

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
-قسنطينة-
كلية أصول الدين والشريعة
والحضارة الإسلامية
قسم: الفقه وأصوله

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

أحكام زوجة الغائب:

-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
-التطبيق القضائي نموذجا-

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله

اعداد الطالبة: يمينة دواس تحت إشراف الأستاذ الدكتور: حسن رمضان فحلة

أعضاء لجنة المناقشة	الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية
الرئيس:	أ.د. شتوان بلقاسم	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر
المقرر والمشرف:	أ.د. حسن رمضان فحلة	أستاذ محاضر	جامعة الحاج لخضر -باتنة-
العضو:	أ.د. نذير حمادو	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر
العضو:	أ.د. كمال لدرع	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر
المناقشة يوم:			

السنة الجامعية: (1424-1425هـ/2003-2004م)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَيَجْعَلْ لَكُمْ مِنْ
أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَاحَةً وَرِزْقًا مِنْ الطَّيِّبَاتِ
أَفِيَالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾

(النحل: 72)

الإهداء

إلى والديّ الكريمين... اللذين تعبوا لأجلي... أطال الله فيهما
عمرهما...

إلى زوجي الفاضل الذي سار على دربهما بكل صدق
وإخلاص...

إلى ابنتي "عبد الرحيم" وابنتي "خديجة أم الخير" اللذين أسأل
الله عز وجل أن يجعلهما خرية طالحة.

إلى كل من يرضى أن يحيا محزنا بعزة الإسلام.

إلى كل هؤلاء... أهدي ثمره هذا الجهد

شكر وتقدير

أتقدم بخالص شكري وفائق احترامي وتقديري
إلى أستاذي المشرف الدكتور "حسن رمضان
فحلة"، الذي أفادني كثيرا بتوجيهاته العلمية
القيّمة ونصائحه الأبوية الخالصة، كما أسأل الله
ﷻ أن يجعله من المحبّين إليه.

مفاتيح

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

لقد خلق الله عز وجل الإنسان على هذه الأرض، وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى، وشرع لهما الزواج وسيلة مثلى ليتمكن كل واحد منهما من تحقيق الهدف الأساسي والمقصد الأسمى منه ألا وهو حفظ النوع البشري في كنف حياة أسرية تربطها أواصر المودة والرحمة والسكينة التي تحدث عنها القرآن الكريم في قوله تبارك وتعالى:

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَيَجْعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقُرُونَ﴾⁽¹⁾. وفي قوله جل من قائل :

﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا حَفِيظًا فَأَمْرَتْ بِهِ فَلَما أَثْقَلَتْ حَمَلًا اللَّهُ رَبُّمَا لَئِن آتَيْنَا صَالِحًا لَنُكَوِّنَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾⁽²⁾.

تلك الحياة الأسرية التي نظمها الإسلام نظاما متماسكا حيث رسم لها الطريق الأمثل والأصح كي تنوم وتستمر وذلك بتشريع الأحكام تنظمها وتضبطها إن سارت عليها والتزمت بها سادها السكون والاستقرار وأعطت ثمارها في بناء المجتمع الصالح والأمة الخيرية التي وصف الله بها هذه الأمة في قوله:

﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَكَوْا أُمَّةً أَمَةً أَهْلَ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁽³⁾.

إلا أنه قد تعتري هذه الأسرة عواصف تهز سكونها، وتضرب جنورها، وترفع الاستقرار والطمأنينة عنها، فتصبح إلى طريق التشتت والتفرق أقرب، وعن أداء الرسالة المنوطة بها أبعد، وما أكثر هذه الظروف في واقع حياتنا! لكن الإسلام لم يغفل عن معالجة هذا الوضع كذلك، فقد رسم له الطريق الأمثل لإنهائه وفض النزاع الذي

⁽¹⁾-سورة الروم، الآية: 21.

⁽²⁾-سورة الأعراف، الآية: 189.

⁽³⁾-سورة آل عمران، الآية: 110.

ينشأ بين الزوجين في مثل هذه الأوضاع وذلك بتشريعه لأحكام تنهي هذه العلاقة الزوجية إذا ما أصبح طريق استمرارها مستحيلاً.

ومن بين تلك الظروف التي تطرأ وتستجد على الحياة الزوجية حالة غياب الزوج عن زوجته، حيث أضحت حالة غياب الأشخاص عن أهاليهم من أبرز الظواهر الاجتماعية التي تعاني منها المجتمعات العربية والإسلامية، وذلك لعدة أسباب من أهمها:

1- كثرة الهجرات إلى البلدان المتطورة اقتصادياً، بحثاً عن العمل وطمعاً في تحسين مستوى المعيشة نظراً للظروف الاقتصادية المتردية التي تعاني منها هذه الأوطان.

2- السفر الطويل إلى البلدان المتقدمة في مجال العلوم والأبحاث، بهدف التحصيل العلمي والمعرفي، وكسب الخبرات، الأمر الذي يدفع ببعض الباحثين وطلاب العلم إلى التخلي عن أهاليهم لسنين طوال في موطنهم الأصلي، لأن شروط السفر للبحث العلمي لتلك البلدان لا تسمح لهم بنقل الزوجات معهم.

3- كثرة الفتن الداخلية والحروب الخارجية في البلدان العربية والإسلامية التي نجم عنها عدد هائل من الغيب الذين لا يعلم عن أخبارهم شيء؛ أمن بين الأحياء هم، أم من بين الأموات؟ أو الذين حبسوا لسنوات طوال؟ أو الذين اعتقلوا في معتقلات خاصة.

4- ظاهرة التحرش والإبادة العرقية التي أصبح الكفار يكيّدون بها على المسلمين كيذا عظيماً؛ إذ أننا ما نفتأ نسمع خبراً من الأخبار الدولية إلا ونسمع عن وجود جثة مجهولة في بلد ما نكل بها أشد التتكيل من قبل المتطرفين الكفار، هاتمة الظاهرة التي زادت من عدد المفقودين.

5- ظاهرة ترك الأزواج لمقر الزوجية عمداً، حيث يبعد الزوج عن زوجته وأولاده ويتوارى عنهم بإرادته، قصد التهرب والتلمص من أداء الالتزامات الواجبة

عليه اتجاه هؤلاء؛ الأمر الذي أصبح يشغل حيزا لا يستهان به في المجتمع، حتى أضحى رجال القانون يطلقون عليها اسم "الجريمة" لما لها من آثار سلبية كثيرة على الأسرة والمجتمع، كما يطلقون عليها اسم الإهمال العائلي لما فيها من إهمال لحقوق الزوجة والأولاد.

لكل هذا وذلك أضحت مسألة غياب الأشخاص، مثار اهتمام كثير من الباحثين، لما يرتبط بها من قضايا كثيرة ومتنوعة، سواء من حيث أموال الغائب أو وصيته أو ميراثه أو جريمته أو زوجته. غير أن الأمر الذي لفت انتباهي ليكون موضوعا لهذه الرسالة هو قضية زوجة الغائب وما يتعلق بها من أحكام في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته بشأنها؛ الأمر الذي يطرح علينا تساؤلات كثيرة من بينها ما يأتي:

تساؤلات البحث:

أ- من هو الغائب عند فقهاء الشريعة الإسلامية؟ وهل هو نفسه المقصود عند فقهاء القانون الجزائري؟ وما هو موقف كل من التشريعين من مسألة جواز أو عدم جواز القضاء على الغائب؟

ب- إذا ما غاب الزوج عن زوجته واشتكت هذه الأخيرة من عدم إنفاقه عليها، ولم تتمكن من تحصيل نفقتها منه بنفسها، فماذا ستفعل هذه الزوجة؟ هل عالجت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري هذا الوضع؟ وكيف كان ذلك؟ وما هي أوجه الاتفاق والافتراق بين النظامين يا ترى؟

ج- إذا ما اشتكت زوجة الغائب من فقدانها لأهم حق من حقوقها عليه، وأهم غريزة من الغرائز التي يصعب على الإنسان الصبر عليها، ألا وهي الجماع أو اللوطء فماذا ستفعل في هذه الحالة؟ وكيف كان موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من هذا الأمر؟ وهل اتفقا في هذا الشأن أم افترقا يا ترى؟

كل هذه التساؤلات سأحاول الإجابة عليها من خلال هذه الرسالة المتواضعة
والموسومة بـ:

"أحكام زوجة الغائب: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
الجزائري - التطبيق القضائي نموذجا-".

إلا أنه يجب التنبيه هنا إلى أن تحديد نطاق المقارنة بقانون الأسرة الجزائري
وتطبيقاته قد كان مقصودا لسببين اثنين هما:
أ- قلة الدراسات الأكاديمية والعلمية بشأنه.

ب- الظروف التي مر بها المجتمع الجزائري خلال العشرية الماضية من قننة
داخلية وزلازل وفيضانات، إذ نجم عنها عدد كبير من الغيب الذين لا يعلم موتهم من
حياتهم، الأمر الذي يستدعي الوقوف عند موقف قانون الأسرة الجزائري إزاء هذا
الوضع وكيفية معالجته له من خلال نصوصه وتطبيقات القضاء له.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في جانبين مهمين وهما:

أ- الجانب الواقعي:

حيث إن موضوع الأحكام المتعلقة بزوجة الغائب ذو أهمية واقعية متزايدة، لا
سيما وأنه يعالج قضية ترتبط ارتباطا وثيقا بظروف العصر وتغييراته من جهة، وبواقع
الحياة الزوجية وما يطرأ عليها من أحداث ومستجدات.

ب- الجانب العلمي:

وتظهر الأهمية العلمية لموضوع هذا البحث في النقاط الآتية:

1- الحاجة الماسة لما يقرب الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية

للمشتغلين في مجال القضاء، ما دامت الشريعة الإسلامية هي المنهل الأساسي الذي استقت منه أغلب التشريعات الوضعية العربية والإسلامية قوانينها في مجال الأسرة.

2- الحاجة الماسة إلى بيان موقف الشريعة الإسلامية من كثير من المسائل التي ترتبط بالمرأة، لبيان تفردها في مجال إعطاء حقوق للمرأة لم تمنحها إياها التشريعات الأخرى سماوية كانت أم وضعية، وذلك للرد بطريقة أو بأخرى على الشبهات والأباطيل التي يثيرها أعداء الإسلام من هنا وهناك بأنه يهضم حقوق المرأة؛ هذه الدعوة القديمة في طرحها والمتجددة في كل عصر، لا ينبغي على الباحثين إغفالها، بل لا بد من التصدي لها بحكمة ووعي كبيرين يمثل هذه الأبحاث.

3- الحاجة الماسة إلى إثراء قانون الأسرة الجزائري لا سيما وأن الصراع قائم حوله بين دعاة الإلغاء له جملة وتفصيلا، وبين دعاة الإبقاء عليه مهما كان فيه من نقائص وثغرات.

منهجية البحث:

لقد ذهبنا إلى بيان موقف الشريعة الإسلامية من مسألة أحكام زوجة الغائب من خلال ما جاء في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة مع المذهب الظاهري، ذلك أن محاولة تغطّي جميع المذاهب الفقهية الكثيرة والمتنوعة ليس بالأمر السهل، فاكتفينا بما ذكرت لكونها أشهر المذاهب التي يدين بها عامة المسلمين، ولكونها مروية ومنقولة نقلا صحيحا عن واضعيها وفقهائها.

أما عن موقف قانون الأسرة الجزائري، فقد حاولت بيانه من خلال ما جاء فيه من شروحات لبعض المواد المتعلقة بموضوع الرسالة، كما ارتأيت تدعيم هذا الموقف القانوني ببعض تطبيقات القضاء له، وذلك من خلال عرضي لعدد من الأحكام القضائية التي تخص زوجة الغائب، إضافة إلى بعض الإحصاءات بشأن تلك الأحكام، والتي تحصلت عليها من مجلس قضاء قسنطينة، لكي لا تكون دراستي لموضوع هذه الرسالة نظرية فقط، بل تطبيقية كذلك .

منهج البحث:

إن بحث موضوع هذه الرسالة يتطلب مني اعتماد أكثر من منهج، لذلك اخترت مناهج البحث المناسبة له والتي تمثلت في:

أ- المنهج الاستقرائي:

وقد اعتمدته لاستقراء أقوال الفقهاء وآرائهم في شتى المسائل الفقهية التي تطرقت إليها، وموقف القانون الجزائري من خلال نصوصه وما جاء فيها من شروح.

ب- المنهج التحليلي:

وذلك لتحليل الآراء الفقهية والقانونية التي ورد ذكرها في هذا البحث، بغية الوصول إلى الرأي الراجح والأوفق منها.

ج- المنهج المقارن:

وذلك لمقابلة ما ترجح في الفقه الإسلامي من آراء مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

الدراسات المأهولة

اعتمدت في إعداد هذا البحث على مجموعة من المؤلفات الفقهية والقانونية وبعض من الرسائل الجامعية؛ فأما الفقهية منها فقد عدت فيها إلى عدد من الكتب الفقهية القديمة التي كانت غزيرة ومتنوعة، غير أن الشيء الذي ميزها هو شتات المادة العلمية التي تخص موضوع هذا البحث بها، إذ وجدت تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في باب القضاء، وحكم النفقة لزوجة الغائب في باب النفقات، وحكم الفرقة لزوجة الغائب في باب الطلاق، كما رجعت إلى الكتب الفقهية المعاصرة، التي تناولت مواضيع الأحوال الشخصية بصفة عامة، ككتاب المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، والتي تناولت موضوع زوجة الغائب بصفة خاصة في دراسة كاملة ومتكاملة، ككتاب "زوجة الغائب: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية" لمحمد عبد الرحيم محمد، هذا الأخير الذي استعنت به كثيرا طيلة هذا البحث، إلا أن الشيء الذي ميزه هو عدم ذكره للقانون الجزائري عند مقارنته لما جاء في الشريعة الإسلامية من أحكام لزوجة الغائب مع القوانين الوضعية، الأمر الذي جعلني أجعل نطاق المقارنة في رسالتي هذه يختص بالقانون الجزائري.

أما المؤلفات القانونية، فقد كانت هي الأخرى متنوعة، إذ رجعت إلى عدد من الشروحات التي شرحت قانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم بشأن موضوع هذا البحث، وبعض من الإحصاءات التي تحصلت عليها منها، غير أن الشيء الذي ميز المؤلفات القانونية التي رجعت إليها هو قلتها.

كما رجعت إلى بعض من الرسائل الجامعية كرسالة الماجستير "القضاء على الغائب: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" لمحمد بلعروس التي استفدت منها كثيرا في تحديد مفهوم مصطلح الغياب، هذا الأخير الذي عرضه صاحب الرسالة بدقة متناهية عند فقهاء

الشرعية الإسلامية، كما رجعت إلى رسالة الدكتور شتوان بلقاسم "نفقة الزوجة والأقارب: بين الشرعية والقانون".

الصعوبات:

لقد مثلت لي تربية ابني الذي لم يتجاوز من العمر الثانية بعد، وما يلزم أن تمنحه الأم من رعاية لابنها في هذه السن خاصة، أكبر الصعوبات في سبيل إنجاز هذا البحث، ناهيك عن الصعوبات التي يلاقيها أي باحث في مجال الفقه الإسلامي، حيث وجدت مشقة كبيرة في انتقاء وتمحيص الآراء الفقهية الكثيرة والمتنوعة والمتشعبة، فضلا عن صعوبة الترجيح بين الآراء، لا سيما وأنه لكل رأي وجاهته. زيادة على الصعوبة التي وجدتها في الدراسة القانونية لهذا البحث، بسبب قلة الدراسات حول قانون الأسرة الجزائري.

خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى فصل تمهيدي وفصلين اثنين وخاتمة، حيث تناولت في الفصل التمهيدي مفهوم مصطلح الغياب وحكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مع المقابلة بينهما في كل ذلك. ثم تطرقت في الفصل الأول منه إلى حكم نفقة زوجة الغائب بين الشرعية الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مع المقارنة بينهما، أما في الفصل الثاني والأخير، فقد عرضت إلى حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج من وجهة نظر الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري كذلك، مع المقابلة بينهما كذلك، مع العلم أنني أدرجت خلال الفصلين الأول والثاني نماذج من أحكام القضاء الخاصة بما جاء فيهما. وختمت البحث بخاتمة جمعت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها مع بعض من الاقتراحات. كما أنني قد أدرجت في النهاية ملاحق بها إحصاءات تخص موضوع البحث.

وفي الأخير أحمد الله عز وجل على توفيقه إياي لإنجاز هذا البحث، كما لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من قدم لي يد العون في إنجاز هذا العمل، لا سيما أستاذي المشرف الدكتور حسن رمضان فحلة، الذي كان لي أباحنونا يمدني بقوة وعزيمة كلما فترت، والذي كان لي أستاذًا فاضلاً ومتواضعًا، أفادني كثيرًا بتوجيهاته العلمية القيمة، سواء في منهجية البحث أم ببعض أفكاره التي تخدم موضوع هذه الرسالة، والتي عجت بها مكنتات بلادنا.

كما لا أنسى أن أتقدم بخالص شكري إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين أخذت من وقتهم الكثير، سواء بقراءتي هذه الرسالة وتصحيحها، أو بتحملهم مشقة المناقشة لها في هذا اليوم الذي أسأل الله عز وجل الأجر لهم فيه جميعًا.

كما لا أنسى أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى عمال مكتبة جامعة الأمير عبد القادر وإدارتها، وعمال مجلس قضاء محكمة قسنطينة الذين قدموا لي التسهيلات اللازمة لإنجاز هذا البحث.

الفصل التمهيدي:

تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه
الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في
القانون الجزائري مع المقارنة بما جاء في الفقه
الإسلامي.

لمصطلح الغياب في هذا البحث أهمية قصوى؛ لا سيما وأنه يتناول دراسة جانب من الأحكام المتعلقة بالغائب؛ لذلك سأقف من خلال هذا الفصل التمهيدي عند مدلول هذا المصطلح في النظامين الإسلامي والجزائري، مع بيان موقف كل منهما من مسألة الحكم على الغائب من حيث الجواز أو عدمه، لا سيما وأن الأمر المتعارف عليه في جميع التشريعات -الساوية والوضعية- هو أن الأصل في المحاكمات هو المواجهة بين الخصوم وإلزامية حضورهم إلى مجلس القضاء، فهل يحكم في القضايا ويفصل في النزاعات إذا ما حصل استثناء على هذا الأصل بغياب أحد أطراف الخصومة؟

كل ذلك سأتناوله في هذا الفصل التمهيدي وفق مبحثين اثنين هما:

المبحث الأول: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في القانون الجزائري مع

المقارنة بين ما جاء في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه الإسلامي .

سأتناول في هذا المبحث مفهوم مصطلح الغياب عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك بعرض آرائهم الفقهية حسب المذاهب الأربعة، والمذهب الظاهري وآراء المعاصرين، كما سأقف من خلاله على آرائهم في حكم القضاء على الغائب من حيث الجواز أو عدمه، لا سيما وأن خلافهم في ذلك قد كان واسعا؛ لأخرج بعد المناقشة والتحليل لمختلف آرائهم الفقهية وأدلتهم في ذلك برأي أوفق في المسألة. كل ذلك وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الغائب في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حكم القضاء على الغائب

المطلب الأول: تعريف الغائب في الفقه الإسلامي

يرتبط تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية لمصطلح الغياب بأمرين اثنين هامين لا طيع ذكره دونهما، وهما: التعريف اللغوي، وحالات الغياب التي تعتبر كقيود في الاصطلاح الذي لا ينفك ذكره عن ذكرها، فعلى هذا الأساس سيتم عرض هذا طلب وفق فرعين اثنين هما كالآتي:

الفرع الأول: تعريف الغائب في اللغة.

