

## عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

د. عبد الفتاح تقيّة

أستاذ محاضر كلية الحقوق

جامعة الجزائر

إنّ عنوان الموضوع عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يعود للأسباب التالية :

- السبب الأول : إدراكنا أنّ الطلاق تصرف خطير، يجب أن يستعمل بحذر، وللضرورة القصوى، ولكون التصرف فيه قولي مقيد بالقصد، من حيث هو تعبير بالإرادة المنفردة لكون أن الإرادة من حيث الاعتبار القانوني تتطلب السلامة من العيوب .

- السبب الثاني : كون أن الطلاق من حق الزوج، وإرادته هي الأساس، وعليه فمن الثابت أن يصنف هذا الحق ضمن الحقوق الإرادية، والتي فيها الاستعمال مقيدا ومصدرها القانون، فبمجرد استعماله من يملكه يترتب عليه الأثر القانوني، كما وضع ذلك قانون الأسرة في المادة 48 ( قانون رقم 05-09 ) المؤرخ في 04 مايو 2005 ) والتي تنص على ما يلي :

مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون .

ومن المفيد إشارة في هذا الصدد أن الفقه الإسلامي أشار إلى إرادة الزوج المنفردة .

- السبب الثالث : كون أن حق الزوج في الطلاق، يخضع إلى الشكل القانوني كما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة ما يلي لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

وعليه ينبغي حتى تصح إرادة الزوج لها الأثر القانوني لابد أن تستوفي الشكل القانوني المتمثل في العناصر الشكلية ،التي يتكون منها العمل القانوني مثل ، ( الإجراءات الشكلية في رفع دعوى الطلاق ) ومنه أيضا التعقيد والتأصيل لمسألة التصرف في الطلاق وتبيان وإظهار مدى أهمية مكانته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

أ- من حيث العوارض :

ويتعلق الوجه الأول تحديدا من حيث طلاق السفية في الفقه الإسلامي: فهل يقع طلاقه أم لا يقع؟

أنه لما كان السفية يطلق عليه في العرف الاصطلاحي الفقهي تبذير المال والإسراف في إنفاقه على مقتضى العقل السليم ومن معانيه أيضا أنه عبارة عن التصرف في المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه، والإسراف مع قيام العقل وهو بذلك خلل يصيب التبذير عند الإنسان في التصرفات المالية لأن تصرفاته تكون حينئذ به وبمن هم تحت كافته فيجب

إيقافه وعليه فإن وجه موقف التشريع لهذه الحالة هو : وجوب توقيف السفية عن مباشرة التصرفات المالية، ويكون هذا أمام الجهة القضائية التي تصدر بشأنه حكما بمنعه فيه بمباشرة التصرفات المالية أيا كانت طبيعتها ويطلق على هذا النوع من التصرفات القضائية حكم الحجر أي أنه ممنوع من التصرف بالمال، وعليه فمن المفيد إشارة في هذا السياق الوقوف على نطاق ومجالات السفه في الفقه الإسلامي .

### \* السفه وأهلية المكلف :

إن السفه لا ينافي أهليتي الوجوب والأداء عند المكلف لأنه لا يخل بالقدرة ظاهرا وسلامة البدن ولا باطنا لبقاء نور العقل بكماله، إلا أن السفيه يكابر عقله في عمله فلا جرم يبقى أهلا لوجوب حقوق الله تعالى في الدنيا والآخرة وببقائه أهلا لوجوب حقوق الله تعالى بقي أهلا في حقوق العباد وهي التصرفات بطريق الأولى، لأن حقوق الله أعظم إذ أنها تلزم في حق من هو غير مكتمل الحال ألا يرى أن الصبي أهل للتصرفات مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله تعالى، فمن هو أهل لإيجاب حقوق الله أولى أن يكون أهل لصحة التصرفات منه<sup>(1)</sup>

ويتضح لنا أن السفه لا يمنع أي حكم شرعي في حق المكلف كما لا يوجب سقوط الخطاب عن المكلف سواء حجر عليه أم لم يحجر، وعليه فإنه يتبين لنا أن السفه لا تأثير له على أهلية المكلف، إنما تأثيره على رشد المكلف فإذا بلغ المكلف عاقلا رشيدا سلمت إليه أمواله وإن بلغ سفيها لا يحسن التصرف في أمواله حجر عليه في أمواله، فالسفه إذن من عوارض التي ترد على الرشد دون الأهلية .

