروط المعقود عليه من حيث وجوب أن يكون مالا متقوماً بياح الانتفاع به شرعاً وطاهراً غير نجس موجوداً مقدوراً على تسليمه معلوماً غير مجهول.

إلا أن الجهالة تفسد البيع عند الحنفية، وتبطله عند الجمهور.

أما كون المبيع مملوكاً للبائع فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية. وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة. فبيع الفضولي وشراؤه موقوف عند الحنفية والمالكية وباطل عند الشافعية والحنابلة.

وأما ألا يتعلق بالمبيع حق لغير البائع كبيع المأجور والمرهون فهو شرط نفاذ عند الحنفية جزاء تخلفه الوقف، وشرط انعقاد عند الحنابلة والشافعية والمالكية جزاء تخلفه البطلان.

لصحة الأهلية الكاملة إلا في الأصيل أما الوكيل فيكفي أن يكون عاقلا مُمَيِّزًا ولو لم يكن أهلا لإتمام ما وُكِّلَ عليه بنفسه⁽¹⁾.

(2) أن يكون كلاهما مالكين أو وكيلين لمالكين أو ناظرين علمهما: فينعتد بيع الفضولي: وهو الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه بغير إذنه، ويتوقف على إذن المالك.

(3) أن يكونا طائعين: فبيع المكره وشراؤه باطلان. والمعتمد لدى المالكية أن بيع المكره غير لازم.

(4) أن يكون البائع رشيدا: فلا ينفذ بيع السفهه والمهجور، وشراؤه موقوف على إجازة وليه.

ولا يُشترط الإسلام في العاقد إلا في شراء المصحف. ويصح بيع الأعمى وشراؤه⁽²⁾.

ثانيا: شروط الصيغة :

الصيغة تعني انعقاد الرضا بالتقاء الإيجاب مع القبول. ويحكمها عند المالكية شرطان:

(1) أن يتحد مجلس العقد: بأن يكون الإيجاب مع القبول في مجلس واحد فإذا تفرق العاقدان ولم يلق الإيجاب قبولا فورياً لم ينعقد البيع.

(2) ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل يدل على الإعراض عن البيع عرفا: فإن وُجد فاصل يدل على الإعراض عرفا لم ينعقد البيع.

يتبين إذا أن مفهوم المجلس وبالتحديد شرط الفورية يحتكم فيه إلى عرف المكان التزاما من المالكية بمركز العرف ودوره ضمن مصادر القانون.

(1) الفصل 1105: "يشترط في صحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه ما وُكِّلَ عليه ولا يشترط ذلك في الوكيل بل يكفي فيه أن يكون عاقلا مُمَيِّزًا ولو لم يكن أهلا لإتمام ما وُكِّلَ عليه بنفسه".

(2) أجاز قانون الحالة المدنية عقد الأعمى والأصم والأبكم ومن به عاهة عموما بإذن القضاء الذي يعين شاهدين لحضور مجلس العقد تحوطا وحفظا لمصالح العاقد الذي يشكو أحد عوارض الإرادة أو التعبير.

ثالثا : شروط المعقود عليه:

وهي تتعلق بالمتن وبالثمن وعددها خمسة وهي:

(1) أن يكون المعقود عليه غير منهي عنه شرعا: فلا ينعقد بيع الميتة والدّم وما لم يقبض.

(2) أن يكون طاهرا: فلا يجوز بيع النّجس كالخمر والخنزير، وفي المشهور منع بيع العاج (فمن رأى أنّ عاج الفيل ناب جعله كالميتة ومن رأى فيه قرنا معكوسا جعل حكمه كحكم القرن) والزبل والزيت النّجس مطلقا.

(3) أن يكون المبيع مُنتفعا به شرعا: فلا يجوز بيع ما لا منفعة فيه كالكلاب والخشاش أي الحشرات وآلات اللّهُو. واختلف المالكيّة في بيع كلاب الصيّد والغنم على رأيين.

(4) أن يكون المعقود عليه معلوما للعاقدين: فلا يجوز بيع المجهول.

(5) أن يكون مقدورا على تسليمه: فلا يجوز بيع غير المقدور على تسليمه كالسّمك في الماء.

فما مدى أثر هذا النظام في تنظيم المجلّة للبيوع؟

ب) مدى تكريس مجلّة الالتزامات والعقود لنظام انعقاد البيع في المذهب المالكي:

التزمت مجلّة الالتزامات والعقود بالأصول العامّة للفقّه الإسلاميّ على رأسه المذهب المالكيّ في تنظيمها لعقد البيع كنموذج مرجعيّ للبيوع على اختلافها.

1- من داخل نظام البيع: إمّا مباشرة أو استعارة:

التكّريس المباشر:

. في أهلية البيع : وهو تكريس في عُموم العقد سواء تعلّق الأمر بالعقد بالأصالة أو بالوكالة.

فالعائد يجب أن يكون عاقلاً مميّزاً بالحدّ الأدنى بشرط مُصادقة الأصيل كما في بيع ملك الغير أو مصادقة النّائب القانوني وليّاً كان أم وصيّاً أم مُقدّماً أم حاكماً وهو قاضي التّقاديم باعتبار الحاكم وليّاً من لا وليّاً له، في أعمال التّفويت بالخصوص ومنها البُيوع⁽¹⁾.

أمّا في شأن ولاية الملك وفي عموم التّعاقد فقد اعتمدت مجلّة الالتزامات والعقود آليّة وقف العقد إذ ينصّ الفصل 40م. ا. ع على أنّه "يصحّ التّعاقد في حقّ الغير على شرط تصديقه فيكون حينئذٍ للطرف الآخر أن يسأل من تمّ التّعاقد في حقّه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعلم بموافقته في أجل مُناسب غايته خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلامه بالعقد انفكّ التّزام صاحبه". كما أوقف الفصل 576 م. ا. ع نفاذ بيع ملك الغير على إجازة صاحب الحقّ أو صيرورة البائع مالكا لمحلّ التّبايع. ويُضيف الفصل 41 أن التّصديق على العقد كالتوكيل وقد يكون دلالة أي إجراء العمل بالعقد من طرف من وقع العقد في حقّه وأحكامه تجري على المصدّق لزوماً والتّزاماً من وقت انعقاد العقد ما لم يوجد شرط يُخالف ذلك ولا تجري في حقّ الغير إلّا من يوم التّصديق. ويُعدّ السّكوت رضاءً أو تصديقاً من شخص إذا وقع التصرّف في حقوقه بمحضه أو أعلم به على الصّورة المطلوبة ولم يُعارض بشيء ولم يكن له في سُكوته عُذر مُعتبر عملاً بأحكام الفصل 42 من المجلّة.

(1) جاء بالفصل 5 م. ا. ع "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التّعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم:

- أولاً: الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاثة عشرة سنة كاملة.

- ثانياً: الرّشيد الذي اختل شعوره بما أخرجته من الإدراك.

- ثالثاً: الذوات المعنوية المنزلة منزلة الصغير قانوناً".

وجاء الفصل 6 م. ا. ع "للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثمانية عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها والمحجور عليهم لتفليسهم وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقداً من العقود".

لكن سداً للذريعة والتّزاماً بحكم الشرع إزاء القاصر يحجّر التبرّع بحق فاقده أو ناقص الأهلية ولو بإذن الحاكم لاتصال حق الله به. إذ ينصّ الفصل 16 م. ا. ع على أن "ما تمّمه الولي في مصلحة الصغير أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي على الصور المقررة بالقوانين تعتبر مثل الأعمال الصادرة من الرّشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه وهذه القاعدة لا تنسحب على ما كان من قبيل التبرّع المحض فإنه باطل ولو بالإذن المطلوب قانوناً كما يبطل الإقرار الحكمي بأمر لم تصدر من الولي نفسه".

- في الصيغة : اعتمدت مجلة الالتزامات والعقود إلى جانب مفهوم الأهلية السالف بسطه نظرية غيوب الرضا الضامنة للالتزام بالأصول العامة على المنهج الإسلامي المالكي بالخصوص بما في ذلك ما يرفع الجهالة ويؤمن المشروعية الأخلاقية الدينية وبما يؤدي إلى خولقة المعاملات التي أصبحت مطلب القوانين الغربية المحدثة كعنوان لتطورها.

فالفصل 43 منها ينص على أنّ الرضاء الصادر عن غلط أو عن تغير أو عن إكراه يقبل الإبطال.

أمّا العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحقّ يجوز فيه الفسخ في حالتين: أولاً: إذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الأصليّ في التعاقد.

ثانياً: إذا كان ممّا يعذر فيه بالجهل عملاً بأحكام الفصل 44 من المجلة. وترتيباً على ذلك يكون الغلط في نفس الشيء موجباً للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد أخذاً بأحكام الفصل 45 منها

أمّا الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته فلا يكون موجباً للفسخ إلاّ إذا كانت ذات التعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرّضى بالعقد أخذاً بأحكام الفصل 46 من ذات المجلة.

أمّا في خصوص عقد السّكران فقد جاء الفصل 58 م 58، إذا وقع العقد في حال السّكر المغيّر للشّعور وجب فسخه وهو موقف المذهب المالكي كذلك.

غير أنّ مجلة الالتزامات والعقود يبدو أنّها فصلّت في خصوص عيب الإكراه بما يلتقي مع واقعية المذهب المالكي ومرونته دون أن تخرج عن حكمه العامّ وهو الفسخ إذا أدّى إلى تصريح العاقد بالرضا بما لم يرتضيه حقيقة مع استبعاد التّهديد غير المعتبر أو الخوف غير المبرر⁽¹⁾.

(1) يعرف الفصل 50 الإكراه بكونه " إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملاً لم يرتضه".

لكنه لا يكون حسب منطوق الفصل 51 موجباً لفسخ العقد إلا في الصور الآتية:

- أولاً: إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد.

أما عيب الغبن فلئن لم يعتمد كعيب مستقل بذاته إلا على وجه الاستثناء بالنسبة للقصر وفاقد الأهلية وفي القسمة فقد حدّد في الثلث على ما يبيع الناس عرفاً (الفصل 61 م. ا. ع.)⁽¹⁾.

كما اعتماد مجلة الالتزامات والعقود الرضائية كأصل في العقود عموماً عملاً بالفصل 23 منها⁽²⁾، وفي البيع تخصيصاً في الفصل 580⁽³⁾ بما يُجيز حتى ما يصطلح عليه ببيع المقابضة.

- مجلس عقد البيع: اعتمدت مجلة الالتزامات والعقود في خصوص مجلس العقد نظرية الفورية لكنّها تميّزت بالمرونة بتكريس المجلس الحقيقي والمجلس الحكميّ أخذاً بتطور وسائل التعبير عن الرضا. فقد جاء بالفصل 27 منها "إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقداً من العقود ولم يعين له أجلاً لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة الهاتف"⁽⁴⁾.

- ثانياً: إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسنّه وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثيره.

أما الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية فلا يوجب الفسخ حسب الفصل 52 إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوباً بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل 51. والإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاهد الذي أنجزت له منفعة العقد عملاً بالفصل 53. وهو يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قوية مع المعاهد المكره على العقد عملاً بالفصل 54. أما الخوف المترتب على الحياة فلا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو ضرب عملاً بالفصل 55 منها.

(1) ينصّ الفصل 61 "الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيراً أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانوناً ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث".

(2) الفصل 23 م. ا. ع "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان ركناً له وما غيرها في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقداً جديداً بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه".

(3) الفصل 580 م. ا. ع "إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع واتفق على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد انعقد البيع بينهما".

(4) الفصل 30 يسوغ الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر. الفصل 31 الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضاً للإيجاب مصحوباً بإيجاب آخر. الفصل 32 يعتبر الجواب موافقاً للإيجاب إن اكتفى المجيب بقوله قبلت أو أجرى العمل بالعقد بلا شرط. الفصل 36 عرض الشيء للمزايدة يعتبر إيجاباً يقبله آخر مزايد وبأذن آخر ثمن ملزم بالوفاء به إذا رضي

كما اعتمدت العقد بالمراسلة أو بالرّسول وجاء بهذا الصّدّد بالفصل 28 "يتمّ العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطّرف الآخر بالقبول والتّعاقد بواسطة رسول أو غيره يتمّ في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطّرف الآخر للرّسول". غير أنّ الفصل 33 أضاف "من صدر منه الإيجاب وعيّن أجلاً لقبوله فهو مُلزم للطّرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفكّ التزامه"، وإذا كان التّعاقد بالمراسلة فإنّ المجلّة أخذت كذلك بواقعيّة ومرونة المذهب المالكيّ بأن احتكمت إلى اجتهاد القاضي باعتماد الأجل العرفي أو المعقول⁽¹⁾.

أمّا في خصوص جزاء الإخلال بأركان البيع فقد اعتمدت مجلّة الالتزامات والعقود التّفرقة بين الإخلال بصيغة العقد أو بمشروعيّة محلّ البيع الذي يترتّب عليه البُطلان، وبين الإخلال بشروط نفاذ العقد الذي يترتّب عليه وقف العقد. وهو الحكم المعتمد في شأن بيع ملك الغير أو بيع الفضولي في المذهب المالكيّ والمكرّس بالفصل 576 م. ا. ع.

وقد تعزّز هذا التّكريس باعتماد المشرّع آليّة الاستعارة التّشريعيّة لنظام البيع في غيره من البيوع.

- التّكريس بالاستعارة: يُعتبر نظام عقد البيع في منهجيّة المشرّع التّونسي النظام المشترك والمرجعيّ في المعاوضات والبيوع عُمومها. ونكتفي بتقديم أمثلة ذكريّة على استعارة أحكام البيع في غيره من العقود.

فبالنسبة للمعاوضات جاء بالفصل 724 م. ا. ع "أحكام البيع تجري على المعاوضات بحسب ما يقتضيه نوع هذا العقد". أمّا بالنسبة لعقد الكراء الذي

البائع بالثمن المبذول. الفصل 37 ليس لأحد إلزام غيره أو قبول إلزام له إن لم يكن مأذوناً في النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكمية.

(1) الفصل 34 "من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزماً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبب فيها. الفصل 35 لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه".

هو بيع منفعة الشيء مُقابل ثمن هو معين الكراء فقد جاء بالفصل 740 "حكم تسليم المكري كحكم تسليم المبيع". وجاء بالفصل 733 "أحكام الفصول 572 و575 و578 و579 المتعلقة بالبيع يجري حكمها على كراء الأشياء". وجاء بالفصل 735 "حكم الفصل 579 يجري على الكراء"⁽¹⁾.

لكن إشعاع الفقه المالكي لم يقف عند تكريس نظام البيع كنموذج مرجعيّ مباشرة أو بالاستعارة على نحو ما سلف وإنما تجاوزه إلى تكريس عديد البيوع والمؤسّسات والمفاهيم القانونيّة المتّصلة بها.

الفقرة الثانية: تكريس البيوع والمؤسّسات المشابهة المُستندة إلى الفقه المالكي:

إنّ استقراء مُجمل أحكام مجلّة الالتزامات والعقود وما شهده القانون المدني في تونس من تطوّر وتأرجح يمكن من الجزم بأنّ الفقه المالكيّ كنموذج للفقه الإسلاميّ المستنير بتعدّد أصول الشريعة والأخذ بمقتضيات الأحوال عامّة والأعراف المحليّة خاصّة فرض على واضعيّ المجلّة ابتداء وعلى المشرّع الحديث انتهاء تبني مفهوم واسع وتعدّدي للبيع يحتكم نظامه إلى مفاهيم ومؤسّسات جامعة بمثابة المفاتيح تتصل بالنظرية العامّة للعقد.

أ: المفاهيم والمؤسّسات أسّ بناء النظرية العامّة للبيوع في المجلّة:

تمّ التّعامل فيما سبق بسطه مع مجموعة من المفاهيم المفاتيح قوامها: ولاية الدّات وولاية الملك أساس نظريّة الأهليّة في التّعاقد، ومفهوم الاستخلاف المقيد لدلول الحقّ بوظيفته الاجتماعيّة، ومفهوم المشروعيّة

(1) يتعلق الفصل 579 بتعيين ثمن المبيع فتسري أحكامه على تعيين ثمن الكراء وقد نصّ "تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصحّ "بعث أو اشترت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى به فلانا" إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع ويجوز الاعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريف معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغير فإن كان متغيرا حمل المتعاقدان على أنّهما اعتمدا متوسط الثمن الواقع". وكذلك الشأن بالفصول 750 و751 و755 م.ع. وقد تجاوزت استعارة أحكام البيع البيوع إلى التأمينات العينية من خلال عقد الرهن شأن الفصل 203 م ح الذي نصّ "يصح رهن ملك الغير إذا أجازّه المالك أو صار المرهون ملكا للراهن. أو الفصل 204 الذي نصّ "من ليس له شراء ما ذكر بالفصول 566 إلى 570 من مجلّة الالتزامات والعقود ليس له تسلمه على وجه الرهن". أو الفصل 205 الذي نصّ "ما جاز بيعه جاز رهنه".

المقيّد للشرعيّة القانونيّة بمبادئ وقيم الشّرْع الحنيف المخولقة للمعاملات عُموماً وللبيوع بالخصوص بالحلال والحرام ومفهومي النفع والمعقوليّة قوام المصلحة في التّعاقد، ومفهوم التبعية مناط الضّمان في البيوع، ومفهومي الرقبة والمنفعة المحدّدين لمحلّ التّبايع ونطاق أثر العقد بما الحقّ بالبيع العقود المتضمّنة تعاملًا تبادليًا على شيء أو على منفعته. ومفهوم وقف العقد عند اختلال أهليّة الملك أو ولاية المال الذي مثل مفتاح إشكاليّة الجزاء التي ولّدتها ازدواجيّة نظام البطلان بين مطلق ونسبي الفرنسيّة ومكّن من إنقاذ العقد من جهة وحماية حقّ الغير من أخرى ما تعجز عنه نظريّة البطلان الفرنسيّة بدليل تضارب فقه القضاء وتصادم الفقه حول تطبيق الفصل 576م. ا.ع المتعلّق ببيع ملك الغير.

أمّا من جهة المؤسّسات القانونيّة التي يمكن إرجاعها إلى تأثير الفقه المالكي في مجلّة الالتزامات والعقود فنكتفي بذكر أهمّها وهي:

- مؤسّسة الفضالة والتي هي مفتاح حلّ مسألة تخلف أهليّة الملك في العاقد وتتجاوز بيع الفضولي والتصرّف الفضولي عُموماً إلى كلّ تصرّف في حقّ الغير.

- مؤسّسة التّصديق ومؤسّسة الإمضاء المكملتين لنظام الفضالة باعتبارهما شرط نفاذ التصرّف الفضالي.

- الإثراء بدون سبب الذي يجدّ مرجعيّته في الكسب الحلال أي المعلّل شرعاً بعمل أو ببدل في البيوع.

- ولعلّ مؤسّسة الوقف الإسلامي التي لئن كانت ذات بعد خيريّ غير ربيحي فإنّها تمكّن من تسخير البيوع للعمل الخيريّ أو لتنمية المال الموقوف أو المحافظة عليه كوحدة اقتصاديّة أو اجتماعيّة، وهو ما يشهد به أخذ النّظام القانوني الأنغلو أمريكيّ باليّة "التروست" التي تمثّل صيغة من صيغ الوقف.

هذا النتاج من المفاهيم والمؤسّسات جعل من البيع في مجلّة الالتزامات والعقود بيوعاً.

ب : البيوع المستندة إلى الفقه المالكي في مجلة الالتزامات والعقود:

وتتصل أهم العقود الخاصة الواردة بالجزء الثاني من مجلة الالتزامات والعقود بالبيع في مفهومه الضيق، وبالعقود الملحقة بالبيع في مفهوم البيوع الواسع:

1. أصناف البيع :

عرفت مجلة الالتزامات والعقود في نشأتها الأولى إلى جانب البيع العادي والكرء بيع الثنيا وهو بيع المعجل بثمن مؤجل الذي كان مناط الفصول 684 الى 699 المُلغاة بقانون عددا لسنة 1958 المؤرخ في 28 جانفي 1958 المتعلق بتحجير بيع الثنيا وبيع السلم ورهن الانتفاع.

كما عرفت بيع السلم مناط الفصول 712 إلى 717م اع المُلغاة بذات القانون وهو بيع المؤجل بثمن مُعجل والذي وقع إرجاع العمل به في إطار الصيرفة الإسلامية ضمن الفصل 11 من قانون 11 اوت 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية⁽¹⁾. وقد عرّفه الفصل 15 منه بالقول "يُعتبر سلّما على معنى هذا القانون كلّ عمليّة بيع آجل لمنقولات ماديّة بثمن عاجل نقدا يتولّى بمقتضاها بنك أو مؤسّسة ماليّة شراء سلع مضبوطة بالوصف الرّافع للجهالة ومقدرة بالكيل أو بالوزن أو بالعد. ويقوم البنك أو المؤسّسة الماليّة وجوبا بعد استلام السّلع موضوع السّلم في الأجل المحدّد ببيعها".

وعرفت كذلك بيع الخيار الذي تنظّمه الفصول 700 إلى 711 من المجلة ولا يزال عاملا وهو بيع موقوف بتّه على خيار البائع أو المشتري.

(1) الفصل 11. تعتبر عمليّات صيرفة إسلاميّة على معنى هذا القانون العمليّات البنكيّة القائمة على غير أساس الفائدة أخذًا وإعطاءً وفق آجال مختلفة في مجال قبول الودائع والتّوظيف والتّمويل والاستثمار في المجالات الاقتصادية بما يتفق مع معايير الصّيرفة الإسلاميّة . ويتولّى البنك المركزيّ التونسي مراقبة مطابقة عمليّات الصيرفة الإسلاميّة للمعايير الدوليّة في هذا المجال. وتشمل عمليّات الصيرفة الإسلاميّة خاصّة: المرابحة، التمويل بالإجارة مع خيار التملك، المضاربة، المشاركة، الاستصناع، السلم، الودائع الاستثماريّة. يصدر محافظ البنك المركزيّ التونسي في أجل أقصاه شهران من دخول هذا القانون حيز النفاذ منشورا يعرف هذه العمليّات ويضبط صيغ وشروط ممارستها.

أما بيع المرابحة، فقد ألحقه قانون 11 أوت 2016 بالبيع صلب الفصل 11 وعرفه الفصل 12 بالقول "تعتبر مرابحة على معنى هذا القانون كلّ عملية بيع يُعلن فيها عن رأس المال ونسبة الربح ويتولّى البنك أو المؤسسة الماليّة بناء على طلب الأمر بالشراء شراء منقولات أو عقارات أو سلع معيّنة لدى طرف ثالث ثمّ بيعها للأمر بالشراء بثمن يُعادل تكلفتها مع هامش ربح محدد يُتفق عليه منذ البداية ويتمّ خلاصه في آجال معلومة". وهو يذكّر ببيع الثنّيا ويُعيد إحيائه من خلال الصّيرفة الإسلاميّة.

وعرّفت مجلّة الالتزامات والعقود المُعاوضة. وتُعدّ المعاوضات في عُمومها بيوعاً لأنّها تقوم على مبادلة شيء أو حقّ مجرّد على وجه المملكيّة من نفس النّوع أو من نوع مُختلف بين العاقدين، وهي مناط الفصول 718 إلى 725 م. ا.ع ويستعير لها المشرّع كما أسلفنا أحكام البيع بالفصل 724 م. ا.ع في خصوص مالم تُنظّمه أحكامها الخاصّة.

.ويمكن أن يُحيلنا نظام تسليم المبيع المرّن على بيع المقابضة الذي يمكن اعتباره صورة للرضائيّة المطلقة في البيع.

ويلحق جانب من الفقه بعض العقود التبادليّة بالبيع في مدلولها الأوسع.

2. العقود الملحقة بالبيع :

يستند أصحاب هذا الرّأي إلى التّعريف الواسع للعقد بكونه كلّ صيغة أي ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محلّه، فيُعدّ بيعاً كلّ معاملة تبادليّة ولو كان مبناها المشاركة، لذلك يلحق بالبيع التّمويل بالإجارة مع خيار التملّك، والاستصناع، والمضاربة أو القراض، وشركات المغارسة والمزارعة والمساقاة.

ويعرّفه الفصل 13 من قانون 11 أوت 2016 التّمويل بالإجارة بالقول "يُعتبر تمويلاً بالإجارة مع خيار التملّك على معنى هذا القانون كلّ عمليّة إيجار

يتولّى بمقتضاها بنك أو مؤسسة ماليّة شراء وتملّك تجهيزات أو مُعدات أو عقارات وتسويغها لحرفائها بهدف الاستغلال المهنيّ لمدّة مُعيّنة مُقابل معينات كراء تؤدّي في آجال معلومة على أن يمنح البنك أو المؤسسة الماليّة للحريف خيار شراء المكرويّ خلال مدّة الكراء أو في نهاية الأجل. وتنطبق أحكام القانون عدد 89 لسنة 1994 المتعلّق بالإيجار الماليّ على عمليّات التّموليل بالإجارة مع خيار التملّك ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون".

أمّا الاستصناع، فيعرّفه الفصل 14 من نفس القانون بكونه "كلّ عمليّة بيع يتولّى بمقتضاها بنك أو مؤسسة ماليّة بناء على طلب حريف بصفته مُستصنعا تمويل صنع منقول أو عقار موصوف وصفا يحدّد نوعه وقدره وخاصيّاته. ولوفاء البنك أو المؤسسة الماليّة بالتزاماتها، تعقد مع من يتولّى صنع ما التزمت به من منقول أو عقار موصوف وصفا يحدّد نوعه وقدره وخاصيّاته، ويُسمّى المتعاقد معه صانعا، ويتولّى البنك أو المؤسسة الماليّة قبض المصنوع منه وتمكينه من ثمنه، ثمّ يتولّى تسليمه للمستصنع مقابل ثمن محدّد يتمّ خلاصه في آجال محدودة ودون ربط بين العقدين".

أمّا من جهة فكرة الشراكة فيلحق بالبيوع عقد المضاربة: أو القراض الذي نظّمته الفصول من 1195 إلى 1225 م. ا. ع تحت عنوان "القراض ويُسمّى أيضا مُضاربة"⁽¹⁾. وهي من عقود الصّبرفة الإسلاميّة كذلك على معنى قانون 2016.

ويلحق بها - عقد المزارعة موضوع الفصول من 1369 إلى 1394 م. ا. ع. وهي "الشركة التي يكون فيها الأرض والبذر والظهر على أحد الشريكين والعمل على الآخر" حسب منطوق الفصل 1369 المذكور.

كما يلحق بالبيوع في مدلولها الواسع عقد المساقاة الذي نظّمته المجلّة في الفصول من 1395 إلى 1415 وقد عرفها الفصل 1395 بكونها "عقد

(1) والمضاربة حسب تعريف الفصل 1195: "هي عقد يسلم بموجبه شخص و هو صاحب المال مبلغا من المال لشخص آخر و هو العامل على أن يلتزم هذا العامل بالتجارة به باسمه و في حق صاحب المال على أن يكون له جزء معين من الربح". وتعرف المضاربة أيضا على أنها: "شركة في الربح بمال من جانب رب المال و عمل من جانب المضارب"

تكليف شخص لآخر بتعاطي ما يلزم لخدمة شجر قد بلغ الإطعام أو زرع قد ظهر إلى وقت اقتطاف الغلّة أو جمع الصّابة بجزء معيّن من ثمره والمباشر للخدمة يُسمّى العامل".

أمّا المغارسة فقد نظّمها الفصول 1416 إلى 1426 م. ا.ع ويعرّفها الفصل 1416 بالقول "إذا كان موضوع الشّركة أشجاراً مُثمرة أو نحوها من ذوات الدّخل وتكّلف الشّريك العامل بغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حدّ معلوم أو حدّ الإثمار سُمّي العقد عقد مُغارسة...".

ولعلّ هذا التّصوّر الواسع للبيوع زيادة على كونه يُعانق المفهوم العامّ للعقد القائم على ركن الصّيغة الجامع، نجده يلتقي مع مفهوم البيع القائم على تبادل المنافع بما يحقّق أثر إلزام والتزام مُتبادل بين العاقدين إمّا بعمل أو بشيء أو بقيمة مُقابل ثمن أو أجر أو ربح، وهو ما يتماشى مع مفهوم البيع شرعا سواء في تجارة مع الله أو تجارة مع النّاس كما جاء في مقدّمة هذه القراءة الشخصيّة للعلاقة بين مجلّة الالتزامات والعقود والفقهاء المالكي ومن ورائه الفقه الإسلاميّ والشّريعة الإسلاميّة والتي لا تلزم إلاّ أصحابها.

أمّا ما حاول الكاتب إبرازه من تكامل في بناء المجلّة بين جُزئها استنادا إلى أصول الفقه الشّرعية بما يوفّر أسس وعناصر وضوابط نظريّة عامّة للبيوع في مجلّة الالتزامات والعقود فإنّما قصد به كذلك رفع شُبهة غياب البُعد المهيج التّعديدي والتّأليفي لدى فقهاء الإسلام لتبرير الأخذ بالوضع ووضع الشّرع واستبدال العقل بالنّقل عن التّقنينات الوضعيّة الغربيّة التي ثبت قصورها عن القيام بوظيفة القانون وهي الضّبط والأمن الاجتماعيّين فصارت تحتكم إلى نظرية البدائل بأن أصبحت تستعيز بالعقد عن التشريع، وبالهيئات التّعدليّة عن القضاء، وبالحكومة عن طرق التصرّف والإدارة التّقليديّة لحلّ أزمتي القانون والعدالة لديها. كلّ ذلك في إطار ظاهرة خولقة قواعد الضّبط الاجتماعيّة أي خولقة القانون. ويبقى الرّأي مُشتركا.

تأثير الفقه المالكي في عقد الشركة في مجلة الالتزامات والعقود

د. يوسف بالعيوني

جامعة تونس المنار

إنّ ردّ أي قانون من القوانين إلى أصوله ومصادره يكتسي أبعاداً شتّى منها ما هو قريب ويتعلّق بتأويله في حالة الغموض أو السّكوت⁽¹⁾ ومنها ما هو بعيد ويرتبط بالهويّة والموروث الحضاريّ ولا يشدّ القانون المدني التّونسيّ، والذي تحتلّ فيه مجلة الالتزامات والعقود موقع القلب عن هذا السّياق.

لقد تنازع تأصيل مجلة الالتزامات والعقود الكثيرون وسال في شأنه مداد غزير ولا يزال، وهو تنازع غدّته الظّروف والمُلابسات التاريخيّة التي حقّت بسنّ المجلة. كما نفخ فيه التّقرير الافتتاحي الذي خطّه دافيد سانتيلانا بصفته رئيس اللّجنة التي عهد إليها وضع التّقنين وما تضمّنه من تضارب بالنّظر إلى أنّه يُدافع من جهة عن أحكام الشّريعة الإسلاميّة وينافح ويتصدّى لمن يصفها بالجمود وبأنّ أحكامها وتعاليمها غير قابلة أن تكون تقنيّاً مُعاصراً زيادة على تأكّيده الصّريح بأنّ اللّجنة قد راعت المذاهب

(1) صلاح الدين الملولي، إشكالية المصادر ومكانة الفقه الإسلامي أمام القضاء المدني، خمسون تماماً من فقه القضاء المدني (1959.2019) وحدة البحث قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس مركز النشر الجامعي، الطبعة الأولى، تونس، 2010، ص79.

- فوزي بالكناني، فقه القضاء المدني والفقه الإسلامي، خمسون تماماً من فقه القضاء المدني (1959.2019) وحدة البحث قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس مركز النشر الجامعي، الطبعة الأولى، تونس، 2010، ص99.

- محمود شمام، الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريع الوضعي، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1، جانفي، 1977، ص13.

الإسلامية وما تزرخ به من مبادئ لا تقلّ قيمة عن المبادئ المضمّنة بالقوانين الأوروبية. ولكن نفس التقرير يُشير من جهة أخرى إلى أنّ الفقه الإسلامي يخلو من طرق البحث الدّقيقة ومن الأسلوب التحليلي الشّيء الذي منع، حسب سانتيلانا، الفقه الإسلامي من أن يصبح نظاما عالميًا.

تنازع تأصيل المجلّة تياران رئيسيان، لم يغلب أيّ منهما على أمره، أولهما ينتصر إلى فكرة أنّ المجلّة هي تقنين على منوال النّمودج الأوروبي، وأنّ الهدف المُعلن من واضعي المجلّة هو التّوفيق بين نظامين قانونيين مُختلفين هُما الفقه الإسلاميّ من جهة والقوانين الأوروبية من جهة أخرى، في حين أنّ الهدف الحقيقيّ يتمثّل في وضع مجلّة يكون شكلها ومُحتواها على مقاس النّمودج الأوروبي مع وضع نظام آيل للسّقوط والاضمحلال ألا وهو الفقه الإسلامي في خدمة تلك المجلّة.⁽¹⁾ وعلى فرض التّسليم جدلاً بأنّ المجلّة قد تأثرت في مُعظمها بالفقه الإسلامي فإنّ هذا الأخير لا يعدو أن يكون نقلاً للقانون الروماني زيادة على أنّ سانتيلانا من المعتنقين لفكرة وحدة العقل البشري⁽²⁾.

ولا يعدم هذا الموقف شواهد للدّلالة على وجهة ما اتّجه إليه ومن بينها، ذكر لا حصراً، أنّ السّلطات الاستعماريّة كانت ترغب في وضع تشريع يَمكّن من تسريب النّمودج الأوروبي في التّقنين بما يخدم سياساتها الاستعماريّة، وأنّ التّقرير التّمهيدي الذي حرّره سانتيلانا نفسه قد تضمّن أنّ اللّجنة انتقت من التّشريع الفرنسي ما رأته صالحاً للاستعمال في مهمّة التّدوين زيادة على أنّ استقراء الوثائق التاريخيّة يؤكّد الغياب الكلّي لدور

(1) جائزة تونس العالمية لحفظ القرآن الكريم وتجويده L'avant propos de l'avant projet de code civil et commercial Tunisien commentaire d'un indigène décolonisé sur l'œuvre d'un orientaliste faisant fonction de législateur, livre du centenaire Du code des obligation et des contrats, (1906-2006). Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, centre de publication universitaire, Tunis. 2006, p.65.

(2) انظر في نقاش هذه المسألة أحمد دريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود - بحث في الأصول الفقهيّة والتاريخيّة، أطروحة دكتوراه دولة في الحقوق، كلية العلوم القانونيّة والاجتماعيّة جامعة محمد الخامس، الرباط، 1991-1992. منشورات سلسلة المعرفة القانونيّة، الرباط، 1996.

العلماء وفقهاء المالكية والحنفية من التونسيين سواء أثناء صياغة المشروع الأولي لسنة 1897 أو المشروع التمهيدي لسنة 1899 الذي نُوقش وصُودق عليه من طرف لجنة تدوين القوانين التونسية، فضلا عن أنّ سانتيلانا قد تفرّد، دون باقي أعضاء اللجنة التي تعهّدت بوضع المجلّة، بالإمام بأحكام الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

وفي الضفّة المقابلة انتصر اتجاه آخر إلى مقولة تأثر المجلّة بالفقه الإسلامي وتضمّنها لمفاهيم إسلاميّة المنشأ ومن بين أدلّته أنّ العديد من أحكامها إنّما هي نقل حرفي لبعض الأحكام الفقهيّة⁽²⁾، وأنّه حتّى وإن اختار المشرّع التّحديث والتّعصير فإنّها حدّثة لا تتعارض والمبادئ العامّة للفقه الإسلامي، زيادة على أنّ العوامل التاريخيّة تُؤكّد أنّ السّلطات الاستعماريّة قد استوعبت الدّرس من فشلها في طمس هويّة الشّعب الجزائري وفشلها أيضا في توحيد الجهاز القضائيّ التونسي ومن أجل ذلك سعت عند سنها للتّصوص القانونيّة في تونس إلى مراعاة خصوصيات المجتمع التونسي واحترام موروته الثّقافي⁽³⁾.

ومن الفقه المأذون من يرى بتعدّد مصادر المجلّة⁴ لتتراوح بين الفقه الإسلامي والقوانين الغربيّة مع استحضر هاجس التّوفيق بين تلك المصادر

1) Raja SEKRANI, Sources doctrinales du code des obligations et des contrats tunisiens : sur la théorie générale des obligations, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, p. 30 cm.

2) محمد بوزغيبية، الأصول الفقهيّة لمجلّة الالتزامات والعقود، مانبوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، الطبعة الأولى، تونس، 2006، ص 36.

3) محمد بوزغيبية، حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857 - 1965)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص.

4) Mohamed Kamel CHARFEDDINE : esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats, R.I.D.C. 2. 1996, p. 241 et suivant.

Mohamed Kamel CHARFEDDINE : code des obligations et des contrats. Esquisse d'une évaluation de l'œuvre, livre du centenaire Du code des obligations et des contrats, (1906-2006). Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, centre de publication universitaire, Tunis. 2006, p.645.

- بثينة بوقرة شعبان، من مشروع المجلّة المدنيّة و التجاريّة التونسيّة إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة 1906، مذكرة نيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، جامعة المنار، السنة الجامعيّة، 2003-2004.

لدى المشرّع وهاجس التّوفيق بين التّقليد والتّجديد مع وجوب التّمييز على مستوى المضمون بين الكتاب الأوّل من المجلّة والمتعلّق بالأحكام العامّة للالتزام والكتاب الثّاني المتعلّق بالعقود⁽¹⁾ ضرورة أنّ الكتاب الأوّل قد تأثّر بالقوانين الأوروبيّة وتضمن أقلّ قدر مُمكن من عدم الانسجام بفعل عدم وجود نظريّة عامّة للعقد في الفقه الإسلامي في حين أنّ الكتاب الثّاني المخصّص لبعض العقود إنّما هو نقل لأحكام الفقه الإسلامي والعُرف وتشكّل أحكامه وحدة مُستقلّة عن النّظريّة العامّة للالتزام موضوع الكتاب الأوّل فضلا عن غياب الخيط النّاطم بين تلك العُقود.⁽²⁾

استتباعا لما سبق، يتأكّد أنّ تأصيل مجلّة الالتزامات واستبيان حقيقة مراد واضعها ومدى اتّخاذهم لموقف وسط بين التّفنيس الفقهيّ والقوانين الغربيّة أو مدى تأصل المجلّة ضمن جذورها الفقهيّة أو على التّقيض من ذلك مدى طُغيان النّسق الغربي ضمن طياتها يستلزم عدم الاقتصار على مجرد الاستقراء التّاريخي لحيثيات ومُلابسات وضع المجلّة كعدم الاكتفاء ببعض الدّراسات المقتضبة التي تتناول عرضيا بعض المؤسّسات القانونيّة المبتوثة صلبيها.

يستلزم الأمر إذا الإبحار في مُقارنة معمّقة بين المضامين التّفصيليّة للقانون المدني وعلى الأخصّ مجلّة الالتزامات والعقود وما ورد بالفقه الإسلاميّ وخاصّة المذهبين المالكي والحنفي باعتبارهما المؤثّرين في البلاد التّونسيّة وفي هذا الإطار تحديدا تتنزّل دراسة تأثير الفقه المالكي في عقد الشّركة بمجلّة الالتزامات والعقود.

- بئينة بوقرة شعبان، مجلس تدوين القوانين ومشروع مجلة الالتزامات والعقود التونسية (1899-1906)، ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، مركز النشر الجامعي، الطبعة الأولى، تونس، 2006، ص 17.

1) Mohamed ZINE, centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats. in : la codification, ouvrage collectif. Dalloz, 1996, p.191.

2) Mohamed ZINE, op.cit.p.192.

تنقسم الشَّرَكَاتُ تقليديًا على مستوى القانون الوضعيِّ إلى شركات تجارية⁽¹⁾ وأخرى مدنيَّة⁽²⁾ وتخضع الأولى⁽³⁾ إلى مجلَّة الشَّكَاتِ التَّجاريَّة⁽⁴⁾ مع الإشارة إلى أنَّ ذلك لا يمنع من تطبيق أحكام شركة العقد الواردة بمجلَّة الالتزامات والعقود إذا لم تكن أحكام تلك الشَّرَكَة مُتناقضة مع القانون المدني⁽⁵⁾ وإذا لم يوجد نصّ خاصّ ومثال ذلك إمكانيَّة إدماج الأرباح غير الموزَّعة في رأس المال⁽⁶⁾ ومثال ذلك أيضا إخراج الشَّريك من الشَّرَكَة⁽⁷⁾ ومثال ذلك ثالثا تحديد حكم ضمان هلاك مناب أحد الشَّرَكَاء⁽⁸⁾، في حين تخضع

(1) ورد تعريف الشركة التجارية في الفصل الثاني من مجلة الشركات التجارية، الصادرة بموجب القانون عدد 93 لسنة 2000 المؤرخ في 3 نوفمبر 2000 والذي ألغى الفصول من 14 إلى 188 من المجلة التجارية، بكونها " الشركة عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على تجميع مساهماتهم قصد اقتسام الأرباح أو الانتفاع بما قد يحصل من نشاط الشركة من اقتصاد...". كما ورد تعريف الشركة العقد في الفصل 1249 من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى أن "شركة العقد هي تعاقد اثنين أو أكثر على خلط أموالهم وأعمالهم أو أحدهما فقط بقصد الاشتراك فيما يتحصل من ربحها".

(2) فدوى القهواجي بوسمة، مفهوم الشركة المدنية، مركز النشر الجامعي، الطبعة الأولى، تونس، 2019، ص259، وما بعده.

- لا يستعمل المشرع مصطلح الشركة المدنية إلا مقترنا بعبارة أخرى مثلا "شركة مدنية فلاحية" أو "شركة مدنية عقارية" كما لا وجود لتعريف تشريعي للشركة المدنية وإنما عرفها الفقه بكونها كل شركة لا يضيف عليها المشرع الصبغة التجارية سواء بموجب غرضها الاجتماعي أو بموجب شكلها. انظر سامي فريخة، تحديث تشريع الشركات المدنية، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، وحدة البحث "قانون مدني" كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، تونس، 2014، ص383.

-Slaheddine MELLOULI et Sami FRIKHA, les sociétés commerciales, Imprimerie IME, Tunis, 2008, n°10 et suivants.

(3) تحديدا، تخضع الشركات التجارية التي مقرها الاجتماعي بالبلاد التونسية إلى مجلة الشركات التجارية، انظر سامي فريخة، مقال سابق، ص384.

(4) سامي فريخة، مقال سابق، ص 384.

- خضعت الشركات التجارية بدورها إلى مجلة الالتزامات والعقود "إلى أن صدر الأمر العلي المؤرخ في 28 فيفري 1930 المتمم بالأمر بالعلي المؤرخ في 21 ماي 1930 والأمر العلي المؤرخ في 05 ماي 1930 التي سحبت تطبيق القوانين الفرنسية على شركات الأسهم و الشركات ذات المسؤولية المحدودة التونسية، ... عن سامي فريخة، مقال سابق، هامش 14، ص385.

(5) أحمد الورفلي، الوجيز في قانون الشركات التجارية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأولى، تونس، 2010، ص 19.

-حمادي بن الأخضر الرائد، مجلة الالتزامات والعقود والقانون التجاري، ماثوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، مركز النشر الجامعي، الطبعة الأولى، تونس، 2006، ص541، وما بعده.

(6) انظر الفصل 1306 من مجلة الالتزامات والعقود.

(7) انظر الفصل 1327 من مجلة الالتزامات والعقود.

(8) انظر الفصل 1267 من مجلة الالتزامات والعقود.

الشركات المدنية إلى أحكام مجلة الالتزامات والعقود باستثناء شركة المحاصة المدنية التي تخضع لأحكام المجلة التجارية.⁽¹⁾

وتنقسم الشركات في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة أصناف كبرى، تتخللها تصنيفات فرعية، ويتمثل الصنف الأول في شركة الإباحة والتي يقصد بها اشتراك العامة في حق تملك الأشياء المباحة، كالماء والعشب، والتي هي في الأصل ليست ملكا لأحد وذلك بأخذها وإحرازها⁽²⁾، في حين أن الصنف الثاني فيتمثل في شركة الملك⁽³⁾ والتي يقصد بها تملك اثنين فأكثر عينا أو دينا عن طريق الإرث أو غيره من أسباب التملك ويكون كل واحد من الشركاء أجنبيا عن نصيب شريكه وممنوعا من التصرف فيه⁽⁴⁾. أما الصنف الثالث من الشركات، وهو الأهم، فهو شركة العقد والتي عرفها الفقه المالكي بكونها عقد مالكي مالين فأكثر على الاتجار فيهما معا والربح بينهما⁽⁵⁾، وقريب منه تعريف الفقه الحنفي لشركة العقد بكونها عقد بين المتشاركين في الأصل والربح⁽⁶⁾.

وتتفرع شركة العقد عند الحنفية إلى أربعة أنواع وهي شركة المفاوضة والعنان والصنائع⁽⁷⁾ وأخيرا شركة الوجوه⁽⁸⁾ ويضيف المالكية إلى ما سبق صنفا خامسا في شركة العقد، انفردوا به، يتمثل في شركة الجبر⁽⁹⁾.

(1) سامي فريخة، مقال سابق، ص 384.

- انظر أيضا الفصل 78 من مجلة الشركات التجارية.

(2) رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، دار الرشيد للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة 1981، ص 23.

(3) رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 26.

(4) محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات التجارية، مركز الإمام الثعالبي للدراسات والنشر، دار بن حزم، الطبعة الأولى، 2009، ص 34.

- اعتبار كل شريك أجنبيا عن مناب شريكه وممنوعا من التصرف فيه هو المعيار الرئيس في التمييز بين شركة الملك وشركة العقد في الفقه الإسلامي.

(5) رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 16.

(6) رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 16.

(7) تسعى أيضا شركة الأبدان أو شركة الأعمال.

(8) تسعى أيضا شركة الذمم وشركة المفاليس.

(9) تتجسد شركة الجبر عند المالكية في الحالة التي يشتري فيها شخص سلعة في السوق في حضرة تاجر آخر اعتاد الاتجار في تلك السلعة ولم يخطر المشتري بأنه يريد شراءها لنفسه ولم يتكلم ذلك التاجر فان لهذا الأخير الحق في ان يشترك فيها مع من اشتراها. انظر رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص 86.

تاريخياً، وقبل إصدار مجلة الالتزامات والعقود، وفي فترة الاستعمار الفرنسي، كانت الشركات، فيما بين التونسيين، وبجميع أنواعها خاضعة لأحكام الفقه الإسلامي بمذهبيه المالكي والحنفي⁽¹⁾. ثم بمناسبة إعداد المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية المحرر سنة 1899 تمت الإشارة إلى المصادر المادية الخاصة بالشركات سواء فيما يتعلق بالقوانين الأوروبية⁽²⁾ أو بالمصنّفات الفقهية للمذهبيين المالكي والحنفي⁽³⁾ مع التأكيد على أنّ تقرير "سانتيلانا" نفسه، وعند تقديمه للمجلة عامّة، قد تضمّن بوضوح أنّ اللجنة قد اعتمدت عامّة المذهب الغالب بالبلاد التونسية ألا وهو المذهب المالكي إلا أنّها لم تردّد في أن تعتنق المذهب الحنفي كلّما كانت قواعده منسجمة أكثر من قواعد المذهب المالكي مع التنظيم العام للمجلة⁽⁴⁾.

تتعيّن الإشارة أيضا إلى أنّ المشروع التمهيدي للمجلة تضمّن قسما خاصا بالشركات التجارية ومضمونه شركات المفاوضات والمقارضة استلهما بالكامل من القوانين الأوروبية⁵ لكن لم يقيض له أن يوجد بالنص النهائي

(1) سامي فريخة، مرجع سابق، ص 385.

(2) تكون الإشارة إلى القوانين الأوروبية والمؤلفات الغربية عادة أسفل النص.

(3) محمد بوزغيبية، مقال سابق، ص 36.

من أسماء الفقهاء المالكيين الواقع ذكرهم صلب المشروع التمهيدي نذكر على سبيل المثال: الإمام مالك بن أنس، بن القاسم، الزرقاني، التسولي، الطاودي، خليل بن إسحاق، شهاب الدين القرافي، برهان الدين بن فرحون والبرزلي...

أما المراجع المالكية فهي أغلبها شروح خليل وشروح تحفة بن عاصم وكذلك نذكر مؤلفات:

- التبصرة لابن فرحون.

- العقد المنظم للحكام لابن سلمون.

- شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني عليه.

- البهجة في شرح التحفة للتسولي.

- جلي المعاصم للتاودي.

- لامية الرقاق.

- تحفة محمد بن عاصم.

Mohamed Kamel CHARFEDDINE : op.cit. p. 241 et suivant.

(4) ، مرجع سابق، ص 36.

(5) انظر الفصول من 1635 إلى 1669 بدخول الغاية من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية لسنة 1899.

لمجلة الالتزامات والعقود وفي ذلك تفسير لسبب اختيار عنوان الباب الثاني من المقالة التاسعة من للمجلة والذي ورد في الصيغة التالية " في شركة العقد، أحكام عامة فيما يتعلق بالشركات التجارية وغيرها." وهو ما استنتج منه البعض بأن أحكام شركة العقد الواردة بالمجلة تنطبق على الشركات المدنية منها والتجارية على حد سواء⁽¹⁾.

علاوة على الإحالة إلى مصنفات وقواعد الفقه الإسلامي صُلب هوامش المشروع فإنّ تصفحاً سريعاً لتقسيم وهيكله أحكام الشركات يبرز أنّ المشروع التمهيدي للمجلة وكذلك نصّها التّهايي قد اعتمدا ذات التّقسيم الفقهيّ المؤسّس على التّمييز بين شركة الملك⁽²⁾ وشركة العقد⁽³⁾، التي تناثرت

(1) حمادي بن الأخضر الرائد، مرجع سابق، ص 541.

(2) أُلغيت الفصول من 1227 إلى 1248 المتعلقة بشركة الملك بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التي نظمت أحكام الشيوخ والقسمة. كما أُلغيت بموجب نفس القانون الفصول من 1351 إلى 1364 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بقسمة المشترك جراء انحلال وتصفية الشركة.

(3) تضمنت مجلة الالتزامات والعقود صلب العنوان التاسع منها التقسيم التالي لأحكام الشركة.

العنوان التاسع: في الشركة.

الباب الأول: في شركة الملك.

الباب الثاني: في شركة العقد.

أحكام عامة فيما يتعلق بالشركات التجارية وغيرها

القسم الأول: فيما يترتب على الشركة بين الشركاء وغيرهم.

الفرع الأول: فيما يترتب على الشركة بين الشركاء.

المادة الأولى: في إدارة الشركة.

المادة الثانية: في توزيع الأرباح والخسائر.

الفرع الثاني: فيما يترتب على الشركة بالنسبة للغير.

القسم الثاني: في انحلال الشركة وإخراج الشريك منها.

الباب الثالث: في تصفية مال الشركة وشبهها وقسمته.

القسم الأول: في التصفية.

القسم الثاني: في قسمة المشترك.

الباب الرابع: في أنواع خاصة من الشركات.

القسم الأول: في شركات الفلاحة.

الفرع الأول: في شركة المزارعة.

الفرع الثاني: في المساقاة والمغارسة.

صُلِّمها شتّى المصطلحات ذات النّكهة الفقهيّة الخالصة والحصريّة، والتي تضمّن تنظيمها أي شركة العقد أحكاماً عامّة وأخرى خاصّة ببعض الشّركات وتحديدا شركات الفلاحة والعمل بما يُضيف مؤشراً آخر على التّأثير بالفقه الإسلامي عند تنظيم الشّركات صُلب المجلّة.

تساءل العديد من المختصّين هل إنّ الوقت قد حان بعد مُرور أكثر من قرن من الزّمن على إصدار مجلّة الالتزامات والعقود، لمراجعة أحكام الشّركات الواردة بها لتواكب تطوّر الفكر القانونيّ⁽¹⁾ وامتدّ التّساؤل عن أساليب ومضامين هذه التّعدّيات وهل يُمكن السّير بها إلى منتهائها وبالتّالي إلغاء أحكام الشّركات بمجلّة الالتزامات والعقود ونقلها إلى مجلّة الشّركات التّجاريّة مع تحري تسميات أخرى جوبه هذا التّساؤل بالتّحقّق بالنّظر إلى ضرورة هاجس المحافظة على سلامة مجلّة الالتزامات والعقود لقيمتها الاعتباريّة.⁽²⁾

يعضد ذلك التّحقّق بآخر لا يقلّ شأنًا عن سابقه إن لم يكن على قدر جلال يتمثّل في انتشار صناعة الماليّة الإسلاميّة والتي من بين تمظهراتها عقود التّمويل الإسلاميّ وعلى الأخصّ عقود المشاركة والمضاربة⁽³⁾ والعقود الفلاحيّة كالمُغارسة والمُزارعة والمُساقاة وهي مُعاملات تجد تنظيمًا لها في مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁴⁾ وصُلب نصوص

المادة الأولى: في المساقاة.

المادة الثانية: في المغارسة.

الفرع الثالث: في شركة الحيوان.

(1) سامي فريخة، مرجع سابق، ص 386.

Ahmed OMRANE, Dix ans de code des sociétés commerciales, Etudes juridiques, p.27 et 5.

(2) سامي فريخة، مرجع سابق، ص 391.

(3) تضمّن مشروع القانون المتعلق بالبنوك والمؤسسات الماليّة تعريفا لعقد المضاربة في الفصل 14 منه كما تضمّن نفس المشروع تعريفا لعقد المشاركة في الفصل 15 منه ولكن تم الاستعاضة عن التعريفين في النص النهائي للقانون عدد 48 المؤرخ في 11 جويلية 2016 والإبقاء على تعريفات باقي العقود كالسلم وغيره. وتم تبرير ذلك بأن عقدي المشاركة والمضاربة ورد تعريفهما بمجلة الالتزامات والعقود. انظر تقرير لجنة الماليّة والتخطيط والتنمية بمجلس النواب المؤرخ في 2016/05/29

(4) نظمت مجلة الالتزامات عقد المضاربة في الفصول من 1195 الى 1225 بدخول الغاية. كما نظمت شركات الفلاحة بشتّى أنواعها في الفصول من 1365 إلى 1441.

وُصمت بكونها مهجورة⁽¹⁾ بل عفا عنها الزّمن، لكن أدّى العامل المستحدث المتمثّل في ازدهار عقود الماليّة الإسلاميّة إلى إعادة البعث لتلك النّصوص لتُصبح المجلّة مصدر آليات فهم وتفسير فقه المعاملات الماليّة المعاصرة ومصدرا لبعض عُقود صناعة الماليّة الإسلاميّة⁽²⁾.

إنّ استعارة تقسيم أحكام الشّركات صُلب مجلّة الالتزامات والعقود من الفقه الإسلاميّ بالإضافة إلى ما انبثّ خلالها من مفاهيم ومُصطلحات منبعها القاموس الفقهي حصرا، زيادة على انبثاق عقود الماليّة الإسلاميّة وما تحتاجه من بحث في الترسّانة القانونيّة الموجودة كلّها عوامل متضافرة طرح التّساؤل حول تأثير الفقه الإسلامي وخصوصا الفقه المالكيّ في عقد الشّركة في مجلّة الالتزامات والعقود سواء على مستوى الأحكام العامّة لعقد الشّركة (الجزء الأوّل) أو أحكام الشّركات الخاصّة (الجزء الثاني).

الجزء الأوّل: تأثير الفقه المالكي في الأحكام العامّة لعقد الشّركة.

نظّمت مجلّة الالتزامات والعقود الأحكام العامّة لشركة العقد ضمن الفصول من 1249 إلى 1350 بداية بتعريفها مرورا بانعقادها (الفقرة الأوّلى) وخاصّة فيما يتعلّق بالمساهمة في رأس المال والمشاركة في الخسائر والأرباح والآثار المترتّبة عنها (الفقرة الثّانية) ومُرورا أيضا بالآثار المترتّبة عنها (الفقرة الثّانية) وخاصّة فيما يتعلّق بإدارتها وانتهاء بانحلالها. ويستلزم الخوض في بيان تأثير الفقه المالكي على الأحكام على العامّة لشركة العقد عرض هذه الأخيرة على مرآة الفقه لبلوغ نتيجة يُمكن استباق التّصريح بها دون مُجازفة

(1) عبد الستار الخويلدي، دور صناعة الماليّة الإسلاميّة في إحياء النصوص المهجورة، مجلة الالتزامات والعقود أساس التطبيقات المعاصرة في المعاملات الإسلاميّة، مجلة القضاء والتّشريع عدد 5، 2011 ص 41.

(2) عبد الستار الخويلدي، مقال سابق، ص 61.

- درة الجليدي بوشماوي، عقود الماليّة الإسلاميّة والقانون الوضعي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، الطبعة الأوّلى، تونس، 2017.

Abdessattar KHOULDI, la finance islamique moderne et droit positif, R.J.L. n°6, 2011, p.9.

انظر أيضا الرّؤية المخالفة:

Noomen REKIK, les contrats de financement islamique a l'épreuve du droit positif, R.J.L., 2013,p.19.

وتتمثّل في أنّه لا يمكن فهم جَلِّ تلك الأحكام العامّة إلاّ بالرجوع إلى مصدرها المادّي ممثلاً في الفقه الإسلامي.

الفقرة الأولى: انعقاد الشركة:

إنّ أركان شركة العقد في الفقه الإسلامي، وإنّ اختلفت أنواعها، هي ذاتها الأركان العامّة لكلّ عقد وتشمل الصّيغة أوّلاً بمعنى تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما لترتيب الأثر عنهما وهو انعقاد الشركة كما تشمل العاقدين ثانياً وهما طرفا العقد ويُشترط فيهما جميع ما يجب في المُوكَل والمُوكِل لأنّ الشركة تتضمّن وكالة كلّ شريك على الآخر في التصرف والإدارة⁽¹⁾، أمّا الركن الثالث فهو المعقود عليه أي محلّ الشركة الذي قد يكون مالا أو عملاً. وإذا كان أحد أوجه محلّ الشركة والمتمثّل في رأس المال فلا خلاف بين الفُقهاء على جواز أنّ يكون ذلك من الذهب والفضّة والنقود المختلفة مادامت قيمتها واحدة لكن اختلف الفُقهاء فيما إذا كان محلّ الشركة من غير النقود كأن يكون مناب أحد الشّركاء من الأشياء سواء كانت قيمية أو مثلية وهو ما يُطلق عليه في الاصطلاح الفقهيّ العروض⁽²⁾.

واستقرّ الأحناف على عدم جواز الشركة إذا كانت المُساهمة بالعروض ولهم في ذلك عدّة مُبررات وأسانيد منها أن يكون رأس المال معلوماً

(1) أحمد محمد مشهّداني، شركات العقود في التشريع الإسلامي، نشر المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2011، ص 134.

(2) العروض هي المتاع (باستثناء النقود) ويميّز الفقهاء بين عروض التجارة وهي كل ما أعدّ للتجارة فيه بقصد تحقيق الربح ويجوز المساهمة به مساهمة عينية في شركة وتشمل عروض التجارة (تسعى أيضاً مال المعاملات) جميع أنواع المال من عقارات ومنقولات ما عدى النقود وبين عروض القنية (تسعى أيضاً مال الانتفاع) والتي هي على النقيض من عروض التجارة تشمل كل ما يخصّص للاستخدام الشخصي من الأموال وليس للتجارة فيها. ويجد هذا التمييز مداه وأهميته خاصة في إطار أحكام الزكاة. انظر:

- سحنون بن سعيد التنوخي (الإمام) المدونة الكبرى، عن الإمام عبد الرحمان القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، 1994، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 33.

- شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس القرافي، الفروق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 2014، ص 348 و349.

- شمسية بن محمد، مبادئ استحقاق الربح في الفقه الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، جانفي، 2014، ص 52.

- محمد تاويل، مرجع سابق، ص 351.

لشريكين وقت العقد فلا يصح أن يكون مجهولا أو جزافا، زيادة على أن العروض قد ترتفع أسعارها بعد عقد الشركة وقبل التصرف في تلك العروض المكونة لرأس المال على اعتبار أن الشركة عند الأحناف لا تبدأ بالعقد بل انطلاقا من التصرف في المال المشترك فإذا اعتبرت الزيادة في قيمة العروض، قبل التصرف في رأس المال، ربحا مشتركا فإن الشريك غير المالك سيستحق حصة من الربح في حين أن هذه الأخيرة تمثل زيادة فيما لا يملكه ولا ضمان عليه فيه⁽¹⁾. ونفس القول يصدق على الخسارة في قيمة العروض قبل التصرف فيها إذ سيتحمل الشريك غير المالك جزءا من الخسارة دون أي سند أو مصدر للالتزام.

وبالإضافة إلى ذلك فقد سيق التبرير القائل بأنه لو جاز الاشتراك بالعروض لأدى ذلك إلى جهالة مقدار ربح كل شريك وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى النزاع خاصة وأن الوقوف على مقدار الربح يرتن بمعرفة قيمة العروض عند التعاقد وبعده، في حين أن التقويم نفسه قد يكون محل نزاع في مقدار حصة كل شريك وهو ما يؤدي بالضرورة إلى نزاع في الربح يؤدي بدوره إلى فساد الشركة.

وفي المقابل ذهب المالكية إلى صحة الشركة بالعروض سواء اتحدت أو اختلفت تلك العروض في الجنس كما تصح بالعروض والنقد وحجتهم في ذلك أن الشركة تقوم على رأس مال معلوم وهو ما يمكن أن يحصل في العروض لإمكان تقويمها فتصير شبيهة بالنقد، كما إن الغاية من الشركة هو التصرف في أموال الشركاء جميعا من جهة تحقيق ربح يكون بين كافة الشركاء وهو ما يحصل في العروض كحصوله في النقود.

وإمكانية أن يكون رأس مال الشركة من العروض كرسنه مجلة الالتزامات والعقود تأسيا بالفقه المالكي وهو ما يستنتج دون مشقة من

(1) لا يستحق الربح عند المالكية إلا من رأس المال باعتباره نماء لهذا الأخير في حين أن الربح يستحق عند الحنفية إما بسبب المال أو بسبب العمل أو بسبب الضمان بمعنى أن من يضمن المخاطر ويتحمل تبعات التلف والخسارة فإنه يستحق الربح الناتج عن الشيء المضمون. انظر علي الخفيف، مرجع سابق، ص 74. وانظر أيضا شمسية بن محمد، مقال سابق، ص 52.

أحكام الفصل 1255 والذي أجاز أن يكون مناب كلّ شريك من الشّركاء في رأس المال من المنقولات أو غيرها أو حقوقاً، كما يستنتج أيضاً من أحكام الفصل 1258 من نفس المجلّة والذي نظم كميّة المُساهمة بالعروض في رأس المال بأن أوجب جردها وتقويمها بسعر يوم تسليمها للشّركة وفي صورة عدم تقويم الشّركاء للمكاسب المساهم بها اعتمد المشرّع معياراً بديلاً وموضوعياً في التّقويم، بمعزل عن إرادة الشّركاء، يتمثّل في الاستناد إلى سعر السّوق المعمول به يوم دفع المكاسب إلى الشّركة وعند تعدّد هذه الإمكانية الأخيرة يُعهد بالتّقويم إلى أهل الخبرة.

إلى جانب جواز إن يكون رأس المال في الشّركة من العروض تفرد المالكيّة أيضاً بالقول بأنّ رأس المال يُمكن ألاّ يكون حاضراً يوم إبرام عقد الشّركة خلافاً لما أوجبه جمهور الفقهاء، وبالأخصّ المذهب الحنفي، من وجوب حضور المال المُساهم به وإلاّ كانت الشّركة باطلة، على اعتبار أنّ المال الغائب لا يمكن التصرّف فيه في الحال بما يفوت الغاية من الشّركة نفسها. ولا يخفى تأثر المجلّة بما سار عليه المالكيّة فقد اقتضى الفصل 1263 منها في فقرته الأولى أنّ الشّريك مُطالب بأداء منابه في الأجل المتّفق عليه وإذا كان الالتزام بدون أجل فإنّ أداء المناب يكون في أقرب مدّة مع مراعاة مُقتضيات بعد المسافة⁽¹⁾ وغيرها.

ولكن يتعيّن ألاّ يفوت التّأكيد على أنّ اشتراط أداء المناب الغائب في رأس مال الشّركة في أقرب مدّة صُلب الفصل 1263 في فقرته الأولى إنّما هو انعكاس لما اشترطه المالكيّة بأن تكون غيبة المال غيبة قريبة وليس بعيدة جدّاً وإلاّ كانت الشّركة غير جائزة⁽²⁾ وبأن يتوقّف الاتّجار بالجزء الحاضر

(1) صيغة "بعد المسافة" بدورها مستلهمة من الفقه المالكي ويستعملها المالكية.

(2) عبد الباقي بن يوسف بن محمد بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، الجزء السادس، الطبعة الأولى، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص 43.

من رأس المال حتّى يتمّ إحضار المناب الغائب وإذا وقع الاتّجار بالحاضر فقط كان الرّبح لصاحب المناب الحاضر وحده لأنّه ربح ماله.⁽¹⁾

ويمكن القول دون مجازفة أيضا أنّ عدم اشتراط أن يكون المُساهم به في رأس المال حاضرا يوم العقد قد فسح المجال في مجلّة الالتزامات والعقود للقبول بإمكانية المُساهمة في رأس مال الشركة بمناب يتمثّل في دين مستحقّ لأحد الشّركاء على الغير⁽²⁾ ضرورة أنّه ينظر إليه كمال غائب لا ضير في المُساهمة به إذا توفّرت شروطه خلافا للحنفيّة الذين لا يُجيزون المُساهمة بدين في الذمّة لأنّه لا يمكن التصرّف فيه لتحصيل الغاية من الشركة وهو الرّبح فالدين لا يكون أدائه مؤكّدا.

زيادة على ما سبق فإنّ المالكيّة قد اعتبروا أنّ شركة الأموال يكون فيها رأس المال مُشتركا ومُلكا للشّركاء حتّى قبل التصرّف فيه وذلك على النقيض ممّا اقتضاه الفقه الحنفي، ويرتكز هذا التمسّي عند المالكيّة على مقولة أنّ الاشتراك في الشركة يُفيد بيع بعض مال كلّ شريك من الشّركاء للأخر ببعض مال هذا الأخير ولنضرب لذلك مثلا إبرام عقد شركة على المال مُناصفة بين شخصين فيكون ما دفعه كلّ منهما في رأس المال حسب التصرّف المالكي مُشتركا بينهما نتيجة بيع كلّ واحد منهما نصف ماله بنصف مال الطرف المقابل⁽³⁾. ومادام الأمر يتعلّق ببيع فمِن الطبيعي أن يكون الشّريك المُساهم بشيء معين في الشركة مُلزما، كما البائع، بضمان العيوب الخفيّة والاستحقاق فيما سَهم به وفي إطار هذا التصرّف تنزل أحكام الفصل 1265 من المجلّة وتتأصّل بأن أوجبت على الشّريك ضمان العيب الخفيّ والاستحقاق إذا كانت المُساهمة بشيء معين بالذات ونقل ملكيته إلى الشركة إذ تنزل تلك المُساهمة منزلة البيع. أمّا إذا كانت المُساهمة تتمثّل

(1) عبد الباقي بن يوسف بن محمد بن أحمد بن محمد الزرقاني، مرجع سابق، ص 44.

(2) انظر الفصل 1264 م.ا.ع

(3) علي الخفيف، مرجع سابق، ص 44.

في مجرّد الانتفاع بالشيء دون نقل للملكيّة فقد نزلها المشرّع منزلة الكراء وأوجب على المساهم نفس التزامات المسوّغ من الضّمّانات.

وفي ذات السّياق من التّصوّر المستند إلى البيع وما يستصحبه من نتائج بخصوص تحمّل تبعه هلاك المناب، أي ما يعبر عنه فقها بضمان هلاك المناب، إذا حصل الهلاك بعد إبرام العقد وقبل التّسليم فقد ميّز الفصل 1267 من نفس المجلّة بين صورتين بحسب ما إذا كان المناب معينا من عدمه فإذا كان الهلاك أو التعيّب قبل التّسليم وكان المناب غير معين فإن المخاطر تكون محمولة على كاهل الشّريك وحده وعلى النّقيض من ذلك يكون الضّمان على كاهل كافّة الشّركاء إذا كان الهلاك بعد العقد وقبل التّسليم وكان المناب معينا وانتقلت ملكيّةه إلى الشّركة وهو ما يؤكّد تماهي هذه الحلول مع أحكام عقد البيع.

واستكمالا لنفس الفكرة المتعلّقة بضمان مخاطر هلاك المناب قبل تسليمه إلى الشّركة فإنّ الأمر يستدعي الخوض في مسألة خلط حصص الشّركاء المكوّنة لرأس المال⁽¹⁾ للقول بأنّ الحنفيّة يعتبرون أنّ الخلط ليس شرطا لصحة الشّركة وهو نفس الموقف عند المشهور من المالكية الذين يعتبرون الخلط ليس شرطا لا لانعقاد الشركة ولا لصحتها ضرورة أنّها تتمّ بمجرد التّراضي وإنّما يقتصر أثره على الضّمان بمعنى أنّ ما يهلك من رأس المال بعد الخلط يكون محمولا على كافّة الشّركاء⁽²⁾. وتفرد المالكيّة بالقول

(1) اختلف الفقهاء بخصوص خلط حصص الشّركاء فذهب فقهاء الشافعية والظاهرية والزيدية والإمامية إلى القول باشتراط خلط الحصص بعضها ببعض، وبأن يكون الخلط حسيّا وأن يكون ذلك قبل عقد الشركة حتى تنعقد صحيحة، وتبرير ذلك عندهم أن الشركة تفيد لغة الاختلاط ولا يتحقق معناها إلا بوقوع الخلط وفي غياب ذلك لا تكون الشركة صحيحة لانتهاء معنى الشركة من الأساس. زيادة على أن الشركة تقتضي ضمان المال من الشّركاء وتحملهم لتبعه هلاكه في حين أنه قبل الخلط يكون هلاك المال على صاحبه وحده وذلك يقوم دليلا على عدم وجود الشركة قبل الخلط، وفي المقابل يرى الحنفيّة والحنابلة والمشهور من المالكية بأنّ الخلط ليس شرط صحة في الشركة، انظر مجد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات التجارية، مركز الإمام الثعالبي للدراسات والنشر، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2009، ص. وعلي الخفيف، مرجع سابق، ص 62.

(2) مرجع سابق، ص 61.

بإمكانية الاكتفاء بالخلط الحكمي دون التّمادي إلى اشتراط الخلط الحسّي⁽¹⁾ ومن أمثلة الخلط الحكمي وضع المنايين (المالين) تحت يد أحد الشّركاء وإن كان كلّ مال متميّزاً في صرة واحدة فإذا هلك أحدهما فضمانه منهما⁽²⁾ وبمقابلة ما سبق مع أحكام الفصل 1267 يتبيّن أنّ هذا الأخير استعاض عن فكرة الخلط بفكرة التّسليم سواء كان حقيقياً أو حكماً.

بقيت الإشارة إلى منع الفصل 1255 من المجلّة أن يكون مناب أحد الشّركاء من الطعام واقتصر هذا المنع على المسلمين، وبالتالي منع المشرع شركة الطعام، وهذا المنع في المجلّة ليس سببه عدم إجازة الحنفيّة لشركة الطّعام لاشتراطهم أن يكون رأس المال في شركة الأموال من التّقود حصراً وإلاّ لكان المشرّع منع أيضاً المساهمة في رأس المال بالعروض بل إنّ مردّه منع المذهب المالكي لذلك الاشتراك وتبرير ذلك أنّ المساهمة بالطّعام تستبطن بيعاً لطعام بطعام ضرورة أنّ كلّ شريك باع جزءاً من طعامه بطعام الآخر وقبل قبضه⁽³⁾. وفي ذلك تحقيق الانسجام بين نصوص المجلّة التي تمنع بيع الطعام قبل قبضه والمعاوضة فيه مع وجود فارق بينهما⁽⁴⁾.

بقيت الإشارة أيضاً إلى أنّه على خلاف الفقه المالكي فقد أجاز الفصل 1256 من مجلّة الالتزامات والعقود أن يكون مناب أحد الشّركاء ليس مالا أو عملاً وإنّما ما له من الاعتبار بين التجار ولا شيء يمنع تأسيساً على صياغة النصّ المرنة أن يكون موضوع مساهمة كلّ الشّركاء دون استثناء ما لهم من الاعتبار بين التجار لتكون الشّركة من قبيل شركة الوجوه وهي الشّركة الجائزة في الفقه الحنفيّ والباطلة في الفقه المالكي. ولقد أشار إلى ذلك المشروع التّمهيدي للمجلّة⁽⁵⁾.

(1) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، ص 350 و 351.

(2) سحنون بن سعيد التّنوخي، مرجع سابق، ص 36 و 37.

(3) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، في فقه إمام دار الهجرة، صححه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، الطبعة الثانية، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004، ص 185.

(4) انظر الفصلين 584 و 720 من مجلة الالتزامات والعقود.

(5) انظر هامش الفصل 1437 من المشروع التّمهيدي للمجلّة، ص 263.

يتحقّق وجود شركة الوجوه بناء على اتفاق بين شركاء ليس لديهم رأس مال أو عمل تقوم عليهما أو على أحدهما الشركة وإنّما بناء على ما يتمتّعون به من وجهة بين الناس وما يتوافر فيهم من ثقة ومن أبرز صُورها الشراء بالدين⁽¹⁾، وهي شركة باطلة عند المالكيّة باعتبار انعدام محلّ الشركة المتمثّل في المال أو العمل، فضلا عن أنّ شركة الوجوه تشتمل على الغرر باعتبار أنّ كلّ شريك سوف يضمن ويكفل ضمنيًا الشريك الآخر وبصفة مُتبادلة في حين أنّه ولئن كانت الكفالة تجوز رغم جهالة الدين أو المال المضمون وقت العقد فإنّ جهالة الدائن وعدم تعيينه تبطل الكفالة عند المالكيّة. زيادة على أنّ شركة الوجوه تستبطن المعاوضة والتبادل في الضمان وذلك غير جائز، فضلا عن أنّ الشيء الذي يشتريه أحد الشريكين سوف يملك نصفه إلى شريكه الآخر بطريق القرض والسلف لكن هذا السلف مشروط فيه أن يُعامله الآخر بالمثل ليكون قرضا مشروطا بنفع وكلّ قرض جرّ نفعاً فهو ربا⁽²⁾ ومن أجل ذلك كانت الشركة باطلة في الفقه المالكي في حين انتحى المشرّع نقيض ذلك في الفصل 1256 من المجلّة.

وعلى مستوى آخر وبخصوص المشاركة في الأرباح وتحملّ الخسارة فقد وضع المشرّع أربع قواعد رئيسيّة مُقتضاها أنّ لكلّ شريك من الرّبح والخسارة بقدر منابه في رأس المال⁽³⁾ وأنّه لا يجوز أن يكون لأحد الشّركاء مقدار من الرّبح أو الخسارة يفوق ما يستحقّه بالاعتماد دائما على مقدار

(1) لشركة الوجوه أو الذمم عند المالكية عدة صور ومن بينها:

- أن يشتري شخصان شيئا بالدين وإذا باعاه اقتسما ربحه.

- أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح فيكون بعضه للأول.

- أن يتفق وجيه وخامل على أن يشتري الوجيه بالدين ويبيع الخامل ويكون الربح بينهما.

انظر: عبد الباقي بن يوسف بن محمد بن أحمد بن محمد الزرقاني، مرجع سابق، ص 59.

- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الأرجوزة المسماة بتحفة الأحكام، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ص 213.

(2) محمد سكال المجاجي، أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001، ص 41.

(3) انظر الفصل 1300 من مجلة الالتزامات والعقود.

منابه في رأس المال وإلا بطلت الشركة⁽¹⁾. وأتته إذا اشترط جميع الرّبح لأحد الشّركاء بطلت الشركة في حين أنّه في المقابل فإنّ الشرط القاضي بإعفاء أحد الشّركاء من تحمّل الخسارة يكون باطلا دون أن يمتدّ البطلان إلى الشركة إذ لا ينال من صحّتها⁽²⁾. وأخيرا جواز الشرط المتعلّق بأن يكون للشّريك المُساهم بعمله مناب في الرّبح أكثر من الباقين⁽³⁾.

ولا جدال في أنّ الشّريك يلزم بتحمّل الخسائر بقدر مُساهمته في رأس المال بإجماع الفقهاء الذين لم يتفقوا فقط على أحكام اقتسام الأرباح بين الشّركاء بما يشرّع تقصّي التّصورات التي تأثر بها المشرّع التّونسي عند تصديده بالتنظيم لقواعد المُشاركة في الرّبح ليتبيّن أنّ اقتضاء أن تكون المُشاركة في الأرباح بقدر المُساهمة في رأس المال واقتضاء عدم إمكانيّة اشتراط مقدار من الرّبح يفوق نسبة المناب في رأس المال هو تطبيق للفقهاء المالكي وبيان ذلك أنّ الرّبح عند المالكيّة لا يستحقّ إلاّ بالمال⁽⁴⁾ وهو تابع لهذا الأخير ونماء له فضلا عن أنّ نماء المال يكون لصاحبه وكأنّه استثمره بنفسه ولنفسه ومن أجل ذلك لا يجوز أن يشترط لأحد الشّركاء مناب من الرّبح يفوق منابه في رأس المال ضرورة أنّه لو يُعطى لأحد الشّركاء زيادة في الرّبح فإنّ تلك الزيادة مملوكة لغيره وبالتالي يؤوّل الأمر إلى أكل أموال النّاس بالباطل.

أمّا عن استحقاق مناب من الرّبح بناء على المُساهمة في الشركة بالعمل أو بالمال والعمل فإنّ ذلك جائز صُلب المجلّة⁽⁵⁾ على خلاف المذهب المالكي الذي لا يُجيز اشتراط أو إسناد مناب من الرّبح مُقابل عمل الشّريك في ذاته وتبرير ذلك أنّ العمل في الشركة من طرف الشّركاء تابع للمال عند

(1) انظر الفصل 1301 من مجلة الالتزامات والعقود.

(2) انظر الفصل 1302 من مجلة الالتزامات والعقود

(3) انظر الفصل 1303 من مجلة الالتزامات والعقود.

(4) علي الخفيف، مرجع سابق، ص 62.

(5) انظر الفصل 1300 من مجلة الالتزامات والعقود .

المالكيّة. ويوزّع العمل بين الشّركاء بحسب حصصهم في رأس المال فإذا اشترط التّفاوت في العمل فسدت الشّركة فإذا اشترط أحد الشّركاء أن يكون العمل على الطّرف المقابل فسدت الشّركة مُطلقا سواء جعل للعامل نصيب في الرّبح مُقابل العمل من عدمه، على أنّ من المالكيّة من يعتبر أنّ اشتراط التّفاوت في العمل لا يؤثّر على صحّة الشّركة وإنّما يترتب عن ذلك قيام الملتزم بها التزم به في عمله ولا رجوع له على شريكه بما عمله أكثر من حصّته بعد قبوله للشّروط ورضائه به⁽¹⁾ كما أنّه لا مانع عند المالكيّة أن يتطوّع أحد الشّريكين بالعمل كلّ أو أكثر من نصيبه على أن يكون التطوّع بعد عقد الشّركة وليس بموجب شرط سابق أو مقترن بعقد الشّركة.

اختلف المالكيّة في حالة ما إذا انفرد أحد الشّركاء بالعمل أو عمل أكثر من واجبه بسبب غيبة شريكه أو مرضه أو انشغاله يُعتبر شرط سابق ثمّ قام بطلب أجره عمله من شريكه فأفتى الإمام مالك بأنّه لا أجره له وهو محمول على التبرّع أمّا الإمام سُحنون فقد أجاز ذلك وأنّ للشّريك أجره المثل يمينه على أنّه لم يعمل متطوّعا.

الفقرة الثّانية: الآثار المترتبة على الشّركة.

تعتمد مجلّة الالتزامات والعقود صراحة التّمييز الفقهي بين شركة المفاوضة⁽²⁾ من جهة وشركة العنان⁽³⁾ من جهة أخرى، في إطار شركة العقد، وتمثّل الكيفيّة التي تُدار بها الشّركة بمثابة الحدّ الفاصل بين المفاوضة والعنان، فإذا انعقدت الشّركة على أن يكون لكلّ شريك الحقّ في التصرّف في أمور الشّركة بعد استئذان الباقيين فهي شركة عنان، وهي الأصل في شركة العقد عند الفقهاء المسلمين، وهي الأصل أيضا في مجلّة الالتزامات والعقود بالاستناد إلى أحكام الفصل 1299 منها والذي اقتضى أنّه

(1) علي بن عبد السلام التسولي، مرجع سابق ص223.

(2) انظر الفصل 1284 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(3) انظر الفصول 1287 و1299 من مجلّة الالتزامات والعقود.

"إذا لم ينص بالعقد على كيفية إدارة الشركة فهي محمولة على أنها شريك عنان... " ومن أجل ذلك فإنه حتى في حالة غياب الاتفاق على تخويل كل شريك إدارة الشركة والتصرف في أمورها فإن الأمر يؤول إلى ذلك وفي ذلك تفسير وتأصيل لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 1287⁽¹⁾ من نفس المجلة. أما شركة المفاوضة فهي التي يخول فيها للشريك أن يتصرف في أمور الشركة بدون توقف على إذن الباقيين ودون حاجة لأخذ رأيهم سواء كانوا حاضرين أم غائبين.

لكن الأهم من ذلك وربطاً بتأثير الفقه المالكي في عقد الشركة بمجلة الالتزامات والعقود يُشار إلى أن المشرع اعتمد الرؤية المالكية لشركتي المفاوضة والعنان ليس فقط على مستوى الإدارة وإنما حتى في باقي جوانب عقد الشركة، واقتصر الرجوع إلى الفقه الحنفي على بعض الجزئيات أو فيما يتفق فيه المذهبين ودليل ذلك أن شركة المفاوضة في المذهب الحنفي يُشترط لانعقادها وترتيب آثارها التساوي بين الشركاء في رأس المال وفي الربح وفي القدرة على التصرف مع وجوب استمرار هذه المساواة من بداية الشركة إلى نهايتها كما يُشترط اشتراك جميع الشركاء فيما لهم من مال يصلح للتجارة ويعني ذلك بدهاءة ألا يختص أحد الشركاء بملكية مال يصلح أن يكون مندرجاً في رأس المال أي ببساطة يتعين ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج عن الشركة حتى لا تنتفي المساواة في الأموال بين الشركاء⁽²⁾.

وزيادة على كل ذلك يُشترط في شركة المفاوضة في المذهب الحنفي ألا يتم تقييدها بنوع معين من التجارة إذ تكون الشركة في عموم التجارة وجوباً، ولا يمكن تقييد أحد الشركاء دون الآخرين بالتجارة في نوع خاص من أنواع

(1) نص الفصل 1287 فقرة ثانية أنه "... فإذا لم يكن هنالك اتفاق أو عرض خاص فلكل من شركاء العنان إجراء ما يتعلق بإدارة الشركة بشرط أن يستأذن الباقيين إلا في الأمور المتأكدة التي يضر فيها التأخير.

(2) يرى فقهاء المذهب الحنفي أنه إذا ورث أحد الشركاء أو وهب له مال يصلح للتجارة كما يصلحان يكون في رأس المال تحولت الشركة من مفاوضة إلى عنان، كما يرون أنه إذا كانت أموال الشركاء متساوية القيمة يوم عقدت الشركة ثم تغيرت الأسعار بعد ذلك فاختلفت قيمة المنابات بسبب ذلك وقبل التصرف في رأس المال بطلت شركة المفاوضة.

التجارة وترتيباً على ذلك لا تكون شركة المفاوضة بين أشخاص يختلفون في التصرف والقدرة عليه فلا تصحّ بين المسلم وغير المسلم لاختصاص هذا الأخير بأنواع من التجارات هي محظورة على المسلم.

أما المالكيّة فلا يشترطون شيئاً من ذلك في شركة المفاوضة ويكفي بالنسبة إليهم أن يكون لكلّ شريك مُطلق التصرف في رأس المال استقلالاً دون وجوب إذن الباقيين وما يقوم به أحدهم يلزم الباقيين ضرورة أنّ شركة المفاوضة تقوم على الوكالة والكفالة ولا يشترط المساواة في رأس المال أو الربح، كما لا يُشترط أن تُعقد المفاوضة في جميع أنواع التجارة والأكثر من ذلك أنّه يُمكن أن يعين لكلّ شريك نوع من أنواع التجارة.

ولا يخفى أنّ كلّ الأحكام السابقة التي استقرّ عليها المذهب المالكي فيما يتعلّق بشركة المفاوضة هي التي كرّستها مجلّة الالتزامات والعقود. ويكفي الرجوع إلى المشروع التمهيدي للمجلّة لسنة 1899 للوقوف على ذلك. ومن أجل ذلك كانت جلّ الأحكام المتعلقة بإدارة شركة المفاوضة وما يجوز للشريك المفاوض أن يقوم به في حقّ باقي الشكّاء ومثال ذلك التصرف والتفويت فيما تكون لأجله الشركة وقبض المال والإقالة والبيع لأجل والاعتراف بالدين والصلح. وما يمنع أيضاً على الشريك المفاوض من أعمال كالتبرّع من مال الشركة إلّا في حدود جزء يسير والكفالة والإعارة لنستنتج أنّ الخيط الناظم بين كلّ ما ذكر من تصرفات يكمن في مُراعاة مصلحة المشترك والشركاء من جهة وأنّ المشرّع عدّد تلك الأعمال بالرجوع إلى الفقه المالكي.

وفي شأن شركة العنان فيشترط فيها، عند الحنفية، التّساوي في رأس المال بين الشركاء دون اشتراط التّساوي في الربح، إذ يجوز أن تكون قسمة الأرباح بحسب ما يتفقون عليه. في حين أنّ المالكيّة يعتبرون أنّ شركة العنان تعقد على ألاّ يستبدّ أحد الشركاء بالتصّرف في رأس المال وليس للشريك إلّا أن يعمل مع شركائه جميعاً ضرورة أنّ كلّ واحد من الشركاء

يُقَيّد صاحبه ويمنعه من التصرّف في مال الشّركة إلاّ بموافقته، ومن أجل ذلك لا تجوز شركة العنان عند المالكية إذا اختصّ أحد الشّركاء بالتصرّف وحده في مال الشّركة دون غيره من الشّركاء ومنعهم من التصرّف حتّى في نصيبهم وجعل المال كلّه تحت يده⁽¹⁾ لما فيها من حيف على بعض الشّركاء ومناقضة مقتضى عقد الشّركة الذي يقوم على الأمانة وتصرّف الجميع في مال الشّركة. وبإيجاز يعتبر المختصّون أنّ شركة العنان عند الحنفيّة هي شركة المفاوضة عند المالكية، والعنان عند هؤلاء هي شركة لملك عند الحنفيّة⁽²⁾.

وترتبا على ما سبق، في خصوص شركة العنان، نجد تفسيراً وتأصيلاً لأحكام الفصل 1287 مجلّة الالتزامات والعقود والذي لا يمكن فهمه خارج التصرّف المالكى للشّركة المذكورة. ومن أجل ذلك أيضاً لم تتضمن المجلّة أعمالاً يمكن أن يختصّ بها أحد الشّركاء في شركة العنان دون غيره.

الجزء الثاني : تأثير الفقه المالكى في أحكام الشّركات الخاصّة :

يُنظر إلى شركات الفلاحة في الفقه الإسلامى على أنّها ذات طابع خاصّ، فهي ليست من قبيل شركات الأموال التي تهدف إلى تحصيل الرّبح من خلال استغلال رؤوس الأموال في التّجارة وليست من قبيل شركات الأعمال التي تتأسّس على تحصيل الكسب عن طريق الجهد البدني أو المعرفي، بل تتمثّل خصوصيّةها في كونها ولئن تشتمل على رأس مال يشمل بدوره الأرض والغراسات والآلات كما تشتمل على العمل الفلاحي الصّرف من حرث وبذر وغراسة وصيانة إلاّ أنّها تتمايز عن شركتي الأموال والأعمال في أنّ الاستثمار الفلاحي لا يُؤتي أكله بالقدرة البشريّة فقط بل كذلك بتقدير العناية الإلهيّة

(1) - سحنون، مرجع سابق ص34.

- محمد تاويل، مرجع سابق، ص328.

(2) محمد تاويل، مرجع سابق، ص385.

انظر هامش الفصل 1469 من المشروع التمهيدي للمجلة، ص529 و530.

وهو العامل الذي لم يغفل عنه الفقهاء عند تصديهم لمسائل الأنشطة الفلاحية.

