

أثر عوارض الأهلية على الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

*The impact of the symptoms of eligibility on divorce between Islamic jurisprudence and Algerian law*



بوطار رجاء<sup>1\*</sup>، شدادى محسن<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس (الجزائر)،

مخبر الحقوق والحريات في الانظمة المقارنة، جامعة بسكرة (الجزائر)

[r.boutar@univ-soukahrass.dz](mailto:r.boutar@univ-soukahrass.dz)

<sup>2</sup> جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق أهراس (الجزائر)،

مخبر القانون المقارن والدراسات الاجتماعية والاستشرافية، جامعة تبسة (الجزائر)

[m.chedadi@univ-soukahrass.dz](mailto:m.chedadi@univ-soukahrass.dz)

تاريخ الإرسال: 2023/03/10 تاريخ القبول: 2023/05/17 تاريخ النشر: 2023/06/01

\*\*\*\*\*

ملخص:

تسعى هذه الدراسة إلى إبراز كيفية معالجة الشريعة الإسلامية وفق نظامها المتكامل طلاق الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية والتي قسمت إلى عوارض أهلية سماوية و عوارض أهلية مكتسبة، بينما قسمها الفقه الحديث إلى عوارض معدمة للأهلية و عوارض منقصة للأهلية ، وكذلك تسليط الضوء على النقص التشريعي الواضح في التشريع الجزائري سواء في قانون الأسرة وإبراز النقائص والثغرات القانونية و الحلول المقترحة ، ولخصوصية مسألة أثر عوارض الأهلية على الحكم في الطلاق ، ظهرت عدة إشكاليات خصوصا على المستوى الموضوعي وكذلك الإجرائي مما استوجب الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري في مالم يرد فيه نص قانوني.

الكلمات المفتاحية:

عوارض الأهلية، الطلاق، الشريعة الإسلامية، القانون الجزائري.

**Abstract:**

This stud how the Islith the person who uted divoe modern jurisprudence divided it lack of civil and lack of capacity , as well as the lack of legislative deficiency in Algerian legislation, whether in family law ,and to know the legal gaps to the proposed solutions, and due to the specificity of the effect of the symptoms of eligibility on divorce, several problems arose at the substantive and

procedural level, which necessitated reference to Article 222 of the Algerian Family Code in the absence of a legal text.

**Key words:**

symptoms of eligibility, divorce, Islamic law, Algerian law.

مقدمة:

جعل الإسلام الطلاق أبغض الحلال إلى الله تعالى وعلاجًا نهائيًا، لا يقدم الزوج عليه إلا للضرورة رفعا للحرج ودفعًا للضرر، والأخذ بأقل الضررين، وذلك عن طريق حل الرابطة الزوجية، وقد اختار الإسلام نظام الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها صلح، حيث تصبح رابطة الزواج صورة من غير روح، لأن وجوب الاستمرار فيه ظلم لكلا الزوجين، بل قد يكون وسيلة لارتكاب ما حرم الله من أمور في سبيل التخلص من هذا الجحيم، وقد جاء في قوله تعالى "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"<sup>1</sup>.

وقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 40 من التقنين المدني على "أنّ كل شخص بلغ سنّ الرشد متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه، وسنّ الرشد تسعة عشرة سنة كاملة"<sup>2</sup>، أي أن مناط الأهلية قانونًا هو سن 19 سنة، غير أنه قد يطرأ عليها عارض أو مانع من موانع الأهلية سواء في بداية التصرف أو نهايته، ومن أهم المسائل التي قد تمسها هذه العوارض التي تهدم كيان أسرة بأكملها فتكون سببًا للطلاق وتشتت أسرة بأكملها. فمن خلال ما سبق ذكره نطرح الإشكال التالي: كيف عالج المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية مسألة طلاق الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية؟

وتكمن أهمية هذا الموضوع في النقاط التالية:

1. الوقوف على معرفة حقيقة أثر عوارض الأهلية على الحكم في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من خلال الدراسة المعمقة للموضوع.

2. معرفة موقف الشريعة الإسلامية، وكذلك المشرع الجزائري من طلاق الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية.