كلمة "غائب" في اللغة؛ اسم فاعل من فعل غاب يَغيبُ غَيْبًا وَغِيَابًا، وَمَغْيِبًا، وَغَيْبَتَ الشَّيْءَ؛ إِذَا سَتَرْتَهُ⁽¹⁾، وَغَابَ الرَّجُلُ غَيْبًا، وَمَغْيِبًا وَتَغَيَّبَ؛ إِذَا «سافر وبان»⁽²⁾، «خلف شهد وحضر»⁽³⁾، «وأغابت المرأة فهي مُغَيَّبَةٌ وَمَغْيِبَةٌ؛ إِذَا سافر عنها زوجها أو أحد أهلها»⁽⁴⁾. «والغيبية بفتح الغين وسكون الياء-؛ معناها البعد والتّواري»⁽⁵⁾.

وقد ورد لفظ "غائب" في غير ما موضع من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وكلام العرب؛ فمن القرآن الكريم قوله تبارك وتعالى:

﴿مَنْسَأَلِنَ الَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ وَلَنْسَأَلِنَ الْمُرْسَلِينَ. فَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَعْلَمَنَّ مَا كُنَّا تَعَابِينَ. وَالْوِزْنَ يَوْمَئِذٍ الْحَقُّ فَمَنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ. وَمَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنفُسَهُمْ بِمَا كَانُوا بِآيَاتِنَا يَظْلِمُونَ﴾⁽⁶⁾.

ومن الحديث قول الرسول ﷺ: «أمهلوا حتى ندخل ليلا -أي عشاء- حتى

(1)-ابن دريد، أبو بكر بن الحسن، جوهرة اللغة، دار الملايين، ط1، 1987، ج: 50/2.

(2)-ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب المحيط، دار الجليل، لبنان، 1988، ج: 1033/4.

(3)-أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، سوريا، ط2، 1982، ص: 279/1.

(4)-ابن منظور، المرجع نفسه، ج: 1033/4.

(5)-ابن منظور، المرجع نفسه، ج: 1033/4.

(6)-سورة الأعراف، الآيات: 6-9.

تمنشط الشعنة وتستحد المغيبة»⁽¹⁾.

أما من لسان العرب فقد جاء في أشعارهم:

«ولا أجعل المعروف حل ألية ولا عدة في الناظر المتغيب»⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعريف الغائب في اصطلاح الفقهاء

«يستعمل الفقهاء كلمة "غائب" ويريدون بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة -أي البعد والتواري-، ثم يرتبون عليها أحكاما فقهية كثيرة ومتنوعة»⁽³⁾. نجدها متناثرة هنا وهناك في شتى أبواب الفقه.

إلا أن تعريف الغياب عندهم؛ يرتبط ارتباطا وثيقا بحالاته الكثيرة والمتنوعة التي لا نستطيع فصلها عنه، لذلك فإنها، إن وجدت تحت هذا العنوان في هذا الفرع، فإنها من باب تعريف الشيء بأجزائه وفروعه.

(1)- هذا الحديث رواه البخاري وأحمد وأبو داود والدارمي. انظر في ذلك:

- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، دار المعرفة، لبنان، ج: 542/9.

- ابن حنبل، أحمد، مسند الإمام أحمد، كتاب الجهاد، دار الفكر، لبنان، ج: 303/3.

- العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، كتاب الجهاد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1991، ج: 330/7.

- الدارمي، أبو محمد عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق: عبد الله هشام، كتاب النكاح، حديث أكاديمي، باكستان، 1984، ج: 70/2.

(2)- انظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج: 1033/4.

(3)- زيدان، عبد الكريم، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1994، ج: 460/8.

البند الأول: تعريف الحنفية.

المقصود بالغائب عندهم كل من بُعد عن مجلس القضاء -المحكمة-؛ إذ لا تخلو حاله من الحالات الآتية الذكر:

الحالة الأولى: غائب في البلد.

حيث يكون الغائب في هاته الحالة داخل ولاية حكم القاضي -أي داخل دائرة صلاحياته القضائية- وقد يكون الغائب فيها قريباً من المحكمة أو بعيداً عنها، وقد ورد في حدّ القرب والبعد من مجلس القضاء عندهم قولان:

-أحدهما: «إذا كان الغائب بحال، لو ابتكر إلى مجلس القضاء، وأجاب خصمه، ثم رجع يمكنه أن يبيت في أهله، فهو قريب، أما إذا كان بحال لو ابتكر إلى مجلس القضاء، وأجاب خصمه ثم رجع، لم يمكنه أن يبيت في أهله، بل يبيت في الطريق، فهو بعيد»⁽¹⁾.

-ثانيهما: حدّ القرب والبعد هو مسافة القصر، وهذا ما اعتبره بعض الحنفية «قيد حسن يجب حفظه»⁽²⁾.

الحالة الثانية: غائب خارج البلد.

حيث يكون الغائب خلاله خارج ولاية حكم القاضي -أي خارج دائرة صلاحياته القضائية-، وهي حالة تقتضي كتاب القاضي إلى القاضي عندهم ولهم في ذلك شروط وتفاصيل⁽³⁾.

(1)-انظر: الحسام الشهيد، أبو بكر أحمد بن عمر الخفاف، شرح أدب القاضي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغان، وأبو بكر محمد اخاشمي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994، ص:196. (يصطلح الفقهاء على هذه المسافة التي ذكرها الخفاف في قوله السابق مسافة العدوى).

(2)-الرملي، إبراهيم بن سليمان، الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفة، مطبعة أفندينا محمد سعيد باشا، مصر، 1273هـ، ج: 1/63.

(3)-انظر: حكم كتاب القاضي إلى القاضي وشروطه عند الأحناف في: ابن عابدين، محمد الأمين، حاشية ردّ اختار عيسى الدر المختار، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ج: 327/5.

الحالة الثالثة: المتواري.

وهو من عبّر عنه ابن عابدين⁽¹⁾ في تكملته بـ«الخصم إذا اختفى في بيته»⁽²⁾، وامتنع عن حضور مجلس الخصومة رغم دعوة القاضي له مرارا وتكرارا، ففي هذه الحالة «تسمع البيّنة عليه وينصب القاضي وكيلا يخاصم عنه ويحكم عليه كما لو كان حاضرا»⁽³⁾.

الحالة الرابعة: غائب له يعرف موضعه "المفقود".

المفقود في اللغة؛ «اسم مفعول، من فعل فقد الشيء يفقده، فقداً، وفقداناً، وفقوداً، فهو مفقود وفقيد؛ بمعنى عدمه»⁽⁴⁾، أما في الاصطلاح فقد تعددت عبارات الأحناف في تعريفه؛ فقالوا: «هو غائب لم يعرف موضعه»⁽⁵⁾، وقيل: «هو الرجل يخرج في سفر، ولا يعرف موته، ولا حياته، ولا موضعه، ولا يأسره العدو، ولا يستبين موته ولا قتله»⁽⁶⁾.

فالمفقود إذن يشبه الغائب «باعتبار بعده وتواريه، فكل مفقود هو غائب، وليس كل غائب مفقود في اصطلاح الفقهاء»⁽⁷⁾.

(1)- ابن عابدين هو محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الحسيني الدمشقي، ولد سنة 1244هـ، وتوفي سنة 1306هـ؛ فقيه حنفي من علماء دمشق، من أبرز مؤلفاته حاشيته على الدر المختار في فقه الحنفية. انظر: الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، لبنان، ط7، 1986م، ج: 270/6.

(2)- انظر: تكملة ابن عابدين (لنجل ابن عابدين) الموجودة بمأمش كتاب حاشية رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج: 415/5.

(3)- انظر: ابن عابدين (النجل)، المرجع نفسه، ج: 415/5.

(4)- ابن منظور، المرجع السابق، ج: 3443/5.

(5)- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج: 127/2.

(6)- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، ج: 38/11.

(7)- زيدان، المرجع السابق، ج: 441/8.

فعلى هذا «يأخذ المفقود حكم الغائب في بعض المواضع، وينفرد عنه في أخرى»⁽¹⁾.

الحالة الخامسة: المحبوس.

المحبوس لغة: «اسم مفعول، من فعل حبس، يحبس، حبسا، فهو محبوس، وحبىس؛ بمعنى الإمساك والمنع؛ ضد التخلية»⁽²⁾.

أما في اصطلاح الفقهاء فهو: «الشخص الذي يحبس في مكان معلوم يسمى الحبس، بسبب ارتكابه جريمة استحق بها هذا النوع من العقاب»⁽³⁾⁽⁴⁾. والحبس نوع

(1)-انظر: بلعترس، محمد، القضاء على الغائب: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، 1999، ص: 57.

للمفقود أحكام كثيرة تخص حياته الشخصية ينفرد بها عن حكم الغائب، سأعرض لها لاحقا في الفصل الثانى من هذا البحث.

(2)-انظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج: 752/2.

(3)-انظر: الزيلعي، المرجع السابق، ج: 180/4.

(4)-إن الحديث عن حالة المحبوس يلفت الانتباه إلى حالة المعتقل التي تحدث عنها أحد الباحثين المعاصرين في كتابه "زوجة المسلم الغائب بين آراء الفقهاء"، حيث ذكر فيه أن حالة المعتقل المسلم المدافع عن دينه وقضايا أمته حالة لم تكن معروفة من قبل، وهو يرى أن لا تقاس حالته هذه لا على الغائب الذي علم مكانه ولا على المفقود الذي جهل مكان وجوده، ولا على المحبوس الذي دخل السجن بسبب ارتكابه جرما يستحق عقوبة الحبس لأجله، ثم أخذ هذا الباحث يقيم الأدلة والبراهين على أن حالة المعتقل ليست ككل تلك الحالات السابقة الذكر؛ إلا أنني أرى والله أعلم أن هذا الطرح الذي تقدم به هذا الباحث يناقش من عدة جوانب، أقصر على بعض منها، فأقول: - إن قول الباحث بأن هذه الحالة لم تكن معروفة من قبل، بل هي حالة جديدة، قول مردود، وخير دليل على ذلك ما كان يلاقيه أئمة الفقهاء في دخولهم السجن في سجون حكاهم بسبب بعض فتاويهم، وما دخول الإمام أحمد السجن بسبب رأيه في كون القرآن الكريم محروق إلا برهان على ذلك، فهذا نوع من الاعتقال الذي هو دخول الشخص السجن بسبب رأي من آرائه في أمر من أمور الدين، وبالتالي، فإن الحالة هذه -حالة المعتقل- كانت معروفة في عهد الفقهاء القدامى، وإن لم تكن بنفس الشكل الذي هي عليه الآن، أما فيما يخص دعوى الباحث إلى ضرورة إيجاد نظرية فقهية خاصة بالمعتقل، حيث قال: «وكنيت أبغى من وراء هذا البحث أن ينظر للمحبوس في سبيل الله نظرة فقهية غير النظرة التي يعامل بسببها معاملة السارق والقاتل وانجرم». لكن الذي أراه، والله أعلم أن المعتقل الذي تحدث عنه هذا الباحث يأخذ أحكام الغائب عموما، باعتبار بعده وتواريه عن أهله، إلا أنه ينفرد عنه في بعض الأحكام باعتبار أنه قد يشبه المحبوس في بعض الحالات، فقد بيدي هذا المعتقل رأيا في الدين =

من العقاب المشروع في الفقه الإسلامي، نصّ عليه القرآن والسنة وأجمعت الأمة على شرعيته. «ويشبهه المحبوس الغائب باعتبار أنه بعيد عن أهله وعن مجلس القضاء، فيأخذ أحكامه في مواضع خاصة⁽¹⁾، وفي مواضع أخرى فإن السلطة بإمكانها إحضاره إلى المحكمة ثم إرجاعه إلى الحبس»⁽²⁾.

الحالة السادسة: الأسير.

الأسير في اللغة «الأخيد من فعل أسر، يأسر، أسرا، وأسارة؛ أي شدّه بالأسار، والأسار ما يشدّ به وهو القيد»⁽³⁾.

أما في الاصطلاح «فلا يكاد يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عما ورد في التعريف اللغوي، فهو عندهم الشخص الذي يقع في قبضة العدو أثناء الحرب، سواء كان مكان أسره معلوماً أو مجهولاً»⁽⁴⁾.

ويشبه الأسير كذلك الغائب باعتبار أن كلاهما بعيدا عن أهله، وعن مجلس القضاء. كما يشبه المفقود ويأخذ حكمه «إذا كان مجهول الحال بحيث لا تعلم حياته أو موته»⁽⁵⁾.

¹ - يجر فتنا عظيمة على المجتمع، فيكون سبب دخوله السجن أشنع في القبح وأبلغ في استحقاق عقوبة الحبس من ذلك المحبوس الذي استحق الحبس لارتكابه جريمة معينة، كما أنه قد يشبه المفقود باعتبار أن الدولة في بعض الأحيان قد تعتقل الأشخاص في أماكن وجهات مجهولة لا تسمع فيها أخبار هولاء. انظر ما قاله محمد حمص في حالة المعتقل في كتابه: "زوجة المسلم الغائب بين آراء الفقهاء"، الإسكندرية، 1998، ص: 7.

⁽¹⁾ - استظهر بعض أحكام المحبوس التي يأخذ فيها حكم الغائب في الفصل الثاني من هذا البحث.

⁽²⁾ - انظر: بلعتروس، المرجع السابق، ص: 60.

⁽³⁾ - انظر: ابن منظور، المرجع السابق، ج: 1/88.

⁽⁴⁾ - انظر: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1329هـ،

ج: 294/9. وبلعتروس، المرجع نفسه، ص: 60.

⁽⁵⁾ - انظر: بلعتروس، المرجع نفسه، ص: 60.

الحالة العارضة: الغائب لعذر من الأعذار الشرعية.

المقصود بالأعذار الشرعية هو: «ما يتعذر على العبد المضي فيه على موجب الشرع إلا بتحمل ضرر زائد»⁽¹⁾. وقيل في تعريفها هي: «تلك الحالات التي تطرأ على الإنسان وتجعله عاجزاً عن أداء التكاليف الموجهة إليه، فتسقط عنه شرعاً»⁽²⁾. ومن تلك الحالات: المرض والجنون والصغر، فقد يعجز الإنسان عن حضور مجلس القضاء لمرض يصيبه، أو لصغر أو لجنون، فيعتبر بذلك غائباً عن مجلس القضاء، وله حكم خاص في ذلك، قال في درر الحكام: «أما إذا كان المدعى عليه مريضاً، بحيث إذا جاء المحكمة ماشياً، يوجب ذلك اشتداد مرضه... فلا يجبر على الحضور»⁽³⁾.

إلا أن الأعذار الشرعية عند الفقهاء كثيرة ومتنوعة، اتفقوا على اعتبار بعض منها حالات من حالات الغياب، واختلفوا في أخرى كعذر المرأة المخدرة، وهي المرأة التي يكون خروجها من بيتها نادراً أو التي تستحي من الإدلاء بحججها أمام الرجال»⁽⁴⁾. فمنهم من اعتبر حياؤها عذر يجيز لها التخلف عن مجلس القضاء ومنهم من لم يعتبره كذلك.

البند الثاني: تعريف المالكية.

يتّضح لنا مصطلح الغياب عندهم، بعد ذكر حالاته، والمتمثلة فيما يأتي:

الحالة الأولى: غياب الاحتبارات مكانية.

وقسموه باعتبار البعد والقرب عن مجلس القضاء إلى ثلاثة أقسام هي:

(1)- الأنصاري زكريا بن محمد، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1، 1991م، ص:70.

(2)- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج:229/8.

(3)- حيدر علي، دور الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، لبنان، ط1، 1991، ج: 676/4.

(4)- انظر تعريف المرأة المخدرة وحكم غيابها عن مجلس القضاء في: برهان الدين، إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، ج: 44/1. وأبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1984م، ج: 206/2.

1- غياب قريب؛ حيث «يكون الغائب خلاله داخل البلد التي هي من دائرة صلاحيات القاضي، وبعيدا عن مجلس قضائه مسيرة اليوم واليومين والثلاثة»⁽¹⁾، أي حوالي: «40كلم إلى 120 كلم»⁽²⁾.

2- غياب متوسط؛ حيث «يكون الغائب خلاله داخل البلد التي هي من دائرة صلاحيات القاضي، بعيدا عن مجلس قضائه مسيرة العشرة أيام ونحوها»⁽³⁾؛ أي حوالي «400كلم»⁽⁴⁾.

3- غياب بعيد؛ ويكون الغائب فيه خارجا عن البلد التي فيها القاضي -أي خروج دائرة صلاحياته القضائية-، «وقد مثل له المالكية يمكن كان بمكة، أو المدينة، ومجلس القضاء في إفريقية، أو الأندلس»⁽⁵⁾.

العالة الثانية: التوارى.

وهو أيضا من حالات الغياب عند المالكية، وفي هذا جاء عنهم: «أخبرنا أشهب⁽⁶⁾ قال: كتب ابن غانم⁽⁷⁾ إلى مالك بن أنس عن الخصمين يختصمان إليه في

⁽¹⁾-انظر: ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، فتاوي ابن رشد، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1987، ج:1/335.

⁽²⁾-أبو غدة، حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع:40، س:15، ص:95.

⁽³⁾-انظر: ابن رشد (الجد)، المرجع نفسه، ج:1/335.

⁽⁴⁾-أبو غدة، المرجع نفسه، ص:95.

⁽⁵⁾-انظر: ابن رشد (الجد)، المرجع نفسه، ج:1/335.

⁽⁶⁾-أشهب بن عبد العزيز أبو عمرو العامري صاحب مالك، ولد عام مائة وأربعون للهجرة، وتوفي سنة مائتان وأربعين، فقيه مالكي سمع عن مالك بن أنس والليث بن سعد، كان حسن الرأي والنظر، وكان مفتي مصر في عهده. انظر: مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، ص:59. وابن العماد، أبو الفلاح عبد أخي الخبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج:2/12.

⁽⁷⁾-ابن غانم هو أبو محمد عبد الله بن عمر بن غانم الرعيني القيرواني؛ قاضي إفريقية وفقهها، مشهور بالعلم والصلاح، ثقة أمين، روى عن مالك، ولد سنة مائة وثمان وعشرون وتوفي سنة مائة وتسعين، تولى القضاء على يد روح بن حاتم سنة مائة واثان وسبعون. انظر: مخلوف، المرجع نفسه، ص:62.

الأرض فيقيم أحدهما البيّنة على الآخر بأنّها له، فإذا علم بذلك الذي قامت عليه البيّنة هرب وتغيّب، فطلب فلم يوجد، أيقضى عليه وهو غائب؟ فقال مالك: أكتب إليه إذا ثبت عندك الحجج، وسألته عما تريد أن تسأله عنه، واستقرّ عندك علم كل ما تريد أن تسأله عنه، فلم تبق له حجّة فتغيّب، فأقضى عليه وهو غائب»⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: التعزّز.

«هو الامتناع عن حضور مجلس القضاء اعتمادا على قوة سلطان أو حاكم»⁽²⁾. فيعتبر الشخص في هاته الحالة غائبا ويأخذ حكم الغائب، إلاّ أنه ينفرد عنه بأحكام خاصة. وقد وجدت أثناء البحث أن هاته الصورة من صور الغياب قد انفرد بذكرها المالكية والشافعية، فقد جاء في "تبصرة الحكام" مثلا: «فأما الأول -ويقصد به الغائب عن مجلس القضاء- قال سحنون⁽³⁾ لا تسمع البيّنة دون حضوره، إلاّ أن يتوارى أو يتعزّز بسلطان فيقضى عليه...»⁽⁴⁾.

