

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

موانع الإرث

(تعليق على الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية)

مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:

ساسي بن حليلة

أعدّها ودافع عنها:

عبد المجيد الزروقي

أمام اللجنة المترّكة من :

الأستاذ: ساسي بن حليلة، رئيسا ومشرفا

الأستاذ: صلاح الدين الملوّلي، عضوا

الأستاذ : فاخر بن سالم، عضوا

السنة الجامعية: 1988 – 1989

(الدورة الرئيسية: جوان)

كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس

موانع الإرث

(تعليق على الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية)

مذكّرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:

ساسى بن حليلة

أعدّها ودافع عنها:

عبد المجيد الزّروقي

أمام اللجنة المترّكبة من :

الأستاذ: ساسى بن حليلة، رئيسا ومشرفا

الأستاذ: صلاح الدّين الملوّلي، عضوا

الأستاذ : فاخر بن سالم، عضوا

السّنة الجامعيّة: 1988 – 1989

(الدّورة الرّئيسيّة: جوان)

الكليّة لا تؤيّد ولا تعارض الآراء الواردة في المذكرات، وهي خاصّة بأصحابها

التخطيط العام

الجزء الأول: المعنى الصريح للنص

الفصل الأول: أسباب المنع

الفصل الثاني: آثار المنع

الجزء الثاني: المعنى الضمني للنص

الفصل الأول: المواقف حول وجود المعنى الضمني

الفصل الثاني: المواقف حول محتوى المعنى الضمني

المقدمة

1. — درج الفقهاء على تقسيم أسباب اكتساب الملكية إلى أسباب منشئة لها ابتداءً وأخرى ناقلة لها.

كما درجوا على تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى نوعين: أسباب مكسبة للحق فيما بين الأحياء كالعقد، وأخرى مكسبة له بسبب الوفاة ومن أهمها الميراث.

2. — ولقد عرفت جل المجتمعات - قديمها وحديثها، غربيها وشرقيها - هذا السبب لكسب الحق.

فمن المجتمعات الغربية القديمة يمكن أن نذكر الرومان. ويرجع المؤرخون نشر أول قانون يهم هذه المادة إلى العهد الجمهوري. ففي سنة 451 قبل الميلاد تم وضع قانون الألواح الاثني عشر من طرف لجنة مكونة من عشرة رجال (decemvirs) يمثلون طبقة الأشراف والعامّة⁽¹⁾.

ولقد جعل هذا القانون الاستحقاق في الإرث لثلاث جهات:

أولها: جهة الورثة الأصلاء (siens): وتتركب من الفروع الموجودين تحت ولاية أصلهم عند وفاته. فلا حق إذن للأولاد المحررين والذين أعطوا للتبني وكذلك أولاد البنت في إرث المالك.

ثانيها جهة العصبات (agnats): ويقصد بهم الأقارب من الحواشي المنحدرين من ذكور والذين كان شأنهم الخضوع لولاية أصلهم الجامع لو بقي حيا. ويحجب الأقرب في الدرجة الأبعد. كما يحجب كل المنتمين إلى هذه الجهة بأصحاب الجهة الأولى، ذلك أنه لا استحقاق لعاصب في الميراث إلا عند انعدام وارث أصيل⁽²⁾.

ثالثها جهة العشيرة (gentiles): فعند انعدام الورثة الإيصائيين أو الورثة من الجهتين الآنف ذكرهما تنتقل ملكية أموال المالك إلى العشيرة أو بالأحرى إلى سادتها.

3. — ولقد شهد نظام الموارث الوارد بالألواح الاثني عشر العديد من التغييرات التي استوجبها فتح الباب لحرية الإيصاء. وهكذا أصبح للأصل حق حرمان الورثة الأصلاء من كل أو بعض مخلفه. كما

(1) انظر : جوستينيان، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، نقلها إلى اللغة العربية عبد العزيز فهمي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1946، ص 335 وما بعدها.

(2) Edouard Cuq, Manuel des institutions juridiques des romains, Librairie Plon et Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928, p. 718.

اضمحل حق الجهة الثالثة للاستحقاق فلم يعد يعترف لغير الذين أسهموا فعليا في تنمية مكاسب الهالك بحق الإرث⁽³⁾.

مما سبق يتبين أن جميع الأقارب من أولاد البطون كالإخوة والأخوات لأم لم يكونوا من أهل الاستحقاق في الميراث. كما أن الأصل لم يكن يرث فرعه مطلقا والسبب في هذا، إذا كان الأصل من جهة الأم، انعدام ولايته على الهالك؛ أما إذا كان الأصل من جهة الأب، فإن عدم توريثه راجع إلى أن الفرع إما أن يكون تحت ولايته وفي هذه الحالة ما كان يمكن له أن يخلف ميراثا وإما أن يكون خارجا عن ولايته وهنا تكون الروابط العائلية التي تجمع الأصل بالفرع قد انقطعت. أضف إلى هذا أنه لا إمكانية للتوارث بين الأم وأولادها.

4. — ولقد كان لانتقال روما من الحكم الجمهوري إلى الحكم الإمبراطوري سنة 29 قبل الميلاد أثره في تطور نظام الميراث وذلك بإدخال مستحقين جدد أطلق عليهم اسم واضعي اليد على الأموال (bonorum possessors) تمييزا لهم عن الورثة الحقيقيين الذين عددهم القانون المدني. وبهذا استبدل الحاكم (Pretor) جهة العشيرة بدوي الأرحام وضم الأولاد المحررين والمعطون بطريق التبني إذا خرجوا من عائلة متبنيهم إلى الجهة الأولى فأصبحوا يشاركون الورثة الأصلاء الحقيقيين في الميراث. كما قرر الحاكم أن للزوج الذي بقي على قيد الحياة الحق في إرث زوجه الهالك وذلك عند انعدام العصبية⁽⁴⁾. وفي فترة حكم الإمبراطور "هارديان" (Hardien) صدر في سنة 157 ميلادية قرار من مجلس الشيوخ يعرف بالقرار التورتلياني (senatusconsultes tertullien) وقد جعل الأم وارثة شرعية لأولادها الذين لم يتركوا وصية توريثية. ومن شروط استحقاقها للميراث أن تكون قد أنجبت عددا معينا من الأطفال⁽⁵⁾.

5. — وبعد مرور عشرين سنة من هذا التاريخ صدر قرار الشيوخ الاورفيتياني (senatusconsultes orfieten) في عهد الإمبراطور "مارك أوريل" (Marc Aurel) متضمنا إقرارا بحق الأولاد في إرث أمهم.

وتتابعت الإصلاحات في الإمبراطورية السفلى وكانت تصب في نفس الاتجاه من تدعيم لحقوق ذوي الأرحام وأخذ بعين الاعتبار للقرابة عن طريق النساء.

⁽³⁾ Edouard Cuq, op.cit., p. 719.

⁽⁴⁾ Edouard Cuq, op.cit., p. 719 s.

⁽⁵⁾ انظر : جوستينيان، م س، ص 177.

6. — ثم كان أن قسمت الإمبراطورية سنة 395 إلى غربية وشرقية، وتولى "جوستينيان" (Justinien) حكم هذه، فارتأى تبسيط هذا النظام المعقد للموارث وأصدر للغرض مرسومين (Novelles de Justinien) وضع بمقتضاها نظاما موحدًا يقوم على أسس جديدة.

فنص المرسوم عدد 118 الصادر سنة 544 على أن ميراث كل شخص يوزع بمقتضى نظام واحد على ثلاث جهات: الفروع والأصول والحواشي. فيحجب الفروع من عداهم من جهات الاستحقاق. ويشترك الأصول مع الإخوة والأخوات الأشقاء ويحجبون جميع الحواشي. والأشقاء من الإخوة يحجبون من هم لأب أو لأم فقط. وعند عدم وجود فروع أو أصول أو إخوة وأخوات يؤول ميراث الهالك إلى أقرب الحواشي⁽⁶⁾.

وفي الخامس من سبتمبر سنة 548 صدر المرسوم عدد 127 وتضمن خاصة إدخال مؤسسة التنزيل لفائدة أبناء الأخ. فيرث هؤلاء ما كان يستحقه أبوهم الهالك من تركة أخيه وذلك بالاشتراك مع الأحياء من الأصول والأعمام.

7. — وفي الأثناء كان قد ابتداء في تطبيق نظام جديدًا للموارث في الجزء الغربي من الإمبراطورية بعد أن أسقطها الجرمان سنة 477. فلقد كان للقبائل الجرمانية نظام في نقل الملكية بسبب الوفاة يختلف عن ذلك الذي عرفه الرومان إلا أن النظام البرابري لم يكن موحدًا إذ لكل قبيلة تشريعها الخاص بها. وإذا أردنا تصنيف هذه القبائل حسب نظام الموارث المنطبق لديها، لأمكن القول إن منها من يجرى أموال التركة ومنها من لا يعتمد إلى ذلك.

ويضم هؤلاء خاصة قبيلة "اللوميرديين" (Les Lambarde) و"البورجنديين" (Les Bourgondes). ففيما يخص القانون "اللوميردي" نص الفصل 153 من "منشور روتاريس" (Edictum de Rotaris) على أنه "إذا توفي لوميردي وترك ابنا شرعيا أو أكثر فإن هؤلاء يأخذون التركة. وإذا ترك الهالك ابنا أو أكثر وبناتا أو أكثر فإن الذكور يستقلون بالتركة".

وإذا كانت البنت محجوبة من ميراث أبيها بإخوتها الشرعيين فإنها تشترك مع الأبناء الطبيعيين للهالك وعصبته في صورة انعدام الفرع الشرعي فتأخذ ثلث التركة ويقسم الباقي مناصفة بين الابن الطبيعي وأقرب عاصب للهالك بحساب الثلث لكل واحد منهما (الفصل 159 من "منشور روتاريس").

(6) انظر : الملحق الأول من مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، نص المرسوم 118، ص 323 وما بعدها.

وفي صورة تعدد البنات، فإنهن يأخذن من نصف التركة ويأخذ الابن الطبيعي سواء تعدد أو انفرد الثلث. ويأخذ أقرب عاصب السدس وعند انعدامه يرجع نصيبه إلى خزينة الملك (الفصل 158 من منشور روتاريس).

وتأخذ الأخت حكم البنت فيما يخص ميراثها من أخيها (الفصل 160 من منشور روتاريس) فتحجب مثلها بالأبناء الشرعيين للهالك وعليها أن تكتفي تماما كالبنات " [...] بما يعطيه إياها أبوها أو أخوها من أموال يوم زواجها [...] " (الفصل 181 من منشور روتاريس).

ولقد عرف نظام الموارث هذا تطورا فأصدر الملك "لويتبرون" (Luitprand) منشورا نص فيه على استحقاق البنت تعددت أو انفردت لكل مخلف أبيها في صورة انعدام الفرع الوارث من الذكور. وبهذا فإنها تحجب العصبية وخزينة الملك⁽⁷⁾.

كما أدخل الملك "غريمولد" (Grimoald) مؤسسة التزويل لفائدة أبناء الأبناء الذين أصبح بإمكانهم أخذ نصيب أبيهم من تركة الجد يقتسمونها بينهم بالتساوي⁽⁸⁾.

أما القانون "البورجندي" فمن أهم خصوصياته إقراره لنظام الأموال المشتركة بين الأب وابنه وذلك بمجرد ولادة هذا الأخير. فلا يمكن للأب تبعا لذلك أن يتصرف في الأموال التي تمثل نصيب ابنه في ميراثه (الفقرة الخامسة من العنوان الرابع والعشرون من القانون البورجندي). فإذا بلغ الأب سن الشيخوخة أو فقد زوجته وجب عليه تقسيم أموال العائلة على أبنائه على أن يحتفظ لنفسه بنصيب مساو لهم. وله حق استرجاع هذه الأموال إذ توفي الابن قبله⁽⁹⁾.

وما سبق استعراضه لا يمثل الخصوصية الوحيدة التي ينفرد بها القانون البرابري إذ هناك من القبائل الجرمانية من تأخذ بعين الاعتبار طبيعة الأموال عند توزيع التركة فتجزئها إلى منقولات وعقارات.

ومن بين هذه القبائل نجد "التورنجيين" (Les Thuringes). وينص الفصل الأول من العنوان الرابع لقانونهم على أن الفرع الذكر يحجب البنت حجب حرمان. لكن عليه القيام بنفقتها إذ أن ولاية الهالك على بناته تنتقل إلى ابنه من بعده. ويضيف الفصل الخامس من نفس العنوان أنه في صورة انعدام الفرع الوارث من الذكور تنتقل ملكية عقارات تركة الهالك إلى أقرب العصابات ميراثا لهم في حين تعود المنقولات من نقود وقطعان ماشية وعبيد إلى البنت. وتنطبق نفس الأحكام على الأخت

⁽⁷⁾ Frédéric Peltier et Georges-Henri Bousquet, Les Successions agnatiques mitigées : Étude comparée du régime successoral en droit germanique et en droit musulman, P. Geuthner, Paris, 1935, p. 20.

⁽⁸⁾ Frédéric Peltier et Georges-Henri Bousquet, op. cit., p. 16

⁽⁹⁾ Frédéric Peltier et Georges-Henri Bousquet, op. cit., p. 26 s.

(الفصل الثاني) والأم (الفصل الثالث). وهكذا فإن المنقولات تعود إلى النساء من بنت وأخت وأم للهلك ولا تستحق العصبية كل التركة إلا عند انعدامهن (الفصل الرابع). وتخضع تركة المرأة إلى نفس القواعد مع فارق بسيط يتمثل في أن ميراثها من الحلي ينتقل إلى بناتها ولو مع وجود الفرع الوارث من الذكور (الفصل السادس)⁽¹⁰⁾. وعلى غرار "التورنجيين" يقسم قانون قبيلة "الفرنج" (Les Franks) التركة إلى منقولات وعقارات، فترث البنت المنقولات ولو مع وجود الابن الوارث. وكذا الأخت ولو مع وجود الأخ الشقيق أو لأب أو لأم. أما الأب والأم فإنهما لا يرثان مخلف فرعهم من المنقولات إلا إذا لم يكن له إخوة من الذكور. فإذا انعدم هؤلاء الورثة للمنقولات، عادت التركة بكل عناصرها إلى العصبية من الذكور.

8. — وأثناء هذه الفترة التاريخية وقبلها كانت المجتمعات الشرقية — خاصة منها التي كانت تعيش بشبه الجزيرة العربية — تطبق أنظمة قانونية أخرى للموارث. فلقد كانت أسباب الميراث لدى اليهود مثلا من سكان "يثرب" و"تيماء" و"خير" وغيرها من قرى "الحجاز" و"اليمن" تقوم على البنوة والأبوة والأخوة والعمومة. ولم تكن الزوجية إلا سببا للإرث من جانب واحد. فيرث الزوج زوجته ولا يشاركه أحد من أقاربها أو أبنائها ميراثه منها. أما إذا كان الزوج هو المتوفي، فإن زوجته لا ترث منه شيئا وإن كان لها حق النفقة على التركة ولو أوصى الزوج بغير ذلك. وتكون تركة الزوج لأبنائه الذكور لوحدهم وتقسم بينهم للبكري مثل حظ اثنين من إخوته الذين يصغرونه سنا. ويجوز للإخوة الاتفاق على اقتسام ميراث أبيهم بالتساوي بينهم. وعلى هذا فإن البنت لا ترث أباهما وإن كان لها على تركته حق النفقة إلى حين الزواج وقيمة مهرها بقدر ما كان يظن أن يعطيها والدها المتوفي. ولا ترث الأم فروعها مطلقا وتعود تركتها لأبنائها الذكور إن كانوا وإلا فلبناتها. وإذا انعدم الفرع الوارث كان الإرث لأب الأم إن كان أو أب أبيها أو جد أبيها. ويعود ميراث الابن عند انعدام الفرع الوارث من الذكور أو الإناث إلى أبيه إن كان موجودا وإلا فلاخوته أو لإخوته الإناث. وإذا لم يترك الهالك فرعا ولا أصلا وكان له أقارب من فروع الدرجات الأخرى أي الحواشي، كان الميراث لهم. ويكون أحقهم به أقربهم درجة وقربا إليه وذلك إلى حد الدرجة الخامسة، ثم تتساوى الدرجات ويرث الكل بدون تمييز ولا فرق في الأنصبة.

(10) Frédéric Peltier et Georges-Henri Bousquet, op. cit., p. 38 s.

أما إذا لم يخلف الهالك لا فرعاً ولا أصلاً ولا قريباً، فإن أمواله تصير مباحة يملكها أسبق الناس إلى حيازتها على أن يحتفظ بها عنده بعنوان الوديعة مدة ثلاث سنوات. فإذا لم يظهر أثناء هذه المدة وارث للميت، أصبحت ملكية الحائز نهائية⁽¹¹⁾.

9. — ولجيران اليهود من السكان الأصليين لشبه الجزيرة نظم أخرى للموارث تختلف باختلاف القبائل بل ربما باختلاف البطون داخل بعض القبائل.

وإجمالاً فإن العرب القدامى كانوا يتوارثون بأمرين: النسب والسبب⁽¹²⁾.

فأما الميراث بالنسب فيرجع إلى القرابة النسبية. إلا أن الجاهليين لم يكونوا يورثون الصغار من الذكور ولا النساء مطلقاً سواء كن حديثات سن أو متقدمات فيه وسواء كن زوجات للميت أو بنات أو أخوات أو أما له. ولم تكن قاعدة حرمان النساء من الميراث مطلقة إذ هناك من الجاهليين من ورث البنات فأعطى البنت سهماً والابن سهمين⁽¹³⁾. فعادة حرمان النساء من الميراث لم تكن إذن عامة وإن كانت هي القاعدة لدى جل القبائل العربية في ذلك العهد.

أما الميراث بالسبب فيهم التبني والحلف: ويتمتع الابن المتبني بجميع ما للولد الحقيقي من الحقوق والتي من بينها الميراث. وكذا الحال بالنسبة إلى الحليف الذي تعاقد مع شخص بأن قال له مثلاً: "دمي ودمك، وهدمي وهدمك، وترثني وأرثك، وتطلب بي وأطلب بك". فإذا تم التعاقد بين رجلين على هذا النحو، تم التوارث بينهما في كل التركة أو بعضها على الخلاف في ذلك⁽¹⁴⁾.

10. — من كل ما تقدم يتبين وجود اختلافات جوهرية بين المجتمعات الغربية والمجتمعات الشرقية القديمة. بل إن الاختلاف أساسي أيضاً بين هذا القانون وذلك وإن انتمى الخاضعون له إلى نفس المنطقة الجغرافية.

ويبدو أن خصوصية كل مجتمع ونمط عيش أفراده وموقفهم من الملكية ووظيفتها وراء هذا الاختلاف في نظم الموارث وفي ترتيب المستحقين للتركة والممنوعين أو المحرومين منها.

(11) انظر حول جملة أحكام الموارث عند اليهود: مُجَدُّ يوسف موسى، التركة والميراث في الإسلام مع مدخل في الميراث عند العرب واليهود، دار المعرفة، ط 2، 1967، القاهرة، ص 31 وما بعدها.

(12) انظر: عمر عبد الله، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، القاهرة، د ت، ص 57 وما بعدها. انظر أيضاً: جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، د ت، ج 5، ص 562 وما بعدها.

(13) انظر: مُجَدُّ يوسف موسى، م س، ص 13 وما بعدها.

(14) انظر: مُجَدُّ يوسف موسى، م س، ص 23. انظر أيضاً: جواد علي، م س، ج 5، ص 567.

فإذا كانت الاعتبارات الاقتصادية والفردية هي الطاغية، جاء نظام الموارث مؤثرا الرجل على المرأة وفتح الباب للمورث ليقصي من شاء من ميراثه ويدخل من شاء. وفي هذا الاتجاه كان "الرومان" - خاصة في بداية عهدهم - يمنحون رب الأسرة حقا مطلقا في حرمان من شاء من ورثته الشرعيين وبتوريث من شاء عن طريق الوصية.

كما أن الجرمان واليهود والعرب يؤثرون الذكر على الأنثى بما يتسق مع أعرافهم وتقاليدهم وأنماط عيشتهم. فقلد كان لأموال العائلة مكانتها عند القبائل الجرمانية مما استوجب حمايتها والحيلولة قدر المستطاع دون انتقال الأرض إلى ذمة أجنبي. بل لا يكاد الجرمان يعرفون الوصية. ونفس الحرص على أموال الأسرة نجده لدى اليهود لكن مع هيمنة نسبية للاعتبارات الفردية على الاعتبارات الاقتصادية. فلليهودي ان يحرم من يشاء من ذريته وأقاربه وأن يوصي ولو بكل أمواله إلى أجنبي.

أما العرب القدامى فمرد إقصائهم للنساء وللصغار من الذكور طرق نيلهم للمال واكتسابهم للثروات والتي تعتمد خاصة على الحروب والقتال. من أجل هذا كان للجاهلي أن يدخل ضمن قائمة ورثته من يتبناهم وخاصة من يحالفهم على المناصرة في الحروب والغارات.

أما إذا كانت الاعتبارات العائلية هي المهيمنة فإن حرية الإيضاء تكون مقيدة وذلك قصد ضمان انتقال ملكية أموال الهالك إلى فروعه وأصوله وعموما إلى أفراد أسرته. وفي هذا الاتجاه سار مرسوم "جوستينيان" رقم 115 والذي حدّد على سبيل الحصر حالات الإقصاء من الميراث⁽¹⁵⁾.

هذا وإن الاعتبارات الاقتصادية تتداخل بالاعتبارات الفردية وكذلك العائلية - وباعتبارات أخرى - لتفرز نظاما مختلفة للميراث. بعبارة أخرى: تفسر درجة تداخل هذه الاعتبارات فيما بينها ومدى هيمنة الواحد منها على الآخر هذا الخلاف في نظم الموارث التي تعرضنا إليها فيما بين بعضها من جهة وفيما بينها وبين النظام الذي جاء به الإسلام من جهة أخرى.

11. - فلقد جاءت الشريعة الإسلامية بنظام فريد للموارث يعكس رؤيتها للعلاقات الاجتماعية ونظرتها إلى الثروة وطرق نقلها. وعلى هذا الأساس حددت خلافة المورث الاختيارية في قدر لا يجوز أن تتجاوزه. كما فصلت في الخلافة الإجبارية التي تثبت بحكم الشارع وخارج إرادة المورث والوارث معا وذلك بتبيان أشخاص الوارثين ومقادير أنصبتهم. وفي هذا الاتجاه ألغيت صفات الذكورة والأنوثة والصغر والكبر في أصل استحقاق الميراث، وقدر للأصول نصيب معلوم في الميراث تماما

(15) Ambroise Colin et Henri Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Librairie Dalloz, Paris, 9^e éd, 1945, T. III, p. 517 s.

كبقية أفراد عائلة الهالك سواء أدلوا إلى الميت بواسطة الذكور أو بواسطة الإناث. وكان الهدف من كل هذا تفتيت الثروة⁽¹⁶⁾ وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من ذوي الاستحقاق والحاجة.

12. — ولقد تبنى المشرع التونسي قواعد تعيين مراتب الاستحقاق وتحديد مقادير الأنصبة التي جاءت به الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى نصوص القانون وخاصة منها مجلة الأحوال الشخصية يمكننا القول إن الموارث تتمثل في استحقاق شخص لشيء بعد موت مالكة بسبب مخصوص وشروط مخصوصة.

وانطلاقاً من هذا التعريف يتبين أن للميراث أسباباً يتجه توفرها وأركاناً من الواجب استيفائها.

وأسباب الإرث التي جاء بها القانون اثنتان: الزوجية والقرابة.

فأما الزوجية فيشترط — لكي تعد سبباً للميراث — أن تكون صحيحة. فالعقد الباطل على معنى الفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية أو على معنى الفصل 36 مكرر من القانون عدد 3 المؤرخ في غرة أوت 1957 لا يترتب عنه توارث بين الزوجين.

وتعدّ القرابة ثاني الأسباب التي يقوم عليها الإرث وتتمثل في رابطة النسب التي تجمع الوارث بمورثه. ولا ينتج هذان السببان آثارهما إلا إذا تحققت بعدد أركان الميراث وهي ثلاثة: المورث والموروث والوارث.

13. — وإذا كان السبب لا ينتج آثاره إلا إذا تحقق الركن، فإنهما لا يؤديان إلى الميراث إلا إذا انتفت موانعه. بعبارة أخرى: توفر السبب القانوني للميراث من زوجية وقرابة، واستيفاء الأركان من موت للمورث وتحقق لحياة الوارث من بعده (إلخ) لا يؤدي بالضرورة إلى تمتع شخص بالتركة لإمكانية وجود حائل يمنعه من ذلك.

ويعرف بعضهم هذا الحائل بالقول إنه "[...] أمر خارج عن الحكم يستلزم وجوده عدم الحكم مع وجود سببه. فهو يؤثر من جانب وجوده فينعدم الحكم بوجود المانع"⁽¹⁷⁾.

ويعرفه آخرون بالأمر "[...] الذي يترتب على وجوده بطلان السبب أو يترتب على وجوده عدم ترتب المسبب على السبب المستوفي لشروطه"⁽¹⁸⁾

⁽¹⁶⁾ Lucette Valensi, Fellah tunisiens : l'économie rurale et la vie des compagnes aux XVIII^e et

XIX^e siècles, Thèse pour le Doctorat d'Etat en sociologie, Présentée devant l'université de Paris IV le 13 Avril 1974, Service de reproduction des thèses université de Lille III, 1975, p. 132 s.

⁽¹⁷⁾ مُجّد مصطفى شليبي، أحكام الموارث في الإسلام، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1966، ص 53.

⁽¹⁸⁾ مُجّد زكرياء البرديسي، الميراث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 86.

وإذا أردنا التبسيط قلنا إن المانع يتمثل في وصف يوجب حرمان من اتصف به من الميراث مع قيام سبب من أسبابه وتحقق أركانه.

والشخص الذي قام حياله المانع يسمى في الاصطلاح ممنوعاً ومحروماً. ويعتد عدم إرثه عقوبة يسلطها القانون عليه. ويطلق عليها اسم المنع أو الحرمان. ويعتبر وجود الممنوع كعدمه فلا يؤثر على بقية الورثة عند تقدير أنصبتهم في الميراث.

14. — وعلى هذا الأساس يختلف المنع من الميراث عن الحجب. فالمحجوب، وإن كان قد قام به سبب من أسباب الإرث وتحققت فيه شروطه، إلا أنه لم يتصف بوصف موجب للحرمان. والسبب في عدم إرثه وجود وارث آخر أولى منه بالميراث. ومن هنا فإن وجوده لا يعتبر كعدمه بل إنه يؤثر على بقية الورثة وذلك بخلاف الممنوع⁽¹⁹⁾.

فإذا توفي شخص عن أم وجد لأب وإخوة لأم، فإن الأم تأخذ السدس فرضاً لوجود الجمع من الإخوة (الفصل 98 من مجلة الأحوال الشخصية)، ويأخذ الجد الباقي تعصيباً. فالإخوة لأم محجوبون عن الميراث بالجد (الفصل 141 من مجلة الأحوال الشخصية). مع ذلك أثر وجودهم على فرض الأم إذ أن انعدامهم كان سيجعلها وارثة للثلث (الفصل 97 من مجلة الأحوال الشخصية). ولو كان هؤلاء الإخوة لأم قد قتلوا أخاهم عمداً — أي إذا كانوا ممنوعين من الإرث — لما كان لهم أدنى تأثير على ميراث الأم التي تأخذ في هذه الحالة تركة ابنتها الضحية ويأخذ الجد الباقي تعصيباً.

15. — ولقد خص المشرع التونسي موانع الإرث بنص (ورد في الكتاب التاسع من مجلة الأحوال الشخصية وعنوانه "في الميراث"، في الباب الأول المتعلق بالأحكام العامة) هو الفصل 88 الذي يقضي بأن "القتل العمد من موانع الإرث. فلا يرث القاتل سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه".

16. — ويثير هذا النص العديد من المشكلات أهمها أنه أورد صراحة سببين للمنع من الميراث (القتل وشهادة الزور). لكن وفي نفس الوقت استعمل لفظة "من" التي تفيد التبويض بحسب وضعها في اللغة. هذا الأمر يطرح السؤال حول قابلية النص لاحتواء موانع أخرى، وحول مصادره التكميلية، أي حول إمكانية الاستقاء في إطاره من التشريع الإسلامي.

وكل هذا أوجد مواقف فقهية مختلفة: فتمّ من يقول بإتمام الموانع بواسطة القانون الإسلامي، وتمّ من يرفض هذا. وليس هذا التباين في مواقف رجال القانون إلاّ جزء من اختلاف أشمل. فالسؤال الوارد

(19) انظر عمر عبد الله، م س، ص 76.

أعلاه حول الفصل 88 (بل والسؤال القائم - منذ صدور مجلة الأحوال الشخصية وإلى حد اليوم - حول مدى تأثير هذه المجلة بالتشريع الإسلامي وإمكانية اللجوء إلى أحكامه في حالة غموض نصوصها أو في حالة سكوتها) هو فرع لسؤال أكبر: هل ينبغي أم لا أن نأخذ بترائنا في حاضرنا القانوني وغير القانوني؟

17. - ولقد كان هذا السؤال موضع مواجهات فكرية وغير فكرية⁽²⁰⁾ انطلقت منذ ما يزيد عن قرن ولم تهدأ جذوتها بعد. وأيا كان الموقف منه، فإن الفصل 88 تحدث صراحة عن مانعين وتحدث صراحة عن أثرهما (لا يرث). لكن النص جاء في "من". هذا يفيد عند البعض أن ثمّ في النص وبصفة ضمنية موانع أخرى.

بتعبير مغاير: تحدث الفصل 88 عن أمرين مختلفين: موانع الميراث (حديث صريح عن القتل وشهادة الزور، وحديث ضمني، على الأقل حسب البعض، عن مانع أو موانع أخرى) من جهة، وأثر هذه الموانع من جهة أخرى. لكن، ولأن النص حين أورد الأثر ألحقه بالقاتل ("فلا يرث القاتل")، سنتبع في عملنا هذا ما جاء في النص، أي سنتعرض إلى الأثر تحت نفس العنوان الذي سنتحدث فيه عن القاتل. فإذا فعلنا ذلك، بقيت مسألة المانع (أو الموانع) الضمنية (ة) منفصلة عما سبق. وما جاء الآن يعطي جوهرًا لعملنا متكونًا من جزأين: جزء للمعنى الصريح للفصل 88 (الجزء الأول) وجزء لمعناه الضمني (الجزء الثاني).

(20) Yadh Ben Achour, Islam et constitution, R.T.D. 1974, p. 78.

الجزء الأول
المعنى الصريح للنص

18. — ينص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية صراحة على أنه "[...] لا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه". وهكذا فإن الوارث الذي قام حياله سبب من هذه الأسباب يمنع من الإرث. فالتمتع بتركة المالك يستدعي إذن عدم اتصاف الوارث بوصف موجب للحرمان. فإذا ارتكب وارث جريمة قتل متعمد في حق مورثه أو شهد ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه، قام سبب المنع وترتبت عنه آثاره التي لخصها الفصل المذكور في عبارة "لا يرث". فقيام السبب ينتج إذن بعض الآثار. لذلك سندرس في مرحلة أولى أسباب المنع (الفصل الأول) لنبحث في مرحلة ثانية في آثاره (الفصل الثاني).

الفصل الأول أسباب المنع

19. — اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن القتل مانع للميراث. ولم يشذ عن هذا الإجماع سوى الخوارج⁽²¹⁾.

ودليل الجمهور على عدم إرث القاتل ما رواه مالك في الموطأ وابن ماجه عن عمر بن الخطاب أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "ليس للقاتل ميراث"⁽²²⁾. كما روى أبو داوود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله أنه قال: "لا يرث القاتل شيئاً"⁽²³⁾. وروى الإمام أحمد بإسناده عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: "من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والده أو ولده، فليس لقاتل ميراث"⁽²⁴⁾.

فأما الخوارج فدليلهم أن أحكام الموارث الواردة في القرآن عامة فيجب العمل بها على عمومها. وعلى هذا فإن القتل بجميع أنواعه لا يمنع من الميراث عندهم.

ويرد جمهور الفقهاء على هذا الدليل بالقول إن آيات الموارث قد خصصت بأحاديث رسول الله. هذه الأحاديث التي وإن كان في بعضها ضعف إلا أنها متفقة في المعنى فيقوي بعضها بعضاً فتصلح للاستدلال بها. فلا يتمسك حينئذ بالعموم إلا عند عدم وجود المخصص⁽²⁵⁾.

كما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بمنع القاتل من الميراث ولم ينكر أحد من الصحابة قضاءه هذا فكان ذلك إجماعاً⁽²⁶⁾.

(21) يقول أحدهم: "لعل الخوارج الذين ورثوا القاتل لم يصح عندهم الحديث أو هم كانوا يخفون وراء ذلك أمراً سياسياً يرتبط بمسلكهم. فقد اشتهروا بالشدّة مع مخالفيهم في المبدأ ولم يكن لهم وسيلة إلا القتل. فلو أفتوا بعدم إرث القاتل لانفض كثير من أتباعهم عنهم لأنهم كانوا يقاتلون أقباءهم المسلمين". مُجّد مصطفى شليبي، م س (أحكام الموارث في الإسلام)، ص 74.

(22) مُجّد بن علي بن مُجّد الشوكاني، نيل الاوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط 3، 1961، ص 64.

(23) مُجّد مصطفى شليبي، م س (أحكام الموارث في الإسلام)، ص 73.

(24) مُجّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المنقح. وهو معروف بمغني ابن قدامة، مطابع سجل العرب، القاهرة، ج 6، ص 291.

(25) انظر، عمر عبدالله، م س، ص 79؛ مُجّد زكريا البرديسي، م س، ص 86؛ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، الميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1980، ص 128.

(26) يروى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المدحجي لأخيه دون أبيه. وقد كان الأب قد حذف الابن المالك بسيف فقتله. انظر: مُجّد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 2، ص 335.

أضف إلى هذا أن في الميراث نقلاً للملكية فلا يصح ترتيبه عن الجريمة⁽²⁷⁾ التي قد يكون قصد الوارث من ارتكابها التعجيل بافتتاح التركة. والقاعدة أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه. ثم إن خلافة الوارث لمورثه قائمة على قوة العلاقة التي تربطها. هذه العلاقة التي جعلت أحدهما امتداداً للآخر وقد قطعها القاتل بجريمته فانعدم بذلك أساس الإرث.

20. — ولئن اتفق الجمهور على هذا السبب كمانع للميراث، فإنهم اختلفوا في تحديد نوعه. فحصرته الشيعة الإمامية في القتل العمد، واختلفت المذاهب السنية في التحديد ما بين معمم ومفصل.

والقتل المانع للإرث عند الشيعة الإمامية هو ما كان عمداً وظلماً. أما القتل الخطأ فإنه لا يمنع الميراث عندهم⁽²⁸⁾.

21. — وفي المذاهب السنية نجد الأحناف يقسمون القتل إلى نوعين: قتل بالمباشرة وقتل بالتسبب.

والقتل بالمباشرة ينقسم بدوره إلى أربعة أقسام:

القتل العمد، ويتمثل عند الإمام أبو حنيفة في أن يقصد شخص استعمال آلة ذات حد قاطع أو جرح مهياة للقتل غالباً كالسيف والخنجر. ويخالفه أبو يوسف ومُجَّد بقولهما إنه يتمثل في تعمد الضرب بما يقتل غالباً وإن لم يكن محمداً كالحجر الكبير. ويترتب عن هذا الخلاف في تعريف العمد خلاف آخر في تحديد شبه العمد. ففي حين يرى الإمام أن كل ما عدى الحديد من القصب والنار وغير ذلك شبه عمداً، يقول صاحبان إن شبه العمد ما لا يقتل مثله كالعصا الصغيرة⁽²⁹⁾.

ولا أثر لهذا الخلاف على صعيد أحكام الإرث، فالعمد وشبه العمد مانعان للإرث عندهم.

وكذلك الأمر لديهم بالنسبة إلى القتل الخطأ، وهو نوعان:

خطأ في القصد، وصورته أن يرمي شخص إنساناً ظاناً إياه صيداً فيقتله. فالرامي لم يخطئ الفعل حيث أصاب الهدف الذي ارتجاه، وإنما أخطأ في القصد حين ظن ذلك الإنسان صيداً.

⁽²⁷⁾ هناك بعض المحاكم الفرنسية التي تبنت الرأي نفسه أساساً لمنع القاتل من الميراث: Trib. civ. de

Marmande, 24 juin 1879, D.P., 1881. 3. p. 85.

⁽²⁸⁾ مُجَّد زكريا البرديسي، م س، ص 91.

⁽²⁹⁾ مُجَّد بن رشد، م س، ج 2، ص 333.

وخطأ في الفعل، ويتمثل في رمي شخص لهدف معين فينحرف عنه ليصيب إنسانا. فالرامي هنا أخطأ الهدف الذي رماه وأصاب ضحيته، وهذا خطأ في الفعل.

أما القسم الرابع من القتل بالمباشرة المانع للميراث، فهو الجاري مجرى الخطأ، كأن يسقط شخص على مورثه فيقتله.

والقتل بالتسبب - وهو النوع الثاني من القتل لدى الأحناف - ما لا يباشره المجرم بنفسه، بل يصدر عنه فعل يكون سببا في موت إنسان، كأن يضع حجرا في الطريق أو يحفر حفرة يعثر بها أو يقع فيها المورث فيهلك. وهذا النوع من القتل لا يمنع الميراث عندهم.

ويشترط في القتل بالمباشرة، ليكون مانعا من الإرث، أن يتم بغير حق من البالغ العاقل. فإذا قتل الوارث مورثه قصاصا أو دفاعا عن عرض أو مال أو نفس، لم يمنع من إرثه. فالحرمان لديهم عقاب على القتل المحظور فقط.

وكذلك الحال بالنسبة إلى المجنون والمعتوه والذي لم يبلغ بعد بما أنهم غير مكلفين ولا يتوجه إليهم خطاب الشارع بالأمر والنهي. وإذا أردنا أن نجمل، لقلنا مع "السرخسي" إن المنع من الميراث يكون بـ"مباشرة القتل بغير حق في حق من يتحقق منه التقصير شرعا"⁽³⁰⁾.

22. - وتختلف الشافعية مع الحنفية في تعريف القتل وبالتحديد في تعريف شبه العمد. ففي حين يرجعه الأحناف إلى الآلات التي وقع بها القتل - كما أسلفنا - ترى الشافعية أن مناط شبه العمد هو السبب الذي من أجله وقع الضرب. فيقول الإمام الشافعي إن "شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل. والخطأ فيهما جميعا. والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا"⁽³¹⁾.

كما تختلف الشافعية عن الحنفية في تحديد القتل المانع للإرث. فأصحاب المذهب الأول يذهبون - في الصحيح من أقوالهم⁽³²⁾ - إلى أن القتل بجميع أنواعه مانع للميراث، فلا يرث القاتل من ضحيته شيئا، يستوي في ذلك القاتل بحق والقاتل بغير حق، القاتل المكلف والقاتل غير المكلف كالمجنون والمعتوه والصبي.

⁽³⁰⁾ ورد هذا التعريف بكتاب "علم الفرائض والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري". لمحمد خيرى المفتي (د ن،

د م، 1982، ص 52) على لسان صاحب كتاب "المبسوط" شمس الدين السرخسي.

⁽³¹⁾ محمد بن رشد، م س، ج 2، ص 333.

⁽³²⁾ محمد زكريا البرديسي، م س، ص 89.

وينتج القتل عندهم آثاره على صعيد المنع سواء كان عمدا أم شبه عمد أو خطأ، مباشرا أو بطريق التسبب، موجبا للقصاص أو الدية أو الكفارة أو غير موجب لكل هذا. وسواء قصد القاتل نتيجة فعلته أم لم يقصدها كالضرب بقصد التأديب من طرف الأب المؤدي إلى وفاة الابن أو كان مكرها على ارتكاب فعلته، فإنه يمنع من الإرث.

كما يمنع من الميراث القاضي الذي يحكم على مورثه بالقتل قصاصا أو حدا تنفيذيا لحكم الشرع، وكذلك الجلاد الذي ينفذ حكم الإعدام، والشاهد بالحق الذي تؤدي شهادته إلى القضاء بإعدام مورثه.

ودليل الشافعية عموم الأحاديث المتعلقة بالمنع إضافة إلى أن المصلحة تقتضي منع القاتل من الميراث أيا كان نوع القتل. والغاية منه سدّ الذريعة. ويقول "الرملي" إن الشافعية كانوا في حكمهم هذا من أهل الظاهر إذ أنهم لم ينظروا إلى عليية المنع⁽³³⁾.

23. — وتوافق الحنبلية المذهب الشافعي في إحدى الروايتين المذكورتين عنها. فيقول ابن قدامة في هذا المعنى: "وعن أحمد رواية [...] تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال. فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل. وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال"⁽³⁴⁾.

أما الرواية الثانية — وهي الراجحة في المذهب الحنبلي — فمفادها أن القتل الموجب لعقوبة بدنية أو مالية (القتل العمد العدوان الموجب للقصاص والقتل الخطأ أو بالتسبب الموجبان للدية) يؤدي إلى الحرمان من الإرث. أما القتل الذي لا يوجب عقوبة مالية أو بدنية، فإنه لا يمنع الميراث عندهم كالقتل دفاعا عن النفس. "فأحمد جعل المناط في القتل الموجب للحرمان هو تقرير الشارع العقاب عليه. فكلما أوجب الشارع عقابا سواء كان مباشرا أو غير مباشر، منع. وذلك لأن سبب المنع هو الاعتداء بالقتل. وأما الاعتداء العقوبة. فهي المقياس المادي لتبين عدم المشروعية الموجبة للحرمان. ولأن المنع من الميراث عقوبة، والعقوبة لا تكون على من أسقط عنه الشارع التكليف"⁽³⁵⁾.

(33) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1967، ج 6، ص 193.

(34) محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، م س، ج 6، ص 193.

(35) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، د م، د ت، ص 109.

24. — وعن المذهب السني الرابع يقول عمر عبد الله⁽³⁶⁾ إن القتل عند المالكية نوعان لا ثالث لهما: القتل العمد والقتل الخطأ⁽³⁷⁾.

ومناطق المنع عند المالكية العدوان والقصد. فإذا لم يتصف القتل العمد بالعدوان بأن كان قصاصاً أو حدّاً، فلا منع من الميراث. كما أن انعدام القصد أو نقصانه يجعل من القتل غير مانع للإرث. وينعدم القصد إذا كان القتل خطأً. وهذا النوع من القتل يشمل عند الأحناف — على النحو الذي بيناه — الخطأ والجاري مجراه والتسبب إذا لم يقصد المتسبب موت مورثه.

ويكون القصد ناقصاً في حالتين:

القتل بعذر كمجاوزة حدّ الدفاع الشرعي أو قتل الزوج زوجته أو أحد محارمه التي فاجأها متلبسة بجريمة زنا.

القتل من قبل غير المكلف أي الصغير والمجنون والمعتوه. وتروى عن مالك رواية ضعيفة مفادها أن المنع يشمل أيضاً القاتل غير المكلف⁽³⁸⁾.

والمشهور أن الإمام مالك يشترط القصد التام فيما يخص المنع⁽³⁹⁾.

وهكذا فإن القتل المانع للإرث عند المالكية هو القتل العمد العدواني الذي يتوفر فيه ركن القصد سواء كان مباشراً أو غير مباشر. فيشمل أنواعاً من القتل عند الأحناف هي القتل العمد وشبه العمد والتسبب إذا قصد المتسبب بفعلة قتل المورث.

وما عدى هذا من أنواع القتل، فغير مانع للإرث، ويسمى عندهم بالقتل الخطأ.

25. — ويبدو أن المشرع التونسي قد تأثر بأحكام هذا المذهب، فعّد القتل العمد (المبحث الأول) والشهادة زوراً (المبحث الثاني) أسباباً مانعة للإرث.

⁽³⁶⁾ عمر عبد الله، م س، ص 81.

⁽³⁷⁾ بالرجوع إلى كتاب ابن رشد "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" (م س، ج 2، ص 336)، يتبين أن الإمام مالك يقر بالقتل شبه العمد في حالة واحدة هي قتل الأب لابنه غير غيلة أي دون أن يضجعه فيذبحه. فرمي الأب لابنه بسيف مثلاً يتخذ وصف شبه العمد عند مالك الذي يرى أن القتل هنا لا يمكن أن يكون عمداً لما للأب على ابنه من حق في التأديب ولما يفترض لديه من حب لأطفاله.

⁽³⁸⁾ انظر: مُجَدِّ مصطفى شليبي، م س، ص 79. ولقد تبنت لائحة مجلة الأحكام الشرعية في الفصل 789 هذا الموقف الضعيف في المذهب المالكي.

⁽³⁹⁾ انظر: مُجَدِّ أبو زهرة، م س، ص 110.

المبحث الأول: القتل العمد

26. — ينص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على أن القتل العمد مانع من موانع الإرث. فسبب المنع إذن متأ من ارتكاب الوارث لهذه الجريمة في حق مورثه. فلا يكفي أن يكون الأول سببا في هلاك الثاني بل لابد أن يكون قد تعمد ذلك. واشتراط النص المذكور للقتل العمد كسبب للمنع يدعو إلى البحث في هذه الجريمة وإلى البحث في كيفية التحقق من توفرها بالتكليف والوصف الذي يشترطه هذا النص، أي في النهاية في تثبيتها. لذلك سندرس في فقرة أولى الجريمة وفي فقرة ثانية تثبيت الجريمة.

الفقرة الأولى: الجريمة

27. — في تنصيب المشرع التونسي على أن القتل العمد سبب للمنع من الميراث اشتراط لوجود نية القتل لدى الوارث. هذا يدل على أن هنالك أنواع من الجرائم لا يعينها الفصل 88 بالرغم من أنها تؤدي إلى هلاك المورث. لذا ينبغي عدم الوقوف عند دراسة شرط وجود نية قتل (أ)، بل ينبغي البحث أيضا في نتائج وضع هذا الشرط (ب).

أ) وجود نية القتل

28. — إذا كان توفر نية القتل لدى الوارث لا يثير أية صعوبة على صعيد تقرير المنع إذا كان فاعلا أصليا أو شريكا في الجريمة المقترفة في حق مورثه ضرورة أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على منع صاحب المشروع الإجرامي أو من ساهم فيه، فإن الوارث الذي يكتفي بالمحاولة يطرح مشكلا على هذا المستوى.

1/ نية القتل عند الفاعل الأصلي والشريك

29. — يشترط الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية وجود قتل متعمد كسبب للمنع من الميراث. فلا بد إذن من توفر نية القتل لدى الوارث لترتيب العقوبة المدنية عن فعلته. وبالرجوع إلى المجلة الجنائية يتبين أن القتل العمد نوعان: قتل عمد مجرد وقتل عمد مشدد: وينص الفصل 205 من هذه المجلة بخصوص النوع الأول على عقاب "[...] مرتكب قتل النفس [...]". فيجب أن يصدر إذن عن الوارث فعل إيجابي لتعتبر جريمته قتلا متعمدا. فلا يمنع من الإرث من ترك مورثه معرضا للهلاك أو من امتنع عن إغاثته وذلك لأن الركن المادي

لجريمة القتل العمد لا يتوفر متى كان دور المجرم سلبيا. صحيح أن التارك أو الممتنع يعاقب جزائيا متى توفرت الشروط الواردة بالفصول 212 و213 و213 من المجلة الجنائية المتعلقة بالتارك أو بقانون 3 جوان 1966 الخاص بالامتناع المحظور⁽⁴⁰⁾، ولكن دوره السلبى لا يتخذ وصف القتل العمد، لذا فإنه لا يمنع من الميراث إن أدى التارك أو الامتناع إلى موت المورث.

30. — كما تفترض الجريمة لتأخذ وصف العمد أن يكون هذا الفعل الإيجابي ماديا كأن يضرب الوارث مورثه أو يطلق عليه النار أو يدس له السم إلى غير ذلك من وسائل الاعتداء المادية.

31. — والفعله تكيف بنفس الوصف حيال الوارث حتى وإن لم يكن إلا فردا من المجموعة التي اعتدت على مورثه. وفي الفقه الإسلامي نجد الجمهور من مالكية وحنفية وحنبلية وشافعية يعتبر هذه الفعلة موجبة للقصاص من كل المجموعة⁽⁴¹⁾، ومن ثم فإنها مانعة للميراث إن حدثت وضمت هذه المجموعة وارثا أو أكثر للضحية.

32. — وكما أنه ليس من الضروري أن يتم القتل من طرف شخص واحد، فكذلك الأمر إن لم يحدث نتيجة فعلة واحدة، إذ يعاقب جزائيا من أجل القتل العمد من استعمال وسائل متعددة في أوقات وأماكن مختلفة⁽⁴²⁾.

33. — فالمهم في كل هذا توفر الركن المعنوي للجريمة، أي: القصد الجنائي العام المتمثل في انصراف إرادة الجاني لارتكاب جريمته مع إدراك أركانها، والقصد الجنائي الخاص وهو إرادة إزهاق نفس بشرية.

34. — وينجر عن اشتراط القصد الجنائي ثلاث نتائج هي: أنه لا اعتبار للدافع على ارتكاب الجريمة. إذ من المبادئ المسلم بها في القانون الجزائري أن الباعث حتى وإن كان نبيلاً لا ينفي المسؤولية الجزائية⁽⁴³⁾. فالقتل يتخذ وصف العمد ومن ثم يمنع من

(40) القانون عدد 48 لسنة 1966، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 3 جوان 1966، ص 1014.

(41) انظر: ابن رشد، م س، ج 2. ص 334.

(42) انظر هذا الحل في القضاء الفرنسي: Bull. crim., 9 Juin 1977, Bull. crim., 139 ; 13 Mai 1975, Bull. crim.

211.

(43) انظر: تعقيبي جزائي، 11 أكتوبر 1980، نشرة محكمة التعقيب، ص 202: "الباعث النبيل لاقتراف الجريمة لا يمنع

توفر الركن الأدبي".

الميراث حتى وإن ثبت أن الوارث قد قتل مورثه بدافع الشفقة وذلك لتخليصه من آلام سببها مرض عضال لا علاج له ونتيجته الحتمية الموت الطبيعي العاجل.
ولا اعتبار أيضا لرضى المجني عليه ولا لغلط الجاني في شخص المجني عليه.
وفي إطار القانون الفرنسي⁽⁴⁴⁾ قيل إنه لا اعتبار لهذا الغلط طالما ثبت تعمد المجرم إزهاق روح بشرية⁽⁴⁵⁾. فإذا ارتكب المجرم خطأ في شخص المجني عليه كأن وجد أمامه شخصين فقصده قتل أحدهما لكنه أصاب الثاني الذي صادف وأن كان مورثه فإن وصف العمد يتوفر حيال المقتول فعلا⁽⁴⁶⁾ أي المورث. وإذا توفر الوصف، منع من الإرث. فإذا رجعنا الآن إلى القانون الجزائري التونسي، وقلنا فيه بالحلول الواردة للتوّ، ثم قلنا إنّ القانون المدني يحيل عليه في مسائل القتل العمد، أدى ذلك إلى أن نصل في هذا القانون المدني إلى حل يخالف الحل المالكي الذي يصنف صورة الغلط ضمن قسم القتل الخطأ الذي لا يعد سببا للمنع.
والقانون التونسي سيخالف كذلك المالكيّة في الصورة الثانية من الغلط في شخص المجني عليه التي هي الحياد عن الهدف أي التي مفادها أن يطلق الوارث النار مثلا على شخص معين فيخطئه ليصيب مورثه. هذه الصورة تدخل في قسم الخطأ في الفعل عند الأحناف وهي مانعة للميراث عندهم وتدخل في قسم القتل العمد المجرد في القانون التونسي الذي ينجم عنه المنع إذا قلنا إنّ الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية مرتبط هنا بما يقرره القانون الجزائري.

35. — والمنع يهم من باب أولى النوع الثاني من القتل العمد، أي القتل العمد المشدد الذي يشمل ثلاث حالات:

أولها القتل العمد مع سابقة الإضرار أو التردد إذ يعاقب بالإعدام ويمنع من إرث الضحية من ارتكب "[...] مع سابقة القصد قتل نفس بأية وسيلة كانت" (الفصل 201 من المجلة الجنائية) و"سابقة القصد هي النية الواقعة قبل مباشرة الاعتداء على ذات الغير" (الفصل 202 من نفس المجلة). فتشمل الإضرار وهو "سبق عزم الجاني على ارتكاب الجريمة والتفكير فيها وفي عواقبها والتصميم على اقترافها ثم الإقدام عليها وهو هادئ البال" كما عرفته محكمة التعقيب التونسية⁽⁴⁷⁾. كما تشمل التردد الذي هو مظهر من مظاهر الإضرار

⁽⁴⁴⁾ Robert Vouin et M. L. Rassat, Droit pénal spécial, Précis Dalloz, Paris, 5^e éd., n° 145.

⁽⁴⁵⁾ Crim., 18 Fév 1922, Bull. 82 ; Montpellier, 12 fév 1947, Gaz. Pal. 47. 1220.

⁽⁴⁶⁾ Robert Vouin et M. L. Rassat, op. cit., p. 182.

⁽⁴⁷⁾ تعقيب جزائي، 10 نوفمبر 1965، نشرة محكمة التعقيب. القسم الجزائري، ص 142.

حسب نفس المحكمة التي تقول في قرارها المؤرخ في 19 جويلية 1976 بأن تربص الجاني للمجني عليه " بانتظار مروره بالسبيل الذي اعتاد السير فيه يعتبر ترصدا يؤذن بمفرده بوضوح سابق الإصرار لديه" (48).

وهكذا فإنه إذا اتخذ الوارث قرارا نهائيا في قتل مورثه بعد تفكير عميق وتخطيط وإعداد مسبقين أو ترصده في مكان أو أماكن مختلفة بغية نفس الغرض اعتبرت فعلته قتلا عمدا مشددا ومنع لأجلها من الإرث.

وينطبق نفس العقاب الجزائي والمدني على الحالة الثانية من القتل المشدد أي في صورة اقتتان أو ارتباط جريمة القتل الواقعة على شخص المورث بجريمة أخرى (الفصل 204). والاقتتان يقتضي تزامن الاعتداء على حياة المورث مع جريمة أخرى معاقب عليها بالسجن، فيكون سابقا أو مصاحبا أو لاحقا لها. ولا داعي لوجود ارتباط من نوع آخر ليكون القتل مشددا إذ يكفي الفصل المذكور أعلاه بالتنصيص على أن "قاتل النفس عمدا يعاقب بالقتل إذا كان وقوع قتل النفس إثر ارتكابه جريمة أخرى أو كان مصاحبا لها أو كان إثرها". أما الارتباط فيقتضي القتل غاية للاستعداد لإيقاع الجريمة الثانية أو لتسهيل ارتكابها أو للفرار إثرها أو لطمس معالمها بقتل شاهدها مثلا. وبصورة أعم متى وجدت علاقة سببية بين القتل والجريمة الثانية عوقب القاتل طبق الفصل 204 المجلة الجنائية على الصعيد الجزائي وطبق الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على الصعيد المدني إن كان القاتل وارثا للضحية.

والحالة الثالثة من القتل المشدد تم اعتداء الفرع على حياة الأصل. فينص الفصل 203 المجلة الجنائية على أن "قتل القريب يعاقب مرتكبه بالقتل". والمقصود بقتل القريب - حسب هذا النص - هو قتل الوالد أو الوالدة أو غيرها مما هو فوقهما من الوالدين. فإذا ربطنا مجلة الأحوال الشخصية بالقانون الجزائري، قلنا إن المجرم يعاقب أيضا بالمنع من الميراث.

وهذا ما قرره محكمة سوسة في حكمها المؤرخ في 17 جوان 1915 (49). ورغم سبق الحكم المذكور لتاريخ صدور مجلة الأحوال الشخصية وتخلي المحكمة عن النظر في القضية لعدم الاختصاص وإحالتها إياها على المحاكم الشرعية باعتبار أن أطراف النزاع تونسيو الجنسية، فإنّ كل ذلك لا يفقده شيئا من قيمته. فقتل الأصل يوجب نفس العقاب الجزائي سواء في القانون الفرنسي أو الإسلامي أو التونسي.

(48) تعقيبي جزائي عدد 1021، 19 جويلية 1976، نشرية محكمة التعقيب. القسم الجزائري، ص 74.

(49) Tribunal de Sousse, 17 juin 1915, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 1916, 2^e partie, p. 40, obs. Emile Larcher.

وتفيد وقائع القضية بأن محكمة "السين" الجنائية كانت قد قضت في 14 ماي 1914 بعقاب المدعو "مُجد بن رمضان" بالأشغال الشاقة مدة عشرين سنة لتعمده قتل أبيه المدعو "رمضان بن رمضان". وبعد سنة أو يزيد أثبتت مسألة منع الابن القاتل من إرث والده أمام محكمة سوسة فأجابت قائلة: "إن المنع الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 727 من المجلة المدنية الفرنسية قد نص عليه [...] القانون الإسلامي أيضا [...] (و) الفصل 2249 من المجلة الإسلامية⁽⁵⁰⁾ قد ورد على النحو التالي: «يقضى القاتل بسبب المنع إذا ارتكب القتل عمدا أو مع سبق القصد [...]»⁽⁵¹⁾.

وفي هذا الاتجاه سارت المحاكم الفرنسية تطبيقا لمقتضيات الفصل 727 في صورة قتل الابن لأبيه⁽⁵²⁾ أو لأمه⁽⁵³⁾ أو لهما معا رفقة أحد أصولها⁽⁵⁴⁾.

36. — والحل نفسه ينطبق مبدئيا على الصورة المعاكسة: صورة قتل الأصل للفرع. فالفصل 210 من المجلة الجنائية يتحدث عن قتل متعمد. فإذا ربط القانون المدني ممثلا بالفصل 88 بالقانون الجزائي الوارد للتو، أدى ذلك إلى منع الأصل من الإرث. بهذا سيوافق المشرع التونسي موقف جمهور الفقهاء وقضاء كان قد قضى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حادثة أعطى بمناسبة تركته ابن لأخيه دون أبيه وقد كان هذا الأخير حذف الهالك بسيف فقتله⁽⁵⁵⁾.

37. — وتعاقب الأم التي تعتدي على حياة مولودها بنفس العقاب. إلا أن تمتعها بعذر خاص يمكن أن يطرح مشكلا على صعيد المنع. هذا المشكل لا يهم هذه الصورة فقط بل يهم أيضا صورة الزوج الذي يقتل زوجته التي فاجأها بصدد ارتكاب جريمة الزنا إذ أن المشرع يحط من عقاب القاتل في كلتا الحالتين. والسؤال الذي يطرح نفسه يتمثل في معرفة أثر العذر

⁽⁵⁰⁾ تقصد المحكمة بالمجلة الإسلامية كلاما ورد في مختصر خليل الذي ترجمه سينييت Seignette. انظر الملاحظات الواردة أسفل حكم محكمة سوسة (م س، ص 41).

⁽⁵¹⁾ "Cette indignité de succéder, prévue par l'art. 727. 1° du code civil français, est également édictée [...] par le droit musulman [...] en effet, l'article 2259 du code musulman est ainsi conçu : « le meurtrier du de cujus est exclu pour cause d'indignité lorsque le meurtre a été commis volontairement ou avec préméditation".

⁽⁵²⁾ Cour de Poitiers, 25 juin 1856, D. P., 1856. 2, p. 195.

⁽⁵³⁾ Cour de Bordeaux, 1^{er} déc. 1853, D. P. 1854. 2, p. 157 ; Sirey 1854, II, p. 225, Obs.

Devilleneuve.

⁽⁵⁴⁾ Trib. civ. de Marmande, 25 juin 1879 (préc.).

⁽⁵⁵⁾ ابن رشد، م س، ج 2، ص 335.

القانوني المخفف للعقوبة الجزائية على المنع من الميراث. بعبارة أخرى: هل يغير هذا العذر الخاص من وصف الجريمة الذي يشترطه الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية فلا تحرم الأم في المثال الأول والزوج في المثال الثاني من الميراث؟

إن الاجابة عن هذا السؤال تقتضي البحث في البداية عن طبيعة العذر القانوني الخاص المخفف للعقاب. ويرى الفقه أن الأعذار المخففة لا تغير الوصف القانوني للجريمة إذ أن "التخفيف الصادر مركز لا على الجريمة نفسها بل على شخص مرتكبها ولا علاقة له إذن بوصف الجريمة"⁽⁵⁶⁾.

على أساس هذا القول في القانون الجزائري، فإن الأم التي تزهرق روح مولودها بمجرد الولادة أو إثرها تعاقب مدنيا بالمنع إن كان لهذا المولود مال ترتب له عن إرث مثلا. والصعوبة هنا تتمثل في تحديد معنى عبارة المولود الواردة بالفصل 210 من المجلة الجنائية. وحول هذه الصعوبة في القانون الفرنسي قيل: كل أثر للحياة كاف، فتعاقب الأم جزائيا حتى وإن قتلت مولودها أثناء الوضع. كما قيل: لا يمكن الحديث عن قتل لمولود بعد مرور أجل الإعلام بالولادة (حسب القانون التونسي الأجل هو عشرة أيام⁽⁵⁷⁾). فمرور المدة تستهدف الأم للعقاب الجزائري العادي الذي يقرره المشرع للقتل العمد. هذا الكلام في القانون الفرنسي يمكن نقله إلى القانون التونسي. فإذا فعل، أمكن القول إنه، وفي الحالتين المذكورتين، تُحرم الأم من ميراث ابنها الذي قتلته.

كذا الأمر بالنسبة إلى الصورة الثانية من صور الأعذار القانونية الخاصة المخففة للعقاب. فزيادة على ما تقدم يعرف المشرع الزوج بالقاتل فينص الفصل 207 المجلة الجنائية على أنه "يعاقب بالسجن مدة خمس أعوام الزوج القاتل لزوجته أو لمن وجده معها وهما بحالة وقاع".

وهذا الحل لا يتماشى مع ما أقره فقه المذاهب - باستثناء الشافعية - من أن القتل بعذر لا يمنع من الميراث. وقتل الزوج لزوجته أو لأحد محارمه يعد عذرا لديهم في هذه الحالة. كما أنه لا يتماشى مع أحكام الفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلقة بموانع الوصية الذي يعتبر القتل غير موجب للحرمان إذا تم بعذر شرعي. كما ينافي أيضا أحكام بعض المجالات العربية فيما يخص هذه المسألة⁽⁵⁸⁾.

(56) محمد الهادي لحوة، دروس في القانون الجنائي العام، درس مرقون، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1980، ص 151.

(57) الفصل 22 من القانون عدد 3 لسنة 1957، المؤرخ في في غرة أوت 1957 والمتعلق بالحالة المدنية.

(58) الفصل 5 من قانون الموارث المصري رقم 77 لسنة 1943، الجريدة الرسمية، 12 أوت 1943، عدد 92؛ الفصل 264 و223 من مجلة الأحوال الشخصية السورية.

38. — فإذا انتقلنا إلى شريك الزوج في الجريمة، أمكن القول إنه لا يتمتع بالعدر المخفف للعقاب لأنه شخصي ويهم الزوج فقط. فمن باب أولى أن يحرم من إرثها إن حدث وكان وارثا لها تماما مثل أي شريك في جريمة القتل العمد بما أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنه "[...] لا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا [...]". وبالرجوع إلى الفصل 32 من المجلة الجنائية يتبين لنا أن المشاركة تقضي توفر ثلاثة شروط: أولها وجود فعل أصلي معاقب عليه وهو القتل العمد في موضوعنا.

وثانيها استعمال وسيلة من وسائل الاشتراك وهي نوعان:

وسائل سابقة أو مزامنة للقتل وهي موضوع الفقرات الثلاث الأولى من الفصل المذكور: "يعد ويعاقب بصفة مشارك: أولا — الأشخاص الذين أُرشدوا لإيقاع الجرائم أو تسببوا في إيقاعها بعطايا أو مواعيد أو تهديدات أو تجاوز في السلطة أو النفوذ أو خزعبلات أو حيل خبيثة. ثانيا: الأشخاص الذين مع علمهم بالمقصد المراد الحصول عليه أعانوا على إيقاعه بأسلحة أو آلات أو غير ذلك من الوسائل للاستعانة بها على الفعل. ثالثا — الأشخاص الذين مع علمهم بالمقصد المذكور أعانوا فاعل الجريمة على الأعمال الاستعدادية أو المسهلة لإيقاعها أو على الأعمال التي وقعت بها الجريمة بالفعل [...]".

فالوارث الذي أعطى قاتل مورثه بعض الإرشادات (صورة الفقرة الأولى) أو سلاحا ليرتكب به الجريمة (صورة الفقرة الثانية) إلى غير ذلك من أنواع المساعدات على الأعمال التحضيرية (صورة الفقرة الثالثة) يعد شريكا للقاتل ويمنع من إرث من ارتكب في حقه الفعل الأصلي. لكن إذا تجاوز الوارث الأفعال التحضيرية إلى فعل يعتبر من قبيل الشروع في التنفيذ كأن يقيد مورثه ليسهل لمرافقه إمكانية الاعتداء عليه عد فاعلا أصليا⁽⁵⁹⁾ وجرى المنع في حقه بهذه الصفة.

والنوع الثاني من وسائل المشاركة يكون لاحقا للجريمة، وما يهم موضوعنا منها ما ورد بالفقرة الخامسة من الفصل 32 التي تنص على أن المشاركة تتوفر حيال "الأشخاص الذين مع علمهم بسوء سيرة المجرمين المتعاطين لقطع الطريق أو الاعتداء [...] على الذوات [...] اعتادوا إعداد محل لسكنى المجرمين أو لاختفائهم أو لاجتماعهم".

وتقتضي وسائل الاشتراك هذه صدور فعل إيجابي. فالوارث الذي يتخذ موقفا سلبيا أثناء ارتكاب غيره لجريمة القتل في حق مورثه أو في أي مرحلة من مراحلها لا يعد شريكا ولا يمنع

(59) مُجَدُّ الهادي الاخوة، م س، ص 115.

من الميراث حتى وإن ثبتت أنه كان بمقدوره منع وقوعها وأن امتناعه ليس إلا انعكاسا لرغبته في حصولها⁽⁶⁰⁾.

وثالثها توفر القصد الجنائي لدى الشريك أي علمه وقصده المساهمة في ارتكاب الجريمة. فيجب إذن أن يكون الوارث عالما بأن السلاح الذي أعطاه للجاني مثلا سيستعمل لقتل مورثه. كما يجب أن تتجه إرادته إلى ذلك.

39. — والمشكل الذي يطرح بالنسبة للمشاركة يتعلق بإعطاء وكالة لارتكاب الجريمة. فهل أن الوارث يعاقب جزائيا ومن ثم مدنيا إذا أعطى غيره وكالة لقتل مورثه؟ هنا لابد من التفريق بين صورتين: صورة عدم تنفيذ موضوع الوكالة من طرف الوكيل، وهنا يتفصى الموكل من العقاب لأنه لا يعتبر شريكا. وصورة تنفيذ الوكيل لجريمة القتل، وهنا يعد الوارث شريكا على معنى الفقرة الأولى من الفصل 32.