3. إبراز النقص التشريعي في الموضوع، واقتراح حل يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية.

4. الإثراء المعرفي الشرعي والقانوني من خلال الإحاطة بالموضوع، وكشف اللبس المتعلق به، وكذلك بيان

عدم جواز مخالفة مقصد الشارع من أجل تحقيق مقصد المكلف.

5. إظهار حرص الإسلام على ردّ الحقوق إلى أهلها بكل وسيلة ممكنة.

<sup>1</sup>سورة البقرة، الآية 229

القانون 58-75، المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27

2. فيفري 2005

ومن خلال دراسة موضوع أثر عوارض الأهلية على الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، اتبعنا المنهج التحليلي الاستقرائي، وذلك من خلال تحليل واستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري، وكذلك المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض الأحكام التشريعية المتعلقة بالموضوع بأحكام الشريعة الإسلامية.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة اتبعنا الخطة التالية:

1-المبحث الأول: مفهوم الأهلية وعوارضها.

2-المبحث الثاني: أثر عوارض الأهلية على الطلاق.

## المبحث الأول

### مفهوم الأهلية وعوارضها

وقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:

#### المطلب الأول: التعريف بالأهلية

تعد الأهلية شرطا ضروريا لمختلف التصرفات القانونية، ومن أهم هذه التصرفات الطلاق. وقبل الدخول في الموضوع وجب تعريفها من الناحية اللغوية وكذلك من الناحية الاصطلاحية:

#### الفرع الأول: تعريف الأهلية:

أولا: لغة :

يقال أهل الرجل وأهل الدار والجمع أهلون وأهالٌ وأهلات وأهلات، وأهل الإسلام: من يدين به، وأهل الأمر هم ولأئته، وأهل البيت مكانه، ويقال بأن فلان به أهلية أي صلاحية للأمر<sup>1</sup>  
ثانيا: اصطلاحا :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الأهلية وترك الأمر لرجال الفقه، فعرّفها مثلا الأستاذ الدكتور محمد صبري السعدي بأنها: "صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك"<sup>2</sup>، ونجد أن المشرع الجزائري منح حماية خاصة لعديبي الأهلية وناقصها، محددًا بذلك سن الرشد المدني، وهو ما نصت عليه المادة 40 من ق م ج " كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه"، وكذا نص المادة 78 من ق م ج " كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدًا بحكم القانون"<sup>3</sup>

الفرع الثاني: أنواع الأهلية: قسم الفقهاء الأهلية إلى نوعين هما:

أولا: أهلية الوجوب:

<sup>1</sup> أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 2، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968، ص28

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والارادة المنفردة، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 152

<sup>3</sup> القانونون 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

يعرفها الدكتور مصطفى الزرقا بأنها "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"، أي أن يكون الشخص صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له، ولصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه<sup>1</sup>، ومناطق أهلية الوجوب في نظر الشرع الإسلامي هي الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، فكل إنسان في أي طور كان وأي صفة كان، سواء جنينا أو مجنوناً، يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب<sup>2</sup>، ولأهلية الوجوب عنصران:

(أ)- عنصر إيجابي:

وهو ما يؤهل الشخص لأن يلزم غيره بأداء واجبات له، كالجنين في رحم أمه، فهو يثبت له حقوق، كالنسب ولا يثبت عليه شيء<sup>3</sup>

(ب)- عنصر سلبي:

وهو الذي يؤهل الشخص لأن يلتزم بأداء واجبات عليه لغيره، فهو يوجب عليه ما يثبت لغيره من حقوق<sup>4</sup>. كما تنقسم إلى قسمان:

- (1)- أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط، كالجنين في بطن أمه قبل الولادة<sup>5</sup>
  - (2)- أهلية الوجوب الكاملة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات، وتثبت للشخص منذ ولادته حياً دون أن تفارقه في جميع أطوار حياته، ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية<sup>6</sup>
- ثانياً: أهلية الأداء:

عرفها السنهوري بأنها: "صلاحية الشخص لاستعمال الحق"<sup>7</sup>، ومناطق أهلية الأداء هو العقل والتمييز، أي أن مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بمدى قدرته على التمييز، ووزن التصرفات وتبين ما تنطوي عليه من نفع وضرر، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004، ص 783

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 785

<sup>3</sup> خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي، دار بغدادى، الجزائر، 2009، ص 20

<sup>4</sup> المرجع نفسه

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 118

<sup>6</sup> المرجع نفسه

<sup>7</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 268

<sup>8</sup> محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 209

## المطلب الثاني: التعريف بعوارض الأهلية

تطرق الفقه الإسلامي إلى تعريف العوارض كل حسب مذهبه، غير أني سأبين معنى عوارض الأهلية وأقسامها من خلال هذا المطلب:

### الفرع الأول: تعريف عوارض الأهلية

سأتطرق إلى التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي وفق ما يلي :

#### أولاً: التعريف اللغوي:

العوارض جمع عارض أو عارضة، أي أمر عارض أو آفة أو خصلة عارضة من قولهم عرض له كذا إذا ظهر له أمر يصده أو يمنعه عن المضي على ما كان فيه، فالعارض خلاف الأصلي والجوهري والثابت<sup>1</sup>  
ثانياً: تعريف عوارض الأهلية في الاصطلاح :

هي خصال أو آفات لها تأثير في الأحكام المتعلقة بأهلية الوجوب أو الأداء بالتغيير والاعدام<sup>2</sup>

#### الفرع الثاني: أقسام العوارض:

وعلى خلاف الفقه الإسلامي الذي اعتمد تقسيم عوارض الأهلية السماوية وأخرى مكتسبة، فإن فقهاء القانون الوضعي قسموها بالنظر إلى الأثر المترتب على كل عارض، ولم يتوسعوا فيها واقتصروا على أربعة عوارض، عارضان معدمان للأهلية ويصيبا الشخص في عقله وهما الجنون والعتة، وعارضان منقصان للأهلية ويصيبان الشخص في تدبيره وهما السفه والغفلة<sup>3</sup>.

#### أولاً: العوارض المعدمة للأهلية :

ويمكن تعريفها أنها تلك العوارض التي تصيب الشخص في عقله، ويرى الفقه أنها تتمثل في الجنون والعتة<sup>4</sup>.

#### ثانياً: العوارض المنقصة للأهلية

وهي تلك العوارض التي تصيب الشخص في تدبيره، نميز بين السفه والغفلة كعارضين منقصين للأهلية الأداء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، 1983 ، ص 424

<sup>2</sup> سعد الدين التفتازاني الشافعي ، وشرح التلويح ، تنقيح الاصول للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت 747هـ) طبع دار العهد الجديد 1957 ، 167/2

<sup>3</sup> محمد بشير ، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الج زائري - دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون المجلد الخامس، العدد 20 /أكتوبر 2018 ، ص 76

<sup>4</sup> أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004، ص 184

<sup>5</sup> المرجع نفسه، 184

## المبحث الثاني

### أثر عوارض الأهلية على الطلاق

سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين :

#### المطلب الأول: التعريف بالطلاق

أخذ المشرع الجزائري بالطلاق اقتداء بالشريعة الإسلامية ابتداء في قانون الأسرة الجزائري، وجعل من بين طرق حل الرابطة الزوجية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة أو بالتراضي.

#### الفرع الأول: تعريف الطلاق

سأتطرق من خلال هذا الفرع إلى تعريف الطلاق لغة ثم اصطلاحاً كالتالي:

#### أولاً: . الطلاق لغة

مأخوذ من طلق الرجل زوجته تطليقا، ويقال طلقها بالضم طلاقا في طالق ومطلقة وأطلقت الأسير – أي خليفته – وحبس فلان في السجن طلقا أي بغير قيد<sup>1</sup>، هو أيضا حل القيد والإطلاق ومنه طالق، أي مرسله بلا قيد، وطلقت المرأة من زوجها طلاقا، أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته، والطلاق أيضا الترك أو المفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها وفارقها وطلقت القوم أي فارقهم<sup>2</sup>.

