عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

د. عبد الفتاح تقية

أستاذ محاضر كلية الحقوق

جامعة الجزائر

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

ـ السبب الأول : إدراكا منا أن 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 .

ـ السبب الثاني : كون أن الطلاق من حق الزوج ،فإرادته 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 وضح ذلك قانون الأسرة في المادة 48 (قانون رقم 05ـ09) 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 .

ـ 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 التقعيد والتأصيل لمسألة التصرف في الطلاق وتبيان وإظهار مدى أهمية مكانته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري .

أ ـ من حيث العوارض :

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

أنّهُ لما كان السفيه 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 السفيه 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 أشارة 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 لسلامة 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[1]

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 العوارض 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 إلاّ 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 كالإكثار 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 ،إلاّ أن الإسراف حرام ،كالإسراف في المأكل والملبس والمشرب ،وبتعبير آخر كما وضحه ابن كثير بقوله : (ولا ترف في الإنفاق فتعطي وفق طاقتك ،وتخرج أكثر من دخلك فتقعد ملوما محسورا) [2] .

واستدلالا بقوله تعالى : (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) [3] .

وقوله تعالى : (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) [4] .

وبقوله تعالى : (وإنّ المبذرين كانوا إخوان الشياطين ،وكان الشيطان لربه كفورا) [5]

وقوله عز وجل : (يا بني ادم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنهُ لا يحب المسرفين [6] ،وسواء كان التبذير فيما هو شر محض،كدفع الأموال إلى الراقصات أو المغنيات وغيرها من التصرفات بثمن مرتفع جدا بحيث يكون الغبن فيه فاحشا [7] .

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 السفيه ،وعدم تضيعها ،والإسراف عام سواء كان في الخير أو الشر إذ أنه يؤدي إلى الضياع المنهى عنه .

2 ـ تفسير ابن كثير : المجلد الخامس : ص67

3 ـ سورة الإسراء الآية 29 .

4 ـ سورة الفرقان الآية 67 .

5 ـ سورة الإسراء 27 .

6 ـ سورة الأعراف 31 .

7 ـ شرح نور الأنوار على المنار حـ 2 ص 301 .

* في تسليم المال للسفيه :

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

فإذا بلغ سفيها ،فالاتفاق إلاّ تسلم 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 المعني 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 كالأتي :

أولا : قول الإمام أبي حنيفة :

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

8- سورة النساء الآية 5

الشرط الأول : أن يبلغ المكلف سفيها .

الشرط الثاني : ألاّ يكون سن السفيه قد تجاوزت25 من عمره .

فإذا تجاوز السفيه سن 25 وكان محجورا عليه ،يرفع هذا الحجر عنده وتحديد هذه السن عند أبي حنفية راجع لكون الشخص يمكن أن يكون فيه جدا .

وبلوغ الإنسان هذه السن المحددة [9] مظنة تحقق الرشد عنده وإن بلغ سفيها وقد استدل الإمام أبي حنيفة على رأيه هذا بعدة أدلة وهي :

أ ـ استدل بقوله تعالى : " **فإذا أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** "

وجه الإستدلال 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 ـ إن اتصل السفه بالبلوغ فما هو إلا أثر الصبا كبقاء عينه فيما يتعلق بمنع المال لذلك يجب أن يؤتى السفيه 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 [10]

جـ ـ إنه يرى أنّ منع المال عن السفيه ما هو إلا عملية تأديب له، والاشتغال بالتأديب بعد بلوغه هذه السن ليس مجديا ،إذ الطباع تكون قد تأصلت في النفوس ،ولا يمكن إجتذاذها منها بهذه الأدلة استدل الإمام أبوا حنيفة على عدم الحجر على السفيه 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 سفيه، يجب أن يحجر عليه في تصرفاته المالية أيّا كانت سنّهُ 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 ـ التقرير والتحبير : جـ2 ، ص 201 .

10 ـ نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي ص 256 .

واستدلوا بقولهم هذا بعدة أدلة هي :

أ ـ استدلوا بقوله عز وجل : " فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " .

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 [11] وهذه المعاني لا تتحقق مع السفه .

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

1 ـ يروى عن الإمام الشعبي رضي الله عنه أنه قال في تفسيره للآية الكريمة المتقدمة الذكر (بأنه لا يدفع إلى اليتيم ماله ،وإن شمط [12] ما لم يؤنس رشده .

2ـ يروى عن الضحاك رضي الله عنه أنه قال لا يعطي اليتيم ماله وإن بلغ 100 سنة ،حتى يعلم منه إصلاح ماله [13] .

3ـ وقال الإمام ابن قدامة رضي الله عنه (لا يدفع إلى السفيه ماله قبل وجد البلوغ، والرشد ولو صار شيخا) [14] .

وعليه فمن خلال أدلتهم، نرى أن رأيهم هو الرجح ،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 انتفت العلة انتفى الحكم .

11 ـ تفسير روح المعاني للألوسي حـ 4 ، ص 407 .

