

الرد في الميراث

بقلم : أحمد بن طالب
مساعد بكلية الحقوق بتونس

ليس يخفى على أحد ما تختص به مادة الميراث من أهمية بالغة لمساسها بنظام الاموال في المجتمع، فهي تنظم كيفية انتقال أموال شخص ميت (المورث) الى ورثته من بعده. ولذلك درجت غالب التشريعات السماوية والوضعية الى تقنينها وارساء المبادئ العامة التي تحكمها، من ذلك خاصة تحديد الورثين وأسباب الارث ونصيبهم فيه وكيفية حصولهم عليه.

وفي هذا السياق اهتمت الشريعة الاسلامية بهذه المسألة وقررت لها أحكاما تضمنها القرآن الكريم في سورة «النساء» خاصة في الآيتين 11 و12 منها، وقد اصطلح على تسميتهما بـ «آية الميراث» أو «آية الفرائض»⁽¹⁾.

إلا أن الاقتضاب النسبي الذي تميزت به آيات الميراث وعمومية مبادئها أدت بالفقهاء المسلمين وأولي الامر منهم الى إعمال الرأي والاجتهاد لإيجاد حل للحالات المعروضة عليهم والتي تكون مختلفة ومتشعبة أحيانا. ونذكر في هذا الصدد اختلافهم في توريث ذوي

الأحداث القانونية التونسية ، عدد 6 ،
1992 ، ص 53 وما بعدها.

(1) بقية الآيات المتعلقة بالميراث في سورة «النساء» هي الآيات : 7 - 8 - 9 - 10 - 13 - 14 - 19 - 176 .

الارحام وفي العول وكذلك في الرد وغيرها من المسائل. وتشدد اهتمامنا في هذا البحث مسألة الرد.

فالرد لغة هو العود أو هو الارجاع : فيقال رد الشيء أي أرجعه أو أعاده وأما اصطلاحا، فإن لهذه اللفظة استعمالات متنوعة في عدة مواضع قانونية أخرى غير ميدان المواريث.

- من ذلك أنها تشير الى «الالتزام برد الشيء» (L'obligation de restitution) أي الالتزام بإرجاع الشيء المسلم في العقد بعد انتهائه وذلك خاصة في العقود العينية كالوديعة (الفصول 995 و 1008 وما يليه م.ا.ع) والعارية (الفصول 1065 وما يليه م.ا.ع في عارية الاستعمال والفصل 1090 في القرض) ورهن المنقول (الفصول 228 و 238 وما يليه من مجلة الحقوق العينية م.ج.ع).

- نجد هذه الكلمة أيضا في باب البيع حيث هي متعلقة بما يعرف بـ «عيوب الرد» أو «العيوب الخفية» (Les vices cachés ou rédhibitoires) وهي العيوب التي يحتوي عليها المبيع وتكون خافية على المشتري وقت البيع، وعندما يتفطن اليها يطلب رد المبيع الى صاحبه واسترجاع الثمن. وهي المسألة موضوع الفصول 647 الى 674 م.ا.ع.

- وتوجد هذه العبارة في قانون الصحافة الذي يعرف هذا المصطلح تحت ما يسمى بـ «حق الرد» (Le droit de réponse) وهو الحق الذي يخول لكل شخص وقع التعرض له صراحة أو ضمنا في مقال صحفي بأن يرد على ذلك المقال. وهذا الحق تنظمه الفصول من 26 الى 34 و 55 من مجلة الصحافة الصادرة بتاريخ 28 أفريل 1975، كما وقع تنقيحها بالقانون عدد 89 المؤرخ في 2 أوت 1988.

- ولهذا المصطلح معنى آخر في مادة قريبة من المواريث إن لم تكون قرينة لها وهي الوصية. فالرد معناه هنا رفض الوصية وهو يقابل قبولها : (La répudiation des legs). وقد نظمها الباب السادس من الكتاب الحادي عشر من م.ا.ش. في الفصول من 193 الى 196.

أما الرد في ميدان المواريث فله مفهوم اصطلاحى آخر تمكن حوصلته في هذا التعريف الذي تبناه الأستاذ بدران أبو العينين بدران : «الرد هو صرف ما بقي من سهام الشركة بعد ذوي الفروض اليهم بنسبة فرض كل منهم وذلك اذا لم يكن هناك عاصب والا أخذ العاصب الباقي فالرد يقابل العول»⁽²⁾. كما يمكن أن نقرأ في أرجوزة نظمها أحد شيوخ الحنفية وهو الشيخ عبد الملك الفتني، والمسماة : «خلاصة الفرائض»⁽³⁾. هذا التعريف الطريف في صياغته :

الرد ضد العول في ذي النسب والفرض عند عدم المعصّب
صرف الذي تبقي الفروض فادرها الى ذوي السّهام أي بقدرها
ونستنتج من هذين التعريفين ان الرد مقابل للعول الذي هو زيادة في عدد السّهام ونقصان من الانصبّة، ويتحقق اذا كان مجموع الفروض يتجاوز مخرج الشركة، فترفع هذه الى عدد أكبر من أصلها وتقسم باعتبار الاصل الجديد.

وبالرجوع الى تاريخ هذا النظام يتبين وجوده عند البعض من فقهاء المسلمين وهم الحنفية والحنابلة... أما الشافعية فلم في ذلك موقف خاص، والمالكية لم يقولوا بهذه التقنية اطلاقا⁽⁴⁾.

وعند محاولة الرجوع الى أبعد من التشريع الاسلامي وخاصة الى القانون الروماني وبتتبع مبادئه كما ورد تفصيلها في كتاب بدران أبي

(2) بدران أبو العينين بدران «أحكام التركات والمواريث في الشريعة الاسلامية والقانون» طبع مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية. 1981 ص 181.

(3) انظر كتاب «مجموع مهمات المتون» مطبعة مصطفى الحلبي بمصر. الطبعة الرابعة 1949 ص 68.

(4) لكن الأستاذ يوسف محمد عبد المقصود يشير الى أن بعض العلماء المتأخرين من المالكية حذوا حذو المتأخرين من الشافعية في موقفهم الخاص الذي سنفضله فيما بعد وقبلوا بالرد على ذوي الفروض دون الزوجين، انظر ذلك في رسالته للدكتوراه : الحقوق المالية الناشئة عن عقد النكاح. جامعة الازهر. كلية الشريعة والقانون 1970 رسالة مرقونة. ص 367. هامش 2.

العنين بدران المذكور⁽⁵⁾ لا يجد الباحث في تلك المبادئ ما يدل على وجود الردّ عند الرومان. غير أنه بالرجوع الى نظام الموارث الذي وضعه جوستينيان ملحقاً بمدونته الشهيرة، وبالنظر في التعديلات التي أدخلها الحكام على نظام الألواح الاثني عشر السابق لرسومي جوستينيان الصادرين تباعاً تحت عددي 118 و127 لسنتي 544 و548 بعد الميلاد، يمكن العثور على قرار عمل به الحكام الرومان وهو يقضي بأنه عند وفاة أحد الزوجين وعدم وجود عصبة له فإن الزوج الحي يكون مستحقاً في ميراثه⁽⁶⁾. وهذا القرار يشبه الى حد كبير نظام الردّ الذي عرفه التشريع الاسلامي مع المذاهب التي تقول به.

أما عن الردّ في القانون الوضعي فيمكن القول بأن التشريعات العربية والاسلامية بصفة عامة المنتمية للمذاهب الحنفي أو الحنبلي تعمل بهذا الاجراء ومثال ذلك القانون المصري الذي ينص على الردّ في الفصل 30 من قانون الموارث رقم 77 المؤرخ في 6 أوت 1943⁽⁷⁾. أما التشريعات التي تعمل بالمذهب المالكي فانها لا تعرف هذه المسألة على غرار التشريع المغربي مثلاً.

وفي محاولة للخروج من المحيط العربي الاسلامي بالبحث في القانون المقارن وخاصة في القانون الفرنسي فالباحث لا يجد ضالته. وهذا راجع الى اختلاف الحضارة والاصول التشريعية بين فرنسا والبلاد العربية والاسلامية عموماً. الا أن ذلك لا يمنع من الاشارة الى ما يعرف في القانون الفرنسي بـ : «الميراث الشاذ : Le droit de retour légal»

(5) مرجع سابق ص 19 - 23.

(6) راجع مدونة جوستيان في الفقه الروماني - تعريب الاستاذ : عبد العزيز فهمي نشر دار «عالم الكتب» بيروت. (غير مؤرخ) ص 349.

(7) انظر نص القانون في كتاب بدران أبو العنين المذكور. ص 364 وقارن مع المادة 167 من قانون الاسرة الجزائرية المؤرخ في 9 جوان 1984 والمادة 949 من المجلة

الايرانية كما أوردها الاستاذ برنارد ديراند في كتابه : Bernard DURAND, Droit Musulman, Droit successoral, Litec, Paris 1991, P : 205.

(sucession anormale) وهو الحق الذي بمقتضاه تعود الاموال التي تلقاها المتبنّى من المتبنّي أو من أبيه أو أمّه الأصليين أو من فروعهم، بموجب هبة أو وصية أو ميراث. إلى تركة هؤلاء اذا مات ذلك المتبنّى عن غير عقب⁽⁸⁾.

أما القانون التونسي فقد عرف «الردّ» عند تنقيح مجلة الاحوال الشخصية سنة 1959 اذ اقحم المشرّع صلب تلكم المجلة، بمقتضى القانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959⁽⁹⁾ الفصل الجديد 143 مكرر، وقد أضافه في آخر الباب السادس من الكتاب التاسع من المجلة والمتعلق بـ «الحجب» وينص هذا الفصل على ما يلي :

«عند فقد العصبة ولم تستغرق الفروض التركية، يرد الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم.