#### ثانياً: الطلاق اصطلاحاً

يعرف عند الحنفية أنه رفع قيد النكاح الصحيح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه، فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل يكون بالطلاق الرجعي. واللفظ المخصوص هو الصريح كاللفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها<sup>3</sup>، وعرفه المالكية بأنه " صفة حكمية ترفع تحليل متعة الزوج بزوجه بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره"<sup>4</sup>، وعرفه الحنابلة بأنه "حل قيد النكاح وقالوا أيضا في تعريف الطلاق شرعا حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طلقة رجعية"<sup>5</sup>

أما الطلاق قانونا فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالقانون 84-11 قبل التعديل بقوله «الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون»، غير أن التعديل الصادر في 27/02/2005 نص « مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب

<sup>1</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، 1952

<sup>2</sup> ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء 8 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1999 ، ص 188

<sup>3</sup> فخر الدين عثمان بن علي البراعي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق في شرح الدقائق ، ج 2 ، دار الكتاب الإسلامي ، مصر ، ص 188

<sup>4</sup> محمد محمد سعد ، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث ، دار الندوة ، 2001 ، ص 81

<sup>5</sup> منصور بن يونس بن إدريس الهوني ، كشف القناع في متن الاقناع ، ج 4 ، عالم الكتب ، بيروت ، 1997 ، ص 205

من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون»، فالمادة هنا لم تعط تعريفاً للطلاق، إنما عددت صور انحلال الرابطة الزوجية أو الطلاق ولم تتطرق حقيقة إلى تعريفه<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: حكم الطلاق المشوب بعارض من عوارض الأهلية

من بين الشروط الواجب توافرها في المطلق لكي يقع طلاقه صحيحاً، أن يكون المطلق كامل الأهلية، أي ألا تكون مشوبة بأي عارض من عوارض الأهلية، ونفس الأمر بالنسبة للمطلقة كي يقع عليها الطلاق.

### الفرع الأول: حكم طلاق المجنون والمعتوه

يشترط في الزوج حتى يقع طلاقه صحيحاً والبلوغ والعقل، وعليه فغياب العقل ينفي التكليف عن المكلف ولا يعتد به شرعاً، ولا يصح طلاق المجنون، وذلك انطلاقاً من قوله - صلى الله عليه وسلم: " إِنَّ الْقَلَمَ رَفَعُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَدْرُكَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ"<sup>2</sup>، غير أنه لم يتم التفريق بين الجنون الدائم والجنون المتقطع في القانون الجزائري، رغم أن الفقه الإسلامي فرق بينهما، حيث اعتبر أن طلاق المجنون في حالة الجنون الدائم لا يقع، لأنه في حكم المعدم طبقاً للقاعدة الفقهية "المعدم شرعاً كالمعدم حساً"، أما في حالة الجنون المتقطع فيرى الفقه أنه إذا طلق زوجته في نوبة الجنون وقع الطلاق، أما إذا طلق زوجته في حالة الصحة فيقع طلاقه لأن إرادته قائمة<sup>3</sup>.

ونفس الحكم للشخص المغى عليه والمدهوش أيضاً، يمكن تعريفه أنه ذلك الشخص الذي اعترته حالة من حالات الانفعال لدرجة جعله لا يدري فيما ماذا يقول أو يفعل، فيصل به الانفعال إلى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب، وقد اتفق الفقهاء على أن طلاق المدهوش لا يقع لاختلاط جده بهزله، وعدم إدراكه لما يقول، أو ما يدور حوله لقوله صلى الله عليه وسلم " لا طلاق في إغلاق"<sup>4</sup>. أما العته، فقد عرفه الأصوليون بأنه آفة توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبهه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين<sup>5</sup>، وقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله

<sup>1</sup> القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، الصادرة سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر

02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ: 2005/06/27

<sup>2</sup> أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، (باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران)، دار المعرفة، بيروت، 46/8

<sup>3</sup> الإمام المقري، قواعد الفقه، تحقيق محمد الدر دابي، دار الأمان، المغرب، 2012، ص 129-130