وهذه الصورة تسمى عند المالكية بالتحريض على القتل وتصنف ضمن قسم القتل بالتسبب الذي يشمل فيما يشمل الأمر والمحرض والدادل على المقتول والمشارك والريئة وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل⁽⁶¹⁾. وهكذا فإن المشرع التونسي قد تبني نظرية استعارة العقوبة على صعيدين: على الصعيد الجزائي بتقريره عقاب الشريك مبدئيا بنفس العقوبات المستوجبة بالنسبة للفاعل الأصلي، وعلى صعيد أحكام الإرث بمنعه الفاعل الأصلي والشريك في قضية قتل استهدفت المورث من التمتع بتركة ضحيتها.

40. — ولقد أثار منع الشريك من الإرث مشكلا في القانون الفرنسي الذي يكتفي بالتنصيص في الفقرة الأولى من الفصل 727 من المجلة المدنية على منع من وقعت إدانته لقتله أو لمحاولة قتله لمورثه. فذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الشريك ممنوعا من الميراث⁽⁶²⁾. وانتقد البعض الآخر النص القانوني الذي لم يقض بهذا العقاب المدني في حق هذا الوارث⁽⁶³⁾. لكن القضاء قرر عدم منع الشريك من الميراث. فمحكمة "ايرني" تقول في حكمها المؤرخ في 22 نوفمبر 1950: "حيث [...] أن النص لا

⁽⁶⁰⁾ يمنع القانون الفرنسي الوارث في هذه الحالة من الميراث لا بوصفه مشاركا بل لعلمه بحصول الجريمة وعدم إبلاغه السلط عن وقوعها (الفصل 727 و728 من المجلة المدنية).

⁽⁶¹⁾ انظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، م س، ص 132.

⁽⁶²⁾ Robert Beudant et Jean Lerebours Pigeonnière, Cours de droit civil français, Rousseau, Paris,

T. V, p. 396.

⁽⁶³⁾ Henry, Léon et Jean Mazeaud, Cours de droit civil, Montchrestien, Paris, T. IV, 2^e Vol., p. 4 ;

Marc Donnier, Indignité successorale, J. C. P. 1988, 5 fasc. F, art. 727 à 730, p. 4 ; Pierre Mimin, Des cas où l'on hérite de ceux qu'on assassine, D. 1952. 2. Chr. p. 147.

يتحدث عن الشريك في القتل. وأغلب الفقهاء يعتقدون أن الوارث الذي وقعت إدانته من أجل المشاركة في قتل المالك يجب أن يعاقب بالمنع بدعوى أن الفصل 60 من المجلة الجنائية يقرر نفس العقاب للشريك وللفاعل الأصلي [...] وحيث أن المحكمة لا تتبنى هذا التأويل. وحيث أن المنع يعد عقوبة مسلطة على الوارث [...] من أجل تصرفه تجاه المالك [...] والنصوص التي تنظمها يجب تأويلها بصورة ضيقة سواء اعتبرنا المنع عقوبة مدنية لها طابع جزائي أو مجرد عقوبة مدنية⁽⁶⁴⁾.

وإذا كان منع الشريك قد طرح مشكلا في القانون الفرنسي فيمكننا تصور إثارة مشكل مماثل بالنسبة للمحاولة في القانون التونسي وربما لنفس الأسباب.

2/ مشكل المحاولة

41. — قد يعزم وارث على إزهاق روح مورثه ولكنه لا يتوصل لسبب أو لآخر إلى إنجاح مشروعه الإجرامي. فهل يمنع من الإرث في هذه الحالة ؟
لم يشر الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية إلى هذه الصورة واكتفى بالتنصيص على عقاب الفاعل الأصلي والشريك الذي يقتل عمدا مورثه.
وأمام هذه المشكلة يمكننا أن نتخذ موقفين: موقف أول يقول بتطبيق الفصل المذكور على الذي اكتفى بالمحاولة. وموقف ثان يقول بعدم المنع من الميراث في هذه الصورة.

42. — ويمكن أن نجد للرأي الأول حججا مختلفة لعل أهمها توفر نية القتل. فالفصل 88 يشترط جريمة القتل العمد لترتيب المنع عنها، أي توفر القصد الجنائي لدى الوارث على النحو الذي بيناه. وعقاب المحاولة حسب المجلة الجنائية يقدر بالرجوع إلى نوع ووصف الجريمة التي تعلق بها إرادة الجاني قصد إتمامها. فينص الفصل 59 من هذه المجلة على أن "كل محاولة لارتكاب جريمة يعاقب مرتكبها بالعقاب المقرر للجريمة نفسها [...]". فلمعاقبة الجاني الذي لم ينجح في إتمام مشروعه الإجرامي على أساس النصوص المتعلقة بالقتل العمد، لا بد من أن تكون إرادته قد انصرفت إلى إتمام هذه الجريمة وبهذا الوصف أي في النهاية لا بد من توفر نية القتل.

أضف إلى هذا أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يعاقب الشريك الذي لا يقوم إلا بدور ثانوي في ارتكاب الجريمة، فمن باب أولى أن يعاقب المحاول إذ لا يعقل ترتيب

(64) Trib. Civ. d'Eperray, 22 Nov. 1950. D. 1950, p. 781.

مقتضيات هذا النص القانوني على من اكتفى بإعطاء سلاح لقاتل مورثه ورفضها بالنسبة لمن شرع في الأعمال التنفيذية لقتله أي من قد يكون استعمل هذا السلاح لهذا الغرض.

ثم إن ضرورة التناسق بين مختلف فروع القانون عامة وبين القانون الجزائي وأحكام الإرث خاصة تقتضي تبني الموقف الأول. والتناسق يفترض بدوره تطابقا على صعيد القانونين بين الجريمة التامة والمحاولة. هذا التطابق الذي عبر عنه المشرع نفسه بالفصل 59 من المجلة الجنائية بإقراره نفس العقاب الأصلي سواء توصل الجاني إلى إنجاح مشروعه الإجرامي أو اكتفى بالمحاولة. كما عبر عنه بترتيبه عن المحاولة لكل نتائج الإدانة المنجزة عن الجريمة التامة: فتطبق قواعد العود مثلا دون النظر إلى أن الإدانة الأولى التي قضى بها ضد هذا العائد قد كان أساسها المحاولة أو الجريمة التامة. إضافة إلى أن كل العقوبات التكميلية وكل أنواع الحرمان التي يرتبها القانون عن ارتكاب فعلة معينة تجرّ في حق من أتم اقترافها أو من حاول فقط، وليس المنع إلا أثرا مباشرا لجريمة القتل العمد، أي نوعا من أنواع الحرمان الذي يجب أن ينطبق على المجرم حتى وإن كان مجرد محاول.

فالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يهتم إذن زيادة على الشريك والفاعل الأصلي من حاول قتل مورثه عمدا.

لكن متى تتوفر المحاولة ليمتنع الميراث على أساسها؟

لم يحدد المشرع التونسي الطور الذي يجب أن يصله الجاني في مشروعه الإجرامي ليعد محاولة واكتفى بالتنصيص في الفصل 59 من المجلة الجنائية أن عقاب المحاولة هو نفس العقاب المقرر للجريمة "[...]".

إذا كان تعطيلها أو عدم حصول القصد منها ناتجا عن أمور خارجة عن إرادة فاعل الجريمة "[...]".

وانطلاقا من هذا النص اعتبر الفقهاء وفقه القضاء أن المحاولة تستوجب توفر ركنين: ركن الشروع في التنفيذ وركن العدول الاضطراري.

فلا وجود لمحاولة مستوجبة للعقاب إذا لم يتعد المشروع الإجرامي طور التفكير والتخمين، إذ لا عقاب على مجرد النوايا كما تقول محكمة التعقيب التونسية⁽⁶⁵⁾. فمجرد جولان فكرة قتل المورث بخاطر وارث لا يعد محاولة لقتله موجبة للحرمان من الميراث. وكذلك الحال بالنسبة إلى الأعمال التحضيرية التي لا يعتبرها فقه القضاء التونسي محاولة⁽⁶⁶⁾ لأنها تبقى في عداد الأفعال التي لا يمكن أن تعبر عن نية قاطعة لدى الجاني لارتكاب الجريمة. فشرء الوارث لسكين مثلا لا ينم في شيء عن عزمه إزهاق روح مورثه، إذ أن هذا العمل يظل مبهما وقابلا لتأويل عديدة ليس القتل إلا واحدا منها.

(65) تعقيب جنائي عدد 4523، 13 جويلية 1966، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1967، ص 61.

(66) محمد الهادي لحو، م س، ص 49.

لكن تجاوز الوارث لهاتين المرحلتين ومروره إلى البدء في التنفيذ يزيل إلى حد معيّن هذا الإبهام ويترجم مبدئياً انصراف إرادته إلى اقتراح جريمته. وربما كانت صعوبة وضع معيار للتفرقة بين الأعمال التحضيرية والشروع في التنفيذ⁽⁶⁷⁾ وراء تشدد فقه القضاء التونسي في هذه المسألة حيث يشترط تجسم التنفيذ في أفعال تؤدي بصفة مباشرة وحتمية إلى ارتكاب الجريمة⁽⁶⁸⁾.

وزيادة على هذا الركن لا بد من أن يكون العدول اضطرارياً. فيشترط الفصل 59 من المجلة الجنائية - ليعد الشروع في التنفيذ محاولة موجبة للعقاب الجزائي (ومن ثمّ للمنع من الميراث حسب الموقف الأول) - أن يتجاوز سبب عدم إتمام الجريمة أو فوات القصد منها إرادة فاعلها. فالوارث الذي تجبره مقاومة المورث أو صراخه على عدم إتمام ما شرع فيه من أعمال لقتله يعاقب جزائياً من أجل الشروع في محاولة قتل متعمد⁽⁶⁹⁾ ويمنع من ثم من إرث من لم تكتمل الجريمة في حقه.

أما إذا عدل الوارث عن القيام بجريمته بصفة إرادية خوفاً من العقاب أو إشفاقاً على مورثه أو لأي سبب شخصي آخر فلا يمنع من إرثه لأن الفصل 59 لا يعاقب من يعدل اختياراً منه ولا يعد شروعه في التنفيذ محاولة⁽⁷⁰⁾.

43. — كلّ ما تقدم يهم الموقف الأول، أما الموقف الثاني فيقول بعدم المنع من الميراث حتى وإن توفر ركنا المحاولة المذكورين أعلاه. فالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية نص فيما يخص هذا السبب الأول الصريح على عقاب الفاعل الأصلي والشريك فقط دون ذكر المحاولة. وطابع العقاب الذي يكتسبه النص يفرض تأويله بصورة ضيقة خاصة وأن المشرع قد فصّل في هذا السبب الصريح فنص على أن القتل العمد من موانع الإرث ثم أضاف مفسراً بأن القاتل لا يرث سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً.

(67) Merle et Vitu, Traité du droit criminel, Cujas, Paris, T. 1, 5^{ème} éd., p. 580 s.

(68) محمد الهادي لحوّة، م س، ص 53.

(69) انظر: تعقيبي جنائي، عدد 195، غرة فيفري 1972، نشرة محكمة التعقيب، ص 76، ويتعلق بمعاينة من حال صراخ الضحية دون إتمام ما شرع فيه الجاني من واقعة لها.

(70) انظر صعوبة التفريق بين العدول الاختياري والعدول الاضطراري: Sassi Ben Halima, Cours de droit pénal général, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, p. 106 s.

انظر أيضاً: Roger Merle et André Vitu, op. cit., p. 588.

أضف إلى هذا أن إرادة المشرع تنصرف إلى منع من نجح في مشروعه الإجرامي إذ أن نفس النص لا يعاقب شاهد زور إلا متى أدت الشهادة الغاية المرتقبة منها بل وتجاوزتها إلى التنفيذ الفعلي لحكم الإعدام.

ثم إن الفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بموانع الوصية لم يذكر محاولة القتل سببا لمنع الموصى له من الوصية. وكذلك الحال بالنسبة إلى بعض التشريعات العربية المتعلقة بموانع الإرث: فلا المادة الخامسة من قانون الموارث المصري لسنة 1943 ولا المذكرة التفسيرية المرفقة به قد تحدثت عن منع من حاول قتل مورثه. ونفس الملحوظات تنطبق على الفصول 264 و 223 من مجلة الأحوال الشخصية السورية.

وقد ينتقد هذا الرأي بالقول بأن في تبنيه إقرارا بعدم عقاب وارث لم تمنعه غير ظروف خارجية من قتل مورثه وبذلك نكون قد جعلنا من اقرار الجرمية سببا ووسيلة إلى تملك الجاني مال المجني عليه والانتفاع به.

لكن الواضح أن المشرع قد اعتبر أن تطبيق نصوص المجلة الجنائية كاف لوحده لعقاب من حاول اقرار جريمة القتل المتعمد في حق مورثه وأنه لا داعي لتعكير حالة الوارث أكثر من أجل محاولة فاشلة لافتتاح التركة وللتعجيل بالإرث.

والحل نفسه ينطبق مبدئيا في صورة ما إذا لم يقصد الوارث افتتاح التركة أصلا وإن كان هذا هو النتيجة الفعلية لخطئه أو لفعلة.

ب) النتائج

44. — يترتب عن اشتراط الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية القتل العمد سببا للمنع من الميراث أن زوال التكييف غير المشروع للفعلة يؤدي إلى هدم الركن الشرعي للجريمة التي يشترطها هذا النص ومن ثم إلى زوال المنع. هذا ما يسمى بأسباب الإباحة. وهي نوعان في القانون التونسي:

45. — أولها الدفاع الشرعي: فإذا استعمل الوارث القوة اللازمة لصد خطر حال وغير مشروع صادر عن مورثه وكانت النتيجة موت هذا الأخير لم يمنع من إرثه. وبصورة أعم إذا كان فعل الوارث خاضعا للشروط الواردة بالفصل 39 أو بالفصل 40 من المجلة الجنائية فلا منع لوجود سبب الإباحة. وهذا الحل يلائم مقتضيات القانون الجزائي كما يتلاءم مع فقه المذاهب باستثناء الشافعية.

46. — ويخالف المشرع التونسي مرة أخرى مذهب الشافعية ليتبنى رأي الجمهور فيما يخص النوع الثاني من أسباب الإباحة وصورته قتل الوارث لمورثه بمقتضى أمر من القانون أو إذن من

السلطة التي لها النظر (الفصل 42 المجلة الجنائية). فالجندي الذي يطلق النار على عدو والجلاد الذي ينفذ حكم الإعدام لا يمنع من الإرث إن اتفق وكان القتل مورثاً له⁽⁷¹⁾. وهاتان صورتان لا تثيران إشكالا خاصا لأن التكييف غير المشروع لفعلة الوارث قد زال. لكن الصعوبة تظل قائمة بخصوص الأفعال المؤدية إلى موت المورث والتي يبقى التكييف غير المشروع لها من قبل القانون موجودا، ولكن وصف القتل العمد لا يتوفر حيالها. وهذه الأفعال هي: القتل على وجه الخطأ، والضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل.

1/ القتل على وجه الخطأ

47. — إن النتيجة الأولى لاشتراط الفصل 88 لتكييف أو وصف العمد بالنسبة لجريمة القتل التي يقترفها الوارث هي إخراج القتل على وجه الخطأ من دائرة المنع. وهكذا يكون المشروع التونسي قد تبنى الموقف المالكي حول هذه المسألة إذ أن الشافعية قد أطلقت رأيها وعممت المنع على كل أنواع القتل، والحنبلية خصصته بالعقاب البدني أو المالي، والقتل موجب للدية عندهم⁽⁷²⁾، أي لعقوبة مالية، ويمنع لهذا السبب من الميراث. كما أن الأحناف يصنفون القتل الخطأ والجاري مجراه ضمن قسم القتل بالمباشرة المانع للميراث.

48. — ولقد تبنت بعض البلدان العربية الحل المالكي. فمن المسائل التي عدل فيها المشروع المصري مثلا عن المذهب الحنفي - وهو المصدر الرئيسي لقانون الموارث لسنة 1943 - مسألة القتل المانع للميراث. فنصت المادة 5 من قانون الموارث رقم 77 المؤرخ في 6 أوت 1943 على أن "من موانع الإرث قتل المورث عمدا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمسة عشر سنة. ويعد من الأعذار تجاوز حق

(71) في القانون المقارن توفر أسباب الإباحة هذه يؤدي إلى سقوط عقوبة المنع من الميراث. انظر المادة 5 من قانون الميراث المصري، والمادتين 264 و223 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة 881 من القانون الإيراني.

(72) حسين محمد مخلوف، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، د م، ط 2، 1954، ص 28. انظر أيضا: محمد أبو زهرة، م س، ص 108؛ محمد زكريا البرديسي، م س، ص 89.

الدفاع الشرعي". ولقد ورد بالمذكرة التفسيرية لقانون الموارث هذا⁽⁷³⁾ بخصوص هذه المادة ما يلي: "خولف مذهب الحنفية وأخذ بمذهب مالك فيما يأتي : 1- في القتل بالتسبب فصار القتل العمد مانعا سواء أباشر القاتل القتل أم كان شريكا فيه أم تسبب فيه. 2- في القتل الخطأ فلم يعتبر مانعا". وفي تعليقه على موقف المشرع يقول عمر عبد الله: "وإنما خولف مذهب الحنفية الذي كان معمولا به قبل هذا القانون [...] وأخذ بمذهب المالكية لأن القاتل خطأ معذور يستحق الرحمة لا العقاب من الشارع حيث أنه لم يقصد قتل مورثه"⁽⁷⁴⁾.

ونفس الموقف اتخذته المشرع السوري في المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بموانع الإرث والتي تحيلنا على المادة 223 من نفس القانون الخاصة بموانع الوصية. فتقول المادة 264: "يمنع الإرث ما يلي : أ- موانع الوصية المذكورة في المادة 223 [...]". وتنص هذه المادة على أنه: "يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة : أ- قتل الموصى له للوصي قصدا [...]".

49. — ومن قوانين البلدان الإسلامية غير العربية يمكن ان نذكر القانون الإيراني المتأثر بفقهاء الشيعة الإمامية والذي يوافق المالكية في هذه المسألة. فتقول المادة 880: "القتل من موانع الإرث. فالذي يقتل عمدا من استحق في تركته لا يكون أهلا لتلقي الإرث عنه سواء أكان هو القاتل وحده أم كان واحدا من القتلة". ولم يكتف المشرع الإيراني بهذا النص — خلافا لبقية القوانين المذكورة أعلاه — بل أخرج صراحة القتل الخطأ من دائرة القتل المانع للميراث، فتقول المادة 881: "لا تسري أحكام المادة السابقة إذا وقع القتل خطأ [...]"⁽⁷⁵⁾.

50. — وإقصاء القتل على وجه الخطأ من دائرة المنع لا يخص فقط تشاريح بعض البلدان الإسلامية إذ هناك من التشاريح الغربية من تبنى هذا الحل. فالفصل 727 من المجلة المدنية الفرنسية على سبيل المثال يقول: "يمكن أن يُمنع من الميراث: 1- من وقعت إدانته من أجل قتله أو محاولة قتله الهالك [...]"⁽⁷⁶⁾. والإجماع حاصل بين الفقهاء الفرنسيين الذين تناولوا بالدرس هذا النص القانوني على أن القتل على وجه الخطأ لا يمنع من الميراث. فيقول "أوبري" و"رو" في هذا المجال: "إن عبارتي قتل أو حاول قتل لا تعنيان غير القتل العمد.

(73) انظر: عمر عبد الله، م س، ص 379.

(74) عمر عبد الله، م س، ص 82.

(75) ورد نص هاتين المادتين القانونيتين في مؤلف مُجدِّ يوسف موسى: التركة والميراث في الإسلام مع مدخل في الميراث عند العرب واليهود والرومان، دار المعرفة، ط 2، 1967، ص 167.

(76) Art.727 du code civil français : "Peuvent être déclarés indignes de succéder : 1° Celui qui est condamné [...] pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt".

فالقاتل على وجه الخطأ لا يمكن منعه من الإرث لهذا السبب⁽⁷⁷⁾. ويقول "بلانيول": "إن نية القتل هي المعاقب عليها. فلا وجود لمنع تجاه الوارث الذي قتل خطأ المهالك حتى وإن وقعت إدانته لهذا السبب من أجل القتل على وجه الخطأ"⁽⁷⁸⁾. ويقول "تيري" و "لوكيت" إن الفصل المذكور يقتضي وجود "نية القتل. وهكذا فإنه، وأخذا بعين الاعتبار للتأويل الضيق الذي تبنته المحاكم، لا وجود لمنع في صورة الإدانة من أجل القتل على وجه الخطأ على معنى الفصل 319 من المجلة الجنائية"⁽⁷⁹⁾. ويقول "مارك دونيبي": "أخذا بعين الاعتبار للتأويل الضيق، فإن المنع من الإرث لا ينتج عن القتل على وجه الخطأ. فتكليف القتل يقتضي نية القتل"⁽⁸⁰⁾. كما أن محكمة الاستئناف بباريس تبنت في قرارها المؤرخ في 28 ماي 1937 هذا الحل⁽⁸¹⁾.

51. — فإذا عدنا إلى القانون التونسي، قلنا إن ضرورة التأويل الضيق للاستثناء (الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود) تفرض عدم اعتبار القتل الخطأ من أسباب المنع.

52. — لكن ما هو القتل على وجه الخطأ؟ ومتى تتخذ فعلة الوارث هذا الوصف لكي نعتبر نتيجة فعلته التي هي موت مورثه غير مانعة من الميراث؟
بالرجوع إلى المجلة الجنائية نجد الفصل 217 يعرف القتل الخطأ بالقتل "[...] عن غير قصد الواقع أو المتسبب عن قصور أو عدم احتياط أو إهمال أو عدم تنبه أو عدم مراعاة القوانين". وهكذا فإن القتل على وجه الخطأ غير المانع للميراث يتوفر في حالة القصور أي سوء التقدير وانعدام المهارة، ومثالها رمي وارث لمورثه طائفاً أنه صيد، وهي الصورة التي يرتب عنها الأحناف المنع ويطلقون عليها اسم الخطأ في القصد.

⁽⁷⁷⁾ Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Par Esmein, Paris, T. 9, p. 416.

⁽⁷⁸⁾ Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, T. 3, 3^e éd., 1951, p. 503.

⁽⁷⁹⁾ François Terré et Ives Lequette, op. cit., p. 47.

⁽⁸⁰⁾ Marc Donnier, op. cit., p. 4.

انظر أيضاً: Robert Beudant et Jean Lerebours Pigeonnière, op. cit., p. 397 ; Ambroise Colin et Henri Capitant, op.cit., p. 519 ; Henry, Léon et Jean Mazeaud, op.cit., p. 54.

⁽⁸¹⁾ Cour d'appel de Paris, 28 Mai 1937, DH 1937, p 384.

كما يتوفر القتل الخطأ في حالات عدم الاحتياط أو الإهمال أو عدم التنبه. وهي صور قريبة من بعضها، ويصعب التفريق بينها، ومفادها مثلا أن يكون صاحب شركة قريبا وارثا لأحد عملته فيتوفى هذا الأخير نتيجة عدم اتخاذ الأول للإجراءات الحمائية اللازمة لضمان سلامة المؤجرين. وأما الحالة الثالثة من حالات القتل الخطأ فتتوفر عادة في حوادث الطرقات⁽⁸²⁾. فإذا لم يراع وارث قوانين الطرقات وداس بسيارته شخصا فقلته وتبين أنه مورثه، عدت فعلته قتلا على وجه الخطأ ولم يمتنع إرثه منه.

53. — والمشكل الذي يطرح هنا يتمثل في معرفة إن كانت قاعدة عدم منع من قتل مورثه خطأ مطلقة تشمل جميع ما خلف المالك من أموال أم أنها تم جزء فقط من التركة؟ لقد أثبتت هذه المشكلة من طرف فقهاء المذهب المالكي الذين قسموا مال المقتول خطأ إلى قسمين: المال الذي اكتسبه حال حياته، والمال الذي ترتب له نتيجة موته أي الدية. فيرث هذا الشخص المال الذي كان يملكه المقتول ولا يرث من الدية شيئا. "واستدلوا على أن القاتل خطأ لا يرث من الدية بأنها إنما وجبت بسبب فعله. فلو أخذها أو أخذ منها، لكانت قد وجبت عليه لنفسه. ولا يتصور أن يجب على الإنسان شيء لنفسه. ثم إن الله تعالى أوجب في الدية أن تسلم إلى أهل المقتول وذلك في قوله سبحانه ﴿فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء: 92]، وذلك يدل على أن القاتل لا يرثها إذ لو ورثها لما وجب عليه تسليمها"⁽⁸³⁾.

ويمكننا أن نتصور طرح مشكل مماثل في القانون التونسي يتعلق بالتعويضات المستحقة للمالك بموجب ضرر الموت. فإن حدث وداس وارث بسيارته مورثا فقتله على وجه الخطأ، فإن ميراث الأول لأموال المالك المكتسبة حال حياته لا تطرح إشكالا خاصا لأننا رأينا أن بالإمكان فهم الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه يقول بأن مثل هذا القتل لا يمنع من الميراث. لكن هل يقتسم الجاني هنا مع بقية الورثة التعويض المنجر عن ضرر الموت؟

⁽⁸²⁾ انظر في القانون الفرنسي حول جملة حالات القتل على وجه الخطأ: R. Vouin et M. L. Rassat, op.cit., p. 223 ; J. Léauté, Cours de droit pénal spécial, p. 178 s. ; G. Goyeb, Droit pénal spécial, Par M. Rasselet, P. Arpaillange et J. Patin, Sirey, Paris, 1972, 8^e éd., p. 454 s.
⁽⁸³⁾ انظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، م س، ص 133 وما بعدها.

هذا وقد تعرض الفصل 789 من لائحة مجلة الأحكام لشرعية (لائحة الشيخ جعيط) إلى هذه الصورة فنص على أن "[...] قاتل الخطأ [...] يرث من المال دون الدية".

لم يتعرض المشرع إلى هذه المشكلة التي تبقى مشكلة نظرية لأن القضاء التونسي يرفض التعويض عن ضرر الموت⁽⁸⁴⁾. فلا يمكن مبدئياً أن يطرح والحالة هذه مشكلاً من هذا النوع. كذا الحال بالنسبة إلى الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل. لكن السبب سيختلف هاهنا. فالجاني لا يمكنه طلب تعويض عما اقترفته يدها.

2/ الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل

54. — أفرد المشرع التونسي الضرب والجرح المتعمد بنص خاص هو الفصل 208 من المجلة الجنائية الذي يقول بعقاب الجاني "[...] إذا كان الضرب أو الجرح الواقع عمداً لكن بدون قصد القتل [...] نتج عنه الموت [...]". فالاعتداء على شخص الضحية هنا لم يقصد به القتل كما يبين النص نفسه ذلك، أي أن نية القتل غير متوفرة في هذه الحالة، وإن كان ثم تعمد من قبل الجاني على الاعتداء على السلامة البدنية للمجني عليه. وهكذا إذا اقترف وارث هذه الجريمة في حق مورثه، فإنه لا يمنع من إرثه لأن الفصل 88 يشترط قتلاً متعمداً لا ضرباً وجرحاً قصدياً حتى وإن كانت النتيجة واحدة وهي افتتاح التركة لموت المورث.

55. — ولقد تبنى فقه القضاء الفرنسي هذا الرأي، فقرر عدم عقاب الوارث في هذه الحالة لأن المجلة المدنية تشترط — على غرار مجلة الأحوال الشخصية التونسية — القتل المتعمد لتقرير العقاب المدني. ففي قرارها المؤرخ في 28 ماي 1973 أقرت محكمة الاستئناف بباريس هذا الحل في قضية أثيرت بمناسبة مسألة المنع من الميراث بالنسبة لزوج كان قد حوكم وأدين من طرف "محكمة السين" في 26 ماي 1932 من أجل الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل الواقع على شخص زوجته تطبيقاً لمقتضيات الفصل 309 من المجلة الجنائية الفرنسية. ولقد قضت محكمة البداية بـ "بنتواز" (Pontoise) بمنع هذا الزوج. لكن محكمة الاستئناف لم تؤيدها في حكمها قائلة: "حيث أنه — اعتماداً على الفقرة الأولى من الفصل 727 التي تنص على أنه يمنع من الإرث فيقضي من التركة «من أدين من أجل القتل أو محاولة قتل الهالك» والتي اعتقدوا أنها عامة ومطلقة — صرح قضاة الأصل بمنع «روبار ديسمي» من ميراث زوجته «صوفي أنتوني». لكن حيث أنه من الواجب اعتبار الأحكام

⁽⁸⁴⁾ انظر : Cour d'appel de Sousse, n°26 102, 19 sep. 1978, R.T.D. 1980, p. 125, notes M. L.

المذكورة أعلاه لا تعاقب إلا الجريمة التي تقتضي نية القتل وإقصاء الجنايات والجنح [...] مثل القتل على وجه الخطأ والضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل. وحيث أن «روبار ديسمي» قد أدين من أجل هذه الجريمة الأخيرة، فمن الخطأ التصريح بمنعه قانونا من إرث زوجته «صوفي أنتوني»⁽⁸⁵⁾.

ونفس الموقف اتخذته محكمة "أكس" المدنية في حكمها المؤرخ في 31 جانفي 1950⁽⁸⁶⁾ والذي تفيد وقائعه بأن شخصا لقي مصرعه على يد ابنته نتيجة إطلاقها النار عليه. وقد رفضت المحكمة الجزائية تكليف الفعلة على أنها قتل متعمد، وقضت بسجن الابنة مدة خمس سنوات من أجل الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل. فقام إخوة وأخوات الهالك بقضية أمام محكمة "أكس" طالبين التصريح بمنع ابنة أخيهم من ميراثه. لكن المحكمة قضت بعدم سماع دعواهم معللة قضاءها بالقول إن المحكمة الجزائية قد تكون راعت ظروف الابنة ولم تدنها من أجل "جريمة القتل العمد التي ارتكبتها على شخص أبيها. وحيث أن الإدانة التي تشترطها الفقرة الأولى من الفصل 727 لم يصرح بها ولم يعد من الممكن التصريح بها لأن اتصال القضاء يعارض هذا [...] فالمسماة «سابوريت» يجب أن تعتبر قاتلة لوالدها لكن دون قصد".

ولقد انتقد جل الفقهاء في فرنسا موقف فقه القضاء هذا. فيقول عنه "مارك دوني" بأنه "يسمح لوارث كان له تجاه الهالك تصرفا إجراميا خطيرا من إمكانية إرثه رغم ذلك. وما يثير الدهشة إذا لم يكن للإدانة من أجل الضرب والجرح من تعليل غير التخفيف من حدة العقوبة بحيث أن الأمر يتعلق في الواقع بجريمة قتل"⁽⁸⁷⁾.

وربما كان هذا السبب وراء ما قرره محكمة "أراس" المدنية بتاريخ 11 ديسمبر 1935⁽⁸⁸⁾ في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجة أطلقت عبارين نارين على زوجها أديا إلى موته بعد ست وعشرين ساعة فقط من وقت حصول الإصابة. فوقع تتبعها من أجل القتل العمد. لكن المحكمة الجزائية قضت بعقابها بالسجن خمسة سنوات مع تأجيل التنفيذ على أساس أن فعلتها هذه تمثل ضربا

(85) Cours d'appel de Paris, 28 Mai 1937 (préc.).

(86) Trib. civ. d'Aix, 31 Janvier 1950, D. 1950, p. 222.

انظر في نفس الاتجاه: Trib. d'Alger, 3 Février 1928, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 1929/2. 23.

(87) Marc Donnier, op. cit., p. 4.

انظر في نفس المعنى: Pierre Mimin, op. cit., p. 147.

(88) Trib. Civ. d'Arras, 11 Décembre 1935, D.P. 1937. 2. 27.

وجرحا متعمدا أدى إلى الموت دون قصد القتل. وقد أجازت محكمة "أزاس" بأن الفصل 727 من المجلة المدنية الفرنسية يوجب "فعلا عمديا تسبب في الموت أو محاولة عمدية لارتكاب نفس الفعل. وإن العنصرين الواجب توفرهما هما النية الإجرامية وأهمية الفعلة التي من شأن خطورتها أن تؤدي إلى الموت". بعبارة أخرى يشترط النص المذكور ضربا مقصودا لا قتلا متعمدا ونية إجرامية وليس بالضرورة نية إزهاق نفس بشرية. هذا التفكير أدى بالمحكمة إلى قبول دعوى التصريح بمنع الزوجة من إرث زوجها.

ويمكن نقد هذا التأويل. فالمشرع الفرنسي (والتونسي، لو طرح المشكل في تونس) يشترط قتلا متعمدا. وهذا يعني الإقصاء من دائرة المنع ما عدا ذلك من صور الاعتداء على السلامة التي لا تتوفر فيها نية القتل.

لكن هذا لا يمنع من نقد الحل القانوني نفسه الوارد في النص الفرنسي وكذلك في النص التونسي. فهذا الحل يتجاني مع مقتضيات الإنصاف والسلم الاجتماعية ويتناقض - إذا اهتمنا بتونس - مع موقف جمهور الفقهاء.

فالإنصاف يفرض منع الوارث - الذي كان له تصرف إجرامي خطير تمثلت نتيجته المباشرة في هلاك مورثه - من التمتع بآثار جريمته.

كما أن السلم الاجتماعية تقتضي عقوبة المنع من الميراث. ودليل مساس الفعلة المتناولة هنا بالسلم الاجتماعية ما أقره المشرع التونسي نفسه من عقوبات بدنية تصل في حالة الإضمار إلى مستوى العقوبة الجزائية المقررة للقتل عمدا.

أضف إلى كل هذا أن حكم عدم المنع يخالف موقف الشريعة الإسلامية التي لم يعهد فيها - كما يقول مُجَدُّ أبو زهرة⁽⁸⁹⁾ - أن تعتبر الجريمة سببا لانتقال الملكية. فالمذاهب الفقهية جميعا قررت لهذه الفعلة عقوبات جزائية شديدة وأجمعت على منع مقترفها من الميراث:

فالشافعي يعتبرها قتلا شبه عمد، ويعرف هذا القتل بأنه ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل⁽⁹⁰⁾.

والصاحبان صنفا الفعلة ضمن قسم القتل العمد.

أما أبو حنيفة فضمها إلى قسم شبه العمد. "وسمي هذا النوع شبه عمد لأن فيه معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده إلى القتل"⁽⁹¹⁾.

(89) مُجَدُّ أبو زهرة، م س، ص 108.

(90) ابن رشد، م س، ص 333.

(91) حسنين مُجَدُّ مخلوف، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة، القاهرة، د ت، ص 28.

ولا خلاف في مذهب المالكية - والذي يبدو أن المشرع قد تأثر به فيما يخص ما نحن بصدده من سبب منع من الميراث - "أن الضرب الذي يكون على وجه الغضب والثأرة يجب به القصاص"⁽⁹²⁾.

وأيا كان الأمر فيمكن القول إن الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى موت المورث لا يمنع من الميراث في القانون التونسي لانتفاء نية القتل.

56. - والحل نفسه ينطبق للسبب نفسه على صور قريبة من هذه الجريمة وردت بالمجلة الجنائية وهي على التوالي:

صورة تعمد إعطاء المورث مواد أو مباشرة عمليات عليه تفضي إلى موته (الفصل 215).
صورة الاعتداء على المورث بما يصيره خصياً أو محبوباً دون قصد القتل والمؤدية إلى الموت (الفصل 221).

صورة حجز الوارث لمورثه إذا نتج عن الحجز الموت دون قصد القتل (الفصل 251).
صورة تعمد الوارث إيقاد النار بمحل أو نحوه من الأماكن المنصوص عليها بالفصل 307 من المجلة الجنائية المفضية إلى موت المورث الذي صادف وجوده في ذلك المكان دون أن يكون الوارث قد تعمد قتل مورثه بارتكابه لهذه الفعلة التي تستوجب الحكم بالإعدام لأن الحريق سبب موت إنسان.
لكن كيف يمكن التحقق من أن فعله الوارث تدخل ضمن هذه الصور غير المانعة للميراث؟ بعبارة أخرى كيف يمكن التثبت من أن التكليف أو الوصف القانوني لفعله الوارث - كما يشترطه الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية - قد تحقق أو لم يتحقق؟ أي كيف يمكن في النهاية تثبت الجريمة الواردة صراحة بهذا النص كسبب للمنع من الميراث؟

الفقرة الثانية: تثبت الجريمة

57. - إن أحسن وسيلة لتثبيت الجريمة التي يترتب عنها المنع من الميراث تتمثل في إدانة الوارث جزائياً سواء كفاعل أصلي أو كشريك في القتل المتعمد الواقع على شخص المورث. فإذا اتهم وارث بقتله عمدا لمورثه ووقع تتبعه ثم إدانته لارتكابه هذه الفعلة، فإن القرار الجزائي بالإدانة يعد وسيلة كافية لتثبيت الجريمة الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية كسبب أول صريح للمنع.

(92) ابن رشد، م س، ص 333.

والمشكل الذي يطرح هنا يتمثل في معرفة ان كان يمكن التحقق من ارتكاب هذه الجريمة بوسيلة أخرى خاصة إذا علمنا أنه بالرغم من ثبوت وجود الجريمة ونسبتها إلى الوارث فإن قضاء إيدانته جزائيا قد يصبح مستحيلا لسبب أو لآخر. لذا سنتعرض في مرحلة أولى إلى القضاء بالإدانة بوصفه وسيلة كافية لتثبيت الجريمة المانعة للميراث (أ) لتتساءل في مرحلة ثانية إن كانت هذه الوسيلة ضرورية (ب).

أ) القضاء بالإدانة وسيلة كافية لتثبيت الجريمة

58. — إذا تمت مقاضاة الوارث وقررت المحكمة الجزائية بأن وصف الفعل التي ارتكبتها في حق مورثه تعد قتلًا متعمداً، فإن قرار الإدانة كافٍ للتحقق من توفر الجريمة بهذا الوصف حيال هذا الوارث ولترتيب مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

59. — وهذا يعني أن القضاء بالإدانة وسيلة كافية لترتيب المنع من الميراث حتى وإن ورد بمقتضى حكم غيابي. كما أن الجريمة — بالوصف الذي يشترطه الفصل المذكور — يكون قد وقع التثبيت من وجودها حتى وإن كانت العقوبة قد وقع تخفيفها أو لم تنفذ أصلاً لانقراضها أو لزوالها.

1/ الحكم الغيابي

60. — يعد القضاء بالإدانة — كما بينا — حجة كافية لتطبيق مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية إذ أن إحراز القرار الجزائي على حجية الشيء المقضي يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى الوارث:

61. — ففيما يخص وجود الجريمة فإن القرار الجزائي النهائي والبات القاضي بذلك قد اتصل به القضاء. هذا الاتصال الذي يكتسي طابعاً عاماً ومطلقاً يجعله منطبقاً لا على الدعاوى المدنية التي تهدف إلى جبر الضرر الناجم عن وجود الجريمة، بل وشاملاً لكل الآثار المدنية التي يربتها القانون عن الفعل الإجرامية⁽⁹³⁾.

(93) انظر هذا التأكيد وقد أتى به في القانون الفرنسي: Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel. Procédure pénale, Cujas, Paris, T. II, p. 884 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Procédure pénale, Précis Dalloz, 13^e éd., 1987, p. 1023.

وهكذا فإن الإدانة الجزائية حجة على تحقق وجود الجريمة التي يشير إليها الفصل 88. فإذا كانت الإدانة تهم وارثا للضحية، فإنها تعد حجة على نسبة الجريمة إليه وتحقق ارتكابه للأفعال المادية المكونة لها بوصفه فاعلا أصليا أو شريكا.

أما إذا صدر القرار الجزائي متضمنا لإطلاق سراح الوارث لعدم ثبوت التهمة أو نحو ذلك، فإن السؤال الذي يطرح يتعلق بحجية مثل هذا القرار في نسبة الفعلة للوارث ومنعه بالرغم من إخلاء المحكمة الجزائية سبيله من الميراث.

في القانون الفرنسي قال "مارل" و "فيتو" بأن قرار كهذا "يفيد بصفة إيجابية أن خطأ المظنون فيه أو مساهمته في الأفعال المنسوبة إليه لا يمكن التحقق منه. وعلى هذا فإنه لا يختلف عن قرارات إطلاق السراح التي نجد فيها تأكيدا على التحقق المطلق من البراءة"⁽⁹⁴⁾.

وفي القانون التونسي يقول "مُحَمَّد الزين" - في رده على الموقف القائل بأنه لا حجية للشيء المقضي في المادة الجزائية بإطلاق السراح تطبيقا للفصل 101 من مجلة الالتزامات والعقود - بأن هذا القرار "المؤسس على نفي الأفعال الواقعة لأجلها التتبع أو مشاركة المظنون فيه في ارتكابها [...] (يتضمن جملة من التأكيدات) هذه التأكيدات المختلفة للقاضي الجزائي تلزم المحكمة المدنية لحجيتها المطلقة. فأيا كان موضوع الدعوى المقامة لاحقا أمام القاضي المدني، فإن هذا الأخير لا يمكنه التأكيد على وجود فعلة ما، إذا صرحت المحكمة الجزائية بعكس ذلك"⁽⁹⁵⁾.

فللقرار الجزائي القاضي بإطلاق سراح الوارث أو بإدانته حجية مطلقة في نسبة جريمة القتل التي اقترفت في حق مورثه أو عدم نسبتها له.

62. — كما أن وصف أو تكييف القتل بالعمد من طرف المحكمة الجزائية التي قضت بإدانة الوارث لاقترافه هذه الجريمة له حجية الشيء المقضي⁽⁹⁶⁾، وعليه فإن القضاء بإدانة الوارث من أجل قتله عمدا لمورثه يعد وسيلة كافية لتثبيت الجريمة التي جعل منها الفصل 88 سببا للمنع من الميراث. فيحرم الوارث القتال من الإرث سواء كان قرار الإدانة الصادر ضده حضوريا أو معتبرا كذلك.

63. — لكن القضاء بإدانة الوارث غيابيا قد يطرح بعض الصعوبات على صعيد منعه من الميراث.

⁽⁹⁴⁾ Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 889.

انظر في نفس المعنى: G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, op. cit., p. 1030.

⁽⁹⁵⁾ Mohamed Zine, Quelques aspects des rapports de l'action publique et l'action civile, R.T.D.

1982, p. 70 s.

⁽⁹⁶⁾ انظر هذا الكلام وقد أتى به في القانون الفرنسي: Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 900 ; G.

Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, op. cit., p. 310.

ولقد وردت الإجراءات المتعلقة بالحكم الغيابي بمجلة الإجراءات الجزائية. فتنص الفقرة الثانية من الفصل 175 على أنه: "[...] إذا استدعي المتهم بصفة قانونية ولم يحضر يحكم عليه غيابيا. والإعلام بالحكم الغيابي يتولاه كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم". ومأتى الصعوبة على صعيد المنع بالنسبة إلى قضاء الإدانة الصادر وفقا لهذه الفقرة هو طبيعته القانونية ووسائل الطعن الخاصة به.

فمن حيث طبيعته القانونية تقول محكمة التعقيب إن "الحكم الغيابي هو حكم وقتي صدر بدون حضور المظنون فيه"⁽⁹⁷⁾. فإذا لم يحضر الوارث الذي لم يبلغه الاستدعاء إلى الجلسة التي قررت فيها المحكمة الجزائية القضاء بإدانتته غيابيا من أجل قتله عمدا لمورثه طرح السؤال حول معرفة أثر هذا الحكم الوقتي على المنع من الميراث.

يرى بعض فقهاء القانون الفرنسي أن "القضاء الغيابي بالإدانة هو قرار نهائي لكنه متضمن لشرط فسحي هو حضور الغائب أثناء أجل سقوط الدعوى بمرور الزمن. فطالما لم يتحقق هذا الشرط فإن الإدانة تنتج كل الآثار المترتبة عنها"⁽⁹⁸⁾. ومن يتبنى هذا الرأي في القانون الإجرائي الجزائي التونسي، سيقول - على مستوى القانون المدني - إن المنع من الميراث يسري وقتيا في حق الوارث إذ أن القضاء الغيابي بإدانتته يثبت وجود الجريمة التي يرتب عنها الفصل 88 الحرمان ولو بصفة مؤقتة إلى حين قيامه بالاعتراض أو سقوط العقاب بمرور الزمن.

فإذا قام الوارث بالاعتراض وفقا للإجراءات الواردة بالفصل 175 وما بعده من مجلة الإجراءات الجزائية، فإنه يقع إيداعه بالسجن سواء كان ذلك تنفيذا للقضاء الغيابي بإدانتته بالسجن مدة معينة أو إبدالا لعقوبة الإعدام المصرح بها ضده (الفصل 180 من مجلة الإجراءات الجزائية). ويبقى المنع من الميراث ساريا في حقه إلى حين البت في الاعتراض⁽⁹⁹⁾ وصدور القرار الحضورى بالإدانة أو بإطلاق السراح فيبقى المنع وفقا لذلك أو يزول.

(97) تعقيبي جزائي عدد 934، مؤرخ في 18 أبريل 1931، القضاء والتشريع، ماي 1963، ص 101.

(98) Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 831.

(99) ينص الفصل 182 من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه "إذا حضر المعترف وكان اعتراضه مقبولا شكلا، فإن

الحكم يلغي بالنسبة لجميع الأوجه المعترض في شأنها سواء كانت صبغتها جزائية أو مدنية [...]".

وهذا النص لا يهم المنع من الميراث لأنه يتحدث عن أوجه للحكم وقع التصريح بها والحال أن الحرمان من الميراث ليس وجها للحكم الجزائي بالمعنى الذي يشير إليه هذا النص. فلا تأثير إذن للاعتراض في حد ذاته على المنع.

أما إذا لم يقيم الوارث بالاعتراض على القرار الذي قضى بإدانته غيابيا من أجل قتله عمدا لمورثه ولم يبلغه الإعلام بالحكم شخصيا "[...]" أو لم يتبين من أعمال تنفيذ الحكم أن المظنون فيه حصل له العلم به "[...]" (الفصل 176 من مجلة الإجراءات الجزائية)، فإن القضاء بإدانته من أجل هذه الفعلة يصبح نهائيا وباتا بعد عشرين سنة، وعليه فإن المنع من الميراث الذي كان وقتيا يصبح نهائيا. ولا تأثير حينئذ لعدم تنفيذ العقاب على تطبيق مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. وهذه الصورة تم في الواقع تأثير تخفيف العقاب أو زواله على المنع من الميراث.

2/ تخفيف العقاب وزواله

64. — إن التأكيد على أن القضاء بالإدانة وسيلة كافية لتثبيت الجريمة يجعل من التخفيف من العقاب المقرر لها أو حتى زواله غير ذي تأثير على المنع من الميراث.

ويمكن أن يقع التخفيف في العقاب المستوجب للوارث من أجل قتله عمدا لمورثه سواء من طرف المحكمة الجزائية التي قضت بإدانته من أجل هذه الفعلة وتسمى هذه الصورة بظروف التخفيف أو بمقتضى أمر من القانون ويتعلق الأمر حينئذ بالأعذار المخففة للعقاب.

65. — ففيما يخص سبب التخفيف الأول ينص الفصل 53 من المجلة الجنائية على أنه: "إذا اقتضت أحوال الفعل الواقع لأجله التتبع ظهور ما يحمل على تخفيف العقاب وكان القانون غير مانع من ذلك، فللمجلس مع بيان تلك الأحوال بحكمه أن يحط العقاب إلى ما دون أدناه القانوني [...]"

وهكذا فإنه يمكن للمحكمة الجزائية أن تراعي ظروف الابن الذي قتل والده وتحط من عقوبة الإعدام التي توجبها هذه الفعلة بالنزول بها درجة أو حتى درجتين من سلم العقوبات كما ينص على ذلك هذا الفصل. ولكن لا تأثير لهذا التخفيف القضائي على المنع من الميراث طالما أن الإدانة قد تمت على أساس الفصل 203 من المجلة المذكورة، أي على أساس القتل العمد الذي يجعل منه الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية سببا لحرمان هذا الابن من التمتع بتركة أبيه الهالك. وقد رأينا محكمة سوسة تؤكد على ترتيب المنع والحال أن الابن في تلك القضية لم يحكم عليه من طرف محكمة "السين" الجزائية إلا بالأشغال الشاقة لمدة عشرين سنة⁽¹⁰⁰⁾.

66. — والحل نفسه ينطبق مبدئيا على الأعذار القانونية العامة المخففة للعقاب، أي صغر سن القاتل. فعند تعرضنا إلى الأعذار القانونية الخاصة قلنا بأن وجودها لا يؤثر على وصف

(100) Tribunal de Sousse, 17 juin 1915 (préc.).

الفعلة⁽¹⁰¹⁾. ونفس التحليل يصح بالنسبة إلى تخفيف العقاب لصغر السن. فينص الفصل 43 من المجلة الجنائية على أنه: "يقع تطبيق القانون الجنائي على المتهمين الذين سنهم أكثر من ثلاثة عشر عاما كاملة وأقل من ثمانية عشر عاما كاملة [...]". وهكذا فإنه إذا قضت المحكمة الجزائية بوصف فعلة الوارث بأنها قتل متعمد لكنها خففت من العقاب المستوجب تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل المذكور، فإنه لا تأثير لهذا على تطبيق مقتضيات الفصل 88 وحرمان هذا الوارث الذي تجاوز الثلاثة عشر ولم يبلغ الثمانية عشر من الميراث. ولقد نص المشرع التونسي على هذا الحل صراحة بالفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بموانع الوصية والذي يشترط - لترتيب هذه العقوبة - أن يكون القاتل " [...] بالغاً من العمر ثلاثة عشر عاماً".

ونفس الحل نجده صلب المادة 5 من قانون الموارث المصري التي تشترط بلوغ القاتل خمسة عشر عاماً. كما أن المادة 223 من قانون الأحوال الشخصية السوري تشترط السن ذاتها لترتيب المنع من الميراث. فإذا لم يتجاوز الوارث هذه السن، فإنه لا مؤاخذة جزائية ولا منع من الميراث.

وينص الفصل 38 من المجلة الجنائية على أنه "لا يعاقب من لا يتجاوز سنه ثلاثة عشر عاماً كاملة عند ارتكابه للجريمة أو كان فاقداً للعقل".

وهكذا فإن الوارث لا يؤخذ جزائياً ولا يمنع من الميراث إذا كانت سنه دون الثلاثة عشر سنة⁽¹⁰²⁾ أو كان فاقداً للمدارك العقلية⁽¹⁰³⁾.

بهذا الحل يكون المشرع التونسي قد وافق الموقف الحنفي وخاصة المالكي إذ أن نقصان القصد بالنسبة إلى الصغير وفقدانه بالنسبة إلى المجنون لا يؤثران على أهليتها في الإرث ولا يحرمان من تركة من ارتكبوا سبب المنع هذا في حقه.

67. — وما قيل حول تخفيف العقاب يمكن ان ينطبق على أسباب زواله، وهي على التوالي:

(101) انظر الفقرة عدد 37.

(102) إن تبني هذا الحل لا يتم بسهولة ضرورة أن هنالك من يقول بأن صغر السن في هذه الحالة لا يزيل عن الفعلة وصفها الإجرامي. وهكذا فإنه إذا تبينا هذا التأويل، فإن المنع من الميراث متوفر هنا لأن الجريمة موجودة.

انظر حول مسألة زوال الطابع الإجرامي لفعلة الصغير والنقاش الذي حام حولها في فرنسا: Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 746 s.

(103) جاء في قرار تعقيبي جزائي أن لا مؤاخذة جزائية لمختل المدارك العقلية. تعقيبي جزائي عدد 5964، 25 مارس 1981، نشرية محكمة التعقيب، ص 39: "لا يسوغ مؤاخذة المتهم جزائياً لأجل جريمة اقترفها طالما أن المسؤولية الجزائية لا تكون إلا مع سلامة المدارك العقلية".

سقوط العقاب بمرور الزمن. فيقول الفصل 349 من مجلة الإجراءات الجزائية إنه "تسقط العقوبات المحكوم بها في الجنايات بمضي عشرين سنة كاملة [...]". فإذا انقضت هذه المدة، استحال تنفيذ العقاب الجزائي. لكن أثر الفعلة على الصعيد المدني يظل قائما، لأن القضاء بالإدانة يعد وسيلة كافية كما بينا لترتيب المنع. فالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية اكتفى بالتنصيص على أن القتل العمد من موانع الإرث. وعليه لا يهم إن كان العقاب البدني قد نفذ أم لم ينفذ طالما أن الفعلة قد وقع القضاء بوجودها وبوصفها ونسبتها إلى الوارث.

والحل نفسه ينطبق مبدئيا للسبب نفسه على العفو الصادر بشأن العقوبة سواء كان خاصا أو عاما. ويكون العفو خاصا إذا كان صادرا عن رئيس الجمهورية بموجب السلطة المخولة له بالدستور ومتضمنا لإسقاط [...] العقاب المحكوم به والحط من مدته أو إبداله بعقاب آخر أخف منه نص عليه القانون" (الفصل 371 من مجلة الإجراءات الجزائية). وهذا العفو الخاص لا يزيل حكم الإدانة بل يتعلق فقط بتنفيذ العقوبة الواردة به تخفيفا أو إسقاطا. وعليه فإن المنع يبقى ساريا على الوارث الذي قضي بإدائته من أجل قتله عمدا لمورثه.

ويكون العفو عاما، إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية؛ إذ ينص الفصل 376 من نفس المجلة على "أن العفو العام يمنح بقانون وتمحى به الجريمة مع العقاب المحكوم به". وما يثير إشكالا بخصوص المنع من الميراث في هذه الحالة أن الفصل 377 يقول إن "ما وقع العفو فيه يعتبر كأن لم يكن [...]". فهل يعني هذا أن الجريمة التي يشترطها الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية قد زالت بمقتضى القانون الصادر بالعفو على الوارث ومن ثم فإنه لا منع من الإرث لأن سبب الحرمان لم يعد موجودا؟

إن الإجابة تقتضي البحث في مفعول العفو العام على الصعيد المدني. وعن هذه المسألة في القانون الفرنسي قال "مارل" و"فيتو" "إن العفو يتعلق بالوصف الإجرامي للفعلة فقط فيلغيه. ولكنه لا يزيل الفعلة نفسها التي تبقى قائمة وتنتج كل آثارها المدنية"⁽¹⁰⁴⁾. ويضيف الفقيهان: "ينطبق الحل نفسه في كل الحالات التي يمكن أن تنجر فيها آثار مدنية مرتبطة بفعلة ما وذلك بغض النظر عن الآثار الجزائية التي تتضمنها [...] وهكذا فإن الدعوى التي

تهدف إلى التصريح بمنع من أدين من أجل القتل العمد [...] من الميراث لا تتأثر بالعفو العام الوارد بعد الإدانة"⁽¹⁰⁵⁾.

(104) Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 963.

انظر في نفس المعنى: G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, op. cit., p. 680 s.

(105) Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 964.

ويصح هذا التحليل في القانون التونسي خاصة وأن الفقرة الثالثة من الفصل 377 تنص على أن "العفو العام لا يضر بحقوق الغير [...]"، مما يدل على أن بعض آثار الفعلة يبقى قائما. فلا يمس العفو من حقوق الورثة الذين اقتسموا التركة مثلا ومنعوا من قضي بإدانته من أجل قتله عمدا للمورث. ويستقيم هذا التأويل إذا علمنا بأن هذه الفقرة تعرف الغير بالقول "[...] لا سيما القائم بالحق الشخصي [...]". وفي هذا دليل على أنه لا تأثير للعفو العام على غير هذا الشخص الذي يمكن أن يكون وارثا آخر لضحية المعفو عنه.

وهكذا فإن مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية تنطبق في هذه الصورة لأن الفعلة التي يرتب عنها هذا النص المنع من الميراث تبقى قائمة فيما يخص آثارها المدنية. بعبارة أخرى: يعد القضاء بالإدانة وسيلة كافية لتثبيت الجريمة. لكن هل يعد أيضا وسيلة ضرورية لذلك؟

ب) القضاء بالإدانة وسيلة ضرورية لتثبيت الجريمة؟

68. — قد يحدث أن يقوم حائل فيمنع القيام بالدعوى العمومية ومن ثم القضاء بإدانة الوارث الذي تعمد قتل مورثه. فهل أن لوجود هذا الحائل تأثير على المنع من الميراث؟ إن لهذا السؤال أهمية عملية كبرى:

فإذا قلنا إن القضاء بالإدانة وسيلة ضرورية لترتيب مقتضيات الفصل 88، فإنه لا منع من الميراث إن حدث وكان هذا القضاء منعدما لاستحالة التصريح به لسبب أو لآخر.

أما إذا قلنا بأن القضاء بالإدانة ليس الوسيلة الوحيدة لتثبيت الجريمة، فإن المنع يتوفر حيال الجاني بتوفر الفعلة الإجرامية والتي يمكن تثبيتها بوسيلة أخرى.

1/ الموقف الأول: ضرورة وجود قضاء بالإدانة

69. — إن الإدانة الجزائية للوارث ليست فقط أحسن وسيلة لتثبيت الجريمة، بل يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لذلك. فالمنع من الميراث يعد عقوبة. لذا وجب التحقق من اقتراف الوارث أو مشاركته في اقتراف الجريمة بالوصف الذي يشترطه الفصل 88 وذلك بيقين. بعبارة أخرى: يجب أن يتم هذا التحقق — ليكون يقينياً — عن طريق قضاء جزائي بإدانة الوارث. فإذا لم يوجد قرار جزائي أحرز على حجية الشيء المقضي وتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى هذا الوارث، فإنه يعد بريئاً ولا يمكن تطبيق مقتضيات الفصل المذكور عليه. فمن المبادئ الواردة بالدستور نفسه أن كل متهم يعد بريئاً إلى أن تثبت إدانته. وبما أن المنع من الميراث يفترض اقتراف الوارث لجريمة القتل العمد، فإنه لا يمكن حرمانه إذا لم تقع إدانته أو لم يعد من الممكن إدانته من أجل اقترافه أو مشاركته في اقتراف هذه الجريمة، فهو محمول على كونه بريئاً.

وهناك حجة تنفر عن قرينة البراءة ومفادها توفر ضمانات أكثر في المادة الجزائية تجعل من التصريح بالإدانة وسيلة يقينية للتحقق من ارتكاب الوارث للجريمة المانعة للميراث. فالقاضي الجزائي يملك وسائل هامة للبحث ولا ينطق بالإدانة لوجود جريمة القتل العمد إلا بعد تحقيق ونحو ذلك من الاجراءات المعقدة (بحث أولي — اختبارات فنية من قبل الشرطة — تحقيق على درجتين — إلخ) مما يسمح بالقول بصعوبة ومن ثم بندرة أن يجانب قراره الحقيقة. فإذا قضى بإدانة الوارث، فإن هذا يعني أن اقترافه للجريمة الواقعة على شخص مورثه متأكد في أغلب الحالات إلا ما ندر، وما ندر لا يلتفت إليه. والوسائل التي يملكها القاضي الجزائي لا يملكها القاضي المدني. فإذا دعونا هذا لتثبيت الجريمة التي لم يوجد في شأنها قرار جزائي، فإن ارتكاب أخطاء قضائية يصبح أكثر وروداً. فلا بد والحالة هذه من أن يكون القضاء بالإدانة الجزائية للوارث الوسيلة الوحيدة والضرورية لتثبيت الجريمة.

70. — وينجر عن هذا أنه إذا قام ما يسميه فقيهان فرنسيان "حائل يمنع بصورة مستمرة الطالب من القيام لدى المحكمة أو من إتمام التبعات إذا كانت المحكمة الجزائية قد تعهدت بعد بالقضية"⁽¹⁰⁶⁾ — أي إذا انقرضت الدعوى العمومية — فإنه لا يمكن معاقبة الوارث

جزائيا. فإذا قيل نفس الكلام في تونس، أمكن أن يُراد عليه أنه لا يمكن أيضا معاقبة الوارث مدنيا وذلك بالمنع من الميراث.

وتنقضى الدعوى العمومية كما ينص على ذلك الفصل 4 من مجلة الإجراءات الجزائية بمرور الزمن. فهي تسقط " [...] بمرور عشرة أعوام كاملة إذا كانت ناتجة عن جنائية [...] وذلك ابتداء من يوم وقوع الجريمة على شرط أن لا يقع في بحر تلك المدة أي عمل تحقيق أو تتبع" (الفصل 5 من نفس المجلة). فإذا مرت هذه المدة ولم يقع قطعها بالأسباب الواردة بهذا النص، فإنه لا يمكن القيام بالدعوى العمومية ضد الوارث ومن ثم لا يمكن منعه من الإرث لانعدام قضاء بالإدانة في هذا الشأن.

والانقراض يهيم الفعلة نفسها مما يجعل آثاره — كما يقول الفقه الذي تناول المسألة في القانون الفرنسي — عامة تشمل الفاعل الأصلي والشريك حتى وإن لم يكن ثم تزامن بين أفعال هذا وذلك⁽¹⁰⁷⁾.

71. — والحل نفسه ينطبق على انقراض الدعوى بالعفو العام أو بنسخ النص الجزائي المتعلق بجريمة القتل العمد أو بموت المتهم.

وصورة الانقراض بالعفو العام لا تطرح إشكالا. أما صورة النسخ فخيالية. بقيت صورة موت المتهم، وهي معقدة، ويتجه التفريق في إطارها بين المراحل التي بلغتها الدعوى: فإذا لم تقع إثارة التتبع ضد الوارث، فإنه لم يعد بالإمكان القيام به. كما أنه لم يعد بالإمكان تطبيق مقتضيات الفصل 88 على هذا الوارث.

أما إذا تعهدت المحكمة الجزائية بالقضية وتوفي الوارث الذي اتهم بقتل مورثه، فإنه على المحكمة الجزائية التخلي عن النظر فيها إذ أنه لم تعد ثم فائدة لزيادة البحث⁽¹⁰⁸⁾ أو لسماع بينة لإثبات التهمة. فلا يمكن إذن للمحكمة المتعده بالنظر في التهمة المنسوبة إلى الوارث أن تواصل الإجراءات للوصول إلى قضاء بالإدانة بعلّة أن هذا القضاء — وإن لم يعد من الممكن تطبيقه جزائيا — فإنه يمكن من ترتيب الآثار المدنية على فعلة الوارث التي ثبتت لديها والمتمثلة في قتله عمدا لمورثه.

⁽¹⁰⁷⁾ انظر هذا الكلام وقد أتى به في القانون الفرنسي: Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p.

71.

⁽¹⁰⁸⁾ هذا ما قالته محكمة التعقيب في صورة موت المتهم: تعقيب جزائي عدد 9058، مؤرخ في 3 جانفي 1973،

نشرية محكمة التعقيب، ص 158.

وقد يحدث أن تثار التبعات وأن يقع التصريح بالحكم على القاتل مع جهل بوفاته. في هذه الحالة قال الفقه الفرنسي إن الحكم يُعد "باطلا ويمكن للمحكمة التي أصدرته التراجع فيه حتى وإن كان هذا الحكم قد صبغ في الأثناء بحجية الشيء المقضي" (109).

أما إذا توفي المجرم بعد التصريح بالحكم وقبل انقضاء آجال الطعن، فإن هذا الحادث يبطل الحكم بالإدانة وكل الإجراءات السابقة إذا لم يتم الطعن. فإذا تم الطعن، فإنه على المحكمة المطعون لديها التخلي عن النظر في القضية. وفي كلتا الحالتين لا يمنع من الميراث.

72. — ومفعول سقوط الدعوى بموت المتهم لا يهم إلا هذا المتهم. فإن اتفق أن كان الوارث شريكا للفاعل الأصلي الذي وافاه الأجل، فإنه لا انقراض للدعوى في حق الأول الذي يمكن القضاء بإدانته من أجل المساهمة في ارتكاب جريمة القتل العمد، ومن ثم يمكن منعه من إرث الضحية.

هذا فيما يخص الرأي الأول. أما الرأي الثاني فمفاده أن لا تأثير لانقراض الدعوى أصلا على المنع ضرورة أنه يمكن تثبيت الجريمة بوسائل أخرى.

2/ الموقف الثاني: تثبيت الجريمة بوسائل أخرى

73. — يمكن الرد على الحجة القائلة بأن قرينة البراءة الناجمة عن عدم إمكانية القضاء بالإدانة ضد الوارث والتي تحول لهذا السبب دون إمكانية تطبيق مقتضيات الفصل 88 ضرورة أن هذه الوسيلة تعد الوحيدة لتثبيت الجريمة بالقول بأن هذه القرينة تهم القانون الجزائي ولا مكان لها بالقانون المدني وبالقانون المواريث.

فلقد أقر المشرع هذه القرينة في المادة الجزائية لخطورة العقاب المستوجب بالنسبة للمتهم والذي يمكن أن يستهدف — كما هو الحال في موضوعنا — حياته. فطالما لم تثر تبعات ضده أو لم تؤد هذه التبعات متى أنيرت إلى قضاء نهائي وبات ينسب الجريمة إليه، فإن هذا المظنون فيه يتمتع بقرينة البراءة ولا يمكن من ثم تطبيق أية عقوبة جزائية عليه.

لكن الأمر ليس بهذه الخطورة فيما يخص المنع من الميراث الذي يهدف إلى تفادي انتقال الملكية عن طريق الجريمة حتى وإن لم يقع القضاء بإدانة مرتكبها لسقوط الدعوى بمرور الزمن مثلا.

74. — أضف إلى هذا أن القول بملاءمة القرار الجزائي للحقيقة مردود هو أيضا ذلك أن إمكانية الأخطاء القضائية واردة حتى بالنسبة إلى الأحكام الجزائية التي تعتمد الوسائل

(109) انظر في القانون الفرنسي: Roger Merle et André Vitu, op.cit., T. II, p. 72 ; Crim. 19 sep. 1871, Bull. 114 ; 19 Janv. 1877, Bull. 17 ; 4 Mai 1889, Bull. 170.

المذكورة أعلاه. ولا أدل على ذلك من تقرير المشرع نفسه لإجراءات إعادة النظر في مجلة الإجراءات الجزائية والتي تهدف فيها تهدف إلى تفادي الأخطاء القضائية⁽¹¹⁰⁾.

وهكذا فإنه يمكن للقاضي المدني مثلا أن يرتب المنع بناء على ما يعرض عليه من عناصر تجعله يتحقق من وجود الجريمة بالوصف الذي يشترطه الفصل 88 حيال وارث الضحية. بعبارة أخرى يمكن تثبيت الجريمة بوسائل أخرى غير القضاء الإدانة.

75. — وزيادة على كل ما تقدم فإن القول بضرورة وجود قضاء بالإدانة لترتيب المنع هو إضافة لشرط لم يذكره المشرع والحال أنه من المفروض أن يؤول نص يكتسي طابعا عقابيا كالفصل 88 بصورة ضيقة.