### \* متى يوجد السفه :

إذا تصرف المكلف في أمواله، تصرفات منافية لما عليه التصرفات السليمة الموافقة لمقتضى العقل يمكن أن نعتبر مثل هذه التصرفات بأنها تصرفات سفيه إلا أن تحديد معالم السفه يعد محل اختلاف بين علماء الأمة وسأتولى بيانه على الكيفية التالية :

أولا : قول الشافعية : وهو أن السفه لا يتحقق إلا إذا كان الإسراف في المحرمات، أما في الأمور المحللة في الشرع الإسلامي، فإنه لا يعد سفها فيها، وذلك كالاكتثار من بناء المساجد والمستشفيات .

1- مرآة الأصول ص 35 .

ثانيا : قول الحنفية : ويتضمن أن السفه يكون متحققا متى وجد التبذير في التصرف سواء كان هذا التبذير فيما هو نفع محض للمكلف، كبناء المدارس، والمستشفيات، والمساجد، إذ قالوا بأن الإحسان والبر مرغوب فيهما، إلا أن الإسراف حرام، كالإسراف في المأكل والملابس والمشرب، ويتعبير آخر كما وضحه ابن كثير بقوله : ( ولا ترف في الإنفاق فتعطي وفق طاقتك، وتخرج أكثر من دخلك فتقع ملوما محسورا )<sup>(2)</sup> . واستدللا بقوله تعالى : ( ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا )<sup>(3)</sup> .

وقوله تعالى : ( والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما )<sup>(4)</sup> . ويقوله تعالى : ( وإن المبذرين كانوا إخوان الشياطين، وكان الشيطان لربه كفورا )<sup>(5)</sup> . وقوله عز وجل : ( يا بني ادم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين )<sup>(6)</sup> ، وسواء كان التبذير فيما هو شر محض، كدفع الأموال إلى الرافعات أو المغذيات وغيرها من التصرفات بثمن مرتفع جدا بحيث يكون الغبن فيه فاحشا<sup>(7)</sup> .

وعليه فوجوه الخلاف بين الشافعية، والحنفية يمكن تحديده في اختلافهم في الحكمة من الحجر، إذ يرى الشافعي أن الحكمة من الحجر هي الجزاء والعقوبة للفاسق الذي بذر أمواله وأضاعها فيما هو غير مباح، أما الحنفية فإنهم يرون أن الحكمة من الحجر هي : المحافظة على أموال السفه، وعدم تضييعها، والإسراف عام سواء كان في الخير أو الشر إذ أنه يؤدي إلى الضياع المنهى عنه .

2 - تفسير ابن كثير : المجلد الخامس : ص 67

3 - سورة الإسراء الآية 29 .

4 - سورة الفرقان الآية 67 .

5 - سورة الإسراء 27 .

6 - سورة الأعراف 31 .

7 - شرح نور الأنوار على المنار ج 2 ص 301 .

\* في تسليم المال للسفيه :

المكلف عند بلوغه إما أن يبلغ عاقلا رشيدا وإما أن يبلغ سفيفا .

فإذا بلغ سفيفا ، فالاتفاق إلاّ تسلّم إليه أمواله استدلالا بقوله عز وجل " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما " (8) .

إن الآية الكريمة تتضمن توجيهين هما :

- التوجيه الأول : أن يكون المعنى على ظاهره ، أي " يا أيها الأولياء لا تأتوا السفهاء من الأزواج والأولاد أموالكم التي جعل الله فيها لكم قياما لأنهم يضيعونها بلا تدبير ثم تحتاجون إليها لأجل نفقاتهم ولا يؤتونكم ، وبهذا التوجيه لا تكون الآية مما نحن فيه .

- التوجيه الثاني : أن يكون معنى أموالكم : أموالهم ، وإنما أضيفت إليهم لأجل القيام بتدبيرها .