<sup>4</sup> الدار قطني علي بن عمر، سنن الدار قطني، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، دار ابن حزم، بيروت، 2011، ص 488

<sup>5</sup> محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، للطباعة والنشر والتصدير، القاهرة، مصر، ص 123

عليه وسلم قال " كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله"، فيفهم من الحديث أن حكم طلاق المعتوه هو نفس حكم طلاق المجنون<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حكم طلاق السكران والسفيه

عرف الإمام الشافعي السكران أنه الشخص الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم فتكون هناك ازالة للعقل، حيث يجهل الشخص الأوصاف فلا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض<sup>2</sup>، والسكران الذي وصل الى درجة الهذيان وخلط الكلام ولا يع بعد افاقته ما صدر منه حال سكره، وهو يكون إما بطريق محرم كشربه الخمر أو مخدر أو بطريق غير محرم كالمكره أو بحجة العمليات الجراحية<sup>3</sup>. وقد قسم الفقه السكر إلى أربعة صور، الأولى أن يكون قد تناول المواد المحرمة اختيارا لا اضطرارا والحكم هنا بوقوع الطلاق عند الجمهور<sup>4</sup>، والثانية أن يتناول الزوج المواد المحرمة اضطرارا لا اختيارا والحكم هنا بعدم وقوع الطلاق عند الجمهور، وذلك طبقا للقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات"<sup>5</sup>، أما الثالثة أن يكون قد تناول المواد المباحة اختيارا لا اضطرارا والحكم هنا بوقوع الطلاق عند الجمهور<sup>6</sup>، والأخيرة أن يكون قد تناول المواد المباحة اضطرارا لا اختيارا والحكم هنا بعدم وقوع الطلاق عند الجمهور<sup>7</sup>.

أما السفيه، فهو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم، ويعرف أيضا أنه جهل يعتري الإنسان فيحمله على التصرف في المال بغير موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة<sup>8</sup>، وفي هذا حصر السفه في المال، وبالتالي يقع طلاق المحجور عليه إذا كان بالغًا باتفاق المذاهب، ولو بغير إذن وليه، لأن موضع الحَجْر هو التصرفات المالية، والسفه لا يمنع أي حكم شرعي في حق المكلف وبالتالي فهو ليس شرطًا لوقوع الطلاق<sup>9</sup>.

### الفرع الثالث: حكم طلاق المكره والمريض مرض الموت

<sup>1</sup> الترميذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996، ص 481

<sup>2</sup> زيد مرزوق الوصيص، أحكام السكران في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 37، ص 676

<sup>3</sup> ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق - في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 220

<sup>4</sup> الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 213

<sup>5</sup> أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مراجعة عبد الستار أبو غدة، دار القلم، سوريا، 1989، ص 185

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997، ص 345-346

<sup>7</sup> المرجع نفسه

<sup>8</sup> عبد العزيز أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 369/4

<sup>9</sup> ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق

الإكراه هو حمل إنسان على عمل أو ترك بغير رضاه ولو ترك بدون إكراه لما قام به، حيث أن هذا التصرف ينفي الرضا ويفسد الاختيار، وقد وضع الفقه الإسلامي للإكراه عدة شروط حتى يؤخذ به، ومن بينها أن يكون المكره قادرًا على تنفيذ ما هدد به وأن يكون الإكراه بغير حق من ذا سطوة وبطش، والثاني أن يخاف المكره لدرجة يغلب عليه الوعيد إن لم يجب طلبه، بشرط إيقاع ما هدد به عاجلا وليس آجلا، والثالث أن يكون مما سيلحق به ضررا بالغًا كأن يكون ما هدد به قتلا أو إتلاف عضو، والرابع أن يكون المكره ممتنعا عن القيام بالفعل لولا الإكراه لما قام به<sup>1</sup>.