وفي فرنسا يبدو أن حجة وجوب تأويل النص العقابي (النص الوارد بالمجلة المدنية لإمارة موناكو⁽¹¹¹⁾ مماثل للقانون التونسي في هذه النقطة) تأويلا ضيقا كانت وراء ما قرره المحكمة الابتدائية بـ"موناكو" في حكمها المؤرخ في 3 جويلية 1980⁽¹¹²⁾. وتفيد وقائع هذا الحكم بأن زوجا عمدا إلى الانتحار مباشرة بعد قتله لزوجته. وهكذا فإنه لم يعد بالإمكان مقاضاته جزائيا من أجل افتراض هذه الجريمة. وبالرغم من هذا صرحت المحكمة بمنعه من الإرث تطبيقا لمقتضيات الفصل 610 من المجلة المذكورة أعلاه والذي يكتفي بالتنصيص على حرمان من تعمد قتل مورثه من التمتع بتركته. وهكذا فإنه، وبالرغم من موت الزوج بعد زوجته، فإن الزوج لن يورث قريبه أموال الهالكة ضرورة أنه لم يرثها أصلا لأنه ممنوع من ذلك. بل إن أموال الزوجة تنقل، كما تقول المحكمة، إلى أقربائها.

76. — ولقد أثار شرط القضاء بالإدانة العديد من الانتقادات في القانون الفرنسي ذلك أن الفصل 727 من المجلة المدنية يقول بمنع من وقعت إدانته من أجل قتله عمدا لمورثه. وهكذا فإنه يشترط، وبوضوح وزيادة على الجريمة، القضاء بالإدانة. هذا يعني أنه في صورة استحالة هذا القضاء لسقوط الدعوى العمومية، فإنه لا يمنع من الميراث⁽¹¹³⁾. هذه النتيجة تؤدي

(110) يعد العفو أيضا وسيلة لتفادي الأخطاء القضائية.

(111) حول هذا النص انظر: R. Beudont et P. L. Pigeonnière, op. cit., p. 796 s.

(112) Tribunal de Première Instance de Monaco, 3 Juillet 1980, Inédit, Cité par Jean

Patarin : Rev. Trim. de dt. civ., 1983, p. 766

(113) Ambroise Colin et Henri Capitant, op. cit., p. 518 ; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil.

Les successions et les libéralités, Sirey, Paris, 1983, p. 27 ; Henri, Léon et Jean Mazeaud, op. cit., p. 54.

"بتأثير عوامل أجنبية عن الفعلة نفسها إلى استحقاق الممنوع للإرث أو في صورة وفاته إلى نقل التركة إلى ورثته. وفي هذا فراغ آخر في النظام القانوني للمنع لأنه من غير العادي أن يرث القاتل ضحيته وينقل بعد ذلك تركته إلى ورثته الشخصيين"⁽¹¹⁴⁾.

ويصف "جون باتاران" الحل الوارد بالمجلة المدنية بأنه لا أخلاقي، فيقول: "إن اشتراط المجلة المدنية لإدانة صرح بما ضد القاتل يحد بطريقة مبالغ فيها من نطاق تطبيق موانع الإرث. فحتى إذا تعلق الأمر بقتل بدافع الشفقة وبطلب من الضحية، فإنه من مخالفة الأخلاق أن يرث الفاعل شخصا أو ورثته بواسطته"⁽¹¹⁵⁾.

77. — ولقد تبنت محكمة التعقيب الفرنسية أخيرا هذا الموقف الثاني، فقالت — ضمينا — في قرار لها بمنع القاتل، الذي اعتدى على حياة مورثه ثم انتحر مباشرة بعد ذلك، من الميراث⁽¹¹⁶⁾.

78. — وأيا كان الأمر فإن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يكتفي بالتنصيص على أن القتل العمد من موانع الإرث. فينتج من ترتيب مقتضياته سواء تم القضاء بإدانة الوارث جزائيا من أجل اقترافه لهذه الفعلة أم استحالة ذلك.

ونفس الحل ينطبق على السبب الثاني الصريح للمنع من الميراث. فلا يهم إن كان قد تم إدانة شاهد الزور من أجل تعمده إخفاء الحقيقة أم لم يتم ذلك لسبب أو لآخر. فالقضاء بالإدانة — في هذه الصورة أيضا — يعد أحسن وسيلة لذلك لكنه ليس بالوسيلة الوحيدة. فالفصل 88 ينص على منع الوارث من التمتع بآثار جريمة سواء تعمد قتل مورثه أو شهد ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

المبحث الثاني: الشهادة زورا

79. — تعد الشهادة زورا ثاني أسباب المنع من الميراث الواردة صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. ولا ينفرد التشريع التونسي بهذا الحل إذ أن منع الوارث لأجل هذا السبب قد ورد ببعض التشريعات الغربية والعربية.

80. — ومن بين التشريعات الغربية يمكن ذكر القانون الفرنسي. فالفقرة الثانية من الفصل 727 من المجلة المدنية تنص على منع "من قام ضد المالك باتهام خطير قضي بأنه

⁽¹¹⁴⁾ Marc Donnier, op.cit., p. 4.

⁽¹¹⁵⁾ J. Patarin, Successions et libéralités, Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 767.

⁽¹¹⁶⁾ Cass civ. 18 Dec. 1984, Bull. civ. I, n° 340, p. 290 ; Défernois 1985, p. 867, Obs. Champenois.

باطل"⁽¹¹⁷⁾. وفي تأويلهم لهذا النص أجمع الفقهاء الفرنسيون على أن عبارة الاتهام الخطير تحوي الشهادة زورا⁽¹¹⁸⁾، وأكدوا على أن النص يشترط الجريمة والقضاء بالإدانة من أجل ارتكابها⁽¹¹⁹⁾، كما لاحظوا بأن هذا النص وقع نسخه ضمنيا بإلغاء عقوبة الإعدام بمقتضى قانون 9 أكتوبر 1981⁽¹²⁰⁾ ومن ثم فقد مبررات وجوده بما أن الاتهام الخطير لا يمكن أن يتعلق إلا بجريمة يعاقب عليها القانون بالإعدام.

81. — وتختلف تشاريع بعض البلدان العربية عن القانون الفرنسي في أنها ذكرت الشهادة زورا كسبب صريح للمنع ولم تشترط قضاء بالإدانة لترتيب هذا الاثر عن الجريمة، إضافة إلى أن عقوبة الإعدام لم تلغ في هذه البلدان. فعلى سبيل المثال نصت المادة 5 من قانون المواريث المصري المؤرخ في 6 أوت 1943 على منع شاهد الزور من إرث ضحيته "[...] إذا أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه". ولقد ورد بالمذكرة التفسيرية المرفقة بهذا القانون ما يلي: خولف مذهب الحنيفة وأخذ بمذهب مالك فيما يأتي: "[...] في القتل بالتسبب فصار القتل (مانعا للإرث) سواء باشر القاتل القتل أم كان شريكا فيه أم تسبب فيه [...] ويدخل في القتل بالتسبب الأمر والبدال والمعرض والمشارك والريئة وواضع السم وشاهد الزور الذي بني على شهادته الحكم بالإعدام وتنفيذه"⁽¹²¹⁾.

أما المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري فتحيل فيما يخص هذا السبب المانع للميراث على المادة 223 من نفس القانون التي تقول: "يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة : -أ- قتل الموصى له للوصي قصدا [...] ب - تسببه في قتل الموصي. ويعتبر من التسبب شهادته عليه زورا إذا أدت إلى قتله".

وبهذا الحل يكون المشرع المصري - كما ورد بالمذكرة التفسيرية - والمشرع السوري قد تبنا الموقف المالكي ، إذ أن القتل بالتسبب أو القتل غير المباشر لا يمنع من الميراث عند الأحناف، كما أن الشافعية تعتبر - على النحو الذي بيناه - أن مناط الحرمان هو القتل على أي وجه أو وصف، فإذا شهد وارث ضد مورثه شهادة أدت إلى إعدامه منع من إرثه

⁽¹¹⁷⁾ Art. 727 : "[...] 2° : celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse".

⁽¹¹⁸⁾ انظر : Aubry et Rau, op. cit., p. 418 ; Ripert et Boulanger, op. cit., p. 503 ; G. Marty et

P. Raynaud, op. cit., p. 27 ; Encyclopédie Dalloz. Droit Civil. V. 1955, p. 132.

⁽¹¹⁹⁾ انظر : Beudant et Pigeonnière, op. cit., p. 398 ; Marty et Raynaud, op. cit., p. 28.

Dalloz. Nouveau répertoire de droit civil. IV. 1965. p. 60.

⁽¹²⁰⁾ انظر : Marc Donnier, op. cit., p. 5.

⁽¹²¹⁾ عمر عبد الله، م س، ص 381 وما بعدها.

سواء كانت شهادته بالحق أم زورا⁽¹²²⁾. ويوافق الحنابلة المالكية في هذا الحكم فيمنعون شاهد الزور من الإرث، ذلك أن هذه الفعلة تعد قتلًا بالتسبب موجب للدية، ومناطق المنع عندهم - كما رأينا - العقوبة البدنية أو المالية.

82. - وما ذكر بخصوص القانون المصري أو السوري يصح قوله بالنسبة للقانون التونسي. فالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لا يشترط قضاء بإدانة الوارث جزائيا لترتيب المنع من الميراث عن فعلته، هذا القضاء الذي يعد - على غرار ما ذكرناه بالنسبة إلى القتل العمد - وسيلة كافية لتثبيت الفعلة وللمنع من الميراث، لكنه ليس بالوسيلة الوحيدة في هذا المجال.

83. - كما أن الشهادة زورا تعد من أبرز مظاهر تأثر القانوني التونسي بالمذهب المالكي فيما يخص الأسباب الصريحة للمنع. ويتجلى هذا التأثير على صعيدين: صياغة النص وترتيب المنع عن هذه الفعلة الإجرامية:

فعلى صعيد صياغة النص تقول الفقرة الأولى من الفصل 88 إن: "القتل العمد من موانع الإرث [...]". وتضيف الفقرة الثانية - وهي فقرة تفسيرية للأولى -: "[...] فلا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور [...]". فالقاتل يمكن أن يكون - كما تدل على ذلك لفظة "سواء" - فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور. فليست الشهادة بالزور إذن إلا نوعا من أنواع القتل حسب الفصل 88. لكن المعلوم أنّها - وبمقتضى القانون الجزائري الذي استقي من مصادر أخرى - جريمة مستقلة بذاتها. وفي هذا دليل على تأثر المشرع التونسي عند صياغته لهذا الفصل 88 بأحكام المذهب المالكي.

ويؤكد هذه الملاحظة ما ورد بالفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية والذي كانت عباراته صريحة في اعتبار الشهادة زورا من قبيل القتل بالتسبب، فيقول هذا النص: "الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة تمنع بقتل الموصى له للموصي عمد أو تسببه في قتله سواء بصفة فاعل أصلي أو شريك أو مشارك أو كان شاهد زور [...]".

كما يبرز تأثر المشرع بالمذهب المالكي على صعيد ترتيب المنع من الميراث عن الشهادة زورا. فيعاقب الفصل 88 هذا التصرف الخطير للوارث الذي لا يعمد إلى قتل مورثه مباشرة - كما هو الحال بالنسبة إلى السبب الأول الصريح للمنع - بل يستعمل وسيلة أكثر دهاء بالوصول إلى نفس الغاية بطريقة غير مباشرة وذلك بإيقاع العدالة في خطأ قضائي وجعلها مطية لبلوغ مراده. وفي هذا المعنى يقول بعض الفقهاء الفرنسيين: "للحصول على تركة هناك وسيلة أكثر

(122) انظر: زكريا البري، الوسيط في أحكام التركات والموارث، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 1970، ص 58 وما بعدها؛ محمد مصطفى شلبي، م س، ص 75.

ميكيافيلية من قتل القريب المراد الحصول على أمواله وهي التسبب ظلما في الحكم بإعدامه. وتسهّل فترات الاضطرابات أثناء الثورات والمحاکمات السياسية ارتكاب مثل هذه الجرائم⁽¹²³⁾.

84. — ولهذا السبب رتب الفصل 88 عن شهادة الوارث بالزور المنع من الميراث. فيشترط اقتراف الوارث لهذه الجريمة وتحقيق فعلته للنتيجة التي رجاها. فلا يكفي إذن أن تتوفر الجريمة (الفقرة الأولى) بل لا بد من أن تؤدي إلى نتيجة محددة هي الحكم بالإعدام بل وتنفيذه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجريمة

85. — نص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على منع مقترف جريمة الشهادة زورا من الميراث. فيجب إذن تحديد مرتكب هذه الفعلة والبحث في الشروط الواجب توفرها حياله في مرحلة أولى ودراسة العناصر الواجب توفرها في تصريحاته لتكوّن الجريمة المانعة للميراث في مرحلة ثانية. بعبارة أخرى: يجب البحث في الشروط المتعلقة بالشاهد (أ) وفي تلك المتعلقة بالشهادة (ب).

(أ) الشروط المتعلقة بالشاهد

86. — ينص الفصل 241 من المجلة الجنائية على أن "كل من تعمد إخفاء الحقيقة سواء كان ذلك في مضرّة أو مصلحة المتهم يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي هي موضوع النازلة [...]".

وهذا النص يعاقب كل من أخفى الحقيقة. لكن ما يعيننا نحن ليس كل من أخفى الحقيقة بل من أخفاها على معنى الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية، أي ما يعيننا هو تحديد الشاهد الذي قصده هذا الفصل وعاقبه بالمنع. فإذا قمنا بهذا العمل التحديدي، بقيت أمامنا مشكلة الصعوبات التي تنتج عن تطبيق مقتضيات الفصل المذكور وذلك بالنسبة إلى من يجبر أو يحمل غيره على الشهادة زورا ضد مورثه.

1/ تحديد الشاهد

87. — يمكن القول إن الفصل 88 عنى الوارث الذي يصرح في قضية تتعلق بمورثه بمعرفته لوقائع بلغت علمه.

والمشكل هنا أن الشاهد الوارث هو بالضرورة زوج أو قريب للمتهم الواقع مقاضاته، أي في النهاية شخص لا يمكن قبول شهادته من طرف المحكمة. فالفصل 160 من مجلة الإجراءات الجزائية ينص على أن "الأشخاص المشار إليهم بالفصل 63 يمكن سماعهم بالجلسة على سبيل الاسترشاد بدون أن يؤديوا اليمين ما لم يعارض في ذلك ممثل النيابة العمومية أو المتهم".

وينص الفصل 63 على أنه يمكن سماع "[...] الأشخاص الذين لا يمكن قبول شهادتهم تطبيقا لمجلة المرافعات المدنية والتجارية [...]".

ويجملنا هذا النص على الفصل 96 الذي يقول إن "التجريح في الشهود يكون بما يأتي: [...] سابعاً: القرابة غير المتناهية بالنسبة للأصول والفروع وإلى درجة السادسة بالنسبة للحواشي. ثامناً: المصاهرة إلى الدرجة الرابعة [...]".

ومن جملة هذه النصوص التي يحيل الواحد منها على الآخر يمكن القول مبدئياً إنه لا يمكن لوارث أن يكون شاهداً في قضية يحاكم فيها مورثه إذ أنه لا يؤدي اليمين الواردة بالفصل 64 من مجلة الإجراءات الجزائية بالنسبة إلى الشاهد وليس لأقواله قيمة الشهادة بل يستمع إليه على سبيل الاسترشاد فقط. فإذا جانبت أقواله الحقيقة، فإنه لا يمكن مقاضاته على أساس الفصل 241 وما بعده من المجلة الجنائية والذي لا يعاقب إلا شاهد الزور، أي الشخص الذي وقع سماع أقواله على أنها شهادة وأدى اليمين لهذا الغرض.

كل ما سبق يعني أنه لا يمكن تطبيق جزء الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية المتعلق بالشاهد زورا. فالوارث لا يمكن أن يكون شاهداً فضلاً عن أن يكون شاهد زور.

88. — لكن من يبحث في فقه القضاء المتعلق بالشهادة زورا يمكنه أن يأتي بقول مختلف للذي جاء للتو. فمن يعود إلى محكمة التعقيب يجدها تقول إن تأدية الوارث لليمين يمكن أن

يجعله محلا للتبعات الجزائية من أجل الشهادة زورا لأن القدر في الشاهد لا يهمل النظام العام. بعبارة أدق جاء في قرار محكمة التعقيب المؤرخ في 3 أبريل 1974 أنه "لا يجوز للطاعن أن يطعن أمام التعقيب لأول مرة بالقدر في شاهد لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع"⁽¹²⁴⁾. وهكذا فإنه يمكن أن تتخذ تصريحات وارث قيمة الشهادة إذا لم تعترض النيابة أو المتهم عليها وأن يؤدي هذا الوارث اليمين القانونية بوصفه شاهدا. فإذا تعمد هذا القريب أو هذا الزوج للمتهم الإدلاء بأقوال كاذبة بعد أداء هذه اليمين، أمكن تتبعه جزائيا من أجل الشهادة زورا. صحيح أن شهادته قابلة للتجريح، ولكن تعمد الكذب يجعله واقعا تحت طائلة الفصل 241 من المجلة الجنائية الذي ينص على عقاب "كل من تعمد إخفاء الحقيقة [...]".

89. — وفي القانون الفرنسي قال "إميل قارسون": "إن الإجراءات الجزائية ليست باطلة إذا أدى هؤلاء الأشخاص اليمين بدون اعتراض. ويمكنهم رفضها. لكن تأديتهم لها يجعلهم مستهدفين للعقاب المقرر للشهادة زورا"⁽¹²⁵⁾.

90. — ونفس الكلام نجده في قرار لمحكمة التعقيب التونسية مؤرخ في 4 جوان 1969. في هذا القرار تقول المحكمة: "كل شاهد في نازلة جنائية يتعمد تغيير الحقيقة ولو كان مقدوحا في شهادته قانونا لا يعفى من العقاب تطبيقا للفصل 241 من القانون الجنائي إذ أن هذا النص القانوني فرض عقاب شاهد الزور متى تحققت سوء نيته"⁽¹²⁶⁾ [...].

وهكذا فإن الوارث يمكن أن يكون شاهدا في قضية يقع بمقتضاها تتبع مورثه ومن ثم يمكن أن تكون تصريحاته بمثابة الشهادة زورا التي يرتب عليها الفصل 88 المنع من الميراث.

91. — والحل نفسه ينطبق حتى إذا لم يسبق أقوال الوارث الكاذب أداء اليمين. هذا ما قاله الفقه الفرنسي الذي أكد على أنه "يمكن للقضاة الحكم بالإدانة من أجل الشهادة زورا دون الالتفاف إلى أن التصريحات التي وقع تجريمها قد وقع الإدلاء بها بعد أداء اليمين"⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁴⁾ تعقيبي جزائي، مؤرخ في 3 أبريل 1974، نشرة محكمة التعقيب، ج 1، ص 140.

⁽¹²⁵⁾ Emile Garçon, Code pénal annoté II. 2^e éd., n° 28, p. 412.

⁽¹²⁶⁾ تعقيبي جنائي عدد 5933، مؤرخ في 4 جوان 1969، نشرة محكمة التعقيب، ص 159.

⁽¹²⁷⁾ Robert Vouin et M. L. Rassat, op. cit., p. 534.

هذا فيما يخص الوارث الذي يشهد شخصيا في قضية كان المتهم فيها مورثا له. فهل أن هذا الحل يصح في حق الوارث الذي أجبر أو حمل الغير على الشهادة زورا؟

2/ مشكل إجبار أو حمل الغير على الشهادة زورا

92. — ينص الفصل 242 من المجلة الجنائية على عقاب شاهد الزور بالرغم من تراجعته عن الشهادة إن كان الباعث عليها عطايا أو مواعيد. فيمكننا والحالة هذه تصور أن مآني هذه العطايا والمواعيد وارثا للمتهم. كما يمكننا تصور اعتماد الوارث على التهديد لإجبار شاهد معين على تغيير الحقيقة في قضية يقع بمقتضاها محاكمة مورثة. فهل يعاقب هذا الوارث جزائيا؟ ثم هل يمنع من إرث من ارتكبت في حقه هذه الفعلة؟

93. — إذا كانت الإجابة عن الجزء الأول من السؤال لا تطرح أي إشكال لأن الفصل 244 من المجلة الجنائية قد تعرض صراحة إلى "الإنسان الذي يحمل أو يجبر شاهدا على الشهادة بالزور [...]، فإن منع هذا الشخص من الإرث إن حدث وكان المتهم الضحية مورثا له يثير العديد من الصعوبات.

94. — ويمكن أن نتخذ حيال هذه الصعوبات موقفين متعارضين وذلك بالرجوع إلى التعريف القانوني للشاهد إذا قلنا بعدم حرمان هذا الوارث من إرث من ارتكبت في حقه الفعلة أو إلى أسس المنع إذا قلنا بالرأي المخالف. وفعلا فإن تأويل النصوص القانونية المتعلقة بالشهادة يؤدي بنا إلى اتخاذ الموقف الأول. فالفصل 244 من المجلة الجنائية ينص على أن الحامل والمجبر للغير على الشهادة زورا [...] يعاقب بالعقوبات المقررة للشهادة زورا". وهذا النص يكتفي باستعارة العقوبة المستوجبة للشهادة الشخصية بالزور لكنه لا يعرف مرتكب الجريمة بالشاهد، هذا التعريف الذي يمكن ان نستخلصه من الفصل 241 القائل بعقاب "كل من تعمد إخفاء الحقيقة [...]". والوارث هنا لا يرتكب هذه الفعلة بل يهدد غيره أو يغريه بعطايا أو مواعيد لاقترافها. فالجريمة التي يقوم بها الوارث ليست الشهادة زورا كما يتبين من أحكام الفصلين المذكورين أعلاه. بل إن فعلته لا تعد شهادة أمام أحد ذلك أن الشهادة تفترض المثل أمام المحكمة (أو على الأقل تفترض القيام بها أمام أحد القضاة المكلفين ببحث تكميلي). فإذا ثبتت مخالفتها للحقيقة، أمكن اعتبارها شهادة بالزور.

فكما أنه لا يمكن معاقبة شخص من أجل اقترافه لهذه الفعلة بناء على رواية كاذبة اختلقها عن الواقعة ونقلها شاهد طالما أن الراوي لم يصرح بها بنفسه أمام المحكمة التي لم يمثل أمامها لا بوصفه شاهدا ولا بأي صفة أخرى حتى وإن ثبت تعمد الكذب، فإنه لا يمكن —

للسبب نفسه - اعتبار التعليمات التي يعطيها الوارث إلى الشاهد في جريمة اتهم مورثه بارتكابها من قبيل الشهادة ومن باب أولى من قبيل شهادة بالزور وإن كانت هذه التعليمات متضمنة بالضرورة إخفاء للحقيقة. وفي هذه الحالة ينبغي الاكتفاء بالعقاب الجزائي للوارث، ولا يمكن ترتيب مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. فالنص يكتسي طابع العقاب مما يدعو إلى تأويله بصفة ضيقة وعدم التوسع فيه ليشمل - زيادة على الشاهد بالزور - من يحمل الغير أو يجبره على مثل هذه الشهادة.

95. - لكن متانة هذا الرأي لا تعني أنه فوق النقد. فهو يمكن شخصا - كان له تجاه مورثه ولو بصفة غير مباشرة تصرفا إجراميا خطيرا يعاقب عليه القانون الجزائي بأقصى العقوبات البدنية - من أن يتمتع رغم ذلك بثمار جرمته. ودراسة أساس المنع ومن ثم نية المشرع عند تنصيبه على الأسباب الصريحة للمنع تمكن من تفادي هذه النتيجة وتبني الحل القائل بالمنع من الإرث في هذه الحالة. فالفصل 88 يعاقب الفعلة الإجرامية التي عمد بمقتضاها الوارث إلى الوصول لهلاك مورثه وإلى افتتاح التركة قبل أوانها. وهكذا فإن القتل العمد مانع للإرث وكذلك الشهادة الشخصية للوارث بالزور أو سعيه إليها عن طريق شخص آخر. فالغاية من إقرار المنع متوفرة سواء كان دهاء الوارث قد جعله يشهد زورا ضد مورثه أو بلغ هذا الدهاء من الحدة والخطورة بحيث جعله يسعى إلى تحقيق النتيجة نفسها عن طريق شخص آخر. فإن كان المنع يهيم الصورة الأولى، فمن باب أولى أن يشمل الصورة الثانية.

وأيا كان الأمر لابد من توفر بعض الشروط لتعتبر فعلة الوارث شهادة بالزور يترتب عنها المنع من الميراث.

ب) الشروط المتعلقة بالشهادة

96. — ينص الفصل 241 من المجلة الجنائية على عقاب "كل من تعمد إخفاء الحقيقة [...]". فلكي يكون هناك منع من الإرث مؤسس على الشهادة زورا لابد من أن يكون الوارث قد أخفى الحقيقة وأن يكون قد تعمد ذلك. بعبارة أخرى لابد من توفر ركن مادي وركن معنوي ليكون ثم شهادة بالزور ولتأسيس المنع عليها.

1/ الركن المادي

97. — لتوفر الشهادة زورا يجب أن تكون تصريحات وأقوال الشاهد متضمنة لإخفاء للحقيقة حول الجريمة موضوع التهمة.

وفي القانون الفرنسي قيل إن تقديرات الشاهد الشخصية لا تعد من قبيل الشهادة زورا⁽¹²⁸⁾. فهي لا تتعلق بوقائع مادية بل بحكم شخصي على القاضي التثبت من صحته. فإذا صدرت هذه التقديرات عن وارث للمتهم، فإنه لا منع من الميراث أيا كان اتجاهها لأنه لا جريمة أصلا.

98. — وإذا كانت هذه الصورة لا تثير إشكالا خاصا لأن الأمر يتعلق بمجرد تقدير شخصي، فإن التصريحات التي تتضمن إخفاء للحقيقة والتي تمم موضوع التهمة أو تؤثر على اتجاه الحكم فيها تطرح العديد من الصعوبات على صعيد المنع من الميراث. فالفصل 241 ينص على عقاب كل تعمد لإخفاء الحقيقة "[...] سواء كان ذلك في مضرّة أو مصلحة المتهم". أما الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية فيشترط شهادة بالزور مؤدية إلى الحكم بإعدام المورث. هذا يعني أننا أمام شهادة ليست في صالح المورث.

99. — وتصريحات الوارث هذه والتي يتعمد بمقتضاها إخفاء الحقيقة تعد شهادة بالزور مانعة للميراث سواء تعلقت بوقائع هامة أو ثانوية بالنسبة إلى الفعلة موضوع التهمة. فالمهم في كل هذا أن تكون الشهادة متضمنة لتغيير الحقيقة ومؤدية إلى الحكم بالإعدام. بل إنه يمكن معاقبة الوارث من أجل الشهادة زورا ومنعه من ثم من الميراث حتى وإن لم تتعلق

(128) Robert Vouin et M.L. Rassat, op. cit., p. 536.

تصريحاته الكاذبة بالفعل موضوع التهمة أصلا إذا كان من شأنها أن تعطي المحكمة انطبعا سيئا عن المتهم وأن تجعلها تقتنع بإمكانية ارتكابه للفعل الواقع تتبعه لأجلها. وفي القضاء الفرنسي قيل إن الشاهد الذي يصرح - في قضية اتهم فيها شخص بارتكابه جريمة الاغتصاب - بأنه لا يعرف شيئا عن الفعل موضوع التهمة، لكنه يضيف كذبا بأنه شاهد المتهم بصدد اغتصاب فتاة أخرى في مناسبة مختلفة يكون مستهدفا للعقاب الجزائي من أجل الشهادة وزرا⁽¹²⁹⁾. هذا يؤدي على الصعيد المدني إلى منع هذا الشاهد من الميراث إذا توفرت بقية الشروط.

100. — ويمكن أيضا أن يترتب المنع من الميراث لوجود الجريمة المؤدية إليه حتى في صورة رفض الوارث الإجابة عن كل أو بعض الأسئلة الموجهة إليه من قبل المحكمة. فالرفض المطلق أو الجزئي يعد شهادة بالزور إذا تضمن إخفاء للحقيقة. وهكذا إذا رفض الوارث إعطاء بعض الإيضاحات التي من شأنها تبرئة ساحة مورثه - كأن يلتزم الصمت عندما تسأله المحكمة عن مكان وجود هذا الأخير ساعة ارتكاب الجريمة وهو يعلم علم اليقين بأن الشخص موضوع السؤال كان بعيدا وقتها عن مكان الواقعة - فإنه يعد شاهدا بالزور أدت شهادته أو بالأحرى إخفاؤه للحقيقة إلى الحكم بإدانته مورثه. ونفس الحل ينطبق بالنسبة إلى الوارث الذي يكتفي بالإدلاء بتصريحات سلبية بإنكار علمه بالوقائع التي طلب منه ذكرها والحال أنه قد شهدها مثلا. في كل هذه الصور توفّر الركن المادي الذي يشترطه القانون لقيام جريمة الشهادة زورا. كذا الشأن مع الركن المعنوي والذي سنفصل فيه الآن أكثر من خلال عنوان خاص به.

2/ الركن المعنوي

101. — يمكن أن نتصور شهادة مجانية للحقيقة ولكنها صادرة عن شاهد حسن النية كانت قد خائنته الذاكرة أو اختلطت عليه الوقائع إلى غير ذلك من الأسباب التي لا تمس من استقامته ولا تجعل من نزاهته موضع شك. وهكذا فإنه لا يمنع من الميراث إن حدث وكان هذا الشاهد وارثا للمتهم إذ لا جريمة أصلا حتى وإن كانت تصريحاته قد أثرت على اتجاه الحكم وأدت إلى قضاء بإدانته المورث. فبالرغم من خطورة هذا الشاهد ومن احتمالات الأخطاء القضائية الناجمة عن تصريحاته، فإنه لا يعد

⁽¹²⁹⁾ Cass.1^{er} Juillet 1808, Cité par Emile Garçon, op. cit., p. 414.

شاهدا بالزور. والفصل 241 المجلة الجنائية يعاقب "كل من تعمد إخفاء الحقيقة [...]". هذا يعني أن الشهادة زورا جريمة قصدية لا بد من توفر سوء النية حيال مرتكبها⁽¹³⁰⁾. وفي القانون الفرنسي قال "إميل قارسون": "إن القانون لا يعاقب الشاهد الذي يرتكب خطأ لكن من كذب عمدا وخالف من ثم اليمين التي أداها لقول الحقيقة"⁽¹³¹⁾.

102. — وتبغى ملاحظة أن لا دخل للأسباب التي جعلت الشاهد يخفي الحقيقة. فلا اعتبار للدافع على ارتكاب الجريمة لترتيب العقاب الجزائي سواء كان دنيئا أم نبیلا. ويكون الدافع دنيئا مثلا في صورة تعمد الشاهد الكذب للتفصي من التبعات المحتملة ضده. في هذا الصدد تقول محكمة التعقيب الفرنسية: "إن القانون لا يفرق بين التصريحات الخاطئة بغية الدفاع عن النفس والشهادة بالزور [...] فلا تعذر الشهادة بالزور بعله أن الشاهد لم يكن بإمكانه قول الحقيقة دون أن يتعرض إلى ضرر جسيم يمس بحريته أو بشرفه ولا يمكن تفاديه"⁽¹³²⁾. ويكون الدافع نبیلا مثلا في صورة ما إذا كان الشاهد قد اعتقد أن المتهم برئ فعمد إلى إخفاء بعض الحقائق لضمان عدم عقابه.

103. — والعقاب الجزائي مستوجب في كلتا الحالتين إذ فيهما تعمد لإخفاء الحقيقة. إلا أن المنع من الميراث لا يترتب عن الصورة الثانية ذلك أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يشترط أن تؤدي الشهادة بالزور إلى نتيجة معينة هي الحكم بالإعدام وتنفيذه.

الفقرة الثانية: نتيجة الجريمة

104. — يمنع المشرع من الإرث من بلغت شهادته بالزور أقصى نتائجها. فلا يكفي أن تؤثر على اتجاه الحكم ضد المشهود عليه، بل لا بد أيضا من أن ينقذ هذا الحكم. بعبارة أخرى يمنع الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية شاهد الزور من الميراث " [...] إذا أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه".

⁽¹³⁰⁾ تعقيبي جنائي عدد 5933، مؤرخ في 4 جوان 1969 (سبق ذكره).

⁽¹³¹⁾ Emile garçon, op. cit., p. 416.

انظر أيضا : J. Larguier et A. M Larguier, Droit pénal spécial, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1979, p. 67.

⁽¹³²⁾ Crim., 11 Avril 1964, Bull. Crim., 112.

(أ) الحكم بالإعدام

105. — إن الشهادة بالزور المؤدية للحكم بالإعدام لا تقترف إلا أمام محكمة القضاء. وعليه فالشهادة الواقعة أمام مأمور الضابطة العدلية أو حاكم التحقيق لا تستوجب العقاب الجزائي المقرر للشهادة زورا حتى وإن تضمنت إخفاء للحقيقة وسبقها أداء اليمين إذ أن الفصل 241 من المجلة الجنائية يتحدث عن تصريحات تخص جريمة موضوع نازلة. أضف إلى هذا أن مثل هذه الأقوال لا تؤدي مبدئيا إلى الحكم بالإعدام إلا إذا طلبت محكمة القضاء الاستماع إلى صاحبها وتمسك هذا أمامها بتصريحاته أو إذا اعتمدت أقواله على أساس أنها شهادة دون إعادة استدعائه. وفي كلتا الحالتين تعد التصريحات الكاذبة بمثابة شهادة وقعت أمام المحكمة.

106. — ولا اعتبار لطبيعة المحكمة (التي شهد أمامها الوارث زورا ضد مورثه والتي يمكن أن تكون محكمة حق عام أو محكمة استثنائية) لتقرير العقاب الجزائي ولترتيب المنع من الميراث. لكن من الواجب أن يكون موضوع التهمة الذي تنظر فيه هذه المحكمة معاقب عليه بالإعدام وأن لا يكون الوارث قد تراجع أمامها في شهادته. لذا سنحاول في نقطة أولى تحديد الجرائم التي تمنع فيها الشهادة زورا من الإرث، لندرس في نقطة ثانية الرجوع في الشهادة.

1/ تحديد الجرائم التي تمنع الشهادة فيها بالزور من الإرث

107. — ضبط الفصل 55 من المجلة الجنائية العقوبات المستوجبة لكل عمل إجرامي. إلا أنه يجب أن تكون تصريحات الوارث المتضمنة لإخفاء الحقيقة واقعة بمناسبة جريمة أتم مورثه باقترافها ومستوجبة لعقوبة القتل المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل المذكور أو الإعدام كما يسميها الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. فلا منع من الميراث إذن إن كانت شهادة الوارث بالزور قد تعلقت بجريمة مستوجبة لعقوبة أخرى. وهكذا فإن النص لا ينطبق على عمل الوارث الإجرامي الذي اقترفه في حق مورثه في جريمة لا توجب العقوبة المذكورة حتى وإن كان من شأن أقواله الكاذبة أن تؤدي أو قد أدت بالفعل إلى أخطاء قضائية ومن ثم إلى عقاب البريء عقابا ماسا بماله أو بشرفه أو بحريته. فالمشرع هنا لا يرتب المنع من الإرث إلا إذا كان موضوع التهمة من شأنه أن يؤدي إلى افتتاح التركة بالحكم بإعدام المورث.

108. — لكن ما هي الجرائم التي يقرر المشرع التونسي لمرتكبها هذه العقوبة والتي تؤدي شهادة الوارث فيها بالزور إلى حرمانه من الميراث؟

بالرجوع إلى المجلة الجنائية يتبين لنا أن اثني عشر فصلا تحدثت عن الحكم بالإعدام. وانطلاقاً من هذه الفصول يمكن تقسيم الجرائم الموجبة لهذه العقوبة إلى ثلاثة أقسام هي على التوالي: الجرائم السياسية، وجرائم الاعتداء على حياة الأشخاص، وجرائم الاعتداء على الشرف.

109. — فبالنسبة إلى القسم الأول⁽¹³³⁾ يمنع من الإرث من شهد زورا في جريمة اتهم فيها مورثه بالاعتداء على أمن الدولة الخارجي. وعليه يمكن تطبيق مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على الوارث الذي تعمد إخفاء الحقيقة في قضية يقع بمقتضاها تتبع مورثه بتهمة الخيانة على معنى الفصلين 60 و60 مكرر أو التجسس تطبيقاً للفصل 60 مكرر ثانياً من المجلة الجنائية. والحل نفسه ينطبق إذا كانت الجريمة موضوع التهمة متعلقة بالاعتداء على أمن الدولة الداخلي. فيمنع من الإرث من شهد زورا ضد مورثه الذي وقع تتبعه من أجل: جريمة الاعتداء على حياة رئيس الجمهورية (الفصل 63).

أو جريمة "تبديل هيئة الدولة أو حمل السكان على مهاجمة بعضهم بالسلاح أو إثارة المهرج والقتل والسلب بالتراب التونسي" (الفصل 72).

وكذلك الحال إذا اتهم المورث بجمع أو ترؤس أو إمداد جموع بأسلحة "[...] بقصد نهب أموال الدولة أو أموال أفراد الناس أو الاستيلاء على عقارات أو منقولات أو إفسادها وكذلك محاربة أو مجرد ممانعة القوة العامة حال مقاومتها لمرتكبي هذه الاعتداءات (الفصل 74)، أو وقع اتهامه باستعمال مادة انفجارية لخرق أو هدم "[...] أبنية أو مخازن الذخائر العسكرية أو غيرها من أملاك الدولة" (الفصل 76).

فشهادة الوارث ضد مورثه الذي تجرئ مقاضاته بتهمة ارتكاب هذه الجرائم قد تؤدي إلى منع الأول من ميراث الثاني. ولقد رأينا من يؤكد على أن فترة الاضطرابات السياسية التي تؤدي إلى محاكمات من هذا النوع تسهل فرص الشهادة بالزور⁽¹³⁴⁾.

110. — أما القسم الثاني من الجرائم التي قد تمنع الشهادة فيها زورا من الإرث فتهم الاعتداء على حياة الأشخاص.

(133) انظر حول الجرائم السياسية في القانون التونسي : Soukeina Bouraoui, L'infraction politique et les principes classiques de droit pénal, R.T.D. 1982, p. 497.

(134) انظر الفقرة عدد 83.

وهكذا فإن المنع يسري مبدئياً في حق من شهد زورا ضد مورثه في قضية كان موضوع التهمة فيها القتل العمد مع سابقة القصد (الفصل 201) أو قتل الأصل (الفصل 203) أو اقترن القتل فيها أو ارتبط بجريمة أخرى (الفصل 204).

ولا ينطبق الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية إذا كان تعمد إخفاء الحقيقة واقعا بمناسبة قضية اتهم فيها المورث بالقتل العمد المجرد مثلا بالرغم من خطورة العقاب المستوجب للمجرم في هذه الحالة وبالرغم من أنه إذا كان الوارث هو القاتل هنا صح في حقه المنع إن كان المورث هو الضحية.

وبعكس هذه الصورة تماما هناك حالة كنا قد تعرضنا إليها وقلنا بأن الوارث لا يمنع من الإرث فيها لكن شهادته بالزور تؤدي إلى ذلك إذا كان التتبع واقعا ضد مورثه. فالوارث الذي يتعمد إيقاد النار في محل مسكون مثلا لا يمنع من إرث من تسبب الحريق في موته⁽¹³⁵⁾. لكن نفس الوارث يقع تحت طائلة أحكام الفصل 88 إذا شهد زورا في قضية اتهم فيها مورثه بارتكاب نفس الفعل التي أدت إلى هلاك إنسان، ذلك أن هذه الجريمة موجبة للعقاب بالإعدام كما ينص على ذلك الفصل 307 من المجلة الجنائية.

111. — والقسم الثالث من الجرائم التي تؤدي الشهادة فيها زورا إلى المنع تم الاعتداء على الأخلاق وقد وردت بالفصل 227 من نفس المجلة القائل: "يعاقب بالإعدام: (1) كل من واقع أنثى غصبا باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به. (2) كل من واقع أنثى سنها دون العشرة أعوام كاملة ولو بدون استعمال الوسائل المذكورة [...] ويعتبر الرضا مفقودا إذا كان سن المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة".

فإذا اتهم المورث بارتكاب هذه الجريمة — أو الجرائم السابقة — وشهد وارثه ضده زورا فيها، فقضي بإعدامه، استوجبت فعلة الثاني — زيادة على العقاب الجزائي — المنع من الميراث. كل ذلك إذا لم يرجع في شهادته.

(135) انظر الفقرة عدد 56.

2/ الرجوع في الشهادة

112. — ينص الفصل 242 من المجلة الجنائية على أنه "لا عقاب على الشاهد بالزور الذي قبل تتبعه وقبل حصول ضرر للمشهود عليه زورا يرجع في شهادته لدى من له النظر إلا في صورة ما إذا كان الباعث على الشهادة زورا عطايا أو مواعيد".

فلا بد إذن من توفر ثلاث شروط لكي يتمكن الشاهد من التفصي من العقاب الجزائي المستوجب للشهادة زورا، وهي:

113. — وجوب التراجع في الشهادة قبل تتبع مقترفها. فيشترط القانون الجنائي إذن أن يكون الرجوع إراديا. لكن عدم توفر هذا الشرط لا يؤدي بالضرورة إلى المنع من الميراث. ويمكن أن نسوق هنا مثال اكتشاف الزور بالشهادة أثناء نشر القضية. فيقول الفصل 161 من مجلة الإجراءات الجزائية إنه "إذا تبين أثناء المرافعات أن شاهدا تعمد التصريح بما ينافي الحقيقة فالرئيس يجرر محضرا في هذا الحادث والشاهد يوقف بعد سماع ممثل النيابة العمومية ويمكن الحكم عليه حالا". وهكذا فإنه إذا لاحظت المحكمة تغييرا أو تناقضا في أقوال الشاهد⁽¹³⁶⁾، أمكنها اتخاذ الإجراءات الواردة أعلاه ضده والتي لا تحول دون مواصلة المرافعات التي تمت فيها هذه الشهادة والقضاء ببراءة أو إدانة المشهود عليه اعتمادا على حجج أخرى. فبالرغم من عدم وجود تراجع إرادي في هذه الصورة، فإنه لا منع من الميراث لأنه لا يتصور أن تعتمد المحكمة — التي اكتشفت بنفسها مخالفة شهادة الوارث للحقيقة — هذه الحجة لإدانة المورث. وعليه فإن الشهادة بالزور هنا لا يمكن أن تؤدي إلى النتيجة التي يشترطها الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لكي تكون مانعة للميراث.

114. — أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم حصول ضرر للمشهود عليه. ومفهوم الضرر الوارد بالفصل 241 من المجلة الجنائية أوسع نطاقا من ذلك الذي يشترطه الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. فمجرد إيقاف المتهم بناء على تصريحات الشاهد المجانبة للحقيقة يُعد ضرا يجعل من التراجع غير ذي أثر على الوصف الإجرامي للفعلة⁽¹³⁷⁾. لكن لا يمنع الوارث لمجرد حصول هذا الضرر لمورثه إذ أن الفصل 88 يشترط ضرا من نوع آخر هو الحكم

(136) إن التصريحات المتناقضة ليست بالضرورة شهادة بالزور، ذلك أن تردد الشاهد يمكن أن يترجم صحوة في الضمير ومحاولة — وإن كانت متعثرة — لقول الحقيقة بصدق.

انظر حول هذه المسألة: Emile Garçon, op. cit., p. 416.

(137) انظر هذا القول وقد أتى به في القانون الفرنسي: Emile Garçon, op. cit., p. 418.

بإعدام المشهود عليه والذي لا يمكن تصور تحققه في هذه الحالة. فتراجع الوارث في شهادته يجعل المحكمة تبعد هذه الحجة عند قضائها بإدانة المورث.

115. — والشرط الثالث لتفصي الشاهد من التبعات الجزائية المقررة للشهادة بالزور سلمي، ويتمثل في أن لا يكون الباعث عليها عطايا أو مواعيد. لكن لا منع هنا أيضا من الميراث بالرغم من توفر الجريمة لأن تصريحات الوارث الكاذبة الواقع التراجع فيها لا يمكن أن تؤدي بالمحكمة التي تنظر في تهمه المورث إلى الحكم بإعدامه.

116. — وتبغى إضافة أنه لا بد من أن يتم الرجوع أثناء المرافعات وقبل صرف القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم. فالشاهد يكون مستهدفا للعقوبات الجزائية من أجل الشهادة بالزور حتى وإن نقضت محكمة التعقيب قرار المحكمة الجنائية التي وقعت أمامها التصريحات الكاذبة وتم التراجع أمام محكمة الإحالة. لكن لا منع هنا أيضا من الميراث لأن محكمة الإحالة لا تعتمد شهادة الوارث التي تراجع فيها أمامها للقضاء بإدانة المورث.

وهكذا، بالرغم من وجود قرار بإعدام المورث صادر عن المحكمة الأولى، فإنه لا يمكن تطبيق مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لأن حكم الإعدام هذا المبني على شهادة الوارث بالزور قد وقع نقضه ومن ثم لم ينفذ.

ب) تنفيذ الحكم بالإعدام

117. — نص الفصل 88 على أن شاهد الزور لا يرث متى "أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه". فلا يكفي إذن أن يعمد الوارث إلى إخفاء الحقيقة وأن تؤدي فعلته إلى القضاء بإعدام مورثه بل لا بد من تنفيذ قرار الإدانة هذا.

118. — ولا اعتبار لكيفية تنفيذ حكم الإعدام سواء تم التنفيذ بالشنق (الفصل 7 من مجلة الإجراءات الجزائية) أو رميا بالرصاص (الفصل 45 من مجلة المرافعات والعقوبات العسكرية).
119. — لكن لا يمنع من الميراث إذا لم تنفذ عقوبة الإعدام المصرح بها ضد هذا الوارث سواء كان عدم التنفيذ راجعا لانقراض العقاب أو لطلب في إعادة النظر.

1/ انقراض العقاب

120. — إن المنع من الميراث — كما بينا — يترتب عن بلوغ شهادة الوارث بالزور أقصى نتائجها أي هلاك المشهود عليه. فإذا لم ينفذ حكم الإعدام لسبب متعلق بجريمة المورث الذي تفصى هكذا من العقاب المصرح به ضده فلا يمنع من الميراث في هذه الحالة. وهكذا فإنه إذا تمتع المورث بعفو خاص أسقط حكم الإعدام عنه أو حط منه بإبداله بعقاب آخر نص عليه القانون (الفصل 371 من مجلة الإجراءات الجزائية)، فإن الوارث الذي شهد ضده زورا لا يمنع من ميراثه حتى وإن كانت شهادته بالزور قد أدت إلى الحكم بالإعدام موضوع العفو. فبالرغم من عدم زوال حكم الإدانة هذا لأن العفو الخاص يتعلق بتنفيذ العقوبة حطا أو إسقاطا، فإن شرط التنفيذ الوارد بالفصل 88 لم يتحقق.
121. — والحل نفسه ينطبق في صورة العفو العام الوارد بعد التصريح بحكم نهائي بإعدام المورث (الفصل من مجلة الإجراءات الجزائية).
122. — وكذلك الأمر بالنسبة إلى سقوط العقاب بمرور الزمن. فإن حدث ولم ينفذ الحكم الذي أدت إليه شهادة الوارث بالزور بسبب فرار المورث أو لأي سبب آخر راجع لإرادته، فإن تطبيق مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على هذا الوارث غير ممكن إذا مرت عشرين سنة كاملة على التصريح بالحكم، وذلك لأن تنفيذ حكم الإعدام نفسه لم يعد ممكنا على المورث كما ينص على ذلك الفصل 346 من مجلة الإجراءات الجزائية. وهكذا فإن وجود هذه الأسباب الأجنبية عن إرادة الوارث الجاني وعن فعلته الإجرامية يمنع من تطبيق الفصل 88 ويمكنه بالرغم من تصرفه الخطير هذا أن يتمتع بآثار جرمته على صعيد الإرث لا لشيء إلا لأن الإعدام المصرح به ضد مورثه لم ينفذ.
123. — ومما يدعو أكثر إلى نقد هذا الحل التشريعي صورة موت المورث قبل تنفيذ الحكم بإعدامه. فانتحار المحكوم عليه أو وفاته نتيجة لمرض أو حتى لجريمة ارتكبت ضده داخل السجن، لا يعد تنفيذا للقضاء بإدائته، ومن ثم فإن شاهد الزور لا يمنع من إرثه. فوفاة المورث التي يترتب عليها

الفصل 88 الحرمان من الميراث يجب أن تكون نتيجة لتنفيذ حكم الإعدام من قبل السلطة المختصة، بل ووفقا للتراتب والطرُق المعمول بها: فلا منع قانونيا إذا هلك المورث إثر إطلاق النار عليه مثلا من قبل حراس السجون للحلول دونه والهرب، إذ لا يكفي أن يحصل الموت بيد السلط المختصة بل يجب كذلك أن يتم وفقا للطرق المعمول بها.

وهكذا فإن القانون يمكّن الوارث بصفة غير مباشرة من جني ثمار جريمته لا لشيء إلا لأن حكم الإعدام لم يعد من الممكن تنفيذه نتيجة لوفاة المورث حتى وإن لم تكن هذه الوفاة إلا نتيجة مباشرة للقضاء الصادر ظلما ضده. فيمكن أن تتصور هذا الحكم، ومن ثم هذه الشهادة بالزور التي حددت اتجاهه، قد كانا وراء الاضطرابات النفسية التي جعلت المورث ينتحر أو سبب المرض الذي أودى بحياته إلى غير ذلك من الأمور التي تمكن من القول إن موت المشهود ضده بالزور من قبل وارثه لم يكن إلا نتيجة مباشرة لحكم الإعدام.

وهكذا فإن المشرع يكتفي بعقاب الوارث جزائيا في صورة انقراض العقاب المحكوم به ضد المورث. كذا الحال في صورة القيام بطلب في إعادة النظر قبل تنفيذ الحكم بالإعدام.

2 / طلب إعادة النظر

124. — قد يشهد الوارث وتؤدي شهادته إلى قرار نهائي وبات بإعدام مورثه لكن هذا القرار لا ينفذ تطبيقا لمقتضيات الباب الثاني من الكتاب الثالث من مجلة الإجراءات الجزائية المتعلقة بمطالب إعادة النظر. بالفصل 277 من المجلة المذكورة قد نص على أنه : "[...] يجوز تقديم مطلب في إعادة النظر في الأحوال الآتية أيا كانت المحكمة التي قضت في الدعوى والعقاب المحكوم به: أولا: إذا أدلي بعد الحكم لأجل القتل بوثائق أو عناصر إثبات يستنتج منها قرائن كافية على وجود المدعى قتله حيا. ثانيا: إذا حكم على شخص من أجل فعلة ثم صدر حكم على شخص آخر لأجل الفعلة عينها وكان بين الحكمين اللذين لا يمكن التوفيق بينهما تناقض يثبت براءة أحد المحكوم عليهم. ثالثا: إذا حكم على شخص وبعد الحكم وقع تتبع أحد الشهود الذين كانوا شهدوا عليه ومحاکمته من أجل الشهادة زورا. وهذا الشاهد المحكوم عليه كما ذكر لا يمكن سماعه في المحاكمة الجديدة. رابعا: إذا جدت وظهرت بعد الحكم وقائع أو قدمت وثائق لم تكن معلومة وقت المحاكمة وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق أن تثبت براءة المحكوم عليه أو أن تبين أن الجريمة المرتكبة أقل خطورة من الجريمة التي حوكم من أجلها".

وهكذا فإنه إذا ثبتت حياة الشخص الذي شهد الوارث زورا ضد مورثه بقتله وحكم لأجل ذلك بإعدامه أو حكم على شخص آخر بنفس هذا العقاب لارتكابه لنفس الجريمة أو وقع اكتشاف زور

شهادة الوارث أو معلومات تبين براءة مورثه أو اقترافه لغير الجرائم التي سبق تحديدها، ففي كل هذه الصور - وبناء على طلب في إعادة النظر مقدم من طرف الأشخاص المذكورين بالفصل 278 وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالفصل 279 - يقع إيقاف تنفيذ حكم الإعدام المصرح به ضد المورث (الفصل 280) لتعيد المحكمة المتعهددة بهذا الطلب النظر من جديد في التهمة المنسوبة له. فإذا قبلت المحكمة الطلب شكلا تصرف القضية للمرافعة ثم للمفاوضة وإصدار الحكم طبقا للإجراءات العادية المعمول بها.

فإذا قضت هذه المحكمة ببراءة أو بعقاب آخر غير الإعدام، فإن شهادة الوارث زورا أمام المحكمة موجبة للعقاب الجزائي فقط لأنها وإن أدت إلى حكم أول بالإعدام فإنه لم ينفذ.

لكن قضاء المحكمة المتعهددة بمطلب إعادة النظر بنفس العقاب الأول يثير بعض الصعوبات على صعيد المنع من الميراث. فشهادة الوارث بالزور يجب أن تؤثر على اتجاه القرار الجديد بإعدام المورث، أي أن تؤدي إليه كما يشترط ذلك الفصل 88. فلا منع من الميراث إذا اعتمدت المحكمة المتعهددة بمطلب إعادة النظر على عناصر أخرى لإدانة المورث وأبعدت شهادة الوارث بالزور أثناء المحاكمة الجديدة كما يحدث منطقيا خاصة بالنسبة إلى صورة الفقرة الثالثة من الفصل 272 ضرورة أن هذه الشهادة لم تؤد هذه المرة للحكم بالإعدام أصلا، فضلا عن التنفيذ.

لكن إذا أعاد الوارث هذه التصريحات الكاذبة أثناء المحاكمة الجديدة أو اعتمدها المحكمة - دون إعادة استدعائه كما يمكنها من ذلك الفصل 281 - للقضاء بإعدام المورث، فإن شاهد الزور يمنع من الإرث لأن شهادته قد أدت مرة أخرى إلى الحكم بالإعدام.

125. - أضيف إلى هذا أن مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية تنطبق أيضا في صورة تقديم مطلب إعادة النظر بعد تنفيذ الحكم بالإعدام. فيمكننا هنا تصور زوجة المحكوم عليه أو أولاده وعموما ورثته يقدمون هذا الطلب لرد الاعتبار للهلك مثلا أو للحصول - بعد ذلك في صورة قبول مطلبهم شكلا وأصلا - على حجة تمكنهم من تتبع أحدهم جزائيا من أجل الشهادة زورا أو من إقصائه من التركة وترتيب آثار الموانع الواردة بالفصل المذكور عليه.

من كل ما تقدم ينبغي الاحتفاظ بأن جريمة الشهادة زورا وجريمة القتل العمد أسباب للمنع من الإرث. بعد الأسباب يتحدّث الفصل 88 صراحة عن الآثار.

الفصل الثاني

آثار المنع

126. — يرتب الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على وجود جريمة القتل العمد أو الشهادة زورا المؤدية إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه آثارا، فيقول: "[...] لا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو كان شاهد زور [...]".

لكن تطبيق مقتضيات الفصل المذكور قد يحتاج إلى تدخل المحكمة ذلك أن إمكانية نزاع الورثة حول توفر سبب المنع من عدمه تبقى واردة مما يدعونا إلى دراسة الدعاوى الناجمة عن هذه الموانع والمحكمة المختصة بالنظر فيها وغير ذلك من الآثار الإجرائية التي قد تنجر عن جريمة القتل العمد أو الشهادة بالزور المقترفة ضد المورث.

فإذا وجد أحد هذه الأسباب أو صرحت المحكمة التي نظرت في نزاع الورثة حوله بوجوده، فإنه ينبغي حرمان من تحقق حياله المانع من التمتع بتركة الهالك، أي ينبغي منعه من الميراث، وذلك ترتيبا للآثار الموضوعية المنصوص عليها بالفصل المذكور والتي عبر عنها المشرع بلفظة "لا يرث".

وهكذا فإن الموانع الواردة صراحة بالفصل 88 من شأنها أن تنتج أثرين: أثر إجرائي وأثر موضوعي.

المبحث الأول: الآثار الإجرائية

127. — إن البحث هنا يتعلق بالدعوى الناجمة عن وجود المانع والتي هي أثر له لأنها تهدف إلى التصريح بوجوده السابق.

وعلى هذا الأساس فإن دعوى استحقاق الميراث التي قد يقوم بها وارث تم إقصاؤه من طرف بقية الورثة بطريقة أو بأخرى بدعوى أنه ممنوع من إرث الهالك لا يمكن أن تكون ناجمة عن وجود المانع. فالوارث الذي وقع إقصاؤه في هذه الحالة يؤسس دعواه بالضرورة على عدم اقترافه لأي من الجريمتين المانعتين للميراث. بعبارة أخرى: انطلاق دعوى الوارث مبني على عدم توفر المانع:

فإذا قضت المحكمة لفائدة هذا الوارث، فهذا يعني أنه لا آثار للمنع لأنه لا وجود لمانع أصلا.

أما إذا قضت المحكمة برفض دعواه لتوفر المانع حياله فإنها تكون - بنفس حكمها هذا - قد قررت ما فعله ببقية الورثة من إقصاء للجاني الذي قتل مورثه عمدا أو شهد ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه.

لكن - وفي كلتا الحالتين - فإن هذه الدعوى لم تكن أثرا لوجود المانع بل إنها مؤسسة على عدم وجوده أصلا. أو بعبارة أخرى كان انطلاقتها مؤسسا على عدم وجود المانع.

128. - والدراسة هنا تتعلق بالدعوى الناجمة عن الوجود السابق لأحد أسباب المنع الواردة صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية مما يجعلها أثرا له. فقد يتعمد وارث قتل مورثه أو يشهد ضده بالزور. مع ذلك ينازع ببقية الورثة أو يقف ضد منعه من الميراث مما يدعوهم إلى القيام عليه بقضية في التصريح بمنعه.

وتكون هذه الدعوى ضرورية خاصة في صورة انعدام قضاء جزائي بإدانة هذا الوارث من أجل ارتكابه للجريمة المنصوص عليها بالفصل المذكور.

لكن وجود هذا القضاء بالإدانة يدعونا إلى التساؤل إن كان يجب - زيادة على القرار الجزائي - استصدار حكم مدني يصرح بالمنع. هذا ما سنتناوله بالدرس في فقرة أولى لنخص دعوى التصريح بالمنع في صورة وجود نزاع حول المنع بالفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مسألة ضرورة وجود حكم قضائي خاص يمنع من الميراث

129. - يمكن أن نتخذ من هذا المشكل موقفين مختلفين :

موقف أول يقول بضرورة وجود حكم خاص يمنع من الميراث (أ) وموقف ثان يقول بأن المنع آلي خاصة في صورة وجود قضاء بإدانة الوارث جزائيا من أجل قتله عمدا لمورثه أو شهادته ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه (ب).

(أ) الرأي الأول: وجود حكم خاص يمنع من الميراث ضروري

130. — إن للرأي أساسا تتجه دراسته، وذلك قبل التعرض إلى نتائجه.

1/ أساس الرأي

131. — يمكن أن نجد للرأي أسسا أو حججا مختلفة تجعلنا نؤكد مبدئيا على ضرورة وجود حكم مدني يقضي بمنع أحد الورثة من التمتع بتركة الهالك حتى وإن وجد قضاء جزائي يدينه من أجل قتله عمدا لمورثه أو شهادته ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه. ومن ضمن هذه الحجج أن إقرار المشرع لهذه القاعدة ليس إلا تعبيرا عن إرادة المورث الضمنية في حرمان من كان له تجاهه هذا التصرف الخطير من إرثه. فالمنع من الميراث ليس إلا حرمانا ضمنيا. فيتجه إذن القيام بهذه الدعوى للتعبير عن هذه الإرادة للمورث. ويكون القيام هنا من قبل ورثة الهالك قياسا على الدعوى التي يقوم بها ورثة الواهب في صورة وجود جحود من قبل الموهوب له تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 211 من مجلة الأحوال الشخصية القائلة بأن حق القيام بدعوى الرجوع في الهبة ينتقل إلى ورثة الواهب حتى في صورة عدم قيامه بها شخصا قبل وفاته⁽¹³⁸⁾.

132. — كما أنه — ودائما في نطاق القياس على أحكام الهبة — يجوز لبقية الورثة العفو عن الذي قتل مورثه أو شهد ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه وذلك بعدم القيام بدعوى للتصريح بمنعه.

فعلى غرار ورثة الواهب الذين يمكنهم عدم القيام بدعوى في الرجوع في الهبة في صورة موت مورثهم قبل مضي سنة من تاريخ حصول الجحود، فإنه يمكن لورثة الذي ارتكب في حقه المانع أن يتخذوا نفس الموقف. فالقتل العمد أو الشهادة بالزور ليسا في النهاية إلا ضربا من الجحود أو بالأحرى هما الجحود في أقصى درجاته.

⁽¹³⁸⁾ يشترط الفصل 211 في هذه الصورة وفاة الواهب قبل مرور سنة من تاريخ حصول الأفعال المكونة للجحود.

فإذا توفي بعد سنة من ذلك فإنه لا يمكن للورثة القيام بدعوى الرجوع في الهبة.

وهكذا فإنه من الضروري قيام الورثة بدعوى في التصريح بمنع مقترف إحدى هاتين الجريمةتين، هذا القيام الذي يترجم إرادتهم في إقصائه من ميراث الهالك.

133. — ويمكن ان نجد لهذا الموقف صدى في الفقه الفرنسي القديم. فيقول "أوبري" و "رو" إن "المنع [...] ليس آليا ويجب - لكي ينتج آثاره - أن يقع التصريح به من طرف العدالة". ويضيف الفقيهين في موضع آخر بأن "فقه القضاء القديم قد تمسك دائما بأن المنع - بعكس أهلية الميراث التي هي آلية وتحول دون تعهد المحكمة - لا ينتج آثاره إلا بمقتضى التصريح الوارد به من طرف العدالة"⁽¹³⁹⁾.

والموقف نفسه اتخذه كل فقهاء القرن التاسع عشر باستثناء "لوران"⁽¹⁴⁰⁾. وقد أكدوا فيه أن لا منع من الميراث إلا بمقتضى حكم خاص يصرح به.

ويرى بعضهم⁽¹⁴¹⁾ أن أساس هذا الموقف مستمد من القانون الفرنسي القديم الذي يعتبر موانع الإرث بمثابة حرمان ضمني يصرح به القاضي بدلا عن المورث الذي لم يتمكن - لسبق وفاته - من حرمان من كان له تصرف إجرامي نحوه من التمتع بمخلفه. فكان من اللازم - وطبيعة المنع القانونية على هذا النحو، إضافة إلى عدم تحديد المشرع لأسبابه - تدخل العدالة لتقدير خطورة الفعلة وللتصريح بأنها تؤدي إلى الحرمان من الإرث.

134. — لكن المشرع الفرنسي قد ذكر منذ سنة 1804 على سبيل الحصر موانع الميراث بالفصل 727 من المجلة المدنية مقضيا بهذا النص نظرية الحرمان الضمني. هذا لم يمنع المحاكم من التمسك بالموقف الآنف الذكر. فتقول محكمة "مارماند" المدنية في حكمها المؤرخ في 25 جوان 1879⁽¹⁴²⁾ - والذي تفيد وقائعه بأن قرويا يبلغ من العمر عشرين عاما قد تعمد قتل والده ووالدته وجدته لسرقة أموالهم فوق القضاء بإعدامه ونفذ هذا الحكم عليه - ... تقول هذه المحكمة إذن بأن أحد المشاكل الذي طرح عليها يتمثل في معرفة هل أن المنع آلي، وتضيف: "[...] وحيث أنه إذا كان من الممكن القول مع بعض الفقهاء بأنه لا داعي لأن تصرح المحكمة المدنية بما سبق وإن قضت به المحكمة الجزائية، فإنه يجب على الأقل الاعتراف بأن هذه القولة الصحيحة على المستوى النظري لا يمكن نقلها إلى المجال العملي دون التعسف في تأويل أحكام الفصل 727. فهذا الفصل يذكر على سبيل الحصر وبصيغة آمرة ثلاثة أسباب للمنع. وعلى هذا فإن الإقصاء من التركة لا يمكن أن يتم

⁽¹³⁹⁾ Aubry et Rau, op. cit., p. 422.

⁽¹⁴⁰⁾ Planiol, op. cit., p. 504.

⁽¹⁴¹⁾ F. Terré et Y. Lequette, op. cit., p. 49; Mazeaud, op. cit., p. 53.

⁽¹⁴²⁾ Tribunal civil de Marmande, 25 juin 1879 (préc.).

على الأقل فيما يخص السبب الثالث إلا بعد فحص وقرار من المحكمة المدنية. وحيث أن النص المذكور يستعمل نفس الصيغة بعبارات مماثلة لتحديد أسباب المنع الثلاثة، فلا يمكن تبعا لذلك القول بأن المشرع أراد تبني حلول مختلفة بالنسبة لطرق التصريح بالإقصاء لأنه وضع كل الأسباب في صيغة واحدة، وحيث أنه لا يمكن للقاضي أن يفرق حيث لم يفرق القانون، وحيث أنه - بالإضافة إلى كل هذا ودون ذكر نصوص التشريع الروماني التي تؤيد هذا الحل - فإن فقه القضاء القديم قد اتخذ هذا الموقف [...] ولا شيء يدل على أن مشرع سنة 1804 أراد تبني حل آخر".

لكن المحكمة لم تؤسس موقفها هذا على اعتبار أن المنع من الميراث يمثل حرمانا ضمنيا وذلك على غرار شق آخر من الفقه الفرنسي يقول بأن الأمر يتعلق بعقوبة مدنية. وعلى هذا الأساس أيضا فإنه من الضروري وجود حكم خاص بالمنع لأن التصريح بالعقوبات لا يمكن أن يتم إلا من قبل العدالة. وتنجر عن هذا الموقف عدة نتائج.

2/ نتائج الرأي

135. — إن أولى النتائج المنجزة عن الموقف القائل بضرورة وجود حكم خاص يمنع من الميراث تتعلق بدور القاضي المدني في هذا المجال. فالأحكام الصادرة عنه لا تكفي بالتصريح بهذا الحرمان أو هذه العقوبة بل إنها تكوّن المنع. بعبارة أخرى - وإذا استعربنا اللفظ الذي يستعمله بعض الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁴³⁾ - فإن القاضي المدني يخلق وينشئ الجزء المقرر لفعل الوارث على الصعيد المدني. وتنجر - كنتيجة ثانية - أن الجريمة التي ارتكبها الوارث لا تؤدي آليا إلى منعه من الميراث، إذ لا بد من تدخل المحكمة المدنية. ويكون حكمها نقطة انطلاق آثار الفعلة في السرمان. وهكذا فإن موت الوارث يحول بينها وبين المنع عن فعلته الإجرامية حتى وإن كان ثم قضاء جزائي أدانه لأجلها.

136. — ويستند القائلون بهذا الموقف⁽¹⁴⁴⁾ على مبدأ شخصية العقوبات الذي يحول دون القضاء بتطبيق مقتضيات النص المتعلق بالمنع من الميراث على غير الوارث الذي ارتكب الفعلة الإجرامية المؤدية لذلك. فإذا توفي قبل القيام ضده بهذه الدعوى، فإنه لا يمكن مقاضاة ورثته الذين انتقلت إليهم أموال القتيل أو المشهود ضده زورا. فالعقاب لا يمكن التصريح به ضد أشخاص لم يرتكبوا الأفعال المكونة للمنع. ويقول بعضهم في هذا الصدد "إنه لا يمكن التصريح بالمنع بعد وفاة الوارث.

⁽¹⁴³⁾ Mazeaud, op. cit., p. 55.