وحينئذ يكون تمسكا لما نحن فيه أي لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم فيها تدبيرها ويدل على هذا المعنى قوله تعالى : فيما بعد الآية المتقدمة : " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " فالآية الكريمة أفادت وجوب الحجر على السفيه للحفاظ على أمواله :

إلاّ أن هذا السفه لو استمر من البلوغ إلى فترة طويلة من عمر الإنسان كأن يتجاوز الخامس والعشرين مثلا : فهل يستمر الحجر على تصرفاته المالية أم لا ؟  
إن الجواب على هذه المسألة هو محل اختلاف بين جمهور الفقهاء وبين الإمام أبي حنيفة وهذا الاختلاف على تفصيله كالآتي :

أولا : قول الإمام أبي حنيفة :

ويتضمن هذا القول أن الإنسان المكلف، إذا بلغ سفيفا يستمر الحجر عليه إلى حين بلوغه سن 25 ، وبعبارة أخرى كأن قول أبي حنيفة في الحجر على السفيه، لا يتحقق إلاّ بتوفير شرطين هما :

الشرط الأول : أن يبلغ المكلف سفيها .

الشرط الثاني : ألا يكون سن السفه قد تجاوزت 25 من عمره .

فإذا تجاوز السفه سن 25 وكان محجورا عليه ، يرفع هذا الحجر عنده وتحديد هذه السن عند أبي حنيفة راجع لكون الشخص يمكن أن يكون فيه جدا .  
وبلوغ الإنسان هذه السن المحددة <sup>(9)</sup> مظنة تحقق الرشد عنده وإن بلغ سفيها وقد استدلل الإمام أبي حنيفة على رأيه هذا بعدة أدلة وهي :

أ- استدلل بقوله تعالى : " فإذا أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "

وجه الاستدلال هو : أن حرف الفاء ورد للوصل والتعقيب ، أي أن تعليق إيتاء المال بإيناس من الرشد قاصر على وقت البلوغ ، والفترة التي تلحق البلوغ مباشرة ، أما بعد ذلك فإيتاء المال غير معلق بأي شيء .

ب- إن اتصل السفه بالبلوغ فما هو إلا أثر الصبا كبقاء عينه فيما يتعلق بمنع المال لذلك يجب أن يؤتى السفه ماله إذا انتهى أثر الصبا ، وهو حتما ينتهي ببلوغه 25 عاما ، لذا يرى أبو حنيفة أن الشخص لو بلغ عاقلا ثم سفه لا يحجر عليه ، لأن السفه ليس بأثر من أثار الصبا <sup>(10)</sup>

ج- إنه يرى أن منع المال عن السفه ما هو إلا عملية تأديب له ، والاشتغال بالتأديب بعد بلوغه هذه السن ليس مجديا ، إذ الطباع تكون قد تأصلت في النفوس ، ولا يمكن إجتذاها منها بهذه الأدلة استدلل الإمام أبوا حنيفة على عدم الحجر على السفه البالغ عند بلوغه سن 25 عاما .

ثانيا : قول الجمهور : لقد ذهب جمهور من العلماء ، إلى القول أن السفه ليس له مدة محددة في عمر الإنسان ، إنما متى ثبت أن الشخص سفه ، يجب أن يحجر عليه في تصرفاته المالية أيًا كانت سنّه التي هو عليها لذا بلغ الشخص سفيها يمنع من التصرفات ، ويبقى المنع قائما في حقه ما لم يؤنس منه الرشد ، وإن استمر ذلك إلى نهاية حياته .

9 - التقرير والتخير : ج 2 ، ص 201 .

10 - نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي ص 256 .

واستدلوا بقولهم هذا بعدة أدلة هي :

أ- استدلوا بقوله عز وجل : " فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ " .

وجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى قد قرن دفع الأموال لأصحابها بإيناس الرشد منهم وجاء هذا التعبير مطلقا غير مقيد بسن معينة من سن عمر الإنسان فاعتبر تحقق الرشد من المكلف موجبا لدفع المال إليه ، وإلا فلا يدفع المال للسفيه ، لأن معنى الرشد هو صلاحية المكلف لإدارة أمواله ورعاية مصالحه ، وذلك باهتدائه إلى ضبط أمواله ، وحسن التصرف فيها ، وقيل في معنى الرشد أيضا بأنه صلاح في الدين وحفظ للمال <sup>(11)</sup> وهذه المعاني لا تتحقق مع السفه .

