

الطلاق بلا سبب وأثره في التعويض

د. عدلان مطروح
جامعة تبسة

الملخص:

شرع الزواج في الشريعة ليكون عقداً أبدياً يبقى ما بقي الزوجان على قيد الحياة. ولذلك لا ينعقد صحيحاً على وجه التأييت. ولكن هذا الزواج قد يعرض له ما يعكس صفوه كالتباين، والطباع، وعدم التوافق، والانسجام بين الزوجين مما يجعل الحياة الزوجية جحيماً لا تطاق، فشرع الإسلام الطلاق لأنه لم يرض أن يجعل من الزواج سجناً لا يخرج منه الزوجان إلا بالموت أو بقتل أحدهما للآخر. والسؤال الذي يطرح هل الطلاق حق مطلق يمارسه الزوج متى شاء وكيفما شاء أم هو مقيد بعدم الإضرار والتعسف.

وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا البحث الذي قسمته إلى مطلبين

المطلب الأول: الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: الطلاق في مرض الموت

Abstract

Marriage was prescribed in Islamic legislation as a lifelong contact between wife and husband.

Unfortunately, this marriage may be subject to controversies; such as differences in temper, character and incoherence between wife and husband the fact that makes conjugal life unbearable. For that only, Islam legitimizes divorce since it is not a prison that none of the wife and husband would get out unless dead, or by murdering one another.

The question that one might pose is divorce an absolute right the husband enjoys without restrictions; that he may resort to whenever and in whatever way wanted; or it is restricted not to be abusive, coercive and harmful to the other side.

The present research paper tries to answer this question. Therefore, it is divided into two topics.

Topic one: abusive divorce

Topic two: divorce during a fatal illness

المطلب الأول: الطلاق التعسفي

الطلاق التعسفي هو اصطلاح قانون الأسرة الجزائري وغيره على الطلاق الذي ينشئه الزوج دون سبب معقول .

جاء في المادة 52 من قانون الأسرة 05-02: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وجاء في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري: إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال¹ .

و أمّا في الفقه الإسلامي فلا وجود لهذا المصطلح في مفردات كتب الطلاق سواء أكان عند القدامى أو المحدثين وذلك لسبب بسيط أن الزوج عند كثير من الفقهاء كالسرخسي والزيلعي وابن نجيم والقرطبي² وغيرهم يمارس بطلاقه حقا مشروعاً لا يوصف عند استخدامه لهذا الحق بالتعسف، ولأنّ الأصل فيه الإباحة، وإن كان أبغض المباحات

¹ - أ. د . عبد الرحمان الصانوني، شرح الأحوال الشخصية السوري، مطابع جامعة دمشق، سنة النشر 1412هـ- 1991 م، ج2 ص52 .

² - السرخسي محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، سنة 1406هـ، ج6 ص 2.3، ابن نجيم زين بن إبراهيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ج3 ص 253، القرطبي، محمد بن أحمد بن فرح القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1372هـ، تحقيق أحمد بن عبد العليم البردوني، ج 3 ص 126، ابن عابدين محمد أمين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1386هـ، ج3 ص 228، ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1405هـ، ج 7 ص 277 .

ووجه دلالة الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر عن ابن عمر طلاقه وإتماماً أنكر عليه إيقاعه في الحيض لما يترتب عليه من الضرر اللاحق بالمرأة من تطويل عدتها بدليل قوله فإن شاء أمسك وإن شاء طلق.

3- ما رواه ابن ماجه عن سعيد بن جبیر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثمّ راجعها⁶.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّ الطلاق لو لم يكن مباحاً ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم لأنّه منزه عن ارتكاب المحظور.

4- فعل الصحابة رضوان الله عليهم فإنّهم كانوا يطلقون من غير نكير عليهم طلق عمر أم عاصم، وابن عوف تماضر، والمغيرة بن شعبة أربع نسوة والحسن بن علي رضي الله عنهما استكثرا النكاح والطلاق بالكوفة.

فقال علي رضي الله عنه على المنبر إن ابني هذا مطلق فلا تزوجه، فقالوا: نزوجه ثمّ نزوجه ثمّ نزوجه⁷.

5- استدلو بالقياس فقاوسوا الطلاق على الإعتاق، بجامع إزالة الملك في كل، فالطلاق إزالة للحق بطريق الإسقاط والإعتاق إزالة للملك بطريق الإسقاط، والإعتاق مباح في أصل شرعه فكذلك الطلاق⁸.

⁶ - ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، تحقيق فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، ج1 ص650، البيهقي أحمد بن الحسين، سنن البيهقي، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، سنة 1414هـ - 1994م، تحقيق محمد عبد القادر عطا، باب إباحة الطلاق، ج7 ص321، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار الفكر، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب المراجعة، ج2 ص285، النسائي أحمد بن شعيب - سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ - 1986م، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الطلاق، باب المراجعة، ج3 ص403 أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة - القاهرة، حديث عاصم بن عمر رضي الله عنه، ج2 ص478، قال شعيب الأرنؤوط حديث صحيح لغيره، وهذا إسناد ضعيف لإرساله .

⁷ - ابن نجيم، زين بن إبراهيم، مرجع سابق، ج3 ص253، السرخسي، مرجع سابق، ج6 ص3.

وأما فقهاء القانون فمستندهم فيما ذهبوا إليه ما قرره فريق من فقهاء المسلمين كابن عابدين والكساني والكمال بن الهمام والقاضي أبي يعلى والنووي وغيرهم من أنّ الأصل في الطلاق الحظر والمنع، ولا يباح إلا عند وجود ما يقتضي إباحته لسوء عشرة الزوجة، أو سوء خلقها، أو غير ذلك من الأسباب التي تعتبر مبرراً لإنهاء الحياة الزوجية

أما إذا طلق الزوج لغير مبرر مع استقامة الحال بينهما فإنّ هذا الطلاق يكون مكروهاً وفي رواية عن القاضي أبي يعلى من فقهاء الحنابلة أن يكون محرماً، لأنّ الزوج حينئذ قد أضر بنفسه وزوجته وأعدم المصلحة القائمة بينهما من غير حاجة إلى الطلاق فكان حراماً كإتلاف المال لقول النبي صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"⁹.

قال ابن عابدين: الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقاً، وسفاهة رأي، ومجرد كفران نعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها¹⁰.