أما البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن وان نزلت فانه يرد عليهما الباقي ولو مع وجود العصبة بالنفس من الاخوة والعمومة وصندوق الدولة».

ويشير هذا الفصل بعض الملاحظات :

- فالملاحظة السابقة حول تعريف الردّ من أنه مقابل للعلو، تبقى صحيحة ازاء الفصل 143 مكرر م.ا.ش، ذلك ان المشرع التونسي ينص

(8) انظر الفصل 368 - 1 من المجلة المدنية الفرنسية.

وقد أصبح الميراث الشاذ منحصراً في الحالة المذكورة منذ قانون 3 جوان 1972 الذي حذف صورتين أخريين كان يشملهما الميراث الشاذ وهما : - حق الأصول الشرعيين في استرداد الاموال الموهوبة الى فروعهم اذا ماتوا قبلهم دون عقب (الفصل 747) - وحق الابناء الشرعيين في استرداد الاموال الموهوبة من والدهم الى أخيهام الطبيعي (الفصل 766). كما يشار الى أن الميراث الشاذ (حق الاسترداد) يمكن أن يكون اتفاقياً في قالب شرط يضمن بالهبة (الفصل 951).

- انظر في كل ذلك : Henri, Léon et Jean. Mazeaud : Leçon de droit civil : Successions et libéralités. Tome IV Editions Monchrestien Paris 1980. n°830 et s. pp 152 et s.

(9) نشر هذا القانون بالرائد الرسمي عدد 34 بتاريخ 23 - 26 جوان 1959.

في الفصل 112 م.أش. على أنه : «إذا زادت انصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة انصبائهم في الارث».

وكما يبدو من مقارنة هذين الفصلين، فإن الحالة التي يتعرض اليها كل واحد منهما هي نقيضة الاخرى.

- ثم إن الاخذ بنظام «الرد» فيه ابتعاد من المشرع التونسي عن مقتضيات المذهب المالكي⁽¹⁰⁾ وعمل بأحكام المذهب الحنفي وخاصة بأقوال المتأخرين من أصحاب هذا المذهب⁽¹¹⁾. ويتضح من ذلك ان المشرع التونسي لما أراد تقنين هذه المسألة لم يكن من المبدعين في مبدأ العمل بها لأنه استمدّها من الفقه الاسلامي ممثلاً بالمذهب الحنفي الذي يستند الى قوة القرابة التي تجمع أصحاب الفروض بالمورث، فأقر بأحقّيتهم في الارث عند فقد العصبه وبحجبهم لصندوق الدولة، واتخذ في ذلك موقفاً مناقضاً للمذهب المالكي.

- الا أن هذه الملاحظة لا تستقيم اذا نظرنا الى الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر من م.أش. والتي تمكن البنت أو بنت الابن من التفرد بكامل التركة وحجب بعض العصبه بالنفس وهم : الاخ والعم وصندوق الدولة.

وهذا الحل لا يقبل به الفقه الاسلامي السني اطلاقاً فهو يرفض أن تتفرد البنت بكامل المال المتروك رغم وجود أحد الورثة بالتعصيب⁽¹²⁾.

(10) انظر : لائحة الاحكام الشرعية التي تأثرت بها م.أش. حيث نقرأ في هامش الكتاب الثاني «في الميراث» ما يلي : «أحكام هذا الباب كلها مستمدة من خصوص اصول المذهب المالكي الزكي بناء على ما تقتضيه التراتيب وجرى به العمل بالبلاد التونسية من أن الارث لا يجري الا طبق قواعد هذا المذهب».

(11) سيأتي تفصيل ذلك لاحقاً.

(12) ان الشيعة وخاصة الامامية (الجعفرية) - يخالفون هذا الرأي ويسمحون بأن تتفرد البنت بكامل التركة، ولكن لا على أساس الرد، وإنما على أساس أنهم ممنعون الارث بالتعصيب ولهم في تقسيم الورثة مراتب أخرى خاصة بهم. انظر في هذا مقال الاستاذ مصطفى شلبي : «حول توريث البنات»، مجلة الازهر فيفري 1991. ص 871 وما بعدها. انظر خاصة : ص 872 - 875.

وتجر هذه الملاحظة الى التساؤل عن ابعاد هذا الفصل وعن الفلسفة التي قادت المشرع التونسي الى صياغته بتلك الطريقة ؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل تكمن في تقصي نظرة المشرع التونسي للبنت والمرأة عموماً. فهو يبحث عن تحسين وضعيتها وتقريبها من وضعية الرجل أو مساواتها معه. وقد أمكن له كذلك أن يتجاوز الخلاف الذي عرفه الفقهاء المسلمون حول الردّ على الزوجين اذ قال بعضهم أنه لا ينبغي ذلك مع أنهما من أصحاب الفروض. وهذا الحسم يمكن أن تنتفع به الزوجة اذا تحققت لها شروط الردّ فتجد نفسها وارثة لكل المال الذي تركه زوجها.

ولا يمكن لهذه الوضعية الا أن تكون مشجعة وحافزة لتحسين حالة المرأة في المجتمع التونسي. فيكون الردّ بذلك لبنة تضاف الى بعض اللبّات الاخرى التي اكتسبتها المرأة التونسية من مجلة الاحوال الشخصية⁽¹³⁾.

وهكذا فإن دراسة الردّ في القانون التونسي لابد أن توضع في سياق فلسفة المشرع وسياسته في قانون العائلة عموماً⁽¹⁴⁾.

لكن هذا لا ينسينا أن «الردّ» هو قبل ذلك حل لمشكل قانوني يهم الارث وهو حالة فقدان العصبه وعدم استغراق الفروض لكامل التركة.

وعليه، فإن تحليل الردّ انطلاقاً من الفصل 143 مكرر من م.أش. لابد ان يركز على فكرتين : فكرة تحليلية تقوم على تقديم هذا النظام

(13) تقول الاستاذة سكينه بوراوي في هذا السياق :

"Cette technique du radd est évidemment faite en faveur des femmes".

Voir son article : La constante inégalité entre les sexes ou de l'antinomie entre droit interne et conventions internationales - Revue Tunisienne de Droit (R.T.D.) 1983. Partie en langue française, pp 425 à 441 et plus particulièrement, p 435.

(14) ولعل هذا ما يؤكد أن أهمية الفصل 143 مكرر هي نظرية بالأساس، أما جانبها العملي فيبدو أن فقه القضاء المنشور على الأقل لم يتعرض فيه لاشكالات كبيرة ويمكن ذكر قرار تعقيبي اكتفى بتطبيق الفصل 143 مكرر لا أكثر : قرار تعقيبي مدني عدد 7292. مؤرخ في 30 أكتوبر 1973. نشرية محكمة التعقيب 1973. ص. 70.

وبسط جذوره وشروطه وتطبيقه وفكرة غائية تبحث في أبعاده وانعكاساته.

ويمكن تبسيط هاتين الفكرتين باختصارهما في هذين السؤالين :

- ما هو الرد ؟ - لماذا الرد ؟

وتفترض الإجابة عن السؤال الأول البحث في كيفية الرد حل تشريعي لمشكل قانوني (المبحث الأول).

أما الإجابة عن السؤال الثاني فتحصل من تفسير كيف ان الرد وسيلة لتدعيم السياسة التشريعية في نطاق قانون العائلة - (المبحث الثاني).

المبحث الأول :

- الرد : حل تشريعي لمشكل قانوني

ان المشكل المطروح في هذه الحالة هو : ماذا يكون مصير الباقي من التركة بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم ولم يكن هناك عاصب ؟ ان الإجابة عن هذا السؤال تبدو واضحة عند المالكية الذين يقررون بأن الميت يترك بعده عاصبا واحدا على الأقل وهو صندوق الدولة أو بيت المال. ولذلك فإن باقي التركة يؤول إليه. غير أن المشرع التونسي، رغم رجوعه غالبا إلى أحكام المذهب المالكي خاصة في مجلة الأحوال الشخصية، لم يعتمد هذا الحل وتبنى الحل الذي قال به الأحناف ومقتضاه أن يرد الباقي من التركة على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم. لكن هذا الإجراء لم يكن محل إجماع ونشأ حوله خلاف كبير : أيعمل به أم لا ؟ لذلك وجب قبل بسط الحل كما ورد به الفصل 143 مكرر م.أ.ش II - أن نتعرض إلى مسألة الخلاف في القول بالرد عند الفقهاء المسلمين - I -.

I - الخلاف الفقهي في الرد :

ان انعدام نص صريح في القرآن الكريم عن الرد وكذلك غياب أثر متفق عليه أديا إلى الاجتهاد فتعددت الآراء واختلفت الأقوال وكان الخلاف

على محورين : محور مبدئي تجلّى فيه الخلاف حول قبول الردّ حلا لهذا المشكل فهناك من قال به وهناك من عارضه. - أ - ومحور فرعي كان الخلاف فيه بين القائلين بالردّ حول مستحقي الإرث به من ذوي الفروض. - ب -.

1 - الخلاف المبدئي :

يمكن حوصلة هذا الخلاف في قولين :

*** القول الأول :** هو مذهب زيد بن ثابت وبه أخذ مالك والشافعي، ويقر هذا المذهب بأن الذي يفضل لا يرد على أصحاب الفروض بل هو لبيت المال، وله في ذلك حجتان : **أولا :** ان الله تعالى قدّر انصبا الورثة وبين فروض كل واحد منهم فلا تجوز الزيادة عليه لأن الزيادة مجاوزة للحد والله يقول في آخر آية الموارث «وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ»⁽¹⁵⁾. كما أن الرسول عليه الصلاة والسلام يقول : «ان الله أعطى كل ذي حق حقه فلا يستحق وارث أكثر من حقه»⁽¹⁶⁾. ولذلك فإن الزيادة لا بد أن تكون بدليل وإذا انعدم الدليل فلا زيادة وعليه فلا ردّ.