- استدلوا : لأقوال الأئمة من الفقهاء والتي تضمنت عدم رفع الحجر عن السفيه إذا بلغ سنا معينة ، وهذه الأقوال هي :

- 1- يروى عن الإمام الشعبي رضي الله عنه أنه قال في تفسيره للآية الكريمة المتقدمة الذكر ( بأنه لا يدفع إلى اليتيم ماله ، وإن شمت <sup>(12)</sup> ما لم يؤنس رشده .
- 2- يروى عن الضحاك رضي الله عنه أنه قال لا يعطي اليتيم ماله وإن بلغ 100 سنة ، حتى يعلم منه إصلاح ماله <sup>(13)</sup> .

3- وقال الإمام ابن قدامة رضي الله عنه ( لا يدفع إلى السفيه ماله قبل وجد البلوغ ، والرشد ولو صار شيخا ) <sup>(14)</sup> .

وعليه فمن خلال أدلتهم ، نرى أن رأيهم هو الأرجح ، وذلك بلزوم استمرارية الحجر على السفيه حتى يؤنس منه الرشد ، انطلاقا من القاعدة الأصولية والتي تؤكد دوران الحكم مع علته فمتى وجدت العلة ، وجد الحكم ، ومتى انتفتت العلة انتفى الحكم .

11 - تفسير روح المعاني للألوسي ج 4 ، ص 407 .

12 - شمت : بفتح السين وكسر الميم معناها خالط الشيب سواد شعره .

13 - الجامع لأحكام القرآن : ج 5 ، ص 37 .

14 - مباحث الحكم عند الأصوليين ج 1 ، ص 303 .

فطبق هذه القاعدة على السفه، يكون الحكم في حق السفه أن الحجر قائم في حقه، ما دام سفيهاً، لأن الحكم منوط بعلته وهي السفه، وهذا يؤدي إلى انتفاء تحديد سن معينة إذ أن السن لم تكن علة للحكم.

ومن المفيد إشارة في هذا الصدد أن هناك حالة أخرى جديرة بالذكر في هذا المقام، ألا وهي: إذا بلغ الإنسان عاقلاً، واستمر على هذه الحال، لمدة من الزمن بحيث مارس خلالها إدارة أمواله، ورعاية مصالحه، ثم أصيب بعد ذلك بالسفه فهل في مثل هذه الحالة يحجر عليه في تصرفاته المالية أم لا؟

إن الحكم في هذه المسألة محل اختلاف بين العلماء، والاختلاف يتمثل على النحو التالي:

القول الأول للجمهور: ويتضمن لزوم الحجر، على تصرفاته المالية واستدلوا على قولهم هذا بالأدلة الآتية وهي:

1 - استدلوا من القرآن الكريم ببطائفة من الآيات وهي:

أ - قوله تعالى: "ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها وأكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً" (15).

وجه الاستدلال: أن المراد بالسفهاء هنا هم الجهلاء في تدبير أموالهم، وكيفية رعايتها والمحافظة عليها فوجوب الحجر عليهم يأتي من النهي عن إتيانهم أموالهم، والسماح للأولياء بالتصرف فيها لصالح السفهاء، على أن يقوموا بالإنفاق عليهم من أموالهم، بما يسد حاجتهم إلى الطعام، والشراب والكساء إذ الآية تفيد وجوب الاتجار في أموالهم حتى يكون الإنفاق عليهم من الربح لا من رأس المال، لأنه لو تركت هذه الأموال من غير استثمار، وتشغيل لأدى هذا إلى نفاذها بالإنفاق على أصحابها وهذا مخالف لمضمون الآية: "وارزقوهم فيها وأكسوهم" لأنه لو لم يجب الاتجار، والإنفاق من ربحه لقال تعالى: "وارزقوهم منها" أي من ذات المال (16).

15 - سورة النساء الآية 05.

16 - مباحث الحكم عند الأصوليين جـ 1، ص 304.



ب - استدلووا بقوله عز وجل : " فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً، أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل <sup>(17)</sup> .

وجه الاستدلال : هو أن السفيه هنا هو الكبير البالغ لمقابلته بالضعيف، الذي هو الصغير كما تفيد الآية أيضاً أن السفيه، لا يستطيع أن يباشر بنفسه صيغة عقد المداينة بل يباشره الولي نيابة عنه وهذا يستلزم أن يكون محجوراً عليه <sup>(18)</sup> .