واستدل هذا الفريق إلى ما ذهب إليه بما يلي:

1- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْجِعُوا فِي زِينَتِكُمْ كَمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ ٣٤﴾

فإذا كانت الزوجة مطبوعة فلا يباح الزوج عليها سبيلاً كضرب أو شتم أو طلاق، لأنّ الله عز وجل نهى الأزواج في هذه الآية عن ظلمهم لزوجاتهم إن كن مطبوعات، والنهي

⁸ - السرخسي، مرجع سابق، ج 6 ص 2-3، ابن نجيم، زين بن إبراهيم، مرجع سابق، ج 3 ص 253، السيواسي محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ج 3 ص 464 .

⁹ - مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، مرجع سابق، ج 2 ص 745، قال الحاكم في المستدرک صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، وعلق الذهبي قي التلخيص: على شرط مسلم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى، 1411 - 1990، مع الكتاب: تعليقات الذهبي في التلخيص، ج 2 ص 66.

¹⁰ - ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 228، السيواسي، مرجع سابق، ج 3 ص 465 .

يقتضي التحريم فيكون الطلاق بلا سبب حراما لا مباحا، لذا قال ابن عابدين عقب ذكره للآية "أي لا تطلبوا الفراق" ¹¹ .

2- ما رواه البيهقي وابن ماجة عن محارب بن دثار عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" ¹² وفي رواية أخرى "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق" ¹³ .

ووجه دلالة الحديث أنّ الطلاق مبعوض عند عدم الحاجة إليه مباح عند تحققها .
وجاء في البحر الرائق: قال الشمني رحمه الله فإن قيل هذا الحديث مشكل لأنّ كون الطلاق مبعوضا إلى الله مناف لكونه حلالا، لأنّ كونه مبعوضا يقتضي رجحان تركه على فعله، وكونه حلالا يقتضي مساواة تركه وبفعله، أجيب ليس المراد بالحلال هنا ما استوى فعله وتركه، بل ما ليس تركه بلازم الشامل للمباح والواجب والمندوب والمكروه ¹⁴ .
3- ما رواه الترمذي وغيره عن ثوبان أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة" ¹⁵ .

11- ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 228 .

12- أبو داود، كتاب الطلاق، باب في كراهة الطلاق، مرجع سابق، ج 2 ص 225، ابن ماجة، كتاب الطلاق، مرجع سابق، ج 1 ص 650، البيهقي، باب ما جاء في كراهية الطلاق، مرجع سابق، ج 7 ص 322 . قال الألباني ضعيف، محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن أبي داود، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، سنة النشر 1419 هـ 1998 م، ص 169 .

13- أبو داود، كتاب الطلاق، باب في كراهة الطلاق، مرجع سابق، ج 2 ص 254، البيهقي، باب ما جاء في كراهية الطلاق، مرجع سابق، ج 7 ص 322، الحاكم، كتاب الطلاق، مرجع سابق، ج 2 ص 214 .

14- ابن نجيم زين بن إبراهيم، مرجع سابق، ج 3 ص 254 .

15- الترمذي محمد بن عيسى، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في المختلعات، ج 3 ص 493 . أحمد، حديث ثوبان رضي الله عنه، مرجع سابق، ج 5 ص 277، قال شعيب الأرنؤوط حديث صحيح وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الصحيح .

ووجه دلالة الحديث أنّ الطلاق لو لم يكن محظورا ما توعد النبي صلى الله عليه وسلم من سألته من غير ما بأس بحراماتها من رائحة الجنة، وكفى بذنب يبلغ صاحبه إلى ذلك المبلغ.

4- وأما المعقول فمن وجود:

أ- أنّ النّكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة، وقد قال الله عز وجل **چ ژ ژ ژ ک کچ البقرة: 205**، وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أنّ الله لا يحبّه ولا يرضى به إلا أنّه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطباع، أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة، أو أنّ المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب المصلحة في الطلاق ليستوفي مقاصد النكاح من امرأة أخرى¹⁶.

ب: وهو أنّ الزواج نعمة من نعم الله على عباده لكونه وسيلة إلى مصالح الدين

والدنيا قال تعالى: **چڈ ژ ژ ژ ک ک ک گ**

گ گ گ گ گ گ گ گ گ گ الروم: 21.

والطلاق كفران للنعمة، وكفران النعمة حرام من حيث أنّه يقطع النّكاح المسنون، ويفوت المصالح المترتبة عليه¹⁷.

والذي يبدو لي أنّ الخلاف بين الفرقين هو خلاف لفظي، وأنّ الطلاق حق للزوج لكنّه مقيد بعدم المضارة كأن يكون لغير سبب كطلاق الهازل لأنه لا أحد من الفقهاء المسلمين أجاز الإضرار بالغير عند ممارسة الحقوق لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)¹⁸.

16- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة النشر 1982، رقم الطبعة

الثانية، ج 3 ص 95 .

17- السيواسي، مرجع سابق، ج 3 ص 465 .

18 - سبق تحريجه.

ولأنّ إساءة استعمال الحق تعسف مناقض لمقاصد الشرع فيكون محظورا وقد أشار الإمام الشاطبي في غير موضع من كتابه إلى اشتراط موافقة المكلف لمقاصد الشرع ليتحقق له الإذن في استعمال الحق، وفي ذلك يقول الشاطبي: قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع¹⁹.

ويقول في موضع آخر: كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل.²⁰

فالعامل في الشريعة مرتبط في مشروعيته بمشروعية الباعث وعدم قصد الإضرار، ولا يمنع أن يكون ظاهر الفعل مشروعاً، ولكنه يصير غير مشروع إذا تخلّف الباعث بمعنى أنّه كان غير مشروع، كمن يقيم حوائطه عالية فتحجب الضوء والهواء على جيرانه فاستعمال الحق بقصد المضارة محرم شرعاً، واستدل الشاطبي على ذلك بقوله تعالى: **كُفِّرْ كُفْرًا** .

وبين الشاطبي وجه التعسف في هذه الآية بأنّ الطلاق كان في أول الأمر مباحاً للرجل بأي عدد وكان الرجل يتعسف بهذا الحق فيطلق المرأة ثمّ يراجعها قبل أن تتم عدتها ثم يطلقها لتستأنف عدة جديدة²¹ تطويلاً عليها وإضراراً بها إلى أن نزل قوله تعالى: **بِه** .