وإذا كانت المزارعة والمُساقاة والمُغارسة وشركة الحيوان هي العناوين الكبرى للأنشطة الفلاحية التي اهتم بها الفقهاء المسلمون فإن تلك المعاملات تستبطن داخلها عديد الصور والتطبيقات التي اختلف الفقهاء المسلمون حول مدى جوازها وشروطها وأحكامها وخاصة المذهبين المالكي والحنفي وبالنظر إلى أن المشرع قد استند إلى أحكامهما في العديد من المواضع عند تنظيم أحكام الشركات الخاصة ونعني بها شركات الفلاحة فإنه يكون من المفيد المقابلة بين أحكام المجلة في خصوص الشركات المذكورة من جهة وما ورد بأحكام المذهبين المالكي والحنفي، لنلمس مواطن التأثير ولترسخ في الذهن مباشرة فكرة أن المشرع لما تصدى لتنظيم صور الأنشطة الفلاحية وجد في الفقه المالكي الأساس الذي يؤصل لها (الفقرة الأولى) خاصة وأن الفقه الحنفي لا يجيز تلك الصور الواردة بالمجلة من الأساس. كما وجد في الفقه المالكي المصدر المادي لتنظيم الأحكام التفصيلية لشركات الفلاحة بما تشتمل عليه من حقوق والتزامات الأطراف وانقضاء الشركات دون إغفال دور العرف التونسي وتأثيره على تقنينها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الدور التأصيلي للفقه المالكي:

إنّ اللافت للنظر ومنذ أول وهلة، في شأن الأحكام المتعلقة ببعض الشركات الخاصة الواردة بمجلة الالتزامات، هو تأثير الفقه المالكي حتى على تقسيم وتبويب المجلة التي خصصت الباب الأول من العنوان التاسع لشركات الملك والباب الثاني لشركة العقد والباب الرابع لأنواع خاصة من الشركات وهي شركات الفلاحة وشركة العمل، إذ اعتبر المشرع المزارعة والمُساقاة والمُغارسة من قبيل الشركات وتحديدًا شركات الفلاحة، وليست مجرد عقود، ومن أجل ذلك لم يُفرد عنوانًا لكل واحد منها مثلما هو الشأن في البيع والمعاوضة والكراء والوديعة والعارية وغير ذلك من العقود.

يُمكن تفسير هذا التَّمسِّي من المشرِّع بأنَّ المذهب المالكي يُعتبر أنَّ المُزارعة شركة فيما يخرج من الأرض وألحق فُقهاء نفس المذهب المُساقاة بالمُزارعة تأسيساً على أنَّ أسانيد جواز المُزارعة متوافرة في المُساقاة⁽¹⁾ وكلّ ذلك على التَّقْيِض من جُمهور الفُقهاء الَّذين يُعتبرون أنَّ عَقْدِي المُزارعة والمُساقاة على سبيل المثل لا يندرجان ضمن شركة العقد وهما مُنفصلان عنها لاستقرار الرّأي لديهم على عدم توفر نيّة المُشاركة إذ أنَّ المُساقاة والمُزارعة تنعقدان كإجارة ابتداءً من جهة إضافة إلى أنَّ صاحب الأرض لا يُساهم في الخسارة عند فساد المحصول من جهة أخرى في حين أنَّ المذهب المالكي يُدرج المزارعة ضمن أقسام شركة العقد ويُفردا أغلب فُقهاء المذهب بفصل خاصّ في باب الشَّرْكَة⁽²⁾.

وفي نفس السِّياق ولإقامة الدليل على تأثير الفقه المالكي حتّى على مُستوى تبويب المجلّة نُشير إلى تضمّن مشروع المجلّة الإشارة إلى أنَّ الجدل بخصوص طبيعة المُزارعة وهل تُعدّ عقداً أم إجارة قد أخذ حيزاً هاماً لدى فُقهاء المالكيّة قبل أن يحسم الأمر في اعتبارها شركة في حين أنَّ فُقهاء المذهب الحنفي يُعتبرونها إجارة مُقابل جزء من المنتوج وأنّه يتّجه تصنيفها حسب واضعي المجلّة ضمن الشَّرْكَات حتّى يتيسّر إدراج مُختلف أنواع المُشاركة في المجال الفلاحي في إطار نفس الباب⁽³⁾.

أمّا عن الدّور التّأصيلي الصّرف والمباشر للفقه المالكيّ لبعض أنواع شركات الفلاحة فيقصد به اعتماد المشرِّع على أحكام الفقه المالكي لإيجاد الأساس الفقهيّ والشّرعيّ لبعض المعاملات الفلاحية التي يُجيزها المذهب المذكور دون غيره بما يسّر تقنينها صُلب المجلّة. وهذا ما يلمس دُون جُهد عند تفحص تنظيم المجلّة لشركات كلّ من المُزارعة والمُساقاة والمُغارسة والحيوان.

(1) رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الرشيد للنشر والنوزيع، 1981، ص50-51

(2) رشاد حسن خليل، مرجع سابق، ص51.

(3) انظر المشروع التمهيدي لسنة 1899، ص561.

ففي شأن تأصيل شركة المزارعة التي عرّفها الفصل 1369 من مجلة الالتزامات والعقود⁽¹⁾ بكونها تلك التي يكون فيها الأرض والبذر والظهر على أحد الشريكين والعمل على الطرف الآخر على أن يكون المتحصّل بين المتعاقدين حسبما يعيّنه العقد،⁽²⁾ والتي يقصد بها الاتفاق على استثمار أرض زراعية بيضاء بأن يساهم صاحب الأرض بمنفعة هذه الأخيرة وبالْبُدور والمُعَدَّات مُقابل مُساهمة الطّرف المُقابل وهو العامل بعمله على أن يكون المحصول مُشتركا بينهما على التّسبة التي يتّفقان عليها.

وتوخّيًا للدقّة لابدّ من الإشارة إلى أنّ التعرّف الوارد بالفصل المذكور يشمل فقط إحدى صُور المُزارعة⁽³⁾ وهي غير جائزة عند الإمام أبي حنيفة، وإلى ذلك أشار سانتيلانا صُلب المشروع التّمهيدي⁽⁴⁾ لعدم إجازة الإمام للمُزارعة مُطلقا. فالْمُزارعة بثلث النّاتج الخارج من الأرض عنده باطلة ودليله في ذلك أنّ التّبّي صلّى الله عليه وسلّم قد نهى عن المُخابرة وهي المُزارعة⁽⁵⁾ وباعتبار أنّ أجر المُزارع يكون ممّا تُخرجه الأرض في حين أنّ هذا

(1) أطلقت تسمية شركة المزارعة بمناسبة تنقيح الفصل 1369 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عدد 80 لسنة 2005 المؤرخ في 09 أوت 2005 بعد أن كانت التسمية السائدة هي شركة الخماس وهذه التسمية الأخيرة مستمدة من الأعراف والعادات التونسية وكذلك من الفقه المالكي وتمت الاستعاضة عنها في إطار تهذيب مصطلحات المجلة.

بخصوص تسمية شركة الخماس، انظر: علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الأجزاء المسماة بتحفة الأحكام، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ص 321.

(2) تعرف المزارعة لغة بكونها الإنبات أما في الاصطلاح الفقهي فهي عقد على الزرع ببعض الخارج من الأرض وتسعى أيضا المخابرة وهي المعاملة في الأرض البيضاء على جزء منها يخرج من الثمار.

(3) تتعدد صور المزارعة والتي تشمل:

- الصورة الأولى: أن تكون الأرض والبذر من أحد الطرفين والعمل والحيوان على الآخر.
- الصورة الثانية: أن تكون الأرض لأحد الطرفين والبذر والحيوان والعمل على الآخر.
- الصورة الثالثة: أن تكون الأرض والبذر والحيوان على أحد الطرفين والعمل على الآخر وهي صورة الفصل 1369 م.أ.ع.
- الصورة الرابعة أن يكون الأرض والحيوان على أحد الطرفين والبذر والعمل على الآخر وهي مزارعة باطلة حتى من المذهب الحنفي.

(4) انظر المشروع التّمهيدي بمجلة الالتزامات والعقود ص 562.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص 714.

الأخير، أي المحصول، يتراوح بين العدم لعدم وجوده عند إبرام العقد وبين الجهل لجهالة مقدار ما ستُخرجه الأرض والتي قد لا تُخرج شيئا. ومن المعلوم أنّ الجهالة وانعدام المحلّ يُؤدّيان إلى فساد العقد⁽¹⁾. ولقد أجاز الصّاحبان أبو يوسف ومحمد المزارعة لحاجة النَّاس إليها ولأنّ النَّبيّ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع لكثّما تختلف، عند الصّاحبين، عن الشركة باعتبار أنّ نصيب المالك فيها حصّة من نفس المحصول النَّاتج عن الأرض وليس من صافي الأرباح،⁽²⁾ فضلا عن أنّ الصّاحبين وإن أجازا المزارعة فهي في نظرهما عقد إجارة على المنفعة وليست شركة.

أما المزارعة عند المالكيّة فهي جائزة والأصل فيها أن تكون الأرض ملكا للشّركاء أو مُكترأة من طرفهم كلّ بنسبة مُشاركته وشرط ألا يكون معين الكراء طعاما وأن تكون المزروعات مملوكة بين الشّركاء على قدر انصبتهم ومُتماثلة جنسا وصفة. ونفس القول يصدق على المُعدّات الفلاحية بأن يُشترك المُتزارعون فيها بالكراء أو بالشّراء. وأخيرا أن يعمل كلّ شريك بقدر نسبة المُشاركة، ولا ضير عند المالكيّة أن تكون الأرض من جانب والمعدّات والبذر والعمل من الطّرف الآخر بشرط التّكافؤ، على وهذه الصّورة الأخيرة هي التي كرّسها الفصل 1369 تحديدا والتي يكون فيها أحد الشّريكين مُشاركا بعمل يديه فقط وعلى الآخر كلّ شيء أي الأرض والبذر والأدوات⁽³⁾ وبالنّظر إلى تشابه هذه الصّورة من المزارعة مع الإجارة

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص. 715.

(2) اختلف الفقهاء المسلمون حول مدى جواز كراء الأرض البيضاء لزراعتها فمنهم من يمنع هذا النوع من الكراء مطلقا استنادا إلى السّنة وإلى الأحاديث التي تنهى عن كراء الأرض البيضاء، ومن الفقهاء من يرى بجواز كراء الأرض البيضاء لزراعتها على أن يكون ذلك باجرة معلومة ومعينة وموصوفة بالذمة كالديارهم والذهب والفضة والطعام غير الخارج منها ومنهم الإمام أبو حنيفة ويقتصر المنع لديهم على كراء أو إجارة الأرض بنسبة من الزرع الخارج منها، ويمنع المالكية كراء الأرض بالطعام وإن لم يخرج منها، وحتى لو كان، مقدار الطعام معلوما، وألقى هذا الخلاف بظلاله على المزارعة في اتجاه عدم إجازتها خاصة لمن يعتبرها إجارة بنسبة من الزرع الخارج من الأرض وليست شركة ويسبب المنع اشتغال المزارعة على الجهالة والغرر وهما مفسدان (مبطلان) للعقد ومن أجل ذلك أيضا فإنّ المالكية يعتبرون أنّ الأرض المزروعة في إطار مزارعة مكترأة بطعام فإنّ كراء الأرض فاسد ويؤدى إلى فساد المزارعة نفسها.

(3) يمكن تكييف الحالة التي يقدم فيها أحد الطرفين الأرض والبذر والأدوات ويكتفي الطرف المقابل بعمله بكونها عقدا إجارة إذ أنّ العامل لم يشارك إلا بعمل يده وأنّ عمله محدود ومعلوم على خلاف المضاربة التي

إلى حدِّ التَّطابق وتفاديا للالتباس بينهما، فقد اشترطُ فقهاء المذهب لصحة المزارعة أن تعقد بلفظ الشركة ولا يجوز أن تعقد بلفظ الإجارة وإلا أدى ذلك إلى إجارة فاسدة بسبب جهالة أجرة العامل⁽¹⁾. وبذلك فإنَّ صورة المزارعة الواردة بالمجلة ما كان بتيسر تكريسها لو لم تتوفر إمكانية تأصيلها انطلاقاً من الفقه المالكي.

وما سيق في منع المزارعة عند أبي حنيفة يصدق على منعه للمساقاة أيضاً فالمساقاة بجزء من الثمر باطلة أصلاً ضرورة أنَّها في نظره استئجار للأرض ببعض الخارج منها وهي أيضاً إجارة بثمر لم يخلق أي إجارة بثمره مجهولة إذ قد يحصل النماء كما قد ينتفي، وبذلك يتحقق الغرر المفسد للعقد وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي المقابل أجاز الصَّاحبان أبو يوسف ومحمد المساقاة لحاجة النَّاس إليها باعتبار أنَّ مالك الأشجار قد لا يُجيد تعهدها أو يكون غير متفرغ لذلك والعكس أيضاً صحيح.

لكنَّ يجدر التأكيد على أنَّ الصَّاحبين يعتبران المساقاة من قبيل الإجارة لذلك فإنَّ المساقاة تكون فاسدة، عند الحنفيَّة، إذا كانت مع شريك ومثال ذلك أن يكون البُستان مُشتركا بين اثنين ناصفة ويدفعه أحدهما إلى الآخر على وجه المساقاة. وما دامت المساقاة إجارة وما دام لا يجوز أن يكون الشَّخص أجيراً وشريكاً في ذات اللحظة فإنَّ المساقاة باطلة إذ يجب أن يكون عمل الأجير في خالص ملك المؤجِّر. في حين أنَّ المالكيَّة يُجيزون المساقاة بداية من الإمام مالك⁽²⁾ وباقي فقهاء المذهب مع التأكيد على أنَّ بن

يكون فيها العمل غير معلوم ولا محدود كما يمكن تكبيف نفس الحالة بكونها شركة باعتبار أن العمل يقابل في قيمته قيمة كراء الأرض وقيمة المواد المزروعة وقيمة كراء الأدوات والمعدات مع تقاسم الناتج الخارج من الأرض بحسب الاتفاق.

(1) محمد سكحال المجاجي، أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001، ص. 255.

- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، في فقه إمام دار الهجرة، صحَّحه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، الطبعة الثانية، دار المدار الإسلامي، بيروت، 2004، ص. 188 وما بعده.

(2) مالك بن أنس، الموطأ لإمام دار الهجرة مالك بن أنس، رواية يحيى بن الليثي الأندلسي، الطبعة الثانية دار الغرب الإسلامي، 1997.

جزى يعتبر أنّ المُساقاة مُستثناة من أصلين ممنوعين وهما الإجارة المجهولة والتعاقد على ما لم يخلق⁽¹⁾. ويقف المطلع على أحكام المُساقاة في مجلّة الالتزامات والعقود، دون مشقّة، على أنّها مستمدّة ومؤصّلة من خلال الفقه المالكي بداية من تعريفها مُرورا بأثارها وانتهاء بانقضائها.

وفي شأن المُغارسة⁽²⁾ وعلى النّحو الذي وردت عليه في الفصل 1416 من مجلّة الالتزامات والعقود بأن يتولّى صاحب الأرض الدّفع بأرضه إلى شريك يُسمّى العامل على أن يتولى هذا الأخير غراستها أشجارا مثمرة أو نحوها من ذوات الدخل على أن يكون له مناب شائع من الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حدّ معلوم أو حدّ الإثمار فهي غير جائزة عند جمهور الفقهاء وانفرد المذهب المالكي بإجازتها⁽³⁾ دون غيره من المذاهب وخاصة المذهب الحنفي⁽⁴⁾ وإلى ذلك أشار مشروع المجلّة⁽⁵⁾ وتكمن علّة المنع عند الحنفيّة في أنّ الشّركة لا تنعقد إلّا فيما هو موجود قبل الشّركة في حين أنّ الأرض موجودة وكان العمل مُنتفيا زيادة على أنّ المالك جعل نصف أرضه عن جميع الأغراس فصار العامل مُشتريا لنصف الأرض بالغراس المجهول والمعدوم عند العقد⁽⁶⁾.

-
- (1) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ص 467.
 - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (بن رشد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، الطبعة السادسة، 1982، لبنان، بيروت، ص 245.
 - (2) - تعرف المغارسة، والتي تسمى أيضا المناصبية، في الاصطلاح الفقهي بكونها دفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجرا. - تتعدد صور المغارسة وتشمل:
 - * أن يدفع المالك أرضا بيضاء لشخص يغرس فيها على أن يكون الأشجار والثمار ملكه مشترك بينهما على النسبة التي يتفقان عليها دون الأرض وهي جائزة عند الحنفية.
 - (3) يكون إنماء الشجر في الفقه المالكي:
 - إما بالإجارة أي أن يغرس العامل أشجارا بأرض المالك لقاء أجره معلومة.
 - وإما بالجعالة وهي أن يغرس العامل شجرا له نصيب فيما ينبت منه وهناك من منع هذه الصورة من فقهاء المالكية.
 - وإما بالمغارسة وهي أن يغرس العامل شجرا على أن يكون له نصيب من الشجر والأرض بشروط.
 - (4) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 614.
 - (5) انظر مشروع المجلّة، ص 569.
 - (6) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 620.

وتُعتبر المُغارسة في التَّصوّر المالكِي شركة⁽¹⁾ بين صاحب الأرض والعمل وأحاطها بشُروط منعا للغرر والجهالة منها أن يغرّس العامل أشجارا ثابتة الأصول دون الزرع والبقول وأن تتفق أصناف الشجر أو تتقارب في مدّة إطعامها فإنّ اختلفت اختلفا بيّنًا لم تجز ولا يكون أجّلها إلى سنين كثيرة وأن يكون للعامل نصيبه من الأرض والشجر فإن كان له نصيب في أحدهما فقط كانت الشركة غير جائزة. وأخيرا ألا تكون المُغارسة في أرض محبّسة ضرورة أن المُغارسة تنزل منزلة البيع ولا يجوز بيع الأعباس وترتيبها على ما سبق يكون من البيّن أنّ شركة المُغارسة المنصوص على تعريفها بالفصل 1416 من مجلّة الالتزامات والعقود لا نجد أصلا لها إلا في الفقه المالكِي زيادة على أنّ تنظيم أحكامها كان مُتأثرا بالفقه المذكور.

بقي الخوض، فيما يتعلّق بتأصيل شركات الفلاحة الواردة في المجلّة بالاستناد إلى الفقه المالكِي، في الصنف الأخير منها ألا وهو شركة الحيوان بالقول بأنّه ورد تعريفها بالفصل 1427 من مجلّة الالتزامات والعقود، والتي تتمثّل في أن يُعطي أحد المُتعاقدين للآخر وهو العامل شيئا من الحيوان لتربيته وحراسته على أن يقسم المتحصّل من ذلك على النّسبة المتفق عليها، وهي صُورة من الشّركات التي استقرّ جمهور الفُقهاء على عدم جوازها بمعنى عدم جواز هذا النّوع من الشّركة تحديدا⁽²⁾ بالنظر إلى ما تستبطنه من غرر

- لفته هامل العجيلي، التنظيم القانوني لعقد المغارسة، دراسة في ضوء أحكام القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي في العراق، رسالة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلمين للدراسات العليا، العراق، 2017، ص36.

(1) علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الأرجوزة المسماة بتحفة الأحكام، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ص 332.

(2) تتعدد صور الاتفاق في شركة الحيوان وتشمل :

- الاشتراك في تملك الحيوان ابتداء بسبب من أسباب اكتساب الملكية بين جميع الأطراف مع اقتسام الأرباح الناتجة منها.
- أن تكون الحيوانات ملك شخص. وبيع جزء منها إلى شخص آخر ويبقى الجميع مشتركا بينهما.
- أن يكون الماشية ملكا لشخص وبيع جزء منها إلى شخص آخر بثمن معجل أو مؤجل ويشترط على المشتري أن يرعى له النصف الباقي.
- أن تكون الماشية لشخص ويعطها لمن يرعاها بجزء شائع في رعاها مقابل الرعي، وكل هذه الأوجه من الاشتراك جائزة باتفاق المذاهب.

وجهل إذ من غير المعلوم أن تلد تلك المواشي فضلا عن أنّها عند جمهور الفقهاء هي إجارة بمعدوم ومجهول. زيادة على أنّ هذا النوع الأخير من التعامل يمكن أن يُنظر إليه بيعا لأجنّة في بُطون أمهاتها وهو أمر منهي عنه من أجل ذلك إذا انعقدت تلك الشركة كانت فاسدة وتعين فسخها حسب جمهور الفقهاء. على أنّ بعض المالكيّة قد سبق له انتحى نحو جواز وصحة ذلك الاتفاق، ونقصد بذلك الصّورة الواردة بالفصل 1427 م. إ.ع. إذا لم يوجد من يرعى الماشية بأجرة معلومة⁽¹⁾، وهو ما شكّل مَلَاذا لواقعي المجلّة عند تكريسها. وفي هذا السّياق يندرج توضيح "صانتيلانا" صُلب مشروع المجلّة بمناسبة تعريف شركة الحيوان في الفصل 1620 من المشروع بقوله أنّ الاتفاق على رعاية الحيوان باطل عند الحنفية بسبب وجود الغرر أمّا عند المالكيّة فيجوز تسليم الماشية لمن يراها في عدّة صور. إضافة إلى أنّ القانون الرّوماني يُعتبر إيجار الماشية بمثابة عقد شركة وأنّه، أي سانتيلانا، يعتبرها أحد أنواع شركة الفلاحة حتّى تكتمل قائمة الشركات العمل والمال في الميدان الفلاحي.

الفقرة الثّانية : المذهب المالكي مصدر الأحكام التّفصيليّة في الشركات الخاصة :

لا يعدم المرء شواهد على استلهاهم جلّ الأحكام التّفصيليّة للشركات الخاصة من المذهب المالكي أساسا ومن الأعراف والعادات التونسيّة في مرتبة ثانية بما يصيّر المذهب المالكي دون غيره من المذاهب الفقهيّة المصدر المادّي للأحكام التّفصيليّة في الشركات الخاصة، دون إغفال التأكيد على أنّ المذهب المالكي يُعتبر المصدر المادّي المُباشر عند رجوع مباشرة إلى أحكام

- الوجه الخامس للاشتراك هو أن تكون الماشية لشخص وبعدها لمن يتولى رعايتها وحراستها والقيام بجميع ما تحتاجه من رعي وغيره بعد الاتفاق على تقويمها بقيمة يتفقان عليها حتى تلد ويبيع أولادها ليسترجع صاحب الماشية القيمة التي قومت بها ثم قسمة ما نما عن تلك المواشي أو ما زاد في قيمتها وهذا النوع غير جائز عند جمهور الفقهاء ما عدى بعض المالكية، انظر محمد تأويل، مرجع سابق، ص 52.

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام النسولي، البهجة في شرح التحفة، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، الجزء الثاني، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ص 343.

الفقه المالكي وهو أيضا المصدر غير المباشر عند اعتماد واضح المجلة على أحكام القانون الفلاحي المستمد بدوره من أحكام الفقه المالكي وتحديدا المدرسة القيروانية في الفقه المالكي.

أما عن تمظهرات الرجوع إلى الفقه المالكي فيما يخص الأحكام التفصيلية للشركات الخاصة في مجلة الالتزامات والعقود فهي كثيرة. ويكفي للوقوف على ذلك المقابلة بين ما ورد بالمجلة من جهة وما ورد بمصنّفات الفقه المالكي. ونشير في مقام أول إلى أحكام المساقاة، والتي تُصبح لازمة عند المالكية باللفظ، أي بمجرد الاتفاق، وحتى قبل الشروع في العمل، على التقيض ممن أجازها من الحنفية، وهو ما يفسر تنصيب الفصل 1397 من المجلة على أنّ الشركة تبدأ حتى قبل الشروع في العمل في حين أنّه يُشترط في الفقه الحنفي التسليم للعامل في الأشجار لتصبح الشركة لازمة وهو ما يُعبّر عنه بالتخلية بين العامل والشجر المعقود عليه.

يُضاف إلى ما سبق أنّ الفصل 1395 من المجلة أجاز المساقاة على الشجر وعلى الزرع تأسيا بالفقه المالكي الذي يُجيز المساقاة على الزرع وعلى الأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة في حين أنّ المساقاة عند الحنفية لا يمكن أن تتعلق إلا بالأشجار المثمرة دون الزرع، مع الإشارة إلى أنّ المتأخرين من الحنفية قد توسّعوا في المساقاة بإجازتها في الأشجار غير المثمرة لاحتياجها إلى السقي فإذا لم تقم الحاجة إلى ذلك كانت المساقاة فيها غير جائزة⁽¹⁾.

ولقد أوجز المالكية حكم الأعمال المطلوبة من العامل في شركة المساقاة في ثلاث صُور بناء على ثلاثة معايير، ثم فصلتها مجلة الالتزامات والعقود⁽²⁾ ومقتضاها أنّ الأعمال التي تتعلق بالثمرة ولا تبقى بعد هذه الأخيرة فهي واجبة على العامل ومثالها تنقية الزرع وحفظ الشجر وكيل

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 632.

(2) انظر الفصول 1403 و1404 و1405 و1406 من مجلة الالتزامات والعقود.

المتحصّل وتقليم الأشجار⁽¹⁾ والإصلاحات الخفيفة واستبدال أدوات العمل القليلة الثمن التي يهلكها الاستعمال⁽²⁾. أما الأعمال التي تتعلّق بالثمرة وتبقى آثارها إلى ما بعد الثمرة فهي لا تلزم العامل ولا يجوز أن تشتت عليه إلا إذا جعل لها أجر خاصّ بها ومثالها أعمال البناء أو الترميم⁽³⁾. ونفس القول يصدق على الأعمال التي تتعلّق بالثمار أصلا ومثالها حفظ الجدران والمباني والجداول والجوابي أو تعويض ما نفق من الدواب⁽⁴⁾ فهي لا تلزم العامل.

ننتهي بالتّعريج على وفاة العامل للقول بأنّها لا تنهي المساقاة وهو ما اقتضاه الفصل 1414 من مجلّة الالتزامات والعقود⁽⁵⁾، وهو نقل لموقف الإمام مالك⁽⁶⁾، بل يؤول الأمر إلى تواصل المساقاة بين المُساقِي وورثة العامل في تطبيق لنفس الحكم المتعلّق بوفاة العامل في إطار شركة المزارعة⁽⁷⁾.

وإذا كان تعريف المزارعة مستمدّ من الفقه المالكي فإنّ تنظيم أحكامها كان بالرجوع إليه مع التّدقيق بأنّ نصوص المزارعة صُلب مجلّة الالتزامات والعقود كانت في جُلّها نقل لقواعد قانون الفلاحة⁽⁸⁾ الذي تأسّس بدوره على الأعراف التّونسيّة من جهة وعلى الفقه المالكي وتحديدًا مدرسة القيروان في الفقه المالكي من جهة ثانية. ومن الشّواهد على ذلك تنظيم التزامات وحقوق المزارع الذي لا يُجبر مثلاً، على القيام بالمزارعة في غير الأرض المتّفق عليها ما لم يقع تعيين الأرض البديلة صُلب الاتّفاق⁽⁹⁾، وعدم

(1) انظر الفصل 1404 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(2) انظر الفصل 1405 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(3) انظر الفصل 1406 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(4) انظر الفصل 1043 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(5) اقتضى الفصل 1414 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّه لا تنفسخ المساقاة بتفليس العامل. وإذا توفي فالعمل حينئذ على ما تقرر في الفصل 1394.

(6) - خليل بن إسحاق المالكي، مرجع سابق، ص 209، وما بعده.

(7) انظر الفصل 1394 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(8) انظر على سبيل المثال الفصول 1374 و 1375 و ومن 1377 إلى 1387 والفصل 1389 والفصول من 1391 إلى 1393 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(9) انظر الفصل من مجلّة الالتزامات والعقود.

إجبار المزارع على زرع معونة لصاحب الأرض⁽¹⁾. ومثال ذلك أيضا أنّ المزارع لا يلزم بالقيام بأعمال متعلّقة بالمُزراعة ولكن تبقى آثارها إلى ما بعد انقضاء هذه الأخيرة كبناء جدار أو حفر بئر⁽²⁾.

أمّا عن التزامات صاحب الأرض والمنقولة عن قانون الفلاحة فنجد على سبيل المثال واجب صاحب الأرض في إعانة المزارع على نقل عائلته وأمتعته ومؤنّته التي تبلغ قدرا معيّنًا إلى مكان المزارعة،⁽³⁾ وكذلك الالتزام بتوفير الأدوات والحيوانات اللّازمة للفلاحة وفي حالة تعيب، أو هلاك تلك الأشياء، فتعويضها ولا ضمان على المزارع إلّا في حالة التّعدي⁽⁴⁾.

ننتهي بالإشارة إلى أنّ وفاة المزارع لا تنهي المزارعة بل يُنظر إليها على أنّها من العوارض التي تطرأ على المزارعة لتتواصل الشّركة مع ورثة المزارع أو مع من يتمّ تكليفه لمواصلة العمل نيابة عنهم⁽⁵⁾ وهو حلّ مستمدّ من الفقه المالكي بدوره⁽⁶⁾. وتبريره أنّ هذه الحالة ليست من قبيل انتقال الالتزامات إلى الورثة بقدر ما تتعلّق بتصفية التّركة⁽⁷⁾.

على أن تحري الدقّة يوجب أيضا الإشارة إلى العديد من أحكام شركة المزارعة مستمدّة من الأعراف التّونسيّة سواء بتقنينه أو الإحالة عليه ومن ذلك عدم جواز إبرام عقدي مزارعة بصفة متزامنة بالنّسبة للمزارع⁽⁸⁾. ومن ذلك أيضا، على سبيل الدّكر لا الحصر، تعيين نصيب المزارع من الصّابة

(1) انظر الفصل 1377 من مجلة الالتزامات والعقود.

- بقصد بالمعونة الزراعة في قطعة أرض أخرى غير الأرض المتفق عليها لفائدة صاحب الأرض.

(2) انظر الفصل من مجلة الالتزامات والعقود.

(3) انظر الفصل 1374 من مجلة الالتزامات والعقود.

(4) انظر الفصل 1383 من مجلة الالتزامات والعقود.

(5) انظر الفصل 1394 من مجلة الالتزامات والعقود.

(6) محمد سكّحال المجاجي، مرجع سابق، ص. 274.

(7) محمد سكّحال المجاجي، مرجع سابق، ص. 276.

(8) انظر الفصل 1372 من مجلة الالتزامات والعقود.

بحسب عُرف المكان ونوع الفلاحة في حالة سُكوت العقد عن ذلك مع إمكانية اشتراط المُزارع لنسبة تزيد عن القدر المحدد عُرفاً⁽¹⁾.

الخلاصة :

إنّ انصهار أحكام الشَّرَكَات في جُلِّ تفصيلاتها ضمن منظومة الفقه الإسلامي وخاصة الفقه المالكيّ هو تأكيد بعيد عن القول المرسل بعد إقامة الدليل عنه بأدلة متظافرة حتّى أنّه لا يمكن فهم أغلب أحكام الشَّرَكَات الواردة بالمجلّة إلاّ بردها إلى مصدرها المادّي الرئيسيّ مُجسّداً في الفقه المالكي ليكون من العبث قراءة أحكامها بتوسّل مفاهيم ومؤسّسات وآليات غربيّة.

والأهمّ من ذلك هو عودة الرّوح إلى تلك النصوص القديمة الجديدة بفعل ازدهار صناعة الماليّة الإسلاميّة بما يصيرها العمق والحاضنة الطبيعيّة التي تغني عن التّأسيس لأحكام متعلّقة بأنواع عديدة من عُقود التّمويل الإسلاميّ، فضلاً عن أنّها تدفع إلى التّساؤل عن مدى وجاهة إلغاء الأحكام المتعلّقة ببيع السّلم وبيع الثنبا. كما أنّها تدفع نحو التّخليّ عن فكرة أنّها نصوص مهجورة وجب التّصريح بوفاتها وسترها بمواراتها بل على العكس من ذلك فإنّ القناعة راسخة بأنّ إشباع أحكام الشَّرَكَات دراسة وبحثا وتمحيصا وإثراء سوف يودّي إلى انعتاق الكثير من المعاملات الماليّة مثل المُضاربة والمُشاركة والمُغارسة والمُساقاة والمُزارعة من دائرتها الضيقة إلى أفق أرحب وخاصة التّأسيس لمعاملات مصرفيّة متكاملة.

(1) انظر الفصل 1370 من مجلة الالتزامات والعقود.

مجلة الحقوق العينية والفقهاء المالكيين

الكتاب الأول أنموذجاً

د. رايح القاسمي

عضو مخبر القانون المدني

جامعة تونس - المنار

بين الإنسان والمال علاقة لا انفصام لها، فهي باقية ما بقيت السماوات والأرض مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾⁽¹⁾. فارتباط الفرد بالمال مداره على تحقيق أمانة الاستخلاف التي أناطها الله سبحانه وتعالى بعهدته، ولذا منع كل من الشرع الإسلامي والقانون التونسي الاستحواذ على أموال الناس عنوةً، وفي المقابل حث على اتباع الحكمة في استثمارها، يقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾⁽²⁾ فبحسن تدبير الأموال تتحقق الثروة التي على أساسها تحصل الفوارق بين الدول، ولكن لن يحصل هذا إلا بتنظيم مصادر هذه الثروة حتى تكون محققة للطفرة الاقتصادية.

وعلى هذا الأساس تم وضع المجلة العقارية في غرة جويلية 1885 وهي أول تقنين عرفته البلاد التونسية أثناء فترة الاحتلال الفرنسي. وسن هذا القانون بإرادة فرنسية، حيث جاء في أمر إحداثه: "ولما كان عزمنا أن نجعل المحاكم الفرنسية حق النظر أيضاً في نوازل الأملاك غير المنقولة التي يكون

(1) سورة الفجر، الآية 20.

(2) سورة الفرقان، الآية 67.

ففيها خصوم من الأوروبيين ورأينا أن ذلك يتعذر قبل توحيد الشرائع الموضوعة لها، لم نر بُدًا من وضع الأمر الجلل موضع البحث والتدقيق، وعهدنا في ذلك إلى جمعية مركبة من علماء فضلاء مضطلعين بالشريعة الإسلامية وقوانين الدول الحبية، وبناء على ما تقدّم من أسباب ومقتضيات أصدرنا أمرنا بالفصول الآتية⁽¹⁾. وتكونت هذه اللجنة من المقيم العام "بول كامبون" رئيسًا لها، والوزير الأوّل محمد العزيز بوعتور، وزير القلم محمد الجلولي، وشيخ الإسلام الحنفي أحمد بن الخوجة، وباش مفتي المالكية محمد الشاذلي بن صالح، والقاضي الحنفي محمود بيرم، والقاضي المالكي محمد الطاهر النيفر الأوّل⁽²⁾، وجرى العمل بها إلى غاية صدور مجلة الحقوق العينية في 12 فيفري 1965.

ورغم اختلاف الظروف التي ظهرت فيها كلّ من المجلتين - فالأولى في الفترة الاستعمارية والثانية في فترة الاستقلال وتدعيم أركان الدولة الوطنية - فإنّ اللجان الساهرة على وضع مجلة محكمة تُعنى بالحقوق العينية قد نهلت من منابع مختلفة أشهرها القانون العقاري الذي قنن واضعوه معظم فصوله من الفقه الإسلامي⁽³⁾، كما وجدت علاقة تكامل بين هذه المجلة والمشروع التمهيدى لمجلة الالتزامات والعقود، وكذلك لائحة الشيخ جعيط، في هذا يقول الهادي سعيد: "... وكانت أحكام الوصية والهبة مثل الصدقة والعمرى غير مقننة في التشريع التونسي، فعكفت اللجنة الأولى على استخراجها من مطاوي الفقه الإسلامي، مُستعينة في ذلك بلائحة مجلة الأحكام الشرعية وبالنصوص الواردة بالقانون المقارن"⁽⁴⁾.

(1) شمام، محمود: إشعاع الفقه الإسلامي على القانون الوضعي بالبلاد التونسية، ص76. خلاصة تاريخ تونس، مطبعة الوفاء، تونس، 1992، ص92. سعيد، الهادي: تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مركز الدراسات القانونية بوزارة العدل، 1996، ص246. بوزغيب، محمد: حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية (1857-1965)، مركز النشر الجامعي، تونس، ط1، 2004، ص246.

(2) بوزغيب: حركة تقنين الفقه الإسلامي بالبلاد التونسية، ص156.

(3) ن.م، ص176 وما يليها. ابن طالب، أحمد: تقنين مادّة الحقوق العينية، مقال ضمن كتاب خمسينية مجلة الحقوق العينية، مركز النشر الجامعي، تونس، ط1، 2017، ص14 وما يليها.

(4) تطور الملكية العقارية وأثره في تونس، مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، تونس، 1996، ص259.

وجاءت مجلة الحقوق العينية لتنظيم الأموال، وللمال في اللغة العربية عدّة معانٍ، حيث يُطلق في لغة دؤس على الثياب والعروض، والمتاع، دون الذهب والفضة⁽¹⁾ ومنه ما جاء عن أبي هريرة أنه قال: "خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَ حَيْبَرَ فَلَمْ نَعْنَمْ ذَهَبًا وَلَا وَرَقًا، إِلَّا الْأَمْوَالَ : الثِّيَابَ وَالْمَتَاعَ"⁽²⁾. فجعل أبو هريرة المال قاصراً على الثياب والمتاع، دون الذهب والفضة أخذاً بلغة قومه دوس⁽³⁾.

وذهب ابن منظور⁽⁴⁾ إلى أنّ المقصود بالمال ما ملكه الإنسان من جميع الأشياء، وجمعه أموال. قال ابن الأثير: "المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثمّ أطلق على كلّ ما يُقتنى ويُملك من الأعيان وأكثر ما يُطلق عند العرب على الإبل لأنّها كانت أكثر أموالهم"⁽⁵⁾.

فالمستفاد من هذا القول أنّ المال يُطلق على كلّ ما ملكه الإنسان ودخل في ملكه، سواء أكان عيناً كالذهب والفضة، أم من الحيوانات كالإبل، والبقر، والغنم، والخيول، أم من الأسلحة كالسيوف، والدروع، أم من الأواني، أم من العقارات كالبيوت، والمزارع، والأراضي... ومن ثمّ يكون المال كلّ شيء صلح للاستعمال والانتفاع به.

وأما في الاصطلاح الفقهي فقد جرى الخلاف بين الفقهاء في ضبطهم لمفهوم المال، ومردّد ذلك اختلافهم في المال من ناحية القيمة والمنفعة، فالمال

(1) الزرقاني، محمّد بن عبد الباقي: شرحه على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011 باب الجهاد، كتاب ما جاء في الغلول، حديث 1012 ط 2011 ج 3، ص42.
(2) مالك: الموطأ، كتاب الجهاد، باب ما جاء في الغلول، حديث رقم 25، ج2، ص459.
(3) التاويل، محمّد: العذب الزلال في فقه الأموال، مطبعة أميمة، فاس، [د.ت] ص8.
(4) محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الإفريقي ثم المصري، جمال الدين أبو الفضل، انتسب إلى رويغ بن ثابت الأنصاري، ولد سنة 630، أديب، لغوي، من آثاره مختار الأغاني في الأخبار والتهاني، لسان العرب، توفي رحمه الله سنة 711هـ. ابن حجر، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، [د.ت]، ج4، ص262، 264.
(5) لسان العرب، ت، عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم محمّد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، [د.ت] ج 46، ص4300.

حسب تعريف ابن عابدين⁽¹⁾ من الحنفية هو "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتموّل الناس كافة أو بعضهم، والتّقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يُباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة حنطة، وما يتموّل بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوّماً كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحداً منهم كالدم"⁽²⁾.

فقوله "ما يميل إليه الطبع" تدخل في نطاقه جميع الأشياء حتّى ولو كانت محرّمة كالخمر والخنزير، لأنّ بعض الطّباع تميل إليها وتشتهيها، فهي في الحقيقة من الأموال إلا أنّ قيمتها معدومة بدليل قوله: "وما يتموّل بلا إباحة به شرعاً لا يكون متقوّماً كالخمر". كما توجد أشياء لا تميل إليها الطّباع رغم كونها ليست محرّمة مثل الدّواء. ويخرج بقوله: "ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة" ما لا يمكن ادّخاره رغم ماليّته. إضافة إلى عدم إمكان ضبط المال بمدى ميل طباع النّاس إليه وذلك لاختلافها.

ويُفهم من هذا التعريف أنّ الحنفية يعتبرون أنّ الأشياء لا تكون مالاً إلاّ إذا كانت شيئاً مادياً تميل إليه طباع البشر، ويمكن إحرازه وحيازته، وبذلك استبعدوا ماليّة المنافع مثل ركوب السيّارة، وسكنى الدّار، والحقوق المحضة كحقّ المرور والشّفعة⁽³⁾. وقد أوضح الكاساني⁽⁴⁾ الحنفي عدم ماليّة المنافع بقوله: "المنافع ليست بأموال متقوّمة على أصل أصحابنا"⁽⁵⁾، ولكن

(1)- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، إمام الحنفية في عصره، وهو من فقهاء الديار الشّامية، من مصنّفاته: "ردّ المحتار على الدرّ المختار" - البيطار، عبد الزّزاق: حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر، ت. محمّد بهجة البيطار، مطبوعات مجمع اللّغة العربيّة، دمشق، ط1961، ج3، ص1230.

(2)- ابن عابدين، محمّد أمين: ردّ المحتار على الدرّ المختار، ت. عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمّد معوّض، دار عالم الكتب، الرياض، ط2003 ج7 ص10.

(3)- ابن عابدين: ردّ المحتار، ج10، ص13. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميريّة، بولاق مصر، ط1315، ج5، ص234.

(4)- فقيه حنفي مشهور من أهل حلب، أحد كبار فقهاء الحنفية في عصره لقب بملك علماء الحديث، ومدرّس المدارس الحنفيه بحلب والرقّة، وهو صاحب أعظم كتاب في فقه الحنفية واسمه بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، توفي سنة 587، الموافق ل1191م. الحنائي، علاء الدّين علي بن أمر الله الحميدي: طبقات الحنفية، ت. محي هلال السرحان، مطبعة الديوان الوقف السني ببغداد، ط2005، ج2، ص163، 164.

(5)- بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط. 1986 ج2 ص278.

تم استثناء المنافع الحاصلة من العقود، حيث أثبتوا "حكم التّقوم في سائر العقود شرعاً ضرورةً دفعاً للحاجة"⁽¹⁾. والإثبات جاء خلاف القياس، وما كان خلاف القياس فغيره لا يُقاس عليه⁽²⁾. ومردّ إثبات مادّية المنافع في العُقود رفض الضّرر الذي يُمكن أن يحصل لو قيل بعدم مالّية المنفعة المنجّرة عن العين الّتي حصل حولها التّعاقّد، حيث يُمكن الحصول على العين دون المنفعة وفي هذا ضرر وحيف، ومن ثمّ عدّوا صيغ العُقود الواردة على الأصول المنتجة للمنافع من باب الإحراز لها⁽³⁾.

ومردّ قول الحنفيّة بعدم مالّية المنافع أنّ هذه الصّفة المثبتة للأشياء إنّما تُثبت بالتّمول الّذي هو صيانة الشّيء وادّخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا يُتصوّر فيها التّمول لأنّها تتلاشى كلّما خرجت من حيّز العدم إلى حيّز الوجود، وذلك لكونها تستهلك دون أنّ تتجسّد في الواقع الحسيّ الملموس "فعدم ملموسيّة المنفعة انعكاس لفكرة الفناء المصاحب للتفاعل مع مُنتج ومزوّد المنفعة، فمنفعة السّكن، أو التّعليم بالنّظر إلى ذات المنفعة تنتهي حال انفصالها عن مصدرها عند تفاعل المستهلك وطلبه لهذه المنفعة"⁽⁴⁾.

فالمنافع هي زوائد تحدث في العين المنتجة لها، فهي ليست بمال مستقرّ يكون في حيازة المنتفع، فالمنفعة حسب التفتازاني هي: "عرض، والعرض غير باق، وغير الباقي غير محرز، لأنّ الإحراز هو الصّيانة، والادّخار لوقت الحاجة، فيتوقّف على البقاء لا محالة"⁽⁵⁾.

فمالّية المنفعة عند الحنفيّة لا يُمكن إثبات مادّيّتها بمعزل عن العين، وذلك على خلاف الأعيان الّتي تثبت مادّيّتها حسيّاً، فالأعيان المادّيّة هي الّتي

(1) ن.م، ص 2، 278.

(2) السرخسي، شمس الدّين: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط 1989، ج 11، ص 79.

(3) السرخسي: المبسوط، ج 11، ص 79.

(4) أبو مؤنس، رائد نصري: المنفعة وخصائصها الذاتية في التشريع الإسلاميّ، مجلة الجامعة الإسلاميّة للدراسات الإسلاميّة بغزة، المجلد 23، العدد 1، جانفي 2015، ص 123.

(5) شرح التلويح على التّوضيح لمن التّنقيح في أصول الفقه، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 1، [د.ت]، ج 1، ص 321، 322. راجع أيضاً: السرخسي: المبسوط، ج 11، ص 79.

تُشكّل الوعاء الحيازي للمنافع، فالبيت وعاء لمنفعة السّكن، والسيارة وعاء لمنفعة التّنقل.

وذهب نفر من الحنفيّة⁽¹⁾، وكذلك المالكيّة⁽²⁾، والشافعيّة⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أنّ المنافع تُعدّ أموالاً، وأشار الزركشي إلى وجود خلاف لدى الشافعيّة في مدى مالّيّة المنافع، وقد أوضح ذلك من خلال قوله: "المنفعة هل يطلق عليها مال؟ اعلم أنّ هذا ممّا اختلف فيه كلامهم... وقال الإمام في كتاب الإيمان أجمع الأصحاب أنّ المنافع لا تندرج تحت مُطلق اسم المال، لكن قالوا في باب الوصايا الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع، وهذا يدلّ على إطلاقها عليها، أمّا على طريق الحنفيّة فلا"⁽⁵⁾. كما أوضح الشريبي أنّ "المنافع ليست أموالاً على الحقيقة بل على ضرب من التّوسّع والمجاز بدليل أنّها معدومة لا قدرة عليها"⁽⁶⁾.

والرّاجح غالباً أنّ الأموال تشمل الأشياء ومنافعها، لأنّ الأعيان لا تقصد إلّا لمنافعها، فلو لا قيمة منافعها لما رغب النّاس فيها. ولكن تبقى قيمتها المالّيّة مرهونة بمدى جوازها شرعاً، فالخمر له قيمة مالّيّة ولكنها منعدمة من النّاحية الشّرعيّة لكونها غير متقوّمة، وهذا ما أوضحه الرّصاع المالكيّ بقوله: "إنّ المعتمد في التّقويم إنّما هو مُراعاة المنفعة التي أذن الشّارع فيها، وما لا يؤذّن فيه فلا عبرة به، فلا تُعتبر قيمته، لأنّ المعدوم شرعاً كالمعدوم حسّاً"⁽⁷⁾.

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، ج4، ص218.

(2) الدسوقي، شمس الدّين محمّد عرفة: حاشيته على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربيّة، [د.ت] ج3، ص442.

(3) الشريبي، شمس الدّين محمّد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997، ج2، ص5.

(4) الهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: كشاف القناع عن متن الإقناع، ت. محمّد أمين الضّياوي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1997، ج2، ص464.

(5) المنثور في القواعد، ت. تيسير فائق أحمد محمود، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، الكويت، [د.ت] ج3، ص197.

(6) مغني المحتاج، ج2، ص5.

(7) شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشّافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، ت. محمّد أبو الأجنان والطّاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993، ص651.

وقد أخذ المشرّع التّونسي بمذهب الجمهور ومن بينهم المالكيّة، لمّا عرّف المال ضمن الفصل 1 من م.ح.ع بقوله: "المال هو كلّ شيء غير خارج عن التّعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حقّ ذي قيمة نقدية"، فضابط هذا الفصل أنّه أخرج الأشياء التي لا تقبل التّعامل بطبيعتها طبقاً للفصل 571 من م.ا.ع الذي نصّ على ما يلي: "ما لا يمكن بيعه للمشتري بناءً على طبيعته أو حاله كالحوت في الماء والطير في الهواء والحيوان السّارد، لا يجوز بيعه" إلّا إذا تحوّل إلى مال متقوم⁽¹⁾. وما هو خارج عن التّعامل بحكم القانون مثل الاتّجار بالممنوعات التي تُعدّ مالاّ ولكن يُمنع التّعامل فيها.

والمعتبر لدى الجمهور أنّ الضّابط في مالية الأشياء ليس ما كان محسوساً بطبعه كما هو عند الحنفيّة، بل المال أشمل من ذلك إذ لو كان الأمر كما اعتبره المذهب الحنفي لانعدمت مالية العديد من المعاملات المعاصرة مثل الأسهم التجاريّة، والرّقاع⁽²⁾، وهذا ما أخذ به المشرّع التّونسي لمّا قال في الفصل 15 من م.ح.ع: "تُعدّ منقولات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العينية والدّعاوى المتعلّقة بالمنقول والحصص والأسهم والرّقاع في

(1) اختلف الفقهاء في مسألة المال المتقوم وغير المتقوم، فذهب الحنفيّة إلى أنّ المال المتقوم هو الذي يشمل كل ما حيز وأباح الشرع التّعامل فيه.

أما المال غير المتقوم فيشمل ما لم يجوز الشارع التّعامل فيه كالخمر والخزير والميتة والدّم المسفوح لكونه حرّاماً، أو ما كان غير متملك كالسمك في البحر، أو الطير في الفضاء... ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، ج 6، ص 10. المادّة 127 من مجلة الأحكام العدلية. العمري، عبد الستار: الفقه الإسلامي ومجلّة الحقوق العينية التّونسيّة، رسالة لنيل شهادة الدّكتوراه، المعهد العالي لأصول الدّين، جامعة الزيتونة، تونس، السنة الجامعية 2008، 2009، ص 57.

أما المالكيّة والشافعيّة والحنابليّة فقد ذهبوا أنّ المال المتقوم هو المال الذي ما له قيمة مالية بين الناس وغير المتقوم هو ما ليس له قيمة مالية. التسولي: البهجة على شرح التّحفة، ج 2، ص 651. راجع بقية المذاهب: العمري: ن.م، ص 57.

والفارق بينهما أنّ الحنفيّة اعتبروا أنّ الانتفاع بالشيء يعدّ عنصرًا من عناصر التّقوم وليس عنصرًا من عناصر المالية. أما الجمهور فقد اعتبروا إباحة الانتفاع بالأشياء عنصرًا من عناصر المالية، فيكون ما يجوز التّعامل فيه شرعاً لا مالية له، ومن ثمّ رأوا أنّ الخمر والخزير لا يعتبران مالاّ متقومًا في حقّ أهل الدّمة، وإذا أتلّفهما مسلم فلا ضمان عليه. العمري: ن.م، ص 57، 58.

(2) بالعيوني، يوسف: الأموال غير المادية، خمسينية مجلة الحقوق العينية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017، ص 463 وما يليها.

مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات". فهذه الأموال "لا تستمدّ اتّصالها بالأموال من تجسّمها المادّي المحسوس على غرار البناءات والسيّارات والمجوهرات، بقدر ما تستمدّه من قيمتها الاقتصادية ومما تتيحه من حقوق لمن تعود إليه ملكيّتها"⁽¹⁾.

وإضافة كلمة "كلّ" في التعريف تجعله شاملاً لكلّ ما تصحّ فيه المعاملة بين الناس، ومردّد ذلك أنّ المشرّع التونسي لا يجعل مالية الأشياء مُرتبطة بثنائية الحلال والحرام أحياناً على خلاف الفقه الإسلاميّ الذي ربطها بمدى جوازها أو عدم جوازها شرعاً.

ونظراً لتعلّق مجلّة الحقوق العينية بالمال الذي أخذت في تعريفه بمذهب الجمهور ومن بينهم المالكيّة، فإنّ السّؤال الذي يطرح في هذا المقام، هل ستأخذ هذه المجلّة بأراء فقهاء المذهب المالكيّ فيما يخصّ الحقّ العينيّ المرتبط بالمال؟

وللإجابة عن هذا السّؤال سيقع التّطرق إلى صلة المصادر القانونيّة لمجلّة الحقوق العينية بالفقه المالكيّ (جزء أوّل) وبيان مكانة اجتهادات فقهاء المالكيّة في تقنين هذه المجلّة (جزء ثان).

الجزء الأوّل: صلة المصادر القانونيّة لمجلّة الحقوق العينية بالفقه المالكيّ:

من بين المصادر القانونيّة التي عوّل عليها المشرّع أثناء وضعه لهذه المجلّة نجد القانون العقاري (الفقرة الأوّل) ومجلّة الالتزامات والعقود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأوّل: القانون العقاري :

لل قانون العقاري مكانة هامّة من ناحية المادّة القانونيّة التي استمدت منه في تقنين مجلّة الحقوق العينية. ومن بين هذه المسائل التي أخذت منه نذكر تقسيم العقارات (أ) وكذلك حقّ الملكية (ب).

(1)- الكنانى، يوسف وبالكنانى، فوزي: قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس، ط2003، ص9.

أ- تقسيم العقارات

الملاحظ أنّ القانون العقاري لسنة 1885 لم يعرف العقار، بل اكتفى بذكر أنواعه وهي حسب الفصل 3 تنقسم إلى عقارات حقيقية، وحكميّة، وتبعيّة. وتمّ نقل هذا الفصل ضمن مجلة الحقوق العينية طبقاً لما جاء في الفصل 4 الذي نصّ على "العقارات إمّا أن تكون عقارات طبيعيّة أو حكميّة أو تبعيّة".

ويوضّح الفصل 3 من القانون العقاري أنّ المشرّع في فترة وضع هذا القانون قد رجّح العمل بالمذهب المالكيّ رغم كونه لم يعرف العقار بل اكتفى بمجرد ذكر أهمّ تقسيماته، ولكن بالنظر في الفصول التي تلي الفصل 3 يمكن أن نستنتج ما كنّا قد ذهبنا إليه باعتبار أنّ باقي المذاهب تحصر العقار في الأرض فقط، ومن ثمّ يكون المشرّع التونسيّ قد أخذ بمذهب المالكيّة، وذلك لما عرّف العقار ضمن الفصل 3 من م.ح.ع بقوله: "العقار هو كلّ شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تَلْفٍ". ففُقهاء المالكيّة نظروا إلى العقار نظرة شاملة لم تقتصر على الأرض التي هي محلّ اتّفاق بين الفُقهاء. فالمذهب المالكيّ يرى أنّ العقار يُطلق على كلّ ما لا يمكن نقله وتحويله مع بقائه على هيئته وصُورته، فيكون شاملاً لكلّ من الأرض وما اتّصل بها من بنايات وأشجار لاتّصال الجميع بالعقار الأصلي اتّصال ثبات وقرار⁽¹⁾، يقول الدردير: "والعقار هو الأرض وما اتّصل بها من بناء وشجر"⁽²⁾. كما رأى ابن رشد الحفيد أنّ العقارات الطبيعيّة هي الدّور والحوانيت والبساتين، وكلّ ما يتعلّق بالعقار ممّا هو ثابت لا يُنقل ولا يحوّل⁽³⁾. وهذا ما يتّفق مع الفصل 4 من القانون العقاري ونصّه: "الأراضي والمباني عقارات

(1) الخرشبي، أبو عبد الله محمّد: شرحه على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط 1317، ج 6، ص 187، 186.

(2) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير للدردير، ج 3، ص 476.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط 6، 1982 ج 2، ص 257. البغدادي، القاضي أبو محمد بن عبد الوهاب: التلقين في الفقه المالكي، ت. محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، [د.ت] ج 1، ص 452.

حقيقيّة" والذي يقابله الفصل 5 من م.ح.ع ونصّه: "الأراضي والمباني والنباتات ما دامت متّصلة بالأرض عقّارات طبيعيّة" وكذلك الفصل 5 من القانون العقاري ونصّه: "ما كان من طواحين الهواء والماء مبنياً على أرضة أو أسس ومُعتبراً كجزء من الدّار يُعدّ أيضاً من العقارات الحقيقيّة"، ويُقابله الفصل 6 من م.ح.ع ونصّه: "الأجهزة والأنايبب اللاصقة بالأراضي والمباني والمتّمة لها عقارات طبيعيّة". والاختلاف الحاصل بين الفصلين مردّه اختلاف الزّمان والمكان والحال، حيث أصبح الفصل 6 من م.ح.ع أكثر شمولاً من نظيره الفصل 5 من القانون العقاري. أمّا الفصل 6 من القانون العقاري ونصّه: "الحبوب على سوقها والثّمار التي لم تجن هي أيضاً عقارات فإذا حصدت الأولى وقطفت الثّانية صارت من المنقولات وإن لم تنقل وإذا حصد بعض الحبوب ولم يحصد الآخر كان المحصود منقولاً وغير المحصود عقّاراً" ونظيره هو الفصل 7 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّ: "الصّابة على سوقها والثّمار في أصولها هي أيضاً من العقارات، فإذا جذت صارت من المنقولات ولو لم تنقل". وأمّا الفصل 7 من القانون العقاري والذي نصّ على أنّ: "ما يقلّم عادة من الأشجار أو ما يتعيّن قطعه منها لا يصير منقولاً إلاّ بعد سقوطه" وهو نصّ للفصل 8 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّ: "حطب الأشجار لا يصير منقولاً إلاّ بالنّسبة إلى ما وقع قطعه". وكلّ هذه الفصول توضّح مدى تأثر المشرّع التّونسيّ بالمذهب المالكيّ الذي توسّع في معنى العقار.

وأعمل المالكيّة مفهوم المخالفة جزئياً في تعريفهم للمنقول، حيث اعتبروه كلّ ما يمكن نقله وتحويله من مكانه مع بقائه على شكله عند نقله، ويشمل الحيوانات والعروض وجميع الأشياء المتحرّكة⁽¹⁾.

فالمالكيّة قد ضيّقوا من دائرة المنقول، وفي المقابل جعلوا دائرة العقار أوسع وأشمل وهي نظرة متّسمة بالمعقوليّة والرّجاحة لكونها تنسجم مع ما

(1) الدردير: الشرح الكبير، ج3، ص482، 481. راجع أيضاً: شلي، مصطفى: المدخل في التعريف بالفقه وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التّأليف، مصر، ط1962، ص291.

تعارف عليه النَّاسُ، لأنَّ الأشياءَ المتَّصلة بالأرض اتَّصال قرار لا يمكن فصلها عنها ولذا يجب اعتبارها من العقَّارات تبعًا للأرض.

ب- حقّ الملكية :

يُقصد بالملكيّة في المذهب المالكيّ "حكم شرعيّ مقدّر في العين أو المنفعة يقتضي تمكّن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك وال عوض عنه من حيث هو كذلك"⁽¹⁾. أو هي: "إباحة شرعيّة في عين أو منفعة تقتضي تمكّن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنهما من حيث هي كذلك"⁽²⁾. فهذا القول يُحيلنا إلى السّؤال الآتي: هل الملكيّة حقّ أم تكليف؟

فحسب الكاتب هي "حكم شرعيّ" أو "إباحة شرعيّة" لكونها تتبع الأسباب الشرعيّة، وكلّ ما يتبع الملكيّة فهو حكم شرعيّ ولم يقل بكونها حقًا للمالك، ويعود ذلك إلى أنّ الملكيّة في الإسلام هي حقّ لله تعالى، فهو مالك الملك، وقصد بكلمة "مقدّر" أنّه يقدر في العين أو المنفعة عند تحقّق الأسباب المفيدة للملك. وتمّ إخراج التّصرف بالوصاية والوكالة أو بتصرّف القُضاة في أموال المجانين والغائبين بإضافة قيد "انتفاعه بالمملوك" "فهؤلاء الأشخاص لهم تصرّف ولا يملكون، ولكن تصرّف ليس لانتفاع أنفسهم بل لانتفاع المالكين"⁽³⁾. وأخرج بقيد "العوض عنه" الملك العموميّ الذي لا يُؤخذ العوض عنه مثل ما يتوقّر للعموم دون مُقابل.

فالملكيّة في الإسلام هي حقّ مفرد لله تعالى، وأسندها الشّارع الحكيم للأفراد قصد التّصرّف فيها على مُقتضى قانون الاستخلاف الذي يضبطه الشّرع، فهي لا تخرج عن نطاق تصرّف المخلوق فيما منحه له الخالق، إذ

(1) القرافي، شهاب الدّين: الفروق، ت، عمر حسن القيّام، مؤسّسة الرّسالة ناشرون، بيروت، ط1، 2003، ج3، ص347.

(2) ن.م ج3، ص353.

(3) البخاري، رضا: ملامح عن الملكية الخاصّة في الإسلام، كتاب خمسينية مجلّة الحقوق العينيّة، مركز النشر الجامعي، تونس 2017، ص297.

الحقّ "للعبد إنّما يثبت كونه حقًا بإثبات الشّرع ذلك له، لا بكونه مُستحقًا لذلك بحكم الأصل"⁽¹⁾.

وعندما ننظر إلى التعريف الذي وضعه المشرّع التّونسي للملكيّة نجد أنّه لم يكن مُتفقًا من ناحية التّصور مع الفقه المالكيّ، إذ نصّ الفصل 17 من م.ح.ع على أنّ: "الملكيّة هو الحقّ الذي يخوّل صاحب الشّيء وحده استعماله واستغلاله والتّفويت فيه". فهذا التعريف فيه تكرس للطابع الماديّ تجاه هذا الحقّ. فالفقه المالكيّ نظر إلى الملكيّة باعتبارها إباحة شرعيّة يكون فيها التّصرف تلقائيًا مبناه على الحرّيّة التي تحكم حياة الإنسان، حيث إنّ المكاسب التي يحصل عليها المالك "تكون طبيعيّة وتلقائيّة عندما تُمارس وتُسلّط على شيء ماديّ"⁽²⁾.

والمُعتمد لدى المالكيّة أنّ الأرض تمتدّ إلى ما تحتها وإلى ما فوقها. والاتّفاق حاصل بينهم على ملكيّة أعلى الأرض، يقول الإمام الونشريسي: "من ملك أرضًا ملك أعلاها ما أمكن"⁽³⁾. وأضاف الحطّاب: "قال علماؤنا: من ملك أرضًا أو بناء ملك هواءها إلى أعلى ما يُمكن"⁽⁴⁾. ولكن جرى الخلاف بينهم في مدى شموليّة الملكيّة عمق الأرض، وهو ما أشار إليه الإمام القرافي⁽⁵⁾ بقوله: "...اختلفوا فيمن ملك أرضًا هل يملك ما فيها وما تحتها أم لا؟ ولم يختلفوا في ملك ما فوق البناء على ما علمت وقد نصّ أصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به، وسرّ الفرق بين القاعدتين أنّ النّاس شأنهم توقّر دواعيهم على العلوّ في الأبنية للاستشراف والنّظر إلى المواضع البعيدة من الأنهار ومواضع الفُرَج

(1) الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، [د.ت] ج2، ص377. راجع أيضًا: البخاري: ملامح عن الملكيّة في الإسلام، مقال سابق، ص303، 304.

(2) بالعيوني: الأموال غير المادية، مقال سابق، ص471.

(3) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ت، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006، ص167، قاعدة رقم 116.

(4) مواهب الجليل، ج6، ص84.

(5) شهاب الدّين أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي، أصوليّ، فقيه، تتلمذ عن ابن الحاجب وابن عبد السّلام، من مؤلفاته: التنقيح، والدّخيرة، والفرق، والأحكام، توفي سنة 684هـ مخلوف، محمد بن محمد: شجرة النور الزكية في طبقات المالكيّة، المطبعة السلفيّة، القاهرة، ط1349هـ، ج1، ص188.

والتنزه والاحتجاب عن غيرهم بعلوّ بنائهم وغير ذلك من المقاصد ولا تتوفّر دواعيهم في بطن الأرض أكثر ممّا يستمسك به البناء من الأساسات...والشّرع له قاعدة وهو أنّه يملك لأجل الحاجة وما لا حاجة فيه لا يشرّع فيه الملك فكذلك لم يملك ما تحت الأبنية من تخوم الأرض بخلاف الهواء إلى عنان السماء"⁽¹⁾.

ويبدو أنّ الإمام القرافي لم يوفّق في رأيه المتعلّق بملكيّة أسفل الأرض، حيث انتقده ابن الشّاط المالكّي بقوله: "ما قاله من أنّه لا تتوفّر الدّواعي في بطن الأرض على أكثر ممّا يتمسّك به البناء من الأساسات ليس بصحيح، كيف وقد توقّرت عليه دواعي كثيرة من النّاس كحفر الأرض للحبوب والمصانع والآبار العميقة، هذه غفلة منه شديدة، والذي يقتضيه النّظر الصّحيح أنّ حكم ما تحت الأبنية كحكم الأهوثة"⁽²⁾.

ويُراعى في ملكيّة هواء الأرض وباطنها عدم التّسبب في المضرة، وقد أشار إلى هذا أبو العباس القرطبي المالكّي بقوله: "وكذلك أن يرفع في الهواء المُقابل لذلك القدر من الأرض من البناء ما شاء ما لم يضرّ بأحد، فيمنع"⁽³⁾. فللمالك مُطلق التّصرّف فيما يملك ولكن دون ضرر لا ضرار"⁽⁴⁾. وقد أشار ابن الشّاط إلى هذا بقوله: "ومن الدليل على ذلك ما هو معلوم لا شكّ فيه أنّ من ملك موضعاً له أن يبني فيه، ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضرّ بغيره، وأنّ له أن يحفر فيه ما شاء، ويُعمّق ما شاء ما لم يضرّ بغيره"⁽⁵⁾. وهذا ما أخذه به واضعو القانون العقاري، حيث نصّ الفصل 64

(1) القرافي: الفروق، ج4، ص36، 37.

(2) ابن الشاط، قاسم بن عبد الله: حاشيته المسماة بإدراج الشروق على أنواء الفروق، ج4، ص36.

(3) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، كتاب البيوع، باب إثم من عصب شيئاً من الأرض، حديث رقم 1703، دار ابن كثير، دمشق ودار الكلم الطيب، دمشق، ط1، 1996 ج4، ص535.

(4) الضّرر منهي عنه قبل وقوعه توقّياً منه لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، أما في حالة وقوعه فالواجب إزالته إعمالاً لقاعدة "الضرر يزال" والإزالة مقيدة بقاعدة "الضرر لا يزال بمثله" ومن باب أولى أنّ لا يكون بما هو أكبر من الضرر الواقع. قاسمي، رابع: مراعاة القواعد الأصولية والفقهية في فقه القضاء المدنيّ التّونسيّ، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، ط1، 2016، ص125.

(5) إدراج الشروق على أنواء الفروق، ج4، ص37.

على "ملك الأرض يجر ملك ما فوقها وما تحتمها أي ملك ظاهرها وباطنها فيجوز لمالك الأرض أن يغرّس في ظاهرها ما أراد من النباتات ويبني ما شاء من المباني إلا ما هو مستثنى في القسم الثامن من هذا القانون".

وباعتبار أنّ مذهب المالكية عرف بمراعاته لمقاصد التشريع وتحكيم ذلك في جلّ الاجتهادات الفقهيّة، فإنّه أسّس لما كان يهدف إليه المشرّع التّونسي وهو توحيد الملكيّة وعدم تجزئتها، إذا "كانت مؤسّسة هواء الأرض كثيرة التّطبيق في تونس سواء في العقارات أو في الرّباع. وكانت تظهر في مظاهر مختلفة على أساس التّفريق بين الأرض وهوائها، أي التّجزئة بين الرّقبة والمنفعة. ففي العقارات تجد الأرض على ملك شخص وما يغرّس فيها من شجر ويُقام عليها من بناء على ملك شخص آخر. وفي الرّباع تجد شخصًا يملك السفلى وآخر العلوّ فوقه، وثالثًا يملك الأعلى فوقها.."⁽¹⁾.

والمعتمد لدى المشرّع التّونسي هو مذهب المالكية، حيث نصّ الفصل 18 من م.ح.ع على أنّ: "ملكيّة الأرض تشمل ما فوقها وما تحتمها إلا ما استثناه القانون أو الاتّفاق". وهذا الاستثناء يمكن أن يتّفق مع موقف القرافي فيما يخصّ باطن الأرض.

والمعتبر في الفقه الإسلاميّ أنّ حرّيّة التّصرّف تعدّ جوهر الحقّ المتمثّل في الملك الذي يُثبت من أجل الحصول على جميع الفوائد الجائزة شرعًا. ولحرّيّة التّصرّف مظاهرها المتعدّدة منها استغلال الشّيء المملوك، وهبته، والتّبرع به، وبيعه، وتأجير، فمقتضى الملك التّصرف المطلق⁽²⁾. وهذا ما أخذ به المشرّع التّونسي ضمن مجلّة الحقوق العينيّة، حيث نصّ الفصل 19 على أنّ: "مالك الشّيء الحقّ في كلّ ثماره ومنتجاته وفيما التصق به ما لم يوجد نصّ أو اتّفاق يُخالف ذلك".

(1) سعید: تطور الملكية العقارية، ص 275، 276.

(2) جاد الحق، إيناس محمّد إبراهيم: الشّرط المانع من التّصرف، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مركز الدّراسات العربيّة، القاهرة، ط 1، 2018، ص 46.

ولكن ليس الإطلاق في التصرف معناه خلوه من كل القيود، إذ توجد في الفقه الإسلامي قيود إيجابية، وأخرى سلبية.

فالمعتبر في القيود الإيجابية أن يتم إلزام المالك بحسن استثمار ما يملكه حتى لا يحصل إهمال العقار، وتتعلّل فاعليته في إنتاج الثروة، ومن ثمّ فإنّه إذا عطلّ المالك ماله ولم يستثمره على سبيل العمد، وطال أمُد ذلك، فإنّ لوليّ الأمر حقّ التّدخل إذا كان في ذلك مصلحة عامّة⁽¹⁾. وقد استدلّ الفقهاء بوجوب الاستثمار الإيجابي للعقار ما قام به سيّدنا عمر رضي الله عنه لما قال لبلال بن الحارث المزني رضي الله عنه: "إنّك استقطعت رسول الله صلّى الله عليه وسلم أرضاً عريضة طويلة فقطعها، وإنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلم لم يكن يمنع شيئاً يسأله، فإنّك لا تطيق ما في يدك. قال: أجل. قال: فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه، وما لم تطق فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين. فقال: لا أفعل والله، شيء أقطعني رسول الله صلّى الله عليه وسلم، فقال عمر: والله لنفعلن. فأخذ منه ما عجز عن عمارته فقسمه بين المسلمين⁽²⁾.

ولتشجيع المالك على استثمار ما يملك من عقارات، ذهب فقهاء التّشريع الإسلاميّ إلى القول بوجوب دفع الخراج المقرّر على الأرض حتى وإن عطّلها صاحبها ولم يعد يستثمرها⁽³⁾.

ولا تخلو الملكية من قيود سلبية منها أنّ المالك قد يُمنع من استعمال ماله بكيفية تُلحق المضرة بالآخرين، وهذا ما أشار إليه ابن عبد البر المالكيّ بقوله: "ويمنع الدّباغون ممّا يحدثون من دباغهم، لنتن ريح ذلك إذا اشتكى

(1) العربي، محمد عبد الله: الملكية الخاصّة وحدودها في الإسلام، المجلس الأعلى للشؤون الإسلاميّة بالقاهرة، 1964، ص 27.

(2) الهندي، علي بن حسام الدين: كنز العمال، ت، محمود عمر الدمياطي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1998، ج3، ص371.

(3) جاء في المبسوط ما نصّه: "فإذا عطّل أرضه لم يسقط عنه خراجها، لأنّه هو الذي اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها". دار المعرفة بيروت، ج10، ص82.

جيرانهم ضَرَر ذلك بهم، وكذلك دخان الحَمَّامات والأفران، إذا أضرَّ بالجيران ضررًا بينًا، مُنع منه مُحدثه"⁽¹⁾.

وكذلك المالك الذي يريد فتح نافذة تُطلّ على حُرَمات بيت جاره، فإنّه يُمنع من ذلك، لما في ذلك من ضَرَرٍ. كما يجب على الجار أن يُراعي المسافات بينه وبين جاره حتّى لا يغلق عليه منافذ الضّوء أو منافع الهواء⁽²⁾. وقال خليل: "ويمنع ممّا يتعارف النَّاسُ منعه"⁽³⁾. وهذا ما أوضحه المشرّع التّونسي ضمن الفصلين 99⁽⁴⁾ و100⁽⁵⁾ من م.ا.ع.

وهكذا يتّضح أنّ الفصل 21 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي جاء فيه: "على المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقتضيه النّصوص التّشريعيّة المتعلّقة بالمصلحة العامّة أو بالمصلحة الخاصّة" ليس غريبًا عن الفقه المالكيّ. كما قامت العلاقة بينه وبين الفصلين السّابقين من مجلّة الالتزامات والعقود على ثنائيّة العموم والخُصوص.

ومن الحقوق العينيّة المسلّطة على حقّ الملكيّة نجد حقّ الانتفاع وكذلك حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى طبقًا لمنطوق الفصل 163 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي نصّ على أنّه "تسري أحكام حقّ الانتفاع على حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقّين"، وكذلك حقّ الارتفاق.

ويُقصد بحقّ الانتفاع في الفقه الإسلاميّ الحقّ الخاصّ بشخص المُنتفع ولا يُمكن نقله للغير، مثل الأماكن التي يقع تخصيصها لأشخاص

(1) الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1992، ص489، 490.

(2) مختصر خليل، ت، أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجويه للمخطوطات وخدمة التراث، مصر، ط1، 2008، ج2، ص793.

(3) ن.م، ج2، ص793.

(4) نصّ هذا الفصل على أنّ: "للأجوار حقّ القيام على أصحاب الأماكن المضرة بالصّحة أو المكدرّة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتّخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة والرّخصة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممّن له النظر لا تسقط حقّ الأجوار في القيام".

(5) نصّ هذا الفصل على أنّه: "ليس للأجوار القيام بإزالة الضّرر الناشئ عادة من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحدّ الاعتيادي".

بعينهم مثل أئمة المساجد، والمدرّسين أو ما يُعرف بالسكن الوظيفي، فحقّ الانتفاع يكون لما خصّصت له ولا يجوز للغير استغلالها. ورأى فقهاء المالكية أنّ حقّ المنفعة أشمل من حقّ الانتفاع وهذا ما أوضحه الإمام القرافي بقوله: "فتمليك الانتفاع يُريد به أن يُباشِر هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة هو أعمّ وأشمل فيباشِره بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوضٍ كالإجارة، وبغير عوضٍ كالعارية، مثال الأوّل سُكنى المدارس، والرّباط، والمجالس في الجوامع والمساجد، والأسواق، مواضع التّسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك فله أن ينتفع بنفسه فقط ولو حاول أن يؤاَجِرَ بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يُعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات، امتنع ذلك، وذلك بقيّة النّظائر المذكورة معه. وأمّا مالك المنفعة فكَمَن استأجر دارًا أو استعارها فله أن يؤاَجِرَها من غيره أو يسكنه بغير عوض ويتصرّف في هذه المنفعة تصرّف المالك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه فهو تمليك مُطلق في زمن خاصّ حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية"⁽¹⁾. وهذا نصّ للفصل 150 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّ: "للمنتفع مُباشرة حقّه في الانتفاع بنفسه أو بجميع أوجه التّصرّف الأخرى".

فحقّ الانتفاع حسب ما جاء في الفقه المالكيّ يشمل حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى ولكنهما حقّان مُقيّدان، وهو ما أوضحه المشرّع التّونسي في الفصل 162 من م.ح.ع ينصّ على أنّ "نطاق حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى يتحدّد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحقّ هو وأسرته لخاصّة أنفسهم". فقيّد في خاصّة أنفسهم يجعل الحقّ غير مُتعدّي للغير وهذا ما أوضحه الفصل 163 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّه "لا يجوز إحالة أو كراء حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى".

فبالنسبة إلى حقّ المنفعة فإنّه حقّ مقيّد بالزّمان والمكان، ويرتبط هذا القيد مثلاً باستيفاء المنفعة على حسب قول ابن رشد الحفيد⁽²⁾ أو أنّ مالك

(1) الفروق، ج1، ص399.

(2) راجع كتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص229.

المنفعة قد آل به الأمر إلى الوفاة فإنّ المنفعة تنتقل مباشرة إلى الورثة بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة، فانقضاء المنفعة بموت صاحبها لا يحصل إلّا عند انتهاء الأجل المحدّدة لذلك، ولهذا "قال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور: لا يفسخ ويورث عقد الكراء"⁽¹⁾. وقد خالف أبو حنيفة، والثوري، والليث هذا القول⁽²⁾.

أو بحصول هلاك للعين ذات المنفعة يقول ابن رشد: "وقد قيل إنّها - أي منفعة الإجارة - تتعيّن بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل"⁽³⁾. وأمّا حقّ المنفعة للذات المعنويّة فإنّه قد قام على أساس مُراعاة المصلحة التي قال بها المالكيّة، إذ "لا دليل له إلّا النّظر إلى المصلحة وسدّ الذريعة"⁽⁴⁾. وعلى هذا الأساس نصّ الفصل 159 من م.ح.ع على أنّ: "مدّة المنفعة المقرّرة لذات معنويّة لا يمكن أن تتجاوز ثلاثين سنة".

وجملة هذه الخصائص التي ضبطها فقهاء المذهبين الحنفيّ والمالكيّ أخذ بها المشرّع التّونسيّ ضمن منطوق الفصل 157 الذي نصّ على أنّه: ينقضي الانتفاع بأحد الأسباب الآتية:

أولاً: موت المنتفع.

ثانياً: انتهاء مدّة الانتفاع.

ثالثاً: اجتماع الانتفاع والملكيّة في شخص واحد.

رابعاً: عدم ممارسة حقّ الانتفاع مدّة خمس سنوات.

خامساً: هلاك العين.

(1) ن.م، ج 2، ص 230.

(2) ن.م، ج 2، ص 230.

(3) ن.م، ج 2، ص 230.

(4) ن.م ج 2، ص 232.

الفقرة الثانية: المشروع التمهيدى لمجلة الالتزامات والعقود :

عوّلت اللّجنتان على ما جاء في مجلّة الالتزامات والعقود، حيث تمّ نقل بعض الفصول إلى مجلّة الحقوق العينية على مقتضى الفصل 2 من القانون عدد 5 لسنة 1965⁽¹⁾، ومن هذه المسائل نذكر الشّيع أو ما يُعرف بشركة الملك (أ)، وكذلك الفصول المتعلقة بالرهن (ب).

أ- شركة الملك:

أشار المشرّع ضمن حواشي الفصول الواردة في المشروع التمهيدى للمجلة إلى أهمّ المصادر المالكيّة التي استقى منها مادّته، فذكر في حاشية الفصل 1409 والذي يقابله الفصل 1229 من م.ا.ع لسنة 1906 ونظيره هو الفصل 58 من م.ح.ع أنّ من بين مصادره الفقهيّة مختصر خليل. وذكر في حاشية الفصل 1410 ونظيره هو الفصل 1230 من م.ا.ع لسنة 1906 والذي يقابله الفصل 62 من م.ح.ع كلّ من التّسولي صاحب البهجة في شرح التّحفة، وابن الرّامي البناء والمعروف بأبي عبد الله محمّد بن إبراهيم اللّخمي صاحب كتاب الإعلان بأحكام البنيان الذي أوضح فيه حقّ كلّ من الشّركاء في الانتفاع بالشّيء المشترك دون أن يلحقوا به مضرة وذلك في مقام كلامه المتعلّق بجواز انتفاع كلّ من الشّريكين بالسّاحة المشتركة بينهما⁽²⁾.

أمّا الفصل 1413 من المشروع التمهيدى ويُقابله الفصل 1233 من م.ا.ع لسنة 1906 والذي نظيره الفصل 67 من م.ح.ع فإنّ "صانتيلانا" اكتفى بالإشارة إلى المصادر الفقهيّة الحنفيّة ولم يذكر مصادر المالكيّة وإن كان للمالكيّة قول في هذا، حيث جاء في مُختصر خليل ما نصّه: "قرّر ابن رشد، وعياض، وابن شاس أنّ قسمة المهايأة ضربان مهايأة في الأعيان، ومهايأة في الأزمان: الضّرب الأوّل أن يأخذ أحد الشّريكين دارًا يسكنها، ويأخذ الآخر دارًا يسكنها، وهذا أرضًا يزرعها، وهذا أرضًا يزرعها. الضّرب الثاني: أن تكون

(1) الرائد الرّسمي عدد 10 المؤرّخ في 19 - 23 فيفري لسنة 1965، ص 200.

(2) الإعلان بأحكام البنيان، ت، فريد بن سليمان، مركز النشر الجامعين تونس، 1999، ص 180.

المُهَيَّأَة في عين واحدة بالأزمنة كدار يسكنها هذا شهرًا، وهذا شهرًا، أو أرضًا يزرعها هذا سنة وهذا سنة"⁽¹⁾.

أمَّا فيما يخصّ الفصل 1415 من المشروع التمهيدّي والذي نظيره الفصل 1235 من م.ا.ع لسنة 1906 ويقابله في جزء منه الفصل 64 من م.ح.ع فقد أشار "صانتيلانا" إلى كتاب الإعلام بأحكام البُنيان لابن الرّامي، ومُختصر خليل، وطالع الأمانى والمعروف بالحاوية على شرح الزّرقاني لمختصر خليل، والبهجة للتّسولي. كما ذكر في حاشية الفصل 1416 ونظيره الفصل 1236 من م.ا.ع لسنة 1906 والذي يقابله الفصل 65 من م.ح.ع "للتّسولي" صاحب البهجة. وكذلك نفس السّيء مع الفصل 1418 من المشروع التمهيدّي ويُقابله الفصل 1238 من مجلّة 1906 ونظيره هو الفصل 68 من م.ح.ع حيث أشار إلى حاشية الزّرقاني، والبهجة "للتسولي".

المصدر المالكي	نقل هذه الفصول إلى م.ح.ع	ما يقابلها من م.ا.ع لسنة 1906	الفصول من المشروع التمهيدّي
شرح الزرقاني على المختصر	الفصل 69	الفصل 1239	الفصل 1419
تحفة ابن عاصم، مختصر خليل، شرح الزرقاني.	الفصل 59	الفصل 1240	الفصل 1420

ب- الرهن :

الفصل 201⁽²⁾ من م.ح.ع هو سليل الفصل 1767⁽³⁾ من المشروع التمهيدّي، والذي يُقابله الفصل 1532⁽⁴⁾ من م.ا.ع لسنة 1906. والمُلاحظ في

(1) مختصر خليل، ج 2، ص 895.

(2) نصّ هذا الفصل على أنّ: "الرهن عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئاً منقولاً أو عقاراً أو حقاً مجرداً لضمان الوفاء بالتزام ويحول للدائن الحقّ في استيفاء دينه من ذلك السّيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه".

(3) نصّ هذا الفصل على أنّ: "الرهن عقد يعين بموجبه المدين أو من عمل في مصلحته منقولاً أو غير منقول أو حقاً لكفالة التّزام ويعطي الدائن حقّ الاستيفاء من عينه قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه".

(4) نصّ هذا الفصل على أنّ: "الرهن عقد يعين بموجبه المدين أو من يقوم مقامه منقولاً أو غير منقول حقاً للتوثق على المدين ويعطي الدائن حقّ الاستيفاء من عينه قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه".

كلا الفصلين أنّ المشرّع جعل الرهن توثقة دين دون أن يقول بضرورة حبس العين المرهونة. والدليل من المشروع التمهيديّ ما جاء ضمن الفصل 1776 الذي نصّ على أنّ "الرهن توثقة في دين" إذ يكفي توثيق الدين بها فتكون ضامنة له في حال النكران أو العجز عن سداده، وهذا مشهور قول المالكيّة، حيث قال القرطبي في مقام حديثه عن الأحكام التي تضمّنتها آية الرهن: "القبض عندنا شرط في كمال فائدته"⁽¹⁾. كما نسب الفقيه الحنفي الكاساني هذا القول إلى الإمام مالك رحمه الله إذ رأى صاحب المذهب أنّ القبض ليس بركن ولا بشرط في عقد الرهن⁽²⁾.

وبالنسبة إلى الأشياء التي يجوز رهنها فقد نصّ الفصل 205 من م.ح.ع على أنّ "ما جاز بيعه جاز رهنه" وهذا الفصل أصله الفصل 1773 من المشروع التمهيديّ لمجلة الالتزامات والعقود، وقد أشار "صانتيلانا" في حاشية هذا الفصل إلى شرح الزرقاني على مختصر خليل، وحاشية البناني عليه، والبهجة في شرح التحفة لتسولي، وتُحفة ابن عاصم. والبُرهان على أنّ المالكيّة أصّلوا هذه المسألة ما قاله ابن عبد البر: "وكلّ ما جاز بيعه جاز رهنه من جميع الأشياء كلّها العقار، والحيوان، والثياب، والعروض كلّها، والدنانير، والدراهم، إلّا أنّ الدنانير والدراهم خاصّة يحتاج قابضها إلى الختم عليها"⁽³⁾. وقال الحطّاب الرعيّني: "فكلّ ما جاز بيعه جاز رهنه"⁽⁴⁾. وقد نصّ الفصل 1537 من مجلة الالتزامات والعقود لسنة 1906 على أنّ: "ما جاز بيعه جاز رهنه لكن يجوز رهن غير الموجود حين العقد سواء كان حصوله ممكناً أو مشكوكاً فيه أو لم يكن في حوز الرّاهن ولا يترتب على ذلك للدائن إلّا الحقّ في طلب تسليم المرهون عند الإمكان". وهذه التكملة الواردة في هذا الفصل إنّما كانت مُستقلة بذاتها ضمن مشروع 1899 حيث نصّ

(1) الجامع لأحكام القرآن، ت، عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2006، ج4، ص470.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ت، علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 2003 ج8، ص145.

(3) الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط2، 1992، ص410.

(4) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، [ن.ت] ج6، ص537.

الفصل 1774 على أنه: "يجوز رهن شيء غير موجود حين العقد سواء كان وجوده مُستقبل أو غير ثابت أو لم يكن في حوز الرّاهن ولا يترتّب على ذلك للدائن إلّا الحقّ في طلب تسليم المرهون عند الإمكان". وأشار "صانتيلانا" إلى المصادر المالكيّة التي أخذ منها هذا الفصل فذكر كلّ من شرح مختصر خليل للزرّقاني، وتحفة ابن عاصم. وفي هذا يقول ابن عبد البر: "وقد يجوز عند مالك في الرّهون من الغرر والمجهول ما لا يجوز في البيوع مثل رهن العبد الأبى والجمل الشارد، والجنين في بطن أمّه، والثمار التي لم يبد صلاحها"⁽¹⁾.

أمّا فيما يخصّ عدم تجزئة الرّهن⁽²⁾ فقد نصّ الفصل 231 من القانون العقاريّ على أنّ "الرّهن لا يقبل التّجزئة فيقع على جميع العقارات المحبوسة وعلى كلّ منها بمفرده وعلى كلّ جزء من أجزاء أفرادها". ونظيره هو الفصل 1534 من م.ا.ع لسنة 1906. وقد نصّ الفصل 1803 من المشروع التّمهيدي على أنّ "الرّهن لا يقبل التّجزئة فجملة المرهون وكلّ جزء منه تضمن كلّ جزء من الدّين كما يضمن توابعه". وهو نصّ للفصل 208 من م.ح.ع مع بعض التّغيير الطّفيف، حيث نصّ على أنّ: "الرّهن غير قابل للتّجزئة ويبقى بكامله على كلّ جزء من الشّيء الذي هو موضوعه ويضمن جملة الدّين". وقد أشار صانتيلانا في حاشية هذا الفصل إلى كلّ من التّسولي والتّاودي. وأسّس فقهاء المالكيّة هذا الموقف على أساس أنّ الرّهن في أصله وثيقة بجميع الدّين⁽³⁾، فلا يعقل إخراج جزء من الدّين مع بقاء الجزء الآخر تحت ذمّة المرتهن، "لأنّ الرّهن مال محبوس بحقّ فوجب أنّ يكون محبوساً بكلّ حقّ منه"⁽⁴⁾.

(1) الكافي، ص 410.

(2) قاسي، رابح: قاعدة جميع الرّهن رهن في كلّ جزء من أجزاء الرّهن، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ والقانون التّونسي، مقال ضمن خمسينيّة مجلة الحقوق العينيّة، ص 575.

(3) قال ابن رشد: "الرهن وثيقة في يد المرتهن بحقه"، القرطبي، أبو الوليد بن رشد: البيان والتحصيل، ت، محمد العرايشي، دار الغرب الإسلامي، ط 2، 1988، ج 11، ص 16. راجع أيضًا: المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب المالكي، ت، محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ك 1، 1998، ج 2، ص 144.

(4) المعونة، ج 2، ص 153.

الجزء الثاني: الآراء الفقهية التفصيلية ضمن مجلة الحقوق العينية.

كثيرة هي الفصول التي استقاها المشرع التونسي من الاجتهادات الفقهية المالكية سواء أكانت من بين مسائل التفرعات الفقهية (الفقرة الأولى) أو من خلال توظيف القواعد الفقهية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التقنين بالاعتماد على التفرعات الفقهية المالكية:

لعلّ من أهمّ المسائل التي أخذ فيها المشرع التونسي بالفروع الفقهية المالكية نذكر كلّ من الاستيلاء (أ) والحوز (ب).

أ- الاستيلاء:

يُقصد بالاستيلاء لغة حيازة الشيء، ووضع اليد عليه، والتّمكن منه⁽¹⁾. ويتّصف الاستيلاء بكونه منشأً للملكية ابتداءً على عكس بقية الأسباب الأخرى، ويعد من الأسباب الفعلية لا القولية⁽²⁾.