12 ـ شمط : بفتح السين وكسر الميم معناها خالط الشيب سواد شعره .

13 ـ الجامع لأحكام القران : حـ 5 ، ص 37 .

14 ـ مباحث الحكم عند الأصوليين حـ 1 ، ص 303 .

فتطبيق هذه القاعدة على السفيه ،يكون الحكم في حق السفيه أن الحجر قائم في حقه، ما دام سفيها ،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 الصددأن هناك حالة أخرى جديرة بالذكر في هذا المقام ،إلاّ وهي : إذا بلغ الإنسان عاقلا، 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 ـ استدلوا من القرآن الكريم بطائفة من الآيات وهي :

أ ـ قوله تعالى : " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها وأكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا " [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 نفادها بالإنفاق على أصحابها وهذا مخالف لمضمون الآية: " وارزقوهم فيها واكسوهم " لأنه لو لم يجب الاتجار ،والإنفاق من ربحه لقال تعالى : "وارزقوهم منها "أي من ذات المال [16] .

15 ـ سورة النساء الآية 05.

16 ـ مباحث الحكم عند الأصوليين حـ 1 ، ص 304 .

ب ـ استدلوا بقوله عز وجل : " فإن كان الذي عليه الحق سفيها،أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل "[17] .

وجه الاستدلال : هو أن السفيه هنا هو الكبير البالغ لمقابلته بالضعيف، الذي هو الصغير كما تفيد الآية أيضا أن السفيه ،لا يستطيع أن يباشر بنفسه صيغة عقد المداينة بل يباشره الولي نيابة عنه وهذا يستلزم أن يكون محجورا عليه[18] .

جـ ـ استدلوا 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 "[19] . واستدلوا 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 صونا لماله ، وحفاظا عليه من الضياع، والتبذير .

ء ـ استدلوا بالقياس والمصلحة العامة للمسلمين .

لقد استدلوا على رأيهم بالقياس على منح المال، فإنه إنما منح عنه ليبقى ملكه ،ولا يزول بالإتلاف ،فلا بد من منع نفاذ التصرفات ،وإلاّ لأبطل ملكه بإتلافه بالتصرفات ولم يكن للمولى في الحفظ إلا الكلفة والمؤنة [20]

واستدلوا أيضا 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 ـ سورة البقرة الآية 282 .

18 ـ عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ص 145 .

19 ـ صحيح البخاري شرح العيني حـ 21 ، ص 294 .

20 ـ شرح التلويح على التوضيح حـ 2 ، ص 500 .

* زواج السفيه وطلاقه :

إن الاتفاق قائم بين الحنفية والمالكية على صحة تولي السفيه زواج نفسه بنفسه، وذلك لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود بكل أنواعها ،ومنها عقد النكاح ،أما بالنسبة للحنابلة ،فينظروا إلى حاجة السفيه 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 [21] .

أما قول الشافعية في هذه المسألة فهو أنه لا يصح زواج السفيه عندهم إلا بإذن وليه، وذلك بالنظر لترتب التبعات المالية على هذا الزواج ،وكل تصرف مالي لا يصح عندهم من السفيه كما في البيع والشراء ،إلا أنه توجد رواية في مذهبهم تتضمن أنه ،إذا طلب السفيه الزواج وامتنع وليه جاز له أن يزوج نفسه ويصح العقد بعبارته ،وذلك لامتناع الولي عن تزويجه [22]

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

أما طلاق السفيه : 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 السفيه [23] لأن هذا التصرف مخالف لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم : " الطلاق لمن أخذ بالساق " .

21 ـ المغنى لابن قدامة حـ 6 ، ص 500 .

22 ـ عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون .

23 ـ مباحث الحكم عند الأصوليين حـ 1 ، ص 311 .

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

* خلع السفيه :

إذا أراد الزوج السفيه ،أو الزوجة السفيهة أن يتخالعا فإن خلعهما صحيح لأن عبارتهما معتبرة شرعا ،إلاّ أنه لا يجوز لأي منهما أن يقبض البدل المالي للخلع ،لأنه عوض فإذا كانت الزوجة سفيهة واختلعت من زوجها وقع الطلاق ولم يجب المال ،لأن بدل الخلع تبرع والسفيهة ليست من أهل التبرع ،أما وقوع الطلاق فيرجع إلى أن الخلع يتم باتحاد القبول مع الإيجاب ولا يتوقف على وجوب البدل [24] .

أما إذا كان السفيه هو الزوج فالطلاق واقع منه إلاّ أنّ المخالعة لا يجوز لها أن تدفع بدل الخلع للزوج ،إنما يلزمها دفعه لمن له الولاية على السفيه ،وإذا حصل أن دفعته للزوج فهي ضامنة له ،إن أتلفه الزوج أو أتلف المال بيده ،لأمر خارج عن إرادته لا تبرأ ذمتها بدفعها بدل المال إليه [25] .