ثانيا : ان حالة من ترك ورثة من أصحاب الفروض ولم تستغرق فروضهم كامل التركة مثل حالة من لم يترك وارثا أصلا، وذلك في خصوص الباقي. وقياسا على هذه الحالة الثانية التي يؤول فيها كل المال إلى بيت المال، فإن الباقي في الأولى يعود هو أيضا إلى بيت المال.

ومع ذلك، ورغم هذه الحجج فإن الامام الشافعي تبنى موقفا وسطا. فهو وإن كان من رافضي الردّ إلا أنه وضع له شرطا وهو جور الامام وعدم انتظام بيت المال. فإذا كان الامام - أي الحاكم - عادلا وبيت

(15) الآية 14 من سورة النساء.

(16) بدران أبو العينين بدران - المرجع السابق ص 241.

المال منتظما فانه لا ردّ. أما اذا كان العكس فان الأولى أن يرد الباقي على أصحاب الفروض حتى لا تضيع الاموال في بيت مال غير منتظم⁽¹⁷⁾.

*** القول الثاني :** هو قول جمهور الصحابة كعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه وهو قول أخذ به الشيعة⁽¹⁸⁾، والحنفية والحنابلة. ويقضي العمل بهذا الاتجاه بأن يردّ الفاضل على ذوي الفروض بنسبة فروضهم بقطع النظر عن انتظام بيت المال من عدمه. وقد استند القائلون بهذا الرأي الى جملة من الحجج العقلية والنقلية :

- فذكروا أولا قوله تعالى : «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ⁽¹⁹⁾». واستنتجوا منه أن ذوي الارحام مقدمون على بيت المال فيستحقون الباقي قبله. لكن بما أن ذوي الفروض مقدمون بدورهم على ذوي الارحام فيكون الامر حينئذ برّد الباقي عليهم.

- ثم ذكروا كذلك حديث سعد بن أبي وقاص الذي أراد حصر كل الميراث في ابنته ولم ينكر عليه الرسول ذلك بل أنه منعه عن الوصية بما زاد على الثلث. ومن الواضح ان ابنة سعد لا يمكنها أن ترث كل المال الا بالفرض والردّ⁽²⁰⁾.

- وقد استشهد أصحاب هذا الرأي كذلك بما روي من أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ذاكراً له بأنها تصدقت على أمها بجارية فماتت أمها وبقيت الجارية. فقال لها : «وجب أجرك ورجعت اليك

(17) يرى الاستاذ برنارد ديراند أن التأخرين من الشافعية يلتقون في الحقيقة مع الحنفية والحنابلة بما أنهم قبلوا الشرط المذكور الى قرينة في عدم انتظام بيت المال أبداً. مرجع سابق ص 180 - 205 - 243.

(18) لكن وفقاً لمذهبهم في الارث كما سبق ذكره.

(19) الآية 75 من سورة الانفال.

(20) انظر تفصيل هذا الحديث لاحقاً. ص 30.

في الميراث⁽²¹⁾. وبذلك فان الرسول عليه السلام حكم لها بالجارية رداً فيكون الردّ مشروعاً بالسنة.

وهكذا يستنتج من رأي أصحاب هذا القول الثاني ان الردّ لديهم مقتبس من روح النص القرآني المتعلق بذوي الارحام وأنه لا مجال عندهم للحديث عن الزيادة عن الفروض التي أثارها زيد بن ثابت لانهم يرون أن الارث بالردّ هو ارث بسبب ثان وليس زيادة على الفرض المقرر. وحال الوارث بالردّ في ذلك حال الوارث بسببين كالزوج الذي هو ابن عم في نفس الوقت : فيرث بالفرض بصفته زوجاً ويرث بالتعصيب بصفته ابن عم. كما أن نظام الردّ لا يختلف عن تطبيق الفروض ذلك أنه يتم تقسيم الباقي بنسبة الفروض أي بالنسبة التي قررها الله تعالى في آية الموارث.

غير أن اتفاق أصحاب هذا الرأي في مبدأ الردّ لم يمنعهم من الاختلاف في تحديد مستحقي الارث به.

ب - الخلاف الفرعي :

لقد ثار هذا الخلاف حول الزوجين : هل يردّ عليهما أم لا ؟ فذهب عثمان بن عفان رضي الله عنه وجابر بن زيد ومن تبعهما الى جواز ذلك. وقد وصلوا اليه بالقياس على العول : فاذا كان في التركة عول فانه يستغرق جميع الانصباء ويصيبها النقص كلها. ولذلك، فان فضل شيء يجب أن تكون الزيادة لجميع أصحاب الفروض بمن فيهم الزوجين لأن من تحمّل شيئاً ربح منفعته والخراج بالضمان⁽²²⁾.

إلا أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وجمهور الصحابة معهما يرون أن الردّ لا يجوز للزوجين.

(21) يوسف محمد عبد المقصود - المرجع السابق. ص 371.

(22) قاعدة الخراج بالضمان تضمنتها مجلة الالتزامات والعقود في الفصل 554.

وقد استمدوا حججهم من مقارنة آية المواريث بقوله تعالى :
 «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» واستنتجوا من ذلك أن هذه الآية تمكن ذوي القرابة من الميراث، وأن آية المواريث تبين نصيب أصحاب الفروض من التركة، فينبغي العمل بالآيتين معا وذلك باعطاء كل ذي فرض فرضه تطبيقا لآية المواريث، وبالرد عليه بنسبة هذا الفرض عملا بالآية الأخرى. وهكذا لا يمكن أن يردّ على الزوجين لأنهما وإن كانا من أصحاب الفروض فهما ليسا من ذوي الأرحام، فلا رحم ولا قرابة وبالتالي فلا ردّ. وقد لخص الشيخ عبد الملك الفتني هذا الموقف في قوله :

وأحد الزوجين أي من لا يردّ عليه إن يوجد وجنس التحد (23)
 وتجدر الإشارة هنا الى أن المشرع التونسي لم يجار أصحاب هذا القول وإنما عمل بمذهب عثمان ومن وافقه لأنه لم يجعل أي استثناء على ميراث ذوي الفروض بالردّ ويتضح ذلك من خلال الفصل 143 مكرر م.أ.ش.

II - تحليل نظام الردّ كما جاء به الفصل 143 مكرر من م.أ.ش. :
 ينص هذا الفصل على أنه «عند فقد العصبية ولم تستغرق الفروض التركة يردّ الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم - أما البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن وإن نزلت فإنه يردّ عليهما الباقي ولو مع وجود العصبية بالنفس من الاخوة والعمومة وصندوق الدولة».
 فهذا النص يضع شرطين أساسيين ليكون هناك ردّ :

أولاً - ألا يكون هناك عاصب

ثانياً - أن لا تستغرق الفروض التركة.

(23) مرجع سابق، ص 68.

ويلاحظ أن الردّ هو تقنية استثنائية لا تطبق بصفة أصلية، بل بعد فحص أحوال الورثة والتحقق من وجود هذين الشرطين. ويتيسر فهم هذه التقنية بتحليل شرط انعدام العاصب - أ - وتوضيح الشرط الثاني من خلال تبين كيفية تطبيق الردّ - ب -.

أ - شرط انعدام العاصب :

يشير هذا الشرط صعوبات تتعلق بتحديد العصبية (24). ولكن قبل الخوض في هذه المسألة يجب التذكير أولاً بأصحاب الفروض الذين جاء بتعدادهم الفصل 91 م.أ.ش. وهم : من الرجال : الأب والجد للأب وإن علا والابن والجد - ومن النساء : الأم والجددة والبنت وبنت الابن وإن سفلت والاخت الشقيقة والاخت للأب والاخت للأم والزوجة (25).

أما العصبية الذين أشار اليهم الفصل 143 مكرر بقوله «عند فقد العصبية» فيجب لتحديد الرجوع الى الفصل 113 من م.أ.ش. الذي ينص : «العصبية ثلاثة أنواع : عصبية بالنفس وعصبية بالغير وعصبية مع الغير». وجاء تفصيل هذه الأنواع في الفصول 114 و 119 و 121 من المجلة.

فالفصل 114 يبين العصبية بالنفس بقوله : «العاصب بنفسه يرث جميع المال عند انفراده والبقية عن أصحاب الفروض إن كانت والحرم إن لم يكن وهو : الأب والجد وإن علا والابن وابنه وإن سفل والاخت الشقيق أو

(24) على خلاف الشرط الثاني الذي لا يشير أي إشكال يذكر من ناحية تحديده إذ يكفي أن تعرض مسألة عملية حتى يلاحظ أن كانت الفروض مستغرقة لكامل التركة أم لا. وسنعود الى ذلك لاحقاً.

(25) تفرض قائمة الفصل 91 في علاقتها بالفصل 143 مكرر إبداء ملاحظتين : أولاً ، يخرج من هذه القائمة الأب والجد إذ لا يردّ عليهما لأنهما من العصبية (الفصل 114) فيرثان الباقي بالتعصيب لا بالردّ، ويمنع وجودهما الرد على بقية ذوي الفروض إن وجدوا، بمن في ذلك البنت وبنت الابن (الفصل 99 ثانياً والفصل 108 ثانياً ورابعاً م.أ.ش).