وللاستيلاء في الفقه الإسلامي بعد شمولي، حيث يكون بإحياء الموات، وأخذ المعادن والكنوز، أو ما يسمّى فقهاً بالرّكاز، وهذا على خلاف المشرع التونسي الذي حصر الاستيلاء في المنقولات فقط.

1- إحياء الموات:

يقصد بالإحياء في الفقه المالكي "تعمير دمار الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها"⁽³⁾. ومعنى ذلك أن يقوم المعمر بعمليات الإحياء، وبعث الحياة في الأرض الجدبة الموات، وإعدادها لقيامها بمهمّتها التي من أجلها أوجدها الله تعالى. لتخرج بذلك من العطل والرّكود إلى الاستثمار والتّوظيف. يقول مالك: "إحيائها شقّ العيون، وحفر الآبار، وغرس الشّجر، وبناء البنيان، والحرث"⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب، ج 51، ص 4924

(2) العمري: الفقه الإسلامي ومجلة الحقوق العينية التونسية، ص 123.

(3) الرّصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج، ص 535.

(4) مالك، المدونة، ج 7، ص 2406.

والمُعتبر في التَّشريع الإسلاميَّ أنّ الشَّارع الحكيم ذكر الإحياء⁽¹⁾ ولكن تركَّ كيفيته إلى ما تعارف عليه النَّاس حسب المكان، والزَّمان⁽²⁾.

واشترط المالكية في إحياء الأرض الموات أن تكون خارج العمران، ومرد هذا الشرط أن الأرض القريبة من العمران يحصل الانتفاع بها في غير الزراعة، لأنَّها في الغالب تكون موظَّفة لمصالح الأفراد كالطَّرقات، ومسائل المياه، ومطرح القمامة. يقول الخطَّاب المالكي: "موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست"⁽³⁾. فيكون الموات ما انفكَّ عن الاختصاص المتمثَّل في حريم عمارة أو بلدة كالمراعي. وقد أشار سيِّدنا عمر بن الخطَّاب رضي الله عنه إلى أنَّ تحجير الأرض لا يُقصد به الإحياء إلا إذا حصل استثمارها. والدليل قوله: "مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِمُحْتَجِرٍ حَقٌّ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ"⁽⁴⁾. ومعنى ذلك أنَّ من احتجر أرض موات ولم يستثمرها لمدة ثلاث سنوات فإنَّ من واجب الحاكم أن يفتكَّها منه ويُعطيها لمن هو حريص على إنمائها⁽⁵⁾.

ويحصل التَّمكُّ بإحياء الموات لكونها لا مالك لها، وهذا ما يفهم مُخالفة من قول الباجي الذي جاء فيه: "من اشترى أرضًا لم يرتفع ملكه باندراسها اتِّفاقًا"⁽⁶⁾. ومن ثمَّ يُمنع أي أحد من السَّيطرة على هذا النَّوع من الملك تحت طائل الإحياء. وأمَّا إذا كان على خلاف ذلك فإنَّ إحياء الأرض الموات يكون مفضيًّا إلى حصول الملكية.

والمُلاحظ أنَّ المشرَّع التُّونسي قد عدل عن كلمة الإحياء بل إنَّه استبعدها كسبب من أسباب الملكية لما أخضع الأراضي التي لا مالك لها لملك

(1) قال النبي صلى الله عليه وسلم: من أحيا أرضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وليس لعرق ظالم حقٌّ". أخرجه: السنن، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات، حديث رقم 1378، ج 3، ص 653. الترمذي

(2) أبو زهرة، محمَّد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، [د.ت] ص 124.

(3) الخطَّاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 7، ص 601.

(4) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم: الخراج، دار المعرفة، بيروت، ط 1979، ص 65.

(5) الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985 ج 5، ص 545.

(6) ن.م، ج 7، ص 602.

الدولة حتى تخرج من دائرة التملك بإحياء الموات بدليل الفصل 23 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّ: "العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة" ومعنى ذلك أنه "إذا ثبتت نيّة شخص في التخلّي عن ملكيّة أرضه، وجاء شخص آخر وسيطر عليها بصفة مالك، لم يكتسب هذا الأخير الملكية بالاستيلاء"⁽¹⁾. ويمكن أن نقول إنّ ما أخذ به المشرّع التونسي يتناسب من ناحية جعل الأرض الموات ملكاً للدولة مع رأي الحنفية الذين قالوا إنّ إحياء الأرض الموات لا يكون إلاّ بإذن الإمام⁽²⁾ تفادياً لكلّ ما قد يحصل من خصومات، وهذا ما أوضحه أبو يوسف بقوله: "إنّما جعل أبو حنيفة إذن الإمام ها هنا فصلاً بين الناس"⁽³⁾. وهو رأيٌ مُعتمد لدى المالكية بالنسبة إلى الأراضي الموات القريبة من العمران، حيث أباحوا الإحياء بشرط إذن الإمام، يقول الدردير: "وافتقر الإحياء لإذن الإمام إن قرب من العمران"⁽⁴⁾. ويفهم من هذا أنّ للدولة حقّ التصرّف فيها من ذلك تملكها أو إيجارها⁽⁵⁾ لمن يقوم باستثمارها طبقاً لما تُملّيه المصلحة العامّة. بل أوضح جمهور الفقهاء باستثناء المالكية إمكانية إحياء الموات عبر ما يُعرف بالاقتطاع من قبل الإمام لغاية منحها لمن يستثمرها، وفي هذا يقول الكاساني: "لو أقطع الإمام الموات إنساناً، فتركه ولم يعمّره، لا يتعرّض له ثلاث سنين"⁽⁶⁾. كما بيّن الحنابلة أنّ ما أقطعه الإمام وأحياه بإذنه ملكه⁽⁷⁾. وأشار الإمام القرافي

(1) الزوّقي، عبد المجيد: الأموال (الحقوق العينية الأصليّة)، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، ط1، 2014، ص382، 383.

(2) الغنيمي، عبد الغني: اللّباب في شرح الكتاب، المكتبة العلميّة، بيروت، [د.ت] ج2، ص219.

(3) كتاب الخراج، در المعرفة، بيروت، ط1979، ص64.

(4) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، [د.ت]، ج4، ص93.

(5) راجع الأمر عدد 1172 لسنة 1998 المؤرّخ في 18 جوان 1988 المتعلّق بضبط إحياء الأراضي الدوليّة الفلاحيّة من طرف شركات الإحياء والتّمنية الفلاحيّة. الرائد الرّسمي للجمهورية التونسيّة، عدد45 المؤرّخ في 1 جويلية 1988، ص975.

(6) الكاساني: بدائع الصنائع، ج8، ص305.

(7) النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف: روضة الطّالبيين، ت، عادل أحمد الموجود، وعلي محمّد معوض، دار عالم الكتب، الرّياض، ط2003 ج4، ص344.

المالكيّ إلى أنّ الإحياء يتقيّد بالعرف، حيث قال: "ما تقتضي العادة أنّه إحياء لمثل تلك الأرض، لأنّه عليه الصلّاة السّلام أطلق الإحياء فيتقيّد بالعادة"⁽¹⁾.

كما دلّ أمر 18 جوان 1918⁽²⁾ في فصله الأوّل ضمن الفقرة 7 على أنّ من بين الأشياء التي تعود إلى ملك الدّولة: "الأحراش والنباتات والأراضي المُباحة للعموم والجبل غير المحروث، وعلى العموم كلّ العقارات المعبر عنها بالموات في كتب الشريعة الإسلاميّة،" ومن ثمّ يتّضح أنّ مصطلح الأرض الموات يبقى مُصطلحاً صحيحاً حتّى في الزّمان الرّاهن حتّى وإن أصبح ملكاً للدّولة التي تنوب المجموعة في هذه العقارات ولها حرّية التّصرّف فيها على مقتضى المصلحة العامّة، ولهذا فإنّ ما ذهب إليه عبد الستار العمري لا يصحّ وذلك لما قال: "ومما ينبغي التّنبيه عليه أنّه لا يوجد في بلادنا الآن أرضي موات بالمعنى الذي عناه الفقهاء المسلمون فالأرض قد امتلأت بالبشر ولم يبق فيها موات حتّى الصّحارى والقفار"⁽³⁾.

وهذا على خلاف الفقه المالكيّ الذي قال بجواز ملكيّة الأرض التي لم يُحيها صاحبها الأوّل، يقول الحطّاب: "من أحيأ أرضاً ميتة ثمّ تركها حتّى دثرت وطال زمانها، وهلكت أشجارها، وتهدّمت أبارها وعادت كأوّل مرّة ثمّ أحيأها غيره فهي لمُحيها آخراً"⁽⁴⁾. فالشرط هنا هو إزالة ما بها من فساد ومن ثمّ تُصبح ملكاً له، ولكن خالف الإمام سُحنون هذا القول لما ذهب إلى عدم سقوط الملك بعد الإحياء بعوده مواتاً، إلّا أنّ جهل المحيي بالكليّة كخراب عاد وثمود⁽⁵⁾.

واحتجّ المالكيّة بالقياس في قولهم بأنّ الأرض الموات التي تمت ملكيّةها بواسطة الإحياء، إذا زال عنها السّبب الذي به ملكت فإنّها تعود إلى أصلها

(1) الذخيرة، ت، سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994 ج6، ص148.

(2) منشور على موقع بوابة وزارة أملاك الدّولة والشؤون العقارية، ضمن خانة "قوانين وأوامر" www.domainetat.tn

(3) الفقه الإسلاميّ ومجلّة الحقوق العينيّة، ص134.

(4) مواهب الجليل، ج7، ص602.

(5) الذخيرة، ج6، ص149.

الأول، وببطل اختصاص المحيي بها، حيث قاسوا ذلك على الصيّد إذا أفلت من صاحبه، ومن بعد ذلك صاده آخر، فإنّ ملكيته تُصبح له⁽¹⁾. فالشّارع قد جعل الإحياء لغاية التّمكّ، فإن ذهبت العلة ذهب الحكم، وذلك باعتبار أنّ الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

وباعتبار أنّ العقارات التي لا مالك لها تُعتبر ملك الدّولة، لذا استثنى المشرّع التّونسي المنقولات طبقًا للفصل 23 م.ح.ع. وقد رأى فقهاء القانون أنّ الاستيلاء بوصفه سبباً من أسباب كسب الملكية لا يمكن أن يتحقّق بمعناه الكامل والصّحيح إلاّ بالنّسبة إلى المنقولات. وذلك لأنّ الاستيلاء لا يرد في الأصل إلاّ على الأشياء التي لا مالك لها، والمنقولات هي وحدها التي يمكن أن تكون دون مالك، أمّا العقارات فلا يُتصوّر أن تكون من دون مالك لكونها ملك الدّولة⁽²⁾.

فالاستيلاء الذي ذكره المشرّع التّونسي من بين أسباب الملكية لا يتعلّق بإحياء الموات بل بالمنقولات التي يفترض عقلاً أنّ لا تكون ملكاً للدّولة لكونها لا تستطيع السّيطرة عليها، أو الاستحواذ عليها، ولذلك نصّ الفصل 24 على أنّ "من وضع يده بنية التّمكّ على منقول لا مالك له صار مالكا له". وجاءت كلمة "المنقول" نكرة لتفيد العموم فتكون شاملة "للطيّر المخلّق في الهواء أو الأسماك السّابحة في البحار أو الحيوانات غير الدّاجنة التي تظلّ منقولة"⁽³⁾.

وقد ذهب فقهاء المالكيّة إلى أنّ تملك المنقول يحصل بالصيّد، فإذا تمّ وضع اليد على ما وقع صيده فإنّه يصير ملكاً لمن اصطاده ويعرف هذا بالاستيلاء الحقيقيّ، وهو يُفيد الملك التّام على سبيل الاستقرار دون حاجة إلى نية أو قصد، وإذا هرب الصيّد من المصيدة فإنّ ملكيته تبقى لمن صاده،

(1) - ن. م: ج 6، ص 149، 150.

(2) الزّروقي: الأموال، ص 382.

(3) العمري: الفقه الإسلامي ومجّلة الحقوق العينية، ص 153.

وعلى من يصيده ثانية ردّه إلى الأوّل لأنّه "باستيلائه عليه استيلاء حقيقاً تثبت له ملكيته ثبوتاً مُستقراً فلا يزول عنه هذا الملك بفراره منه كما لا تزول ملكية البعير مثلاً، عن صاحبه إذا شرد منه"⁽¹⁾ وهذا رأي الحنفية⁽²⁾ والشافعية³. وأمّا المالكية فلم يفرقوا بين ملكية المنقول الحاصل عن طريق الصبي قولان: الأوّل أنّه إذا استأنس الحيوان، ثمّ فرّ بعد ذلك ففي هذه الحالة تبقى الملكية لمن ملكه أولاً ولذا فإنّ على من يمسكه ردّه إلى صاحبه إلاّ إذا بقي فاراً حتّى عادت إليه وحشيته فإنّ ملكيته تُصبح لمن يملكه بعد ذلك. ومن فقهاء المالكية من ضبط المدّة الزمنية التي من خلالها يمكن إرجاع ما فلت من صيد لصاحبه الأوّل إذا "كان عن قرب كاليومين أو الثلاثة فهو للمالك الأوّل، وكان بعد طول زمان ولحوق بالوحش فهو لمن صاده... لأنّ الثاني صاده ممتنعاً مختلطاً بالوحش على صفة ما هي عليه من الإباحة، فكان له أصله الأوّل، ولأنّ ما أصله الإباحة إذا مُلك ثمّ عاد إلى ما كان عليه، كان للذي ملكه ثانياً"⁽⁴⁾.

القول الثاني: أنّه إذا فرّ قبل أنّ يستأنس فإنّ ملكيته تزول عن الأوّل إذا أمسكه غيره لكونه يُصبح مالاً مُباحاً⁽⁵⁾.

2- المعادن:

بالنسبة إلى الكنز فقد حصل التفرّيق في الفقه الإسلاميّ بين ما كان إسلامياً وبين ما إذا كان جاهلياً، فبالنسبة إلى الأوّل فإنّه لا يملك بالاستيلاء حيث يجب التعريف به قصد ردّه إلى مالكة أو ورثته قياساً على اللقطة. وإذا تعذّر التعرف على صاحبه فإنّه يجوز تملكه والانتفاع به، ولكن إذا ظهر

(1) زيدان، عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، ط2001، ص 252.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 8، ص 303، 304.

(3) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991، ج 3، ص 256.

(4) البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 1، ص 454.

(5) عليش، محمّد: شرح منح الجليل على مختصر خليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، [د.ت] ج 1، ص 585، 586.

مالكه الأصلي وأثبت ملكيته فالواجب يقتضي رده إليه إن لم يهلك، وإذا هلك تُعطى له قيمته مالاً⁽¹⁾.

والمُلاحظ أنّ المشرّع التّونسيّ لم يأخذ بالتّفرقة التي قال بها المذهب المالكيّ وغيره من المذاهب الفقهيّة ضمن الفصل 25 من م.ح.ع بل ذهب إلى أنّ الكنز الذي لم تثبت ملكيته تجرى عليه أحكام القسمة حيث قال بوجوب إخراج الخمس منه لفائدة الدّولة، وبذلك يكون قد وافق المذهب الفقهيّ للشّيعة الإماميّة الذي أجاز إخراج الخمس من الكنز الإسلاميّ إذ لو "وجد كنز عليه أثر الإسلام بأن تكون الدّارهم أو الدنانير مضروبة في دار الإسلام وليس عليها أثر ملك يُؤخذ منه الخمس"⁽²⁾. كما وافق قول باقي فقهاء المذاهب السّنّيّة ومن بينها المذهب المالكيّ فيما يتعلّق بإخراج الخمس لفائدة بيت مال المسلمين أو ما يُعرف اليوم بالخبزينة العامّة إذا كان الكنز من كنوز الجاهليّة، والدليل قوله صلّى الله عليه وسلّم: "وفي الرّكاز الخمس"⁽³⁾.

وقد راعى مالك مبدأ العدل والإنصاف الذي يبقى من تقدير القاضي، حيث رأي أنّ إخراج الخمس يكون إذا لم ينفق صاحبه عليه مالاً في إخراجهِ ولم يتكبّد متاعب قصد الحصول عليه، فإن حصل ذلك فإنّ على القاضي أن يحكم بإخراج رُبْع العُشر فقط⁽⁴⁾.

أ- الحوز:

أولى كلّ من فقهاء المذهب المالكيّ والمشرّع التّونسيّ أهميّة تُجاه الحائز، وأسندوا للحوز آثاراً شرعيّة وقانونيّة باعتبار أنّه يكون بيد المالك

(1) القفصي، أبو عبد الله محمّد بن راشد: المذهب في ضبط مسائل المذهب، محمّد بن الهادي أبو الأُفان، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 2008 ج 1 ص 420، 421.

(2) الطوسي، أبو جعفر محمّد بن الحسن: الخلاف، ت، علي الخرساني، وجواد الشهرستاني، ومهدي نجف، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم، ط 1409، ج 2، ص 122.

(3) الترمذي: السنن، كتاب الزكاة، باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الرّكاز الخمس، حديث رقم 642 ج 3، ص 25.

(4) ابن عبد البر: الكافي، ص 95، 96. ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 1، ص 259.

الحقيقي غالباً⁽¹⁾. ولهذا اتفقوا على أنّ الحوز أو الحيازة "هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، والتّصرّف يكون بواحد من أمور سكنى، أو إسكان، أو زرع، أو غرس، أو استغلال، أو هبة، أو صدقة، أو بيع، أو هدم، أو بناء، أو قطع شجر، أو عتق، أو كتابة، أو وطاء في رقيق"⁽²⁾.

وعرّف العدوي الحيازة بقوله: "هي وضع اليد والتّصرّف في الشيء المحوز كتصرّف المالك في ملكه بالبناء، والغرس، والهدم وغيره من وجوه التّصرف"⁽³⁾.

وعرّف المشرّع التّونسيّ الحوز ضمن الفصل 38 من م.ح.ع بقوله: هو "سيطرة فعلية أو بواسطة على حقّ شيء". وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف فقهاء المالكية.

ومن شروط الحوز في الفقه المالكيّ وضع اليد بسبب صحيح، ويقصد به السيطرة الفعلية على العقار، وبفقدان هذا الشرط تنعدم الحيازة⁽⁴⁾.

وكذلك أن يتصرّف الحائز تصرّف المالك في ملكه دون أيّ شكل من أشكال المنازعة أو الشّغب من قبل الغير. ويحصل التّصرّف "بأيّ نوع من أنواع التّصرّفات بهدم أو بناء أو اعتلال إلاّ أنّ الهدم مُقيّد بما إذا كان لغير ضرورة أيّ بأيّ نوع من أنواع التّصرّفات غير البيع والهبة والوطء والكتابة ونحو ذلك فإنّ هذه لا يحتاج معها إلى طول زمان إذا علم المدّعي ذلك ولم ينكره"⁽⁵⁾، وقال التسولي: "...يتصرّف فيه تصرّف المالك في ملكه وينسبه لنفسه، والنّاس إليه من غير علم مُنازع ولا مُعارض مدّة من عشرة أشهر أو عشر سنين، ولا يعلمون أنّها خرجت عن ملكه"⁽⁶⁾.

(1) ياسين، محمد نعيم: نظرية الدّعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب، الرياض، ط2003، ص244.

(2) الدسوقي، محمّد عرفة: حاشيته على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، [د.ت] ج4، ص233.

(3) كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ت. أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني، مصر، ط2، 1989، ص175.

(4) التسولي: البهجة، ج2، ص415.

(5) حاشية الغرشي على مختصر خليل، ج7، ص242.

(6) البهجة، ج2، ص415.

وكذلك سُكوت المحوز عليه طوال المدّة مع غياب أي مانع يمنعه من المطالبة، وأمّا إذا نازعه في فترة المدّة التي لم يحصل بها التّقدّم أو قد وجد عيب من العيوب المؤثّرة في الحوز كالخفاء والالتباس، فإنّ هذا الشّرط يُعدم⁽¹⁾.

ومن شروط الحوز أيضًا طول المدّة. والمعتمد في الفقه أنّ الحقّ لا يسقط بالتّقدّم⁽²⁾، ولكن معنى الحقّ هنا هو ما ثبت لصاحبه ثبوتًا بيّنًا، وأمّا من حاز أرضًا وتصرّف فيها تصرّف المالك مع علم النّاس به، فإنّ رفع دعوى ضده لغاية استرجاع ما حاز وتصرّف فيه مدّة طويلة تحوّل دون سماع هذه الدّعوى. وقد أوضح ابن عاصم المالكي اختلاف مدّة التّقدّم المكتسب حسب طبيعة الشّيء المحاز⁽³⁾، فهي تتراوح من سنة إلى ستّين سنة حسب طبيعة الشّيء المحاز⁽⁴⁾. ويبقى ضبط المدّة حسب المذهب المالكي خاضعًا لما تستوجبه المصلحة على حسب ما يراه القاضي، فقد جاء في المدوّنة ما نصّه: "قلت هل كان مالك يؤقّت في الحيازة عشر سنين؟ قال ما سمعت مالكا يُحدّد عشر سنين ولا غير ذلك لكن على قدر ما يرى أنّ هذا قد حازها دون الآخر فيما يكري ويهدم ويبني ويسكن"⁽⁵⁾.

وجملة هذه الشّروط أخذ بها المشرّع التّونسي ضمن الفصل 45 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّ "من حاز عقارًا أو حقًا عينيًا على عقار مدّة خمسة عشر عامًا بصفة مالك حوزًا بدون شغب مشاهدًا مستمرًا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكيّة العقار أو الحقّ العينيّ بوجه التّقدّم".

وقد يكون الحوز بين الأجنبي أو بين الأقارب من آباء وأبناء أو سائر الأقارب كالأعمام والأخوال ومن في حكمهم والأصهار⁽⁶⁾. ويختلف حكم

(1) التسولي: البهجة، ج 2، ص 416.

(2) الخفيف، علي: الحقّ والذمّة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، 2010، ص 67، 68. بحر العلوم: دليل القضاء الشرعي، ج 1، ص 342، 343.

(3) التسولي: البهجة، ج 2، ص 416.

(4) بوزغيبية: مكانة الفقه الإسلامي في مجلّة الحقوق العينية، ص 105.

(5) المدونة، ج 4، ص 49.

(6) العمري: الفقه الإسلامي ومجلّة الحقوق العينية، ص 187.

الحياسة بين الأقارب باختلاف نمط العلاقات فيما بينهم، فالعلاقة القائمة على العداة والخصام تكون فيها مدّة الحوز على خلاف ما إذا كانت العلاقة أساسها السّكينة والمُسامحة.

والملاحظ أنّ المدّة التي ضبطها المشرّع ضمن الفصل 47 الذي نصّ على أن: "ترفع مدّة التّقدّم إلى ثلاثين عامًا فيما بين الورثة والشّركاء" لها أصل ثابت في مذهب المالكيّة، إذ ذكر التسولي أنّه قد جاء في الدرّ النثير "من أن عشرين سنة إلى ثلاثين غاية المدّة في حيازة الأقارب لكثرة التّشاح في أهل هذا الزّمان"⁽¹⁾، ولكنه انتقد هذا الرّأي بقوله: "لا يعول عليه بل العشر سنين كافية"⁽²⁾.

والمتوصل إليه أنّ المدّة التي ضبطها المشرّع التّونسيّ في حيازة العقار في كلّ من الفصول 45⁽³⁾ و46⁽⁴⁾ و47⁽⁵⁾ من م.ح.ع كلّها مُستمدّة من الفقه المالكي.

الفقرة الثّانية: التّأصيل بالقواعد الفقهية:

ويمكن التّأصيل للعقارات الحكمية والتّبعيّة في الفقه المالكيّ بقاعدة "من ملك الأصل ملك توابعه" وكذلك قاعدة "التّابع تابع"⁽⁶⁾، والتي تمّ تقنينها ضمن المشروع التّمهيديّ لمجلة الالتزامات والعقود، إذ نصّ الفصل 655 على أنّ "التّابع يلحق بالأصل في كلّ ما جاز قانونًا"، وهذا الفصل يتطابق مع قول الإمام الشّاطبي: "فالحاصل أنّ التّبعيّة للأصل ثابتة على الإطلاق"⁽⁷⁾.

(1) التسولي: البهجة، ج 2، ص 427.

(2) ن.م، ج 2، ص 427.

(3) نصّ هذا الفصل على أنّ "من حاز عقارًا أو حقًا عينيًا على عقار مدّة خمسة عشر عامًا بصفة مالك حوزًا بدون شغب مشاهدًا مستمرًا وبدون انقطاع ولا التّباس كانت له ملكيّة العقار أو الحقّ العينيّ بوجه التّقدّم".

(4) نصّ هذا الفصل على أنّه: "تخفّض مدّة التّقدّم إلى عشر سنوات إذا انجرّ الحوز بحسن نية وبمقتضى عمل قانونيّ من شأنه أن تنتقل به الملكيّة لو صدر ممّن له الحقّ".

والعبارة في حسن النية بوقت تلقي الحقّ".

(5) نصّ هذا الفصل على أن: "ترفع مدّة التّقدّم إلى ثلاثين عامًا فيما بين الورثة والشّركاء".

(6)

(7) الموافقات، ج 3، ص 174.

فقاعدة التّابع تُفيد أنّ ما يتبع غيره وُجودًا يتبعه حكمًا، والوجود إنّما أن يكون حقيقيًا أو حكميًا، لجواز اتّصال التّابع بالمتبوع حقيقة فتكون متبوعيته حقيقيّة، أو أنّه غير متّصل به حقيقة ولكن اعتبر اتّصاله حكميًا. فاتّصال العقارات الحكميّة بالعقارات الأصليّة يعود بالأساس إلى ضرورة ارتباطها بها على وجه التّخصيص خدمةً لها، فهي كارتباط الشّروط بالمشروط على مقتضى اللّزوم العقليّ، أو العرفيّ، أو الشرعيّ إذ توجد بينهما علاقة ارتباط اقتضاها الشّرع أو العقل، أو العادة، أو اللّغة. فالارتباط واللّزوم بين التّابع والمتبوع، أساسهما الحكم بوجود هذا الارتباط لعدم إمكان حصول منفعة التّابع دون المتبوع. وعدم إفراد التّابع بالحكم في مثل هذه الوضعيّة مداره على القاعدة الفقهيّة التي تنصّ على أنّ "التّابع لا يفرد بالحكم"⁽¹⁾ ما لم يكن مقصودًا. والاستثناء الوارد في هذه القاعدة يُفيد معنى الإفراد والتّخصيص بالحكم للتّابع فلا يأخذ حكم متبوعه.

فالعقارات الحكميّة والتبعية على مقتضى الفصول 8 و9 و10 و11 و12 من القانون العقاري التي تقابلها الفصول 9، و10 و11 و12 من مجلة الحقوق العينية تجري قياسًا على مشمولات هذه القاعدة⁽²⁾، وهو ما أخذ به الإمام القرافي الذي رأى أنّ "بيع الأرض يندرج تحته الشجر والبناء"⁽³⁾، وهذا منطوق للفصل 611 من م.ا.ع الذي نصّ على أن: "يشمل بيع الأرض ما اتّصل بها من بناء وغرس وزرع وثمر..."

(1) نص للمادّة 48 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) يبدو أن تأصيل محمد السنوسي لمثل هذا الصنف بما جرى عليه العرف في البلاد التونسية فيما يخض شركة الخماس ليس بالتأصيل الجيد، والغالب أن السنوسي قام بذلك لغاية إزالة النفور الذي أبداه المواطنون تجاه القانون العقاري، فسعى إلى أن يوضح لهم ما جاء فيه بما جرى عليه العمل في البلاد التونسية وبالتحديد شركة الخماس.

مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي للقانون العقاري، المطبعة الرسميّة التونسية، 1885، ص94. راجع: ابن رحال، أبو علي الحسن: رفع الالتهاس في شركة الخماس، نسخة مرقونة بالمكتبة الوطنية التّونسيّة تحت رقم A-BR-12528، ص4.

(3) الفروق، ج3، ص427.

وإلى هذا ذهب الزرقا الذي اعتبر أنّ ما يدخل في البيع تبعاً يدخل في الرهن تبعاً للأصل⁽¹⁾. وقد نصّت مجلة الأحكام العدلية في مادّتها 48 على أنّ "التابع لا يفرد بالحكم".

ويمكن أن تتحوّل العقارات إلى المنقولات مثل ما نصّ عليه الفصل 6 من القانون العقاري: "الحبوب على سوقها والثمار التي لم تجن هي أيضاً عقارات فإذا حصدت الأولى وقطفت الثانية صارت من المنقولات وإن لم تنقل وإذا حصد بعض الحبوب ولم يحصد الآخر كان المحصود منقولاً وغير المحصود عقاراً". وهو نصّ للفصل 7 من م.ح.ع مع حصول بعض التّغيير. وهذا الاعتبار يعود من الناحية الفقهيّة الشرعيّة إلى القاعدة الفقهيّة التي تنصّ عليها مجلة الأحكام العدلية ضمن المادّة 52 ونصّها: "إذا بطل الشّيء بطل ما في ضمنه". ومعنى ذلك أنّ بطلان الأصل المتمثّل في الاتّصال بالعقار قد بطل نتيجة الانفصال عنه فيبطل ما كان يُعتبر عقاراً لالتصاقه بالأصل أخذاً بالقاعدة الفقهيّة التي أوردها الونشريسي المالكي والتي تنصّ على أنّه "لا يثبت الفرع والأصل باطل"⁽²⁾.

فحكم العقارات التبعيّة والحكميّة هو حكم العقار الطّبيعي أخذاً بالقاعدة الفقهيّة التي تنصّ على أنّ: "التابع لا يفرد بالحكم"، فالاتّصال هو الأصل في الاعتبار والأشياء التي أخذت صفة العقار هي الفرع، أخذاً بالقاعدة الفقهيّة التي تنصّ على أنّ "الفرع يسقط إذا سقط الأصل"⁽³⁾، فالتابع الذي أخذ حكم متبوعه لكونه في اتّباع مُلاصق له، يسقط بسقوط الأصل لأنّه إذا سقط حكم الأصل سقط حكمه هو.

(1) شرح القواعد الفقهيّة، دار القلم، دمشق، ط2، 1989 ص254. الزحيلي، محمّد: القواعد الفقهيّة على المذهب الحنفيّ والشافعيّ، نشر جامعة الكويت، ط1999، ص390.

(2) إيضاح المسالك، ص109.

(3) زيدان، عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهيّة في الشريعة الإسلاميّة، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 2001، ص114.

فتقسيم العقارات هو من صميم الاجتهاد البشري ولذا فإن وجوده في القوانين الغربية يوضح المشترك الإنساني القائم على مبدأ الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها.

ووضع فقهاء المالكية قاعدتين فقهيّتين مهمّتين يمكن التّأصيل بهما لمصطلح الالتصاق، القاعدة الأولى ونصّها: "التّابع تابع" وهي التي أشار إليها الأستاذ محمّد كمال شرف الدّين في مقام حديثه عن الالتصاق بقوله: "رأينا أنّ الفصل 18 من م.ح.ع ينصّ على أنّ ملكيّة الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلاّ ما استثناه القانون أو الاتّفاق ولأحظنا أنّ هذه القاعدة تُوحى بأهميّة الأرض التي تعتبر الأصل المتبوع في حين يعتبر ما فوقها تابعاً. وفي هذا السّياق تندرج كذلك القاعدة الواردة بالفصل 27 التي تكرّس التحاق التّابع بالمتبوع"⁽¹⁾.

والقاعدة الثّانية هي: "ما قارب الشّيء له حكمه" على حسب ما أورده الإمام القرافي⁽²⁾. وتساءل خليل بن إسحاق المالكي: "فيما قارب الشّيء هل يُعطى حكمه أم لا"⁽³⁾؟ كما قالوا: "يُعطى القريب حكم ما قد قرب منه لدى أهل الأصول"⁽⁴⁾. والملاحظ أنّ القاعدتين جاءتا مُطلقتين فهما لم يُقيّدتا بنوعيّة مُعيّنة من الالتصاق، كالتصاق عقار بعقار، أو عقار بمنقول.

وقد أصّل فقهاء المالكيّة لمسألة الالتصاق بهذه القاعدة إذ تطرّقوا إلى ما يعرف بالالتصاق الطّبيعي والالتصاق بفعل الإنسان. فبالنسبة إلى النوع الأوّل فقد ذهب فقهاء المالكيّة إلى أنّ باطن الأنهار إذا يبس وكذلك الرّواسب التي تقوم المياه بحملها بكيفيّة تدريجيّة وتتجمّع فيما بعد على حافتي الأنهار لتصبح بعد ذلك أرضاً بيضاء فإنّها تكون لصاحب الأرض التي يملكها ملكيّة

(1) قانون الأموال، محاضرات مرقونة لفائدة السنة أولى من الأستاذية في الحقوق، كآية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، السنة الجامعيّة 2006، 2008، ص59.

(2) القرافي: الذخيرة، ج5، ص366.

(3) التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ت، محمد عثمان، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط 2010، ج7، ص55.

(4) الولاتي، محمّد يحيى: قواعد فقه المذهب المالكي المسقى بالدليل الماهر الناصح على المجاز الواضح، مطابع دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1414، ص25.

خاصّة إذا كانت أرضه من النّاحية الّتي يبست فيها الرّواسب لتأخذ حُكمها لكونها أصبحت مُلاصقة لها. وقد جاء عن "ابن حبيب عن ابن الماجشون، في التّهر إلى جانب قرية فيبس منه من ناحية من نواحيه شيء، قال ابن الماجشون: في كلّ سنة؟ قال: حتّى صار أرضًا بيضاء يعتمل لمن ترى ذلك؟ قال: لصاحب الأرض الّتي تلي النهر من النّاحية الّتي يبست إن كانت تلك الأرض لرجل وإن كانت بورًا لقوم فهو بسبيل البور. قال: وإن مال النهر إلى ناحية من مجراه فصار مجراه بأرض رجل كان يليه بأرضه قال: فالأرض الّتي انكشف التّهر عنها للرّجلين اللّذين كانا يلين بأرضهما من جانبيه كما كان التّهر بينهما في منافعه ثمّ قد صار التّهر الّذي قد صرفه الله تعالى إلى أرضه فشَقّها.

قال ابن عبدوس ومن كتاب الشّجرة إلى سُحنون في واد مجراه إلى أحد ناحيته فيكسر كسرًا شديدًا ويرمي في النّاحية الأخرى الرّمْل والطفّل فيذهب بأرض كثيرة إلى النّاحية الأخرى وحدّ كلّ طائفة إلى الوادي قديمًا تبدّل مجراه وقد يكون مجراه اليوم فيما خلا. قال: مجراه الّذي أدركتموه هو مجراه وما أفسد في أرض أحد فهو مُصيبة نزلت به وما أصلح في الأخرى فهو له وما انكشف من أرض الوادي فسبق إليه أحدهما فأخذه فحرثه فهذا هو الّذي قرب من العمران ولا يكون لمن أحياه إلّا بإذن الحاكم ينظر فيه بما أصلح للعامة"⁽¹⁾.

فما نتج عن جفاف أو تحوّل لمجرى النهر أو الرّواسب الّتي نتجت عن تدفّق مياه الأنهار من أرض بيضاء فإنّ حكمها يكون حكم ما لاصقها من أرض أو غيرها على حسب قول سُحنون. وهذا ما أخذ به المشرّع التّونسي ضمن منطوق من م.ح.ع الّذي نصّ على أنّ الالتصاق "ما أُضيف إلى عقار أو منقول واتّصل به كان ملكًا لصاحب الأصل بطريق الالتصاق". ونصّ الالتصاق الّذي يحدث طبيعيًا هو الفصل 28 الّذي نصّ على أنّ "التراب

(1) ابن أبي زيد، أبو محمد عبد الله بن عبد الرّحمن: النوادر والزّيادات، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1999، ج11، ص33، 34.

والرؤاسب المجروفة التي تتجمّع بطريقة تدريجيّة غير محسوسة على أرض مجاورة لأحد الأودية والأنهار تُصبح ملكًا للمالك هذه الأرض بشرط أن يبقى طريقًا بالصفّة على نحو ما تقتضيه القوانين"، وهذا الفصل يتفق مع رأي الإمام سُحنون. كما أنّ قول ابن أبي زيد القيرواني يشمل ما جاء بالفصل 31 من م.ح.ع الذي نصّ على أنّه "إذا تحوّل واد عن مجراه الأصلي واتخذ مجرى جديدًا يجوز لأصحاب العقارات المجاورة اكتساب ملكيّة هذا المجرى القديم كلّ واحد في المساحة الممتدّة أمام أرضه لغاية خط يفترض وقوعه في وسط الوادي ويقدر ثمن المجرى القديم بواسطة خبراء يعيّنهم رئيس محكمة المكان بطلب من والي الجهة".

أمّا الالتصاق بفعل الإنسان فإنّه يستمدّ مشروعّيته من قول الرّسول صلّى الله عليه وسلّم: "من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق" (1). وقد دلّ هذا الحديث على أنّ ما يحدثه المالك على أرضه يُعتبر ملكًا له ولا تنزع منه ملكيّته إلّا إذا كان مُتعدّيًا على ملك غيره، وفي هذا يقول عروة بن الرّبير موضّحًا سبب ورود هذا الحديث بقوله: "ولقد أخبرني الذي حدّثني هذا الحديث أنّ رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة نخلاً فاخصمها إلى النّبويّ صلّى الله عليه وسلّم فقضى للرجل بأرضه وقضى على الآخر أن ينزع نخله، قال: فقد رأيتها يضرب في أصولها بالفؤوس وإتّها لنخل عمّ" (2). فالعرق الظالم هو من تعدّى على ملك الغير بأي نوع من أنواع التّعديّ كزراعة الأشجار في أرض الغير مع علمه أنّها ليس ملكًا له (3) "فصار بهذا الفعل غاصبًا فكان حكمه أن يُقلع ما غرسه" (4).

(1) الترمذي: السنن، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، حديث رقم 1378.

(2) ابن سلام، أبو عبيد القاسم: كتاب الأموال، كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها، وإحيائها، وحماها، ومياهاها، باب الإقطاع، حديث رقم 716، ت، أبو أنس سيّد بن رجب، دار الهدي النبوي، مصر ودار الفضيلة، السعودية، ط 1، 2007، ج 3، ص 404.

(3) العمري: الفقه الإسلامي ومجّلة الحقوق العينيّة، ص 167.

(4) ابن سلام: ن.م، ج 3، ص 404.

وقد أخذ المشرّع التونسي برأي المالكية ضمن الفصل 36 من م.ح.ع⁽¹⁾، وذلك لمّا قالوا بتخيير صاحب الأرض بين قلع بناء الغاصب أو ما قام بغرسه وبين أن يأخذ قيمته مُسقطاً منها أجره من يشرف على القلع⁽²⁾. وقد جاء في المدونة ما نصّه: "قلت: أرأيت لو أن رجلاً غصب أرضاً فيها شجراً فاستحَقَّها ربّها؟ قال: يُقال للغاصب أُلِّع شجرُك إلّا أن يشاء ربّ الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة وكذلك البنيان إذا كان للغاصب في قلعه منفعة فإنّه يُقال له: أقلعه إلّا أن يشاء ربّ الأرض أن يأخذه بقيمتها مقلوعاً، فأما ما ليس للغاصب فيه منفعة فليس له أن يُقلعه"⁽³⁾.

ولعلّ المشرّع التونسي يكون قد تأثر بما جاء في قانون الفلاحة المؤرَّخ في 13 أفريل 1874 حيث نصّ فصله 20 على ما يلي: "إذا ثبت أنّ إنساناً أغار على أرض غيره وزرعها فإن كان الزرع لم يبلغ حدّ الانتفاع به سواء برز على وجه الأرض أو لم يبرز فإن شاء صاحب الأرض أمر الزارع بقلعه وإن شاء أخذه بلا شيء وإن بلغ حدّ الانتفاع به ولو للرعي ولم يفث وقت زراعة ما من شأنه أن يزرع في تلك الأرض فالخيار لمستحقّ الأرض إمّا أن يأمر المتعدّي بقلعه أو يدفع له قيمته مقلوعاً وإن فات وقت الزراعة يبقى الزرع للزارع ويلزمه كراء سنة هذا حكم الغائر. أمّا من زرع بشبهة ملك أو كراء أو نحوهما قبل فصل النازلة مع المنازع له بالحكم فإن استحقّها خصمه كان الباذر كالغالط لأنّه يعتقد أنّ الأرض له وحينئذ يحلف أنّه ما بذرها إلّا

(1) نص هذا الفصل: "إذا أحدث شخص بأرض غيره وبدون رضاه بناءات ومغروسات ومنشآت مستعملا لذلك مواد خاصة به فالمالك مخير بين إبقاء تلك الأشياء بأرضه وبين إلزام محدثها بإزالتها.

فإن طلب صاحب الأرض إزالة الأشياء تكون مصاريف إزالتها على محدثها ولا حق له في أي تعويض على أنه يضمن لصاحب الأرض ما عسى أن يلحقه من ضرر.

وإن طلب صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء يلزمه ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون التفات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب تلك الإحداثيات.

وإذا كانت البناءات والمغروسات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان حائزاً بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ما ذكر وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثيات.

(2) العمري: الفقه الإسلامي ومجّلة الحقوق العينية، ص 168.

(3) المدونة، ج 4، ص 189.

مُعتقداً أنّها أرضه ويكون الزَّرْع له وعليه كراء المثل سواء كان ذلك في إِبَان الزَّراعة أو بعده".

وقد استمدّ هذا الفصل من الفقه المالكيّ، حيث قال ابن أبي زيد القيرواني: "...عن مالك فيمن تعدّى على أرض رجل فزرعها، فإن قام رّبها وقد نبت الزَّرْع فإنّ قام في إِبَان يدرك فيه الحرث فله قلعه، ويريد: يلي قلعه المتعدّي، وإن فات الإِبَان فله كراء أرضه، قال ابن القاسم وأشهب: وكذلك في غاصب الأرض، قال في كتاب ابن المواز: وإن كان الزَّرْع صغيراً إذا قلعه لا منفعة فيه للعلف قضى به لربّ الأرض بلا ثمن ولا زريعة ولا شيء، فإن كان ينتفع به للعلف لم يكن بد من قلعه، وإن مضى الإِبَان فله الكراء وليس له قلعه...ومن المجموعة قال عبد الملك عن مالك، والمغيرة وابن دينار: إنّ الزَّرْع إذا أسبل لا يقلع لأنّ قلعه من الفساد العامّ للنّاس"⁽¹⁾.

وبالنسبة إلى قاعدة التصاق المنقول بالمنقول فقد تطرّق فقهاء المالكيّة إلى هذه المسألة وذلك في مقام حديثهم عن من غصب الدرّاهم أو ثوب وصبغه، فما حكم ذلك؟ فذهبوا إلى أنّ "من اغتصب من رجل درهماً فأخلطه بدراهمه فعليه مثله ولا يُشاركه في الدرّاهم"⁽²⁾. وأمّا بالنسبة إلى الثوب المغصوب فإنّ ربّ البيت بالخيار إن شاء أخذ قيمة الثوب يوم غصبه، وإن شاء أخذ الثوب بعد صبغه مع ضرورة دفع قيمة الصبغ للغاصب⁽³⁾.

كما قدّموا صوراً لالتصاق المنقول بالمنقول، وهي كما يلي: الصّورة الأولى وهي الضمّ، ومعناها ضمّ منقولين مع إمكان حصول الفصل بينها ومثال ذلك ضمّ القمح إلى الشّعير، وضمّ الحنطة إلى الشّعير، والتفّاح إلى الخوخ⁽⁴⁾. وبالنسبة إلى الصّورة الثانية وهي المعبرّ عنها بالمزج، ومثالها عند

(1) النوادر والزيادات، ج10، ص339، 340.

(2) ابن أبي زيد: ن.م، ج10، ص323.

(3) ن.م، ج10، ص324.

(4) ابن أبي زيد: النوادر والزيادات، ج10، ص321، 323.

فقهاء المالكيّة مزج زيت بسمن، أو سمن بقر بسمن غنم⁽¹⁾. وأمّا الصّورة الثالثة فهي ما يُعبّر عنها بالاتّحاد ومثال ذلك خلط فضّة بفضّة وصوغها حليّاً أو ضربها دراهم، أو خلط حليّ بحليّ وإعادة صوغه إلى حليّ آخر، أو تحويل قطعتي نحاس إلى أنية⁽²⁾.

وأما في القانون التّونسي فإنّ التصاق المنقول بالمنقول أساسها كذلك قاعدة الفصل 27 من م.ح.ع. فمن حاز شيئاً منقولاً يُعتبر ملكاً له طبقاً للفصل 53 من م.ح.ع⁽³⁾ إلاّ أن يثبت مدّعي المالكيّة الأصليّة خلاف ذلك، أي وكأنّ الالتصاق يكون منعدم الجدوى في مثل هذه الوضعيّة لأنّ "المنقول يُعدّ كلّه ملكاً لمن حازّه"⁽⁴⁾.

الخاتمة:

أوضحت هذه الدّراسة أنّ الكتاب الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة لا يكاد يخلو أي فصل من فصوله من رأي فقهيّ لأحد فقهاء المالكيّة ومن ثمّ يتّضح أنّ الفقه المالكيّ هو ثروة تشريعيّة تنطوي على أحكام ملبية لمصالح النّاس ولكنّها تبقى في حاجة إلى عقل ممحصّ يحسن استثمار ما جاء فيها ليجعل من قوانين بلادنا تستمد مشروعيتها من مخزوننا الحضاريّ الإسلاميّ.

فالبناء الحضاريّ لا يتأسّس على القطيعة بين الموروث الحضاريّ للأمة الإسلاميّة، كما لا ينغلق عن كلّ التجارب البشريّة لأنّ بالحكمة تتطوّر الأمم وهذا ما جسّده المشرّع التّونسي ضمن الكتاب الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة.

ولذا فإنّ البحث في المدوّنة الفقهيّة المالكيّة وأخصّ بالذّكر النّوازل الفقهيّة يمكّننا من اكتشاف الدّرر الفقهيّة التي حُجبت بفعل الابتعاد عن

(1) ابن أبي زيد: ن.م، ج 10، ص 324.

(2) ن.م، ج 10، ص 324.

(3) ينصّ هذا الفصل على أنّ: "من حاز شيئاً منقولاً أو صبرة من المنقولات شهية حمل على أنّه ملك ذلك بالوجه الصّحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته.

ولا يحمل على الشهية من علم الشهية من علم أو كان من حقه أن يعلم عند توصله بالشيء المنقول أن المتوصل منه ليس له التّصرف في ذلك".

(4) الزروقي: قانون الأموال، ص 361.

تناول الجهد الفقهيّ بمختلف مذاهبه بالدرّس والبحث الأكاديمي. إذ لو حصل ذلك من قبل المختصّين في الشريعة الإسلاميّة أو في القانون الوضعيّ لجعلنا من مدوّنتنا الفقهيّة منارة علميّة تؤتي أكلها كلّ حين. وأختم بقول أمير الشعراء أحمد شوقي: "وما نيل المطالب بالتمني ولكن تؤخذ الدنيا غلاباً".

أحكام القسمة في الفقه المالكي ومجلة الحقوق العينية

د. محمد سعيد

جامعة تونس - المنار -

إنّ دراسة أحكام القسمة في الفقه المالكي ومجلة الحقوق العينية لا تدخل في إطار الدّراسات التاريخيّة المحضة التي تستهدف إبراز التراث الحضاري الإسلامي فقط، بل تستهدف كذلك بيان القواعد الموضوعيّة التي تطبق بالنسبة للأموال المنقولة والعقاريّة في القانون الوضعي التّونسي.

والقسمة في الشريعة الإسلاميّة مشروعة في الكتاب والسنة ولها أهميّة كبرى لأنّها مرتبطة بعلم الفرائض ويتطلّب البحث فيها تناول أنواع القسمة وكيفية إجرائها ثمّ أحكام القسمة مع الوقوف عند أحكام الفقه المالكي المعتبر بمثابة المصدر الأساسي في التّشريع الوضعي التّونسي ومصدر استلهاهم من فقه القضاء.

ولقد استمرّ العمل بالتّشريع الإسلامي في تونس، إلى أن برز عهد الأمان وقانون الجنائيات والأحكام العرفيّة الذي أبقى للمحكمة الشرعيّة اختصاص النّظر في قضايا القسمة. أمّا بعد الحماية فقد تأسّس المجلس المختلط الذي أضاف لمرجع نظره تسجيل العقار، وعند تسجيل العقار يصبح النّظر من اختصاص المحكمة الفرنسيّة طبق المجلة المدنيّة الفرنسيّة في كل نزاع تعلّق بهذا العقار وبذلك نقص نفوذ المحكمة الشرعيّة في دعاوى استحقاق العقار والقسمة.

ولقد جاء القانون العقاري مُختلطا ومزدوجا من قواعد الفقه الإسلامي عموما ومن القانون الفرنسي مع مُراعاة العادات التونسية وقواعد التّسجيل ونظام تورانس.

وظهرت المحاكم التونسية العصريّة لتطبيق القانون التّونسي - المدوّن كتابيا - على التّونسيين في المجالات الخارجة عن الأحوال الشخصية، ونظرا لغياب قانون مكتوب ينظّم القسمة استمرّت المحكمة الشرعيّة في النّظر في قضايا القسمة.

وفي سنة 1906 ظهرت مجلّة الالتزامات والعقود المستمدّة بدورها من الفقه الإسلامي على المذهبين الحنفي والمالكي والقانون الفرنسي والعادات المحليّة. ولهذه المجلّة خاصيّة لأنّها تتضمّن أوّل تدوين لأحكام القسمة في الفصول 1351 إلى 1364، وبدخولها حيّز التّنفيذ اختصّت المحاكم العصريّة بالنظر في قضايا القسمة بعد أن كانت من أنظار المحكمة الشرعيّة.

وتجدر الملاحظة أن لائحة مجلّة الأحكام الشرعيّة لم تبرز إلى الوجود علما وأنها جمعت قواعد المذهبين المالكي والحنفي في المواد التي تعرض للتّقاضي من بينها القسمة المنظمة بالفصول 1010 إلى 1124.

وفي سنة 1965 نسخت أحكام القسمة المضمّنة بمجلّة الالتزامات والعقود بمجلّة الحقوق العينيّة التي تنقسم إلى كتابين أولهما ينطبق على جميع المنقولات والعقارات مسجّلة وغير مسجّلة، أمّا الثاني فقد خصّص للعقارات المسجّلة.

وقد احتوى الكتاب الأوّل على الأحكام المنظمة للقسمة التي تنقسم بدورها إلى أحكام عامة صلب الفصول 116 إلى 130 وأخرى خاصة ضمن الفصول 131 إلى 141.

أما العامة فتتعلق بقسمة المشترك بينما الخاصّة فتتعلق بقسمة التّركات. ومن أهم ما اقتضته هذه المجلّة تعديل حق المملكيّة باعتباره ذا وظيفة اقتصاديّة واجتماعيّة، وتماشيا مع هذا التّعديل عوض مبدأ

القسمة العينية في التركات بمبدأ القسمة بالقيمة، ويسر الخروج من الشّيع باتخاذ إجراءات جديدة كالتّصفية.

ويتّضح من هذه الإمامة حول التطوّر التّشريعي للأحكام المنظّمة للقسمة أنّ مجلة الحقوق العينية أخذت هذه الأحكام من العديد من المصادر أبرزها الفقه الإسلامي وبالخصوص المذهب المالكي والقانون الفرنسي والعادات أو الأعراف التّونسيّة.

وتنقسم القسمة في التّشريع الإسلامي إلى أنواع بحسب المعيار المعتمد⁽¹⁾، فهي تنقسم من حيث إنهاء الشّيع إلى قسمة أعيان وقسمة منافع، فقسمة المنافع هي قسمة المهايأة زمنيّة أو مكانيّة مع بقاء الشّيع قائما، أمّا قسمة الأعيان فهي قسمة بتّيّة يأخذ فيها كلّ واحد من الشّركاء قدر حصّته منه وينتهي بها الشّيع.

وتنقسم من حيث الدّات إلى قسمة الأجزاء وقسمة تعديل وقسمة الردّ، فقسمة الأجزاء وتُسمّى قسمة المتشابهات للتّساوي في الصّورة والقيمة وهي التي لا تحتاج إلى تقويم أو ردّ شيء من أحد الشّركاء على الآخرين كالأرض الواسعة المتشابهة الأجزاء وكالدّور المتّفقة الأبنية، وأمّا قسمة التّعديل وهي أن يعدل القاسم حصص الشّركاء ويُساوي بينها من غير زيادة على القدر المستحقّ من النّصيب ولا نقصان منه كقول ابن القاسم " ذراع من هذه الأرض الجيّدة يعادل ذراعين من أرض أخرى".

وأخيرا قسمة الردّ وهي التي فيها ردّ مال أجنبيّ على المال المقسوم كأن يكون بين شريكين في أرض في أحد جانبيها بئر أو شجر لا يمكن قسمته، ففي هذه الحالة تقسم الأرض بينهما بعد تقويمها وإلزام الشّريك الذي أخذ النّصيب الأوفر بأن يدفع للشّريك الذي أخذ النّصيب الأقلّ مبلغا ماليّا لتعديل الفارق.

(1) محمد عبد الرحمان الضويبي، أحكام القسمة في الفقه الإسلامي، القانون المدني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2001، ص 57.

أمّا من حيث الاختيار والإجبار فهي تنقسم إلى قسمة رضائية تتم برضا الشّركاء جميعاً بموجب عقد أو بموجب اتّفاق أمام القاضي، وإلى قسمة إجباريّة يتولّاها القاضي ويُجبر من امتنع عنها.

وتنقسم من حيث الجمع والتّفريق إلى قسمة تفرّيق تتمّ بتعيين نصيب كلّ متقاسم في كلّ مال على حدة كدار وأرض يقسم كلّ واحد بينهما مناصفة، وإلى قسمة الجمع وهي إفران نصيب كلّ واحد من الشّركاء في عين على حدة أي بإفراد أحد الشّريكين بالدار وإفراد الآخر بالأرض.

وتشترك المذاهب الفقهيّة في مختلف هذه الأنواع من القسمة التي تقوم على العديد من المبادئ العامّة أبرزها تحقيق مصلحة المشترك والشّركاء وإقامة العدل بين المتقاسمين والمحافظة على استقرار القسمة، لكن تختلف فيما بينها وذلك فيما يتعلّق بجزئيات القسمة وتفصيلها مثل وجوب إخضاع القسمة التي تضمّ مولىً عليه أو غائباً للقسمة القضائيّة من عدمه وذلك بتحويل ممثله القانوني بإجراء قسمة رضائيّة في حقّه أو في تحديد شروط القسمة القضائيّة أو القسمة القضائيّة وغيرها من المسائل الثانوية. ولقد اتخذ المشرع الفقه الإسلامي وخاصّة المذهب المالكي منه كركيزة لتنظيم أحكام القسمة إلى جانب اعتماده لمصادر أخرى بما يدفع إلى التّساؤل عن مكانة هذا المذهب في مجلّة الحقوق العينيّة؟

تتطلّب الإجابة على هذه الإشكاليّة استعراض مختلف الأحكام المنظمة للقسمة كما تصوّرها المشرع ضمن مجلّة الحقوق العينيّة وذلك باعتماد التّفارقة بين الأحكام العامّة لقسمة المشترك (القسم الأوّل) والأحكام الخاصّة بقسمة التّركات (القسم الثّاني).

القسم الأوّل: الأحكام العامّة لقسمة المشترك:

تتمحور الأحكام العامّة المنظمة للقسمة حول مسألتين هامتين هما:
الأحكام العامّة المتعلّقة بإجراء القسمة (أ) والأحكام العامّة المتعلّقة بآثار القسمة (ب).

أ) الأحكام العامة المتعلقة بإجراء القسمة :

تختلف الأحكام العامة المتعلقة بإجراء القسمة باختلاف شكل القسمة سواء كانت رضائية (أولا) أم حكمية (ثانيا).

أولا: الأحكام العامة المتعلقة بإجراء القسمة الرضائية :

يستوجب عقد القسمة كسائر العقود شرعا وقانونا شروطا أصلية (1) وأخرى شكلية (2)⁽¹⁾.

1) الشّروط الأصلية :

هي الرّضا والأهليّة والمحلّ والسّبب، ويعرّف الفصل 116 م. ح. ع القسمة الرضائية باعتبارها القسمة التي تتمّ بالمرضاة على حسب ما يتفق عليه الشّركاء كما يعرف الفصل 117 م. ح. ع القسمة القضائية بأنّها القسمة التي تجرى لدى المحكمة. وخلافا لهذين الفصلين يميز الفقه المالكي بين القسمة الرضائية وقسمة القرعة من حيث التّسمية، ويُعتبر الأولى بأنّها التي تتمّ بموجب اتّفاق الشّركاء أو برضا الشّركاء أمام القاضي.

وتتفق مجلّة الحقوق العينية مع الفقه الإسلامي في اشتراط تراضي الشّركاء جميعهم على القسمة الاتفاقيّة أو من يقوم مقامهم.

ويتبيّن من الفصل 116 م. ح. ع أنّ القاعدة هي حقّ الشّركاء في اختيار طريقة القسمة التي يرونها. فقد يتفقون على أن تكون القسمة عينية أو قيمية أو بالقرعة، كلية أو جزئية، أو عن طريق التصفية أو عن طريق القرعة طالما كانت تحقق العدالة والمساواة بينهم.

وخلافا لمجلّة الحقوق العينية التي اكتفت بالتّنصيب على أنّ للشّركاء في القسمة الاتفاقيّة أن يقسموا كيفما شاءوا وبالطريقة التي يرونها طالما كانت محققة للعدالة، فقد اعتنى الفقه الإسلامي بتفصيلات كيفية

(1) منير التليلي، القسمة بين الفقه الإسلامي والقانون التونسي: إرادة الأطراف نموذجا، مجلة المعهد العالي لأصول الدين بجامعة الزيتونة، عدد 9، 2007/2006، ص 113.

القسمة حتى ولو كانت القسمة رضائية، بما يعكس ثراءه واهتمامه بأموار الناس وتحريه الدقيق للعدالة.

أما بالنسبة إلى وجود فاقد الأهلية بين المتقاسمين، فتتفق مجلة الحقوق العينية مع الفقه الإسلامي في ضرورة أن يحل محلّه الوصي أو الولي أو الوكيل عن الغائب وإلا كانت القسمة باطلة.

وتتفق مجلة الحقوق العينية مع المذهب المالكي في ضرورة استئذان الحاكم عند إجراء قسمة رضائية في حق الشريك المولى عليه أو الغائب، وهو ما يستنتج اعتمادا على مفهوم المخالفة للفصل 117م. ح. ع ومن الفصل 15م. ا.ع الذي يمنح الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفية والولي وكلّ مدير لكسب بوجه قانوني من إجراء قسمة في حق منظوره إلا بعد الاستئذان من الحاكم المختصّ لما في ذلك من المحافظة على أموالهم. ويقدر الحاكم مصلحة الشريك المولى عليه أو الغائب فإن اطمأن أنّ القسمة فيها مصلحة أذن بالقسمة الرضائية وإلا أمكنه العدول بها إلى القسمة القضائية.

أما إذا اختلفت مصالح المولى عليه أو الغائب مع مصالح من يمثلهما قانونا فقد اقتضى الفصل 118 م. ح. ع وجوب تعيين مُقدّم وقّي بمقتضى إذن على العريضة لإتمام القسمة، وهو الحلّ الذي كرسه المذهب المالكي حين أوجب على الحاجر إذا أراد أن يقسم في ما بينه وبين محجوره ما هو مشترك سواء كان هناك شركاء آخرون أو لا، فلا يتولّى الحاجر القسمة بنفسه ولكن يوكل القاضي شخصا ليقاسم الحاجر⁽¹⁾.

ومن شروط القسمة أن تكون عادلة. فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي وتنقض القسمة. وإذا ترتب على القسمة قطعا ضرر بجميع الشركاء، وذلك مثل اللؤلؤة الواحدة والحمام والبيت الصغير وغير ذلك ففي هذه الحالة يميّز المالكية بين القسمة التي تؤدي إلى بطلان النفع بهذه الأشياء بالكلية فلا يجوز للشركاء أن يقسموا بالتراضي والقسمة التي لا

(1) حاشية 537/2 للتسوي 145/2 - 148، نوازل 492/3 - 496-506.

تؤدّي إلى بطلان النّفع بالكلّيّة بأن ينقص النّفع فقط أو يبطل النّفع المقصود ولكن يبقى له نفع آخر ويجوز للشّركاء القسمة⁽¹⁾. وفي هذا المعنى نصّ م. ح. ع على أنّه لا يسوغ طلب القسمة فيما يفوت بها المقصود منه.

(2) الشروط الشكلية :

تتمثّل الشّروط الشكلية في الكتب الذي اشترطه المشرّع في الفصل 116 م. ح. ع كوسيلة وحيدة لإثبات القسمة، ملغيا بذلك القسمة الذكريّة أو الشفاهية التي كانت مكرّسة نقلا عن المذهب المالكي، إذ يفرّق فقه القضاء بين نوعين من القسمة وهما القسمة الواقعة قبل صدور مجلّة الحقوق العينية الموافق للثاني من شهر فيفري 1965، والقسمة الواقعة بعد هذا التاريخ. أمّا الأولى فهي قابلة للإثبات بجميع الوسائل لأنّها لم تكن خاضعة لوسيلة الكتب قبل دخول مجلّة الحقوق العينية حيّز التنفيذ، بل يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات إذ أنّ المجلّة المذكورة ليس لها مفعول رجعيّ وهو ما يجيز القسمة الشفاهية أو الذكريّة الحاصلة قبل ذلك التاريخ. وتتمثّل القرائن الدّالة على إجراء القسمة عادة في تصرّف كلّ مستحقّ في مقسمه وضرب الحدود وصرف الطّرق بينهم. وأمّا القسمة الثّانية فهي تخضع لأحكام مجلّة الحقوق العينية التي اشترطت في فصلها 16 الكتب كوسيلة وحيدة لإثبات القسمة الرضائية.

ولقد اعتمدت محكمة التعقيب⁽²⁾ على تحفة ابن عاصم كأساس لقبول البيّنة بالشّهادة في القسمة الرضائية بإيراد ما يلي: "والمدعي لقسمة البتات.... في الأصحّ بالإثبات".

كما تتمثّل الشّروط الشّكلية في تسجيل الكتب بالقباضة المالية وترسيمه بالسّجل العقاري إذا ما تناولت القسمة عقارا مُسجّلا وذلك لإمكانية الاحتجاج به إزاء الغير عملا بأحكام الفصل 305 م. ح. ع.

(1) الإتقان والإحكام شرح تحفة الحكام 63/2، بداية المجتهد 266/2.

(2) القرار التعقيبي المدني عدد 13324 المؤرخ في 25 مارس 1986، ن م ت 1986، الجزء الأول، ص 173.

ثانيا : الأحكام العامة المتعلقة بإجراء القسمة الحكمية :

يمكن أن تتخذ القسمة الحكمية شكلين مختلفين وهما القسمة القضائية (1) و قسمة التصفية (2).

1) القسمة القضائية :

تكون القسمة قضائية عندما يطلبها بعض الشركاء مع امتناع البعض الآخر فإن القاضي يجري القسمة ويُجبر من امتنع عنها. وتتفق مجلة الحقوق العينية مع الفقه الإسلامي في اشتراط طلب القسمة من أحد الشركاء أو بعضهم حتى تتحرك دعوى القسمة قضاء وفي اشتراط حضور الشركاء أو من يقوم مقامهم وألا يترتب على القسمة ضرر بالنسبة لأي من الشركاء فإذا ترتب على القسمة ضرر فإنه لا تجوز القسمة قضاء، بل يلتجأ إلى بيع المال المشترك جبرا و قسمة ثمنه بين الشركاء. ويتمثل معيار الضرر المانع من قسمة الإيجار في نقصان القيمة أو نقصان المنفعة.

كما تتفق مجلة الحقوق العينية مع الفقه الإسلامي في اشتراط ثبوت الاستحقاق في المال المقسوم حتى تجوز القسمة جبرا لكن انفرد الفقه الإسلامي باشتراط أن يكون المقسوم جنسا واحدا وذلك على خلاف مجلة الحقوق العينية التي تُجيز القسمة القضائية في الجنس الواحد والمتعدد عقارات كانت أو منقولات.

ولتسهيل إثبات الاستحقاق، وضع المشرع في الفصل 57 م. ح. ع قرينة تُساوي الأنصاء بين الشركاء في الشيوع العادي، إلا أن هذه القرينة بسيطة أي قابلة للدحض، واعتبر الأصل في الشيوع الوراثي الفرض الشرعي.

وبعد ضبط نصيب كل شريك تمر المحكمة إلى فرز المناب أي تمييز مناب كل شريك على حدة بكيفية تحقق مصلحة الشركاء والمشارك وتحقق المساواة بين المتقاسمين. ولتحقيق هذا الهاجس أقرّ الفصل 119 م. ح. ع في طياته أنواع القسمة الثلاثة التي اعتمدها الفقه المالكي وهي قسمة الأجزاء و قسمة التعديل و قسمة الردّ.

ويتفق المذهب المالكي مع غيره من المذاهب في أنّ ما كان في قسمته ضرر لكلّ الشّركاء لا تحقّق فيه قسمة الجبر مُطلقاً لأنّ القاضي لا يملك الجبر على الإضرار، ولأنّهُ نُصّب محصلاً للمنفعة لا متلفاً لها، ولأنّ الجبر على القسمة شرّع لتكميل المنفعة، فلا يحقّ له جبر الشّركاء على قسمة الحمام والبيت الصّغير والحانوت الصّغير والطاحونة قسمة تجزئة.

ويُقرّ الفصل 119 م. ح. ع صراحة طريقة وحيدة في كيفية إجراء القسمة وهي الإسناد المباشر للمنايات لفائدة الشّركاء دون القرعة التي أقرّها الفقه الإسلامي كوسيلة لتطبيب النفوس والإبقاء على المودّة والرحمة ورفع النزاع وإبعاد تهمة الميل على القاضي⁽¹⁾.

ولقد تخلّى المشرّع عن القرعة وذلك بإلغاء الفصل 1354 م. ا. ع الذي كان ينصّ على اعتماد القرعة كطريقة للقسمة. وتُضيف محكمة التّعقيب في أحد قراراتها أنّ أحكام هذا الفصل عُوضت بالفصل 119 م. ح. ع التي اقتضي مُراعاة مصلحة المشترك والشّركاء وإمكانية استغلال كلّ مناب بأكثر منفعة مُعرضة بذلك عن القرعة⁽²⁾. ويُلاحظ أنّ المشرّع أبقى على القرعة في بعض الحالات كطريقة لحسم بعض النزاعات مثل القرعة في الشّفعة عملاً بالفصل 109 فقرة أخيرة م. ح. ع، والقرعة في الوعد بالجعل تطبيقاً للفصل 21 م. ا. ع. ولعلّ تأثر مشرّع مجلّة الحقوق العينية بالقانون الفرنسي دفعه إلى السّكوت عن القرعة وذلك تفادياً لما قد ينجّر عنها من إهدار للمصلحة، لكن يجب التنبية إلى أنّ القرعة تختلف في الفقه الإسلامي عنها في الفقه الغربي، ففي الفقه الإسلامي تفترض القرعة التّساوي في الحقوق أو المصالح⁽³⁾ دفعاً للضغائن والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار، فالتساوي في الحقوق أو

(1) أحمد فراج حسين، قسمة الأملاك المشاركة في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت 1989، ص 120.
(2) قرار تعقيبي مدني عدد 1868 مؤرخ في 12 جوان 1979، م ق ت 1981، ص 64.
(3) محمد العلوي العابدي، الأموال في الفقه المالكي، الطبعة الثانية، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء 1994، ص 105، عدد 777.

يراجع الفصل 1044 من قسم أحكام المسائل العقارية من لائحة مجلة الأحكام الشرعية المساندة من المذهبين الحنفي والمالكي الزكيين الناص على ما يلي: "لا تجوز قسمة القرعة إلا فيما تماثل أو تقاربا فلا تجمع الدور مع الحوائط ولا مع الأرضيين ولا الحوائط على الأرضيين وإنما يقسم كل منها على حدته".

المصالح شرط ضروري لإجراء القرعة، بينما يهمل الفقه الغربي هذا الشرط ويرى أنّ القرعة هي مجرد وسيلة لتحقيق المساواة، وبهذا يفهم هذا الفقه القسمة فهما عينياً صرفاً وبذلك تفضي القسمة إلى ما عبّر عنه أحد الفقهاء أنّها تُسند الأرض الزراعيّة إلى المثقّف بينما تُسند المكتبة إلى العامل بالسّاعد أي أنّها تُسند منابات لا تتماشى مع حاجيات وقدرات المتقاسمين⁽¹⁾.

(2) قسمة التّصفية :

المقصود بقسمة التّصفية هو بيع المال الشّائع بالمزاد العلني وقسمة الثّمّن الناتج عن هذا البيع على الشّركاء كلّ بنسبة حصّته وذلك لتعدّد قسمته قسمة عينيّة إذا كان يترتب على هذه القسمة ضرر كبير بالشّركاء أو كان يترتب عليها تلف العين المشتركة أو ذهاباً لمنفعتها. ولقد حدّد المشرّع الشّروط الواجب توفّرها للجوء إلى قسمة التّصفية كما حدّد طريقة إجراء هذه القسمة. أمّا بالنّسبة للشّروط فيلاحظ أنّ قسمة التّصفية تتوقّف حسب مقتضيات الفصل 120 م. ح. ع على توفّر أحد الشّرتين التاليتين، وهما عدم إمكانيّة القسمة العينيّة وإمكانيّة القسمة العينيّة التي من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المشترك. ويتوقّف الشّروط الأوّل حسب المذهب المالكي عند تعدّد قسمة المال الشّائع على أقلّ الأنصبة بإخراج نصيب كلّ شريك ولو كان هذا التّصيب قليلاً ويمكن أن ينتفع به في نفس الغرض الذي كان ينتفع به قبل القسمة. ويتوقّف الشّروط الثّاني حسب المذهب المالكي عندما يكون المشترك قابلاً للقسمة، إلّا أنّ هذه القسمة تُلجق ضرراً كبيراً بالمشترك مثل قسمة حمام أو طاحونة.

أمّا فيما يتعلّق بكيفيّة إجراء قسمة التّصفية، فقد كرّست مجلّة الحقوق العينيّة الحلّ القاضي ببيع المال الشّائع جبراً لتعدّد قسمته وذلك إذا طلبه البعض من الشّركاء وامتنع البعض الآخر، وقسمة ثمنه بينهم. وهو

1) Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Les successions, Les libéralités, éd CUIJAS 1989 n° 948 p. 443.

" Il (le tirage au sort) a pour inconvénient que les attributions peuvent ne pas correspondre aux convenances et aux capacités des copartageants : la terre de culture à l'intellectuel, la bibliothèque à celui qui a les mains calleuses".

الحلّ الذي أقرّه المذهب المالكي بناء على العديد من المبررات التي تتمثل في أن بيع ما في قسمته ضرر حقّ على الشريك ويمكن الطالب من التخلّص من ضرر الشّيوع وأن في بيع طالب القسمة لحصّته منفردة ضررا عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع مقارنة مع البيع لجملة العين المشتركة ومن حقّ كلّ شريك المشاركة في المزايدة وشراء حصّة شريكه، فيأخذ المشاركون جميعا لنفسه بما يحقّق مصالح جميع الشركاء. ويتمّ بيع المشترك مزايدة أو بعد تقويمه من قبل أهل الخبرة. كما أقرّ المذهب المالكي الحلّ القاضي بإعطاء الحقّ للشريك في أن يشتري حصّة شريكه بما قوّمت به⁽¹⁾.

وهكذا يتبيّن أنّ قسمة التّصفية هي طريق احتياطيّ لإجراء القسمة بحيث لا يجوز الالتجاء إليها إلاّ عند تعذّر سلوك الطريق الأصليّ وهو طريق القسمة العينيّة.

والأصل في المزداد أنّه مفتوح للشركاء وغير الشركاء على السواء، فيجوز لأيّ شخص أن يتقدّم للاشتراك في المزايدة عند بيع المال الشائع لعدم إمكانية قسمته عينا. وتتفق مجلة الحقوق العينيّة مع الفقه الإسلامي في جواز قصر المزايدة على الشركاء وعدم السّماح لأجنبيّ بالدخول في هذه المزايدة. ويبدو أنّ المشرّع قد أراد من هذا السّماح للشركاء بالمحافظة على أموالهم في نطاق الأسرة. وإلى جانب الأحكام العامّة المنطبقة على كيفية إجراء القسمة الرضائيّة والقسمة القضائيّة حدّد المشرّع الأحكام العامّة التي تخصّ الآثار المترتبة عن القسمة.

ب) الأحكام العامّة المتعلقة بأثار القسمة:

إنّ القسمة النهائيّة تضع حدا لحالة الشّيوع بالنسبة لكلّ المال الشائع وبالنسبة لجميع الشركاء، فتكون القسمة النهائيّة شاملة، أو بالنسبة إلى جزء من المال الشائع أو بالنسبة إلى بعض الشركاء دون البعض، فتكون القسمة النهائيّة جزئيّة فقط.

(1) المدونة الكبرى، 4/286، بداية المجتهد، 2/268.

والقسمة النهائية سواء كانت شاملة أم جزئية، وسواء كانت عينية أم جرت عن طريق بيع الصفقة، وسواء كانت رضائية أي خضعت للإرادة الحرة للشركاء أم كانت قضائية، أي جرت تحت إشراف السلطة القضائية، فإن الآثار التي ترتب عليها تبقى واحدة مبدئياً.

فأول أثر للقسمة يتمثل في وظيفة القسمة الأساسية وهي إنهاء حالة الشيوخ، وذلك بإفراز جزء ماديّ محدّد من المال الشائع لكلّ متقاسم، يتملّكه ملكية خالصة على سبيل الاستثناء والانفراد مع ما يُصاحب عملية الإفراز من أثر كاشف أو ناقل للملكية.

ويترتب على الأثر الكاشف أثر ثانٍ، ذلك أنّ عملية القسمة هي فرز حصص الشركاء بعضها عن بعض، فلا بدّ أن تكون عادلة وذلك بإعطاء كلّ ذي حقّ حقه دون زيادة أو نقصان. ولتحقيق المساواة بين الشركاء، فإنّ المشرّع قد ربّض ضماناً لكلّ متقاسم تجاه الآخر.

وللقسمة لدى جمهور المالكية طبيعة مزدوجة فقسمة القرعة أي القضائية هي إفراز حقّ وتمييز مناب وبيع في القسمة الرضائية، ونجد نفس هذه الازدواجية في مجلّة الحقوق العينية المتعلقة بالآثار المترتبة على القسمة وليس بطبيعتها القانونية، إذ ينصّ الفصل 123 م. ح. ع من ناحية على الطبيعة الكاشفة للقسمة، ويضع الفصل 124 م. ح. ع واجب ضمان الاستحقاق المتبادل على المتقاسمين من ناحية أخرى وذلك سواء كانت القسمة رضائية أم قضائية.

ونظراً للطبيعة المزدوجة للقسمة، فقد أخضعها المشرّع في نفس الوقت إلى أحكام القسمة وأحكام البيع، فمن بين هذه الأحكام نذكر لزوم القسمة ومفعولها الكاشف والضمان المترتب عنها.

يرى المالكية أنّ القسمة لازمة لا تقبل الرجوع فيها بالإرادة المنفردة ولا المجتمععة طالما أنّها تمت على الوجه الصحيح⁽¹⁾.

(1) بداية المجتهد، 270/2، المدونة الكبرى، 129/14، الشرح الصغير، 176/5.

ويختلف الأثر المترتب على قسمة التّصفية باختلاف من يرسو عليه المزداد أهو أحد الشّركاء أو أجنبيّ. فإذا كان الراسي عليه المزداد أحد الشّركاء، ففي هذه الحالة يُعتبر البيع قسمة عن طريق التّصفية فتترتب عليه آثار القسمة لا البيع. وأهمّ هذه الآثار اعتبار حكم مرسى المزداد كاشفا لحق الشّريك الذي رسا عليه المزداد لا مُنشئا له. كما أنّ تسجيل الحكم في القسمة لا يكون لازما لنقل الملكيّة إلّا بالنّسبة إلى الغير، وذلك باعتباره حكما مقرّرا للملكيّة.

كما أنّ رُسو المزداد على أحد الشّركاء يترتب عليه أن يكون الثّمّن مضمونا بامتياز المتقاسم، وتنطبق عليه أحكام القسمة بالنّسبة لما يتعلّق بضمان الاستحقاق.

أما إذا رسا المزداد على أجنبيّ عن الشّركاء، فيُعتبر رُسو المزداد بيعا ناقلا لملكيّة الشّيء الشّائع إلى الرّاسي عليه المزداد، وذلك لأنّ الرّاسي عليه المزداد يُعتبر في هذه الحالة أنّه اشترى المال بالنّسبة إلى كلّ الشّركاء، ومن ثمّ فتتنطبق على علاقة الأجنبي بالشّركاء أحكام البيع.

وبناء على تكييف رُسو المزداد على الأجنبي بأنّه بيع، فإنّه يترتب على ذلك تطبيق أحكام البيع بالنّسبة لما يتعلّق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفيّة.

وبالرجوع إلى مجلّة الحقوق العينيّة، نجد نفس هذه الآثار مع بعض الفروق الطفيفة مثل ما نصّ عليه الفصل 123 من أثر كاشف للقسمة وما تضمّنه الفصل 124 من تحميل المتقاسمين لواجب ضمان مُتبادل بينهم وما اقتضاه الفصل 125 من أنّ القسمة الرضائيّة والقضائيّة باتة لا رجوع فيها ولا تنقض إلّا بالإكراه أو الغلط أو التغيرير أو الغبن بالنّسبة إلى من ليست له أهليّة التصرف في حقوقه.

وتنفذ القسمة بصفة اختياريّة أو جبريّة وذلك سواء كانت رضائيّة أو حكميّة تنفيذا عينيّا بوضع الحدود وتحويل كلّ مُتقاسم بمنابه أو تنفيذا إداريّا بترسيم حُكم القسمة بالسجلّ العقاري إذا ما تناولت عقارا مسجّلا.

وتُشكّل قسمة الأموال المشاعة النّظام العام لقسمة هذه الأموال وقسمة الأموال المشاعة الموروثة، بيد أنّ هذه الأخيرة تميّز بخصوصيات نظرا لطابعها الخاصّ المتمثّل في تسلّطها على ذمّة مالّيّة كاملة وتجري اعتمادا على القيمة. وتختلف كميّة قسمة الأموال المشاعة عن نظام قسمة الأموال المشاعة الموروثة، ومردّ هذا الاختلاف كون القسمة الأولى عينيّة تخضع لأحكام عامّة بينما قسمة الأموال المشاعة الموروثة قيمية وتنضوي تحت أحكام خاصة إضافة للأحكام العامة.

القسم الثاني: الأحكام الخاصّة بقسمة التركات:

يمكن إرجاع مختلف الأحكام الخاصّة بقسمة التركات إلى مسألتين: إقرار مبدأ القسمة القيميّة (أ) ووضع طرق خاصّة بقسمة التركات (ب).

أ) إقرار مبدأ القسمة بالقيمة في التركات:

لقد نصّ التّقرير حول لائحة مجلّة الحقوق العينيّة حرفيّا ما يلي: "وقع الإعراض عن المبدأ التقليدي القائل - لا عند فقهاء الإسلام فحسب بل حتّى عند المشرّعين في الوقت الحاضر أيضا - بأنّ القسمة لا تكون إلّا قسمة رقاب وقد وقع تعويض هذا المبدأ بمبدأ آخر معروف هو أيضا، إلّا أنّه لم يتجاسر أحد على استعماله وهو مبدأ القسمة بالقيمة"⁽¹⁾.

وتقوم القسمة العينيّة على إسناد جزء ماديّ من كلّ عين ولكلّ شريك، فالحقّ مُرتبط بالعين لا بالقيمة ويفترض إطار هذه القسمة عينا واحدة مُشتركة بينما تتمثّل القسمة القيميّة في تمييز كلّ وارث بما يعادل قيمة نصيبه في التّركة بقطع النّظر عن طبيعة المال المجسّد لتلك القيمة، فالحقّ لا يرتبط إذن بالعين وإنّما بالقيمة وتفترض ذمّة مالّيّة كاملة.

ولقد حصر المشرّع القسمة القيميّة في التركات أي وضع نظاما عاما لقسمة المشترك قسمة عينيّة ونظاما خاصّا بالتركات قسمة قيمية، أي أنّ المشرّع قد نظر إلى القسمة نظرة ثنائيّة إذ أنّه يجمع بين القانون الفرنسي

(1) مداوات مجلس النّواب، الرائد الرسمي عدد 12 المؤرخ في 14 ماي 1965، ص 197.

والفقه الإسلامي لأنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة وضعت نظاما عامّا لقسمة التركات قسمة عينيّة وتمّ سحبه على المشترك في غير التركات، أمّا الفقه الإسلامي فقد وضع نظاما موحدًا يقوم على القسمة القيميّة وبذلك يحقّق مزيدا من المصلحة.

ويُمكن القول إنّ المشرّع استوحى مبدأ القسمة القيميّة من روح المذهب المالكي الذي يميّز بين ثلاثة أنواع من القسمة، قسمة التجزئة وقسمة التّعديل وقسمة الردّ. ففي هذين التّوعين من القسمة يقع الاعتماد على التّعديل بالقيمة وذلك سواء كان المال واحدا أو متعدّدًا ويندرج هذا التعدّد عادة في إطار التركات التي غالبا ما تحتوي على مجموعة من المكاسب.

ويتمثّل المقصد الجامع بين مجلّة الحقوق العينيّة والمذهب المالكي من هذا الاستيحاء في تحقيق التّراوح بين القسمة العينيّة، أي قسمة التّجزئة التي تنطبق أصالة على المال الواحد وبين القسمة القيميّة التي تنطبق أصالة على مجموعة من المكاسب أي على التركات. ولا يتوقّف تكريس القسمة القيميّة من حيث المبدأ، بل يتعدّاه ليشمل بعض الطرق الخاصّة بقسمة التركات.

(ب) الطرق الخاصّة بقسمة التركات:

تتعلّق هذه الطّرق بتخصيص أحد الورثة بالمستغلّ (1) وبيع الأوراق العائليّة أو الأشياء المتّصلة بعاطفة الورثة أو إعطائها لأحدهم (2).

(1) تخصيص أحد الورثة بالمستغلّ :

يجوز للمحكمة عملا بالفصل 140 م. ح. ع تخصيص أحد الورثة بالمستغلّ الفلاحي أو الصناعي أو التجاريّ، ممّا يُعتبر وحدة اقتصاديّة قائمة بذاتها.

ويُمكن القول إنّ المشرّع استوحى طريقة التّخصيص بالأفضليّة ظاهريّا من القانون الفرنسي خاصّة وأنّه لا وجود لما يُقابل هذا التّخصيص في المذهب المالكي، لكن إذا ما عمّقنا النّظر في هذه المسألة يتبيّن أنّ

التّخصيص ينصهر ضمن مفهوم القسمة بالقيمة التي أقرّها المذهب المالكي، كما يتماشى مع شرط تحقيق المصلحة ودفع المفسدة في القسمة القضائيّة المتحقّقتين في المحافظة على الوحدة الاقتصادية للمستغل كمجموعة أموال وكوحدة إنتاج مرصودة لنشاط معيّن وفي المحافظة على مواطن شُغل العاملين بهذه الوحدة.

(2) بيع الأوراق العائليّة أو الأشياء المتّصلة بعاطفة الورثة أو إعطاؤها لأحد الورثة :

نصّ الفصل 141 م. ح. ع أنّه إذا لم يتّفق الورثة على قسمة الأوراق العائليّة أو الأشياء التي تتّصل بعاطفة الورثة نحو المورث، قرّرت المحكمة إمّا بيع هذه الأشياء أو إعطاءها لأحد الورثة مع خصم قيمتها من نصيبه في الميراث أو بدون خصم، ويُراعى في ذلك ما جرى عليه العُرف وما يُحيط الورثة من ظروف شخصيّة.

ويُكرّس هذا الفصل نوعا من أنواع قسمة الرّقاب وهي القسمة البتّيّة التي تقضي على الشّيوع بصفة نهائيّة خلافا لقسمة المنافع التي هي مجرد قسمة مهيأة. وتجري قسمة الرّقاب إمّا رضائيّا وإما قضائيّا، وتخضع القسمة الرضائيّة إلى إرادة الشّركاء. وتتمّ القسمة القضائيّة بواسطة القضاء وهي لا تجري حسب الفقه الإسلامي إلّا فيما تماثل وتجانس من الأشياء، إذ يقسم فقهاء الشّريعة الأموال إلى أصول وعروض وحيوانات. فالأصول هي العقارات والعروض هي المنقولات. ولا تجوز القسمة القضائيّة للمنقولات إلّا عند تماثل الأجناس والأنواع، فكلّ جنس يقسم وحده وداخل الجنس الواحد كلّ نوع يقسم بدوره وحده. ويظهر أنّ موضوع القسمة في الفصل ينحصر في المنقولات دون العقارات وفي المنقولات التي تكون من نوع خاصّ أي "الأوراق العائليّة أو الأشياء التي تتّصل بعاطفة الورثة".

ومن أمثلة الأوراق العائليّة على معنى الفصل 141 م. ح. ع نذكر الصّور الفوتوغرافيّة التي تخلّد صُورا لأفراد الأسرة الواحدة، ومُختلف الشّهادات العلميّة وغير العلميّة كشهادة مناضل من أجل الحرية أو مقاوم

للاستعمار المسلمة إلى المورث أو إلى من سبقه من المورثين والتي اصطبغت بطابع عائلي أي تعلقت بأفراد الأسرة الواحدة في مفهومها كعائلة نواة أو موسعة دون أن تكون لها شخصية معنوية. أمّا الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة، فهي المنقولات التي لها قيمة معنوية بالنظر إلى قيمتها المادية إن وجدت مثل بنادق الصّيد أو الأوسمة الشرفية والميداليات الذهبية أو الفضية أو البرنزية. كلّ هذه الأشياء المنقولة تُعتبر من منقولات من النوع الواحد أي كتلة مستقلة وبالتالي يجب أن تقسم وحدها قسمة قضائية على غرار الفقه الإسلامي. يقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

" فقسمة القرعة بالتّقويم تسوغ في تماثل المقسوم ⁽¹⁾ .

ولا يتوقّف عمل المحكمة المتعهّدة بالقسمة عند تحديد الأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة العائلة بل يتعدّاه إلى القضاء ببيع الأشياء أو إعطائها إلى أحد الورثة بعد خصم قيمتها من نصيبه في الميراث أو بدون خصم مُراعيا في ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية أي أنّ المشرّع يُحيل القاضي عند اتّخاذ أحد هذين الحلّين إلى العرف التّونسي على غرار المذهب المالكي الذي يعتبر العرف مصدرا من مصادر التّشريع. وهو ما يبرز الصّبغة الواقعية للتّشريع.

ويخلص ممّا سبق أنّ المصدر الأساسي للأحكام المنظّمة للقسمة في مجلّة الحقوق العينية هو المذهب المالكي والمذاهب الأخرى التي تتفق معه، إلّا أنّ المشرّع لم يكتف بهذا المصدر بل استقى أيضا بعض الأحكام من القانون الفرنسي مثل التّخصيص بالأفضلية وبعض الأحكام الأخرى من العادات والأعراف التّونسية مثل بيع الأوراق العائلية أو الأشياء المتّصلة بعاطفة الورثة أو إعطائها لأحد الورثة.

لكن يُلاحظ أنّه رغم ما يشكّله المذهب المالكي من مصدر أساسي في مجلّة الحقوق العينية فإنّ المشرّع لم يستق منه كلّ ما تضمّنه من تفاصيل

(1) محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص 74.

وجزئيات تخصّ القسمة بل اكتفى باستلهاً المبادئ الكبرى التي تقوم عليها القسمة والتي من بينها حماية مصلحة الشركاء والمشاركين وتحقيق المساواة بين المتقاسمين وحماية الدائنين والمولّ عليهم والغائبين وتبسيط القواعد المنظّمة لها وتفادي مسالكها المتشعبة.

ويزداد إشعاع المذهب المالكي في مجلّة الحقوق العينية من خلال فقه القضاء الذي اتّخذ هذا المذهب بمثابة المصدر المادّي الذي يجب الرجوع إليه عند غموض النصّ التّشريعي أو سكوته ومن ذلك أنّ محكمة التعقيب أجازت لحكام الأصل اعتماد القرعة كطريقة لإجراء القسمة رغم سكوت المشرّع عنها وذلك لأنّ المذهب المالكي يُجيزها⁽¹⁾.

(1) اعتمدت محكمة التعقيب على تحفة ابن عاصم كأساس لقبول البينة بالشهادة في القسمة الرضائية. يراجع القرار التّعقيبي المدني عدد 13324 المؤرخ في 25 مارس 1986، المذكور أعلاه.