الحالة الرابعة: الغائب لعذر شرعي.

لم يخالف المالكية الأحناف فيما ذهبوا إليه في اعتبار الغياب لعذر من الأعذار الشرعية حالة من حالات الغياب، فقد جاء عنهم في القوانين الفقهية: «ويحكم للحاضر إذا سأل الحكم على الغائب خلافا لأبي حنيفة وابن الماجشون، وعلى المذهب؛ فلا يخلو أن يكون في البلد أو في غيره، فإن كان في البلد أو بمقربة منه أحضره القاضي بخاتم

(1)-ابن فرحون، المرجع السابق، ج:1/154.

(2)-انظر: بلعروس، المرجع السابق، ص:30.

(3)-سحنون هو عبد السلام بن سعيد بن سحنون بن حبيب التنوخي، أصله من الشام، ولد عام مئة وستين للهجرة، وتوفي سنة مئتين وأربعين، من أشهر أعلام المذهب المالكي. انظر: عياض، بن موسى بن عياش السبتي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق: عبد القادر الصحراري، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ط2، 1983م، ج:4/45-88.

(4)-ابن فرحون، المرجع السابق، ج:1/154.

أو كتاب أو رسول، فإن اعتذر بمرض أو شبهه أمره بالتوكيل، وإن تغيب لغير عذر أحضره قهراً»⁽¹⁾.

الحالة الخامسة: المفقود.

لم يخرج تعريف المالكية للمفقود عما سبق ذكره عند الحنفية، إلا أنهم قسموه إلى خمسة أقسام هي:

«1-مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء.

2-مفقود في بلاد الإسلام في زمن الوباء.

3-مفقود في قتال وقع بين المسلمين.

4-مفقود في أرض الشرك.

5-مفقود في حرب وقع بين الكفار والمسلمين»⁽²⁾.

الحالة السادسة: المعبوس والأسير⁽³⁾.

البند الثالث: تعريفه الغائبة

لم يخلو تعريف الغائب عندهم عن ذكر حالاته كذلك، كما أن هذه الأخيرة لم تفترق عما سبق ذكره عند الأحناف والمالكية، غير أنه قد اختلفت أقوالهم في حدّ القرب والبعد عن مجلس القضاء، فقال بعضهم، هو "مسافة العدوى"⁽⁴⁾، وقيل: «هو مسافة

⁽¹⁾-أبو القاسم محمد بن أحمد بن حزي الكلي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، 1982، ص:302.

⁽²⁾-انظر هذا التقسيم للمفقود عند المالكية في: الجعلي، عثمان بن حسين برّي، سراج السالك شرح أسهل المدارك، المؤسسة الوطنية للطباعة، الجزائر، 1992، ج:1/104.

⁽³⁾- لم يخرج مفهوم المعبوس والأسير عند المالكية عما سبق ذكره عند الأحناف.

⁽⁴⁾-انظر: الأردبيلي، يوسف، الأنوار لأعمال الأبرار في فقه الإمام الشافعي، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، الطبعة الأخيرة، 1970، ج:2/947.

القصر»⁽¹⁾، وهو نفس الخلاف الواقع عند الأحناف، كما أنهم قد اتفقوا مع المالكية في اعتبار حالة "التعزّز"⁽²⁾ صورة من صور الغياب، ويمكن إجمال حالات الغياب عندهم في النقاط الآتية:

- 1- غياب في البلد، ويكون إما قريب أو بعيد.
- 2- غياب خارج البلد.
- 3- التواري والتعزّز
- 4- الغياب لعذر شرعي
- 5- المفقود والمحبوس والأسير.

ولعل قول الشافعي الآتي ذكره يوضح لنا أكثر معنى الغياب عندهم، حيث يقول: «فلم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة، لو غابا، أو أحدهما، برّا أو بحرا، علم مغيبهما، أو لم يعلم، فماتا، أو أحدهما، فلم يسمع لهما بخبر، أو أسرهما العدو، فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما، لم نورث واحدا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، فكذاك عندي، امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف، بإسار عدو، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه، أو بهيام من ذهاب عقل، أو بخروج فلم يسمع له ذكر... لا تعتد امرأته ولا تتكح أبدا»⁽³⁾.

البند الرابع: تعريفه العنابلة.

فلا تخلو حال الغائب عندهم من الحالات الآتية:

(1)- انظر: الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج، دار الجيل، بيروت، 1987، ص: 599. والأردبيلي، المرجع السابق، ج: 947/2.

(2)- انظر: ابن شهاب، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، 1984، ج: 268/8.

(3)- الشافعي، عبد الله بن محمد بن إدريس، الأم، دار الفكر، لبنان، ط1، 1985، ج: 255/5.

الحالة الأولى: غياب في البلد وآخر خارجه:

«ولهم نفس الخلاف السابق عند الأحناف والشافعية في حدّ القرب والبعد عن مجلس القضاء»⁽¹⁾.

الحالة الثانية: التّواري.

حيث اعتبر الحنابلة⁽²⁾ المتواري أولى في الحكم عليه حال غيابه لتعذر حضوره بل أولى، لأن الغائب قد يكون له عذر بخلاف المتواري ولئلا يجعل الاستتار وسيلة إلى تضييع الحقوق.

الحالة الثالثة: الغائب لعذر شرعي⁽³⁾.

العذر عند الحنابلة نوعان: عذر شرعي كالمرض، والصغر والجنون، وعذر مقبول، كالسفر للتجارة والكسب، أو طلب العلم، ويظهر أثر حديثهم عن العذر المقبول في حكم التفريق بين الزوجين، الآتي بيانه في الفصل الثاني من هذا البحث.

الحالة الرابعة: المفقود والمحبوس والأسير.

قال في "الإنصاف": «حيث من تعذرت مراجعته كالمأسور والمحبوس، أو لم يعرف مكانه -أي المفقود-، فحكمه حكم البعيد -أي الغائب البعيد»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-انظر في ذلك: مرعي، بن يوسف، دليل الطالب على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان، ط1، 1985، ص: 287. والبهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، دائرة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، ج: 497/3.

⁽²⁾-انظر: البهوتي، المرجع نفسه، ج: 497/3.

⁽³⁾-انظر: المرجع نفسه، ج: 497/3.

⁽⁴⁾-انظر: المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد، تحقيق: محمد حامد فقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1958م، ج: 77/8.

البند الخامس: تعريف الظاهرية.

الغائب عندهم: كل من غاب عن مجلس القضاء، ولا فرق بين من غاب غيبة قريبة أو بعيدة، أو منقطعة، حتى أنهم قالوا إن التفريق بين الغيبة البعيدة والقريبة، تفريق فاسد، وقول بلا برهان، قال في "المحلى بالآثار": «ليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان، وهي أيضا قصيرة بالإضافة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان، فمن غاب عامين إلى العراق فقد غاب غيبة طويلة، بالإضافة إلى من غاب نصف عام إلى مصر، وقد غاب غيبة قصيرة، بالإضافة إلى من غاب عشرة أعوام إلى الهند، وهكذا في كل زمان وفي كل مكان»⁽¹⁾.

ويمكن في الأخير بعد هذا العرض لمختلف الآراء الفقهية قديما حول مفهوم مصطلح الغياب - ملاحظة أمرين اثنين هاميين وهما:

أولاً: إن جميع الفقهاء من حنفية ومالكية، وشافعية، وحنابلة وظاهرية قد عرفوا الغياب بذكر حالاته وصوره المتعددة والمختلفة، لذلك نجده -أي مصطلح الغياب- يتسع عند بعضهم ويضيق عند بعضهم الآخر؛ فالظاهرية مثلاً يجعلون لفظ الغائب مطلقاً، فيدخل تحته كل من غاب عن مجلس القضاء ولو كان داخله -ولو كان وراء جدار- ولا عبرة عندهم بحدّ القرب أو البعد الذي تحدّث عنه الأحناف والشافعية والمالكية والحنابلة، كما أن المالكية والشافعية قد تفرّدوا بذكر حالة التعرّز التي لم أجد لها -والله أعلم- ذكراً عند الأحناف والحنابلة.

ثانياً: إن الخلاف الواقع بين الأحناف والشافعية والمالكية والحنابلة حول تقدير المسافة التي يعتبر فيها الشخص غائباً، حيث ذهب بعضهم إلى اعتبار "مسافة القصور"، والبعض الآخر "مسافة العدوى"، إنما هو خلاف «مبني على ما كان يقطع من المسافات

⁽¹⁾ -ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، لبنان، ج: 8/438.

في السفر بالسفر على الأقدام»⁽¹⁾، ولعلّ الراجح في هاتاه المسألة هو ما رجّحه الدكتور أبو غدة، وهو «اعتبار مسافة القصر، لأنّ كثيرا من الأحكام الشرعية قد أخذت بهذا القيد، فكانه معيار شرعي نرجع إليه حينما يحدث الخلاف»⁽²⁾.

البند السادس: تعريف المعاصرين

لم يخرج تعريف المعاصرين للغائب عمّا سبق ذكره عند الفقهاء القدامى، غير أن الشيء الذي تتميز به تعاريفهم هو: قلة العبارات، والإيجاز في التعريف وذلك، بعدم التعرض إلى الخلافات الواردة عند الفقهاء القدامى.

هذا وقد انتقيت من تعاريف المعاصرين أربعة فقط مع بعض الشرح واخترت منها في الأخير واحدا اعتمدته طيلة هذا البحث.

أولا: تعريف الدكتور وهبة الزحيلي.

وقد عرفه في باب النفقة بكونه: «من تعذر إحضاره أمام المحكمة لسؤاله عن الدعوى سواء أكان بعيدا أو قريبا»⁽³⁾. إلا أن تعريف الزحيلي هذا، تعريف غير جامع لافتقاره إلى بعض القيود، كالمتواري والمفقود، والمحجوس والأسير.

ثانيا: تعريف الدكتور محمد عبد الرحيم محمد.

الغائب عنده هو: «كل من تعذر إحضاره أمام القاضي لسؤاله عن الدعوى سواء كانت غيبته منقطعة - وهو ما يعرف بالفقد-، أو غير منقطعة - وهو ما يعرف بالغائب بعيدا كان أو قريبا- يقطن في نفس البلد التي تقيم فيها الزوجة أو في بلد آخر»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-انظر: بلعتروس، المرجع السابق، ص:32.

⁽²⁾-انظر: أبو غدة، المرجع السابق، ص:98.

⁽³⁾-الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، 1992، ج: 813/7.

⁽⁴⁾-محمد، عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والشريعتين المسيحية واليهودية والقنوانين الوضعية؛ مع ثبوت بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1990، ص:97-98.

وهذا أيضا تعريف غير جامع لعدم ذكره المتواري والمحبوس والغائب لعذر من الأعدار الشرعية كقيود في التعريف.

ثالثا: تعريف الدكتور حسن عبد الغني أبو غدة.

الغائب في مفهومه هو: «الخصم المدعى عليه، حال وجوده في بلد المحكمة، لكنه ممتنع عن الحضور إليها، ولا يقدر القاضي على إحضاره إما لسلطته وتعززه، وإما لاختفائه وتستره، ويراد بالغياب أيضا: الخصم المدعى عليه إذا كان خارج بلد المحكمة...»⁽¹⁾. ويفتقر هذا التعريف كذلك إلى قيود منها: المفقود، والمحبوس، والأسير.

رابعا: تعريف الدكتور محمد محيي الدين عبد الحميد.

الغائب عنده هو: «الرجل الذي لا يسهل إحضاره أمام القاضي لمراجعته فيما تدعيه عليه زوجته، سواء أكان غائبا عن البلد حقيقة، أم كان مختفيا في نفس البلد، وسواء أكانت غيبته عن البلد مسافة قصر أم كانت دونها، ومن العلماء من لا يعدّه غائبا إلا إذا كان غائبا عن البلد التي فيها زوجته، وكان على مسافة قصر فما فوقها، ومن الغائب نوع يسمى المسجون والمفقود»⁽²⁾.

البند السابع: التعريف المختار

والمختار من هذه التعاريف هو تعريف الدكتور محمد محيي الدين عبد الحميد، لكونه جامعا لأغلب حالات الغياب التي تنطبق عليها الأحكام الخاصة بزوجة الغائب في هذا البحث.

(1)- أبو غدة، المرجع السابق، ص: 66.

(2)- محمد محيي الدين محمد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، ط1، 1984، ص: 200.

المطلب الثاني: حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي

قبل التطرق إلى تفصيل آراء الفقهاء، في أحكام زوجة الغائب ينبغي الإشارة إلى أمر هام وهو أنّ منشأ الخلاف عند الفقهاء في بعض الأحكام مبني أساساً على خلاف قبله في أصل الحكم على الغائب، من حيث الجواز وعدمه، لذلك سيتم في هذا المطلب التعرض إلى ما جاء في الفقه الإسلامي في حكم القضاء على الغائب، وفق فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في حكم القضاء على الغائب والأدلة على ذلك

الفرع الثاني: الرأي الراجح في حكم القضاء على الغائب عند الفقهاء

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في حكم القضاء على الغائب والأدلة على ذلك

اختلف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الحكم على الغائب من حيث الجواز أو المنع إلى قولين اثنين، سيتم عرضهما مع الأدلة في ذلك كالآتي:

البند الأول: القائلون بمنع القضاء على الغائب

«ذهب الأحناف، والإمام زيد بن علي، وشريح⁽¹⁾، وعمر بن عبد العزيز⁽²⁾،»

(1)- القاضي شريح: هو شريح بن الحارث بن قيس القاضي الكندي الكوفي، أبو أمية، استقضاه عمر رضي الله عنه ثم علي. فمن بعده، حدث عن عمر وعلي وابن مسعود، استعفى من القضاء قبل موته بسنة من الحجاج، كان فقيهاً شاعراً، كما كان أعلم الناس بالقضاء، قيل إنّه مات سنة 78هـ، وقيل 87هـ. (انظر: الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، لبنان، ج: 59/1. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي، محمد الجاوي، دار الخليل، بيروت، ط1، 1992، ج: 701/2).

(2)- عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي، أبو حفص، الخليفة الصالح والملك العادل، وربما قيل له خامس الخلفاء الراشدين، تشبهاً له بهم، ولد بالمدينة عام 61هـ، ونشأ بها، وليّ الخلافة سنة 99هـ، توفي سنة 101هـ. (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج: 50/5).

وابن أبي ليلى⁽¹⁾ «(2). إلى أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون عنه خصم حاضر، كالوكيل، والوصي، والوارث، ومتولي الوقف.

إلا أن المتتبع لأقوال الحنفية وعباراتهم المتعددة في المسألة، قد يلمح اضطرابا وتتاقضا فيها، سنحاول في هذا البحث التحقيق فيه كما سيأتي:

جاء في "بدائع الصنائع": «إنما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب، إذا لم يكن عنه خصم حاضر، فإن كان يجوز لأنه قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى، والخصم الحاضر؛ كالوكيل، والوصي، والوارث»⁽³⁾.

وجاء في "الفتاوي الخيرية": «قد اضطرب كلام علمائنا في مسألة الحكم على الغائب وله... ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال...»⁽⁴⁾.

إلا أن قول صاحب "الفتاوي الخيرية" باضطراب كلام الحنفية في حكم القضاء على الغائب يمكن توجيهه بأن الخلاف قائم عندهم ليس في أصل الجواز أو عدمه، لأنه ثبت قولهم بعدم الجواز حقا، غير أنهم قد أجازوه في حالتين اثنتين هما: حالة الضرورة ورفع الحرج والمشقة؛ كالحكم بالنفقة لزوج الغائب والمفقود، وهو ما صرح به صاحب "الفتاوي الخيرية" ذاته بقوله: «فالذي ينبغي أن يحتاط ويتأمل ويلاحظ في مسألة القضاء على الغائب الحرج والضرورات، فإنها تبيح المحظورات، فما بالك بالثابت باجتهاد مجتهد أجمعت الناس على صحة اجتهاده - وهو محمد بن إدريس الشافعي -،

(1) - ابن أبي ليلى: هو عبد الرحمن يسار الأنصاري الكوفي، أبو عيسى، إمام وفقهه، روى عن عثمان وعلي وابن مسعود وآخرين، توفي غرقا سنة 82هـ، وقيل 83هـ. (انظر: الذهبي، المرجع السابق، ج: 58/1).

(2) - الصنعاني، شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن علي بن محمد بن سليمان بن صالح السباغي الخيمي، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الخيل، ج: 438/3.

(3) - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2، 1982، ج: 223/6.

(4) - الرملي، المرجع السابق، ج: 5/2.

ومن قال بجواز الحكم على الغائب مثله، فإذا علم ذلك، وعلم ما يلحق النساء من الضرر والمشقة بغيبة أزواجهن، ... فعلى المفتي وإن كان حنفياً أن يفتي بجواز الفسخ الصادر من القاضي⁽¹⁾.

والحالة الثانية: إنفاذ الحكم الذي يصدر من الحاكم الذي يرى جواز القضاء على الغائب، وإمضائه من طرف الحاكم الحنفي، وجاء في هذا عن ابن عابدين من الحنفية قوله: «والحاصل أنه لا خلاف عندنا في عدم جواز القضاء على الغائب، وإنما الخلاف في نفاذ الحكم وعدمه إذا حكم به من يرى جواز القضاء على الغائب»⁽²⁾. وإنما كان الحكم بنفاذه مع أنهم يقولون بعدم جواز القضاء على الغائب للضرورة ورفع الحرج والمشقة، كما صرح به الرملي في النص أعلاه.

هذا؛ وقد ذهب المانعون للقضاء على الغائب إلى رأيهم هذا استناداً إلى عدد من الأدلة هي:

أولاً: أدلة القائلين بمنع القضاء على الغائب:

استدل المانعون للقضاء على الغائب بأدلة من المنقول والمعقول منها ما يأتي:

1- من المنقول: استدلوا بنصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فمن القرآن ما ذكره الكاساني⁽³⁾ في "البدائع" من قوله تبارك وتعالى:

(1)-الرملي، المرجع السابق، ج:5/2.

(2)-ابن عابدين، المرجع السابق، ج:414/5.

(3)-الكاساني: هو أبو بكر بن مسعود علاء الدين، من فقهاء الحنفية، يلقب بملك العلماء، تفقه على يدي محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، وتزوج ابنته فاطمة، له عدة مؤلفات أشهرها: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، توفي سنة 587هـ. (انظر: ابن أبي الوفاء، محي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الخلسر، دار هجر، مصر، ط2، 1993، ج:4/25-28).

﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ (1).

حيث قال: «إن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، والحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، فلا يتحقق هذا الحق إلا بحضور المتخاصمين» (2).

أما من السنة النبوية الشريفة، فقد استدلوا بقول الرسول ﷺ: «إنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار» (3)، ووجه الدلالة في هذا الحديث هو أن «القضاء يبني على ما يسمع من الخصمين، سواء في الدعوى أو البيّنة، وهذا يقتضي أن يكون الاثنان حاضرين ليتمكن القاضي من سماع أقوالهما جميعاً، فيحكم بناء عليها» (4).

ومما استدلوا به من السنة كذلك قول الرسول ﷺ لعليّ عليه السلام: «يا علي إذا أتاك أحد الخصمين فسمعت منه فلا تقض له حتى تستمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه يتبين لك القضاء» (5)، ووجه الدلالة في هذا الحديث «أن نهي الرسول ﷺ لعليّ

(1)-سورة ص، الآية: 26.

(2)-الكاساني: المرجع السابق، ج: 223/6.