ثانياً ، إن الرد في الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر لا يقع إلا على البنت أو بنت الابن ولو وجد معهما سائر ذوي الفروض، دون الأب أو الجد طبعاً.

لأب وابن الاخ الشقيق أو لأب وابن العم سواء سفل أو علا كعم الاب أو الجد وصندوق الدولة».

اما الفصل 119 فهو يذكر العصبية بالغير : العاصب بغيره كل أنثى عصبها ذكر وهو أربعة : البنت وبنت الابن والاخت الشقيقة والاخت لأب». وينص الفصل 121 من جهته على العصبية مع الغير اذ يقول : «العاصب مع الغير كل أنثى تصير عاصبة باجتماعها مع أخرى وهو اثنان :

- الشقيقة فأكثر مع بنت أو بنات ابن.

- والاخت لأب مع البنت أو البنات أو بنت الابن أو بنات الابن».

وهكذا فان عبارة «العصبية» الواردة بالفقرة الأولى من الفصل 143 مكرر جاءت مطلقة ويجب أن تؤخذ على إطلاقها عملا بالفصل 533 م.ا.ع. ولذلك فان العصبية المقصودين هم «مبدئيا» العصبية بالنفس - 1 - والعصبية بالغير والعصبية مع الغير - 2 -.

1 - العصبية بالنفس :

مبدئيا، وبالاقتصار على الفقرة الأولى من الفصل 143 مكرر، فان هؤلاء العصبية لا يثيرون اشكالا كبيرا اذ يكفي وجود أحدهم حتى تمتنع الرد. فاذا مات شخص مثلا وترك زوجة واما وأبناء فان هذه المسألة لا يتصور فيها ردّ لأن الابن عاصب بالنفس يأخذ الباقي عن أصحاب الفروض، فيكون نصيب الزوجة الثمن ونصيب الام السدس والباقي للابن بالتعصيب. اما اذا انعدم الابن في هذه الحالة فان الباقي يردّ على الزوجة والامّ بنسبة فرض كل واحدة منهما.

لكن النظر في الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر يستدعي الملاحظات التالية :

أولا : ان هذه الفقرة استثنت ثلاثة أنواع من العصبية بالنفس لا يؤثر وجودهم في الردّ على البنت أو بنت الابن وهم الاخوة والعمومة وصندوق الدولة.

ثانيا : ان صياغة النصّ العربي للفقرة الثانية جاءت منقوصة في اقصائها للعمومة اذ وردت : «ولو مع وجود العصبية بالنفس من الاخوة والعمومة».

أما النصّ الفرنسي فهو أشمل اذ ينص : "... même en présence d'héritiers "Acebs" par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants ..."

ولذلك فإنّ عدم الاشارة الى ابن العم في النصّ العربي قد يبعث على الاعتقاد بأنه ان وجد فانه يحرم البنت من الردّ، لكن هذا الغموض يمكن حله بالرجوع الى احكام الفصل 117 م.ا.ش. الذي يقول : «اذا اتحدت الرتبة واختلفت الدرجة قدم القريب درجة على البعيد درجة» وعليه فاذا حرم العم من التعصيب فانه ابن العم يحرم منه أيضا.

ثالثا : ان اشارة الفقرة الثانية الى أن صندوق الدولة بوصفه عاصبا لا يؤثر وجوده في الردّ على البنت أو بنت الابن، تبدو متناقضة مع الفقرة الأولى من الفصل 143 مكرر. ففي هذه الفقرة يؤسس المشرع الردّ عند فقد العصبية، ويعني ذلك ان صندوق الدولة ليس عاصبا بهذا المعنى، أي ليس وارثا أصلا، لأنه لا يتصور انعدامه حسيا أو حكما⁽²⁶⁾.

ولا يجوز القول بالردّ على ذوي الفروض الا في نظام للمواريث لا يرى في صندوق الدولة وارثا بأي وجه، كما هو الشأن في المذهب الحنفي الذي يسمح بالردّ على ذوي الفروض عند فقد العصبية، ويقدم ذوي الارحام عند فقد هؤلاء وأولئك على بيت المال، ولا يمكن هذا الاخير

(26) انظر مقالا بعنوان «حول قواعد الردّ في الميراث» مجلة القضاء والتشريع عدد 9. نوفمبر 1959. ص 45 - 46.

من الحصول على شيء في التركة الا عند فقد الوارث مطلقا وذلك بصفته الجهة التي ترجع اليها الاموال الضائعة التي لا مستحق لها (26).

وعلى خلاف الحنفية، اتخذ المالكية مذهباً مناقضاً يقصون فيه ذوي الارحام من الميراث ويجعلون بيت المال وارثاً بصفته عاصباً في الدرجة الاخيرة (27). وقد تقدم القول ان المشرع التونسي أخذ بمذهب المالكية بصفة عامة في تنظيمه للموارث فنص في الفصل 114 م.أ.ش. على أن صندوق الدولة وارث بصفة عاصب بالنفس. لكنه عمل برأي الحنفية في الفصل 143 مكرر ونزع عن صندوق الدولة صفة الوارث. ولذلك، وبعبارة عن تحليل وضع صندوق الدولة في القانون التونسي هل هو وارث أم لا، يجوز تأكيد أن التناقض بين الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 143 مكرر، لا يعدو أن يكون ظاهرياً لا أصلياً، إذ لو كان كذلك، لما أمكن العمل بنظام الرد أصلاً.

ويمكن عندئذ تفسير هذا التضارب :

إما بكون الإشارة الى صندوق الدولة في الفقرة الثانية هي من باب الزيادة التي يمكن الاستغناء عنها (28) أو أن المشرع ينبّه (29) الى وجوب

(26) انظر في هذا الاتجاه الفصل 23 م.ج.ع «العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة، وكذلك الامر العملي المؤرخ في 15 فيفري 1932 والمتعلق باللقطة البرية والمخلفات التي لا وارث لها والعارية عن الوارث وغيرها من المسائل ... (انظر الجزئين الرابع والخامس منه : الفصول 24 الى 33). الرائد الرسمي التونسي عدد 31 الصادر في 16 افريل 1932. ص 1.

(27) انظر في بسط هذين المذهبين : Béchir FERCHICHI : droit successoral en Tunisie. Cours pour les étudiants de 3^e Année de Droit Privé. Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis. 1980 - 1981. pp : 73 à 83.

- Bernard DURAND. Op.cit. pp : 179 à 181.

(28) انظر الجزء الثاني من هذا البحث لمزيد فهم هذه الفكرة بربطها بالفلسفة التي فرضتها ومنعت من الاستغناء عن الزيادة المشار اليها.

(29) نفسه أم معتمدي المذهب المالكي دون غيره في شرح المجلة ؟

اقتضاء صندوق الدولة وافترض عدم وجوده، في اطار النظرية المالكية، وذلك حتى يتيسر الرد.

وخلاصة القول ان صندوق الدولة في الفصل 143 مكرر ليس وارثاً، وان العصبية بالنفس المراد فقدهم هم كل من ذكر الفصل 114 م.أ.ش. ما عدا صندوق الدولة (30).

2 - العصبية بالغير والعصبية مع الغير :

ان مشكل تحديد العصبية في الفصل 143 مكرر يتعقد أكثر مع هؤلاء العصبية. ومآتى التعقيد هو أن هذين النوعين يتكونان من أصحاب فروض من النساء، فيطرح السؤال : هل يأخذن الباقي بوصفهن عاصبات وبالتالي فلا ردّ أم بوصفهن صاحبات فروض يرّد عليهن الباقي ؟

للإجابة عن هذا السؤال ينبغي التفريق بين الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 143 مكرر.

* ففي الفقرة الأولى يفترض انعدام العصبية مطلقاً ولا يمكن ان يتصور فيها وجود عاصب مع الغير لأن هذه الحالة جاءت في الفقرة الثانية. أما حالة الاخت الشقيقة أو الاخت للأب اللتين تصبجان عاصبتين بالغير اذا اتحد معهما أخوهما أو جدّهما فلا يمكن أن تتصور فيها ردّاً وذلك تطبيقاً للفقرة الأولى من الفصل 143 مكرر وللنص 119 م.أ.ش.

وبالنسبة للبنت أو بنت الابن فإن الحل ورد في خصوصهما في الفقرة الثانية. ولا يضير القول إنه وان كان يجوز حشرهما ضمن الفقرة الأولى فلا يمكن ان تتصورهما تحصيلان على الباقي بالردّ اذا كانتا عاصبتين بالغير على معنى الفصل 119 م.أ.ش.

(30) انظر منشور وزير العدل في قواعد الرد في الميراث. مجلة القضاء والتشريع 1960 عدد 1 ص 71.

* وأما في الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر فإن الاشكال يتجسم أكثر. فلقد مكنت هذه الفقرة البنت أو بنت الابن من ردّ كامل الميراث «ولو مع وجود العصبية بالنفس من الاخوة والعمومة وصندوق الدولة». وحيث أنه عملا بالفصل 534 م.ا.ع. «إذا خص القانون صورة معينة بقي اطلاقه في جميع الصور الاخرى» فإذا حذف العصبية بالنفس الذين ذكرتهم الفقرة الثانية فإن التساؤل يحوم حول بقية العصبية بالغير ومع الغير.

فأما العصبية بالغير فيمكن استبعادهم من هذه الفقرة واعتبار وجودهم مانعا من الردّ ذلك ان المقصود بهم هو : البنت وبنت الابن اللتان تصبحان عاصبتين بالغير اذا اتحد معهما أخوهما وهو الابن (بالنسبة الى البنت)، وابن الابن (بالنسبة الى بنت الابن، سواء كان أخالها أو ابن عم مساو لها أي ابن ابن آخر للهلك، أو ابن ابن أسفل منها) والابن عاصب بالنفس وانعدامه شرط لازم لتحقيق الردّ فاذا وجد يعتبر أخته عاصبة بالغير وترث معه للذكر مثل حظ الانثيين : الفصل 119 م.ا.ش وكذا شأن ابن الابن مع بنت الابن حسب الفصلين 119 و 104 م.ا.ش.