فقيد حقّ الرجل ليحد من تعسفه، وليدفع الضرر بتطويل العدة عن المرأة كما نزل قوله تعالى: **بِه** .

¹⁹- الشاطبي إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، سنة النشر 1423هـ - 2002م تحقيق د. محمد الاسكندراني، عدنان درويش، ج2 ص401 .

²⁰- الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص402 .

²¹- الشاطبي، مرجع سابق، ج2 ص436 .

من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة تعسفياً نفقة عدة، ونفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي²³.

والحكم بالتعويض يتناسب مع مقاصد التشريع، لأن الشريعة نصت على عدم جواز الضرر للقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار، فإن وجد هذا الضرر وجب إزالته للقاعدة الفقهية الضرر يزال، وإزالته تكون بالتعريض فيه، ولا يقال إنما يمارس حقاً من حقوقه، فلا يلزم بالتعويض، لأن إساءة استعمال الحق تعد تعسفاً تستلزم العقوبة والتعويض، ولقد أبدع فقهاء المسلمين في هذا عندما قعدوا نظرية التعسف في استعمال الحق، لبيّنوا معنى الحق، وكيفية استعماله وفق شروط شرعية تضبطها قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

وأول من تكلم عنه في التشريعات العربية قانون الأحوال الشخصية السوري، جاء في المادة 117: " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال²⁴.

قال الدكتور عبد الرحمان الصابوني: هذه مادة جديدة في التشريع العربي في قانون الأحوال الشخصية، وهي خطوة جريئة موفقة خطاها المشرع السوري فأوجب التعويض عن الطلاق التعسفي²⁵.

²³ - قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشورالجملة القضائية الصادرة سنة 1989، العدد 2، الصفحة 69.

²⁴ - الصابوني، مرجع سابق، ج 2 ص 52.

²⁵ - المرجع نفسه .

ولكنّ المشرع السوري قيد هذا التعويض بشرطين حسب المادة 117: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لا مثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال²⁶.

الشرط الأول: أن يكون الطلاق بلا سبب معقول.

الشرط الثاني: أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقه.

ومع توفر هذين الشرطين لا يلزم القاضي بالحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، لأنّ القانون أعطاه الخيار بقوله: جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض"

وأما قانون الأسرة الجزائري فلم يشترط في التعويض عدا التعسف في استعمال الحق، جاء في المادة 52 من قانون 05-02: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ويمكن أن يضاف إليه شرط ذكره بعض قضاة المحكمة العليا في قراراتهم وهو أن لا يكون للمرأة دخل فيه، فإن كان لها فيه دخل كان الطلاق لسبب معقول فلم تستحق فيه التعويض.

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/27 ما يلي:

من المقرر شرعا وقضاء أنّ المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة .

²⁶- الصابوني، مرجع سابق، ج 2 ص 52.

ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة²⁷ .
وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 23-2-1993 ما يلي:
إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظليم الزوج
والحكم لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي²⁸ .
وإلى هذا ذهب القانون المصري والأردني من التعويض غير المشروط بحالة المرأة في
الطلاق التعسفي.

جاء في المادة 15 مكرر 1 من قانون الأحوال الشخصية المصري ما يلي:
الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضا ولا سبب من قبلها
تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حالة المطلق يسراً
وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرنخص للمطلق في سداد هذه المتعة على
أقساط²⁹ .

وجاء في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يلي:
"إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي
التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط ألا يتجاوز مقدار
نفقتها على سنة، ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطا حسب مقتضى الحال، ويراعي في
ذلك حالة الزوج يسراً أو عسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة
بما فيها نفقة العدة"³⁰ .
وهذا الذي يتوافق مع روح التشريع لأنّ أساس التعويض وجود الضرر بغض النظر
عن وضع المرأة المادي.

27- قرار رقم 39731 بتاريخ 27-1-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشورالمجلة القضائية الصادرة
بتاريخ 1993، العدد 4، الصفحة 61.

28- قرار 92674 بتاريخ 23-2-1993، غرفة الأحوال الشخصية، منشور نشرة القضاة الصادرة
بتاريخ 1997، العدد 48، الصفحة 171.

29- قانون الأحوال الشخصية المصري، المطابع الأميرية، الطبعة الثانية، صفحة 9.

30- الصابوني، مرجع سابق، ج 2 ص 57.

وهذا ما أكدّه بعض شراح قانون الأحوال الشخصية السوري كالدكتور الصابوني عند انتقاده لتقييد القانون التعويض بالبؤس، والفاقة الذي يصيب المرأة فقال: أطلب حدا لإساءة التصرف في الطلاق بحيث توجب التعويض على كل شخص أساء استعمال هذا الحق فطلق دون سبب معقول سواء أكانت الزوجة في بؤس أم في نعيم، إذ لا علاقة في رأينا بين وضع الزوجة المادي، وبين تعسف الزوج باستعمال حقه إن كان وضعها يزيدا، ولكن الأصل في هذا هو إساءة استعمال حق منحه الشارع له على أن يكون حين تدعوا الحاجة إليه³¹.

وأما مقدار التعويض فغير محدد في التشريع الجزائري وإنما يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده حسب درجة التعسف وحال الزوج يسرا أو عسرا، ومدة الزوجية. جاء في المادة 52 من قانون 05-02 "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وهذا خلاف للتشريع السوري والمصري والأردني.

ففي التشريع السوري قيد القانون القاضي بأن لا يتجاوز بالتعويض نفقة ثلاثة سنوات جاء في المادة 117: ".... جاز للقاضي أن يحكم بما على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لامثالها فوق نفقة العدة"³². والقانون الأردني قيده بأن لا يتجاوز نفقة سنة جاء في المادة 134: "حكم بما على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط أن لا يتجاوز مقدرا نفقتها على سنة"³³.

وأما القانون المصري فبين الحد الأدنى للتعويض وهو نفقة سنتين ولم يذكر حدا أعلى له تاركا ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي في تحديده، جاء في المادة 18 مكرر 1 "تستحق فوق نفقة عدتها متعة بقدر نفقة سنتين على الأقل"³⁴.