ج - استدلووا بما جاء في السنة النبوية من إفادة الحجر على السفيه عند أداء تصرفه إلى تبذير الأموال ، والإسراف فيها ، كقوله صلى الله عليه وسلم : " كلوا واشربوا والبسوا و تصدقوا من غير إسراف ولا مخيلة " <sup>(19)</sup> . واستدلووا بما رواه المغيرة بن شعبة من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة المال وإذا كان في تصرفات السفيه ضياع ماله فلزم الحجر على تصرفاته صوناً لماله ، وحفاظاً عليه من الضياع، والتبذير .

ء - استدلووا بالقياس والمصلحة العامة للمسلمين .

لقد استدلووا على رأيهم بالقياس على منحه المال، فإنه إنما منحه عنه ليبقى ملكه ، ولا يزول بالإتلاف ، فلا بد من منحه نفاذ التصرفات ، وإلا لأبطل ملكه بإتلافه بالتصرفات ولم يكن للمولى في الحفاظ إلا الكلفة والمؤنة <sup>(20)</sup>

واستدلووا أيضاً بالمصلحة العامة للمسلمين حيث أنها تقتضي الحجر على السفيه ، لأن السفيه باستلافه المال وإسرافه فيه يصبح مطية لديون العباد ، ومظنة لوجوب النفقة عليه من بيت مال المسلمين وبهذا يصير على المسلمين وبالا ، وعلى بيت مالهم عيالا .

17 - سورة البقرة الآية 282 .

18 - عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ص 145 .

19 - صحيح البخاري شرح العيني ح 21 ، ص 294 .

20 - شرح التلويح على التوضيح ح 2 ، ص 500 .

\* زواج السفية وطلاقه :

إن الاتفاق قائم بين الحنفية والمالكية على صحة تولي السفية زواج نفسه بنفسه، وذلك لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود بكل أنواعها، ومنها عقد النكاح، أما بالنسبة للحنابلة، فينظروا إلى حاجة السفية إلى الزواج فإذا كانت الحاجة موجودة عنده جاز له أن يتولى تزويج نفسه بنفسه، وإن لم يأذن له الولي بذلك لأنه صاحب المصلحة المحضة بالنسبة للنكاح، فرجحت هذه المصلحة على التبعات المالية أما إذا لم يكن محتاجا للزواج، فلا يصح منه الزواج إلا بإذن وليه وذلك لترتيب التبعات المالية عليه<sup>(21)</sup>.

أما قول الشافعية في هذه المسألة فهو أنه لا يصح زواج السفية عندهم إلا بإذن وليه، وذلك بالنظر لترتيب التبعات المالية على هذا الزواج، وكل تصرف مالي لا يصح عندهم من السفية كما في البيع والشراء، إلا أنه توجد رواية في مذهبهم تتضمن أنه، إذا طلب السفية الزواج وامتنع وليه جاز له أن يزوج نفسه ويصح العقد بعبارته، وذلك لامتناع الولي عن تزويجه<sup>(22)</sup>.

وقول الأئمة المتقدم والذي تضمن جواز تولي السفية تزويج نفسه بنفسه مشروطا بالا يزيد المهر الذي يقدمه على مهر المثل.

أما طلاق السفية : فإن الاتفاق حاصل بين جمهور العلماء على صحة وقوعه منه، لأنه من التصرفات التي لا تقبل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق " ويتعذر على الولي أن يباشر إيقاع الطلاق بنفسه، على زوجه السفية<sup>(23)</sup> لأن هذا التصرف مخالف لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : " الطلاق لمن أخذ بالساق ".

21- المغنى لابن قدامة ج 6 ، ص 500 .

22- عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون .

23- مباحث الحكم عند الأصوليين ج 1 ، ص 311 .

وقد خالف اتفاق العلماء في هذه المسألة ابن أبي ليلى رحمه الله إذ قال بعد صحة وقوع طلاق السفية ، لأن البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه فلم يملك التصرف فيه كالمال .

#### \* خلع السفية :

إذا أراد الزوج السفية ، أو الزوجة السفية أن يتخالعا فإن خلعهما صحيح لأن عبارتهما معتبرة شرعا ، إلا أنه لا يجوز لأي منهما أن يقبض البذل المالي للخلع ، لأنه عوض فإذا كانت الزوجة سفية واختلعت من زوجها وقع الطلاق ولم يجب المال ، لأن بدل الخلع تبرع والسفية ليست من أهل التبرع ، أما وقوع الطلاق فيرجع إلى أن الخلع يتم باتحاد القبول مع الإيجاب ولا يتوقف على وجوب البذل <sup>(24)</sup> .