وقد اختلف الفقه في وقوع طلاق المكره في مذهبين، الأول مذهب أبي حنيفة وصاحبيه، حيث اعتبر أن الإكراه لا يعد إغلاق وأن طلاق المكره واقع، ودليلهم قوله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"<sup>2</sup>، أما المذهب الثاني فهو مذهب الجمهور من الفقهاء يعتبر طلاق المكره لغوا ولا يقع لانتفاء القصد، لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>3</sup>. ومن خلال ما سبق يمكن القول أنه باعتبار أن الأصل في الطلاق الحظر، وباعتباره وسيلة يتم اللجوء إليها عند الحاجة واستحالة مواصلة الحياة الزوجية، فإن المكره لا حاجة له بالطلاق بل كان اختيارا من حيث ارتكاب أخف الضررين، وبالتالي فهو غير واقع.

أما طلاق المريض مرض الموت والذي يعرف عند الفقهاء بطلاق الفار، فقد عرفت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت بأنه "طلاق الزوج زوجته بائنا في حال مرض موته ليحرمها من الميراث"<sup>4</sup> غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريفه، عكس القضاء الجزائري، حيث قام بتعريف مرض الموت في أحد قراراته على ما يلي: "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف وهو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ومن ثم فإن ما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"<sup>5</sup>.

وقد ذهب الفقه الإسلامي في طلاق المريض مرض الموت في أربعة مذاهب الأول وهم أبو حنيفة وسفيان والليث والأوزاعي يرى بأنها ترثه بشرط أن يطلقها ويموت بسبب مرض الموت وهي لاتزال في العدة لأن الميراث يكون

<sup>1</sup>علاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري، المرجع السابق، 382/4

<sup>2</sup>سورة البقرة، الآية 228

<sup>3</sup>الفزويبي أبي عبد الله بن محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص 659

<sup>4</sup>وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 32، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1989، ص 75،

<sup>5</sup>غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، قرار رقم 59240، الصادر بتاريخ: 05/03/1990، المجلة القضائية، عدد 03، 1992، ص 57،

في الأصل للزوجة أو لمن في حكمها من المعتدة، أما إذا كان الطلاق برضا الزوجة فهي لا ترث حسب رأيهم<sup>1</sup>، أما الثاني وهو مذهب الشافعي فيرى أن طلاق المريض مرض الموت لا ميراث للزوجة فيه لانقطاع سببه وهو الزوجية ولأنها بانته منه قبل الموت<sup>2</sup>، أما الثالث فهو قول الحنابلة الذين يورثون مطلقة المريض مرض الموت ما لم تتزوج، انطلاقاً من قاعدة سد الذرائع على أساس النية المتضمنة حرمان الزوجة من الميراث جلباً للمصلحة ودرءاً للمفسدة، أي أنها حسب هذا المذهب ترث في العدة وبعدها ما لم تتزوج، وهناك من أضاف شرطاً ثالثاً وهو أن لا تمر أكثر من سنة على الوفاة<sup>3</sup>، أما الرابع وهو المذهب المالكي فيروا أن الأصل في الطلاق أنه يقع، لكن بالنسبة لطلاق المريض مرض الموت فإنه يعامل نقيض قصده، وقد استدل بذلك الإمام مالك انطلاقاً من قاعدة سد الذرائع بقوله: "لما كان المريض يتهم في أن يكون طلق زوجته في مرضه ليقطع حقها من ميراثه فعملاً بسد الذرائع وجب لها الميراث وإن انقضت عدتها أو تزوجت أزواجاً"<sup>4</sup>

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالقانون المعدل والمتمم بالأمر 02-05 نصت على أنه "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"<sup>5</sup>

وبالتالي فبمفهوم المخالفة من خلال استقراء نص المادة القانونية أن العبرة في الميراث بين الزوجين أثناء الطلاق هو الحكم القضائي أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، وهذا معناه أنه حتى ولو تلفظ الزوج بالطلاق وهو مريض مرض الموت ولم يصدر حكم الطلاق فإنها ترثه، أما إذا صدر الحكم بالطلاق حتى ولو كان صدوره أثناء مرض الموت فإنها لا ترثه.

#### المطلب الثالث: موقف القانون الجزائري من عوارض الطلاق

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بعوارض الطلاق مما يستوجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، ورغم سكوته إلا أنه نص في المادة 85 ق أ "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"<sup>6</sup>، والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه.