وأما العصبية مع الغير فيبدو الامر في شأنهم متناقضا لأول وهلة، لأن الفصل 121 م.ا.ش. يمكن الاخت الشقيقة أو لأب من الارث باعتبارها عاصبة مع الغير اذا وجدت معها بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن. وعليه فإن القول بردّ الباقي على البنت تعددت أو انفردت أو على بنت الابن وان نزلت فيه خرق لأحكام هذا الفصل. ويقدم السيد القاضي يوسف بن يوسف صورة هذا التناقض بقوله : «إذا مات الميت وترك بنتا وشقيقة وأتبع من ذلك اذا ترك بنتا وأختا لأب فلا سبيل حسب الاحكام الحالية لحرمان الشقيقة أو التي هي للأب لأنهما عاصبتان مع الغير وقانون الردّ المذكور لم ينص الا على حرمان الاخ الذكر بوصفه عاصبا بالنفس : ومن هنا ينعدم المنطق ويتجلى عدم الانسجام»⁽³¹⁾. وهذا التناقض

الظاهري يقود الى التأويل طبق القواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود وذلك حتى يتحقق الانسجام المطلوب.

فصيغة الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر توحى بأن العصبية مع الغير لا تأثير لوجودهم على ميراث البنت أو بنت الابن بالردّ. ذلك أن المشرع استعمل تعبير «ولو مع وجود العصبية بالنفس» مما يوحي بأن المشرع أراد ان يقصي هذا النوع من العصبية مع تسليمه باقصاء الآخرين الاقل منهم قوة وهم : العصبية مع الغير. كما أنه وبالاتماد على الفصل 535 م.ا.ع. «إذا تعذر الحكم بنص صريح اعتبر القياس» يمكن القول إنه اذا اجتمعت البنت مع أخ فانها تأخذ الباقي ردّا وليس له منه شيء فاذا اجتمعت البنت مع أخت فانها تأخذ عنها الباقي وحدها. زد على ذلك ان الفصل 550 م.ا.ع. ينص على أن «من أمكنه الاكثر أمكنه الاقل» فيصح القول إن البنت تأخذ الباقي ردّا اذا وجد معها أخ للهالك فمن باب أولى وأخرى تأخذه اذا كانت معها أخت لمورثها. وهذا هو كذلك رأي المرحوم الاستاذ ابراهيم عبد الباقي عندما بيّن في اجابته عن تساؤل السيد يوسف بن يوسف ان اجتماع البنت أو بنت الابن مع الاخت الشقيقة أو لأب، وهي صورة العاصب مع الغير، لا يمنع من الردّ على البنت أو بنت الابن، مفردات أو متعدّدات، وذلك بالنظر الى صيغة المبالغة «ولو مع وجود العصبية... التي تفيد حرمان الاخت الشقيقة أو لأب بعد حرمان الاخ الشقيق»⁽³²⁾.

واعتمادا على هذا النقاش في مسألة العصبية يمكن القول ان الردّ يقع العمل به اذا انعدم العصبية مطلقا وهذا الشرط واجب التحقق في الفصل 143 مكرر بفقرتيه الأولى والثانية. وتفهم عبارة الانعدام حسب نوع العصبية :

(32) انظر جريدة «الصباح الاسبوعي» بتاريخ 23 فيفري 1987.

(31) انظر جريدة «الصباح الاسبوعي» بتاريخ 16 فيفري 1987.

* فانهدام العصبية بالنفس يعني انعدام وجودهم ذاتا، مع استثناء الاخوة والعمومة في الفقرة الثانية اذ يصبح وجودهم كعدمه⁽³³⁾.

* واما انعدام العصبية بالغير : فيفهم على أنه انعدام ذات كذلك ويفهم أيضا على أنه انعدام صفة وذلك بالنظر الى أصحاب الفروض المراد الردّ عليهم فالأخت عاصبة بالغير اذا كان معها أخوها فلا يرد عليها بهذه الصفة ويجب أن تستقل عنه حتى تتمكن من الردّ.

* وأخيرا في خصوص العصبية مع الغير : فإن انعدامهم وان اشترط الا أن وجودهم كعدمه وذلك لأن الفقرة الأخيرة من الفصل 143 مكرر هي في حقيقة الامر استثناء للفصل 121 م.ا.ش.

وهكذا، فلنكون هناك ردّ، لابد أن ينعدم العصبية، ولكن لابد أيضا ان لا تستغرق الفروض كامل التركة. وهذا ما يتجه بتيانه من خلال توضيح كيفية تطبيق الردّ.

ب - كيفية تطبيق الردّ :

تقتضي معرفة كيفية تطبيق الردّ تقديم نماذج عملية - 2 - على ضوء بسط طريقة حل المسائل التي فيها ردّ - 1 - .

1 - طريقة حل المسائل التي فيها ردّ :

ان البحث عن كيفية توزيع التركة عموما أو حساب الردّ هو في الحقيقة عمل رياضي يقوم على معطيات حسابية تؤدي الى النتيجة الصحيحة. ويعرف علماء الفرائض طريقة في حساب الردّ ذكرها الشيخ عبد الملك الفتني في ارجوزته قائلا :

ووافق الرؤوس فاضرب وفقها في ذلك المخرج ياذا وافقها وان يباين تلك فاضرب كلها فيه ففي هاتين تلق أصلها⁽³⁴⁾

وقد وضع الاستاذ بدران أبو العنين بدران هذه الطريقة فقال⁽³⁵⁾ : «تقسم التركة على أصحاب الفروض بنسبة سهامهم بعد معرفة أصل المسألة. وذلك بقسمتها على مجموع السهام. ويضرب الناتج في عدد سهام كل منهم. فحاصل الضرب هو نصيب كل منهم فرضا وردّا. فان كان في المسألة جنس واحد ممن يردّ عليه وليس معه أخذ الوارث التركة كلها فرضا وردّا ان كان واحدا. وقسمت التركة عليهم على السواء ان تعددوا من جنس واحد فمن مات عن : أم فقط أو بنت واحدة أخذت التركة كلها. ومن مات عن ثلاث بنات فقط قسمت التركة عليهن اثلاثا فرضا وردّا»⁽³⁶⁾. ولتوضيح هذه الطريقة نأخذ المثال الآتي :

- مات شخص وترك أما وأختا لأب وأختا لأم. وتركته قيمتها : 6 آلاف دينار. نبين الفروض : الأم لها السدس والأخت لأب لها النصف والأخت لأم لها السدس. فيكون أصل المسألة 6 - عملا بالقاعدة القاضية بأنه اذا اجتمع في التركة سدس ونصف كان أصل المسألة 6 فنجد : للأم : 1 وللأخت لأب 3 وللأخت لأم 1. فيكون مجموع السهام هكذا : 5 ويبقى 1 ينبغي ردّه. فيصبح أصل المسألة بعد الردّ 5 عوض 6. وتقسم التركة بحسب أصل المسألة بعد الردّ فيكون مقدار السهم :

$$\frac{6.000.000}{5} = 1.200.000 \text{ . ويكون نصيب كل وارث فرضا وردّا :}$$

$$\text{الأم} : 1 \times 1.200.000 = 1.200.000 \text{ دينار}$$

$$\text{الأخت لأب} : 3 \times 1.200.000 = 3.600.000 \text{ دينار}$$

$$\text{الأخت لأم} : 1 \times 1.200.000 = 1.200.000 \text{ دينار}$$

وهكذا يلاحظ أن العمل بهذه الطريقة يستوجب معرفة قيمة التركة عند الحساب ولذلك سنبين نماذج عملية لا يعاد فيها كل هذا الحساب ويكفي تطبيقها على كل حالة حتى نصل الى الحل الصحيح.

(35) مرجع سابق : ص 223 - 230 وص 246.

(36) انظر تفصيل طرق أخرى في كتاب الاستاذ : وهبة الزحيلي. الفقه الاسلامي وأدلته. دار الفكر دمشق. الطبعة الثالثة 1989. الجزء الثامن. ص 361.

(33) دون صندوق الدولة الذي لا يعتبر وارثا كما تقدم.

(34) مرجع سابق. ص 68.

2 - نماذج عملية على تطبيق الردّ ،

* نماذج ليس فيها بنت أو بنت ابن ،

- مات عن زوجة وجدة وأخت شقيقة :

الفروض : $\frac{1}{4}$ $\frac{1}{6}$ $\frac{1}{2}$ أصل المسألة : 12.

السهام : 3 2 6 المجموع : 11.

الباقى : 1 يرّد على الورثة بنسبة فروضهم حسب الطريقة التي سبق توضيحها.

- مات عن أم وثلاثة أخوة لأم.

الفروض : $\frac{1}{6}$ $\frac{1}{3}$ أصل المسألة : 6.

السهام : 1 2 المجموع : 3.

الباقى : 3 : تردّ على الأم والأخوة الثلاثة.

- مات عن زوجة فقط : لها الرّبع $\frac{1}{4}$ فرضا وكل الباقي ردّا.

* نماذج فيها بنت أو بنت ابن ،

- مات عن بنت وبنت ابن :

الفروض : $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{6}$ أصل المسألة : 6.

السهام : 3 1 المجموع : 4.

الباقى : 2 : ترد على الاثنتين بنسبة فرضيهما وفق الطريقة المذكورة.