المالكيّة ومجلة الأحوال الشخصية

في مجلة الالتزامات والعقود

د.عبد المنعم العبيدي

- جامعة القيروان -

بداية لا بدّ من التذكير في إطار الضبط العقلي بأنّ أصل الأفكار خيارات وأصل الخيارات مرجعيّات، والقانون يكسب الفكرة "ثقلها الرّسّي"⁽¹⁾ عبر التّقنين، والمرجعيّة تكسب القانون ثقله المجتمعي عبر التّأصيل، وبين ثالوث الفكرة والخيار والمرجعيّة برزت للوجود مجلّة الأحوال الشخصية التي حاول المشرّع عند صياغتها التّوفيق بين ثنائيّة التراث والحداثة، فلم يُهمل في تقنينها التطوّر الحاصل في القوانين المقارنة ولم يتخلّ في تأصيلها عن ثقافته العربيّة الإسلاميّة، ويكفي تأكيداً لهذه الفكرة العودة للظّروف التي صدرت فيها هذه المجلّة⁽²⁾ التي تثبت أنّ المشرّع كان

(1) العبارة للأستاذ أحمد بن طالب في مقاله مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود، 1906، 2006، أعمال ملتقى نظمته وحدة البحث بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 285.

(2) يجب التذكير هنا أن مجال الأحوال الشخصية قد بقي طوال فترة الاستعمار عصياً على المستعمر الفرنسي، فهذا المستعمر الذي طالبت يده عديد المجالات القانونية قد كان حذراً من التدخل في مسائل الأحوال الشخصية فلم يطل هذا المجال بصفة مباشرة والغالب على الظن أنّه كان يتخوّف من ردود الأفعال، والنتيجة من ذلك هي بقاء هذا المجال الخاص من القانون مؤصلاً في جذوره الإسلاميّة بدلالة خضوعه المباشر في تلك الفترة للفقهاء المالكي والفقهاء الحنفي.

مع ملحوظة بسيطة قوامها أنّ القانون لم يخل هنا وهناك من بعض النصوص التي لها علاقة بمجال الأحوال الشخصية، ومثاله الفصل 241 م. ا. ع، والفصل 553 م. ا. ع، والأمر العلي المتعلق باللقطة البرية لسنة 1932، فهذه النصوص وغيرها رغم ما أثارته وتثيره من جدل لم تنل من أصول قانون العائلة. لكن حقيقة الوضع القانوني ليست بهذه البساطة لأنّ المستعمر الفرنسي لم يشأ أن يغادر إلا بعد أن فسخ هذا

محكوما عند سنّها بهاجسين، أولهما الرّغبة الملحّة التي كانت تحدوه في أن يكون لتونس تشريع عصريّ في مادّة الأحوال الشخصية سعيا لمواكبة التطوّر الحاصل في القوانين المقارنة بغاية تطوير المجتمع⁽¹⁾. وثانيتها رغبتة في عدم الانبثاق عن الحضارة والثقافة العربيّة الإسلاميّة.

ويمكن أن يقع إرجاع أسباب الهاجس الأوّل وهو إيجاد تشريع عصري في مادّة الأحوال الشخصية لسببين على الأقل:

سبب مباشر: يتمثّل في الرّغبة في مُجاهاة ما عسى أن تتمسّك به السّلطات الفرنسيّة من عدم وجود مثل ذلك التّشريع في مفاوضات دقيقة حول توحيد المحاكم، أي المحكمة الشرعيّة والمحكمة الموسوعيّة والمحكمة الفرنسيّة وتعويضها بمحكمة وطنية⁽²⁾، خاصّة وأنّ تلك السّلط الاستعماريّة قد تمسّكت بعدّة دفعوعات من بينها أنّ قانون الأحوال الشخصية هو قانون قديم أكل عليه الدّهر وشرب يعامل المرأة مُعاملة سيّئة على جميع الأصعدة⁽³⁾.

سبب عميق: يتمثّل في تأثر زعماء التحرّر الوطني في تلك الفترة بأفكار الرّواد والجيل الثّاني للتّهضة التي كان لها أثر عميق في صياغة نصوص المجلّة سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولعلّ من أبرز مظاهر الحضور الصّريح

المجال وأخص بالذكر هنا قرار 30 أفريل 1942 الذي شرّع البغاء العلني لضرب مقوّمات الأسرة عبر إحداث القطيعة بين الدلالة الأخلاقية للعرض ودلالته الاجتماعية بجعله حقا لصاحبه يجوز له أن يتصرف فيه بالرضا الصحيح ما عدا الحالات الحصرية التي جرّمها القانون.

(1) محمد المنصف بوقرة: مجلة الالتزامات والعقود أمام قاضي الأحوال الشخصية، كتاب مانوية مجلة الالتزامات والعقود، 1906 – 2006، مركز النشر الجامعي، تونس 2006 ص 321.

(2) ساسي بن حليمة: قانون العائلة بين التطور والجمود: مجموعة لقاءات الحقوقيين، العدد الثامن تأثر القرن العشرين في القانون التونسي الخاص أشغال الملتقى المنعقد أيام 23-24-25 أفريل 1998، تونس، 2000، ص 40.

وانظر بخصوص التنظيم القضائي بتونس قبل الاستقلال:

- الشيباني بن بلغيث: النظام القضائي في البلاد التونسية: 1857 – 1921: "مكتبة علاء الدين، صفاقس، تونس، الطبعة الأولى 2002.

- H.Dabbab et T. Abid: "la justice en Tunisie: Histoire de l'organisation Judiciaire (essai) de 1856 à l'indépendance" publications du centre d'études juridiques et judiciaires, Tunis, Imprimerie de l'Édition du nord, 1998.

(3) ساسي بن حليمة: مقال سابق، ص 40.

والمعلن لتلك الأفكار التي جسدها خاصة محمد عبده والظاهر الحدّاد، منع تعدّد الزّوجات وتنظيم الطّلاق لدى المحكمة وإقرار حرّية التّعبير عن الرضا في الزّواج وغيرها من الأحكام التّحديثيّة التي احتلت حيزًا مهمًا من نصوص المجلّة ميّزت ما أحدثته من تغيير وإصلاح⁽¹⁾، وأثارت في نفس الوقت معارضة عديد رجال الدّين وقضاة المحاكم الشرعيّة⁽²⁾.

أمّا الهاجس الثّاني والمتمثّل في الرّغبة في عدم الانبتات عن الفقه الإسلامي والإسلام فيتمظهر بدوره في:

أولاً: أنّ مجال الأحوال الشخصية خلفيّة تاريخيّة أضفت على أحكامها بعد القداسة، زاد في تكريسها الصّراع ضد الاستعمار الفرنسي، وساهم بورقبيّة في الدّفاع عن ضرورة كفّ يد المستعمر عن المسّ بهذا القطاع وكان من أهمّ المستندات الآية التي خاض بها بورقبيّة معركة التّجنيس، وهي كما بيّن ذلك في خطاب له، قوله تعالى في سورة النساء الآية 65 "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا" ثمّ تلا ذلك دفاعه عن محاكم الشّرع في مواجهة سعي السّلطات الفرنسيّة لمحاولة تزوير المؤسّسات الأهليّة، وبذلك ارتبط مجال الأحوال الشخصية بالإسلام نصًا وتاريخًا وهذا ما جعل التّعامل معه تعاملًا خاصًا⁽³⁾.

ثانياً: الحضور القويّ والصّريح للمعجميّة الإسلاميّة في نصوص مجلّة الأحوال الشخصية بالرّغم من عدم ذكر هذه المجلّة ولو لمرة واحدة كلمة

(1) محمد رضا الأجهوري: الجذور التاريخية لمجلة الأحوال الشخصية، الرشيد للطباعة والنشر، الطبعة الأولى أفريل 1999، ص 13 وص 44، وما بعده.

- لطفي حّيّ: بورقبيّة والإسلام، الزعامة والإمامة، دار الجنوب للنشر- تونس، الطبعة الأولى 2004، ص 57. - عبد المجيد الشرفي: الإسلام والحداثة، مرجع سابق، ص 163.

- محمد الشرفي: الإسلام والحرية الالتباس التاريخي، دار الجنوب للنشر، تونس: ط 2، 1998، ص 19.

(2) Y. Ben Achour : politique, religion et droit dans le monde arabe, Cérés productions-CERP Tunis 1992, p216 et s.

- محمد بن إبراهيم بوزغيبية: حركة تقنين الفقه الإسلامي للبلاد التونسية (1857-1965) د ط، مركز النشر الجامعي 2003، ص 292-293-294.

(3) لطفي حجي: مرجع سابق، ص 54-55.

دين إسلامي أو إسلام، ومن ذلك مثلا استعمال مصطلحات من قبيل "المهر" و"العدة" و"التعصيب" و"الفرض" و"الحجب" وغيرها.

ثالثا: استعمال التبرير الديني لتمرير الأفكار التحديثية الجديدة، وهو ما جعل وزارة العدل آنذاك تحرص على نشر تصريح يرفق بصفة دورية في الطبقات الأولى لمجلة الأحوال الشخصية، حرصت فيه على إبراز المجلة بمظهر التشريع الجديد المتماشي مع روح التشريع الإسلامي دون أن يكون مُتعارضاً معه بالنسبة لما بدا من المتجه التجديد في شأنه، وكان ذلك من قبيل محاولة إقناع الرأي العام الداخلي والخارجي بأن المجلة لم تكن مُتناهية مع أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

ومن ذلك مثلا المحاججات الدينية التي دخلت فيها السلطة عندما حاولت تبرير بعض المسائل وتأكيد ارتباطها الوثيق بالدين، وخاصة مسألة منع تعدد الزوجات، حيث وقع اعتماد منهج يؤسس للقانون من داخل الرؤية الدينية لا من خارجها⁽²⁾، فوقع الانطلاق من فكرة أن التشريع الإسلامي نفسه يرمي إلى تفضيل الزوجة الواحدة حسبما تُشير إلى ذلك الآية 3 من سورة النساء "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً" وكذلك الآية 129 من نفس السورة "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ" التي

(1) ساسي بن حليمة: مقال سابق، ص 43.

وعموما فإن هذا التبرير الديني كان حاضرا أيضا عند تنقيح نصوص المجلة ومثاله الندوة الصحفية التي عقدها كاتب الدولة للعدل يوم 28 فيفري 1964، بقاعة المحاضرات بكتابة الدولة للعدل بمناسبة إصدار المرسومين عدد 1 و2، المؤرخين في 20 فيفري 1964، ومن بين ما تمسك به وزير العدل آنذاك قوله: إن تعدد الزوجات هو غير محجّر بالتصريح اللفظي الواضح في القرآن الكريم ولكن في الواقع محجّر بصريح المعنى، إذ أباح المشرع الزواج حسبما جاء بالقرآن الكريم بثانية وثالثة ورابعة. لكن الله عز وجل اشترط أن يسوى بين الزوجات ويعدل بينهم العدل الكامل الشامل يعني عدلا مطلقا بين الزوجات، وقد اتفق جميع الفقهاء على أن هذا الشرط - شرط العدل - شرط استحالة حيث جاء في القرآن قوله تعالى "ولن تعدلوا" ولن تفيد التأييد وظهر أنه بمنعنا لتعدد الزوجات قد رجعنا إلى المصادر الإسلامية الفقهية بحيث سايرنا عصرنا مع عصر الأمم المتحضرة في حين أننا رجعنا بموطئنا إلى الفقه الصريح، إلى الإسلام المفهوم فهما حسنا، وبعبارة أخرى رجعنا إلى منابع الإسلام. انظر ق ت عدد3، لسنة 1964، ص 5، وما بعدها.

(2) لطفي حجي: مرجع سابق، ص 57.

- محمد الشرفي: الأحوال الشخصية التونسية بين التشريع والقضاء وبين الإصلاح الهائل في الماضي والإصلاح المنشود في المستقبل، منشور بـ Droit et culture, mélange en l'honneur de doyen Yadh Ben Achour. C.P.U, 2008, p 428.

تجعل من تعدّد الزوجات هو الافتراض الأقلّ احتمالاً والأقلّ محبّة عند الله تعالى، فهنا تأكيد على الاستحالة وهما متكاملان⁽¹⁾ فيكون من الأولى حسب هذا التّأويل منع التعدّد لا بإباحته.

كما تبرز أيضاً هذه الرّغبة في إضفاء المشروعيّة الدّينيّة على المجلّة في حرص السّلطة السياسيّة على أن يبارك محتوى هذه المجلّة كبار رجال الدّين في تونس آنذاك⁽²⁾.

عموماً لأن كان الإطار العام لصدور مجلّة الأحوال الشخصية يفسّر إلى حدّ ما هاجساً مركزياً سكن المشرّع يتمثّل في رغبته الملحّة في التّوفيق بين التراث والحداثة، فإنّ هذا الهاجس عينه هو الذي جعل للفقه المالكي حضوراً متميّزاً داخل المجلّة، إذ رغم عدم إلزام المشرّع نفسه بالتقييد بهذا الفقه في إطار منهجيّة قائمة على تخليص القانون الوضعي من الرّؤية الفقهيّة الواحدة، إلّا أنّ الثّقل التّاريخي لهذا المذهب في البلاد التّونسيّة⁽³⁾

(1) الصادق بلعيد: القرآن والتّشريع، قراءة جديدة في آيات الأحكام، مركز النشر الجامعي، طبعة ثانية، 2000، ص 10.

(2) انظر مثلاً تصريح الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور والشيخ جعيط بجريدة العمل "لسان حال الحزب الدستوري آنذاك بتاريخ 04 أوت 1956، وقد أورد هذين التصريحين محمّد رضا الأيجوري: مرجع سابق ص 169 و170 و174. وما يجب التأكيد عليه في هذا الإطار أن هذه التصريحات وقعت قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية أما بعد صدورها فإن الشيخ جعيط مثلاً قد صرح بأن سبعة فصول في مجلة الأحوال الشخصية لا تتماشى مع الحكم الشرعي في نظره وهي على التوالي الفصول 14 و18 و19 و21 و30 و35 و88، وأكد بعد ذلك في مقال نشرته جريدة الاستقلال آنذاك بتاريخ 14 سبتمبر 1956، أنه لم يصرح بصحة تطوير وتغيير الأحكام الواردة في القرآن والسنة بل عبر عنها بالجوهري وأكد وجوب المحافظة عليها.

راجع بهذا الخصوص :- محمد بن إبراهيم بوزغبيّة: مرجع سابق، ص 389-392.

(3) المذهب المالكي نسبة إلى الإمام دار الهجرة مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، سليل بيت العلم. فجدّه مالك تابعي كبير، وجدّه الأعلى أبو عامر صحابي جليل، ونسبته إلى قبيلة ذي أصبح اليمانية، جاء أحد أجداده إلى المدينة وسكنها وتناسل حتى ولد له هذا الإمام سنة 93 هـ، أثر المدينة فظل فيها طوال حياته لم يجرج منها إلّا للحج، وتوفي سنة 179 هـ في خلافة الرشيد. ألف كتاب الموطأ وأقام في تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة، وقد جمع فيه بين الحديث والفقه. ومن الكتب التي حفظت المذهب كتاب المدونة التي رواها سحنون عن بن القاسم عن الإمام مالك رضي الله عنه، وغيرها من الكتب. وقد كان للإمام مالك تلاميذ كثيرون، تفقهوا عليه، ثم نشروا مذهبه في الشرق والغرب نذكر منهم: أبو عبد الرحمان بن القاسم، أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم، وأشهب بن عبد العزيز القيسي، وأبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري، وأصبغ بن الفرج الأموي، ومحمّد بن إبراهيم الاسكندري المعروف بابن المواز، ومنهم أيضاً:

أسد بن الفرات التونسي النشأة أخذ الفقه عن مالك، ثم انتقل إلى العراق، وأخذ عن أصحاب أبي حنيفة، ثم جاء إلى مصر وعرض على بن القاسم ما أخذه من فقه الحنفيّة، فأفتاه في هذه المسائل بحكمها في مذهب مالك. فرتب ذلك في كتاب سمي بالأشدّيّة. ومع هذا الفقه والرحلات كان مجاهداً عظيماً تولى قيادة جيش لغزو صقلية فمات فيها شهيداً سنة 213 هـ.

قد جعله أحد الدّعائم الأصوليّة التي قامت على أساسها مجلّة الأحوال الشخصية، وجعل من آراء فقهاء أحد أهمّ المصادر الموجهة للخيارات التشريعيّة زمن صدور المجلّة وأثناء سيرورة تطبيقها في الزمن.

ولعلّ هذا الحضور المتميّز للمالكيّة صلب مجلّة الأحوال الشخصية هو الذي يستدعي التذكير بالسياسة التشريعيّة صلب مجلّة الأحوال الشخصية، هذه السياسة القائمة على التعدّد لا على الاجتثاث، بمعنى أنّ المشرّع - وكخيار تشريعي - يعدّد من مصادره الماديّة ويخرج أحيانا على المصادر الإسلاميّة ولكن هذا التعدّد بل والتنوّع لا يعني إطلاقا التخلّص من الفقه الإسلامي ومن ورائه الفقه المالكي. وهذه السياسة الواضحة في خلفيّة المشرّع بما لها وما عليها تتعرّض اليوم إلى محاولة التفاف من قبل البعض في اتجاه التخلّص - كهدف استراتيجي - من المرجعيّة المالكيّة والفقهية على حدّ السواء، وهذا الموقف الإقصائي هو الذي يدفعنا إلى تبرير أسباب تناول هذا الموضوع بالدراسة عبر حوصلة هذه الأسباب في مسائل أساسية ثلاث :

1. التّحامل الممنهج من قبل البعض على الفقه الإسلامي وعدم إنصافه برفض كلّ ما أفرزه من حُلُول، أقول تحاملا ممنهجا لأنّ الواقع القانوني أثبت في العديد من الحالات أنّ ما وقع انتقاده من حُلُول أخذها المشرّع من الفقه الإسلامي هي عينها التي انتهت إليها القوانين المقارنة في أوج تطوّرها، ومثاله الانتقاد الذي وجهه البعض من رجال القانون إلى الحلّ المتعلّق بالوفيات المتزامنة الذي أخذه المشرّع عن الفقه المالكي وكرّسه بالفصل 86 م. أ. ش والقاضي بعدم توريث من جهلت وفاتهم من بعضهم البعض، وهذا الرأْي

. سحنون وهو عبد السلام بن سعيد التنوخي. أصله شامي من حمص ولد سنة 160 هـ، ثم انتقل إلى القيروان مع أبيه، فأخذ العلم عن علمائها، ثم انتقل إلى مصر، وأخذ فقه مالك من ابن القاسم وأشهب وابن وهب، ولقد عرض على ابن القاسم مدونة أسد بن الفرات فصحبها له، ثم رجع بها إلى القيروان ونشرها هناك، وتولى القضاء في عهد بني الأغلب مجانا، فلم يكن يأخذ عليه أجرا، بل يأخذ لأعوانه فقط، وتوفي سنة 230 هـ ومذهب مالك تنتقل في بلاد كثيرة وهو الآن الغالب في بلاد المغرب كلها.

راجع للتوسع: محمد مصطفى شليبي: المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط 10، 1985، ص 184 وما بعدها.

المشهور في الفقه المالكي هو ما رُوي عن أبي بكر الصديق وزيد بن ثابت وابن عباس ومُعَاذ والحسن بن عليّ رضي الله عنهم، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه، ويرى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمان بن عوف⁽¹⁾ وهو رواية عن الإمام أحمد⁽²⁾.

لكن وبما أنّ الفصل 86 ذو جذور إسلاميّة ثابتة فقد اعتبر البعض⁽³⁾ أنّ الحلّ السّلبى المكرّس به يبرز عدم تكليف المشرّع نفسه شقاء البحث عن

(1) عبد الكريم بن محمد اللّاحم: الفرائض، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1986، ص 108.
 - ابن قدامة المقدسي: المغني، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، دط، 1981، ج6، ص 308 وما بعده.
 - الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003، ج6، ص 589.
 - ابن جزى: القوانين الفقهية، دار الحديث، القاهرة، دط، 2005، ص 319.
 - أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر الزّكاري الفاسي: حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي لفرائض مختصر العلامة خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص 187.
 - ابن رشد القرطبي الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، ج2 ص 526.
 - أبو حامد محمد بن أحمد الغزالي: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط1، 2004 ص 249.
 - المدونة الكبرى للإمام مالك ابن أنس الأصبحي، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى، 1994، ج2، ص 593.
 - ويجب أن نلاحظ هنا أنه قد أثبتت الآثار الصحيحة أن الوفيات الجماعية لم يترتب عنها الميراث حيث ذكر الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، ط2، 1985، ج6، ص 154 ما نصه: "وذكر من طريق عبد العزيز بن محمد بن جعفر عن جعفر بن محمد عن أبيه: "أن أم كلثوم بنت عليّ ﷺ توفيت هي وابنها زيد بن عمر بن الخطاب في يوم، فلم يدر أيهما مات قبل، فلم ترثه، ولم يرثها، وأن أهل صفين لم يتوارثوا، وأن أهل الحرة لم يتوارثوا" قال الحاكم "إسناده صحيح" ووافقته الذهبي وهو كما قال".

وذكر الألباني، نفس المرجع، ص 153 أن الأثر المروي عن الشعبي ونصه: "وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض " بأنه ضعيف.

(2) ابن قدامة: مرجع سابق ج6، ص 309.

- محمد الزحيلي: الفرائض والموارث والوصايا، دار الكلام الصيب، دمشق، بيروت، ط1، 2001، ص 355.
 - صالح بن فوزان بن عبد الله آل فوزان: الملخص الفقهي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دط، 2003، ص 518.

(3) محمد الشرفي وعلي المرغني: أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، دط، 1995، ص 151.

حلول أكثر جدوى وأكثر واقعية واقترحوا الاقتداء بالطريقة التي توخاها المشرع الفرنسي بالفصل 720 قديم م. م. ف وما بعده الذي نصّ على العديد من القواعد والأحكام لتحديد أيّ الهالكين توفّي قبل الآخر. وبالعودة إلى الفصول 720 قديم وما بعده من م. م. ف نجدها تنصّ على أنّه في صورة الهالك الجماعي لأشخاص تربطهم صلة وراثية دون إمكانية التعرف على الترتيب الزمّني للوفيات فإنّه يعمل بالمعطيات والظروف التي جرت فيها واقعة الهلاك. وفي صورة انعدام هذه المعطيات فقد تكفل الفصلان 721 قديم و722 قديم م. م. ف بتقديم حلول افتراضية باعتماد معياري السنّ والجنس. فإذا كان الهالكون دون 15 سنة يفترض أن يكون الأصغر سنّاً هو الذي توفّي أولاً، وإذا كان سنهم فوق 60 سنة فإنّ الأكبر سنّاً هو الذي يفترض أنّه مات قبل الأصغر، وإذا كانت أعمارهم خليطاً بين الصنّفين السّابقين فالمفترض أن يكون الأصغر سنّاً هو الذي مات بعد الأكبر، أما إذا كان عمر الهالكين يتراوح بين 15 و60 سنة فيفترض أن يكون الذكور قد ماتوا بعد الإناث.

ولكن يبدو أن هذه الحلول والافتراضات القانونية لم تصل إلى إدراك الحقيقة الواقعية لذلك تدخل المشرع الفرنسي وتخلّى عن هذه الأحكام بإلغائها بقانون 3 ديسمبر 2001 والذي دخل حيّز التنفيذ في غرة جويلية 2002، وقد أصبحت مسألة الوفاة الجماعية المتزامنة محكومة بالفصل 1725 م. م. ف الذي نصّ على أنّه "في حالة هلاك شخصين في حادث واحد، ويكون لأحدهما حقّ بأن يرث الآخر فإنّ الأسبقية في الوفاة تحدّد بكلّ الوسائل. وإذا كان من المستحيل تحديد هذه الأسبقية، فتوزّع تركة كلّ من الاثنين من دون أن يرث فيها أحدهما الآخر. هذا مع العلم بأنّه إذا كان لأحد المتوفّين فروع، فإنّ لهؤلاء الحقّ في الحلول محلّ مورثهم في إرث المتوفّي الآخر في حالة تمتّعهم بحقّ التمثيل".

ومن هنا يبرز رجحان الخيار التشريعي في الاعتماد على الرأى الفقهي الذي أثبت أنّه سبّاق بقرون للقانون الفرنسي المرجع الأوحّد لبعض العقول.

2. الهجمة العلمانيّة الجديدة وإعادة محاكمة الفقه الإسلامي ومن خلاله النصّ القرآني، وهو ما يبرز من مشروع لجنة الحرّيات الفرديّة والمساواة، هذه اللّجنة التي انتصبت كلجنة تصفية للتّصوص الوضعيّة ذات الخلفيّة الإسلاميّة في محاولة لفك الارتباط بين المصادر الشكليّة للقانون ومصادره المادية الإسلاميّة، وغايتها من ذلك أن يعتقد الدارس للقانون ومن تلقاء نفسه أنّ مدرسة الفقه الإسلامي (ومن ورائها الإسلام) غير موجودة أصلاً أو أنّنا في أحسن الحالات لم نعد بحاجة إليها. وهذا يذكّرنا - مع فارق - بتوجهات وزارة التّعليم الفرنسيّة في أواخر القرن التّاسع عشر في إطار قانون تعميم التّعليم الصّادر في 28 مارس 1882 حيث جاء به صراحة أنّه يجب أن " نتجنب ذكر أي شيء عن الله للطفل البالغ من العمر سبع سنوات على امتداد ساعات التّدرّس التي يتلقاها يوميًا، وذلك ليشعر هذا الطفل تلقائيًا أنّ الله غير موجود أصلاً، أو أنّنا في أحسن الأحوال لم نعد بحاجة إليه".

3. المفارقة التي تستدعي الوقوف للدراسة إذ رغم حملات التّشكيك في نجاعة الفقه الإسلامي ومحاولات اجتثاثه من القانون الوضعي إلا أن هذا الفقه بمدارسه المختلفة يبقى عصياً عن الاجتثاث وبقاؤه مصدراً مادياً للقانون الوضعي دليل على أنّه فرض وجوده باعتباره مدرسة قانونيّة قائمة الذات متكاملة اللبنة لها ثوابتها من الأصول ومتغيّراتها من الفروع، وبين جدليّة الثّابت والمتغيّر استطاعت هذه المدرسة أن تتأقلم مع التّغيرات الاجتماعيّة التي تشهدها دُول العالم الإسلامي اليوم ومن بينهم البلاد التونسيّة.

عموما يبدو أنّ الحضور الواضح للفقه الإسلامي صُلب مجلّة الأحوال الشخصية مسألة محسومة وغير جداليّة، ولذلك سنحاول من خلال هذه المداخلة أن نتحسّس حضوراً مخصوصاً لأحد المدارس الهامّة في هذا الفقه وهي المدرسة المالكيّة عبر طرح الإشكال التّالي: كيف يبرز تعامل المشرّع مع الفقه المالكي باعتباره أحد المصادر الماديّة الهامّة لمجلّة الأحوال الشخصية؟

من الثابت أنّ المشرّع صلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة قد جعل من المالكيّة ممرّ العبور القانوني نحو المدرسة الفقهيّة لذلك نجده يلجّ الفقه الإسلامي من بوابة الفقه المالكي (جزء أوّل)، ويلجّ الفقه المالكي من أبواب متعدّدة (جزء ثان).

الجزء الأوّل: المشرّع يلجّ الفقه الإسلامي من بوابة المذهب المالكي

لقد كان للثقل التّاريخي للمذهب المالكي دورا حاسما في جعله ممرّ العبور التّشريعي نحو الفقه الإسلامي، وهو ما يتّضح من الحضور البارز لهذا المذهب صلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة منذ صدورها إلى اليوم، إذ كان - ولا زال - مصدرا أساسيا حيننا (الفرع الأوّل) مبدئيّا حيننا آخر (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: المذهب المالكي مصدرا أساسيا:

إنّ القول بأنّ المذهب المالكي يُعدّ مصدرا أساسيا في إطار مجلّة الأحوال الشّخصيّة يستدعي بداية إبداء ملحظين اثنين:

الأوّل: يتعلّق بالمصدر إذ لا خلاف بأنّ هذه العبارة تُحيل إلى الطبيعة الماديّة للمصدريّة لا إلى طبيعتها الشّكليّة، بمعنى أنّ المذهب المالكي هو مصدر ماديّ لأحكام مجلّة الأحوال الشّخصيّة وليس مصدرا شكليا⁽¹⁾، ولكن تكريس أحكام هذا المذهب - كما باقي المذاهب الإسلاميّة - مُباشرة في المصدر الشّكلي جعله مكوّنا لمضمون هذا المصدر ومندمجا فيه بشكل قلّص الفرق بينهما⁽²⁾ رغم وجوب التّأكيد دائما على أنّ المصدر الشّكلي يبقى فقط مقصورا على التّقنين المكتوب، والمهمّ أنّ هذا التّكريس المباشر للمصدر الشّكلي في المصدر الماديّ قد وُلد نوعا مخصوصا من التّرابط امتدّت أهميّته

(1) راجع بخصوص التمييز بين المصادر المادية والمصادر الشّكلية:

. محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظرية العامّة، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسميّة للجمهورية التونسيّة، ط1، 2002، ص 54، وما بعدها.

S.Mellouli : droit civil, introduction à l'étude du droit, Imprimerie officielle de la république tunisienne, tunis 2000, n199.

(2) محمد كمال شرف الدين: مرجع سابق، ص 56.

إلى مجال التأويل - الفقهي والقضائي- الذي لا يمكن أن ينتهي إلى النتيجة التي تغيهاها المشرّع إلا بالعودة وُجوباً إلى منابع المصادر الشكلية وأصولها.

الثاني: ويتعلّق بأساسيّة المذهب المالكي باعتباره مصدراً للأحكام الواردة بمجلة الأحوال الشخصيّة إذ هذه الصّفة لا تعني مطلقاً أنّ المذهب المالكي هو المصدر الوحيد لأحكام تلكم المجلة بل هو أحد مصادرها الهامة التي لم تقتصر عليه بل تنوّعت وتعدّدت فانفتحت على غيره من المذاهب والآراء الموجودة في الفقه الإسلامي حيناً، وامتدّت في بعض الأحيان إلى مصادر أخرى لا علاقة لها أصلاً بالفقه الإسلامي.

عموماً يبدو أنّ الحضور المالكي كمصدر أساسيّ صُلب مجلة الأحوال الشخصيّة قد اتّخذ مظهرين اثنين الأوّل يبرز من خلال تعدّد النصوص التي استمدّها المشرّع صراحة من هذا الفقه ويكفي العودة لمختلف فصول المجلة للتأكد من هذا الحضور الصريح والمعلن لآراء فقهاء هذا المذهب، فالفصل 1 من م. أ. ش المتعلّق بالمراكنة قد كان نقلاً للمادّة 1 من لائحة الشّيخ جعيّط، والفصل 2 م. أ. ش المتعلّق باسترداد الهدايا عند العُدول عن الخطبة مأخوذ من المادّة 4 من لائحة الشّيخ جعيّط، واشتراط الإشهاد لصحة الزّواج صلب الفصل 3 م. أ. ش قد أخذ من المادّة 8 من لائحة الشّيخ جعيّط، والفصل 7 م. أ. ش المتعلّق بزواج المحجور عليه لسفه قد أخذ من المادّة 15 من ذات اللائحة، والفصل 9 م. أ. ش المتعلّق بتوليّ الزّواج من الزّوجين وإمكانية التوكيل لذلك مأخوذ من المادّة 79 من اللائحة، وإثبات خيار الشّروط في الزّواج الوارد بالفصل 11 م. أ. ش مأخوذ من المادّة 24 من اللائحة، والفصل 15 م. أ. ش المتعلّق بالمحرّمات من القرابة مأخوذ من المادّة 42 من اللائحة، والفصل 16 م. أ. ش المتعلّق بالمحرّمات من المصاهرة مأخوذ من المادّة 43 من اللائحة، والفصل 20 م. أ. ش مأخوذ من المادّة 47 من اللائحة، والفصل 26 م. أ. ش المتعلّق باختلاف الزّوجين في متاع البيت فالحكم الوارد به بخصوص المعتاد للرجال والمعتاد للنساء والبضائع التجاريّة مأخوذ من المادّة 177 من اللائحة، والفصل 33 م. أ. ش المتعلّق

بتشطير الصّداق في حال وقوع الطّلاق قبل الدّخول مأخوذ من المادّة 123 من اللائحة، والفصل 38 م. أ. ش المتعلّق بواجب النّفقة المحمول على الزّوج مأخوذ من المادّتين 630 و661 من اللائحة، والفصل 39 م. أ. ش المتعلّق بإعسار الزّوج المطالب بالنّفقة مأخوذ من المادّتين 653 و654 من اللائحة، والفصل 40 م. أ. ش المتعلّق بغيبة الزّوج المطالب بالنّفقة مأخوذ من المادّة 658 من لائحة الشّيخ جعيط، والفصل 45 م. أ. ش المتعلّق بنفقة الأولاد مأخوذ من المادّة 727 من اللائحة، والفصل 71 م. أ. ش المتعلّق بأدنى مدّة الحمل مأخوذ من المادّة 542 من اللائحة، والفصل 74 م. أ. ش المتعلّق بإنكار النّسب بعد الاستلحاق مأخوذ من المادّة 592 من اللائحة، والفصل 76 م. أ. ش الذي حدّد آثار نفي الأبوة من قطع النّسب وتأييد الحرمة مأخوذ من المادّة 573 من اللائحة، والفصل 79 م. أ. ش المتعلّق بمتاع اللّقيط مأخوذ من المادّة 609 من اللائحة، والفصل 81 م. أ. ش الذي عرّف المفقود مأخوذ من المادّة 764 من اللائحة، والفصل 83 م. أ. ش الذي بيّن حكم المفقود الذي لم يكن له وكيل مأخوذ من المادّة 774 من اللائحة، والفصل 84 م. أ. ش المتعلّق بحكم الوكالة أثناء الغيبة مأخوذ من المادّة 775 من اللائحة.

ويعكس هذا العرض السّريع غير الإحصائي لتواجد المالكية صلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة خياراً تشريعيّاً مقصوداً ذي غايات متعدّدة الأبعاد فهو في الحقيقة يضبط الإطار المرجعي للنّمط المجتمعي الذي وقع اختياره للعائلة التونسيّة، هذه العائلة التي أوثق المشرّع تأصيلها في الثقافة العربيّة والإسلامية، وهذا التّأصيل لعب فيه المذهب المالكي دور تحديد النّعمة في قانون الأسرة، إذ العائلة في إطار مجلّة الأحوال الشّخصيّة هي تحديداً العائلة الشّرعيّة القائمة على أساس وحيد هو الزّواج الذي استوفى أركانه وشروطه، وما دون ذلك من علاقات لا يقوى على تأسيس العائلة قانوناً بقطع النّظر عن الشّكل الذي أفرغ فيه، ومن هنا تبرز أهمية الفصل 1 من م. أ. ش الذي نفى عن الخطبة صبغة العقد⁽¹⁾ ولم يترتب عن وجودها الآثار

(1) ساسي بن حلّيمة: مرجع سابق، ص 32.

القانونية المترتبة عن الزواج، وهذا النفي المقصود⁽¹⁾ حمّال أوجه إذ أقصى من خلاله المشرّع الاعتراف القانوني بالآثار التي يمكن أن تترتب عن العلاقات الجنسية بين المرأة والرجل خارج الزواج، وأكد تمسكه بالرؤية الإسلامية لضوابط العلاقات الجنسية التي لا يسمح بها مدنياً إلا في نطاق الشرعية، وهذا الخيار الإسلامي ذو الجذور المالكية يُعدّ من ثوابت مجلة الأحوال الشخصية التي أحكمت ضبط إطاره العامّ صُلب الكتاب السادس المتعلّق بالنسب والكتاب التاسع المتعلّق بالميراث وأكد المشرّع تمسّكه بهذا الخيار التشريعي بالقانون عدد 75 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائليّ للأطفال المهملين أو مجهولي النسب. إذ بمفهوم المخالفة تبقى أحكام النسب بمجلة الأحوال الشخصية أحكاماً خاصة بالأطفال الشرعيين دون سواهم طالما أنّ المشرّع أقرّ بهذا القانون أحكاماً خاصة بغيرهم من الأبناء⁽²⁾. وهذا الخيار التشريعي يؤكّد بصفة قاطعة على أنّ الوجود المالكي صُلب مجلة الأحوال الشخصية هو وجود تأصيليّ ثابت لا مجرد وجود تبريري فقط، والحجّة في ذلك أنّ المشرّع قد استنكف عن تليفيق الآراء غير الراجحة في كتب الفقه الإسلامي لإيجاد موطئ قدم فقهيّ لتبرير إثبات نسب ابن الرّنا⁽³⁾ واختار وعياً منه برجحان الحجج المالكية أن يعتمده مذهباً أساسياً في تكريس رؤيته لما يجب أن تكون عليه العائلة التونسية.

وهكذا كان المذهب المالكي حصن المشرّع ضدّ الهزّات الاجتماعية التي تشهدها المجتمعات الغربية واستنكف بتأثير من هذا المذهب عن الانخراط فيها إذ لا زال يتمسّك بالزّواج ملاذاً وحيداً للنشاط الجنسي وتكوين الأسرة بل ويعتبره صفقة رابحة للمجتمع لما يوقّره من فوائد ومزايا اجتماعية متنوّعة، والمشرّع بهذه الرؤية يتمسّك في الحقيقة بالأسس الثقافية للمجتمع التونسي الذي يشدّ شعبه بالتّواجد على تعاليم الإسلام

(1) محمد كمال شرف الدين: مرجع سابق، ص 56.

(2) راجع: عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار الكتاب تونس، ط 1، 2016، ص 398 وما بعدها.

(3) راجع بخصوص هذه الآراء: عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث، مرجع سابق، ص 389، وما بعدها.

ومقاصده السّمحاء، هذه التّعاليم والقاصد التي يستحيل أن تتلاءم مع حجم الانحلال الرّهيب الذي وصلت له المجتمعات الغربيّة التي تحت شعار الدّفاع عن حقوق الإنسان والحريّات الفرديّة وضعت مؤسّسة الزّواج محلّ تساؤل، إذ تحت هذا الشّعار بالذّات قد أطلقت الإباحيّة الجنسيّة إلى حدّ الغلوّ والاتّجاه الآن في كلّ المجتمعات الغربيّة- تحت ضغط ما يُسمّى بالانفجار الجنسي- هو الاعتراف بالعلاقات الجنسيّة خارج الزوجيّة، قبل الزّواج وبعده وخلاله، ما لم يكن هناك اغتصاب أو استدراج في سنّ مبكرة يضبطها القانون.

فالقانون يُبيح إباحة واسعة تعدّد المعاشرات⁽¹⁾ بدون مراقبة تذكر لهذه المعاشرات إذ كلّ تدخل فيها يعتبر مسّا بالحياة الخاصّة وبحقوق الإنسان⁽²⁾ فترتّب عن ذلك أنّ وجود على فراش المرأة أولادا غير شرعيين من أكثر من رجل واحد وقد يمضي الرّجل والمرأة سنين طويلة في علاقات جنسيّة، ينتج عنها ولادة أطفال، دون أن يثبتا عقد زواج بينهما، ويبقى الأطفال غير شرعيين ينسبون في أكثر الحالات إلى عائلة الأمّ، وأعطيت الفتاة حريّة في بناء علاقات جنسيّة منذ بلوغها الثامنة عشر، فلا يستغرب الأب، أن تنام في بيته ابنته وصديقتها (بوي فرند)، ويمارسان أمامه علاقات غراميّة، وهذه العلاقة طبيعيّة في السّلوك الثّقافي الغربي ومُباح بها⁽³⁾، والنتيجة⁽⁴⁾ تضخم في عدد الأبناء بدون آباء الذين يُعدّون بعشرات الملايين، فالإحصائيات تُفيد أنّ فرنسا بمفردها 80 من كلّ ألف مولود يولد مجهول الأب، وفي واشنطن 52 في الألف من الأطفال غير شرعيين، وفي اسكندنافيا

(1) تعدد المعاشرات هو الذي وُلد في الثقافة الغربية تنوعا في علاقة البنوة الطبيعية ، أنظر بهذا الخصوص: J. Hauser et D. huet weiller : traite de droit civil , la famille – fondation et vie de la famille . L. G . D . J . paris , france ,2ed , 1993 p. 451 et s .

(2) محمد الطالبي: عيال الله، أفكار جديدة في علاقة المسلم بنفسه وبالآخرين، دار سراس للنشر، تونس، طبعة ثالثة، 2006، ص 126-127.

(3) زبير سلطان قدوري: الإسلام وأحداث الحادي عشر من أيلول 2001، منشورات الكتاب العرب، دمشق، د ط، 2003، ص 91-92.

(4) محمد الطالبي: مرجع سابق، ص 127.

40 بالمائة من الولادات لأُمّهات غير متزوّجات⁽¹⁾، أضف إلى ذلك أنّ في الولايات المتّحدة الأمريكيّة تغتصب امرأة في كلّ ثلاث دقائق، كلّ ذلك يؤدّي حتما إلى الفوضى الجنسيّة، وإلى اختلاط الأنساب، والمعاشرات مع ذوي المحارم، لكن - كما يقول الأستاذ الطالبّي - من يهتمّ اليوم بمعاشرة ذوي المحارم في عالم يبيح في ذروة التقدّم - في السويد مثلا- زواج الأخ من الأخت!

وفي نفس السّياق أباّح "التنوير" الغربي الأحدث للشاذّين إقامة علاقات علنيّة، وسمح لهم بالزّواج الشاذّ، وتمّ تقليدهم مناصب رفيعة في الدّولة فمنهم وزراء وسُفراء وأعضاء في البرلمانات الغربيّة، وسنّت تشريعات لحماية الشاذّين والشاذّات، سواء في إطار الاعتراف الصّريح بالزّواج المثلي مثل هولندا وبلجيكيّا وإسبانيا وغيرهم أو الاعتراف بوصف الشاذّين شركاء قانونيين في ما أصبح يُطلق عليه الشّراكة المدنيّة أو الاقتران المدني ومثاله ألمانيا التي تقدم للقريّنين المثليين ما يقرب من حقوق الزّواج عن طريق التّشريع الخاصّ بـ "المشاركة المنزليّة"، أو ما قامت به العديد من الولايات الاستراليّة التي أصدرت تشريعاتها في تنظيم هذه العلاقات تحت مسمّى "قوانين العلاقات الواقعيّة"⁽²⁾، والحبّل على الغارب فالإباحيّة في العالم الذي نُحاكيه لا تقف عند حدّ ولا تُنكرُ منكرًا!؛

والمهمّ في هذا المقام أنّ المشرّع التّونسي لم ينخرط في موجة التّنوير الأسود هذه وتمسكّ بالمذهب المالكي وغيره من المذاهب الإسلاميّة من أجل تحقيق غاية حفظ العائلة بوصفها وحدة اجتماعيّة وحمايتها، وما الأصوات الدّاعية اليوم لتقليد الشّدوذ الغربي إلّا محاولات محمومة للانقلاب على العقد الاجتماعي الذي رسمت في إطاره ثوابت العائلة التونسيّة ولن تكون نتيجتها إلّا الفوضى العارمة التي لا يسمح الحيز المتاح لنا في هذا المقام إلّا التّحذير منها.

(1) هاري دي. كراوس إينوي: قانون الأسرة المقارن، تقاليد الماضي ومعركة الاتجاهات المستقبلية، والعكس بالعكس، منشور بكتاب أكسفورد للقانون المقارن، ترجمة محمد سراج، مراجعة سامي شبر، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، ط 1، 2010، ج 2، ص 1642.

(2) هاري دي. كراوس إينوي: قانون الأسرة المقارن، مرجع سابق، ج 2، ص 1642، وما بعدها.

هذا بخصوص المظهر الأوّل للحضور المالكى صُلب مجلّة الأحوال الشخصية، أمّا المظهر الثاني فيبرز من خلال الدّور التّأويلي لهذا المذهب كما هو ثابت من فقه القضاء⁽¹⁾ فمحكمة التّعقيب بعد أن ذكرت في العديد من المناسبات بضوابط التّأويل التي يجب اعتمادها في التّعامل مع نصوص مجلّة الأحوال الشخصية قولاً إنّ القاعدة تقتضي " بأنّه عند غموض النصّ أو إجماله يتعيّن الرّجوع إلى أهمّ المصادر التّشريعية التي قام عليها ذلك النصّ وهو الفقه الإسلامي ليستنار به في استجلاء ما غمض وتوضيح ما أجمل"⁽²⁾، نجدها تعود صراحة للمذهب المالكى لاستنباط الحلول للإشكالات العمليّة التي أفرزها واقعا عمل المجلّة، ومن ذلك مثلا عودتها لهذا المذهب لإعطاء معنى ثانٍ لعبارة الدّخول الواردة بالفصل 38 م. أ. ش بهدف توسيع نطاق استحقاق الزّوجة للنّفقة فاستحدثت مفهوم الدّخول الحكمي⁽³⁾ بمعناه الموجود عند المالكيّة⁽⁴⁾ ورتبت عنه - كما رتبوا عنه - نفس آثار الدّخول الفعلي من حيث استحقاق الزّوجة للنّفقة من قبل زوجها عند رفضه إتمام الدّخول بها بعد أن دعتّه إلى ذلك بصفة قانونيّة⁽⁵⁾. كما يبرز ترجيح آراء المالكيّة في تعامل فقه القضاء مع وسائل إثبات النّسب، فالشّهادة مثلا كوسيلة لإثبات النّسب هي وبلا خلاف وسيلة فقهية المصدر ولا أثر لها في القانون المدني

(1) انظر للتّوسع بخصوص فقه القضاء في مادة الأحوال الشخصية:

- M. M. Bouguerra : Le juge tunisien et le droit du statut personnel ; actualités juridiques tunisiennes 2005.

. محمد المنصف بوقرة: مجلة الالتزامات والعقود أمام قاضي الأحوال الشخصية، كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود، 2006.1906، مركز النشر الجامعي، تونس 2006.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 49089 مؤرخ في 2 نوفمبر 1996، ن م ت قسم مدني لسنة 1996 ج 2، ص 228.

(3) حول مفهوم الدخول راجع:

. ساسي بن حليلة: مرجع سابق، ص 15.14.

. محمد المنصف بوقرة: مجلة الالتزامات والعقود، مقال سابق، ص 345، وما بعدها.

(4) لخصت لائحة الأحكام الشرعية هذا الرأي عند المالكية بالمادة 630، التي جاء بها ما نصّه: " يقضى على الزوج بنفقة الزوجة المدخول بها مطلقا ونفقة غير المدخول بها إذا دعاها الزوج أو دعتّه هي للدخول وكان الزوج بالغا والزوجة مطيقة للوطء ولم يكن أحدهما مريضا مرضا مشرفا على الموت ولم يكن بها عيب يمنع الوطء".

(5) قرار تعقيبي مدني عدد 1229 مؤرخ في 15 جويلية 1977، تعليق صالح الطريفي، م ق ت عدد 10 لسنة 1982، ص 65 وما بعدها.

الفرنسي⁽¹⁾، وهذه الوسيلة الفقهيّة ضبط فقه القضاء نطاقها في الإثبات عبر اشتراط عدم اقتصارها ضرورة على إثبات العلاقة الجنسيّة بين والدي الطفل فحسب بل يجب أن تثبت أيضا شرعية تلك العلاقة⁽²⁾ لتحقيق أثرها المتمثل في إثبات النّسب. وهو نفس التّمثلي الذي اعتمده فقه القضاء الغالب في التّعامل مع الإقرار حيث رجح رأي المالكيّة في عدم الاكتفاء بالإقرار المجرد⁽³⁾ عندما اشترط في الإقرار المثبت للنسب أن لا يبرز أن ولادة الطفل المراد إثبات نسبه قد كانت نتيجة علاقة خنائيّة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: المذهب المالكي مصدر مبدئيّ:

من الثّابت أنّ المصدر المبدئي الذي اعتمده المشرّع في تقنين أحكام الباب التّاسع من مجلّة الأحوال الشخصيّة المتعلّق بالميراث هو المذهب المالكي، إذ الفصول من 85 إلى 152 م. أ. ش في عمومها مأخوذة صراحة من المواد 787 وما بعدها من لائحة الشّيخ جعيط دون استغراقها، وهذه اللائحة أكّد واضعوها أنّ أحكام الميراث فيها "كلّها مستمدّة من خصوص أصول المذهب المالكي الزكيّ بناء على ما تقتضيه التراتيب وجرى به العمل بالبلاد التونسيّة من أنّ الإرث لا يجري إلّا طبق قواعد هذا المذهب رضي الله عن إمامه وعن سائر الأئمّة هداة الأئمّة"⁽⁵⁾. ومن هذا المنطلق كانت أحكام الميراث في مجلّة الأحوال الشخصيّة عند صُورها أحكاما مالكيّة بامتياز وافقت في أصولها العامّة - عبر بوّابة هذا المذهب - الثّوابت التي استقرّ عليها

(1) انظر الفصول 25311 جديد وما بعدها من المجلة المدنية الفرنسية والفصول 319 قديم وما بعدها من ذات المجلة.

(2) قرار تعقيبي عدد 9210 مؤرخ في 6 مارس 1973، ن م ت 1973، ص 142.

(3) ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنّ الرجل إذا أقر بأنّ الولد هو ابنه دون أن يذكر حقيقته وكان بالإمكان أن يولد له مثله ثبت نسبه لأبيه وأصبح ابنا شرعيا له، إلّا أنّ الإمام مالك لا يكتفي بالإقرار المجرد بل يشترط التثبّت من صحة النسب. راجع للتوسع:

.الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1974، ج7، ص228.

.ابن جزّي: القوانين الفقهيّة، مرجع سابق، ص325.

(4) اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 2183، مؤرخ في 31 ديسمبر 1963، أنّه لا عمل على الإقرار الذي يثبت أنّ الطفل قد ولد من علاقة غير شرعية، وقد برزت ذلك بأنّ هذا النوع من الإقرار مخالف للنّظام العام ولالأخلاق الحميدة عملا بأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 439، من مجلة الالتزامات والعقود.

(5) لائحة مجلة الأحكام الشرعية المعروفة بلائحة الشّيخ جعيط: مطبعة الإدارة، تونس، ص276، هامش 1.

الفقه الإسلامي برمته ورجّحت في العديد من مواطن الخلاف الفقهي ما رجّحه المالكية، ومن مظاهر الثوابت الإسلامية في الميراث التي كرّسها المشرّع عبر وساطة المذهب المالكي تحديده للمستحقّين للإرث بالفرض وإعطاؤهم الأولويّة في البدء بتوريثهم صُلب الفصل 91م. أ. ش، وضبطه للفروض الستّة بالفصل 92، وتحديده للمستحقّين لكلّ فرض بالفصل 93 وما بعده، وفي أغلب الصّور التي قام فيها ببيان أحوال نصيب ذوي الفروض مع غيرهم من الورثة بالفصل 99 وما بعده، وفي إقراره لحكم العول بالفصل 112م. أ. ش، وفي اعتماده لقواعد التّرجيح بين العصبة في الفصل 116 وما بعده من المجلّة، وفي تكريسه للتّعصيب بالغير وشروطه صُلب الفصلين 119 و120م. أ. ش، وغيرها من الأحكام التي تناغم المشرّع في تقريرها مع الأصول الإسلاميّة عبر بوابة الآراء المالكيّة، أمّا مواطن التّرجيح فعديدة وتعكس في حقيقتها الجذور المالكيّة لباب الميراث من مجلّة الأحوال الشخصية، ومن بين صور التّرجيح يُمكن أن تُشير على سبيل الدّكر إلى الخيار الذي اعتمده المشرّع في ترتيب الحقوق المتعلّقة بالتركة صُلب الفصل 87م. أ. ش، وإلى اشتراط العمد في القتل المانع للميراث صُلب الفصل 88م. أ. ش، وإلى التعداد الحصري لقائمة الأشخاص الذين منحوا قانونا صفة الورثة بالفصل 90م. أ. ش، وإلى مركز الجدّ في الميراث صُلب الفصول 108 و109 و110 و114 و141م. أ. ش، وفي تحديد عدد الجدات الوارثات بالفصلين 90 و111م. أ. ش، وفي إقرار صفة الوارث بالتّعصيب لصندوق الدّولة صُلب الفصلين 114 و115م. أ. ش، وفي اعتبار المفقود ميت في حقّ غيره صُلب الفصل 151م. أ. ش وغيرها. وهذا الوجود المبدئي للمالكيّة بشقيه التّوفيقي والتّرجيحي قد كان له دور كبير في تحقيق تناغم المنظومة الإرثيّة داخل مجلّة الأحوال الشخصية حيث حافظت النّصوص القانونيّة الإرثيّة على وحدتها المفهوميّة واتّسمت في أغلبها بالدّقة على مستوى تحديد مركز الوارث أثناء حركته الدّوابة بين الفرض والتّعصيب والحجب⁽¹⁾، ولكن مبدئيّة المذهب المالكي لا تعني أنّ الآراء

(1) عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث، مرجع سابق، ج 2، ص 834.

المالكيّة قد استغرقت تأصيل الأحكام الإرثيّة بل هو وجود مبدئي أورد عليه المشرّع بعض الاستثناءات التي كانت حيناً استثناءات مدروسة لم تخرج عن غاية التّأصيل ولم تنل مطلقاً من تناغم القواعد الإرثيّة الوضعيّة، وكانت حيناً آخر استثناءات ارتجاليّة جعلت المشرّع يبرز بمظهر من يردّ الفعل لا من يضع سياسة تشريعيّة ولعلّ أبرز مثال على ذلك ما أحدثه إقحام الفصل 143 مكرّر م. أ. ش المتعلّق بالردّ من هزات عميقة داخل المجلّة⁽¹⁾.

عموماً مبدئيّة المذهب المالكي في إطار أحكام الميراث قد وُلد نوعاً مخصوصاً من العلاقة بين القواعد الإرثيّة والآراء المالكيّة تجاوزت مجرد الأحكام والقواعد النظريّة إلى الواقع العملي لتطبيق تلك القواعد، إذ يعود دائماً المعنيون بعمل الفرائض لوضع القواعد الإرثيّة النظريّة حيّز التّطبيق إلى الإرث الفقهي المالكي والطرق العمليّة التي استنبطها فقهاء هذا المذهب لاستخراج الأنصبه من التركة، وهذه الطرق التي تتعلّق فقهاً بما يسمّى عمل الميراث هي في الحقيقة مجموعة من القواعد الحسابيّة التي تبيّن بكلّ دقّة الخطوات اللّازمة لإجراء هذا الاستخراج، ويرجع السّبب في هيمنة تلك القواعد إلى أنّ حساب الموارث وطرقه التي اعتنى بها الفقه المالكي وغيره من المذاهب الإسلاميّة لم تكن محلّ اهتمام المشرّع التّونسي، وربّما يعزي ذلك إلى أنّ القانون أصلاً لن يتحمّل عبء ذكر القواعد الحسابيّة وطرق استخراج أصول المسائل وتصحيحها، بل هي من المسائل التطبيقية التي تُترك لأهل الاختصاص.

وبالعودة إلى القواعد المعتمدة من قبل القضاة وعدول الإشهاد عند إقامة الفرائض الشرعيّة يُلاحظ أنّها نفس تلك القواعد التي حدّدها فقهاء المالكيّة، وعلى هذا الأساس يمكن الذهاب إلى القول :

(1) راجع للتوسع: عبد المنعم العبيدي: الوجود المذهبي والمسألة التأصيلية في إطار الفصل 143، مكرّر م. أ. ش، منشور بكتاب ستينية مجلة الأحوال الشخصية 1956.2016، مجلة الأحوال الشخصية بعد ستين سنة من الإصدار: النّص والجذور الفقهيّة، أشغال اليوم الدراسي المنظم في 22 أفريل 2017، المعهد العالي للدراسات القانونيّة والسياسية بالقبروان بالتعاون مع جمعية الحقوقيين بصفافس، مجمع الأطرش، ط1، 2017، ص 145، وما بعدها.

أولاً: إن استبعاد المشرّع لقواعد الحساب الفقهي من مجلة الأحوال الشخصية لم يكن في اتجاه الإقصاء بل في اتجاه تجنب التقنين، لأن الاستبعاد لو كان إقصائياً لما وقع اللجوء إلى تلك القواعد ولما وقع تدريسها ولما وقع تنظيم مُلتقيات علمية لبيان كيفية تطبيقها⁽¹⁾.

ثانياً: عدم التقنين التشريعي لقواعد الحساب الفقهي كان لوعي المشرّع بالتطورات الكبيرة التي وقعت في مجال الرياضيات فلم يُرد أن يقيّد رجال القانون بالقواعد الحسابية الفقهية فاتحا بذلك المجال لاستنباط طرق حسابية جديدة لحل مسائل الميراث، لكن الواقع أثبت أن القواعد الحسابية الفقهية - من تأصيل بأنظاره وتصحيح بانكساراته - لم تفقد بريقها القديم وظلّت محافظة على نجاعتها إلى الحدّ الذي جعل النصوص القانونية في مجال الميراث تدين إلى اليوم في مجال التطبيق بأهمية تلك القواعد.

ثالثاً: إنّ العلاقة بخصوص أحكام الميراث بين الفقه المالكي ومجلة الأحوال الشخصية تتجاوز النصّ الوضعي إلى الواقع العملي لتطبيق النصّ، فالنصّ القانوني لم يتعرّض إلى مسائل الحساب وكيفياته، أمّا الواقع العملي فيثبت علاقة جوهرية بالفقه المالكي في هذا الجانب بالذات ممّا جعل النصّ الوضعي يعيش إلى اليوم في جلاباب هذا الفقه.

الجزء الثاني: المشرّع يلج الفقه المالكي من أبواب متفرقة:

باعتباره مصدرا مادياً مثل الفقه المالكي بالنسبة إلى المشرّع نفيزا تعددت مُداخله فلم يلجّه من باب واحد بل دخله من أبواب متفرقة. وهذا

(1) يرجع القضاة وعدول الإشهاد إلى القواعد الحسابية الفقهية لحل مسائل الميراث كما أن تدريس قانون الميراث في المعاهد العليا وتحديدا المعهد الأعلى للقضاء والمعهد الأعلى للمحامين قد أسندا بالإضافة إلى رجال القانون إلى خريجي جامعة الزيتونة الذين يركزون على بيان كيفية عمل الفرائض عبر العودة للقواعد الفقهية الحسابية ويضاف إلى ذلك أن الشعور بضعف التكوين الحسابي في مادة الميراث قد جعل المشرفين على المعهد الأعلى للقضاء بالتعاون مع المحكمة العقارية ينظمون ملتقيات تكوينية تعنى بالأساس بالمسائل الحسابية وتذكر على سبيل المثال الملتقى الجهوي حول الفرائض المنعقد بالمنستير في 29 ماي 2004، التي كانت المداخلات فيه تذكر أمين بالقواعد الفقهية الحسابية. (انظر النسخة المتعلقة بأعمال الملتقى بمكتبة المعهد الأعلى للقضاء تحت عدد 23610).

التنوع في المداخل كان لغاية في نفس المشرع قضاها كانت لها نتائجها (الفرع الثاني) التي يتجه قبل بيانها ضبط مظاهرها (الفرع الأول)

الفرع الأول : مظاهر تعدد المداخل :

يبرز من استقصاء الأساليب التي وقع اعتمادها في تجسيد الآراء المالكية صُلب مجلة الأحوال الشخصية أنّ المشرع لم يقيد نفسه برأي مخصوص صُلب هذا المذهب بل انفتح على مختلف الآراء الموجودة فيه في إطار منهجية قائمة على اعتبار مختلف الاجتهادات المالكية مُتساوية على مستوى الحجية، ومن منطلق هذه المساواة لا مرجح لرأي مالكي على آخر إلا القدرة التناسبية مع العصر وتحقيق المصلحة، ومن هذه الزاوية بالذات نجد أنّ المشرع قد اعتمد الأساليب التالية:

1. اعتماد الرأى الرَّاجح في الفقه المالكي، وهذا الاعتماد يُعدّ أحد السمات البارزة لمجلة الأحوال الشخصية عند صدورها، وله في الحقيقة عدّة مبررات موضوعية لعل أهمّها النّقل التاريخي لهذا المذهب بالبلاد التونسية من ناحية، وقدرة الحلول التي قدّمها هذا المذهب على تحقيق ما تغيّاه المشرع من وراء تقنين الأحوال الشخصية من ناحية أخرى.

وهذا الاعتماد على رواجح المالكية كان في الغالب الأعمّ عبر وساطة لائحة الأحكام الشرعية التي تولّى المشرع الاقتباس من موادها حرفياً في عديد الحالات وبتصرّف في حالات أخرى وهو ما ولّد بدوره علاقة متينة بين مجلة الأحوال الشخصية و أمّهات الكتب المالكية التي اعتمدها الشيخ جعيط رحمه الله في تقنين لائحته من أمثال "المنتقى شرح موطأ مالك" لأبي الوليد الباجي، و"حاشية البنّاني على الزرقاني على خليل" لمحمّد البنّاني، و"حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم" لمحمّد التاودي، و"البهجة في شرح التحفة" لعلي التّسولي، و"مواهب الجليل لشرح مختصر خليل" لأبي عبد الله محمّد بن عبد الرّحمان المغربي المعروف بالحطّاب، و"بُلغة السّالك لأقرب المسالك على الشّرح الصّغير للقبط سيدي أحمد الدردير" لأحمد الصاوي،

و"شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك" لمحمد الزرقاني، و"الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك" لأحمد الدردير، و"الشرح الكبير بحاشية الدسوقي" لأحمد الدردير، و"حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير" لمحمد الدسوقي، و"باب اللُّباب" لابن رشد القفصي، و"حاشية الزهوني على الزرقاني على خليل" لمحمد الزهوني، و"حاشية الزرقاني على خليل" لعبد الباقي الزرقاني، و"متن العاصميّة المعروفة بتُحفة الحكام" لمحمد ابن عاصم، و"التاج والإكليل شرح مختصر خليل" لمحمد المواق، و"القوانين الفقهيّة" لمحمد ابن جزي، و"الكافي في فقه أهل المدينة المالكي" لابن عبد البر⁽¹⁾، وغيرها من درر كتب الفقه المالكي التي مثلت أساس المنطق القانوني في توطين مجلّة الأحوال الشّخصيّة صلّب جذورها الإسلاميّة.

وفي تكريسه لهذا التوجّه في الاعتماد على الرّاجح في الفقه المالكي نجد أنّ المشرّع قد أعتد طرقاً متعدّدة، الأولى ومفادها تضمين الرّأي المالكي مُنفرداً في نصّ مستقلّ بذاته دون زيادة على هذا الرّأي أو انقاص منه وكان بذلك يعتمد التّبنيّ الحرفي والأمين صياغة وإدراجاً لعديد المواد الواردة بلائحة الشّيخ جعيّط⁽²⁾، وهذه الطّريقة أثارت جدلاً بخصوص موقع بعض النّصوص ومثاله الفصل 73 م. أ. ش الذي نادى البعض من رجال القانون بحذفه⁽³⁾ وتمسّك البعض الآخر بجدواه لكن في غير الموقع الذي جاء به صلّب مجلّة الأحوال الشّخصيّة وبالتالي فإنّ الحلّ يكمن في تغيير موقعه صلّب المجلّة لا غير⁽⁴⁾. والطريقة الثّانية مُقتضاها تضمين الرّاجح في الفقه المالكي في نصّ متعدّد المرجعيّات بحيث لا يمثّل الرّاجح في هذا الفقه إلّا جزءاً من النصّ المقنن صلّب مجلّة الأحوال الشّخصيّة. أمّا الثّالثة فتتملّ في أخذ الرّاجح في الفقه المالكي مع اختزال التّفاصيل والجزئيات الواردة ببعض المواد في لائحة الشّيخ جعيّط بنصوص مقتضبة ومشحونة تسمح شكلياً

(1) محمد بوزغيبية: مرجع سابق، ص 285-286.

(2) عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث، مرجع سابق، ج 2، ص 838.

(3) سامي بن حلّيمة: محاضرات في قانون الأحوال الشّخصيّة، مرجع سابق، ص 188-189.

(4) عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث، مرجع سابق، ج 1، ص 411.

على مستوى صياغتها باستيعاب مُختلف هذه التّفاصيل، ويمكن التّدكير هنا وعلى سبيل المثال بالفصل 112م. أ. ش المتعلّق بالِعول الذي استمدّه المشرّع من الفصل الخامس من اللائحة وتحديدًا من المادّة 812 وقام باستبعاد ما دونها من المواد من شكلية التّقنين لقدرة الفصل 112م. أ. ش - على اقتضابه- على استيعابها وهذه المواد تحديدًا هي المادّة 813 التي تحدّد الأصول العائلة والمادّة 815 التي تحدّد الأعداد التي يعول لها أصل الستّة والمادّة 816 التي تحدّد الأعداد التي يعول لها أصل الإثنا عشر والمادّة 817 التي تحدّد العدد الذي يعول له أصل الأربعة وعشرين.

وعليه تُصبح الصّيغة المقتضية والمشحونة صياغة استعابيّة لا إقصائيّة بدلالة عمل العول من خلال مجلّة الأحوال الشّخصيّة التي تتطابق مع الفقه المالكي ومن خلاله مع الفقه الإسلامي ومع المواد من 812 إلى 817 من لائحة الشّيخ جعيط التي لم يفرد لها المشرّع نصوصًا خاصّة لقدرة الفصل 112م. أ. ش على استيعابها، وعليه لم يكن سكوت المشرّع المقصود عن تقنين ما هو معلوم لديه بالضرّورة من تلك المواد إعلان عن موقف إقصائيّ بقدر ما هو إدراك منه على قدرة القالب الشّكلي للفصل 112م. أ. ش على استيعاب مُختلف تلك التّفاصيل والجزئيات التي لم يُنزع أحد من رجال القانون لا في انتمائها النّظري للفقه المالكي ولا في وجودها الفعلي بدلالتها الفقهية داخل القانون الوضعي.

وفي نفس السّياق يندرج محتوى الفصل 88م. أ. ش الذي ينتهي أسلوبياً إلى هذه الطّريقة الثّالثة في الصّيغة حيث جاء مقتضبا ومشحونا قادرا شكليًا بصياغته الذكريّة على استيعاب مانع اختلاف الدّين، وعدم ذكر هذا المانع صراحة ليس موقفا إقصائيًا بل وعيًا قانونيًا بقدرة ألفاظ ومُصطلحات وسياق الفصل 88م. أ. ش على استيعابه.

عموما هذا الحضور المكثف للمرجعية المالكيّة صُلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة لم يكن فقط حضورا بواسطة بل كان أحيانا حضورا مباشرًا، وهو ما نلمسه من عودة المشرّع إلى الرّاجح من أراء في كتب المالكيّة في

المسائل التي لم يرد تقنينها في لائحة الأحكام الشرعية، ولعلّ المثال الأبرز على ذلك ما جاء بالفصلين 109 و 110 م. أ. ش المتعلقان فقها بما يعرف بمسائل المعادة والذين اجتهد المشرّع في صياغتهما بالعودة مباشرة إلى كتب الفقه المالكي- إذ لم يوجد نظير لهما بلائحة الشيخ جعيط - بل ويبرز تمسكه بالرّاجح في هذا الفقه حتّى من موقع إدراجه للفصلين المذكورين إذ لم يضمنهما بالباب السّابع من م. أ. ش المتعلّق بأحكام المسائل الخاصّة بل أدرجهما بالباب الرّابع المتعلّق ببيان أحوال نصيب ذوي الفروض مع غيرهم من الورثة أخذاً بالمشهور في كتب المالكيّة التي لم تتعرّض لمسائل المعادة في باب شواذ المسائل الإرثيّة⁽¹⁾.

2. اعتماد الرّأي المرجوح في المذهب المالكي، حيث أنّ المشرّع لم يتحرّج من استبعاد الرّاجح من آراء في الفقه المالكي والاستعاضة عنها بما هو مرجوح من آراء في ذات المذهب، وهذا التوجّه نحو اعتماد المرجوح من آراء عند المالكيّة اتّخذ صوراً مختلفة، الصّورة الأوّل قوامها اعتماد الرّأي المرجوح في الفقه المالكي الذي لا يتطابق مع المشهور في أيّ من المذاهب السنيّة الأربعة وهو اعتماد كرّس بالعودة مباشرة لكتب المالكيّة والمثال الأبرز على ذلك التّحديد التّشريعي لأقصى مدّة الحمل بسنة صلب الفصلين 35 و 69م. أ. ش، إذ كانت مسألة أقصى مدّة الحمل في الفقه الإسلامي مسألة اجتهاديّة حصل فيها خلاف في التّحديد بين الفقهاء، وهذا الخلاف يرجع في الواقع لما صحّ عند كلّ منهم من الآثار، وأخبار النّاس، وسؤال النّساء، واستقراء الأحوال ومراعاة الشّرف وحفظ العرض وصيانة النّسب وحماية الحقوق، فذهب الأحناف والحنابلة في رواية إلى أن أقصى مدّة الحمل سنتين⁽²⁾ وهو الحلّ الذي وقع اعتماده بالفصل 364 من لائحة

(1) عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث، مرجع سابق، ص 693.

(2) محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، ط3، 1987، ج2، ص 623.

- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط4 معدلة، 1997، ج 10 ص 7883.

- ابن قدامة: المعني، مرجع سابق ج6، ص 316.

- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص 317.

الشيخ جعيط في تحريره حسب المذهب الحنفي، وذهب الشافعية والحنابلة في أصح الروايتين إلى أن أقصى مدة الحمل أربع سنين¹ وذهب المالكية في المشهور عنهم إلى أن أقصى مدة الحمل خمس سنوات² وهو الحل الذي اعتمده الفصل 541 من لائحة الشيخ جعيط في تحريره حسب المذهب المالكي. وبالرغم من وجود مبررات اجتماعية سامية، دفعت بالفقهاء إلى استنباط مثل هذه الحلول، فإنها من الثابت تحمل في طياتها الكثير من الشطط والإجحاف وتؤدي في التطبيق إلى الكثير من المساوئ والتعسف، وهو ما دفع بالمشرع إلى استبعاد هذه الآراء المشهورة وترجيح رأي لأحد فقهاء المالكية وهو محمد بن عبد الحكم من تلاميذ الإمام مالك الذي اعتبر أن أقصى مدة الحمل هو سنة³، فاعتمده صلب مجلة الأحوال الشخصية كأجل أقصى لمدة الحمل.

أما الصورة الثانية فقوامها اعتماد الرأي المرجوح في الفقه المالكي الذي يتوافق مع المشهور في مذاهب أخرى، ومثال هذا توجه ما كرسه المشرع بالفصل 145 م. أ. ش من خلال تبني الكلي لما استقرت عليه لجنة

(1) ابن رشد: مرجع سابق، ج 2، ص 530.

- ابن قدامة: مرجع سابق، ج 6، ص 316.

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 10، ص 7883.

- عائشة أحمد سالم حسن: الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2008، ص 19.18.

- حسن خالد وعدنان نجا: الموارث في الشرعية الإسلامية وما جرى عليه العمل في المحاكم الشرعية، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 4، 1987، ص 254.

- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص 317.

(2) ابن رشد: مرجع سابق ج 2، ص 530.

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 10، ص 7882.

- حسن خالد وعدنان نجا: مرجع سابق، ص 253.

- عائشة أحمد سالم حسن: مرجع سابق، ص 20.

(3) ابن رشد: مرجع سابق، ج 2، ص 530.

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 10، ص 7883.

- عائشة أحمد سالم حسين: مرجع سابق، ص 21.

- حسن خالد وعدنان نجا: مرجع سابق، ص 254.

إعداد لائحة الأحكام الشَّرعية، هذه اللّجنة التي رأت العُدول عمّا جرى به العمل من المشهور في مذهب الإمام مالك⁽¹⁾ والأخذ بالرأي المرجوح في هذا المذهب الموافق لرأي زيد بن ثابت، فحرّرت المادّة 851 من اللائحة وأشارت إلى أنّها درجت على مختار بن يونس وهو رأي زيد⁽²⁾، واقترحت أن يكون عنوان المسألتين المالكيّة وشبه المالكيّة، فقام المشرّع بتكريس نفس الاتجاه ومكان الإدراج المقترح، فجاءت المسألتين في باب الأحكام المتعلّقة بالمسائل الخاصّة وجعل لهما عنوان المالكيّة إما أخذاً برأي الإمام الذي مال عنه ولم يجر به العمل وإمّا من باب تسمية الأضداد⁽³⁾.

(1) الفرضيّة التي اختار لها المشرّع اسم "المسألة المالكيّة" بالفصل 145 م. أ. ش تُخالف في الحقيقة المشهور عند المالكيّة وتتطابق مع مذهب زيد بن ثابت، لأن الإمام مالك عندما عرضت عليه حالة التركة التي اجتمع فيها زوج وأم وإخوة لأم وأخ لأب وجدّ مال إلى رأيه في تخصيص الجدّ بكامل السدسين، ولم يعط الأخ لأب شيئاً، لأنّه عصبة ولم يبق له شيء، وحجته في ذلك أن الجدّ لو فقِدَ في المسألة لأخذ الإخوة لأم الثلث ولم يبق شيء للأخ لأب لاستغراق الفروض التركة، ولما حجب الجدّ الإخوة لأم أخذ حظهم ولم يبق شيء للأخ للأب، ثم طرحت مسألة شبيهه بالمالكيّة وهي التي اجتمع فيها زوج وأم وجد وأخ شقيق عوض أخ لأب وإخوة لأم فأفتى فيها فقهاء المالكيّة بمنطق الإمام مالك فخصوا الجدّ بباقي التركة بعد فروض الزوج والأم، ولم يأخذ الأخ الشقيق شيئاً، وحجتهم في ذلك أنّه لو فقد الجدّ لأخذ الإخوة لأم الثلث ويشاركهم فيه الأخ الشقيق باعتباره أحاً لأم ولما وُجِدَ الجدّ حجب جميع الإخوة لأم ومعهم الأخ الشقيق الذي اعتبر أحاً لأم في هذه المسألة. ولكن المشرّع لم يأخذ بهذه الحلول في ما سماه بالمسألة المالكيّة صلب الفصل 145 م. أ. ش بل كرّس خيارات الصحابي زيد بن ثابت في مسائل الجدّ والإخوة. راجع: عبد المنعم العبيدي: أحكام الموارث، مرجع سابق، ج 2، ص 695.696.

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التّسولي: البهجة في شرح التّحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكّام لابن عاصم الأندلسي، المكتبة العصرية، صيدا. بيروت، ط1، 2005، ج 2، ص 743، حيث يقول تفصيلاً للاختلاف في المذهب المالكي ما نصه: "...ومنهم من قال فيها بقول زيد -ويقصد المسألة شبه المالكيّة- وأن السدس الباقي يكون للشقيق، ورجحه ابن يونس قائلاً: الصواب أن يكون السدس الباقي في المالكيّة وشبهها للأشقاء أو للذين للأب، وحجتهم أن يقولوا: أنت لا تستحق شيئاً من الميراث إلاّ شاركنك فيه فلا تحاسبنا بأنك لو لم تكن لأبك كائن بعد، ولو لزم ما قاله الجد للزم في ابنتين وبنات ابن وابن ابن أن لا ترث بنت الابن شيئاً، ويحتج بمثل احتجاج الجدّ.

ونحوه لابن خروف قائلاً: وقول زيد أجرى على القياس والأصول قال: والحجة المذكورة في شبه المالكيّة لا يلتفت إليها لأنهم إنما شوركوا معهم حين ورثوا، فإذا سقطوا صار الآخرون عصبة فجرى عليهم حكم العصبة.

وقال الطرابلسي: ما قاله زيد هو الصحيح، لأن المحجوب عن الميراث كأنه لم يكن".

(3) يوسف بن يوسف: الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان للنشر، تونس، ط1، 1996، ص 297.

أما الصّورة الثّالثة والأخيرة فتبرز من خلال توافق الخيار التّشريعي مع المرجوح في المذهب المالكي من خلال اعتماد الرّأي الرّاجح في المذاهب الأخرى، ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها بهذا الخصوص ما جاء بالكتاب الحادي عشر المتعلّق بالوصيّة وتحديد الحكم الذي قرّره المشرّع بالفصل 179م. أ. ش بخصوص الوصيّة للوارث والوصيّة بما زاد عن الثّلث إذ من الثّابت في المشهور عند المالكيّة أنّ شرط الصّفة في الموصى له (أن لا يكون وارثاً للموصى)⁽¹⁾ وشرط النّسبة في الوصيّة (أن لا تتجاوز الثّلث)⁽²⁾ هما من قبيل شرطي الصّحة في الوصيّة، وعليه تكون الوصيّة للوارث والوصيّة بما زاد عن الثّلث لغيره من حيث الأصل باطلة لا تلحقها إجازة، وإذا نقّذ الورثة مثل هذه الوصيّة فإنّ ذلك يُعتبر هبة مبتدأة منهم، لأنّ المال مالهم، لا أنّه تنفيذ للوصيّة⁽³⁾ إذ ليس للورثة أن يُصحّحوا ما أبطله الشّرع. حال أنّ

(1) الدسوقي: مرجع سابق، ج6، ص 492.

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج10، ص 7476.

- أحمد فراج حسين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2005، قسم2 ص 138.

- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص 440.

(2) الدسوقي: مرجع سابق، ج6، ص 492.

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج10، ص 7477.

- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص 468.

- أبو القاسم بن الحسين بن الحسن الجلاب البصري: الترفيع، دار الغرب الإسلامي، بيروت. لبنان، ط1، 1987، ج2، ص 324.

- فتح البر في ترتيب الفقه لتمهيد ابن عبد البر: مجموع التحف والنفائس الدولية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1996، ج12، ص 522.

- أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر الزكاري الفاسي: مرجع سابق، ص 32.

(3) الدسوقي: مرجع سابق، ج6، ص 492.

- ابن حزم: المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل بيروت ودار الآفاق الجديدة بيروت، دط، ج9 ص 316.

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج10، ص 7476.

- أحمد فراج حسين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: مرجع سابق، قسم2، ص 138.

الحنفية⁽¹⁾ والشافعي في أحد القولين⁽²⁾ والحنابلة في الزجاج عندهم⁽³⁾ وبعض المالكية⁽⁴⁾ قد اعتبروا أنّ الشرطين سالفَي الذّكر هما من قبيل شرطي النّفاذ في الوصيّة، وعليه تكون الوصيّة للوارث وبما زاد عن الثلث من حيث الانعقاد صحيحة، ولكنّها موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردوها بطلت، وإن أجازها بعضهم دون بعض، نفذت في حقّ من أجازها، وبطلت في حقّ من لم يُجزها، والمشرّع بتبنيه صراحة ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في أحد القولين والحنابلة في المشهور وافق المرجوح عند المالكية ويتجلّى ذلك من خلال استبعاده الواضح والصريح لما جاء بالمادتين

(1) الكاساني: مرجع سابق، ج7، ص338، إذ يقول "... الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الإجازة جازت، والباطل لا يحتمل الجواز بالإجازة وبه تبين ان الوارث محل للوصية لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الإضافة إليه وقعت صحيحة إلا أنها تبطل في حصته برد الباقيين..."

وانظر أيضا :- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص442.

- يوسف بن يوسف: مرجع سابق، ص401.

- أحمد فراج حسين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: مرجع سابق، قسم2، ص139.

(2) ابن قدامة: مرجع سابق، ج6، ص6.

- يوسف بن يوسف: مرجع سابق، ص401.

- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص442.

- أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي: كتاب المجموع شرح المذهب للشيرازي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، دط، 1980، م16، ص388-390.

- الشافعي محمد بن إدريس: الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ج م ع المنصورة، الطبعة الأولى 2001، ج5، ص234-235.

(3) ابن قدامة: مرجع سابق، ج6، ص6.

- شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي الجندي: زاد المستقنع في الفقه على مذهب الإمام أحمد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص91.

- يوسف بن يوسف: مرجع سابق، ص401.

- محمد الزحيلي: مرجع سابق، ص442.

- أحمد فراج حسين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي: مرجع سابق، قسم2، ص139.

(4) الدسوقي: مرجع سابق، ج6، ص492، إذ يقول: "وذهب ابن القصار وابن العطار إلى أنه ليس ابتداء عطية وإنما تنفيذ لما فعله الميت وهو الذي نقله أبو محمد والباقي عن المذهب. والحاصل أن الوصية بزائد الثلث أو لوارثه على هذا القول صحيحة متوقفة على الإجازة..."

1145 و1150 من لائحة الأحكام الشرعية في قسمها المالكى⁽¹⁾ وأيضاً من خلال صياغة الفصل 179 م.أ.ش نفسه الذي جاء به "لا وصية لوارث... إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي"، فهذا الفصل يقرّر في طالعاه من حيث المبدأ عدم جواز الوصية للوارث، والمشرع تعمّد عدم استعمال مصطلح البطلان، ثمّ استثنى من هذا المبدأ بالجزء الثاني من الفصل المذكور صورة الإجازة من الورثة حيث جاء به "إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي"، ففرضية الإجازة من الورثة مستثناة من المنع والاستثناء من المنع إجازة، فيكون دليلاً على صحّة الوصية للوارث عند الإجازة ويكون معنى النصّ "لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة"، وتبعاً لذلك تكون الوصية للوارث في القانون صحيحة من حيث الانعقاد ولكنها تبقى موقوفة على إجازة الورثة، فإذا أجازوها اعتبرت تنفيذاً للوصية لا هبة مبتدأة منهم. وقد قرن المشرع حكم الوصية بأكثر من الثلث لغير وارث بحكم الوصية للوارث، لأنّ حكم الوصية بأكثر من الثلث ورد معطوفاً عطف نسق بحرف "الواو" على حكم الوصية للوارث المتوقّف نفاذها على إجازة الورثة بموجب الاستثناء بـ"إلا" الواردة بعد المنع والاستثناء من المنع إجازة، وعطف النسق بالواو يقتض لغّة تشريك المعطوف مع المعطوف عليه إعراباً وحكماً⁽²⁾، فتكون الوصية بأكثر من الثلث موقوفة في نفاذها هي الأخرى على إجازة الورثة. وفي نفس السياق نصّ الفصل 187 م.أ.ش على نفاذ الوصية لغير الوارث في ثلث التركة بدون توقّف على إجازة الورثة، وبقراءة عكسية لهذا الفصل وربطه بالفصل 179 م.أ.ش تكون إجازة الورثة ضرورية عندما تفوق

(1) جاء بالمادة 1145: "تبطل الوصية إذا كانت لوارث مطلقاً أو لغير وارث فيما زاد على الثلث إلا أن يجيزها الورثة"

وجاء بالمادة 1150: "إذا أجاز الورثة بعد موت الموصي الوصية للوارث أو الزائد عن الثلث اعتبر ذلك ابتداء عطية منهم لا تنفيذاً للوصية فيلزم قبول الموصى له وحيازته قبل حصول مانع للمجيز وأن يكون المجيز من أهل التبرع".

(2) يوسف بن يوسف: مرجع سابق، ص 405.

الوصية نسبة الثلث، وبذلك يكون المشرع التونسي قد وافق جمهور الفقهاء بخصوص تحديد النسبة التي يجوز التصرف فيها بالإرادة الخالصة للموصي وهي ثلث التركة، ووافق الحنفية والحنابلة والشافعية في قول والمالكية في قول بخصوص اعتبار الوصية بالزائد عن الثلث صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة.

الفرع الثاني: نتائج تعدد المداخل:

لقد كان لدخول المشرع المذهب المالكي من أبواب متعددة عدة نتائج يمكن منهجيا تجميعها في النتائج الأساسية التالية:

النتيجة الأولى: مُرتبطة مباشرة بتأثير هذا الخيار على التناسق التشريعي، حيث نجد أنّ المشرع قد استطاع أن يوفق عند تقنينه للأحوال الشخصية بين مختلف الآراء المالكية فيما بينها من ناحية وفي علاقتها بباقي الآراء الفقهية التي استمدّها المشرع من خارج المنظومة المالكية من ناحية أخرى، وهذا التوفيق بين الآراء المتنوعة في إطار المصدر المادّي، الذي يعكس سياسة تشريعية واضحة في ذهن المشرع نتيجة تعامله مع الفقه المالكي بخلفية تأصيلية ثابتة، قد حقّق نوعاً من التناسق الملحوظ بين الأحكام القانونية صلب مجلة الأحوال الشخصية، وهذا التناسق في الأحكام قد أدّى بدوره إلى الحدّ من الاختلافات القضائية في التطبيق، وعلى العكس من ذلك يبدو أنّ المشرع كلّما ابتعد عن المذهب المالكي إلّا وافتقد في العديد من الحالات الخيط الناظم لهذا التناسق، وأحدث ارتباكاً في تناغم النصوص القانونية، وذلك بكلّ بساطة لتحوّل وجود الفقه الإسلامي داخل مجلة الأحوال الشخصية من وجود تأصيلي إلى وجود تبريري وهو ما يبرز مثلاً من خلال الفصل 143 مكرّر م. أ. ش المتعلّق بقانون الرد⁽¹⁾ الذي مثّل إقحامه نقطة تحوّل

(1) انظر للتوسع بخصوص الرد في القانون التونسي:

حاسمة في تعامل المشرّع مع الفقه المالكي وأدى إلى إحداث هزات عميقة صُلب الكتاب التّاسع من مجلّة الأحوال الشخصية، هذه الهزات التي جعلت نصوص المجلّة تردد صدى جدل فقهي في العمق سببها الأساسي تخليّ المشرّع عن أسلوبه المعتاد في التّرجيح القائم في غالبيّته على الفقه المالكي ومن ورائه الفقه السنيّ برمته، والتحوّل إلى أسلوب التّلفيق التّشريعي بين المذاهب المختلفة السنيّة والشيعيّة وهو ما أفرز في الحقيقة حلاً جديدا لا ينتمي إلى هذا الفقه أو ذاك بل ينتمي فقط إلى النّظام القانوني الذي أنشأه، وطريقة الإنشاء هذه قد ولدت صُعوبة جديّة في التّعامل مع الأحكام القانونيّة لأنّ إقحام الفصل 143 مكرّر صُلب مجلّة الأحوال الشّخصيّة رغم ما أفرزه من حقائق جديدة داخل هذه المجلّة لم يرفق - وبصفة مُتعمّدة - بمراجعة شاملة ومتزامنة للخيارات والحقائق التي سبقته ولعلّ الغاية الأساسيّة من الإحجام عن مثل هذه المراجعة تكمن أساسا في محاولة إخفاء الهوة التي اتّسعت بين الفقه والقانون منذ إقحام الرّد، ممّا جعل عدم المراجعة ذاتها لا تزيد عن كونها ستارا رقيقاً للتّظاهر بالبحث بتجذّر القانون في أصوله الفقهيّة حال أنّ هذا الستار يخفي وراءه في حقيقة الأمر محاولة تشريعيّة . مذبذبة - لإعادة صياغة تلك الأصول⁽¹⁾ .

وهذا الارتباك التّشريعي يبرز أيضا كلّما خرج المشرّع عن المرجعيّة الفقهيّة وهو ما يظهر مثلا من خلال قانون التّبنيّ الذي كان ممراً للتّحايل على الرّفص التّشريعي لإثبات نسب ابن الزنا إذ يمكن عبر هذا القانون

أحمد بن طالب: الرد في الميراث، مجلة الأحداث القانونية، 1992، ص 65، وما بعدها.

يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف: مرجع سابق، ص 279، وما بعدها.

فرج القصير: أحكام الميراث في القانون التونسي، دار الميزان للنشر، سوسة. تونس، ط2، 2001، ص 199 وما بعدها.

عبد المنعم العبيدي: الوجود المذهبي والمسألة التّأصيليّة، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها..

(1) عبد المنعم العبيدي: الوجود المذهبي والمسألة التّأصيليّة، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها.

للزّاني أن يتبّى ابنه الطّبيعي وهذا التّبّي يتغيّر المركز القانوني لابن الزّنا ويصبح طبقاً للفصل 15 من قانون 4 مارس 1958 ابناً شرعيّاً يتمتّع بنفس الحقوق التي يتمتّع بها غيره من الأبناء الشرعيّين.

النتيجة الثانية : تصب مباشرة في ما يُسمّى لدى فقهاء القانون بالحصانة العائليّة، إذ استطاع المشرّع عبر تنويع مداخله للمذهب المالكي وتناغمه مع باقي المذاهب الإسلاميّة أن يرسم الإطار العام المرجعي الذي يجب أن توجد في إطاره العائلة التونسيّة التي قصرها تحديداً على العائلة الشرعيّة. وهذا الخيار المبدئي قد قطع الطريق منذ خمسينات القرن الماضي عن أي محاولة للانقلاب على العقد الاجتماعي الذي رسمت في إطاره ثوابت العائلة القانونيّة، وحيّد بصفة مبدئيّة نظام الأسرة في مجلّة الأحوال الشخصيّة عن التحوّلات التي شهدتها العالم الغربي في قانون العائلة التي وصلت كما لا يخفى عن الجميع إلى حدّ إصدار القوانين الحامية للحقوق الناشئة عن الزّواج والمخالفات المثليّة التي يُطلق عليها أحيانا الشراكة المدنيّة أو الاقتران المدني أو المشاركة المنزليّة أو قوانين العلاقات الواقعيّة.