³¹ - الصابوني، مرجع سابق، ج 2 ص 55، 56.

³² - الصابوني، مرجع سابق ج 2 ص 52.

³³ - الصابوني، مرجع سابق ج 2 ص 57.

والذي يترجح لي أنّ إطلاق سلطة القاضي في التقدير أولى من تقييدها، لأن التعويض يرجع فيه إلى حال كل منهما، وهذا مختلف بين الناس، والقاضي مؤتمن في حكمه، وإليه أسند تقدير ما لم ينص عليه القانون صراحة من تعويض أو عقوبة .

وأما مستند التعويض عن الطلاق بلا سبب من الناحية الشرعية المتعة التي قررها الفقهاء للمطلقة لقوله تعالى **چڈ ژ ژ ژ ژ ک کچ البقرة: 241**.

والمتعة مبلغ من المال يعطى للمرأة جبرا على ألم الفراق اختلف الفقهاء في تحديدها ووجوبها، ولكنهم لم يختلفوا حول مشروعيتها يدفع للزوجة مع كامل حقوقها الأخرى من نفقة عدة ومؤخر مهر³⁵.

قال الدكتور الصابوني معلقا على المادة 177 من قانون الأحوال الشخصية السوري "أما مصدر هذه المادة أو رد هذه المادة لمصدر شرعي فإن فقهاءنا المسلمين أوجبوا المتعة على كل مطلق طلق زوجته غنية أم فقيرة لسبب أم دون سبب"³⁶.

وقال الدكتور بالعربي الحاج معلقا على المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري "إذا كان طلاق الزوج زوجته مضرا بما مسينا لسمعتها في بعض الظروف وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب أي أنه كان متعسفا في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول، رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقاته وهو ما يسمى بالمتعة"³⁷.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في بعض القرارات.

34- قانون الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق، ص 9 .

35- قانون الأحوال الشخصية المصري، مرجع سابق، ص 9.

36- الصابوني، مرجع سابق، ج 2 ص 53.

37- د. بالعربي الحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان، المطبوعات الجامعية، سنة النشر

1994 ص 233.

جاء في قرار بتاريخ 1986/01/27 ما يلي: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة.

ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة³⁸.

وجاء في قرار بتاريخ 1985/04/08 ما يلي:

إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض³⁹.

والمتعة في تقديري لا تصلح أن تكون مستندا للتعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، لأنّها شرعت لكل مطلقة على قدر وسع الزوج سواء أكان طلاقها لسبب أو لغير سبب، دخل بها الزوج أو لم يدخل إلا للمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق فلها نصف المسمى، وإن اختلف الفقهاء في حكمها بين الوجوب والندب.

فالتعويض إذا شيء زائد عن المتعة يعطى للمرأة ليس جبرا لحاظرها عن ألم الفراق فحسب بل تعويضا لها عما وقع عليها من ضرر جراء ظلم الزوج وتعتته في استعمال حقه. وهذا ما أكدته بعض قرارات المحكمة العليا، جاء في قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07 من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة تعسفا نفقة عدة، ونفقة إهمال، نفقة متعة،

³⁸- قرار رقم 39731 بتاريخ 1-27-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1993، العدد 4، الصفحة 61.

³⁹- قرار رقم 35912 بتاريخ 8-4-1985، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد 1، الصفحة 89

وكذلك التعويض قد يحكم به لها جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي⁴⁰.

فأساس التعويض في التشريع قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁴¹ وهي نص حديث شريف صحيح أخرجه الحاكم والبيهقي والدارقطني وابن ماجه وأحمد، ويشهد لها من الكتاب والسنة آيات وأحاديث كثيرة منها:

1- نهي الله تعالى عن العدوان لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَجْرَسُوا عَلَيَّ وَأَنبِئُوا عَنِّي بِالْحَقِّ وَلَا يُحِبُّ اللَّهُ الْمُجِرِّسِينَ﴾

البقرة: 190.

2- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَجْرَسُوا عَلَيَّ وَأَنبِئُوا عَنِّي بِالْحَقِّ وَلَا يُحِبُّ اللَّهُ الْمُجِرِّسِينَ﴾ الأعراف: 56.

3- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَجْرَسُوا عَلَيَّ وَأَنبِئُوا عَنِّي بِالْحَقِّ وَلَا يُحِبُّ اللَّهُ الْمُجِرِّسِينَ﴾ البقرة: 205.

فالآية تبين أنّ قصد الإضرار بالآخرين والفساد في الأرض صفة من صفات المنافقين. وإذا علمنا أنّ كل اعتداء ضار مخالف لشرع فمن الطبيعي أن يوجب الشرع دفع ما يخالفه لذا كان من القواعد الكلية المتممة للقاعدة السابقة "الضرر يزال"⁴².

وإزالة الضرر تكون بإحدى طريقتين:

الأولى: وقف استمراره ومنع تكراره وتجدده، وفي هذه الحالة يدفع الضرر بإزالته عينا

سواء كان عاما أم خاصا فيؤمر المتسبب في الضرر بإزالته وقطع دابره.

الثانية: ترميم آثاره بعد وقوعه، ومن الأبواب التي بنيت على ذلك ضمان المتلفات

كما جاء في كتب الأشباه والنظائر⁴³.

⁴⁰ - قرار رقم 41560 بتاريخ 7-4-1986، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة بتاريخ 1989، العدد2، ص 69 .

⁴¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة النشر 1418هـ - 1998م، ص 44.

⁴² - الزرقا، مرجع سابق، ص 46.

وأما الميراث فإنّها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح، فأشبهت المطلقة في الصحة. وذهب مالك إلى أنّ لها الميراث ونصف الصداق، ولا عدّة عليها⁴⁶. قال مالك في المدونة: " قلت رأيت إن طلق رجل زوجته وهو مريض قبل البناء بها؟ قال: قال مالك: لها نصف الصداق، ولها الميراث إن مات من مرضه ذلك. قلت: فهل يكون على هذه عدة الوفاة أو عدة الطلاق قال: قال مالك: "لا عدة عليها لا عدة وفاة ولا عدة طلاق"⁴⁷.