- مات عن زوجة وثلاث بنات وأم :

الفروض : $\frac{1}{8}$ $\frac{2}{3}$ $\frac{1}{6}$ أصل المسألة : 24.

السهام : 3 16 4 المجموع : 23.

الباقى : 1 يرّد على البنات فقط بعد تصحيح المسألة وفقا

للقواعد المعروفة في هذا الباب^(م36).

- مات عن زوجة وبنت وابن عم :

الفروض : $\frac{1}{8}$ $\frac{1}{2}$ (عاصب) : أصل المسألة 8

السهام : 1 4 محجوب عملا بالفقرة 2 من الفصل 143 مكرر.

الباقى : 3 : لم يأخذها ابن العم فتدّ على البنت فيصبح لها 3 + 4 =

7 فرضا وردّا.

- مات عن بنت ابن وأخ شقيق وأخت لأب :

بنت الابن تراث كل المال : $\frac{1}{2}$ فرضا والباقي ردّا وليس للأخ الشقيق

ولا للأخت لأب شيء لأنهما محجوبان عملا بالفقرة 2 فصل 143 مكرر.

- مات عن بنت فقط : لها كل المال : $\frac{1}{2}$ فرضا والباقي ردّا.

- مات عن بنتي ابن فقط : لهما كل المال : $\frac{2}{3}$ فرضا والباقي ردّا.

وهكذا تمكن ملاحظة ان البنت أو بنت الابن أصبح بإمكانهما حجب

عمهما أو عم أبيهما، فيكون المشرع التونسي قد أقر بذلك استثناء هاما

غير معهود عند المذاهب السنية التي لا تقر بحجب البنت لعمها اطلاقا.

فماذا عسى أن يكون تبرير هذا الاستثناء ؟ ان البحث عن هذا

التبرير لا يتسنى الا بالتساؤل والاجابة عن مقاصد المشرع التونسي من

اجراء الردّ - وهي مقاصد حاول تأطيرها في سياسته ونظريته لقانون

العائلة.

(م36) راجع : محمد الصادق الشطي. لباب الفرائض. دار الغرب الإسلامي. بيروت 1988. ص 103 وما يليها.

المبحث الثاني :

- الردّ : وسيلة لتدعيم السياسة التشريعية في نطاق قانون العائلة ، لم تتضمن مجلة الاحوال الشخصية عند صدورها سنة 1956 ما يفيد الردّ على ذوي الفروض عند فقد العصبية. فكان الحل قبل سنة 1959 يتمثل في انتقال الباقي الى صندوق الدولة وذلك عملا بمقتضيات المذهب المالكي الذي غالبا ما تفسر المحاكم أحكام م.أ.ش. على ضوءه. الا أن تنقيح سنة 1959 أقر حلا مخالفا يتمثل في الردّ، الذي يمكن الزوجة من كامل الميراث اذا توفرت لها الشروط، وكذلك الامر بالنسبة الى البنت أو بنت الابن.

ويمكن أن تستشف خاصة من هذين الحالتين في الردّ غايات المشرع التونسي من ورائهما : فقد أراد تكريس العائلة الضيقة - I - من ناحية، وسعى الى توفير مزيد من الحماية للمرأة ومساواتها بالرجل من ناحية أخرى - II - .

I - تكريس العائلة الضيقة :

يتضح هذا التكريس بالنظر الى مفهوم العائلة في م.أ.ش والى تطوّره مقارنة بالفقه الإسلامي وإلى إقصاء صندوق الدولة في الفصل 143 مكرر.

1 - يمكن القول ان مجلة الاحوال الشخصية هي مجلة العائلة التونسية، أي العائلة الضيقة المكونة أساسا من أب وأم وأبناء، كما يستنتج من الفصل 23 م.أ.ش⁽³⁷⁾.

(37) ان المجلة لم تعرف العائلة بصفة عامة، لكنها تندرج في الاتجاه المذكور انطلاقا من الفصل 23 الذي جاء فيه : «على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف ... وينفق عليها وعلى أولاده منها ... والزوجة تساهم في الانفاق على العائلة، واذا جاز التوسع في هذا التعريف، فلا يمكن ذلك الا بالنظر الى من يشملهم واجب الانفاق، وعندئذ يضاف الاصول للأب الى من ذكر عملا بالفصل 43 م.أ.ش.

وقد أوجب المشرع في اطار هذا الفصل أن ينفق الزوج على زوجته وأن تساهم الزوجة في الانفاق على العائلة ان كان لها مال. ثم دعم هذه النظرة بواجب هام وأساسي في المجتمع أسنده الى الزوجين بوصفهما حاضنين عملا بالفصلين 54 و 57 م.أ.ش، ويمكن ربط هذا الواجب بمفهوم الولاية بصفة عامة والتي أسندها المشرع الى الأب والام بعد وفاته وذلك في الفصل 154 م.أ.ش بعد تنقيحه في 18 فيفري 1981⁽³⁸⁾.

وهذا المفهوم الذي تبناه المشرع للعائلة وحاول بعثه وتركيزه منذ صدور المجلة، يمكن استنتاجه من احكام الردّ الذي يمكن - كما سبق بسطه - من المحافظة على الاموال في نطاق هذه العائلة الضيقة وذلك باسنادها للزوجة بعضا أو كلا اذا انفردت، أو كذلك للبنت.

2 - ويزداد الامر وضوحا بالرجوع الى مبادئ الفقه الاسلامي في مادة الموارث ومقارنتها باحكام الردّ في القانون التونسي. فالفقه الاسلامي المالكي بالخصوص لا يعرف الا نوعين من الورثة : ورثة بالفرض وورثة بالتعصيب، وهؤلاء وحدهم يمكنهم ارث كامل التركة وهم من الذكور أساسا اذا كانوا بالنفس⁽³⁹⁾ وبذلك فان العائلة التي يفهمها قانون الميراث الاسلامي هي عائلة «عصبية» أو إن شئت قل «ذكرية».

ولذلك فان هذا النظام لا يمكنه أن يتصور بنتا ترث كامل التركة. ويعزو الاستاذ محمد الشرفي⁽⁴⁰⁾. هذه النتيجة الى سببين : أولهما : انه

(38) انظر القانون عدد 7 المؤرخ في 18 فيفري 1981. راند رسمي عدد 11 بتاريخ 20 فيفري 1981 ص 358.

Béchir FERCHICHI. La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits Tunisien et Marocain Comparés. Thèse. Tunis 1983. Spécialement, pp. : 34 à 43.

(39) Voir Jeanne LAADJILI. Puissance des agnats, puissance du père : de la famille Musulmane à la famille tunisienne. R.T.D. 1972 P. 25 et s. voir pp : 35.

(40) Voir M Mohamed CHARFI. Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité. R.T.D. 1973 p. 11 et s., voir pp. : 34.

في اطار العائلة الابوية الكبيرة لم تكن هناك مصلحة في أن تنتقل ثروة الاب كلها الى عائلات أخرى أي عائلات اصهاره.

وثانيهما : ان الروابط التي تجمع المورث بأحفاده واخوته هي من الضيق والحميمية بدرجة تبرّر تدخلهم في الارث.

أما وقد تطورت الحياة الاجتماعية فقد تفرقت العائلة الكبيرة لتترك المكان للعائلة الضيقة أو كذلك «العائلة النووية» وهي الخلية التي يسمح بوجودها الاعتراف بالعائلة الرحمية (La famille cognatique) أي العائلة المكونة من قرابة الرّحم ويقال ذوي الارحام مطلقاً⁽⁴¹⁾ بما في ذلك النساء أساسا اللائي تقوم عليهن العائلة الامومية (la famille maternelle) وهي العائلة التي تقرب أكثر من العائلة الضيقة لأنها تجتد من امتياز العصبية⁽⁴²⁾.

ولقد تجلّى هذا الانتقال من خلال امرين :

* أولهما تمكين الزوجين من كل الميراث إن تحققت الشروط الواردة آنفا. وبذلك تجاوز المشرع التونسي الخلاف الذي كان قائما حول الرد على الزوجين وعمل في ذلك بمذهب عثمان بن عفان. ولكي يتسنى الوقوف على حقيقة ما قرره المشرع التونسي يحسن الجروح الى مقارنة ما جاء بالفصل 143 مكرر مع المادة 30 من قانون الموارث المصري لسنة 1943، والتي تنص على ما يلي : «إذا لم تستغرق الفروض التركية

(41) يمكن تعريف ذوي الارحام بانهم أقرباء المورث من غير الفروض أو العصبية والذين يتصلون بالبيت بواسطة انثى أو هم من النساء القربيات اليه من جهة ذكر، ومثال ذلك : اولاد البنات واولاد الاخوات وبنات الاخوة، والخال والخالة والعمة ... وتأتي هذه الطائفة من الورثة في المذهب الحنفي والحنبلي في مرتبة ثالثة بعد ذوي الفروض والعصبية وقبل بيت المال. أما المذهب المالكي فقد تقدم أنه لا يورهم ويجعل الباقي لبيت المال. انظر في هذا : وهبة الزحيلي. مرجع سابق. موضع سابق ص 381.

- وكذلك : برنارد ديراند. مرجع سابق. ص 247.

(42) راجع مقال الاستاذة العجيلي المذكور. ص 27 و45.