وقد وضع المشرع الجزائري السفيه في خانة المجنون والمعتوه، رغم أنه يعتبر ناقص الأهلية وليس عديمها، وهذا ما أكدته المادة 43 القانون المدني: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن

<sup>1</sup>الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 496

<sup>2</sup>الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان 1995، ص 408

<sup>3</sup>ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 194

<sup>4</sup>سحنون، المدونة الكبرى، ج 6، دار الفكر، لبنان، 1987، ص 34

<sup>5</sup>القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق

<sup>6</sup>المرجع نفسه

الرشد، وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"<sup>1</sup>، كما أن المشرع لم يتطرق لحالة طلاق عديم الأهلية واكتفى بالتصرفات المالية، غير أنه بالنسبة للقاصر وحسب المادة 437 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"<sup>2</sup>.

وهنا يظهر التناقض والتعارض والغموض في نصوص قانون الأسرة وأحكام قانون الاجراءات المدنية، مما يطرح عدة إشكالات في طلاق القاصر حول إمكانية حضور ولي الزوجة جلسة الصلح التي لا تتم قانونا إلا بين الزوجين؟ وهل للقاضي سماع الزوجة دون حضور ولها؟، وبالتالي على المشرع أن يفصل في الأمر من خلال توحيد النصوص القانونية<sup>3</sup>

كما يتكفل قاضي قسم شؤون الاسرة حماية مصالح القاصر، وهذا ما تضمنته المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تنص على ما يلي: "يتكفل قاضي شؤون الاسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"<sup>4</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وضع قاعدة شكلية عامة تتضمن كامل الأهلية وناقصها، وهذا ما ورد في المادة 49، حيث نص أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون ان تتجاوز مدتها (03) أشهر..."<sup>5</sup>

كما أنه حسب رأيي يمكن القول أن "أهلية التقاضي" في حالة الطلاق بالنسبة للشخص الذي يعتره عارض من عوارض الأهلية تثير إشكالات موضوعية واجرائية وتناقضا بحق كلا من القاضي والمتقاضي باعتبار أن المشرع لم يتطرق إليها سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، واكتفى بذكر القاصر مما يفتح الباب أمام الكثير من التساؤلات أمام الفراغ التشريعي والتناقض القانوني الواضح.

خاتمة:

في نهاية هذا المقال ومن خلال دراسة موضوع أثر عوارض الأهلية على الحكم في الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري توصلت إلى عدة نتائج وبعض التوصيات كالتالي:

أولا: النتائج

1- لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الأهلية لأن التعاريف من مهمة الفقه.

<sup>1</sup> القانون 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق

<sup>2</sup> القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتضمن قانون بالاجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادر بتاريخ 22 أفريل 2008

<sup>3</sup> بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداد، الجزائر، 2009، ص 329

<sup>4</sup> القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتضمن قانون بالاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق

<sup>5</sup> القانون رقم 84/11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق

- 2- تعتبر عوارض الأهلية من المسائل التي تطرأ على الطلاق والتي عالجهما الفقه، غير أنها وبسبب عدم التنصيص عليها بنصوص قانونية وإجرائية أصبحت تستوجب المعالجة وفق ضوابط واضحة وصريحة.
- 3- قسم الفقه الإسلامي عوارض الأهلية إلى عوارض الأهلية السماوية و عوارض الأهلية مكتسبة، أما الفقه الحديث فقسّمها إلى عارضان معدمان للأهلية ويصيبا الشخص في عقله وهما الجنون والعتة،، وعارضان منقضان للأهلية ويصيبان الشخص في تدبيره وهما السفه والغفلة.
- 4- فرق الفقه الإسلامي بين طلاق المجنون و طلاق المغنى عليه والمدهوش وطلاق الغضبان والمعتوه و طلاق المكره السكران، وكذلك طلاق الهازل والسفيه والمريض مرض الموت وضبطها وفق أحكام شرعية.
- 5- المشرع الجزائري ربط الطلاق بالحكم القضائي، غير أنه بالنسبة لعوارض الطلاق يمكن الرجوع في هذه الحالة للمادة 222 في مالم يرد فيه نص قانوني.