(3)-رواه البخاري ومسلم، وأبو داود وابن ماجه والنسائي ومالك في الموطأ وأحمد، واللفظ المذكور أعلاه لمسلم. راجع في ذلك: -النووي أبو زكريا يحيى الدين بن شرف، شرح صحيح مسلم، كتاب الأفضية، دار الفكر، 1981م، ج: 4/12. وابن حجر، فتح الباري، كتاب الأحكام، ج: 13/157. والعظيم أبادي، المرجع السابق، كتاب القضاء، ج: 362/9.

(4)-بلعتروس، المرجع السابق، ص: 38.

(5)-هذا الحديث ذكره البيهقي في سننه بطرق مختلفة وألفاظ متنوعة. واللفظ المذكور أعلاه كما جاء في سننه كاملاً هو: «أخبرنا أبو علي الحسين بن محمد الروذباري أنبا عبد الله بن عمر بن أحمد بن شاذب الواسطي بها ثنا شعيب عن أيوب ثنا محمد بن عبد الله الأنصاري عن حاتم بن أبي صغيرة عن سماك بن حرب عن حنش بن المعتمر عن علي عليه السلام قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن فقلت: يا رسول الله تبعتني إلى قوم أفضي بينهم وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء، فقال لي: =

عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، والقضاء للمدعي على حال غيبة المدعي عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر، لأنه قد يكون له ما يبطل دعوى الأول، ويدحض حجته، فهذا كان النهي، لأن الجهالة تمنع من القضاء، وأنها لا ترتفع إلا بسماع كلامهما - أي كلام المدعي والمدعى عليه-»⁽¹⁾.

2- من المعقول.

قالوا: «إن غياب المدعى عليه يؤدي إلى عدم سماع كلامه، وقد تكون له حجة تبطل دعوى الحاضر، فلذلك لا يجوز الحكم عليه وهو غائب»⁽²⁾. كما أنه «إذا لم يحضر الخصم مجلس القضاء لا يكون نزاع لعدم العلم بإنكاره فلا يصح الحكم في هاته الحالة الذي هو بمعنى قطع النزاع»⁽³⁾. أضف إلى ذلك أن «الحق عند القاضي لا يظهر إلا إذا سلم الشهود من المعارض، فلو كان الخصم حاضرا ربما يخرجهم أو يأتي بشهود على خلاف ما ادعاه عليه، فلا بد إذن من حضوره»⁽⁴⁾.

ثانيا - مناقشة أدلة المانع للقضاء على الغائب.

لم تسلم الأدلة التي استدلت بها أصحاب هذا الرأي -القائلون بمنع القضاء على الغائب- من معارضة مخالفيهم لها؛ ففيما يخص استدلالهم من القرآن الكريم فقد رُدَّ

=يا علي إذا أتاك أحد الخصمين فسمعت منه فلا تقض له حتى تستمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه يتبين لك القضاء. قال: فما زلت قاضيا -كذا في رواية حاتم بن أبي صغيرة-». راجعه في: البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب القاضي لا يقبل شهادة الشاهد إلا بمحضر الخصم المشهود عليه ولا يقض على الغائب، دار الفكر، ج: 10/140. كما أخرجه الترمذي كذلك بألفاظ أخرى في سننه، وقال حديث حسن. انظر: الترمذي، محمد بن عيسى بن سور، سنن الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في الإمام العادل، حديث رقم: 1346، دار الفكر، بيروت، ج: 2/395.

⁽¹⁾-السرْحسي، المرجع السابق، ج: 17/36. الكاساني، المرجع السابق، ج: 6/223.

⁽²⁾-انظر: الصنعاني، المرجع السابق، ج: 3/439.

⁽³⁾-حيدر، المرجع السابق، ج: 4/674.

⁽⁴⁾-الغرْنوي، أبو حفص سراج الدين، الغرة المنيفة في تحقيق الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، ط1،

بأن: «الآية الكريمة المذكورة، ونحوها من الآيات التي تحمل أمرا بإقامة الحق والحكم بين الناس بالعدل آيات عامة لا يوجد فيها تخصيص لحاضر عن غائب، والعموم يبقى على عمومه ما لم يرد عليه دليل يخصه»⁽¹⁾.

أما دليلهم من السنة النبوية فقالوا في الحديث المذكور أولا، «إنه عام إذ لم يأت فيه لفظ صريح يبين أن السماع يكون من كلام المتخاصمين على وجه اجتماعهما، أو من أحدهما على وجه الانفراد»⁽²⁾. أما الحديث الثاني، والمتعلق بنهي الرسول ﷺ لعليّ عن القضاء لأحد الخصمين وهما حاضران حتى يسمع كلام الآخر فقالوا: «نقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين، ويفارق الحاضر الغائب، فإن البيّنة لا تسمع على حاضر إلا بحضوره، والغائب بخلافه»⁽³⁾. وأما استدلالهم بالمعقول فاعترض عليه بأن «قولهم باحتمال وجود حجة مع الغائب تبطل دعوى الحاضر مردود؛ لأن من أجاز الحكم على الغائب قد احتاط له وأعطاه الحق في المراجعة -مراجعة الحكم- عند مجيئه من غيبته لاحتمال أن تكون معه أدلة تدحض دعوى خصمه»⁽⁴⁾.

وأما قولهم بعدم وجود نزاع ما لم يحضر الخصم فلا يصح الحكم الذي هو بمعنى قطع النزاع، فمردود أيضا، إذ إنه «ليس بالاستدلال القوي؛ فالغائب لا يتصور منه إلا إقرارا أو إنكارا للدعوى الموجهة ضده، فإن كان إقرارا صادف الحكم عليه محله، وإن كان إنكارا فقد توفر الشرط الذي نصّوا عليه ههنا»⁽⁵⁾.

(1)-انظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج:438/8.

(2)-انظر: بلعروس، المرجع السابق، ص:38.

(3)-ابن قدامة، موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ج:485/11.

(4)-انظر: بلعروس، المرجع نفسه، ص:39.

(5)-المرجع نفسه، ص:39.

وأما قولهم بعدم سلامة الشهود من المعارض فيجب حضور المدعي فمردود كذلك «لأن الغائب يتمكن من الطعن فيهم عند قدمه»⁽¹⁾.

البند الثاني: القائلون بجواز القضاء على الغائب.

أصحاب هذا الرأي هم: «المالكية سوى ابن الماجشون⁽²⁾، والشافعية في أصح الروايات عنهم، وجمهور الحنابلة، وهو قول الأوزاعي⁽³⁾، وابن سيرين⁽⁴⁾، والليث بن سعد⁽⁵⁾، وأبو عبيد⁽⁶⁾، وبه قال ابن حزم، وهو المعمول به في أحكام عمر⁽⁷⁾ وعثمان⁽⁸⁾

(1)- انظر: ابن رشد، المرجع السابق، ج: 1/336.

(2)- ابن الماجشون هو أبو مروان عبد الله بن عبد العزيز القرشي الفقيه المصنف، تفقه على يد أبيه والإمام مالك وغيرهما وعلى يده تفقه أئمة كبار كابن حبيب وسحنون وابن المعدل، توفي سنة مائتان واثني عشر على الأشهر. انظر: مخلوف، المرجع السابق، ص: 56.

(3)- الأوزاعي هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد عالم أهل الشام أبو عمرو الأوزاعي، كان يسكن بمحلة الأوزاع بدمشق، ثم تحول إلى بيروت مرابطا بها إلى أن مات، قيل ولد ببعلبك عام ثمان وثمانين للهجرة، وقد كان محدثا حدث عن كثير كعطاء بن رباح، ومكحول وقتادة، توفي سنة 157هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1981، ج: 107/7، ص: 134.

(4)- ابن سيرين: هو محمد الأنصاري أبو بكر بن أبي عمر مولى أنس بن مالك، مات سنة 110هـ، انظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مرجع سابق، ج: 1/77.

(5)- الليث بن سعد هو عبد الملك بن شعيب بن سعد، كان فقيها ورعا، وكان عسيرا في الحديث، وحل رواياته عن أبيه عن جده وكان من أصحاب ابن وهب، توفي سنة 248هـ. انظر: عياض، المرجع السابق، ج: 4/170.

(6)- أبو عبيد: كان اسمه سعدا وقيل هو مولى عبد الرحمن بن أزهر، وقيل هو مولى عبد الرحمن بن عوف، كان من القدماء من أهل الفقه، وكان ثقة، وله أحاديث. توفي بالمدينة عام 98، انظر: ابن سعد محمد بن منيع الهاشمي البصري، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990م، ج: 5/64.

(7)- عمر بن الخطاب: ابن نفيل بن عبد العزّي بن رباح بن عبد الله بن قرظ بن زراح بن عدّي بن كعب بن لؤي القرشي العدوي، أبو حفص، ولد بعد عام الفيل بثلاثة عشر سنة، كان من المهاجرين الأوائل، شهد بدرًا والمشاهد كلها مع الرسول ﷺ. ولّى الخلافة بعد أبي بكر سنة 13هـ. قتل على يد أبي لؤلؤة المحوسبي وهو ابن ثلاث وستين سنة. انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 4/1144-1159، وابن الأثير، عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكرم بن عبد الواحد الشيباني، أسد الغابة في معرفة الصحابة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1377هـ.

(8)- عثمان: هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية القرشي الأموي، ثالث الخلفاء الراشدين، كان غنيًا في الجاهلية، وأسلم بعد البعثة بقليل، جمع القرآن الكريم في مصحف واحد، وكان يلقب بذي النورين لأنه تزوج من بنتي الرسول ﷺ رقية وأم كلثوم، وهو من العشرة المبشرين بالجنة، استشهد سنة 35هـ. انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 3/69.

وعلي⁽¹⁾ وآخرين من الصحابة والسلف الذين تولّوا القضاء»⁽²⁾.

إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن القائلين بجواز القضاء على الغائب قد اشترطوا لصحة الدعوى عليه وقبولها شرطين أساسيين هما:

أولاً: يمين القضاء: «وهي أن يحلف الشخص المدعي على أنه ما استوفى حقه من المدعى عليه، على خلاف بين الفقهاء في وجوبها أو استحبابها»⁽³⁾.

ثانياً: البينة: «وهي أن يظهر الشخص المدعي بينة على صحة دعواه على الغائب كإحضار الشهود»⁽⁴⁾. ولا شك من أنه في هذين الشرطين احتياط لحق الغائب ورعاية لمصلحته.

هذا وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أدلة سنعرضها فيما يأتي مع المناقشة والتحليل.

أولاً: أدلة القائلين بجواز القضاء على الغائب.

اعتمد المجوزون للقضاء على الغائب على عدد من الأدلة من المنقول والمعقول نوجزها فيما يأتي: فمن المنقول استدلوا بآيات من القرآن الكريم وأحاديث من السنة

⁽¹⁾ -علي بن أبي طالب اسم أبيه عبد مناف بن عبد المطلب، وقيل اسمه شيبه بن هاشم، وقيل اسمه عمرو بن عبد مناف، وقيل اسمه المغيرة بن قصي. ويكنى علي أبا الحسن، كان من أشهر الصحابة رضي الله عنهم، وهو زوج فاطمة بنت النبي ﷺ، توفي سنة 40 هـ، وهو ابن 63 سنة. انظر: ابن سعد، المرجع السابق، ج: 5/24.

⁽²⁾ -انظر في هذا: ابن جزري، المرجع السابق، ص: 196. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروز آبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، ج: 2/303. المرداوي، المرجع السابق، ج: 11/298. ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 11/485. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 12/171. ابن حزم، المرجع السابق، ج: 8/438. أبو غدة، المرجع السابق، ص: 80.

⁽³⁾ -انظر: ابن فرحون، المرجع السابق، ج: 1/331. اخشي، محمد بن حارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، ط1، 1985، ص: 353. الشيرازي، المرجع السابق، ج: 2/303. ابن قدامة: المرجع السابق، ج: 11/486.

⁽⁴⁾ -انظر: المناوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الخاوي الكبير، تحقيق: د. محمود مطرجي، دار الفكر، لبنان، 1994، ج: 20/367. الغمراوي، المرجع السابق، ص: 599. مرعي بن يوسف، المرجع السابق، ص: 287.

النبوية الشريفة والإجماع، وأثار الصحابة رضي الله عنهم. فمن القرآن قوله تبارك وتعالى:

1/ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ خَنِيًّا أَوْ قَوْبَرًا فَلِلَّهِ أُولَىٰ بِمَا فَلَ تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ (1).

2/ وقوله ﷺ: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ الْبُلُغَ فَمَسْكُوهُنَّ يَمْعُرُوهنَّ أَوْ قَارِقُوهُنَّ يَمْعُرُوهنَّ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُؤْتِي بِه مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴾ (2).

ووجه الدلالة في الآيتين هو أنهما وردتا على وجه العموم في الأمر بإقامة العدل والشهادة بالحق، «فلم يخصّ تعالى حاضرا من غائب، فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر» (3).

وأما من السنة النبوية، فقد استدلوا بأحاديث منها:

1/ ما ورد عن عائشة (4) رضي الله عنها أنها قالت: «دخلت هند بنت عتبة (5)

(1) -سورة النساء، الآيات: 135.

(2) -سورة الطلاق، الآية: 2.

(3) -ابن حزم، المرجع السابق، ج: 438/8.

(4) -عائشة: هي بنت أبي بكر الصديق بن أبي قحافة بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي، زوج النبي ﷺ، ولدت بعد البعثة بأربع سنين، تزوجها النبي ﷺ وهي بنت ست سنين، ودخل بها وهي بنت تسع، كانت من أفضه النساء وأعلمهم، وهي أحب النساء إلى رسول الله بعد خديجة، توفيت سنة 58هـ. انظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1976م، ج: 42-28/13.

(5) -هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف من أشهر نساء قريش في الجاهلية وفي الإسلام، أسلمت عام الفتح، ماتت في محرم سنة أربع عشرة يوم مات أبو قحافة والد أبي بكر الصديق ﷺ، اشتهرت بقصتها مع حمزة، حيث تأرت منه إذ قتل أبيها وأخيها وابنها، فلاكت كبده. انظر: ابن سعد، المرجع السابق، ج: 187/8.

- امرأة أبي سفيان⁽¹⁾ - على رسول الله ﷺ ، فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني؛ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك جناح، فقال ﷺ: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»⁽²⁾.

قالوا: «إن في هذا الحديث دلالة على جواز القضاء على الغائب، لأن الرسول ﷺ قضى بالنفقة لهند وزوجها أبي سفيان غائب»⁽³⁾.

2/ ما صحّ عن النبي ﷺ: «أنه حكم على العرنيين الذين قتلوا الرعاة وسملوا أعينهم وفرّوا، فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أدركوا واقتص منهم، وعلى أهل خيبر وهم غيب بأن يقيم الحارثيون أولياء عند عبد الله بن سهل⁽⁴⁾، البيّنة أو يحلف خمسون

⁽¹⁾- أبو سفيان هو صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشي الأموي، ولد قبل عام الفيل بعشر سنين، مات سنة ثلاث وثلاثين وقيل إحدى وثلاثين. انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 4/1680.

⁽²⁾- ورد هذا الحديث في كتب السنة بألفاظ متعددة، منها قوله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، ومنها «خذي من ماله ما يكفيك وبنك بالمعروف» ومنها «لا حرج عليك أن تنفقي بالمعروف». واللفظ المذكور أعلاه لمسلم، انظر: - النووي، المرجع السابق، كتاب الأقضية، دار الفكر للطباعة والنشر، سنة ثلاثة وثمانين، ج: 7/12، وقد ذكره بألفاظه الأخرى في نفس المرجع، ص 12.

- ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الأحكام، ج: 13/171، وكتاب النفقات، ج: 9/504.

- العظيم آبادي، المرجع السابق، كتاب البيوع، ج: 2/325-326؛ حيث قال: قال المنذري في حديث هند: «أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه بلفظ خذي ما يكفيك وبنك بالمعروف، وأخرجه البخاري ومسلم والنسائي بلفظ لا حرج عليك أن تنفقي بالمعروف». انظر في ذلك: المرجع نفسه، ج: 9/326.

⁽³⁾- انظر وجه استدلال الفقهاء بحديث عائشة في: ابن نضر، علي، المعونة على مذهب أهل المدينة، دار الكتب العلمية، ط 1، 1998، ج: 2/419. البغدادي، أبو محمد، التلقين، دار الفكر، بيروت، 1985، ج: 2/533. الماوردي، المرجع السابق، ج: 2/377. ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 11/485. ابن حزم، المرجع السابق، ج: 8/439. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 9/504.

⁽⁴⁾- عبد الله بن سهل: الأنصاري الحارثي، أخو عبد الرحمن، وابن أخي حويصة، وهو المقتول بخيبر، اشتهر بحديث القسامة هذا. انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 3/924.

منهم على قاتله من أهل خيبر ويسلم إليهم، أو يؤدوا ديته، أو يحلف خمسون من يهود أنهم ما قتلوه ويبرؤون»⁽¹⁾.

وأما الإجماع، فقالوا: «قد نقل عن غير واحد من العلماء إجماع الصحابة على جواز الحكم على الغائب، وإنه لم يصح عن أحد منهم خلافه»⁽²⁾.

وأما من الآثار فقد استدلوا بأقضية السلف منها: قضاء عمر وعثمان رضي الله عنهما - لزوجة المفقود «بأنها تتريص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا، ثم تتزوج»⁽³⁾. وبما ورد عن عمر أيضا أنه «كتب إلى أبي موسى الأشعري⁽⁴⁾ أنه بلغني أن أناس من قبلك دعوا بدعوى الجاهلية: يا آل ضيبة، فإذا أتاك كتابي هذا فأنهكهم عقوبة في أموالهم وأجسامهم حتى يفرقوا إذا لم يفقهوا»⁽⁵⁾.

وأما من المعقول والقياس فقالوا:

1- من القياس: قاسوا الغائب على الميت والصبي والمجنون لاجتماعهم في علة واحدة وهي عدم القدرة على الإجابة عن أنفسهم وعن المخاصمة⁽⁶⁾.

⁽¹⁾-رواه البخاري ومسلم. انظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، كتاب الذيات، باب القسامة، حديث رقم: 6898، ج: 12/229.

⁽²⁾-انظر: أبيا غدة، المرجع السابق، ص: 86.

⁽³⁾-انظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج: 8/440.

⁽⁴⁾-أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب بن عامر بن عتر، أسلم بمكة وهاجر إلى الحبشة، حدث عنه طارق بن شهاب، وابن المسيب، والأسود وأبو وائل وغيرهم. ولآه عمر بن الخطاب رضي الله عنه على البصرة، فافتتح الأهواز وولاه عثمان بن عفان الكوفة، قيل مات سنة 42هـ بالكوفة، وقيل غير ذلك. انظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مرجع سابق، ج: 1/23. وابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 4/742.

⁽⁵⁾-انظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج: 8/440.

⁽⁶⁾-انظر: الماوردي، المرجع السابق، ج: 20/368.

2- من المعقول: -قالوا: «إن عدم الحضور بالموت يكون أبلغ في التعذر منه بالغيبة، فإذا قضي مع الموت فمع الغيبة أولى»⁽¹⁾.

- «إن في ترك القضاء على الغائب ذريعة إلى إبطال حقوق الناس؛ لأنه لا يشأ أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب فلا يمكن القضاء عليه»⁽²⁾.