ومن ناحية أخرى استطاع المشرّع عبر اعتماده للرؤية المالكيّة أن يضع الإطار القانوني الذي يُشجّع على التمسك ببقاء العلاقة الزوجيّة، وهو ما يبرز من شرط وجود الزّواج زمن الوفاة لاستحقاق الميراث الذي يُعدّ شرطاً حمائيّاً لبقاء العائلة واستمرارها، إذ التّريغيب في الحصول على مناب من التركة سيدفع الزّوجين إلى المحافظة على زواجهما بحيث لا ينفصم إلاّ بالوفاة. وهذا بالتبعيّة سيُساهم في تدعيم الثّقة بين الزّوجين إذ سيعمل كل منهما على تجنّب ارتكاب كبائر الأفعال التي قد يستحيل مع وجودها استمرار العلاقة الزوجيّة، فيتدعّم واجب الوفاء بين الزّوجين من ناحية، وتتقلّص من ناحية أخرى نسب الطّلاق الذي يُعدّ - أي الطلاق - آفة العائلة المعاصرة.

كما أنّ المشرّع عبر اعتماده على الآراء المالكيّة وغيرها من الاجتهادات الفقهيّة بخصوص المؤسسات المنظمة لانتقال الثروة بموجب الوفاة

(الميراث والوصية) قد استطاع أن يحافظ على كيان العائلة ويجنب أفرادها التزاعات والضغائن، إذ في تأصيل القواعد المنظمة لانتقال الثروة بموجب الوفاة في المرجعية الإسلامية ما من شأنه أن يجعل أفراد العائلة الواحدة أكثر تقبلاً لتلك القواعد من معرفتهم أنّ محاباة بعضهم على بعض يرجع إلى أسس واهية لا علاقة لها بثقافتهم المجتمعية.

النتيجة الثالثة: وتتمثل في أنّ تعدد المداخل التي سلكها المشرّع في التّهل من ينابيع الفقه المالكي قد جعل وجود هذا الفقه يتجاوز مجرد كونه مصدراً للتأصيل إلى منفذ لاستنباط الحلول القانونية للإشكاليات التي رافقت تنزيل نصوص مجلة الأحوال الشخصية على الوقائع التي استجدت أمام القضاء، فهو في كلمة المخزون الإستراتيجي الذي يفتح أفق التعامل مع النصّ الوضعي، ومثاله المشكل المتعلق بتغير القرين لدينه أثناء قيام العلاقة الزوجية وتحديدًا تغير الزوج لديانته الإسلامية واعتناقه للنحلة الميثاقية، فهل أنّ مثل هذا التغيير- الذي يُسمّى فقها ردة- يبيح للزوجة أن تطلب الطلاق للضرر؟

هذه الصّورة لم تبق نظرية إذ عرض على المحكمة الابتدائية بتونس قضية تمثّلت وقائعها في قيام زوجة تونسية مُسلمة بقضية في الطلاق للضرر نتيجة ردة زوجها الذي كان مُسلماً وغير ديانته إلى الميثاقية⁽¹⁾ بعد سنوات من زواجهما، وقد قدمت المدّعية لتأييد الدّعوى إجابة سماحة مفتي الجمهورية كمال الدين جعيط بناءً على رسالة وجهتها له تسأل عن

(1) انظر بخصوص الميثاقية (نشأتها، معتقداتها، وغايتها):

- عبد القادر محمود: الفكر الإسلامي والفلسفات المعارضة في القديم والحديث، الهيئة المصرية العامة للكتاب ط 2، سنة 1986، ص 120 إلى 140.

- علي علي منصور: الميثاقية في نظر الشريعة والقانون، المكتب الإسلامي بيروت، دط، 1391 هـ، عبد الرزاق محمد أسود: المدخل إلى دراسة الأديان والمذاهب الدار العربية للموسوعات، بيروت، لبنان، ط 1، سنة 1981، م 3، ص 302، وما بعده.

- الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، إشراف وتخطيط ومراجعة د. مانع بن حماد الجفني، الناشر دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط 5، سنة 2003، ج 1، ص 409 إلى 415.

شرعية العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها بعد أن ارتد زوجها عن الإسلام واعتنق النحلة الهائية وقد تضمنت تلك الإجابة أنّ الإسلام ديناً هو ناسخ لجميع الشرائع الدينية السابقة وهو خاتم الأديان السماوية لقوله تعالى "وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ" (آل عمران: 85) والهائية نحلة هي خارجة عن الإسلام ولا تمتّ له بصلة، بل هي مُناقضة له وهادامة لكل ما جاء به.

وعلى هذا الأساس قرّر مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - وتونس عضو بالمنظمة وبالمجمع- في دورته الرابعة المنعقدة بجدة بتاريخ 11 فيفري 1988 أنّ الهائية كُفر بالإسلام وهي تستهدف النّيل منه عقيدة وشريعة ومناهج حياة.

وعلى ضوء ما تقدّم فإنّه يستتبع أنّ الكفر والردة لأحد الزوجين يستوجب شرعا الفراق بينهما، قال تعالى "فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ" (المتحنة: 10)، وهذا فضلا عن التنافر الذي يحصل بين الزوجين بسبب التناقض في الاعتقاد.

ولمّا نظرت المحكمة الابتدائية بتونس في هذه القضية أصدرت حكمها بتاريخ 6 ماي 2008⁽¹⁾ وقضت لصالح دعوى الطلاق للضرر، وأكّدت على أنّ إيقاع الطلاق في صورة الحال لا يتنافى وحرية المعتقد المضمونة بموجب الدستور، لأنّ المسألة المطروحة في هذه القضية لا تتعلق بحرية المعتقد والدين بل تتعلق بالأثار التي حصلت نتيجة ارتداد المطلوب عن الدين الإسلامي واعتناقه النحلة الهائية وما يمكن أن ينجم عن ذلك من ضرر على العلاقة الزوجية بين الطرفين وانتهت المحكمة إلى القول إنّ "ارتداد الزوج واعتناقه النحلة الهائية يلحق بالمدّعية ضررا ثابتا يتمثل في

(1) حكم مدني صادر عن ابتدائية تونس عدد 63111 مؤرخ في 6 ماي 2008 ، غير منشور .

وانظر في نفس الإتجاه الحكم المدني الصادر عن ابتدائية تونس عدد 65760، مؤرخ في 3-12-2007، منشور بالمجلة القانونية التونسية 2008، ص11، وما بعده، ذهب فيه المحكمة إلى الحكم بإيقاع الطلاق للمرة الأولى بعد البناء بموجب الضرر من الزوج الذي قام بتغيير دينه من الإسلام إلى المسيحية .

التنافر الذي يحصل بينهما بسبب الاختلاف العقائدي والاضطراب الذي يحصل في العائلة عموماً وعلاقة الزوج بزوجه والابن فتصبح الزوجة تخشى على ابنها من التأثير العقائدي لوالده، كما تخشى على نفسها سوء المعاملة منه... بالإضافة إلى ما يترسّخ في داخلها من عدم شرعية العلاقة الزوجية بينهما وحرمتها باعتبارها امرأة مسلمة أصبحت متزوجة بغير مسلم وما يستتبع ذلك من ضرورة الفراق بينهما شرعاً".

وعموماً يبدو جلياً من هذا الحكم أنّ المحكمة الابتدائية، قد حرصت على إبراز عدم التناقض بين إيقاع الطلاق للضرر باعتباره نتيجة للردّة وحرية المعتقد المضمونة دستورياً، مُعتبرة أنّ أساس النزاع المطروح عليها ليس تقييم حقّ الشّخص في تغيير مُعتقده بل في الآثار المترتبة عن هذا التغيير وما ينجّر عنه من أضرار للقرين.

والنتيجة من كلّ ما تقدّم هي أن عدم تعرض المشرّع لجريمة الردّة وعدم تبنيّ حكمها الأصلي مثلما جاء في الفقه المالكي ومن خلاله في الفقه الإسلامي، لم يمنع فقه القضاء من تكريس آثارها الفرعية عندما طرحت عليه هذه المسألة، بل وحتى الاستئناس بأراء رجال الدّين بخصوصها مثلما فعلت المحكمة الابتدائية بتونس في الحكم السابق الذكر.

الخاتمة:

هذا هو حضور المالكية كما برز في مجلّة الأحوال الشخصية وهو في المجتمع أقوى وأعمق، وما المحاولات التي تُحَقّر اليوم تحت أسس الفقه عساها تعثر على بقايا الهيكل إلاّ محاولات محمومة تناطح جبلاً ثابت الأساس، ورحم الله القائل :

يا ناطح الجبل العالي ليوهنه أشفق على الرأس لا تشفق على الجبل

ولا أخشى في الحقيقة على وجود الفقه الإسلامي والفقه المالكي في القانون وذلك بكلّ بساطة لأنّ في هذا الفقه من مقومات البقاء ما لا تملكه معاول الهدم من مقومات البناء.

الفقه المالكيّ مصدرا من مصادر قانون الأحوال الشخصية التونسي "قراءة في أركان الزواج وشروطه وموانعه"

د. برهان بن الحبيب النفاتي
أ. تعليم عال - جامعة الزيتونة

المقدّمة

الزّواج هو الرّكن الرّكين الذي تنبني عليه الأسرة، فهو ليس مجرد ارتباط آني بين طرفين مثل سائر العقود، بل هو اقتران بين جنسين يجري على وفق قواعد مُنضبطة تنشأ عنه مصاهرة بين عائلتين، وتتولّد منه علائق اجتماعيّة نحو الأبوة، والأمومة، والعمومة، والخوولة، والجدودة، وتترتب عليه حقوق، وواجبات مثل النّفقة، والحضانة، والنّسب، والولاية، والإرث .

فلا غرو أن تكون العناية بضبط نظام الأسرة، وبيان أحكامها من أعظم ما ترمي إليه الشّرائع السّماوية والوضعيّة، وأراني في غنى عن التّنويه بمكانة أحكام العلاقات الأسريّة من موارد التّشريع الإسلامي، فحسبي ما ورد فيها من بيان لم تحظ به أحكام سائر المعاملات الجارية بين النّاس، وقد احتفل فقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم بهذا الضّرب من التّشريع احتفالا عظيما، وقد أثمرت جهودهم فيه مدوّنات فقهية ثرية أفادت منها قوانين الأحوال الشّخصيّة بالبلاد العربيّة والإسلاميّة، ونهلت من موادّها بأقدار متفاوتة مراعية في ذلك المذاهب الفقهية السّائدة بين ذويها⁽¹⁾.

(1) ما هو جدير بالإشارة إليه في هذا المقام أنّ سوريا هي أوّل دولة عربيّة قننت فيها أحكام الأسرة ما عدا أحكام الهبة، وأحكام الوقف، إذ الأولى خاضعة للقانون المدني، والثّانية يعول فيها على المذهب الحنفي، ولما صدر

فهل كان للفقهِ الإسلامي أثر في أحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية ؟

وما هو حظ الفقه الإسلامي عموماً، والفقه المالكي على وجه الخصوص من مادة هذه المجلة ؟

في الحقيقة يجري تنازع في مرجعية مجلة الأحوال الشخصية التونسية بين تيارين رئيسيين: أحدهما يقرّ ذووه بالجذور الشرعية والفقهية لفصولها⁽¹⁾، ويؤصّلونها في سياقها التاريخي والحضاري، والثاني ينكر أهله نسبها، ويجحدون أن يكون لها علاقة بأصول الشريعة الإسلامية، والمصادر الفقهية، فقد بتروها عن جذورها الأولى بترا غير عابئين بهوية البلد، ولا بظروف تقنين المجلة، ولا بالمسهمين في تحرير موادّها الأولى⁽²⁾.

ولئن ظلّ الجدل بين التيارين طوال عقود يتردّد بين دعوى الوصل، ودعوى الفصل منحصرًا في الأعمال العلمية، جارياً بين النخبة في المؤسسات الجامعية، فقد بات بعد الثورة بارزاً للجميع، تبنّته وسائل الإعلام، وتتناقله طرق الاتصال الحديثة المختلفة، ليكون موضوعه حديث السواد الأعظم في الشوارع، والتّوادي، والمقاهي، وسائر الفضاءات العامّة⁽³⁾.

قانون الأحوال الشخصية السوريّ سنة 1953م، ألغي العمل بقانون حقوق العائلة العثماني الذي كان سارياً فترة طويلة من الزمن، الصّابوني(عبد الرحمن): شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: 21/1.

(1) هناك فرق جوهريّ بين ما له جذور شرعية، وما له جذور فقهية، والوعي بالتفاوت الجاري بين الضّربين ضروريّ، إذ يستند الأوّل إلى النصوص الشرعية الصّريحة التي لا يجري فيها اختلاف بين الفقهاء، والثاني يستند إلى الفقه بما هو ثمرة من ثمار الاجتهاد بالرأي الرّاجع إلى الاستنباط من النصّ وفق قواعد التفسير، أو بطريق القياس، أو بمراعاة المصالح المرسلّة، ونحوها من المدارك.

(2) من العجب العجائب أن يتنكّر بعضهم لنسبة المجلة إلى الفقه الإسلاميّ، وينفي صلتها الواضحة به، ويدعي أنّها تشريع لانكيّ، ومن ثمّ يقترح أن يستند القاضي في حالتي وجود فراغ أو غموض في التشريع إلى القانون المدنيّ، وإلى مجلة الالتزامات والعقود، وهذه دعوى يكذبها محتوى مادة المجلة، وكذا ما يجري عليه فقه القضاء، فمن ذلك ماورد في القرار التعقيبي المدنيّ عدد49089 "تقتضي القاعدة أنّه عند غموض النصّ أو إجماله يتعيّن الرجوع إلى أهمّ المصادر التشريعية التي قام عليها ذلك النصّ، وهو الفقه الإسلاميّ ليستنار به في استجلاء ما غمض، وتوضيح ما أجمل"، نشرية محكمة التّعقيب، القسم المدنيّ لسنة 2، 228/1996.

(3) لا يخفى على الجميع أنّ الجدل بين الفريقين قد استفحل، وتعمّق عند ظهور تقرير لجنة الحزبات الفرديّة والمساواة في غرة جوان 2018، بل تحوّل إلى تراشق بالتهم، وأتخذ بعضهم موضوع المساواة ذريعة إلى خدمة مآرب سياسية ذاتية قد تقوّض الكيان الاجتماعي، ولا تحقّق المصلحة الوطنيّة.

ولا يخفى على ذي بصيرة أنّ أساس الجدل في مرجعية المجلة إيديولوجي، إذ يجري بين فريقين أحدهما مؤمن بقيم دينه الخالدة، معتزّ بهويته العربيّة الإسلاميّة، والثاني متنكّر لأصوله، مرتم في أحضان الغرب، منمهر بمنجزاته الحضاريّة.

ولكن لو غضضنا الطّرف عن ذلك التّنازع، وطوينا عنه صفحا، وراعينا السّياق التّاريخيّ الذي ظهرت فيه المجلة، وأنعمنا النّظر في محتواها، لتبين أنّ تجذّرها في المرجعيّة الإسلاميّة واضح وضوحا لا ينبغي أن يجادل فيه ذو مسكة من عقل فضلا عن ذوي الإنصاف.

الشّواهد التّاريخيّة: فقد شهد المشرفون على صياغتها، والقائمون عليها بأنّها نهلت من معين المذهبين الحنفي، والمالكي اللّذين كانا منتشرين بالبلاد التّونسيّة⁽¹⁾، فقد كان من أعضاء اللّجنة التي كلّفت بصياغة المجلة الشّيخ محمّد الطّاهر ابن عاشور، وابنه الشّيخ محمّد الفاضل، والشّيخ محمّد العزيز جعيّط. وقد كان هؤلاء أبرز أعلام الفقه المالكيّ بجامع الزّيّتونة المعمور⁽²⁾.

وقد فسح الحبيب بورقيبة المجال لهذه اللّجنة، لتصوغ أغلب فصول المجلة وفق أحكام الفقه الإسلاميّ المبتوثة في مشروع لائحة جعيّط للأحكام الشّرعيّة⁽³⁾، ولكنّه لم يُطلق لذويها العنان، فقد كان يتابع عملهم من كئيب، ويناقش، ويبدي رأيه في بعض المسائل، بل كان يجري جدل ونقاش، وأحيانا

(1) ظلّ المذهب المالكيّ موحدًا لأهل تونس في الفتوى والقضاء قرونا، ولمّا جاء العثمانيّون المتقلّدون للمذهب الحنفيّ في أواخر القرن السّادس عشر الميلاديّ أصبح للبلد مذهبان. فقد عين سنان باشا قاضيا حنفيّا على الحامية العسكريّة طال نفوذه القضاء بين المدنيّ، والعسكريّ. وأصبح قضاة تونس تحت نفوذ قاض يعينه شيخ الإسلام بإسطنبول، وفي عهد حمّودة باشا عين لكلّ مذهب مجال نظره، فكان القاضي الحنفيّ مكلفًا بالنظر في الأحياس، والقاضي المالكيّ بالحكم في صحّة ثبوت الهلال، شّمّام محمود: خلاصة تاريخ القضاء بتونس: 18-25، بن بلغيث الشّيباني: التّظام القضائيّ في البلاد التّونسيّة: 1857-1921.

هذا، وقد شهد الجامع الأعظم تدريس المذهبين. فكان شيوخ كلّ مذهب يدرّسون الأصول، والفروع من المصنّفات المعتمدة عندهم.

(2) هؤلاء من أعلام الزّيّتونة الذين مهروا في علوم الوسائل والمقاصد. وكان شيوخهم، وأقرانهم، وتلاميذهم يشهدون لهم برسوخ القدم في الفقه والأصول.

(3) تعدّ لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة مشروع قانونين أحدهما للأحوال الشخصيّة، والثاني لأحكام المسائل العقاريّة. وقد استمدّت مادّتها من أصول المذهبين الحنفيّ، والمالكيّ. استهلّ المشروع الأوّل محلّ نظرنا بأحكام المراكنة، وختم بأحكام الحجر. وقد اشتمل على 903 مادّة مرتّبة ترتيبا علميّا منطقيّا جاريا على وفق المقرّر في كتب الفقه.

تفاوض بين هؤلاء الشيوخ من جهة، وأحمد المستيري، والحبيب بورقيبة من جهة في منع تعدد الزوجات، ووجوب عرض الطلاق على القاضي، وإسهام الزوجة في النفقة. وقد كان الحبيب بورقيبة يرى أنّ المسألتين الأولىين من أوكد ما يجب المبادرة بالنص عليه في قانون الأسرة⁽¹⁾.

الشواهد الموضوعية: هذا، وإنّ معظم فصول المجلّة ناطقة بالمرجعية المعبرة عن الهوية، فمنها ما ينتسب إلى القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، ومنها ما ينهل بمقادير متفاوتة من الفقهين الحنفي، والمالكي⁽²⁾.

وإذا رُمنا الكشف عن مدى أثر الفقه المالكي في المجلّة، فهل تسعفنا الفصول الأولى التي كلّفنا بالنظر فيها بذلك؟ وإذا تكلفنا ذلك فما هو الضابط الذي نعيّر به نصيب المذهب المالكي من مادة المجلّة؟

فهنالك جملة من الضوابط حريّ بأن يكون كلّ واحد منها ميزانا يحتكم إليه في الغرض، الأوّل اعتبار مجرد ما تفرّد به الفقه المالكي منطوقاً⁽³⁾، والثاني مراعاة ما تفرّد به هذا الفقه منطوقاً، ومفهوماً ما لم يعارض الثاني بفصل صريح يقضي بإبطال حكمه⁽⁴⁾، والثالث أن نعدّ مع الميزان الثاني ما جرى على أصول المذهب، إذ ما كان كذلك جاز أن ينتسب إليه⁽⁵⁾، والرابع أن نضمّ إلى الثالث ما شاركه فيه المذهب الحنفي⁽⁶⁾.

-
- (1) المستيري أحمد: شهادة للتاريخ: 100، الأجهوري: الخلفية الإسلامية لمجلّة الأحوال الشخصية: 16.
 - (2) أرجع الأستاذ ساسي بن حليلة التشريع في مادة الأحوال الشخصية إلى ثلاثة مصادر، الأوّل لائحة الشيخ محمّد العزیز جعيط، والثاني ما صدر من قوانين، ومجلّات في بعض البلاد الإسلامية نحو مصر، وسوريا، وإيران، والثالث بعض الأحكام التنظيمية من المجلّة المدنية الفرنسية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية: 45.
 - (3) المقصود من المنطوق في عرف الأصوليين "ما فهم من دلالة اللفظ قطعاً في محلّ النطق"، الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام: 84/3.
 - (4) هناك جملة من الأحكام ثابتة بطريق مفهوم المخالفة، والمراد بهذا المصطلح أن نثبت للمسكوت عنه حكماً مخالفاً لحكم المنطوق به، وقد يطلق عليه أهل الأصول دليل الخطاب، وقد عزّفه الأمدي بقوله "ما يكون مدلول اللفظ في محلّ المسكوت مخالفاً لمدلوله في محلّ النطق". ولا شكّ في أنّ المفهوم لا يقوى على مدافعة المنطوق، إذ الثاني أظهر في الدلالة على الحكم، وأبعد عن الغموض والالتباس، لكونه مستفاداً من التظلم مباشرة خلافاً للأوّل، الإحكام في أصول الأحكام: 88/3، و311/4.
 - (5) كل ما كان جارياً على وفق أصول المالكية قمين بأن ينتسب إلى مذهبهم، وإن لم يرد عنهم فيه شيء.
 - (6) هناك جملة من الفصول حوت أحكاماً متفقاً عليها بين الحنفية، والمالكية، بل منها ما انعقد عليه الإجماع بين فقهاء الأمة نحو الحكم الذي تضمّنه الفصل الخامس.

ولا شكَّ في أنّ رعي كلّ ضابط يقتضي نتيجة مخالفة لما يقتضيه رعي البقيّة. وفيما يلي نوزّع المادّة العلميّة للفصول حسب هذه الضوابط في جدول يتكوّن من الخانات الآتية معوّلين في تعيين نسبة حضور المذهب المالكي في الفصول محلّ البحث على منهج السّر والتقسيم.

المتفق عليه بين الحنفية والمالكية	ما كان مخالفا لصريح القرآن اتّفاقا بين أهل العلم	ما كان موافقا لصريح القرآن والسنة
<p>الفصل 5 : يجب أن يكون كلّ من الرّوجين خلوا من الموانع الشرعيّة.</p> <p>الفصل 12: كل ما كان مباحا ومقوّما بمال تصلح تسميته مهرا، وهو ملك للمرأة.</p> <p>الفصل 13: ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمّة لا يتسّى للمرأة إلاّ المطالبة به فقط ولا يتربّب عن تعدّر الوفاء به الطّلاق.</p> <p>الفصل 14 : موانع الزواج قسمان : مؤبّدة ومؤقتة. فالمؤبّدة: القرابة أو المصاهرة أو الرضاع أو التّطليق ثلاثا. والمؤقتة: تعلّق حقّ الغير بزواج أو بعدة.</p> <p>الفصل 15 : المحرّمات بالقرابة أصول الرّجل وفصوله وأول أصوله وأول فصل من كلّ أصل وإن علا (الصّياعة مالكية، اللانحة: 16).</p> <p>الفصل 16: المحرّمات بالمصاهرة أصول الرّوجات بمجرد العقد وفصولهنّ بشرط الدّخول بالأُم، زوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد (الصّياعة مالكية، اللانحة: 16).</p> <p>الفصل 20: يحجر التزوّج بزوجة الغير أو معتدّته قبل انقضاء عدّتها.</p>	<p>الفصل 14 : موانع الزواج قسمان: مؤبّدة ومؤقتة. فالمؤبّدة : أو التّطليق ثلاثا.</p> <p>الفصل 19 : يحجر على الرجل أن يتزوّج مطلقته ثلاثا.</p>	<p>معظم المحرّمات الواردة في الفصل 15: مستمدّة من القرآن.</p> <p>الفصل 8 : ... والحاكم وليّ من لا وليّ له (أصله حديث نبويّ).</p> <p>الفصل 17 : يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب (أصله حديث نبويّ).</p>

ما كان محلّ نزاع بين أهل العلم	ما كان موافقا للفقه الحنفي	ما كان موافقا للفقه المالكي	ما كان جاريا على أصول الفقه المالكي
<p>الفصل 18 : (نقح بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 وبالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أفريل 1964). تعدّد الزواج ممنوع.</p>	<p>الفصل 9: للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلتا من شاء. وللوليّ حقّ التوكيل أيضا. الفصل 10 : .. ولكن ليس له (وكيل الزواج) أن يوكل غيره بدون إذن موكله أو موكلته.</p>	<p>الفصل 7 : زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء (هذا إن تسامحنا، ولم نعتبر الخلل في الصياغة). الفصل 8 : الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينبيهه (موافق له على وجه الإجمال). الفصل 11 : يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أيّ غرم إذا كان الطلاق قبل البناء.</p>	<p>الفصل 4: لا يثبت الزواج إلا بحجّة رسمية يضبطها قانون خاص. أما بالنسبة للزواج خارج المملكة، فإنه يثبت بما تعتمده قوانين البلاد التي تمّ فيها العقد. الفصل 5...كلّ من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج. وإبرام عقد الزواج دون السن المقرّر يتوقّف على إذن خاص من الحاكم. ولا يُعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين. الفصل 6: زواج القاصر يتوقّف على موافقة الولي، والأمّ. الفصل 10 : المتعلّق بالتوكيل في الزواج... ويجب أن يحرز التوكيل في حجّة رسمية، ويتضمّن صراحة تعيين الزوجين، وإلا عدّ باطلا</p>

يفصح الجدول عمّا يلي:

أولا: أنّ حضور المذهب المالكيّ في المجلّة يتفاوت قوّة وضعفا، أوسع
وضيقا بحسب الضّابط المعتمد، فهو يمثل حسب ترتيب الضوابط المذكورة
أنفا النسب التالية 18%، و27%، و45%، و72%.

ثانيا : أنّ انتساب قانون الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية،
والفقه الإسلامي جليّ، إذ استمدَّ معظم أحكامه من هذين المصدرين.

ثالثا : أعربت بعض الفصول عن رُوح التّجديد، والرّغبة الجامعة في
مراجعة بعض الأحكام الفقهية مجازاة لمقتضيات التّطوّر الاجتماعي في البلاد
التونسية، ومراعاة لمصلحة الأسرة، ولا مرية في أنّ تغيّر بعض الأحكام القابلة
للتّظر، لتغيّر موجباتها لا ينفي انتسابها إلى الفقه الإسلامي، إذا كان الاجتهاد
فيها مُراعيا لمناحي الاستنباط المعتمدة عند أهل العلم جاريا على وفق أصول
الشريعة ومقاصدها⁽¹⁾.

رابعا : أنّ بعض الفصول تنكّر لنصوص شرعية صريحة، فعارضتها
معارضة صريحة وأبطلت أحكامها بتعلّة مسايرة روح العصر الحديث⁽²⁾.

ولكن مع ذلك نقول: إنّ مخالفة بعض الفصول لهذه المرجعية لا
يقضي بقطع المجلّة عن أصولها، والحكم عليها بكونها لائكية ونحوها من
الأوصاف المجافية لمضمونها، إذ العبرة بالغالب، وأمّا النادر فلا حكم له⁽³⁾.

(1) الأحكام في التّشريع الأسريّ قسمان الأول محلّ نظر واجتهاد لخضوعه لسنة التّطوّر المطرّدة، ومراعاة أحوال
النّاس، وأعرافهم، وهو ما أشار إليه القرآن في نحو قوله تعالى "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"،
البقرة:226، وقوله "وَعَلَى الْمُؤْتَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"، البقرة:233، والثّاني من جنس الثّوابت
لبنائها على الجبلّة الثّابتة نحو الأبوة، والأمومة، والبنوة، وهو ما أشار إليه القرآن في نحو قوله تعالى في أي
الميراث "أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا"، النساء:11.

(2) لما نشر بالعدد 46 من جريدة الاستقلال المؤرّخ في 1 صفر الخير سنة 1376هـ الموافق لـ 7 سبتمبر سنة
1956م سؤال عن حكم الله في مجلّة الأحوال الشخصية أجاب عنه طائفة من الشيوخ، وهم محمّد عباس
شيخ الإسلام الحنفي، والبشير النيفر، وإبراهيم النيفر، ومحمّد الهادي ابن القاضي، وعليّ ابن مراد،
وأحمد ابن ميلاد، وعبد الوهّاب الكرارطي، وعبد العزيز بن جعفر، وأحمد المهدي النيفر، ومحمّد
المنستيري، وعليّ بالخوجة، والطيب سيالة، ومحمّد الحطّاب بوشناق، فبيّنوا أنّ المجلّة اشتملت على
فصول منكّرة شرعا لا تتفق مع الكتاب، والسنة، والإجماع، وذكروا منها:1/ منع تعدّد الزوجات، وترتيب
غرامة ماليّة على من يعدّد.2/ لا يعتدّ بطلاق الرّوج إلّا إذا كان على يد القاضي، وهو معارض لما ورد في
النصوص من أنّ الطلاق لا يتوقّف مضيه على حكم الحاكم.3/ تأييد حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها مع أنّ
الحرمة مغية بما صرح به القرآن في قوله تعالى "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا
غَيْرَهُ".4/ السكوت عن تزوّج المسلمة بغير المسلم، إذ لم يرد ذكره في موانع الرّواج، وهو معارض لصريح
القرآن (فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ). 5/ قصرت
موانع الإرث على القتل ممّا يقتضي التوارث مع اختلاف الدّين، وهو جار على خلاف الحديث، والإجماع،
السويسي محمّد بن يونس: الفتاوى التونسية في القرن الرابع عشر هجري: 885/2.

(3) يرى الشّيخ محمّد العزيز جعيط في الفتوى المنشورة في جريدة الاستقلال عدد 47 سنة 1956م أنّ ما يجب
تحويله، وتغييره، أو حذفه سبعة فصول فقط، لكونها لا تتماشى مع الحكم الشرعي، وكون جميع هذه

تقويم إجمالي للفصول : نودّ في هذا المقام أن نبدي الملاحظات العامّة
الآتية:

- الترتيب الجاري بين الفصول لا تحكمه وحدة موضوعيّة مطّردة، إذ قدّم فيها ما حقّه التأخير، وفصل بين أحكام المسألة الواحدة. فمن الجنس الأوّل ذكر شرط ثبوت الزّواج بصفة رسميّة في الفصل الرّابع، وذكر شرط الخلوّ من الموانع الشرعيّة في الفصل الخامس، مع أنّ الثاني مقدّم على الأوّل بحسب الواقع، إذ تسجيل العقد لا يكون إلّا بعد التّحقّق من ذلك الخلوّ. ومن الجنس الثاني تعريف الوليّ في الفصل الثامن بعد بيان أنّ زواج القاصر يتوقّف على موافقة الوليّ والأمّ. وهذا مخالف للقاعدة المنطقيّة القاضيّة بأنّ الحكم على الشّيء فرع عن تصوّره.

- صدر القانون أحكام الزّواج ببيان شروطه، وكان الأوّل أن يستهلّه بتعريفه، وبيان أركانه، إذ الشّأن أن يكون الخوض في الشّروط فرع الخوض في العقد، وأن يكون تناول الأركان فرع تناول حقيقة العقد. لذلك يُضيف الفقهاء الأركان إلى العقد، فيقولون أركان العقد، ويضيفون الشّروط إلى الرّكن، فيقولون مثلا شروط الرّكن الأوّل⁽¹⁾.

- عرّف القانون بعض المصطلحات نحو الوليّ، والمهر، وأهمل ما هو أولى منها بالشرح، والبيان، فقد استخدم بعض المصطلحات الفقهيّة الدّقيقة دون بيان للمعنى المقصود منها، وسكت عن بيان الجوامع، والفروق الجارية بين المتقارب منها الموهوم بالتّمائل والتّجانس نحو شروط الانعقاد وشروط الصّحّة، والفسخ والطلاق، ونحو الفساد والبطلان العارضين لعقد الزّواج.

السّبعة مخالفة للحكم الشّرعيّ ليس محلّ اتّفاق بين أهل العلم. فالإمام محمّد عبده مثلا يرى جواز منع التّعّدّد لدرء المفساد الاجتماعيّة الناشئة عنه، السّويسي محمّد بن يونس: الفتاوى التّونسيّة في القرن الرابع عشر هجري: 2/885، تفسير المنار: 4/286.

(1) الدردير أحمد: الشرح الصغير: 1/348-349.

ولا يخفى على ذي بصيرة أنّ ضبط المصطلح المعبر عن مدلوله بدقة ضروريّ، لفهم المادّة التشريعيّة فهما دقيقا يصون القاضي من الزلّ أو التّأويل الفاسد، الذي لا يعبر عن إرادة المشرّع⁽¹⁾.

كما أنّ الغفلة عن وجوه الاشتراك والافتراق الجارية بين المصطلحات أو عن الآثار المترتبة على انخرام مدلول كلّ منها، أو انتفاء شروط تحقّقها مظنّة الحيلولة دون حصول الانسجام والتّناسق المنطقيّ بين فصول المجلّة⁽²⁾.

- إيراد بعض الأحكام المجملّة، والغامضة، والسّكوت عن أخرى، وإن فتح باب الجدل بين فقهاء القانون نظريّا في المرجع الذي يستند إليه القاضي في تفصيل المجمل، وإيضاح المهم، وتبيين أحكام ما لم يرد فيه نصّ⁽³⁾، فإنّ واقع المحاكم التّونسيّة يشهد بأنّها كثيرا ما تعتمد الفقه الإسلاميّ في تطبيق أحكام المجلّة، فمما سكت عنه المشرّع، واستندت فيه المحاكم إلى الفقه الإسلاميّ التّفريق بين الثّيب والعدراء في الفصل الحادي عشر المتعلّق بخيار الشّروط، ومقدار الرّضاع المحرّم، وطرق إثباته، ففي الأوّل ورد حكم مدنيّ ابتدائيّ عدد 7487 مؤرّخ في 30 ديسمبر 1968م "تعرّض م.أ.ش إلى التّفريق بين الثّيب والعدراء، ويتعيّن حينئذ الرّجوع إلى الفقه الإسلاميّ، الذي هو أهمّ المصادر التي استمدّت منها مجلّة الأحوال الشّخصيّة أحكامها"، وفي الثاني ورد قرار تعقيبي مدنيّ عدد 319 مؤرّخ في 17 جانفي 1961 "أنّ الإرضاع من

(1) لا مرية في أنّ الإجهام العارض لبعض الألفاظ الواردة في النصوص القانونيّة نحو الدخول، والموانع الشّرعية، والفراش، أو الالتباس النّاشئ عن التّشابه بين بعض الألفاظ المتقاربة الموهمة بالتّرادف نحو الفساد والبطلان مظنّة الزلّ، والانحراف عن إرادة المشرّع. ولا يخفى ما يؤدي إليه ذلك من مقسدة ضياع الحقوق.

(2) يجري بين الفصول 21 و22 تناقض أدّى إلى انخرام التّناسق، والانسجام بينها، ويرجع ذلك إلى وقوع التباس أو اشتباه قويّ بين بعض المصطلحات الخطيرة التي استعملها الحنفيّة، والمالكيّة، وأطلقها كلّ واحد منهما على معنى لم يردّه الثّاني.

(3) لا شكّ في أنّ سكوت المشرّع التّونسي عن ذلك موجب لفتح باب الجدل في مرجعيّة المجلّة، وهو خلاف ما عمدت إليه بعض القوانين حيث نصّت على المصادر التي يعولّ عليها القاضي فيما سكت عنه النصّ، من ذلك ما صرح به قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ من أنّ القاضي يرجع فيما لم يرد فيه نصّ إلى القول الرّاجح من المذهب الحنفيّ، الصّابوني (عبد الرّحمن): شرح قانون الأحوال الشّخصيّة: 21/1.

توابع الحالة الشّخصيّة، ويرجع في أحكامه، ووسائل إثباته إلى الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

- كان النّقل من المذهبين مُراعياً للدقّة والأمانة أحياناً، ومائلاً أخرى إلى التحريف زيادة أو نقصاناً أو إهمالاً أو تليقاً هجينا بين المذاهب⁽²⁾.

التّقويم التّفصيلي: الغرض الذي نرمي إليه في هذا المقام هو بيان وجوه الوصل والفصل بين الفصول، والكشف عن مظانّ ما ادّعيناه من تحريف في النّقل من اللائحة نشأ عن سوء التّصرّف في العبارة، أو التّلفيق الهجين بين فروع الحنفيّة والمالكيّة، المتولّد من الجهل بالفروق الجوهرية الجارية بين مواهي المصطلحات الأصوليّة المعتمدة في المذهبين، وبالأثار المترتبة على انخراطها، أو على انتفاء الشّروط التي تتوقّف عليها.

الفصل 3 : لا ينعقد الزّواج إلاّ برضا الزّوجين : ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثّقة وتسمية مهر للزوجة.

لم تحفل مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة بتعريف الزّواج مثل بعض القوانين العربيّة⁽³⁾، والظاهر أنّ مُوجب ذلك هو وُضوح حقيقته،

(1) الأحمر عصام : مجلّة الأحوال الشّخصيّة، ابن محمود فاطمة الزّهاء، ودولة سامية: التّعليق على مجلّة الأحوال الشّخصيّة قراءة في فقه القضاء: ص 77 وص 92.

(2) ذكر الشيخ محمّد العزیز جعيط في مراسلته لمدير جريدة لأكسيون أنّ مجلّة أحكام الأحوال الشّخصيّة التي أنجزها بمعيّة لجنة تتركّب من حكّام شرعيين، وعدليين، ومدرسين، وعلماء، ومحامين، وثلّة من أرباب الفكر، والخبرة بالعوائد التّونسيّة، ليست هي نفس المجلّة التي صدرت في أوت 1956، بل المجلّة الصّادرة في أوت أقرّت بعض فصول المجلّة الأولى، وغيّرت بعض فصول أخرى، وزادت بعض فصول أخرى، وأهملت أغلب الفصول. ونفى أن تصدر منه موافقة على كثير من الفصول، جريدة الاستقلال عدد 47 بتاريخ 14 سبتمبر 1956.

(3) بيّنت هذه القوانين أنّ الزّواج ارتباط بين طرفين على وجه مشروع، يرمي إلى مقاصد نبيلة تقرّها الفطرة السّويّة، فقد عرّفت مدوّنة الأسرة المغربيّة الزّواج في الفصل الأوّل بأنّه "ميثاق ترابط وتماسك شرعيّ بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان، والعفاف مع تكثير سواد الأئمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزّوج على أسس مستقرّة تكفل للمتعاقدين تحمّل أعبائها في طمأنينة وسلام، وود، واحترام"، وعرّفه قانون الأسرة الجزائريّ بأنّه "عقد بين رجل وامرأة على الوجه الشّرعّي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، والرّحمة، والتعاون، وإحصان الزّوجين، والمحافظة على الأنساب"، وعرّفه بأنّه "عقد رضائيّ بين رجل وامرأة" وعرّفه قانون الأحوال الشّخصيّة السّوري في المادّة الأولى بأنّه "عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة، والنّسل"، وعرّفه قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ في المادّة الثّانية بأنّه "عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا لتكوين أسرة، وإيجاد نسل بينهما"، الفاخوري إدريس: أحكام

لتقرّرها في الفطر السّويّة⁽¹⁾، لذلك اكتفت ببيان شروطه، والآثار المترتبة عليه.

وهذا الفصل يؤدّن بأنّ الشّروط قسمان شروط انعقاد وهو التّراضي، وشروط صحّة وهما الإشهاد، وتسمية المهر. وآية كونهما مختلفين هو العطف المقتضي للمغايرة بين المعطوف، والمعطوف عليه. والتّفرة بينهما جارية على وفق مُحقّقي مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النّعمان، فهم الذين بيّنوا أنّ شروط الانعقاد تختلف عن شروط الصحّة مفهوماً، وحكماً.

ويقتضي التّمييز بين الضّربين أن يلحق بكلّ منهما ما هو قمين بالانتساب إليه، والاندراج تحته، أقصد الأفراد التي يصدق عليها مفهوم كلّ ضرب حسب المتقرّر في الاجتهاد الحنفيّ ضماناً للتّناسق المطّرد بين أحكام المجلّة، ولكنّ قصور الفصل عن الوفاء بهذا المقتضى، قد أفضى إلى نقض عرى الوحدة الموضوعيّة بينه، وبين الفصلين 21 و22.

والظّاهر أنّ ذلك فرع الغفلة عن تبين الفروق الجارية بين الأركان، والشّروط حقيقة وأنواعاً في المذهبيين، اللّذين استمدّ منهما المشرّع معظم مادّة القانون، والدّهول عن اعتبار التّلازم بين الشّروط والآثار النّاشئة عن كلّ نوع منها، فإنّ تحريّ الدّقة في التّمييز بين شروط الانعقاد وشروط الصحّة في المذهب الحنفيّ، وما يترتب على الأولى من بطلان، وعلى الثانية من فساد، هو الذي يهدي الفقيه، والقاضي إلى الحكم المناسب⁽²⁾، يقول

الزّواج في مدوّنة الأحوال الشّخصيّة، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربيّ: 29، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: ص 537 الصّابوني(عبد الرّحمن): شرح قانون الأحوال الشّخصيّة السّوري: 78/1، التّكروري عثمان: شرح قانون الأحوال الشّخصيّة الأردني: 31، السّرطاوي محمود: شرح قانون الأحوال الشّخصيّة الأردني: 12.

(1) ذكر ابن عاشور في كتاب مقاصد الشّريعة الإسلاميّة أنّ الزّواج من الفطرة، وشواهد ظاهرة في الخلقة: ص 59.

(2) ما جرى عليه المشرّع التّونسي من التّفرة بين باطل الزّواج، وفاسده هو الرّأي الذي استقرّ عليه متأخرو الحنفيّة، وتبناه مدوّنو لائحة الأحكام الشّرعية خلافاً لما ذهب إليه متقدّمو هذا المذهب من عدم التّفرة بين الضّربين. وموجب الاختلاف بين الفريقين أنّ الزّواج يتردّد بين العبادات والمعاملات، فلا يتمخّص

د. محمد فتحي الدبريني "وشروط الانعقاد تغاير شروط الصّحة، وتختلف عنها مفهوما وحكما، فالدّقة في تحليل العناصر التي ينهض عليها هذا التّأصيل في فلسفة الحنفيّة، يستلزم استقصاء العناصر التّكوينيّة المكّملة أيضا، لتتميّز عن نظريّة البطلان، وليتمكّن الباحث من الحكم الدّقيق، نظريّا أو عمليّا قضائيّا على التّصرّف الشرعيّ بالفساد أو البطلان، تبعاً لوجودها وانتفاءها"⁽¹⁾.

وعليه، وجب بيان معاني هذه المصطلحات، والفروق الجارية بينها حتّى يتبيّن المدعى.

الرّكن والشّرط عند الحنفيّة: يراد بالرّكن عند الحنفيّة ما يكون به قوام الشّيء بحيث يعدّ جزءاً داخلاً في حقيقته، وهذا يصدق على خصوص الإيجاب والقبول، إذ العقد عندهم ارتباط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما، يتوقّف عليه وجوده المعتبر شرعاً⁽²⁾.

وما عدّه الجمهور من الأركان نحو العاقدين والمحلّ، فهو عندهم من اللّوازم العقليّة، لأنّ العقد ارتباط بين كلامين، أو ما يقوم مقامهما، صادر من طرفين، ولا بدّ أن يكون وارداً على محلّ، ليظهر أثر العقد فيه⁽³⁾.

وقد قسّم الحنفيّة الشّروط إلى الأنواع الآتية :

الأوّل شروط الانعقاد : لا تتحقّق ماهية الزّواج عندهم إلّا بأمرين الأوّل توقّف الصّيغة، إذ هي الرّكن الوحيد للعقد في اجتهادهم، والثّاني

لواحد من المجالين، إذ له شبه بكلّ منهما، فمن رأى أنّه أقوى شهما بالنّوع الأوّل ألحقه به، ولم يميّز بين الباطل، والفساد، ومن رأى كونه أشدّ شهما بالثّاني ألحقه به، وفرّق بين الباطل، والفساد. ولئن كان الخلل مشتركا بين الصّنفين، فإنّه في الأوّل يتعلّق بفقد أمر جوهرى، أو شرط من شروط الانعقاد ينعدم معه العقد حقيقة أو حكما، ويرجع في الثّاني إلى انخراط شرط من شروط الصّحة، فيوجد العقد معه حقيقة وحكما، لكنّه لا يكون صالحا لترتيب الآثار عليه في ذاته، فإذا أعقبه بناء ترتبت عليه بعض الآثار، ردّ المحتار: 4/131، المرأة: 1/327، شلبي: 319.

(1) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، وأصوله: 1/291.

(2) يقول عبد العزيز البخاري الحنفي "ركن الشّيء جانبه الأقوى لغة، وفي عرف الفقهاء ركن الشّيء ما لا وجود لذلك الشّيء إلا به كالقيام والركوع والسّجود للصّلاة"، كشف الأسرار: 3/611.

(3) شلبي محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام: 77.

الشروط المكتملة لها، وهي شروط الانعقاد، أو التكوين التي تتوقف عليها سلامة مقومات العقد، فإذا تخلّف شرط منها لحق العقد خلل في جوهره، وصار وجوده كالعدم، وحكم عليه حينئذ بالبطلان.

فقد اشترطوا في الصيغة 1- اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول كما لو قال الموجب للوليّ زوّجني ابنتك، فقال له زوّجتك أو قبلت. فلو صدر من العاقدين أو أحدهما ما يلغي الإيجاب بعد صدوره، كأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول، أو يعرض الطّرف الثّاني عن إيجاب الأوّل بخروجه من المجلس أو خوضه في حديث آخر، لم ينعقد الزّواج، لأنّ المكان وإن كان واحداً إلا أنّ الفصل بين الإيجاب والقبول بعمل أجنبيّ يمنع من الاتّحاد حكماً⁽¹⁾، 2- أن يوافق القبول الإيجاب حتّى يتواردا على شيء واحد، ويتحقّق اتّفاق الإرادتين⁽²⁾، 3- وأن تكون الصّيغة منجزة بأن تكون مفيدة لمعناها في الحال غير معلّقة على حدث في المستقبل، أو مضافة إلى زمن مستقبل.

واشترطوا في العاقدين أن يكون كلّ منهما أهلاً لمباشرة العقد بأن يكون عاقلاً مميّزاً، فعقد المجنون وغير المميّز باطل لا يترتّب عليه أثر، إذ لا عبرة بإرادتهما، ولا بتعبيريهما، وأن يعلم كلّ واحد منهما ما صدر من الآخر بأن يسمع كلامه، أو يرى إشارته، ويعرف مراده⁽³⁾.

(1) يقول الكاساني "وأماً) الذي يرجع إلى مكان العقد فهو اتحاد المجلس إذا كان العاقدان حاضرين وهو أن يكون الإيجاب، والقبول في مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس لا ينعقد النكاح بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس، لا ينعقد، لأن انعقاده عبارة عن ارتباط أحد الشطرين بالآخر، فكان القياس وجودهما في مكان واحد، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى سد باب العقود، فجعل المجلس جامعاً للشطرين حكماً مع تفرقهما حقيقة للضرورة، والضرورة تندفع عند اتحاد المجلس، فإذا اختلف تفرق الشطرين حقيقة، وحكماً فلا ينتظم الركن"، بدائع الصنائع: 232/2-234.

(2) لو قال الخاطب زوّجني ابنتك على مهر قدره ألف دينار، فقال له قبلت بالفين لم ينعقد، لأنّ القبول لم يكن مطابقاً للإيجاب، ولو كانت المخالفة لمصلحة الموجب كما لو قال الخاطب زوّجني ابنتك على مهر قدره ألف دينار، فقال له قبلت بخمسائة انعقد الزّواج لتحقّق التوافق ضمناً، شلي محمّد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام: 99.

(3) يقول الكاساني "وأماً شرائط الركن فأنواع: بعضها شرط الانعقاد، وبعضها شرط الجواز والنفاد، وبعضها شرط اللزوم. (أما) شرط الانعقاد فنوعان: نوع يرجع إلى العاقد، ونوع يرجع إلى مكان العقد بالفعل، فلا ينعقد نكاح المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأنّ العقل من شرائط أهلية التصرف فأما البلوغ: فشرط النفاذ عندنا لا شرط الانعقاد على ما نذكر إن شاء الله تعالى وأما تعذر العاقد، فليس بشرط لانعقاد النكاح خلافاً لفرع على ما مر"، بدائع الصنائع: 232/2-234.

واشترطوا في المرأة محلّ العقد ألا تكون محرّمة عليه تحريماً قطعياً لا شبهة فيه، وأن تكون أنثى محقّقة الأنوثة⁽¹⁾.

النوع الثاني شروط الصّحة: المراد بصّحة الزّواج عندهم ما كان معتبراً عند الشّارع الحكيم بأن يكون العقد صالحاً، لأن ترتّب عليه الآثار الشرعيّة، فلا يكفي أن ينقصد الزّواج⁽²⁾، بل لابدّ من توفّر شروط أخرى إذا تخلّف واحد منها حكم على العقد بالفساد⁽³⁾.

وأول هذه الشّروط ألا تكون المرأة محرّمة تحريماً ظنياً نحو تزوّج المرأة على عمّتها أو خالتها، وتزوّج المعتدّة من طلاق بائن، وتزوّج أخت زوجته التي طلقها أثناء عدّتها لخفاء تحريم كلّ منهما والاشتباه فيه⁽⁴⁾، فمن تزوّج معتدّة من طلاق بائن كان زواجه منعقداً، لكون المرأة محللاً للزّواج في الجملة، ولكنّه يعدّ فاسداً لعدم صلاحية ترتّب الآثار عليه، والشّرط الثاني أن تكون الصّيغة مؤبّدة غير مؤقتة بمدّة، فإن صحّحها توقيت فسد العقد، والثالث الإشهاد على العقد⁽⁵⁾.

وما عليه المعلول عند الحنفيّة أنّ رضا الزّوجين وإن كان الأساس في تكوين العقد، فإنّه أمر نفسانيّ باطن يتعدّد الاطّلاع عليه، لذلك أقام الشّارع مقامه ما يدلّ عليه من قرائن وأمارات جليّة. لذلك كانت الصّيغة

(1) الكاساني: بدائع الصّنائع : 2 / 232، أبو زهرة محمّد: الأحوال الشّخصيّة: 44-45، شلبي محمّد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام: 98-99.

(2) أي أن توجد حقيقته بتوفّر شروط الانعقاد المذكورة آنفاً.

(3) أي إذا توفّرت الشّروط التكوينيّة بعد قيام الصّيغة، انعقد الزّواج، وتحقّقت ماهيته، وهذه الماهية مقوم رئيس في تأصيل نظريّة البطلان، والفساد عند الحنفيّة، أبو زهرة محمّد: الأحوال الشّخصيّة: 58-59، شلبي محمّد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام: 102، الدّريني محمّد فتحي: بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله: 1/295.

(4) أسباب التّحريم عندهم قسماً رئيسان الأول محلّ اتّفاق بين أهل العلم، وهو صادق على التّحريم بسبب القرابة، والمصاهرة، والرّضاع، والثاني مختلف فيه نحو تزوّج أخت المطلّقة التي لا تزال في العدّة من طلاق بائن. والفرق بين الضّربين أنّ من تزوّج امرأة محرّمة بسبب من أسباب القسم الأول كمن عقد على أمّه أو أخته كان العقد باطلاً لا يترتب عليه أثر، ومن تزوّج امرأة محرّمة بسبب من أسباب القسم الثاني كان زواجه فاسداً أي لا ينتج أثراً قبل البناء أمّا بعده، فتنشأ عنه أحكام، لأجل واقعة البناء، ويفرق بين الزّوجين وجوباً.

(5) شلبي محمّد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام: 102 - 118.

عندهم ركن العقد، وأما التراضي فشرط في صحته لا في انعقاده، حتى إذا ثبت الإكراه عندهم فسد العقد لاختلال الوصف⁽¹⁾.

النوع الثالث شروط النفاذ : إذا تحقق الركن، وتوفرت شروط الصحة فإن العقد لا ترتب عليه آثاره الشرعية إلا بكمال أهلية العاقدين، ووجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء العقد. وكمال الأهلية إنما يكون بالحرية والبلوغ والعقل، وأما الصفة فهي الأصالة، أو الوكالة، أو الولاية. فللرجل البالغ أن يزوج نفسه بمن أراد من النساء ممن تحل له، وللمرأة البالغة العاقلة أيضا أن تزوج نفسها بمن تشاء بشرط أن تختار الكفاء، وأن لا يقل مهرها عن مهر المثل، يستوي في هذا الحكم عندهم البكر والثيب.

وإذا زوج الصبي المميز نفسه صحّ عقده، وتوقف نفاذه على إجازة الولي، فإن أجازته ترتب عليه آثاره، وإن لم يجزه بطل، وألحقوا به الصغيرة المميزة في احتياج نفاذ عقدها إلى إذن الولي بجامع التمييز.

والوجه في هذا الحكم أن وجود أصل الأهلية اقتضى أن يكون الزواج منعقدا صحيحا، ونقصاتها جعله موقوفا على الإجازة، لإمكان درء الضرر المتوقع، إذ مثل هذا العقد يتردد بين المصلحة والمفسدة⁽²⁾.

(1) وهذا خلاف ما ذهب إليه زُفر، فهو يرى أن عقد المكره موقوف غير نافذ، الدريني محمد فتحي: بحوث في الفقه الإسلامي وأصوله: 1/294.

(2) "يقول الإمام الكاساني في شرائط النفاذ "أن يكون العاقد بالغا، فإن نكاح الصبي العاقل، وإن كان منعقدا على أصل أصحابنا فهو غير نافذ، بل نفاذه يتوقف على إجازة وليه، لأن نفاذ التصرف لاشتماله على وجه المصلحة والصبي لقلته تأمله لاشتغاله باللهو، واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه، بل يتوقف على إجازة وليه، فلا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل أن يجيزه الولي لا ينفذ بالبلوغ، لأن العقد انعقد موقوفا على إجازة الولي، ورضاه، لسقوط اعتبار رضا الصبي شرعا، وبالبلوغ زالت ولاية الولي فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه، وعند الشافعي: لا تنعقد تصرفات الصبي أصلا بل هي باطلة، وقد ذكرنا المسألة في كتاب المأذون"، بدائع الصنائع: 2/232-234.

أما عقد فاقد الأهلية مثل المجنون والمعتوه، والصغير غير المميز، فلا أثر له، لبطلان جميع تصرفاته⁽¹⁾. وإذا تولى العقد وليّ، أو وكيل كامل الأهلية نفذ العقد.

وإن زوّج الفضولي وهو كامل الأهلية غيره انعقد زواجه وصحّ، ولكنّه يكون موقوفا على الإجازة.

شروط اللزوم : لا يكتسب الزّواج قوّته في الاستمرار، ولا تتحقّق المقاصد التي شرع من أجلها إلّا إذا كان لازما، لذلك تقرّر عند الفقهاء، أنّ الأصل في هذا العقد هو اللزوم، ولا تتحقّق فيه هذه الصّفة إلّا إذا خلا ممّا يوجب فسخه.

والصّور التي يكون فيها الزّواج لازما هي :

* أن يكون الزّوج كفاء لمن زوّجت نفسها، وهي بالغة عاقلة رشيدة. ومفهوم هذا الشّروط أنّها إذا زوّجت نفسها بغير كفاء ارتفع اللزوم، فإذا كان لها وليّ عاصب لم يرض بهذا الزّواج فله حقّ طلب الفسخ، إذ الكفاءة ليست حقّا محضا لها، بل يشاركها فيه أولياؤها، فإن أسقطت حقّها بقي حقّ الأولياء.

* ألا يكون مهرها دون مهر أمثالها، فمن حقّ الوليّ العاصب أن يطلب فسخ العقد حتّى ولو كان الزّوج كفاء لها.

* أن يكون المزوّج لعديم الأهلية، أو ناقصها معروفا بحسن التصرف والاختيار. * ألاّ يغرّر الزّوج في أمر يرجع إلى كفاءته، فمن ادّعى نسيا أو منزلة اجتماعية معيّنة، وهو دون ذلك، ثمّ ظهر كذبه كان للوليّ طلب الفسخ.

الشّروط والرّكن في المدونة المالكيّة : فرق المالكيّة في باب العبادات بين المصطلحين، فالمراد بالأوّل عندهم ما توقّفت عليه الماهية، ولم يكن جزءا منها نحو الطّهارة، وستر العورة، واستقبال القبلة في الصّلاة، وبالتالي ما توقّفت عليه الماهية، وكان جزءا تتقوّم منه نحو النّية، وتكبيرة الإحرام، والرّكوع، والسّجود⁽²⁾.

(1) حاشية ابن عابدين : 448/2، شلبي: 118.

(2) الشّروط في عرف الأصوليين ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم لذاته، وإطلاق كلّ من الشّروط والرّكن على الآخر مجاز علاقته المشابهة في توقّف وجود الماهية على كلّ منهما، القرافي: شرح تنقيح الفصول: 77، الشنقيطي عبد الله بن إبراهيم العلوي: نشر البنود على مرّاق السّعود: 42/1.

ولكنّ هذا الفرق الدقيق بين المصطلحين لم تطرّد مراعاته في عقود المعاملات عموماً، وفي عقد الزّواج على وجه الخصوص، فمن المالكية من عدّ الوليّ والمحلّ، والصّيغة أركاناً⁽¹⁾، والصدّاق، والشّهادة شرطي صحّة⁽²⁾، ومنهم من أدرج الصدّاق، والشّاهدين في أركان العقد نظراً إلى التّوقّف عليهما، وإن صحّ العقد في ذاته دون ذكر صدّاق، وإحضار شاهدين، وهو ما أشار إليه ابن أبي زيد بقوله "لا نكاح إلا بوليّ وصدّاق وشاهدين عدلين"⁽³⁾، وعدّ فريق ثالث كابن عاصم، وخليل، وابن راشد القفصي الشّهادة شرطاً، والبقية أركاناً⁽⁴⁾.

يقول الأوّل في تحفة الحكّام :

والمهر والصّيغة والزّوجان*** ثمّ الوليّ جُملة الأركان.

ويرى الحطّاب أنّ النّكاح الشرعيّ وإن كان لا يتحقّق إلّا بالوليّ والصّيغة والزّوجة والزّوج، فإنّ الظاهر أنّ الأوّلين شرطان، والزّوجين ركنان، وأمّا الشّهود والمهر، فهما ليسا من الأركان، ولا من الشّروط، لعدم الافتقار إليهما في وجود النّكاح الشرعيّ.

الإشهاد	الصدّاق	الصّيغة	المحلّ	الوليّ	
شروط صحّة	ركن	ركن	ركن	ركن	خليل، وابن راشد.
شروط صحّة	شروط صحّة	ركن	ركن	ركن	الدردير
ركن	ركن	ركن	ركن	ركن	ابن أبي زيد
مستحب في العقد	شروط كمال في العقد	شروط	ركن	شروط	الحطّاب

(1) المراد من المحلّ الزوج، والزّوجة، ويرى بعض محقّقي المالكية أنّ الصّيغة دليل على الماهية لا ركن من الأركان، إذ الدليل غير المدلول، وعدّها ابن الحاجب وخليل من الأركان، م.ن.ص.

(2) الدردير: الشّرح الصّغير: 348/1-349.

(3) كفاية الطّالِب الرّبّاني: 34/2.

(4) أي الوليّ، والمحلّ، والصّيغة، والصدّاق، لباب اللباب: 231، التّسولي: البهجة في شرح النّحفة: 377/1.

وقد علّل الدردير ركنيّة الصّدّاق بكونه من المعقود عليه، فهو نظير الثّمّن في عقد البيع، ويفهم من هذا أنّ الشّهادة ليست كذلك⁽¹⁾.

ووجّه بعضهم الاختلاف بأنّ من نظر إلى الحقيقة جعل الأركان ثلاثة، ومن نظر إلى توقّف الصّحة على الشّيء عدّ الصّدّاق ركنا ونوقش بأن هذا النّظر يقتضي جعل الشّهود ركنا، والتّفارقة بين الصّدّاق والشّهادة في هذا الحكم تحكّم، وهو باطل⁽²⁾.

وأنكر بعض المحقّقين كالعدوي أن يكون كلّ واحد ممّا ذكر جزءا تتقوّم منه ماهية العقد. ولا يظهر كونه كذلك، إذ غاية ما يقال أنّها جعلت أركاننا باعتبار انعدام الماهية بانعدامها، وفي هذا تجوّز وتسامح، وهذا يقتضي أن تكون شهادة الشّهود ركنا بهذا الاعتبار، لذلك كان الأولى أن يستعمل الرّكن فيما تتوقّف عليه الحقيقة⁽³⁾.

ولهذا ذكر صاحب نشر البنود أنّ إطلاق كلّ من الشّرط والرّكن على الآخر مجاز علاقته المشابهة في توقّف وجود الماهية على كلّ منهما⁽⁴⁾.

وهذا ما يفسّر تعبير بعض المالكيّة عن أركان النّكاح بالشّرط كما ذكره صاحب كفاية الطّالب الرّباني⁽⁵⁾.

وعليه، فموجب الاختلاف أمران: الأوّل الاختلاف في المعنى المقصود من الرّكن والشّرط في باب العقود، والثّاني الاختلاف في تحقيق المناط، وهو التّحقّق من وجود حقيقة كلّ منهما في الأفراد المذكورة كلّاً أو بعضاً⁽⁶⁾.

(1) يقول متحدثاً عن خليل بن إسحاق والشّيخ عمّت بركاته جعل الصّدّاق ركنا نظرا إلى أنّه من المعقود كالثّمّن، ولم يجعل الشّهادة من الأركان أي بل هي شرط لقوله وفسخ إن دخل بلاه"، الشّرح الصّغير: 349/1.

(2) التّحكّم في عرف الأصوليين هو: التّرجيح بلا مرّجّح، انظر هذه المسألة: "الصّاوي": بلغة السّالك لأقرب المسالك: 349/1.

(3) العدوي: حاشيته علي شرح الخرشي: 172/3.

(4) 42/1.

(5) 34/2.

(6) المراد بتحقيق المناط النّظر في معرفة وجود الكلّي في المحال الجزئيّة المشخّصة نحو التّحقّق من وجود العلة في أحاد الصّور بعد معرفتها في نفسها، وسواء كان مدرك معرفتها النّص، أو الإجماع، أو الاستنباط. ولا

الرّضا في القانون : عدّ كثير من فقهاء القانون الرّضا الركن الرّئيس في عقد الرّواج، بل في سائر العقود، لتوقّف وجوده عليه، ولا يرون فرقا بينه وبين الإيجاب والقبول⁽¹⁾.

وما يجدر التّنبيه عليه في هذا المقام أنّ ما ورد في الفصل الثّاني من م.ا.ع من كون التّصريح بالرّضا ركنا من أركان العقد هو الموافق للمصطلح الفقهيّ المعروف بالصّيغة. ولا يقتصر هذا الشّروط على الذّكر دون الأنثى، ولا على الرّاشد دون القاصر، بل هو معتبر في الجنسين مطلقا.

ومطلع الفصل صريح في أنّ المشرّع حريص على أنّ زواج الفتاة لا يتحقّق إلاّ بموافقتها⁽²⁾، وهذا موجب لإلغاء ما تقرّر في المذهب المالكيّ من تمتّع الوليّ بحقّ إجبار منظورته على التّزوج ممّن يراه صالحا للاقتران بها⁽³⁾، وذلك في صور منها :

* أن تكون البنت ثيبا بالغا سفهية عجز الأب عن صونها، فله أن يجبرها على الرّواج إذا رأى في ذلك مصلحة لها.

* أن يجبر الرّاشد ابنته البكر على الرّواج من قبيح المنظر أو أعى أو ممّن هو دونها مالا أو جاها أو بأقلّ من صداق المثل إذا قدر في ذلك مصلحة لها⁽⁴⁾.

يجري خلاف بين أهل العلم في صحّة الاحتجاج به إذا كانت العلة فيه ثابتة بالطّريقين الأوّلين، وإنما الخلاف فيه فيما إذا كان مدرك معرفتها الاستنباط، وقد بسط فيه الشّاطبي الكلام في مواضع كثيرة من كتابه الموسوم بالموافقات، ر4/89-165، 95-167.

(1) يقول محمّد الحبيب الشّريف "يعتبر الرّضا بالرّواج الركن الأساسي في عقد الرّواج، وهو الركن النّفسي الذي لا تتوقّف إرادة الرّواج لدى كلا المتعاقدين بدونه، إذ يجسّم حرّية الرّواج التي تعدّ من أبرز الحرّيات الخاصّة، ومن أوّل حقوق الإنسان"، م.أ.ش:ص17.

(2) ساسي بن حلّيمة: دراسات في الأحوال الشّخصيّة:4، محاضرات في قانون الأحوال الشّخصيّة:47.

(3) لا يملك هذه السّلطة عندهم إلاّ الأب الرّاشد في حقّ ابنته البكر، أو المجنونة، أو الثّيب الصّغيرة، وقد يكون الوصيّ مجبرا بشرط أن يجعل له الأب ذلك في وثيقة الوصيّة، أو يعين له الرّوج، الزّرقاني:شرح المختصر:3/174-219.

(4) الباجي: المنتقى:3/274، الزّرقاني: شرح المختصر:3/172-219، العابدي: محمّد العلوي: الأحوال الشّخصيّة، والميراث في الفقه المالكي:27.

فالمالكيّة ناطوا صحّة الإيجاب بمراعاة مصلحة البنت، فإذا كان فيه ضرر عليها نحو تزوجها ممّن به عاهة تنفر منها النفوس كالمجنون، والخصاء، والبرص، فلا تزوّج حينئذ إلا برضاها نطقاً، ولا يكفي صماتها⁽¹⁾.

وينقطع الجبر عندهم بالأسباب الآتية :

الأوّل الرّشد، فليس للأب أن يجبر الرّاشدة على الزّواج، بل يجوز لها أن تتزوّج بمن شاءت، ولو بمن هو دونها كفاءة، أو بأقلّ من مهر المثل.

الثّاني: أن تقيم الزّوجة في بيت زوجها سنة كاملة، ولو بقيت بكراً.

الثالث: الثّيوبة ولو بزواج فاسد.

الرّابع: الرّنا المتكرّر، وهذا يكون فيمن اتّخذت الرّنا حرفة لها⁽²⁾.

ويشترط في الرضا المنصوص عليه في هذا الفصل ما يلي:

أوّلاً أن يكون موجوداً، وذلك بأن يصدر ممّن يمكنه قانوناً أن يصحّ برضاه، وهذا يحيلنا على تبين حكم زواج القاصر، والمجنون، والمعتوه⁽³⁾.

فالأوّل لا ينعقد زواجه إلاّ بشروط، وأمّا الثاني والثالث فسكت عنهما المشرّع، واكتفى بالنصّ على إمكان زواج المحجور عليه لسفه بعد موافقة

(1) الزّرّقاني: شرح المختصر: 3/172-219، التّسوليّ البهجة في شرح التّحفة 411/1.

(2) الزّرّقاني: شرح المختصر: 3/172-173-178، العابدي: محمّد العلوي: الأحوال الشّخصيّة، والميراث في الفقه المالكي: 27.

(3) الجنون آفة توجب ذهاب العقل، والعته آفة توجب خللاً فيه، فيكون صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين، فلا يتمخّض لأحدهما. والتّفرقة بين المجنون، والمعتوه هو الأصل في استعمال الفقهاء أي أنّ الغالب أنّهم يطلقون المجنون على من زال عقله، والمعتوه على من ضعفت فيه هذه الملكة، ولذلك كثيراً ما نراه يعطفون الثّاني على الأوّل. وقد يستعملون المعتوه فيمن ذهب عقله، وهو نادر، فتح القدير: 3/343، ابن عابدين: 2/426، الخرخشي: شرح المختصر: 3/187، الخطاب: مواهب الجليل: 2/489.

وعلى الإطلاق الأوّل جرى القانون التّونسيّ في الفصل 160 من م.أ.ش. فعرف المجنون بفاقد العقل، وضعيف العقل بأنّه شخص غير كامل الوعي، سيء التدبير، لا يهتدي إلى التّصرّفات الرّائجة، ويغيب في البيوع، وفرّق الفصل 163 في الحكم النّاشئ عن تصرّفات كلّ منهما. والظاهر أنّ الأستاذ ساسي بن حليمة قد اشتبه عليه الفرق بين الصّنفين، فاعتبر المعتوه عديم الإدراك والإرادة، وأسند إليه الإطباق، والتّقطع، وهما من عوارض الجنون، محاضرات في قانون الأحوال الشّخصيّة: 47-48.

وليّه، ولا ريب في أنّ هذا موجب لفتح باب الجدل، فالمجنون جنونا مطبقا، والمعتوه لا يمكن لواحد منهما أن يبرم عقد الزّواج، وعلى فرض أنّهما تزوّجا، فإنّ العقد يكون باطلا، إذ الأوّل مسلوب العقل والثّاني ضعيفه، وأمّا من كان به جنون مقطّع فاختلّفت فيه الأنظار، فهناك من يرى أنّ زواجه يكون صحيحا إذا أبرم حال تمتّعه بمداركة العقلية، وهناك من يقضي ببطلانه، إذ ليست العبرة بمجرّد وقت إنشاء العقد، بل بمدّة الحياة الزوجية التي قد يتعكّر صفوها بسبب هذا العارض، ويتعدّر معه تحقيق المقاصد التي من أجلها شرع الزواج⁽¹⁾.

ولكن هل يمكن للوليّ أن يزوّج المجنون والمعتوه إذا رأى في ذلك مصلحة أو لا؟

هذا ما سكت عنه المشرّع خلافا للقوانين المصري والسّوري والأردنيّ والمغربيّ، فقد اشترطت في زواجه موافقة القاضي، وإذنه إذا ثبت بتقرير طبيّ أنّ في زواجه مصلحة له⁽²⁾. وهو قريب من مذهب الإمام أبي حنيفة، فهو يرى أنّ للوليّ سلطة تزويج المجنون والمعتوه وضعيف العقل، وإذا أثبت الطبيب أنّ في زواج المجنون مصلحة، ووجد من يقبل الزّواج به، وامتنع الأب لمسوّغ غير مشروع رفع الأمر عندئذ إلى القاضي، ليأذن بتزويجه، وقصر المالكية سلطة تزويج فاقد الأهلية على الأب ووصيّه.

وما نوّد أن نشير إليه في هذا المقام أنّ الزّواج مبنيّ على الرّضا والاختيار الحرّ، وهذا لا يتصوّر ممّن أصيب بخلل عقليّ، أو بعته قريب من

(1) م.ص.ن.

(2) ورد في المادّة السابعة من مدوّنة الأسرة المغربية "للقاضي الإذن في زواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير حياة من أطباء الأمراض العقلية أنّ زواجه يفيد في علاجه، وأطلع الطرف الآخر على ذلك، ورضي به"، وورد في المادّة 15 من قانون الأحوال الشخصية السّوريّ ما نصّه "يشترط في أهلية الزّواج العقل، والبلوغ وللقاضي الإذن بزواج المجنون، والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أنّ زواجه يفيد في شفائه"، الصّابوني عبد الرحمن: شرح قانون الأحوال الشخصية: 1/186، وورد في المادّة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ ما نصّه "للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته، إذا ثبت بتقرير طبيّ أنّ في زواجه مصلحة له"، الفاخوري إدريس: أحكام الزّواج في مدوّنة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربيّ، ص 100، التّكروري عثمان: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني: ص 52.

الجنون، لأنّ هذين الصنّفين قاصران عن إدراك ما يربّبه هذا العقد من آثار قانونيّة، لذلك نفى بعض فقهاء القانون وجود مسوّغ قويّ يدعو إلى إيراد هذا الاستثناء الموجب لإهدار شرط العقل في الرّواج⁽¹⁾.

وهنا يمكن الاستناد إلى القواعد العامّة للالتزامات، فإنّها تفيد أنّ الأشخاص الذين لا يتمتّعون بأهليّة التعاقد، أو لهم أهليّة مقيدة غير قادرين على الرّواج إلّا بواسطة من له النّظر عليهم⁽²⁾.

الشّروط الثاني: أن يكون الرّضا جديّاً، ويقضي مفهوم هذا الشرط أنّه لا عبرة بالرّضا إذا أبرم الرّواج لمجرّد الهزل⁽³⁾، أو كان عقداً صورياً لا يرمي فيه الطرفان إلى تحقيق الغايات التي من أجلها شرع الرّواج⁽⁴⁾.

الإشهاد: تقدّم أنّ الرّواج من أخطر العقود لما يترتّب عليه من آثار جليّة، لذلك شرع فيه من الأحكام ما يميّزه عن غيره، وينأى به عن سائر صور الاقتران المحظور نحو المخادنة، والاستبضاع، والبغاء⁽⁵⁾، روي عن عمران بن حصين عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال "لا نكاح إلّا بوليّ، وشاهدي عدل"⁽⁶⁾، وروي عن عائشة قالت قال رسول الله صلّى الله عليه

(1) الفاخوري إدريس: أحكام الرّواج في مدوّنة الأحوال الشّخصيّة، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربيّ، ص100.

(2) انظر الفصلين 5 و6 من م.إ.ع، وابن محمود فاطمة الزّهراء، ودولة سامية: التّعليق على مجلّة الأحوال الشّخصيّة قراءة في فقه القضاء، ص43.

(3) لا يجري في الفقه الإسلاميّ فرق بين الهزل والجّد، إذ كلاهما لازم، وكان الرّجل في الجاهليّة يناكح ويقول كنت لاعبا، وكذلك كان يقول في الطلاق، والعناق، فأنزل الله تعالى "وَلَا تَنْكِحُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا"، ابن جزي: القوانين الفقهية: 200، الحطّاب: مواهب الجليل: 234/4.

(4) لعلّ أظهر مثال للأنكحة الصّوريّة في الفقه الإسلاميّ هو زواج التّحليل، وقد حرّمته الشّريعة لما فيه من تحايل يعود على مقاصد الشّريعة من الرّواج بالنّقض، والإبطال، إذ يرمي صاحبه من ورائه إلى تحليل الرّوجة المطلقة طلاقاً بانئا بينونة كبرى لمن بتّها، الشّاطبي: الموافقات: 380-383، ابن عاشور: مقاصد الشّريعة الإسلاميّة: 114.

(5) كان اعتناء الشّريعة بهذا العقد من أسعى مقاصدها، لذلك شرعت فيه الوليّ، والمهر، والإشهاد، والشّهرة، والتأبيد حتى تكون أمارات موجبة للتّفريقه بينه، وبين تلك الصّور، ابن عاشور: مقاصد الشّريعة الإسلاميّة: 158-159، المؤلّف: مقاصد أحكام الأسرة في التّشريع الإسلاميّ: 183 وما بعدها.

(6) أخرجه الدّارقطني في أوّل النكاح من رواية ابن مسعود، وهذه الزّواية فيها بكر بن بكر أبو عمرو القيسي البصري، قال فيه ابن معين "ليس بثقة"، وقال أبو حاتم "ليس بالقويّ"، البخاري: التّاريخ الكبير: 88/2، الرّازي: الجرح، والتّعديل: 382/2.

وسلّم "لا نكاح إلا بوليّ، وشاهدي عدل، فإنّ تشاجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ"⁽¹⁾.

ولئن اتّفق الفقهاء على وجوب اعتبار الإشهاد في الزّواج، فإنّهم اختلفوا في وقت اشتراطه، فذهب الحنفيّة إلى كونه شرطاً في صحّة العقد، يترتّب على فقدّه فساد النّكاح⁽²⁾، وهو ما ورد في المادّة الثّامنة من اللائحة "لا يصحّ عقد النّكاح إلا بحضور شاهدين عاقلين بالغين مسلمين في نكاح مسلم ومسلمة"⁽³⁾.

وذهب المالكيّة إلى أنّه ليس شرطاً في صحّة العقد، بل هو شرط في كماله، فلا مانع عندهم أن يبرم الزّواج دونه، ولكنّهم يشترطونه في البناء، فلا تتقرّر صحّته، ولا تترتّب عليه ثمرته إلا بحصوله قبل الدّخول، فلو وقع الدّخول من غيره لزم الفسخ⁽⁴⁾، يقول ابن رشد عاطفاً على حكم تسمية الصداق ما نصّه "وكذلك الإشهاد إنّما يجب عند الدّخول، وليس من شروط صحّة العقد، فإن تزوّج ولم يشهد فنكاحه صحيح، ويشهدان فيما يستقبلان إلا أن يكونا قصداً إلى الاستسرار بالعقد، فلا يصحّ أن يثبنا عليه، لنبي رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن نكاح السرّ⁽⁵⁾، وورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "أنّ الإشهاد على النّكاح واجب، وكونه عند العقد مندوب زائد على الواجب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء"⁽⁶⁾.

(1) أخرجه الدار قطني في باب النكاح، ح (3533).

(2) الزّواج من جنس العقود الرضائيّة، واشتراط الإشهاد فيه لا يجعله من العقود الشكلية، وقد تقرّر في القانون المدني أنّ كلّ عقد تمّ بالتراضي، فهو عقد غير شكلي، السّهنوري: الوسيط: 150/1.

(3) ص5.

(4) ورد في اللائحة "يلزم قبل البناء إسهاد المتعاقدين شاهدين عدلين ذكرين. وإذا وقع البناء من غير إسهاد يلزم فسخ النكاح" ص5.

(5) المقدمات المهمّات: 479/1.

(6) 216/2 (6).

وبيان ذلك أنّ إفشاء الرّواج بين النّاس مصلحة مقصودة للشّارع الحكيم، إذ أنّ الإسرار يقربّه من الزّنا، ويعرّض النّسل إلى اشتباه أمره، ويحول بين النّاس وبين الدّبّ عنه، واحترامه، ويضعف من معنى حصانة المرأة، فالشّهرة تحت الرّواج على مزيد الحصانة للمرأة، وتبعث النّاس على احترامها، وقطع دابر الطّمع فيها، لكونها صارت محصنة⁽¹⁾.

ولئن اتّفق الحنفيّة، والمالكيّة على وجوب مراعاة هذا المقصد، فقد اختلف الفريقان في الطّريق الكفيل بتحقيقه، فقد ذهب الحنفيّة إلى أنّ الشّهادة مغنية عن غيرها، بل إلى تعيّن وسيلة إلى الإعلان⁽²⁾، ولو تواصل الشّاهدان بالكتمان، فالعقد صحيح، إذ السّر لا يكون بين أربعة، ذكر السرخسي أنّ "الإظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا، وذلك شهادة الشاهدين، فإنّه مع شهادتهما لا يبقى سرّاً قال القائل: وسرّك ما كان عند امرئ... وسر الثلاثة غير الخفي"⁽³⁾.

ويرى المالكيّة أنّ الإشهاد وحده قاصر عن الوفاء بجميع تلك الفوائد النّاشئة عن الشّهرة، فهو وإن صلح لأن يكون طريقا إلى تحقيقها، فإنّه لا يمكن الاستغناء به عن سائر الوسائل، كضرب الدّفوف، وإقامة الوليمة⁽⁴⁾.

ومن فوائد الإشهاد أيضا أنّه وسيلة إلى إثبات العقد، ودفع الرّيبة، وقطع دابر الظّنون، وهو أيضا وسيلة إلى حسم مادّة النزاع بين الرّوجين، وحفظ حقوقهما⁽⁵⁾، يقول ابن شاس "وإنّما شرع الإشهاد لرفع الخلاف

(1) المحصنة من أحصنها زوجها أي صانها، واستقل بها عن غيره، وإحصان المرأة بالرّواج من أعظم بواعث احترامها، وانتفاء الطمع فيها، ابن عاشور: التحرير والتنوير: 5/6، المؤلّف: مقاصد التّشريع الإسلامي: 64-65، 211.

(2) من المدارك الذي عوّلوا عليها في إثبات صدق دعواهم أنّ الأحاديث الواردة في الشّهادة عامّة، ومطلقة.

(3) المبسوط: 5/31.

(4) المؤلّف: مقاصد أحكام الأسرة في التّشريع الإسلامي: 213.

(5) اشتراط الإشهاد في الرّواج لا يجعله من العقود الشّكليّة، وقد تقرّر في القانون المدني أنّ كلّ عقد تمّ بالتّراضي، فهو عقد غير شكليّ، السّنهوري: الوسيط: 1/150.

المتوقع بين الزوجين، وإثبات حقوقهما فكانت كسائر الحقوق لاشتراط الشهادة فيها شرعا"⁽¹⁾.

ووجوب ترسيم العقد بدفاتر الحالة المدنية اليوم يقوم مقام الإشهاد في الحكم التي ذكرها هذا الفقيه المالكي⁽²⁾.

ومن فوائده أيضا أنه يؤمن أمرين: الأول توفر الشروط الموضوعية للزواج نحو ضمان خلوة الزوجين من أي رابطة زوجية سابقة سواء كانت جارية على وفق الصيغ القانونية أم لم تكن. والثاني خلوة الزوجين من موانع الزواج نحو وجود قرابة أو مصاهرة، أو رضاع بينهما⁽³⁾.

والحكم الوارد في فقرة "ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة" جار على وفق المذهب الحنفي⁽⁴⁾.

المهر: المهر حق مالي أوجبه الشارع الحكيم للمرأة على الرجل بالعقد عليها، لقوله تعالى "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"⁽⁵⁾، وقوله "فَانكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ"⁽⁶⁾، وقوله "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"⁽⁷⁾.

وهذا الحق من الأمارات المميزة للزواج عن سائر صور المعاشرة المحظورة. وقد اختلف الفقهاء فيه، هل هو عوض عن البضع أو هو مجرد عطية واجبة؟

(1) عقد الجواهر الثمينة: 14/2.

(2) هناك من يرى أنّ وجوب ترسيم العقد حريّ بأن يؤدي وظيفة الشهرة، وهو نظر ضعيف لما بيننا، ابن محمود فاطمة الزهراء، ودولة سامية: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء: ص43.

(3) ابن محمود فاطمة الزهراء، ودولة سامية: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء: ص45.

(4) دليل اشتراط الإشهاد في الزواج قوله عليه السلام "لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل"، ووجه تشريعه ما لهذا العقد من خطر في الحياة الاجتماعية، ولما ينشأ عنه من آثار نحو وجوب الإنفاق، والولاية، وثبوت النسب، ففوائد الشهادة في حفظ حقوق الزوجين جلية.

(5) النساء: 4.

(6) النساء: 25.

(7) النساء: 24.

وموجب الاختلاف هو التعارض الجاري بين ظواهر الآي، فتسميته نحلة في الآية الأولى ينفي أن يكون بدلا عن شيء، وتسميته في الثانية، والثالثة أجرا يستدعي أن يكون في مقابلة الاستمتاع⁽¹⁾.

ولمّا كان القرآن مصونا عن العبث، والتناقض، إذ لا يتصور أن يكون الشيء ونقيضه فيه مرادين معا عمد المفسرون، والفقهاء إلى درء التعارض بترجيح أحد المقتضيين على الآخر⁽²⁾.

والرّاجح الذي نظمّن إليه، وهو المعوّل عليه عند المحقّقين أنّ المهر ليس ثمنا للبضع⁽³⁾ للوجوه التّالية:

أولا: أنّ لذّة الجماع لا يختصّ بها الرّجل دون المرأة فهي "تستمتع به كما يستمتع بها ويلحقها من ذلك مثل الذي يلحقه، لأنّ المباضعة فيما بينها وبين زوجها واحدة"⁽⁴⁾

ثانيا: إنّ تسمية الصّدّاق ليست من شروط صحّة عقد الرّواج، فقد أباح الشّارع التّفويض، وهو إخلاء العقد من التّسمية يقول ابن رشد "ولو كان الصّدّاق ثمنا للبضع حقيقة لما صحّ النكاح دون تسمية الصّدّاق كالبيع الذي لا ينعقد إلا بتسمية الثّمّن"⁽⁵⁾.

ثالثا: لو كان عوضا عن البضع لشابه عقد الإجارة في اعتبار مقدار المنفعة المعوّض عنها، وفي اشتراط نفي الجهالة وغيرها ممّا اشترط في الأعواض⁽⁶⁾.

(1) اختلف فقهاء القانون في صنف الشّروط الذي ينتسب إليه المهر، فعده بعضهم من الشّروط الاجتماعيّة للرّواج، إذ بذله للمرأة عادة متجذّرة في القدم، وألحقه آخرون بالشّروط النّفسانيّة، لكونه تعبيرا عمّا يشعر به الرّجل من الرّغبة في الاقتران بمن اختارها زوجة، وعن استعداده لتحمل الأعباء الماليّة المترتبة على هذا العقد، الفخوري: 236-237، ساسي بن حليمة: محاضرات في مجلّة الأحوال الشّخصيّة: 77، فاطمة الرّهراء، ودولة: 46.

(2) لا يجري تعارض بين ظواهر النصوص الشرعية في نفس الأمر، بل في نظر المجتهد، الشاطبي: الموافقات: 294/4.

(3) وهو ما يجري على السنة بعض الفقهاء، الرّزقاني: شرح المختصر: 2/4، الحطاب: مواهب الجليل: 329/4.

(4) المقدمات الممهّدة: 1/468.

(5) المقدمات الممهّدة: 1/468.

(6) ابن عاشور: مقاصد الشّريعة الإسلاميّة: 159.

رابعا : يلزم من اعتباره ثمنا للاستمتاع بالمرأة وجوب إرجاعها إياه للزوج عند الطلاق، ولكن اللازم مردود بقوله تعالى "وإن أردتُم استبدالَ زوجٍ مكانَ زوجٍ وآتيتُم إحداهنَّ قنطارًا فلا تأخذوا منه شيئًا" (1).

خامسا : لو كان عوضا عن التمتع لما استحقت المطلقة قبل البناء نصف المسعى لقوله تعالى "وإن طلقتموهنَّ من قبل أن تمسوهنَّ وقد فرضتُم لهنَّ فريضةً فنصفُ ما فرضتُم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح" (2).

ولا وجه لإلحاق الزواج بالبيع، لمجرد الاشتراك في بعض الوجوه نحو اعتبار اللزوم، فإنّ هذا الشبّه لا يكفي في القياس، لوجود فروق مؤثرة بين الفرع والأصل أولى بالاعتبار من تلك الأشباه الظاهرة، مثل كون الزواج مبنيا على المكارمة والمسامحة، وكون البيع مبنيا على المشاحة والمكايسة (3).

يُفيد ظاهر الفقرة الثالثة من الفصل الثالث أنّ الحكم الوارد فيها موافق لما تقرّر عند المالكيّة من اشتراط المهر في العقد خلافا للحنفيّة الذين قضوا بانعقاد النكاح دون تسمية المهر، بل مع نفيه أصلا (4).

ولكنّ العبارة الواردة في هذا الفصل تفتقر إلى الدقّة، لأنّ هناك فرقا بين اشتراط المهر، وبين اشتراط تسميته.

أمّا اشتراط التسمية الوارد في الفصل الثالث، فلا قائل به لكونه مخالفا لصريح قوله تعالى "لا جناحَ عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهنَّ أو تفرضوا لهنَّ فريضةً" (5).

(1) النساء : 20.

(2) البقرة : 235.

(3) المؤلف : مقاصد أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي: 202-203.

(4) ورد في اللانحة "ينعقد النكاح صحيحا دون تسمية المهر، ومع نفيه أصلا، وبالعقد يجب مهر المثل على التفصيل الآتي بالمادة 106"، ص 7.

(5) البقرة : 233.

وأما اشتراط المهر، فهو الذي قال به المالكيّة، ومقصودهم من ذلك أنّ النكاح لا يصحّ مع إسقاطه، لكن لا يشترط أن يذكر إبان العقد، لجواز نكاح التفويض، وهو الذي لا يُسمّى فيه مهر⁽¹⁾.

وعليه، فالعقد صحيح في نفسه دون تسمية، ولكن لا يصحّ إسقاطه، أو اشتراط إسقاطه أصلا⁽²⁾.

الاضطراب في شرح الفصل: ومن العجيب أيضا أن نُلفي في فقه القضاء نصّين الأوّل يعدّ ذووه تسمية المهر شرطا في صحّة العقد جريا على ظاهر الفصل، وقد بيّنا الخلل الوارد في العبارة، والثاني يعتبر المهر ركنا من الأركان، وهو وإن تمسكّ به بعض المالكيّة، فإنّه افتيات على الفصل لما يؤدّي إليه من تأويل ظاهره لغير مسوّغ⁽³⁾.

ولو قدرنا أنّ تسمية المهر شرط في صحّة الزّواج، فهل يكون شرط انعقاد أو شرط صحّة؟

تقدّم أنّ القانون قد فرق بين شروط الانعقاد وشروط الصحّة، وهو ما صرح به محمّد الحبيب الشّريف في صدر تعليقه على الفصل الثالث، ولكنّ بعض الباحثين لم يراع هذا الفرق، فاعتبر تسمية المهر شرط انعقاد، وشرط صحّة في آن، من ذلك ما ورد في الكتاب الموسوم بـ "التعليق على مجلة الأحوال الشخصية" فتسمية مهر الزّوجة شرط من شروط انعقاد الزّواج، فهو شرط صحّة للعقد⁽⁴⁾، ولا ريب في أنّ هذا موجب لإلغاء ما اقتضاه ذلك العطف من المغايرة، وقاض بإسناد اللغو إلى كلام المشرّع.