أما إذا كان السفية هو الزوج فالطلاق واقع منه إلا أن المخالعة لا يجوز لها أن تدفع بدل الخلع للزوج ، إنما يلزمها دفعه لمن له الولاية على السفية ، وإذا حصل أن دفعته للزوج فهي ضامنة له ، إن أتلّف الزوج أو أتلّف المال بيده ، لأمر خارج عن إرادته لا تبرأ ذمتها بدفعها بدل المال إليه <sup>(25)</sup> .

موقف التشريع من العوارض : إن طلاق السفية في قانون الأسرة بموجب المادة 85 منه يقع لكون تصرفاته غير نافذة ، طالما أنه عديم الأهلية في هذه الحالة في نظر القانون ، وعلى ذلك فإن طلق رجل سفية وكان محجورا عليه ، فإن طلاقه لا يقع إذا استظهرت زوجته الحكم القضائي بالحجر عليه ، وهذا ما تقتضي به المادة أعلاه ، وقد ذهب البعض من الفقهاء على ضرورة إيقاف طلاق السفية وهذا في نظرنا يعد الرأي اله حيد الذي يبرر موقف المشرع الذي كان عليه أن يخصص له مادة واضحة في التشريع ، أو يجعله ناقص

24- عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ص 182 .

25- شرح التوضيح : ج 2 ، ص 192 ، وكشف الأسرار : ج 4 ، ص 1492 .

الأهلية فتحكمه وتضبطه القواعد العامة ويكون يتعامل في هذا الصدد مع حكم من أحكام الفقه الإسلامي في الطلاق، وعليه فمن المفيد ملاحظة في هذا الشأن من حيث الواقع أن السفية لا يعتبر عديم الأهلية باعتبار أن له كامل القوة العقلية، ولا يمكن أن يلحق بالمجنون والمعتوه، وكل ما يعيبه هو أنه مبذر، ويذفق ماله في غير مقتضى العقل والشرع، وكثيرا ما يكون السفية وارثا للثروة لم يتعب في جمعها، فيبذرها دون اكتراث.

ولقد ورد في هذا الشأن تعريف محكمة النقض المصرية ما تعلق بالسفيه وهو كما يلي: "السفه هو الضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس، وبأنها الصفة المميزة على خلاف مقتضى العقل، والشرع" وفي حكم سابق لهذه المحكمة عرفت السفه بما يلي: "أنه من العوارض التي لا تذل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإرادة وحسن التقدير" ومن المفيد، إشارة في هذا الصدد ما جاء به المرحوم الأستاذ / الدكتور / علي سليمان "في إطار التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، حيث عرض وجهة نظره في هذه المسألة قائلا: ( لقد سارت كل القوانين العربية على اعتبار السفية ناقص الأهلية، إذا أن السفية ليس خلا في العقل وإنما هو سوء في التقدير، ولذلك فإن قانون الأسرة / 84. 11 آنذاك ) خاطئ في إلحاق السفية بالمجنون، والمعتوه، واعتباره عديم الأهلية، وكان القانون المدني على حق في اعتباره ناقص الأهلية بموجب المادة 43 منه، والتي تقابل المواد 115 التقنين المصري 115 من التقنين الليبي، 116 سوري، والمادة 127 مدني أردني" وعليه ورغم التعديل الجديد ( القانون رقم 05 - 09 ) مازال المشرع في غموضه وعدم إظهار وسيان المسألة أعلاه.

ومنه أيضا فإن المشرع في رأينا لم يتناول في تشريعه طلاق السفية وذا الغفلة لاعتبار منه أنها أحكام مقترنة بالشريعة الإسلامية الغراء، وأن المادة 222 من نفس القانون تعتبر الإحالة الأصل، ولكونها من مفضلات أحكام ومبادئ الفقه الإسلامي طبقا لما ورد في صلبها ما يلي:

( كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ) .  
موقف القضاء : إن السفية بالمفهوم المشار إليه سلفا ، وبعد أن يتقدم أمام الجهة القضائية للحجر عليه ، فإن ذلك كله يقتصر على الجانب المالي في حياته ، فلا يملك بعدها أي تصرف مالي ولكنه كما قال جمهور الفقهاء : " يملك أن يزوج نفسه ، وبالتالي يملك حق طلاق زوجته ، فمتى أراد طلاقها ونطق به طلقت منه كان طلاقه نافذا وصحيحا ، لكون أن السفية كامل القوى العقلية .