ثانيا: مناقشة أدلة المميزين

لم تسلم أدلة المميزين أيضا من مناقشة مخالفين لها، واعتراضاتهم عليها، فكانت كالاتي:

أ- بالنسبة لأدلتهم من القرآن الكريم، قالوا: «إنها خاصة بالشهادة، والاستدلال بها في القضاء استدلال بالعموم، ولا يكون ذلك إلا استكمالا لأدلة خاصة، وهي غير موجودة»⁽³⁾.

ب- أما أدلتهم من السنة النبوية؛ ففيما يخص حديث عائشة المتعلقة بقصة هند مع زوجها أبي سفيان فقالوا فيه: «هو فتوى من الرسول ﷺ وليس قضاء، إذ لو كان قضاء لقتّر لها الرسول ﷺ ما تأخذه من ماله بدليل الرواية الأخرى للحديث التي قال فيها ﷺ (لا حرج عليك)، والتي هي صيغة من صيغ الإفتاء»⁽⁴⁾. كما أن «أبا سفيان كان حاضرا بمكة ولم يكن غائبا»⁽⁵⁾.

(1)- انظر: ابن نضر، المرجع السابق، ج: 419/2.

(2)- المرجع نفسه، ج: 419/2.

(3)- انظر مناقشة هذا الدليل في: بلعترس، المرجع السابق، ص: 42.

(4)- انظر: الكاساني، المرجع السابق، ج: 26/4. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 511/9.

(5)- انظر: ابن رشد (الحفيد)، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الشريعة، ج: 460/2. ابن

حجر، فتح الباري، مرجع سابق، كتاب النفقات، ج: 511/9. النووي، المرجع السابق، كتاب الأفضية، ج: 9/12.

وفي الحقيقة، قد كان خلاف الفقهاء طويلا في قول الرسول ﷺ لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، إن كان قضاء أم فتيا⁽¹⁾، ولعل قول ابن حجر⁽²⁾ الآتي يوضح لنا هذا الخلاف، حيث قال: «ومما رجع به أنه قضاء -أي قول الرسول ﷺ «خذي...» لا فتيا؛ التعبير بصيغة الأمر، حيث قال لها: «خذي»، ولو كان فتيا لقال لها مثلا: (لا حرج عليك إذا أخذت)، ولأن الأغلب من تصرفاته ﷺ، إنما هو الحكم وليس الفتوى، ومما رجع به أنه كان فتوى؛ وقوع الاستفهام في القصة في قول هند «هل علي جناح؟»، ولأنه فوض تقدير الاستحقاق إليها، ولو كان قضاء لم يفوضه إلى المدعي، ولأنه لم يستحلفها على ما ادّعت، ولا كلفها البيّنة...»⁽³⁾. إلا أن ابن حجر في الأخير قد جمع بين الرأيين جمعا حسنا ورفع الخلاف بتوجيه قال فيه: «كل حكم يصدر من الشارع فإنه ينزل منزلة الافتاء بذلك الحكم في مثل هاته الواقعة»⁽⁴⁾، كما أنه «وإن كان أبو سفيان حاضرا في مكة؛ فإنه غائب عن مجلس القضاء، فيكون هذا نوع قضاء

⁽¹⁾ -الفرق بين القضاء والفتيا: يختلف القضاء عن الفتيا لاعتبارات تحدث عنها الفقهاء كثيرا، اختصرت منها بعضا مما ذكره الإمام القرافي في النقاظ الآتية:

أ- إن القاضي إذا أصدر حكما أصبح قوله ملزما، بعكس المفتي فإنه إذا أصدر فتوى فإنه لا يلزم بها، بل كل مع عليه هو إخبار المستفتي بتلك الفتوى، فإن شاء قبلها وإن شاء تركها.

ب- إن قضاء القاضي في مسائل الاجتهاد لا ينقض ولا يرد، وذلك لمصلحة الأحكام ورفع التشاجر والخصام، بينما تكون فتوى القاضي في حادثة هي محل خلاف قابلة لنقض غيره، فجاز لقاضي آخر ردها واحكم بخلافها.

ج- إن القضاء يبنى أساسا إلى الحجاز، بينما تبنى الفتوى على الأدلة.

د- تختص أحكام العبادات بالفتوى فقط، بينما تقبل الأحكام الدنيوية -أي التي يكون التزاع فيها لمصلحة دنيوية- احكام والفتيا-.

(انظر هذه الفروق في: القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1994، ج: 10/122 والفروق، دار المعرفة، لبنان، ج: 4/48 وما بعدها.

⁽²⁾ -ابن حجر: هو أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن أحمد العسقلاني المصري الشافعي، ولد في مصر عام 273هـ، إمام وعالم وحافظ وقاضي مشهور، اشتهر بمعرفة علوم الحديث لا سيما رجاله، فألف فيه مؤلفات كثيرة على رأسها: "فتح الباري في شرح البخاري"، و"الإصابة في تمييز الصحابة"، توفي سنة 352هـ. (انظر: أبو الحسن، الحسن الحسيني الدمشقي، ذيل تذكرة الحفاظ للذهبي، دار الكتب العلمية، لبنان، ج: 5/326-343.

⁽³⁾ -ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 9/511.

⁽⁴⁾ -المرجع نفسه، ج: 9/511.

على الغائب عند الفقهاء»⁽¹⁾.

أما الحديث الثاني الذي استدلوا به والمتعلق بحكم الرسول ﷺ على يهود خيبر وهم غائبون فلم أجد - أثناء البحث - جوابا للمانعين عنه، غير أن الدكتور أبو غدة قد لاحظ بأن: «الحادثة لم تقع من أفراد المسلمين بل من غيرهم، وإن تصرف الرسول ﷺ فيها ليس بمقتضى منصب القضاء، بل بمقتضى منصب الإمامة، وهذه فيها وصف زائد على القضاء؛ لأن الإمام هو الذي فوّضت إليه السياسة العامة للدولة»⁽²⁾، وفي هذا التوجيه - والله أعلم - زيادة استدلال على جواز القضاء على الغائب.

وأما دليلهم من الإجماع والآثار فلم أجد أثناء البحث كدلالة ما يردّ به عليهما من قبل المخالفين سوى ما ورد عن عمر رضي الله عنه «بأنه قد رجع عن قضائه لزوجة المفقود بتربص أربعة سنين»⁽³⁾. لكن خبر رجوعه هذا قد رده ابن حزم كذلك بقوله بعدما أورد الأثر المتعلق بزوجة المفقود عن عمر وعثمان: «...والذي أوردناه عن عمر وعثمان صحيح، ولا يصح عن أحد من الصحابة خلافه أبدا...»⁽⁴⁾.

أما القياس «فلا اعتراض للمخالفين عليه لأنهم هم كذلك يقولون بجواز الحكم على الميت، والصغير والمجنون لنفس العلة، وهي عدم التمكن من إجابة الخصم»⁽⁵⁾.
وأما المعقول فقد ردّوا عليه بأن «حفظ أموال وحقوق المدعين الحاضرين ليس أولى من حفظ جانب وحقوق المدعى عليهم الغائبين، ومن حقوقهم تمكينهم من الدفع والاعتراض والطعن، وهذه لا تكون في غيابهم»⁽⁶⁾.

(1)- انظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 511/9.

- قد استخلص النووي في شرحه لصحيح مسلم من حديث عائشة المتعلق بقصة هند بنت عتبة أكثر من عشرة فوائد فقهية، راجعها إن شئت في: ج: 7/12.

(2)- انظر: أبا غدة، المرجع السابق، ص: 85.

(3)- انظر: البيهقي، المرجع السابق، ج: 445/7. ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 132/9.

(4)- ابن حزم، المرجع السابق، ج: 440/8.

(5)- انظر: أبا غدة، المرجع السابق، ص: 88.

(6)- انظر: الزيلعي، المرجع السابق، ج: 191/4.

الفرع الثاني: الرأي الراجح في مسألة الحكم على الغائب في الفقه

يبدو بعد ما سبق عرضه من آراء وأدلة ومناقشات للفقهاء في مسألة الحكم على الغائب من حيث الجواز أو عدمه؛ أن الرأي الراجح في المسألة - والله أعلم - هو رأي الجمهور القائل بجواز القضاء على الغائب. وقد انبنى هذا الترجيح على اعتبارات أجملها فيما يأتي⁽¹⁾.

أولاً: بالنسبة لأدلة الفريقين.

تبدو - والله أعلم - أدلة الجمهور القائلون بجواز القضاء على الغائب أقوى - إجمالاً -، حيث إن بعضها منها قد ورد خاصاً في محل النزاع، كالحديث الذي صح فيه حكم الرسول ﷺ على يهود خيبر وهم غيب، هذا الأخير الذي لم أجد فيه معارضا طيلة البحث. كما أن قصة هند بنت عتبة التي روتها عائشة - رضي الله عنها - مع الرسول ﷺ، وإن لم تكن خاصة بحكم القضاء على الغائب، إلا أنها تعتبر نصاً في حكم نوع من أنواع الغياب، وهو الغياب عن مجلس القضاء مع الحضور في البلد، وهو ما أسماه أغلب الفقهاء - كما سبق ذكره في المبحث الأول من هذا البحث - الغياب القريب. قال في هذا المعنى ابن حجر: «... وإن كان أبو سفيان حاضراً في مكة فإنه غائب عن مجلس القضاء، فيكون هذا نوع قضاء على الغائب عند الفقهاء»⁽²⁾. إضافة إلى أن إجماع الصحابة الذي لم يرد عليه اعتراض، قد رجح ما ذهب إليه الجمهور.

ثانياً: قد توافق ما ذهب إليه الجمهور في جواز الحكم على الغائب «مع مقاصد الشريعة الإسلامية»⁽³⁾، والتي من أهم مبادئها؛ حفظ الأموال ومنع أكلها بالباطل، وسد باب التحايل على أداء الواجبات، و(على) والوفاء بالحقوق، ويكون ذلك كله بإباحة إقامة

(1) - استعنت في هذا الترجيح بما ورد عن الدكتور أبو غدة، الذي رجح هو الآخر رأي الجمهور في المسألة.

(2) - ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، كتاب النفقات، ج: 511/9.

(3) - انظر: أبو غدة، المرجع السابق، ص: 91.

الدعوة على الغائب، إذا كانت لها بيّنة، مع الاحتفاظ له بحقه في دفع الدعوى وإبطالها -حال مجيئه- بالطرق المشروعة.

كما أنّ من أهم مبادئ الشريعة الإسلامية جلب المصالح ودفع المفسد، وفي جواز القضاء على الغائب مراعاة لمصلحة الجانبين -جانب المدعي والمدعى عليه- إذ تراعى مصلحة المدعي -الذي رفع الدعوى على الغائب- بالحكم على الغائب حال غيابه، إذ قد يكون غيابه هروبا من الوفاء بحق المدعى أيّا كان هذا الحق، كما تراعى مصلحته في عدم تعطيل مصالحه إلى حين قدوم الغائب، وتراعى مصلحة المدعى عليه -وهو الغائب- وذلك بإعطائه حق الطعن والمعارضة في الحكم عند مجيئه، وما اشترط الجمهور للبيّنة واليمين على المدعى إلاّ دليل واضح على مراعاة حق الغائب ومصلحته أثناء الحكم.

ثالثا: «إن تغير الأحوال وتبذل الأزمان»⁽¹⁾، الذي جعل الغياب في زماننا هذا يصبح مشكلة- بالرغم من تطور وسائل النقل والاتصال عما كانت عليه قديما، حيث تعددت أحوال الغائب وتتوّعت بسبب كثرة الهجرة إلى الخارج للكسب والعمل، نتيجة الأزمات الاقتصادية التي تعيشها المجتمعات العربية، أو لطلب العلم -أو بسبب الحروب والفتن الداخلية، والكوارث الطبيعية-، التي كثر فيها عدد المفقودين والمحبوسين والمعتقلين»⁽²⁾، يفرض علينا هذا التحول في نمط الحياة الذي انجر عنه كثرة العائلات التي يغيب عنها عائلها أو متولّي أمرها، -قلت- يفرض علينا هذا الواقع القول بجواز القضاء على الغائب، وإلّا عطلت مصالح الناس وضيعت حقوقهم،

(1)-انظر : أبا غدة، المرجع السابق، ص:91.

(2)-إنّ المعاناة التي شهدتها المجتمع الجزائري خلال العشرية الماضية، من جراء الأزمة الداخلية التي شهدتها البلاد بعد توقيف أنصار الانتخابي عام 1991، والتي أسفرت على ما يقارب 4000 مفقود، وكذا الكوارث الطبيعية التي شهدتها البلاد خلال السنوات الأخيرة والتي أسفرت هي الأخرى على حوالي 2000 مفقود في الزلزال الذي هزّ ولاية بومرداس عام 2003، -قلت- إن هذه المعاناة التي عاشها الشعب الجزائري بمختلف فئاته -نساء وأطفال ورجال- خير دليل على أنّ حالة الغياب والفقْد، حادثة جديدة بأنّ يهتم بها فقهاء الشريعة والقانون، ويجدون لها تكييفها فقهيا جديدا وواقعا لرفع المشقة والخروج عن كل هؤلاء.

وأصبحوا إلى طريق التشرّد والضياع أقرب، وإلا فكيف يعقل مثلا أن تبقى زوجات في مقتبل عمرهن فقد أزواجهن أو حبسوا لسبب أو لآخر معقّات لا هنّ مطلقات يستطعن الزواج بمن يعيلهنّ، ويقوم بشؤونهن، ولا هنّ متزوجات ومكفولات لا يحتجن إلى أحد، كل ذلك بسبب هو أن القضاء على الغائب لا يجوز، فلا يحكم على المفقود حتى يتبيّن خبره!

إذا، فإن باب الضرورة في هذا الموضوع قد اتسع، فأصبح القول - والله أعلم - بجواز القضاء على الغائب قاعدة، والقول بعدمه استثناء.

هذا، وفي ختام هذا الفرع، تجدر الإشارة إلى ملاحظة هامة وهي، أن جمهور الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب، قد وقع خلاف بينهم في أمرين هامين سيذكران هنا، لمالهما من شديد الارتباط ببعض الأحكام المتعلقة بزوجة الغائب، والتي سنتحدث عنها لاحقا:

أولا: اختلافهم في أنواع الحقوق التي يحكم فيها على الغائب.

اختلف الجمهور -القائلون بجواز القضاء على الغائب- في أنواع الحقوق التي يجوز الادعاء بها على الغائب إلى رأيين اثنين هما:

الرأي الأول⁽¹⁾: ذهب المالكية والظاهرية إلى أن الحكم على الغائب جائز في جميع أنواع الحقوق، سواء أكانت حقوقا للعباد أم حقوقا لله تعالى، ومستندهم في ذلك «عموم الأدلة القاضية بجواز الحكم على الغائب، إذ لم يأت فيها تفريق بينما كان حقا لله تعالى، وحقا لغيره»⁽²⁾.

(1)- انظر: عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الصادر، ج: 4/206. ابن حزم، المرجع السابق، ج: 8/434.

(2)- انظر: أبها عدة، المرجع السابق، ص: 98.

الرأي الثاني⁽¹⁾: ذهب الحنابلة والشافعية في الرأي الراجح عندهم إلى أن الحكم على الغائب جائز في حقوق الناس فقط، ولا يجوز في حق الله تعالى لأن «حقوق الناس مبنية على المشاحة والمضايقة، وحقوق الله تعالى مبنية على المساهلة»⁽²⁾، فعلى هذا لو قامت بينة على غائب بسرقة⁽³⁾ مال فعلى رأي المالكية والظاهرية يقضى عليه بغرم المال والقطع، وعلى رأي الشافعية والحنابلة يقضى عليه بغرم المال دون القطع.

وذهب الشافعية في الرأي الآخر عندهم إلى أن القضاء على الغائب جائز في سائر الحقوق إلا ما تعلق بالعقوبات، وذلك أن الدماء يحتاط لها لخطورتها، فلا يقضى على الغائب في غيبته فيها احتياطاً لحرمة الدماء أن تهدر بغير وجه حق.

ولعلّ الراجح في هذه المسألة هو هذا الرأي الأخير الذي ذهب إليه الشافعية في عدم جواز القضاء على الغائب فيما يتعلّق بالعقوبات، لأنه يوافق قاعدة مهمة من القواعد الشرعية في مجال القضاء الإسلامي ألا وهي درأ الحدود بالشبهات، وإن كان هذا في الحاضر، فما بالك إذا تعلق الأمر بغائب.

ثانياً: الاختلاف في المال الذي يحكم فيه على الغائب

حيث أتجه الفقهاء في هذه المسألة إلى رأيين اثنين هما:

الرأي الأول⁽⁴⁾: ذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض من المالكية وإحدى الروايات عن الإمام مالك؛ إلى أن الحكم على الغائب يكون في مطلق ماله، ولا فرق عندهم بين العقار والمنقول.

(1) -انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 485/11. الشريبي، المرجع السابق، ج: 415/4.

(2) -انظر: ابن قدامة، المرجع نفسه، ج: 485/11.

(3) -انظر: المرجع نفسه.

(4) -انظر: ابن شهاب الرملي، المرجع السابق، ج: 268/8. ابن فرحون، المرجع السابق، ج: 155/1. ابن حزم، المرجع

السابق، ج: 434/8.

الرأي الثاني⁽¹⁾: وهو الرواية الثانية عن الإمام مالك أن الحكم على الغائب جائز في ماله كله ما عدا العقار⁽²⁾، إلا إذا كانت غيبة الغائب بعيدة جدا أو كان مفقودا فإنها تباع عليه.

هذا، وقد رجح ابن حزم هذا الرأي الأخير على أساس أن التفريق بين العقار والمنقول قول بلا برهان، «بل إن العقار في رأيه كان أولى في الرأي أن يحكم فيه على الغائب، لأنه لا ينقل ولا يغاب عليه ولا يفوت، بل يستدرك الخطأ فيه في كل وقت وليس كذلك سائر الأموال»⁽³⁾.

(1)-انظر: ابن فرحون، المرجع السابق، ج:1/154.

(2)-العقار عند الفقهاء هو: الثابت الذي لا يمكن نقله ولا تحويله أصلا من مكان إلى آخر كالدور و الأراضي ، أما البناء والشجر و الزرع في الأرض فلا يعد عقارا إلا تبعا للأرض؛ فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء أو نخوه، أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليهما حكم العقار. أما المنقول فهو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقى على صورته وهيئة الأثرى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل، ويشمل النقود والعروض التجارية. وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات، وقيس في تعريف العقار هو كل ما له أصل، وقرار مثل الأرض والدار، والمنقول خلافه. انظر هذه التعاريف في: هيئة الرحيلى، المرجع السابق، ج:4/46. الجرحاني، علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 1998م، ص:153.

(3)-انظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج:8/434.

المبحث الثاني: تعريف الغائب وحكمه في القانون الجزائري مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من الحكم الغيابي

لقد اتفقت التشريعات السماوية والوضعية على أن الأصل في المحاكمات هو حضور الخصوم إلى مجلس القضاء تحقيقاً لأهم مبدأ من مبادئه وهو مبدأ العدالة وضمان الحقوق ورعايتها، فقد نص القانون الجزائري على وجوب حضور أطراف الخصومة إلى مجلس القضاء في المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾ الجزائري، حيث قال: «يحضر الأطراف -أطراف الخصومة- في اليوم المحدد في التكليف بالحضور أمام المحكمة بأنفسهم أو بواسطة محاميهم أو وكلائهم».

إلا أنه يمكن التخلي عن هذا الأصل في حالات معينة ولأسباب خاصة، أجاز من خلالها المقتن الجزائري الحكم في الخصومة غيابياً إذا اقتضت مصلحة فصل الخصومات وفض النزاعات ذلك، حيث جاء في نص المادة 35 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري قوله: «إذا لم يحضر المدعي أي الشخص الذي رفع الدعوى أو وكيله في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ يقضى بشطب الدعوى بحالها، وإذا لم يحضر المدعى عليه أو محاميه أو وكيله في اليوم المحدد رغم صحة التبليغ، يقضى في غيبته».