ولم يوجد عصبية من النسب ردّ الباقي على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فروضهم ويرد باقي التركة الى أحد الزوجين اذا لم يوجد عصبية من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوي الأرحام»، ولقد جاء في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الموارث في خصوص هذه المادة : «فرؤي من المصلحة تقرير الردّ على أحد الزوجين مع تأخيرهم عن ذوي الارحام، فاذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ولا من العصبية النسبية ولا من ذوي الارحام مع أحد الزوجين أخذ كل التركة فرضا وردّا لأن صلة الزوجين في الحياة تقضي بأن يكون لأحدهما في هذه الحالة الحق في مال الآخر بدل المستحقين الآخرين»⁽⁴³⁾.

فلقد أقرت هذه المذكرة التفسيرية بحق الزوجين في الردّ عليهما في مرتبة متأخرة اعتبارا للصلة التي بينهما. الا أن المشرع التونسي اعتبر هذه الصلة منذ البداية ولم يستثن الزوجين من الردّ أو يؤخر مرتبتهما وفي ذلك دليل على نية المشرع في حصر الاموال قدر الامكان - واذا سمحت بذلك الشروط - في نطاق العائلة الضيقة، وعلى اجلاله للزواج باعتباره منشأ لهذه العائلة التي يريد تكريسها.

* وثاني الامرين هو تأسيس حق الحجب في جانب البنت وبنت الابن اللتين يمكنهما حجب اخوة المورث وأعمامه وصندوق الدولة. ويبدو هذا الحق مستحدثا - وهو ما يقول به أغلب شراح القانون - الا أن المرحوم ابراهيم عبد الباقي يجد له أساسا في المذاهب الاسلامية اذ يقول : «وقديما سار المذهب الجعفري على هذه الاحكام وتقديم البنت على الاخوة وحجبها لهم مثل الابن الذكر، وهو مذهب اسلامي يصح الاخذ به والاستناد اليه في مثل هذه الاحكام لضرورة العصر وحاجة القضية

(43) - محمد مصطفى شلبي. احكام الموارث بين الفقه والقانون. دار النهضة العربية. بيروت

1978. ص 265.

- بدران ابو العينين بدران - المرجع السابق ص 383.

التي أحدثها⁽⁴⁴⁾. ومهما يكن من أمر فإن حق الحجب الذي أقر للبنات أو بنت الابن يمكن تنزيله في إطار تكريس العائلة الرحمية ومن ثم العائلة الضيقة. ويبين الأستاذ أحمد بن مصطفى أن الفصل 143 مكرر دفع البنات - مع توفر بعض الشروط - إلى مرتبة العصبية بالنفس الذين يمكنهم أن يرثوا كامل التركة وبذلك يتحسن مصير العائلة الامومية سواء على صعيد التطبيق أو على صعيد المبادئ⁽⁴⁵⁾.

3 - وفي هذا السياق، وبالتركيز على حجب البنات أو بنت الابن لصندوق الدولة، يمكن القول أن هذا الحجب يخفي إقصاء حقيقيا لهذا الأخير من الميراث. وقد تقدم أن الإشارة إلى إقصاء صندوق الدولة في الفصل 143 مكرر هي من قبيل الزيادة التي يمكن تجاوزها⁽⁴⁶⁾. خاصة بالنظر إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 87 م.أ.ش. : «فاذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة»، والمقصود بالباقي هو ما يبقى بعد تطبيق قاعدة «تدوم». لكن المشرع لم يستغن عن تلك الزيادة، وفي ذلك تأكيد منه على تنازل صندوق الدولة عن حقه في باقي التركة للبنات أو بنت الابن، ويفسر الأمر عندئذ يكون المشرع يعبر عن رغبته في تقوية وضعية العائلة الضيقة.

وهكذا يمكن أن نستنتج مما سبق أن المشرع التونسي باقحامه للرد ولفكرة أن الفروع وأن كانوا من الإناث يمكنهم حجب الحواشي، زعزع الأسس الأكثر ثبوتا لقانون الموارث الإسلامي. وبذلك خسرت العائلة التونسية سندا هاما تقوم عليه امتيازات العصبية⁽⁴⁷⁾. ويحق حينئذ أن

(44) إبراهيم عبد الباقي - جريدة الصباح الأسبوعي 23 فيفري 1987.

(45) Ahmed BEN MUSTAPHA. L'égalité entre l'homme et la femme dans le code du statut personnel. Mémoire de D.E.A de droit privé. Faculté de droit de Tunis - 1975-76. pp : 98 à 103.

(46) راجع البحث الأول.

(47) الاستاذة العجيلي - المرجع السابق ص 35.

يتعجب الدارس مع الأستاذ اندري كولومار في خصوص ميراث الزوجة التونسية لكل التركة إن تحققت لها شروط الرد وفي تحليله لقانون الميراث في المغرب إذ أشار إلى أن الأرامل والأراملات المغريين يمكنهم أن يحسدوا مصير نظرائهم التونسيين الذين يجمعون أحيانا كامل المكاسب التي يتركها أزواجهم المتوفون⁽⁴⁸⁾.

لكن الأستاذ جول روسي صاغ تعجبا آخر أبعد مغزى ومدى حين قال :

«للم يبق حينئذ أمام جوستينان جديد إلا أن يستخلص النتائج من تطور وصل إلى غايته، وذلك بدمج الفرعين اللذين يتلقى منهما كل إنسان دمه وحياته، صلب نظام منسجم، وكذلك باستئصال كل امتياز لفائدة الذكور من نظام الموارث، تطبيقا للمقتضيات الجديدة، للعلاقات بين الجنسين في الحياة الحديثة»⁽⁴⁹⁾.

ويفهم من هذا القول استنتاج صاحبه أن الرد ينم عن تصور جديد للعائلة شبيه بالنظام الذي وضعه جوستينيان والذي نجد فيه الفروع قبل الحواشي في استحقاقهم للارث⁽⁵⁰⁾. ويخلص الأستاذ روسي إلى الدعوة - بناء على ما تقدم - إلى إلغاء كل امتياز للذكور وجعل الإناث مساويات لهم.

(48) André Colomer : Droit Musulman Marocain, Editions La Porte, Rabat, 1968.

(49) هذا هو النص الأصلي لقولة جول روسي :

"Il ne restera plus alors à un nouveau Justinien qu'à tirer les conclusions d'une évolution arrivée à son terme, en fusionnant dans un système harmonieux les deux branches d'où chaque homme a reçu son sang et sa vie, et en extirpant du système successoral tout privilège en profit du sexe masculin, conformément aux exigences nouvelles des rapports des sexes dans la vie contemporaine" Voir : Jules ROUSSIER : "Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit Tunisien". Studia Islamica - 1959/60 XII. p.135.

(50) الاستاذة جان العجيلي. المرجع السابق ص 36.

II - حماية المرأة ومساواتها بالرجل :

1 - حماية المرأة

ان تطور الاوضاع الاجتماعية واستقلال العائلة الضيقة على حساب العائلة الابوية الواسعة خلق وضعاً جديداً تتميز فيه المرأة بقيامها بدور جديد. فهي الى جانب كونها ربة البيت - لا رئيسة العائلة - تسهر على القيام بشؤونه والمحافظة عليه معبرة في ذلك عما طلبه منها المشرع في الفصل 23 م.ا.ش فانها تشارك الزوج في ميادين الحياة العملية خارج المنزل. ولم يبق تسأول أو تعجب لدى أي كان أن يرى المرأة تشارك الرجل حياته اليومية في العمل والانتاج. ولقد أدى هذا الوضع الجديد - الذي ساهم فيه المشرع نفسه بما منحه للمرأة من حقوق - الى وجوب التفكير في حمايته وذلك بحماية طرفه الحديث وهو المرأة. وفي هذا السياق، يمكن ذكر الردّ.

فالردّ علاوة على كونه يمكن من المحافظة على الاموال داخل العائلة الضيقة فانه يساعد على توفير وضع حمائي للمرأة بما يمكنها من أموال تستعين بها على تكاليف الحياة وخاصة اذا كانت زوجة وتركها زوجها وحيدة أو كذلك بنتاً أو بنت ابن. ويقول الاستاذ المرحوم ابراهيم عبد الباقي في مقاله السابق : «وعلة هذا الحكم في البنت مقصد الشريعة في ترضية صاحب المال في مصير ماله الى أحب الناس اليه بصفة مشروعة».

ويمكن تدعيم هذا الاتجاه بالنظر الى مسألتين تتعلق الأولى بتعامل المشرع مع الفقه الاسلامي وتستمد الثانية من أحكام الوصية.

1 - فلقد بلور الأستاذ محمد الشرفي⁽⁵¹⁾ فكرة مقتضاها أن. المشرع التونسي طور احكام الفقه الاسلامي بتجديدها، ولقد تجلّى هذا التجديد بطريقتين : تجديد بطريق التأويل وتجديد بطريق الابتكار :^(51م)

(51) مقال سابق ص 29 وما يليها.

(51bis) L'innovation par interpretation et l'innovation par création.

وذكر القانون المحدث للردّ سنة 1959 ضمن هذا النوع الثاني من التجديد. ويمكن القول - تخريباً من هذه الفكرة - ان المشرع أراد حماية المرأة وسعى في ذلك بالوسائل التي أمكنته فأحدث الردّ في هذا الاطار. وقد تميز في الفقرة الثانية من الفصل 143 مكرر عن سائر البلدان العربية حتى التي تقول بالردّ منها⁽⁵²⁾. ومع ذلك فان فكرة الحماية هذه ليست في الواقع جديدة على المشرع التونسي، بل تجدد لها أصلاً في الاثر النبوي الشريف. ألم يستدل الحنفية على العمل بالردّ بحديث سعد بن أبي وقاص⁽⁵³⁾. ونص هذا الحديث كما رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة)⁽⁵⁴⁾. ان سعد بن أبي وقاص قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت : اني قد بلغ مني الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي، أفأتصدق بثلاثي مالي ؟ قال لا، فقلت بالشطر (أي بالنصف) فقال لا. قلت : بالثلث، قال : الثلث والثلث كثير : انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس» ووضح ما في هذا الحديث من رغبة الرسول عليه السلام في أن يبقى المال عند ابنة سعد حتى تجدد ما تواجه بها مصاعب الحياة⁽⁵⁵⁾.