وعليه فإنه في نظرنا ما تعلق بأن السفية يزوج نفسه ، ويملك حق الطلاق ففي هذا الكلام اعتراض ، إذ أن السفية الذي لا يملك التصرف في أمواله لعدم رشده ، وللدلالة على اضطراب عقله ، وضعف تدبيره ، فكيف نسمح له بطلاق زوجته ؟ وهل هذا أقل أهمية وأضعف أثارا من التصرف في القليل من أمواله ؟

وحتى من الناحية المالية ليس في الطلاق تبعات مالية من دفع صداق ونفقة العدة ، وقد يسبب له الطلاق ، الزواج ثانية فيكبدته أموالا أخرى ؟

وعليه فإننا نرى أن لا يحسن التصرف في أمواله ، جدير به ألا يحسن التصرف في بيته فيسيء إلى زوجته فيطلقها إنه من الثابت شرعا وقانونا أن من المصلحة أن يحجر على السفية في طلاقه ، كما يحجر عليه في أمواله .

أما ما تعلق بالوجه الثاني تحديدا : من حيث طلاق المريض مرض الموت يقصد بطلاق المريض مرض الموت : هو من غابت عليه حالت الهلاك وأصبحت حالت الموت والفناء متصلة به ، اتصالا قويا ، بحيث أصبحت عضلاته تفنى شيئا فشيئا ، وتستقبل نهايتها المحتومة بحيث وجد ظرف يغلب فيه احتمال الموت حالا على احتمال الحياة ومنه أيضا ما عرفته مجلة الأحكام العدلية بما يلي :

( هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إذا كان من الذكور ، ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره إذا كان من الإناث ، ويموت عن ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن وإن

امتد مرضه، ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ) .

كما عرّف أيضا : " المراد بمرض الموت من أعجز عن القيام بواجباته ويكون مرضه من الأمراض التي لا يرجى براءها " .

ومنه أيضا : ( بأنه هو الذي يغلب على صاحبه الهلاك، وتتصل به واقعة الموت لاعتباره حالة على العقد والاختيار ) .

ومنه أيضا : ( بأنه مرض يحدث منه الموت غالبا، وتكون تصرفات الشخص تخضع للموت المرتقب المرصود ) .

وعرفه القضاء المصري ما يلي : " أن طلاق المريض مرض الموت هو ممن كان ملازما للفرش طوال مدة مرضه، إذ ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله لمباشرة أي عمل من أعماله العادية " .

وعليه نجد المشرع قد سكت عن أحكام طلاق المريض مرض الموت وأوجب الرجوع فيها إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الأسرة والمرجعية الأصل لهذا النوع من الأحكام الشرعية .

أنّه من المفيد ملاحظة : إذا طلق المريض وهو في مرض الموت زوجته ومات، فإن كان طلاقا رجعيا فالزوجة في هذه الحالة ترثه لكونها مازالت في العدة فلا تزال زوجته، أمّا إذا كان الطلاق بائنا فالأصل أن لا ترث لأن الزوجة تبين وتكشف بالطلاق البائن فلا ميراث لها

ومنه أيضا : أن الفقه الإسلامي لاحظ أن من يطلق زوجته بدون رضاها، وهو مريض مرض الموت، إنما يقصد بذلك التهرب من الميراث لذلك أطلق عليه فقهاء بطلاق الفرار وهو بهذا يرد عليه قصده .

إن المشرع عندما سكت عن هذه المسألة في التشريع، وأحال فيها إلى مرجعية أحكام، ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، ليس معنى هذا أنه أغفلها، وأهملها، أو أسقطها، وإنما

كانت إحالته إلى الأصل في هذا النوع من الأحكام، وكما عودنا في تشريعه لمسائل حالة الأشخاص الطبيعية فإنه يقعدها، ويؤصلها بالمذهب السائد والجاري العمل به إلا وهو المذهب المالكي.