فالمطلقة قبل الدخول استحقت نصف الصداق بالنص والميراث باعتباره فارا. وأما قانون الأسرة فذهب مذهب الجمهور في أنّ لها نصف الصداق ولا ميراث لها، أمّا نصف الصداق فقد جاء في المادة 16 من قانون 84-11: تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. وأمّا الميراث فلا ترث في التشريع الجزائري إلا من كانت وفاة الزوج في عدتها، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها.

جاء في المادة 132 من قانون 84-11: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث. **الحالة الثانية:** إذا طلق المريض زوجته طلاقا رجعيا ومات في العدة ورثته اتفاقا، لقيام الزوجية بينهما، بحيث يمكنه مراجعتها من غير عقد جديد، ولا رضاها. قال مالك في طلاق المريض: " .. وإن كان طلاقا يملك رجعتها فمات وهي في عدتها من الطلاق انتقلت إلى عدّة الوفاة، وإن انقضت عدتها من الطلاق قبل أن يهلك فهلك بعد ذلك فلها الميراث"⁴⁸.

46- ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري الاستذكار، دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى، 1421 - 2000، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ج 6 ص 117.

47- سحنون، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، سنة النشر 1406 هـ - 1987 م، ج 6 ص 34.

48- سحنون، مرجع سابق، ج 6 ص 34.

وقال المرغيناني في طلاق المريض: والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه، وكل ما ذكرنا أنّها ترث إنّما ترث إذا مات وهي في العدة⁴⁹.

وقال ابن قدامة: إذا طلق الرجل طلاقاً يملك رجعتها في عدتها، لم يسقط التوارث بينهما ما دامت في العدة سواء أكان في المرض، أو في الصحة بلا خلاف نعلمه⁵⁰.

الحالة الثالثة: إذا طلق المريض زوجته في مرض موته طلاقاً بائناً ورثته وهذا الطلاق قد عرف لدى الفقهاء بطلاق الفار، لأنّ الزوج المريض بطلاقه زوجته أراد أن يفر من ميراثها، فيعامل بنقيض قصده فترثه.

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة⁵¹ واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- ما رواه مالك عن ابن شهاب، عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال وكان أعلمهم بذلك، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أنّ عبد الرحمن بن عوف طلق زوجته البتة وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان منه⁵².

2- ما رواه مالك عن عبد الله بن الفضل، عن الأعرج أنّ عثمان بن عفان ورث نساء ابن مكمل منه وكان طلقهنّ وهو مريض⁵³.

49- برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مكتبة ومطبعة محمد علي صباح، القاهرة، ج 1 ص 77.

50- ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6 ص 268.

51- ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6 ص 268، الشيرازي إبراهيم بن علي، المهذب، دار الفكر، بيروت، ج 2 ص 25، ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، ج 6 ص 113، ابن رشد أبو الوليد محمد، بداية المجتهد، دار شريعة الجزائر، ج 2 ص 82.

52- مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، مرجع سابق، ج 2 ص 571.

53- مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، مرجع سابق، ج 2 ص 572.

3- ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن عبد الرحمان بن هرمز أخبره أنّ عبد الرحمان بن مكمل كان عنده ثلاث نسوة إحداهنّ ابنة قارظ، فطلق اثنتين منهنّ، ثمّ مكث بعد طلاقه سنتين، وأتمّها ورثاه في عهد عثمان⁵⁴.

4- وما رواه مالك أنّه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمان يقول: بلغني أنّ امرأة عبد الرحمان بن عوف سألته أن يطلقها، فقال إذا حضت ثم طهرت فأذيني، فلم تحض حتى مرض عبد الرحمان بن عوف، فلما طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة، لم يكن بقي لها عليها من الطلاق غيرها، وعبد الرحمان بن عوف يومئذ مريض، فورثها عثمان بن عفان منه⁵⁵.

5- ما رواه وغيره، عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كانت عند جدي حبان امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة ثم هلك عنها ولم تحض فقالت أنا أرثه لم أحض، فاحتصمتا إلى عثمان بن عفان ففضى لها بالميراث، فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك، هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب⁵⁶.

6- وفي رواية عبد الرزاق عن معمر عن الزهري أنّ من الأنصار يقال له حبان بن منقذ طلق امرأته وهي ترضع وهو يوم طلقها صحيح فمكثت سبعة أشهر لا تحيض بمنعها الرضاع الحيضة ثم مرض حبان بعد أن طلقها بأشهر فقبل له إن امرأتك تترك إن مت، فقال لهم املوني إلى عثمان فحملوه فذكر شأن امرأته وعنده علي بن أبي طالب، وزيد بن

54- أبو بكر، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1403هـ، باب طلاق المريض، ج 7 ص 63.

55- مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، مرجع سابق، ج 2 ص 572.

56- مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، مرجع سابق، ج 2 ص 572، أبو بكر عبد الله، مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشيد، تحقيق كمال يوسف الحوت، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1409هـ، كتاب الطلاق ج 4 ص 168.

ثابت، فقال لهما عثمان: ما تريان؟ قالوا: نرى أمّا ترثه إن مات وأنته يرثها إن ماتت، فإنها ليست من القواعد اللاتي يؤسن من الحيض وليست من الأبقار اللاتي لم يحضن فهي عنده على عدة حيضتها، فرجع إلى أهله فأخذ ابنته من امرأته، فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ثمّ أخرى في الهلاك ثمّ توفي حبان قبل أن تحيض الثالثة فاعتدت عدة المتوفى عنها وورثته⁵⁷.

7- ما رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي أنّه قال: جاء عروة البارقي إلى شريح بخمس خصال من عند عمر منهنّ: أن الرجل إذا طلق امرأته - وهو مريض - ثلاثا ورثت منه ما دامت في عدّتها⁵⁸.

8 - استدلوا بمبدأ سد الذرائع فقالوا: إنّه لما كان المريض يتهم في أنّه طلق ليقطع حظها من الميراث، فعملا بسد الذرائع قالوا: بوجوب الميراث المطلقة المريض، وإن انقطعت عدّتها، أو تزوجت أزواجاً⁵⁹.

9- استدلوا من جهة الاستحسان فقد استحسنوا توريث المبانة التي طلقها زوجها بائنا في مرض موته، ومات وهي في عدّتها منه تاركين العمل بالقياس لأنّ القياس يقتضي عدم الميراث، لأنّ الفرقة لم تقع بفعالها، والتكاح قد انتهى بالطلاق البائن، فلا يوجد سبب من أسباب الإرث الثلاثة: القرابة والولاء والزوجية .