⁽¹⁴⁴⁾ Aubry et Rau, op. cit., p. 523 s.

وهكذا فإن هذا الوارث يبقى متمتعاً بالتركة حتى وإن وقعت إدانته على أنه قاتل متعمد [...] إذا توفي قبل أن تصرح المحكمة المدنية بمنعه ومن ثم يمكنه نقلها إلى ورثته⁽¹⁴⁵⁾.

137. — ولقد كانت هذه النتيجة محل نقد سواء من قبل بعض أصحاب هذا الرأي نفسه أي القائلين بضرورة وجود حكم خاص يمنع من الميراث أو من قبل أصحاب الرأي الثاني القائلين بأن المنع آلي متى توفر المانع.

فأغلب أصحاب الرأي الأول يعتقدون أن الأمر لا يتعلق في هذه الحالة بعقاب مسلط على ورثة الممنوع من أجل فعلة لم يقترفوها، ولكن بانتزاع أموال انتقلت إليهم بطريق الإرث ولم يكن لمورثهم حق في امتلاكها. أضف إلى هذا أن مبدأ شخصية العقوبات يهمل القانون الجنائي ولا ينطبق إلا على تلك التي تصرح بها المحاكم الجزئية⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ انظر: Marcadé, *Eléments du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée*

du code civil, Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1844, T. III, p. 66.

⁽¹⁴⁶⁾ Planiol, *op. cit.*, p. 6.

أما النقد الموجه من قبل أصحاب الرأي الثاني فينصب على أساس النتيجة ذاته ذلك أنه لا ضرورة أصلاً لوجود حكم يصرح بالمنع لأنه آلي بتوفر أسبابه.

(ب) الرأي الثاني: وجود حكم خاص يمنع من الميراث ليس ضرورياً

138. — ينطلق أصحاب هذا الرأي من نقد الأسس التي يقوم عليها الموقف الأول ليتبنوا رؤية مخالفة للطبيعة القانونية للمنع من الميراث وقع الأخذ بها من طرف فقه القضاء.

1 / الفقه

139. — لقد رفض كل فقهاء القرن العشرين في فرنسا اعتبار المنع من الميراث حرماناً ضمناً⁽¹⁴⁷⁾ يجب أن تصرح به المحكمة بدلاً عن الضحية واعتبروا أن المنع آلي بتوفر المانع. فالمرجع الفرنسي الحديث تبني نظرية مخالفة لتلك التي كانت معتمدة في القانون القديم وفرق بين المانع في حد ذاته وآثاره التي هي الإقصاء من الميراث أو المنع منه. في هذا الاتجاه ينص الفصل 727 من المجلة المدنية على أنه يمنع من الإرث من أدين من أجل قتل مورثه عمداً. فالمنع إذن يترتب بمجرد توفر الأسباب الواردة بهذا النص ولا داعي مبدئياً للتصريح بهذا العقاب من قبل محكمة مدنية.

140. — ولقد تساءل بعضهم⁽¹⁴⁸⁾ إن لم يكن ثم تناقض بين التأكيد على أن المنع من الميراث لا يمثل حرماناً ضمناً بل عقوبة مدنية وبين القول بعدم جدوى استصدار حكم قضائي للتصريح بها، ذلك أنه من المفروض مبدئياً أن تسليط العقوبات — حتى وإن كانت مدنية — من اختصاص العدالة.

ويجب بعض الفقهاء بالقول إن "لفظ المنع له معنيان: إذ يدل من جهة على الحالة [...] التي عرفها القانون، أي المانع. وتوجد هذه الحالة بمعزل عن كل تدخل قضائي. ويدل من جهة أخرى على العقوبة المنجزة عن هذه الحالة. وهذه العقوبة آلية ولا ضرورة للتصريح بها"⁽¹⁴⁹⁾. وهي في نهاية المطاف ليست إلا أثراً قانونياً للجريمة التي ارتكبها الوارث في حق مورثه.

141. — وإذا صحّ هذا التحليل بالنسبة للقانون الفرنسي فمن باب أولى أن يكون الأمر كذلك في القانون التونسي. فالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية قد تبني أحكام القانون الإسلامي في

⁽¹⁴⁷⁾ Marc Donnier, op. cit., p. 6.

⁽¹⁴⁸⁾ A. Rouast, Déchéances protectrices et déchéance répressives dans le droit des successions,

Rev. trim. dt. civ, 1952, p. 1.

Mazeaud, op. cit., p. 55.⁽¹⁴⁹⁾

هذه المسألة. هذا القانون الذي يعتبر أن قواعد انتقال الملكية بطريق الميراث تم النظام العام ولا يمكن مبدئياً لمورث أن يحرم لا صراحة ولا ضمناً أحد ورثته من التمتع بتركته.

وعلى هذا - وكما سبق وأن بيناه - فإن المنع من الميراث كان منذ البدء عقوبة يرتبها القانون عن الفعل الإجرامية التي ارتكبتها وارث في حق مورثه، والتي قطع بها صلة الرحم، أي قطع بها ما كان من شأنه أن يجعله خلفاً للهلك في أمواله.

أضف إلى هذا أن الفصل الوارد أعلاه يكتفي بالتنصيص على أن القتل العمد والشهادة زورا مانعين للإرث. فيكون بذلك قد فرق بين الأسباب وآثارها، أي بين المانع والمنع، ولم يشترط قضاء جزائياً لتثبيت المانع ولا قضاء مدنيا لترتيب المنع. فإذا قتل وارث مورثه عمداً أو شهد ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، طبقت مقتضيات الفصل المذكور آلياً دون ضرورة التصريح بها من طرف محكمة مدنية.

142. - وينجر عن هذا أنه لا إمكانية للمقايضة أو المقارنة بين أحكام الهبة وأحكام الميراث لاختلاف المقيس عن المقيس عليه على صعيد الأساس القانوني. فلا يمكن إذن تقريب الرجوع في الهبة من المنع من الميراث:

ففي حين أن انتقال الملكية عن طريق الهبة مؤسس مبدئياً على إرادة الأطراف مما يجعل الرجوع فيها بسبب جحود الموهوب له خاضعاً لاختيار الواهب الذي يمكنه أن يفوت على نفسه أجل القيام بدعوى في ذلك، أي يمكنه أن يقابل جحود المتمتع بالهبة بالعفو عنه.

وهذا الأساس الإرادي للعقد جعل المشرع يمد من حق العفو هذا إلى ورثة الواهب (الفقرة الثانية من الفصل 211 من مجلة الأحوال الشخصية). لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة إلى أحكام الموارث التي تم النظام العام مما يجعل انتقال الملكية بمقتضاها متجاوزاً لإرادة المورث والورثة معاً على النحو الذي بيناه⁽¹⁵⁰⁾. فلا يمكن تبعاً لذلك أن يعفو هؤلاء عن الجاني الذي قتل عمداً مورثه أو شهد ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه عليه.

ولقد تبنى القضاء سواء في فرنسا أو في تونس، هذا الرأي القائل بألية المنع متى توفر المانع.

2/ القضاء

143. - يكاد الإجماع يكون حاصلًا في القضاء الفرنسي⁽¹⁵¹⁾ على أن المنع آلي بتوفر أسبابه. وفي هذا السياق تقول محكمة "بورديو" في قرارها المؤرخ في غرة ديسمبر 1853⁽¹⁵²⁾: "حيث أن الفصل

⁽¹⁵⁰⁾ انظر الفقرة عدد 11.

⁽¹⁵¹⁾ يستثنى الحكم الصادر عن محكمة "مارماند" الذي سبق التعرض إليه.

727 من المجلة المدنية ينص على منع من تعمد قتل مورثه [...] من الميراث. وحيث أن المنع أثر مباشر وضروري للقرار [...] الذي صرح بأن الوارث قد ارتكب الجريمة [...] في حق الشخص الذي دعي لميراثه، فهو آلي ولا داعي للتصريح به من طرف المحاكم المدنية. وحيث أنه لا يمكن - في حضرة الأحكام الآمرة للفصل 727 - القول بتدخل القاضي المدني، هذا التدخل غير المجدي في حالة يربط فيها القانون المنع من الميراث بقرار الإدانة".

وفي نفس الاتجاه أسست محكمة "بواتيبي" موقفها القائل بأن آثار المنع تبدأ في السريان منذ تاريخ افتتاح التركة على الطابع الآلي لإقصاء الوارث بمجرد ارتكابه للفعل المانع للميراث في حق مورثه. فتقول هذه المحكمة: "ينتج المنع من الميراث الذي يستهدف الوارث الذي أدين من أجل قتله عمدا لمورثه عن الإدانة نفسها ولا ضرورة للتصريح به بمقتضى حكم صادر عن المحكمة المدنية"⁽¹⁵³⁾. ونفس الموقف اتخذته المحكمة المدنية بـ"إيبرناي" في حكمها المؤرخ في 22 نوفمبر 1950 والذي تقول فيه: "حيث أنه يستخلص من أحكام الفصل 727 [...] أن المنع ينتج آليا دون ضرورة وجود حكم يصرح به. لكن يمكن للقاضي - بعد التأكد من توفر الشروط القانونية - التصريح به في أي وقت"⁽¹⁵⁴⁾.

وهكذا يتبين أن القضاء الفرنسي قد استقر موقفه على القول بأن المنع آلي متى توفر المانع، متبنيا بذلك رأي الفقهاء حول هذه المسألة والمؤسس على اعتبار المنع من الميراث عقوبة مدنية أو أثرا قانونيا للفعل الإجرامية التي اقترفتها الوارث في حق مورثه.

144. - ولقد تبنى القضاء التونسي الحل نفسه قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية. فتقول محكمة سوسة⁽¹⁵⁵⁾ مستندة في رأيها على القانون الفرنسي والقانون الإسلامي اللذين يذهبان حسب المحكمة إلى أن المنع آلي بتوفر أسبابه: "وحيث أن المدعو مُجَّد (الوارث في قضية الحال التي سبق التعرض إلى وقائعها) قد وقعت إدانته من أجل [...] جريمة قتل أصل، فإن هذه الإدانة تؤدي آليا إلى سقوط وصف الوارث عنه".

والموقف نفسه يتجه اتخاذه بعد صدور مجلة الأحوال الشخصية. فالمنع من الميراث - كما ينص على ذلك الفصل 88 - ينجم عن ارتكاب الوارث لجريمة القتل العمد أو الشهادة زورا ضد مورثه. فإذا

⁽¹⁵²⁾ Cour de Bordeaux, 1^{er} Déc. 1853, Sirey 1854, II, p. 225, Note Devill.

⁽¹⁵³⁾ Cour de Poitiers, 25 Juin 1856 (préc.).

⁽¹⁵⁴⁾ Trib. civ. d'Épernay, 22 Novembre 1950 (préc.).

⁽¹⁵⁵⁾ Trib. de Sousse, 17 juin 1915 (préc.).

توفرت أسباب المنع هذه، انطبقت أحكام الفصل المذكور بصفة آلية دون حاجة إلى استصدار حكم مدني من قبل الورثة في هذا الغرض.

لكن القول بهذا لا يعني أنه لا يمكن للعدالة التدخل للتصريح بالمنع. فإمكانية النزاع حول وجود المنع تبقى واردة، مما يستوجب هذا التدخل لفض هذا النزاع.

145. — وإذا تمت إدانة الوارث جزائيا من أجل جريمة القتل المتعمد أو الشهادة بالزور ضد المورث، فإن العناصر المكونة للمانع تكون قد ثبتت، فينتج ترتيب المنع عنها بصفة آلية، وتقسيم التركة بين بقية الورثة دون ضرورة استصدار حكم مدني في الغرض.

وإذا اكتشف سبب المنع بعد تقسيم التركة وقضت المحكمة الجزائية بإدانة الوارث من أجل الشهادة بالزور مثلا أمكن لبقية الورثة أن يطالبوه برد منابه من تركة الهالك دون ضرورة اللجوء إلى المحكمة للتصريح بالآثار الناجمة عن القرار الجزائي.

بعبارة أخرى يمكن للأطراف المعنية أن تستخلص من القرار الجزائي الصادر بإدانة الوارث كل الآثار التي تهم أحكام الإرث وأن تطبق بالاستناد عليه مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية، أي أنه يمكنها إن سبق وقررت المحكمة الجزائية إدانة الوارث لارتكابه أحد الجرائم المنصوص عليها بالفصل المذكور أن ترتب عن هذا القرار المنع من الميراث لثبوت وجود المنع.

146. — لكن الأمر ليس بهذه السهولة على مستوى الواقع ذلك أن إمكانية النزاع بين الأطراف المعنية حول توفر سبب المنع من عدمه تبقى محتملة حتى في صورة وجود قضاء جزائي يدين الوارث. وعلى هذا يمكننا أن نتصور أن هذا الوارث — وبالرغم من إدانته من أجل القتل العمد مثلا — ينازع بقية الورثة حول ترتيب آثار الإدانة عليه على صعيد الإرث بدعوى أن العقاب الجزائي المصرح به ضده قد انقضى بمرور الزمن أو بالعفو الصادر لفائدته مما يؤدي — حسب زعمه — إلى زوال المنع حياله، فيضطر بقية الورثة إلى القيام بدعوى في التصريح بمنعه.

كما يمكننا أن نتصور — في نفس السياق — وارثا شهد زورا ضد مورثه وقضى بإدانته جزائيا لأجل هذه الجريمة، ومع ذلك يقف ضد منعه من الميراث بحجة أن شهادته لم تتوفر فيها كل العناصر التي يشترطها الفصل 88 لترتيب المنع، كأن لم تؤد إلى الحكم بإعدام المورث، أو أدت إلى هذا الحكم لكنها لم تؤد إلى الإعدام.

ويستدعي هذا النزاع عملا تحليليا — لا يمكن أن تقوم به مبدئيا غير المحكمة المدنية — لنص القرار الجزائي الذي قضى بإعدام المورث قصد معرفة إن كانت شهادة هذا الوارث قد اعتمدت من قبل المحكمة المشهود أمامها للقضاء بهذه العقوبة، أو يفرض متابعة لآثار هذا القرار بهدف معرفة إن كان موت المورث قد نتج عن التنفيذ القانوني للعقوبة الجزائية التي صرح بها. وفي كلتا الحالتين فإن

القاضي المدني مدعو - لوجود هذا النزاع - إلى التثبت من توفر كل العناصر المكونة للمانع للتصريح بالمنع.

ويمكننا كذلك أن نتصور وارثا ينازع بقية الورثة، الذين يريدون تقسيم التركة بمعزل عنه، بدعوى أن فعلته وإن سببت موت مورثه، فإنها لا تكوّن المانع الذي يشترطه الفصل 88، ضرورة أنه قد أدين جزائيا من أجل القتل على وجه الخطأ أو الضرب والجرح المعتمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل أو أدين بغير ذلك من الجرائم التي سبق وأن أقصيناها من دائرة الأفعال الإجرامية المؤدية للمنع. ومن الجائز أيضا تخيل تمسك الوارث بأن القرار الجزائي الصادر بإدانته قد أسس قضاءه على اعتباره مجبرا أو حاملا للغير على الشهادة بالزور لا شاهدا بهذه الصفة.

مما تقدم يتبين لنا أن هنالك أسبابا عديدة قد تضطر بقية الورثة إلى القيام بدعوى في التصريح بالمنع لوجود هذا الرفض من قبل أحدهم للتسليم بتوفر سبب المنع حياله وبمعاملته بهذا الوصف. هذا بالنسبة لوجود قرار جزائي بالإدانة قبل تقسيم التركة. لكن إذا اكتشف سبب المنع بعد ذلك وأدين وارث تحصل على مناب من أجل القتل العمد أو الشهادة بالزور المؤدية إلى الحكم بإعدام المورث وتنفيذه، ففي هذه الصورة قد يضطر بقية الورثة إلى القيام لدى المحكمة المدنية إذا رفض الجاني إرجاع المناب الذي أخذه بدون وجه قانوني من تركه ضحيته.

وهكذا فإن وجود قضاء جزائي لا ينفى إمكانية وجود نزاع حول توفر المانع من عدمه.

وتتضاعف احتمالات تحقق هذه الإمكانية إذا لم يوجد هذا القضاء الجزائي أصلا.

وفعلا فإنه من الممكن أن نتصور وارثا قتل مورثه عمدا أو شهد ضده بالزور شهادة أفضت إلى الحكم بإعدام هذا المورث وتنفيذه عليه دون أن تتمكن المحاكم الجزائية من التصريح بالعقاب الجزائي المستوجب لهذه الأفعال الإجرامية لانقراض الدعوى العمومية. ففي هذه الحالة من الوارد جدا أن يقوم أقرباء المالك الذي قتله ابنه مثلا ثم انتحر مباشرة بعد ذلك بدعوى أمام المحكمة للتصريح بمنعه وللحيولة دون نقل أموال تركه الضحية إلى ورثة القاتل وذلك بإثبات توفر عناصر المانع حياله.

وهكذا فإن القول بألية المنع بتوفر أسبابه لا تحول دون وجود نزاع، ومن ثم دون وجود دعوى للتصريح بالمنع منجرة عن توفر المانع.

الفقرة الثانية: دعوى التصريح بالمنع

147. - إن دراسة الدعوى الناجمة عن نزاع حول الوجود السابق لأحد أسباب المنع الواردة صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يستدعي البحث في الأشخاص الذين يمكنهم

إثارتها والأشخاص الذين يمكن أن تثار ضدهم. كما يستدعي البحث في المحكمة المختصة حكماً وترابياً للنظر في مثل هذه الدعاوى. لذلك سنتعرض في مرحلة أولى إلى أطراف الدعوى لنرى في مرحلة ثانية المحكمة المختصة.

أ) أطراف الدعوى

148. — إن معرفة وتحديد أطراف الدعوى المقامة للتصريح بالمنع يقتضي التفرقة بين المدعي والمدعى عليه.

1/ المدعي

149. — نص الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على شروط قبول الدعاوى بالقول إن "حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام [...]". وإذا كان شرط الأهلية لا يطرح إشكالا خاصا في موضوعنا، فإن شرط المصلحة وخاصة شرط الصفة يثيران بعض الصعوبات .

150. — فبالنسبة إلى المصلحة - والتي هي أساس كل قيام ضرورة أنه لا دعوى بدون مصلحة⁽¹⁵⁶⁾ - فإنه يتجه معرفة الأشخاص الذين لهم منفعة في الالتجاء إلى القضاء وإثارة دعوى التصريح بالمنع سواء لحماية مركز قانوني (في صورة منازعة أحد الورثة لإقصائه بسبب توفر مانع الإرث حياله من أخذ مناب في التركة) أو للمطالبة بالاعتراف بحق يحميه القانون (في حالة رفض هذا الوارث أو وقوفه ضد إمكانية منعه من الميراث).

وعلى هذا الأساس فإن لبقية ورثة الهالك مصلحة أكيدة في إقصاء الممنوع من الميراث بالقيام ضده بدعوى في التصريح بالمنع.

والقائمون بهذه الدعوى يمكن أن يكونوا من أصحاب الفروض الذين عددهم الفصل 91 من مجلة الأحوال الشخصية في صورة ما إذا كان الممنوع من عصبية الهالك. فعلى سبيل المثال يمكن لهؤلاء القيام بدعوى للتصريح بمنع الابن الذي قتل عمدا والده أو شهد ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه، هذه الدعوى التي ستمكنهم من إقصاء الممنوع (نفترض في هذا المثال أن القتال هو وارث الهالك الوحيد بالتعصيب) ومن التمتع تبعا لذلك بأحكام مؤسسة الردّ الواردة

⁽¹⁵⁶⁾ انظر في القانون المقارن: أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص 147.

بالفصل 143 مكرر من نفس المجلة والذي ينص على أنه "عند فقد العصابة ولم تستغرق الفروض التركة يرد الباقي منها على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم [...]".

كما يمكن أن يكون القيام من العصابة على ذي فرض تحقق حياله المانع وذلك لمنعه من أخذ حصة في تركة ضحيته، هذه الحصة التي ستعود إليهم في صورة التصريح بمنعه.

ويمكن كذلك للمحجوبين القيام بهذه الدعوى سواء كان حجبتهم حجب نقصان أو حجب حرمان. فبالنسبة إلى الأوتال يمكننا أن نسوق مثال زوج المرأة الهالكة الذي يقوم بدعوى للتصريح بمنع ابنها الذي تحقق حياله المانع من إرثها لنيل أوفر حظيه من تركة الهالك. فنحن نعلم أن وجود هذا الابن يجعل الزوج لا يرث إلا أقل حظيه وهو الربع (الفصل 125 من مجلة الأحوال الشخصية). فإذا وقع التصريح بمنع هذا الابن من إرث الأم، عدّ وجوده كعدمه، فيعود الزوج إلى أوفر نصيبه وهو النصف تطبيقاً لمقتضيات الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية لانعدام الفرع الوارث للزوجة.

أما بالنسبة إلى المحجوبين حجب حرمان فيمكن أن نذكر مثال الجد الذي يحول وجود الأب دونه وإرث الابن ضرورة أن الفصل 140 قد نص على أنه "[...] لا يرث مع الأب الجد [...]". فإذا توفي شخص عن أب وجد، فلا شيء لهذا الأخير. لكن إذا قتل الأب فرعه متعمداً أو شهد ضده زورا شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، أمكن للجد القيام بدعوى للتصريح بمنع الجاني ليزول هذا الحجب عنه ولينتقل إليه إرث الحفيد المقتول.

ويمكن أن يكون لغير الورثة مصلحة في القيام بدعوى التصريح بمنع من تحقق حياله سبب من أسباب المنع الواردة صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية كأن يكون موصى له من قبل الهالك وصية تفوق ثلث التركة. فنحن نعلم أن "لا وصية [...] فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي" (الفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية). فإذا كان الوارث الذي رفض هذه الإجازة هو الممنوع، فللموصى له مصلحة في القيام والحصول من ثم على قضاء يصرح بمنع هذا الوارث لتزول هذه المعارضة.

لكن المشكل الذي يطرح هنا يتمثل في معرفة إن كان يمكن لدائني الورثة القيام بدعوى في التصريح بالمنع تطبيقاً لمقتضيات الفصل 306 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالدعوى المنحرفة.

إن مصلحة الدائنين أكيدة في القيام بهذه الدعوى. فإقضاء الممنوع من التركة سيمكن مدينهم من أخذ نصيب أوفر من أموال الهالك أو من الحصول على أموال من المناب الذي أخذه الممنوع إذا كانت التركة قد قسمت. وعليه فإن لقيامهم هذا فائدة ضرورة أن هذه الزيادة في نصيب المدين أو هذه الأموال التي سيحصل عليها ستمكنهم من استخلاص دينهم أو على الأقل جزء أوفر من ذلك

الذي كان سيعود إليهم لو تمتع الممنوع بمنابه في التركة سواء بأخذه إياه عند التقسيم أو بالاحتفاظ به بعد ذلك .

151. — والمشكل هنا يتمثل في أن شرط الصفة قد لا يكون متوفرا في هذه الصورة بالرغم من وجود المصلحة.

فإذا كان لا يمكن لدائني الزوجة القيام بدلا عنها بقضية في الطلاق للضرر أملا في أن تحصل على غرامة تعويضية تمكنهم من استخلاص الديون التي تخلدت لهم بذمة هذه الزوجة لانعدام الصفة في القيام، فكذلك الحال مبدئيا بالنسبة لدائني الورثة الذين يرومون القيام بدعوى للتصريح بمنع قريب أو زوج لمدينهم توفر حياله المانع تجاه مورثه.

أضف إلى هذا أن الفصل 306 من مجلة الالتزامات والعقود ينص على أنه لا يمكن لأرباب الديون القيام بالدعوى التي تهدف إلى الخلاص فيما لهم على المدين الذي له بدوره حقوق مرتبة له عن الغير إذا كانت هذه الحقوق متعلقة بالذات. فيمكن القول — تبعا لهذا — أن المشرع قد أقصى الدعوى المتعلقة بالميراث من دائرة الدعوى المنحرفة. فالميراث ليس في النهاية إلا حقا ذاتيا للمدين ترتب له عن طريق علاقة شخصية بالمورث.

كما يقضي النص المذكور بأنه لا يمكن للدائن القيام بالدعوى الهادفة إلى استخلاص الحقوق المترتبة لمدينهم عن جنحة أو شبهها، أي تلك التي ترتبت لهم بمقتضى القانون . فيمكن من ثم — قياسا على هذا الحل — القول بأن دائني بقية الورثة لا يمكنهم القيام بدعوى التصريح بالمنع. فالحقوق الإضافية التي سيحصلون عليها مترتبة هي الأخرى بحكم القانون، إضافة إلى أنه إذا لم يكن من الممكن لهؤلاء القيام لدى المحكمة لترتيب الأثر القانوني المنجر عن الجنحة المرتكبة على شخص مدينهم، فمن باب أولى أن يكون الأمر كذلك فيما يخص جريمة اقترفت على مورث هذا المدين.

ولقد تبنى شق من الفقه الفرنسي هذا الحل مستندا في ذلك على الطابع الشخصي الذي تكتسيه دعوى التصريح بالمنع، هذا الطابع الذي يؤدي إلى رفض قيام الدائنين في حق مدينهم بالدعوى المرتبطة بشخصه. وليس القيام بدعوى للتصريح بإقصاء قريب أو زوج للمدين من تركة مورثهما إلا تدخلا في مسائل تهم عائلته ومن ثم فإنها تعد دعوى متعلقة بالذات.

ويقول بعضهم في هذا المعنى: "إنه من الصعب الاعتراف للدائنين بحق إثارة المنع عن طريق الدعوى المنحرفة لأنه من غير الممكن المطالبة — بهذه الطريقة — بحقوق ودعوى ذمية مرتبطة بالذات"⁽¹⁵⁷⁾.

(157) F. Terré et Y. Lequette, op. cit., p. 50.

انظر أيضا: Marc Donnier, op. cit., p. 7.

لكن - وبالرغم مما تقدم - فإنه من الجائز قانونا القول بإمكانية قيام الدائنين في حق مدينهم بدعوى في التصريح بمنع قريب له أو زوج كان له تصرف إجرامي خطير تجاه مورث هذا المدين، إذ يمكن التمسك بأن شرط الصفة الوارد بالفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية متوفر حيال الدائن في هذه الصورة، ذلك أن المنع ليس إلا أثرا قانونيا يرتبه المشرع نفسه عن فعلة إجرامية ومن ثم فإن الدائن الذي يقوم بهذه الدعوى لا يتدخل في مسائل مطلقة الخصوصية لأن أحكام الإرث والمنع منه تهم النظام العام.

وعلى هذا الأساس لا يمكن قياس قضية في الطلاق لضرر لحق زوجة على دعوى يهدف القائم بها إلى ترتيب مقتضيات القانون عن فعلة إجرامية خطيرة موجبة جزائيا لأقصى العقوبات البدنية ومدنيا للمنع من الإرث بحيث يعد الممنوع كأن لم يوجد ضمن قائمة ورثة الضحية. أضف إلى هذا أنه يستخلص من أحكام الفصل 306 من مجلة الالتزامات والعقود أن الدعاوي التي أعطت أمثلة عنها - والتي لا يمكن للدائنين القيام بها في حق مدينهم - تهم حقوقا ومصالح خاصة كالنفقة والتعويض عن الأضرار الناجمة عن جنحة أو شبهها. هذه الحقوق والدعاوي التي يمكن للمتمتع بها التنازل عنها ومن ثم العفو عن ترتب الحق الناجم عنها حياله.

وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى المنع. فبقية الورثة ليسوا ضحايا فعلة الممنوع ولا يمكنهم تبعا لهذا العفو عنه. هذا العفو الذي لا يملكه الضحية نفسه.

وهكذا فإنه يمكن للدائنين القيام بدعوى للحلول دون تمتع الممنوع بثمار جريمته وللتصريح بالعقوبة التي أوردتها المشرع بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

وهذا هو الحل الذي تبناه أغلب الفقهاء في فرنسا. فيقول "كولان" و"كابيتون" في ردهما على أصحاب الرأي الأول أنه "قد وقع الإدعاء بأن حق التمسك بالمنع مرتبط بشديد الارتباط بالذات ومن ثم فإنه يبقى خارج دائرة الدعوى المنحرفة. إن الأخلاق والنظام العام يفرضان - على عكس ذلك - أن تمنح إمكانية إثارة هذه العقوبة إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص"⁽¹⁵⁸⁾.

لكن هل يمكن - تماشيا مع هذا الاتجاه - الاعتراف للنيابة العمومية أيضا بحق القيام بهذه الدعوى؟

⁽¹⁵⁸⁾ Colin et Capitant, op. cit., p. 521.

انظر أيضا: Aubry et Rau, op. cit., p. 523 ; Marty et Raynaud, op. cit., p. 29 ; R. Beudant et P.

.L. Pigeonnière, op. cit., p. 404

إن الجواب عن هذا السؤال يكون مبدئياً بالإيجاب ذلك أن الفصل 251 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ينص على أنه "لمثل النيابة العمومية الحق في القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهم النظام العام [...]".

فيمكن إذن للنيابة القيام بالدعاوي التي تراها ضرورية لفرض احترام القانون والأخلاق الحميدة والنظام العام ذلك أن الدعوى الهادفة إلى منع وراث من التمتع بثمار جريمة تهم هذه المقتضيات مجتمعة. وهكذا فإن كل من له مصلحة قانونية يمكنه القيام بهذه الدعوى ضرورة أنه يتمتع بالصفة في القيام⁽¹⁵⁹⁾.

لكن الصفة يجب أن تتوفر أيضاً في المدعي عليه إذ أن القيام يجب أن يكون من ذي صفة على ذي صفة.

2/ المدعى عليه

152. — يمكن أن يكون المطلوب في قضية تصريح بالمنع الممنوع نفسه أو ورثته.

153. — ويكون القيام على الممنوع إن كان لا يزال على قيد الحياة سواء تم تقسيم التركة أم لم يتم، وسواء اكتشف سبب المنع قبل هذا التقسيم أو بعده.

وهكذا يمكن لبقية الورثة القيام مثلاً على الممنوع الذي قضى بعقابه بالسجن لمدة معينة من أجل قتله عمداً لمورثهم أو شهادته ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا نازعهم في إمكانية إقصائه من قسمة التركة إبان افتتاحها .

وكذلك الأمر إذا افتتحت التركة وأخذ الممنوع منابه فيها ثم اكتشف لاحقاً توفر أحد هذه الموانع حياله. ففي هذه الصورة كذلك يمكن لبقية الورثة — إذا رفض هذا الممنوع إرجاع حصته من التركة إليهم — أن يقوموا ضده بقضية في التصريح بمنعه واسترجاع تلك الحصة التي لم يكن له حق في امتلاكها أصلاً .

154. — لكن قد يحدث أن يهلك الممنوع سواء قبل افتتاح التركة أو بعدها:

ففي الصورة الأولى لا إشكال يطرح إذ الممنوع لم يعد بإمكانه منازعة بقية الورثة حول توفر سبب المنع حياله، وإن كان يمكن أن يكون مصدر هذه المنازعة بعض ورثة المالك مما قد يضطر ورثة المقتول أو المشهود ضده بالزور إلى القيام بدعوى في التصريح بالمنع.

أما الصورة الثانية فتفترض أخذ الممنوع لمنابه في تركة ضحيته ونقله إياه إلى ورثته إبان وفاته.

(159) في هذه الصورة يكون وجود المصلحة قد أدى آلياً إلى توفر شرط الصفة في القيام.

ولقد طرحت هذه الحالة مشكلا في القانون الفرنسي واتخذ حيالها الفقهاء موقفين مختلفين. فلقد رأينا الفقيه "ماركادي"⁽¹⁶⁰⁾ يرفض إمكانية القيام بدعوى التصريح بمنع وارث بعد موته مستندا في ذلك إلى مبدأ شخصية العقوبات، هذا المبدأ الذي لا يقبل قياما يكون هدفه تسليط عقاب على ورثة الممنوع متمثلا في انتزاع ما انتقل إليهم بطريق الإرث عنه.

ولقد انتقد هذا الموقف لأنه يجعل من النص الذي أورد المنع غير ذي جدوى في غالب الأحيان. فيقول "ديفيل" في هذا المعنى إن "بقية الورثة [...] يكونون أمام استحالة للقيام لدى القضاء بدعوى في التصريح بالمنع إن حدث ونفذ على القاتل - كما هو الحال غالبا - حكم الإعدام مباشرة بعد الإدانة"⁽¹⁶¹⁾.

وهذا ما جعل أغلب الفقهاء في فرنسا يقولون بإمكانية قيام الورثة بدعوى التصريح بالمنع حتى بعد وفاة الممنوع، ف"ورثة الممنوع لا يتعرضون إلى العقاب من أجل فعلة لم يقتروها ولكنهم يتحملون التبعات الضرورية للعقاب المسلط على مورثهم"⁽¹⁶²⁾.

وللأسباب نفسها وجب الأخذ بهذا الموقف في القانون التونسي ذلك أنه لا مكان لمبدأ شخصية العقوبات في المادة المدنية، والوارث الممنوع ملزم هنا برد منابه الذي لم يكن له حق في تملكه، إضافة إلى أن المنع آلي بتوفر أسبابه وتجرى آثاره منذ افتتاح تركة التضحية، والفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنه "[...] لا يرث القاتل [...] أو شاهد زور [...]"، مما يدل على أن فوات وصف الوارث عن الجاني قد تم منذ هذه اللحظة، فلم يكن بإمكانه أن ينقل لورثته أكثر مما له من الحقوق تطبيقا لمقتضيات الفصل 551 من مجلة الالتزامات والعقود.

وهكذا فإنه يمكن القيام بدعوى للتصريح بمنع أحد الورثة وإن توفي بدوره بعد أن توفر حياله أحد الموانع الواردة بالفصل 88 المذكور أعلاه.

⁽¹⁶⁰⁾ Marcadé, op. cit., art. 727, n° 6.

⁽¹⁶¹⁾ Devill, Note sous Bordeaux, 1^{er} Déc. 1853, S. 1854. II. 225.

⁽¹⁶²⁾ Marc Donnier, op. cit., p. 8.

لكن ما هي المحكمة المختصة بالنظر في مثل هذه الدعوى؟

ب) المحكمة المختصة

155. — تقام دعوى التصريح بالمنع بموت المورث المقتول عمداً أو المشهود ضده زورا. فميعاد هذه الدعوى إذن هو افتتاح التركة ذلك أنه لا إرث ومن ثم لا منع منه إلا بموت المورث (الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية).

فابتداء من هذه اللحظة يمكن للورثة المطالبة بمنابتهم في التركة وإيقضاء من تحقق حياله المانع من الميراث.

لكن إلى متى يستمر حق هؤلاء الورثة في الزمن، بعبارة أخرى هل تسقط دعوى التصريح بالمنع من الميراث بمرور الزمن؟

لم يورد المشرع التونسي فصلا خاصا بهذه المسألة فهل يجوز والحالة هذه تطبيق القاعدة العامة الواردة بالفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن "كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة [...]". فالنص يتحدث إذن عن الدعاوى الناجمة عن تعميم الذمة، أي عن الدعاوى المالية. ومن الصعب تصنيف دعوى التصريح بالمنع من الميراث ضمن هذه الدعاوى.

وأمام صمت المشرع التونسي حيال هذا المشكل يمكننا أن نسوق حلين مختلفين:

حل أول يقول بسقوط دعوى التصريح بالمنع بمرور الزمن. وهنا تبرز المشكلة المتمثلة في معرفة مدة السقوط خاصة وأنه يصعب القول بتطبيق الفصل 402 الأنف ذكره.

ومن الجائز التفكير هنا في تطبيق مقتضيات الفصل 126 من مجلة الحقوق العينية الذي ينص على أنه "لا يقام بدعوى نقض القسمة إلا في ظرف عام من تاريخ وقوعها".

لكن اعتماد هذا النص من شأنه أن يجعل الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية عديم التطبيق في صورة اكتشاف سبب المنع بعد تقسيم التركة وبعد مضي مدة سنة على هذه القسمة، إضافة إلى أن دعوى التصريح بالمنع قد تقام حتى قبل أن يتم توزيع التركة. وهنا تبرز الصعوبة ثانية: متى تنقضى هذه الدعوى في صورة ما إذا لم تكن ثم قسمة من الأصل يتجه نقضها؟

أما الحل الثاني فيقول بعدم سقوط دعوى التصريح بالمنع بمرور الزمن. ويمكن أن نعتد كحجة في هذا المعنى الفصل 391 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه "لا سقوط للدعوى بمرور الزمن في الصورة الآتية: [2...] - فيما بين الوالدين وأبنائهما [...]".

لكن هذا الحل غير مقنع بدوره الإقناع الكلي:

فمن جهة يتعلق هذا النص بالدعاوى المالية فقط، وحتى إن قلنا بانطباقه من باب أولى على الدعاوى غير المالية أو على الدعاوى التي تكتسي الطابعين معا، فإنه من الصعب حتى القول بأن دعوى التصريح بالمنع هي دعوى مختلطة. فهذه الدعوى تتسم بخصوصية تجعل تصنيفها ضمن أحد هذين القسمين للدعاوى أو حتى ضمنهما معا أمرا صعبا: فهي دعوى مالية ضرورة أنها تهدف - فيما تهدف إليه - إلى حرمان الجاني من التمتع بجزء من التركة أو رد منابه منها إلى بقية الورثة. وهي دعوى غير مالية لأنها متجهة إلى تفويت وصف الوارث عن الممنوع وإقصائه على هذا المستوى من دائرة أقرباء المورث، وهي فوق ذلك كله دعوى هادفة إلى ترتيب أثر قانوني يهيم النظام العام والأخلاق الحميدة.

ومن جهة أخرى فإن دعوى التصريح بالمنع لا يقوم بها بالضرورة الأشخاص المشار إليهم بالفصل المذكور، وذلك لأن الورثة ليسوا فقط أبناء أو آباء وأمهات للمورث . ويمكن أن نقول بعدم سقوط الدعوى المتحدّث عنها هنا استنادا إلى حجة ثانية: لا نصّ عام أو خاص يقول بالسقوط، إذن لا سقوط. وعلى كل فإن صعوبة من هذا النوع لا تعترضنا فيما يخص تحديد المحكمة المختصة حكما وترايبا بالنظر في هذه الدعوى.

1/ الاختصاص الحكمي

156. — إن البحث هنا يتعلق بالمحكمة التي لها ولاية نوعية للنظر في دعوى المنع من الميراث. فينص الفصل الأول من مجلة الإجراءات الجزائية على أنه "يترتب عن كل جريمة دعوى عمومية تهدف إلى تطبيق العقوبات. ويترتب عليها أيضا [...] دعوى مدنية [...]". ويقول الفصل 7 من نفس المجلة إنه: "[...] يمكن القيام بها (الدعوى المدنية) في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها أمام المحكمة المدنية [...]". ويمكن مبدئيا للورثة - اعتمادا على هذين النصين - أن يطلبوا من المحكمة الجزائية التي تنظر في جريمة القتل العمد أو الشهادة زورا (المقترفة ضد مورثهم والتي أدت إلى حكم سابق بإعدامه وتنفيذه) أن تصرح بمنع الجاني من الإرث إن اتفق وأن كان مثلهم وارثا. ودراسة الفقه الفرنسي تمكن من العثور على من تمسك بهذا الحل⁽¹⁶³⁾. لكن هذا الموقف بقي معزولا.

C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Imprimerie générale, Paris, 1875, T. XIII, ⁽¹⁶³⁾

وهو نفس الموقف الواجب اتخاذه منه في القانون التونسي. فالمشرع يقول بإمكانية المنع حتى وإن لم يقع تثبیت الجريمة بمقتضى قضاء جزائي على النحو الذي بيناه آنفا. هذا يعني أنه يمكن القيام بدعوى التصريح بالمنع وترتيب مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على الوارث الذي تحقق حياله المانع دون أن يكون ثم من الأصل دعوى عمومية أثرت ضد هذا الأخير.

أضف إلى هذا أن اختصاص المحاكم الجزرية للنظر في الدعاوى المدنية استثنائي، فلا يمكن إذن توسيعه ليشمل دعوى التصريح بالمنع إعمالا للمبدأ القائل بضرورة تأويل الأحكام الإجرائية وخاصة منها المتعلقة بالاختصاص تأويلا ضيقا:

فالفصل الأول السابق الذكر يحصر اختصاص المحاكم الجزرية التي تنظر في الدعوى العمومية الناجمة عن جريمة في الدعاوى المدنية التي تهدف إلى جبر الأضرار التي سببتها هذه الجريمة للغير.

والجمع الوارد بالفصل 7 بين الدعويين يهيم الدعوى التي يقوم بها "[...]" كل من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة من الجريمة "[...]".

وهكذا فإن المحاكم الجزرية لا يمكنها النظر في كل الآثار المدنية لفعلة إجرامية، ومرجع نظرها يقتصر في هذه المادة على الفصل في الدعاوى الهادفة إلى جبر الأضرار.

ودعوى التصريح بالمنع لا تهدف إلى جبر ضرر شخصي لحق الورثة من جراء إزهاق أحدهم لروح مورثهم أو تسببه في موته بالشهادة ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، بل إن غايتها تنحصر في الحلول بين من توفر فيه هذا المانع وبين المتمتع بتركة الهالكة. ويقول "مُجد الزين" في هذا المجال: "احتراما للتعريف الذي أورده الفصل الأول من مجلة الإجراءات الجزائية للدعوى المدنية، فإنه لا يمكن القيام بغير الدعوى الهادفة إلى جبر الضرر الناجم من الجريمة في نفس الوقت

مع الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزرية. وهكذا تقصى الدعاوى التي لا يكون موضوعها جبر الضرر مثل "[...] دعوى التصريح بالمنع" (164).

157. — وعلى هذا الأساس فإن القائمين بدعوى التصريح بالمنع مدعوون للتوجه إلى المحكمة الابتدائية للمطالبة بتطبيق مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على من توفر حياله المانع. وينص الفصل 40 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أن المحكمة الابتدائية "تنظر [...]" ابتدائيا في جميع الدعاوى عدى ما خرج عنها بنص خاص "[...]". وعليه تدخل في الاختصاص النوعي لهذه المحكمة دعوى التصريح بالمنع لأنه لا وجود لهذا النص القانوني الخاص الذي يقول

(164) Mohamed Zine, op. cit., p. 36.

انظر في نفس الاتجاه بالنسبة إلى القانون الفرنسي: Merle et vitu, op. cit., T. II, p. 142.

باختصاص محكمة مدنية أخرى للنظر في هذه الدعوى. لكن أي المحاكم الابتدائية لها الحق في تلقي دعوى كهذه لدخولها ضمن امتداد نظرها الترابي.

2/ الاختصاص الترابي

158. — أوجب الفصل 34 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية — في مادة التركات — أن يكون الاختصاص الجغرافي للمحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة، أي للمحكمة التي توفي بدائرتها المورث. فينص الفصل المذكور على أن "الدعاوى المتعلقة بالتركة ترفع لدى المحكمة التي افتتحت بدائرتها التركة. وإن افتتحت التركة خارج التراب التونسي فترفع للمحكمة التي بدائرتها جل التركة [...]". وهكذا يجب القيام مبدئياً بدعوى التصريح بالمنع أمام المحكمة الابتدائية التي كان يوجد بدائرتها آخر مقر للضحية، ففي هذا المكان وفي الغالب توجد مكاسب الميت ووثائق ملكيتها. ويصح هذا التأويل خاصة في صورة بقاء الممنوع حياً والقيام ضده بدعوى التصريح بالمنع قبل قسمة التركة. فالنص السالف الذكر يهم أولاً وبالذات الدعاوى الناجمة عن صعوبات تمس بتوزيع منابات الورثة.

159. — لكن السؤال الذي يطرح هنا يتمثل في معرفة إن كان الحل نفسه ينطبق في صورة وفاة الممنوع بعد أخذ حصة من تركة من ارتكب في حقه جريمة القتل العمد أو الشهادة بالزور التي أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه؟ بعبارة أخرى هل تبقى المحكمة الابتدائية التي افتتحت بدائرتها التركة مختصة بالنظر في دعاوى التصريح بالمنع التي تهدف إلى استرجاع الحصة التي ورثها الممنوع لورثته أم أنه من الواجب القيام ضد هؤلاء لدى المحكمة التي يقع بدائرتها مقرهم الأصلي أو المختار تطبيقاً لمقتضيات الفصل 30 من هذه المجلة؟

تبدو الإجابة على هذا السؤال متمثلة في القول بتطبيق نص الفصل 34 على هذه الصورة أيضاً ضرورة أن دعوى التصريح بالمنع ليست في النهاية إلا دعوى هادفة إلى إعادة توزيع التركة بإقضاء الممنوع منها.

أضف إلى هذا أن المطلوبين هنا لا زالت لهم علاقة بتركة مورثهم إبان رفع هذه الدعوى لأن علاقة هذا المورث بتركة القتيل باقية بدورها إلى حد هذه اللحظة. بعبارة أخرى: الممنوع هنا مازال وارثاً وقد أمكن له بهذه الصفة نقل ما ورثه عن الضحية إلى ورثته الشخصيين، أي أن دعوى بقية ورثة هذه الضحية تتعلق هنا أيضاً بنزاع حول فوات أهلية الإرث من عدم فواتها، والمحكمة هي التي ستحدد في النهاية مدى جدية ادعائهم.

ثم إنه - وحتى إن سلمنا بأن المانع متحقق حيال هذا الشخص - فإن علاقته بالتركة وبعادة توزيعها تظل قائمة، هذه العلاقة التي ستكون موضوع بحثنا الآن ضمن الآثار الموضوعية للموانع الواردة صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: الآثار الموضوعية

160. - إن غاية المنع من الميراث تتمثل في الحلول دون انتقال الملكية عن طريق الجريمة. ومن أجل هذا نصت جل التشاريع على أحكام تمنع الجاني من امتلاك أموال ضحيته عن طريق الإرث، ولقد عبر فقهاء الإسلام عن هذه الغاية بالقول إن الميراث نعمة والجريمة نقمة فلا يعقل أن تترتب النعمة عن تصرف إجرامي خطير لمن هو مدعو للتمتع بها. وفي هذا يقول "مُجد أبو زهرة": "لو أننا سوغنا أن يرث القاتل، والقتل في ذاته جريمة، لكانت الجريمة سببا لثبوت المال [...] وذلك لأن الخلافة التي يثبتها الميراث سببها الموت، والموت جاء على يد القاتل بجريمته. فإذا ساغ ميراثه، فمعنى ذلك أن الجريمة كانت سببا لثبوت المال" (165).

لهذا السبب نص المشرع التونسي بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه "[...] لا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه".

فتوفر أحد هذين المانعين حيال وارث للضحية يؤدي إلى النتيجة الموضوعية التي عبر عنها الفصل المذكور بلفظة: "لا يرث"، أي إلى المنع من الميراث.

ويتمثل هذا المنع - على صعيد الواقع - في تقسيم تركة الهالك بين الورثة بطريقة لا يقدر فيها أي مناب للممنوع.

لكن قد يحدث أن يكتشف توفر المانع حيال هذا الوارث بعد توزيع التركة وبعد أن يكون الممنوع قد أخذ حصة من تركة ضحيته، فيتجه حينئذ إرجاع هذه الحصة إلى بقية الورثة.

وهكذا فإن القتل العمد والشهادة بالزور المؤدية إلى الحكم بالإعدام والتنفيذ ينتجان آثارا حيال الممنوع وحيال بقية ورثة ضحية أحد هاتين الجريمتين (الفقرة الأولى).

لكن قد تكون لهذا لاكتشاف المتأخر لسبب المنع آثار على غير الورثة ضرورة أن الممنوع الذي أخذ منابا من تركة الهالك - باعتباره وارثا له لم يثبت حياله أي تصرف إجرامي تجاه المورث إبان القسمة

(165) مُجد أبو زهرة، م س، ص 108. انظر في نفس المعنى: عمر عبد الله، م س، ص 78.

— قد يكون تعامل مع الغير بين هذه الفترة وتاريخ اكتشاف ارتكابه لإحدى الجرائم المانعة للميراث (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الآثار بالنسبة إلى الورثة

161. — ينتج وجود جريمة القتل العمد أو الشهادة بالزور المؤدية إلى الحكم بالإعدام آثارا على صعيد أحكام الإرث تجاه مرتكب هذه الجريمة نفسه وتجاه بقية ورثة الضحية. لذلك سندرس في مرحلة أولى آثار هذه الموانع بالنسبة إلى الممنوع من الميراث (أ) لتعرض في مرحلة ثانية إلى نفس الآثار بالنسبة إلى بقية الورثة (ب).

(أ) الآثار بالنسبة إلى الممنوع من الميراث

162. — هل أن اقرار شخص لإحدى الجرائم المنصوص عليها صراحة بالفصل 88 يسقط عنه أهلية الإرث بصفة مطلقة أو أن فوات وصف الوارث يتعلق فقط بتركة معينة؟ ثم ما هو تأثير كل هذا على ورثته الشخصيين؟
إن الإجابة على هذين السؤالين تقتضي تحديد نطاق المنع كما تقتضي البحث في وضع ورثة الممنوع.

1/ تحديد نطاق المنع

163. — لم يحدد الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية التركة التي يمنع من إرثها من تحقق حياله المانع واكتفى بالتنصيص على أنه لا يرث القاتل وشاهد الزور. لكن من الواضح أن التركة التي عنها المشرع وجعل من جريمة القتل أو الشهادة بالزور أسبابا تحول دون نقلها إلى الجاني عن طريق الميراث هي تلك التي خلفها الضحية.
وهذه النتيجة منطقية ونجدها في تعريف الفقه الإسلامي للمانع من الميراث. ففي القول إن هذا المانع تفوت به أهلية الميراث مع قيام سببه⁽¹⁶⁶⁾ إقرار بأن توفره حيال وارث يحول بينه والتركة التي كان من المفروض أن يكون له نصيب فيها لقيام سبب من أسباب الإرث من قرابة أو زوجية بينه

(166) انظر: مُجَدِّ محمده، التركات والموارث في الشريعة الإسلامية، مطبعة الفن القرافيكي، الجزائر، 1982، ص 33. انظر أيضا: عمر عبد الله، م س، ص 76؛ بدران أبو العينين بدران، م س، ص 22.

وبين الهالك. وعلى هذا الأساس فإن الابن الذي تعمد قتل والده أو شهد ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بإعدام الوالد وتنفيذه عليه لا يمنع لأجل هذا إلا من تركة هذا الأخير.

164. — وينجر عن هذا التحديد لنطاق المنع من الميراث عدة آثار:

أولها أنه يمكن للممنوع أن يتمتع بطريقة غير مباشرة بأموال من قام سبب المنع نتيجة الجريمة التي اقترفت في حقه. ويكون الأمر كذلك في صورة الوصية الواجبة. فنحن نعلم أنه كان من المفروض — لو استعرنا المثال السابق — أن ينال الأب القليل حصته من ميراث الجد إذا تحققت الشروط الواردة بالفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية طبعاً، لكن سبق وفاته حال دون ذلك. فيمكن للابن الجاني في هذه الحالة أن يأخذ نفس الحصة⁽¹⁶⁷⁾ التي كانت سترجع لوالده الضحية ضرورة أن الفصل 198 من نفس المجلة لا يعنيه بالمنع إذ أنه ينص على أن "الوصية [...] الواجبة تمنع بقتل الموصى له للموصي عمداً أو تسببه في قتله [...]". والابن الجاني، أي الموصى له، لم يرتكب أيًا من هذين المانعين للوصية تجاه جده، أي الموصي. وهكذا فإن الجاني هاهنا سيتمكن — وبصفة غير مباشرة — من أخذ المناب الذي كان من المفروض أن يعود لوالده وتكون قد حصلت له من ثم منفعة من الجريمة التي اقترفها في حق هذا الأخير.

وإذا كانت هذه الصورة تم الوصية الواجبة فإن هنالك حالات أخرى يتمكن بمقتضاها القاتل أو الشاهد بالزور من التمتع بكل أو بعض أموال الهالك بطريقة غير مباشرة وهم أحكام المواريث. وفعلاً — وبما أن المنع يهم فقط تركة الضحية — فإنه يمكن للابن القاتل أن يرث أمه أو إخوته وغيرهم من أقارب الضحية الذين قام بينه وبينهم سبب الإرث. وعلى هذا الأساس فإنه من الوارد أن يتملك القاتل أو الشاهد بالزور أموالاً كانت على ملك ضحيته وورثها هذا القريب ونقلها بدوره

إليه بطريقة الإرث. وهكذا قد يحدث مثلاً أن ترث أم القاتل ربع تركة زوجها (الفصل 102 من مجلة الأحوال الشخصية) الذي كان ضحية جريمة وحيدة، ثم تتوفى بدورها مباشرة بعد ذلك فيرثها الابن الجاني الذي سيتمتع هكذا ببعض أموال ضحيته بصفة غير مباشرة.

ومن آثار تحديد نطاق المنع أيضاً أن الفصل 88 لا يهم إلا مخلف الهالك الذي ينتقل بطريقة الإرث. وعلى هذا فإن أحكام الفصل المذكور لا تنطبق على الوصية التي قام بها الهالك لفائدة أحد ورثته والذي تعمد فيما بعد قتله أو شهد ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه. فهذا النص القانوني لا يهم غير المناب أو الحصة التي كانت سترجع للجاني بعنوان الإرث⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ مع احترام مقتضيات الفصل 191 الذي ينص على أن الوصية الواجبة لا يمكن أن تتجاوز ثلث التركة.

⁽¹⁶⁸⁾ في هذه الصورة يقع تطبيق مقتضيات الفصل 198 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن "الوصية

كما أن الفصل 88 لا ينطبق على الهبة التي أتمها المورث في وقت سابق لارتكاب الموهوب له - الذي هو وفي نفس الوقت وارثا له - لإحدى الجريمتين المنصوص عليهما بالفصل المذكور⁽¹⁶⁹⁾. ويترب عن تحديد نطاق المنع أخيرا - وهذا الكلام قيل في الفقه الإسلامي - أنه إذا مات القاتل قبل القتل فإن المقتول يرثه إجماعا⁽¹⁷⁰⁾. وهكذا فإن مقتضيات الفصل الآنف ذكره لا تنطبق على غير تركة الهالك. فلا يمكن إذن للممنوع تملكها بطريق الإرث ونقلها إلى ورثته.

2/ وضع ورثة الممنوع

165. - إن المشكل هنا يتمثل في معرفة إن كان لتوفر المانع حيال وارث أثر على ورثته وخاصة على أصوله وفروعه.

166. - ففيما يخص الأصول نظرت محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها المؤرخ في 18 سبتمبر 1984⁽¹⁷¹⁾ في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا تعمد قتل زوجته وابنيه، ثم انتحر مباشرة بعد ذلك. ولقد أثبتت مسألة منع والد الجاني من إرث ابنة ابنه⁽¹⁷²⁾، فأجابت المحكمة بالقول: "إن المنع من الميراث - هذا العقاب المدني الذي له طابع شخصي والذي يتجه تأويله بصفة ضيقة - لا يمكن التوسع فيه [...] فعقوبة كهذه لا يمكن تطبيقها على والد القاتل لزوجته وابنته والذي وقع التصريح بمنعه طالما أنه لم يتوفر أي سبب للمنع حيال هذا الجد الذي يطالب بحق شخصي في إرث حفيدته".

الاختيارية [...] تمنع بقتل الموصي له للموصي عمدا أو تسببه في قتله سواء بصفة فاعل أصلي أو شريك أو مشارك أو كان شاهد زور أدت شهادته للحكم بإعدام الموصي [...]". وهكذا فإن القاتل يمنع من التمتع بأموال الهالك سواء تلك التي تربت له بطريق الإرث أو بطريق الوصية.

⁽¹⁶⁹⁾ في هذه الصورة إذا لم تصدر الهبة خلال مرض متصل بالموت (الفصل 206 مجلة الأحوال الشخصية)، فإنه يمكن لورثة القاتل القيام على القاتل بدعوى في الرجوع في الهبة تطبيقا لمقتضيات الفصل 211 وذلك في ظرف عام من تاريخ حصول القتل العمد أو الشهادة زورا باعتبار أن هذه الأفعال تدخل ضمن قائمة الأعمال التي تعد بمثابة جحود حصل في حق الواهب.

⁽¹⁷⁰⁾ محمد خيرى المفتي، م س، ص 54.

⁽¹⁷¹⁾ Cass. Civ., 18 Décembre 1984 (préc.).

⁽¹⁷²⁾ بالنسبة إلى القانون الفرنسي ونظرا إلى أن البحث في هذه القضية لم يسفر عن معرفة أي من ضحايا فعلة الزوج قد هلك أولا، فإن بنت القاتل محمولة على أنها ماتت بعد أمها وأخيها ومن ثم فإن تركة هذين الأخيرين قد انتقلت إليها (انظر نص القرار التعقيبي نفسه).

ويصح هذا المبدأ الذي وضعته محكمة التعقيب الفرنسية والقاضي بأن الأصل لا يعاقب بالمنع من أجل جريمة ارتكبتها الفرع في القانون التونسي أيضاً، مع الأخذ طبعاً بعين الاعتبار للاختلافات الجوهرية بين نظامي الإرث المقررين من قبل المشرع الفرنسي والمشرع التونسي. فإذا أخذنا صورة قريبة من تلك التي نظرت فيها محكمة التعقيب الفرنسية، أمكننا الخروج بنفس الحل في القانون المحلي. فالجد لا يمنع من إرث حفيده الذي قتله أبوه متعمداً أو شهد ضده بالزور، فلا يؤخذ الأصل (الجد) بجريمة ارتكبتها فرعه (الأب) على فرع فرعه (الحفيد الضحية)، بل على العكس من ذلك يزول حجب الحرمان الذي كان مسلطاً على الجد لوجود الأب بارتكاب هذا الأخير لهذه الجريمة في حق ابن الابن، ولا يبقى ثم شخص أولى منه يحجبه عن ميراث فرع فرعه. وهكذا فإن العقاب المدني المسلط على شخص الممنوع لا يمتد إلى أصوله بل قد يكون سبباً في تملك هذا الأصل تركة لم يكن له حق فيها لو لم يرتكب فرعه فعلته المانعة للميراث.

ويمكن أيضاً أن يكون عقاب الممنوع سبباً في نقل الأصل من أقل حظيه إلى أوفرهما كما هو الحال في الابن المنفرد الذي يرتكب إحدى الجريمتين المنصوص عليهما بالفصل 88 في حق أمه. فالزوج - الذي هو أصل للجاني - يأخذ الربع فرضاً من تركة زوجته كما ينص على ذلك الفصل 94 من مجلة الأحوال الشخصية في الحالات العادية. لكن قتل الفرع لأمه ينقل الأصل إلى أوفر حظيه وهو النصف (الفصل 93 من نفس المجلة).

167. - فإذا نظرنا الآن إلى وضع فروع الممنوع، قلنا إنه يختلف بعض الشيء عن وضع أصوله، وقلنا أيضاً إنه يتجه التفريق بين صورتين: صورة موت الممنوع قبل الضحية وصورة وفاته بعد ذلك. فإن مات الممنوع قبل ضحيته، فلا إشكال يذكر إذ الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية قد نص على أن الميراث لا يستحق إلا بتحقيق حياة الوارث بعد المورث. وهكذا فإنه بالرغم من وجود سبب المنع، إلا أنه لم يؤدي إلى نتائجه. فالجاني قد هلك قبل الضحية فلم يستحق إرثه أصلاً. وفي هذه الحالة فإن فروع الممنوع - تماماً كالممنوع نفسه - لا يجدون أنفسهم معرضين إلى ترتيب أي أثر عن فعلة مورثهم الإجرامية لأن أحد شروط استحقاق الميراث لم يتوفر. وهكذا فإنهم لن يجدوا بمخلف مورثهم الجاني أي مال انتقل إليه بطريق الإرث من الضحية⁽¹⁷³⁾.

لكن موت الممنوع اللاحق - أي بعد ضحيته، وهي الصورة العادية - يطرح بعض الصعوبات ويتجه هنا أيضاً التفريق بين حالتين: اكتشاف سبب المنع قبل تقسيم التركة واكتشافه بعد ذلك. فإذا اكتشف سبب المنع قبل القسمة وكان الممنوع على قيد الحياة آنذاك ثم توفي، فإن فعلته

⁽¹⁷³⁾ يمكن لورثة الممنوع هنا أن يتمتعوا بأموال الضحية لكن بطريق الوصية الواجبة إن كان القاتل جداً لهم.

الإجرامية تحول دون فرز مناب له من تركة ضحيته التي لم توزع بعد. وهذه الحالة تؤثر مباشرة على فروع الممنوع الذين لا يترتب لهم أي حق في تركة ضحية والدهم لا بطريق الإرث ولا بأية طريقة أخرى⁽¹⁷⁴⁾.

وفي القانون الفرنسي تبنت محكمة الاستئناف "بوردو" هذا الحل في قرارها المؤرخ في غرة ديسمبر 1853⁽¹⁷⁵⁾ بمناسبة قضية معقدة الوقائع. ففي العاشر من جوان من سنة 1841 عثر على المدعوة "سيسيل" مقتولة. فوقع اتهام ابنها البكري - وهو واحد من خمسة أبناء أنجبتهم الهالكة - بارتكاب هذه الجريمة، لكن وقع إخلاء سبيله لعدم ثبوت التهمة عليه، وبناء على معطيات وقع اكتشافها لاحقا أعيد فتح ملف القضية وقدم هذا الابن البكري للمحاكمة بتهمة تعمد قتل والدته، فقضت المحكمة الجزائية في 24 جانفي 1850 بإدانتها من أجل ارتكابه لهذه الجريمة وصرحت بعقابه بالأشغال الشاقة مدى الحياة. ومن ضمن المسائل - وهي كثيرة - والتي كان على محكمة الاستئناف "بوردو" حلها مسألة إرث ابنة الجاني لتركته الهالكة. فتقول المحكمة في هذا الصدد إن هذه الابنة "ليس لها أي حق شخصي في تركة المدعوة «سيسيل» [...] بما أنها كانت محجوبة - إبان وفاة هذه الأخيرة - بأبناء «سيسيل» هذه والذين هم أقرب منها في الدرجة".

أما الحالة الثانية فتم اكتشاف سبب المنع بعد توزيع حصص التركة على الورثة بمن فيهم الممنوع الذي توفي بعد ذلك ناقلا - فيما نقل إلى ورثته - هذه الحصص.

وتهم هذه الصورة في الواقع آثار المنع بالنسبة إلى بقية الورثة لأنه لم يكن للممنوع ولا لورثته من بعده أن يحتفظوا بالجزء المذكور من تركة الضحية ويتعين مبدئيا على هذا أو على هؤلاء إرجاعه إلى بقية الورثة.

(ب) الآثار بالنسبة إلى بقية الورثة

168. - يتعين علينا هنا أيضا أن نفرق فيما يخص آثار الموانع الواردة صراحة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بالنسبة إلى بقية الورثة بين صورتين: صورة اكتشاف سبب المنع قبل قسمة التركة، وصورة اكتشاف سبب المنع بعد قسمة التركة.

⁽¹⁷⁴⁾ لا يتمتع فروع الممنوع في هذه الحالة حتى بأحكام الوصية الواجبة ضرورة أن أباهم لا زال على قيد الحياة إبان وفاة الجد (الفصل 191 من مجلة الأحوال الشخصية).

⁽¹⁷⁵⁾ Cour de Bordeaux, 1^{er} Décembre 1853 (préc.).

1/ صورة اكتشاف سبب المنع قبل قسمة التركة

169. — إن الجريمة التي يرتب عليها الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية المنع من الميراث تؤدي مبدئياً إلى افتتاح التركة لموت الضحية نتيجة القتل أو الإعدام .

فإذا نسب المانع إلى أحد ورثة الهالك ووقع تتبعه بتهمة قتله عمدا لمورثه أو شهادته بالزور شهادة أدت إلى إعدام هذا المورث وتنفيذه، فإن المشكل الذي يطرح يتمثل في معرفة إن كان يجب أن تنتظر صدور قرار جزائي نهائي في حق الجاني لتقسيم تركة الضحية أم لا؟ .

إن حل هذا المشكل يختلف باختلاف الموقف الذي نتخذه:

170. — ويمكن أن نتبنى موقفاً أولاً يقول بإبقاء التركة على حالة الشيعوع إلى حين صدور قرار نهائي في التهمة المنسوبة إلى أحد مستحقيها بطريق الإرث. وهكذا فإنه لا حق لأي من الورثة في أخذ مناب من تركة القتل أو المشهود ضده زورا إلى حين انتهاء إجراءات التتبع، وعليه فإنه لا تقسيم للتركة — بالرغم من افتتاحها — قبل هذا التاريخ لأنه لا يعرف مقدار الحصص النهائية لكل وارث إلا بعد أن تصدر المحكمة الجزئية قراراً نهائياً في التهمة الواقعة من أجلها تتبع أحد ورثة الهالك. ولهذا الحل محاسن أكيدة مردها بساطته ذلك أنه يجنبنا كل تعقيد فيما يخص تقسيم تركة افتتحت بسبب فعلة أتم بارتكابها أحد الورثة. فننتظر صدور قرار جزائي نهائي حول هذه الفعلة وعلى ضوءه نقسم تركة الهالك. فإذا قضت المحكمة الجزئية بإطلاق سراح هذا الوارث أو بإدائه من أجل جريمة أخرى غير القتل العمد أو الشهادة بالزور المؤدية إلى الحكم بإعدام المورث وتنفيذه عليه، فإن سبب المنع الوارد بالفصل

88 من مجلة الأحوال الشخصية لم يتوفر حيال هذا الشخص الذي جرت مقاضاته. وعليه فإن عملية تقسيم التركة ستكون شاملة لكل الورثة بما فيهم هذا الوارث. لكن إذا قضت المحكمة الجزئية بإدانة الجاني من أجل إحدى الجريمتين الواردتين بالفصل المذكور أعلاه، أمكن منعه من الميراث، فتقسم التركة — ابتداء من هذا التاريخ — بمعزل عنه لأن وجوده وعدمه سيان فيما يخص هذا التقسيم بعد أن وقع التحقق بمقتضى القرار الجزائي النهائي من توفر المانع حياله.

وبساطة هذا الحل لا يمكن أن تنسي مساوئه. فطول إجراءات مقاضاة الوارث المتهم يؤدي إلى تجميد التركة والإضرار بقيمتها الاقتصادية وبقية الورثة الذين عليهم انتظار مدة طويلة قد تصل إلى سنوات لينالوا حصصهم. فتتبع الوارث من أجل قتله عمدا لمورثه مثلاً يمر بمراحل عديدة من بحث أولي من طرف الشرطة العدلية مروراً بالتحقيق من قبل الحاكم المختص بالمحكمة الجنائية فمحكمة

التعقيب⁽¹⁷⁶⁾ وربما محكمة إحالة. فيجب إذن انتظار مدة طويلة لكي يصدر قرار نهائي بإدانة هذا الوارث أو بإطلاق سراحه أو بعقابه من أجل جريمة أخرى، ومن ثم لكي تقسم تركة مرت سنوات على افتتاحها، وفي هذا إضرار بالتركة نفسها وبمستحقيها.