(1) يقول ابن رشد "وأما تسمية الصداق فليس من شروط صحّة عقد النكاح، لأنّ الله أباح نكاح التفويض، وهو النكاح بغير تسمية صداق فقال تعالى "لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"، وإنما تجب تسمية الصداق عند الدخول، فلا اختلاف بين أهل العلم فيما علمت أن نكاح التفويض جائز"، ويقول ابن راشد القفصي "التفويض جائز، وهو إخلاء العقد من تسمية المهر. والمفوضة تستحقّ مهر المثل بالفرض، وبالوطاء، لا بالعقد على المشهور، وقيل بالعقد"، لباب اللباب: 249.

(2) المضرّ إنّما هو الدخول على إسقاطه، فإنّه يقتضي فسخ العقد قبل الدخول، وإن ثبت بعده بصداق المثل، شرح الخرشي على المختصر: 172/3، العدوي: حاشيته على كفاية الطالب الربّاني: 35/2، الدردير: أقرب المسالك: 349-348/1.

(3) قرار تعقيبي مدني عدد 6924، وقرار تعقيبي مدني عدد 35362، الزّهراء ودولة: 47-48.

(4) الزّهراء ودولة: 46.

وقد تقدّم أنّ هذا الاضطراب متولّد من السّهو عن ملاحظة الفرق الجاري بين الضّريين من الشّروط، ومن ثمّ الالتباس بينهما، وهو المتقرّر عند طائفة من الحنفيّة.

الفصل 4 : لا يثبت الزّواج إلاّ بحجّة رسميّة يضبطها قانون خاصّ أمّا بالنّسبة للزّواج خارج المملكة، فإنّه يثبت بما تعتمده قوانين البلاد التي تمّ فيها العقد⁽¹⁾.

اكتفت السّلطة الحاكمة في تونس قبل الاستقلال بالحثّ على توثيق عقد الزّواج في حجّة رسميّة بواسطة عدلي إشهد، وبعد الاستقلال بادر المشرّع إلى تنظيم شكل الزّواج، وفرض توثيقه، فلا يثبت العقد المبرم بعد سنة 1957 م إلاّ بكتب رسمي⁽²⁾.

وهذا هو الذي جرت عليه قوانين البلاد العربيّة والإسلاميّة، فقانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ مثلاً ينصّ في المادّة 17 على أنّ عقد الزّواج يجري من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسميّة⁽³⁾، وفي قانون الأسرة الجزائريّ لا تقبل دعوى الزوجية إلاّ بنسخة من عقد الزّواج تستخرج من سجلّ الحالة المدنية، ورد في المادّة 22 ما نصّه "يثبت الزّواج بمستخرج من سجلّ الحالة المدنيّة، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً لهذا القانون، ويتمّ تسجيله بالحالة المدنيّة"⁽⁴⁾.

وإبرام عقد الزّواج دون توثيقه في كتب رسميّ موجب لمفاسد كثيرة منها نفي نسب المولود، وتفصيّ أحد الزّوجين من واجباته، وعجز الطّرف الثّاني عن إثباته، وعدم احترام الأجل المضروب للعدّة، وما يلحق المطلّقة من عنت حال قيامها بقضيّة في النّفقة، أو مطالبتها بنصيبها في التّركة⁽⁵⁾.

(1) عرّف الفصل 442 من م.إ.ع. الحجّة الرّسميّة بأنّها الحجّة "التي يتلقاها المأمورون المنتصبون، لذلك قانوناً في محلّ تحريرها على الصّورة التي يقتضها القانون".

(2) ساسي بن حليمة: محاضرات: 81، الزّهراء، ودولة: 50-51.

(3) التّكروري: 70.

(4) الفاخوري: 193.

(5) الصابوني عبد الرحمن: 215/1، ساسي بن حليمة: دراسات في الأحوال الشّخصيّة 6.

وأما الزّواج المبرم على خلاف الصّيغة القانونيّة، فمحكوم عليه بالبطلان، ولا ينتج إلا بعض الآثار، وهي ثبوت النّسب، ووجوب العدة على الزّوجة، وموانع الزّواج الناتجة عن المصاهرة⁽¹⁾.

ولا يخفى على ذي بصيرة أنّ إثبات الزّواج بحجّة رسميّة جار على وفق الفقه الإسلامي، بل على مهيع نصوص الشّريعة، فهو من جنس المصلحة المعتبرة لما فيه من حفظ الحقوق المترتبة على العقد⁽²⁾. وهو نظير البيّنة التي قال بها المالكيّة، بل هو أبلغ وأمّعن في صون الحقوق⁽³⁾.

الفصل 5 : يجب أن يكون كلّ من الزّوجين خلوا من الموانع الشرعيّة، وزيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد الزّواج. وإبرام عقد الزّواج دون السنّ المقرّر يتوقّف على إذن خاصّ من الحاكم. ولا يُعطى الإذن المذكور إلاّ لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزّوجين⁽⁴⁾.

الحكم الأوّل الخلوّ من الموانع الشرعيّة : جرى اختلاف في المعنى المراد من لفظ الموانع الشرعيّة الوارد في هذا الفصل، فهناك من حمّله على المدلول المعهود في مدوّنة الفقه الإسلامي، وحمّله آخرون على الموانع القانونيّة أي ما نصّ عليه الفصل 14 من م.أ.ش، فإنّه قسّم الموانع إلى قسمين مؤبّدة ومؤقّتة وسكت عن اختلاف الدّين⁽⁵⁾.

وقد تفرّج عن الاختلاف في فهم المراد من ذلك اللفظ فتح باب التّأويل، والجدل في خصوص حكم زواج المسلمة بغير المسلم⁽⁶⁾.

(1) الفصل 36 مكرّر من قانون الحالة المدنيّة.

(2) هذا من جنس المصالح المرسلّة التي لم يرد في خصوصها نصّ، ولكنها مندرجة تحت أصل أو مقصد شرعيّ، الشاطبي: الموافقات: 1/39-40، ابن عاشور: مقاصد الشّريعة الإسلاميّة: 83-84.

(3) اللآئحة ص.6.

(4) الفصل 5: نفع هذا الفصل بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 1 أفريل 1964، وبالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرّخ في 14 ماي 2007.

(5) ساسي بن حلّيمة: محاضرات. 72

(6) هناك من يرى أنّ ذلك ليس اختلافا في فقه القضاء، وإنّما هو تدرّج من المنع إلى القبول. ورد في القرار التعقيبي المدني عدد 3384 المؤرّخ في 31 جانفي 1966 (زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا من أصله). وورد في قرار استثنائي مدني عدد 120 مؤرّخ في 6 جانفي 2004 صدر عن محكمة الاستئناف

فعلى القول الأوّل يكون الزّواج محظوراً، وهو باطل بإجماع المسلمين لقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ"⁽¹⁾.

وقد جرى القانون المغربي والجزائري والليبي والأردني والسوري والمصري على هذا القول، فاعتبروا زواج المسلمة بغير المسلم من الموانع المؤقتة⁽²⁾. وأمّا على القول الثاني، فلا مانع عند ذويه من هذا الزّواج.

وعلل الأستاذ ساسي بن حليمة تخير المشرّع التونسي للسكوت بانطباق الأحكام الواردة في المجلّة على جميع المتقاضين التونسيين بصرف النظر عن ديانتهم، وهو ما تولّد منه الإشكال الرّاجع إلى معرفة حكم هذا الزّواج صحّة وبطلاناً⁽³⁾.

الحكم الثّاني سنّ الزّواج: شهد هذا الفصل تنقيحين، فقد كان في صياغته الأولى يوجب أن يكون الزّوجان بالغين، ويُقدّر سنّ بلوغ المرأة بتمام الخامسة عشرة، وللرجل بتمام الثّامنة عشرة. ثمّ نَقَحَ بمقتضى المرسوم عدد1 لسنة1964 المؤرّخ في20 فيفري1964، فجعل السنّ الدّنيا لزواج المرأة17سنة، ولزواج الرّجل20سنة، مراعاة للأثار الخطيرة المتولّدة من الزّواج، ولعلّ أبرزها تحمّل مسؤوليّة تربية الأبناء وما تستدعيه من أعباء.

ثمّ ورد عليه تنقيح ثانٍ بمقتضى القانون عدد32 لسنة2007 الذي وحّد سنّ الزواج، وجعله ثمانية عشر عاماً لكلّ من المرأة والرّجل مراعاة وترسيخاً لمبدأ المساواة بين الجنسين⁽⁴⁾.

بتونس "أنّه لا أثر للعقيدة على حقوق الأشخاص وحرّياتهم، وسكوت المشرّع عن إدراج اختلاف الدّين ضمن موانع الزّواج، وإلّا في الفصول 14و5 و88 دليل على إلغاء اعتباره، والقول بخلاف ذلك يقتضي خرق الفصل السّادس من الدّستور الكافل لمبدأ المساواة..."، الزّهراء، ودولة:63-67.

(1) الممتحنة:10.

(2) الفاخوري: 142، الصابوني:146/1، التّكروري:103.

(3) محاضرات في قانون الأحوال الشخصية: 71

(4) تعدّ ثمانية عشر عاماً نهاية سنّ الطّفولة، وبداية سنّ المسؤولية الجزيئية، بن محمود فاطمة الزّهراء ودولة سامية: ص61.

وقد اختلفت الأنظار الفقهيّة في تزويج الصّغار غير البالغين، فقال الجمهور بجوازه، ومنعه أبو بكر الأصمّ، وابن شبرمة، وعثمان البتيّ، لقوله تعالى "وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"⁽¹⁾.

فقد جعلت الآية بلوغ سنّ الزّواج أمانة على انتهاء الصّغر، ولو كان زواج الصّغير صحيحا لما كان لهذه الغاية فائدة، وهذا العقد إنّما شرع للمعاشرة والتّناسل وتكوين الأسر، ولا يتحقّق شيء من ذلك في زواج الصّغار، فيكون ضربا من العبث.

وقد كان الآباء يزوّجون أبناءهم الصّغار، ولا يرون في ذلك حرجا تبعا لما تقرّر في المذاهب الفقهيّة السّائدة⁽²⁾، بل كان العمل في المحاكم الشرعيّة في البلاد الإسلاميّة جاريا على مقتضى هذا الرأي، فكانت تسمع دعوى الرّوجيّة ولو كان الرّوجان صغيرين أو أحدهما⁽³⁾.

ثمّ أخذت معظم القوانين بقول المانعين، لدرء ما شهد به الواقع من أضرار خلقية واجتماعية نشأت عن تزويج الصّغار، ثمّ عمدت إلى رفع سنّ الرّواج لما يتطلّبه هذا العقد من أهليّة، واستعداد نفسي ومالي.

ولئن حدّد المشرّع التّونسي سنّ الرّواج بثمانية عشر سنة كاملة، فإنّه أجاز الرّواج لمن هو دون هذه السنّ إذا كان بإذن خاصّ من القاضي، ولا يُمنح هذا الإذن إلّا لأسباب خطيرة، وللمصلحة الواضحة للرّوجين.

الفصل 6 : زواج القاصر يتوقّف على موافقة الوليّ، والأّم. وإن امتنع الوليّ أو الأّمّ عن هذه الموافقة وتمسّك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالرّواج لا يقبل الطعن بأيّ وجه⁽⁴⁾.

(1) النساء:6.

(2) ورد في المادة 19: حنفي اللانحة "الوليّ شرط لصحة نكاح الصّغير، والصّغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلّفين".

(3) شلبي مصطفى: أحكام الأسرة:126.

(4) نقح هذا الفصل بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرّخ في 12 جويلية 1993.

المراد من الولاية في هذا الباب السّطة التي تقدر ذومها على إنشاء عقد زواج نافذ غير موقوف على إجازة أحد وهي ضربان: قاصرة ومتعدّية.

أمّا الأولى، فهي التي يملك بها البالغ العاقل الرّشيد الحقّ في تزويج نفسه بمن يشاء، وأمّا الثانية فهي التي تقدر ذومها على إنشاء العقد نيابة عن غيرهم وهي قسمان: ولاية على المال تختصّ بالإشراف والتصرّف في شؤون مال القاصر بما يحقّق مصلحته، وولاية على النفس تتعلق بشؤون القاصر غير الماليّة مثل التّربية، والتّطبيب، والتّعليم، والتّزويج⁽¹⁾.

ومن أبرز الأسباب المقتضية لهذا الضّرب القرابة النّسبية نحو ولاية الأب على أبنائه الصّغار أو الكبار فاقد العقل، والولاية العامّة التي تخوّل للقاضي تزويج من لا وليّ له بصفته حاكما لا بصفته الشخصيّة⁽²⁾.

ولم يكن لموافقة الأمّ في زواج القاصر اعتبار في القانون، فقد كان الوليّ يستأثر بقرار زواجه، وبعد تنقيح الفصل، سوّى المشرّع بين الأبوين فأوجب موافقة الأمّ، إمعانا في مراعاة مصلحة القاصر، فالعقل والواقع يقضيان بأنّ القرار الصّادر عن تروّي الطّرفين، وتشاورهما في طرق حماية ابنيهما وتوقّي الأضرار المحتملة من زواجه أولى ممّا يستبدّ به أحدهما.

ولا شكّ في أنّ هذا جار على وفق أصول الشريعة المؤيّدة لجميع الوسائل الخليقة بتحقيق مقاصدها المعتبرة.

وحقّ الأبوين في هذه الموافقة لا يحول دون حرّية القاصر في الزّواج، ولا يقتضي إسقاط رضاه، إذ لا يمكن حمله عليه كرها، ولا منعه أيضا دون مسوّغ مشروع.

وأية ذلك أنّ امتناع أحد الطّرفين عن الموافقة، يمكّن القاصر حال تمسّكه برغبته من أن يرفع الأمر إلى القاضي صاحب الولاية العامّة، للموازنة بين رأي الوليّ أو الأمّ، ورأي القاصر المحيلة على الموازنة بين

(1) شلبي مصطفى: 254، الصّابوني عبد الرّحمن: 164 .

(2) شلبي مصطفى: 254، الصّابوني عبد الرّحمن: 164-165 .

الأسباب الموجبة لمنع الطّرف الأوّل، والأسباب الدّاعية إلى تمسّك الطّرف الثّاني برغبته في الزّواج.

ولا ريب في أنّ المعيار الذّي يجب أن يحتكم إليه في التّرجيح هو المصلحة الفضلى للقاصر⁽¹⁾.

الفصل7: زواج المحجور عليه لسفه لا يكون صحيحا إلا بعد موافقة المحجور له وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء. يرى المالكيّة أنّ البالغ السّفهيه إذا تزوّج بغير إذن حاجرهِ صحّ عقده، وبقي لحاجرهِ حقّ الإجازة أو الرّد، فإن أمضاه جاز، وإن رده فسخ بطلاق⁽²⁾. ويؤذن ظاهر الفصل كونه موافقا لما تقرّر في المذهب المالكي، ولكنّ إعماق النّظر فيه يفيد خلاف ذلك.

فهذا الفصل وإن نقل من المادّة 15 من اللائحة، فإنّ تغييره لبعض المصطلحات اقتضى فساد المعنى، وأدّى إلى التناقض.

وبيان ذلك أنّ الفصل اشترط في صحّة زواج المحجور عليه بسبب السّفه أن يكون بموافقة المحجور له. والمفهوم المخالف لذلك أن زواجه إذا لم يكن فرع موافقة المحجور له لا يكون صحيحا، لكنّ الفقرة الثّانية للفصل "وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء" تدلّ على أنّ ذلك الزّواج صحيح، ومن ثمّ قابل لطرق الفسخ والإمضاء عليه، لأنّ قوله (وللمحجور له) يدلّ على أنّ الفسخ جائز⁽³⁾.

وفي هذا تحريف لما ورد في اللائحة بدقّة ونصّه "المحجور عليه لا يعقد التّكاح إلّا بإذن حاجرهِ، فإن عقد بغير إذنه، فللحاجر إمضاء التّكاح وفسخه بطلقة"⁽⁴⁾.

(1) بن محمود فاطمة الزهراء ودولة سامية: 68-69.

(2) الزرقاني: 3/183-196-251-252، العابدي محمّد العلوي: 20-21.

(3) الفقرة الثّانية للفصل "وللمحجور له أن البناء" توجب نقض المفهوم المخالف لذلك الشرط، راجع الفصل 165 من م.أ.ش.

(4) المادّة:ص7.

وعليه، فجواز الإمضاء، والفسخ هو فرع الصّحة لا فرع البطلان كما اقتضاه الفصل. وهذا يؤيّد ما تقرّر في كتب المالكيّة من أنّ لوليّ السّفية فسخ عقده ممّن تزوّجها بغير إذن وليّه بطلقة بائنة، ولا شيء لها قبل الدّخول، ولها بعده ربع دينار فقط على المذهب⁽¹⁾.

وعليه، فالعبارة الصّحيحة أن يقال زواج المحجور عليه لسفه صحيح، ولكنّه موقوف على موافقة المحجور له. وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء.

يتناول الفصل حكم زواج المحجور عليه بموجب السّفه. والسّفية حسب الفصل 164 من م.أ.ش. هو "الذي لا يحسن التّصرّف في ماله، ويعمل فيه بالتبذير والإسراف".

الفصل 8 : الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه.

عرّف الفصل الوليّ بأنّه العاصب بالنّسب، فوافق بذلك ما ورد في اللّائحة، ولكنّه سكت عن العصبية، وعن التّرتيب الجاري بينهم تقدما وتأخيرا حسب القرابة قوّة وضعفا⁽²⁾.

واشترط الفقهاء في الوليّ الشّروط التّالية :

الأوّل : أن يكون كامل الأهليّة، ففاقدها كالمجنون والصّغير غير المميّز، لا تثبت له ولاية، وكذا ناقصها كالصّغير المميّز.

(1) الزرقاني : شرحه على المختصر: 196/3، العابدي محمّد العلوي: الأحوال الشّخصيّة، والميراث في الفقه المالكي: 20-21.

(2) يشترط المالكيّة في الوليّ أن يكون قريب النّسب من المرأة أو وصيّا عليها، أو مقدّما عليها، أو كافلا لها، وإلا فلا ولاية له إلا ولاية القاضي، أو ولاية عموم المسلمين، ورثبوا الأولياء على النّحو الآتي: الابن فابنه وإن سفل، لأنهما أقوى عصبية في الميراث، فأب شرعي، فأخ لغير أمّ، فابنه، وإن سفل، فالجد والد الأب، وإن علا، فعم، فابنه، فكافل، ففاض يقيم السنة، ويعتني بما يجوز به العقد، فولاية عامة أي كل مسلم، الزرقاني: شرحه على المختصر 276/3، التّسولي: البيهجة في شرح النّحفة: 401-402، العابدي محمّد العلوي: الأحوال الشّخصيّة، والميراث في الفقه المالكي: 18.

الثاني: اتّحاد الدّين بين القاصر، والوليّ. فلو كان للصّغيرة شقيقان أحدهما مسلم والآخر مسيحيّ كانت الولاية لمن اتّحد معها في الدّين، لأنّه أعرف بمصالحها.

الثالث: اشترط الإمام أحمد في الوليّ أن يكون رشيدا، وإن لم يكن كذلك في الأموال، إذ لا يمنع السّفه في شؤون المال أن يكون رشيدا في شؤون الرّواج، خيرا بمصالحه.

الرابع: العدالة وهو ما ذهب إليه الشّافعي وأحمد في أحد قولهما خلافا لأبي حنيفة ومالك، فلا مانع عندهما من أن يزوّج الفاسق من هي في ولايته، إذ الولاية مبنية على الشّفقة ورعاية المصلحة، والفسق لا يمنع صاحبه من أن يشفق على أولاده، ولا من مراعاة مصالحهم، فلا فرق بينه وبين العدل في ذلك⁽¹⁾.

الفصل 9: للرّوج والرّوجة أن يتولّيا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكّلا من شاء. وللوليّ حقّ التّوكيل أيضا.

اتّفق الفقهاء على أنّ الولاية القاصرة ثابتة للرّجل البالغ العاقل، واختلفوا في ثبوتها للمرأة البالغة العاقلة، فقال الحنفيّة يجوز لها أن تباشر العقد دون إذن ولها بصرف النّظر عن اختلافهم في استقلالها بذلك، واحتجّوا لدعواهم بما يأتي:

أولا: قوله تعالى "فإن طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوّجا غيره"⁽²⁾، وقوله تعالى "فلا تعضلوهنّ أن ينكحنّ أزواجهنّ إذا تراضوا بينهم بالمعروف"⁽³⁾.

ووجه الدّلالة أنّ الله أضاف النّكاح إليهنّ دون الوليّ، ولو لم يكن لهنّ حقّ في تزويج أنفسهنّ لما نهى الوليّ عن حبسهنّ عن التّزويج، مع أنه قيل إنّ

(1) شلي مصطفى: 256، الصّابوني عبد الرّحمن: 165/1-166.

(2) البقرة 230.

(3) البقرة 232.

الخطاب للأزواج، لأنهم كانوا يطلقون فيراجعون كلما قرب انقضاء العدة لا عن حاجة، لتطول العدة عليها. والمعنى أن ينكحن أزواجهن الذين يرغبون فيهن ويصلحون لهن⁽¹⁾.

ثانيا: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الأيام أحق بنفسها من ولئها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها"⁽²⁾.

وأجاب المخالف عن الحديث أنه قد روي بلفظ الثيب، فتكون هي المرادة جمعا بين الروائتين، وهي لا تجبر، بل لفظة أحق بصيغة التفضيل تقتضي المشاركة في أصل الحق فمنها الإذن في نفسها، ومنها العقد وفعله موقوف على فعلها وهي أتم.

ويرى المالكية أن المرأة لا تعقد الزواج على نفسها، ولا على غيرها ولو كانت وصية، أو مقدمة، فالوصية توكل رجلا تتوقر فيه شروط الولاية، ليتولى العقد على من في حجرها من الإناث⁽³⁾، واستندوا في إثبات صدق دعواهم بجملة من المدارك أبرزها:

أولا قوله تعالى "وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ"⁽⁴⁾، ووجه الاحتجاج به أنه تعالى نهى الأولياء عن منع النساء من النكاح عند بلوغ الأجل، فلو لم تكن الولاية للرجل في العقد، لما صحَّ العضل والمنع من النكاح، كما لا يصحَّ منعهن من التصرف في أموالهن.

(1) يرى ابن عاشور أن وجه إسناد النكاح إلى النساء في الآية الثانية أنه هو العضول عنه، والمراد بأزواجهن طالبو المراجعة بعد انقضاء العدة، وسماهن أزواجا مجازا باعتبار ما كان، لقرب تلك الحالة، وللإشارة إلى أن المنع ظلم فإنهم كانوا أزواجا لهن من قبل، فهم أحق بأن يرجعن إليهم، التحرير والتنوير: 427/2.

(2) أبو داود: كتاب النكاح: باب في الاستئثار: 574-573/2 (2093).

(3) صحة توكيل الوصية لغيرها حكم مستثنى، إذ الأصل أن يكون التوكيل فيما يصلح مباشرة الموكل له، فمن لا يفعل الشيء بنفسه، لا يصح توكيل غيره على فعله، وقد أوجب عن هذا الاستثناء بما لم يسلم من الاعتراض، والزرقاتي: شرحه على المختصر: 181/3، العابدي محمد العلوي: الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي: 16-17.

(4) البقرة: 232.

ثانياً: سبب النزول، فعن الحسن قال حدثني معقل بن يسار أنّها نزلت فيه قال: زوّجت أختي لرجل فطلقها حتّى إذا انقضت عدّتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وقدمتك وأكرمك فطلقتها، ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى الآية " فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ " قلت الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه"، فثبت بهذا الحديث أن العضل هو أن يمنع من إنكاحها فيكون ذلك منعا لها من النكاح وإلا لم تحتج المرأة وهي تريد زوجها إلى إنكاح معقل لها، كما لم يكن يحتاج إليه فيما تريد من بيع أو شراء⁽¹⁾.

وذكر ابن عاشور أنّ الآية تشير إلى "اعتبار الولاية للمرأة في النكاح بناء على غالب الأحوال يومئذ، لأن جانب المرأة جانب ضعيف مطموع فيه، معصوم عن الامتهان، فلا يليق تركها تتولّى مثل هذا الأمر بنفسها، لأنّه ينافي نفاستها وضعفها، فقد يستخفّ بحقوقها الرجال، حرصاً على منافعهم وهي تضعف عن المعارضة. ووجه الإشارة: أن الله أشار إلى حقّين: حقّ الوليّ بالنهي عن العضل، إذ لو لم يكن الأمر بيده لما نهى عن منعه، ولا يقال: نهى عن استعمال ما ليس بحقّ له، لأنّه لو كان كذلك لكان النهي عن البغي والعدوان كافياً، ولجئ بصيغة: ما يكون لكم ونحوها وحقّ المرأة في الرضا ولأجله أسند الله النكاح إلى ضمير النساء، ولم يقل: أن تنكحوهن أزواجهن، وهذا مذهب مالك والشافعي وجمهور فقهاء الإسلام"⁽²⁾.

الثالث: ما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا نكاح إلا بولي"⁽³⁾، وما روي عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل ثلاث

(1) البخاري: كتاب التفسير: باب "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ": (4529).

(2) التحرير والتنوير: 2/427.

(3) أبو داود: كتاب النكاح: باب في الولي: (2/568) (2085)، ابن ماجه: كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي: (1/605) (1880)، الترمذي: كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي: (3/407) (1101).

مرّات، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها وإن تشاجرا فالسلطان ولي من لا ولي له"⁽¹⁾، وما روي عن عمر رضي الله عنه "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليّها، أو ذي الرّأي من أهلها أو السلطان"⁽²⁾.

والظاهر أن الفقرة الأولى من الفصل 9 منقولة من المادة 79 للأئحة "يجوز للزوج والزوجة أن يتولّيا عقد نكاحهما بأنفسهما، وأن يوكّلا به من شاء إذا كانا حرّين عاقلين بالغين"⁽³⁾.

ويفيد مجموع الفصلين السادس، والتاسع أنّ الولاية شرط في زواج القاصر دون غيره، وهذا ما تقرّر في المذهب الحنفي⁽⁴⁾.

تنبيه: ليس الزّواج مجرد ارتباط بين طرفين مثل البيع والإجارة وسائر العقود، بل هو مصاهرة بين أسرتين يترتب عليهما علاقات نسبية كالأبوة والأمومة والبنوة والأخوة، لذا كان من حقّ الوليّ أن يشارك المرأة في إبرام العقد، فقد تختار من يلحق بأسرتها ضررا، أو لا تتحقّق بمعاشرته مصلحتها.

فمن فوائد الولاية أنّها حماية للمرأة في قابل أيامها عند حصول التّزاع بينها وبين زوجها، وإلحاق الضّرر لها، فإذا لم تحفل بإذنه في تزويجها واستغنت عن نصيحته تخلّى عنها عند الحاجة إليه.

وعليه، فلا مانع من الجمع بين الولاية والرّضا، إذ لا يجري تناف بينهما، ولا يتصوّر أن يكون في اشتراط الأولى ما يوجب نقض الثاني.

الفصل 10 : لا يُشترط في وكيل الزّواج المشار إليه في الفصل السابق شرط خاصّ، ولكن ليس له أن يوكل غيره بدون إذن موكله أو موكلته، ويجب أن يحزّر التّوكيل في حجة رسمية، ويتضمّن صراحة تعيين الزوجين، وإلّا عدّ باطلا.

(1) أبو داود: كتاب النكاح: باب في الولي: 2/568(2083)، ابن ماجة: كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي: 1/605 (7918)، الترمذي: كتاب النكاح: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي: 3/407(1101).

(2) ابن عبد البر: الكافي: 2/522، ابن رشد: البيان والتحصيل: 4/311.

(3) الأئحة 79.

(4) السرخسي: المبسوط: 4/214، اللباب في الجمع بين السنة، والكتاب: 2/656-657.

وردت الفقرة الثانية من هذا الفصل موافقة لما تقرّر في المذهب المالكي، وتكاد تكون منقولة حرفيًا من المادة 87 للاتحة الأحكام⁽¹⁾.

وأوجب القانون أن يكون التوكيل محررًا في حجة رسمية، وهو حكم موجب لقطع النزاع بين من وكله الأب وسائر الأولياء، ولا يخفى ما في ذلك من مصلحة.

كما أوجب الفصل التصريح بتعيين الزوجين في تلك الحجة. وإهمال هذين الأمرين مُبطل للتوكيل.

ولكن هل الحكم بالبطلان الوارد في آخر الفصل يتحقق بمخالفة جميع المذكور قبله أو هو عائد إلى ما اشتملت عليه الجملة الأخيرة.

والظاهر رجحان الاحتمال الأول وهو شامل للصّور الآتية الأولى أن يوكل الوكيل غيره دون إذن الولي، والثاني ألاّ يوثق التوكيل رسمياً، والثالث ألاّ يعين فيه الزوجان أو أحدهما.

ولم يقض المذهبان الحنفي والمالكي ببطلان عقد التوكيل إذا خالف الوكيل ما أمر به، واعتبرا ذلك من شروط اللزوم، والتفاد أي أن عقد الزواج لا يكون نافذا إلاّ بإجازة الولي⁽²⁾.

الفصل 11: يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء.

المقصود من خيار الشرط أن يقترن بصيغة العقد شرط راجع إلى الحقوق الشخصية، والمالية يتفق عليه الطرفان.

وليس المراد من الشرط في هذا المقام ما جرى عليه اصطلاح الأصوليين وهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم،

(1) "... ولكن ليس له أن يوكل غيره بدون إذن موكله أو موكلته" (الفصل 10). "لا يجوز للوكيل بالنكاح أن يوكل غيره بلا إذن موكله، أو موكلته، أو بلا تفويض الأمر إلى رأيه" (اللائحة: مالكي: ص 33).

(2) اللائحة: ص 33.

وإنّما المقصود منه أن يلتزم أحد الطرفين بشيء يوجبه على نفسه مراعاة لمصلحة الثّاني.

وقد أفاض فقهاء المذاهب الكلام في هذا الضّرب من الشّروط حقيقة وأنواعا، وتشعبت آراؤهم في ثبوت الخيار للشّارط في فسخ العقد إذا أخلّ به من التزمه، وفي أثر بعض الشّروط في صحّة العقد وبطلانه.

وسوف نقتصر على بيان ما تقرّر في المذهبين اللذين استمدّت منهما المجلّة، وعوّلت عليهما في جلّ مادّتها⁽¹⁾.

فقد جعل الحنفيّة المعيار الذي نزن به صحّة الشّروط أن تكون موافقة لمقتضى العقد أو مؤكّدة له، أو أن ينهض دليل على صحّتها من أثر أو قياس أو عرف، فمن الأوّل أن تشترط المرأة على زوجها أن ينفق عليها أو يحسن معاشرتها⁽²⁾، ومن الثّاني اشتراط الوليّ أن يكون والد الزّوج كفيلا بالمهر، والثّقفة، ومن الثّالث اشتراطها أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسها متى شاءت، واشترط الزّوج أن يدفع لها ربع المهر قبل البناء مراعاة لعرف البلد⁽³⁾.

وذهبوا إلى وجوب الوفاء بهذا الشّروط، فإن لم يوف به من التزمه لا يثبت الخيار لشّارطه في فسخ العقد.

وعليه، فكلّ ما لا يتّفق مع مقتضى العقد، ولا يؤكّد هذا المقتضى، ولم ينهض الدّليل على وجوب الوفاء به، كأن تشترط المرأة ألا يتزوّج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، أو أن يشترط على زوجته ألا ينفق عليها، أو ألا

(1) قال الظاهرية ببطلان كلّ شرط ليس في كتاب الله، ولا في سنة الرّسول صلّى الله عليه وسلّم، واستثنوا من ذلك شرط السّلامة من العيوب، والأمراض، وقال الحنابلة كلّ شرط صحيح ما لم ينهض دليل من النّقل على بطلانه.

(2) فهذا ممّا يستلزمه العقد، ولو لم يشترطه أحدهما.

(3) المثال الأوّل من الثّالث ممّا ورد به الشّرع، والثّاني ممّا جرى به العرف، وإن لم يكن كلّ منهما من مقتضى العقد، ولا مؤكّدا لمقتضاه. ولا مانع عندهم من اشتراط ما لا يتنافى مع الآثار التي رتّبها الشّارع الحكيم على العقد، ولا يكرّ على مقصده منه بالتّقص، والإبطال نحو اشتراط الزّوجة على زوجها تقديم كفيل لضمان المهر، أو أن يسكنها مسكنا يليق بأمثالها.

يتوارثا، فهو شرط غير صحيح، وإن كان فيه مصلحة لأحد الطرفين، ولا أثر له في العقد، إذ الزّواج عندهم لا يبطل بالشروط الفاسدة⁽¹⁾.

ويرى المالكيّة أنّ الشروط تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

الأوّل ما كان مناقضا للعقد مثل اشتراط أن لا يقسم لها في المبيت مع غيرها، واشتراط عدم الجماع، أو عدم التوارث، أو عدم لحوق نسب الولد، أو اشتراط ألا يمنعها من الزّنا، أو نحوها مما يتنافى مع مقصود الزّواج، ويفسخ قبل ويثبت بعد بمهر المثل ويلغى الشرط⁽²⁾.

والثاني ما يقتضيه العقد ولو لم يرد ذكره نحو شرط التّفقة، والمساكنة، وعدم الضّرر بها في عشرة وكسوة ونحوهما فإن ذكره وحذفه سواء⁽³⁾.

والثالث ما لا تعلق له بالعقد ولا يستلزمه، ولا ينافيه: مثل اشتراط المرأة أن لا يتزوّج عليها، أو أن لا يخرجها من مكان كذا، فإنّ النّكاح معه صحيح ولا يلزم الشرط وكره، لأن فيه تحجيرا "ولا يفسخ قبل ولا بعد ولا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط" لخبر إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج".

ويرى المالكيّة أنّ كلّ شرط لم يعلّقوا عليه الطّلاق، فلا يجب الوفاء به نحو اشتراط أنّه إن أخرجها من بلدها فصداقها كذا، وإن أقام بها في هذه

(1) واشتراط أحد الزّوجين توقيت عقد الزّواج موجب لفساد العقد عندهم، شلي مصطفى: 154-155، الصّابوني عبد الرّحمن: 325/1.

(2) قال ابن عرفة في شرط ما يناقض النكاح كشرط أن لا يأتيها ليلا، أو يؤثر عليها، أو لا يعطها الولد أو لا نفقة لها، أو لا إرث بينهما، ثلاثة أقوال: قول مالك في النهارية وهي التي تزوج على أن لا تأتيه، أو يأتيها إلا نهارا، أو لا تأتيه إلا ليلا لا خير فيه، قال ابن القاسم: ويفسخ ما لم يدخل فإن دخل ثبت، ولها صداق المثل، ويسقط الشرط، وعليه أن يأتيها ليلا ونهارا. ومن الشامل ما نصه: وإذا شرط ما ينافي العقد كأن لا يقسم لها، وأن لا نفقة، ولا ميراث، أو لا يعطها الولد، أو يؤثر عليها، أو أمرها بيدها فسخ قبل البناء لا بعده على المشهور، وقال ابن سلمون: من الشروط التي تفسد النكاح مثل أن يتزوجها على أن لا ميراث بينهما، أو على الطلاق بيدها، أو على أن لا نفقة لها وشبه ذلك مما هو مناف لمقصود العقد، ومخالف للسنة، فالنكاح بها فاسد يفسخ على كل حال.

(3) أي يستوي وجود هذا الشرط وعدمه، الزرقاني: 189/3، الخرشبي: 195/3.

المدينة فصدّاقها كذا، أو أن تحطّ عنه بعض الصّدّاق على ألا يخرجها من بلدها أو أن لا يطلقها⁽¹⁾.

ومحلّ الحكم المذكور إذا كان الشّرط عند العقد أو بعده، وأمّا لو وهبته شيئا أو حطّت عنه شيئا بعد العقد على أن لا يتزوّج عليها أو ألا يخرجها من بلدها، وجب عليه أن يلتزم ذلك، فإنّ أخلّ بالشّرط رجعت عليه بما دفعت له أو بما حطّت عنه.

وللمرأة أن تشتري نفقة أولادها من رجل آخر على الزّوج الجديد⁽²⁾، فإنّ التزمه بعد العقد لزمه في بيته على مائدته ما دام الأولاد محتاجين إلى التّفقة، ولا تزال أمّهم في عصمته.

وقد جرى هذا الفصل على وفق المذهب المالكي في ثبوت خيار الشّرط. ورتبّ على انتفاء الشّرط، أو مخالفته جواز طلب الفسخ بطلاق. فإن حصل الطلاق قبل البناء، فلا يترتب عليه أيّ غرم. والمفهوم المخالف لهذا الشرط أنّ الطّلاق بسبب عدم الشّرط أو مخالفته يترتب عليه غرم.

الفصل 12 : كل ما كان مباحا ومقوّما بمال تصلح تسميته مهرا، وهو ملك للمرأة⁽³⁾.

عرّف هذا الفصل المهر بأنّه كلّ ما كان مباحا ومقوّما بمال، وهو قريب ممّا عرّف به في المذهبين إن حملنا الإباحة على المعنى المعهود في عرف الشرع لا في عرف القانون الدّي لا يمنع من بيع وشراء الخمر، ولحم الخنزير.

ذكر المالكيّة أنّ المهر يشترط فيه ما يشترط في الثّمّن من كونه طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما مملوكا للزّوج وقت العقد، ويغتفر فيه الغرر اليسير، والجهل اليسير⁽⁴⁾.

(1) العابدي محمد العابدي: الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي:78.

(2) لا يجوز أن يكون هذا الشّرط في صلب العقد، واشترطه في صلبه موجب لفساد العقد، وفسخه قبل الدّخول.

(3) نقح هذا الفصل بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرّخ في 12 جويلية 1993.

(4) أمّا ما اشتمل على غرر أو جهل فاحش، فلا يصحّ جعله مهرا، الزّرقاني: شرح المختصر:4/2-11-14.

وذكر ابن جزي أنّ المهر يشترط فيه أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه من العين والعرض والأصول وغير ذلك، ولا يجوز بخمر وخنزير وغيرهما مما لا يملك، وأن يكون معلوما فلا يجوز بمجهول إلا في نكاح التفويض وأن يسلم من الغرر فلا يجوز فيه بنحو بعير شارد وشبهه⁽¹⁾.

الفصل 13: ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به فقط ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق.

بيّن الفصل أن الرجل لا يملك أن يجبر زوجته على البناء قبل أن يدفع لها المهر، وهو موافق للمذهب المالكي، ورد في مواهب الجليل للحطاب "يجوز للمرأة أن تمنع نفسها من الدخول حتى يسلم لها ما حلّ من الصداق"⁽²⁾، وورد في المادة 77 من اللائحة "للمرأة منع نفسها من الدخول حتى تقبض المهر"⁽³⁾.

وإذا حازت المهر ثم ردته لعيب قديم أو استحقه من يدها شخص آخر، فلها أيضا أن تمنع نفسها من الزوج حتى يعطيها عوضا عن المعيب أو المستحق⁽⁴⁾.

الفصل 14: موانع الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة. فالمؤبدة: القرابة أو المصاهرة أو الرضاعة أو التطليق ثلاثا. والمؤقتة: تعلق حق الغير بزواج أو بعدة.

استفاد الفقهاء من استقراء موارد الشريعة الإسلامية أنّ موانع الزواج قسمان رئيسان موانع مؤبدة نيطة بأسباب ثابتة لا تتغير، مطردة لا تتخلف في جميع الأحوال والأزمنة وأخرى مؤقتة بنيت على موجبات عارضة قابلة للزوال⁽⁵⁾.

(1) القوانين الفقهية: 206.

(2) مواهب الجليل: 4/330.

(3) ص 29.

(4) الزرقاني: شرح المختصر: 4/6-7.

(5) الخشني: أصول الفتيا: 166-172، العابدي محمد العلوي: الأحوال الشخصية، والميراث في الفقه المالكي: 64-65.

فالأول يتناول القرابة، والمصاهرة، والرضاع، والملاعنة، والعقد على المعتدة المصحوب بالبناء، وأمّا النوع الثاني فيشمل الإحرام، والجمع بين المحرمين، والزيادة على أربع، وعدم التدين بدين سماوي، والتطليق ثلاثاً، وتعلق حق الغير بزواج أو عدة⁽¹⁾.

ولئن جرى الفصل الفقه الإسلامي في تقسيم الموانع إلى هذين الضربين، فإنه أخرج من الأول بعض أفرادها وهو الملاعنة، والدخول بالمعتدة من وفاة، أو طلاق بائن، وألحق به ما ليس منه، وهو التطليق ثلاثاً، وقصر الموانع المؤقتة على تعلق حق الغير بزواج أو عدة، وأهمل الإحرام، والجمع بين محرمين، والزيادة على أربع، وعدم التدين بدين سماوي، والتطليق ثلاثاً.

ووجه إهمال الأول أنّ التلبس بالإحرام من أحكام الديانة، ولا علاقة له بالأحكام المدنية⁽²⁾، وأمّا الثاني والثالث فجاريان على سنن الفلسفة التي بني عليها القانون، وهو منع التعدد بجميع صورته، وأمّا السكوت عن مانع عدم التدين بدين سماوي، فيؤذن بعدم اعتباره، لكونه مخالفاً للأحكام الشرعية.

والملاعنة ثابتة بقوله تعالى "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ"⁽³⁾.

وبيان ذلك أنّ الرجل إذا قذف زوجته، وتعرّس عليه أن يقيم البيّنة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل، وهو أن يحضرها إلى القاضي، فيدعي عليها

(1) ذكر ابن جزي أنّ أسباب التحريم غير المؤبد عشرة: الكفر، والرق، والمرض، والإحرام، والجمع بين من لا يحلّ، والزيادة على العدد المباح، واستيفاء الطلقات، والزوجة، والمتعة، والتكاح يوم الجمعة، القوانين الفقهية: 65.

(2) أحكام العبادات دنيوية، لكونها تضبط العلاقة بين الخالق، والمخلوق، وأمّا أحكام المعاملات فجامعة بين الديانة، والقضاء. والمراد بالديانة التعبد، والرقابة الذاتية للمؤمن مطالب بأن يلتزم في معاملاته بأحكام الشريعة، فلا يتصرف بالغش، والخديعة، ونحوهما، وأمّا المراد بالقضاء هو ما ينقل بسلطة القضاء، وذلك بالحكم على العقد بالفساد، أو البطلان.

(3) النور: 6-7-8-9.

بما رماها به، فيحلفه أربع شهادات بالله في مقابلة أربعة شهداء إنّه صادق فيما رماها به من الزنا "والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين" فإذا قال ذلك، بانت منه بنفس هذا اللعان عند المالكية والشافعية والحنابلة، وحرمت عليه أبداً، ويتوجب عليها الحدّ، ولا يدرأ عنها إلا أن تلعن فتشهد أربع شهادات بالله أنّه لمن الكاذب فيما رماها به "والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين".

ووجه التّحريم بهذا السّبب أنّه يتعدّر بعده حسن المعاشرة بين الزوجين⁽¹⁾.

وأما الدّخول في العدة، فموجب للفسخ اتّفاقاً، واختلف في تأييد التّحريم، فقال عمر ابن الخطاب ومالك والليث والأوزاعي وأحمد بن حنبل يفرّق بينهما، ولا تحلّ له أبداً وقال علي وابن مسعود وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي: يفرّق بينهما ولا يتأبّد التّحريم، بل يفسخ بينهما ثمّ تعتدّ منه، ثمّ يكون خاطباً من الخطاب، وقد قيل: إن عمر رجع إليه وهو الأصحّ، وعلى الزوج مهرها بما استحل منها.

وذكر ابن عاشور أنّ القول الأوّل مبنيّ على أصل ضعيف، وهو المعاملة بنقيض المقصود الفاسد. واستحسن متأخرو المالكية للقاضي إذا حكم بفسخ الزّواج في العدة ألاّ يتعرّض في حكمه للحكم بتأييد تحريمها، لأنّه لم يقع التّنازع في شأنه لديه، فينبغي له أن يترك التعرّيج عليه، لعلّهما أن يأخذا بقول من لا يرون تأييد التّحريم⁽²⁾.

الفصل 15: المحرّمات بالقرابة أصول الرّجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كلّ أصل وإن علا.

كان أهل الجاهليّة يحزّمون الأصول والفروع والحواشي، فلا يتزوّجون الأمّهات، ولا البنات ولا الأخوات ولا الخالات ولا العمّات. ولمّا جاء الإسلام

(1) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية: 163.

(2) التحرير والتنوير: 455/2.

أَقْرَهُمْ عَلَى ذَلِكَ⁽¹⁾، قَالَ تَعَالَى "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ"⁽²⁾.

يُحْرَمُ عَلَى الرَّجُلِ سَبْعَةُ أَصْنَافٍ فِي النِّسَاءِ أَحَدُهَا أُمُّهُ، وَهِيَ كُلٌّ مِنْ لَهَا عَلَيْهِ وَوَلَادَةٌ، فَيَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ "أُمَّهَاتُكُمْ" أُمَّهَاتُ الْأُمَّهَاتِ، وَالْجَدَّاتُ مِنْ قَبْلِ الْآبَاءِ، وَالْأُمَّهَاتُ كَنْ يَرْتَنُ أَوْ لَا يَرْتَنُ، الثَّانِي الْبِنْتُ، وَهِيَ كُلٌّ مِنْ لَهَا عَلَيْهَا وَوَلَادَةٌ، فَيَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ "وَبَنَاتُكُمْ" الْبَنَاتُ، وَبَنَاتُ الْبَنَاتِ، وَبَنَاتُ الْبَنِينَ وَإِنْ سَفَلُوا، الثَّلَاثُ الْأُخْتُ، وَيَعْمَ قَوْلُهُ "وَأَخَوَاتُكُمْ" جَمِيعُ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ، وَالْأُمِّ، وَاللَّأبِ دُونَ الْأُمِّ، وَاللَّأُمِّ دُونَ الْأَبِ، الرَّابِعُ الْعَمَّةُ سِوَاءَ كَانَتْ أُخْتُ أَبِيهِ أَوْ جَدَّتْهُ مَا عِلا سِوَاءَ كَانَتْ شَقِيقَةً أَوْ لَأَبٍ أَوْ لَأُمٍّ، الْخَامِسُ الْخَالَةُ سِوَاءَ كَانَتْ أُخْتُ أُمِّهِ أَوْ جَدَّتْهُ مَا عَلَتْ وَسِوَاءَ كَانَتْ شَقِيقَةً أَوْ لَأَبٍ أَوْ لَأُمٍّ⁽³⁾، السَّادِسُ بِنْتُ الْأَخِ، وَهِيَ كُلٌّ مِنْ لِأَخِيهِ عَلَيْهَا وَوَلَادَةٌ، كَانَ الْأَخُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، أَوْ لِلْأَبِ دُونَ الْأُمِّ، أَوْ لِلْأُمِّ دُونَ الْأَبِ، وَيَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ "وَبَنَاتُ الْأَخِ" بَنَاتُ بَنَاتِ الْأَخِ، وَبَنَاتُ بَنِيهِ وَإِنْ سَفَلْنَ، السَّابِعُ بِنْتُ الْأُخْتِ، وَهِيَ كُلٌّ مِنْ لِأُخْتِهِ عَلَيْهَا وَوَلَادَةٌ وَيَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ "وَبَنَاتُ الْأُخْتِ" بَنَاتُ بَنَاتِهَا، وَبَنَاتُ بَنِيهَا، وَإِنْ سَفَلْنَ كَانَتْ الْأُخْتُ لِلْأَبِ، وَالْأُمِّ أَوْ لِلْأَبِ دُونَ الْأُمِّ، أَوْ لِلْأُمِّ دُونَ الْأَبِ⁽⁴⁾.

وَالْحِكْمَةُ مِنْ تَحْرِيمِ هَذِهِ الْأَصْنَافِ مِنَ النِّسَاءِ أَنَّ الْإِقْتِرَانَ بَيْنَ الْجِنْسَيْنِ لَا يَخْلُو مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ، وَنَبَذِ الْحَيَاءِ، وَلَا يَفَارِقُهُ خَاطِرُ اللَّهْوِ وَالتَّلَذُّذِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ مَنَافٍ لِمَا تَسْتَدْعِيهِ الْقَرَابَةُ الْقَرِيبَةُ مِنَ الْوَقَارِ لِأَحَدِ الطَّرْفَيْنِ، وَالِاحْتِشَامِ لِكُلَيْهِمَا، وَحُبِّ بَجَلَالِ لَا يَمَازِجُهُ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرَ مِنَ اللَّهْوِ، وَالشَّهْوَةِ⁽⁵⁾.

(1) نَيْطُ التَّحْرِيمِ بِالْقَرَابَةِ، وَالْمِصَاهِرَةِ، الرِّضَاعِ.

(2) النِّسَاءُ: 23.

(3) حَاصِلُ الْقَوْلِ فِي الصَّنَفَيْنِ الرَّابِعِ، وَالْخَامِسِ أَنَّ كُلَّ مَنْ وَلَدَهُ جَدُّكَ، أَوْ جَدَّتْكَ، وَإِنْ عَلُوا مِنْ قَبْلِ الْآبَاءِ كَانَا، أَوْ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ فِيهِ عَلَيْكَ حَرَامٌ، وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ مِنْ بَنَاتِهِنَّ، إِذْ نَكَحْتَهُنَّ حَلَالًا، لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي أَتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتُ عَمَّكَ وَبَنَاتُ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتُ خَالَكَ وَبَنَاتُ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ". الْأَحْزَابُ: 50.

(4) ابْنُ رِشْدٍ: الْمَقْدَمَاتُ الْمَهْدِيَّاتُ: 455-456، ابْنُ الْعَبِيِّ: أَحْكَامُ الْقُرْآنِ: 1/372.

(5) يَقُولُ الْفَخْرُ الرَّازِيُّ "ذَكَرَ الْعُلَمَاءُ أَنَّ السَّبَبَ لِهَذَا التَّحْرِيمِ: أَنَّ الْوِطْءَ إِذْلالًا، وَإِهَانَةً، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ يَسْتَجِي مِنْ ذِكْرِهِ، وَلَا يَقْدَمُ عَلَيْهِ إِلَّا فِي الْمَوْضِعِ الْخَالِي، وَأَكْثَرُ أَنْوَاعِ الشَّتْمِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِذِكْرِهِ، وَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ وَجِبَ صَوْنُ الْأُمَّهَاتِ عَنْهُ لِأَنَّ إِنْعَامَ الْأُمِّ عَلَى الْوَلَدِ أَعْظَمُ وَجْهَ الْإِنْعَامِ، فَوَجِبَ صَوْنُهَا عَنْ هَذَا الْإِذْلالِ، وَالْبِنْتُ

وهذا الفصل نقل حرفيًّا للمادّة 42 من اللائحة "المحرّمات بالقرباة أصول الرّجل وفصوله وفصول أول أصوله، وأوّل فصل من كلّ أصل، وإنّ علا" (1).

الفصل 16: المحرّمات بالمصاهرة أصول الزّوجات بمجرد العقد وفصولهنّ بشرط الدّخول بالأُم، زوجات الآباء وإنّ علوا وزوجات الأولاد، وإنّ سفلوا بمجرد العقد.

لما كانت المصاهرة طريقًا إلى الالتحام بين العائلات المتباعدة اعتبرها الإسلام من جنس القرباة الحقيقيّة وألحقها بها في حكم التّحريم (2). ولم تكن هذه الأصرة موجبة للتّحريم عند أهل الجاهليّة، فقد أباحوا للرّجل أن ينكح زوجة أبيه، وهي أعظم حرمة من سائر نساء الصّهر (3).

ويشهد للمحرّمات بهذا السّبب قوله تعالى "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ" (4) وقوله "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ" (5).

وعليه، يحرم بالصّهر خمسة أصناف الأوّل أمّ الزّوجة من النسب والرّضاع ويدخل في قوله "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ" أمّهات الأمّهات ومن فوقهنّ من الجدّات، ولا يدخل فيه بنات الأمّهات، ولا أخواتهن، ولا عماتهن، ولا خالاتهن، فأولئك يحلّ نكاحهنّ بعد موتهنّ أو فراقهن، لأنهن ذوات محارم

بمنزلة جزء من الإنسان وبعض منه، قال عليه الصلاة والسلام "فاطمة بضعةً مني"، التفسير الكبير: 24/10، وانظر ابن عاشور: التّحرير والتّنوير: 295/4، مقاصد الشريعة: 162.

(1) اللائحة: ص 16

(2) المؤلّف: مقاصد أحكام الأسرة في التّشريع الإسلامي: 188.

(3) ابن عاشور: التّحرير والتّنوير: 292/4.

(4) النّساء: 24.

(5) النّساء: 22.

فإنما يحرم الجمع بينهما⁽¹⁾، الثَّانِي لا يحرم إلا بالدَّخول وهي بنت الزوجة من النسب والرضاع وإن سفلت ولا يشترط أن تكون في حجره خلافا لداود وتحرم بوطء أمها اتفاقا وبمقدمات الوطء من المباشرة والقبلة خلافا للمزني، ويدخل في قوله "وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ" بنات البنات وبنات البنين وإن سفلن. ولا تحرم الربيبة ولا شيء من بناتها أو بنات بنمها إلا بالدخول بالأم أو التلدُّذ بشيء منها بسبب الشرط الذي فيها. وأمَّا الأمُّ فإنها تحرم بالعقد على الابنة، لأنها مهمة لا شرط فيها. الثالث زوجة الابن من النسب والرضاع وإن سفل. ويدخل في قوله "وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ" أبناء الأبناء وأبناء البنات وإن سفلوا كانوا من نسب أو رضاع.

ووجه تقييد تحريم حلائل الأبناء بقوله تعالى "مِنْ أَصْلَابِكُمْ" لتحليل حلائل الأبناء الأديعاء لا لتحليل حلائل الأبناء من الرضاعة، لأنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب بنص الكتاب والسنة⁽²⁾، الرابع الجمع بين الأختين ويدخل في قوله "وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ" الجمع بين ذوات المحارم كلهن، من ذلك الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها التي ورد النهي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الجمع بينهما بيانا لما في القرآن من ذلك، إذ لا جائز أن يقول قائل إن تحريم الجمع بينهما إنما هو بالسنة لا بالقرآن، فالله يقول في كتابه بعد أن ذكر المحرمات "وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا

(1) يقول ابن جزى في بيان هذا الصنف من المحرمات "أم الزوجة من النسب، والرضاع، وإن علت فمن عقد على امرأة حرمت على كل من له على العاقد ولادة، وعلى كل من للعاقد عليه ولادة بمباشرة، أو بوساطة ذكرا كان، أو أنثى سواء كانت الولادة بنسب، أو رضاع"

(2) ولذلك تزوج رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زينب بنت جحش التي كانت زوجة زيد بن حارثة الذي كان تبناه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال الله عز وجل "فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا"، الأحزاب: 37 وقال "مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ" الأحزاب: 40، وقال "وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَائَكُمْ أبنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ" الأحزاب: 4، "ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ" الأحزاب: 5، وذلك أن اليهود والمنافقين قالوا لما تزوجها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تزوج حليمة ابنه، وقد كان ينهى عن ذلك، فأنزل الله عز وجل في ذلك ما أنزل تكذيبا لهم وردا لقولهم وتجويزا لما فعله النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَعُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"، الخامسة زوجة الأب والجدّ من النسب والرضاع وإن علا لقوله تعالى "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ"⁽¹⁾ آباء الآباء ومن فوقهم من الأجداد من النسب ومن الرضاع⁽²⁾.

والحكمة من التّحريم بهذا السّبب تيسير الخلطة، وقطع دابر الأطماع فيمن تكثّر مخالطتهم نحو زوجة الأب، وزوجة الابن، والحيلولة دون الغيرة الموجبة للشّقاق المؤدّي إلى قطع الرّحم بين من يريد الشّارع بقاء تمام المودّة بينهما، لذلك حرّم الجمع بين الأختين، ونهى النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم عن الجمع بين المرأة وعمّتها، وبينها وبين خالتها لنفس المعنى⁽³⁾.

ويكاد يكون هذا الفصل مطابقاً للمادّة 43 من اللائحة، فقد غير لفظ "التلذذ" بالدّخول، واستبدل الباء باللام في موضعين، ولا أثر لذلك في تغيير الحكم، إذ المبدل في معنى المبدل منه في الموضعين.

الفصل 17: يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب والمصاهرة. ويقدر الطّفل الرّضيع خاصّة - دون إخوته وأخواته - ولدا المرصعة وزوجها، ولا يمنع الرّضاع من النّكاح إلا إذا حصل في الحولين الأولين.

نزّلت الشّريعة أصرة الرّضاع منزلة النّسب لقوله تعالى "وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ"⁽⁴⁾، ولقوله عليه السّلام "يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب"⁽⁵⁾. ويدخل في صنف الأمّهات أمّهاتهن وإن

(1) النّساء: 22.

(2) المقدمات المهمّات: 1/456.

(3) يقول ابن القيم "وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلّم بتحريم الجمع بين المرأة وعمّتها، والمرأة وخالتها، وهذا التحريم مأخوذ من تحريم الجمع بين الأختين لكن بطريق خفيّ، وما حرّمه رسول الله صلى الله عليه وسلّم مثل ما حرّمه الله، ولكن هو مستنبط من دلالة الكتاب"، زاد المعاد: 15/4.

(4) النّساء: 23.

(5) عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال قال النّبىّ صلّى الله عليه وسلّم في بنت حمزة "لا تحلّ لي، يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب، هي بنت أخي من الرّضاعة"، البخاري: كتاب الشّهادات: باب الشّهادة على

علون، وبناتهن وبنات بناتهن وبنات بنين وإن سفلن، وأخواتهن وعماتهن وخالاتهن من قبل الأب والأم، ومن قبل الأب دون الأم، ومن قبل الأم دون الأب. ولا يدخل في ذلك شيء من بنات أخواتهن ولا من بنات عماتهن ولا من بنات خالاتهن، ويدخل في قوله "وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ" الأخوات للأب والأم، وللأب دون الأم، وللأم دون الأب، لأن اللبن يحرم من قبل المرضعة، ومن قبل زوجها لقول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اللبن للفحل⁽¹⁾.

ولم يعتبر الرضاع موجبا لحرمة المرضع على رضيعها إلا لمعنى فيه، وهو كونه الغذاء الضروري، لدوام حياة الطفل ونموه، فإذا بلغ حولين وهي السن التي يستغنى فيها عادة عن لبن المرضع لم يكن الرضاع عندئذ مؤثرا في التحريم لانتفاء ذلك المعنى المعتبر.

وقد اشتمل الفصل على أحكام موافقة لما ورد في النصوص الشرعية، والفقهاء الإسلامي فجملة "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" حديث نبوي⁽²⁾ عمل بظاهره جميع المسلمين⁽³⁾، وكون الرضاع لا ينشر الحرمة إلا إذا كان في الحولين الأولين، فحكم وارد في قوله تعالى "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"⁽⁴⁾ -⁽⁵⁾.

الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم (2645)، ومراد النبي بهذه الكلمة الجامعة أن الرضاع يقوم مقام النسب في التحريم في النكاح إلا في بعض الصور تعرف في كتب الفقه.

(1) ابن رشد: المقدمات الممهّدة: 456/1.

(2) عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بنت حمزة "لا تجل لي، يخرم من الرضاع ما يخرم من النسب، هي بنت أخي من الرضاعة"، البخاري: كتاب الشهادات: باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم (2645).

(3) يقول ابن بطال "لا خلاف بين الأمة أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، لقوله تعالى "وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرِّضَاعَةِ" / النساء: 23، فإذا كانت الأم من الرضاع محرمة، كان كذلك زوجها، وصار أباً لمن أرضعته زوجته، لأن اللبن منهما جميعاً، وإذا كان زوج التي أرضعت أباً كان أخوه عمًا، وكانت أخت المرأة خالة، يحرم من الرضاع العمات، والخالات، والأعمام، والأخوال، والأخوات، وبناتهن، كما يحرم من النسب، هذا معنى قوله عليه السلام "الرِّضَاعَةُ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوَلَادَةُ"، شرح صحيح البخاري: 193/7.

(4) البقرة: 233.

(5) وعندهم متى وقع الرضاع بعد الحولين، ولو بلحظة لم يترتب عليه حكم، يقول الإمام القرطبي "انتزع مالك رحمه الله تعالى، ومن تابعه، وجماعة من العلماء من هذه الآية أن الرضاعة المحرمة الجارية مجرى النسب إنما هي ما كان في الحولين، لأنه بانقضاء الحولين تمت الرضاعة، ولا رضاعة بعد الحولين معتبرة. هذا قوله في موطنه، وهي رواية محمد بن عبد الحكم عنه، وهو قول عمر، وابن عباس، وروي عن ابن مسعود، وبه قال

الفصل 18: تعدّد الزوجات ممنوع. كلّ من تزوّج وهو في حالة الزّوجيّة وقبل فكّ عصمة الزّواج السّابق يعاقب بالسّجن لمُدّة عام وبخطيّة قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزّواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون. ويعاقب بنفس العقوبات كلّ من كان متزوّجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرّخ في 4 محرم 1377 (أوّل أوت 1957) والمتعلّق بتنظيم الحالة المدنيّة، ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجته الأولى. ويعاقب بنفس العقوبات الزّوج الذي يتعمّد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقرّرة بالفقرتين السابقتين. ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقرّرة بهذا الفصل⁽¹⁾.

أباح الإسلام التعدّد، ولكنّه قيّده بأربع جريا على معهوده في نوط الأحكام بالضبط،⁽²⁾ قال تعالى في مقام الحديث عن حقوق اليتامى "وإنّ خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا"⁽³⁾.

ولمّا كانت المناسبة بين الشرط وهو الخوف من الجور في اليتامى، وجوابه وهو الأمر بنكاح النساء وعددهن خفيّة اختلفت الأنظار في تأويل الآية⁽⁴⁾، وأحسن ما وقفت عليه "أن الله تعالى خاطب أولياء اليتامى فقال

الزهري، وقتادة، والشعبي، وسفيان الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور".

(1) (نقح هذا الفصل بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرّخ في 4 جويلية 1958 وبالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرّخ في 21 أبريل 1964).

(2) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية: 120.

(3) النساء: 3.

(4) ذكر الرّازي الوجوه المحتملة في بيان المناسبة بين الشرط، والجزاء الأول ما اخترناه في المتن، وهو مروى عن عائشة، الثاني: أنه لما نزلت الآية المتقدمة في اليتامى، وما في أكل أموالهم من الحوب الكبير، خشي الأولياء أن يلحقهم الحوب بترك الإقساط في حقوقهم، فتخرجوا من ولايتهم، وكان الرجل منهم ربما كان تحته العشر من الأزواج، وأكثر، فلا يقوم بحقوقهن، ولا يعدل بينهن، فقيل لهم: إن خفتم ترك العدل في حقوق اليتامى فتخرجتم منها، فكونوا خائفين من ترك العدل من النساء الثالث: أنهم كانوا يتخرجون من ولاية

وإن خفتم من أنفسكم المشاحة في صدقاتهنّ وأن لا تعدلوا فتبلغوا بهنّ صداق أمثالهنّ، فلا تنكحوهنّ وأنكحوا غيرهنّ من الغرائب اللواتي أحلّ الله لكم خطبتنّ من واحدة إلى أربع، وإن خفتم أن تجوروا إذا نكحتم من الغرائب أكثر من واحدة فانكحوا منهنّ واحدة أو ما ملكتم من الإماء"⁽¹⁾.

وقد ناط الشارع الحكيم الإباحة بشرطين رئيسين :

أحدهما العدل، فمن خاف ألا يعدل بين الزّوجات، فعليه أن يلتزم واحدة، والخوف من عدم العدل يصدق بالظنّ والشكّ فيه، فالذي يباح له أن يتزوج ثانية، أو أكثر هو الذي يثق من نفسه بالعدل، بحيث لا يتردد فيه، أو يظن ذلك، ويكون التردد فيه ضعيفا.

وعلّل الشارع وجوب الاكتفاء بواحدة حال الخوف من عدم العدل بقوله "ذلك أدنى ألا تعولوا" أي أقرب من عدم الجور، وفي هذا التعليل توكيد لاشتراط العدل، ووجوب تحرّيه، وتنبيه على كونه عزيزاً⁽²⁾.

والآية معارضة بظاهر قوله تعالى "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ، فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ"⁽³⁾، فالأولى تفيد أنّ التعدّد ممكن، إذ الشارع الحكيم لا يكلف الناس بالمستحيل، ومن لوازم ذلك أن يكون العدل بين الزّوجات ممكنا، والثانية تنفي استطاعة العدل بين النساء⁽⁴⁾.

اليتامى فقيل: إن خفتم في حق اليتامى فكونوا خائفين من الزنا، فانكحوا ما حل لكم من النساء ولا تحوموا حول المحرمات، الرابع: ما روي عن عكرمة أنه قال: كان الرجل عنده النسوة، ويكون عنده الأيتام، فإذا أنفق مال نفسه على النسوة، ولم يبق له مال وصار محتاجا، أخذ في إنفاق أموال اليتامى عليهن فقال تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ " في أموال اليتامى عند كثرة الزوجات، فقد حظرت عليكم أن لا تنكحوا أكثر من أربع كي يزول هذا الخوف، فإن خفتم في الأربع أيضا فواحدة، فذكر الطرف الزائد وهو الأربع، والناقص وهو الواحدة، ونبه بذلك على ما بينهما، فكانه تعالى قال: فإن خفتم من الأربع فثلاث، فإن خفتم فاثنتان، فإن خفتم فواحدة، وهذا القول أقرب، فكانه تعالى خوف من الإكثار من النكاح بما عساه يقع من الولي من التعدي في مال اليتيم للحاجة إلى الإنفاق الكثير عند التزوّج بالعدد الكثير، التفسير الكبير: 486-485/9.

(1) الخطابي: معالم السنن: 3/190.

(2) محمّد عبده: تفسير المنار: 4/285-286.

(3) النِّسَاء: 128.

(4) لا يخفى على ذي بصيرة امتناع أن يكون الشيء الواحد مستحيلا، وجائزا في محل واحد.

والجمع بين الآيتين واضح، لاختلاف مورد العدل فيهما، إذ يتعلّق في الأولى بما يجري تحت طوق الرّجل نحو المسكن، والكسوة، والنفقة، والمبيت، وترك الضرر، وفي الثّانية بالشّهوة، والجماع والمحبة⁽¹⁾، ونحوها من الأمور القسرية التي تخرج عن قدرته⁽²⁾.

وقد كان النبي ﷺ يميل في آخر عهده إلى عائشة أكثر من سائر نسائه، ولكنه لا يخصها بشيء دونهن أي بغير رضاهن وإذنهن، وكان يقول "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك، ولا أملك"⁽³⁾.

الثاني: القدرة على الإنفاق⁽⁴⁾، وهو شرط مطّرد في جميع حالات الزّواج ولو للمرّة الأولى لقوله ﷺ "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"⁽⁵⁾، ولأن العجز عن الإنفاق موجب لإلحاق الضرر بها وفي الحديث "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁶⁾.

وما هو جدير بالذّكر في هذا المقام أن هذا القيد صالح لأن يكون شرطا قانونيا لإذن القاضي، إذ يمكن التّأكد منه بالسؤال عن القدرة المالية للزوج، بخلاف القيد الأوّل فلا يمكن التّحقق منه، لكونه أمرا مغيبا لا يعرف إلا عند المعاملة.

(1) يقول ابن القيم "لا يجب التسوية بين النساء في المحبة، فإنها لا تملك، وكانت عائشة ﷺ أحبّ نسائه إليه، وأخذ من هذا أنه لا تجب التسوية بيهنّ في الوطاء، لأنه موقوف على المحبة، والميل وهي بيد مقلب القلوب، وفي هذا تفصيل، وهو أنه إن تركه لعدم الداعي إليه، وعدم الانتشار فهو معذور، وإن تركه مع الداعي إليه، ولكنّ داعيه إلى الضرّة أقوى فهذا ممّا يدخل تحت قدرته، وملكه، فإن أدى الواجب عليه منه لم يبق لها حقّ، ولم يلزمه التسوية، وإن ترك الواجب منه فلها المطالبة به"، زاد المعاد: 25/4.

(2) إذا مال الرجل إلى إحدى زوجاته لحسن إقبال قلبه لم يكن عليه حرج في ذلك، لأنّ مطالبته بضدّ ذلك من التكليف بما لا يطاق، ابن عاشور أصول النظام الاجتماعي في الإسلام: 22.

(3) أبو داود: كتاب النكاح: باب في القسم بين النساء: 601/2 (2134).

(4) النفقة، والكسوة من حقوق الزوجة على الزوج لقوله تعالى "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" ولقوله عليه الصلاة والسلام "وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"، ولقوله لهند "خذي ما يكفيك"، ابن رشد: بداية المجتهد: 491.

(5) كتاب النكاح: باب من لم يستطع الباءة فليصم: 506/6 (5066)، أبو داود: كتاب النكاح: باب التحريض على النكاح: 539-538/2 (2049).

(6) مالك: كتاب الأفضية: باب القضاء في المرفق، ر 745/2 (1426).

والظاهر أن إباحة هذا النظام جار على خلاف الأصل، لأنّ الاقتران بزوجة واحدة هو الكفيل بتحقيق مقاصد النكاح، وهو أقرب إلى الفطرة، وأحفظ لكيان الأسرة، وأدعى إلى تماسكها واستقرارها، ولأنّ التعدد مظنة الجور وإلحاق الضرر بالمرأة لنوط العدل الظاهر بميل القلوب، يقول الشيخ محمد عبده "الأصل في السعادة الزوجية، والحياة الدينية هو أن يكون للرجل زوجة واحدة، وأن هذا هو غاية الارتقاء البشري في بابه، والكمال الذي ينبغي أن يربى الناس عليه ويقتنعوا به...ولكن لما كانت الأسباب التي تبيح تعدد الزوجات هي ضرورات تقدر بقدرها، وكان الرجال إنما يندفعون إلى هذا الأمر في الغالب إرضاء للشهوة لا عملا بالمصلحة، وكان الكمال الذي هو الأصل المطلوب عدم التعدد جعل التعدد في الإسلام رخصة لا واجبا، ولا مندوبا لذاته، وقيد بالشرط الذي نطقت به الآية الكريمة، وأكدته تأكيدا مكررا فتأملها"⁽¹⁾.

وقد كان لشيوع التعدد ردحا من الزمن آثار سيئة في المجتمعات العربية الإسلامية حيث تعسف الرجل في استعمال هذا الحق، وأفرط فيه دون مراعاة لضوابط الشرع، إذ اتخذه مجرد ذريعة إلى إشباع نزواته أو الانتقام من الزوجة الأولى وإلحاق الضرر بها، أو الإكثار من العيال وهو غير قادر على تلبية حاجياتهم، والقيام بسائر شؤونهم ممّا أثار التنازع بين الزوجين، ووُلد عقوق الأبناء لأبائهم وسائر المعاني المخلة بتكافل الأسر واستقرارها"⁽²⁾.

(1) 293/4.

(2) لأن شهد أهل تونس التعدد، فإنه لم يكن منتشرًا فيهم، فقد كان الولي يشترط لابنته في العقد عدم الزوج عليها، فإن أُخِلَّ زوجها بهذا الشرط قضى لها العرف بملك عصمة الثانية، وقد كان ذلك عرفًا جاريا بمدينة القيروان منذ عهد الأغلبية خلافا لما كان سائدا بالمشرق، فقد تدمر الشيخ محمد عبده مفتي الديار المصرية مما آل إليه حال البيوت من فساد بين بسبب الإفراط في التعدد دون مراعاة للضوابط الشرعية، يقول في هذا المقام: "إني أرفع صوتي بالشكوى من كثرة ما يجمع الفقراء من الزوجات في عصمة واحدة فإنّ الكثير منهم عنده أربع من الزوجات أو ثلاث أو اثنتان وهو لا يستطيع الإنفاق عليهنّ ولا يزال معهنّ في نزاع على النفقات وسائر حقوق الزوجات ثمّ إنّه لا يطلقهنّ، ولا واحدة منهنّ، ولا يزال الفساد يتغلغل فيهنّ، وفي أولادهنّ، ولا يمكن له، ولا لهنّ أن يقيموا حدود الله، وضرر ذلك بالدين، والأمة غير خاف"، المؤلف:

وقد كانت هذه الآثار السلبية من بواعث مراجعة التشريع الخاص بهذا النظام، وقد دعا الشيخ محمد عبده العلماء إلى وجوب الاجتهاد والنظر في هذه المسألة خصوصاً متقلّدي المذهب الحنفي الذين بيدهم الأمر، وعلل ذلك بأنّ الدين إنّما أنزل لمراعاة مصلحة الناس، وخيرهم، وبين أنّ منع الضّرر، والضّرر، وقاعدة "درء المفسد مُقَدَّم على جلب المصالح" من الأصول التي يجب اعتبارها في تغيير الأحكام⁽¹⁾.

وقد قضى القانون التّونسي في الفصل 18 بمنع الرّجل من التّعّد، درءاً لتلك المفسد، وفرض عقوبة على من يتزوّج بأكثر من واحدة، ومن خالف هذا الحكم عوقب بالسّجن وغرامة ماليّة، أو بإحدى العقوبتين. وألحق بالمعدّد من تزوّج على خلاف الصّيح القانونيّة.

والحكم الذّي ورد في هذا الفصل ليس من تقييد المباح، وإنّما هو من جنس منعه والأصل أنّ التّقييد أو المنع لا يكون إلّا لمصلحة راجحة يقدرها وليّ الأمر.

ولا ريب في أنّ انتشار الوعي الاجتماعي والصّحي والثقافي في هذه العقود الأخيرة خليق بإقناع الرّجل بأنّ الاقتصار على زوجة واحدة في الظروف العاديّة، هو النّمط المثالي الجدير بتحقيق التّوازن في الأسرة والمجتمع.

ولكنّ هذا لا يمنع من إباحة التّعّد في ظروف خاصّة يحتاج فيها الرّجل إلى الاقتران بثانية لمصلحة راجحة، ولا شكّ في أنّ طرد الحظر في هذه الحالة موجب للحرج والمشقّة، وهو مناف لمرونة الشّريعة الكفيلة بمراعاة مصالح الأفراد في جميع الأحوال. وتقدير تلك المصلحة الرّاجحة إنّما يكون بمراعاة الظروف الاجتماعيّة، والقدرة الماديّة، والصّحيّة للراغب في التّعّد⁽²⁾.

مقاصد أحكام الأسرة: 114، كخالة: سلسلة بحوث اجتماعية: 1/130، المؤلف: مقاصد أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي: 73-74.

(1) تفسير المنار: 286/4-287.

(2) يرى الشيخ محمد عبده أنّ الحاجة قد تدعو إلى أن يكفل الرجل الواحد أكثر من امرأة واحدة، لأسباب أولها أنّ يتزوج الرجل بامرأة عاقر فيضطر إلى غيرها لأجل النسل، ويكون قادراً على القيام بأود غير واحدة، وكفاية أولاد كثيرين، وتربيتهم، الثاني ألا تكفي الواحدة لإحصانه، فإن ذلك مظنة الوقوع في رذيلة الزنا

والظاهر أن قوانين سائر البلاد العربية قد راعت هذا المعنى، فلم تمنع من هذا النظام، وإنما أجازته بشروط، فمدونة الأحوال الشخصية المغربية مثلا قيّدت المنع بالخوف من جور الرجل، وبإطلاع الثانية على كونه متزوجا غيرها، وللأولى عندهم أن ترفع أمرها للقاضي للنظر في الضرر الحاصل لها، إذا لم تكن اشترطت الخيار، واشترط القانون الجزائري للجواز القيود التالية :

- 1 - وجود مبرر شرعي نحو عقم الزوجة الأولى وإصابتها بمرض مزمن.
- 2 - توفر شروط العدل ونيته⁽¹⁾.
- 3 - إخبار الزوجتين السابفة واللاحقة⁽²⁾.

وعليه، فإن القاضي لا يأذن لصاحب العذر في التعدد إلا بعد التحقق من تلك الشروط، وبهذا لا يصبح التعدد هوى جامحا للتدوّق وإشباع الغرائز، أو ذريعة إلى النكاحية بزوجته الأولى وإهدار حقوقها مما يحدث الشقاق، ويؤدّي إلى تمرد الزوجة الأولى وعقوق الأبناء وتشردهم⁽³⁾.

الفصل 19: يحجر على الرجل أن يتزوج مطلّقه ثلاثا.

من طلق زوجته طليقة أو طليقتين، فله ردها إلى عصمته من غير استئناف عقد ما دامت في العدة، فإن طلقها الثالثة بانتهاب منه بينونة كبرى، ولم تحلّ له حتّى تنكح زوجا غيره، وهذا من محكم القرآن الذي لم يجر اختلاف في تأويله، قال تعالى "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ

الموجب لضياح الدين، والمال، والصحة، ويكون شرا على الزوجة من ضم واحدة إليها مع العدل بينهما كما هو شرط الإباحة في الإسلام، ولذلك استبيح الزنا في البلاد التي يمنع فيها التعدد بالمرّة، الثالث أن يكون التعدد لمصلحة عامة كأن تكثر فيها النساء كثرة فاحشة كما هو في البلاد التي تقع فيها حرب مجتاحة تذهب بالألوف الكثيرة من الرجال، وتدع النساء لا كافل للكثير منهن، ولا نصير؟، تفسير المنار: 4/292-293.

(1) لا شك في أن اشتراط نية العدل عبث، لكونها أمرا باطنا يتعدّر الاطلاع عليه.

(2) مدونة الأحوال الشخصية لدول المغرب: 50.

(3) المؤلف: مقاصد أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي: 74-75.

بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْنًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ".

فقد رتب الله على الطَّلقة الثالثة حكمين الأول أنه سلب الزوج حق الرجعة بمجرد فك العصمة، والثاني أنه سلب المرأة حق الرضا بالرجوع إليه إلا بعد زوج، واتفق الفقهاء على أن مجرد العقد على المرأة لا يحلها لمن بيها إلا إذا دخل بها الزوج الثاني، ثم طلقها أو توفي وانقضت عدتها، وبهذا يكون التحليل موقوفاً على انعقاد الزواج، ووجود الوطاء⁽¹⁾.

وعلى ابن عاشور اشتراط التزوج بثان بتحذير الأزواج من المسارعة بالطَّلقة الثالثة إلا بعد التأمل والتريث، الذي لا يبقى بعده رجاء في حسن المعاشرة، للعلم بحرمة العود إلا بعد زوج، فهو عقاب للأزواج المستخفين بحقوق المرأة، إذا تكرر منهم ذلك ثلاثاً، بعقوبة ترجع إلى إيلام الوجدان، لما ارتكز في النفوس من شدة النفرة من اقتران امرأته برجل آخر⁽²⁾.

وقد جعل هذا الفصل التطلق ثلاثاً من الموانع الموجبة لتأبيد التحريم خلافاً لصريح الآية التي اعتبرته من الأحوال العارضة، وناطت الرجعة فيه بالقيدين المذكورين آنفاً⁽³⁾.

(1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن: 92-93/3، ابن عاشور: التحرير والتنوير: 415/2.

(2) نقل ابن عاشور عن الطيبي قول الزجاج "إنما جعل الله ذلك لعلمه بصعوبة تزوج المرأة على الرجل فحرم عليهما التزوج بعد الثلاث لئلا يعجلوا، وأن يثبتوا"، التحرير والتنوير: 416/2.

(3) حجر الفصل على الرجل ما أباحه الشرع، وهو أن يتزوج المطلقة ثلاثاً بعد أن يبني بها الثاني، ثم يطلقها أو يتوفى.

الفصل 20 : يحجر التزوّج بزوجة الغير أو معتدّته قبل انقضاء عدّتها.

مما حرّمه القرآن الكريم لعارض نكاح ذوات الأزواج ما دمن في عصمة أزواجهن، لقوله تعالى "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ"⁽¹⁾.

والمقصود من هذا التّشريع تحريم اشتراك رجلين فأكثر في عصمة امرأة منعاً لاختلاط الأنساب، وهو منتفٍ في تعدّد الزّوجات، لذلك لم تقض الشّريعة بمنعه، يقول ابن عاشور في هذا المقام "وإذ كانت المرأة هي قرارة النّسل لم تبح الشّريعة تعدّد الأزواج للمرأة، وأباحت تعدّد الزّوجات للرجل إلى حدّ معيّن"⁽²⁾.

وهو موجب لإبطال بعض أنكحة الجاهليّة مثل نكاح الرّهط وهو أن يشترك الرجال في المرأة وهم دون العشرة، فإذا حملت ووضعت حملها أرسلت إليهم فلا يستطيع أحد منهم أن يمتنع، فتقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت، فهو ابنك يا فلان، تُسَيّ من أحبّت باسمه فيلحق به، ونكاح البغايا وهو أن يجتمع الرّجال على المرأة لا تمتنع ممّن اختلف إليهما، وهي البغيّ كانت تنصب على بائنها راية لتعرف أنّها عاهرة، فإذا حملت ووضعت جمع لها القافة، فأبهم ألحقوه به صار أباه ودعي ابنه، لا يمتنع من ذلك⁽³⁾، ونكاح الضّماد، وهو أن تعاشر المرأة الفقيرة غير زوجها زمن القحط تحبس نفسها عليه حتّى إذا غنيت بالمال والطّعام عادت إلى زوجها، ونكاح الاستبضاع وهو أن يقول الزوج لامرأته إذا طهرت من طمثها: أرسلني إلى فلان، فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسه حتّى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها. وعلّلت عائشة هذا الضّرب بالرّغبة في نجابة الولد⁽⁴⁾، وقد يكون لبذل مال أو صحبة⁽⁵⁾.

(1) النِّسَاء: 24.

(2) مقاصد الشّريعة الإسلاميّة: 163.

(3) كان البغاء في الجاهلية مقصوراً على الإماء، إذ كنّ يسعين لمواليهنّ فيكسبن لهم، وكان الرجل فيهم لا يرضى أن يقترن بأمة ولكن يقضي منها شهوته بالبغاء، فحرم الشرع هذه العادة السيئة، وأكرم الأمة المؤمنة بأن أمر الرجل بنكاحها عند عجزه عن طول الحرّة، وفي هذا إيدان بكون الاشتراك في العقيدة مؤثراً في الأحكام، ابن حبيب: المحبر: 340، الخطابي: معالم السنن: 273/3، المؤلف: مقاصد أحكام الأسرة في التّشريع الإسلامي.

(4) ابن حجر: فتح الباري: 185/9.

(5) يقول ابن عاشور "وأحسب أن هذا كان يقع بتراض بين الرجلين، والمقصد لا ينحصر في نجابة الولد، فقد يكون لبذل مال أو صحبة"، التحرير والتنوير: 6-5/5.

ولا أثر لرضا الزوج باقتران زوجته بأخر، ولا اعتبار له في زوال هذا الحكم، لأنّ ذلك ليس إليه، إذ التّحريم منوط بحفظ الأنساب من الضّياح، والنّسب من الحقوق الشّرعيّة التي لا يصحّ للزوجين أن يتّفقا عند العقد على إهدارها⁽¹⁾، لذلك أ بطل الشّارع الضّربين الأخيرين.

ومنعت الشّريعة التّزوّج بالمعتدّة من طلاق أو وفاة، وإذا عقد عليها في العدّة، ولم يدخل بها، فسخ النّكاح اتّفاقا، واختلفوا في اقتضائه لتأبيد التّحريم.

فألذّي ذهب إليه الجمهور أنّ ذلك لا يؤبّد تحريمها، وأنّه يكون خاطبا من الخطّاب وهو قول عمر بن الخطّاب، ورواية ابن القاسم عن مالك في المدوّنة، وحكى ابن الجلاب عن مالك رواية أنّ التّحريم يتأبّد في العقد، وإن فسخ قبل الدّخول ولا يعرف مثله عن غير مالك⁽²⁾.

وقد وافق الفصل الفقه الإسلامي في منع التّزوّج بهذين الصّنفين.

الفصل 21: الزّواج الفاسد هو الذّي اقترن بشرط يتناقى مع جوهر العقد أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثّالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و16 و17 و18 و19 و20 من هذه المجلّة. وإذا وقعت تتبّعات جزائيّة تطبقا لأحكام الفصل 18 أعلاه، فإنّه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزّواج. ويُعاقب بالسّجن مدّة ستّة أشهر الزّوجان اللذان يستأنفان أو يستمرّان على المعاشرة رغم التّصريح

(1) هو ليس من الحقوق الخالصة للشرع بل هو أيضا من حقوق الأبوين والولد، أمّا كونه حقا للأُم فيظهر في أن من حقها صيانة الولد من الضّياح، ودفع تهمة الزنا عن نفسها، وأمّا كونه حقا للأب، فلأنه يترتب على ثبوت نسب الولد منه ثبوت الولاية له على الولد ما دام صغيرا، وأمّا كونه حقا للولد فاحتياجه إلى دفع العار عن نفسه بكونه ولد زنا ولأنّ ثبوت النّسب يترتب عليه حقوقا كالنفقة، والرضاع، والحضانة، وحق الله هنا هو الغالب لذلك، لا يجوز إسقاطه، يقول القرافي في الفرق الثّاني والعشرين بين قاعدة حقوق الله تعالى، وقاعدة حقوق الأدميين ما نصّه "وقسم اختلف فيه هل هو يغلب فيه حقّ الله، أو حقّ العبد كحدّ القذف وتعني بحق العبد المحض، أنه لو أسقطه لسقط، وإلّا فما من حق للعبد إلّا، وفيه حق الله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحقّ إلى مستحقّه فيوجد حقّ الله تعالى دون حق العبيد، ولا يوجد حق العبد إلّا، وفيه حق الله تعالى، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط فكّل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكلّ ما ليس له إسقاطه فهو الذي نعني بأنه حقّ الله تعالى"، الفروق:1/140-141.

(2) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن:3/140، ابن عاشور:التّحريم والتنوير:2/455.

بفساد زواجهما. ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقررة بهذا الفصل⁽¹⁾.

يجري الزّواج الفاسد حسب هذا الفصل في الصّور الآتية:

الأولى الاقتران بشرط مناف لجوهر العقد، والثانية أن يكون دون رضا، والثالثة أن يوجد مانع من موانع الزوجية، والرابعة أن تكون الزوجة من المحرمات بالقربة، أو المصاهرة، أو الرضاع، والخامسة حال التعدد، والسادسة التزوج بالملقة ثلاثا مطلقا، والسابعة التزوج بزوجة الغير أو معتدته قبل انقضاء عدتها.

والشأن في القانون الذي فرّق بين شرط الانعقاد، وشرط الصحة أن يراعي الأثر الناشئ عن تخلف كلّ منهما، ومن ثمّ التمييز بين العقود الفاسدة، والعقود الباطلة جريا على ما تقرّر في أصول المذهب الحنفي من التفرقة بين الفساد والبطلان.

وعليه، يكون الزّواج في الصّورة الأولى صحيحا، وفي الصّور الثلاث الموالية باطلا إن حملنا الرضا في الثانية تجوّزا على الركنية أمّا إذا حملناها على شرط الصحة، فتكون الصّورة من النكاح الفاسد. أمّا الصّورة السابعة فمن جنس النكاح الفاسد. وأمّا الصّورتان الخامسة والسادسة المخالفتان لما تقرّر في المذاهب الفقهية، وانعقد عليهما الإجماع، فليستا موردا للفساد أو البطلان.

العقد باطل	العقد فاسد	العقد صحيح	
			1 الاقتران بشرط مناف لجوهر العقد
	*		2 أن يكون دون رضا.
*			3 أن يوجد مانع من موانع الزوجية.
*			4 أن تكون الزوجة من المحرمات بالقربة، أو المصاهرة، أو الرضاع.
	*		7 التزوج بزوجة الغير أو معتدته قبل انقضاء عدتها.

(1) نفع هذا الفصل بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964.

الفصل 22 : يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر. وترتب على الدخول الآثار التالية فقط:

- أ- استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم.
- ب- ثبوت النسب.
- ج- وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ هذه العدة من يوم التفريق.
- د- حرمة المصاهرة.

يقتضي المنطق السليم في هذا المقام أن نراعي ما جرى عليه متأخرو الحنفية من التفرقة بين باطل الزواج وفاسده، وجعل الباطل منه غير منعقد، والفاسد منعقدا غير صحيح.

فإن كان الزواج بالمرأة المحرمة تحريما قطعيا متفقا عليه جعل العقد باطلا، وكان انتفاء هذه الحرمة شرطا لانعقاد العقد. وإن كان التحريم ظنيا أو مختلفا فيه كان للعقد وجود غير أنه لا يصلح في ذاته لترتب الآثار عليه، فإن أعقبه دخول ترتب على هذا الدخول بعض آثار الزواج من وجوب المهر، والعدة، وثبوت النسب، لوجود العقد صورة. وكان انتفاء هذه الحرمة شرطا لصحة العقد بحيث إذا تخلف هذا الشرط كان العقد فاسدا.

والعجيب أن الفصل قد ألغى اعتبار الفارق المعتبر الجاري بين الضربين، وسوى بينهما في الأحكام، فرتب عليهما استحقاق المهر، وثبوت النسب، ووجوب العدة على الزوجة، وحرمة المصاهرة مع أن هذه الآثار من خصائص الزواج الفاسد.

ولا يخفى على ذي بصيرة ما يؤدي إليه نفي اعتبار ذلك الفارق من مفسد عظيمة لعل أبرزها ما يعتري العلاقات الأسرية من اضطراب، وتداخل، وغموض، فلا يتمحض الفرد عندئذ لنسبة جلية، فقد ينظر إليه باعتبار نسبة كالأبوة مرة، وباعتبار نسبة ثانية كالأخوة أخرى.