موقف التشريع من العوارض : إن طلاق السفيه في قانون الأسرة بموجب المادة 85 منه يقع لكون تصرفاته غير نافذة ،طالما أنّه عديم الأهلية في هذه الحالة في نظر القانون ، وعلى ذالك فإن طلق رجل سفيه 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 السفيه وهذا في نظرنا يعد الرأي الوحيد الذي يبرر موقف المشرع الذي كان عليه أن يخصص له مادة واضحة في التشريع ،أو يجعله ناقص

24 ـ عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ص 182 .

25 ـ شرح التوضيح : حـ 2 ، ص 192 ، وكشف الأسرار : حـ 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 السفيه لا يعتبر عديم الأهلية باعتبار أنّ له كامل القوة العقلية ،ولا يمكن أن يلحق بالمجنون و المعتوه ،وكل ما يعيبه هو أنّه مبذر ،وينفق ماله في غير مقتضى العقل و الشرع،وكثيرا ما يكون السفيه 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 :

" أنّه من العوارض التي لا تخل 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 السفيه ناقص الأهلية ،إذا أن السفيه ليس خللا في العقل وإنما هو سوء في التقدير ،ولذالك فإن قانون الأسرة / 84ـ 11 آنذاك) خاطئ في إلحاق السفيه 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 ـ 09) مازال المشرع في غموضه وعدم إظهار وسيان المسألة أعلاه .

ومنه أيضا فإن المشرع في رأينا لم يتناول في تشريعه طلاق السفيه 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 السفيه بالمفهوم المشار إليه سلفا ،وبعد أن يتقدم أمام الجهة القضائية للحجر عليه ،فإن ذالك 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 السفيه كامل القوى العقلية .

وعليه فإنه في نظرنا ما تعلق بأن السفيه يزوج نفسه ،ويملك حق الطلاق ففي هذا الكلام اعتراض ،إذ أن السفيه 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 فيكبده أموالا أخرى ؟

وعليه فإننا نرى أنّ من لا يحسن التصرف في أمواله ،جدير به ألاّ يحسن التصرف في بيته فيسيء إلى زوجته فيطلقها إنه من الثابت شرعا وقانونا أن من المصلحة أن يحجر على السفيه 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 غلبت 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 ذالك 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 برءها " .

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 للفراش 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 إلاّ 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 يعتدُّ 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 05ـ09) .

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 ـ أ.د . أبو زهرة محمد / ـ الأحوال الشخصية ،دار الفكر القاهرة ط 57 .

2 ـ أ.د . بدران أبو العينين بدران /ـ الزواج والطلاق في الإسلام،دار النهضة لبنان ط 3.ح1

3 ـ ابن الجزيري / الفقه على المذاهب الأربعة ج 4 .

4 ـ ابن الجزيري / القوانين الفقهية ص 229 .

5 ـ الدرديري / الشرح الكبير 2 /427 .

6 ـ أ.د . على علي سليمان / ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري/ ديوان المطبوعات الجامعية 1990.

7 ـ مجلة الأحكام العدلية / المادة 1595 العدد 12 . س 2 .

8 ـ الخرشي علي الخليل / كتاب الشرح جـ 3 ، ص 155

9 ـ أ.د . محمد محي الدين عبد الحميد / الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط 1 الناشر دار الكتاب العربي سنة 1984 .

10 ـ أ.د . كمال محمد الإمام / أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2000 . ـ القاهرة

11 ـ الإمام الشوكاني / فتح القدير 15/5 .

12 ـ أ.د . محمد صبحي نجم / محاضرات في قانون الأسرة .ط 2 . 1988 .

13 ـ أبو عمر يوسف عبد الله عمر القرطبي / الكافي في فقه أهل المدينة جـ 2 ، ص 572 دار النفائس سنة 1968 .

14 ـ السيوطي / الأشباه والنظائر حـ 3 ص 661 .

15 ـ أ.د . محمد زاهد الكوثري / بوادر الإشفاق في أحكام الطلاق . ط 1 حراء للطباعة السعودية 2006.

16 ـ أ.د . بلحاج العربي / دراسات قانونية بعنوان (طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، العدد 03 من سنة 1990 .

17 ـ أ.د . فتحي والي / الوسيط في قانون القضاء المدني/ دار النهضة العربية ،القاهرة ط 1977 .

18 ـ أ.د . عبد الرحمان الصابوني / مدى حرية الزوجية في الطلاق .

19 ـ أ.د . عبد الحميد عثمان محمد / المفيد في شرح القانون المدني صـ 2 الناشر / دار النهضة العربية ط 1977 .

20 ـ مجموعة من قرارات محكمة النقض التالية :

(النقض المصرية رقم 201، ورقم 49 ورقم 368 ـ النقض السورية رقم 2001 ورقم 325 ورقم 186) .

المحكمة العليا الجزائرية قرار رقم 181648 وقرار رقم 41560 وقرار غير منشور رقم 35891.

21 ـ 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) .