ويتأتى الإضرار بالتركة من أنها قد تفقد قيمتها الاقتصادية، فإن كان يمكن التسليم بالحل الأول بالرغم من مساوئه إذا تعلق الأمر بعقارات، فإنه لا يمكن قبوله إذا كانت التركة مترتبة من أسهم في شركات يتجه بيعها وشراؤها في الوقت المناسب ومن ثم إدخالها على الفور في الدورة الاقتصادية حتى لا تفقد قيمتها، وعمليات كهذه لا يمكن أن يقوم بها غير مالك لهذه الأسهم، أي الورثة في موضوعنا. أضف إلى هذا أن تجميد الأموال أيًا كانت طبيعتها يضر بالاقتصاد.

ويتأتى الإضرار بمستحقي التركة من أنهم سوف ينتظرون صدور القرار النهائي على أحدهم لينالوا حصة من تركة قد يكونوا في حاجة أكيدة إليها، وأكثر من هذا قد يكون من بينهم من لا يتغير منابه أيًا كان اتجاه القرار سواء أدى إلى الإدانة من أجل القتل العمد مثلاً (وأدى من ثم إلى إمكانية ترتيب مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على المجرم) أم لم يؤدّ إلى كل هذا.

171. — ومن أجل هذه الأسباب مجتمعة ينبغي تبني موقف ثاني، خاصة وأن مجلة الأحوال الشخصية لا تجهل قواعد توقيف التركة⁽¹⁷⁷⁾. ومفاد هذا الموقف أن يوقف نصيب الوارث الواقع تتبعه ومقاضاته إلى حين صدور قرار نهائي في شأنها وتقسم بقية التركة على الورثة الذين يعاملون — بمقتضى هذا التقسيم — بأسوء التقديرين، أي أنه إذا ما كان توفر المانع من عدمه مؤثر على حظهم في التركة بالزيادة أو بالنقصان أعطوا أقل حظيها. بعبارة ثالثة:

ينبغي أن يتم التقسيم في هذه الحالة على النحو الآتي بيانه: من يتساوى نصيبه — سواء تحقق المانع حيال المتهم أم لم يتحقق — يأخذ نصيبه. أما الوارث الذي يختلف نصيبه باختلاف اتجاه القرار الجزائي ومن ثم باختلاف كون الوارث المتهم ممنوعاً أو غير ممنوع من الإرث، فإنه يعطى أقل النصيبين أو أسوأهما. وبالنسبة للذي يرث في حال تحقق وجود المانع حيال المتهم ولا يرث إذا ثبت غير ذلك، فإنه لا يعطى شيئاً. ويوقف نصيب المتهم الذي تجرى مقاضاته، ومن ثم توقف الفروق بين أنصبة الورثة. ولتبيان أكبر لهذا الحل نورد المثالين الآتيين:

172. — المثال 1: وقع تتبع زوج وقدم إلى المحاكمة من أجل قتله عمداً لزوجته التي تركت كورثة لها أختين شقيقتين وأخاً لأب.

⁽¹⁷⁶⁾ إذا قضت المحكمة الجنائية بإعدام الوارث من أجل قتله عمداً المورث، فإن التعقيب آلي في هذه الحالة (الفصل 223

من م ج).

⁽¹⁷⁷⁾ انظر أحكام الفصل 147 وما بعده المتعلقة بتوقيف ميراث الحمل والفصل 151 المتعلق بتوقيف ميراث المفقود.

فنصيب الورثة على أساس أن الزوج غير ممنوع من الإرث هو: النصف فرضاً لهذا الزوج (الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية) وللأختين الشقيقتين الثلثان لانفرادهما عن الأب وعن ولد الصلب وعن الشقيق الذكر أي لعدم وجود معصب لهما (الفصل 96)، وللأخ لأب الباقي تعصياً (الفصل 114). وأصل المسألة هنا هو ستة، وعالت إلى سبعة، فيرث الزوج ثلاثة أسهم هي نصف تركة القتيلة، وترث الأختان الشقيقتان أربعة أسهم وهي ثلثا التركة، ولا يبقى شيء للأخ لأب ليرثه بالتعصيب⁽¹⁷⁸⁾.

أما نصيب الورثة على فرض أن الزوج ممنوع فيكون على النحو التالي: ثلثا تركة الزوجة القتيلة يعود إلى شقيقتها، والباقي إلى أخيها للأب تعصياً. وأصل المسألة هنا هو ثلاثة: للأختين الشقيقتين سهمان، وللأخ لأب سهم واحد⁽¹⁷⁹⁾. وبما أنه من المفروض أن يعامل الورثة بأسوء التقديرين، أي على أساس أن الزوج غير ممنوع من إرث زوجته، فإن الأخ لأب لا يأخذ شيئاً، وتأخذ الأختان الشقيقتان أربعة أسهم، ويوقف من التركة ثلاثة أسهم هي نصيب الزوج الجاري تتبعه.

وهكذا نكون قد جنبنا التركة أو على الأقل جزءاً منها التجميد في انتظار تقسيمها كلياً بعد صدور القرار الجزائي النهائي:

فإذا صدر هذا القرار بإطلاق سراح الزوج أو بإدائته لكن من أجل الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل مثلاً، بقي الحال على النحو الذي بيناه أعلاه، وأعطى الزوج نصيبه الموقوف وهو ثلاثة أسهم من تركة زوجته الهالكة.

⁽¹⁷⁸⁾ لنفرض هنا أن الزوجة القتيلة قد خلفت تركة تقدر بواحد وعشرين ألف دينار. قلنا إن المسألة قد عالت إلى سبعة. فيقسم مقدار التركة (21000 د) على عدد الأسهم (7) فتكون قيمة كل سهم (3000 د).

الوارثون	الفروض	السهم	الانصبة
الزوج المتهم	النصف $\frac{1}{2}$	3	$3 \times 3000 = 9000$ د
الأختان الشقيقتان	الثلثان $\frac{1}{3}$	4	$4 \times 3000 = 12000$ د
المجموع هو 21000 د. وهكذا فإنه لم يبق شيء للأخ لأب حتى يرثه بالتعصيب			

⁽¹⁷⁹⁾ يقسم مقدار التركة على عدد الأسهم (3) فتكون قيمة كل سهم 7000 د.

الورثة	الميراث	السهم	الانصبة
الأختان الشقيقتان	الثلثان بالفرض $\frac{1}{3}$	2	$2 \times 7000 = 14000$ د
الأخ لأب	الباقي تعصياً	1	$1 \times 7000 = 7000$ د
الزوج لا يرث شيئاً في هذه الصورة، لأنه ممنوع من الميراث.			

أما إذا تحقق وجود المانع حياله بصدور قرار جزائي نهائي يدينه من أجل قتله عمدا لزوجته، فإن هذا الزوج يمنع من الإرث، ويعود منابه الموقوف إلى شقيقتي القتيلة ولأخيها لأب على النحو الذي بيناه في صورة منع الزوج.

173. — المثال الثاني: يتعلق بابن وقع تتبعه من أجل تعمدته قتل أبيه الذي ترك كورثة له زوجة وبناتا وأخا شقيقا زيادة على الابن الذي تجري مقاضاته.

ففي هذه الصورة — وعلى فرض أن الابن غير ممنوع — فإن الزوجة سترث الثمن فرضا لوجود الفرع الوارث (الفصل 102 من مجلة الأحوال الشخصية)، ويرث الابن والبنات باقي التركة تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين (الفصل 119)، أما الأخ الشقيق فلا يرث شيئا لأنه محجوب بالابن المتهم (الفصل 130). وعلى هذا فإن للزوجة سهما واحدا، وللابن والبنات سبعة أسهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وبما أن هذا العدد لا يقسم على ثلاثة وجب تصحيح المسألة ليصير الأصل أربع وعشرين، فيصبح ثمن الزوجة مقدرا بثلاثة أسهم، والباقي وهو واحد وعشرين سهما يرجع إلى الابن الواقع تتبعه وإلى أخته للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون للثانية سبعة أسهم وللأول أربعة عشر سهما توقف إلى حين صدور القرار النهائي في شأنه (180).

أما إذا فرضنا أن القرار الجزائي سيؤدي إلى التحقق من توفر المانع حيال الابن، فإن فرض الزوجة الذي هو الثمن لن يتغير ضرورة أن هنالك فرعا آخر للهالك لم يتحقق حياله أي مانع وهو البنات. وهذه الأخيرة تصبح وارثة بالفرض فتأخذ نصف تركة أبيها تطبيقا لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية، وهذا النصف يقدر باثني عشر سهما من تركة الهالك، ويرث الأخ الشقيق للهالك الباقي تعصيبا أي تسعة أسهم (181).

(180) لنفرض أن القتيل خلف تركة تقدر بثمان وأربعين ألف دينار، فنقسم هذا المقدار على عدد الأسهم وهو 24 ليكون مقدار كل سهم 2000 د.

الورثة	الميراث	السها م	الأنصبة
الزوجة	الثمن بالفرض $\frac{1}{8}$	3	$3 \times 2000 = 6000$ د
البنات + الابن المتهم	الباقي تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين	7	$7 \times 2000 = 14000$ د
		14	$14 \times 2000 = 28000$ د

الزوج لا يرث شيئا في هذه الصورة، لأنه ممنوع من الميراث.

(181)

الورثة	الميراث	السهم	الأنصبة
الزوجة	الثمن فرضا $\frac{1}{8}$	3	$3 \times 2000 = 6000$ د

ومما تقدم يتبين لنا أن الزوجة لا يتغير نصيبها في كلتا الحالتين سواء تحقق المانع حيال الابن أو لم يتحقق، فترث الثمن دائما، ويكون نصيبها في كل الأحوال ثلاث أسهم يتجه إعطاؤهم لها على الفور ودون انتظار صدور القرار الجزائي النهائي على الابن الواقع تتبعه.

أما بنت الهالك فيتغير نصيبها بحسب ما إذا كان المانع سيتحقق حيال أخيها أم لا وذلك من اثني عشر سهما إلى سبعة أسهم في الصورة المعاكسة. وهنا نعطيها على الفور أقل حظيها وهو سبعة أسهم.

وبالنسبة إلى أخ الهالك الشقيق فهو يرث إن تحقق المانع حيال ابن أخيه ولا يرث شيئا في الصورة الأخرى التي تعد أسوأ نصيبه. لذلك فإنه لا يأخذ شيئا إذا وقع التقسيم فورا ودون انتظار صدور القرار الجزائي النهائي.

ويوقف نصيب الابن وهو أربعة عشر سهما إلى حين البت نهائيا في التهمة المنسوبة إليه. فإذا قضى القرار الجزائي بإطلاق سراحه أو بإدائته من أجل جريمة أخرى بقي الحال على ما هو عليه وژد النصيب الموقوف إليه. أما إذا صدر القرار النهائي قاضيا بإدانة هذا الابن من أجل تعمد قتل أبيه، فإنه يمنع من إرث ضحيته، ويقسم المال الموقوف على أخته وعمه الذي زال عنه الحجب، فتأخذ الأولى خمسة أسهم إضافية ليصبح نصيبها اثني عشر سهما وهو نصف التركة، ويأخذ الثاني الباقي تعصيا أي تسعة أسهم.

وهكذا فإنه من الواجب - إذا اكتشف سبب المنع قبل قسمة التركة وجرى تتبع وارث بتهمة اقترافه الجريمة التي أدت إلى افتتاحها والتي من شأنها أن تمنعه من إرث الضحية إذا ثبت ارتكابه لها - تفادي الانعكاسات السيئة لطول إجراءات مقاضاة هذا الوارث المتهم على التركة ومستحقيها. ففي المثال الأخير أمكن لنا - اعتمادا على الموقف الثاني - تجنيب التركة التجميد الكلي إلى حين انتهاء الإجراءات الجزائية، وبذلك نكون قد أدخلنا حوالي نصف التركة⁽¹⁸²⁾ إلى الدورة الاقتصادية على الفور إثر افتتاح تلك التركة.

النبت	النصف فرضا 1/2	12	$24000 = 2000 \times 12$ د
الأخ الشقيق	الباقي تعصيا	9	$18000 = 2000 \times 9$ د
الابن: وجوده كعدمه، فلا يرث شيئا، لأنه ممنوع من الميراث.			

(182) عشرة أسهم من جملة أربع وعشرين سهما تمثل التركة، أي عشرون ألف دينار من جملة ثمان وأربعين ألف دينار خلفها القتيل.

لكن قد يحدث أن يكتشف سبب المنع بعد تقسيم التركة وبعد أن يكون القاتل المتعمد أو الشاهد بالزور قد أخذ نصيبا منها، فما هي حقوق بقية الورثة في هذه الصورة.

2/ صورة اكتشاف سبب المنع بعد قسمة التركة

174. — تفترض هذه الصورة أن يكون الممنوع قد تحصل على حصة من تركة من قتله عمدا أو شهد زورا شهادة أدت إلى إعدامه وتنفيذه، فيتجه إذن لمعرفة حقوق بقية الورثة على هذه الحصة التي أخذها الممنوع ولم يكن له وجه لتملكها بطريق الإرث من ضحيته إذ المنع تسري آثاره منذ افتتاح التركة حتى وإن اكتشف المانع بعد ذلك. وفي هذا المستوى فإن أهم حق يتمتع به بقية الورثة — والذي نستنتجه من غاية المنع ذاتها — هو استرجاع الأموال التي انتقلت للممنوع بغير وجه صحيح. فيمكن لهؤلاء الورثة استيفاء حقهم من الممنوع نفسه إن كان لا يزال على قيد الحياة أو من ورثته اللذين انتقلت إليهم أموال الضحية إذا كان الممنوع قد هلك بدوره ونقل ما ورثه بغير حق إلى ورثته.

175. — ففيما يخص الحالة الأولى فإن الممنوع يعد بالضرورة حائزا عن سوء نية لأنه يعلم علم اليقين أنه قد ارتكب جريمة خطيرة في حق مورثه تمنعه من التمتع بتركته. وعلى هذا الأساس فإنه سيعامل بهذه الصفة إذا اكتشف سبب المنع لاحقا وتتبعه بقية الورثة قصد إرجاع المناب الذي أخذه من تركة الضحية، أو قيمته إذا تعذر الرد العيني. ويعد الممنوع مسؤولا قبل بقية الورثة عن هلاك أو تلف هذا المناب الذي لم يكن له حق في أخذه. وتستنتج هذه المسؤولية من أحكام الفصل 43 من مجلة الحقوق العينية الذي ينص على أن الحائز عن سوء نية ضامن للشيء "[...] إذا تلف أو هلك ولو بأمر طارئ أو قوة قاهرة. وعليه أداء قيمته في تاريخ اتصاله به. وإن كان من المتليات، رُد بمقداره. وإذا تعيب فقط، رد الفرق بين الحالتين. وعليه كامل القيمة، إن انعدم النفع به نظرا لما أعد له". وهكذا فإنه يمكن لبقية الورثة أن يلزموا الممنوع — بوصفه حائزا عن سوء نية — بأن يرد لهم قيمة الحصة إبان تسلمه إياها عند توزيع التركة سواء كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو لسبب أجنبي عنه.

أما إذا هلك المناب جزئيا بحيث انعدم النفع ببعضه وبقي البعض الآخر صالحا للاستعمال، فإن لبقية الورثة الحق في مطالبة الممنوع بدفع الفرق بين قيمة الشيء كما تسلمه وقيمه إبان الإرجاع. لكن إذا أحدث الممنوع زيادات في المناب، فإنه من الواجب التفريق بين تلك التي تعلق بمنقول وتلك التي حصلت على عقار:

ففي الصورة الأولى يخير بقية الورثة بين حلين: إما طلب استرجاع المنقول مع دفع قيمة الزيادة التي أحدثها الممنوع أو بقاءه بيده والمطالبة بقيمته الأصلية مع مبلغ تقدره المحكمة (الفصل 55 من نفس المجلة).

وإذا تعلق الأمر بعقار فإن التحسينات التي يدخلها الممنوع تتمثل عادة في مبان أو مغروسات أو منشآت يحدثها هذا الأخير عليه.

وفي هذه الحالة تنطبق أحكام الالتصاق بفعل الإنسان وخاصة منها المتعلقة بالباقي والغارس أو المنشئ عن سوء نية لأن الممنوع يعلم علم اليقين أن الأرض التي بنى عليها أو غرسها لا يمكن أن يمتلكها بطريق الإرث.

ويمنح المشرع بالفصل 36 من مجلة الحقوق العينية بقية الورثة، أي أصحاب الأرض الحقيقيين، الخيار بين المطالبة بإزالة ما أحدثه الممنوع أو الإبقاء عليه وذلك على التفصيل الآتي بيانه: إذا طالب بقية الورثة بإزالة المنشآت أو المغروسات لإعادة الأرض إلى حالتها الأولى، فإن هذه الإزالة تتم على نفقة الممنوع، وهؤلاء الحق كذلك في طلب التعويض إذا أصاب الأرض

ضرر نتيجة إقامة المنشآت والمغروسات أو إزالتها تطبيقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل المذكور أعلاه.

أما إذا طلبوا استبقاءها ومن ثم تملكها بالالتصاق، فعليهم أن يدفعوا للممنوع قيمة المواد وأجرة اليد العاملة كما تنص على ذلك الفقرة الثالثة من نفس الفصل.

مما تقدم يتبين أن لبقية الورثة حق استرداد مناب الممنوع. وهنا تثار مسألة مدى حقهم في استرجاع ثمار هذا المناب علماً وأن القاعدة العامة في هذا الصدد تقضي بأن للمالك الحق في كل ما ينتجه الشيء من غلة أو دخل. فعندما يطالب هذا المالك الحائر عن سوء نية برد الشيء، يحق له أيضاً مطالبته برد الغلة⁽¹⁸³⁾ التي جناها أو كان من الممكن أن يجنيها والدخل الذي عاد إليه أو كان من الممكن أن يعود إليه تطبيقاً لمقتضيات الفصل 42 من مجلة الحقوق العينية الذي ينص على أنه "على الغاصب أن يرد عين ما غصبه مع جميع ما حصل عليه من الغلة والدخل أو ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المغمصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشيء [...]".

176. — وهكذا فإن لبقية الورثة حق استرداد غلة ودخل الشيء الذي حازه الممنوع عن سوء نية. وتمتد حقوق هؤلاء في استرداد أموال التركة وغلتها إلى ورثة الممنوع إن حدث وتوفي هذا الأخير ناقلاً بدوره هذه الأموال إلى ورثته مع فارق بسيط يتمثل في أن هؤلاء قد يكونوا حسني النية. فالورثة

(183) للغة هنا مفهوم واسع يشمل الطبيعة منها والمدنية.

محمولون على أنهم لا يعلمون أن كل التركة التي ورثوها عن مورثهم أو على الأقل بعضها ليست في الواقع ملكا له لأنها انتقلت إليه بطريق إرث هو ممنوع منه. لذا يمكنهم المطالبة بمعاملتهم بهذه الصفة فيما يخص رد الشيء أو غلته ودخله أو فيما يخص التحسينات التي أحدثوها على منقول تابع لتركة ضحية مورثهم أو المنشآت والمغروسات التي أقاموها على أرض لم يكن لمن ورثها لهم حق فيها لأنه مرتكب لجريمة القتل العمد أو الشهادة زورا في حق مالکها الذي هو مورث له.

وعليه يمكن لورثة الممنوع أن يعارضوا حق بقية ورثة الضحية بالتقادم المكسب الوارد بالفصل 46 من مجلة الحقوق العينية إذا تعلق الأمر بعقار⁽¹⁸⁴⁾.

أما إذا طالبهم بقية الورثة باسترجاع منقول راجع لتركة ضحية مورثهم، فيمكنهم التمسك بقاعدة الحيابة سند للملكية الواردة بالفصل 53 من مجلة الحقوق العينية وبالفصل 488 من مجلة الالتزامات والعقود.

أما إذا أقاموا منشآت أو مغروسات على أرض هي محل مطالبة من قبل بقية ورثة الضحية فإن الفقرة الرابعة من الفصل 36 هي المنطبقة في هذه الحالة والتي تنص على أنه "إذا كانت البناءات والمغروسات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان حائزا 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".

وإذا كان موضوع طلب ورثة الضحية استرداد غلال الشيء أو دخله بعد استرداد الشيء نفسه لعدم توفر الشروط الواردة بالفصل 46 من مجلة الحقوق العينية المذكور أعلاه، فإن أحكام الفصل 44 من نفس المجلة هي المنطبقة في هذه الحالة ومفادها أنه لا حق لهؤلاء فيما أنتجه الشيء قبل قيامهم من غلال ودخل، لكن قيامهم هذا يمنحهم حق مطالبة ورثة الممنوع ابتداء من تاريخ رفع دعوى استحقاق هذه الغلال وهذا الدخل وذلك لزوال حسن نية هؤلاء بعد هذا القيام.

وهكذا فإن حق استرجاع الشيء الذي يتمتع به بقية ورثة الضحية يختلف سواء كان المطلوب هو الممنوع نفسه أو ورثته، هذا الاختلاف الذي نجده كذلك إذا كان المطلوب هو الغير.

الفقرة الثانية: الآثار بالنسبة إلى الغير

177. — كنا قد ذكرنا بأنه قد يحدث أن يأخذ قاتل متعمد أو شاهد بالزور شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه منابا من تركة ضحيته ثم يكتشف بعد ذلك أنه قد ارتكب أحد هذين

(184) لا تنطبق أحكام الفصل 47 من مجلة الحقوق العينية والمدة الواردة به في هذه الصورة، لأن الأمر لا يتعلق بورثة للضحية بل بورثة لأحد ورثته، وذلك بعكس الممنوع تماما.

المانعين، فما هو تأثير هذا الاكتشاف المتأخر لسبب المنع على الغير الذي تعامل في الأثناء - أي في الفترة الممتدة بين افتتاح تركة الضحية وتقسيمها على الورثة وأخذ كل واحد لحصته فيها وبين اكتشاف سبب المنع - مع الوارث الجاني وكان موضوع المعاملة أموالاً راجعة إلى تركة ضحية الأول؟ إن الإجابة تكون مبدئياً بالقول إنه على الغير تحمل نتيجة تعامله مع الوارث الجاني وإرجاع الأموال التي حصل عليها إلى بقية الورثة وذلك لأن فوات وصف الوارث بالنسبة للطرف الذي تعامل معه قد تحقق منذ افتتاح التركة، والقاعدة هي أنه: "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق" (الفصل 551 من مجلة الالتزامات والعقود)، وعليه فإن كل التصرفات التي قام بها الممنوع والتي كان محلها أموالاً راجعة إلى تركة ضحيته تعد باطلة.

بما جاء للتو نكون قد وصلنا إلى نتيجة معمنة في التشدد تجاه الغير ومجانبة للإنصاف خاصة إذا ثبت حسن نية هذا الأخير.

لكن يمكن تفادي هذه النتيجة وحماية الغير عن طريق القواعد المتعلقة بالحوز من جهة (أ) ونظرية الوارث الظاهرة من جهة أخرى (ب).

(أ) الحوز

178. — يتعين التفريق هنا بين ما إذا كان الغير حائزاً لمنقولات أو لعقارات تابعة لتركه الضحية.

1/ حوز المنقولات

179. — ينص الفصل 53 من مجلة الحقوق العينية على أن "من حاز شيئاً منقولاً أو صبرة من المنقولات شبهة حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبتته. ولا يحمل على الشبهة من علم أو كان من حقه أن يعلم عند توصله بالشيء المنقول أن المتوصل منه ليس له التصرف في ذلك".

وإذا أردنا تطبيق مقتضيات هذا النص على الغير الذي اشتري منقولاً من الممنوع مثلاً، فعلى أن نفرق بين صورتين: صورة توفر حسن النية حيال الغير وصورة سوء نيته.

180. — فبالنسبة إلى الصورة الأولى - وتطبيقاً لمقتضيات الفقرة الأولى من النص المذكور ومقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 488 من مجلة الالتزامات والعقود - نفترض أن الغير قد اعتقد أن المنقول الذي تلقاه هو على ملك معاقده أي الممنوع. بعبارة أخرى: الحائز هنا كان إما جاهلاً بأن المنقول الذي اشتراه مثلاً كان على ملك الضحية ومن ثم فإنه اعتقد أنه بصدد تلقي ملكية الشيء من قبل صاحبه الشخصي، أو كان عالماً بأن هذا المنقول كان على ملك القليل وانتقل

بطريق الإرث إلى الطرف الذي ابتاعه منه لكنه مجهل أن هذا الأخير قد ارتكب جريمة القتل المتعمد في حق مورثه أو الشهادة ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بإعدامه وتنفيذه، وأنه ممنوع هكذا من الإرث ومن ثم فلا حق له في تملك موضوع البيع ونقله إليه.

فإذا توفر شرط حسن النية هذا حيال الغير وكانت حيازته للمنقول قانونية، فإنه يكون قد كسب ملكيته بمجرد الحيازة أي فور تسلمه لهذا المنقول دون اشتراط مرور مدة زمنية معينة. والغير هنا لا يمتلك بمقتضى عقد البيع الذي أمضاه مع الممنوع ضرورة أن العقد صادر عن غير مالك وإنما بالحيازة المصحوبة بحسن النية.

وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن لبقية ورثة الهالك اللذين هم أصحاب المنقول الحقيقيين أن يستردوه من يد الغير بعد أن اكتشفوا سبب المنع حيال من نقله إلى هذا الأخير، ويمكن من ثم للحائز أن يدفع دعواهم بأنه تملك المنقول بالحيازة.

181. — أما بالنسبة إلى الصورة الثانية فتفترض أن الغير كان سيء النية، أي عالما أو محمولا على العلم — عند توصله بالمنقول — أن المتوصل منه ليس له التصرف في ذلك لأنه ممنوع أصلا من امتلاكه بطريق الإرث. بعبارة أخرى: الغير هنا كان يعلم أن الشخص الذي تعامل معه قد قتل عمدا مورثه أو شهد ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، وأن المنقول راجع لرتبة الضحية، ومن ثم فإنه لا حق للجاني في التصرف فيه بعنوان الوارث. في هذه الصورة على الغير أن يرد المنقول إلى بقية الورثة. ونفس الحلول تنطبق مبدئيا على حوز الغير لعقارات تابعة لرتبة الهالك لكن مع بعض الاختلافات الراجعة إلى خصوصية محل كل من الحوزين.

2/ حوز العقارات

182. — قد يكون الممنوع نقل إلى الغير ملكية عقار تابع لرتبة ضحيته، وهنا يمكن للغير التمسك بقواعد التقادم المكسب تطبيقا لمقتضيات الفصل 45 من مجلة الحقوق العينية القائل إن "من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار مدة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون شغب مشاهدا مستمرا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم". وعلى هذا الأساس يمكن للغير — إذا تحققت شروط الحيازة وتحققت المدة — أن يعارض دعوى الاستحقاق التي قد يقوم بها ورثة الهالك بعد اكتشافهم لسبب المنع حيال ناقل ملكية هذا العقار للغير.

وهكذا يكتسب هذا الأخير العقار بالتقادم إذا كانت حيازته قانونية مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي ومستوفية لشروطها. بعبارة أخرى: يجب أن يكون الغير مسيطرا فعليا على العقار، وأن تكون سيطرته بصفة مالك، كما يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها، أي

يجب أن تكون مستمرة بدون انقطاع، وظاهرة وعلنية، وهادئة بدون شغب، وواضحة لا يشوبها لبس أو غموض.

لكن توفر هذه العناصر والشروط في حيازة الغير غير كافية لأن تمكنه من معارضة بقية ورثة ضحية ناقل العقار موضوع الحيازة بل يجب أيضا أن تستطيل فترة من الزمن قدرها الفصل 45 بخمسة عشر عاما.

فإذا توفر شرط المدة على النحو المفصل أعلاه، أصبح الغير الحائز لعقار تابع لتركة ضحية معاقده مالكا له بالتقادم المكسب، ومن ثم فإن دعوى الاسترجاع التي قد يقوم بها بقية الورثة بوصفهم المالكين الحقيقيين للعقار موضوع حيازته تكون قد سقطت كما ينص على ذلك الفصل 50 من مجلة الحقوق العينية.

وعلى أن نلاحظ هنا أن هذا السقوط ليس بآلي وعلى الغير الحائز إثارته لكي تؤدي الحيازة إلى كسب ملكية العقار الذي هو محلها.

183. — لكن إذا كان الغير حسن النية، خفضت مدة التقادم المكسب لتصبح عشر سنوات. وانطلاقا من الفصل 46 من مجلة الحقوق العينية يمكن أن نعرف الحائز عن حسن نية بالشخص الذي انجر له الحوز بمقتضى عمل قانوني يجهل عيوبه، أي الشخص الذي انتقل له العقار من الممنوع بمقتضى عقد ناقل للملكية وكان لا يعلم وقتها أن معاقده ليس بمالك له. وهكذا فإن قواعد الحوز كفيلة بحماية الغير الذي تعامل معه الممنوع في الفترة الممتدة بين تاريخ افتتاح التركة وتاريخ اكتشاف سبب المنع.

إلا أن هذه الحماية تظل غير كافية خاصة بالنسبة للغير الذي ثبتت حسن نيته ضرورة أنه من الوارد أن يكتشف سبب المنع قبل أن تستوفي مدة الحوز التي تمكنه من التمسك بالتقادم المكسب القصير.

ولهذا السبب اعتمد القانون المقارن - لسد هذا النقص في حماية الغير - نظرية الوارث الظاهر، فهل يمكن الأخذ بهذا الحل في القانون التونسي؟

ب) نظرية الوارث الظاهر

184. - يتجه التعرض هنا إلى التطورات التي عرفها القانون المقارن بالنسبة إلى هذه المسألة قبل البحث في إمكانية تبني حل مماثل في القانون التونسي. لذلك سندرس في مرحلة أولى المشكل في القانون المقارن لنحاول إيجاد حل واجب التبني في القانون التونسي.

1/ المشكل في القانون المقارن

185. - إن الدارس للفقهاء الفرنسي فيما يخص مشكلة الممنوع الذي كانت له علاقات بالغير موضوعها أموال التركة والذي اكتشف سبب منعه بعد ذلك يلاحظ أن هذا الفقه قد مر بثلاث مراحل اتخذت خلالها مواقف مختلفة.

ففي مرحلة أولى تمسك الفقهاء الذين يقولون بضرورة وجود حكم خاص يصرح بالمنع بأن صفة الوارث لا تزول إلا بالنسبة إلى المستقبل، وعلى هذا الأساس فإن التصرفات التي قام بها هذا الأخير قبل صدور الحكم الذي صرح بمنعه والتي كان موضوعها أموالا راجعة لتركة ضحيته تبقى صحيحة حتى بعد ذلك. ويقول "أوبري" و "رو" في هذا المجال إنه "من

الواجب اعتبار أن الممنوع الذي وقع إقصاؤه من التركة يتمتع قانونا بحقوق ووصف الوارث [...] في علاقاته بالغير وذلك إلى حد اليوم الذي صرح فيه بمنعه. وهكذا فإن البيوعات التي عقدها والرهون العقارية التي أتمها [...] صحيحة بالنسبة إلى الغير ولا يمكن أن تنتج غير دعوى في تعويض الأضرار ضد الممنوع"⁽¹⁸⁵⁾. إلا أن هناك من الفقهاء الذين ينتمون إلى نفس الحقبة التاريخية (القرن التاسع عشر) من اتخذ موقفا معاكسا. ولقد قال هؤلاء إن علاقات الممنوع بالغير يجب أن تخضع لنفس علاقات الأول ببقية الورثة. بعبارة أخرى للمنع أثر رجعي حتى بالنسبة للغير مما يعني أن كل التصرفات التي قام بها الممنوع منذ افتتاح التركة تعد باطلة⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ Aubry et Rau, op. cit., p. 428.

⁽¹⁸⁶⁾ انظر: Demolombe, op. cit., n° 310 et 311.

لكن وفي مرحلة ثانية، أخذ فيها بعين الاعتبار حسن نية الغير الذي تعامل مع الممنوع قبل اكتشاف سبب امتناعه، فرق الفقهاء بين نوعين من العقود التي أبرمها هذا الأخير مع الغير: عقود الحفظ كالكراء مثلا وتبقى صحيحة، والعقود الناقلة للملكية وتعد باطلة. وفي مرحلة أخيرة انعقد الإجماع بين الفقهاء⁽¹⁸⁷⁾ على القول بصحة كل عقود المعاوضة التي أبرمها الممنوع وذلك بالاعتماد على نظرية الوارث الظاهر على شرط أن يكون الغير حسن النية. ف"الغلط الذي ارتكبه الغير الذي أبرم عقودا مع الممنوع يعد عاما ولا يمكن تفاديه. وتعد هذه العقود صحيحة إذا لم يقع التصريح بأية إدانة ضد الوارث مثلا. فلا يمكن لأحد أن يتهمه بارتكاب سبب المنع [...]"⁽¹⁸⁸⁾.

ولقد تبنت "محكمة بواتيبي" في قرارها في 25 جوان 1856⁽¹⁸⁹⁾ هذا الحل. وتفيد الوقائع أن ابنا أبرم عقد بيع مع الغير تعلق بأشياء ورثها عن أبيه القتيل، ثم وقع تتبع هذا الابن أمام المحكمة الجزائية التي أدانته من أجل جريمة القتل المتعمد الواقع على أصل. ولقد أثير مشكل صحة عقد البيع أمام المحكمة فأجابت قائلة: "بالرغم من [...] أن المنع ينتج آثاره بداية من يوم افتتاح التركة، فإن بيع أموال هذه التركة من طرف الوارث قبل إدانته صحيح إذا توفر حسن نية [...] المشتري". والسؤال الآن: هل يمكن قانونا للمحاكم التونسية القضاء بحكم مماثل إذا عرض عليها هذا المشكل؟

2/ الحل الواجب تبنيه في القانون التونسي

186. — يمكن القول إن الأعمال التي يبرمها الممنوع مع الغير في المدة التي تفصل افتتاح التركة عن اكتشاف سبب المنع تعد باطلة. ففوات وصف الوارث عن الممنوع يبدأ منذ هلاك ضحيته. لذلك لا يجوز له أن ينقل للغير أموالا لا حق له في تملكها أصلا (الفصل 551 من مجلة الالتزامات والعقود).

والسؤال الذي يطرح هنا يتمثل في معرفة إن كان هذا العقد الذي أتمه الممنوع بمثابة بيع لملك الغير على معنى الفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁽¹⁸⁷⁾ انظر: F. Terré et Y. Lequette, op. cit., p. 52 ; Planiol, op. cit., p. 507 ; Marty et Raynaud, op.

cit., p. 30 s.

⁽¹⁸⁸⁾ Mazeaud, op. cit., p. 56.

⁽¹⁸⁹⁾ Cour de Poitiers, 25 Juin 1856 (préc.).

في فرنسا رفضت محكمة "بواتيي" مثل هذا التحليل في قرارها السالف الذكر ورفضت تطبيق الفصل 1559 من المجلة المدنية على العقد الذي أبرمه الممنوع لأن هذا العقد لم يتعلق ببيع ملك الغير⁽¹⁹⁰⁾. ويمكن القول إنه من الصعب تقريب العقود التي أبرمت على هذا النحو من صورة بيع ملك الغير، ذلك أن للممنوع هنا علاقة قوية بالمبيع الذي انتقل إليه بطريق الإرث، هذه العلاقة التي جعلت من المستحيل على الغير حسن النية أن يعلم أن هذا الوارث هو قاتل متعمد لمورثه مثلا والحال أن الأمر ليس على هذه الحال في الصورة الثانية. أضف إلى ذلك أن تطبيق القواعد الواردة أعلاه على الغير في موضوعنا يعد إجحافا بحقوقه لأن الغلط الذي ارتكبه لا يمكن تفاديه ويصعب - إن لم نقل يستحيل - على الشخص العادي أن يعلم بارتكاب الممنوع لجريمة لم يقع تتبعه لأجلها أو على الأقل لم تحم شكوك حوله على أنه قد ارتكبها.

187. - وعلى هذا فإن الإنصاف يقتضي تبني الحل الذي اعتمد في القانون الفرنسي. لكن هل يمكن أن نجد سندا قانونيا لهذا؟

بالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود نجد أن المشرع قد أورد مصطلح "الوارث الظاهر"، مما يمكن مبدئيا من اعتماد هذه المؤسسة للقول بصحة عقود المعاوضة التي يبرمها الممنوع مع شخص حسن النية. فلقد نص الفصل 399 من المجلة المذكورة أنه "إذا قطع الوارث الظاهر المدة أو انقطعت عليه سرى حكم ذلك إلى الوارث الحقيقي". فإذا كان الوارث الحقيقي يتحمل تبعات الأعمال التي يقوم بها الوارث الظاهر والتي تقطع عنه مدة التقادم المسقط، فإنه من الجائز أن نتوسع (بواسطة القياس) في هذا الحل بالقول بتحمل الأول لتبعة عقود العوض التي أبرمها الثاني على أن يعود عليه فيما يخص قيمتها. بعبارة أخرى: يمكن القول إن الشخص الذي قتل مورثه أو شهد ضده بالزور شهادة أدت إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه يعد وارثا ظاهرا إبان افتتاح التركة التي لم يعلم بعد سبب منعه منها. فإذا قسمت هذه التركة وأبرم عقد بيع يتعلق بعقار تابع لها مع شخص حسن النية، فإن تصرف هذا كان مبنيا على أساس أن الممنوع مالك ظاهر للمبيع. لذا يتجه القول بصحة البيع. ويصح هذا الحل خاصة وأنه يأخذ بعين الاعتبار مقتضى هام هو الحفاظ على استقرار المعاملات. لكن من الجائز القول بأنه حل يتنافى وضرورة التأويل الضيق للفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لأنه يسمح للممنوع من الميراث بالتصرف في تركة ضحيته والحال أن هذا الفصل ينص على أنه لا يرث القاتل وشاهد الزور.

(190) Cour de Poitiers, 25 Juin 1856 (préc.).

يمكن الرد على هذا النقد بالتأكيد من جهة على عدم جديته ومن جهة أخرى على عدم مجانية الحل المقترح لمبدأ التأويل الضيق.

فالنقد غير جدي لأن التمسك بصحة عقد البيع الذي أبرمه الممنوع مع الغير حسن النية لا يؤدي إلى إجازة تصرف مجرم في تركة ضحيته، فهذا التصرف يظل ممنوعاً على الجاني لكن حماية المعاملات واستقرارها جعلانا نقول بصحته إذا قام به الممنوع بالرغم من ذلك.

أضف إلى هذا أن الحل المقترح تبنيه لا يخالف أحكام الفصل 88 لأنه لا يؤدي إلى توريث ممنوع، فتبقى لبقية الورثة امكانية استرجاع قيمة موضوع البيع من هذا الأخير الذي لن يرث شيئاً بهذه الطريقة .

وهكذا فإن ضرورة التأويل الضيق للنص المذكور لا تمنع من تبني هذا الحل.

خاتمة الجزء الأول

188. — للفصل 88 معنى صريح هو أنّ القاتل عمدا وشاهد الزور الذي أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه لا يرث ضحيّته.

وحديث النص عن القاتل عمدا يحيل على مشكل القتل على وجه الخطأ ومشكل الضرب والجرح المتعمد الذي يفضي إلى القتل. كما يحيل الحديث نفسه على مسألة تثبیت جريمة القتل العمد وإن كان القضاء الجزائي بالإدانة وسيلة ضرورية لهذا الغرض.

أمّا حديث النص عن الشاهد زورا الذي أدّت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه فيحيل على مشكل الشاهد والشهادة والشروط التي تجب أن تتوفر فيهما، فضلا على مشكل عقوبة الإعدام وتنفيذها.

أخير يتحدث النص عن أن القاتل والشاهد تؤدي فعلته إلى نتيجة: أنه لا يرث. هذا الحديث يحيل على مشاكل إجرائية ومشاكل موضوعية. فأما المشاكل الإجرائية، فتهم ضرورة وجود حكم قضائي يقول بالمنع، كما تهم أطراف الدعوى والمحكمة المختصة. وأما المشاكل الموضوعية، فتهم أثر المنع على الورثة وأثره على الغير.

هذه المسائل تهم أيضا المعنى الضمني للفصل 88، إن قيل طبعا بوجود هذا المعنى.

الجزء الثاني
المعنى الضمني للنص

189. — ينص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية في تحريره باللغة الفرنسية على أن "القتل العمد مانع للميراث. فيمنع من الإرث الجاني سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بإعدام المورث المتبوع بالتنفيذ"⁽¹⁹¹⁾.

فالفقرة الأولى من النص تستعمل صيغة المفرد للدلالة على الجريمة المانعة للميراث، وهذا يعني في الظاهر أن هذه الجريمة تمثل لوحدها الفعلة التي يتمتع بها إرث الجاني من تركة ضحيته.

لكن الفقرة الثانية — وهي تفسيرية للأولى — تنص على أن المنع يهّم الفاعل الأصلي والشريك في جريمة القتل المتعمد كما يهّم شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. وإذا قرنا هذه الفقرة من القانون الجنائي، لقلنا إنها تفسر المفرد بالمتن. بعبارة أخرى: تفصل الفقرة الثانية في المانع الوارد بالفقرة الأولى مضافة إليه — إذا اعتمدنا التقسيم الوارد بالمجلة الجنائية — جريمة أخرى مستقلة بذاتها، أي في النهاية مانعا آخر⁽¹⁹²⁾.

190. — إلا أن هذا لم يمنع الفقهاء الذين تعاطوا تأويل "النص الفرنسي" من القول بأنه أورد مانعا وحيدا للميراث وأن صيغة المفرد المستعملة فيه لا تتفق مع عبارات النص العربي. فيقول "بورمان": "نص الفصل 88 من المجلة التونسية على أن القتل العمد مانع للميراث، وحدد ما يعنيه بالقتل العمد. لكن الأمر يتعلق هنا بالتحرير الرسمي الفرنسي، هذا التحرير الذي لا يتفق تماما مع النص العربي الرسمي"⁽¹⁹³⁾. هذا الكلام ينبغي — كما تقدم — تدقيقه بالقول إن "النص الفرنسي" أورد مانعين للإرث تحت عنوان واحد هو القتل العمد. وعلى كلٍّ يوجد اختلاف في التحرير بين النص الفرنسي والنص العربي. فهذا قال في فقرته الأولى إن "القتل من موانع الإرث [...]"، واستعمل إذن صيغة الجمع للدلالة على الأفعال والأوصاف التي تحول بين الوارث وانتقال تركة مورثه أو جزء منها إليه.

191. — ولقد قررت الفقرة الثانية من هذا النص العربي — على غرار نفس الفقرة من الترجمة الفرنسية — سببين للمنع من الميراث يمثلان جزءا من الجمع الوارد بالفقرة الأولى وهما القتل العمد

(191) Art 88 du Code du statut personnel : "L'homicide volontaire constitue un empêchement à la successibilité. Est exclu du droit de succéder, le coupable, qu'il soit auteur principal, complice ou faux témoin dont le témoignage a entraîné la condamnation à mort de l'auteur, suivie d'exécution".

(192) انظر الفقرة عدد 83 حيث قيل إنّ اعتبار الفصل 88 شهادة الزور جريمة مندرجة تحت القتل سببه تأثره بالمذهب المالكي.

(193) Maurice Bormans, Religion et succession en Tunisie. A propos de l'art 88 du code du statut personnel, Sezione Cultural, p. 206

والشهادة بالزور. فتقول هذه الفقرة: "لا يرث القاتل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا أو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه".

وزيادة على صيغة الجمع هذه استعمل المشرع حرف "من". وهو مشترك لفظي، أي تعبير يفيد بحسب وضعه في اللغة عدة معاني كالاستفهام والتبويض⁽¹⁹⁴⁾، لكن السياق قرينة على أن المراد منه هو التبويض.

وهكذا يكون النص العربي قد ذكر بعض الموانع باعتبار أنه قد استعمل - زيادة على صيغة الجمع (موانع) - "من" التبويضية.

فالاختلاف إذن موجود بين النصين العربي والفرنسي، باعتبار أن النص الأول يتحدث عن جمع لم يذكر إلا صورتين منه، أما الثاني فتحدث عن مانعين فحسب.

192. - ولقد قال كل الفقهاء تقريبا بوجود اختلاف بين النصين وإن كان بمعنى مختلف قليل عن الذي ذكر أعلاه.

فيقول "علي المرغني" إن "النص العربي يبدأ بلفظة «من» [...] ولا يذكر غير سبب واحد للمنع من الميراث هو قتل المورث عمدا أو المشاركة في هذا القتل أو الشهادة زورا. لكن النص الفرنسي - كما ورد بالترجمة الرسمية - يقول إن القتل العمد مانع للإرث"⁽¹⁹⁵⁾.

وتقول "دي لاقرانج" إنه "إذا كان الفصل 88 لا يذكره (تعني مادة الردة)، فإنه يعنيه ضمنيا، واستعمال لفظة «من» التي سبقت المانع الوحيد الذي وقع التعرض إليه لا يترك أي مجال للشك"⁽¹⁹⁶⁾.

193. - وإذا كان الاتفاق حاصلًا على وجود اختلاف بين النص العربي والنص الفرنسي، فثم اتفاق آخر منعقد وهو تطبيق النص العربي وترك النص الفرنسي. وفي هذا الاتجاه يقول "مُجد الشرفي"

⁽¹⁹⁴⁾ انظر: المعجم العربي الحديث لاروس، مكتبة لاروس، باريس، 1988.

⁽¹⁹⁵⁾ Ali Mezghani, Réflexions sur les relations du code du statut personnel avec le droit musulman classique, R.T.D. 1975, n°2, p. 67.

⁽¹⁹⁶⁾ E. de Lagrange, Le législateur tunisien et ses interprètes, R.T.D., 1968, p. 22.

وانظر أيضا: الهادي كرو، زواج المسلمة بغير المسلم ومصادقة الدولة التونسية على اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962، مجلة القضاء والتشريع 1971، ص 144.

إن "الترجمة الفرنسية [...] ليست لها قيمة قانونية" (197). كما تقول محكمة التعقيب إنه "إذا اختلف النص الفرنسي والنص العربي، وجب العمل بالنص العربي" (198).

194. — فإذا كان النص العربي هو الواجب التطبيق في صورة الاختلاف، فإن صيغة الجمع ولفظة "من" يميلان على مصادر تكميلية. ولقد اختلف الفقه فيما بينه وفقه القضاء حول هذه المسألة. بعبارة أخرى: يوجد خلاف حول أصل وجود معنى ضمني للفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. ومن يقول بوجود هذا المعنى، سيجد نفسه أمام مشكل تحديده. وعليه ينبغي أن نبدأ بالمواقف حول وجود المعنى الضمني (الفصل الأول)، وبعد ذلك نمر إلى المواقف حول محتوى المعنى الضمني (الفصل الثاني).

(197) Mohamed Charfi, Introduction à l'étude du droit, C.E.R.P., 1983, p. 162.

(198) تعقيب مدني، 3 ديسمبر 1974 نشرية محكمة التعقيب، الجزء الثاني، ص 58. انظر أيضا: تعقيب جنائي، 2960، 8 سبتمبر 1965، نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائري، الجزء الثاني، ص 130؛ تعقيب مدني عدد 6396، 18 فيفري 1969، نشرية محكمة التعقيب، ص 25/ مجلة القضاء والتشريع 1969، ص 603. ولقد جاء الأمر المؤرخ في 27 جانفي 1883 قائلا إنه إذا اختلف النص العربي مع النص الفرنسي فإن المحكمة تعمل بالنص المطابق للغتها.

ثم جاء الفصل 5، ف.1 من الاتفاقية التونسية الفرنسية لـ 3 جوان 1955، وجاء الفصل 2 من الأمر العلي المؤرخ في 20 محرم 1375 هـ (8 سبتمبر 1955 م) ليقولا بتقديم النص العربي على الفرنسي في صورة الاختلاف.

الفصل الأوّل

المواقف حول وجود المعنى الضمني

195. — إن التساؤل حول وجود معنى ضمني للفصل 88 والاختلاف في ذلك هو في الحقيقة تساؤل واختلاف حول المصادر التكميلية لمجلة الأحوال الشخصية. والاختلاف حول المصادر التكميلية ليس خاصة ينفرد بها القانون التونسي. فإذا سلمنا بأن القانون لا يمثل جملة من الحلول الجاهزة للمشاكل التي تنشأ عن تعقد العلاقات الاجتماعية وتشعبها، أمكننا القول بضرورة وجود فراغ أو غموض في النصوص التشريعية. وهذا الفراغ أو الغموض يدعو الفقيه ويفرض على القاضي عملية التأويل اعتمادا على طرق وردت بالقانون نفسه. بعبارة أخرى: إن المؤول مدعو للبحث عن حلول لم ترد صراحة بنص القانون الغامض أو لم ترد أصلا إذا تعلق الأمر بسكوت للمشرع.

196. — إلا أن خصوصية كل تشريع تؤدي إلى تفرد الغاية من التساؤل عن المصادر التكميلية للقانون وإلى اختلافها من بلد إلى آخر ومن منظومة أو عائلة قانونية إلى أخرى. وهكذا فإن غاية رجوع الفقيه الفرنسي مثلا إلى المصادر التكميلية في عملية تأويل النصوص القانونية تختلف اختلافا جوهريا عن تلك التي يهدف إليها الفقيه أو القاضي التونسي. وتؤكد "دي لاقرانج" على ما تقدم بالقول إن "كل مجالات القانون في العالم يطرحون أسئلة [...] تتعلق بالرجوع إلى المصادر في صورة سكوت النص حول نقطة كانت سبب نزاع. فيمكن للمؤول الغربي أن يعتمد - لضروريات البحث المطلوب - حججا مستمدة من القانون القديم وفي بعض الأحيان من القانون الروماني [...] إلا أن معطيات المشكل مختلفة بالنسبة للمؤول المسلم المعاصر، فالمصدر ليس حجة تعتمد لتدعيم موقف، بل هو الشريعة"⁽¹⁹⁹⁾. بعبارة أخرى فإن مأتى الخصوصية قيمة المصدر أو بالأحرى الدور الواجب أن يلعبه في مجتمعنا المعاصر ومن ثم في قانوننا الذي يهتم العائلة.

ومن هنا كان الاختلاف فيما يخص مسألة سكوت المشرع التونسي في بعض نصوص مجلة الأحوال الشخصية عامة ومسألة سكوته فيما يتعلق بالفصل 88 خاصة. وما ينبغي هو البحث عن هذا الاختلاف في الفقه (المبحث الأول) ثم في القضاء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: موقف الفقه

197. — إن الدارس لموقف الفقه فيما يخص مسألة سكوت المشرع بالنسبة إلى بعض نصوص مجلة الأحوال الشخصية وخاصة منها الفصل 88 الذي يحيلنا حسب صياغته اللفظية إلى مصادر لم ترد مبدئياً صراحة بأي نص قانوني، يلاحظ وجود تيارين متضاربين: تيار أول يقول بإقصاء إمكانية تكملة النص المذكور بالرجوع إلى التشريع الإسلامي، وتيار آخر يتمسك بهذه الإمكانية. هذا وإن الباحث في موقف كل من هذين التيارين يلاحظ اعتماد كليهما على نوعين من الحجج لتدعيم رأيه: نوع أول يهم وضع النص المشار إليه في محيطه الاجتماعي ونوع ثان يهم وضعه في محيطه القانوني. لذا سندرس في مرحلة أولى الحجج الاجتماعية (الفقرة الأولى) لتعرض في مرحلة ثانية إلى الحجج القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحجج الاجتماعية

198. — يتجه هنا التفريق بين الحجج الاجتماعية التي اعتمدها أصحاب نظرية إقصاء إمكانية الرجوع إلى التشريع الإسلامي من جهة، وتلك التي اعتمدها التيار القائل بوجوب الرجوع إلى هذا المصدر لتكملة سلسلة الموانع الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

أ) التيار الأول

199. — ينطلق الفقهاء المنتمون إلى هذا التيار من تحليل للبنى الاجتماعية ليقولوا بعدم ملاءمة التشريع الإسلامي لمقتضيات العصر.

1/ تطور البنى الاجتماعية

200. — يؤكد أصحاب هذا الموقف على التطور الذي عرفته البنى الاجتماعية في تونس منذ ما يزيد عن قرن، هذا التطور الذي عرفته بقية مجتمعات البلاد الإسلامية أيضا لتتطابق أو على الأقل تشابه المعطيات التي أدت إليه. فتركيبية هذه المجتمعات كانت أولا وبالذات قبلية وكان اقتصادها قائما أساسا على الفلاحة. ويقول مُجد الشرفي في هذا المجال: "بالرغم من وجود المدن الكبرى التي بلغت الحضارة فيها درجة عليا [...] فإن المجتمع العربي الإسلامي كان — كامل الفترة الوسيطة وإلى

عهد قريب لا يتجاوز بعض العقود - مجتمعا قبليا، واقتصاده اقتصادا فلاحيا قائما على الرعي أساسا⁽²⁰⁰⁾.

ولقد كان لاصطدام هذه المجتمعات بالغرب فكرا وحضارة ثم مستعمرا أثر بالغ في التغييرات العميقة التي شهدتها. وفي هذا المعنى يقول مُجد الشرفي - موافقا للرأي القائل بأن التحديات التي عرفها الإسلام مأتاها هذه الحركات الفكرية القادمة على مجتمعنا من الغرب⁽²⁰¹⁾ - ومضيفا إليه بأن "التحدي قد فرضته أيضا - وربما أساسا - الظواهر الاقتصادية والاجتماعية التي لم يعرفها العالم الإسلامي قبل أيامنا هذه"⁽²⁰²⁾.

201. - ويذهب "علي المزغني" إلى أبعد من هذا بالقول إن التغيير لم يكن نتيجة هذا الاصطدام الفكري بالغرب بل هو أولا وبالذات إفراس للبنى الاقتصادية الجديدة التي أدخلها المستعمر وللقواعد السلوكية التي أحدثتها بين المنتجين⁽²⁰³⁾. ولقد كانت الأدوات المستعملة في هذا الغرض التشريعي. ف"أولى التغييرات في مادة القانون كانت متعلقة أساسا بسير هذه البنى الجديدة وبضمان استمرارها. ولهذا السبب أدخل الاستعمار وسائل خاصة بهذا السير أولا وذلك عن طريق إصلاحات قانونية تحمي هذه المؤسسات (وتبقي على) مصالحه. ولمزيد من التوضيح - ونظرا إلى أن طبيعته أساسها اقتصادي - عمد المستعمر إلى إدخال قواعد قانونية في الحياة الاقتصادية تلائم توجهاته"⁽²⁰⁴⁾. وعلى هذا الأساس فإن أولى المجالات التي أحدثها الاستعمار كانت تهم المواد المعنية بهذه التوجهات. ويدلل "علي المزغني" على رأيه هذا بصدور مجلة للالتزامات والعقود ومجلة جنائية هدفها حماية البنى الجديدة ومصالح المستعمر زجريا بل وأيضا بالتطبيق المباشر لأحكام القانون الفرنسي وخاصة ما تعلق منها بالمادة التجارية. وهكذا تم إلغاء "جزء كبير من القانون التونسي المنطبق قبل ذلك"⁽²⁰⁵⁾ لتحل محله قوانين جديدة أسهمت في إيجاد بنى اقتصادية لم يعرفها مجتمعنا قبل ذلك. ولم يبق الاستعمار إلا على قانون العائلة الذي يحكم التركيبة الاجتماعية القديمة. ويفسر "علي المزغني" هذا الموقف بالقول إنه لم يكن من مصلحة المستعمر أن يدخل في نزاع مباشر عن طريق إصلاحات

Mohamed Charfi, Le droit tunisien de la famille entre L'Islam et la modernité, R.T.D. 1973, ⁽²⁰⁰⁾

p. 21.

Yadh Ben Achour, Islam et Constitution, R.T.D. 1974, p. 77. ⁽²⁰¹⁾

Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 68. ⁽²⁰²⁾

A. Mezghani, op. cit., p. 54 s. : انظر: ⁽²⁰³⁾

A. Mezghani, op. cit., p. 55. ⁽²⁰⁴⁾

A. Mezghani, op. cit., p. 55. ⁽²⁰⁵⁾

قانونية تفسر هذه المادة الشديدة الارتباط بمعتقدات المجتمع المقدسة ضرورة أن هذه الإصلاحات ستفرضها البنى الجديدة التي أحدثتها. بعبارة أخرى يفسر هذا الموقف بطبيعة الاستعمار نفسها، هذا الاستعمار الذي يحاول قبل كل شيء أن يغير في البنى التي تفسر مصالحه المباشرة والآنية تاركا البنى الأخرى تتطور ذاتيا تحت تأثير التغييرات المحدثة دون أن يتدخل في شأنها عن طريق إصلاحات قانونية مباشرة⁽²⁰⁶⁾.

ويقرب "علي المزغني" هذه الظاهرة التي عرفها المجتمع التونسي من تلك التي حدثت بالنسبة إلى المجتمع الفرنسي نفسه فيقول إنه "إبان مسك البورجوازية الفرنسية للسلطة سنة 1789 كانت إصلاحاتها تتعلق أولا بالذات بما هو حياتي لها أي قانون الالتزامات والعلاقات التجارية والقانون الجزائي الذي يحمي مصالحها. وإنه لمن المعبر فعلا أن كل المجالات قد صدرت بتواريخ قريبة من بعضها بعد تمكن البورجوازية من السلطة. وهكذا تم إصدار المجلة المدنية سنة 1804 والمجلة التجارية في 1808 والمجلة الجزائية في 1810 [...] إلا أن قانون العائلة بقي أساسا القانون القديم بالرغم من إدماجه بالمجلة المدنية. ولقد كان تطوره بطيئا وتواصل إلى حدود سنة 1965"⁽²⁰⁷⁾.

202. — وأيا كان الأمر فلقد وقع الإبقاء بعد سنة 1956 في تونس على البنى المستحدثة ومن ثم فإن المشرع لم يغير المجالات المشار إليها سابقا بل إنه زاد فبنى مقتضيات القوانين الفرنسية التي كانت تطبق مباشرة في تونس وذلك بإصدارها في مجالات لم تتعد في الغالب النقل الحرفي لتلك القوانين. وبناء على ما تقدم فإن التشريع الإسلامي في فرعه المتعلق بالأحوال الشخصية والذي بقي منطبقا إلى حدود سنة 1956 قد أصبح غير ملائم لبقية القوانين الصادرة في الظروف وعلى النحو الآنف ذكره ومن ثم فإنه لم يعد يتفق ومتطلبات مجتمع تلك الفترة.

2/ عدم ملاءمة التشريع الإسلامي لمقتضيات العصر

202. — إن تطور البنى الاقتصادية أدى إلى تطور للبنى الاجتماعية بحيث كانت نتيجة كل هذا عدم ملاءمة قانون العائلة الإسلامي لمتطلبات العصر نظرا لطبيعته النسبية زمانا ومكانا وحالة الجمود التي عرفها منذ قرون.

ويستدل المنتمون إلى التيار الأول على قولهم بأن التشريع الإسلامي ليس في النهاية إلا عملا إنسانيا أولا بالاختلافات الموجودة بين المذاهب الفقهية. ويقول "علي المزغني" في هذا المجال: "لا

⁽²⁰⁶⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 56.

⁽²⁰⁷⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 57.

يمكن الفصل بين القانون الإسلامي والأوضاع التي نشأ فيها وتطور. وهكذا فإن المذاهب - السنية منها وغير السنية - تمثل منظومات قانونية مختلفة عن بعضها البعض⁽²⁰⁸⁾. وفي نفس المعنى يقول "مُحَمَّدُ الشَّرِيفِي": "إن الاختلافات في الحلول المتبناة من طرف المدارس المختلفة تفسر باختلاف مناهج التأويل وطرق شرح المشاكل وحلها. ولكنها تفسر أيضا وربما خاصة باختلاف ظرف الزمان والمكان الذي وقع فيه بناء كل نظرية"⁽²⁰⁹⁾. ويعتمد أصحاب هذا التيار على كلام لابن خلدون⁽²¹⁰⁾ مفاده أن الإمام أبو حنيفة قد عاش بالعراق، وهذا البلد بلغت الحضارة فيه درجة ممعنة في الترف مما جعل الإمام المذكور متفتحا في اجتهاداته. أما الإمام مالك مثلا، فقد عاش بالمدينة التي يوجد بها مجتمع بدوي، وهو ما يفسر انتشار مذهبه بإفريقية لتشابه المعطيات الاجتماعية. وكل هذا يفسر نسبية الفقه الإسلامي وارتباطه بالأوضاع الاجتماعية التي وجد فيها⁽²¹¹⁾.

203. - ويتوسع "علي المزغني" في هذا بالقول إن هذه النسبية تم كذلك القرآن الكريم، فيقول "إن القرآن نفسه - في تنصيبه على بعض الأحكام ذات الصبغة القانونية - لا يعدو أن يكون إلا مجلة قانونية أعطت حولا خاصة مرتبطة ومتأتية من الأوضاع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للجزيرة في القرن السادس"⁽²¹²⁾.

204. - ويستدل المنتمون إلى هذا التيار على قولهم بأن التشريع الإسلامي ليس إلا عملا إنسانيا بتحليل ديني وتاريخي جاء بهما كل من "علي عبد الرزاق" و"شفيق شحاتة". فيرى الأول أن الدين الإسلامي مستقل عن الدولة. وهذه الاستقلالية تمتد إلى عهد الرسول نفسه. فالنبي ﷺ لم يكن إلا مبلغا لرسالة دينية. وفي هذا الإطار يرى "علي عبد الرزاق" أن الأخبار المروية عن تولى الرسول نفسه مهمة القضاء متناقضة وليست قطعية، كما يرى أن قيادته للغزوات كانت بوصفه زعيما سياسيا لا بوصفه مرسلا من الله. وهكذا فإن هدف الجهاد لم يكن نشر الإسلام بل

(208) A. Mezghani, op. cit., p. 59.

(209) Mohamed Charfi, op. cit. (Le droit tunisien de la famille entre L'Islam et la modernité), p. 15.

(210) ابن خلدون، المقدمة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 5، ص 441 وما بعدها.

(211) انظر: Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 65.

وانظر أيضا: A. Mezghani, op. cit., p. 59.

(212) A. Mezghani, op. cit., p. 60.

توطيد دعائم السلطة السياسية وتوسيع الدولة⁽²¹³⁾. فالإسلام يفصل إذن بين ما هو ديني وما هو دنيوي⁽²¹⁴⁾.

أما "شفيق شحاتة"⁽²¹⁵⁾ فيرى - بناء على تحليل تاريخي للتشريع الإسلامي - أن الآيات المتعلقة بالمعاملات قليلة جدا وتكتسي صبغة عامة وينقصها التفصيل. ومن هنا كان دور الفقهاء ثم الأصوليين الذين حاولوا ربط الحلول التي جاء بها الأوائل بالمصادر الأساسية من قرآن وسنة. وانطلاقاً من بعض الأسئلة⁽²¹⁶⁾ يقول "شفيق شحاتة" "إن الفقهاء لم يحترموا حتى القواعد العامة الموجودة في القرآن، كما أنهم التجؤوا - كلما كان التأويل غير ممكن - إلى الحيل. ويستخلص من كل هذا أن الفقه لم يكن إلا قانوناً وضعياً مستمداً من العقل. فيجب والحالة هذه تفريق الدين عن الدولة، والشرع عن القانون، هذه التفرقة التي لا تعتبر محدثة في تاريخ الفكر الإسلامي. فمن أهم ميزات الفكر المعتزلي أعمال الرأي في المسائل الدينية المرتبطة بالخير والشر ومن ثم بالحلال والحرام دينا والجائز والممنوع قانوناً، فالمعتزلة - مثل الفلاسفة - لائكيون فيما يخص الأسس التي يعطونها للمعرفة القانونية (العقل) وفي منهجهم العقلاني الذي ينطلق من متطلبات الطبيعة المكتشفة عن طريق العقل"⁽²¹⁷⁾.

205. - وهكذا - وعند من نحن بصدد إيراد رأيهم - تتبين نسبة التشريع الإسلامي وارتباطه الوثيق بالمعطيات الاجتماعية التي يمثل أحد عناصرها. وهذا الارتباط سمح له في فترة أولى بمسايرة تطور المجتمع والاستجابة لمتطلباته عن طريق الاجتهادات الخلاقة للعلماء الذين حاولوا إيجاد حلول للقائم والمعطى الاجتماعي الذي عايشوه اعتماداً على النصوص القرآنية والسنة النبوية إن وجدا أو بإعمال الرأي كما سمح بذلك الرسول نفسه في حديثه مع معاذ بن جبل حين ولاه قضاء اليمن.

⁽²¹³⁾ انظر حول موقف علي عبد الرازق: Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p.

78 ; Yadh Ben Achour, op. cit., p. 87 s.

⁽²¹⁴⁾ انظر في نفس الاتجاه حول موقف بعض المفكرين اللاحقين: Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à

l'étude du droit), p. 80 s.

C. Chehata, Nature, structure et division du droit musulman, Rev. alg. jur. éco. et pol. ⁽²¹⁵⁾

1973 ; Etudes du droit musulman, P.U.F., Paris, 1971.

⁽²¹⁶⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 77 s.

⁽²¹⁷⁾ Yadh Ben Achour, op. cit., p. 67.

206. — ومن هنا كانت المناهج والطرق التأويلية الهادفة إلى توسيع نطاق القاعدة القرآنية لتشمل — زيادة على مشابجات القضايا التي وجد بشأنها النص — حلولاً لمستجدات ومتطلبات اجتماعية لم تذكر أصلاً بالمصادر الأساسية للتشريع الإسلامي.

وفي هذا الاتجاه اعتمدت حركة الاجتهاد وسائل تأويلية منطقية كالقياس، بل وذهبت إلى أبعد من ذلك في عملية الاستنباط باعتماد وسائل أكثر جرأة كالاتحسان والمصالح المرسلّة والعرف وغير ذلك من الطرق التي تأخذ بعين الاعتبار حاجات المجتمع المتجددة.

207. — ولقد تلت هذه الفترة مرحلة أخرى تواصلت إلى العصر الحديث عرف فيها التشريع الإسلامي حالة من الجمود كانت نقطة انطلاقها أولاً ملاحظة المعتزلة والتنكيل بهم، هذه الملاحظة التي كانت إيذاناً بغياب الرأي الإبداعي وقيام الفكر التقليدي، ثانياً سقوط بغداد على أيدي "التتار" الذين قتلوا عدداً كبيراً من العلماء وأحرقوا الدور والمكتبات مما أدى إلى ضياع أهم المخطوطات. "وأمام هذا الضعف العام الذي عرفه المجتمع الإسلامي فقد العلماء كل أمل في المستقبل وقرروا غلق باب الاجتهاد اعتقاداً منهم بأنه ما كان لهم أن يضيفوا على ما خلفه السلف وخوفاً من أن يضيع الإسلام عن طريق تأويلات تتعد به شيئاً فشيئاً عن جوهره"⁽²¹⁸⁾. وهكذا تلت فترة الخلق التي عرفها صدر الإسلام فترة ثانية اكتفى فيها الفقهاء بتعليق محتشمة حول كتب السلف لم تتعد الشروح أو شروح الشروح على المتن⁽²¹⁹⁾، وتحول التشريع الإسلامي تبعاً لذلك إلى ظاهرة معزولة في الزمان والمكان والحال أن المجتمع قد شهد العديد من التطورات الجوهرية التي أدت إلى تجدد متطلباته وخاصة على الصعيد القانوني.