فكيف ثبت النَّسب في نكاح باطل ناشئ عن تزوّج الرَّجُل بإحدى
مخارمه؟

فمن تزوّج بأخته، وأنجبت منه صغيراً، فهل تكون أمّه باعتبار
الوالديّة أو عمّته باعتبار كونها أختاً لمن تخلّق من مائه، ومن نكح ابنته
فأنجبت منه طفلاً فما هي نسبته إليه، فهل يكون ابناً له، لتكوّنه من مائه أو
حفيده باعتباره ابن بنت.

ولا شكّ في أنّ هذا يعود على أحكام الحضّانة والتّفقة والولاية والإرث
التي بناها الشّارع الحكيم على الجبلة الثّابتة الواضحة بالتّقض والإبطال.
فبأيّ عنوان يعامل هؤلاء الصّغار في قسمة التّركة؟ وما هو أثر ذلك
في ثبوت سائر الحقوق، وإسقاطها؟

ومن أعجب ما اشتمل عليه هذا الفصل أنّه حكم بالبطلان على الزّواج
الفاقد بجميع صوره المذكورة في الفصل السّابق، وهذا يقتضي أمرين:

الأوّل اجتماع الضّدين، وهو ممتنع عقلاً، إذ البطلان والفساد لا يردان
على محلّ واحد، والثّاني تحصيل الحاصل، وهو بطلان الباطل.

ولا وجه لما ادّعته فاطمة الزّهراء بن محمود، وسامية دولة من أنّ المشرّع
استخدم مصطلحي "فساد الزّواج" و"بطلانه" بمعنى واحد، فهو مردود بما
ذكرناه في صدر الفصل الثّالث، وبيناها بيانا شافياً.

وهذا القول يؤدّي إلى تأويل الفصل 22 على النّحو الآتي "يبطل الزّواج
الباطل" أو "يفسد الزّواج الفاسد" وإخال أنّ كلام المشرّع مصون من هذا
اللغو.

ونسبت الباحثتان القول بالفرق بين الزّواج الباطل، والزّواج الفاسد
إلى الفقه الإسلامي، وهي نسبة موهومة على ما حقّقناه من كونه قولاً
لمتأخري الحنفيّة الذين حرّروا مُصطلحات المذهب، ودقّقوا النّظر فيها.

ثم أرجعنا الفساد إلى انخراط الشروط الجوهرية المعتمدة في الفصل 21 من م.أ.ش، والبطلان إلى عدم احترام الشروط الشكلية المنصوص عليها في الفصلين 31 و36 من قانون الحالة المدنية، وهذه دعوى تفتقر إلى دليل⁽¹⁾.

التعريف	الزواج الباطل	الزواج الفاسد
ما اختل فيه أمر أساسي، أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد.	ما تخلف فيه شرط من شروط الصحة بعد استيفاء أركانه وشرائط انعقاده.	
من صوره	زواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه، وتزوج الرجل بمن هي محرمة عليه تحريماً لا يشتبه الأمر فيه على الناس وهو يعلم ذلك التحريم كالعقد على إحدى محارمه أو زوجة غيره، وتزوج غير المسلم بمسلمة لعدم محلية المرأة فيها.	الزواج بغير شهود عند من يشترط الشهاده، والزواج المؤقت، وزواج أخت مطلّقتة طلاقاً بانفا في عدتها، لأنه مختلف في حرمة، وتزوجه بامرأة محرمة عليه بسبب الرضاع وهو لا يعلم بحرمها بناء على إخبار الناس بأنه لا يوجد بينهما صلة محرمة ثم تبين بعد البناء أنها محرمة عليه.
الحكم	لا يترتب على هذا الضرب أي أثر من آثار الزواج، لأن وجوده مثل عدمه، فلا يحل به الدخول، ولا يجب به مهر، ولا نفقة، ولا يرد عليه طلاق، ولا يثبت به نسب، ولا عدّة فيه بعد المفارقة، ولا يثبت به توارث ولا حرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنى.	لا يحل به الدخول بالمرأة ولا يترتب عليه في ذاته شيء من آثار الزوجية، فإن وقع بعده بناء حقيقي بالمرأة كان معصية يجب رفعها بالتفريق بينهما جبراً إن لم يفترقا باختيارهما، وينشأ عن هذا الدخول جملة من الآثار منها: وجوب مهر المثل، وثبوت حرمة المصاهرة، ووجوب اعتداد المرأة جراً وقت الافتراق أو تفريق القاضي، وثبوت نسب الولد إن وُجد محافظة عليه من الضياع.

ولم يترتب المالكية أيضاً أثراً على ما انعقد الإجماع على فساده لعقده، فهم يرون أن الفساد قد يطرأ على النكاح من جهة عقده، فيقال فيه فاسد لعقده، وقد يطرأ عليه الفساد من جهة صداقه فيقال.

(1) ورد في كتاب التعليق على مجلة الأحوال الشخصية ما نصه "استعمل المشرع عبارتي "فساد الزواج" و"بطلان الزواج" بمفهوم واحد وهو عدم صحة العقد، وذلك خلافاً للفقهاء الإسلامي الذي يفرق بين الزواج الفاسد، والزواج الباطل، فالزواج الباطل في الفقه الإسلامي هو زواج معدوم كزواج المحارم مثلاً سواء تمّ الدخول أم لا.....، ويبدو أنّ المشرع أطلق مصطلح الزواج الفاسد على الزواج الذي يبرم مع إخلال بالشروط الجوهرية وفق الفصل 21 من م.أ.ش، و مصطلح الزواج الباطل على الزواج الذي يبرم دون احترام الشروط الشكلية المنصوص عليها في الفصلين 31 و36 من قانون الحالة المدنية"، 102-103.

قال فيه فاسد لصدّاقه، وبيان ذلك في الجدول الآتي :

زواج فاسد لصدّاقه.	زواج فاسد لعقده مختلف في فساد.	زواج فاسد لعقده مجمع على فساد.	
ما كان عقده تاماً، وكان منشأ الفساد فيه الصدّاق.	ما كان الخلاف فيه قوياً، ولو خارج المذهب، وأما الضعيف فلا اعتبار له مثل الخلاف الجاري في زواج المتعة.	فالفساد لعقده هو المخالف لتبج الشريعة.	التعريف
الدخول على إسقاط الصدّاق، أو صدقها شيئاً لا يصحّ تملكه.		الزواج بما فوق الأربع نسوة، ونكاح المحرمات بنسب أو مصاهرة أو رضاع، والزواج بامرأة في عصمة الغير أو في عدّة طلاق أو وفاة، وصريح الشغار، ونكاح المتعة ونحو ذلك من كلّ ما نص الفقهاء على أنه حرام مجمع على تحريمه.	من صوره
يفسخ قبل الدخول ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت بعده بصدّاق المثل.	يفسخ أيضاً قبل الدخول ولا صدّاق فيه للمرأة ولا بد فيه من حكم بالفسخ وطلاق بائن، وينشر الحرمة فيما إذا كانت الحرمة فيه تترتب على مجرد العقد، ويفسخ أيضاً بعد الدخول بطلاق بائن وحكم، وفيه المثل ومن مات منهما قبل الفسخ ورثه الآخر ويلحق به الولد، ولا يسمح أن تعقد لشخص آخر قبل صدور الحكم بالفسخ، الزرقاني 244-245-206-191/3.	يفسخ قبل الدخول ولا صدّاق فيه للمرأة ولا ميراث فيه إن مات أحدهما قبل الفسخ، ولا ينشر الحرمة ولا يصح فيه الطلاق ولا الخلع، ويجوز لشخص آخر أن يعقد عليها ولو قبل الفسخ، وليس عليها عدّة وفاة، ويفسخ أيضاً بعد الدخول وفيه الصدّاق المسعى، أو صدّاق المثل وينشر الحرمة إذا درأ الحد ويجب الاستبراء.	من أحكامه

الخاتمة :

إنّ القسط الأوفر من فصول المجلّة يستند إلى جذور شرعيّة، وأخرى فقهية، إذ استمدّت مادّته من ظواهر الكتاب والسنة، ومن لائحة الأحكام الحاوية لفروع الحنفيّة والمالكيّة، وهو ما يقطع دابر التّنازع أو الجدل في أصالة مرجعيّتها.

ولا ريب في أنّ الرّوح المالكيّة سارية في جسدها، متغلغلة في غضون فصولها بمقادير متفاوتة بحسب الميزان المعّتب في تعبير نصيب المذهب من مادّة المجلّة.

ولئن أفاد المشرّع التّونسي من المذهبين المذكورين، فإنّ عمله لم يسلم من التّحريف، والتّلفيق الهجين الذي اقتضى نبوة بين الأصول والفروع، وحال دون الانسجام المطرد بين الفصول، ومنع من التّناسق المنطقيّ بين بعض الأحكام.

المصادر والمراجع

- *الآمدي: علي بن أبي علي بن محمد سيف الدين (أبو الحسن) (-631هـ)
- الإحكام في أصول الأحكام (4 أجزاء): ط2 دار الصميعي المملكة العربية السعودية 1433هـ /2012م.
*الأجهوري محمد رضا:
- الخلفية الإسلامية لمجلة الأحوال الشخصية، دار المعالي للنشر، 2012م.
*الأحمر عصام:
- مجلة الأحوال الشخصية محينة، ومثارة بفقهاء القضاء، تونس 2012م.
*الأسمندي: محمد بن عبد الحميد (-552هـ).
- طريقة الخلاف في الفقه: تحقيق محمد زكي عبد البر: مكتبة دار التراث القاهرة.
*الألوسي: السيد محمد شهاب الدين (أبو الفضل) (-1270هـ).
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني (30 جزءاً): ط2، دار إحياء التراث العربي بيروت.
*الباجي: سليمان بن خلف بن سعد (أبو الوليد) (-474هـ).
- المنتقى (7 أجزاء): مطبعة السعادة مصر ط1، 1322 هـ/1904م.
*البخاري: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (-730هـ).
- كشف الأسرار (4 أجزاء): تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي: دار الكتاب العربي بيروت: ط1، 1411 هـ/1991م.
*البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة الجعفي (أبو عبد الله) (-256هـ).
- التاريخ الكبير: تحقيق عبد الرحمان بن يحيى اليمامي وجماعة - الهند دائرة المعارف العثمانية: ط1، 1362 هـ/1943م.
- الجامع الصحيح (8 أجزاء): دار الدعوة ودار سحنون: ط2، 1413 هـ/1993م.
*بنلغيث الشيباني: النظام القضائي في البلاد التونسية: 1857-1921.
*الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة (أبو عيسى) (-279هـ).
- السنن (5 أجزاء): دار الدعوة، ودار سحنون ط2، 1413 هـ/1993م.
*التسولي: علي بن عبد السلام (أبو الحسن).

- البيهجة في شرح التحفة الأروزة المسماة بتحفة الحكّام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي (جزءان)، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - لبنان ط3، 1397هـ / 1977م.

*التكروري: عثمان

- شرح قانون الأحوال الشخصية (الأردني): مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 1998م.
*ابن جزي: محمد بن أحمد (-741هـ).

- التسهيل لعلوم التنزيل: الدار العربية للكتاب.

- القوانين الفقهية: الدار العربية للكتاب ليبيا تونس 1402 هـ / 1982م.

*الجصاص: أحمد بن علي الرازي (أبو بكر) (-370هـ).

- أحكام القرآن (3 أجزاء): دار الكتاب العربي بيروت، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى.
*ابن حبيب: محمّد (-245هـ)

- المحرّر: مطبعة جمعية دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد، 1361 هـ.

*ابن حجر: أحمد بن علي شهاب الدين (أبو الفضل) (-852هـ).

- فتح الباري (13 جزءاً): تصحيح محب الدين الخطيب: دار المعرفة بيروت

*ابن حزم: علي بن أحمد بن سعيد بن حكم الأندلسي (أبو محمد) (-456هـ).

- المحلّى (10 أجزاء).

*أبو الحسن: علي بن محمد المنوفي الصغير المصري (-939هـ).

- كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني (مجلدان): وعليه حاشية العدوي الشهير بالصعدي، دار الفكر.

*الخطاب: محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (أبو عبد الله) (-954هـ).

- مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تعليق الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين الشنقيطي، دار الرضوان، ط1 2010/1431.

*الخشني: محمد بن حارث (-361هـ)

- أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك: تحقيق د. محمد المجذوب ود. محمد أبو الأجدان ود. عثمان بطيخ: الدار العربية للكتاب 1405هـ/1985م.

*الخطابي: حمد بن محمد (أبو سليمان) (-275هـ).

- معالم السنن (4 أجزاء): منشورات المكتبة العلمية بيروت ط2، 1401هـ/1981م.

*الدارقطني: علي بن عمر (-385هـ).

- السنن (4 أجزاء): عالم الكتب ط2، 1403هـ/1983م.

- * أبو داود: سليمان بن أشعث (-257هـ).
- السنن (5 أجزاء): دار الدعوة ودار سحنون ط2، 1413هـ/1993م.
- * الدردير: أحمد بن محمد (-1201هـ).
- الشرح الصغير (جزءان): دار الفكر بيروت.
- الشرح الكبير (4 أجزاء): دار الفكر بيروت.
- * الدرّيني محمّد فتحي: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، وأصوله.
- * الدسوقي: محمّد بن أحمد بن عرفة (-1230هـ)
- حاشيته على الشرح الكبير لأحمد الدردير على مختصر خليل (4 أجزاء): دار الفكر.
- * ابن دقيق العيد: تقيّ الدّين (أبو الفتوح) (-702هـ)
- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (جزءان): دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- * الدّهلوي: أحمد المعروف بشاه وليّ الله بن عبد الرحيم (-1176هـ)
- حجّة الله البالغة (جزءان): راجع أصوله وصحّحها وقيّد حواشيا بعض علماء الهند: دار التراث القاهرة ط1، 1355 هـ
- * الزّازي: محمد بن عمر بن عمر بن حسين (فخر الدين) (-606هـ).
- التفسير الكبير (30 جزءا): دار إحياء التراث العربي بيروت ط3، 1420 هـ
- * ابن راشد: محمد بن عبد الله البكري القفصي المالكي (أبو عبد الله).
- لباب اللباب: المطبعة التونسية نهج سوق البلاط.
- * ابن رشد: (الجد) محمد بن أحمد (أبو الوليد) (-520هـ).
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، ضمّنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمّد العتبي القرطبي (-255هـ): (18 جزءا): تحقيق مجموع من العلماء، دار الغرب الإسلامي.
- المقدمات الممهّدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات (3 أجزاء): تحقيق د. محمد حجي وسعيد أحمد أعراب: دار الغرب الإسلامي بيروت ط1، 1408 هـ/1988م.
- * ابن رشد: (الحفيد) محمد بن أحمد بن محمد (أبو الوليد) (-595هـ).
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: تحقيق هيثم جمعة هلال، دار مكتبة المعارف بيروت ط1409، 9هـ/1989م.
- * زروق: أحمد بن أحمد البرنسي الفاسي (-899هـ).
- شرح الرسالة (جزءان)، مذيل بشرح قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (-837هـ): دار الفكر 1402هـ/1982م.

- *الزرقاني: عبد الباقي (-1099هـ)
- شرحه على مختصر الخليل (8 أجزاء): طبع بهامشه حاشية محمد البناني دار الفكر بيروت.
- * أبو زهرة محمّد:
- الأحوال الشَّخصيَّة، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1957.
- * ساسي بن حليلة التَّشريع.
- دراسات في الأحوال الشَّخصيَّة: مركز النشر الجامعي، 2012.
- محاضرات في قانون الأحوال الشَّخصيَّة: مركز النشر الجامعي، 2011.
- * السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل (-490 هـ).
- المبسوط المحتوي على كتب ظاهر الرواية للإمام محمد بن الحسن الشيباني عن الإمام الأعظم أبي حنيفة (30 جزءاً): دار المعرفة - بيروت، ط1414هـ-1993م.
- * السَّرطاوي محمود: شرح قانون الأحوال الشَّخصيَّة الأردني، دار العدوي ط1402هـ/1981.
- * السَّهوري: الوسيط.
- * السَّويسي محمّد بن يونس:
- الفتاوى التَّونسيَّة في القرن الرَّابع عشر الهجري: دار سحنون ط1430هـ/2009.
- * ابن شاس: جلال الدين عبد الله بن نجم (-616هـ)
- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (3 أجزاء)، تحقيق د. محمد أبو الأُفان وأ. عبد الحفيظ منصور بإشراف ومراجعة د. محمد الحبيب ابن الخوجة ود. بكر بن عبد الله أبو زيد، دار الغرب الإسلامي ط1، 1415هـ/1995م.
- * الشاطبي: إبراهيم بن موسى اللخمي (أبو إسحاق) (-790هـ).
- الاعتصام (جزءان): به تعريف محمد رشيد رضا: دار الفكر.
- الموافقات في أصول الشريعة (4 أجزاء): دار المعرفة بيروت ط1395، 2هـ/1975م.
- * الشَّريف: محمد الحبيب
- مجلَّة الأحوال الشخصية (جمع وتعليق)، دار الميزان للنشر، 1997م.
- * شلبي محمّد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السُّنية والمذهب الجعفري والقانون، دار التَّهضة العربيَّة.
- * شَمَّام محمود: خلاصة تاريخ القضاء بتونس.
- * الشنقيطي: عبد الله بن إبراهيم العلوي (-1333هـ)
- نشر البنود على مراقي السعود (جزءان): صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المملكة المغربية والإمارات العربيَّة المتحدَّة.

- *الصابوني: عبد الرحمن
- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (جزءان): مديرية المكتب والمطبوعات الجامعية، 1414هـ/1994م.
- *الصاوي: أحمد بن محمد (أبو العباس) (-1241هـ).
- بلغة السالك لأقرب المسالك وبهامشه الشرح الصغير للدردير (جزءان) دار الفكر بيروت.
- *العابدي: محمد العلوي:
- الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي: أفريقيا الشرق الطبعة الأولى، 1996.
- *ابن عابدين: محمد أمين بن عبد العزيز عمر (-1252هـ)
- رد المحتار على الدر المختار (8 أجزاء): مطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر ط2، 1368هـ/1948م.
- *ابن عاشور: محمد الطاهر (-1393هـ).
- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام: الشركة التونسية للتوزيع تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1405هـ/1985م.
- التحرير والتنوير (30 جزءاً): الدار التونسية للنشر تونس والمؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1404هـ/1984م.
- مقاصد الشريعة الإسلامية: المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر والشركة التونسية للتوزيع تونس 1405هـ/1985م.
- *ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله بن محمد (-463هـ).
- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (4 أجزاء): مكتبة الرياض الحديثة ط1، 1398هـ/1978م.
- *العدوي: علي الصعيدي.
- حاشيته علي شرح محمد بن عبد الله الخرشبي المالكي (-1101هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت.
- حاشيته على كفاية الطالب الزباني، دار الفكر.
- *ابن العربي: محمد بن عبد الله (أبو بكر) (-543هـ).
- أحكام القرآن (4 أجزاء): تحقيق د. علي محمد البجاوي: دار إحياء التراث العربي بيروت.
- *الفاخوري إدريس: أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية. دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي.
- *القرافي: شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي (-684هـ).
- الفروق (3 أجزاء): دار المعرفة بيروت.
- *القرطبي: محمد بن أحمد الأنصاري (أبو عبد الله) (-671هـ).

- الجامع لأحكام القرآن: تحقيق عماد زكي البارودي وخيري سعيد، المكتبة التوفيقية دار إحياء التراث العربي بيروت، 1405 هـ/1985 م.
- * ابن قيم الجوزية: شمس الدين (أبو عبد الله) (-751هـ).
- زاد المعاد في هدي خير العباد (4 أجزاء): راجعة وقدمه طه عبد الرؤوف طه ط1، (دون تاريخ).
- * الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود (-587هـ).
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (7 أجزاء): دار الكتاب العربي بيروت ط2، 1394 هـ/1974 م.
- * ابن كثير: إسماعيل بن عمر بن كثير عماد الدين (أبو الفداء) (-774هـ).
- البداية والنهاية (14 جزءا): مكتبة المعارف بيروت ومكتبة النصر الرياض ط1، 1385 هـ/1966 م.
- تفسير القرآن العظيم: دار الحيل بيروت.
- * مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمر بن الحارث (أبو عبد الله) (-179هـ).
- الموطأ (جزءان): دار الدعوة ودار سحنون ط2، 1413 هـ/1993 م.
- * مسلم: مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (أبو الحسن) (-261هـ).
- الصحيح (3 أجزاء): دار الدعوة ودار سحنون ط2، 1413 هـ/1993 م.
- * المنبجي: علي بن زكريا (أبو محمد) (-686هـ).
- * اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (جزءان): تحقيق محمد فضل عبد العزيز: دار الشروق ط1، 1403 هـ/1983 م.
- * محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: 1354هـ).
- تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط: 1990 م.
- * ابن محمود فاطمة الزهراء، ودولة سامية: التعليق على مجلة الأحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص ط2015.
- * المستيري أحمد: شهادة للتاريخ، دار الجنوب، تونس 2011.
- * ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود كمال الدين (-861هـ).
- فتح القدير (6 أجزاء): دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.
- * لائحة مجلة الأحكام الشرعية.
- * نشرية محكمة التعقيب، القسم المدني لسنة 2، 228/1996.
- * جريدة الاستقلال عدد 47 بتاريخ 14 سبتمبر 1956.
- * مجلة الأحوال الشخصية: جمع وتعليق محمد الحبيب الشريف دار الميزان للنشر 1997
- مجلة الالتزامات والعقود، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2000.

تأثير الفقه المالكي في مجلة الأحوال الشخصية :

كتاب الميراث نموذجا

أ.د. عبد الباسط قوادر

- جامعة الزيتونة -

بادئ ذي بدء قبل تحقيق مواطن استمداد فصول مجلة الأحوال الشخصية من الفقه المالكي وتجليّة مظاهر هذا التأثير حري بنا رسم المنهجية المتبعة، في تحرير مسائل هذا التأثير من كتاب المواريث، فما كان مصدره المذهب المالكي ذكرته داخل الكتاب وسميته بالأركان والأسباب والشروط وحركة الورثة حجبا وتعصيبا وما كان استمداه من مذاهب أخرى كالحنفيّة والشّيعة الاماميّة والظاهرية لم يقع التّنصيص عليه ولا الإشارة إليه تقيدا بعنوان المداخلة.

هذا ولقد عمل المشرع التونسي مثل ما عليه الأمر في أغلب الدّول الإسلاميّة على تقنين ما جاءت به المدوّنة الفقهية المالكية بالدرجة الأولى والحنفية بدرجة ثانية وبعض المذاهب الأخرى من مثل المذهب الظاهري والامامية هذا وقبل البحث في أثر المذهب المالكي في كتاب المواريث حري بنا الوقوف عند تعريف هذا العلم حيث انفرد ابن خلدون بتعريف لعلم المواريث ارتقى به من التعاريف الحديثة إلى التعاريف الدّوقية: قائلا: هو فنّ شريف لجمعه بين المعقول والمنقول والوصول به إلى الحقوق في الوراثة بوجوه صحيحة يقينية عندما تجهل الحظوظ، وتشكّل على القاسمين⁽¹⁾،

(1) ابن خلدون: المقدمة ص: 550

وهو صناعة حسابية تصحح الأسهم فيها باعتبار الحكم الفقهي من فروض وعول وإقرار وإنكار ووصايا، وهو من أجل العلوم.

وعلم الموارث هو العلم بالأحكام الشرعية المختصة تعلقها بالمال بعد موت مالكه تحقيقا أو تقديرا.

هذا ويرتكز الميراث في الفقه الإسلامي على مبدئين اثنين :

1- المبدأ الأول يهّم النظام العام فهو قانون له صبغة نظامية، ولهذا المبدأ عدة نتائج لعلّ من أبرزها:

- قانون الميراث يكون قاعدة عامّة، ولا يمكن للمتقاضين بصفة عامّة أن يغيّروا في بنود هذا المبدأ باعتباره يمس النظام العام.

- إنّ الفقه الإسلامي اعتبر الوصية تملك اختياري لا يمكنها أن تتعدى الثلث باعتبار أنّ الموارث تهّم النظام العام إلا برضا الورثة.

2- إنّ التركة التي تؤول للوارث لا تمثل إلا الأموال ومنافعها حيث إن قانون الموارث يحتوي فقط على الحقوق المالية دون الحقوق الشخصية كالطلاق والولاية والزواج والحضانة والوكالة.

وعليه فإنّ الفرائض الغالب عليها التّعبد وانحسام وجوه الرّأي فيها وأنّ دعوة الخوض فيها بالرّأي لا انضباط لها بخلاف غيرها من أبواب العلم فإنّ للرّأي فيها مجالا والانضباط فيها ممكن غالبا⁽¹⁾.

وأحكام الإرث ثابتة لا تتغيّر ولا تبدل مع تغيّر الزّمان والأشخاص لأنّ الله تعالى تولى تحديدها وبيان مبادئها ومُنطقاتها ومُعظم تفصيلاتها بنصّ القرآن الكريم كما أنّ أسباب الميراث ثابتة مطّردة لا تتغيّر ولا تبدل كالزوجة والأبوة والبنوة والأخوة.

(1) ابن حجر العسقلاني: فتح الباري 4/12-5

لمحة تاريخية :

إنّ المنهج الذي يعتبر فيه المذهب المالكي وسطا بين مذاهب السنّة هو الذي يعطيه معنى التّوسط بين المذاهب الأربعة فلئن أوغل المذهب الحنفي في القياس والافتراض والمذهب الحنبلي في الأخذ بالأثر فإنّ المذهب المالكي أوسطهما بين المنهج النظري ومنهج الأثر.

ومع مرحلة التّقنين والاختصار والاختصار ظهرت لائحة الشّيخ جعيّط ثمّ مجلّة الأحوال الشّخصيّة وبالرجوع إلى جذور هذه المجلّة يتبين لاحقا أنّ المصدر الأساسي لهذه المجلّة كان لائحة الأحكام الشّرعيّة المنسوبة لشيوخ الإسلام المالكي عبد العزيز جعيّط الجامعة لشتات ما تفرّق من الكتب الفقهيّة المالكيّة وضبط ما يلزم أتباعه من الأقوال والأراء المختلفة المتعلّقة بموضوع الميراث فألى أي حدّ حافظت مجلّة الأحوال الشّخصيّة على مضمون اللائحة أولا و الفقه المالكي ثانيا؟

هذا ما ستسفر عنه الجداول اللاحقة وتكشف لنا مواطن الاتّفاق والاختلاف.

فبإصدار الأمر العلي المؤرخ في 19 جوان 1949 المتعلق بتكوين لجنة يرأسها وزير العدليّة مهمتها إعداد لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة في نصّين أحدهما مُستمد من المذهب الحنفي والآخر من المذهب المالكي على أن يبقى اختيار النصّ المناسب في التّهيّة للمشرع باستثناء التّصوص المتعلّقة بالميراث التي استمدّت جميعها من المذهب المالكي دون سواه فألى أي مدى حافظت مجلّة الأحوال الشّخصيّة على هذا الاستثناء المالكي؟.

إنّ المتأمل في فصول الأحوال الشّخصيّة ومواد اللائحة الشّرعيّة ونصوص لباب الفرائض يخلص إلى أنّ المشرّع التّونسي كان وفيما للمرجعيّة المالكيّة إذ نجد أنّ مضامين الفصول من 85 إلى الفصل 152 مجتمعة يخلص إلى المالكيّة المصدر سواء من حيث المصطلحات والحقوق المتعلّقة

بعين التركة وأركان الميراث وشروطه أو حتى عناوين الورثة وحركتهم بالحجب والتعصيب باستثناء بيت المال المعبر عنه صندوق الدولة ومؤسسة الرد والوصية الواجبة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ بعض الشّبهات وصفت نظام المواريث بالجمود لأنّه لم يعرف إلاّ تنقيحا واحدا سنة 1959، حيث ظلت المواريث عصيّة على كلّ تحوير، إذ عرفت مجلّة الأحوال الشّخصيّة تنقيحات جوهرية سنوات 1967، و1981 و1993 لكن لا أحد منها شمل الميراث⁽¹⁾.

إنّ عدم التنقيح لفصول الميراث دليل على أنّ علم الفرائض والنّصوص القانونيّة المتعلّقة بأحكام بالإرث و المستمّدة أغلبها من الفقه المالكي والحنفي كانت ولا تزال مُسايرة لتطوّر العائلة التونسيّة ومنسجمة مع الواقع الاجتماعي الذي أفرزه تطوّر المجتمع والتحوّلات التي طرأت على الأسرة ممّا يؤكّد على صلاحية هذه القوانين التي ضمنت حقوق الورثة من جهة ومنعت كلّ أشكال الخصومات والتأويل الخاطئ لهذه الفصول القانونيّة التي وردت جُلّها على التّفصيل والتّعيين والضّبط والبيان لذلك ارتأى الفقهاء ورجال القانون على التمسك بقواعد الإرث الإسلاميّة في مجلّة الأحوال الشّخصيّة برمتها دون تغيير وتبديل ولا اجتهاد⁽²⁾ وهذا دليل قوّة وديناميّة لنظام المواريث في الإسلام هذا وقد نقلت مجلّة الأحوال الشّخصيّة أحكام المواريث نقلا أمينا عن المذهب المالكي لذلك خيّرت من المصادر الأصليّة في علم المواريث كتاب لباب الفرائض الذي نقلت عنه مجلّة الأحكام الشّرعية للشيخ عبد العزيز جعيط.

(1) تقرير لجنة الحريات الفردية والمساواة ص: 173

(2) ابن الحاج (يوسف): المواريث الشّرعية والوصية ومجلة الأحوال الشّخصيّة: سوسة، دار الميزان للنشر، ط1 سنة 1996، ص: 8

وإليكم التفصيل :

جدول مقارنة لكتاب الموارث

<p>فصول مجلة الأحوال الشخصية من الكتاب التاسع في الميراث 13 أوت 1956</p>	<p>فصول لائحة مجلة الأحكام الشرعية في مادة فقه الوصايا الموارث (19 جوان 1949)</p>	<p>المصادر المالكية : أبواب الفرائض لمحمد الصادق الشطي(ت 1945) صدر سنة 1353هـ/1935 1-الميراث: أركانه وشروطه وموانعه</p>
<p>الفصل 85: يستحق الإرث بموت المورث ولو حكما وبتحقيق حياة الوارث من بعده. الفصل 86: إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركته الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أم لا؟</p>	<p>المادة 787: شروط الميراث: 1- تحقّق موت المورث ولو حكما كحكم القاضي بموت المفقود 2- وتحقّق وجود الوارث حيّا بعد موت المورث، فلو ولدت امرأة بعد موت ولدها لأقل من ستّة أشهر ورث المولود أخاه الميت، ولو ولدته لستّة أشهر فأكثر لم يرث أخاه الميت. ولا يرث بين الغرق والهدمي الذين بينهم توارث لحصول الشك في الأسبق موتا</p>	<p>شروط الإرث الثلاثة: الشرط في الإصطلاح ما يلزم من أجل عدمه العدم، ولا يلزم من أجل وجوده وجود ولا عدم، فهو المؤثر بطرف العدم فقط وشروط الإرث ثلاثة: -أولها: موت المورث ولو حكما، فحكم القاضي بموت المفقود يجعله كمن مات حقيقة - ثانيا: وجود الوارث حيّا يوم موت مورثه، فلو أتت امرأة بولد بعد موت ولد لها آخر، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر، ورث أخاه لوجوده يوم الموت، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وإن أتت به لستة فأكثر، فلا يرث لعدم وجوده، وتحقق حياته بعد موت المورث، فلو تحقق موته قبل المورث أو شك فيه، فلا يرث بينهما، ويرث كالغرق والهدمي. ثالثا: أن لا يوجد مانع من الموانع الآتية (ص18-19).</p>
<p>الفصل 87: يؤدي من التركة بحسب الترتيب الآتي: 1-الحقوق المتعلقة بعين التركة. 2-مصاريق التجهيز والدفن. 3-الديون الثابتة في الذمة.</p>	<p>المادة 790: في الحقوق المتعلقة بالتركة : الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة بعضها مقدّم على بعض فيبدأ بالأول ثم ينتقل إلى الثاني وهكذا : أولها: الحقّ المتعلّق بعين التركة كالزكاة والزهن</p>	<p>الحقوق المتعلقة بتركة الميت خمسة: يتعلق بتركة الميت خمسة حقوق مرتبة: - أولها: الحق المتعلق بعين التركة كالزكاة والجناية والرهن فيقدم على مؤن التجهيز. - ثانيا: مؤن التجهيز من غير إسراف ولا تقتير من غسل وكفن وحمل وقبر وغير ذلك فتقدم على الديون الثابتة في الذمة.</p>

<p>4-الوصية الصحيحة النافذة 5-الميراث. فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة</p>	<p>ثانها: ما يحتاج إليه الميت من غسل وكفن وحمل وقبر. ثالثها: الدّيون الثّابتة في الدّمة رابعها: الوصية الصّحيحة النّافذة خامسها: الميراث.</p>	<p>- ثالثها: الديون الثابتة في الذمة فتقدم على الوصية. - رابعها: الوصية النافذة، وهي ما كانت بالثلث فما دونه لأجنبي، أو بأكثر له وأجازها الورثة، أو كانت لوارث وأجازها باقي الورثة ولو كانت بأقل من الثلث، فتقدم على الميراث. - خامسها: الميراث: ويجمع الأربعة غير الأول لفظ: تدوم فالتاء للتجهيز، والدال للدين، والواو للوصية، والميم للميراث (ص:17).</p>
---	---	--

* لن اختلفت مجلة الأحوال الشخصية مع الفقه المالكي من حيث عدد الشّروط من ثلاثة إلى اثنين فهذا مرجعه اختلافهم في موانع الميراث حيث سكت المشرع التونسي عن التنصيص على أن من شروط الميراث ألا يوجد مانع من موانع الميراث (عش لك رزق).

* لم تنص مجلة الأحوال الشخصية على أسباب الإرث كما هو في مجلة الأحوال الشخصية المغربية في فصلها 225: أسباب الإرث كالزوجية والقربة أسباب شرعية لا تكتسب بتعاهد ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو المورث إسقاط صفة الوارث أو المورث ولا التنازل عنه للغير⁽¹⁾. وعليه فإن ضروب التعامل والتحاييل في الفرائض محضور شرعا سواء بإسقاط صفة الوارث أو المورث ولا التنازل عنه للغير.

إلا أنّ مجلة الأحوال الشخصية وإن لم تنصّ على سببي الإرث صراحة فإن أسباب الميراث خاصة القرابة النسبية والزوجية مستفادة من نسبة الوارث للمورث في قائمة الوارثين من الرجال والنساء. وفي نظري أهم من المادة 86: إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في

(1) بلعيد (عبد الرحمان): علم الفرائض: الموارث- الوصية- تصفية التركة، الدار البيضاء، المغرب، مطبعة النجاح الجديدة ط1، 1411هـ/ 1991 ص 58.

تركة الآخر سواء أكان موتهما في حادث واحد أو لا لاندراج مقتضيات هذه المادة في الفقرة الأخيرة من المادة 85 لأن اشتراط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث من لوازم انتفاء الشك في حياته ومن لوازمه أيضا عدم التوريث في الحالات التي لا يعرف فيها من كانت وفاته أسبق من وفاة الآخر⁽¹⁾.

<p>الفصل 88 : القتل العمد من موانع الإرث فلا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.</p>	<p>المادة 789: موانع الإرث ثلاثة : 1- الرق 2- اختلاف الدين 3- القتل العمد فالعبد لا يرث ولا يورث والمسلم لا يرث الكافر ولا يرثه الكافر. وقاتل العمد لا يرث من المال ولا من الدية ولو كان صبيا أو مجنونا، ولا فرق بين التسبب والمباشرة، ولا بين وجوب القصاص وعدمه كرمي الوالد ولده بحجر فمات منه بخلاف قاتل الخطأ فإنه يرث من المال دون الدية. ويلحق بالخطأ ما لو قصد وارث قتل مورثه وكان لا يندفع إلا بالقتل فقتله المورث فإنه يرث من المال لا من الدية.</p>	<p>موانع الميراث سبعة : المانع في الاصطلاح هو الذي يلزم من أجل وجوده العدم ولا يلزم من أجل عدمه وجود ولا عدم فهو المؤثر بطرف الوجود فقط وموانع الإرث سبعة : أولها : عدم الاستهلال، فالصبي إذا لم يستهل صارخا لا يرث ولا يورث ولا يصلى عليه صلاة الجنازة. ثانها : الشك وله صور كثيرة منها: ما يمنع أصل الميراث كالشك في النسب والمراد بالشك ما صاحبه احتمال وإن كان راجحا فيشمل الظن ولذلك لا يثبت النسب بشاهد ولا يقال الاحتمال لازم حتى مع شاهدين أو أكثر، وقد قال مالك: لا يرث أحد إلا بيقين، لأن المراد باليقين ما غلبت العادة بأنه لا يتخلف إلا نادرا، فهذا يفيد اليقين بحسب الظاهر لا في نفس الأمر، والحكم الشرعي إنما نيط بالظاهر، ومنها ما يمنع من تعجيل الميراث كميته عن زوجة لا يدري أحامل أم لا؟ ثالثها: اللعان: وهو ما يقع بين الزوجين بسبب نفي حمل أو دعوى رؤية الزنا، فيتحالفان كما نص القرآن، ويتأبد تحريمها عليه ولا يتوارثان، وأما الحمل فيرث من أمه وترثه، وتوأماه شقيقان</p>
--	--	--

(1) ابن الحاج (يوسف) : الموارث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية سوسة ، تونس، دار الميزان للنشر ط1، 1996، ص:110.

		<p>رابعها : الكفر، لقوله ﷺ : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، ولا توارث بين أهل ملتين بناء على أن الكفر ملل وهو المذهب خامسها: الرِّق ومعناه أن العبد ومن فيه شائبة رق من مدبر، وهو من قال له سيِّده: أنت حرّ بعد موتي أو عن دبر مني ولذا سمي مدبراً أو مكاتب وهو من عتقه سيِّده في مقابلة مال يدفعه للسيِّد في أجل معيّن أو أم ولد وهي الأمة التي استولدها سيِّدها أو معتق إلى أجل وهو من يقول له سيِّده: أنت حر بعد عام مثلاً، أو معتق بعضه فهؤلاء لا يرثون ولا يورثون.</p> <p>سادسها: الزنا ومعناه أنّ ولد الزنا لا توارث بينه وبين أبيه المتخلق من مائه، وأما أمه فترثه ويرثها.</p> <p>سابعها: القتل، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: "القاتل لا يرث" وظاهره العموم ولكن فهم العلماء أن قصد الشارع قطع الباعث على القتل فخصصوا المنع بالعمد، فلذلك اتفقوا على أن قاتل العمد لا يرث من مال، وهو ما كان له ولا دية وهي هنا ما يدفعه القاتل في مقابلة العفو عن القصاص منه لورثة القتيل، وإن قاتل الخطأ لا يرث من الدية، وهي هنا ما تدفعه العاقلة لورثة القتيل، ويرث من المال وهو المذهب ويجمع هاتيه الموانع السبعة لفظ "عش لك رزق" فالعين لعدم الاستهلال، الشين للشك، واللام للعان، والكاف للكفر، والراء للرق، والزاي للزنا، والقاف للقتل (ص 19 ، 20).</p>
<p>في الوارثين الفصل 89 : الوارثون نوعان ذو فروض وذو تعصيب.</p>	<p>في الوارثين المادة 791: الوارثون نوعان: ذوو فروض وذوو تعصيب. المادة 793: الوارثون</p>	<p>2- باب الوارثين والوارثات الوارثون من الرجال 15 يرث من الرّجال خمسة عشر وهم (1) الأب وهو من له عليك ولادة مباشرة(2) الجدّ وإن علا بشروط أن لا ينفصل بأنثى وهو من له عليك</p>

<p>الفصل 90: الوارثون من الرِّجال : (1) الأب – (2) والجد وإن علا بشروط أن لا ينفصل بأنثى -39 والابن- (4) وابن الابن وإن سفل- (5) والأخ سواء كان شقيقا أو لأب أو لأُم- (6) وابن الأخ الشقيق أو لأب- (7) والعم الشقيق أو لأب- (8) وابن العم الشقيق أو لأب- (9) والزوج.</p>	<p>من الرِّجال عشرة: 1- الأب، 2- والجد وإن علا بشرط أن لا ينفصل بأنثى 3- والابن، 4- وابن الابن وإن سفل، 5- والأخ سواء كان شقيقا أو لب أو لأُم 6- وابن الأخ الشقيق أو لأب، 7- والعم الشقيق أو لأب 8- وابن العم الشقيق أو لأب، 9- والزوج 10- ومولى النعمة (أي المعتق).</p>	<p>ولادة بواسطة الأب و(3) الابن من صلبك و(4) ابن الابن من صلب ابنتك وإن سفل و(5) العم الشقيق وهو أخو أبيك من أبويه و (6) ابنه و(7) العم لأب وهو أخو أبيك من أبيه و(8) ابنه و(9) الأخ الشقيق من أبويك و(10) ابنه و(11) الأخ للأب من أبيك و(12) ابنه و(13) الأخ لأُم من أملك و(14) الزوج وهو من له عقد صحيح شرعي ولو بدون وطء ولا خلوة و(15) المعتق ولا يرث الجد للأب المنفصل بأنثى وهو أبو أم أبيك ولا الجد للأُم وهو أبو أملك ولا العم لأُم وهو أخو أبيك من أمه ولا ابن الأخ للأُم ولا ابن العم لأُم (ص20).</p>
<p>والوارثات من النساء : (1) الأم -2) والجددة لأُم بشروط عدم الانفصال بذكر ولأب بشرط عم الانفصال بذكر غير الأب (ولو كان في درجة) دنيا-3 والبنت 4) وبنت الابن وإن سفلت بشروط عدم الانفصال بأنثى (5) والأخت الشقيقة أو لأب أو لأُم- 6) والزوجة.</p>	<p>المادة 794: الوارثات من النِّساء سبع: 1- الأم، 2- والجددة للأُم بشروط عدم الانفصال بذكر وللأب بشرط عدم الانفصال بذكر غير الأب دنيا 3- والبنت، 4- وبنت الابن وإن سفلت بشرط عدم الانفصال بأنثى 5- والأخت الشقيقة أو للأب أو للأُم، 6- والزوجة، 7- ومولاة النَّعمة (أي المعتقة).</p>	<p>الوارثات من النساء 10: يرث من النساء عشرة وهن: (1) الأم وهي من لها عليك ولادة مباشرة و(2) الجددة للأُم وهي من لها عليك ولادة بواسطة الأم وإن علت بشرط عدم الانفصال بذكر، و(3) الجددة للأب وهي من لها عليك ولادة بواسطة الأب بشرط عدم الانفصال بذكر غير الأب و(4) البنت من صلبك و(5) بنت الابن من صلب ابنتك وإن سفلت بشرط عدم الانفصال بأنثى (6) الأخت الشقيقة من أبويك و(7) الأخت للأب من أبيك و(8) الأخت للأُم من أملك و(9) الزوجة وهي التي تقدم عليها عقد صحيح شرعا ولو لم يحصل لها وطء ولا خلوة و(10) المعتقة لرقيق.</p> <p>ولا ترث الجددة للأُم المنفصلة بذكر وهي أم أبي أملك ولا الجددة للأب المنفصلة بذكر غير الأب وهي أنم أبي أم أبيك ويعبر عنها بالجددة الساقطة وهي التي تدلي بذكر بين أنثيين ولك أن تقول هي التي تدلي بذكر غير وارث، ولا بنت الأخ ولو كان شقيقا وكذلك بنت العم وقد يقع الغلط فيها من</p>

		<p>صغار العلم ،فيتوهمون أنّهما يرثان مع أخويهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالتعصيب مع أن المعصّب هو ابن الأخ وابن العم فقط، ولا دخل لأختيها معهما لأنهما غير معدودتين في الوارثات ولا بنت بنت الابن (ص21).</p>
--	--	--

*من المتفق عليه بين المذاهب الفقهيّة أنّ الإرث لا يتحقّق إلّا إذا توقّرت أسبابه وانتفت موانعه وتحققت شروطه إلّا أنّ المشرّع التّونسي تحاشى حصر الموانع ولم يذكر إلّا مانع القتل العمد بصيغة الجمع والتّبعيض في قوله من موانع. وهنا نتساءل هل أحجام على ذكر بقية الموانع مردّه إلى توحيد القضاء وتونسته واستبعاد المحاكم الفرنسيّة التي كانت منتصبة بتونس حيث كان التّونسيون قبل صدور مجلّة الأحوال الشّخصيّة بتاريخ 13 أوت 1956 يخضعون لقوانين مختلفة ويرجعون بالنّظر لمحاكم تتنوّع باختلاف مُعتقداتهم ومللهم حيث كان المسلمون يتقاضون فيما يتعلّق بحالتهم الشّخصيّة لدى المحاكم الشّرعية (مالكيّة وحنفيّة) والمسيحيون لدى المحاكم الفرنسيّة المنتصبة بالتراب التّونسي والمهود لدى محاكم الأبحار ولما صدرت مجلّة الأحوال الشّخصيّة وتبعها قرار توحيد القضاء في عام 1957 أصبح كافّة التّونسيين على اختلاف أديانهم ومللهم يتقاضون أمام المحاكم الوطنيّة وخاضعين لأحكام مجلّة الأحوال الشّخصيّة وبتاريخ 27 سبتمبر 1957 صدر القانون المتعلّق بإلغاء محكمة الحالة الشّخصيّة للمهود (مجلس الأبحار) الذي ينصّ بفصله الأوّل على أنّه بداية من غرة أكتوبر 1957 يلغى مجلس الأبحار وتنقل جميع القضايا الجارية لديه إلى المحكمة الابتدائيّة بتونس وشمل الإلغاء أيضا المحاكم الشّرعية الإسلاميّة بموجب أمر 3 أوت 1956⁽¹⁾.

(1) الشريف (محمد الحبيب): مجلة الأحوال الشّخصيّة وتوحيد القضاء مقال، مجلة القضاء والتشريع العدد 4 السنة 50 ربيع الأوّل-ربيع الثاني 1429هـ، أفريل 2008، ص 20، 21.

* فالقتل العمد يؤثر في الميراث في الإدخال و الإخراج والقاتل عمدا متّهم باستعجال الميراث فمنع منه وعومل بنقيض ما اتّهم به من الاستعجال، ومما يدلّ على أنّ التّهمة تؤثر في الإدخال والإخراج كالمتروّج في المرض المخوّف يفسخ نكاحه ولا ترثه زوجته للتّهمة بإدخال وارث على ورثته إضراراً لهم⁽¹⁾.

* عنوان الوارث يستنبط من علاقته بالميت لا علاقة الأحياء فيما بينهم.

* الوارثون أكثر من نوعين: هناك من يرث بالفرض فقط، وهناك من يرث بالتّعصيب فقط وهناك من يجمع بين الفرض والتّعصيب، وهناك من يرث بالفرض والرّد ضرورة مراجعة هذا الفصل. فيصبح الفصل معدّلاً: الوارثون أربعة أنواع: ذوو فروض وذوو تعصيب وذوو فروض وتعصيب وذوو فروض ورد ذلك أنّ حصر الإرث في التّوعين الأوّلين كما بقيت عليه مجلّة الأحوال الشّخصيّة لحد الآن يتعارض مع أحكام المادّة 143 مكرر المؤكّد على أحكام الرد.

والإرث بالفرض أو التّعصيب لا ينفي أن يرث الوارث الواحد بهما معا كأن يكون الرّوج الذي توقّيت زوجته ابن عم لها فيرث بعنوانين (الزوج + ابن عم).

3- باب أصحاب الفروض :

باب الفروض الستة :	المادة 795 أصحاب النّصف خمسة :	في الإرث بالفرض
- الفروض جمع فرض وهو السّهم المقدر شرعا، وهي ستة: النصف والرّبع والثمن والثلاثان والثلث والسدس، وتقول فيها	1- الزوج بشرط عدم الفرع الوارث للزوجة ذكرا كان أو أنثى. 2- والبنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى. 3- وبنت الابن بشرط انفرادها عن ولد	الفصل 91 : الفرض سهم مقدر للوارث في التركة ويبدأ في التوريث بأصحاب الفروض وهم : من الرّجال: (1)-الأب- (2) والجد

(1) ابن فرحون (برهان الدين): تبصرة الحكام في أصول الأفضيّة ومناهج الأحكام ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلميّة، ط 1422هـ/ 2001/ 177/2.

<p>للأب وإن علا- (3) والأخ للأم- (4) والزوج. ومن النساء: (1) الأم- (2) والجدّة- (3) والبنّت- (4) وبنّت الابن وإن سفلت - (5) والأخت الشقيقة- (6) والأخت للأب- (7) والأخت للأم - (8) والزوجة. الفصل 92 : الفروض سته النصف والربع والثلث والثلثان والسدس. الفصل 93 : أصحاب النصف خمسة: 1- الزوج بشروط عدم الفرع الوارث للزوجة ذكراً كان أو أنثى. 2- والبنّت بشروط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى. 3- وبنّت الابن بشروط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وولد الابن. 4- والأخت الشقيقة بشروط انتفاء الأب وولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وولد الابن كذلك والشقيق كذلك. 5- والأخت للأب بشروط انفرادها عن ذكر في الشقيقة وعن الأخ والأخت للأب. *عدم التنصيص على الجد.</p>	<p>الصلب ذكراً كان أو أنثى وولد الابن. 4- والأخت الشقيقة بشروط انتفاء الأب وولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وولد الابن كذلك والشقيق وكذلك. 5- والأخت لأب بشروط انفرادها عن ذكر في الشقيقة وعن الأخ والأخت للأب. *عدم التنصيص على الجد.</p>	<p>متدلياً : النصف ونصفه وهو الربع، ونصف نصفه وهو الثمن، والثلثان ونصفهما وهو الثلث، ونصف نصفهما وهو السدس، وتقول فيها مترقياً الثمن وضعفه وهو الربع، وضعف ضعفه وهو النصف، والسدس وضعفه وهو الثلث، وضعف ضعفه وهو الثلثان (ص23) • البعد التعليقي البيداغوجي (التدلي + الترقّي) -أصحاب النصف خمسة: يرث النصف خمسة: الزوج والبنّت وبنّت الابن والأخت شقيقة أو لأب، أما الزوج فبشروط عدم الفرع الوارث ذكراً أو أنثى، وأما البنّت فبشروط انفرادها عن غيرها من ولد الصلب ذكراً أو أنثى، وأما بنّت الابن فبشروط انفرادها عن الأب وولد الصلب ذكراً أو أنثى وولد الابن كذلك والشقيق والشقيقة كذلك، وأما الأخت للأب فبشروط انفرادها عن ذكر في الشقيقة وعن الأخ والأخت لأب (ص23). * عدم التنصيص على الجد.</p>
<p>الفصل 94 : أصحاب الربع اثنان:</p>	<p>المادة 796: أصحاب الربع اثنان : 1- الزوج إذا وجد فرع وارث للزوجة</p>	<p>صاحباً الربع اثنان : يرث الربع اثنان: الزوج</p>

<p>1- الزوج إذا وجد فرع وارث للزوجة</p> <p>2- والزوج إذا لم يكن للزوج فرع وارث</p>	<p>2- والزوج إذا لم يكن للزوج فرع وارث</p>	<p>والزوجة أما الزوج فبشرط وجود الفرع الوارث ذكراً أو أنثى، وأما الزوجة فبشرط عدمه (ص:24).</p>
<p>الفصل 95: الثمن فرض الزوجة إذا كان للزوج فرع وارث.</p>	<p>المادة 797 : الثمن فرض الزوجة إذا كان للزوج فرع وارث.</p>	<p>صاحب الثمن واحد: يرث الثمن واحد وهو الزوجة بشرط وجود الفرع الوارث ذكراً أو أنثى واحداً أو متعدداً (ص:24).</p>
<p>الفصل 96 : أصحاب الثلثين أربعة : 1-البنات فأكثر بشرط انفرادهما عن الابن. 2-وبنتا الابن بشرط انفرادهما عن ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وابن الابن 3- والشقيقتان بشرط انفرادهما عن الأب وعن ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى وعن الشقيق الذكر. 4- والأختان للأب بشرط انفرادهما عن ذكر في الشقيقتين وعن الأخ للأم .</p>	<p>المادة 798 : أصحاب الثلثين أربعة : 1- البنات فأكثر بشرط انفرادهما عن الابن 2- وبنتا الابن بشرط انفرادهما عن ولد الصلب ذكراً أو أنثى وابن الابن. 3- والشقيقتان بشرط انفرادهما عن الأب وعن ولد الصلب ذكراً أو أنثى وعن الشقيق الذكر. 4- والأختان للأب بشرط انفرادهما عن ذكر في الشقيقتين وعن الأخ لأب.</p>	<p>أصحاب الثلثين أربعة : يرث الثلثين أربعة: البنات فأكثر، وبنتا الابن كذلك، والأختان الشقيقتان أو لأب كذلك، أما البنات فبشرط انفرادهما عن الابن، وأما بنتا الابن فبشرط انفرادهما عن ولد الصلب ذكراً أو أنثى وابن الابن وأما الشقيقتان فبشرط انفرادهما عن الأب وولد الصلب ذكراً أو أنثى والشقيق الذكر، وأما الأختان للأب فبشرط انفرادهما عن ذكر في الشقيقتين وعن الأخ للأب (ص:24). • وانفرادهما عن الجد بالنسبة للشقيقتين والأختين لأب.</p>

<p>الفصل 97 : أصحاب الثلث ثلاثة :</p> <p>الثلث ثلاثة :</p> <p>1- الأم بشرط عدم الفرع الوارث وعدم اثنين من الأخوة.</p> <p>2- والأخوة للأم بشرط التعدد وانفرادهم عن الأب وعن ولد الصلب ذكرا أو أنثى وعن ولد الابن كذلك.</p> <p>3- والجد إن كان مع إخوة وكان الثلث أوفر له.</p>	<p>المادة 799 : أصحاب الثلث ثلاثة :</p> <p>1- الأم بشرط عدم الفرع الوارث وعدم اثنين فأكثر من الإخوة.</p> <p>2- والإخوة للأم بشرط التعدد وانفرادهم عن الأب وعن ولد الصلب ذكرا أو أنثى وعن ولد الابن كذلك.</p> <p>3- والجد إن كان مع إخوة وكان الثلث أوفر له.</p>	<p>أصحاب الثلث ثلاثة :</p> <p>يرث الثلث ثلاثة: الأم وإخوة للأم، والجد في بعض أحواله، أما الأم فبشرط عدم الفرع الوارث ذكرا أو أنثى ولو واحدا وعدم جمع من الإخوة اثنين فأكثر ذكورا أو إناثا، وأما الإخوة للأم فبشرط التعدد اثنين فأكثر وانفرادهم عن الأب وولد الصلب ذكرا أو أنثى وولد الابن كذلك والذكر والأنثى فيه سواء، وأما الجد ففيما إذا كان مع إخوة مثلا وكان الثلث أوفر له (ص:24).</p>
<p>الفصل 98 : السدس فرض سبعة :</p> <p>1-الأب بشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكرا أو أنثى.</p> <p>2-والأم بشرط وجود الولد أو ولد الابن أو اثنين فأكثر من الأخوة وارثين أو محجوبين</p> <p>3-وبنت الابن بشرط كونها مع بنت واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن.</p> <p>4-الأخت للأب بشرط كونها مع شقيقة واحدة وانفرادها عن الأب والولد ذكرا أو أنثى والأخ للأب</p> <p>5- والأخ للأم بشرط أن يكون واحدا وبشرط انفراده عن الأب والجد والولد وولد الابن ذكرا أو أنثى وكذلك الأخت للأم.</p> <p>6- والجددة وإذا كانت منفردة سواء كانت لأم أو لأب فإن اجتمعت جدتان قسّم السدس بينهما إن كانتا في رتبة واحدة أو التي للأم أبعد فإن كانت التي للأم أقرب اختصت بالسدس.</p> <p>7- والجد عند وجود الولد أو ولد الابن وعدم الأب.</p>	<p>المادة 800 : السدس فرض سبعة :</p> <p>1- الأب بشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكرا كان أو أنثى.</p> <p>2- والأم بشرط وجود الولد أو ولد الابن أو اثنين فأكثر من الإخوة وارثين أو محجوبين.</p> <p>3- وبنت الابن بشرط كونها مع بنت واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن.</p> <p>4- والأخت للأب بشرط كونها مع شقيقة واحدة وانفرادها عن الأب والولد ذكرا أو أنثى والأخ للأب</p> <p>5- والأخ للأم بشرط أن يكون واحدا وبشرط انفراده عن الأب والجد والولد وولد الابن ذكرا أو أنثى وكذلك الأخت للأم.</p> <p>6- والجددة وإذا كانت منفردة سواء كانت لأم أو لأب فإن اجتمعت جدتان قسّم السدس بينهما إن كانتا في رتبة واحدة أو التي للأم أبعد فإن كانت التي للأم أقرب اختصت بالسدس.</p> <p>7- والجد عند وجود الولد أو ولد الابن وعدم الأب.</p>	<p>أصحاب السدس : سبعة</p> <p>يرث السدس سبعة :</p> <p>الأب والجد والأم والجددة وبنت الابن والأخت للأب والأخ للأم، أما الأب والجد فبشرط وجود الولد أو ولد الابن ذكرا أو أنثى واحدا أو متعددا، وأما الأم فبشرط وجود الولد أو ولد الابن أو جمع من الأخوة اثنين فأكثر وارثين أو محجوبين وأما بنت الابن فبشرط كونها مع بنت واحدة وأن لا يكون معها ابن ابن ولا فرق بين الواحدة والمتعددة، وأما الأخت للأب فبشرط كونها مع شقيقة واحدة</p>

<p>وانفراده عن الأب والجد وولده وولد الابن ذكرا أو أنثى وكذلك الأخت للأم. أنثى وكذا الأخت للأم. 6-والجدة وإذا كانت منفردة سواء كانت لأم أو لأب فإن اجتمعت جدتان قسم السدس بينهما إن كانتا في رتبة واحدة أو التي للأم أبعد فإن كانت التي للأم أقرب اختصت بالسدس. 7-والجد عند وجود الولد أو ولد الابن وعدم الأب.</p>		<p>وانفرادهما عن الأب وولده ذكرا أو أنثى ولو واحدا وعن الأخ للأب ولا فرق فيها بين الواحدة والمتعددة، وأما الأخ للأم فبشرط أن يكون واحدا ذكرا أو أنثى وانفراده عن الأب والجد والولد وولد الابن ذكرا أو أنثى، وأما إذا اجتمعتا وكانتا في درجة واحدة كأم الأم وأما لأب أو كانت التي للأب أقرب كأم الأب وأم أم الأم، فيكون السدس بينهما بالسوية، أما إذا كانت التي للأم أقرب كأم الأم وأم أم الأب فتستقل به التي للأم لأنها الأصل في الميراث وتسقط البعدي التي للأب، لأنها إنما ورثت بالحمل على التي للأم ، فهي فرع عنها في الميراث وذهب زيد <small>رضي الله عنه</small> توريث أم الجد، فعلى مذهبه يمكن اجتماع ثلاث جدات يرثن السدس بالسوية وهن: أم الأم وأم الأب وأم أب الأب والمذهب خلافه (ص:25).</p>
<p>الباب الرابع : في بيان أصول نصيب ذوي الفروض مع غيرهم من الورثة الفصل 99 : الأب أحوال ثلاثة: 1- الفرض الخالي من</p>	<p>الباب الرابع : في بيان أصول نصيب ذوي الفروض مع غيرهم من الورثة المادة 801 : الأب له أحوال ثلاثة : 1- الفرض الخالي عن التعصيب، وهو السدس وذلك مع الابن وابن الابن وإن سفل. 2- والفرض والتعصيب مع البنات وبنات الابن وإن سفلت.</p>	<p>لم يفرد صاحب لباب الفرائض ميراث الأب بفقرة خاصة وإنما ذكره ضمن فقرة خلاصة أصحاب الفروض وشروطها. وارث السدس:</p>

<p>التعصيب وهو السدس وذلك مع الابن وابن الابن وإن سفل.</p> <p>2- والفرض والتعصيب مع البنت وبنت الابن وإن سفلت.</p> <p>3- والتعصيب المحض عند عدم الولد وولد الابن وإن سفل.</p>	<p>3- والتعصيب المحض عند عدم الولد وولد الابن وإن سفل.</p>	<p>الأب: عند وجود الولد أو ولد الابن (ص26). من يرث مرة بالفرض ومرة بالتعصيب ويجمع بينهما (اثنان).</p>
<p>الفصل 100: الأخوة للأم أحوال ثلاثة: 1- السدس للواحد. 2- والثلث للثنتين فصاعدا ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء. 3- والسقوط عند وجود ابن أو ابن ابن وإن سفل ووجود بنت أو بنت ابن وإن سفلت ووجود أب أو وجد.</p>	<p>المادة 802: الإخوة للأم لهم أحوال ثلاث: 1- السدس للواحد. 2- والثلث للثنتين فصاعدا ذكورهم وإناتهم في القسمة سواء. 3- والسقوط عند وجود ابن أو ابن ابن وإن سفل ووجود بنت وبنت ابن وإن سفلت ووجود أب أو جد.</p>	<p>لم يفرد صاحب لباب الفرائض حيزا خاصا بحالات ميراث الأخوة للأم وإنما ذكرهم ضمن خلاصة أصحاب الفروض وشروطها خلاصة أصحاب الفروض وشروطها: وارث الثلث: الأخوة للأم: عند التعدد وعد الأب والجد والولد وولد الابن والذكر والأنثى فيه سواء. (ص:26). وارث السدس: الأخ للأم إذا كان واحدا وليس معه ولد ولا ولد ابن ولا أب ولا جد (ص26).</p>
<p>الفصل 101: الزوج له حالتان: 1- النصف عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل. 2- والرّبع مع الولد أو ولد الابن وإن سفل.</p>	<p>المادة 803: الزوج له حالتان: 1- النّصف عند عدم الولد وولد الابن وإن سفل. 2- والرّبع مع الولد أو ولد الابن وإن سفل.</p>	<p>خلاصة أصحاب الفروض وشروطها ووارث النصف: الزوج عند عدم الفرع الوارث (ص25). وارث الربع: الزوج عند وجود الفرع الوارث (ص:26).</p>

<p>الفصل 102 : الزوجة أو الزوجات لهن حالتان</p> <p>1- الربع لواحدة أو أكثر عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل.</p> <p>2- الثمن مع الولد أو ولد الابن وإن سفل.</p>	<p>المادة 804 : الزوجة أو الزوجات لهن حالتان :</p> <p>1- الربع لواحدة أو أكثر عند عدم الولد أو ولد الابن وإن سفل.</p> <p>2- والثلث مع الولد أو ولد الابن وإن سفل.</p>	<p>وارث الربع :</p> <p>الزوجة أو الزوجات عند عدم الفرع الوارث.</p> <p>وارث الثمن :</p> <p>الزوجة أو الزوجات عند وجود الفرع الوارث (ص:26).</p>
<p>الفصل 103: بنات الصلب لهن أحوال ثلاثة:</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p> <p>2- والثلثان للابنتين فصاعدا.</p> <p>3- والإرث بتعصيب أخيهن لهن للذكر مثل حظ الأنثيين.</p>	<p>المادة 805 : بنات الصلب لهن أحوال ثلاثة :</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p> <p>2- والثلثان للابنتين فصاعدا.</p> <p>3- والإرث بتعصيب أخيهن لهن للذكر مثل حظ الأنثيين.</p>	<p>وارث النصف:</p> <p>البنات عند انفرداها عن الولد ذكرا أو أنثى.</p> <p>وارث الثلثين :</p> <p>البنات فأكثر عند عدم الابن (ص:25).</p> <p>والتعصيب بغيره :</p> <p>البنات مع أخيهن (ص:31).</p>
<p>الفصل 104: بنات الابن كبنات الصلب ولهن ست حالات:</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p> <p>2- والثلثان للابنتين فصاعدا عند عدم بنات الصلب.</p> <p>3- ولهن السدس مع الواحدة من بنات الصلب تكمة للثلثين.</p> <p>4- ولا يرثن مع اثنتين من بنات الصلب فصاعدا إلا أن يكون معهن ابن ابن ذكر مساو لهن.</p> <p>5- أو أسفل منهن فيعصبهن ويكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.</p> <p>6- والسقوط بابن الصلب.</p> <p>الفصل 807 : الأخوات الشقائق لهن خمس حالات :</p>	<p>المادة 806 : بنات الابن كبنات الصلب ولهن ست حالات :</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p> <p>2- والثلثان للابنتين فصاعدا عند عدم بنات الصلب.</p> <p>3- ولهن السدس مع الواحدة من بنات الصلب تكمة للثلثين.</p> <p>4- ولا يرثن مع اثنتين من بنات الصلب فصاعدا إلا أن يكون معهن ابن ابن ذكر مساو لهن.</p> <p>5- أو أسفل منهن فيعصبهن ويكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.</p> <p>6- والسقوط بابن الصلب.</p>	<p>وارث النصف :</p> <p>بنات الابن بشرط انفرداها عن ولد الصلب ذكرا أو أنثى وولد الابن كذلك.</p> <p>وارث الثلثين :</p> <p>بنات الابن بشرط انفرداها عن ولد الصلب ذكرا أو أنثى وولد الابن (ص:24، 26).</p> <p>وارث السدس :</p> <p>بنات الابن إذا كانت مع بنت واحدة وليس معها أخوها ولا ابن.</p> <p>عمها المساوي لها في</p>

<p>5- أو أسفل مهن فيعصهن ويكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.</p> <p>6- والسقوط بآبن الصلب.</p> <p>الفصل 105 : الأخوات الشقائق لهن خمس حالات</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p> <p>2- والثلاثان للثنتين فصاعدا</p> <p>3- والتعصيب بالأخ الشقيق وبالجد للذكر مثل حظ الأنثيين.</p> <p>4- وصبرورتهن عصبه فيكون لهن الباقي مع البنات أو بنات الابن.</p> <p>5- والسقوط بالأب وبالابن وابن الابن وإن سفل.</p>	<p>1- النصف للواحدة إذا انفردت</p> <p>2- والثلاثان للأنثيين فصاعدا</p> <p>3- والتعصيب بالأخ الشقيق وبالجد للذكر مثل حظ الأنثيين</p> <p>4- وصبرورتهن عصبه فيكون لهن الباقي مع البنات أو بنات الابن.</p> <p>5- والسقوط بالأب وبالابن وابن الابن وإن سفل.</p>	<p>الدرجة ولا فرق بين الواحدة والمتعددة.</p> <p>- بنت الابن الواحدة كالبنات عند فقدها فتحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهن من أخ أو ابن عم مساو لهن في الدرجة فإن كانت التي تحتها واحدة فتتقلها من النصف إلى السدس وإن زادت على الواحدة فتنتقل الجميع من الثلثين إلى السدس (ص36).</p> <p>حجب الإسقاط : لا ترث مع البنات بنت الابن واحدة كانت أو أكثر حيث لا معصب لها أما إذا كان معها معها معصب من أخ أو ابن عم مساو لها في الدرجة فإنها ترث معه البقية بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين وما قيل في البنات يقال في بنات الابن بالنسبة لمن تحتها من بنات ابن الابن وعدم إرث الإخوة للأم معهما كبنات الابن (ص37).</p> <p>- لا يرث مع الابن من تحتته من أولاد الابن ذكورا كانوا أو إناثا منه أو من غيره.</p>
--	--	--

		<p>ميراث الأخت الشقيقة والأخت لأب الواحدة والمتعددة:</p> <p>- ميراث النصف:</p> <p>الشقيقة بشرط انفرادها عن الأب وولد الصلب ذكرا أو أنثى وولد الابن كذلك والشقيق والشقيقة كذلك وأما الأخت للأب فبشرط انفرادها عن ذكر في الشقيقة و عن الأخ و الأخت لأب.</p> <p>ميراث الثلثين :</p> <p>الشقيقتان أو لأب كذلك أما الشقيقتان فبشرط انفرادهما عن ولد الصلب ذكرا أو أنثى والشقيق الذكر والجد وأما الأختان للأب فبشرط انفرادهما عن ذكر في الشقيقتين وعن الأخ للأب (ص24) والجد.</p> <p>ميراث السدس:</p> <p>ترث الأخت لأب السدس بشرط كونها مع شقيقة واحدة وانفرادهما عن الأب وولده ذكرا أو أنثى ولو واحدا وعن الأخ للأب ولا فرق فيما بين الواحدة والمتعددة.</p>
<p>الفصل 106 : الأخوات للأب لهن ستة أحوال:</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p>	<p>المادة 808: الأخوات للأب لهن ستة أحوال:</p> <p>1- النصف للواحدة إذا انفردت.</p> <p>2- الثلثان فصاعدا للأنثيين عند عدم الأخوات الشقائق.</p>	

<p>2- والثلاثان للثنتين فصاعدا عند عدم الأخوات الشقائق</p> <p>3- والسدس مع الأخت الواحدة الشقيقة</p> <p>4- والإرث بالتعصيب مع الشقيقتين إن كان معهن</p> <p>5- الذكر مثل حظ الأنثيين.</p> <p>6- الصلب أو مع بنات الابن.</p> <p>7- والسقوط بالأب والابن وبابن الابن وإن سفل وبالأخ الشقيق وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع البنات أو بنات الابن وبالأختين الشقيقتين إن لم يكن معها أخ لأب.</p>	<p>3- والسدس مع الأخت الواحدة الشقيقة.</p> <p>4- والإرث بالتعصيب مع الشقيقتين إن كان معهن أخ لأب فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.</p> <p>5- والتعصيب مع بنات الصلب أو مع بنات الابن.</p> <p>6- والسقوط بالأب وبالابن وبابن الابن وإن سفل وبالأخ الشقيق وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبه مع البنات أو بنات الابن وبالأختين الشقيقتين إن لم يكن معها أخ لأب.</p>	
--	--	--

<p>الفصل 107 : للأُم أحوال</p> <p>ثلاثة</p> <p>1- السدس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن وإن سفل أو مع اثنتين من الإخوة فصاعدا كيفما كانت جهتهما لأبوين أو لأب أو لأُم.</p> <p>2- ولها ثلث كل المال عند عدم المذكورين.</p> <p>3- ولها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك.</p> <p>في مسألتين: إحداهما زوج وأبوان والثانية زوجة وأبوان.</p> <p>ولو كان مكان الأب جد فللأُم ثلث المال بعد فرض أحد الزوجين.</p> <p>الفصل 108 الجَد أحواله</p> <p>مع وارث آخر أربع:</p> <p>1- أن يكون معه ابن وابن ابن وإن سفل فيفرض له السدس من غير أن ينظر شيئا أكثر</p> <p>2- أن يكون معه أصحاب فروض فقط فيفرض له معهم السدس، فإن بقي له شيء أخذه بالتعصيب.</p> <p>3- أن يكون معه إخوة فقط فيكون له الأفضل من ثلث المال أو المقاسمة.</p> <p>فيتعين الثلث إذا زاد عدد الإخوة على اثنتين من الذكور أو أربع من الإناث وتتعين المقاسمة ويكون</p>	<p>المادة 809 للأُم أحوال ثلاثة :</p> <p>1- السدس إذا كان للميت ولد أو ولد ابن وإن سفل أو مع اثنتين من الإخوة فصاعدا كيفما كانت جهتهما لأبوين أو لأب أو لأُم</p> <p>2- ولها ثلث كل المال عند عدم المذكورين</p> <p>3- ولها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك في مسألتين:</p> <p>- إحداهما: زوج وأبوان</p> <p>- والثانية: زوجة وأبوان</p> <p>ولو كان مكان الأب جدَ فللأُم ثلث المال بعد فرض أحد الزوجين</p> <p>المادة 810: الجَد أحواله مع وارث آخر أربع:</p> <p>-الأولى: أن يكون معه ابن أو ابن ابن وإن سفل فيفرض له السدس من غير أن ينتظر شيئا.</p> <p>- الثانية: أن يكون معه أصحاب فروض فقط فيفرض له معهم السدس فإن بقي له شيء أخذه بالتعصيب</p> <p>-الثالثة: أن يكون معه إخوة فقط فيكون له الأفضل من ثلث المال أو المقاسمة فيتعين الثلث إذا زاد عدد الإخوة على اثنتين من الذكور أو أربع من الإناث وتتعين المقاسمة ، ويكون كأخ يقسم معهم للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كان عدد الإخوة واحدا من الذكور أو ثلاثا من الإناث</p> <p>- الرابعة: أن يكون معه إخوة وأصحاب فروض فيكون له الأفضل من ثلاث:</p> <p>السدس كاملا أو ثلث الباقي بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم أو مقاسمة الإخوة.</p> <p>لم تفصل اللانحة اجتماع الجد والأخوة الأشقاء ولأب.</p> <p>أو اجتماع الجد مع الشقيقة الواحدة والمتعددة والأخت لأب الواحدة والمتعددة.</p> <p>المادة 811 : للجدّة السدس لأُم كانت أو لأب واحدة كانت أو أكثر إذا كنّ في درجة واحدة أو</p>	<p>ميراث الأم :</p> <p>ترث الأم الثلث بشرط عدم الفرع الوارث ذكرا أو أنثى ولو واحدا وعدم جمع من الأخوة اثنتين فأكثر ذكورا أو إناثا (24).</p> <p>ترث الأم السدس بشرط وجود الولد أو ولد الابن أو جمع من الأخوة اثنتين فأكثر ورائين أو محجوبين (25).</p> <p>ترث الأم ثلث الباقي (في مسألتَي الغراوين)</p> <p>أحوال ميراث الجد :</p> <p>- الحالة الأولى: أن لا يكون معه وارث أصلا وأمرها واضح وهو أنه يحوز جميع المال بالتعصيب</p> <p>- الحالة الثانية: أن يكون معه ابن أو ابن ابن وإن سفل وحكمه أنه يرث السدس بالفرض ولا ينتظر بعده شيئا.</p> <p>- الحالة الثالثة : أن يكون معه أصحاب فروض فقط، وحكمه أنه يفرض له معهم السدس ، فإن بقي له شيء أخذه بالتعصيب ، وإنما فرض له السدس ولم تعط له البقية من أول الأمر، لأن سهامهم قد تستغرق المال ولا يبقى له شيء أو يبقى له أقل من السدس .</p>
---	---	---

<p>كأخ يقسم معهم للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كان عدد الإخوة واحدا من الذكور أو ثلاثا من الإناث. 4- أن يكون معه إخوة وأصحاب فروض فيكون له الأفضل من ثلاث السدس كاملا أو ثلث الباقي بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم أو مقاسمة الأخوة.</p> <p>الفصل 109 :</p> <p>إذا اجتمع الأشقاء والإخوة للأب مع الجد يحاسب الشقيق الجد بالأخ عند المقاسمة ثم يرجع فيما ينوب الأخ للأب فيأخذه.</p> <p>الفصل 110 :</p> <p>إذا كان مع الجد شقيقة واحدة وأخت لأب تحاسب الشقيقة الجد بأختها للأب فيكون للجد النصف وللشقيقة النصف وليس للأخت للأب شيء فلو كان مع الجد والشقيقة الواحدة أختان لأب أو ثلاث أخوات لكان للأختين للأب والأخوات للأب مابقي بعد محاسبة الجد بجميع الأخوات ومقاسمته وأخذ الشقيقة النصف.</p> <p>الفصل 111 :</p> <p>للجدة السدس لأم كانت أو لأب واحدة كانت أو أكثر إذا كن في درجة واحدة أو</p>	<p>كانت التي للأب أقرب كأم الأب، وأم أم الأم، وأم أبي الأب، فتستقل به التي للأم. ولا ترث الجدة للأب مع وجود الأب. ولا ترث الجدة للأم ولا الجدة للأب مع وجود الأم.</p> <p>ملاحظة : لم تتطرق اللائحة إلى مسألة العول</p> <p>- الحالة الرابعة :</p> <p>للجد : أن يكون معه أخوة فقط وحكمه أن له الأفضل من ثلث المال أو المقاسمة فيعين له الثلث لكونه الأفضل وذلك فيما إذا زاد عدد الأخوة على اثنين من الذكور أو عدلها من الإناث أربع أخوات وتعين المقاسمة ويكون كأخ يقسم معهم للذكر مثل حظ الأنثيين وذلك إذا كان عدد الأخوة واحدا من الذكور أو الإناث أو اثنين من الإناث أو ذكرا وأنثى أو ثلاث إناث، أما إذا كان معه أخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان فيستوي له الأمران ثلث المال والمقاسمة.</p> <p>- الحالة الخامسة :</p> <p>أن يكون معه أخوة أصحاب فروض وحكمه أن له الأفضل من ثلاث السدس كاملا أو ثلث الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم أو مقاسمة الأخوة. فإن لم تكن بقية بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم أخذ سدسه معهم (ص 46).</p> <p>ميراث الجدة :</p> <p>تستحق الجدة السدس سواء أكانت لأم أو لأب هذا</p>
---	--

<p>كانت التي للأب أقرب كأم الأب وأم الأم وأم أب الأب فتستقل به التي للأم ولا تراث الجدة للأب مع وجود الأب ولا تراث الجدة للأم ولا الجد للأب مع وجود الأم.</p> <p>الفصل 112 :</p> <p>إذا زادت أنصبا أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصباهم في الإرث.</p>		<p>إذا كانت منفردة وأما إذا اجتمعتا وكانتا في درجة واحدة كأم الأم وأم الأب أو كانت التي للأب أقرب كأم الأب وأم أم الأم فيكون السدس بينهما بالسوية أما إذا كانت التي للأم أقرب كأم الأم وأم أم الأب فتستقل به التي للأم لأنها الأصل في الميراث وتسقط البعدي التي للأب لأنها إنما ورثت بالحمل على التي للأم فهي فرع عنها في الميراث وذهب زيد <small>رضي الله عنه</small> إلى توريث أم الجد فعلى مذهبه مكن اجتماع ثلاث جدات يرثن السدس بالسوية وهن: أم الأم وأم الأب وأم أب الأب والمذهب خلافه (9).</p> <p>العول : في الاصطلاح الزيادة في السهام والنقص في المقادير قضى به سيدنا عمر <small>رضي الله عنه</small> وأجمع الصحابة على حكمه إلا ابن عباس، فإنه يرى إدخال الضرر على من يتغير إرثه من الورثة، والعمل على ما قضى به عمر وأجمع عليه الصحابة على حكمه إلا ابن عباس، فإنه يرى إدخال الضرر على من يتغير إرثه من الورثة، والعمل على ما قضى به عمر وأجمع عليه الصحابة (104).</p>
--	--	---

والمتمائل في الفروض المذكورة في القرآن الكريم والتي نقلها حرفياً المذهب المالكي أولاً لائحة الشيخ جعيط ثانياً ومجلة الأحوال الشخصية ثالثاً يجدها منقسمة إلى ثلاثة أقسام:

- الأول: مبيّن مقدر محدود وهي الستة المعلومة النصف، الربع، الثلث، الثلثين، الثمن والسدس

- الثاني غير محدود وغير مقدر وهي بيان إرث الأولاد الذكور مع الإناث كما في قوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) النساء الآية: 11 وكذا الإخوة أشقاء أو لأب مع الأخوات الشقيقات والأخوات لأب.

- الثالث: محدود مبيّن، ولكن لم ينصص على قدره وهو إرث الأب مع الأم كما في قوله تعالى (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ، فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ) النساء الآية 11 فعلم أنّ الباقي لأب⁽¹⁾.

- وعند توزيع التركة يلزم البدء بمن يرثون بالفرض لأنه النصيب المعلوم وهنا يمكن الرد على من يقول أنّ الميراث يقوم على العصبية وهي مغالطة وخطأ علمي فاحش. بل يقوم على الفروض ذلك أنّه لا يمكن معرفة مناب أصحاب التعصيب إلاّ بمعرفة أصحاب الفروض فقوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) ذلك أنّ مناب العاصب مجهول ومناب صاحب الفرض معلوم فالقياس مثلاً هو تعدية حكم الأصل إلى الفرع لاشتراكهما في عة الحكم.