2 - وبالنظر في قواعد الوصية يمكن تأكيد فكرة الحماية بمقارنة احكامها باجراء الردّ على الزوجين. فمن المعلوم أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث⁽⁵⁶⁾. الا أن الفصل 188 م.ا.ش. يجيزها اذا لم تكن على

(52) الاستاذة جان العجيلي. المرجع السابق : ص 35.

(53) راجع الجزء الاول من هذا البحث.

(54) - بدران أبو العيني بدران. المرجع السابق : ص 67.

- وهبة الزحيلي. مرجع سابق. ص 8.

(55) خلافاً لهذا الاستنتاج، يرى الاستاذ مصطفى شلبي في مقاله المذكور ان هذا الحديث لا يصلح لأن يكون دليلاً على جواز افراد البنت بكامل الميراث. مرجع سابق ص 876.

(56) انظر الفصل 179 م.ا.ش. : «لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة بعد وفاة الموصي».

الموصي ديون ولم يكن له وارث. والسؤال هنا : هل تجوز الوصية بكل تركة الزوج للزوجة بوصفها وارثة وحيدة ؟ لقد أجاز الحنفية ذلك لأن الورثة الباقيين يمكنهم أخذ التركة فرضا وردّا، أما الزوجان فلا سبيل الى أن يرثا كامل التركة الا بطريق الوصية بأكثر من الثلث وذلك تكملة لتمكين الموصي من الايصاء بكامل ماله اذا انعدم الدائن والوارث.

لكن المشرع التونسي عند سنه لقاعدة الفصل 188 المستلهمة من المذهب الحنفي، أغفل ذكر الزوجين. ونتيجة ذلك أنه لا يجوز الايصاء لأحد الزوجين بكامل التركة عملا بالفصل 188 نفسه الذي يشترط انعدام الوارث، والزوجان وارثان، وكذلك بالفصل 179 الذي لا يسمح بالوصية للوارث.

ولقائل ان يقول ان المقصود من انعدام الوارث في الفصل 188 هو عدم وجود أي وارث ما عدا الزوجين، باعتبار ان هذه القاعدة مستمدة من المذهب الحنفي الذي يستثني الزوجين في هذه الصورة لأنهما وارثان من أصحاب الفروض السببية لا النسبية. لكن هذا الفهم تأباه قواعد التأويل التي تقتضي ان عبارة «لا وارث» مطلقة تشمل الزوجين عملا بالفصل 533 م.أ.ع. وان الفصل 188 استثنائي فيجب أن يؤوّل تأويلا ضيقا لا يتعدى الى صورة السماح بالوصية الى الزوجين تطبيقا للفصل 540 م.أ.ع.⁽⁵⁷⁾

ولهذا، واذا لاسبيل الى تمكين الزوجة من أخذ كامل تركة زوجها بطريق الوصية، فقد تدارك المشرع الامر باحداث الردّ الذي يمكن الزوجة

(57) ينص الفصل 540 م.أ.ع. : «ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية وغيرها، لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة».

من الحصول على كامل التركة عند فقد العاصب وبقيّة أصحاب الفروض ممن يرد عليهم، أي في النهاية، عند «فقد الوارث» وهي حالة الفصل 188 م.أ.ش.⁽⁵⁸⁾

وبذلك يمكن القول ان المشرع التونسي قد مكن الزوجة من الانفراد بكامل التركة اذا كانت الوارثة الوحيدة ويمكنها هذا الحل من الاستقلال بالمال وهي في حاجة اليه وأولى به نظرا لما كان يجمعها بزوجها من صلة مودة ورباط وثيق، ولما هي مطالبة به من القيام بدور هام في المجتمع فيكون المشرع بذلك قد رسخ نظريته لمؤسسة الزواج ولما يرجوه منها فمكن المرأة مما تستطيع به حماية نفسها ورفعها الى مرتبة مساوية للرجل.

ب - مساواة المرأة بالرجل

تتجلى فكرة المساواة هذه أكثر في الفقرة 2 من الفصل 143 مكرر م.أ.ش. التي رفعت البنت وبنت الابن الى مرتبة العصبية بالنفس الذين يمكنهم حجب بقية الوارثين طبقا لشروط الميراث. وهذا الحجب الذي تمكنت منه البنت ازاء بعض العصبية بالنفس لم يكن الى حدّ صدور قانون الردّ الا من اختصاص الذكور وبذلك تكون البنت قد تساوت مع الابن في الحجب.

وقد تدعم هذا السعي من جانب المشرع الى المساواة بين المرأة والرجل - في هذا الاطار - بالفصل 191 م.أ.ش. المقحم بنفس القانون المحدث للردّ - عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 - وهو الفصل المتعلق بالوصية الواجبة، والذي يسوّي في استحقاق الوصية الاناث والذكور من أولاد الابناء اناثا أو ذكورا المتوفين قبل مورثهم فتنتقل أموال

(58) انظر في هذا الاتجاه : محمود شمام - الوصية في الفقه والقانون. دار النجاح. تونس. ص 75 وما بعدها.

هذا المورث الى اولاد ابنه أو ابنته كما لو كان حيا وذلك في حدود الثلث⁽⁵⁹⁾.

وتتضح نية المشرع في المساواة من خلال جملة أخرى من الاحكام يمكن ان يتنزل الردّ في سياقها، ونذكر هنا أهمها : فالزواج ممكن للجنسين على حدّ السواء بمجرد بلوغ السن القانونية دون حاجة الى جبر البنت من طرف وليها : (الفصل 3 م.أ.ش.)، والطلاق أصبح ممكنا للزوجين دون تفرقة بين الزوج والزوجة (الفصل 31 م.أ.ش.)، وخارج اطار الزواج، نذكر حق المرأة في الشغل مثل الرجل (الفصل 6 من مجلة الشغل). غير أن أهم ما يجب الاشارة اليه هنا هو ذلك العدد الهام من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها البلاد التونسية والمتعلقة أساسا بحقوق المرأة، والتي تنص على وجوب الغاء كل الفوارق بين المرأة والرجل والعمل على تحقيق المساواة بينهما. ونخص بالذكر هنا اتفاقية نيويورك الموقعة في 31 مارس 1953 والمتعلقة بالحقوق السياسية للمرأة، واتفاقية نيويورك في شأن جنسية المرأة المتزوجة والموقع عليها في 20 فيفري 1957، واتفاقية نيويورك. عن الرضا في الزواج والسن الدنيا للزواج وتسجيل الزواج، المنعقدة بتاريخ 10 ديسمبر 1962⁽⁶⁰⁾. وكذلك وخاصة اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة والموقعة في 18 ديسمبر 1979⁽⁶¹⁾.

(59) محمود شمام : المرجع السابق : ص 119 وما بعدها.

- وكذلك : لؤي عطا الله. الوصية الواجبة. مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص.

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1992.

(60) اتفاقيات مصادق عليها بالقانون عدد 41 المؤرخ في 21 نوفمبر 1967، ومنشورة بمقتضى الامر عدد 114 المؤرخ في 4 ماي 1968، الصادر بالرائد الرسمي عدد 19 بتاريخ 7 - 10 ماي 1968. ص 559.

(61) اتفاقية مصادق عليها بالقانون عدد 68 المؤرخ في 12 جويلية 1985 ومنشورة بمقتضى الامر عدد 1921 المؤرخ في 25 نوفمبر 1991 (الرائد الرسمي عدد 85 بتاريخ 13 ديسمبر 1991 ص 1668).

وهكذا وبالنظر الى هذا الكمّ من النصوص والاتفاقيات المنادية بالمساواة بين المرأة والرجل يمكن القول ان الردّ يدل من موقعه على فكرة المساواة التي أراد المشرع تأصيلها بتمكينه للبنت من حجب الاخوة والعمومة وصندوق الدولة، تماما مثل الابن.

وتؤكد الاستاذة سكيمة بوراوي هذا الرأي بتبيينها سعي المجلة التونسية الى الاقتراب من نظام المساواة بتمكين طبقة الفروع ولو كانت من الاناث من التقدم على طبقة الحواشي المكونة دائما من الرجال⁽⁶²⁾.

الا أنه ومع هذا، لا ينبغي ان تذهب بنا الاوهام بعيدا لنقرر بأن الردّ يحقق مساواة تامة مع الرجل أو أنه ينصهر ضمن تشريع يقول بالمساواة الكاملة بين الجنسين لأن واقع الامر خلاف ذلك وما تقدم من أمثلة على المساواة ليس الا دليلا على سعي المشرع التونسي اليها في بعض الميادين. ويكفي هنا التذكير بالمبدأ الهام في مادة الارث «لذكر مثل حظّ الانثيين» حتى يمكن الوقوف على مدى قوامة الرجال على النساء : قال الله تعالى : «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»⁽⁶³⁾.

لكن ذلك لا يمنع من القول ان الردّ - ولئن كان نظاما استثنائيا - فانه يمثل مكسبا هاما للمرأة التونسية، ويقوم دليلا على مساهمة المشرع التونسي لتطور العصر وعلى الهاجس الذي يحدوه في أن يرى المرأة والرجل يجمعهما مركب واحد يقودهما نحو المساواة.

تونس جانفي 1993

(62) مرجع سابق ص 435.

(63) سورة النساء الآية 24.