ووجه الاستحسان: أنّه لما كان عليه العمل في الأمر في زمن الصحابة فذلك مقدم على القياس⁶⁰.

وذهب الشافعي في الجديد⁶¹ إلى أنّ المطلقة المبتوتة لا ترث من زوجها المطلق سواء أكانت وفاته في العدة أم بعدها.

57- عبد الرزاق، باب تعدد أقرائها ماكانت، مرجع سابق، ج 6 ص 340، 341 .

58- ابن أبي شيبة، مرجع سابق، ج 4 ص 171 .

59- ابن رشد، مرجع سابق، ج 2 ص 82.

60- السرخسي، مرجع سابق، ج 6 ص 154، 155، الكساني، مرجع سابق، ج 3 ص 220.

61- الشافعي، مرجع سابق، ج 5 ص 254، الشيرازي، مرجع سابق، ج 2 ص 24، 25.

واستدلوا على مذهبه بما يلي:

1- بما روى عن ابن الزبير في قصة طلاق عبد الرحمان بن عوف زوجته في مرضه أنه قال أخبرني ابن مليكة، أنه سأل ابن الزبير على الرجل يطلق المرأة فيبئتها ثم يموت، وهي في عدتها فقال: طلق عبد الرحمان بن عوف تماضر بنت الأصبع الكلبية فبئتها، ثم مات عنها وهي في عدتها فورثها عثمان.

قال ابن الزبير وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة⁶².

قال الشافعي: غير أني أيا قلت، فإني أقول لا ترث المرأة زوجها إذا ما طلقها مريضا، طلاقا لا يملك فيه الرجعة، فانقضت عدتها ونكحت لأن أثر ابن الزبير متصل⁶³.

2- واستدل من جهة المعقول بقوله: إن آثار الزوجية قد انقطعت بعد أن طلقها طلاقا بائنا، فلا يتوارثان، لأنها مبتوتة قبل الموت فقطعت الإرث، كالطلاق في الصحة⁶⁴.

وأما قانون الأسرة فذهب إلى مذهب الجمهور من استحقاق المرأة المطلقة في مرض الموت للميراث ما دامت في العدة، جاء في المادة 132 من قانون 84-11: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث.

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993 ما يلي:

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

ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين، وتستحق منابتها في الميراث، وتعتبر وكأنها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا، أما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان الطلاق بائنا ومات أثناء عدتها،

62- الشافعي، مرجع سابق، ج 5 ص 254، ابن عبد البر، مرجع سابق، ج 6 ص 113.

63- الشافعي، مرجع سابق، ج 5 ص 254.

64- الشيرازي، مرجع سابق، ج 2 ص 25.

وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين الطلاق أو الوفاة. وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض⁶⁵.

والذي يترجح مذهب الجمهور لقوة دليله من الأثر والمعقول.

أما الأثر فكتاب عمر وقضاء عثمان بمشورة علي وهو قول عائشة رضي الله عنهم، ولا يضر مخالفة ابن الزبير لهم.

قال ابن عبد البر: روي عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب في المطلق ثلاثاً وهو مريض أماً ترثه إن مات من مرضه ذلك.

وروى عن عائشة مثل ذلك، ولا أعلم لهم مخالفاً من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير، فإنه قال: لا أرى أن ترث المبتوتة بحال من الأحوال وجمهور المسلمين على ما روى عن الصحابة في ذلك إلا طائفة من أهل الفقه والنظر، فإنهم قالوا بقول ابن الزبير على ظاهر القرآن في توريث الزوجات وليس المبتوتة بزوجة عن جماعة المسلمين، ولا يرثها عند أحد منهم إن ماتت، قالوا وكذلك لا ترثهم، ولو كانت زوجة لورثها كما ترثه⁶⁶. وأما من جهة العقل فإن المطلق متهم بقصده الإضرار بالزوجة، وحرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده كالقاتل لمورثه، رفعاً للضرر عنها، لقوله صلى الله عليه وسلم: لا ضرر ولا ضرار. وأما المدّة المعتبرة لهذا التوريث فقد اختلف من قال به وهم الجمهور إلى آراء ثلاثة:

الرأي الأول: إنّ المرأة المبانة ترث من زوجها المريض إذا مات، وهي في العدة، فإذا انتهت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها وهو قول الحنفية والشافعية في القديم، ورواية عن أحمد⁶⁷.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

⁶⁵ - قرار رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1996، العدد 2، ص 73.

⁶⁶ - ابن عبد البر، مرجع سابق، ج 6 ص 113.

⁶⁷ - الكساني، مرجع سابق، ج 3 ص 221، السرخسي، مرجع سابق، ج 6 ص 156، الشيرازي، مرجع سابق، ج 2 ص 25، ابن رشد، مرجع سابق، ج 2 ص 82.

1- استدلووا من جهة الإجماع بما روي عن ابن سيرين أنه قال: كانوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله ردّ إليه، أي من طلق امرأته ثلاثا في مرضه، فإنّها ترثه ما دامت في العدة، وهذا منه حكاية عن إجماع الصحابة ومثله لا يكذب⁶⁸.

2- واستدلووا من جهة الأثر:

أ- بما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال: جاء عروة البارقي إلى شريح بخمس خصال من عند عمر رضي الله عنه منهن: أنّ الرجل إذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثا ورثت منه ما دامت في العدة⁶⁹.

ب- وبما روي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنّها قالت: إنّ المطلقة ثلاثا وزوجها مريض ترثه مادامت في العدة.

3- استدلووا من جهة الاستحسان فقالوا: إنّ القياس يقتضي عدم الميراث لانتهاج التّكاح بالطلاق البائن، فلا يوجد سبب من أسباب الإرث، فتركنا ذلك عملا بالاستحسان، لأنّه لما كان العمل في هذا الأمر في زمن الصحابة كما ورد في الآثار فذلك يقدم على القياس⁷⁰.

الرأي الثاني: أنّها ترثه ما لم تنزوج وهو مذهب الحنابلة⁷¹ واستدلووا على ذلك بالإجماع والأثر.

1- أمّا الإجماع فقد انعقد على أنّ المرأة لا ترث من زوجين في آن واحد لذلك قالوا إنّها ترث ما لم تنزوج.