غير أن الحكم الغيابي الذي تصدره المحكمة لا يكون إلا في حالات معينة ولأسباب خاصة، تحدث عنها التشريع الجزائري، والتي لا تكاد تخرج في أغلب الأحوال عما اعتبرته القوانين والتشريعات الوضعية من حالات الغياب، والتي أجملها فيما يأتي:

⁽¹⁾-الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر العام 1368هـ الموافق 8 يونيو العام 1966، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمنتم.

المطلب الثانى: حالات الغياب⁽¹⁾

1- قد يكون غياب الشخص عن مجلس المحاكمة راجعاً لجهل المدعى أو المدعى عليه بموعد الجلسة التي يحددها القاضي ليلتقي الخصوم لفض النزاع، إما لأن تكليفاً بالحضور الموجه إليه لم يصله، إما لأنه لم يتوجه إليه إطلافاً أو وجبةً باطلاً فاقتداً بالحكمة المرجوة منه، كما لو لم يتضمن عنوان المحكمة أو التاريخ مثلاً.

2- وقد يكون غياب الخصم عن مجلس المحاكمة راجع لعذر من الأعذار، إذ قد تطرأ على الشخص أعذار طارئة تمنعه من الحضور، كالمرض والجنون والسجن وغيرها.

3- قد يكون غياب الخصم عن مجلس الحكم بإرادته وعمداً، حيث إنه رغم تكليفه تكليفاً صحيحاً بالحضور يتخذ قراراً بإرادته، يمتنع من خلاله عن الحضور.

هذا، وقد نص قانون⁽²⁾ الأسرة الجزائرى في المادة 110 منه على أن الغائب: «من منعه الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود».

ولعل هذه الحالة المنصوص عليها في نص هذه المادة تندرج ضمن حالة الغياب الراجع لعذر من الأعذار، الذي تحدثت عنه عند الفقهاء سابقاً.

كما أن القانون الجزائرى قد نص على حالات أخرى من حالات الغياب، كحالة المفقود الذي عرفه بكونه: «الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه ولا تُعرف حياته أو موته ولا يُعتبر مفقوداً إلا بحكم»⁽³⁾.

(1)- انظر: محمد بلعروس، المرجع السابق، ص: 32.

(2)- الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو سنة 1984م يتضمن قانون الأسرة.

(3)- المادة 109 من قانون الأسرة الجزائرى.

كما يفهم من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الرابعة منها، أن الحبس حالة من حالات الغياب التي يجوز الحكم فيها غيابيا، حيث أنه يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها في حالة: «الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية».

هذا عن موقف القانون الجزائري من الحكم الغيابي والحالات التي يجوز فيها إصداره له، إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون الجزائري قد احتاط في إصداره للحكم الغيابي بطرق عديدة، كي لا يكون متعسفا في الحكم على الغائب ولا مجحفا في حقه، وذلك بإمكان تأجيل⁽¹⁾ النظر في الدعوى المقامة ضده إلى جلسة أخرى إذا تبين بموجب رسالة صادرة عن المدعى عليه أو المعلومات التي يدلي بها في الجلسة أحد أقربائه أو جيرانه بأن غيابه قد كان لعذر؛ أضف إلى ذلك أن القانون الجزائري قد احتاط للغائب عند الحكم عليه غيابيا بإعطائه حق الطعن والاعتراض على الحكم الغيابي، حيث نصت المادة 98 من القانون المدني الجزائري على أنه «يجوز الطعن في الأحكام الغيابية بطريق المعارضة ضمن مهلة عشرة أيام من تاريخ التبليغ تحت طائلة البطلان أنه بانقضاء المهلة المكورة يسقط حق الطعن في المعارضة، ومع ذلك عندما يكون التكليف بالحضور مسلما بالذات، يعد الحكم حضوريا، ويكون غير قابل للطعن فيه بالمعارضة»، كما نصت المادة 412 من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾ الجزائري على أنه: «يجوز الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي بتقرير كتابي أو شفوي لدى قسم كتاب الجهة التي أصدرت الحكم، وذلك في مهلة العشرة أيام من التبليغ».

(1)- نصت على إمكان تأجيل النظر في الدعوى إلى جلسة أخرى قبل إصدار المحكمة لحكمها غيابيا بسبب غياب أحد أطراف الخصومة المادة: 36 قانون الإجراءات المدنية.

(2)- الأمر 66-155 المؤرخ بتاريخ 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

وقبل أن أختتم حديثي عن موقف القانون الجزائري من الحكم الغيابي وحالات إصداره، ارتأيت أن أفتح عينا على القضاء وتطبيقاته لهذا المبدأ، فترددت على مجلس قضاء ولاية قسنطينة، إذ وجدت من خلال إحصاءات⁽¹⁾ يصدرها هذا المجلس في نهاية كل عام أن الأحكام الغيابية في قسم الأحوال الشخصية للمحاكم التابعة لهذا المجلس القضائي تحتل حيزا وإن لم يكن كبيرا فإنه لا يمكن إغفاله؛ فلقد بلغ عدد الأحكام الغيابية الصادرة عنه خلال سنة 2003 ما يعادل 164 حكم غيابي، وهذا يدل على تطبيق القضاء لمبدأ الحكم الغيابي الذي يعد ضرورة ملحة للفصل في القضايا والمنازعات الواردة عليه، وإلا فكيف يعقل أن تبقى 164 قضية معطلة ولا يفصل فيها بسبب عدم الحكم على الأشخاص غاييبا؟

⁽¹⁾ -انظر الملحق الأول المرفق بهذا البحث والذي استلخصته من الإحصاءات التي يصدرها مجلس قضاء قسنطينة في نهاية كل عام وخاصة بالنشاط القضائي بكل المحاكم التابعة له.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون حول مفهوم الغياب

وحكم القضاء على الغائب

يظهر بعد ما سبق عرضه عن موقف الفقه الإسلامي، وكذلك القانون الجزائري حول مفهوم الغياب وحالاته وحكم القضاء على الغائب أنه هناك تقارب إلى حد بعيد بين النظامين الإسلامي والوضعي في هذا المجال، فلا نكاد نجد فرقا بينهما إلا في بعض الصور التي يعتبرونها نوعا من أنواع الغياب، إذ يعتد ببعضها الفقه الإسلامي ولا يعتد ببعضها الآخر القانون، والعكس صحيح. ويتضح لنا هذا الكلام في النقاط أو النتائج الآتية:

أولا: لم يختلف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -الجزائري- في اعتبار كثيرا من صور الغياب كحالات يجوز للقاضي فيها إصدار حكمه غيابيا على شخص ما يعتبر طرفا من أطراف الخصومة، كحالة الغياب لعذر مشروع كالمرض والجنون أو حالة المفقود والمحبوس، وإنما كان الخلاف بارزا بالنسبة إلى الغياب الذي مرده إلى المسافة، حيث اعتد به الفقه الإسلامي -كما بينا سابقا-، ولم يعتد به القانون الجزائري: «غير أن ذلك أمر طبيعي، فبعدها كانت المسافات قديما تقطع سيرا أو على الدواب، بحيث لو كلف شخص الحضور إلى القضاء من مسافات بعيدة لاستغرق وقتا كبيرا في مجيئه، وبلغ به ذلك مشقة عسيرة، أما اليوم وبعد هذا التطور التكنولوجي الكبير، فقد أصبحت المسافات الهائلة تقطع في الزمن اليسير، حيث يمكن للمطلوب إلى القضاء أن يأتي من مسافة كانت تعد عند الفقهاء القدامى بعيدة جدا، فيحضر المحاكمة ثم يعود لبييت بين أهله»⁽¹⁾.

كما يظهر لنا جليا وجه الافتراق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في حالة الغياب بعذر التخدير -عذر المرأة المخدرة-، وهي التي قال الفقهاء أنها معذورة في عدم حضور مجلس المحاكمة لاستحيائها من الرجال، هذا الحياء الذي قد يمنعها من

(1)-انظر: محمد بلعتروس، المرجع السابق، ص: 32-33.

تقديم حججها ودفع المظالم عن نفسها؛ هذه الحالة التي لا يعتد بها القانون كحالة مسن حالات الغياب، ولا يعتبر المرأة معذورة في التخلف عن مجلس القضاء لهذا السبب الذي ذكره الفقهاء، ولعل السبب في ذلك راجع هو الآخر إلى تغير نمط الحياة وتبذلها عما كانت عليه من قبل، ففي حين كانت المرأة لا تكثر من الخروج، فقد أصبحت في يومنا هذا تعمل مع الرجل جنباً إلى جنب، بل إن الواقع قد أثبت أن المرأة قد أصبحت تضاهي مرتبة الرجل في شتى المجالات، خاصة منها العلمية، فكيف لنا أن نقول على المرأة التي أصبحت تتعامل مع عالم الذرة والإلكترون بقدرات هائلة مثلها مثل الرجل؛ أنها لا تستطيع الدفاع عن نفسها في مجلس الخصومة أمام الرجال. وعلى كل حال فإنه لكل قاعدة استثناء، فقد توجد نساء مخدرات في زماننا هذا، ولكن الإشكال المطروح حول وجوب حضورها إلى مجلس القضاء أو عدمه، يمكن إزالته بجواز توكيلها لأحد الأهل أو الأقارب، أو المحامي.

ثانياً: لم يختلف الفقه الإسلامي في الرأي الراجح فيه- مع القانون الجزائري والقوانين الوضعية الأخرى في جواز الحكم على الغائب، وعدم انتظار مجيئه لفض النزاع والخصومة متى قامت أسباب ودواعي ذلك، كما أنهما لم يختلفا في إعطاء الغائب حق الطعن والاعتراض على الحكم الغيابي، احتياطاً لحقه ومراعاة لمصلحته، غير أن طرق الاعتراض والطعن تلك قد تختلف من حيث الإجراءات، بين ما جاء في الفقه الإسلامي وبين ما جاء في القانون، وذلك بحسب ما هو موجود من وسائل وإمكانات في كل عصر. إلا أنه لكل نظام خصائصه في إجراءات الطعن والاعتراض على الأحكام الغيابية لا مجال في هذا البحث للحديث عنه.

هذا وبعد ما تم تسجيله من أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظامين الإسلامي، والجزائري يمكننا أن نجزم بدون تردد أن الفقه الإسلامي يضاهي في تشريعاته في مجال القضاء أرقى التشريعات والقوانين الوضعية، بحيث لو أتاحت له الفرصة في يومنا هذا لتطبيقه، كما أتاحت لهذه النظريات والقوانين المعاصرة لأثبت جدارته وقدرته على الاستجابة لمتطلبات العصر.

الفصل التمهيدي:.....تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ولمزيد من البيان والكشف عن مزايا الفقه الإسلامي في مجال القضاء على الغائب؛ سأقف من خلال الفصول القادمة على جانب من الأحكام المتعلقة بحياته الشخصية، والتي ترتبط بزوجه مباشرة، وذلك من خلال حقها في النفقة وكيفية استحقاقها له أثناء غيابه، وحقها في الوطاء منه، وكيف تتصرف إن فقدته هو الآخر بسبب غيابه.

الفصل الأول:

حكم نفقة زوجة الغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: حكم نفقة زوجة الغائب في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني: حكم نفقة زوجة الغائب في قانون الأسرة
الجزائري وتطبيقاته القضائية مع المقارنة
بما جاء في الفقه الإسلامي.

يترتب على عقد الزواج إذا تم صحيحا بين الزوجين وجوب النفقة للزوجة على زوجها، بعد الدخول بها فعلا، سواء أكانت الزوجة غنية أو فقيرة، وسواء أكان الزوج غنيا أو فقيرا حاضرا أو غائبا.

فإذا تأخر الزوج عن أداء النفقة لزوجته، أو امتنع عن ذلك بسبب غيابه عنها، سواء أكان الغياب متعمدا أو مشروعا، أو كان الغائب قد انقطعت أخباره فأصبح مفقودا، أو حبس بسبب ارتكابه جريمة يستحق بها الحبس، أو كان أسيرا؛ فماذا تفعل هذه المرأة؟ هل تأخذ من أمواله -إن كان له مال- وتتفق على نفسها، ولا تنتظر مجيئه، لأن الانتظار يفوت عليها أمرا لا تقوم حياتها إلا به وهو النفقة؟

- وإن لم يكن له مال؛ هل تستدين لتتفق على نفسها؟

- وإن لم تتيسر لها الاستدانة؛ فهل يحق لها طلب فسخ النكاح أم لا يحق لها ذلك؟

كل هذه التساؤلات سأحاول الإجابة عنها من خلال هذا الفصل، وذلك ببيان رأي الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته القضائية، مع المقارنة في الأخير بين النظامين. كل هذا سيتم وفق مبحثين هما:

المبحث الأول: حكم نفقة زوجة الغائب في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حكم النفقة لزوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته القضائية، مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: حكم نفقة زوجة الغائب في الفقه الإسلامي .

اختلف الفقهاء في حكم النفقة لزوجة الغائب اختلافا واضحا، سأحاول إبرازه من خلال هذا المبحث، مع بيان الأدلة التي اعتمدها في ذلك، وما ورد حولها من اعتراضات ومناقشات، لأخلص في الأخير إلى الرأي الراجح عندهم، كل ذلك وفق المنهجية الآتية:

المطلب الأول: آراء المذاهب في نفقة زوجة الغائب .

المطلب الثاني: أدلتهم في حكم النفقة لزوجة الغائب .

المطلب الثالث: الرأي الراجح في حكم النفقة لزوجة الغائب .

المطلب الأول: آراء المذاهب في حكم النفقة لزوجة الغائب

اتفقت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، فقيرا كان أو غنيا، حاضرا أو غائبا.

إلا أنه يوجد تفصيل عندهم في حكم النفقة لزوجة الغائب؛ اتفقوا في بعض صورته واختلفوا في أخرى، معتبرين في ذلك:

1- حالة يسار الزوج الغائب وإعساره

2- وفي حالة يساره؛ طبيعة المال الذي يتركه الزوج، إن كان من جنس نفقة الزوجة أو بخلاف جنسها، وكذلك جهة وجوده إن كان تحت يد الزوجة أم تحت يد غيرها.

كل ذلك يتّضح لنا وفق ما يأتي من الفروع:

الفروع الأولى: مذهب الحنفية

ذهب الأحناف إلى أن القضاء على الغائب بالنفقة في أمواله لا يجوز إلا «لزوجته وأولاده الصغار، أما غيرهم من المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعلمات فلا يقض بنفقتهم فيه»⁽¹⁾. ثم بينوا كيفية الحكم بالنفقة لزوجة الغائب، فميزوا بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة يسار الزوج⁽²⁾:

إذا كان الزوج الغائب موسرا؛ بأن خلف وراءه مالا:

(1)- انظر: الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، ج: 3/96.

(2)- انظر: النظام وجماعة من علماء ائند، الفتاوي ائندية، دار إحياء التراث العربي، ط4، 1986، ج: 2/549 وما بعدها.

ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج: 5/327 وما بعدها. السرخسي، المبسوط، ج: 5/196.

أ- فإن كان هذا المال من جنس نفقة الزوجة «كالدرهم والدنانير، والطعام، والثياب، التي هي من جنس الكسوة»⁽¹⁾، وكان هذا المال تحت يد الزوجة، فإنها تتفق منه على نفسها وعلى أولادها الصغار، دون مراجعة القاضي في ذلك، لقول الرسول ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽²⁾، فإذا لم تأخذ من مال الغائب بنفسها، وراجعت القاضي في ذلك قضى لها بها إعانة منه لها على استيفاء حقها على سبيل الفتوى لا القضاء، أما إذا كان هذا المال تحت يد غيرها، كأن يكون في ذمة مدين، أو وديعة عند مودع⁽³⁾، أو مضاربة، وراجعت القاضي في ذلك، فرضها لها إعانة منه على سبيل الفتوى كذلك منه لا القضاء، إلا أن الفرض من القاضي في هذه الحالة لا يكون إلا بعد أن:

«1- يقر صاحب اليد على مال الزوج بالمال الذي عنده، كأن يقر المدين بالدين أو المودع بالوديعة.

2- أن يعلم القاضي بأن المدعية زوجة فعلا للغائب، في حالة إنكار صاحب اليد على مال الزوج لذلك»⁽⁴⁾.

إلا أن القاضي لا يسلم النفقة للزوجة إلا بعد أن: «يخلفها بالله على أن زوجها لم يعطها النفقة، وأنه لا يوجد سبب بينها وبين زوجها الغائب يسقط النفقة عنه كالنشوز مثلا، ثم يأخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البيّنة أنه قد أوفى نفقتها، وبالتالي يعود على الكفيل لاسترجاع حقه، وفي كل ذلك نظر للغائب وحفظ لحقه»⁽⁵⁾.

(1)- النظام، المرجع السابق، ج: 549/2.

(2)- تم تخريج هذا الحديث فيما سبق، انظر: ص: 18 من هذا البحث.

(3)- إذا ترك الزوج مالا مودعا في مصرف من المصارف الحديثة، ولم يترك لزوجته وثيقة سحب ذلك المال من ذلك المصرف، وهو غائب، فإنها تراجع القاضي في ذلك وتأخذ منه أمرا بالسحب.

(4)- انظر: المسرحي، المرجع السابق، ج: 196/5.

(5)- انظر: المرجع نفسه، ج: 196/5.

أما إذا أنكر من بيده المالَ والمالَ الزوجية، أو أنكر أحدهما، والقاضي لا يعلم ما أنكره، فللحنفية في ذلك رأيان: «فقال أبو حنيفة وصاحبا محمد وأبو يوسف - لا تسمع الدعوى من هذه الزوجة حتى لو أقامت بيّنة على أنها زوجة الغائب، لأنها تثبت النكاح على الغائب، والمودع أو المديون ليس بخصم على الغائب بالبيّنة»⁽¹⁾، لأنه لا يجوز القضاء عندهم على الغائب بالبيّنة. بينما قال زفر «تسمع الدعوى من الزوجة وتقبل بيّنتها على النكاح إذا أقامتها، وتفرض لها النفقة دفعا للضرر والمشقة عنها»⁽²⁾، «والمعمول به، عند الأحناف هو رأي زفر لحاجة الناس ومصلحتهم»⁽³⁾.

ب- أما إذا كان المال الذي تركه الغائب بخلاف جنس النفقة الزوجية، كأن يكون عقارا أو منقولا، سواء كان هذا المال تحت يد الزوجة أو تحت يد غيرها، فقال الأحناف: «ليس للزوجة أن تبيع من ذلك شيئا في نفقتها، كما لا يجوز للقاضي بيع ذلك»⁽⁴⁾، إلا أنه يوجد تفريق عندهم بين العقار والمنقول؛ «فإذا كان عقارا لا يفرض القاضي النفقة فيه بالإجماع عندهم، لأنه لا يمكن إيجابها فيه إلا بالبيع، ولا يباع العقار على الغائب، وإن كان منقولا من العروض، فقبل يباع وقيل لا يباع إلا إذا ثبت امتناع الغائب عن دفع النفقة ظلما»⁽⁵⁾.

«وأما إيجار العقار، أو الأموال التي يخاف عليها الفساد، فتأخذ زوجة الغائب نفقتها منها بلا خلاف عند الأحناف»⁽⁶⁾. قال في الفتاوى البزارية: «وله -أي القاضي- أن يبيع من مال الغائب ما يتسارع إليه الفساد، كالثمار ونحوه»⁽⁷⁾.