الحاجب الرابع: بنت الابن	المادة 832:	الفصل 127:
بنت الابن الواحدة كالبنيت عند فقدها، فتحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهن	بنت الابن تحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهنّ من أخ أو ابن عمّ مساو لهنّ في الدرجة	بنت الابن تحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهن من أخ أو ابن عم

(1) آيات الموارث ودلالته التشريعية هيكل السلمي، ص: 107

<p>مساو لهن في الدرجة فتنتقل الواحدة من النصف إلى السدس والاثنتين من الثلثين إلى السدس وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب والشقيقتين أو لأب بنقلهما من الثلثين إلى التعصيب والزوج بنقله من النصف إلى الربع والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأب والجد بنقلهما من الثلث إلى السدس والأب والجد بنقلهما من السدس إلى السدس ولهما الباقي بالتعصيب إن كان.</p>	<p>فتنتقل الواحدة من النصف إلى السدس، والأثنتين من الثلثين إلى السدس، وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب، والشقيقتين أو لأب بنقلهما من الثلثين إلى التعصيب، والزوج بنقله من النصف إلى الربع، والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن، والأم بنقلها من الثلث إلى السدس، والأب والجد بنقلهما من التعصيب إلى السدس ولهما الباقي بالتعصيب إن كان.</p>	<p>من أخ أو ابن عم مساو لهن في الدرجة، فإن كانت التي تحبها واحدة فتنتقلها من النصف إلى السدس وإن زادت على الواحدة فتنتقل الجميع من الثلثين إلى السدس، وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب، والشقيقتين أو لب بنقلهما من الثلثين إلى التعصيب، والزوج بنقله من النصف إلى الربع، والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن، والأم بنقلها من الثلث إلى السدس، والأب والجد بنقلهما من الثلث إلى السدس، ولهما الباقي بالتعصيب إن كان (ص:35، 36).</p>
<p>أما الإخوة ذكورهم وإناتهم كيفما كانت حجتهن وسواء كانوا وارثين أم محجوبين يجيبون الأم بنقلها من الثمن إلى السدس.</p>	<p>المادة 833: الإخوة ذكورهم وإناتهم كيفما كانت حجتهن وسواء كانوا وارثين أم محجوبين يجيبون الأم بنقلها من الثمن إلى السدس.</p>	<p>الحاجب الخامس: الأخوة مطلقا الأخوان فأكثر ذكرين كانا أو اثنيين شقيقتين أو لب، أو لأب وارثين أو محجوبين يجيبان الأم بنقلها من الثلث إلى السدس (36).</p>
<p>الفصل 128: الأخت الشقيقة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب.</p>	<p>المادة 834: الأخت الشقيقة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب.</p>	<p>الحاجب السادس: الأخت الشقيقة. الأخت الشقيقة الواحدة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب كذلك، فالأخت للأب مع الشقيقة كينت الابن مع البنت، فكما أنّ بنت الابن وإن تعددت ترث السدس مع الشقيقة ما لم يكن لها</p>
<p>الفصل 129: الحاجبون بالحرمان ستة عشر:</p>	<p>حجب الحرمان أو الإسقاط: المادة 835: الحاجبون بالحرمان ستة عشر: 1- الابن، 2- وابنه وإن سفل، 3- والبنت، 4- وبنت الابن، 5- والأخ الشقيق، 6- والأخ للأب، 7- وابن الأخ الشقيق، 8- وابن الأخ للأب، 9- والعمّ الشقيق، 10- وابن العمّ الشقيق، 11- والبنت أو بنت الابن مع الشقيقة، 12- والأختان الشقيقتان، 13- والأب، 14- والجد، 15- والأم، 16- والجدّة للأم.</p>	<p>الحاجب السابع: الأخت الشقيقة الواحدة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب كذلك، فالأخت للأب مع الشقيقة كينت الابن مع البنت، فكما أنّ بنت الابن وإن تعددت ترث السدس مع الشقيقة ما لم يكن لها</p>
<p>1) الابن (2) وابنه وإن سفل- (3) والبنت (4) وبنت الابن (5) والأخ الشقيق (6) والأخ للأب- (7) وابن الأخ الشقيق (8) وابن</p>	<p>1- الابن، 2- وابنه وإن سفل، 3- والبنت، 4- وبنت الابن، 5- والأخ الشقيق، 6- والأخ للأب، 7- وابن الأخ الشقيق، 8- وابن الأخ للأب، 9- والعمّ الشقيق، 10- وابن العمّ الشقيق، 11- والبنت أو بنت الابن مع الشقيقة، 12- والأختان الشقيقتان، 13- والأب، 14- والجد، 15- والأم، 16- والجدّة للأم.</p>	<p>الحاجب الثامن: الأخت الشقيقة الواحدة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب كذلك، فالأخت للأب مع الشقيقة كينت الابن مع البنت، فكما أنّ بنت الابن وإن تعددت ترث السدس مع الشقيقة ما لم يكن لها</p>

<p>الأخ (للأب-9) والعم الشقيق- (10) وابن العم الشقيق- (11) والبنت أو بنت الابن مع الشقيقة- (12) والأختان الشقيقتان 13- والأب- (14) والجد 15- والأم- (16) والجدّة</p>	<p>المادة 836: لا يرث مع الابن ولا ابن الابن وإن سفل من تحت كلّ من أولاد الابن ذكورا أو إناثا ولا الإخوة أشقاء أو لأب أو لأمّ ولا الأعمام أشقاء أو لأب.</p>	<p>معصب (ص 36). القسم الثاني: حجب الإسقاط (ص 36). حجب الإسقاط عبارة عن منع الوارث من كل ما كان يرثه، وجملة الحاجبين فيه سبعة عشر: (1) الابن وكذا ابنه وإن سفل عند عدمه :لا يرث مع الابن من تحته من أولاد الابن ذكورا كانوا أو إناثا منه من غيره ولا الأخوة أشقاء كانوا أو لأب أو لأمّ ولا الأعمام أشقاء كانوا أو لأب ، وأما العم لأم فقد تقدم أنّه لا قدم له في الميراث وكذا يقال في ابن الابن بالنسبة لمن تحته ولغيره وهو كالابن إرثا وحجبا وتعصيبا (ص37).</p>
<p>لأم الفصل 130: لا يرث مع الابن ولا ابن الابن وإن سفل من تحت كل من أولاد الابن ذكورا أو إناثا ولا الأخوة أشقاء أو لأب أو لأم ولا الأعمام أشقاء أو لأب.</p>	<p>المادة 837: لا يرث مع البنت أو بنت الابن الأخ للأمّ واحدا كان أو متعددا ذكرا أو أنثى. ولا يرث مع البنّتين بنت الابن واحدة أو أكثر حيث لا معصب لها من أخ أو ابن عمّ مساو ، وترث معه البقيّة بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين، ومثل البنّتين بنتا الابن بالنسبة لمن تحتهما من بنات ابن الابن.</p>	<p>عشر: (2) (3+) البنت وبنت الابن: لا يرث مع البنت أو بنت الابن الأخ للأمّ واحدا كان أو متعددا ذكرا كان أو أنثى (ص37) 4- البنّتان أو بنتا الابن عند عدم البنّتين: لا يرث مع البنّتين الأخ للأمّ مطلقا، كما تقدم في البنت، ولا بنت الابن واحدة كانت أو أكثر، حيث لا معصب لها، أما إذا كان معها معصب من أخ أو ابن عم مساو لها في الدرجة فإنّها ترث معه البقيّة بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين، وما قيل في البنّتين يقال في بنّتي الابن بالنسبة لمن تحتهما من بنات ابن الابن وعدم إرث الأخوة للأمّ معهما كبنت الابن (ص37).</p>
<p>الفصل 131 لا يرث مع البنت أو بنت الابن الأخ للأمّ واحدا كان أو متعددا ذكرا أو أنثى ولا يرث مع البنّتين الأخ للأمّ ولا بنت الابن واحدة أو أكثر حيث لا معصب لها من أخ أو ابن عم مساو وترث معه البقية بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين ومثل البنّتين بنت الابن بالنسبة لمن تحتهما من بنات ابن الابن .</p>	<p>المادة 838: لا يرث مع الأخ الشقيق الأخ للأب واحدا أو متعددا، ولا العمّ شقيقا أو لأب وأما الأخ لأمّ فلا يحجب بالشقيق.</p>	<p>المادة 839: لا يرث مع الأخ للأب العمّ شقيقا أو لأب ولا أبناء الأخ ولو كان شقيقا</p>
<p>الفصل 132 لا يرث مع الأخ الشقيق الأخ للأب واحدا أو متعددا ولا العم شقيقا أو لأب وأما الأخ للأمّ فلا يحجب بالشقيق.</p>	<p>المادة 840: لا يرث مع ابن الأخ الشقيق العمّ ولو كان شقيقا ولا ابن الأخ للأب ، ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ.</p>	<p>المادة 841: لا يرث مع ابن الأخ للأب العمّ ولو كان شقيقا ولا من تحته من أبناء الأخ ولو كان شقيقا .</p>
<p>الفصل 133 لا يرث مع الأخ للأب العم شقيقا أو لأب ولا أبناء الأخ ولو كان شقيقا</p>	<p>المادة 842: لا يرث مع العمّ الشقيق العمّ لأب</p>	<p>المادة 843: لا يرث مع ابن الأخ الشقيق</p>
<p>الفصل 134: لا يرث مع ابن الأخ الشقيق</p>	<p>لا يرث مع العمّ الشقيق العمّ لأب</p>	<p>لا يرث مع ابن الأخ الشقيق العمّ لأب</p>

<p>العم ولو كان شقيقا ولا بن الأخ للأب ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ. الفصل 135: لا يرث مع ابن الأخ للأب العم ولو كان شقيقا ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ ولو كان شقيقا الفصل 136: لا يرث مع العم الشقيق العم للأب ولا من تحته من أبناء العم شقيقا كان أو لأب. الفصل 137 لا يرث مع ابن العم الشقيق ابن العم لأب ولا من تحته من أبناء أبناء العم الشقيق أو لأب. الفصل 138: لا يرث مع البنات والشقيقة أو بنات الابن والشقيقة الأخ للأب تعدد أو اتحد. الفصل 139: لا ترث مع الشقيقتين الأخت للأب إذا لم يكن معها أخ يعصبها الفصل 140: لا يرث مع الأب الجد ولا الجدة للأب والعم ولا الأخ الفصل 141: لا يرث مع الجد من كان أعلى منه من الجدود ولا الأخوة للأب ولا العم ولا أبناء الأخ الفصل 142: ولا ترث مع الأم الجدة للأب ولا الجددة لأب</p>	<p>ولا من تحته من أبناء العم شقيقا كان أو لأب . المادة 843 : لا يرث مع ابن العم الشقيق ابن العم للأب، ولا من تحته من أبناء أبناء العم الشقيق أو لأب. المادة 844: لا يرث مع البنات والشقيقة أو بنت الابن والشقيقة الأخ للأب تعدد أو اتحد المادة 845: لا يرث مع الشقيقتين الأخت للأب إذا لم يكن معها أخ يعصبها . المادة 846: لا يرث مع الأب الجد ولا الجدة للأب ولا العم ولا الأخ . المادة 847: لا يرث مع الجد من كان أعلى منه من الجدود ولا الإخوة للأب. ولا العم ولا أبناء الأخ. المادة 848: لا ترث مع الأم الجدة للأب ولا الجددة للأب. المادة 849: لا ترث مع الجدة للأب الجدة للأب إذا كانت أبعد منها درجة.</p>	<p>5- الأخ الشقيق: لا يرث مع الأخ الشقيق الأخ للأب واحدا كان أو متعددا ذكرا أو أنثى ولا العم شقيقا كان أو لأب واحدا أو متعددا وأما الأخ للأب فإنه لا يحجب لأنه وارث بالفرض وهو لا يحجب إلا العاصب مثله . 6) ابن الأخ الشقيق: لا يرث مع ابن الأخ الشقيق العم ولو كان شقيقا ولا ابن الأخ للأب ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ(ص37). 7) الأخ للأب: لا يرث مع الأخ للأب العم مطلقا شقيقا كان أو لأب ولا من تحته من أبناء الأخ ولو كان شقيقا.(ص38) 8) ابن الأخ للأب: لا يرث مع ابن الأخ للأب العم ولو كان شقيقا ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ ولو كان شقيقا(ص:38). 9) العم الشقيق: لا يرث مع العم الشقيق العم للأب ولا من تحته من أبناء العم شقيقا كان أو لأب (ص 38) . 10): ابن العم الشقيق: لا يرث مع ابن العم الشقيق ابن العم للأب ولا من تحته من أبناء أبناء العم ولو كان شقيقا(ص:38). 11. 12): البنات أو بنت الابن مع الشقيقة: لا يرث مع البنات أو بنت الابن والشقيقة الأخ للأب، واحدا كان</p>
--	---	---

<p>الفصل 143: لا ترث مع الجدة للأم الجدة للأب إذا كانت أبعد منها درجة</p>		<p>أو متعددا ذكرا كان أو أنثى، لأن الشقيقة لما ورثت بالتعصيب مع البنت أو بنت الابن نزلت منزلة الشقيق في التعصيب، وهو يحجب الأخ للأب فكذلك هي، ولا فرق بين الواحدة والمتعددة في كل من البنت وبنت الابن والشقيقة، فالمدار على كون الشقيقة عاصبة(ص:38)</p> <p>13- الأختان الشقيقتان: لا ترث مع الشقيقتين الأخت للأب واحدة كانت أو متعددة حيث لم يكن معها أخ يعصمها فالأخت للأب مع الشقيقتين بمنزلة بنت الابن مع البنيتين، فكما أنّ بنت الابن مع البنيتين تسقط إذا لم يكن معها أخوها يعصمها، فكذلك الأخت للأب مع الشقيقتين تسقط إذا لم يكن معها أخوها يعصمها (ص:39).</p> <p>14 الأب: لا يرث مع الأب الجد ولا الجدة للأب ولا العم ولو كان شقيقا ولا الأخ ولو كان شقيقا وذلك لقاعدة أنّ من تقرب للهالك بشخص، فإنه يسقط مع وجوده، واستثنوا من هذه القاعدة الأخوة للأم، فإنهم تقربوا للهالك بأهمهم ومع ذلك يرثون معها فرضهم الثلث(ص:39).</p> <p>15 الجد لا يرث مع الجد أبوه وهو الجد الأعلى ولا الأخوة للأم، ولا العم ولو كان شقيقا، ولا أبناء الأخ ولو</p>
--	--	--

		<p>كان شقيقاً(ص:39).</p> <p>16) الأم .</p> <p>لا يرث مع الأم الجدة للأم ولا الجدة للأب أما حجتها للجدة للأم فللقاعدة السابقة وهي كل من تقرب للهلك بشخص فإنّه يسقط مع وجوده إلا الأخوة للأم، والجدة للأم إنما تقربت بالأم ، وأما حجتها للجدة للأب فلأن الأصل في الميراث إنما هي الجدة للأم ،والجدة للأب إنما ورثت بالحمل عليها،فهي فرع عنها في الميراث وحاجب الأصل يحجب الفرع بالأولى(ص:39).</p> <p>17-): الجدة للأم : لا ترث مع الجدة للأم الجدة الجدة للأب إذا كانت أبعد منها كأم الأم وأم أب الأب إلا على رأي من يورث ثلاث جدات وهو زيد رضي الله عنه والمذهب خلافه كما تقدم في فرض السدس (ص:40).</p>
<p>الفصل143: مكرر (أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959):</p> <p>عند فقد العصابة ولم تستغرق الفروض التركية يرد الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.</p> <p>أما البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن و وإن نزلت فإنه يرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصابة بالنفس من الأخوة والعمومة وصندوق الدولة.</p>		

الباب السابع : في أحكام مسائل خاصّة :

<p>المسألة المشتركة الفصل 144 :</p> <p>إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدة وإخوة للأم وشقيقا فأكثر فإن الأخوة للأم والأشقاء يقتسمون ما فضل عن فرض الزوج والأم أو الجدة بينهم على السواء لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى والشقيق والذي للأم فلو كان مع الأشقاء إخوة لأب سقطوا</p>	<p>الباب الثامن : في أحكام مسائل مختلفة (اللواحق) انظر ابن راشد المادة 850 :</p> <p>إذا تركت المرأة زوجها وأما وجدة وإخوة للأم وشقيقا فأكثر فإن الإخوة للأم والأشقاء يقتسمون ما فضل عن فرض الزوج والأم أو الجدة بينهم على السواء لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى والشقيق والذي للأم فلو كان مع الأشقاء إخوة لأب سقطوا- وتنعون هذه المسألة بالمشتركة والحماريّة.</p>	<p>السادس باب الشواذ الست : المراد بالشواذ المسائل التي خرجت عن القاعدة وانفردت بحكم يخصها من شذ يشذ بالكسر والضم إذا انفرد وخرج عن طريقة الأكثرين فلشذوذها كانت ظاهرة لكل طالب كالنخلة الشاذة.</p> <p>مسألة الحماريّة : وتسمى أيضا بالحجرية واليمية والمشتركة وهي زوج وأم أو جدة وأخوة لأم وشقيق فأكثر، فلو فرضنا أنّ الأخوة أربعة اثنان لأم أحدهما ذكر والثاني أنثى وشقيقان كذلك فأصل المسألة من ستة لاجتماع النصف والسدس فرضي الزوج والأم أو الجدة نصفها للزوج ثلاثة وسدسها للأم واحد ويبقى اثنان لا ينقسمان على أربعة وإنما يوافقانها بالنصف فتضرب نصف الأربعة اثنين في الأهل الذي هو سنة ومنها تصح للزوج ستة وللأم اثنان ولكل أخ من الأربعة واحد لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى شقيقا كان أو لأم ووجه شذوذه وخروجها عن القاعدة أنّ الأخوة للأم لا يرثون الثالث بالفرض ولو أخذوا الثلث لم يبق شيء للأشقاء لأنهم وارثون بالتعصيب ولا شيء للعاصب عند عدم الفضلة فيلزم حرمان الشقيق الذي تقرب للمالك بأبويه وميراث الأخ للأم الذي ليس له من القرب إلا جهة الأم فقط فلذلك أسقط سيدنا عمر <small>رضي الله عنه</small> الأشقاء نظرا لكونهم عصبية وورث الأخوة للأم نظرا لكونهم وارثين بالفرض ولما نزلت مرة ثانية وأراد إسقاطهم كالمرة الأولى قام الأشقاء على الأخوة للأم مختصمين لديه وقالوا: يا أمير المؤمنين هؤلاء استحقوا الثلث بأهم وأهم هي أمنا هب أن أبانا حمار أو حجر ملقى في اليم أليست الأم تجمعنا وبذلك يعلم وجه تسميتها بالحمارية والحجرية واليمية فقضى <small>رضي الله عنه</small> وأرضاه بالاشترار بينهم في الثلث الذكر والأنثى فيه سواء، ولا فرق</p>
--	---	--

		<p>بين الأخوة للأم والأخوة الأشقاء كما بينته وبذلك يعلم وجه تسميتها بالمشاركة ولما قضى رضي الله عنه بالاشتراك قيل له يا أمير المؤمنين إنك قضيت فيها عاما أول بغير هذا فقال تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي ويشترط في كونها حمارية تعدد الأخوة للأم ووجود ذكر من الأشقاء فأكثر (ص:56).</p>
<p>المسألة المالكية : الفصل 145 : إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدة وإخوة لأم وشقيقا وأما أو جدة وإخوة لأم وشقيقا فأكثر وجدا وللزوج النصف وللجد السدس وللأخ الشقيق أو الذي للأب وللجد السدس وللأخ الشقيق أو الذي للأب الباقي بالتعصيب وهو السدس، ولا شيء للإخوة للأم لحجهم بالجد وتعنون هاتان الفريضتان بالمالكية وشبه المالكية وقد درجنا فهما على مختار ابن يونس وهو مذهب زيد.</p>	<p>المادة 851 : إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدة وإخوة لأم وشقيقا فأكثر وجدا، فللزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللجد السدس، وللأخ الشقيق أو الذي للأب الباقي بالتعصيب وهو السدس، ولا شيء للإخوة للأم لحجهم بالجد وتعنون هاتان الفريضتان بالمالكية وشبه المالكية وقد درجنا فهما على مختار ابن يونس وهو مذهب زيد.</p>	<p>مسألة المالكية : سميت بذلك لأن الإمام مالكا <small>رحمه الله</small> سئل عنها وهي أن يكون في مكان الأشقاء من شبه المالكية أخوة لأب وصورتها زوج وأم وأخوة للأم وجد وأخ لأب ذكر فأكثر، فأصل المسألة من ستة: للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس واحد وللجد السدس واحد وبقي واحد للأخ لأب بالتعصيب وقد علم من أحوال الجد أنه إذا كان مع الأخوة وأصحاب الفروض يخير بين ثلاث: السدس من الكامل، أو ثلث الباقي، أو مقاسمة الأخوة، والأفضل له في هذه المسألة السدس وهذا مذهب زيد، وذهب مالك إلى أن الباقي عن الزوج والأم وهو الثلث يكون للجد ولا شيء للأخ لأب لأن من حجة الجد أنه يقول له لو كنت دوني يعني مع الزوج والأم والأخوة للأم لما ورثت شيئا لاستغراق الفروض المال كله حيث يأخذ الزوج النصف ثلاثة والأم السدس واحدا والأخوة للأم الثلث اثنين لأنك عاصب والعاصب لا شيء له عند عدم الفضلة فما حجبت الأخوة للأم إلا لأخذ حظهم، لا لتأخذ منه شيئا، ووجه خروجه عن القاعدة إسقاط الأخ لأب بدون حاجب حقيقي، لأن الجد ليس له أن يحجب إلا الأخوة للأم ويأخذ فرضه ومذهب مالك في المسألتين هو المشهور وما ذهب إليه زيد هو قول مالك أيضا لكنه غير مشهور (57، 58).</p> <p>مسألة : شبه المالكية : سميت بذلك لقياسها عن التي سئل عنها الإمام وهي أن يكون مع ورثة الحمارية جد، فذهب زيد <small>رحمه الله</small> إلى أن الجد يأخذ</p>

	سهماها لسهماها وقسم الحاصل عليهما كيفما ذكر وكانت الأخت تظن أن القسمة مع الجد تأتي بخير وقيل غير ذلك والحاصل أنها وجوه تلتبس لوجه التسمية لا لبناء الحكم الشرعي لأنه مبني على مدارك عالية (ص 58، 59).
--	---

الباب الثامن: في مسائل متنوّعة

لم يذكر ميراث الحمل	المادة 853 : وقرئت المادة الثالثة والخمسون بعد الثمانمائة بالأنتحة في حكم قسم التركة بين الورثة إذا كان فيهم حمل من زوجة وهذه المادة المصدّر بها. الفصل التاسع : في مسائل متنوّعة : المادة 854 : فأفاد جناب المولى الوزير أنّ المذهبين يختلفان في هذا الشأن ففي المذهب الحنفيّ يمكن قسم التركة ويوقف للحمل نصيب ابن واحد على المختار أو بنت واحدة أيهما كان أكثر على ما عليه الفتوى لأنّه الغالب مع تكفيل بقية الورثة احتياطا لما عسى أن يظهر أنّ الحمل أكثر من واحد . وفي المذهب المالكي يوقف قسم عموم التركة إذا وجد الحمل مطلقا في جميع الحالات المقررة بالمادة إلى وضع الحمل وانتهاء أقصى أجله. وفوّض جانب المولى الوزير للجنة اختيار ما ترى فيه المصلحة للعمل به من المذهبين في هذا الشأن. فمال عميد الرؤساء إلى اختيار توقيف مناب للحمل وقسمة الباقي بين أربابه دفعا لما عسى أن يحدث من أضرار سبقت الإشارة إليها بسبب ادّعاء الحمل من بعض النسوة اللاتي لا يقصدن بادّعاءهنّ إلا التنيكل بباقي الورثة بقصر أيديهم عن الوصول إلى حقوقهم من التركة في الوقت المناسب. ولا حظ جناب المولى الوزير أنّ التعجيل بقسمة
الفصل 147 : يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة الفصل 148 : إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فمن لا يتغير فرضه يعط حظه ومن يتغير فرضه من الأكثر إلى الأقل يعط الأقل ومن يسقط في إحدى حالي الحمل لا يعط شيئا. الفصل 149 : إذا ادعت المرأة الحمل وأكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة. الفصل 150 : إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز العام ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين: الأولى: أن يولد حيا لخمس وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة عدة موت أو فرقة ومات المورث أثناء العدة.	

<p>الثانية : أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة.</p> <p>الفصل 151 :</p> <p>يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة.</p> <p>الفصل 152 :</p> <p>يرث ولد الزنا من الأم وقرباتها وترثه الأم وقرباتها.</p>	<p>بعض التركة بين الوارثين المحقق إرثهم وإيقاف البعض إلى وضع الحمل لظهور الحال بالنسبة للمشكوك فهم ربما جرّ إلى عدم التعادل في الحالة إذا طرأ تغيير بسبب ما على المقدار الموقوف من التركة وهذا ممّا يرجح مصلحة القسمة في وقت واحد.</p> <p>واقترح الأستاذ الفاضل تأخير التّظر في هذا الموضوع إلى أن يقع البتّ في موضوع أقصى مدّة الحمل.</p> <p>وأيد السيد الشاذلي القسطلي ملخًا في طلب تقصير مدّة انتظار الحمل بما يمكن من الوسائل الشرعيّة التي لا تختلف عن نظريّات الكشف والطب الحديث فلم ير جناب المولى الوزير مانعا من الموافقة على هذا التريث خصوصا وهو يودّ أن تطلع اللّجنة على ما سيعرضه عليها ما حرّره في هذا الموضوع فوقع الاتفاق على إرجاء التّظر في هذه المادّة مع الاحتفاظ برتيبها في هذا الباب وعلى أن تسجل بنص المادّة 854 .</p> <p>المادّة 724 : إذا كان من ورثة الهالك مفقود: يقدر المفقود حيّا ويقدر ميّتا ويعطى الوارث غير المفقود أقلّ نصيبه، ويوقف المشكوك فيه وهو نصيب المفقود، وما اختلف حاله من نصيب غيره إلى أن تتبيّن حياته أو موته فإن لم تتبيّن ومضت مدّة التّعيمير فلا يرث المفقود، ويقسم المال الموقوف على مستحقّيه من ورثة مورث المفقود كما تقرر بالمادّة 800 من باب أحكام المفقود.</p> <p>المادّة 855 : الخنثى وهو ماله ألتا رجل وامرأة: يعتبر ذكرا إن بال من الذّكر ويعتبر أنثى إن بال من الفرج فإن بال منهما فالحكم للأسبق، فإن استويا بأن خرج منهما معا فمشكل، وهذا قبل البلوغ . فإن بلغ وخرجت له لحيّة أو احتلم كما يحتلم الرّجل أو وصل إلى امرأة فرجل، وإن ظهر له ندي أو حاض أو حمل أو أتى كما يؤتي النّساء فامرأة، وإن لم تظهر له علامة أصلا أو تعارضت العلامات فمشكل وله حينئذ في الميراث نصف</p>
--	--

	<p>نصيبه باعتبار فرضه ذكرا ونصف نصيبه باعتبار فرضه أنثى فإذا كان له على تقدير كونه ذكرا سهمان وعلى تقدير كونه أنثى سهم يكون له سهم ونصف وهذا إذا كان يرث بجهتي الذكورة والأنوثة وكان إرثه بهما مختلفا كابن وابن ابن.</p> <p>أما لو ورث بالذكور فقط كالعم وابن العم فله نصف نصيبه على تقدير الذكورة وإذا ورث بالأنوثة فقط أعطى نصف نصيبه على تقدير كونه أنثى، فلو اتحد نصيبه على تقدير كونه ذكرا أو أنثى كالأخ للأم أعطي السدس إن اتحد والثلث مع غيره إن تعدد.</p> <p>المادة 856 : ولد الزنا وولد المغتصبة يرثان أمهما وترث منهما، وتوأما الزانية وتوأما المغتصبة أخوان لأم ، أما توأما الملائنة فيتوارثان على أتمهما شقيقان ومثلهما توأما المسيية والمستأمنة.</p> <p>المادة 857 :</p> <p>إذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء فالباقي بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم لبيت المال ول إيرد على ذوي السهام ولا يدفع لذوي الأرحام.</p>	
--	---	--

الباب الخامس : في الإرث بالتعصيب

<p>الفصل 113 العصبة ثلاثة أنواع : 1- عصبة بالنفس 2- وعصبة بالغير 3- وعصبة مع الغير</p>	<p>الباب السادس في العصبة المادة 818 : العصبة نوعان : عاصب بالنسب وعاصب بالولاء والعاصب ثلاثة أقسام : عاصب بنفسه، وعاصب بغيره وعاصب مع غيره</p>	<p>الثالث : باب العصبة العصبة جمع عاصب، وهو في الاصطلاح من حاز كل المال عند انفراده أو البقية إن كان معه صاحب فرض (ص27). العصبة على ثلاثة أقسام : عاصب بنفسه ، وعاصب بغيره وعاصب مع غيره(ص28).</p>
<p>الفصل 115 : العصبة بأنفسهم مراتب وكل مرتبة مقدمة على ما يلها وهي :</p>	<p>المادة 820:العصبة بأنفسهم سبع مراتب وكل مرتبة مقدّمة على مايلها وهي : (1- البنوة ثم 2- الأبوة ثم 3- الجدودة</p>	<p>الأول: العاصب بنفسه : يرث جميع المال عند انفراده أو البقية عن أصحاب الفروض إن كانت والحرمان إن لم تكن (28).</p>

<p>والأخوة وهما مرتبة واحدة وإنما الترتيب بينهم بالقرب ثم- 6 الولاء ثم* 7- بيت المال ملاحظة : زيادة وارث آخر (عن مجلة الأحوال الشخصية).</p> <p>فيقدم في التعصيب الابن على الأب والأب على الجد والإخوة والجد على بني الإخوة وبنو الإخوة على الأعمام والأعمام على بنهم ويتوهم على المعتق (بكسر التاء) أو عاصبه والمعتق إن كان والآ فعاصبه على بيت المال.</p>	<p>اجتماع العصبية:</p> <p>إذا اجتمعت العصبية فتارة تستوي في الثلاث: الجهة والدرجة والقوة كالأخوة الأشقاء فتشترك في كل المال أو في البقية عن أصحاب الفروض وتارة تختلف في شيء من ذلك فيحجب بعضها بعضا، وذلك مبني على قاعدة ذكرها الشيخ الجعبري رحمه الله تعالى في قوله:</p> <p>فبالجهة التقديم ثم بقربه وبعدها التقديم بالقوة اجعلا والمراد بالجهة سبع مراتب (1) البنوة ثم (2) الأبوة ثم (3) الجدودة والأخوة ثم (4) بنو الأخوة ثم (5) العمومة وبنوهم جهة واحدة، وإنما الترتيب بينهم بالقرب فليسوا كالأخوة وبنهم لأن الترتيب بين هؤلاء بالجهة والقرب ثم (6) الولاء ثم (7) بيت المال (ص28).</p>	
<p>الفصل 116 :</p> <p>من كانت مرتبته مقدمة فهو مقدم وإن بعد على من كانت مرتبته متأخرة.</p>	<p>المادة : 821 من كانت مرتبته مقدمة فهو مقدم وإن بعد على من كانت مرتبته متأخرة فابن ابن الأخ الشقيق أو لأب مقدم على العم.</p>	<p>ومن كانت جهته مقدمة فهو مقدم وإن بعد على من كانت جهته مؤخرة فابن ابن الأخ الشقيق أو لأب مقدم على العم وهو معنى فالجهة التقديم وقول صاحب الدرّة: وكل من يلقى بظهر أقدعا أولى من الذي بظهر أبعدا (ص:29).</p>
<p>الفصل 117 :</p> <p>إذا اتحدت المرتبة واختلفت الدرجة قدم القريب درجة على البعيد درجة.</p>	<p>المادة 822 : إذا اتحدت المرتبة واختلفت الدرجة قدم القريب درجة على البعيد درجة، فيقدم ابن الأخ للأب على ابن ابن الأخ الشقيق، ويقدم الابن على ابن الابن، ويقدم ابن الأخ الشقيق على ابن ابن الأخ الشقيق أولأب، والعم الشقيق أو لأب على ابن العم الشقيق أو لأب.</p>	<p>... فإن اتحدت الجهة واختلفت الدرجة قدم القريب درجة، وإن كان ضعيفا على البعيد درجة، وإن كان قويا، فيقدم ابن الأخ للأب على ابن ابن الأخ الشقيق، فالأول أقرب درجة لإدلائه بواسطة واحدة وهي الأخ للأب وأضعف قرابة لكونه من جهة الأب فقط والثاني أبعد درجة لإدلائه بواسطة ابن الأخ الشقيق وابنه وأقوى قرابة لكونه من جهتي الأب والأم (ص:29).</p>
<p>الفصل 118 :</p> <p>إذا اتحدت المرتبة والدرجة</p>	<p>الفصل 823 : إذا اتحدت المرتبة والدرجة واختلفت</p>	<p>فإن اتحدت الجهة والدرجة واختلفت القرابة قوة وضعفا قدم القوي على</p>

<p>واختلفت القرابة قوة وضعفا يقدم القوي على الضعيف.</p>	<p>القرابة قوة وضعفا يقدم القوي على الضعيف، فيقدم الشقيق على الابن وابن الشقيق على ابن الذي للأب من إخوة وأعمام وبنهم.</p>	<p>الضعيف فيقدم الشقيق على الذي للأب وابن الشقيق على ابن الذي للأب من أخوة وأعمام وبنهم وهو معنى قوله وبعدهما التقديم بالقوة اجعلا . وقول صاحب الدرّة: فإن تساوا فالشقيق أولى*** لأنّه بالقربين أدلى(ص29)</p>
<p>الفصل 119 : العاصب بغيره كل أنثى عصبها ذكر وهو أربعة : (1 البنّت - 2 وبنت الابن - 3) والأخت الشقيقة - (4) والأخت لأب، فالبنّت يعصبها أخوها وترث معه كل المال أو البقية للذكر مثل حظ الأنثيين وبنت الابن يعصبها أخوها وابن عمها المساوي لها في الدرجة من غير شرط ويعصبها ابن الابن الأسفل عنها بشرط أن لا يكون لها دخل في الثلثين - والأخت الشقيقة أو لأب يعصبها أخوها وجدها الذي يكون معها كأخ لها.</p>	<p>المادة 824 : العاصب بغيره كل أنثى عصبها ذكر وهو أربعة : 1- البنّت، 2- وبنت الابن، 3- والأخت الشقيقة، 4- والأخت للأب فالبنّت يعصبها أخوها وترث معه كل المال أو البقية للذكر مثل حظ الأنثيين وبنت الابن يعصبها أخوها وابن عمها المساوي لها في الدرجة من غير شرط ويعصبها ابن الابن الأسفل منها بشرط أن لا يكون لها دخل في الثلثين. والأخت الشقيقة أو لأب يعصبها أخوها وجدها ويكون معها كأخ لها .</p>	<p>القسم الثاني : العاصب بغيره: وهو كل أنثى عصبها ذكر وهو أربعة (1) البنّت و(2) بنت الابن و(3) الأخت شقيقة أو (4) لأب، فكل واحدة منهن يعصبها أخوها وترث معه كل المال والبقية للذكر مثل حظ الأنثيين وتزيد الأخت شقيقة أو لأب بأنه يعصبها الجد ويكون كأخ معها وتزيد بنت الابن على غيرها بأنه يعصبها ابن عمها وهو ابن الابن المساوي لها في الدرجة بدون شرط كما يعصبها ابن ابن الابن الأسفل منها بشرط أن لا يكون دخل في الثلثين(ص29).</p>
<p>الفصل 120 : من لا فرض لها من الإناث وأخوها عاصب لا تصير عاصبة بأخها كالعم مع العمة وابن العم مع بنت العم وابن العم مع بنت العم وابن الأخ مع بنت الأخ فالمال للعاصب وليس لأخته منه شيء.</p>	<p>المادة 825 : من لا فرض لها من الإناث وأخوها عاصب لا تصير عصبه بأخها كالعم مع العمة، وابن العم مع بنت العم، وابن الأخ مع بنت العم، فالمال للعاصب وليس لأخته منه شيء.</p>	

<p>الفصل 121 : العاصب مع الغير كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى وهو اثنان: 1- الشقيقة فأكثر مع بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن. 2- والأخت للأب مع البنت أو البنات أو بنت الابن أو بنات الابن.</p>	<p>المادة 826 : العاصب مع الغير كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى وهو إثنان: 1- الشقيقة فأكثر مع بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن 2- والأخت للأب مع البنت أو البنات أو بنت الابن أو بنات الابن</p>	<p>القسم الثالث : العاصب مع الغير وهو كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى وهو إثنان: الأول الشقيقة فأكثر مع بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن الثاني الأخت للأب كذلك فالباقي عن البنت أو بنت الابن أو البنات أو بنات الابن يكون للأخت أو للأخوات بالتعصيب وتزول الشقيقة منزلة الشقيق ولذلك تحجب الأخ لأب إذا كانت مع بنت أبنات أو بنت ابن أو بنات ابن وتزول الأخت للأب منزلة الأخ للأب ولذلك تحجب ابن الأخ الشقيق إن كانت مع البنت أو بنت الابن أو البنات أو بنات الابن (ص30).</p>
--	---	--

خالفت مجلة الأحوال الشخصية قاعدة التعصيب مع الغير عند اجتماع البنات أو بنات الصلب مع الشقيقة أو الشقيقات أو الأخت للأب والأخوات للأب بإصدار قانون عدد 77 المؤرخ في 19 جوان 1959 القاضي بالإلغاء حكم التعصيب مع الغير وإن بقي اللفظ قائما الفصل 143 مكرّر: عند فقد العصبية ولم تستغرق الفروض التركة يرد الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم أمّا البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن وإن نزلت فإنه يرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصبية بالنفس من الأخوة والعمومة وصندوق الدولة

وبهذا الفصل وقع تجريد صندوق الدولة من حقه في هذه الحالة وصار كالمعدوم حكما مما أنجر عنه إلغاء أحكاما سابقة وعضتها بأخرى دون تنصيص على إلغاء ما تعيّن ذن إغاؤه منها الفصول 89، 105، 106، 113، 121، 123، 126، 127، 129، 138.

الباب السادس: في الحجب

<p>الفصل 122 :</p> <p>الحجب منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه بشخص آخر وهو نوعان:</p> <p>-الأول: حجب نقصان عن حصة من الإرث إلى أقل منها.</p> <p>-الثاني: حجب حرمان من الميراث.</p>	<p>المادة 827 :</p> <p>الحجب منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه بشخص آخر وهو نوعان:</p> <p>-الأول: حجب نقصان عن حصة من الإرث إلى أقل منها.</p> <p>- الثاني: حجب حرمان من الميراث.</p>	<p>الرابع: باب الحجب:</p> <p>الحجب في الاصطلاح المنع من كل الميراث أو بعضه، فالأول حجب إسقاط والثاني حجب نقص. وأقدم الكلام على الثاني لقلته ذاكرا في كل من القسمين الحاجب ثم المحجوب (ص35).</p>
<p>الفصل 123 :</p> <p>حجب الحرمان لا يدخل على ستة من الورثة وهم:1-الأب، 2)والأم-3)والابن-4) والبنات-5) والزوج-6) والزوجة.</p> <p>وحجب النقصان يدخل على الزوجين والأبوين والجد وبنت الابن والشقيقة والأخت لأب.</p> <p>الفصل 124 :</p> <p>الحاجبون بالنقص ستة: 1) الابن-2) وابنه-3) والبنات-4) وبنت الابن-5) والإخوة مطلقا-6) والأخت الشقيقة.</p> <p>الفصل 125 :</p> <p>الابن وابنه يحجب كل منهما الزوج بنقله من النصف إلى الربع والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأم بنقلها من الثلث إلى السدس والأب والجد بنقلهما من التعصيب إلى السدس.</p> <p>الفصل 126 :</p>	<p>المادة 828: حجب الحرمان : لا يدخل على ستة من الورثة وهم: 1- الأب، 2- والأم، 3- والابن، 4- والبنات، 5 - والزوج، 6- والزوجة.</p> <p>وحجب النقصان يدخل على الزوجين والأبوين والجد وبنت الابن والشقيقة والأخت لأب.</p> <p>المادة 829 : الحاجبون بالنقص ستة : 1- الابن، 2- وابنه، 3- والبنات، 4- وبنت الابن، 5- والإخوة مطلقا، 6- والأخت الشقيقة.</p> <p>المادة 830 : الابن وابنه يحجب كل منهما الزوج بنقله من النصف إلى الربع، والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأم بنقلها من الثلث إلى السدس.</p> <p>المادة 831: بنت الصلب الواحدة تحجب بنت الابن بنقلها: من النصف إلى السدس، وبنتي الابن بنقلهما</p>	<p>القسم الأول: حجب النقص حجب النقص عبارة عن نقل الوارث من فرض إلى فرض أقل من الأول أو من فرض إلى تعصيب أو عكسه وجملة الحاجبين به ستة: (دون التنصيص) ص35.</p> <p>الحاجب الأول والثاني: الابن وابنه: الابن وابنه وإن سفل واحدا كان أو متعددا يحجب الزوج بنقله من النصف إلى الربع والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأم بنقلها من الثلث إلى السدس، والأب والجد بنقلهما من التعصيب إلى السدس (ص35).</p> <p>الحاجب الثالث: البنت: بنت الصلب الواحدة تحجب بنت الابن بنقلها من النصف إلى السدس وبنتي الابن بنقلهما من الثلثين إلى السدس</p>

<p>بنت الصلب الواحدة تحجب بنت الابن بنقلها من النصف إلى السدس وبنتي الابن بنقلها من الثلثين إلى السدس والأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب والشقيقتين أو لأب بنقلها من الثلثين إلى التعصيب والزوج بنقله من النصف إلى الربع والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأم بنقلها من الثلث إلى السدس والأب والجد بنقلها من التعصيب إلى السدس ولهما الباقي بالتعصيب إن كان.</p>	<p>من الثلثين إلى السدس ، والأخت الشقيقة أو لب بنقلها من النصف إلى التعصيب، والشقيقتين أو لأب بنقلها من الثلثين إلى التعصيب. والزوج بنقله من النصف إلى الربع، والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن ، والأم بنقلها من الثلث إلى السدس، والأب والجد بنقلها من التعصيب إلى السدس ولهما الباقي من التعصيب إن كان.</p>	<p>والأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب والشقيقتين أو لأب بنقلها من الثلثين إلى التعصيب والزوج بنقله من النصف إلى الربع والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأم بنقلها من الثلث إلى السدس والأب والجد بنقلها من التعصيب إلى السدس، ولهما الباقي بالتعصيب إن كان (ص35).</p>
<p>الفصل 127 : بنت الابن تحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهن من أخ أو ابن عم مساو لهن في الدرجة فتنتقل الواحدة من النصف إلى السدس والاثنتين من الثلثين إلى السدس وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب والشقيقتين أو لأب بنقلها من الثلثين إلى التعصيب والزوج بنقله من النصف إلى الربع والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن والأم بنقلها من الثلث إلى السدس والأب والجد بنقلها من التعصيب</p>	<p>المادة 832 : بنت الابن تحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهن من أخ أو ابن عم مساو لهن في الدرجة فتنتقل الواحدة من النصف إلى السدس، والأثنتين من الثلثين إلى السدس، وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب، والشقيقتين أو لأب بنقلها من الثلثين إلى التعصيب، والزوج بنقله من النصف إلى الربع، والزوجة بنقلها من الربع إلى الثمن ، والأم بنقلها من الثلث إلى السدس، والأب والجد بنقلها من التعصيب إلى</p>	<p>الحاجب الرابع: بنت الابن بنت الابن الواحدة كالبنات عند فقدها، فتحجب من تحتها من بنات الابن حيث لا معصب لهن من أخ أو ابن عم مساو لهن في الدرجة ، فإن كانت التي تحتها واحدة فتنتقلها من النصف إلى السدس وإن زادت على الواحدة فتنتقل الجميع من الثلثين إلى السدس، وتحجب الأخت الشقيقة أو لأب بنقلها من النصف إلى التعصيب، والشقيقتين أو لب بنقلها من الثلثين إلى التعصيب، والزوج بنقله من النصف إلى الربع ، والزوجة بنقلها من</p>

<p>إلى السدس ولهما الباقي بالتعصيب إن كان. أما الإخوة ذكورهم وإنائهم كيفما كانت حجّتهم وسواء كانوا وارثين أو محجوبين يحجبون الأم بنقلها من الثلث إلى السدس.</p>	<p>السدس ولهما الباقي بالتعصيب إن كان. المادة 833 : الإخوة ذكورهم وإنائهم كيفما كانت حجّتهم وسواء أكانوا وارثين أم محجوبين يحجبون الأم بنقلها من الثمن إلى السدس.</p>	<p>الربع إلى الثمن ، والأم بنقلها من الثلث إلى السدس، والأب والجد بنقلهما من التعصيب إلى السدس، ولهما الباقي بالتعصيب إن كان (ص:35، 36).</p>
<p>الفصل 128 : الأخت الشقيقة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به والأختين للأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب.</p>	<p>المادة 834 : الأخت الشقيقة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معهما أخ لأب.</p>	<p>الحاجب الخامس: الأخوة مطلقاً الأخوان فأكثر ذكّرين كانا أو أنثيين شقيقتين أو لأب، أو لأم وارثين أو محجوبين يحجبان الأم بنقلها من الثلث إلى السدس (36). الحاجب السادس : الأخت الشقيقة</p>
<p>حجب الحرمان أو الإسقاط : المادة 835: الحاجبون بالحرمان ستة عشر: 1- الابن، 2- وابنه وإن سفل، 3- والبنت، 4- وبنات الابن، 5- والأخ الشقيق، 6- والأخ للأب 7- وابن الأخ الشقيق، 8- وابن الأخ للأب، 9- والعمّ الشقيق، 10- وابن العمّ الشقيق، 11- والبنت أو بنت الابن مع الشقيقة، 12- والأختان الشقيقتان، 13- والأب، 14- والجد، 15- والأم، 16- والجدّة للأمّ.</p>	<p>حجب الحرمان أو الإسقاط : المادة 835: الحاجبون بالحرمان ستة عشر: 1- الابن، 2- وابنه وإن سفل، 3- والبنت، 4- وبنات الابن، 5- والأخ الشقيق، 6- والأخ للأب 7- وابن الأخ الشقيق، 8- وابن الأخ للأب، 9- والعمّ الشقيق، 10- وابن العمّ الشقيق، 11- والبنت أو بنت الابن مع الشقيقة، 12- والأختان الشقيقتان، 13- والأب، 14- والجد، 15- والأم، 16- والجدّة للأمّ.</p>	<p>الأخت الشقيقة الواحدة تحجب الأخت للأب بنقلها من النصف إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب تعصب به ، والأختين لأب بنقلهما من الثلثين إلى السدس إذا لم يكن معها أخ لأب كذلك ، فالأخت للأب مع الشقيقة كبنت الابن مع البنت ، فكما أنّ بنت الابن وإن تعددت ترث السدس مع الشقيقة مالم يكن لها معصب (ص 36). القسم الثاني: حجب الإسقاط (ص 36).</p>
<p>الفصل 129: الحاجبون بالحرمان ستة عشر:</p>	<p>المادة 836: لا يرث مع الابن ولا ابن الابن وإن سفل من تحت كلّ من</p>	<p>حجب الإسقاط عبارة عن منع الوارث من كل ما كان يرثه، وجملة الحاجبين فيه</p>

<p>(2) الابن-2) وابنه وإن سفل- 3) والبننت-4) وبننت الابن-5) والأخ الشقيق-6) والأخ للأب-7) وابن الأخ الشقيق-8) وابن الأخ للأب-9) والعم الشقيق-10) وابن العم الشقيق-11) والبننت أو بنت الابن مع الشقيقة-12) والأختان الشقيقتان 13- والأب- 14) والجد-15) والأب-16) والجددة لأب الفصل 130: لا يرث مع الابن ولا ابن الابن وإن سفل من تحت كل من أولاد الابن ذكورا أو إناثا ولا الأخوة أشقاء أو لأب أو لأم ولا الأعمام أشقاء أو لأب الفصل 131: لا يرث مع البننت أو بنت الابن الأخ للأم واحدا كان أو متعددا ذكرا أو أنثى ولا يرث مع البننتين الأخ للأم ولا بنت الابن واحدة أو أكثر حيث لا معصب لها من أخ أو ابن عم مساو وترث معه البقية بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين ومثل البننتين ومثل البننتين بنتا الابن بالنسبة لمن تحتها من بنات ابن الابن. المادة 838: لا يرث مع الأخ الشقيق الأخ للأب واحدا أو متعددا، ولا العم شقيقا أو لأب وأما الأخ لأم فلا يحجب بالشقيق. المادة 839: لا يرث مع الأخ للأب العم شقيقا أو لأب ولا أبناء الأخ ولو كان شقيقا المادة 840: لا يرث مع ابن الأخ الشقيق العم ولو كان شقيقا ولا ابن الأخ للأب، ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ. المادة 841: لا يرث مع ابن الأخ للأب العم ولو كان شقيقا ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ ولو كان</p>	<p>سبعة عشر:1) الابن وكذا ابنه وإن سفل عند عدمه: لا يرث مع الابن من تحته من أولاد الابن ذكورا كانوا أو إناثا منه من غيره ولا الأخوة أشقاء كانوا أو لأب أو لأم ولا الأعمام أشقاء كانوا أو لأب ، وأما العم لأم فقد تقدم أنه لا قدم له في الميراث وكذا يقال في ابن الابن بالنسبة لمن تحته ولغيره وهو كالابن إرثا وحجبا وتعصبا (ص37)</p> <p>2) (3+) البننت وبننت الابن: لا يرث مع البننت أو بنت الابن الأخ للأم واحدا كان أو متعددا ذكرا كان أو أنثى (ص37).</p> <p>4- البننتان أو بنتا الابن عند عدم البننتين : لا يرث مع البننتين الأخ للأم مطلقا، كما تقدم في البننت ولا بنت الابن واحدة كانت أو أكثر، حيث لا معصب لها، أما إذا كان معها معصب من أخ أو ابن عم مساو لها في الدرجة فإنها ترث معه البقية بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين، وما قيل في البننتين يقال في بنتي الابن بالنسبة لمن تحتها من بنات ابن الابن وعدم إرث الأخوة للأم معها كبننت الابن (ص37).</p> <p>5- الأخ الشقيق :</p>
--	--

<p>العم شقيقا أو لأب وأما الأخ للأم فلا يحجب بالشقيق. الفصل 133 : لا يرث مع الأخ للأب العم شقيقا أو لأب ولا أبناء الأخ ولو كان شقيقا. الفصل 134 : لا يرث مع ابن الأخ الشقيق العم ولو كان شقيقا ولابن الأخ للأب ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ الفصل 135 : لا يرث مع ابن الأخ للأب العم ولو كان شقيقا ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ ولو كان شقيقا الفصل 136 : لا يرث مع العم الشقيق العم للأب ولا من تحته من أبناء العم شقيقا كان أو لأب. الفصل 137 : لا يرث مع ابن العم الشقيق ابن العم لأب ولا من تحته من أبناء أبناء العم الشقيق أو لأب. الفصل 138 : لا يرث مع البنث والشقيقة أو بنت الابن والشقيقة الأخ للأب تعدد أو اتحد. الفصل 139 : لا ترث مع الشقيقتين الأخت للأب إذا لم يكن معها أخ</p>	<p>شقيقا . المادة 842 : لا يرث مع العم الشقيق العم لأب ولا من تحته من أبناء العم شقيقا كان أو لأب . المادة 843 : لا يرث مع ابن العم الشقيق ابن العم للأب، ولا من تحته من أبناء أبناء العم الشقيق أو لأب. المادة 844 : لا يرث مع البنث والشقيقة أو بنت الابن والشقيقة الأخ للأب تعدد أو اتحد. المادة 845 : لا يرث مع الشقيقتين الأخت للأب إذا لم يكن معها أخ يعصمها . المادة 846 : لا يرث مع الأب الجدّ ولا الجدّة للأب ولا العم ولا الأخ . المادة 847 : لا يرث مع الجدّ من كان أعلى منه من الجدود ولا الإخوة للأم، ولا العم ولا أبناء الأخ. المادة 848 : لا ترث مع الأم الجدّة للأمّ ولا الجدّة للأب. المادة 849 : لا ترث مع الجدّة للأمّ الجدّة للأب إذا كانت أبعد منها درجة. شقيقا .</p>	<p>لا يرث مع الأخ الشقيق الأخ للأب واحدا كان أو متعددا ذكرا أو أنثى ولا العم شقيقا كان أو لأب واحدا أو متعددا وأما الأخ للأمّ فإنه لا يحجبه لأنه وارث بالفرض وهو لا يحجب إلا العاصب مثله . 6) ابن الأخ الشقيق : لا يرث مع ابن الأخ الشقيق العم ولو كان شقيقا ولا ابن الأخ للأب ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ (ص 37) 7) الأخ للأب : لا يرث مع الأخ للأب العم مطلقا شقيقا كان أو لأب ولا من تحته من أبناء الأخ ولو كان شقيقا. (ص 38) 8) ابن الأخ للأب : لا يرث مع ابن الأخ للأب العم ولو كان شقيقا ولا من تحته من أبناء أبناء الأخ ولو كان شقيقا (ص 38). 9) العم الشقيق : لا يرث مع العم الشقيق العم للأب ولا من تحته من أبناء العم شقيقا كان أو لأب (ص 38). 10) : ابن العم الشقيق : لا يرث مع ابن العم الشقيق ابن العم للأب ولا من تحته من أبناء أبناء العم ولو كان شقيقا (ص 38).</p>
--	--	--

<p>يعصمها.</p> <p>الفصل 140 :</p> <p>لا يرث مع الأب الجد ولا الجدة للأب والعم ولا الأخ.</p> <p>الفصل 141 :</p> <p>لا يرث مع الجد من كان أعلى منه من الجدود ولا الأخوة للأم ولا العم ولا أبناء الأخ.</p> <p>الفصل 142 :</p> <p>ولا ترث مع الأم الجدة للأم ولا الجدة لأب.</p> <p>الفصل 143 :</p> <p>لا ترث مع الجدة للأم الجدة للأب إذا كانت أبعد منها درجة</p> <p>الفصل 143 مكرر : (أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 :</p> <p>عند فقد العصبية ولم تستغرق الفروض التركية يرد الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.</p> <p>أما البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن و وإن نزلت فإنه يرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصبية بالنفس من الأخوة والعمومة وصندوق الدولة.</p>		<p>11. 12) : البنت أو بنت الابن مع الشقيقة:</p> <p>لا يرث مع البنت أو بنت الابن والشقيقة الأخ للأب، واحدا كان أو متعددا ذكرا كان أو أنثى، لأن الشقيقة لما ورثت بالتعصيب مع البنت أو بنت الابن نزلت منزلة الشقيق في التعصيب، وهو يحجب الأخ للأب فكذلك هي، ولا فرق بين الواحدة والمتعددة في كل من البنت وبنت الابن والشقيقة، فالمدار على كون الشقيقة عاصبة (ص:38).</p> <p>13) الأختان الشقيقتان :</p> <p>لا ترث مع الشقيقتين الأخت للأب واحدة كانت أو متعددة حيث لم يكن معها أخ يعصمها فالأخت للأب مع الشقيقتين بمنزلة بنت الابن مع البنيتين، فكما أنّ بنت الابن مع البنيتين تسقط إذا لم يكن معها أخوها يعصمها، فكذلك الأخت للأب مع الشقيقتين تسقط إذا لم يكن معها أخوها يعصمها.(ص:39)</p> <p>14) الأب :</p> <p>لا يرث مع الأب الجد ولا الجدة للأب ولا العم ولو كان شقيقا ولا الأخ ولو كان شقيقا وذلك لقاعدة أنّ من تقرب للهالك بشخص، فإنه يسقط</p>
--	--	--

		<p>مع وجوده، واستثنوا من هذه القاعدة الأخوة للأم، فإنهم تقربوا للخالك بأهمهم ومع ذلك يرثون معها فرضهم الثلث (ص: 39).</p> <p>15) الجد:</p> <p>لا يرث مع الجد أبوه وهو الجد الأعلى ولا الأخوة للأم، ولا العم ولو كان شقيقا، ولا أبناء الأخ ولو كان شقيقا(ص:39).</p> <p>16) الأم:</p> <p>لا يرث مع الأم الجدة للأم ولا الجدة للأب أما حجتها للجدة للأم فللقاعدة السابقة وهي كل من تقرب للخالك بشخص فإنه يسقط مع وجوده إلا الأخوة للأم، والجدة للأم إنما تقربت بالأم، وأما حجتها للجدة للأب فلأن الأصل في الميراث إنما هي الجدة للأم، والجدة للأب إنما ورثت بالحمل عليها، فهي فرع عنها في الميراث وحاجب الأصل يحجب الفرع بالأولى (ص:39).</p> <p>17) : الجدة للأم : لا ترث مع الجدة للأم الجدة الجدة للأب إذا كانت أبعد منها كأم الأم وأم أب الأب إلا على رأي من يورث ثلاث جدات وهو زيد <small>عليه السلام</small> والمذهب خلافه كما تقدم في فرض السدس (ص:40).</p>
--	--	--

يُعدّ الحجب من عوارض الميراث ذلك أنّ الوارث حتّى وإن توقّرت فيه شروط الميراث وانتفت الموانع في حقّه إلّا أنّه قد يعترضه عارض الحجب أو العول يمنعه من كلّ منابه أو جزء منه. يُعدّ الحجب باعتباره تقنية إرثية يتم بمقتضاها ترتيب الورثة من حيث استحقاق الميراث ومقدار هذا الاستحقاق تتميّز هذه التّقنية بطابع ألي وصارم من جهة حيث بمجرد توفر حاجب ومحجوب تطبّق القاعدة حجب النقصان والحرمان وهو كذلك تقنية إرثية مرنة خاصّة مع مؤسّسة الرّدّ والوصيّة الواجبة والمسائل الخاصّة حيث اقتضى اجتماع نوع من الورثة فيها تعديل أحكامها وإعطائها حلاولا خاصّة لذلك ارتأى المشرّع التّونسي التغيير في تقنية الحجب من ناحية والمحافظ على الأصول العامّة لهذه التّقنية من ناحية أخرى جعل منها تقنية متفردة في القانون التّونسي عن مثيلتها في القوانين الوضعيّة الأخرى خاصّة العربيّة والإسلاميّة⁽¹⁾.

اللّواحق

الباب السابع : في أحكام مسائل خاصّة

<p>المسألة المشتركة الفصل 144 : إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدة وإخوة للأم وشقيقا فأكثر فإن الأخوة للأم والأشقاء يقتسمون ما فضل عن فرض الزوج والأم أو الجدة بينهم على السواء لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى</p>	<p>الباب الثامن : في أحكام مسائل مختلفة المادة 850 : إذا تركت المرأة زوجها وأما وجدة وإخوة للأم وشقيقا فأكثر فإن الإخوة للأم والأشقاء يقتسمون ما فضل عن فرض الزوج والأم أو الجدة بينهم على السواء لا فرق في ذلك بين</p>	<p>السادس باب الشواذ الست : المراد بالشواذ المسائل التي خرجت عن القاعدة وانفردت بحكم يخصها من شذ يشذ بالكسر والضم إذا انفرد وخرج عن طريقة الأكثرين فليشذونها كانت ظاهرة لكل طالب كالنخلة الشاذة. مسألة الحمارة : وتسمى أيضا بالحجرية واليمية والمشتركة وهي زوج وأم أو جدة وأخوة لأم وشقيق فأكثر، فلو فرضنا أنّ الأخوة أربعة اثنان لأم أحدهما ذكر والثاني أنثى وشقيقان كذلك فأصل المسألة من ستة لاجتماع النصف والسدس فرضي الزوج والأم أو الجدة نصفها للزوج ثلاثة وسدسها</p>
--	---	--

(1) الشابي (حاتم): الحجب في الميراث، تونس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1 2012، ص: 27

<p>والشقيق والذي للأم. فلو كان مع الأشقاء إخوة لأب سقطوا.</p>	<p>الذکر والأنثى والشقيق والذي للأم فلو كان مع الأشقاء إخوة لأب سقطوا- وتعنون هذه المسألة بالمشتركة والحمارية</p>	<p>للأم واحد ويبقى اثنان لا ينقسمان على أربعة وإنما يوافقانها بالنصف فتضرب نصف الأربعة اثنين في الأصل الذي هو ستة ومنها تصح للزوج ستة وللأم اثنان ولكل أخ من الأربعة واحد لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى شقيقا كان أو لأم ووجه شدوذه وخروجها عن القاعدة أنّ الأخوة للأم لا يرثون الثلث بالفرض ولو أخذوا الثلث لم يبق شيء للأشقاء لأنهم وارثون بالتعصيب ولا شيء للعاصب عند عدم الفضلة فيلزم حرمان الشقيق الذي تقرب للهالك بأبويه وميراث الأخ للأم الذي ليس له من القرب إلا جهة الأم فقط فلذلك أسقط سيدنا عمر <small>رضي الله عنه</small> الأشقاء نظرا لكونهم عصبه ووژث الأخوة للأم نظرا لكونهم وارثين بالفرض ولما نزلت مرة ثانية وأراد إسقاطهم كالمرة الأولى قام الأشقاء على الأخوة للأم مختصمين لديه وقالوا: يا أمير المؤمنين هؤلاء استحقوا الثلث بأهمهم وأهمهم هي أمنا هب أن أبانا حمار أو حجر ملقى في اليم أليست الأم تجمعنا وبذلك يعلم وجه تسميتها بالحمارية والحجرية واليمية فحضى <small>رضي الله عنه</small> وأرضاه بالاشترار بينهم في الثلث الذكر والأنثى فيه سواء، ولا فرق بين الأخوة للأم والأخوة الأشقاء كما بينته وبذلك يعلم وجه تسميتها بالمشتركة ولما قضى رضي الله عنه بالاشترار قيل له يا أمير المؤمنين إنك قضيت فيها عاما أول بغير هذا فقال تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي ويشترط في كونها حمارية تعدد الأخوة للأم ووجود ذكر من الأشقاء فأكثر (ص:56).</p>
<p>المسألة المالكية الفصل 145 : إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدة وإخوة لأم وشقيقا فأكثر وجدا، فللزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللجد السدس، وللأخ الشقيق أو الذي للأب الباقي</p>	<p>المادة 851 : إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدة وإخوة لأم وشقيقا فأكثر وجدا، فللزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللجد السدس، وللأخ الشقيق أو الذي للأب الباقي</p>	<p>مسألة المالكية : سميت بذلك لأن الإمام مالكا <small>رضي الله عنه</small> سئل عنها وهي أن يكون في مكان الأشقاء من شبه المالكية أخوة لأب وصورتها زوج وأم وأخوة للأم وجد وأخ لأب ذكر فأكثر، فأصل المسألة من ستة: للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس واحد وللجد السدس واحد وبقي واحد للأخ لأب بالتعصيب وقد علم من أحوال الجد أنه إذا كان مع الأخوة وأصحاب الفروض يخير بين ثلاث: السدس من الكامل، أو</p>

<p>بالتعصيب وهو السدس ولا شيء للأخوة للأم.</p>	<p>بالتعصيب وهو السدس، ولا شيء للأخوة للأم لحجهم بالجدّ وتعنون هاتان الفريضتان بالمالكية وشبه المالكية وقد درجنا فيهما على مختار ابن يونس وهو مذهب زيد.</p>	<p>ثلث الباقي، أو مقاسمة الأخوة، والأفضل له في هذه المسألة السدس وهذا مذهب زيد، وذهب مالك إلى أن الباقي عن الزوج والأم وهو الثلث يكون للجد ولا شيء للأخ لأب لأن من حجة الجد أنه يقول له لو كنت دوني يعني مع الزوج والأم والأخوة للأم لما ورثت شيئاً لاستغراق الفروض المال كله حيث يأخذ الزوج النصف ثلاثة والأم السدس واحداً والأخوة للأم الثلث اثنين لأنك عاصب والعاصب لاشيء له عند عدم الفضلة فما حجبت الأخوة للأم إلا لأخذ حظهم، لا لتأخذ منه شيئاً، ووجه خروجه عن القاعدة إسقاط الأخ لأب بدون حاجب حقيقي، لأن الجد ليس له أن يحجب إلا الأخوة للأم ويأخذ فرضه ومذهب مالك في المسألتين هو المشهور وما ذهب إليه زيد هو قول مالك أيضاً لكنه غير مشهور (58، 57).</p> <p>مسألة : شبه المالكية : سميت بذلك لقياسها عن التي سئل عنها الإمام وهي أن يكون مع ورثة الحمارة جد، فذهب زيد <small>رضي الله عنه</small> إلى أن الجد يأخذ السدس ويأخذ الأشقاء ما بقي، ولا شيء للأخوة للأم لحجهم بالجد نفاصل المسألة من ستة كما تقدم نصفها للزوج ثلاثة، وسدسها للأم أو الجدة واحد وسدسها للجد واحد، ويبقى واحد للشقيق يأخذه بالتعصيب ولا شيء للأخوة للأم لحجهم بالجد.</p> <p>وذهب مالك <small>رضي الله عنه</small> إلى أن الباقي على الزوج والأم أو الجدة وهو الثلث يكون للجد وحده، لأن من حجة الجد أن يقول للأشقاء لو كنتم دوني، يعني في المسألة الحمارة لما ورثتم إلا بأمكم خاصة، وأنا أحجب كل من يرث من جهة الأم.</p> <p>ولا تكون هاته المسألة من الشواذ الخارجة عن القاعدة إلا على مذهب مالك ووجه خروجها عن القاعدة حرمان الأشقاء بدون حاجب حقيقي أما على مذهب زيد فالفقه فيها جار على القاعدة حيث أخذ الجد سدسه بالفرض والأشقاء ما بقي بالتعصيب وأسقطت الأخوة للأم لحجهم بالجد (ص: 56، 57).</p>
--	---	---

<p>المسألة الأكدريّة الفصل 146 : إذا تركت المرأة زوجها وأما وأختا شقيقة أو لأب ولأب وجدًا، فللزوجة والنصف واللأم الثلث وللأخت النصف وللأم الثلث واللأخت النصف وللجد السدس لكن يجمع ما ينوب الأخت والجد ويقسم بينهما للذكر مثل حظّ الأنثيين- مثل حظ الأنثيين</p>	<p>المادة 852 : إذا تركت زوجا وأما وأختا شقيقة أو لأب وجدًا، فللزوجة والنصف واللأم الثلث وللأخت النصف، وللجد السدس، ولكن يجمع ما ينوب الأخت والجد ويقسم بينهما للذكر مثل حظّ الأنثيين- وتعنون هذه بالأكدريّة</p>	<p>مسألة الأكدريّة : وهي زوج وأم وأخت واحدة شقيقة أو لأب وجد، فأصل المسألة من ستة وتعول لتسعة لأن نصفها ثلاثة للزوج وثلثها اثنان للأم، ونصفها ثلاثة للأخت، وسدسها واحد للجد فالمجموع تسعة ثم إن ما ينوب الأخت والجد يضم أحدهما للآخر، والحاصل وهو أربعة تقسم على الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وهي لا تنقسم عليهما فتضرب الثلاثة عدد رؤوسهما في تسعة أصل المسألة بعولها بسبعة وعشرين فللزوجة تسعة حاصلة من ضرب ما بيده في ثلاثة وللأم ستة حاصلة من ضرب ما بيدهما في ثلاثة مقسومة عليهما للذكر مثل حظ الأنثيين للأخت أربعة وللجد ثمانية وسميت بالأكدريّة قيل لأن عبد الملك بن مروان ألقاها على رجل اسمه أكر وكان يحسن الفرائض فأخطأ فيها فنسبت إليه وقيل لأن الجد كدر فيها صفو الأخت بجمع سهمها لسهماء وقسم الحاصل عليهما كيفما ذكر وكانت الأخت تظن أن القسمة مع الجد تأتي بخير وقيل غير ذلك والحاصل أنها وجوه تلتمس لوجه التسمية لا لبناء الحكم الشرعي لأنه مبني على مدارك عالية (ص 58). (59).</p>
---	--	---

الباب الثامن : في مسائل متنوعة

<p>الفصل 147 : يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجهم حجب نقصان فإن كان يحجهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة. الفصل 148 : إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجهم حجب نقصان فمن لا يتغير فرضه يعط حظه ومن يتغير</p>	<p>المادة 853 : وقرئت المادّة الثالثة والخمسون بعد الثمانمائة بالألحقة في حكم قسم التركة بين الورثة إذا كان فهم حمل من زوجة وهذه المادة المصدّر بها . الفصل التاسع في مسائل متنوعة المادة 854 : فأفاد جناب المولى الوزير أنّ المذهبيّين يختلفان في هذا الشأن. ففي المذهب الحنفيّ يمكن قسم التركة ويوقف للحمل نصيب ابن واحد على المختار أو بنت واحدة أيهما كان أكثر على ما عليه الفتوى لأنّه الغالب مع تكفيل بقية</p>	<p>لم يذكر ميراث الحمل</p>
---	--	------------------------------------

<p>الورثة احتياطا لما عسى أن يظهر أنّ الحمل أكثر من واحد .</p> <p>وفي المذهب المالكي يوقف قسم عموم التركة إذا وجد الحمل مطلقا في جميع الحالات المقررة بالمادة إلى وضع الحمل وانتهاء أقصى أجله.</p> <p>وفوض جانب المولى الوزير للجنة اختيار ما ترى فيه المصلحة للعمل به من المذهبين في هذا الشأن.</p> <p>فمال عميد الرؤساء إلى اختيار توقيف مناب للحمل وقسمة الباقي بين أربابه دفعا لما عسى أن يحدث من أضرار سبقت الإشارة إليها بسبب ادعاء الحمل من بعض النسوة اللاتي لا يقصدن بادعائهن إلا التنيكل بباقي الورثة بقصر أيديهم عن الوصول إلى حقوقهم من التركة في الوقت المناسب.</p> <p>ولا حظ جناب المولى الوزير أنّ التعجيل بقسمة بعض التركة بين الوارثين المحقق إرثهم وإيقاف البعض إلى وضع الحمل لظهور الحال بالنسبة للمشكوك فهم ربّما جرّ إلى عدم التعادل في الحالة إذا طرأ تغيير بسبب ما على المقدار الموقوف من التركة وهذا ممّا يرجح مصلحة القسمة في وقت واحد.</p> <p>واقترح الأستاذ الفاضل تأخير النظر في هذا الموضوع إلى أن يقع البتّ في موضوع أقصى مدّة الحمل.</p> <p>وأيد السيد الشاذلي القسطلي ملحا في طلب تقصير مدّة انتظار الحمل بما يمكن من الوسائل الشرعية التي لا تختلف عن نظريات الكشف والطب الحديث.</p> <p>فلم ير جناب المولى الوزير مانعا من الموافقة على هذا الترتيب خصوصا وهو يودّ أن تطلع اللجنة على ما سيعرضه عليها ما حزره في هذا الموضوع فوقع الاتفاق على إرجاء النظر في هذه المادة مع الاحتفاظ برتيبها في هذا الباب وعلى أن تسجل بنص المادة 854.</p> <p>المادة 724 : إذا كان من ورثة الهالك مفقود: يقدر المفقود حيّا ويقدر ميتا ويعطى الوارث غير المفقود أقلّ نصيبه، ويوقف المشكوك فيه وهو نصيب المفقود، وما اختلف حاله من نصيب غيره إلى أن تتبين حياته أو موته فإن لم تتبين ومضت مدّة التعمير فلا يرث المفقود، ويقسم المال الموقوف على مستحقيه من ورثة</p>	<p>فرضه من الأكثر إلى الأقل يعطى الأقل ومن يسقط في إحدى حالتى الحمل لا يعطى شيئا.</p> <p>الفصل 149 :</p> <p>إذا ادعت المرأة الحمل وأكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة.</p> <p>الفصل 150 :</p> <p>إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز العام.</p> <p>ولا يرث الحمل غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين:</p> <p>الأولى: أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة عدة موت أو فرقة ومات المورث أثناء العدة.</p> <p>الثانية : أن يولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة.</p> <p>الفصل 151 :</p> <p>يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيما فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة.</p> <p>الفصل 152 :</p> <p>يرث ولد الزنا من الأم وقرابتها وترثه الأم وقرابتها.</p>
--	---

	<p>مورث المفقود كما تقرر بالمادة 800 من باب أحكام المفقود.</p> <p>المادة 855 : الخنثى وهو ماله ألتنا رجل وامرأة: يعتبر ذكرا إن بال من الذكّر ويعتبر أنثى إن بال من الفرج فإن بال منهما فالحكم للأسبق، فإن استويا بأن خرج منهما معا فمشكل، وهذا قبل البلوغ، فإن بلغ وخرجت له لحيّة أو احتلم كما يحتلم الرّجل أو وصل إلى امرأة فرجل، وإن ظهر له ثدي أو حاض أو حمل أو أتى كما يؤتي النّساء فامرأة، وإن لم تظهر له علامة أصلا أو تعارضت العلامات فمشكل وله حينئذ في الميراث نصف نصيبه باعتبار فرضه ذكرا ونصف نصيبه باعتبار فرضه أنثى فإذا كان له على تقدير كونه ذكرا سهمان وعلى تقدير كونه أنثى سهم يكون له سهم ونصف وهذا إذا كان يرث بجته الذكورة والأنوثة وكان إرثه بهما مختلفا كابن وابن العم.</p> <p>أما لو ورث بالذّكور فقط كالعم وابن العمّ فله نصف نصيبه على تقدير الذكورة وإذا ورث بالأنوثة فقط أعطى نصف نصيبه على تقدير كونه أنثى، فلو اتّحد نصيبه على تقدير كونه ذكرا أو أنثى كالأخ للأمّ أعطي السّدس إن اتّحد والثلث مع غيره إن تعدّد.</p> <p>المادة 856 : ولد الزنا وولد المغتصبة يرثان أمهما وترث منهما، وتوأما الزانية وتوأما المغتصبة أخوان لأم، أما توأما الملائنة فيتوارثان على أنّهما شقيقان ومثلهما توأما المسيبة والمستأمنة.</p> <p>المادة 857 :</p> <p>إذا لم يوجد عاصب من النّسب أو الولاء فالباقي بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم لبيت المال ولا يردّ على ذوي السّهام ولا يدفع لذوي الأرحام.</p>	
--	--	--

التوصيات :

- ضرورة مراجعة بعض فصول مجلّة الأحوال الشخصية من كتاب المواريث رفعا للالتباس والتضاد وجعلها وحدة متكاملة تضمن حقوق الورثة، وتكرس التوزيع العادل للتركة بين مستحقيها.

- إضافة فصول : تجرم التعدي على منابات الورثة وضمان حسن انتقال التركة لأصحابها
- التأكيد على البعد التكافلي بين الورثة في تقسيم التركة ميراثا ووصية وصدقة.

التقرير الختامي لندوة القيروان

فدوى القهواجي

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

لَا تَحْسَبَنَّ الْعِلْمَ يَنْفَعُ وَحْدَهُ مَا لَمْ يُتَوَّجَّ رَبَّهُ بِخَلْقِ
"الحمد لله حمدا ليس منحصرًا على أياديه ما يخفى وما ظهر
ثم الصلاة وتسليم المهيمن ما هبَّ الصَّبا فأدرَّ العارض المطرا
على الذي شاد بنيان الهدى فسما وساد كلَّ الورى فخرًا وما افتخرًا
نبينا أحمد الهادي وعترته وصحبه وكلَّ من آوى ومن نظرًا"⁽¹⁾.

1- بهذا النظم لمقدّمة رسالة ابن أبي زيد القيرواني، شيخ المالكيّة بالمغرب وسليل القيروان منارة العلم والدين التي تستضيفنا اليوم، أبدأ التقرير الاختتامي لندوتنا المعنونة "إشعاع الفقه المالكي على التّقنين المدني في تونس"، حيث ندرّس في كليات الحقوق كما درّسنا سلفنا أنّ الفقه الإسلامي هو أهمّ المصادر الماديّة للتّقنين عامّة والتّقنين المدني خاصّة يستقي العديد من أحكامه، وعلى الأخص الفقه المالكيّ.

2- فأما التّقنين المدنيّ فيقصد به جملة الأحكام والقواعد المدوّنة في نصوص ومجلّات قانونيّة، وذلك في سياق فلسفة منسجمة. ويتوزّع بذلك على أعمدة ثلاث، تجسّدها تباعا، مجلّة الالتزامات والعقود ومجلّة الأحوال

(1) انظر: مقدّمة رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشيخ أحمد بن مشرف المالكيّ الأحسائيّ، الجامعة الإسلاميّة بالمدينة المنورة، توزيع المكتب التعليمي السّعوديّ بالمغرب، غير مؤرّخ، ص.10.

الشخصية، فمجلة الحقوق العينية. وأمّا الفقه المالكيّ فهو تلك المنظومة المتكاملة من الأحكام والقواعد التي تنظم على حدّ السواء العبادات والمعاملات، وهو الجانب الذي يهّمنا في هذا الملتقى.

3- وعلاقة التقنين المدنيّ بالفقه المالكيّ في تونس وطيدة في التاريخ، إذ يقسّم الباحثون تطوّر القانون المدني إلى ثلاثة مراحل: مرحلة النشأة بعد سقوط قرطاج وهيمنة القانون الروماني، تليها مرحلة الفتح الإسلامي حيث أصبح الفقه الإسلامي مصدر القانون المدني للبلاد، وخاصة المذهب المالكي الذي غدا هو القانون المدني المطبّق مباشرة من المحاكم الشرعيّة في كلّ ما يخصّ المسائل المتعلقة بقانون العائلة والميراث والمعاملات والملكيّة وغيرها. واشتهر في تلك الفترة العديد من الفقهاء والقضاة كالإمام سحنون الذي ولد في القيروان وتوفّي بها وهو صاحب مؤلّف "المدونة في الفقه المالكي". وبقي الاعتماد كلياً على الفقه الإسلاميّ حتّى منتصف القرن التاسع عشر. وهنا تأتي المرحلة الثالثة التي تؤرّخ لنشأة القانون المدني الحديث فبعد انتصاب الحماية وقع الإبقاء على تطبيق الفقه الإسلاميّ على الرعايا التونسيين ليخضع الأجانب إلى محاكم خاصّة.

4- وبتاريخ 06 سبتمبر 1896 تألّفت لجنة عهد إليها تدوين تشريع البلاد المدني والتجاري والجزائيّ على غرار المجلّات الفرنسيّة، على أن تترك جانبا مادّتي الأحوال الشخصية ونظام الملكيّة العقاريّة. وقد أبدى محرّر المشروع "دافيد صانتيلانا" تمسّكا لا مثيل له بالفقه الإسلامي، بل انبرى مدافعا عنه وهو المختصّ فيه وصاحب كتاب "دراسة في الفقه المالكي المقارن بالفقه الشافعي"، وهو القائل "يرى بعضهم زاعما أنّ نظام الشريعة الإسلامية غير قابل لأن يصاغ في قوالب كقوالبنا وهو عدوّ آرائنا... إلّا أنه ليس من الإنصاف في شيء أن نصفه بالجمود... فالفقه الإسلامي لا يقف على ضفّة الحياة العمليّة ولا يوصد لها جميع المنافذ..."⁽¹⁾. وقد عُرض هذا المشروع

(1) انظر: محمود بن الشيخ، تعريب كلمة صانتيلانا في مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة، معدّلة، ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء، طبع المطبعة العصريّة، تونس، 1984.

لاحقا على لجنة لتوجيه النّظر الشّرعيّ تألّفت بالخصوص من شيخ الإسلام محمّد بيرم، وأحمد الشّريف رئيس الفتوى على المذهب المالكيّ، وعمر بن الشيخ المفتي المالكي، وبعض شيوخ الحنفيّة كذلك. وكان من ثمار هذا المجهود التّقينيّ ظهور مجلّة الالتزامات والعقود في مرحلة أولى سنة 1906 معتمدة بصفة عامّة في معظم أحكامها المذهب المالكيّ، "مذهب غالبية التونسيّين"، ثمّ مجلّة الأحوال الشخصية سنة 1956، فمجلّة الحقوق العينيّة سنة 1965.

5- ويكتسي البحث في مختلف هذه المجالات القانونية، وفي إشعاع المذهب المالكيّ من خلالها أهمية مزدوجة. فمن الوجهة النظرية البحثية تطرح المسألة ضرورة البحث في المصادر لما له من فوائد أهمّها ردّ الأمور إلى مصادرها. "فمن ضيّع الأصول لم يكن له إدراك الفصول"، "والمنبت عن أصوله كمن لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى". والفقهاء المالكيّ باعتبارهم مصدرا من مصادر التقنين هو مكّون أساسيّ لمختلف القواعد القانونيّة، ولا يمكن للباحث أن يحصل الفهم الضروريّ للمادّة القانونيّة حتّى يتيسّر له لاحقا واجب الإفهام، إلا إذا اكتسب معرفة دقيقة بالمصادر.

6- بيد أنّ البحث يتجاوز البعد النظريّ المجرد، لتكون له أبعاد عمليّة أكيدة يحصل فيها تقاطع ما هو شرعيّ مع ما هو قانونيّ. وهو تقاطع يفترض تجنّب الأحكام التي تصل حدّ المغالاة والتطرف أحيانا بدعوة البعض إلى ضرورة انبثاق التقنين المدنيّ عن جذوره الفقهيّة، مقابل اتّجاه البعض الآخر إلى طرح خيار هجر النصوص القانونيّة مطلقا والاحتكام إلى الفقه الإسلاميّ بعيدا عن كل قانون وضعيّ. وبين هذا وذاك لا مناص من إيجاد حلول توفيقية تؤكّد بما لا يدع مجالا للتشكيك مصدرية الفقه الإسلاميّ وضرورة ملائمة القانون لمصدره الفقهيّ، كلّ ذلك في إطار احترام الدّستور باعتباره القاعدة الأسميّ.

7- ولتدقيق النّظر في جملة هذه المسائل، اتّجه توجيه إشكاليّة البحث في مدى إشعاع الفقه المالكيّ على التقنين المدنيّ في تونس؟ ليقف

المتعمّن في نصوص التّقنين المدني الموزّعة على أعمدة القانون الثلاثة: الملكية والعقد والعائلة، على أنّ هذا التقنين كان في الغالب نقلا أمينا لأحكام الفقه المالكي (I)، إلاّ أنّ ذلك لم يمنع محدوديّة النّقل في بعض المواضع (II).

1- التّقنين المدني التونسيّ والنّقل الأمين لأحكام الفقه المالكيّ:

8- تيسّر هذا النّقل بطريقتين: الاستقاء المباشر حيناً (أ)، والاستقاء غير المباشر حيناً آخر (ب).

أ- النّقل بطريق الاستقاء المباشر:

9- يثبت هذا الاستقاء بالاطّلاع على طرّة المشروع الذي مهّد لصدور مجلّة الالتزامات والعقود، من خلال إحالة مقرّر اللجنة إلى عديد المراجع التي اتجه الأستاذ محمد بوزغيبية⁽¹⁾ إلى إحصائها على غرار مختصر خليل والزرقاني وتبصرة الحكام لبرهان الدين بن فرحون ولامية الزقاق وتحفة ابن عاصم. وقد سرى هذا الاستقاء المباشر إلى كلّ موادّ التقنين المدنيّ

10- فبخصوص العقد، بدأ إشعاع الفقه المالكيّ واضحاً في أحكام الأهلية بدءاً بالفصل 4 من م.ا.ع. الذي لا يرتّب عن اختلاف الأديان فرقاً في أهليّة التّعاقّد، مروراً بعيوب الرّضا. فيتّسق الفصل 61 من م.ا.ع. مع المذهب المالكيّ في إقراره بأنّ الغبن يبطل العقد إذا كان المغبون صغيراً أو ليست له أهلية التصرّف. كذلك حكم الفصلين 58 و59 من نفس المجلّة والمتعلّقين بالتّعاقّد في حال السّكر المغيّر للشّعور والمرض، حيث تبدو الصّحة هي المبدأ، وهو الحلّ الأقرب إلى المذهب المالكيّ. كما تتعدّد أمثلة النّقل في باب البيوع، حيث يقف الباحث على أثر الفقه المالكيّ واضحاً وجليّاً في عديد المواضع، من ذلك ترخيص الفصل 575 من م.ا.ع. ببيع الزّبل بين المسلمين لمصلحة الفلاحة، وتضمّن الفصل 584 حكم بيع الطّعام بين المسلمين، وفي

(1) انظر: مداخلة الأستاذ محمّد بوزغيبية، في هذا الملتقى، "المصادر المالكيّة، للتّقنين المدنيّ، في تونس".

باب ضمان عيوب المبيع أورد الفصل 655 شرط البراءة بأن يتبرأ البائع من كلّ عيب لا يعلمه، وهذا شرط جائز عند الإمام مالك خلافاً للحنفية حيث تبقى المسألة خلافية.

كذلك الأمر في باب الشركة، ذلك أنه من الثابت أنّ أحكام هذا العقد لا يمكن فهمها إلا بالرجوع إلى الفقه المالكي، إذ تتطابق أحكام الفصل 1249 وما يليه من م.ا.ع مع التصوّر المالكي للشركة انعقاداً وأثاراً. ويزداد هذا اليقين ثبوتاً بمطالعة أحكام الشركات الخاصة المضمّنة بنفس المجلّة من مغارسة ومزارعة ومساقاة وحيوان وشركة عمل، حيث خلافاً للمذهب الحنفي الذي يكيّف هذه العقود بأنّها عقود إجارة فإنّ مجلّة الالتزامات والعقود، مالكية المصدر في هذه الجزئية، تنظّمها باعتبارها من عقود الشركة. ونحن اليوم بصدد إعادة اكتشاف هذه الأحكام وإعادة إحيائها برجوع المشرّع إليها في إطار صيغ التّمول الجديدة التي يقترحها الاقتصاد الإسلامي وفق قانون 11 جويلية 2016 المتعلّق بالبنوك والمؤسسات المالية. الأمر الذي يقوم دليلاً على النظرة الاستشراقية للمذهب المالكي من كونه مذهباً صالحاً لكل أوان.

11- أما بخصوص النّقل المباشر للأحكام المالكية في مادّة الأموال والحقوق العينية، فيمكن الوقوف عليه على سبيل الذكر لا الحصر في الجزء المتعلّق بالقسمة الرضائية كما نظّمها الفصل 116 من م.ح.ع. الذي اقتضت عبارته أنه "تمّ القسمة بالمرضاة على حسب ما يتّفق عليه الشّركاء الذين لهم أهلية التصرّف في حقوقهم ولا تثبت إلاّ بكتب". وقد لاحظ الباحثون في المادّة أنه قد تمّت استعادة الشروط الأصلية لهذه القسمة، من رضا وأهلية ومحلّ من المذهب المالكي. كما أن تبنيّ الفصل 131 من ذات المجلّة مبدأ القسمة بالقيمة في قسمة التركات وتجاوز قسمة الرّقاب مردّه التّأثر الواضح بالفقه المالكي الذي عرف مبدأ شبيهاً وهو "قسمة التعديل والردّ".

12- فيما يتعلق بمادّة الأحوال الشخصية، بدت أحكام مجلّة الأحوال الشخصية في باب الميراث نقلا شبه كامل وكليّ لأحكام الفقه المالكي، وهو ما يثبت بتصّحّح القواعد الإرثية الواردة بالفصول من 85 إلى 152 من المجلّة، بدءا بالأحكام العامّة وتحديد الوارثين وحركة الورثة بين ورثة بالفرض وورثة بالتعصيب، وصولا إلى تخصيص الفصل 145 منها للمسألة المالكيّة⁽¹⁾، واعتماد مصطلحات قانونيّة ذات مرجعيّة مالكيّة كما أشار إلى ذلك الأستاذ عبد الباسط قوادري في مداخلته⁽²⁾.

كما امتدّ تأثير الفقه المالكيّ إلى فقه القضاء، إذ أبى هذا الفقه إلّا أن يترك آثاره من خلال ما ثبت له من حضور في العمليّة التأويليّة حيث دأبت المحاكم في فقه قضاء مطّرد على ترجيح قول مالك في مادّة الإقرار بالنسب، بترك الاكتفاء بالإقرار المجرّد واشترط أن لا يبرز الإقرار المثبت للنسب أنّ ولادة الطّفّل المراد إثبات نسبه قد كانت نتيجة علاقة خنائيّة.

ب- النّقل بطريق الاستقاء غير المباشر:

13- تيسّر الاستقاء غير المباشر من المذهب المالكي إمّا بأخذ المشرع لأحكامه عن مصادر قديمة أعدّها شيوخ مالكيّون أو بطريق الإحالة إلى العُرف.

14- فبخصوص الأخذ عن المصادر القديمة، فقد نقل مشرّع الأحوال الشخصية أحكامه غالبا عن لائحة الشيخ جعيّط فورددت في الغالب مالكيّة. ويكفي للتدليل على ذلك الاستشهاد بالفصل الأول من م.أ.ش الذي جاء في "المرآة" والعبارة مالكيّة ولا أثر لها في المذهب الحنفي ولا في غيره من بقية المذاهب الأخرى. كذلك الفصل 2 في استرداد هدايا الخطيبين ويترجم

(1) نصّ الفصل 145 من م.أ.ش. في باب المسألة المالكيّة على ما يلي "إذا تركت المرأة زوجها وأما أو جدّة وإخوة لأُمّ وشقيقا فأكثر وجداً فللزوج النّصف وللأمّ أو الجدّة لئسّس وللجدّ السّدس وللأخ الشقيق أو الذي للأب الباقي بالتعصيب وهو السّدس ولا شيء للإخوة للأمّ".

(2) انظر: مداخلة الأستاذ عبد الباسط قوادري في أشغال هذه الندوة، "تأثير الفقه المالكي في مجلّة الأحوال الشخصية: كتاب الميراث نموذجا".

هذا الفصل موقف الفقه المالكي فإذا كان العدول من جهة الخاطب فلا يرجع شيء وإن كان العدول من جهة الخطيبة استرد الخاطب ما أهداه. والأمر بالمثل في الحضانة حيث ولئن تخلّى الفصل 57 من م.أ.ش عن القائمة التفاضلية التي كان يقرّها في ترتيب الحاضنين فإن أحكام الحضانة بقيت قائمة كلياً على معيار أساسيّ هو "الرائد الوحيد" في إسناد الحضانة كما استقرّت على ذلك محكمة التّعقيب وهو معيار المصلحة، مصلحة الطفل المحضون، ذلك أنّ المصلحة مبدأ من المبادئ الأساسيّة التي يقوم عليها الفقه المالكيّ.

15- النّقل عن مصادر قديمة لم يقتصر على مجلّة الأحوال الشخصية بل شمل كذلك مادة الحقوق العينيّة حيث تعود عديد الفصول والأحكام التي أقرّها المشرّع بمجلّة الحقوق العينيّة سنة 1965 هي أحكام مالكيّة في جوهرها استقاها المشرّع بالأساس من القانون العقاري لسنة 1885 كتعريف العقار بالفصل 3، وتحديد نطاق الملكية بالفصل 18، وتعريف الرهن بالفصل 201، وقسمة المهياة زمانية كانت أم مكانية.

16- التّقنية الثانية للاستقاء غير المباشر من الفقه المالكي هي الإحالة التّشريعيّة على العُرف. والمتعارف عليه أنّ العُرف مصدر لاستنباط الأحكام وأصل من أصول المذهب المالكيّ. فالأحكام الشرعيّة مبنية على المقاصد والعلل تتغيّر حسب الأحوال والحاجيات، ولا يُنكر تغيّر الأحكام بتغيّر الزّمان. من ثمّ تكون العادة مُحكّمة. والتّقنين المدنيّ، على اختلاف موادّه، يزخر بالشّواهد على الإحالة إلى الأعراف شرط أن يكون العرف عاماً وغالباً، وغير منافٍ للنّظام العامّ وللأخلاق الحميدة كما يشترطه الفصل 544 من م.أ.ع.، من ذلك على سبيل المثال الفصل 243 من م.أ.ع الذي أوجب الوفاء بالالتزامات المترتبة لا عن نصّ القانون وحسب، بل كذلك تلك التي يقتضيها العُرف، والفصل 23 من م.أ.ش في فقرته الثانية عندما أوجب على الرّوجين القيام بالواجبات الزوجيّة حسبما يقتضيه العُرف والعادة. كذلك نصّ

الفصل 50 من ذات المجلّة لما أقرّ أنّ التّفقه تشمل ما يعتبر من الضّروريات في العُرف والعادة.

17- الأمثلة متعددة كذلك في قانون الأموال ويكفي للاستشهاد على ذلك ذكر الفصل 168 من م.ح.ع الذي أوجب في غراسة الأشجار بقرب أرض الجار احترام البعد المعين وفق القانون أو بمقتضى العادات.

18- بيد أنّ جميع ما سبق من الشواهد في التدليل على التّأثر الواضح والنّقل الثّابت لأحكام الفقه المالكي من لدن محرّري التّقنين المدنيّ الوطنيّ، لا يمكن أن ينفي بحال محدوديّة هذا النّقل.

II- التّقنين المدنيّ التونسيّ والنّقل المحدود لأحكام الفقه المالكيّ:

19- ولئن بدا التّقنين المدنيّ في معظم أحكامه متأثراً بالفقه المالكيّ إلاّ أنّ ذلك لم يمنع أنه استقى البعض منها من مذاهب أخرى جعلته يتحرّر من النّقل بصفة اقصائيّة عن الفقه المالكيّ (أ)، ليخرج في بعض الأحيان الأخرى تماماً عن مختلف المذاهب التي شكّلت مرجعيته التقليديّة (ب).

أ- النّقل عن مذاهب أخرى:

20- لم يقتصر المشرّع في تقنينه للمادّة المدنيّة على الفقه المالكيّ، بل أنّه اعتمد في كثير من المناسبات على المذهب الحنفيّ، وهو أمر يثبت بمجرد الرجوع إلى إحالات اللجنة المكلفة بالتدوين إلى أمّهات المراجع الحنفيّة على غرار مرشد الحيوان ومجلّة الأحكام العدلية والفتاوى الهندية والأشباه والنظائر لابن نجيم وردّ المحتار لابن عابدين. لذلك وردت عديد الأحكام مستمدّة مصادرها من كلا المذهبين المالكي والحنفي كلّما اتّفق المذهبان، ومثال ذلك النّسب حيث كان حديث الرّسول الأكرم عليه الصّلاة والسّلام "الولد للفراش وللعاهر الحجر" منطلق إثبات النّسب لكلا المذهبين، وهو ما كرّسه مشرّع الأحوال الشخصيّة بالفصل 68 من مجلّة سنة 1956 ليتحوّل الفقه الإسلاميّ في هذه الجزئيّة من مجرد مصدر ماديّ إلى قاعدة قانونيّة ملزمة.

21- كذلك الميراث حيث أخذ المشرع في بعض المواضع لا بالمذهبيين المالكي والحنفي فحسب، بل وكذلك بالمذهب الشافعي وذلك من خلال الفصل 143 من م.أ.ش. في فقرته الأولى في باب الردّ العامّ عندما قرّر أنه عند فقد العصابة ولم تستغرق الفروض التركية، يُردُّ الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.

22- كما تمّ أحياناً تجاوز المذهب المالكي وإقرار حكم المذهب الحنفي، من ذلك الشروط الشكلية للقسمة الرضائية حسب الفصل 116 من م.ح.ع الذي أوجب ثبوت القسمة بالمرضاة بالكتب. وقد تمّ نقل هذا الحكم عن المذهب الحنفي في مخالفة واضحة لمذهب الإمام مالك.

ب- الخروج عن المذاهب التقليدية:

23- ثبت خروج المشرع المدني عن المذاهب التقليدية على الأقلّ في موضعين اثنين، أولهما تبنّيه مؤسّسة الردّ الخاصّ في مادّة الموارث وذلك من خلال الفصل 143 مكرر فقرة 2 من م.أ.ش. الذي أورد نصّه أنّ "البنت تعدّدت أو انفردت أو بنت الابن وإن نزلت يردّ عليهما الباقي ولو مع وجود العصابة بالنّفس من الأخوة والعمومة وصندوق الدّولة". وللإشارة فقد تمّت إضافة هذا الفصل إلى المجلّة بموجب التّنقيح المجرى بتاريخ 19 جوان 1959. والأرجح أنّ هذا الحكم تمّ استنباطه من المذهب الشيعي، في مخالفة صريحة لقول أهل السنّة، ذلك أنّه وفقاً لقول مالك "لا توجد أنثى تحيط بالإرث وحدها أي تأخذ جميع المتروك، فأعلى ما تصله الأنثى النصف للبنت عند الانفرد والثلاثان عند التّعدد".

24- أمّا الشاهد الثّاني على تجاوز التّقنين المدني للمذاهب التقليدية ومذهب الإمام مالك بصفة خاصّة، فيجسّده إقرار الوصيّة الواجبة. فقد اقتضى الفصل 191 من م.أ.ش. أنّ "من توفّي وله أولاد ابن ذكراً أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو وعه وجبت لهؤلاء الأولاد وصيّة على نسبة حصّة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله الهالك، باعتبار موته إثر وفاة أصله

المذكور، بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة". والأرجح أن هذا الحكم مرجعه المذهب الظاهريّ المبنيّ على آراء الفقيه ابن حزم الأندلسيّ، التي خالفت في هذا الباب إجماع فقهاء السنّة على نسخ آية الوصيّة بأية المواريث "فلا وصيّة لوarith".

25- على أنّ هاتين الصورتين تبقيان من الحالات الخاصّة التي خرج فيها التّقنين المدنيّ عن جذوره المالكيّة، لتبقى أحكامه في غالبيها متمسّكة بهذه المرجعيّة.

الخاتمة

26- ملتقانا كان عنوانه "إشعاع الفقه المالكيّ على التقنين المدني في تونس"، وخالصة القول فيه ما ثبت من أنّ مجلّاتنا المدنيّة هي مجلّات شرقيّة لا غربيّة، أصلها ثابت في الفقه الإسلاميّ روحاً وجوهراً، تكاد مرجعيّتها الفقهيّة تنطق، ولو اختلف في ذلك المختلفون.