2- استدلووا من جهة الأثر بما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنّ أباه طلق أمه، وهو مريض، فورثته بعد انقضاء العدة⁷².

68- الكساني، مرجع سابق، ج3 ص 218، السرخسي، مرجع سابق، ج6 ص 155.

69- الكساني، مرجع سابق، ج3 ص 218، ابن أبي شيبة، مرجع سابق، ج4 ص 171.

70- السرخسي، مرجع سابق، ج6 ص 155.

71- ابن قدامة، مرجع سابق، ج6 ص 269، 270، ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج2 ص 82.

72- ابن قدامة، مرجع سابق، ج6 ص 269، 270، ابن رشد مرجع سابق، ج2 ص 82.

3- واستدلوا من جهة المعقول بقولهم: إنّ المريض متهم في طلاقه لزوجته بأنّه يقصد حرمانها من الميراث، وهذا قصد فاسد فيعامل بنقيضه كالقاتل لمورثه، ومادام هذا هو المعنى في توريثها فكان الأمر مستويا أن يموت قبل أن تنقضي عدّتها منه، أو بعد انقضاء العدّة، لأنّ سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدّة⁷³.

الرأي الثالث: أنّها ترثه في العدّة وبعد العدّة تزوجت، أو لم تتزوج وهو مذهب المالكية⁷⁴ ودليلهم في هذا ما يلي:

1- ما رواه مالك عن ابن شهاب، عن طلحة بن عبد الله بن عوف، قال وكان أعلمه بذلك، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، إنّ عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها عثمان بن عفان منه، بعد انقضاء عدّتها⁷⁵.

2- ما رواه عبد الرزاق بن عبد الرحمن بن هرمز، أخبره أنّ عبد الرحمن بن مكمل كان عنده ثلاث نسوة إحداهن ابنة قارظ، فطلق اثنتين منهنّ ثمّ مكث بعد طلاقه سنتين وأنّهما ورثناه في عهد عثمان⁷⁶.

قال ابن جريج وأخبرني ابن شهاب أنّ امرأة ابن مكمل ورثها عثمان بعدما انقضت عدّتها.

3- استدلل الإمام مالك على ما ذهب إليه بقاعدة سد الذرائع، فقال: إنّ ما كان المريض يتهم في أن يكون قد طلق زوجته في مرضه ليقطع حقها من ميراثه فعلا بسد الذرائع وجب لها الميراث، وإن انقضت عدّتها أو تزوجت أزواجا⁷⁷.

73- ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6 ص 270.

74 سحنون، مرجع سابق، ج 6 ص 34، ابن عبد البر، مرجع سابق، ج 6 ص 114 .

75- مالك، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، مرجع سابق، ج 2 ص 571 .

76- عبد الرزاق، باب طلاق المريض، مرجع سابق، ج 7 ص 63.

77- ابن رشد، مرجع سابق، ج 2 ص 82، ابن عبد البر، مرجع سابق، ج 6 ص 114، سحنون، مرجع

سابق، ج 6 ص 34.

وأما قانون الأسرة فذهب مذهب الحنفية من توريثها ما دامت في العدة فإن انقضت عدتها قبل وفاته فلا ميراث لها.

جاء في المادة 132 من قانون 84-11: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث.

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993 ما يلي:
من المقرر قانوناً عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أن يستحق الحي منهما الإرث وللزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدة طلاقها.

ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين، وتستحق منابتها في الميراث، وتعتبر وكأنها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحاً، أما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان الطلاق بائناً ومات أثناء عدتها، وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين الطلاق أو الوفاة .

وعليه فالظعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض⁷⁸.

والذي يترجح مذهب المالكية من توريثها سواء أكانت في العدة أو بعدها، تزوجت أو لم تتزوج، لقضاء عثمان في توريث المرأة بعد انقضاء عدتها، قال مالك: ولو تزوجت عشرة أزواج كلهم طلق في المرض، ورثتهم كلهم⁷⁹.

ولأن سبب التوريث ليس الزوجية لانقطاعها بالبينونة، وإنما التعويض عن هذا التعسف في طلاقها للفرار من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة أو زواجها، بل يرفعه عنها توريثها منه.

قال ابن عبد البر: من قال أنها لا ترثه في العدة استحال عنده أن ترثه وهي مبتوتة في موضع أن ترثه فيه الرجعية، لأنه لا خلاف بين المسلمين أن من طلق امرأته صحيحاً طلقته يملك فيه رجعتها ثم انقضت عدتها قبل موته أنها لا ترثه، لأنها أجنبية ليست منه، ولا

⁷⁸ - قرار رقم 101444 بتاريخ 21-12-1993، غرفة الأحوال الشخصية، منشور المجلة القضائية الصادرة سنة 1996، العدد 2، ص 73.

⁷⁹ - ابن عبد البر، مرجع سابق، ج 6 ص 114، سحنون، مرجع سابق، ج 6 ص 34.

وأما فيما يعتبر به الزوج فارا هو قصد الإضرار بالمرأة وحرمانها من الميراث، وحينئذ يثبت لها الميراث، وهو قول الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد⁸⁷.

فإذا طلقها برضاها في مرضه أو خالته، أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها، أو علق طلاقها على فعل يتوقف على إرادتها، فإنها لا ترثه لانتفاء تهمته الفرار في هذه الحالات وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري كما في القرار السابق: "ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدتها أن تعتد بأبعد الأجلين، وتستحق منابتها في الميراث، وتعتبر وكأنها مازالت زوجة حتى ولو كان الطلاق صحيحا، أما إذا طلقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان الطلاق بائنا ومات أثناء عدتها، وثبت أنه قصد حرمانها من الميراث فإنها تعتد بأطول الأجلين الطلاق والوفاة⁸⁸.

وذهب المالكية وأحمد في رواية⁸⁹ إلى أن الفرار يتحقق بالطلاق في المرض مطلقا سواء وجد ما يدل على رضا الزوجة أم لا، فبمجرد الطلاق في المرض يعتبر الزوج فارا من توريث زوجته فيثبت لها الميراث.