208. — وعلى هذا الأساس — وزيادة على خلوه من كل طابع قدسي ضرورة أنه قانون وضعي — فإنه لا يمكن نبش كتب الأقدمين للبحث عن الحلول التي شرعت في زمان غير الزمان ومكان غير المكان. بعبارة أخرى: نظراً إلى أن "عائلة القرن السادس ليست العائلة نفسها الموجودة بعد أربعة عشر قرناً"⁽²²⁰⁾، فإنه لا يمكن الرجوع إلى أحكام التشريع الإسلامي في حالة سكوت المشرع الوضعي فيما يخص الأحكام التي تهم الأسرة عامة والموارث خاصة.

⁽²¹⁸⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 67.

⁽²¹⁹⁾ انظر حول هذه النقطة ومراجعتها عند غيره من المؤلفين: Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 67 s.

⁽²²⁰⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 60 s.

209. — وهكذا — وبالرغم من صيغة الجمع ولفظة من التبعية — لا ينبغي تكملة سلسلة موانع الميراث الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بالرجوع إلى التشريع المشار إليه ضرورة أن يحيط النص الاجتماعي لا يسمح بذلك. هذه النتيجة يرفضها المنتمون إلى التيار الثاني.

(ب) التيار الثاني

210. — إن القائلين بوجود الرجوع إلى القانون الإسلامي في صورة سكوت المشرع عامة وتكملة سلسلة الموانع الواردة بالفصل 88 ينطلقون بدورهم من رؤية — وإن كانت مخالفة لما سبق — تعتمد دراسة تحليلية للمجتمع التونسي ولأسس المنع من الميراث. بعبارة أخرى: تمثل الأوضاع الاجتماعية التي عرفتها تونس إبان صدور مجلة الأحوال الشخصية وأسس موانع الميراث نقطة الارتكاز الاجتماعية للمنتمين إلى التيار الثاني.

1/ الأوضاع الاجتماعية إبان صدور مجلة الأحوال الشخصية

211. — ينطلق المنتمون إلى التيار الثاني بدورهم من مصادر وتاريخ التشريع الإسلامي. وعلى هذا الأساس فإن "عياض بن عاشور" مثلا (وهو من التيار الأول لكن رأيه هنا يوافق التيار الثاني) لا يوافق القائلين بالفصل بين الدين والدولة، وبين العبادات والمعاملات أو القانون ذلك أن الإسلام "ليس مجرد دين بل هو ثقافة وسياسة وحزب"⁽²²¹⁾. وهكذا فإن فكرة اللائكية مخالفة لنص الدين وغريبة عن روحه. وفي هذا يقول إنه "انطلاقا من أن الإسلام دين يهتم العالمين (الديني والآخرى)، فلقد اتفق دائما على أن من مهامه قيادة الناس نحو الإنقاذ الأزلي والتنصيب بصفة أمرة على قواعد تم سلوكهم الاجتماعي [...] فيبدو إذن أن الإسلام يرفض بصفة مطلقة [...] اللائكية"⁽²²²⁾.

212. — واعتمادا على هذه الفكرة يتعرض المنتمون إلى التيار الثاني بالنقد إلى مؤلفات "علي عبد الرزاق" و"شفيق شحاته". وهكذا فإن فالفقهاء القائلين بالرجوع إلى التشريع الإسلامي ناقشوا الحجج التاريخية التي اعتمدها الأول كأدلة على أن لاستقلال الدين عن الدولة والعبادات عن القانون جنورا تاريخية تمتد إلى عصر الرسول ﷺ. ويقول "عياض بن عاشور" — في رده على

(221) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 77.

(222) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 79.

الحجة التي أوردها "علي عبد الرازق" والتي يعتمد فيها على تناقض وضعف الروايات المتعلقة سواء بتولية الرسول ﷺ لعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل ﷺ مهمة القضاء أو بجلوسه بنفسه للفصل في النزاعات التي عرضت عليه - أن ضعف هذه الروايات لا يدل في شيء على فصل في الإسلام بين الدين والدولة. ويجيب "ابن عاشور" على سؤال "عبد الرازق" المتعلق بطبيعة المهمة التي أوكلت لمحمد ﷺ هل كانت رسالة سماوية وملكا أرضيا بالقول إن "الرأي العام للمسلمين وأغلب العلماء يجيبون بالإيجاب. فالنبي كان رسولا وملكا في نفس الوقت، والله (تعالى) هو الذي أوكل له هذه السلطة الروحية والدينية المزدوجة" (223).

213. — على هذا الأساس يعارض المنتمون إلى التيار الثاني التفرقة التي يقوم بها "علي عبد الرازق" بين مهام الرسول الدينية ومهامه السياسية والتي كان الجهاد وقيادة الغزوات من أبرز سماتها. وفي هذا الإطار يتوجهون بالنقد إلى الدليل النصي المستعمل فيقولون بأن عبد الرازق قد وظف بعض الآيات القرآنية توظيفا خاطئا لتدعيم موقفه الذي ينطلق فيه من القول بأن سلطة الدين تنحصر في الموعدة الحسنة وأن دعوته إلى الخير تهم القلوب ولا تنتشر بغير البلاغ والإقناع ليصل إلى التأكيد على أن استعمال الرسول للسيف لا يدخل ضمن مهامه الرسالية. ومرد هذا التوظيف الخاطئ فهم سيء للآيات والأحاديث التي احتج بها.

ففي قوله تعالى ﴿فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنْتَ مُذَكِّرٌ﴾ [الغاشية: 21] و ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: 256] وفي غير ذلك من الآيات التي اعتمدها "علي عبد الرازق" دلالة على أن الغاية من تشريع الجهاد لم تكن حمل الناس على الإيمان قسرا بل إزالة العقبات من وجه الدعوة لتبلغ إلى الناس فلا يجمعوا من سماعها. وعلى هذا فإن الجهاد تماما كالتبليغ ليس إلا وسيلة للتعريف بالدعوة، فلا وجود لفاصل بين ما هو ديني وما هو دنيوي في واجبات ووظائف الرسول ﷺ. ويضيف "عياض بن عاشور" قائلا إن الجهاد قيادة للحرب، والحرب مظهر هام للسلطة السياسية، والتأكيد على أن الحرب في الإسلام تعد نشاطا سياسيا يبدو لنا تحكما لأنه لا يمكن أن نتجاهل أن الفرار يعد إثما كما أن للشهادة مكانة خاصة في الآخرة والآيات التي تتحدث عن الجهاد كثيرة. وهكذا فإنه يعد حربا في سبيل الله" (224).

ويستعرض "عياض بن عاشور" بعض التناقضات في موقف "علي عبد الرازق" الذي يؤكد من جهة على أن وحدة القبائل العربية على الصعيد العسكري كان أساسها ديني "والحال أن الجهاد، هذا

(223) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 85.

(224) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 89.

النشاط العسكري، هو من قبيل الأعمال السياسية البحتة. فإذا كان الجهاد على هذا النحو فيجب أن نقول إن الوحدة التي حققها لم تكن دينية أو أن نقول إن الجهاد الذي يهدف إلى نشر رسالة دينية ليس بالعمل السياسي الصرف⁽²²⁵⁾.

أما فيما يخص الأحاديث النبوية فلقد أورد "علي عبد الرازق" جملة منها لعل أهمها⁽²²⁶⁾ قوله صلى الله عليه وسلم "[...] أنتم أعلم بما يصلحكم في دنياكم [...]"⁽²²⁷⁾ مما يدل بالنسبة إليه على أن النبي كان يفصل بين وظيفته الدينية ووظيفته السياسية. ويرد المنتمون إلى التيار الثاني على هذه الحجة بالقول إن فهم الحديث يستوجب الرجوع إلى المناسبة التي قيل فيها، هذه المناسبة التي تجعلنا نؤكد على أن السنة القولية المذكورة لا علاقة لها بالمقدمة التي جعلت لتأكيدنا ضرورة أن الرسول قد قال قولته تلك لجماعة مر بهم وهم بصدد تأبير نخلة فاستشاروه فأمدتهم برأي لم ينفعهم فعادوا إليه فأجابهم بالحديث الوارد أعلاه.

214. — أما بالنسبة إلى رد المنتمين إلى هذا التيار على موقف شفيق شحاتة القائل بلائكية القانون الإسلامي⁽²²⁸⁾ فيتلخص في كونه مشط ضرورة أنه يسحب الجزء على الكل. فاعتماد بعض الفقهاء طريقة الحيل لا يعني أن كل أحكام التشريع الإسلامي مستمدة من العقل، أضف إلى هذا أن القول بقلة الآيات القرآنية المتعلقة بالمعاملات وإدماج أحكامها في القانون الوضعي حتى بات هذا هو عنوان احترامها يحتمل عكسه ضرورة أنه يمكن القول أيضا أن الاجتهادات الإنسانية قد اندمجت في النظام القانوني الإسلامي حتى أصبحت جزءا منه⁽²²⁹⁾.

كما أن اعتماد المالكية على عمل المدينة والحنفية على العرف في بلاد ما بين النهرين لا يرجع بأصول التشريع إلى ما قبل الإسلام ذلك أن المدينة تعد مقر الرسول أين عايش أهلها الذين يعرفون أكثر من غيرهم سنته، كما أن العرف لدى الأحناف يأتي في مرتبة متأخرة بين مصادر التشريع ويجب أن لا يخالف نصا شرعيا⁽²³⁰⁾.

وعلى هذا فإن فصل القانون عن الدين لا يأخذ بعين الاعتبار جوهر الشريعة. هذا الفصل الذي لا نجده عند المعتزلة أنفسهم بالرغم مما عرف عنهم من اعتماد على العقل إذ أن استنتاجاتهم النهائية

(225) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 89.

(226) Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 79.

(227) البزار، مسند البزار، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط 1، 1998/2009، ج 3، ص 53.

(228) C. Chehata, op. cit., p. 52.

(229) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 100.

(230) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 100.

"ظلت خاضعة لإطار ديني قانوني"⁽²³¹⁾. فلقد بقي المجتهد عموماً مرتبطاً في عمليات الاستنباط العقلية بضوابط دينية هدفها عدم الابتعاد بالاجتهادات عن جوهر الإسلام. فالقياس مثلاً ليس إلا بحثاً عن نظير لما لم يوجد في شأنه نص من كتاب أو سنة بالرجوع إلى ما ثبت على هذا النحو فيلحق ما لم ينص عليه بالمنصوص عليه. أما الاستحسان فليجأ إليه الفقيه في مسألة جزئية قصد إعطائها حكماً مختلفاً عن نظائرها لئلا يؤدي العموم في القاعدة إلى الابتعاد عن الشريعة في روحها ومعناها. كما أن مناط المصلحة مقصود الشرع من الخلق. والعرف لا يعتمد إلا متى لم يخالف دليلاً يسبقه مرتبة.

215. — وهكذا فإن للاجتهاد حدوداً مضبوطة يصعب معها القول بأن التشريع الإسلامي يعد قانوناً وضعياً ف"المجتهد مقيد بطبيعة القانون الإسلامي الذي يكتسي طابعاً مقدساً"⁽²³²⁾. وعلى هذا الأساس سائر الفقه تطور المجتمعات في إطار رؤية قانونية مرتبطة بالإسلام. صحيح أنه عرف بعض الجمود إلا أنه نسبي. فليس ثمة إذن هوة بالعمق الذي صوره أصحاب التيار الأول بين أحكام التشريع الإسلامي ومتطلبات المجتمع المعاصر ضرورة أن الأول بقي مساعياً للثاني على الأقل في بعض المجالات وذلك اعتماداً على طرق مختلفة⁽²³³⁾.

216. — ثم كان دخول المستعمر ومحاولاته المختلفة المظاهر لتغيير تركيبة المجتمع والتأثير في عاداته ومعتقداته مما دعا بـ"علي المزغني" إلى القول بأن صدور بعض المجالات القانونية في هذا العهد قد أدى إلى وجود تنافر بين هذا القانون الجديد والتشريع الإسلامي الخاص بالأسرة. لكن أصحاب التيار الثاني لا يوافقون هذا الرأي ويقولون إن التشريع يحتل مكانة أساسية في مجلة الالتزامات والعقود.

وزيادة على المجلة السابقة صدرت، بعد الاستقلال، مجلة للحقوق العينية متضمنة لأحكام منقولة حرفياً عن الفقه، فالباب المتعلق بالشفعة مثلاً وقع استنباطه من المذهب المالكي حتى على مستوى العبارات.

كما صدرت مجلة للأحوال الشخصية متأثرة في مجملها بالمذاهب الفقهية. ولقد لقيت أحكامها التي خالفت القانون المنطبق قبل ذلك معارضة شديدة⁽²³⁴⁾، مما دعا بالمشروع إلى التدخل عديد المرات

⁽²³¹⁾ Yadh Ben Achour, op. cit., p. 98.

⁽²³²⁾ Yadh Ben Achour, op. cit., p. 94.

⁽²³³⁾ E. de Lagrange, op. cit., p. 13.

⁽²³⁴⁾ تعد ما اصطلاح على تسميته بالفتنة اليوسفية المظهر السياسي لهذه المعارضة.

لتنقيح فصولها⁽²³⁵⁾، وفي كل هذا دليل على أن أحكام القانون الإسلامي بقيت مسايرة - إلى حد ما - لتطور المجتمع مما جعل المشرع يتبناها، وما خالفه منها لقي المعارضة المذكورة منذ قليل.

217. - وفي المجلة نفسها وقع الإبقاء على أحكام المواريث. وعليه فإن المحيط الاجتماعي للفصل 88 الذي يمثل جزءا من الأحكام المشار إليها يسمح بناء على ما تقدم بالرجوع إلى مصادره لتكملة السلسلة الواردة به.

218. - مما سبق يتضح أن كلاً من التيارين ينطلق من الموروث الحضاري للمجتمع. فتاريخ القانون الإسلامي ومصادره يمثلان إذن نقطة ارتكاز هذا الرأي أو ذاك. وإذا كان ثم اختلاف في النتائج يصل حد التناقض بين الموقفين فمرده خاصة رسم غاية وهدف متباينين حول التصور المستقبلي للمجتمع، مما أدى إلى تباين في التحليل لمصادر القانون الإسلامي وتاريخ تطوره.

ولهذا السبب تمكن موافقة "مُجد الشريفي" - إلى حد ما - في قوله بأن اختلاف التيارين المشار إليهما حول نسبة التشريع أو طابعه المطلق الصالح لكل زمان ومكان يمثل اختلافاً حول الكأس نصف الملائنة أو نصف الفارغة⁽²³⁶⁾. فالتأكيد على نسبة التشريع الإسلامي لا يعني أن كل أحكامه غير قابلة للتطبيق والتفاعل مع أوضاع ومتغيرات العصر مثلما لا يعني ذلك تطبيقه كلياً والقول بتفاعله جملة وتفصيلاً مع كل العصور وفي كل الأمكنة. فهذا التشريع الإسلامي يحتوي إذن ثوابتاً ومتحولات يتجه فهمها في إطار منهجي شامل.

أضف إلى هذا أنه لا يمكن مبدئياً الرجوع بتاريخ وقوف هذا التفاعل إلى فترة معينة ضرورة أن الحضارة التي انبنت على هذا التشريع قد انتقلت بفعل عوامل التجديد من مركز إلى آخر متجاوزة بذلك (إلى حد ما) دورة النشوء والسقوط التي تحدث عنها ابن خلدون وذلك إلى حدود الحرب العالمية الأولى.

وأياً كان الأمر فإن أصحاب الموقف الثاني يعتمدون زيادة على الحجّة المذكورة أعلاه حجة أخرى مستمدة من أسس الميراث لتدعيم الموقف القائل بإمكانية الرجوع إلى التشريع الإسلامي.

انظر أيضاً المظاهر الأخرى لمعارضة نصوص المجلة التي تتضارب مع الشرع:

Maurice Bormans, Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, Thèse, Rome, 1969, 1^{re} partie, p. 289 s.

⁽²³⁵⁾ انظر جملة التنقيحات المتعلقة بالفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية واضطرار المشرع إلى فرض عقوبات جزائية

لفرض احترام مقتضيات النص المذكور.

⁽²³⁶⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 81.

2/ أسس موانع الميراث

219. — إن لقواعد انتقال الإرث تأثير أكيد على التركيبة الاجتماعية، ضرورة أن هذه القواعد تم توزيع الثروة بين أفراد الأسرة، هذه الأسرة التي جرى القول على اعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع. فكما سبق ذكره⁽²³⁷⁾ تعكس قواعد انتقال ملكية التركة رؤية معينة من طرف المشرع لنوع العلاقات وتداخلها وقواعد تنظيمها داخل الأسرة. بعبارة أخرى: الأحكام التي تضبط مناب كل فرد من أسرة الهالك تعكس تصورا معيناً لتركيبة العائلة وللعلاقة بين أفرادها. وبما أن نتيجة وجود مانع للميراث هي الحلول بين الممنوع وفرز مناب له في تركة مورثه، فإن قواعد المنع تمثل جزءاً من قواعد الميراث باعتبار أنها تلغي انتقال الملكية عن طريقه. وعلى هذا الأساس فإن هناك علاقة أكيدة بين موانع الميراث وقواعد انتقال الملكية بطريق الإرث والمعطيات الاجتماعية. وغاية المنع من الميراث إذا توفر في الوارث وصف يوجب حرمانه من تركة الميت تفسر إلى حد بعيد هذه العلاقة الثلاثية.

220. — ولقد بينا بالنسبة إلى القتل مثلاً أن الجاني قد قطع مجرمته السبب الذي تقرب به إلى الهالك فاستحق بذلك عدم ترتيب الانتقال الذي كان من الواجب أن ينجم عن سبب الإرث. بعبارة أخرى: انتقال الملكية بطريق الإرث لا يتم نتيجة جريمة لا تحترم مقتضيات السبب الذي يربط الهالك بالجاني على الصعيد الاجتماعي.

أما فيما يخص اختلاف الدين فإن الإرث وانتقال الملكية عن طريقه مؤسس على الموالاتة، فلا يمكن والحالة هذه أن تعود تركة مسلم لقريبه أو زوجه الذي ينتمي إلى دين آخر. إلا أن وجود هذه الرابطة القرابية بين الهالك والمختلف عنه دينياً تجعل من الإيضاء ببعض التركة من قبل الأول أمراً مستحسننا في الإسلام كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء. وهكذا فإن اختلاف الدين لا يحول بصفة مطلقة دون انتقال ملكية أموال الهالك بدون عوض بل يمنعها فقط بالنسبة إلى الميراث.

وعلى هذا الأساس فإن وجود اختلاف بين هذا المانع والمانع الأول يدعو إلى القول إن الجريمة تمس سبب الإرث ذاته، أما اختلاف الدين فلا علاقة له في شيء بهذا السبب، ومع ذلك يترتب عنه المنع لأنه يهدم أساس الإرث نفسه الذي يقوم على الموالاتة وإن كان وجوده لا يؤثر كالمانع الأول على نفاذ بقية طرق نقل ملكية الأموال من ذمة الهالك إلى ذمة المختلف عنه ديناً.

(237) انظر الفقرة عدد 10.

وما قيل عن اختلاف الدين يقال أيضا عن الردة وإن كان ثم اختلاف في النظام القانوني لكل من هذين المانعين.

221. — مما تقدم نستخلص أن الموانع تمثل جزءا من منظومة انتقال الملكية بطريق الإرث. وعلى هذا الأساس فإن في تبني المشرع التونسي لأحكام القرآن الكريم خاصة والتشريع الإسلامي عامة — المتعلقة بشروط وأسباب انتقال تركة هالك إلى وارث له والحدود الكمية لهذا التملك — تبين للحدود الوصفية أيضا، أي تبين لكل مؤسسة الإرث بما في ذلك جزؤها المتعلق بالموانع ضرورة أن الجزء يعمل ضمن الدائرة الغائية للكل ومن ثم فإن التأثيرات القانونية لقواعد الميراث على الأسرة والمجتمع لا يمكن أن يتم بدون اعتماد كل المؤسسة. بعبارة أخرى: إن تبني المشرع التونسي لأحكام التشريع الإسلامي الخاصة بالإرث تعني تبنيه لتصور معين لتركيبية العائلة ومن ثمة لتركيبية المجتمع، وما الموانع الضمنية إلا جزء من المنظومة المقصودة من قواعد انتقال الملكية بطريق الميراث. فالعلاقة إذن متشابكة بين هذه القواعد وتركيبية الأسرة والمجتمع وموانع الميراث التي ذكر المشرع البعض منها. وهكذا فإن محيط الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لا يسمح فقط بل يدعو إلى الرجوع إلى التشريع الإسلامي لتكملة سلسلة الموانع الواردة به .

فهل أن المحيط القانوني للفصل المذكور يمكن من القول نفسه؟

الفقرة الثانية: الحجج القانونية

222. — تمكّن دراسة نصوص مجلة الأحوال الشخصية من الخروج بنتيجة أولى مفادها اقتضاب أحكامها. فهي لم تتضمن عند إصدارها بمقتضى الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 ودخولها حيز التنفيذ في غرة جوان من سنة 1957 إلا مائة وسبعون فصلا⁽²³⁸⁾. ومن الطبيعي أن تنجر عن هذا الاقتضاب مشاكل تأويلية إذ فيه تناول للأحكام في مجملها دون نزول إلى الجزئيات والتفاصيل. بعبارة واحدة: يؤدي الاقتضاب إلى غموض التشريع وإلى وجود فراغات ونقصان فيه. وتقول "دي لاقرانج" في هذا الشأن أن أول ما يلفت انتباه المتأمل في هذه المجلة هو سكوت المشرع عن كثير من الأحكام فيها⁽²³⁹⁾.

(238) وقعت إضافة كتابين للمجلة بمقتضى القانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 34 الصادر في 23 جوان 1959) والقانون عدد 17 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 27 الصادر في 26 و 29 ماي 1964). ويتعلق الكتاب الأول بالوصية والثاني بالهبة.

(239) E. de Lagrange, op. cit., p. 19.

وإذا كان المشرع قد تلافي بعض النقائص لاحقاً⁽²⁴⁰⁾، فإن مظاهر أخرى للسكوت بقيت قائمة مما يترك مجالاً للتأويل بوضع النص الغامض أو الناقص في محيطه القانوني في محاولة لتكملة وتوضيح ما لم يورده المشرع صراحة.

223. — وهنا أيضاً برز اتجاهان تأويليان مختلفان: اتجاه أول يقصي إمكانية الرجوع إلى التشريع الإسلامي لإتمام النص الناقص واتجاه ثان يقول بهذه الإمكانية.

ولقد اختلفت الحجج القانونية المعتمدة من قبل أصحاب هذا الرأي أو ذلك وتشعبت لتشمل نصوصاً تتعلق بالقانون الخاص والعام.

ولقد تمسك المنتمون إلى التيار القائل بالإقصاء بروح القانون التعددية واتجاهه نحو فصل كل رابطة بين مفهوم المواطنة والمعتقد، ومن ثم نحو توحيد التشريع لإخضاع كل التونسيين لأحكامه بغض النظر عن تباين دينهم.

وفي هذا المعنى يقول "علي المزغني" إنه "يتبين بوضوح من إصدار المجلة نفسها ومن حجج أخرى مختلفة أن المشرع أراد إيجاد حلول لمشاكل خاصة دون ربطها بالقانون الإسلامي الكلاسيكي"⁽²⁴¹⁾.

وعلى هذا الأساس نص الفصل 6 من الدستور على أن "كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات وهم سواء أمام القانون". كما أكد الفصل 8 على حرية المعتقد.

وتماشياً مع هذا الاتجاه جاء قانون 27 جويلية 1957 ليعلن شمولية مجلة الأحوال الشخصية وانطباق أحكامها على كل التونسيين. كما صدرت مجلة للجنسية في 26 جانفي 1956 (المنقحة بأمر 28 فيفري 1963) لا تعلق حمل الجنسية التونسية على أي شرط انتمائي لعقيدة معينة.

وبناء على ما تقدم يقول أصحاب نظرية الإقصاء عن موقف التيار الآخر بأنه لا يتماشى مع النزعة التشريعية الهادفة إلى تحقيق المساواة والعدالة وأنه "ينفي التطور الناجم عن وحدة التنظيم القضائي والاختصاص التشريعي في تونس [...] كما يعارض المبادئ الأساسية للقانون الإسلامي الكلاسيكي كيفما وقع تطبيقه على مدى قرون عديدة. فالقانون الإسلامي لا يمكن أن ينطبق في مادة الأحوال الشخصية على غير المسلمين [...] ويتنافى أيضاً (موقف التيار القائل بتطبيق الشريعة) مع حرية

⁽²⁴⁰⁾ على سبيل المثال مشكلة سكوت المشرع حول بطلان عقد الزواج انظر حول هذه النقطة: E. de Lagrange, op.

cit., p. 19.

⁽²⁴¹⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 70.

المعتقد والرأي التي يضمنها الدستور والإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽²⁴²⁾ لأنه يضع الإسلام في مرتبة متقدمة مقارنة بغيره من الديانات.

إلا أن القائلين بوجود الرجوع إلى التشريع الإسلامي في صورة سكوت المشرع الوضعي يؤكدون على أن إمكانية وجود معتقدات أخرى وفصل مجلة الجنسية لمفهوم المواطنة لا يحول دون سن قواعد قانونية مستمدة من معتقد الأغلبية الساحقة للمجتمع. وفي هذا الاتجاه أقر المشرع أحكاما مستمدة من القانون الإسلامي وسحبها على صعيد التطبيق على كل التونسيين كأحكام الشفاعة، وخاصة أحكام انتقال الملكية بطريق الإرث والتي تعد من أبرز خصوصيات التشريع الذي يمثل معتقد أغلب أفراد المجتمع ولا علاقة له إذن بمعتقدات الأقليات الأخرى المنتمية إلى نفس الحدود الجغرافية. فلا شيء - والحالة هذه - يمنع من السير في نفس اتجاه المشرع وإتمام النصوص الناقصة بالرجوع إلى التشريع الإسلامي.

أضف إلى ذلك أن أحكام الدستور نفسه قد جاءت مؤكدة على إمكانية الرجوع هذه. ويستدل "الهادي كرو" على هذا بالقول: "لقد جعل الدستور للجمهورية التونسية من أوكد واجبات الدولة المحافظة على الإسلام وعلى كل ما أتى به. ويلاحظ ذلك سواء بتوطئته أو بنصه [...] (فلقد ذكرت التوظفة بالحرف الواحد أن الشعب التونسي «مصمم على تعلقه بتعاليم الإسلام». ولا شك أن هذه التعاليم تشمل الأحكام القطعية للعبادات والمعاملات. (كما) جاء في الفصل 1 من الأحكام العامة للدستور: «تونس دولة [...] الإسلام دينها والعربية لغتها. (و) يقضي الفصل 37 بأن رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة دينه الإسلام. ولعل موضوع الوظيفة هو الذي أوجب هذا النص إذ الإمامة موضوعة لحراسة الدين وسياسة الدولة وقد فرض الدستور مراقبة توفر هذا الشرط حين جعل مفتي الديار التونسية عضوا في اللجنة التي تبت في صحة الترشح لهذا المنصب وتعلن عن نتيجة الانتخاب⁽²⁴³⁾. ويستنتج "الهادي كرو" بأن الحجج القانونية المعتمدة من قبل أصحاب نظرية الإقصاء تخالف مقتضيات الدستور⁽²⁴⁴⁾.

224. — وهكذا فإن الاستناد إلى بعض فصول الدستور يؤدي إلى فكرة التفاضلية ووضع الإسلام في مرتبة متقدمة عن غيره من الديانات. أما الاستناد إلى فصول أخرى فيؤدي إلى التأكيد على مفهوم المواطنة والمساواة بين المسلم وغير المسلم. ثم إن اعتماد الفصل الأول قد يؤدي إلى

(242) A. Mezghani, op. cit., p. 71.

(243) الهادي كرو، م س، ص 151.

(244) الهادي كرو، م س، ص 152.

القول بإمكانية الرجوع إلى التشريع الإسلامي في حالة سكوت النص لأن دين الدولة هو الإسلام. لكن اعتماد الفصل السادس أو الثامن قد يمكن من القول بالحل المعاكس وذلك بإبراز مظهر المواطنة والمساواة.

وعلى هذا الأساس فإن اعتماد الحجج القانونية الواردة أعلاه يؤدي إلى مأزق. ويقول "عياض بن عاشور" "إن الخلاف ليس له منفذ بالنسبة إلى رجل القانون. فيجب بناء على اختيارات خارجة عن القانون التوجه نحو فكرة أفضلية الإسلام أو نحو النظرية اللاتكنية للجنسية"⁽²⁴⁵⁾.

225. — ومن أجل هذا السبب تنبغي موافقة "علي المزغني"⁽²⁴⁶⁾ فيما ذهب إليه من جوب اعتماد تأويل علمي للفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. بعبارة أخرى تعد مشكلة سكوت النص مسألة عامة فينتجها دراستها وطرحها بصفة ملموسة بوضع النص المراد تأويله في محيطها القانوني. وهذا ما يفترض بحثا في نية المشرع ومحاولة لتأويل الفصل 88 بالرجوع إلى القواعد العامة لتأويل النصوص.

أ) نية المشرع

226. — في هذا المستوى أيضا يبرز التضارب بين التيارين المشار إليهما سابقا. ففي حين يرى البعض أن نية المشرع تتجه نحو وضع نصوص مكتفية بذاتها، يرى آخرون أن هذه النية تبرز رغبة المشرع في إتمام مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بالرجوع إلى التشريع الإسلامي. لذلك سنتعرض إلى موقف كل من التيارين على هذا الصعيد.

1/ التيار الأول

227. — قضى الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود بضرورة تأويل النصوص القانونية حسبما تقتضيه إرادة المشرع. وهكذا فإن نية المشرع تحدد الاتجاه الواجب السير فيه لتأويل الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية خاصة وببقية أحكام نفس المجلة في صورة غموض النص أو سكوته. وانطلاقا من هذا يرى أصحاب التيار الأول أن إرادة المشرع تبين بصفة لا مجال للشك فيها أن المشرع قد أراد الابتعاد عن الحلول الفقهية القديمة وتبني أحكام عصرية تلائم تطلعات مجتمع اليوم.

(245) Yadh Ben Achour, op. cit., p. 118.

(246) A. Mezghani, op. cit., p. 75.

وعليه فإن نية المشرع تعد دليلا قطعيا على عدم إمكان الرجوع إلى التشريع الإسلامي لتكملة سلسلة المواضع الواردة بالفصل 88.

228. — ويمكن استنتاج نية المشرع هذه من ثلاثة مستويات:

229. — فعلى مستوى أول تبرز هذه النية من خلال تبني مؤسسات وأحكام تخالف مقتضيات التشريع الإسلامي. ف"المشرع التونسي لم يتردد في تعصير الأحوال الشخصية [...] وذلك بالتنصيص على موانع وأحكام وضعية [...] لا تستمد أصولها بالضرورة من الشريعة"⁽²⁴⁷⁾. وفي هذا الإطار منع المشرع التونسي تعدد الزوجات مخالفا بذلك القانون المعمول به قبل صدور المجلة. وللبعض أن يتمسك بأن موقف المشرع هذا مستمد من التشريع الإسلامي ضرورة أن روح القرآن وجوهه يقران التعدد بشرط العدل [...] وبما أن العدل مستحيل كما تبين الآية القرآنية ولو مع الحرص عليه فإن الإسلام يمنعه أو على الأقل ينفي إمكانية توفر شروطه. ولقد تمسك بهذا الرأي الطاهر الحداد من تونس⁽²⁴⁸⁾. ووقع اعتماد رأيه في تقديم أحكام الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية. فتقول المذكرة الصادرة عن وزارة العدل في 3 أوت 1956 بمناسبة إصدار هذه المجلة: "ذهبنا على رأي بعض علماء الإسلام في مسألة تعدد الزوجات وعدم إباحته. وما ذهب إليه فريق من العلماء في تفسير الآيات القرآنية الكريمة الواردة في هذا الموضوع وتخريجها وتأويلها على المنع لعدم إمكان المنع وتعذر حصوله والمعنى الكامل حسبما يستفاد ذلك من قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: 129]".

إلا أن هذا "التأويل الجديد للآية القرآنية والذي لم يقع اكتشافه إلا بعد أربعة عشر قرنا يعد مصطنعا. فتعدد الزوجات يعتبر حقيقة في القانون الإسلامي الكلاسيكي. ودليل ذلك بقاء هذه المؤسسة في كل البلدان التي تمسكت بالتطبيق الكلي للقانون الإسلامي (الجزائر، ليبيا، المغرب [...])"⁽²⁴⁹⁾. وهكذا فإن المشرع التونسي قد خالف مقتضيات القانون المنطبق قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية فيما يخص أحكام الفصل 18.

والموقف نفسه نجده فيما يخص التنصيص على وجوب تدخل المحكمة للتصريح بالطلاق وخاصة إقرار مؤسسة التبني المخالفة لأحكام القرآن نفسه حيث يقول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: 40]. ويقول في آية أخرى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكُنِي

⁽²⁴⁷⁾ E. de Lagrange, op. cit., p. 16.

⁽²⁴⁸⁾ الطاهر الحداد، امرأتنا في الشريعة والمجتمع، الدار التونسية للنشر، تونس، ط 2، 1972.

⁽²⁴⁹⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 72.

لَا يَكُونُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرْجٌ فِي أَزْوَاجٍ أَدْعِيَائِهِمْ ﴿ [الأحزاب: 37]. كما يقول: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ [الأحزاب: 5]. فبالرغم من وجود هذه الآيات الصريحة التي منعت التبني، فإن المشرع قد أوجده بمقتضى قانون 4 مارس 1958⁽²⁵⁰⁾.

230. — وعلى مستوى ثان يمكن استنتاج نية المشرع من خلال الترجمة الفرنسية للفصل 88. وهكذا رغم إقرار "علي المرغني" مثلاً بضرورة تطبيق النص العربي على النحو الذي بيناه آنفاً⁽²⁵¹⁾، فإنه وأصحاب التيار الثاني يقولون بالرجوع إلى الترجمة الفرنسية لمعرفة نية المشرع. فأصحاب هذا التيار لا ينكرون إذن ما تقدم من وجوب لتطبيق النص العربي، لكنهم يقولون، رغم صيغة الجمع ولفظة (من) التبعية، بأن الرجوع إلى الترجمة الفرنسية يمثل حجة إضافية تدل على نية المشرع. ويقول "علي المرغني" إنه "لا يرفض النقاش على أساس النص العربي لأنه الوحيد الذي له قيمة إلزامية، فالنص الفرنسي ليس إلا ترجمة إدارية. لكنه قد يفيدنا في تحديد نية المشرع الحقيقية"⁽²⁵²⁾. وفي نفس المعنى يقول "مُجَدُّ الشرفي" إنه "من الممكن أن تكون للترجمة الفرنسية قيمة دلالية على نية المشرع إذا كان النص العربي ناقصاً أو غامضاً [...] فيمكن أن يعتمد، تماماً مثل الأعمال التحضيرية لمجلة (قانونية)، لتأويل النص العربي إذا كان هذا الأخير غير واضح"⁽²⁵³⁾. وهذا هو الحل الذي تبنته المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها المؤرخ في 5 فيفري 1973⁽²⁵⁴⁾.

وهكذا فإن اختلاف الدين لا يعد مانعاً للزواج حسب الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية لأن الرجوع إلى الترجمة الفرنسية يمكن من معرفة نية واضع القانون من عبارة "الموانع الشرعية" الواردة به. ففي ترجمته إياها بالموانع القانونية دليل على انصراف نيته نحو إبطال الزيجات المبرمة مع وجود مانع من الموانع الواردة صراحة بالفصل 14 وما بعده من المجلة مع إقصاء لما عداها من الموانع المعروفة في التشريع الإسلامي. ونفس التحليل ينطبق على الفصل 88. فترجمته الفرنسية — التي تذكر مانعاً

⁽²⁵⁰⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Le droit tunisien de la famille entre L'Islam et la modernité), p. 34

s.
⁽²⁵¹⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 77.

⁽²⁵²⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 67.

⁽²⁵³⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'Etude du droit), p. 162.

⁽²⁵⁴⁾ المحكمة الابتدائية بتونس، 5 فيفري 1973، القضاء والتشريع 1974، ص 29.

واحدا - لا تترك على صعيد تركيبها اللغوي أي مجال للقول بأن نية المشرع قد انصرفت إلى إيراد موانع الميراث على سبيل المثال⁽²⁵⁵⁾.

وعليه فإنه "إذا اكتفينا بالفصلين 5 و 88 من مجلة الأحوال الشخصية فمن الواضح أن محرر المجلة - بترجمته لفظة "شرعية" بكلمة "قانونية" في النص الأول وبإزالة عبارة من في الثاني - قد أراد عدم التقيد بالقانون الإسلامي الكلاسيكي. وإذا كان المشرع قد ابتغى جعل اختلاف الدين مانعا للزواج وسببا للمنع من الميراث، لأمكنه ذلك بالتأكيد لأن هذه الموانع لم تكن مجهولة لديه"⁽²⁵⁶⁾.

231. - وعلى مستوى أخير يمكن استنتاج نية المشرع من عدم تنصيبه على فصل صريح يحيل في صورة السكوت على التشريع الإسلامي كمصدر تكميلي وذلك على غرار بقية القوانين العربية الأخرى. هذه القوانين التي نص البعض منها صراحة على بقية الموانع⁽²⁵⁷⁾، واكتفى البعض الآخر بالتنصيص في فصل عام على وجوب الرجوع في حالة سكوت النص إلى الفقه الإسلامي⁽²⁵⁸⁾. وهكذا فإنه إذا كانت نية المشرع التونسي قد انصرفت إلى إيراد سلسلة لموانع الميراث على سبيل المثال لكان اعتمد إحدى الطريقتين التي استعملها غيره من المشرعين العرب. فإحجام واضع مجلة الأحوال الشخصية عن هذا يدل دلالة قطعية على نيته في ذكر موانع الإرث بالفصل 88 على سبيل الحصر.

إلا أنه - وبالرغم مما تقدم - يقول المنتمون إلى التيار الثاني بالحل المعاكس.

2/ التيار الثاني

232. - يؤكد أصحاب الموقف القائل بضرورة إتمام سلسلة موانع الإرث الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بالرجوع إلى التشريع الإسلامي على أن نية ومراعاة واضع القانون متجهة إلى

⁽²⁵⁵⁾ لا نجد بالترجمة الفرنسية لفظة (parmi) أو غيرها من الألفاظ التي يمكن أن تقابل في العربية لفظة (من).

⁽²⁵⁶⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 73.

⁽²⁵⁷⁾ الفصل 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "يمنع الإرث [...] اختلاف الدين بين المسلم وغيره". المادة السادسة من قانون الموارث المصري لسنة 1943: "لا توارث بين مسلم وغيره ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض [...]". انظر أيضا الفصل 228 من المدونة المغربية (إخ.).

⁽²⁵⁸⁾ لا وجود بالمجلة الأردنية لسنة 1951 أو العراقية لسنة 1969 لنص يهم موانع الإرث. إلا أن الفصل 125 من المجلة الأولى وتوطئة المجلة الثانية صريحين في القول بالرجوع إلى التشريع الإسلامي في حالة سكوت النص. أما في السودان فإن العمل يجري في المحاكم الشرعية وفقا للمراجع من أحكام المذهب الحنفي. انظر: أحمد الغندور، الميراث في الإسلام والقانون على ما عليه العمل في الجمهورية العربية المتحدة والسودان، دار المعارف بمصر، القاهرة، 1966، ص 29 وما بعدها.

ذلك. فالتصريحات التي تلت صدور المجلة قد أكدت على عصريتها وعدم تضاربها مع القانون الإسلامي، ولاحظت بأن اقتضاب أحكامها يمثل اختيارا تشريعا وأنه يمكن للمؤول أن يلتجئ لإتمام نصوصها أو لتأويل ما غمض منها إلى مصادرها التي هي القرآن والسنة أساسا.

233. — ولقد ورد بالمذكرة الصادرة عن وزارة العدل المشار إليها سابقا أن محرري المجلة قد اعتمدوا لائحة الشيخ "مُحَمَّد العزيز جعيط" التي وقع بمقتضاها تبويب أحكام المذهب المالكي والحنفي فيما يخص بعض الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية في معناها الضيق. وبذلك تم "تدوين مجلة [...] تلائم في آن واحد روح العصر والتفكير العام (و) لا عجب ولا غرابة في ذلك لأننا أخذنا نصوصها من مناهل الشريعة الفياضة ومختلف مصادرها بدون تقييد بمذهب دون مذهب وبرأي طائفة من الفقهاء دون طائفة أخرى". وتضيف المذكرة بأن واضعي المجلة قد فضلوا فيها "الاختصار على التطويل والإيجاز على الإطناب كما هو الشأن في القوانين [...] (واقترضوا) على ذكر الكليات والمسائل العامة والأمور الهامة [...] (وأهملوا) ذكر الفروع والجزئيات [...] (وتركوها) لاجتهاد القاضي يأخذها من المراجع والأمهات عند الاقتضاء"⁽²⁵⁹⁾. كما جاء بالندوة الصحفية التي عقدها كاتب الدولة للعدل يوم 28 فيفري 1964 بمناسبة نشر المرسومين المتعلقين بتنقيح قانون الحالة المدنية وبعض فصول مجلة الأحوال أن "صياغة مجلة عصرية لا يستلزم بالمرّة الالتجاء إلى أنظمة أجنبية عن عاداتنا وتقاليدينا. بل يكفي لذلك أن نتوجه إلى تاريخنا وأن نعود إلى مصادر الإسلام والفقهاء الحقّة"⁽²⁶⁰⁾.

234. — ويرد أصحاب الموقف الأول القائل بأن الفصل 88 قد أورد موانع الإرث على سبيل الحصر على هذه الحجة بالقول إن تصريحات الحكومة لا يمكن فهمها إلا في إطار العلاقة بين الحاكم والمحكوم إذ أنها تحاول ربط الأحكام المخالفة للقرآن أو الفقه الإسلامي بموروث المجتمع الديني حتى تتمكن من امتصاص المعارضة التي تحتج بمثل هذه الأحكام. وهكذا فإن هذه التصريحات لا تنم في شيء عن نية المشرع الحقيقية⁽²⁶¹⁾.

⁽²⁵⁹⁾ مجلة القضاء والتشريع 1972، ص 1293 و1294.

⁽²⁶⁰⁾ مجلة القضاء والتشريع، جوان 1967، ص 37. انظر حول جملة هذه التصريحات التي يطلق عليها الكاتب اسم

الأعمال التحضيرية للمجلة: الهادي كرو، م س، صفحة 143.

⁽²⁶¹⁾ انظر: فيصل غديرة، زواج المسلمة بغير المسلم، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية

الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس، 1978، ص 124.

235. — ويمكن القول بأن القول إن التصريحات الواردة أعلاه تعد أعمالاً تحضيرية للمجلة يعد مغالياً لسبب بسيط يتمثل في ورودها بعد صدور مجلة الأحوال الشخصية.

والقول نفسه يصح في حق الردّ على هذه الحجة ضرورة أنه إذا كانت نية المشرع الحقيقية لا تستخلص من تصريحات كهذه فإن عكس هذا القول صحيح أيضاً. بعبارة أخرى: استنتاج نية أخرى غير التي وقع التصريح بها يعد صواباً يحتمل الخطأ إن لم نقل إنه خطأ يحتمل الصواب⁽²⁶²⁾.

236. — وبناء على ما تقدم وجب نقل الحوار المتعلق بنية المشرع إلى مستوى آخر وطرحه في إطار أحكام الإرث وموانعه وذلك لأن التأكيد على مخالفة بعض أحكام المجلة للتشريع الإسلامي يقابله تأكيد آخر على وجود نصوص أخرى مستمدة من هذا القانون.

فالقول بمخالفة بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية للقرآن الكريم لا يحتمل الشك. وعلى هذا يمكن أن يُوافق "علي المزغني" فيما ذهب إليه من أن ربط مثل هذه الأحكام بالتشريع الإسلامي لا يمكن أن يتم بدون تعسف⁽²⁶³⁾ كما يمكن أن يُوافق "مُجد الشرفي" في قوله إن المشرع قد عمد في مرحلة ثانية من مجهود التجديد إلى خلق قواعد لا علاقة لها بهذا التشريع⁽²⁶⁴⁾.

إلا أن كل هذا لا يمنع من القول بأنه إذا استثنينا الأحكام المتعلقة بتعدد الزوجات وإباحة التبني، فإن معظم فصول مجلة الأحوال الشخصية مستنبط من الأحكام القرآنية والسنة النبوية ومن غيرها من مصادر التشريع الإسلامي. من أجل هذا وجب البحث عن نية المشرع فيما يخص الفصل 88 بطريقة أكثر تحديداً، أي بالاعتماد على أحكام الموارث الواردة في الكتاب التاسع من مجلة الأحوال الشخصية.

237. — وفي هذا الاتجاه يتفق كل الفقهاء مبدئياً على القول بأن النصوص المتعلقة بانتقال التركة مستمدة من الأدلة الشرعية وعلى وجه الخصوص من القرآن والسنة والإجماع⁽²⁶⁵⁾.

ففيما يخص القرآن الكريم، تبنى المشرع أحكام الآيات المتعلقة بمناب الورثة من تركة مورثهم. وعلى سبيل المثال نص الفصل 93 من مجلة الأحوال الشخصية على ميراث الزوج وهو النصف في صورة

(262) أضف إلى ذلك أن تأكيداً كهذا يعد حجة ضد الموقف الذي يتبناه الكاتب على صعيد محيط النص الاجتماعي.

(263) A. Mezghani, op. cit., p. 53.

(264) Mohamed Charfi, op. cit. (Le droit tunisien de la famille entre L'Islam et la modernité), p. 33

(265) s. انظر على سبيل المثال: E. de Lagrange, op. cit., p. 17

Jeanne Ladjili, Puissance des agnats, Puissance du père. De la famille musulmane à la famille Tunisienne, R.T.D., 1972, p. 34.

انعدام الفرع الوارث، ونص الفصل 94 على أن هذا الفرض ينتقل إلى الربع في الصورة المعاكسة، وكل هذا تطبيق لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾ [النساء: 12].

أما السنة النبوية والتي تعد المصدر الثاني للتشريع فلقد استمد منها المشرع مقتضيات الفصل 88 نفسه. فعلى سبيل المثال فإن منع القاتل من الميراث أماته حديث للرسول ﷺ. وفيما يخص المصدر الثالث للتشريع الإسلامي، فلقد تبنى منه المشرع مقتضيات الفصلين 91 و98 من مجلة الأحوال الشخصية حين قرر إعطاء الجدة السدس من الميراث⁽²⁶⁶⁾.

238. — إلا أن هذا لا يعني أن المشرع التونسي لم يخالف هذه الأدلة الشرعية على الأقل فيما يخص الفصل 143 مكرر وبالتحديد الفقرة الثانية منه⁽²⁶⁷⁾ والتي تنص على أنه يرد على البنت تعددت أو انفردت أو بنت الابن وإن نزلت الباقي من التركة ولو مع وجود العصبية بالنفس من الإخوة والعمومة وصندوق الدولة. وهكذا إذا كان مستحقو التركة بنتا مع أخ لأب فإنها ترث النصف فرضا (الفصل 92 من مجلة الأحوال الشخصية)، ويرد عليها النصف الآخر، ولا يأخذ الأخ لأب وهو عاصب بالنفس (الفصل 113 من المجلة) شيئا. وهذه الفقرة تخالف الأدلة الشرعية خاصة إذا علمنا أن "الآيات القرآنية واضحة في التنصيب على عدم وراثته البنات لكل تركة آبائهن"⁽²⁶⁸⁾ وتمثل من ثم "تجديدا [...] خاصا بتونس"⁽²⁶⁹⁾.

⁽²⁶⁶⁾ إن تنصيب الفقرة الأولى من الفصل 143 على مؤسسة الرد يعد أخذاً بمذهب الأحناف والحنابلة. والمعلوم أن مالك والشافعي والأوزاعي وداود الظاهري يقولون بعدم الرد على أصحاب الفروض إن لم تستغرق فروضهم التركة حتى وإن لم يكن ثم وارث بالتعصيب وذلك أخذاً برأي أبي بكر الصديق وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة. ولقد تبنى المتأخرون من علماء المالكية والشافعية هذا الرأي أيضا. وعلينا أن نشير هنا إلى أن الفقرة الأولى من الفصل المذكور قد تبنت الرد على إطلاقه (وهو موقف عثمان بن عفان رضي الله عنه وجابر بن زيد من التابعين وعثمان البتي) والحال أن هنالك من المتبنين لهذه المؤسسة من يرفضه بالنسبة للزوجين (موقف أغلب الفقهاء الذين تبنوا مؤسسة الرد) وحتى لغير الزوجين (موقف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه القائل بالرد على أصحاب الفروض عدا ستة منهم وهم الزوجان وبنت الابن مع البنت الصلبية والأخت لأب مع الأخت الشقيقة وأولاد الأخ مع الأم والجدة الصحيحة مع صاحب الفرض). انظر حول كل هذه الاختلافات وأدلة كل فريق من الفقهاء: عمر عبد الله، م س، ص 257 وما بعدها.

⁽²⁶⁷⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Le droit tunisien de la famille entre L'Islam et la modernité), p. 34.

⁽²⁶⁸⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Le droit tunisien de la famille entre L'Islam et la modernité), p. 34.

⁽²⁶⁹⁾ E. de Lagrange, op. cit., p. 18.

239. — وعلى فرض قبول هذا الكلام دون مناقشته⁽²⁷⁰⁾، فيمكن القول إنه إذا استثنينا هذه القاعدة الجزئية فإن بقية أحكام الإرث الواردة بمجلة الأحوال الشخصية مستمدة من أصول التشريع الإسلامي على النحو المبين أعلاه. وفي هذا دلالة على أن نية المشرع متجهة إلى العمل فيما يخص هذه المادة بالأدلة الشرعية بما أنه قد نقل أحكامها بطريقة حرفية في أغلب الأحيان إن لم نقل في كليتها. ويقر بهذا "علي المزغني" نفسه (وهو من التيار الأول) حين يقول إن "المشرع التونسي [...] قد نقل حرفياً الأحكام القرآنية في مادة انتقال التركة"⁽²⁷¹⁾.

240. — ويمكن القول بناء على ما تقدم بأن أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية — وهي جزء من منظومة أحكام انتقال الملكية بطريق الإرث — قد استمدت بدورها من التشريع الإسلامي. وعلى هذا فإن في التنصيص على بعض الموانع دلالة على نية المشرع في الأخذ بقيتها. هذه النية التي يؤكدتها استعمال الفصل المذكور في نصه العربي لصيغة الجمع ولللمظة "من" التبعية. ثم إنه لا يمكن القول بأن الترجمة الفرنسية تحمل دلالة على نية المشرع ضرورة أن هذا جائز لو كان النص القانوني قد وقع تحريره في الأصل بهذه اللغة من قبل المصالح الفنية التي دعيت إلى ذلك ثم وقعت ترجمته إلى العربية ترجمة أدت إلى بعض الالتباس حول مقاصد واضعيه مما يوجب في هذه الحالة الرجوع إلى النص الأصلي — بالرغم من أنه لا يتمتع بأية قيمة قانونية — لإزالة الغموض عن النص العربي ومعرفة نية واضعه الحقيقية⁽²⁷²⁾. لكن كل هذا غير صحيح فيما يخص الفصل 88.

⁽²⁷⁰⁾ بالقول إنّ الحل الذي تبناه المشرع على مستوى الرد الخاص مأخوذ من القانون العراقي المأخوذ بدوره من المذهب

الجعفري.

⁽²⁷¹⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 72.

⁽²⁷²⁾ Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 162.

وهكذا فإن تأويل الفصل المذكور اعتمادا على نية المشرع (الفصل 532 من مجلة الالتزامات والعقود) يؤدي مبدئيا إلى القول بالرجوع إلى التشريع الإسلامي لإتمام سلسلة الموانع الواردة فيه. فهل الأمر على هذا النحو إذا اعتمدنا بقية القواعد العامة للتأويل.

ب) القواعد العامة للتأويل

241. — أورد المشرع جملة من القواعد العامة في مجلة الالتزامات والعقود وأرادها أن تستعمل في عمليات تأويل النصوص القانونية. وحتى على هذا المستوى، نجد التيارين الأنفي الذكر ونجد الاختلاف بينهما.

1/ التيار الأول

242. — اعتمد المنتمون إلى هذا التيار على عدة نصوص قانونية جاءت بالفرع الثاني من الباب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود تحت عنوان "في بعض قواعد عمومية تتعلق بالقانون"، وذلك للقول بإقصاء إمكانية الرجوع إلى التشريع الإسلامي فيما يخص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

243. — ولقد وقع التمسك بتطبيق مقتضيات الفصل 536 من مجلة الالتزامات والعقود القائل إن "ما حكم به القانون لسبب معين، جرى العمل به مهما وجد السبب المذكور". هذا النص — في رأيهم — جاء ليعدل من أحكام الفصل 532 من نفس المجلة القاضي بوجود اعتماد التأويل الحرفي، وذلك بأن جعل من البحث في روح الأحكام والهدف منها قاعدة تأويلية. وعلى هذا الأساس وجب البحث في السبب الذي من أجله نص الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على منع القاتل لمعرفة إن كان هذا السبب متوفرا بالنسبة إلى اختلاف الدين أو الردة. بعبارة أخرى ينبغي البحث عن السبب الذي من أجله حكم الفصل 88 بالمنع من الميراث في صورتين المنصوص عليهما صراحة (القتل وشهادة الزور) لمعرفة إن كان هذا السبب موجودا أيضا فيما يخص بقية الموانع المعروفة في التشريع الإسلامي.

والهدف أو السبب من حكم القانون هو الحلول بين مرتكب تصرف إجرامي خطير أدى إلى افتتاح التركة وبين التمتع بآثار جرمته، أي السبب منع انتقال التركة عن طريق جريمة القتل العمد أو الشهادة بالزور المؤدية إلى الحكم بإعدام المورث وتنفيذه عليه.

هذا السبب لا يتوفر فيما يخص اختلاف الدين أو الردة. فهما لا يعدان جريمة أصلا فضلا عن أنهما لا يمثلان تصرفا خطيرا تجاه المورث يستوجب منع من اتصف به من الميراث.

244. — ولا يمكن أيضا اعتبار اختلاف الدين والردة مانعين تطبيقا لمقتضيات الفصل 538 الذي يقضي بأن "الممنوع قانونا لسبب معلوم يصير جائزا بزوال السبب". فالقتل والشهادة يمنعان لأجل سبب معلوم. هذا السبب لا يتوفر لا في اختلاف الدين ولا في الردة⁽²⁷³⁾.

245. — وفي هذا الاتجاه يتقدم "علي المرغني" بإضافة. فينطلق من التأكيد على أن القتل على وجه الخطأ لا يسقط وصف الوارث عن القاتل ولا يفوت عنه أهلية الإرث، ليقول إنه لا يمكن قانونا التمسك بأن اختلاف الدين مانع لأنه لا يمثل سببا أكثر خطرا من القتل غير العمدي. لذا "من الواجب تأويل الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بصفة ضيقة ورفض تكملته بقواعد من القانون الإسلامي"⁽²⁷⁴⁾.

246. — وزيادة على ما تقدم يتمسك المنتمون إلى هذا التيار الأول — في قولهم بعدم إمكانية الرجوع إلى التشريع الإسلامي لإتمام سلسلة الموانع الواردة بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية — بمقتضيات الفصلين 540 و 533 من مجلة الالتزامات والعقود.

والنص الأول يقول: "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة". بعبارة أخرى: الاستثناءات الواردة في القانون يجب تأويلها بصفة ضيقة. أما الفصل الثاني فيقول: "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها". وتأويل الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على أساس هذين النصين يقتضي القول بأنه قد أورد موانع الإرث على سبيل الحصر. فالمنع استثناء لأهلية الميراث والأصل هو استحقاق الإرث من كل شخص قام بينه وبين شخص آخر سبب من أسباب الإرث وتوفرت فيه شروطه. فكل قريب أو زوج للميت يتمتع إذن بوصف الوارث. وفوات هذا الوصف يعد استثناء يتجه تأويله بصفة ضيقة. بعبارة أخرى: القتل العمد والشهادة بالزور يمثلان قيدا أو استثناء للقاعدة العامة السابقة الذكر مما يستدعي أن ينحصر المنع فيهما ولا يتجاوزهما إلى صور أخرى كاختلاف الدين.

⁽²⁷³⁾ ملاحظة: هنا نحن أمام خلط بين المانع وهو حكم ينظم الفعل بصفة غير مباشرة والمنوع وهو حكم ينظم الفعل

بصفة مباشرة.

⁽²⁷⁴⁾ A. Mezghani, op. cit., p. 80.

ورغم هذه الحجة ورغم ما سبقها من حجج، يقول أصحاب الرأي الثاني بقبالية الفصل 88 لاحتواء موانع أخرى غير القتل العمد وغير شهادة الزور.

2/ التيار الثاني

247. — ينطلق المتممون إلى هذا التيار من نفس النصوص القانونية لتبني الرأي المعاكس، أي للقول إن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية قد أورد موانع الإرث على سبيل المثال.

248. — فانتقال الملكية بطريق الإرث سببه الحب والعشرة والعطف والولاية بين المالك وورثته. فإذا وجدت هذه الأسباب أو الأسس، تم الإرث؛ أما إذا انعدمت، فلا إرث. وجرمة القتل العمد والشهادة بالزور تقطع أسس الإرث المتمثلة في الحب والعشرة والعطف بين الضحية والجاني. أما اختلاف الدين، فيقطع الولاية التي يقوم عليها انتقال ملكية المالك إلى ورثته⁽²⁷⁵⁾. وهكذا فالهدف من المنع موجود سواء تعلق الأمر بالموانع المنصوص عليها صراحة في الفصل 88 أو بتلك التي احتواها ضمنا.

249. — زيادة على ما تقدم فإن القول بأن النص الوارد أعلاه يمثل استثناء للقاعدة العامة القاضية بأهلية زوج المالك أو بعض أقربائه في الإرث لا ينفي في شيء إمكانية إتمامه بالرجوع إلى التشريع الإسلامي تماما كالقول بأنه مصبوغ بطابع عقابي. فأصحاب الرأي الثاني يتبنون بدورهم هذا التحليل لمؤسسة المنع من الميراث ضرورة أن المانع يمثل وصفا يوجب الحرمان وتفوت به أهلية الإرث، وعلى هذا فإن اعتماد القاعدة التأويلية الواردة بالفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود مستوجب عندهم بالنسبة إلى الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. لكن تأكيدا كهذا لا يمنعهم هنا أيضا من القول بقبالية النص لاحتواء موانع ضمنية. فالتأويل الضيق بالنسبة إليهم يهم كل مانع على حدة. بعبارة أخرى: قول المشرع إن القتل العمد مانع للإرث يدعو إلى إقصاء غيره من الجرائم المؤدية إلى موت المورث اعتمادا على مبدأ تأويل الاستثناءات تأويلا ضيقا. وكذا الأمر بالنسبة إلى الشهادة بالزور أو بالنسبة إلى اختلاف الدين أو الردة.

وهكذا فإن التسليم بضرورة التأويل الضيق، بناء على مقتضيات الفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود، يعني الموانع في حد ذاتها، سواء منها ما ورد صراحة أو ما ورد ضمنا في الفصل 88 من

(275) انظر: محمد مصطفى شلبي، م س، ص 85؛ بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985، ص 9.

مجلة الأحوال الشخصية، ولا ينفي التسليم السابق إمكانية اعتماد أسباب المنع الأخرى غير القتل والشهادة وذلك بسبب صيغة الجمع التي جاء بها النص المذكور ولفظة "من" التبعية.

250. — وثم حجة أخرى تتمثل في الفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود. يقول النص: "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون، اعتبر القياس؛ فإن بقي شك، جرى الحكم على مقتضى قواعد القانون العمومية". فإذا قلنا إن الفصل 88 لم يكن صريحاً فيما يخص مانع اختلاف الدين والردة، وإذا قلنا بتعذر القياس هنا، أمكن تكملة النص بقواعد القانون العمومية. لكن ما قواعد القانون العمومية؟ يرى "مُجَدُّ الشرفي" أنها المبادئ العامة للقانون⁽²⁷⁶⁾. أما "مُجَدُّ العربي هاشم"⁽²⁷⁷⁾ فلا يرى ما سبق وذلك لسببين: أولهما أن مصطلح "المبادئ العامة للقانون" كان معروفاً إبان وضع مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 ولو ذهبت نية المشرع إليه لكان قد نص عليه صراحة. وثانيهما أن مدلول عبارة قواعد القانون العمومية في ذلك الوقت يعني القواعد الكلية المعهودة في الفقه الإسلامي. من أجل هذين السببين يرى "مُجَدُّ العربي هاشم" أن "المشرع التونسي عندما أحال إلى قواعد القانون العمومية إنما أحال إلى القواعد الكلية الفقهية، أي إلى مبادئ الفقه الإسلامي"⁽²⁷⁸⁾. ويمكن اعتماد هذا المعنى للفصل 535 من مجلة الالتزامات والعقود وتأويل أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بالقول بإتمامها بالفقه الإسلامي. لكن هذا القول يبدو متهافناً، فالفصل 535 — على تقدير تبني قراءة "مُجَدُّ العربي هاشم" له — لا يحيل على عموم الفقه الإسلامي كمصدر تكميلي، بل على قواعده الكلية. وما نحن بصدد، أي اختلاف الدين والردة — مسألة تتبع فروع الفقه لا قواعده العامة.

251. — ورغم ما جاء الآن يمكن القول في الفصل 88 بمانع اختلاف الدين وغيره مما جاء في الفقه الإسلامي. والحجة هي الفصل 198. هذا النص كانت صياغته واضحة في حصر وقصر المنع على القتل والشهادة. وبالفعل قال: "الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة تمنع بقتل الموصى له عمداً أو تسببه في قتله سواء بصفة فاعل أصلي أو شريك أو مشارك أو كان شاهد زور أدت شهادته للحكم بإعدام الموصى، كل ذلك إذا كان القتل بلا عذر شرعي وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر ثلاثة عشر عاماً". بهذا يكون النص قد طابقت أحكام الفقه في هذا المجال، هذا الفقه الذي عمد إلى

⁽²⁷⁶⁾ انظره عند: مُجَدُّ العربي الهاشمي، دروس في القانون المدني للسنة الأولى حقوق، درس مرقون، كلية الحقوق والعلوم

السياسية بتونس، 1988، ص 23.

⁽²⁷⁷⁾ مُجَدُّ العربي هاشم، م س، ص 23.

⁽²⁷⁸⁾ مُجَدُّ العربي هاشم، م س، ص 23.

قياس هذه الصورة على موانع القتل بالنسبة للإرث⁽²⁷⁹⁾ ولم يفعل نفس الشيء مع اختلاف الدين. بل إن هذا الاختلاف مدعاة للحث على الوصية وللندب عليها في الفقه الإسلامي. وما أحكام الفصل 174 من مجلة الأحوال الشخصية الذي أجاز الوصية في صورة اختلاف الدين إلا تكريس لذلك الفقه⁽²⁸⁰⁾. وكل ما سبق يفسر التباين في الصياغة بين الفصل 88 والفصل 198، وينتهي إلى جعل القول بأن الفصل 88 يقبل موانع أخرى غير القتل والشهادة قولاً أمتن حجة من القول المخالف.

وهكذا يمكن القول إن المشرع أورد بالفصل 88 بعض موانع الإرث تاركا للمؤول مهمة إضافة الموانع الأخرى الموجودة في التشريع الإسلامي. هذا عن المسألة في الفقه، بقي أن نرى قول القضاء فيها.

المبحث الثاني: موقف القضاء

252. — يقول "مُجَدُّ الشرفي" إن المحاكم لا تصنع القانون لكنه يتخذ قيمة من تأويلها وتطبيقها له⁽²⁸¹⁾. وعلى هذا الأساس فإن دراسة قرارات المحاكم المتعلقة بنص معين تمكن من معرفة الموقف المعتمد على صعيد الواقع. وتتخذ هذه الدراسة أهمية أكبر إذا تعلق الأمر بنص غامض أو ناقص ضرورة أن قراءة قرارات المحاكم تمكن من فهم مثل هذا النص فهما يتفق مع ما درج عليه عمل القضاء في تطبيقه خاصة إذا كان ثم استقراراً في الاتجاه التأويلي المعتمد.

(279) انظر: أحمد فراج حسن، م س، ص 90 وما بعدها.

(280) هناك من الفقهاء من اعتبر أن الوصية في هذه الحالة وفي غيرها من الصور التي لا يكون فيها القريب وارثاً تعد واجبا دينياً فيقولون إن من مات من غير أن يوصي لأقربائه فقد ختم عمله بمعصية. انظر: الصعيدي عبد المتعال، الميراث في الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية والوضعية، المطبعة النموذجية، القاهرة، ط 5، ص 85 وما بعدها.

(281) Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 221.

وفي هذا الاتجاه سنحاول دراسة محتوى القرارات الوحيدين - على حد علمنا - اللذين صدرا حول الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية، ثم من بعد ذلك سنمر إلى تقييمهما.

الفقرة الأولى: محتوى القضاء

253. - لن كان القرار الأول الذي تناول بالتطبيق الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية محورا للعديد من الدراسات⁽²⁸²⁾ فإن القرار الثاني لم ينشر بعد. وستناول هنا محتوى كل من القرارات على حدة: قرار "حورية" أولا، وقرار "لويز شارلوت" ثانيا.

أ) قرار "حورية"

254. - يتجه هنا التعرض إلى وقائع القرار التعقيبي المدني عدد 3384 المؤرخ في 31 جانفي 1966⁽²⁸³⁾ قبل دراسة المراحل الإجرائية التي مر بها النزاع وادعاءات أطرافه.

1/ الوقائع

255. - تفيد وقائع القضية بأن المدعوة "حورية" كانت قد تزوجت سنة 1945 شخصا يحمل الجنسية الفرنسية ويعمل كحاكم بقضوية الصلح بسوسة. ولقد تقدمت المرأة المشار إليها في نفس السنة بمطلب للحصول على جنسية زوجها إلى القضوية المذكورة. وحضي مطلبها هذا المؤرخ في 16 أوت 1945 بالقبول وتم ترسيمها بدفاتر الجنسية الفرنسية بوزارة العدل بباريس. وبعد حوالي خمسة عشر سنة من هذا التاريخ، أي في سنة 1960، توفيت المدعوة "زينب"، وهي أم حورية وكذلك لثلاثة أبناء آخرين (بنت وولدين). ولقد خلفت "زينب" كتركة بعض الأموال الموقوفة ودارا كائنة بكورنيش مدينة سوسة موضوع الرسم العقاري عدد 40190. وفي نطاق العمل الموكل لها بمقتضى قانون 18 جويلية 1957 المنقح بقانون 23 جانفي 1958 تعهدت اللجنة الجهوية بتصفية الأموال المحبسة التي خلفتها الهالكة وأصدرت قرارا في هذا الغرض

⁽²⁸²⁾ انظر على سبيل المثال: E. de Lagrange, op. cit., p. 11 ; Note sous cass civ 31 Janvier 1966, R.T.D., 1968, p. 114 ; Bormans, op. cit. (Sezione Cultural, p. 204) ; A. Mezghani, op. cit., p. 53 ; الهادي كرو، المقال السابق، ص 389.