(1)- انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج: 197/5.

(2)- انظر: المرجع نفسه، ج: 197/5. الزيلعي، تبين الحقائق، ج: 60/3.

(3)- انظر: النظام، المرجع السابق، ج: 549/2.

(4)- انظر: المرجع نفسه، ج: 550/2.

(5)- انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 27/4.

(6)- انظر: السرخسي، المرجع نفسه، ج: 197/5.

(7)- البزار، حافظ الدين محمد بن شهاب، الفتاوى البزارية، موحدة بامش كتاب الفتاوى البزارية، المرجع السابق، ج: 234/5.

الحالة الثانية: حالة إحصار الزوج⁽¹⁾

إذا غاب الزوج وكان معسرا، حيث لم يخلف وراءه مالا، لا من جنس نفقة الزوجة ولا من خلفه، وكانت الزوجة كذلك معسرة، ورفعت أمرها إلى القاضي مطالبة زوجها بالنفقة، فإنه -المعاقب- يأمرها بالاستدانة، وهي: «أن تشتري بالنسيئة لتقضي الثمن من مال الزوج إذا أيسر»⁽²⁾، وتكون الاستدانة هنا؛ «ممن كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج، كالأخ الموسر -أخو الزوجة-، أو الابن الموسر -ابن الزوجة من زوج آخر-»⁽³⁾، «حيث أنهما يحسبان إذا امتنعا عن ذلك»⁽⁴⁾.

فإذا لم تتيسر لها الاستدانة وطلبت التفريق بسبب إحصار الزوج الغائب بنفقتها، فهل يكون لها الحق في ذلك؟ قال في مجمع الأنهر: «ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجزه -أي عجز الزوج- عن النفقة، ولا بعدم إيفاء الزوج حال كونه غائبا حقها، ولو كان الزوج موسرا لأن العجز عن الإنفاق لا يوجب الفراق»⁽⁵⁾، إلا أن بعضهم يقول بوقوع الفرقة من الزوج الغائب المعسر بالنفقة لدفع الضرر والحرص والمشقة عن الزوجة لمكان الضرورة، حيث جاء في الفتاوي الخيرية قوله في مسألة عن امرأة: «غاب عنها زوجها وتركها خالية من الفراش والنفقة والكسوة والمعاش، وأدت بها الضرورات والمحن لعدم النفقة والكسوة والسكن، ولا يتيسر لها الاستدانة ولا تستطيع مشقة الكسب والمهانة، فرفعت أمرها إلى القاضي الشافعي وقضى بالفرقة على قاعدة مذهبه مستوفيا لشرائطه هل ينفذ قضاؤه ولا يجوز نقضه وإبطاله لموافقته لمذهبه ووقوعه في محل الضرر ومواضعه أم لا؟ (أجاب): نعم ينفذ لمكان الضرورة والحرص وقد أفتى به من يعتد به من علماءنا لما رأى من واضح الحجج بما يلحقها من المشقة

(1)- انظر: الزيلعي، المرجع السابق، ج: 3/554. النظام، المرجع السابق، ج: 2/551. الرملي، الفتاوي الخيرية، ج: 2/5.

(2)- الزيلعي، المرجع نفسه، ج: 3/55.

(3)- المرجع نفسه، ج: 3/55.

(4)- دامادا فندي عبد الله بن الشيخ، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج: 1/401.

(5)- المرجع نفسه، 490/1.

والضير، وعدم تيسر الاستدانة في زماننا الذي قلّ فيه عمل الخير، فلا يجوز والحال هذه التعرض له بإبطال، لما في إبطاله من الإضرار وسوء الحال، والله أعلم»⁽¹⁾.

فيفهم من خلال هذا النص أن القاعدة عندهم هي عدم جواز الفرقة لعدم النفقة، حاضرا كان الزوج أو غائبا في حالة إفساره، إلا أنهم يجيزونها في بعض المواضع لمكان الضرورة ورفع الحرج والمشقة عن الزوجة.

الفهم الثاني: مذهب المالكية .

«ذهب المالكية في حكم نفقة لزوجة الغائب في حالة يساره إلى نفس ما ذهب إليه الأحناف»⁽²⁾، إلا أنهم قد اختلفوا عنهم في ثلاثة أمور هي:

1- لم يفرّق المالكية بين المال الذي يتركه الغائب فيما إذا كان من جنس نفقة الزوجة أم بخلاف جنسها، حيث قالوا: تفرض النفقة لزوجة الغائب في ماله المتروك، سواء كان هذا المال مالا ظاهرا، أو كان عقارا، إلى درجة أنهم «قد أجازوا بيع داره التي يحتاج إليها لسكناها في نفقة زوجته»⁽³⁾. إلا أنهم قد اشترطوا لبيع العقار على الغائب شروطا هي:

«أ- ثبوت ملكية الغائب له.

ب- أن هذا العقار لم يخرج من ملكه، لاحتمال أن يكون قد باعه.

ج- أن تشهد بيّنة بالحيازة -يعني أن الحاكم إذا ثبت عنده ملك الغائب للعقار، فإنّه لا يبيعه حتى يوجّه من عنده شاهدين عدلين لأجل حيازته، بأن يطوفا به داخلا وخارجا، ويحدّدانه بحدوده الأربعة، ثم يقولان لمن يوجّهه القاضي معهما هذا الذي حزنناه هو

(1)- الرملي، المرجع السابق، ج: 5/2.

(2)- راجع حكم نفقة زوجة الغائب في حالة يسار الزوج عند المالكية في: الدردير أحمد، الشرح الصغير على مختصره أفريت أنسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية، ج: 21/2. والدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ج: 496/3. عليش، شرح منح الجليل، ج: 444/2.

(3)- الدسوقي، المرجع نفسه، ج: 496/3-497.

العقار الذي شهد بملكه للغائب، فبعد ذلك يباع هذا العقار»⁽¹⁾. إلا أنني أرى أن هذا الرأي للمالكية فيه تعسف كبير وضرر زائد على الغائب، فكيف يعقل أن تباع داره في نفقة زوجته وأولاده حال غيابه؛ لا سيما وأن سبيل تحصيل النفقة لهذه الزوجة وأولادها ممكن قبل بيع داره عن طريق الاستدانة عليه، أو الرجوع إلى بيت مال المسلمين، أضف إلى ذلك أن إجراءات بيع العقار لا تكون سهلة كما نتصور لما يتعلق بذلك العقار من حقوق الورثة، فقد تحدث نزاعات حول بيع العقار، فيوافق أحد الورثة ولا يوافق الآخر، وتدخل هنا مشكلة الشفعة في العقار كذلك، وكل هذا يؤدي إلى طول أمد النزاع، فهل تنتظر الزوجة فض هذا النزاع بلا نفقة؟

2- فرقوا في المال الذي يكون تحت يد غير الزوجة، ويكون دينا في نمة مدين بين الحال والمؤجل منه؛ فقالوا: «وفرضها - أي النفقة - في الأول - أي الحال من الدين - ظاهر، وأما في الثاني - أي المؤجل - فينفق عليها الحاكم من عنده، أو من قرض فإذا حل الدين أخذ منه، ولا يباع ذلك الدين المؤجل»⁽²⁾.

3- «قد أجازوا للزوجة طلب الفرقة من زوجها الغائب، حتى ولو كان قد ترك لها مالا تتفق منه؛ لأن التفريق عندهم جائز بسبب الغياب في حد ذاته، لتضرر الزوجة من ترك الوطاء، وخشيتها على نفسها من الزنا، بينما منعها الأحناف من ذلك موسرا كان أو معسرا»⁽³⁾.

أما في حالة إعسار الزوج، فإن المالكية يرون أن: «الزوج الغائب إذا لم يترك لزوجته مالا تتفق منه ولا وكل وكلا بها؛ فإنه يطلق عليه القاضي للعسر بالنفقة إذا طلبت الزوجة ذلك، سواء دخل بها زوجها أم لم يدخل، دعاها إلى الدخول أم لم يدعها،

(1)- انظر: الدسوقي، المرجع السابق، ج: 497/3.

(2)- عليش، محمد. تقريراته على الشرح الكبير الموجود بحاشية الدسوقي، المرجع نفسه، ج: 497/3.

(3)- انظر: الدردير، المرجع السابق، ج: 215/2.

- سوف نرى في الفصل الثاني من هذا البحث تفصيل رأي المالكية في حواز التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج حتى ولو ترك مالا لزوجته تتفق منه.

وقبل أن يحكم القاضي بالطلاق لهذه الزوجة يضرب للغائب أجل الشهرين إما أن يرسل فيه النفقة لزوجته وإما أن يطلق القاضي عليه؛ وفي هذا قد وردت مسألة في كتاب المعيار المعرب لأبي عمر بن رشيّق⁽¹⁾ عن بكر غاب عنها زوجها قبل بنائه بها، غيبة طويلة إلى القيروان فقام أبوها يريد تطليقها عليه لعدم إنفاق زوجها الغائب عليها، فأجاب ابن رشيّق: «إذا ثبت المغيب وسألت البنت النفقة فلها ذلك من حين قامت بذلك، ويضرب السلطان للغائب أجل شهرين، فإذا انقضت حلفت الزوجة أنه ما ترك لها نفقة ولا كسوة، ولا شيئاً تمون به نفسها، ولا يعلم له مال ترجع فيه، ولا أن الزوجية انقطعت بينهما، وتثبت هذا اليمين عند الحاكم ويكون لها أن تطلق نفسها طلاقة واحدة وتتزوج ساعتئذٍ ولا عدة عليها إذا لم يبين بها»⁽²⁾.

إلا أن الطلاق في هذه الحالة حالة الإعسار - يكون رجعيًا، حيث إذا عاد الزوج من غيبته موسراً في عدة الزوجة فله ارتجاعها، وإن قدم معسراً، لم يكن له عليها سبيل إلا أن ترضى بالمقام معه»⁽³⁾.

الفرع الثالث: مذهب الشافعية

يرتبط حكم نفقة الزوجة عندهم بشرط التمكين⁽⁴⁾ حاضراً كان الزوج أو غائباً،

حيث:

⁽¹⁾ - هو عبد الرحمن بن محمد بن رشيّق الفقيه العالم المحدث الحافظ المؤرخ المشارك في سائر العلوم، روى عن أبي القاسم عبد الخالق بن شبلون والحسن بن عبد الله الأحدايي له تأليف في أخبار العلماء ومناقبهم وكراماتهم وتآليف أخرى في الفقه منها المستوعب لزيادات كتاب المرصود مما ليس في المدونة. (انظر: مخلوف، المرجع السابق، ص: 110).

⁽²⁾ - الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغربي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1981م، ج: 3/407-408.

⁽³⁾ - انظر: ابن حزي، القوانين الفقهية، ص: 221.

⁽⁴⁾ - المقصود بالتمكين: «أن تمكن الزوجة زوجها من أمرين اثنين هما: الاستمتاع بها ونقلها معه إلى حيث يريد». انظر في ذلك: الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 15/30. انووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، القاهرة، ج: 18/238.

1- «إذا غاب الزوج ولم تسلّم الزوجة نفسها إلى زوجها للاستمتاع بها ونقلها معه إلى حيث يريد قبل مغيبه، فلا نفقة عليه لها، لعدم توفر شرط التمكين من جهتها»⁽¹⁾.

2- أما إذا غاب عنها بعد أن سلّمت نفسها إليه ومكّنته من النقلة أيضاً، أو أرادت تسليم نفسها إليه فعرضت أمرها على القاضي، «فإنه يكتب إلى حاكم البلد الذي فيه الزوج، بأن الزوجة مسلمة نفسها إليك، فإما أن تحضر لنقلها أو ترسل وكيلك لنقلها، فإن حضر وتسلّم الزوجة هو أو وكيله، وجبت النفقة عليه من حين تسلّمها هو أو وكيله، وإن لم يحضر لعذر انتظرت الزوجة زوال العذر، فإن زال ولم يحضر، فرض القاضي لها نفقتها»⁽²⁾.

ثم بيّن الشافعية كيفية الفرض من القاضي، فمیزوا هم كذلك بين حالة يسار الزوج الغائب، وحالة إعساره على نحو مما يأتي:

أولاً: «إذا كان الزوج الغائب موسراً، فإنّ لزوجته أخذ نفقتها بنفسها من ماله الذي تركه، فإنّ لم تستطع، رفعت أمرها إلى القاضي وأخذ لها حقها منه، ولا فرق عندهم في طبيعة المال الذي تركه، ولا جهة وجوده»⁽³⁾.

إلا أنّ الشافعية قد أثاروا مسألة هامة في هذا الشأن وهي: فيما إذا غاب الزوج وكان له مال وغيّب ماله كذلك، فقالوا:

1- «إذا كان هذا المال غائباً بمسافة القصر فأكثر، حيث يتعذر على الزوجة الإنفاق منه، ولم تتيسر لها الاستدانة، فلها الحق في طلب فسخ النكاح لمشقة الحاجة والضرر لعدم الإنفاق»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-انظر: الماوردي، الحاوي، ج: 30/15. الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، ج: 341/2 وما بعدها.

⁽²⁾-انظر: الماوردي، المرجع نفسه، ج: 30/15. الأردبيلي، المرجع نفسه، ج: 341/2.

⁽³⁾-انظر: الشربيني، معني اختاح، ج: 442/3. الأردبيلي، المرجع نفسه، ج: 347/2. الشافعي، الأم، ج: 115/5.

⁽⁴⁾-انظر: الشربيني، المرجع نفسه، ج: 442/3.

2- «أما إذا غاب ماله دون مسافة القصر، فإن الزوجة أو القاضي يستطيعان إحضار ذلك المال وتأخذ الزوجة نفقتها منه، فلا حق لها في طلب الفسخ»⁽¹⁾.

ثانياً: إذا كان الزوج الغائب معسراً، قالوا: «إذا ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلد الزوجة، فلها الحق في طلب فسخ النكاح لتعذر النفقة، وهذا ما قطع به الأكثرون من الشافعية»⁽²⁾. «أما إذا جهل حال الغائب ولم يثبت ببينة إعساره فلا حق لها في الفسخ لعدم تحقق السبب الذي يجوز به الفسخ وهو الإعسار»⁽³⁾.

الفرع الرابع: مذهب الحنابلة

بنى الحنابلة كذلك وجوب النفقة على الزوج الغائب لزوجته، أو سقوطها عنه على شرط التمكين، فقالوا⁽⁴⁾: إن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه، بل تجب عليه في زمن غيبته... وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه... فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسليم فيه، لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه، ليستدعيه ويعلمه ذلك، فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها ويسلمها فيه لأن الزوج امتنع من تسلمها مع إمكان ذلك، فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً.

«ثم ميّزوا هم أيضاً بين حالة يسار الزوج الغائب، وحالة إعساره، حيث لم يختلف ما ذهبوا إليه في حالة يسار الزوج عما ذهب إليه المالكية والشافعية في العموم، أما في حالة إعساره فقد وافقوا الأحناف في ما ذهبوا إليه في أمر الزوجة بالاستدانة

(1)- انظر: الشريبي، المرجع السابق، ج: 3/442-443.

(2)- انظر: المرجع نفسه، ج: 3/442.

(3)- انظر: المرجع نفسه، ج: 3/442.

(4)- انظر: ابن قدامة، المعنى، ج: 9/282. المرداوي، الإنصاف، ج: 9/409.

أولاً، إلا أنهم قد افترقوا عنهم في تجويز الفسخ عند تعذر الاستدانة، بينما قال الأحناف بمنعه»⁽¹⁾.

الفرع الخامس: مذهب الظاهرية⁽²⁾

ذهبوا إلى نفس الرأي الذي سبق بيانه عند المالكية والشافعية والحنابلة في حالة يسار الزوج، أما في حالة إعساره فقد وافقوا الأحناف في عدم جواز الفسخ، بل إنهم يوجبون على الزوجة أن تتفق على نفسها من مالها إن كانت غنية، أو أن تأخذ نفقتها من بيت مال المسلمين، إن كانت فقيرة وتصبر على إعسار زوجها. قال ابن حزم: «وأما الزوجة وأم الولد فليستا مالا من ماله، لكن حقهما في ماله، فإن لم يكن له مال فحقهما في مال أنفسهما، فإن لم يكن لهما مال فحقهما في سهم المساكين والفقراء من الصدقات بنص القرآن، لأنهما حينئذ من جملة المساكين أو الفقراء... فأبي وجه للطلاق والعنق هاهنا»⁽³⁾.

ويمكن في الأخير تلخيص رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، في حكم نفقة الزوجة التي غاب عنها زوجها في النقاط الآتية:

أولاً: اتفق جميع الفقهاء حول وجوب النفقة على الزوج الغائب مهما كانت غيبته، قريبة أو بعيدة لعذر أو لغير عذر.

ثانياً: أن جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية، يوجبون النفقة في مال الزوج الذي يتركه في حالة يساره مهما كانت طبيعة هذا المال، منقولا كلن أو عقارا، بينما خالف الأحناف ذلك، فلم يجوبونها في عقار الزوج، لأن القضاء ببيع عقار الغائب لا يجوز عندهم، بناء على قاعدتهم في عدم جواز القضاء على الغائب.

⁽¹⁾ - ابن قدامة: المرجع السابق، ج: 282/9.

⁽²⁾ - انظر: ابن حزم، المحلى، ج: 263/9.

⁽³⁾ - انظر: المرجع نفسه، ج: 265/9.

ثالثًا: لا يوجد خلاف بين الفقهاء جميعًا حول وجوب أخذ الزوجة لنفقتها من مال الزوج الذي كون تحت يد غيرها كأن يكون تحت يد مودع أو مدين أو مضارب أو غير ذلك-، إلا أنه يوجد خلاف انفرد به الأحناف وهو في حالة ما إذا أنكر المدين أو المودع وجود مال الغائب عنده، ولم يعلم القاضي بذلك ولا بأن المدعية زوجة للغائب؛ فذهب الجمهور إلى جواز القضاء بالنفقة من ذلك المال للزوجة بناء على قاعدتهم في جواز القضاء على الغائب، بينما ذهب الأحناف إلى منع أخذ نفقتها من هذا المال في هذه الحالة، لأن في ذلك قضاء على الغائب، من غير أن يكون عنه خصم حاضر، وهذا لا يجوز عندهم.

رابعًا: ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، إلى جواز فسخ النكاح في حالة إعسار الزوج حاضرًا كان أو غائبًا، أما الظاهرية والحنفية فقالوا بعدم جواز ذلك، بل على المرأة الاستدانة، على ذمة زوجها عندما تكون معسرة أو ليس لها أي عمل ترتزق منه، فتستدين من أحد أوليائها أو من أجنبي، فإن لم تستطع ذلك فعليها بالرجوع إلى بيت مال المسلمين -الخزينة العامة للأمة-، وتأخذ نفقتها منها كما قال الظاهرية، ومما لا شك فيه أن مسألة الاستدانة التي أشار إليها الأحناف، إن دلت على شيء فإنما تدل على ضرورة غرس أهم خلق من الأخلاق الفاضلة في المجتمع المسلم، ألا وهو خلق التكافل والترابط الاجتماعي والأسري، بل إن الفقهاء قد وضعوا رادعًا لمن لا يعير الاهتمام لهذا الخلق السامي في شريعتنا الغراء، وذلك بجبر أقارب الزوجة على التكفل بها في حالة غياب زوجها عنها أو موته، حيث قالوا: «وتكون الاستدانة هنا ممن كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج، كالأخ الموسر أو الابن الموسر -ابن الزوجة من زوج غير زوجها الغائب-... حيث أنهما يحسبان إذا امتنع عن ذلك»⁽¹⁾. كما أن ما ذهب إليه الظاهرية من ضرورة رجوع الزوجة إلى بيت مال المسلمين وأخذها النفقة منه أثناء غياب زوجها، أو إعساره بالنفقة، إنما يبرز لنا «الوجه المشوف في الشريعة الإسلامية، ألا وهو قيام الخزينة العامة للأمة بتسديد نفقة تلك الزوجة إذا لم

(1) دامادا فندي، المرجع السابق، ج: 491/1.