قال مالك: إن اختلعت منه في مرضه، أو جعل أمرها بيده فطلقها أو سألتها الطلاق فطلقها، فإنها ترثه في ذلك كله، كما لو طلقها ابتداء دون أن تسأله ذلك⁹⁰.
واستدلوا على ذلك:

1- أن عثمان بن عفان ورث امرأة عبد الرحمان بن عوف لما سألتها الطلاق فطلقها في مرضه، فدل ذلك على أن الفرار يتحقق بمجرد الطلاق في المرض .

87- ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6 ص 270.

88- ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6 ص 270.

89- ابن قدامة، مرجع سابق، ج 6 ص 270.

90- ابن عبد البر، مرجع سابق، ج 6 ص 116 .

2- أنّ الإذن لا يسقط ميراث الوارث، فلو أذن الابن لأبيه في أن يخرج من الميراث ما خرج، فكذلك يكون إذن الزوجة لزوجها بطلاقها فلا يسقط ذلك الإذن حقها في ميراثها منه .

والذي يترجح قول الحنفية ومن وافقهم لأنّ تورث المطلقة في مرض الموت جاء على خلاف الأصل حماية لحق الزوجة فإذا رضيت بالطلاق، أو باشرته كما في الخلع لم يبق ما يرر مخالفة الأصل، وهو عدم إرثها لانقطاع سببه وهو الزوجية .

قائمة المراجع

- القرآن الكريم

1) التفسير

- القرطبي: محمد بن أحمد بن فرح القرطبي , الجامع لأحكام القرآن , دار الشعب القاهرة , الطبعة الثانية , سنة 1372هـ , تحقيق أحمد بن عبد العليم البردوني.

2) الحديث:

- ابن أبي شيبة: أبو بكر عبد الله, مصنف ابن أبي شيبة , مكتبة الرشيد, الرياض, الطبعة الأولى , سنة 1409هـ, تحقيق كمال يوسف الحوت.

- ابن أنس: مالك بن أنس الأصبحي, الموطأ, دار إحياء التراث العربي, بيروت, سنة 1406هـ - 1985م, تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

- ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني, سنن ابن ماجه, دار الفكر, بيروت, تحقيق فؤاد عبد الباقي.

- أبو داود: سليمان بن الأشعث, سنن أبي داود, دار الفكر, تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.

- أحمد أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني, مسند أحمد, مؤسسة قرطبة, القاهرة
- البيهقي: أحمد بن الحسين, سنن البيهقي, مكتبة دار الباز, مكة المكرمة, سنة 1414هـ - 1994م, تحقيق محمد عبد القادر عطا.

- الترمذي: محمد بن عيسى, سنن الترمذي, دار إحياء التراث العربي, بيروت, تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون.

- الحاكم: محمد بن عبد الله, المستدرک على الصحيحين, دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى, سنة 1411هـ 1990م, تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

- النسائي: أحمد بن شعيب 1- سنن النسائي (المجتبي), مكتب المطبوعات الإسلامية, حلب, الطبعة الثانية, سنة 1406هـ - 1986م, تحقيق عبد الفتاح أبو غدة.

- عبد الرزاق: أبو بكر, مصنف عبد الرزاق, المكتب الإسلامي, بيروت, الطبعة الثانية, سنة 1403هـ, تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي.

- مسلم: بن حجاج النسابوري, صحيح مسلم, دار إحياء التراث العربي, بيروت, تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

(3) الفقه:

أ- الفقه المالكي:

- سحنون: مالك بن أنس, المدونة الكبرى, دار الفكر, بيروت, سنة النشر 1406هـ - 1987م .

ب) - الفقه الحنبلي:

- ابن قدامة: المغني, دار الفكر, بيروت, الطبعة الأولى, سنة 1405هـ .

ج) - الفقه الشافعي:

- الشافعي: محمد بن إدريس, الأم, دار المعرفة, بيروت, الطبعة الثانية,

سنة 1393هـ .

- الشيرازي: إبراهيم بن علي, المهذب, دار الفكر, بيروت .

د) الفقه الحنفي:

- ابن عابدين: محمد أمين, حاشية ابن عابدين, دار الفكر, بيروت, الطبعة الثانية,

سنة 1386هـ .

- ابن نجيم: زين بن إبراهيم, البحر الرائق, دار المعرفة, بيروت.

- السرخسي: محمد بن أبي سهل, المبسوط للسرخسي, دار المعرفة, بيروت, سنة 1406 هـ .

- السيواسي: محمد بن عبد الواحد , شرح فتح القدير, دار الفكر, بيروت, الطبعة الثانية.

- الكاساني: علاء الدين, بدائع الصنائع, دار الكتاب العربي, بيروت, الطبعة الثانية, سنة 1982م.

ي) - الفقه المقارن:

- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري, الاستذكار, دار الكتب العلمية, بيروت, الطبعة الأولى, 1421 - 2000, تحقيق: سالم محمد عطا, محمد علي معوض.

- ابن رشد: أبو الوليد محمد, بداية المجتهد, دار شريفة الجزائر.

و- الفقه العام:

- بوساق: د. محمد بن المدني بوساق, التعويض عن الضرر, دار اشبيلية, الرياض الطبعة الأولى, سنة النشر 1419 هـ - 1999 م .

- الزرقا: مصطفى أحمد الزرقا, المدخل الفقهي العام, دار القلم, دمشق, الطبعة الأولى, سنة النشر 1418 هـ - 1998 م .

ي- أصول الفقه:

- الشاطبي: ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي, الموافقات في أصول الشريعة, دار الكتاب العربي, الطبعة الأولى, سنة النشر 1423 هـ - 2002م تحقيق د. محمد الاسكندراني, عدنان درويش .

ن- القانون:

- الصابوني: أ.د . عبد الرحمان الصانوني, شرح الأحوال الشخصية السوري, مطابع جامعة دمشق, سنة النشر 1412 هـ - 1991 م.

- سعد: عبد العزيز أ- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة النشر 1996 .
- ب- الجرائم الواقع على الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، سنة النشر 2002 .
- الحاج: د- بالعربي الحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة النشر 1994 .
- المجلة القضائية: غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، سنة النشر 1989، 2، 1.
- المجلة القضائية: غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، سنة النشر 1996، العدد 2.
- المجلة القضائية: غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، سنة النشر 2001، العدد خاص.
- المجلة القضائية: الصادرة عن وزارة العدل الجزائرية بتاريخ 1997، العدد 8.