ومنه كان استقرار الاجتهاد القضائي، والذي في بعض الأحيان حين تقتضي ضرورة المسألة الوقوف على ضرورة المصلحة.

إن ما تعلق بمسألة أحكام المريض مرض الموت، فإنه يعتد بالمذهب المالكي والذي يجعل الإثم مردود على صاحبه فنظرا أن الزوج قصد حرمان امرأته من الميراث فهي ترثه إذا مات أثناء العدة.

وعليه فإن ما نستخلصه في هذه المسألة من حيث التصرف النتائج التالية :  
النتيجة الأولى : إذا تعسف الرجل في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته، اعتبر الشارع هذا فرارا من الميراث فرد عليه قصده بتوريثها منه، ويعتبر هذا التصرف من حيث طبيعته القانونية صورة من صور التعسف في الطلاق.

النتيجة الثانية : إن المشرع قد اكتفى بنص المادة 132 ( من قانون 05-09 ) .  
ما تعلق بالتوريث في حالة وفاة أحد الزوجين حيث ورد في صلب المادة المذكورة أعلاه ما يلي : ( إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث ) .

النتيجة الثالثة : إن المشرع قد أخضع طلاق الفرار كحالة أمام الجهة القضائية أي وجوب إصدار حكم به من المحكمة لأنه يعتبره صورة من صور التعسف .

## قائمة المراجع

- 1 - أ.د . أبو زهرة محمد / - الأحوال الشخصية ، دار الفكر القاهرة ط 57 .
- 2 - أ.د . بدران أبو العينين بدران / - الزواج والطلاق في الإسلام، دار النهضة لبنان ط 3. ح1
- 3 - ابن الجزي / الفقه على المذاهب الأربعة ج 4 .
- 4 - ابن الجزي / القوانين الفقهية ص 229 .
- 5 - الدرديري / الشرح الكبير 2 / 427 .
- 6 - أ.د . علي علي سليمان / ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري / ديوان المطبوعات الجامعية 1990 .
- 7 - مجلة الأحكام العدلية / المادة 1595 العدد 12 . س 2 .
- 8 - الخرشي علي خليل / كتاب الشرح ج 3 ، ص 155
- 9 - أ.د . محمد محي الدين عبد الحميد / الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط 1  
الناشر دار الكتاب العربي سنة 1984 .
- 10 - أ.د . كمال محمد الإمام / أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2000 . - القاهرة
- 11 - الإمام الشوكاني / فتح القدير 5/ 15 .
- 12 - أ.د . محمد صبحي نجم / محاضرات في قانون الأسرة . ط 2 . 1988 .
- 13 - أبو عمر يوسف عبد الله عمر القرطبي / الكافي في فقه أهل المدينة ج 2 ، ص 572 دار  
النفائس سنة 1968 .
- 14 - السيوطي / الأشباه والنظائر ح 3 ص 661 .
- 15 - أ.د . محمد زاهد الكوثري / بواهر الإشفاق في أحكام الطلاق . ط 1 حراء الطباعة  
السعودية 2006 .
- 16 - أ.د . بلحاج العربي / دراسات قانونية بعنوان ( طرق الطلاق في قانون الأسرة  
الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، العدد 03 من سنة 1990 .



- 17 - أ.د . فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني / دار النهضة العربية ، القاهرة ط 1977 .
- 18 - أ.د . عبد الرحمان الصابوني / مدى حرية الزوجية في الطلاق .
- 19 - أ.د . عبد الحميد عثمان محمد / المفيد في شرح القانون المدني ص 2 الناشر / دار النهضة العربية ط 1977 .
- 20 - مجموعة من قرارات محكمة النقض التالية :
- ( النقض المصرية رقم 201 ، ورقم 49 ورقم 368 - النقض السورية رقم 2001 ورقم 325 ورقم 186 ) .
- المحكمة العليا الجزائرية قرار رقم 181648 وقرار رقم 41560 وقرار غير منشور رقم 35891 .
- 21 - وثائق الدورة الثالثة لمجلس وزراء العدل العرب ( جامعة الدول العربية ) في إطار مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية رقم الوثائق التالية ( 175 ، 176 ، 177 ، 178 ، 179 ، 200 ) .