⁽²⁸³⁾ تعقيبي مدني 3384، 31 جانفي 1966، مجلة القضاء والتشريع 1967، ص 389.
Civ. n° 3384, 31 Janvier 1961, R.T.D. 1968, p. 114, Note E. de Lagrange.

بتاريخ 22 ماي 1961 موزعة بمقتضاه هذه الأموال على أبناء الهالكة مستثنية المدعوة حورية التي لم يفرز لها مناب بدعوى أنها مرتدة.

أما الدار التي تمثل الجزء الثاني من محلف الهالكة "زينب"، فلقد شغلها أكبر أبنائها المدعو "ابن عيسى". ولقد مثل هذا العقار موضوع نزاع بين شاغلها المشار إليه وبقية إخوته "المنجي" و"رشيدة" و"حورية".

هذا عن الوقائع، بقيت الإجراءات والادعاءات.

2/ الإجراءات والادعاءات

256. — قام "المنجي" و"رشيدة" و"حورية" على أخيهم "ابن عيسى" شاغل العقار على الشيعاء بقضية أمام المحكمة الابتدائية بسوسة طالبين منها — بناء على تضررهم من تفرد هذا الأخير باستغلاله — إبراز مناباتهم بالقسمة أو الإذن بوضع الدار المذكورة للبيع إذا تعذر ذلك ليتمكنوا من أخذ أنصبتهم من ثمن المبيع. ولم يعترض المطلوب على استحقاق أخيه "المنجي" وأخته "رشيدة" لمناب في الدار موضوع النزاع. لكنه أثار — فيما يخص أخته "حورية" — ردتها ومن ثم فوات وصف الوارث عنها لأمرها المسلمة.

ولقد قضت محكمة البداية لصالح المدعين مؤسسة قضاءها — كما جاء بملاحظات النيابة العمومية المضمنة بالقرار التعقيبي المذكور — على "الاشترك وعدم قابلية القسمة وفي خصوص [...] حورية على أن مجلة الأحوال الشخصية لم تبين قواعد الميراث على اختلاف الأديان، وأن الدين غير الجنسية، وأن حورية المذكورة لم تفقد جنسيتها التونسية بتزوجها بغير المسلم".

بعبارة أخرى: اعتبرت المحكمة الابتدائية بسوسة أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية قد أورد موانع الإرث على سبيل الحصر وأن انتقال الملكية بطريق الإرث لا يتأثر باختلاف دين الوارث عن المورث.

هذا ما دعى بالابن الأكبر للهالكة إلى الاستئناف. لكن محكمة الدرجة الثانية بسوسة قضت في قرارها المؤرخ في 3 مارس 1964 بتقرير الحكم الابتدائي وبتصفيق دار النزاع لآخر راغب وقسمة ثنها على كل أبناء الهالكة بمن فيهم المدعوة "حورية".

ولقد طعن المدعي لدى الاستئناف بالتعقيب في هذا القرار أمام محكمة التعقيب منتقدا إياه لخرقه "الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بمقولة أن المطعون ضدها حورية متجنسة بالجنسية الفرنسية باختيارها [...] وبذلك نبذت صراحة البقاء تحت الأحكام الإسلامية وصارت مرتدة بالإجماع وبصريح القرآن. وهذا ما ذهبت إليه لجنة تصفية الأوقاف بسوسة [...] وما قررته أيضا المحكمة

العقارية بسوسة بحكمها عدد 54856 المؤرخ في 17 جويلية 1953 باعتبارها المرتد كافرا وخارجا عن ملته ولا توارث بين ملتين".

كما انتقده أيضا لخرقة "قاعدة اتصال القضاء بدعوى أن قرار لجنة الأوقاف المشار إليه كان قضى في الموضوع وعلى هذا الأساس كان يترتب على محكمة الاستئناف أن تطبق تلك القاعدة. ولما لم تفعل فقد خالفت الفصل 480 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود".

ولقد تبنت النيابة العمومية مطعني المعقب وخاصة منهما المطعن الأول إذ ورد بملاحظاتهما التي انتقدت بموجبها القرار الاستئنائي أن "الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية لم يكن محددًا لموانع الإرث بل اقتصر على ذكر أحدها وهو القتل العمد. وحينئذ يتعين بالنسبة لموانع الإرث الأخرى الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي الذي هو مصدر مجلة الأحوال الشخصية [...] وبالرجوع إلى القواعد المذكورة نجد أن من بين موانع الإرث الاختلاف في الدين بحيث أن غير مسلم لا يرث المسلم". كما أن النيابة فرقت في ملحوظاتها هذه بين الدين والجنسية فقالت إن "الجنسية لا تفيد الدين، والدين لا يفيد الجنسية، فالإتحاد في الجنسية ممكن مع اختلاف الدين ومثال ذلك تونسي وتونسي إسرائيلي". وختمت النيابة بطلب "نقض الحكم المطعون فيه وإعادة أوراق القضية إلى محكمة الاستئناف المدني لنظرها مجددا في هيئة أخرى".

لكن محكمة التعقيب قررت قبول المطلب شكلا ورفضه أصلا. وذلك على خلاف القرار الثاني الذي تعرضت فيه بالتطبيق للفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

ب) قرار "لويز شارلوت"

257. — إن دراسة قرار "لويز شارلوت" الصادر عن الدائرة المدنية السادسة لمحكمة التعقيب بتاريخ 13 فيفري 1985 تحت عدد 10610 (غير منشور) يقتضي أيضا التعرض إلى الوقائع وإلى الإجراءات والادعاءات.

1/ الوقائع

258. — تتلخص وقائع القضية في أن المدعو "الهادي بن مُجَّد الباجي" كان قد تزوج بالمدعوة "لويز شارلوت بوب" التي تحمل الجنسية الأمريكية.

وفي يوم 18 جانفي 1959 توفي الزوج المذكور مخلفا كثرته له منزلا مرسما بوثائق الملكية العقارية تحت عدد 52156 يملكه انصافا على الشيع مع زوجته. كما خلف كورثة له من الأقارب شقيقاته الثلاث "محبوبة" و"مامية" و"الزهرة" وابني أخيه — الذي سبقه بالوفاة — "مُجَّد" و"الناصر".

وفي 5 فيفري من نفس السنة أقامت الزوجة المشار إليها (لويز شارلوت) حجة وفاة بواسطة عدلين تتضمن انحصار إرث الهالك فيها وفي أقاربه المذكورين أعلاه. ولم يقع ادراج هذه الحجة بالسجل العقاري .

وفي 31 مارس 1961 تحصلت الأرملة "لويز شارلوت بوب" على الجنسية التونسية. في الأثناء توفيت شقيقة الزوج الهالك "محبوبة" تاركة بدورها عددا من الورثة عمدوا مع بقية ورثة "الهادي بن محمد الباجي" ("مامية" و"الزهرة" و"محمد والناصر") إلى إقامة حجة وفاة ثانية بتاريخ 10 فيفري 1979 لم يضمنوها اسم "لويز شارلوت" زوجة مورثهم وحقها في إرثه وأدرجوا تلك الحجة بدفاتر إدارة الملكية العقارية.

وبعد بضعة أشهر من هذا التاريخ أشهرت المدعوة "لويز شارلوت" إسلامها أمام مفتي الجمهورية وتحصلت على شهادة في ذلك بتاريخ 2 أكتوبر 1979 تحت عدد 110 ثم قامت بعد ذلك برفع قضية أمام العدالة.

2/ الإجراءات والادعاءات

259. — طلبت المدعوة "لويز شارلوت" من المحكمة الابتدائية بتونس القضاء بإبطال حجة الوفاة الثانية المقامة من طرف البعض من الورثة والتي لم تتضمن اسمها كوارثة لزوجها المرحوم "الهادي الباجي" فيما يخص المنزل الذي تملكه مناصفة معه على الشيع وإدراج الحكم بالبطلان بدفتر الأملاك العقارية والحكم بصحة حجة الوفاة الأولى التي أقامتها مباشرة بعد وفاة زوجها. ورد بقية الورثة على حجج المدعية بالقول إنها ممنوعة من إرث زوجها بما أنها لم تكن مسلمة مثله إبان افتتاح تركته وطلبوا القضاء بعدم سماع دعواها وقبول دعوى المعارضة التي تقدموا بها وذلك بإبطال حجة الوفاة الأولى التي أقامتها المدعية. فقضت محكمة البداية في حكمها المؤرخ في 23 مارس 1982 (غير منشور) بعدم سماع الدعوى الأصلية وقبول دعوى المعارضة شكلا وأصلا.

فاستأنفته المدعية منتقدة إياه لمخالفته الواقع حيث اعتبرها غير مسلمة والحال أنها "من ذوي الجنسية التونسية [...] هذا من جهة ومن جهة أخرى فهي اعتنقت الدين الإسلامي". كما انتقدته لخرقه أحكام مجلة الأحوال الشخصية حين اعتبر أن "الفصل 88 لم يعدد بصفة محدودة موانع الإرث بل ذكر بعضها بقوله من موانع الإرث [...] (و) هذا التفسير لم يصادف المرمى إذ أن الشريعة الإسلامية جوزت التزوج بالكتبايات ومن بينهن من كن مسيحيات ثم فرضت على أموال الزوج عند وفاته فرضا مخصصا للزوجة دون تقييد بين أن تكون هذه الزوجة مسلمة أو كاتباية [...] (كما أن)

مجلة الأحوال الشخصية لم تصرح إطلاقاً بأن الزوجة غير المسلمة لا تترث زوجها [...] (أضف إلى هذا أن «لويز» قد اعتنقت) الدين الإسلامي (و) يحق لها إرث زوجها المتوفي على حساب الربع حسبما اقتضته مجلة الأحوال الشخصية".

وإذا أردنا أن نلخص هذا المطعن، لقلنا إنه يعتمد في نقده لحكم المحكمة الابتدائية على حجتين (الثانية منهما بمثابة طوق إنقاذ إذا لم تقبل الأولى): أولاهما أن الفصل 88 قد أورد موانع الإرث على سبيل الحصر، ومن ثم فإن اختلاف دين الزوجة عن دين زوجها الهالك لا يحول بينها وبين التمتع بربع تركته. وثانيهما أنها اعتنقت الدين الإسلامي، ومن ثم فإنها لم تعد ممنوعة من إرث زوجها لاتحاد ديانتيهما.

ولقد رد المستأنف ضدهم بأن "ما استندت إليه من آيات قرآنية لا يتعلق بالإرث وإنما بالزواج ومن ثم لا علاقة له بقضية الحال ذلك أن القرآن الكريم ولئن أباح التزوج بغير المسلمة فإنه لم يسند لها أي حق في إرث زوجها المسلم [...] وقد أجمع الفقهاء [...] على أن يقع اتباع الحديث النبوي المشهور «لا توارث بين ملتين»⁽²⁸⁴⁾ كمنهج وشرعية ينتهجها المسلمون ويطبّقونها فلا تترث غير المسلمة من المسلم وهي قاعدة معمول بها في جميع الأمم الإسلامية".

ولقد قضت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها المؤرخ في 2 جويلية 1983⁽²⁸⁵⁾ بتقرير الحكم الابتدائي معللة قضاءها بالقول: "حيث أثبتت أوراق القضية أن مورث الطرفين «المهادي بن محمد الباجي» توفي في 18 جانفي 1959 وأن المستأنفة أعلنت إسلامها بتاريخ 2 أكتوبر 1979 وبذلك كانت زمن وفاة زوجها المرحوم «المهادي» المذكور غير مسلمة. وحيث أنه من المعلوم شرعا وقانونا أنه لا توارث بين ملتين وأن الزوجة غير المسلمة لا تترث الزوج المسلم وأن الزوجة في قضية الحال وهي المستأنفة وإن اعتنقت الدين الإسلامي الذي هو دين زوجها فكان ذلك بعد وفاة زوجها بسنين عديدة أي أن زوجها عندما توفي تركها غير مسلمة ومن ثم فإن ملتها غير ملة زوجها وهو ما يمنع من التوارث بينهما".

ولقد طعنت "لويز شارلوت بوب" في هذا القرار بالتعقيب على ثلاثة أوجه.

(284) حديث " لا يتوارث أهل ملتين" جاء في العديد من كتب المتون، منها: صحيح ابن حبان ، والمستدرک علی الصحيحین للحاکم، وسنن أبي داود، وسنن ابن ماجه، وسنن الترمذي، والسنن الكبرى للبيهقي، والسنن الكبرى للنسائي، وسنن الدارقطني، ومسند أحمد.

(285) محكمة الاستئناف بتونس، الدائرة الثالثة، القرار عدد 55863، مؤرخ في 21 جويلية 1983 (غير منشور).

أولاً: خرق الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بمقولة أن الطاعنة تستحق الربع من التركة في صورة الحال طبق الفصل 94 المذكور، وأن هذا الفصل لم يفرق في ميراث الزوجة بين كونها مسلمة أو غير مسلمة .

ثانياً: خرق الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بمقولة أن هذا الفصل نص على أن القتل العمد من موانع الإرث ولم يذكر اختلاف الدين في هذه الموانع.

ثالثاً: ضعف التعليل وتحريف الوقائع بمقولة أن الزوجة الطاعنة قد اعتنقت الدين الإسلامي في حياة زوجها وليس بينها وبينه أي اختلاف في الدين يمنع التوارث بينهما".

وقضت محكمة التعقيب بقبول المطلب شكلاً وأصلاً ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على نفس محكمة الاستئناف بتركيبية مغايرة .

هذا فيما يخص محتوى القضاء المتعلق بالفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. بعد المحتوى، ينبغي تحديد القيمة.

الفقرة الثانية: قيمة القضاء

260. — سنتعرض هنا وفي مرحلة أولى إلى المبدأ التي أقرته محكمة التعقيب سواء في قرار "حورية" أو في قرار "لويز شارلوت"، وفي مرحلة ثانية إلى النتائج المستخلصة.

أ) المبدأ

261. — بالرغم من وحدة المبدأ الذي أقرته محكمة التعقيب سواء في قرار سنة 1966 أو قرار سنة 1985، فإننا سنتعرض إلى كل قرار على حدة لخصوصية كل من النزاعين.

1/ قرار "حورية"

262. — أكدت محكمة التعقيب في قرار "حورية" على نوعين من المبادئ: نوع أول لا تأثير له على اتجاه قضائها، ونوع ثان يهتم بصفة مباشرة موضوع النزاع.

263. — ففي خصوص النوع الأول (والذي أقرته المحكمة في ردها على المطعن الثاني للمعقب المدعو ابن عيسى، والذي مفاده أن محكمة الاستئناف قد خرقت أحكام الفصل 480 من مجلة الالتزامات والعقود ومن ثم قاعدة حجية الشيء المقضي) قالت محكمة التعقيب إن قرار لجنة

الأوقاف ليس من قبيل الأحكام التي اشترطتها مجلة الالتزامات والعقود حتى يصح قانونا الاستناد إليها للمعارضة باتصال القضاء.

وفي موضع آخر من القرار أجابت المحكمة عن مشكل لم تقع إثارته من قبل أطراف القضية ويتعلق ببطلان أو صحة زواج حورية فتقول إن "تزوج المسلمة بغير المسلم هو من المعاصي العظمى. كما لا جدال أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه". ولقد أرادت المحكمة بإثارتها لهذا المشكل العرضي الذي لا تأثير له على سير القضية أن تبين موقفها من مسألة زواج المسلمة بغير المسلم الذي تباينت حوله الآراء آنذاك وأن تعطي فيه رأيا رسميا يؤذن باتجاهها (إذن القرار على هذا المستوى هو قرار "مبدئي"). والأهم من كل هذا أنها أرادت أن تقول بوجود الرجوع إلى التشريع الإسلامي في هذه المسألة.

264. — وهو نفس الموقف الذي اتخذته فيما يخص المشكل الأساسي المطروح في قضية الحال والمتمثل في معرفة إن كانت الردة مانعا للإرث؟

على هذا المستوى أقرت المحكمة ملحوظات النيابة العمومية المتعلقة بعدم إلغاء الفصل 88 للموانع الشرعية الأخرى، وأضافت المحكمة بأنها لا ترى أن الزواج بين المسلمة وغير المسلم يعد "ردة إلا إذا ثبت أن الزوجة اعتنقت دين زوجها غير المسلم". وهكذا فإن محكمة التعقيب تقول بصفة لا تدع مجالاً للشك بالرجوع إلى التشريع الإسلامي لتكملة سلسلة الموانع الواردة بالفصل المذكور. وهو نفس المبدأ الذي تبنته بعد حوالي عشرين سنة من هذا التاريخ بمناسبة قرار "لويز شارلوت".

2/ قرار "لويز شارلوت"

265. — ردت محكمة التعقيب في قرارها في 13 فيفري 1985 على المطعن القائل بحرق محكمة الدرجة الثانية لمقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية باعتبارها اختلاف الدين مانعا من موانع الإرث بأنه (المطعن) غير جدي.

كما أن المحكمة الأولى قد نقضت قرار محكمة الاستئناف بتونس لعدم إجابته عن دفع تقول عنه إنه جوهرى ويتعلق بالقرائن التي تثبت إسلام زوجة الهالك "لويز شارلوت بوب". وهكذا فإن النقض لم يكن نتيجة تأويل مختلف للفصل 88 يتبناه قضاة القانون، بل على العكس فإن كلا من قضاة البداية والاستئناف والتعقيب متفقون على أن سلسلة الموانع التي جاء بها الفصل المذكور قد وردت على سبيل المثال وأنه من الواجب تكملتها بالرجوع إلى التشريع الإسلامي والأدلة الشرعية.

وهو ما أدى بمحكمة التعقيب في قرارها هذا - وكذلك في قرار حورية - إلى ترتيب بعض النتائج عن هذا المبدأ.

(ب) النتائج

266. - إن أولى النتائج التي استخلصتها محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 31 جانفي 1966 تتمثل في أن الردة مانعة للإرث. وهذا أثر منطقي للمبدأ الذي تبنته والمشار إليه سابقا. فقبول تأويل الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بطريقة لا تجعله يحدد على سبيل الحصر موانع الإرث والقول بإتمامه بالرجوع إلى التشريع الإسلامي، اعتبر قضاة القانون الردة مانعة لانتقال ملكية أموال المسلم إلى المرتد.

وهو نفس الموقف الذي اتخذوه بخصوص وصف آخر يحول بين الوارث وبين أخذه لمناب في تركة مورثه. فلقد قضت المحكمة المذكورة في قرارها المؤرخ في 13 فيفري 1985 أن الفصل 88 قابل لاحتواء موانع أخرى غير القتل العمد والشهادة بالزور المؤدية إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة أن اختلاف دين الوارث عن دين المورث يحول بين الأول وبين التمتع بتركة الثاني.

267. - من كل ما تقدم يتبين أن الفقه التونسي منقسم فيما يخص تأويل أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية بين قائل بأن النص المذكور قد حدد موانع الإرث في القتل العمد والشهادة بالزور وقائل بأن الفصل المذكور قابل لاحتواء موانع أخرى.

ولقد أخذ القضاء بالموقف الثاني إذ أن محكمة التعقيب قد قضت في قرارها الصادر في 31 جانفي 1966 بأن الردة مانعة للميراث وفي قرارها المؤرخ في 13 أكتوبر 1985 بأن اختلاف الدين يعد أحد الأوصاف الموجبة للمنع.

بهذا يكون القضاء - وكذلك جزء من الفقه - قد اعتبر أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يحيل - من خلال صيغة الجمع التي ورد بها - لفظة "من" التي ذكر بها الموانع على سبيل المثال - على مصادر تكميلية ومن ثم على موانع ضمنية لم يبينها صراحة والتي من الواجب الرجوع من أجل معرفتها إلى أحكام التشريع الإسلامي.

الفصل الثاني

المواقف حول محتوى المعنى الضمني

268. — إن القول بأن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يحيل على مصادر تكميلية، وبأن عباراته قد صيغت بحيث لا تفيد حصراً للموانع، يقتضي البحث في الأوصاف التي قضى التشريع الإسلامي بأنها تحول بين الشخص الذي تحققت فيه شروط الميراث وقام به السبب المقتضي له وبين أن يرث.

وبالرجوع إلى هذا التشريع نتبين أن موانع الميراث تنقسم إلى قسمين: قسم أول أجمع فقهاء الإسلام على اعتبار الاتصاف به موجبا للحرمان؛ وقسم ثان اختلفوا في شأنه، فرتب البعض على وجوده المنع، ولم يأخذه البعض الآخر بعين الاعتبار وقضوا بأن اتصاف وارث به لا يحول بينه وتركته مورثه. وهكذا فإن معرفة محتوى الموانع الضمنية التي جاء بها الفصل المذكور تقتضي البحث في كل من هذين القسمين.

والقسم الأول يمكن أن يمثل موضوع اتفاق عند من يقول بوجود موانع ضمنية ومعنى ضمني في الفصل 88. أما القسم الثاني فلا.

المبحث الأول: محتوى المعنى الضمني الذي يمكن أن يمثل موضوع اتفاق

269. — تعرض قرارا محكمة التعقيب ("حورية" و"لويز شارلوت") إلى مانعين من موانع الإرث لم يردا صراحة في الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. ويعد هذان المانعان من الأوصاف التي اتفق علماء الشريعة الإسلامية على اعتبارها موجبة لعدم ترتيب الإرث مع قيام سببه وتوفر شروطه.

270. — والواقع أن إجماع الفقهاء قد انحصر في أربعة أسباب للمنع من الميراث هي على التوالي القتل والرق واختلاف الدين والردة.

والدراسة هنا تتعلق بالمانعين الثالث والرابع، لأن المانع الأول سبق التعرض إليه تحت عنوان المعنى الصريح للفصل 88، ولأن المانع الثاني لم تبق اليوم لدراسته إلا أهمية تاريخية تدعو إلى الإيجاز فيه بالقول إن الرق نوعان: أولهما الرق الكامل وهنا نجد القرن⁽²⁸⁶⁾، والمكاتب⁽²⁸⁷⁾؛ وثانيهما الرق

(286) القرن هو العبد الذي لم يثبت له أي نوع من الحرية.

الناقص وهنا نجد المبعوض⁽²⁸⁸⁾، والمدبر⁽²⁸⁹⁾، وأم الولد⁽²⁹⁰⁾. وسواء كان الرق كاملاً أو ناقصاً فإن جمهور الفقهاء متفق⁽²⁹¹⁾ على اعتباره مانعاً للميراث لمنافاته أهلية الملكية ذلك أن العبد وما ملكت يدها لسيده. فلو ورثناه من أقربائه، لكان ذلك في الواقع توريثاً للسيد وهو أجنبي عن الهالك ولم يتم به سبب الميراث الذي يبرر هذا .

ولقد ورد بالمذكرة التفسيرية المرفقة بقانون الموارث المصري لسنة 1943 فيما يتعلق بالمادة السادسة ما يلي: "قدمت لجنة الأحوال الشخصية مشروع هذا القانون متضمناً النص على أن الرق مانع من موانع الإرث. وقد رئي حذفه نظراً لأن الرق غير موجود ومحظور، بل معاقب عنه منذ أكثر من ستين عاماً. فلم تعد ثمة فائدة عملية من إيجاد مثل هذا النص بين موانع الإرث. ولقد صيغت عبارة هذه المادة بحيث لا تكون مفيدة لحصر موانع الإرث حتى لا يظن أنه قصد بالحذف تغيير حكم شرعي أجمع عليه المسلمون"⁽²⁹²⁾.

وهكذا فإن المشرع المصري قد اعتمد في المادة المذكورة صياغة تفادي من أن يظن به أنه قد حصر موانع الإرث في الأسباب التي صرح بها.

⁽²⁸⁷⁾ المكاتب هو العبد الذي يتعاقد مع سيده على أنه إذا دفع له مبلغاً معيناً من المال صار حراً.
⁽²⁸⁸⁾ المبعوض هو الذي بعضه حر وبعضه عبد. وصورته أن يكون عبد مملوكاً لشخصين فيعتقه أحدهما. وبهذا يصير حرّاً بقدر حصة المعتق فيه. وهذه الحصة لا يمكن أن تعود إلى الرق أبداً. ويكلف العبد في هذه الصورة بالسعي إلى الحصول على ثمن الحصة التي أبقته على عبودية جزء منه. ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا كان الشريك المعتق للبعض موسراً وجب عليه أن يعطي شريكه قيمة نصيبه ليصير العبد مكتمل الحرية.
⁽²⁸⁹⁾ المدبر هو العبد الذي علق سيده حرثته على موته. وحكمه أن يعتق بعد وفاة السيد بشرط ألا تزيد قيمته عن ثلث التركة.

⁽²⁹⁰⁾ أم الولد هي الجارية التي يطؤها سيدها بملك اليمين فتلد منه طفلاً يدعيه لنفسه. وحكمها أن تبقى على الرق إلى حين موت سيدها. فإذا توفيت، صارت حرة حتى وإن زادت قيمتها عن ثلث تركته لما رواه سعيد بن المسيب من أن الرسول أمر بعق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث.

انظر حول أنواع الرقيق: مُجَدِّ محيي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص 38 وما بعدها؛ حسن خالد وعدنان نجما، الموارث في الشريعة الإسلامية وما يجري عليها العمل في الشريعة الشرعية الإسلامية، دار لبنان، بيروت، 1967، ص 50 وما بعدها؛ مُجَدِّ خيرى، م س، ص 50 وما بعدها.

⁽²⁹¹⁾ روي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعلى هذا سارت الشيعة الإمامية أنه إذا هلك شخص ولم يكن له وارث وله عبد فإنه يؤخذ من تركته الهالك جزءاً يدفع لسيده العبد ثمناً لعتقه. فإذا صار الوارث حراً أخذ بقية تركته مورثه. ولهذا فضلنا استعمال عبارة إجماع جمهور الفقهاء على غيرها من العبارات لأن هناك من يرى توريث الرقيق في الصور التي أوردناها.

⁽²⁹²⁾ انظر: عمر عبد الله، م س، ص 381.

وهذا هو الموقف الذي اتخذته محكمة التعقيب التونسية عند تأويلها لأحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية باعتبارها للصياغة التي وردت به مفيدة لإحالة على الموانع التي جاءت بالتشريع الإسلامي.

ولقد كان قرار "حورية" وقرار "لويز شارلوت" مناسبة لتأكيد موقفها هذا من مانعي اختلاف الدين والردة.

الفقرة الأولى: اختلاف الدين

271. — إن أساس المنع من الميراث إذا اختلف دين الوارث من المورث هو انعدام الولاية⁽²⁹³⁾.

أما مصدره فالسنة النبوية الشريفة:

فقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: "[...] لا يتوارث أهل ملتين [...]]"⁽²⁹⁴⁾.

كما روي عنه ﷺ أنه قال: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"⁽²⁹⁵⁾.

وجاء في موطأ مالك (رواية محمد بن الحسن الشيباني): "أخبرنا مالك، أخبرنا ابن شهاب، عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب، عن عمر بن عثمان بن عفان، عن أسامة بن زيد، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر». قال محمد: وبهذا نأخذ، لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، والكفر ملة واحدة، يتوارثون به، وإن اختلفت مللهم، يرث اليهودي النصراني، والنصراني اليهودي، وهو قول أبي حنيفة والعامّة من فقهاءنا"⁽²⁹⁶⁾.

(293) انظر: محمد مصطفى شلبي، م س، ص 83؛ بدران أبو العينين بدران، م س، ص 95.

(294) سبق أن هذا الحديث جاء في العديد من كتب المتون، منها: صحيح ابن حبان، والمستدرک علی الصحیحین للحاکم، وسنن أبي داود، وسنن ابن ماجة، وسنن الترمذی، والسنن الكبرى للبيهقي، والسنن الكبرى للنسائي، وسنن الدارقطني، ومسند أحمد.

(295) ورد هذا الحديث في كثير من كتب المتون منها: مسند الشافعي، ومسند أحمد، والسنن الكبرى للنسائي، وسنن أبي داود، وسنن الترمذی، وسنن الدارمي، وسنن ابن ماجة، وصحيح ابن حبان، والمستدرک علی الصحیحین للحاکم، وصحيح ابن خزيمة.

(296) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، المكتبة العلمية، د م،

وجاء أيضا في الموطأ (برواية أبي مصعب الزهري): "الأمر المجتمع عليه عندنا، والسنة التي لا اختلاف فيها، والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا: أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة، ولا ولاء، ولا رحم"⁽²⁹⁷⁾.

يستخلص من هذه السنة القولية أن اختلاف الدين مانع للإرث. وهو مانع بين المسلم وغير المسلم، كما أنه مانع بين غير المسلمين ممن اختلفوا في الدين⁽²⁹⁸⁾. لذا ينبغي أن ننظر أولا في الإرث بين المسلم وغير المسلم، وبعد ذلك في الإرث بين غير المسلمين.

أ) الإرث بين المسلم وغير المسلم

272. — لقد تعرض قرار محكمة التعقيب المؤرخ في 13 أكتوبر 1985 إلى مشكل إرث غير المسلم من المسلم. إلا أن النقطة التي نحن بصدد دراستها تقتضي البحث أيضا في مسألة إرث المسلم من غير المسلم.

1/ إرث غير المسلم من المسلم

273. — لقد انعقد إجماع علماء الشريعة على أن غير المسلم لا يرث من المسلم، مهما يكن من قيام لسبب الإرث من قرابة أو زوجية ومن استيفاء لجميع شروط الميراث، وذلك اعتمادا على الدليل الشرعي الوارد أعلاه.

ولقد تبنت محكمة التعقيب التونسية في قرار "لويز شارلوت" هذا الموقف. كما تبنته من قبلها المحكمة الابتدائية بتونس في حكمها المؤرخ في 23 مارس 1982 حين قضت بعدم سماع دعوى "لويز شارلوت" باعتبار أنها لم تكن مسلمة. وأخذت بنفس الموقف محكمة الاستئناف في قرارها المؤرخ في 21 جويلية 1983 والذي قالت فيه إن "الزوجة الغير المسلمة لا ترث الزوج المسلم".

وعلى هذا الأساس فإن نقض محكمة التعقيب للقرار الاستثنائي لم يكن مرده عدم اتفاق بين قضاة القانون وقضاة الأصل حول مبدأ المنع في هذه الصورة، بل تعلق فقط بتوفر هذا المانع إبان افتتاح التركة وبكيفية إثباته.

⁽²⁹⁷⁾ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ مالك رواية أبي مصعب الزهري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1412 هـ، ج 2، ص 541.

⁽²⁹⁸⁾ "الإسلام في اللغة التسليم والانقياد. وفي الاصطلاح الشرعي هو شريعة نبينا مُحَمَّد ﷺ. وهو الدين الذي ختم الله به أديانه [...] والكفر في اللغة الجحود والستر [...] وسمي الكافر كافرا لأنه يستتر نعم الله عليه. والكفر في الاصطلاح الشرعي ضد الإسلام سواء كان بإشراك أم لا". ياسين أحمد إبراهيم درادكة، م س، ص 134 وما بعدها.

274. — فلقد رأت محكمة الاستئناف — وقبلها المحكمة الابتدائية — أن الزوجة المذكورة قد أسلمت إثر وفاة زوجها بسنين عديدة كما تدل على ذلك الشهادة المسلمة إليها من قبل مفتي الجمهورية بتاريخ 2 أكتوبر 1979، أي بعد حوالي عشرين سنة من موت مورثها الذي تم في 18 جانفي 1959، ومن ثم فإنها لم تكن مسلمة وقت افتتاح التركة مما يدعو إلى ترتيب مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية فيما يخص التركة موضوع النزاع. وفي هذا المعنى يقول القرار الاستئنائي "[...] أن الزوجة في قضية الحال [...] وإن اعتنقت الدين الإسلامي الذي هو دين زوجها فكان ذلك بعد وفاته بسنين عديدة أي أن زوجها عندما توفي تركها غير مسلمة ومن ثم فإن ملتها غير ملة زوجها وهو ما يمنع التوارث بينهما وهي لا ترث زوجها".

ولهذا السبب قرر قضاة الدرجة الثانية تقرير الحكم الابتدائي الذي يقولون عنه إنه "[...] أصاب المرمى وإن هذه المحكمة تبناه كأنه صادر عنها".

ولقد تعلق طعن الزوجة في القرار الاستئنائي لدى التعقيب بهذه النقطة بالذات فعابت عليه تحريفه للوقائع إذ أن إشهارها بالإسلام في سنة 1979 لا يفيد بأنها لم تكن مسلمة في حياة زوجها.

وأيا كان النقاش المرتبط بإقرار محكمة التعقيب بحقها في نقض القرارات الاستئنافية اعتمادا على أن القرائن التي اعتمدها قضاة الأصل غير مقنعة وبحقها في مراقبة تأويل الوقائع⁽²⁹⁹⁾، فإن محكمة القانون قد استندت في قرارها على هذه النقطة، وأفاضت في الإجابة عن المطعن المتعلق بها، فتقول: "وحيث أن شهادة مفتي الجمهورية في إعلان الطاعنة إسلامها لديه ليست حجة على أنها لم تكن مسلمة من قبل، وحيث أن الطاعنة تمسكت بأنها عاشرت زوجها على دين الإسلام وكان على محكمة الموضوع التحقق من ذلك بجميع الوسائل ولا سيما أن قرينة تحرير حجة الوفاة الأولى بناء على طلب الطاعنة في شهر فيفري 1959 بمقتضى إذن من رئيس المحكمة الابتدائية وبواسطة عدلين عالمين بأحكام الموارث الشرعية وشاهدين مسلمين لا تخفى عنهما هذه الأحكام أيضا، كل ذلك يدل على أن الزوجة كانت مسلمة في تاريخ الوفاة".

وهكذا فإن محكمة التعقيب ترى أن شهادة إعلان الإسلام ليست إلا إجراء إداريا لا ينفي إسلام حاملها قبل حصوله عليها.

وعليه، فمسألة إسلام شخص أو عدم إسلامه مسألة واقعية تثبت بجميع الوسائل. من أجل ذلك اكتفى قضاة الأصل بتاريخ إعلان الزوجة لإسلامها كحجة على عدم إسلامها إبان افتتاح التركة. أما محكمة التعقيب فرأت في تحرير حجة الوفاة من طرف العدلين بإذن من رئيس

(299) Mohamed Charfi, op. cit. (Introduction à l'étude du droit), p. 304.

المحكمة الابتدائية وبناء على شهادة شاهدين مسلمين دلالة على أن المدعوة "لويز شارلوت" كانت مسلمة في هذا التاريخ إذ أن منع غير المسلم من إرث المسلم يمثل حكماً ثابتاً في التشريع الإسلامي وراسخاً لدى الرأي العام فلا يمكن أن يجمله هؤلاء وخاصة منهم العارفين بالقانون.

275. — وهذا الاختلاف يقابله اتفاق بين قضاة الموضوع وقضاة القانون حول مسألة أخرى هي وقت سريان آثار اختلاف الدين بين الوارث والمورث. بعبارة أخرى: اتخذت المحاكم الثلاث موقفاً موحداً من مسألة وقت امتناع إرث غير المسلم من المسلم.

والمعلوم أن هذه المسألة كانت محل خلاف بين فقهاء المسلمين: ففي حين يرى الحنابلة وبعض الشيعة أن اختلاف الدين لا يمنع من الميراث إذا زال قبل قسمة التركة (وعلى هذا تراث الزوجة الكتابية زوجها المسلم إذ أسلمت بعد وفاته وقبل التقسيم ضرورة أن العبرة بوجود المانع في هذا الوقت)، فإن الجمهور من أحناف ومالكية وشافعية قد ارتأى أن مناط المنع وقت افتتاح التركة أي وقت وفاة الزوج في قضيتنا فلا عبرة إذن بزوال المانع بعد ذلك وقبل القسمة⁽³⁰⁰⁾. وواضح أن موقف الأوائل مبني على الترغيب في الدخول إلى الإسلام. أما موقف الجمهور فيستند إلى إطلاق الحديث النبوي الشريف "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم" والذي لم يخص حالة دون حالة⁽³⁰¹⁾.

ولقد تبنت المحاكم التونسية في هذا القرار موقف الجمهور. فاستندت محكمة الاستئناف في قضائها على اختلاف دين الزوجة عن الزوج وقت وفاة هذا الزوج. كما قالت محكمة التعقيب صراحة إن تحرير حجة الوفاة الأولى على النحو المشار إليه "يدل على أن الزوجة الطاعنة كانت مسلمة في تاريخ الوفاة".

وهذا الموقف يتفق مع أحكام القانون التونسي المتعلقة باستحقاق الميراث. فالفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية قد نص على أنه "يستحق الإرث بموت المورث [...]". وهو نص مطلق، ولا قرينة على تقييده، فيجب العمل به على إطلاقه (الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود).

⁽³⁰⁰⁾ علينا أن نشير هنا إلى أن الإجماع منعقد بين كل علماء الشريعة على أنه لا اعتبار للإسلام الذي يتم بعد قسمة التركة.

⁽³⁰¹⁾ يقول الجصاص حول هذا الخلاف: "واختلف السلف فيمن أسلم قبل قسمة الميراث. فقال علي بن أبي طالب في مسلم مات فلم يقسم ميراثه حتى أسلم له ابن كافر [...] أنه لا شيء له. وهو قول عطاء وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهدى وأبي الزناد وأبي حنيفة وأصحابه ومالك والأوزاعي والشافعي. وروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان أنهما قالاً من أسلم على ميراث قبل أن يقسم شارك في الميراث وهو مذهب الحسن وأبي الشعثاء". أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، مكتبة عبد الرحمان محمد، القاهرة، د ت، ج 2، ص 105.

مما تقدم ينبغي الاحتفاظ بأن محكمة التعقيب تبنت موقف الجمهور على صعيدين: على صعيد المنع، وعلى صعيد وقت وجوب توفر المانع. هذا عن إرث غير المسلم من المسلم. بقي أن ننظر إلى الحالة المقابلة، وهي إرث غير المسلم من المسلم.

2/ إرث المسلم من غير المسلم

276. — اتخذ فقهاء المسلمين من هذه المسألة موقفين مختلفين: موقف أول اتفق عليه الجمهور من الصحابة والفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة والشافعي وابن حنبل ومفاده أن المسلم لا يرث من غير المسلم شيئاً بسبب القرابة أو الزوجية. وموقف ثان قال به معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان وسعيد بن المسيب وغيرهم ويقضي بعدم المنع في هذه الحالة.

277. — ولقد استند هؤلاء إلى دليلين شرعيين: النص والقياس. فأما النص فحديث رواه أبو داود عن معاذ قال سمعت النبي ﷺ يقول: "الإسلام يزيد ولا ينقص"⁽³⁰²⁾، كما استدلوا بحديث "الإسلام يعلو ولا يعلى"⁽³⁰³⁾. ووجه الاستدلال بهذين الحديثين أن من الزيادة والعلو القضاء بتوريث المسلم من غير المسلم. وأما القياس فقد قالوا بأن الإسلام يبيح زواج المسلم بالكتابية ويمنع ذلك بين غير المسلم والمسلمة. فقياساً على هذه الصورة يحق للمسلم أن يرث غير المسلم ولا يحق للثاني أن يرث الأول.

278. — ولقد رد الجمهور على الدليل النصي بالقول إن الحديث لا يصلح للاحتجاج به لأن فيه راوياً مجهولاً قبل معاذ. وحتى وإن قُبل - وقُبل الحديث الثاني - فإن كلا منهما لا يصلح للاستدلال به على ما ذهب إليه أصحاب الموقف الثاني. فمعنى زيادة الإسلام وعدم نقصانه كثرة معتنقيه وقلة الخارجين عنه وانتشاره على مدى شاسع من الأراضي والبلاد. ومعنى علوه الغلبة والنصر أو ثبوته في مقابل غيره كالمولود بين مسلم وغير مسلم حيث يحكم بإسلام الولد. ويرد الجمهور على الدليل الشرعي الثاني بالقول بأنه قياس في مقابلة النص، فلا يصح للاستدلال به. ثم إنه قياس غير سديد لاختلاف جوهرى بين المقيس به والمقيس عليه⁽³⁰⁴⁾.

(302) ورد هذا الحديث في سنن أبي داود، وسنن ابن ماجه، ومسنده أحمد، وغير ذلك من كتب الحديث.

(303) ورد هذا الحديث في سنن الدارقطني والسنن الكبرى للبيهقي.

(304) انظر: مُجَدِّحِي الدين عبد الحميد، م س، ص 51. وانظر أيضاً: مُجَدِّحِي، م س، ص 56.

ويصف "مُحَمَّدُ أبو زهرة" موقف "معاوية" بالغريب ويقول إنه قد استنكره معاصروه. فحين كتب به إلى عماله، أمر زياد بن أبيه والي العراق "شريحاً التابعي" - وكان قاضياً على الكوفة - باعتماد هذا الموقف في قضائه، فامتثل، ولكنه لم يكن يقول إن هذا قضاءً بحكم الله ورسوله بل كان يقول إن هذا قضاء أمير المؤمنين ليحمله تبعة ذلك. ولما تولى "عمر بن عبد العزيز" الخلافة الأموية أمر بإلغاء العمل بموقف "معاوية" والأخذ برأي الجمهور⁽³⁰⁵⁾ الذي هو أقوى حجة.

279. - ولقد تبنى المشرع المصري موقف الجمهور بالمادة السادسة من قانون الموارث لسنة 1943 والتي تنص على أنه "لا توارث بين مسلم وغير مسلم [...]". كما تبناه أيضاً المشرع السوري في المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية. وهو الموقف الواجب اعتماده عند تأويل الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية. فالمشرع التونسي - إذا قيل بأنه أراد أن يُكَمَّلَ نصه بما جاء في الفقه - لا بد من أنه أراد أن يكتمل بما يمثل فقه الجمهور لا بما هو شاذ أو مستنكر. هذا فيما يخص التوارث بين المسلم وغير المسلم. فهل أن الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى اختلاف الدين بين غير المسلمين.

ب) الإرث بين غير المسلمين

280. - انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة أيضاً: فرأى بعضهم أن اختلاف الدين يعد مانعاً للميراث في حين لم يعتد البعض الآخر بهذا الوصف إذا تعلق الأمر بوارث ومورث غير مسلمين.

1/ الرأي الأول: اختلاف الدين مانع للإرث بين غير المسلمين

281. - يمكن تقسيم آراء الفقهاء القائلين بأن اختلاف الدين يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلى ثلاثة أقسام.

282. - قسم أول مفاده أن غير المسلمين ملتين: أهل الكتاب من اليهود والنصارى وغيرهم ممن يدينون بمعتقد آخر. فإذا هلك نصراني ورثه زوجه أو قريبه اليهودي وكذا العكس. لكن إذا كان

(305) انظر: مُحَمَّدُ أبو زهرة، م س، ص 107.

الوارث من غير أهل الكتاب، امتنع إرثه ممن يدينون بدين سماوي من غير المسلمين. وكذلك الحال إن كان هؤلاء هم الورثة وكان الأول مورثا لهم. بعبارة أخرى: أهل الكتاب من اليهود والنصارى ملة ويتوارثون فيما بينهم، لكن لا توارث بينهم وبين بوذي مثلا.

ولقد قال بهذا الرأي ابن أبي ليلي⁽³⁰⁶⁾ وحجته أن أهل الكتاب متفقون على التوحيد وعلى الإقرار بنبوّة موسى عليه السلام. لذا وجب اعتبارهم ملة واحدة يتوارث أفرادها فيما بينهم، واعتبار ما عداهم ملة أخرى ولا توارث بين أهل ملتين.

283. — قسم ثاني يفصل أكثر في المسألة ويقول إن غير المسلمين ثلاث ملل: فيمثل اليهود الملة الأولى، ويرث الموسويون بعضهم بعضا مهما اختلفت مذاهبهم وتعددت طوائفهم؛ ويمثل النصارى الملة الثانية، فيتوارثون فيما بينهم فقط لا فرق بين الأرثوذكسي منهم والبروتستانتى (إلخ)؛ أما الملة الثالثة فتجمع ما عدى هؤلاء ممن يدينون بمعتقدات أخرى، فيرث المجوسي البوذي وكذا العكس. فالملل إذن حسب هذا الرأي ثلاث: اليهودية، والنصرانية، ودين ما عدى اليهود والنصارى أي الذين كان انعدام كتاب سماوي نقطة اشتراك بينهم.

284. — ولقد قال بهذا الرأي جماعة من التابعين. وهو رواية ضعيفة عن المالكية الذين يرون — وهنا نصل إلى القسم الثالث من الآراء الفقهية — في الراجح من أقوالهم أن الملل مستقلة بعضها عن بعض⁽³⁰⁷⁾. فاليهود ملة، والنصارى ملة، والبوذيون ملة، وغيرهم ملل أخرى مستقل بعضها عن بعض. وعلى هذا فإن النصراني يرث النصراني، لكنه لا يرث قريبه اليهودي أو البوذي.

ويستدل على هذا الرأي بعموم الحديث النبوي الشريف "لا يتوارث أهل ملتين"، كما يستدل عليه أيضا بجملة من الآيات القرآنية التي تعرضت إلى الأديان والنحل معطوف بعضها على بعض. فيقول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ إِبْرَاهِيمَ يَهُودِيًّا وَلَا نَصْرَانِيًّا وَلَكِنْ كَانَ حَنِيفًا مُّسْلِمًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [آل عمران: 67]. ويقول كذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ [الحج: 17]. والمعلوم أن الأصل في العطف مغايرة المعطوف للمعطوف عليه مما يدل على أن القرآن يعتبر أن كل ملة مستقلة عن الأخرى⁽³⁰⁸⁾.

(306) انظر: مُجَدِّ مصطفى شليبي، م س، ص 87.

(307) انظر: مُجَدِّ مصطفى شليبي، م س، ص 86. انظر أيضا: مُجَدِّ محي الدين عبد الحميد، م س، ص 53 وما بعدها.

(308) انظر: مُجَدِّ محمّدة، م س، ص 42.

وهذا الموقف هو المشهور عند الحنابلة. إلا أن هنالك رواية عن الإمام أحمد يقول فيها بالرأي الثاني.

2/ الرأي الثاني: اختلاف الدين غير مانع للإرث بين غير المسلمين

285. — يضع القائلون بهذا الرأي جميع الأديان والنحل في مقابلة الإسلام ويعدونها ملة واحدة. وعلى هذا يرون أن اختلاف الدين بالنسبة إلى غير المسلمين لا يحول دون التوارث بينهم. فهؤلاء يعتبرون فيما يهم مادة أحكام الموارث كذوي دين واحد، وتأخذ الاختلافات الموجودة بينهم — فيما يهم هذه المادة — حكم اختلاف المذاهب في الإسلام. وهذا رأي أبي حنيفة وأهل الظاهر وداود والشافعي الذي يورد عنه "ياسين أحمد إبراهيم درادكة" قوله مفادها إن "المشركين في تفرقهم واجتماعهم يجمعهم أعظم الأمور وهو الشرك بالله"⁽³⁰⁹⁾.

286. — ويستدل القائلون بهذا الرأي ببعض الآيات القرآنية، منها قوله تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ﴾ [يونس: 32]، ويقولون إن المعنى بالحق في الآية الكريمة الإسلام والمعنى بالضلال ما عداه من الملل⁽³¹⁰⁾، فيكون الحكم واحدا فيما يخصها. كما يستدلون بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: 73]. ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن عبارة "الذين كفروا" تشمل جميع الملل والأديان. وقد أثبت الله تعالى أنهم أولياء لبعضهم. والمعلوم أن أساس الميراث المولاة والنصرة. وقد ثبت في الآية وجودهما بين غير المسلمين مع اختلاف أديانهم. لذا وجب اعتبارهم ملة واحدة، وإقرار التوارث بينهم، ومنعه بينهم وبين المسلمين الذين يعدون بدورهم ملة واحدة لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71]. ويستند هذا الرأي كذلك إلى حديث رسول الله ﷺ المشار إليه سابقا والذي يقول: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"، ويقولون إن فيه دلالة على أن المسلم يرث المسلم وغير المسلم يرث غير المسلم.

287. — ولقد تبني قانون الموارث المصري هذا الرأي فنصت المادة السادسة منه على أنه "لا توارث بين مسلم وغير مسلم ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض [...]" كما قضت المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه "يمنع الإرث [...]" اختلاف الدين بين المسلم وغيره [...]" وهكذا فمادة القانون السوري سكتت عن حكم التوارث بين غير المسلمين. ويقول

⁽³⁰⁹⁾ انظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، م س، ص 138.

⁽³¹⁰⁾ لكن يمكن القول إن الظاهر أن المراد في الآية هو الله سبحانه وتعالى لأن الآية الكريمة تقول: ﴿فَدَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمُ الْحَقُّ فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ﴾ [يونس: 32].

"مصطفى السباعي" و"عبد الرحمان الصابوني" هنا: "يكون العمل بمذهب أبي حنيفة هو الواجب في محاكمنا الشرعية وفقا للمادة 305 من القانون"⁽³¹¹⁾.

288. — وإذا كان سكوت المشرع السوري هذا لم يثر أي إشكال، فإن الصعوبة تظل قائمة فيما

يخص القانون التونسي: فأى الرأيين الفقهيين يتجه اعتماده في هذه المسألة؟

إذا كان من الممكن إقصاء الجزء من الرأي الأول القائل بأن غير المسلمين ملتان أو ثلاث ملل لتشعبه ولقلة القائلين به، فإن اعتماد هذا الرأي فيما يخص جزءه القائل باستقلالية الأديان بعضها عن بعض قد يكون ممكنا في القانون التونسي، وذلك لسببين اثنين: أولهما احترام هذا الموقف لخصوصية كل معتقد، وثانيهما تبنيه من قبل المذهب المالكي وهو المذهب الشائع في تونس.

لكن هذين السببين لا يمنعنا من اقتراح تبني الرأي الثاني — عند تأويل أحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية — هذا الرأي الذي يقول بأن اختلاف الدين لا يمنع التوارث بين غير المسلمين وذلك عملا بالفصل 540 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على تأويل الاستثناءات بصفة ضيقة مما يدعو إلى اعتماد هذه الطريقة فيما يخص كل سبب للمنع على حدة. والواضح أن هذا الرأي يضيق في استثناء أهلية الميراث في صورة اختلاف الدين فيحصره بين المسلم وغير المسلم ولا يتوسع فيه ليشمل التوارث بين غير المسلمين أيضا.

وما يؤكد هذا التأويل المقترح للفصل 88 فيما يخص هذه المسألة قابلية الأدلة الشرعية التي جاءت بسبب المنع هذا لاحتواء الرأي المالكي والحنبلي والرأي الحنفي والشافعي على حد سواء، مما يمكن من الأخذ برأي دون آخر ومقابلته بمقتضيات القانون التونسي لتفضيل هذا على ذلك. وهو نفس الاتجاه الواجب العمل به فيما يخص الموانع الضمنية الأخرى وخاصة منها الردة.

الفقرة الثانية: الردة

289. — تعد الردة مبدئيا من الأوصاف التي اتفق الفقهاء على اعتبار توفرها مانعا من موانع الإرث.

والردة لغة "اسم بمعنى الارتداد وهو الرجوع والانصراف عن الشيء. وفي اصطلاح علماء الشريعة عبارة عن أن يفعل المسلم فعلا أو يقول كلاما أو يعتقد شيئا لا يقره الإسلام بته"⁽³¹²⁾. عبارة أخرى المرتد هو الراجع عن دين الإسلام طوعا واختيارا.

⁽³¹¹⁾ مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، م س، ص 403.

⁽³¹²⁾ محمد محي الدين عبد الحميد، م س، ص 57.

290. — وحكمه على الصعيد الجزائري أن يقتل لما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: "من بدل دينه فاقتلوه"⁽³¹³⁾. ويرى الجمهور أن هذا الحكم يشمل المرأة والرجل لعموم الحديث المشار إليه ولاشترك المرتد والمتردة في العلة الموجبة للعقاب. إلا أن الأحناف قالوا بتخصيص الدليل النصي وحصره في الرجل. ويستدلون على ذلك بالقول إن ظاهر الحديث غير مقصود من الشارع وأن عموميته لم تمنع من تخصيصه بالمسلم فقط. فمن بدل دينه إلى الإسلام لا يقضي في شأنه بهذا العقاب. لذا وجب تخصيص هذه السنة القولية مرة أخرى بالرجل وحبس المتردة إلى حين وفاتها الطبيعية أو عودتها إلى الإسلام.

لكن الإمام الأكبر للأزهر الشريف "محمود شلتوت" يقول: "أما العقاب الديني لهذه الجناية وهو القتل فيثبته الفقهاء بحديث يروى عن ابن عباس [...] وقد يتغير وجه النظر في هذه المسألة إذ لوحظ أن كثيرا من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بحديث الآحاد، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحا للدم، وإنما المبيع للدم هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم ومحاوله فتنهم، وأن ظواهر القرآن الكريم تأبى الإكراه على الدين لقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: 256]، ويقول سبحانه: ﴿أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: 99]"⁽³¹⁴⁾.

291. — هذا على الصعيد الجزائري، أما حكم المرتد على صعيد المنع من الميراث فمتفق في شأنه مبدئيا. وما قيل عن اختلاف الدين يصح قوله على الردة وذلك على صعيدين اثنين: أولهما أن علماء الشريعة الإسلامية مجمعون على أن توفر هذا الوصف حيال وارث يمنعه من الميراث وإن اختلفوا إن تعلق الوصف بالمورث. وثانيهما أن فقه القضاء التونسي قد تعرض إلى المسألة الأولى لكنه لم ينظر في المسألة الثانية على حد علمنا.

⁽³¹³⁾ رواه البخاري وغيره. كما روى مالك في الموطأ أن رجلا من قبل أبي موسى الأشعري أتى عمر بن الخطاب فقال له عمر: هل من مغربة خير (أي خير غريب). فقال الرجل: نعم رجل ارتد عن الإسلام فقتلناه. فقال عمر: هلا حبستموه في بيته ثلاثة أيام [...] لعله يتوب". (زكرياء البري، م س، ص 72). وهكذا فإن عمر بن الخطاب لم يعترض على العقاب وإنما اعترض على التعجيل بالتنفيذ كما يفهم ذلك من قول رسول أبي موسى: "ارتد فقتلناه". والمعلوم أن فاء العطف تستعمل للترتيب عن غير مهلة. وروى عن علي بن أبي طالب "أن المرتد يستتاب شهرا لا ثلاثة أيام فقط" (انظر: زكرياء البري، م س، ص 72).

⁽³¹⁴⁾ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، رابعة العدوية - مدينة نصر، ط 18، 2001، ص 280 وما بعدها.

لذلك سندرس في مرحلة أولى ميراث المرتد من غيره، لتعرض في مرحلة ثانية إلى ميراث الغير من المرتد.

(أ) ميراث المرتد من غيره

292. — لم تفعل محكمة التعقيب في قرار "حورية" المؤرخ في 31 جانفي 1966 سوى أن تبنت موقف الفقه الإسلامي فيما يخص بعض النقاط التي تهم ميراث المرتد من غيره. لذا سنحاول معرفة موقف التشريع الإسلامي حول هذه المسألة في كل جزئياتها، لتعرض في مرحلة ثانية إلى النقاط التي عرضت على نظر محكمة التعقيب والتي أعطت موقفا منها.

1/ ميراث المرتد من غيره في الفقه الإسلامي

293. — إن الإجماع منعقد على منع المرتد من إرث غيره سواء كان هذا الغير مسلما أو غير مسلم.

ووجه منعه من إرث المسلم إن قام سبب الإرث وتوفرت شروطه قول النبي ﷺ: "لا يرث الكافر المسلم [...]"⁽³¹⁵⁾. فينسحب حكم غير المسلم في الأصل على من كان مسلما ثم ارتد. أما منعه من إرث غير المسلمين ولو كانوا من الذين انتقل إلى ديانتهم، فمرده أنه لا يقر على رده ولا على الدين الذي انتقل إليه⁽³¹⁶⁾. وهكذا فإنه إذا ارتد مسلم إلى النصرانية أو اليهودية وكان له زوجة على الدين الذي انتقل إليه، لم يرثها. بل إن المرتد لا يرث مرتدا مثله. فلو خرج عن الإسلام زوج وزوجة مثلا، امتنع التوارث بينهما سواء اتحد الدين الذي اعتنقاه أم اختلف.

294. — ولقد تبني مشروع قانون الموارث المصري موقف التشريع الإسلامي فنصت الفقرة الثانية من المادة السادسة على أن "المرتد لا يرث من غيره [...]" . ولقد لاقى هذا النص معارضة من قبل بعض أعضاء اللجنة التشريعية بمجلس النواب المصري. فقد قالوا بمخالفته للمادة 12 من الدستور التي تتضمن أحكاما متعلقة بضمان حرية المعتقد للجميع. لذا تم إلغاء النص المذكور أعلاه وصدر قانون الموارث في سنة 1943 خاليا من حكم المرتد فيما يخص مادة الموارث وموانعه. إلا أن

⁽³¹⁵⁾ جاء هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة، ومسند أحمد، والسنن الكبرى للبيهقي، وسنن الدارقطني، وغير ذلك من كتب متون الحديث.

⁽³¹⁶⁾ انظر: عمر عبد الله، م س، ص 92؛ انظر أيضا: مُجَدُّ أبو زهرة، م س، ص 116؛ مُجَدُّ يوسف موسى، م س، ص

سكوت المشرع هذا لم يثر إشكالا خاصا، وذلك لأن المذكرة الإيضاحية لقانون الموارث وقانون الوصية قد نصت على ما يلي: "ومن الواضح أن العمل في المنازعات المتعلقة بالموارث والوصية سيكون طبقا لهذه الأحكام. وفي الأحوال التي لا يوجد حكم فيها تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب الإمام أبي حنيفة طبقا للمادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم 78 لسنة 1931"⁽³¹⁷⁾. وتنص المادة التي أشارت إليها المذكرة التوضيحية على أنه: "تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد"⁽³¹⁸⁾. ونفس القول يصح في حق القانون السوري الذي اكتفى بما ذكره من اختلاف الدين بين المسلم وغيره، والمرتد غير مسلم⁽³¹⁹⁾.

هذا وإن محكمة التعقيب التونسية تبنت نفس الحل القائل بالمنع، وذلك عند تأويلها لأحكام الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

2/ موقف محكمة التعقيب التونسية

295. — تعرض قرار "حورية" الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 31 جانفي 1966 إلى مسألة إرث المرتد من المسلم واعتبر فيه أن الأول ممنوع من ميراث الثاني. إلا أن تأكيد محكمة التعقيب على هذا المبدأ لم يجعلها تنقض قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية قد حصر موانع الإرث في السبب الصريح الذي ذكره، ومن ثم فإن الردة ليست مانعا من موانع الإرث في القانون التونسي. ومرد موقف محكمة التعقيب هذا عدم ثبوت ردة حورية لديها. فمن المشاكل التي طرحت على نظر المحكمة مشكل معرفة إن كانت حورية قد ارتدت بتزوجها بغير مسلم وبتجنسها بالجنسية الفرنسية؟

296. — عن الجزء الأول من المشكلة أجابت محكمة التعقيب بأن زواج حورية من غير مسلم ومخالفتها بهذا لأحد مبادئ التشريع الإسلامي لا يدل في شيء على أنها قد اعتنقت دينا آخر غير دينها الأصلي أي الإسلام. وتقول المحكمة في هذا المعنى: "حيث لا جدال أن تزوج المسلمة بغير المسلم هو من المعاصي العظمى. كما لا جدال أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج باطلا من أساسه.

⁽³¹⁷⁾ انظر: عمر عبد الله، م س، ص 10.

⁽³¹⁸⁾ انظر: محمد أبو زهرة، م س، ص 120 وما بعدها؛ انظر أيضا: بدران أبو العينين بدران، م س، ص 199 وما بعدها.

⁽³¹⁹⁾ انظر: مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، م س، ص 404.

لكن مع ذلك لا تراه ردة إلا إذا ثبت أن الزوجة اعتنقت دين زوجها غير المسلم. وحيث لم يثبت القرار المنتقد ولا الإجراءات التي استند إليها أن المطعون ضدها حورية خرجت عن الدين الإسلامي واعتنقت غيره من الأديان حتى يصح القول بأنها مرتدة". ولهذا السبب لم تتبن المحكمة المطعن الذي تقدمت به النيابة والقاضي بأن "الزواج يجعل حورية مرتدة لا ترث والدتها المسلمة". ويمكن القول بوجاهة تحليل وموقف قضاة القانون. فقد فرقوا بين مخالفة أحكام الشرع في مسألة ما ونفيه جملة وتفصيلا والخروج عنه. والمخالفة الجزئية لا تثبت المخالفة الكلية، والزواج بغير المسلم لا يفيد الردة. وتوافق "دي لاقرانج" موقف محكمة التعقيب من هذه المسألة وتقول عنه أنه يحترم التراث "والاعتبارات المعاصرة من تساو بين شخصية كل من الزوجين واستقلالية للمعتقد الديني عن الزواج". كما تقول بأنه من الواجب أن نفرق بين الردة والزواج. ففي الخروج عن الدين عنصر إرادي يتجه فصله عن الرضى في الزواج. هذا الزواج الذي يعبر عن إرادة مستقلة عن الإيمان. "فسبب المنع من الميراث لا يكمن في الزواج بغير مسلم بل في الردة. والزواج ليس قرينة على الردة التي يجب إثباتها⁽³²⁰⁾".

297. — إلا أن "دي لاقرانج" لا توافق المحكمة فيما ذهبت إليه عند تعرضها للجزء الثاني من المشكلة والمتعلق بمعرفة إن كانت حورية مرتدة بتجنسها. فقضاة القانون أكدوا على أنه "لا نزاع أن المسلم الذي يتجنس اختيارا منه بجنسية تخرجه عن أحكام دينه يكون مرتدا". بعبارة أخرى: تعتبر محكمة التعقيب تجنس حورية وخضوعها من ثم إلى أحكام دولة غير مسلمة ارتدادا منها عن الإسلام. ومع هذا رفضت المطعن لأنه "موضوعي يستدعي الفحص والتحقيق وكان حينئذ على الطاعن التمسك به أمام محكمة الأصل للفصل فيه". ولقد خالفت محكمة التعقيب بهذا مرة أخرى موقف النيابة العمومية التي ورد بملاحظاتها أن "الجنسية شيء والدين شيء آخر بحيث أن الجنسية لا تفيد الدين والدين لا يفيد الجنسية".

على أنه وإن انتقدنا موقف النيابة حول الجزء الأول من المشكلة وقلنا بوجاهة وصحة موقف محكمة التعقيب، فإن هذا لا يمنعنا من قول العكس فيما يخص الجزء الثاني من المشكلة. فلا وجود لحيط رابط بين التجنس والخضوع لقانون غير إسلامي من جهة وتغيير الانتماء العقائدي من جهة أخرى. وإذا كان هذا الخلط بين التجنس والردة مفهوما ومشروعا في مرحلة تاريخية معينة، فإنه لا يمكن القول به بعد ذلك وخاصة في تاريخ صدور القرار التعقيبي، أي سنة 1966. صحيح أن "حورية" تجنست في سنة 1945 — أي في المرحلة التاريخية التي يتفهم فيها الخلط المذكور — إلا أن افتتاح

تركة والدتها وبروز مشكل استحقاقها للميراث أو فوات وصف الوارث عنها قد حصل في وقت يجب أن نفرق فيه بين الجنسية وهي انتماء جغرافي أساسا والدين وهو انتماء عقائدي. وهكذا فإن التجنس - تماما كالزواج - لا يمكن أن يكون قرينة على الردة التي يمكن إثباتها - بوصفها واقعة قانونية - بجميع الوسائل التي من شأنها أن تبين أن المسلم قد اعتنق دينا آخر.

298. - زيادة على ما تقدم، تنبغي ملاحظة أن محكمة التعقيب - وإن اختلفت مع النيابة حول المسألتين الآتقتي الذكر - فقد قبلت تدخلها في القضية لأن "الوجه الذي أثاره السيد وكيل الدولة [...] له ارتباط بالنظام العام".

وهكذا فإن قابلية الفصل 88 لاحتواء موانع ضمنية وحرمان المرتد من إرث المسلم يعد مسألة تهم النظام العام حسب المحكمة. فهل أن الأمر على هذا النحو بالنسبة لإرث الغير من المرتد.

ب) ميراث الغير من المرتد

299. - لا يوجد قضاء تونسي تعرض إلى مسألة ميراث الغير من المرتد. وإذا اعتمدنا المبدأ الذي تبنته محكمة التعقيب في قرار "حورية" المشار إليه - أو في قرار "لويز شارلوت" - فإنه من الواجب الرجوع فيما سكت عنه الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية إلى التشريع الإسلامي لمعرفة الحل الواجب تبنيه في هذه الحالة. هذا الرجوع يمكن من القول إن الفقه انقسم إلى رأيين حول هذه المسألة: رأي أول قال به الأحناف، ورأي ثان قال به الجمهور (علينا أن نشير إلى أن هذا الخلاف يهم ميراث المسلم من المرتد ضرورة أن الاتفاق حاصل بين مختلف المذاهب على أنه إذا كان الوارث غير مسلم امتنع إرثه من المرتد حتى وإن اعتنق الثاني دين الأول⁽³²¹⁾). بعد عرض هذين الرأيين ومن ثم بعد تناول مسألة ميراث الغير من المرتد في القانون الإسلامي، يتجه طرح المسألة نفسها في القانون التونسي.

1/ المسألة في القانون الإسلامي

300. - قيل أعلاه إن ثم رأي للأحناف ورأي للجمهور. ويمكن تقسيم موقف الأحناف من مسألة إرث الغير من المرتد إلى قسمين: يتضمن الأول موقف الإمام والثاني موقف صاحبيه:

(321) انظر: محمد محيي الدين عبد الحميد، م س، ص 59 وما بعدها.

301. — فالإمام أبو حنيفة فرق بين مال المرتد الذي اكتسبه قبل الردة وماله الذي اكتسبه بعد ذلك. فلا يورث عنه إلا الجزء الأول، في حين يعود الجزء الثاني إلى بيت المال⁽³²²⁾. وعلة هذه التفرقة أن المرتد في حكم الميت منذ خروجه عن الإسلام، ولذا فإن ماله الذي اكتسبه قبل ذلك يعد كسب مسلم مما يمكن من نقله إلى ورثته ضرورة أن هذا لا يخرج عن أن يكون توريثاً لمسلم من مسلم. أما المال المكتسب بعد الردة فقد نشأ في وقت صار فيه المورث غير مسلم مما يستوجب عدم نقله إلى ورثته من المسلمين لأن في الحل المخالف توريثاً لمسلم من غير مسلم، ويوضع هذا المال في بيت المال بوصفه فيثاً من الضوائع.

ولقد اختلفت الروايات عن الإمام حول تحديد المسلم الذي يستحق إرث الجزء الذي اكتسبه المرتد قبل خروجه عن دينه.

فروى أبو يوسف أن الورثة الذين يستحقون ميراث المرتد هم ورثته المسلمون الموجودون وقت رده. فإذا توفي الوارث بعد وقت الاستحقاق هذا وقبل موت مورثه، كان نصيبه من تركة المرتد ميراثاً لورثته. لكن إذا أسلم قريب للمرتد بعد خروج هذا الأخير عن الإسلام لم يرثه لأن المانع كان موجوداً ساعة استحقاق الإرث وهو الردة.