#### ثانيا: التوصيات

- 1- إعداد قضاة متخصصين وخبراء يتكونون من أطباء محلفين أمام العدالة لهم دراية وخبرة كافية بعوارض الأهلية، وذلك تطبيقا لقاعدة سد الذرائع وغلغق الباب أمام المتحايلون خصوصا أن الطلاق من أخطر التصرفات التي تهدم أسرة بكاملها.
- 2- وضع أحكام قانونية موضوعية وإجرائية تتعلق بطلاق الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية وفق تأصيل فقهي وتشريع قانوني بغرض سد الفراغ القانوني الواضح.
- 3- نشر التوعية بين أفراد المجتمع لاسيما الأزواج بكيفية التعامل في هذا النوع في إيقاع الطلاق وإيضاح ما له من آثار شرعية، وكذا خطورة التلاعب بأبغض الحلال عند الله تعالى.
- 4- بتوحيد الأحكام الخاصة بطلاق الطلاق الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية وتدارك النقائص الواردة في القانون المدني وقانون الأسرة تعديلا وإضافة وحذفا لأجل تحقيق الحماية اللازمة.

#### قائمة المصادر والمراجع

##### أولا- القرآن الكريم

##### ثانيا- السنة النبوية

##### ثالثا- المعاجم:

- 1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثالثة، بيروت، 1952.
- 2) أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 2، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968.
- 3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 32، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1989.
- 4) ابن منظور، لسان العرب، الجزء 8، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1999.

رابعاً: الكتب :

- 1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
- 2) سعد الدين التفتازاني الشافعي، وشرح التلويح، تنقيح الاصول للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (ت 747هـ)، طبع دار العهد الجديد، 1957.
- 3) محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983.
- 4) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج 4، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 5) الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
- 6) احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مراجعة عبد الستار أبو غدة، دار القلم، سوريا، 1989.
- 7) الترمذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996.
- 8) منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشاف القناع في متن الاقناع، ج 4، عالم الكتب، بيروت، 1997.
- 9) ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997.
- 10) محمد كمال إمام الدين، الطلاق عند المسلمين: دراسة فقهية وقانونية (أحكام الطلاق، حقوق الأولاد، نفقة الأقارب)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- 11) البهوتي ، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة ناشرون الرسالة ، لبنان ، 2000.
- 12) محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، 2001.
- 13) الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 14) أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004.
- 15) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 2، دار القلم، دمشق، 2004.
- 16) خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الاسلامي مع الاشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي، دار بغدادي، الجزائر، 2009.
- 17) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

- 18) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج 2 ، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 19) الدار قطني علي بن عمر، سنن الدار قطني، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى، دار ابن حزم، بيروت، 2011.
- 20) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والارادة المنفردة، د. ط، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 21) الإمام المقري ، قواعد الفقه، تحقيق محمد الدر دابي ، دار الأمان، المغرب ، 2012.
- 22) ابن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق – في الفقه الإسلامي قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007.
- 23) فخر الدين عثمان بن علي البراعي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق في شرح الدقائق ، ج 2، دار الكتاب الإسلامي ، مصر.
- 24) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، (باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران)، دار المعرفة، بيروت.
- 25) محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، للطباعة والنشر والتصدير، القاهرة، مصر.
- 26) أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة للحافظ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- 27) عبد العزيز أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب الإسلامي.

#### خامسا: القوانين:

- 1) القانون 75-58 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
- 2) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، الصادرة سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر، العدد 15، الصادر بتاريخ: 2005/06/27.
- 3) القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتضمن قانون بالإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 ، الصادر بتاريخ 22 أفريل 2008.

#### سادسا-المجلات والنشرات القانونية:

## أثر عوارض الأهلية على الطلاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- (1) محمد بشير، عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون المجلد الخامس، العدد 20/أكتوبر 2018.
- (2) زيد مرزوق الوصيص، أحكام السكران في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 37.
- (3) غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، قرار رقم 59240، الصادر بتاريخ : 05/03/1990، المجلة القضائية، عدد 03، 1992.