وروى محمد عن الإمام رواية ثانية مفادها أن استحقاق تركة المرتد يكون بموته. فإذا أسلم وارث بعد ردة مورثه وقبل وفاته، أمكنه أن يرثه. ويقول السرخسي عن هذه الرواية إنها الأصح عن الإمام أبي حنيفة⁽³²³⁾.

أما الرواية الثالثة فلقد وردت عن الحسن بن زياد اللؤلؤي، وخلاصتها أن ورثة المرتد هم الذين تتوفر فيهم صفة الاستحقاق من وقت الردة إلى وقت الموت. فمن توفي منهم بعد الردة وقبل الموت، لم يرث. وكذلك من أسلم بعد الردة. هذا فيما يخص الرجل. أما إذا كانت الردة من فعل امرأة، فمالها ينتقل إلى ورثتها بدون تفرقة بين الكسبين. وسبب إقرار حكم مختلف بين المرأة والرجل أن الذكر في حكم الميت بداية من الردة فيزول ملكه عن أمواله التي توقف إلى حين موته أو عودته إلى الإسلام. ويعد تصرفه فيها موقوفاً فينفذ إن عاد إلى الإسلام ويبطل إن مات على الردة⁽³²⁴⁾. أما المرأة فإن ردتها لا تستوجب القتل ومن ثم فإن وقت استحقاق أموالها يبدأ من تاريخ موتها الحقيقي. لكن

(322) انظر محمد بن رشد، م س، ج 2، ص 269.

(323) انظر: زكرياء البري، م س، ص 75. انظر أيضاً: محمد يوسف موسى، م س، ص 179.

(324) ويختلف الصحابان مع الإمام فيقولان بعدم زوال ملك المرتد عن أمواله ونفاذ تصرفه فيها. إلا أن محمد يعتبر تصرف المرتد في هذه الحالة بمثابة تصرف المريض مرض الموت فيأخذ فيما يخص صحته أو بطلانه هذا الحكم. انظر: عمر عبد الله، م س، ص 96 وما بعدها.

زوجها لا يرثها إن حدثت ردتها في حال صحتها لأنها تبين منه بمجرد ذلك. أما إذا ارتدت الزوجة وهي مريضة مرض الموت فإنها تعد هاربة من إرث زوجها فتعامل بنقيض ما قصدت فيرثها هذا الأخير إن ماتت معتدة. لكن إذا كان المرتد هو الزوج فإن زوجته تبين منه فتعد عدة طلاق بمجرد الردة ويعتبر زوجها فارا - بفعلته هذه - من توريثها. لذلك فإنها تتمتع بمخلفه إن هلك على الردة وهي لا تزال معتدة. لكن إذا توفي الزوج بعد انقضاء أجل العدة أو إذا كانت الزوجة غير مدخول بها مما يجعلها لا تعتد بموجب الطلاق أصلا فإنها لا ترث زوجها المرتد.

وإجمالا فإنه إذا استثنينا حكم الزوجين، فإن الإمام أبو حنيفة يقول بأن مال المرتدة لورثتها المسلمين لا فرق بين الكسبين وبأن مال المرتد يرثه الأقرباء المسلمون إن كان قد اكتسب قبل الردة ويعود إلى بيت المال إن كان قد اكتسب بعد ذلك.

302. - ويخالف صاحبان الإمام في هذا فيقولان إن أموال المرتد - ذكرا كان أو أنثى - تكون كلها لورثته المسلمين لا فرق بين ما تحصل عليه قبل أو بعد الردة. ويستند أبو يوسف ومُحَمَّد بن الحسن الشيباني في قولهما هذا إلى أن المرتد لا يقر على رده فيبقى له حكم الإسلام فيما يخص ميراثه. وبما أن وقت استحقاق تركته - لديهما - هو يوم موته فإن كل ما خلفه ينتقل إلى ورثته المسلمين⁽³²⁵⁾.

303. - مما تقدم يتبين أن الإمام أبو حنيفة حدد مانع الردة بالنسبة إلى الرجل وحصره في الأموال التي اكتسبها بعد رده. أما المرأة فإن ردتها لا تمثل وصفا موجبا لحرمان ورثتها المسلمين من التمتع بتركته.

ولقد تبني أصحابه هذا الرأي فيما يخص ردة المرأة وأطلقاه ليشمل - زيادة عنها - الرجل مما يجعل الردة غير مانعة لإرث المسلم من المرتد. وهذا الموقف لا يتفق مع مذهب أئمة بقية المذاهب السنية في الراجح من أقوالهم.

304. - على هذا المستوى يقول "مُحَمَّد أبو زهرة" إنه روي عن الشافعي مثل قول الصحابين ومثل قول أبي حنيفة وروي عن أحمد ومالك ذلك⁽³²⁶⁾. إلا أن المشهور عن أحمد بن حنبل⁽³²⁷⁾ والشافعي ومالك أن المرتد لا يرثه أحد من المسلمين ولا من غيرهم بأي سبب من أسباب الميراث.

⁽³²⁵⁾ انظر: مُحَمَّد أبو زهرة، م س، ص 116 وما بعدها؛ انظر أيضا: مُحَمَّد محمده، م س، ص 45 وما بعدها.

⁽³²⁶⁾ مُحَمَّد أبو زهرة، م س، ص 118.

روي عن الإمام أحمد رواية مفادها أن مال المرتد يرثه ورثته الذين انتقل إلى ديانتهم. وعلى هذا فإن المسلم المتزوج بنصرانية

وهكذا فإنه إذا تنصر مسلم وكانت له زوجة على الدين المسيحي، فإنها لا ترثه. وكذلك الحال إذا اعتنق اليهودية مثلا وكان له أخ أو أب أو أقارب ممن يدلون إليه بسبب من أسباب الإرث، إذ لا يرث للغير من المرتد أو المرتدة. ولا فرق في هذا بين المال الذي اكتسبه المورث قبل الردة أو بعدها. بل إنه إذا ارتد أخ أو أخت مثلا عن الإسلام وتوفي الأخ فإن الأخت - التي توفر فيها شرط الإرث وقام حيالها سببه - لا ترثه سواء اتحد الدين الذي انتقلا إليه أو اختلف.

وحجة هذا الرأي حديث "لا يرث المسلم الكافر" و"لا يتوارث أهل ملتين". كما يحتج الجمهور أيضا بالقول إن المرتد لا يقر على الدين الذي اعتنقه ومن ثم فإنه لا يتحد حكما مع أحد في الدين.

ويستثني الإمام مالك صورة ما إذا قصد المرتد بفعلة حرمان ورثته المسلمين من منابهم في تركته. ففي هذه الحالة يرد على المورث قصده ويرثه المسلمون الذين تحققت فيهم شروط إرثه وقامت بهم أسبابه⁽³²⁸⁾.

لكن - وفي الصورة العادية - يصبح مال المرتد أو المرتدة سواء ما اكتسبها قبل الردة أو بعدها إلى حين وفاتها فيما لجماعة المسلمين ويوضع في بيت المال بهذه الصفة.

ولا يعد هذا توريثا للمسلمين ضرورة أن تملك بيت المال لكسب المرتد هنا يكون بعنوان الفيء. وبناء على ما تقدم فإن الردة تعد مانعا لإرث الغير من المرتد لدى الشافعية والمالكية والحنبلية وذلك خلافا لموقف الأحناف المشار إليه.

والسؤال الآن: أي الموقفين يتجه تبنيه في القانون التونسي؟

2/ المسألة في القانون التونسي

305. - من الواضح أن الإمام أبو حنيفة يستند إلى أن الردة تمثل موتا حكما للمرتد. ولذلك فرق بين المال المكتسب حال الإسلام والمال المكتسب بعد ذلك على النحو والتفصيل الآنف بيانه. إلا أننا لا نجد بالقانون التونسي ما يمكننا من اعتماد تقسيم كهذا.

وحق وإن تبيننا أصح الروايات عن الإمام فيما يخص تحديد المستحقين لتركة المرتد ضرورة أنها ترتب - على غرار الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية - وقت استحقاق الإرث بالموت فإننا لن نجد

مثلا ينقل مخلفه إليها إذا ارتد عن الإسلام واعتنق المسيحية. ويقول محمد أبو زهرة إن هذه الرواية غريبة عن الإمام أحمد. محمد

أبو زهرة، م س، ص 119.

(328) انظر: محمد مصطفى شلي، م س، ص 89.

في التشريع الوضعي التونسي ما يبرر التفرقة بين ردة المرأة وردة الرجل و هذه وذاك إن كانا متزوجين.

وقد نعمد - لهذه الأسباب - إلى تبني موقف الصاحبين، فنقول بأن الردة لا تعد مانعا لإرث الغير من المرتد. وبهذا نكون قد أولنا الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية تأويلا ضيقا مع ما يعني ذلك من احترام لطبيعته الاستثنائية.

306. - إلا أن التمعن في موقف كهذا يجعلنا نقول برأي بقية المذاهب السنية وذلك لسبب اثنين: أولهما أن ضرورة التأويل الضيق لا تجد مكانا لها في هذه النقطة بالذات. فالوصف الموجب للحرمان هنا يهم المورث على خلاف كل الصور السابق ذكرها والتي يهم المانع فيها شخص الوارث مما يدعو إلى التضييق في التأويل.

وثانيهما مجافاة موقف الصاحبين للمساواة. فالمرتد على هذا الموقف لا يرث المسلم أما المسلم فيرث المرتد.

وعلى هذا الأساس قد يمكن القول بالأخذ بموقف الجمهور لبساطته - مقارنة بموقف أبي حنيفة - وإقراره نظاما موحدًا سواء كان المرتد وارثًا أو مورثًا - مقارنة بموقف الصاحبين-. وهكذا فإن أموال المرتد تنقل بعد وفاته إلى صندوق الدولة.

زد على ذلك أن موقف الشافعي وابن حنبل ومالك يعد أكثر ملاءمة للحديث النبوي "لا يرث المسلم الكافر [...]". والمرتد قد أصبح بفعلته هذه غير مسلم. وعلى هذا فإن القول بإحالة الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية على التشريع الإسلامي فيما يخص الموانع الضمنية قد يمكن من اعتماد السنة القولية المذكورة فيما يخص مسألة إرث المسلم من المرتد. وأيّا كان الأمر فإن المشكل يظل قائما في غياب فقه قضاء تعرض إلى هذه المسألة.

307. - يخلص مما سبق أن الفقهاء مجمعون على أن الردة - وكذلك اختلاف الدين - وصفان موجبان للمنع من الميراث إذا تعلق الأمر بإرث المسلم. لكنهم اختلفوا على صعيدين اثنين.

فعلى صعيد اختلاف الدين رأى البعض أنه يمثل وصفا موجبا للحرمان إذا كان المورث - وكذلك الوارث - غير مسلمين، في حين رأى البعض الآخر أنه لا يمنع من الميراث.

أما بالنسبة إلى الردة، فإن الاختلاف بشأنها يتعلق بالحالة التي يكون فيها هذا الوصف المانع منسوبًا إلى المورث. فلقد اعتبرها جزء من الفقه غير مانعة لإرثه، وخصصها جزء آخر فقال بالمنع بالنسبة إلى الرجل وفيما يخص البعض من مخالفه فقط، بينما اعتبرها جزء آخر مانعة للإرث مطلقا سواء تعلق بالمورث أو بالوارث.

إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن الاتفاق منعقد على أن اختلاف الدين والردة يمثلان وصفان موجبان للحرمان إذا اتصف بهما الوارث الذي يمنع من إرث المسلم سواء كان مختلفا معه في الدين أو مرتدا.

وعلى هذا الأساس فإن الخلاف الموجود حول هذين المانعين يعد جزئيا. وهذه الخصوصية هي التي تفرقه عن خلاف فقهاء المسلمين حول الموانع الأخرى. فالآراء هاهنا منقسمة بين قائل بأن السبب ككل يوجب الحرمان من الميراث وقائل بالحل المعاكس.

المبحث الثاني: محتوى المعنى الضمني الذي يمكن أن يمثل موضوع خلاف

308. — إن اختلاف علماء الشريعة الإسلامية هنا مرده السبب في حد ذاته. ففي حين قضى بعضهم بأن وجوده يؤدي إلى المنع من الميراث، قال البعض الآخر بعدم ترتيب هذا العقاب عليه معتبرا وجوده كعدمه فيما يخص استحقاق الميراث. وخلافا للتباين الفقهي الوارد أعلاه والذي مرده تحديد المانع بعد الإجماع على كونه موجبا للحرمان، فإن الاختلاف هنا يتعلق بالسبب جملة وتفصيلا، ويؤدي إلى اعتبار البعض له في مرتبة اختلاف الدين أو الردة، وإلى قول البعض المتبقي إنه لا يلتفت إليه عند ترتيبه لاستحقاق الميراث سواء تحقق حيال الوارث أم لم يتحقق. بعبارة أخرى: يختلف الفقهاء هنا في أن السبب مانع أو غير مانع للميراث. وموضوع هذا التباين اختلاف الدارين بين المسلمين والدور الحكمي.

الفقرة الأولى: اختلاف الدارين بين غير المسلمين

309. — إن المراد باختلاف الدارين هو التباين في الحدود الجغرافية وفي السيادة الداخلية والخارجية بين دولة المورث والوارث.

وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن الحديث عن اختلاف دارين بين أقارب وأزواج ينتمي كل منهما إلى دولة تمثل جزءا من مجموع دول فيديرالية.

زد على هذا أنه لا يمكن الحديث عن اختلاف دارين كمانع — ولو مع وجود التباين الوارد أعلاه — إذا تعلق الأمر بالتوارث بين المسلمين. فالإجماع منعقد بين الفقهاء على القول بأن دار الإسلام واحدة ولو تباينت حدودها وتعاضت أنظمتها. وهكذا فإن المسلم التونسي مثلا يرث قريبه المسلم اليميني والمسلم المصري يرث زوجته الجزائرية. بل إنه لا يعتد باختلاف الدار حتى وإن انتمى المسلم

إلى دولة غير إسلامية. فيرث من يحمل الجنسية الفرنسية من كان تونسيا كما يرثهما الأمريكي إن قام بينه وبينهما سبب الميراث وتوفرت شروطه⁽³²⁹⁾.

310. — ولقد تبنى المشرع المصري هذا الحل، فورد بالمذكرة التفسيرية لقانون الموارث لسنة 1943 فيما يخص المادة السادسة أن "اختلاف الدارين غير مانع من الإرث فيما بين المسلمين بالاتفاق"⁽³³⁰⁾.

كما قضت المحكمة الشرعية العليا المصرية بأن "البلاد الإسلامية التي يسود فيها سلطان الإسلام وتنفذ أحكامه فيها تعتبر دارا واحدة"⁽³³¹⁾.

فإذا انتقلنا إلى القانون السوري، وجدناه لم يتعرض إلى هذه المسألة واكتفى بالقول بأنه "لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين" (الفقرة ج من المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية). ولقد اتفق الشراح على تأويل هذا النص بحيث يفيد تبنيها من المشرع للموقف المتفق عليه في التشريع الإسلامي. فيقول مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني إنه "يجب أن يفهم من لفظ «الأجنبي» أنه غير المسلم [...] لأن المسلم [...] لا يعتبر في بلاد الإسلام أجنبيا"⁽³³²⁾.

311. — وإذا كان تبنى هذا الحل في القانون التونسي — وذلك بتأويل الفصل 88 على أنه يفيد إحالة على التشريع الإسلامي — لا يثير إشكالا على صعيد الإرث⁽³³³⁾ لإجماع علماء الشريعة عليه، فإن الأمر ليس على هذا النحو بالنسبة إلى اختلاف الدارين بين غير المسلمين. فتباين الآراء الفقهية حولها يستدعي موازنة بين المواقف. وهذا ما فعله بعض المشرعين من البلاد الإسلامية بصفة صريحة وما سنحاول القيام به بالنسبة للقانون التونسي.

⁽³²⁹⁾ انظر: محمد أبو زهرة، م س، ص 114. انظر أيضا: محمد يوسف موسى، م س، ص 181؛ عمر عبد الله، م س، ص 99.

⁽³³⁰⁾ انظر: عمر عبد الله، م س، ص 383.

⁽³³¹⁾ حكم المحكمة العليا الشرعية، مجلة القضاء الشرعي، السنة الثانية، ص 17 (وقع ذكره من طرف: عمر عبد الله، م س، ص 100).

⁽³³²⁾ مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، م س، ص 406.

⁽³³³⁾ لكن ها الحل يثير مشكلا على صعيد آخر، ذلك أن الفصل الأول من القانون عدد 5 المؤرخ في 12 ماي 1964 والمتعلق بملكية الأراضي الفلاحية في تونس قد نص على ما يلي: "ابتداء من صدور هذا القانون لا يمكن أن يملك الأراضي الصالحة للفلاحة إلا الأفراد من ذوي الجنسية التونسية".

لذلك سندرس في نقطة أولى اختلاف الدارين في فقه المذاهب لتعرض في نقطة ثانية إلى نفس المسألة في بعض قوانين البلاد الإسلامية ومن بينها تونس.

أ) اختلاف الدارين في فقه المذاهب

312. — اتخذ فقه المذاهب من مسألة اختلاف الدارين بين غير المسلمين موقفين متباينين موقف أول قال به الإمامان أبو حنيفة والشافعي وموقف ثان تبناه الإمامان مالك وأحمد بن حنبل.

1/ الحنفية والشافعية

313. — قسم الفقهاء غير المسلمين إلى أربعة أقسام وذلك بالنظر إلى أماكن إقامتهم وإلى العلاقة التي تربطهم بالمسلمين:

ويضم القسم الأول الذميين، وهم الذين يقطنون بلاد الإسلام بإذن من حاكمها، فيخضعون لقوانينها ولنظمتها وأحكام محاكمها، وإجمالاً فإن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على هؤلاء فيما يخص المعاملات، على أنهم يتمتعون باستقلالية فيما يخص عباداتهم واعتقاداً وممارسة، وتعد بلاد الإسلام داراً لهم.

ويحوي القسم الثاني المستأمنين، وهم الذين يقيمون في بلاد الإسلام بمقتضى عقد أمان إقامة محددة في الزمن، وتتركب هذه الطائفة من التجار غالباً ممن يدخلون بلاد الإسلام لترويج منتوجاتهم وابتاع حاجاتهم، وتعد بلادهم الأصلية داراً لهم.

أما القسم الثالث، فيضم المعاهدين، وهم الذين يقيمون ببلادهم التي تربطها ببلاد الإسلام اتفاقات سلم وعهود موادة، ودارهم في حكم الإسلام بلادهم الأصلية.

وفي قسم أخير، نجد الحريين، وهم الذين يقيمون أيضاً ببلادهم، ويأخذون حكم المعاهدين فيما يخص دارهم، إلا أنهم يختلفون معهم في أنه لا تجمعهم بالمسلمين اتفاقات سلم.

314. — واعتماداً على هذا التقسيم أقام الأحناف والشافعية موقفهم المتعلق باختلاف الدار بين غير المسلمين. فيمتنع التوارث بين هؤلاء إذا وجد بين الوارث والمورث اختلاف حكومي في الدار أو اختلاف حكومي ممزوج باختلاف حقيقي:

وهكذا فإن اختلاف الدار الحكمي يعد مانعاً للإرث بين غير المسلمين، وصورته أن يكون للذمي قريب من المستأمنين الموجودين في بلاد الإسلام فيموت أحدهما. والمعلوم أن دار الذمي الحكمية

هي بلاد الإسلام ودار المستأمن الحكمية هي بلاده الأصلية. وهذا الاختلاف يؤدي إلى عدم التوارث بالرغم من اتحاد الإقامة على صعيد الواقع إبان استحقاق الإرث. والحل نفسه ينطبق من باب أولى في صورة امتزاج الاختلاف الحكمي بالاختلاف الحقيقي، ومثاله الذمي والحربي المقيم ببلده. فلا يرث هذا من ذلك، إذا قام بينهما سبب الإرث وتوفرت شروطه، وذلك لأنهما مختلفان في الدار حقيقة - إذ كلاهما يقيم فعلا في بلد غير بلد الآخر - ضرورة أن كلا من الحربي والذمي ملحقان حكما ببلد غير البلد الملحق به الآخر⁽³³⁴⁾. إلا أن الاختلاف الحقيقي لا يمنع الميراث، كمستأمن موجود ببلاد الإسلام لغرض أو للآخر، فإنه يرث قريبه الحربي الذي بقي ببلاده، وذلك لأن اختلاف الدارين حقيقة لا يحول لوحده دون التوارث⁽³³⁵⁾.

وإذا أردنا أن نوجز ما سبق، قلنا إن الذي يمنع الميراث بين غير المسلمين هو اختلاف الدارين حكما أو اختلافهما حكما وحقيقة. أما الاختلاف حقيقة فقط فإنه لا يمنع التوارث إذا وجد معه اتحاد حكمي.

315. - فإذا أردنا الإيجاز باستعمال مصطلحات معاصرة تأخذ بعين الاعتبار التقسيم الحالي للعالم، لقلنا إن الاختلاف الحكمي هو بمثابة اختلاف في الجنسية. فلا يرث الإنجليزي المسيحي قريبه الألماني من نفس الدين حتى وإن اتحدا في الإقامة بإنجلترا أو بألمانيا.

أما الاختلاف الحكمي والحقيقي فيعد بمثابة اختلاف في الجنسية والإقامة معا. وعلى هذا قد لا يرث المسيحي الفرنسي المقيم بفرنسا المسيحي الإيطالي المقيم بتونس.

والاختلاف الحقيقي يتعلق بالإقامة فقط. فيرث اليهودي التونسي قريبه اليهودي الحامل لنفس الجنسية حتى وإن كان الأول مقيما بفرنسا والثاني مقيما بتونس.

وأساس قول الأحناف والشافعية السابق بيانه أن اختلاف الدار يؤدي إلى انقطاع العصمة فتنتفي بهذا النصرة والولاية الذين يمثلان مبنى الميراث.

⁽³³⁴⁾ ولقد حدث خلاف هنا يتعلق بالمستأمن والمعاهد إذا كان ثم اختلاف حقيقي وحكمي في داريهما (نتصور هنا أن المستأمن موجود ببلاد الإسلام والمعاهد موجود ببلاده. فالاختلاف الحقيقي موجود بين داريهما. كما نتصور أن كلا منهما ينتمي إلى بلد غير الآخر مما يجعل داريهما مختلفة حكما كذلك). فهناك من الفقهاء من قضى بأنهما يعدان بمثابة الذمي لأنهما يرتبطان بالمسلمين بواسطة الأمان في المستأمن والعهد في المعاهد. هذا الارتباط الذي يذكرنا بالذمي. فمن اعتبرهما بمنزلة الحربي يورث كلا منهما من الحربي ويورث الحربي منهما ولا يورث الذمي من أحدهما كما بمنعها من ميراث الذمي.

ومن اعتبرهما بمثابة الذمي ورثه إياهما وورثهما منه. انظر: محمد محي الدين عبد الحميد، م س، ص 66.

⁽³³⁵⁾ انظر حول موقف الأحناف والشافعية: محمد يوسف موسى، م س، ص 173؛ ياسين أحمد إبراهيم درادكة، م س، ص

146. انظر أيضا: محمد أبو زهرة، م س، ص 114.

ومن أجل هذا قالوا باعتبار الدارين متحدتين إذا توفر عنصران اثنان: عدم انقطاع العصمة ووجود تعاون وتناصر. فإذا لم يتحقق العنصران، عدت الداران مختلفتين وامتنع الإرث. ويتبنى مالك وأحمد موقفاً آخر من مبنى الميراث وصور تحققه ولذلك قالوا بالحل المخالف.

2/ الملكية والحنبلية

316. — يذهب الإمامان مالك وأحمد بن حنبل⁽³³⁶⁾ إلى أن اختلاف الدارين لا يمنع الإرث على وجه الإطلاق.

وهكذا يوافقون الرأي الأول فيما يخص المسلمين ويكون الإجماع حاصلًا من ثم حول هذه النقطة في فقه المذاهب كلها. فلا اعتبار لاختلاف الجنسية أو الإقامة أو لاختلافهما معا في استحقاق المسلم لتركه المسلم إذا قام بينهما سبب الإرث وتوفر شرطه. ولكنهم يختلفون معه (الرأي الأول) بالنسبة إلى غير المسلمين ضرورة أنهم لا يعدون اختلاف الدارين مانعا للإرث بين هؤلاء.

317. — ويستدلون على موقفهم هذا بالقول إن نصوص توريث غير المسلمين مطلقة، فيجب العمل بها على إطلاقها. فحديث "لا يتوارث أهل ملتين" يهم الانتماء العقائدي ولا يمكن التوسع فيه. بعبارة أدق يدل الحديث النبوي الشريف على أن أهل الملة الواحدة يتوارثون فيما بينهم ولو اختلفت ديارهم. وهكذا فإنه إذا اتحد الدين وتوفر مقتضى الميراث من سبب وشرط، وجب نقل ملكية تركه الهالك دون الالتفات إلى أي اعتبار آخر كاختلاف جنسية المورث عن ورثته مثلا⁽³³⁷⁾.

ويقول "ابن قدامة" حول هذا الموقف: "وقياس المذهب عندي أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضي توريثهم. ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعمومها. ومفهوم قوله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شتى» أن أهل الملة الواحدة يتوارثون. وضبطه التورث بالملة والكفر والإسلام دليل على الاعتبار به دون غيره. ولأن مقتضى التورث موجود، فيجب العمل به ما لم يرق دليل على تحقق المانع"⁽³³⁸⁾.

⁽³³⁶⁾ يروي عن أهل الظاهر هذا القول كما تروى عن الشافعية رواية في نفس الاتجاه إلا أنها ضعيفة في المذهب. انظر:

مُجَدَّ محي الدين عبد الحميد، م س، ص 65.

⁽³³⁷⁾ انظر: عمر عبد الله، م س، ص 100؛ مُجَدَّ أبو زهرة، م س، ص 113،

⁽³³⁸⁾ ابن قدامة، المغني، مطابع سجل العرب، القاهرة، ج 6، ص 369. ولقد تعرض هذا الفقيه الحنبلي في كتابه هذا إلى فقه بقية المذاهب. والقولة المذكورة في المتن تدخل في هذا الباب.

وعلى هذا الأساس فإنه إذا توفي يهودي تونسي ورثه قريبه اليهودي أو زوجته أيا كانت الجنسية التي يحملها والدولة التي يقيم بها.

318. — من كل ما تقدم يتبين أن الفقهاء القائلين بالموقف الأول — أي الأحناف والشافعية — هم الذين قالوا بأن اختلاف الدين لا يمنع الإرث بين غير المسلمين⁽³³⁹⁾ والفقهاء الذين قالوا بالرأي الثاني هم الذين قضوا بأن اختلاف الدين يمنع الإرث بين غير المسلمين⁽³⁴⁰⁾.

ويقول "مُحَمَّدُ أَبُو زَهْرَةَ" في هذا المجال: "إن الفقهاء الذين منعوا التوارث بين غير المسلمين إذا اختلفت مللهم [...] هم الذين قرروا أن اختلاف الدار لا يمنع التوارث بين غير المسلمين. وكأنهم في هذا لم يلاحظوا الاختلاف بين الناس في النصره إلا من ناحية الدين. وعلى ذلك يكون الحكم عندهم أنه إذا مات مسيحي تحت ولاية المسلمين وله وارث تحت ولاية غير المسلمين ورثه لأن النصره بينهما كاملة إذا اتحد دينهما. فمالك الذي روي عنه أنه اعتبر اتحاد الملة أو قربها شرطا في توارث غير المسلمين هو الذي روي عنه أيضا أن اختلاف الدار لا يمنع بينهم كما لا يمنع بين المسلمين وكذلك بعض الحنابلة. أما الحنفية والشافعية الذين اعتبروا غير المسلمين ملة واحدة جعلوا اختلاف الدار مانعا"⁽³⁴¹⁾.

⁽³³⁹⁾ انظر الفقرة عدد 284.

⁽³⁴⁰⁾ انظر الفقرة عدد 282 وما بعدها.

⁽³⁴¹⁾ مُحَمَّدُ أَبُو زَهْرَةَ، م س، ص 113.

فإذا صحت هذه الملاحظة في حق المذاهب الفقهية فإنها لا تصح في حق قوانين بعض البلاد الإسلامية خاصة منها من تعرض صراحة إلى مسألة اختلاف الدارين بين غير المسلمين.

ب) اختلاف الدارين في قوانين بعض البلاد الإسلامية

319. — لئن تعرض قانون بعض البلاد الإسلامية إلى مانع اختلاف الدارين بين غير المسلمين صراحة، فإن القانون التونسي لم يتعرض أصلاً إلى كل الموانع الضمنية، واكتفى الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية — وفي تأويل من تأويلين له — بالإحالة في شأنها على التشريع الإسلامي.

1/ اختلاف الدارين في القانون المقارن

320. — اتخذت تشاريح بعض البلاد الإسلامية موقفين مختلفين: فمنها من تبنى أحكام هذا المذهب أو ذاك، ومنهم من عمد إلى مزج الموقفين والخروج بموقف رأى أنه يتفق مع الأوضاع الراهنة.

321. — وتدخل ضمن القائمة الأولى من القوانين كل التشريعات التي لم تتخذ موقفاً صريحاً من هذه المسألة أو من موانع الإرث عموماً واكتفت في شأنها بالإحالة على الراجح من أحكام مذهب من المذاهب الفقهية.

فعلى سبيل المثال يحيل القانون السوداني فيما يخص هذه المسألة على الراجح من أحكام المذهب الحنفي. وعلى هذا فإن اختلاف الدارين يعد مانعاً للميراث بالشروط والحدود الواردة أعلاه فيما يخص هذا المذهب⁽³⁴²⁾.

322. — أما المشرع المصري فقد عمد إلى الأخذ بالموقفين. فنصت الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون الموارث لسنة 1943 على أن اختلاف الدارين لا يمنع من الميراث "[...] بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها". وبهذا يكون المشرع قد اختار المذهب المالكي والحنبلي فيما يخص هذه المسألة مبعداً بذلك المذهب الحنفي الذي كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون. إلا أنه أبقى على هذا المذهب بالنسبة إلى الحالة الاستثنائية، فيكون اختلاف الدارين مانعاً للإرث بين غير المسلمين إذا كان قانون دولة الوارث أو المورث يمنع توريث الأجنبي من قريبه أو زوجه الذي لا يحمل جنسية المورث وذلك عملاً بقاعدة المعاملة بالمثل. وعلى هذا الأساس فإنه إذا قام أجنبي غير مسلم يحمل الجنسية الإنجليزية مثلاً بدعوى أمام محكمة

(342) انظر: أحمد الغندور، م س، ص 32.

مصرية يطلب فيها القضاء بإرثه من قريبه المصري غير المسلم قبلت دعواه لأن اختلاف الدارين لا يعد مانعا للميراث. لكن إذا كان القانون الإنجليزي يمنع توريث الأجنبي من المواطنين الإنجليزي، فإنه يقضى برفض دعواه ويمنع من إرث قريبه المصري غير المسلم معاملة بالمثل⁽³⁴³⁾.

ولقد ورد بالمذكرة التفسيرية بشأن المادة السادسة ما يلي: "اختلف الأئمة في أنه (اختلاف الدارين) مانع من موانع الإرث بالنسبة لغير المسلمين. فذهب الحنفية إلى أنه مانع من الإرث. وذهب الإمامان مالك وأحمد إلى أنه غير مانع منه. فرئي الأخذ بهذا الرأي تحقيقا للتسوية بين المسلمين وغيرهم في هذه الحالة. واشترط لذلك أن تجيز شريعة البلد الذي يتبعه الأجنبي غير المسلم توريث الأجنبي عنها"⁽³⁴⁴⁾.

ويقول بعض الفقهاء عن موقف المشرع المصري هذا أنه "أدنى إلى العدل للباعث الطيب الذي دعا إليه ولا حظه وهو أخرى أن يشيع روح التسامح والمساواة والتيسير في المعاملات"⁽³⁴⁵⁾. ونفس الموقف اتخذه المشرع السوري في المادة 264 التي تنص الفقرة الثالثة منها على أنه "لا يمنح الأجنبي حق الإرث إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين".

ولقد قضت المحاكم الشرعية السورية بأنه "إذا توفي شخص من التابعة السورية، وله وارث متجنس بغير الجنسية السورية، فإنه يرث منه على شرط أن تكون قوانين الدولة التي هو من تابعيتها تورث السوري بالمثل. وهكذا يرث غير المسلم من غير المسلم على هذا الشرط"⁽³⁴⁶⁾.

وإذا كان اختلاف الدارين بين غير المسلمين لم يثر إشكالا خاصا في هذه القوانين ضرورة أن الموازنة بين فقه المذاهب قام بها المشرع نفسه، فإن الأمر ليس على هذا النحو في القانون التونسي.

2 / اختلاف الدارين في القانون التونسي

323. — إذا قلنا مع جزء من الفقه ومع فقه القضاء أن الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية يحيل على التشريع الإسلامي فيما يخص الموانع التي لم ترد به صراحة، فإن المشكل يظل قائما حول المذهب الواجب اتباعه في صورة وجود خلاف حول المانع أو حول مسألة متعلقة به. هذا المشكل الذي يعترضنا هنا بالذات فيما يخص اختلاف الدارين بين غير المسلمين. فهل يمكن القول بأنه يمنع الميراث على غرار الأحناف والشافعية؟ أم أنه من الواجب تبني الحل المالكي والحنبلي وعدم اعتبار

(343) انظر: محمد أبو زهرة، م س، ص 115.

(344) انظر: عمر عبد الله، م س، ص 383.

(345) محمد يوسف موسى، م س، ص 173 وما بعدها.

(346) محمد خير، م س، ص 58.

هذا السبب في ترتيب الإرث بين هؤلاء؟ بل هل من الممكن اعتماد حل توفيقى بين مواقف فقهاء المذاهب المختلفة وذلك أسوة بالمشرع المصري مثلا؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تقتضي موازنة بين المواقف الفقهية المختلفة وذلك بالاعتماد على طبيعة الفصل 88 وعلى معطيات المشكل المعاصرة.

وفي هذا الاتجاه يبدو أن تبني رأي المذهب الحنفي والشافعي يؤدي إلى حل يجافي مبدأ تأويل الاستثناء تأويلا ضيقا. ففي الإقرار بمنع الوارث إذا اختلفت جنسيته وإقامته عن مورثه توسع في مقتضيات الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية ومن ثم في العقوبة التي تمثل استثناء لأهلية الميراث.

أضف إلى هذا أن الحل القائل بالمنع يعتمد تقسيما لا يتماشى وأوضاع العصر ضرورة أن من غير الممكن أن نجزيء عالم اليوم إلى دار حرب ودار سلام.

كما أنه لا يمكن اعتماد التقسيم الفقهي لغير المسلمين بالنظر إلى علاقتهم مع المسلمين لأن العالم يشهد اليوم تكنات من نوع جديد أفرزت أنواع أخرى من العلاقات بين الدول فيما بينها ومن ثم تحديدا جديدا لوضع الأجانب.

وربما كان هذا وراء إلغاء بعض البلاد الإسلامية لمانع اختلاف الدارين بداية من مطلع هذا القرن: ففي 8 مارس 1923 صدر قانون للموارث في فلسطين يلغي هذا المانع. وكذلك الأمر في سورية بمقتضى قرار الحكومة المؤرخ في 5 فيفري 1930 والمصادق عليه من قبل المفوض الفرنسي في الثامن من نفس الشهر. كما أن قانون 18 جوان 1929 قد جاء بالحل نفسه في لبنان⁽³⁴⁷⁾.

وأخذا بعين الاعتبار لما تقدم قد نعهد إلى تبني الحل المالكي والحنبلي حول هذه المسألة فنقول بعدم منع غير المسلم الأجنبي من إرث غير المسلم التونسي. وعلى هذا الأساس فإن المسيحي الكندي يرث قريبه المسيحي التونسي⁽³⁴⁸⁾.

ولهذا قد نفكر في حل توفيقى على غرار القانون المصري فنورث الأجنبي غير المسلم من التونسي غير المسلم إذا كان قانون هذا الأجنبي يسمح بتوريث التونسي. وبهذا نتبنى قاعدة المعاملة بالمثل فيما يخص مسألة اختلاف الدار بين غير المسلمين.

لكن اعتماد هذا الحل قد لا يكون ممكنا بدوره فيما يخص بعض الحالات. فحتى وإن فرضنا بأن قانون هذا الأجنبي يورث التونسي فإنه لا يمكن لمحاكمنا أن تورث الأجنبي غير المسلم أرضا فلاحية

⁽³⁴⁷⁾ انظر: صبحي محمصياني، المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات والموارث والوصية في المذهب الحنفي والتشريع اللبناني، دار العلم للملايين، بيروت، 1954، ص 19.

⁽³⁴⁸⁾ لكن ثم مشكل على مستوى الأراضي الفلاحية: انظر الفصل الأول من القانون عدد 5 المؤرخ في 12 ماي 1964.

على ملك مورثه التونسي غير المسلم لأن في هذا مخالفة لأحكام قانون 12 ماي 1964 التي تم النظام العام.

324. — مما تقدم يتبين أن الأخذ بهذا الموقف أو بذاك لا يمكن أن يتم بغير تردد، مما يدعو إلى القول بضرورة تدخل تشريعي في هذا المجال. هذا التدخل الذي نقترح أن يتضمن إقرارا لموقف مشابه لذاك الذي جاء به التشريع المصري فيرث الأجنبي التونسي إذا كان قانون بلاده يقضي بذلك للتونسيين.

وعلى هذا الأساس نكون قد أخذنا بإجماع الفقهاء على القول بأن اختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين وذلك على وجه الإطلاق. فيرث المصري المسلم مثلا قريبه التونسي من نفس الدين لأن قانون الأول يمكن الثاني من ذلك أيضا. كما يمكن للأجنبي غير المسلم أن يرث التونسي غير المسلم على هذا الشرط أيضا.

325. — لكن اقتراح حلول على المشرع ينبغي أن لا يمنع من محاولة الخروج بموقف يراعي الأوضاع التشريعية الحالية والقول بالأخذ بالحل المالكي والحنبلي — للأسباب الآنف ذكرها — ومن ثم اعتبار اختلاف الدارين غير مانع للإرث بين غير المسلمين فيما يخص المنقولات على أن تستثنى الأراضي الفلاحية من العقارات موضوع التركة وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل الأول من القانون عدد 5 المؤرخ في 12 ماي 1964 الذي يمنع تملك الأجنبي لمثل هذه الأراضي ضرورة أن عباراته جاءت مطلقة مما يستوجب العمل بها على إطلاقها وتطبيقها على كل الأسباب الناقلة للملكية سواء كانت بطريق الإرث أو بغيره.

وأيا كان الأمر فإن المشرع يجنبنا — ولو بصفة غير مباشرة — محاولة الموازنة بين الآراء الفقهية فيما يخص المانع الثاني المختلف في شأنه والمتعلق بالدور الحكمي.

الفقرة الثانية: الدور الحكمي

326. — اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضا على اعتبار هذا السبب مانعا أو غير مانع للميراث مما يستوجب التعرض إلى فقه المذاهب وأوجه التباين بينهما. إلا أنه — وعلى خلاف السبب السابق المختلف في شأنه بين الفقهاء — فإن المشرع التونسي قد اتخذ من هذه المسألة موقفا وإن كان غير مباشر وذلك صلب الفصل 73 من مجلة الأحوال الشخصية.

أ) فقه المذاهب

327. — لقد اعتبر الإمام الشافعي الدور الحكمي سببا من أسباب المنع من الميراث. وخالفه في هذا أئمة بقية المذاهب السنية مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل.

1/ موقف الشافعية

328. — يتعلق الدور الحكمي بصورة الإقرار بنسب فيه تحميل على الغير. وهذا المانع يهم الوارث الوحيد للمالك الذي يأتي فيقر لشخص معين بأنه ابن للمالك.

وتفصيل هذه الحالة أن يموت شخص دون أن يترك زوجا، فينحصر ميراثه في وارث بالتعصيب النسبي كأخ شقيق أو أخت لأب، فيعمد هذا الوارث الذي يستحق كل مخلف المالك إلى الإقرار بينونة طفل لأخيه المالك. فلو أخذنا بهذا الإقرار لاستوجب ذلك اقضاء المقر من التمتع بالتركة ضرورة أن المقر له بالنسب يحجبه عن ميراث المالك، فهو مقدم عليه في درجة العصوبة النسبية لأن الابن أقرب إلى المالك من الأخ.

إلا أن الشافعية تشترط لصحة إقرار هذا الأخير بالنسب المحمول على الغير — وهنا يأتي الدور الحكمي كمانع للميراث — أن يكون المقر وارثا لكل مخلف المالك. وعلى هذا الأساس فقد لزم من توريث الابن عدم توريثه⁽³⁴⁹⁾ فيمنع من إرث أبيه المقر عليه بالنسب، إذ لو قلنا بالميراث في هذه الصورة لوجود سبب القرابة لأصبح الإقرار غير صحيح لانعدام شرط كون المقر وارثا لجميع التركة، وإذا أصبح الإقرار باطلا لم يثبت نسب الابن من المالك، وإذا لم يثبت النسب فقد سبب الإرث.

ويقول "مُجَّد محي الدين عبد الحميد" ملخصا ما سبق إن "القول بأن الدور الحكمي مانع من موانع الإرث قول الشافعية. والحكم الشرعي الذي يجب تطبيقه [...] أنه يثبت نسب الابن المقر به إلى الميت لوجود شرط صحة الإقرار — وهو كون الأخ المقر وارثا لجميع التركة — ولا يرث هذا الابن شيئا لما يلزم عن توريثه من فقدان شرط صحة الإقرار المستتبع لفقدان السبب الذي يرث بمقتضاه وهو النسب"⁽³⁵⁰⁾.

(349) انظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، م س، ص 148. انظر أيضا: ابن قدامة، م س، ج 6، ص 369.

(350) مُجَّد محي الدين عبد الحميد، م س، ص 67.

إلا أن أبو حنيفة وأحمد ومالك لم يأخذوا بعين الاعتبار الدور الحكمي الذي قال به الشافعي ضرورة أنهم لا يشترطون أصلا لصحة الإقرار بنسب فيه تحميل على الغير أن يكون المقر وارثا وحيدا لتركته الهالك.

2/ موقف بقية المذاهب السنية

329. — لئن اتفق الأئمة الثلاثة على أن الدور الحكمي لا يعد سببا من أسباب المنع من الميراث، فإنهم اختلفوا في مسألة إثبات نسب المقر لفائدته من المقر عليه بمقتضى إقرار أخ هذا. فلقد ذهب الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد بن حنبل إلى أن إقرار الأخ بنسب فيه تحميل على أخيه المتوفي يثبت بنوة الطفل ويجعله حاملا لاسم الهالك وتمتعا بكل حقوق الابن الواردة بالتشريع. فبناء على هذا الإقرار يصبح للمقر بنسبه سببا يدلي به إلى الميت وهو القرابة. وهذا السبب يمكنه من التمتع بمخلفه ويجعله في عداد مستحقي تركته خاصة وأن شرط الإرث متوفر من تحقق موت المورث وحياة الوارث بعده.

وهكذا فإن إقرار الأخ صحيح إذ لا يشترط فيه أن يكون المقر وارثا لجميع التركة ومن ثم فإنه لا وجود للدور الحكمي أصلا مما يؤدي إلى ترتيب كل الآثار القانونية عن هذا الإقرار بنسب فيه تحميل على الغير.

ولقد روي عن علماء الشافعية المتأخرين مثل هذا القول فيثبت الإقرار بالنسب ويتم الإرث⁽³⁵¹⁾.

330. — إلا أن الإمام مالك يقول بحل يختلف جزئيا عما سبق بيانه. فبالرغم من اتفاهه مع الإمام أحمد بن حنبل والإمام أبو حنيفة النعمان على أن الدور الحكمي غير مانع للميراث ومن ثم فإن الابن المقر له بالنسب يستحق الإرث في هذه الصورة، إلا أنه اختلف معهم فيما يخص مسألة ثبوت النسب.

فقال مالك وأصحابه بعدم ثبوت نسب الابن بناء على إقرار الأخ فقط⁽³⁵²⁾. هذا وإن تبيان حجة المالكية فيما ذهب إليه يستدعي موازنة بين وسائل إثبات النسب في التشريع الإسلامي بحسب قوة حجيتها. فيأتي الفراش في المرتبة الأولى ويليه الإقرار ثم الشهادة التي لا تعد وسيلة مستقلة بذاتها لأنها لا تتعلق في النهاية إلا بالفراش أو بالإقرار. فتصريحات الشاهد تتمثل في الواقع في القول بأن الابن قد ولد في فراش المشهود عليه أو عومل بهذه الصفة من طرف هذا الأخير أو سمع عنه إقراره

(351) محمد محي الدين عبد الحميد، م س، ص 67.

(352) انظر: ياسين أحمد ابراهيم درادكة، م س، ص 149. انظر أيضا: محمد محي الدين عبد الحميد، م س، ص 58.

صراحة بأبوته للابن المشهود عليه، أي أن الشهادة تتعلق بإقرار صريح أو ضمني للمشهود عليه. وعدم استقلالية هذه الوسيلة واحتمالات مجانبتها للواقع مقارنة بالوسيلتين السابقتين أدى إلى اشتراط صدورهما من شخصين عدلين.

وبناء على هذا فإن إقرار الأخ بنسب فيه تحميل على الهالك ليس في حقيقة الأمر إلا شهادة على أبوة هذا الهالك للطفل. فيأخذ الإقرار حكم الشهادة ولا يثبت به النسب في هذه الصورة وإن ثبت به الإرث معاملة للأخ بمقتضى إقراره.

إلا أن المالكية تتبنى الحل الحنفي والحنبلي إذا كان الإقرار صادرا عن اثنين عدلين. وأيا كان الأمر فإن هذه المذاهب السنية مجمعة على اعتبار الدور الحكمي غير مانع للميراث. فما هو موقف القانون التونسي من هذه المشكلة؟

(ب) موقف القانون التونسي

331. — إن الارتباط الوثيق بين ثبوت النسب وثبوت الإرث فيما يخص القول بالمنع أو بعدمه في هذه الصورة يستدعي البحث في موقف المشرع التونسي من المسألة الأولى لمعرفة موقفه من المسألة الثانية.

1/ موقف القانون فيما يخص ثبوت النسب

332. — تعرض المشرع التونسي إلى مسألة الإقرار بنسب فيه تحميل على الغير بالفصل 73 من مجلة الأحوال الشخصية، فقضت الفقرة الأولى منه بأنه: "لو أقر إنسان بنسب فيه تحميل على غيره كالأخ والعم والجد وابن الابن، فإن هذا الإقرار لا يثبت النسب [...]". فإذا قربنا هذه الفقرة من مشكلنا، قلنا إن الأخ الذي يأتي مقرا بأن طفلا ما هو ابن لأخيه الميت لا عمل بإقراره ضرورة أن نسب هذا الطفل للهالك لا يثبت بمقتضى هذا الإقرار. ويبدو أن المشرع تبنى هنا الموقف المالكي. إلا أن بقية الفصل 73 قد تجعلنا نتردد في هذا التأكيد إذ يضيف المشرع في النص: "[...] ويصح في حق نفس المقر إن تصادقا على الإقرار ولم يكن للمقر وارث غير المقر به".

فإقرار الأخ صحيح ويثبت علاقة القرابة بينه وبين الطفل، ومن ثم يثبت بنوة هذا الأخير للهالك. هذا ما قد يجعلنا نقول مبدئيا بأن المشرع قد تبنى الحل الشافعي أو الحنفي والحنبلي من مسألة النسب.

وعليه فإن الفصل 73 من مجلة الأحوال الشخصية يمكن مبدئياً من القول بأن المشرع قد تبنى الموقفين الفقهيين المتعارضين. وهي نتيجة غير منطقية، مما يدعو إلى البحث في موقف القانون من مسألة ثبوت الإرث إن كان المشرع قد أخذ فعلاً بأحدهما.

2/ موقف القانون فيما يخص ثبوت الإرث

333. — إذا اكتفينا بالفقرة الأولى، قلنا إن اعتراف الأخ لا يثبت نسب الطفل الذي جاء الإقرار لفائدته من الأخ الهالك. وهذا موقف المالكية من مسألة النسب. والموقف من مسألة النسب لا يمكن من القول بإرث الطفل من الهالك ضرورة أننا لن نجد سبباً يدلي به المقر له إلى الميت ويمكن من ثم من ترتيب ميراثه منه. وهكذا نبتعد مبدئياً عن الموقف المالكي فيما يخص ثبوت الإرث لنجد أنفسنا في حالة هي محل قول ضعيف لدى الشافعية مفاده أنه لا يثبت نسب الابن الذي أقر به الأخ ولا يرث⁽³⁵³⁾.

إلا أن بقية الفصل 73 تؤدي — كما سبق وبيناه — إلى القول بثبوت علاقة القرابة بين المقر له بالنسب والمقر، ومن ثم ثبوت علاقة النسب بين الأول والمقر عليه.

هذا القول مشروط. فصحة الإقرار تستلزم مصادقة من المقر له وأن لا يكون للمقر وارث. فهل يعني هذا أن الطفل يرث من المقر عليه لثبوت نسبه؟ بعبارة أخرى: هل تبنى المشرع موقف أبي حنيفة وأحمد بن حنبل القاضي بثبوت النسب وثبوت الإرث ومن ثم عدم اعتبار الدور الحكمي مانعاً من الميراث؟

إن التمعن في الفصل 73 يجعلنا نجيب بالنفي. فالفقرة الثانية من هذا الفصل تتعلق فقط بإرث المقر له بالنسب من المقر نفسه. والدليل اشتراط المشرع أن لا يكون لهذا المقر وارث حتى لا تكون ثم تهمه قبله بأنه أراد أن يمنع أحد ورثته الشخصيين أو يحوله إلى نصيبه الأقل في ميراثه.

فالمشرع إذن لم يعنى بالمشكل الذي نحن بصدد دراسته وإنما اهتم فقط بحل مشكل آخر هو ميراث المقر له بالنسب من المقر نفسه. هذا يدعو إلى الرجوع إلى المبدأ المقر بالفقرة الأولى ضرورة أن الاستثناء الوارد بالفقرة الثانية يهمل مشكلاً مغايراً. وهذا الرجوع يمكن من القول بعدم ثبوت النسب وكذلك الميراث اعتماداً على إقرار الهالك. وبناء على ما تقدم يكون المشرع قد ابتعد عن موقف الشافعية وذلك لأن الإقرار بنسب فيه تحميل على الغير لا يثبت النسب أصلاً.

(353) انظر: محمد محي الدين عبد الحميد، م س، ص 67.

إلا أنه لم يتبن أيضا موقف أبي حنيفة وابن حنبل اللذان يقولان بأن الإقرار في هذه الحالة يثبت النسب والميراث معا.

لكننا قد نصل على صعيد الواقع إلى نتيجة مطابقة للحل المالكي وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة. فابن المقر لفائدته بالنسب لا يرث الهالك لعدم وجود سبب الميراث. وهكذا يستحق الأخ المقر كل التركة بالعصوية النسبية لينقلها بدوره وبطريق الإرث - إذا توفرت الشروط الواردة بالفصل 73 - إلى الطفل الذي أقر بأنه ابن لأخيه. وأيا كان الأمر فإنه لا وجود لمانع الدور الحكمي بالقانون التونسي ضرورة أنه لا يلزم لصحة الإقرار بنسب محمول على الغير أن يكون المقر وارثا لجميع التركة بل إن هذا الإقرار لا يثبت النسب أصلا ومن ثم فإنه لا يثبت ميراثا. وهذا هو ثالث أقوال الشافعية.

خاتمة الجزء الثاني

334. — هل يوجد معنى ضمني للفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية؟ اختلف الفقه هنا: فبعضه أجاب بالنفي وقدم على رأيه حججا كثيرة، وبعضه الآخر أجاب بالإيجاب وقدم بدوره أدلة متعددة ومتنوعة. أما القضاء فقدم جوابا واحدا هو بالإيجاب. ومن يتبنى هذا الجواب بالإيجاب، سيجد نفسه يواجه مشكلة فيم يتمثل المعنى الضمني، أي سيجد نفسه يبحث عن الموانع الأخرى الواردة في الفصل 88 بصفة ضمنية. على هذا المستوى سيجد اختلاف الدين والردة واختلاف الدارين والدور الحكمي. والمانع الأولان لم يثر القول بهما في الفقه الإسلامي اختلافا أما الثانيان فنعم. ولهذا الأمر أثر على القانون التونسي كما تم تفصيله في ما سبق من كلام.

الخاتمة العامة

335. — في خاتمة هذه الدراسة يتبين أن المشرع التونسي قد اكتفى بالتنصيص في فصل وحيد — هو الفصل 88 من مجلة الأحوال الشخصية — على استثناءات أهلية الميراث، أي الموانع التي تحول دون الوارث والانتقال الإجباري للملكية بسبب الموت بالرغم من قيام سبب الإرث وتحقق شروطه.

336. — وفصل منفرد غير قادر على استغراق كل تفريعات وآثار مؤسسة حتى وإن مثلت استثناء. من هنا كانت المشاكل التأويلية سواء ما تعلق منها بالمعنى الصريح للنص المشار إليه أو ما مس منها معناه الضمني.

337. — فعلى الصعيد الأول يمكن القول إن نية واضعي المجلة قد انصرفت إلى الأخذ بالموقف المالكي من مسألة القتل المانع للميراث. لكن هذه النية لم تكن كافية لأن تجعل من الفصل 88 صورة لأحكام المذهب المذكور. فتقضي تفريعات هذا المانع تستدعي رجوعا إلى مجلة جنائية لا علاقة لها تذكر بالتشريع الإسلامي. والنتيجة هي أننا قد نجد أنفسنا أمام حلول جاءت بها مذاهب أخرى، بل قد نجد أنفسنا خارج دائرة فقه المذاهب كله.

338. — وإذا كانت الموانع الصريحة لا تثير إشكالا خاصا بالنسبة إلى تأويلها إذ يكفي في الغالب تتبع آثار المنع وتقضي نتائجه والانتقال من مؤسسة قانونية إلى أخرى لإيجاد الحل، فإن الأمر ليس على هذا النحو بالنسبة إلى الموانع الضمنية ومن ثم بالنسبة إلى المعنى الضمني للنص. فهنا كانت الآراء الفقهية متباينة إلى حد التضارب أحيانا. لكن القضاء بقي متمسكا بموقفه المتمثل في الرجوع إلى التشريع الإسلامي لتكملة سلسلة موانع الميراث الواردة في الفصل 88. والسؤال الذي يطرح هنا يتعلق بمعرفة إن كان هذا الرجوع إلى هذا المصدر مستوجب بالنسبة إلى بقية نصوص مجلة أحوال الشخصية كالفصل الخامس مثلا.

339. — وإيراد فقه القضاء التونسي للمبدأ المشار إليه فيما يخص الفصل موضوع بحثنا غير كاف لحل كل المشاكل التي تطرحها الموانع الضمنية. فالموازنة بين مختلف الحلول الواردة بفقه المذاهب لا يتم بغير تردد في مواضع عديدة.

من هنا كانت ضرورة تدخل تشريعي يفصل في أحكام هذه الاستثناءات، هذه الضرورة التي نتحسسها حتى بالنسبة إلى النصوص المتعلقة بتنظيم القواعد المنطبقة في صورة انتفاء الاستثناء، أي بالنسبة إلى عموم أحكام الموارث.

فهرس المصادر والمراجع

1. قائمة منتقاة بالمصادر والمراجع باللغة العربية

بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأها، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985.

جوستنيان، مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، نقلها إلى اللغة العربية عبد العزيز فهمي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1946.

حسن خالد وعدنان نجا، الموارث في الشريعة الإسلامية وما يجري عليها العمل في الشريعة الشرعية الإسلامية، دار لبنان، بيروت، 1967.

حسنين محمد مخلوف، الموارث في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، د م، ط 2، 1954.

زكريا البري، الوسيط في أحكام التركات والموارث، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 1970.

شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1967.

صبيح محمصاني، المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات والموارث والوصية في المذهب الحنفي والتشريع اللبناني، دار العلم للملايين، بيروت، 1954.

عمر عبد الله، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، القاهرة، د ت.

مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبغي المدني، موطأ مالك رواية أبي مصعب الزهري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1412 هـ.

محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، د م، د ت.

محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع وهو معروف بمغني ابن قدامة، مطابع سجل العرب، القاهرة.

محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، د ت.

محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط 3، 1961.

محمد زكرياء البرديسي، الميراث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

محمد محده، التركات والموارث في الشريعة الإسلامية، مطبعة الفن القرافيكي، الجزائر، 1982.

مُحَمَّد محيي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984.

مُحَمَّد مصطفى شلبي، أحكام المواريث في الإسلام، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1966.

مُحَمَّد يوسف موسى، التركة والميراث في الإسلام مع مدخل في الميراث عند العرب واليهود، دار المعرفة، القاهرة، ط 2، 1967.

مُحَمَّد يوسف موسى، التركة والميراث في الإسلام مع مدخل في الميراث عند العرب واليهود والرومان، دار المعرفة، دم، ط 2، 1967.

ياسين أحمد إبراهيم درادكة، الميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1980.

2. قائمة منتقاة بالمصادر والمراجع باللغة العربية باللغة الفرنسية

A. Rouast, Déchéances protectrices et déchéance répressives dans le droit des successions, Rev. trim. dt. civ, 1952.

Ambroise Colin et Henri Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Librairie Dalloz, Paris, 9^e éd, 1945.

C. Chehata, Etudes du droit musulman, P.U.F., Paris, 1971.

C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, Imprimerie générale, Paris, 1875, T. XIII.

Edouard cuq, Manuel des institutions juridiques des romains, Librairie Plon et Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928.

F. Laurent, Principes du droit civil français, Durand et Pedone/ Paris. Bruylant/ Bruxelles, 1873, T. IX.

François Terré et Yves Lequette, Droit civil. Les successions, Les libéralités, Dalloz, Paris, 1983.

Frédéric Peltier et Georges-Henri Bousquet, Les Successions agnatiques mitigées : Étude comparée du régime successoral en droit germanique et en droit musulman, P. Geuthner, Paris, 1935.

G. Goyeb, Droit pénal spécial, Par M. Rasselet, P. Arpaillage et J. Patin, Sirey, Paris, 8^e éd., 1972.,.

G. Marty et P. Raynaud, Droit civil. Les successions et les libéralités, Sirey, Paris, 1983.

G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Procédure pénale, Précis Dalloz, 13^e éd., 1987.

J. Larguier et A. M Larguier, Droit pénal spécial, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1979.

Lucette Valensi, Fellah tunisiens : l'économie rurale et la vie des compagnes aux XVIII^e et XIX^e siècles, Thèse pour le Doctorat d'Etat en sociologie, Présentée devant l'université de Paris IV le 13 Avril 1974, Service de reproduction des thèses université de Lille III, 1975.

Marcadé, Élémens du droit civil français ou Explication méthodique et raisonnée du code civil, Librairie de jurisprudence de Cotillon, Paris, 1844, T. III.

Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, T. 3, 3^e éd., 1951.

Maurice Bormans, Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, Thèse, Rome, 1969.

Merle et Vitu, Traité du droit criminel, Cujas, Paris, T. 1, 5^{ème} éd.

Mohamed Charfi, Introduction à l'étude du droit, C.E.R.P., 1983, p. 162.

فهرس العناوین

- 1 _____
- 12 _____ الجزء الأول: المعنى الصريح للنص
- 15 _____ الفصل الأول: أسباب المنع
- 20 _____ المبحث الأول: القتل العمد
- 20 _____ الفقرة الأولى: الجريمة
- 20 _____ أ) وجود نية القتل
- 20 _____ 1/ نية القتل عند الفاعل الأصلي والشريك
- 28 _____ 2/ مشكل المحاولة
- 31 _____ ب) النتائج
- 32 _____ 1/ القتل على وجه الخطأ
- 36 _____ 2/ الضرب والجرح المتعمد المفضي إلى الموت دون قصد القتل
- 39 _____ الفقرة الثانية: تثبيت الجريمة
- 40 _____ أ) القضاء بالإدانة وسيلة كافية لتثبيت الجريمة
- 40 _____ 1/ الحكم الغيابي
- 43 _____ 2/ تخفيف العقاب وزواله
- 46 _____ ب) القضاء بالإدانة وسيلة ضرورية لتثبيت الجريمة؟
- 47 _____ 1/ الموقف الأول: ضرورة وجود قضاء بالإدانة
- 49 _____ 2/ الموقف الثاني: تثبيت الجريمة بوسائل أخرى
- 51 _____ المبحث الثاني: الشهادة زورا
- 54 _____ الفقرة الأولى: الجريمة
- 54 _____ أ) الشروط المتعلقة بالشاهد
- 55 _____ 1/ تحديد الشاهد
- 57 _____ 2/ مشكل إجبار أو حمل الغير على الشهادة زورا
- 59 _____ ب) الشروط المتعلقة بالشهادة
- 59 _____ 1/ الركن المادي
- 60 _____ 2/ الركن المعنوي
- 61 _____ الفقرة الثانية: نتيجة الجريمة

- 62 (أ) الحكم بالإعدام _____
- 62 /1 تحديد الجرائم التي تمنع الشهادة فيها بالزور من الإرث _____
- 65 /2 الرجوع في الشهادة _____
- 66 (ب) تنفيذ الحكم بالإعدام _____
- 67 /1 انقراض العقاب _____
- 68 /2 طلب إعادة النظر _____

70 الفصل الثاني: آثار المنع

- 70 المبحث الأول: الآثار الإجرائية _____
- 71 الفقرة الأولى: مسألة ضرورة وجود حكم قضائي خاص يمنع من الميراث _____
- 72 (أ) الرأي الأول: وجود حكم خاص يمنع من الميراث ضروري _____
- 72 /1 أساس الرأي _____
- 74 /2 نتائج الرأي _____
- 76 (ب) الرأي الثاني: وجود حكم خاص يمنع من الميراث ليس ضروريا _____
- 76 /1 الفقه _____
- 77 /2 القضاء _____
- 80 الفقرة الثانية: دعوى التصريح بالمنع _____
- 81 (أ) أطراف الدعوى _____
- 81 /1 المدعي _____
- 85 /2 المدعى عليه _____
- 87 (ب) المحكمة المختصة _____
- 88 /1 الاختصاص الحكمي _____
- 90 /2 الاختصاص الترابي _____
- 91 المبحث الثاني: الآثار الموضوعية _____
- 92 الفقرة الأولى: الآثار بالنسبة إلى الورثة _____
- 92 (أ) الآثار بالنسبة إلى الممنوع من الميراث _____
- 92 /1 تحديد نطاق المنع _____
- 94 /2 وضع ورثة الممنوع _____
- 96 (ب) الآثار بالنسبة إلى بقية الورثة _____

- 97 / صورة اكتشاف سبب المنع قبل قسمة التركة
- 102 / صورة اكتشاف سبب المنع بعد قسمة التركة
- 104 الفقرة الثانية: الآثار بالنسبة إلى الغير
- 105 (أ) الحوز
- 105 /1 حوز المنقولات
- 106 /2 حوز العقارات
- 108 (ب) نظرية الوارث الظاهر
- 108 /1 المشكل في القانون المقارن
- 109 /2 الحل الواجب تبنيه في القانون التونسي
- 112 خاتمة الجزء الأول**
- 114 الجزء الثاني: المعنى الضمني للنص**
- 119 الفصل الأول: المواقف حول وجود المعنى الضمني**
- 120 المبحث الأول: موقف الفقه
- 120 الفقرة الأولى: الحجج الاجتماعية
- 120 (أ) التيار الأول
- 120 /1 تطور البنى الاجتماعية
- 122 /2 عدم ملاءمة التشريع الإسلامي لمقتضيات العصر
- 126 (ب) التيار الثاني
- 126 /1 الأوضاع الاجتماعية إبان صدور مجلة الأحوال الشخصية
- 131 /2 أسس موانع الميراث
- 132 الفقرة الثانية: الحجج القانونية
- 135 (أ) نية المشرع
- 135 /1 التيار الأول
- 138 /2 التيار الثاني
- 143 (ب) القواعد العامة للتأويل
- 143 /1 التيار الأول
- 145 /2 التيار الثاني

- 147 _____ المبحث الثاني: موقف القضاء
- 148 _____ الفقرة الأولى: محتوى القضاء
- 148 _____ (أ) قرار "حورية"
- 148 _____ /1 الوقائع
- 149 _____ /2 الإجراءات والادعاءات
- 150 _____ (ب) قرار "لويز شارلوت"
- 150 _____ /1 الوقائع
- 151 _____ /2 الإجراءات والادعاءات
- 153 _____ الفقرة الثانية: قيمة القضاء
- 153 _____ (أ) المبدأ
- 153 _____ /1 قرار "حورية"
- 154 _____ /2 قرار "لويز شارلوت"
- 155 _____ (ب) النتائج
- 156** _____ **الفصل الثاني: المواقف حول محتوى المعنى الضمني**
- 156 _____ المبحث الأول: محتوى المعنى الضمني الذي يمكن أن يمثل موضوع اتفاق
- 158 _____ الفقرة الأولى: اختلاف الدين
- 159 _____ (أ) الإرث بين المسلم وغير المسلم
- 159 _____ /1 إرث غير المسلم من المسلم
- 162 _____ /2 إرث المسلم من غير المسلم
- 163 _____ (ب) الإرث بين غير المسلمين
- 163 _____ /1 الرأي الأول: اختلاف الدين مانع للإرث بين غير المسلمين
- 165 _____ /2 الرأي الثاني: اختلاف الدين غير مانع للإرث بين غير المسلمين
- 166 _____ الفقرة الثانية: الردة
- 168 _____ (أ) ميراث المرتد من غيره
- 168 _____ /1 ميراث المرتد من غيره في الفقه الإسلامي
- 169 _____ /2 موقف محكمة التعقيب التونسية
- 171 _____ (ب) ميراث الغير من المرتد
- 171 _____ /1 المسألة في القانون الإسلامي

174	_____	2/ المسألة في القانون التونسي
176	_____	المبحث الثاني: محتوى المعنى الضمني الذي يمكن أن يمثل موضوع خلاف
176	_____	الفقرة الأولى: اختلاف الدارين بين غير المسلمين
178	_____	أ) اختلاف الدارين في فقه المذاهب
178	_____	1/ الحنفية والشافعية
180	_____	2/ المالكية والحنبلية
182	_____	ب) اختلاف الدارين في قوانين بعض البلاد الإسلامية
182	_____	1/ اختلاف الدارين في القانون المقارن
183	_____	2/ اختلاف الدارين في القانون التونسي
185	_____	الفقرة الثانية: الدور الحكمي
186	_____	أ) فقه المذاهب
186	_____	1/ موقف الشافعية
187	_____	2/ موقف بقية المذاهب السنية
188	_____	ب) موقف القانون التونسي
188	_____	1/ موقف القانون فيما يخص ثبوت النسب
189	_____	2/ موقف القانون فيما يخص ثبوت الإرث
191	_____	خاتمة الجزء الثاني
192	_____	الخاتمة العامة
193	_____	فهرس المصادر والمراجع
198	_____	فهرس العناوين