يتوفر لها من يقرضها من أهلها أو أقربائها، وتلك مفخرة من مفاخر الشريعة الإسلامية، حيث إنه لا يوجد في أي نظام من النظم الوضعية كما في الإسلام، مثل هذا الأمر الذي يعد وجهها من أعظم وجوه السياسة الشرعية في الشريعة الإسلامية»⁽¹⁾.

هذا؛ وقد استند الفقهاء في آرائهم السابقة على عدد من الأدلة سأحاول عرضها ومناقشتها للخروج برأي راجح في المسألة كما سيأتي.

⁽¹⁾-انظر: حسن رمضان فحلة، محاضرات في فقه الأسرة ووجه السياسة الشرعية فيها، ألقها بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ص: 43 (غير مطبوعة).

المطلب الثاني: أدلة الفقهاء في حكم النفقة لزوجة الغائب

استدل الفقهاء جميعا على وجوب النفقة على الزوج الغائب لزوجته، وجواز أخذها من ماله الذي تركه في حالة يساره بحديث واحد للرسول ﷺ الذي قال فيه لهند بنت عتبة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁽¹⁾، إلا «أن الأحناف قد حملوه على أنه فتوى من رسول الله ﷺ، أما الجمهور فقالوا: هو قضاء»⁽²⁾.

أما في حالة إيساره فقد تعددت أدلتهم وتنوعت، سأحاول بيانها ومناقشتها كالآتي:

الفرع الأول: أدلة الجمهور

سبقت الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة قد ذهبوا إلى أن النفقة واجبة على الزوج الغائب لزوجته، حتى ولو كان معسرا، فإن لم يوفرها لها وراجعت القاضي في ذلك جاز لها طلب التفريق بينها وبينه بسبب إيساره بنفقتها، فكانت أدلتهم كالآتي:

أولا: من القرآن الكريم.

استدلوا بقوله تبارك وتعالى:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَكَأَيُّ لَوْمَةٍ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْنًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفَّتُهُ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽³⁾. ووجه الاستدلال بهذه الآية هو: «إذا عجز الزوج عن إمساك الزوجة

⁽¹⁾ - سبق تخريجه، انظر: ص 27 من هذا البحث.

⁽²⁾ - سبق ذكر هذا الحديث وآراء الفقهاء فيه إن كان فتوى من الرسول ﷺ أم قضاء لبي الفصل الأول من هذا البحث.

انظر: ص 30 - 34 .

⁽³⁾ - سورة البقرة، الآية: 229.

بمعروف، وجب عليه التسريح بإحسان، لأن المخير بين أمرين إذا عجز عن أحدهما تعين عليه الآخر»⁽¹⁾.

2- وقوله تبارك وتعالى:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبِأَنَّ غَنَ أَجَلْمَنَ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾⁽²⁾.

قالوا مستدلين بهذه الآية أن «زوجة المعسر حاضرا كان أو غائبا مستضرة فلم يكن له إمساكها»⁽³⁾، ورد على هذا الاستدلال بأن الآية «نزلت فيمن يطلق فإذا كادت العدة تقضى راجع، وهكذا بقصد الإضرار بالزوجة»⁽⁴⁾. وأجيب على هذا الاعتراض بأن «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»⁽⁵⁾.

ثانيا: من السنة النبوية

1- استدلوا بما روى أبو هريرة⁽⁶⁾ عن النبي ﷺ أنه قال: «أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ من تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى

⁽¹⁾-الماوردي، المرجع السابق، ج:50/15.

⁽²⁾-سورة البقرة، الآية: 231.

⁽³⁾-الماوردي، المرجع نفسه، ج:50/15.

⁽⁴⁾-ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج:501/9.

⁽⁵⁾-المرجع نفسه، ج:501/9.

⁽⁶⁾-أبو هريرة: صحابي جليل من أكثر الصحابة رواية للحديث، اختلف في اسمه اختلافا كبيرا، فقيل كان اسمه عبد شمس فسمي في الإسلام عبد الله، وقيل اسمه عبد لله، وقيل اسمه عمير بن عامر بن عبد ذي الشرى بن ضريف بن غيات بن أبي صعصع بن هنية، أسلم ورسول الله ﷺ في مكة توفي في عهد معاوية سنة 59هـ، وكان عمره 78 سنة. انظر: ابن حجر، النطقات الكبرى، ج:242/4. ابن عبد البر، الاستيعاب، ج:4/1770.

من تدعني؟ فقالوا: يا أبا هريرة: سمعت هذا من رسول الله ﷺ؟ قال: لا، هذا من كَيْسِ (1) أبي هريرة» (2).

«ورد على هذا الاستدلال بأن في الحديث زيادة من عند أبي هريرة، وليست من كلام رسول الله ﷺ، كما أن أبا هريرة قد حكى قول المرأة ولم يقل إن هذا هو الواجب في الحكم» (3).

2- «وبما روي عن سعيد بن المسيب (4) أنه سئل عن رجل أعسر بنفقة زوجته، فقال يفرق بينه وبينها، قيل سنة؟ قال: سنة» (5). قال الشافعي: «وقول الراوي سنة؛ يقتضي سنة رسول الله ﷺ فصار كروايته عنه» (6).

ورد وجه هذا الاستدلال بأن سعيداً «قد صح عنه قولان، أحدهما يجبر على مفارقتها للإعسار بالنفقة، والآخر ألا يفرق بينهما، وهما قولين مختلفين متعارضين، كما أنه لم يقل إنها سنة رسول الله ﷺ ولو قال كذلك لكان الحديث مرسلاً، كما أنه ربما أراد سنة عمر التي تثبت قوله بالتفريق للإعسار بالنفقة» (7).

(1) - تقرأ هذه الكلمة بكسر الكاف أو بفتحها، ومعناها بالكسر: من حاصله إشارة إلى أنه من استنباطه؛ أي مما فهمه أبو هريرة من الحدث، أما بالفتح: فمعناها من فطته. انظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 500/9.

(2) - رواه البخاري وأحمد. انظر: ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، كتاب النفقات، باب: وجوب النفقة على الأهل والعيال، حديث رقم 5355، ج: 500/9. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ج: 480/2.

(3) - ابن حزم، المحرر المعتمد، ج: 256/9.

(4) - سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم بن يقظة، وأمه أم سعيد بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص السلمي، كان سعيد جامعاً ثقة، كثير الحديث، ثبتاً، فقيهاً ومفتياً، مات سنة 94هـ في خلافة الوليد بن عبد الملك، وهو ابن خمس وسبعين سنة، ويقال في هذه السنة التي مات فيها سعيد سنة الفقهاء، لكثرة من مات فيها من الفقهاء. (انظر: ابن سعد، المرجع السابق، ج: 109-89/5).

(5) - ذكر هذا الأثر عند البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النفقات، باب: الرجل لا يجد نفقة امرأته، ج: 469/7.

(6) - انظر: الشافعي، المرجع السابق، ج: 115/5.

(7) - انظر: البيهقي، المرجع نفسه، كتاب النفقات، باب: الرجل لا يجد نفقة امرأته، ج: 470/7.

وأجيب عن هذا الحديث بأنه: «مرسل، لأن سعيد تابعي»⁽¹⁾. وأجيب عن هذا الجواب بأن الحديث «قد عضدته رواية أبي هريرة -المذكورة سابقا- فخرج من حكم المراسيل»⁽²⁾.

ثالثا: من الآثار

استدلوا بما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه «كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بقية نفقتهم الماضية»⁽³⁾. إلا أنه قد أجيب عن هذا الأثر بأن «عمر بن الخطاب لم يخاطب فيه إلا الأغنياء القادرين على النفقة، وليس في خبره حكم المعسر، بل إنه قد صح عنه إسقاط طلب المرأة النفقة إذا أعسر بها الزوج»⁽⁴⁾.

رابعا: الإجماع⁽⁵⁾

حيث أن القول بجواز التفريق لإعسار الزوج -حاضرا كان أو غائبا- هو قول عمر، وعلي وغيرهم، وليس مع انتشار قولهم في الصحابة والتابعين مخالف، فثبت أنه إجماع لا يسوغ خلافه.

خامسا: القياس⁽⁶⁾

حيث قاسوا جواز التفريق لإعسار الزوج حاضرا كان أو غائبا على جوازه

(1)-انظر: الماوردي، المرجع السابق، ج:5/15.

(2)-انظر: المرجع نفسه، ج:5/15.

(3)-انظر: المرجع نفسه، ج:50/15. البيهقي، المرجع السابق، كتاب النفقات، باب: الرجل لا يجد نفقة امرأته، ج:469/7.

(4)-انظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج:469/9 الزيلعي، المرجع السابق، ج:55/3.

(5)-انظر: الماوردي، المرجع نفسه، ج:51/15.

(6)-انظر: الشافعي، **الدرم**، ج:116/5.

للعجز عن الجماع من العنين⁽¹⁾ أو المجهوب⁽²⁾؛ فقالوا: إذا ثبت خيار الزوجة البقاء مع الزوج أو الفراق منه لفقد الجماع في العنين والمجهوب، فإن ثبوته مع فقد الغذاء أولى، لأن البدن يقوم بدون الجماع ولا يقوم بدون الغذاء».

وقد اعترض على هذا القياس بأنه «في المجهوب والعنين فوات المقصود من النكاح، وهو التوالد، فيجوز التفريق للعجز عن الجماع، أما المال فهو تابع فلا يلحق بما هو أصل، ولأن النفقة لا تفوت كالجماع بل تتأخر وتبقى دينا في ذمته فيمكن تداركها»⁽³⁾.

الفرع الثاني: أحالة الأحناف والظاهرية

وهم القائلون بعدم جواز التفريق بين الزوج الغائب المعسر وزوجته، وأدلتهم على ذلك هي نفس الأدلة التي استدلوا بها على عدم جواز الفرقة لإعسار الزوج الحاضر، ومجملها هو:

أولاً: من القرآن الكريم

1- استدلوا بقوله تبارك وتعالى:

﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽⁴⁾.

قالوا: «إن قوله تعالى ذو عسرة يدخل تحته كل معسر»⁽⁵⁾، حاضرا كان أو غائبا، إلا أنه أجيب عن هذا الاستدلال بأن الآية «خاصة فيما ثبت في الذمة ولا خلاف في أنها -أي الزوجة- لا تسحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي النفقة،

⁽¹⁾-العنين: هو الرجل ذو ذكر لا يمكن به جماع لشدة صغره أو لدوام استرخائه. وقال الباجي عن ابن حبيب: العنين من لا ينتشر ذكره ولا ينقبض ولا ينسط. انظر: الرضاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1993، ج:1/253.

⁽²⁾-المجهوب: قال عياض: هو المقطوع كل ما هنالك -أي مقطوع الذكر كله-. انظر: الرضاع، المرجع نفسه، ج:1/253.

⁽³⁾-انظر: الريلعي، المرجع السابق، ج:5/54-55.

⁽⁴⁾-سورة البقرة، الآية: 280.

⁽⁵⁾-انظر: الريلعي، المرجع نفسه، ج:3/54.

وإنما تستحقه بنفقة الوقت الذي لم يستقر في الذمة، فلم تتوجه الآية إلى هذا الاستدلال»⁽¹⁾.

2- كما استدلوا بقوله جل من قائل:

﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَىٰ مَا آتَاهَا سَيِّئًا لَّئِن لَّمْ يَكُنِ اللَّهُ بِذُنُوبِكُمْ لَاحِقًا لَّذُنُوبِكُمْ لَآتٍ سَعِيدًا﴾⁽²⁾.

قالوا: «في الآية دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق، فلا يجب عليه الإنفاق في هذه الحالة -حالة الغائب المعسر-، لأن في التفريق إبطال الملك على الزوج، وفي الأمر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الإبطال فكان أولى⁽³⁾.

ثانيا: من السنة النبوية

استدلوا بما رواه جابر⁽⁴⁾ بن عبد الله فقال: «دخل أبو بكر⁽⁵⁾ وعمر على رسول الله ﷺ فوجداه جالسا حوله نساؤه، واجما ساكنا!، فقال أبو بكر: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقلت إليها فوجأت عنقها. فضحك رسول الله ﷺ وقال: «هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر على عائشة يجأ عنقها، وقام

(1)- انظر: الماوردي، المرجع السابق، ج: 52/15.

(2)- سورة الطلاق، الآية: 7.

(3)- انظر: الزيلعي، المرجع السابق، ج: 54/3.

(4)- جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن غنم بن كعب بن سلمة الأنصاري السلمي، يكنى أبا عبد الله، وأبنا عبد الرحمن، وأبا محمد، أحد المحدثين الكثيرين عن النبي ﷺ وروى عن جماعة من الصحابة كذلك، ورد في الصحيح أن شهد العقبة ولم يشهد غزوة بدر ولا أحد، لأن أباه منعه من ذلك، فلما توفي لم يتخلف عن الغزو، مات سنة 78 للهجرة وقيل سنة 74، وقيل سنة 77 للهجرة، كما يقال أنه عاش أربعاً وتسعين سنة. انظر: ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة، مرجع سابق، ج: 45/1.

(5)- هو عبد الله بن عثمان بن أبي فحافة القرشي التيمي الصديق، أول من آمن برسول الله ﷺ من البعثة إلى الوفاة. أحد المبشرين بالجنة وأول الخلفاء الراشدين، توفي سنة 13 للهجرة. (انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 963/3).

عمر إلى حفصة⁽¹⁾ يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عن عنده!! ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام شهرا⁽²⁾.

ووجه الدلالة في الحديث: «لو كان هؤلاء النسوة على حق لما ضرب أبو بكر ابنته عائشة، وعمر حفصة، لأنه من المحال المتيقن أن يضربا طالبة حق»⁽³⁾.

ثالثا: من الآثار

استدلوا بما ورد عن غير واحد عن الحسن البصري⁽⁴⁾ أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته، قال: «تواسيه تتقي الله وَعَلَى وتصبر، وينفق عليها ما استطاع»⁽⁵⁾.

رابعا: من القياس

قالوا: «إن من وطأ زوجته مرة واحدة ثم أصبح عنيئا، فإنه لا يفرق بينه وبينها، فكذلك الحكم إذا أنفق على زوجته مرة ثم أعسر»⁽⁶⁾.

خامسا: من المعقول

قالوا: «إن في التفريق بينهما إبطال الملك على الزوج الغائب، وفي أمر الزوجة بالاستدانة عليه، تأخير حقها وهو أهون من الإبطال، فكان أولى لذلك لا يجوز التفريق»⁽⁷⁾.

(1) - حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنه وزوج النبي صلى الله عليه وسلم، كانت من المهاجرات وكانت تحت خنيس بن حذافة بن قيس بن عدي السهمي، فلما تأممت تزوجها النبي عليه الصلاة والسلام، توفيت في حين بايع الحسين بن علي معاوية سنة 41 للهجرة، وقيل سنة 45 للهجرة. انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج: 4/1812.

(2) - هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه، والإمام أحمد في مسنده. انظر: النووي، شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب: أن تغييره امرأته لا يكون طلاقا إلا بنية، ج: 5/80-81. ابن حنبل، المرجع السابق، ج: 3/328.

(3) - ابن حزم، المرجع السابق، ج: 9/260-261.

(4) - الحسن بن أبي الحسن أبو سعيد البصري، إمام أهل البصرة، وخير أهل زمانه، ولد لستين بقينا من خلافة عمر، أي سنة 21هـ. كان فقيها حجة مأمونا كثير العلم، توفي سنة 110هـ. انظر: ابن العماد، شذرات الذهب، ج: 1/136.

(5) - انظر: ابن حزم، المرجع نفسه، ج: 9/260-261. البيهقي، المرجع السابق، ج: 7/470.

(6) - انظر: ابن حزم، المرجع نفسه، ج: 9/260-261.

(7) - انظر: الزيلعي، المرجع السابق، ج: 3/54.

المطلب الثالث: الرأي الراجع في حكم النفقة لزوجة الغائب

يظهر لنا من خلال ما سبق عرضه من آراء وأدلة للفقهاء في حكم النفقة لزوجة الغائب، أنها مسألة من المسائل الاجتهادية التي لا يوجد فيها نص قطعي يجب الركون إليه والأخذ به، الأمر الذي جعل الفقهاء يستندون في آرائهم تلك إلى أدلة، كان بعضها عاما في النفقة فخصّصوه، وبعضها الآخر خاصا بجانب معين في النفقة فعمّموه، لأن العبرة عندهم بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. كما أن بعض الآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم الذين عاشوا عهد النبوة وصاحبوا الرسول صلى الله عليه وسلم وأخذوا عنه قد جاءت متعارضة، لهذه الأسباب وجب علينا إن أردنا الترجيح بين الآراء في مثل هذه المسائل الرجوع إلى أصول الشريعة الإسلامية ومقاصدها، ووجه السياسة الشرعية فيها، فكان الترجيح كالآتي:

أولا: في حالة يمار الزوج

يكاد يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة لزوجة الغائب وقد ترك مالا وراءه، ولعلّ السبب في ذلك هو وجود نص وإن لم يكن قطعيا - في المسألة، إلا أنه يعتبر خاصا في محل النزاع، لأنه نوع قضاء على الغائب كما قال ابن حجر، ألا وهو حديث عائشة المتعلق بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، وإن كان خلافهم حوله أيؤخذ به على سبيل أنه فتوى أم قضاء من رسول صلى الله عليه وسلم، فإنه والله أعلم خلاف شكلي لا جوهرى في المسألة، لأن كلا من القضاء أو الفتوى للرسول صلى الله عليه وسلم يعتبر تشريعا لنا.

هذا من حيث العموم، أما من حيث تفاصيل المسألة والتي اختلفوا في بعضها كمسألة جواز أخذ زوجة الغائب نفقتها من عقاره أم لا؟ فإن الراجع فيها والله أعلم هو رأي الأحناف الذين لا يجيزون بيع عقار الغائب، وسبب هذا الترجيح هو أن الزوجة قبل بيع العقار على الغائب يمكنها تحصيل نفقتها، إما بإيجاره، وإما عن طريق الاستدانة، ممن تجب عليهم نفقتها بعد الزوج في حالة عدم وجوده، وإما باتخاذ كفيّل

يتكفل بها، وإما بالرجوع إلى بيت مال المسلمين، كما أشار إلى ذلك ابن حزم الظاهري، فيستحسن إرجاء بيع العقار لصعوبة بيعه وحيازته، ولكون مشاحة الناس حوله كثيرة كما أرى أنه من المستحسن الاحتفاظ بهذا العقار كمال مدخر، لأنه ربما كبر أطفال هذه الزوجة من ذلك الزوج يوماً واستغلوه أحسن استغلال، فنكون بهذا الحكم قد راعينا مصلحة الزوجة من جهة، وذلك بإمكان نفقتها بإحدى السبيلين إما الاستدانة وإما الرجوع إلى بيت المال-، ومصلحة الزوج الغائب من جهة أخرى وذلك بعدم تقويت حقه في عقاره.

ثانياً: في حالة إعسار الزوج الغائب

أما في حالة إعسار الزوج الغائب فإنني أرى - والله أعلم - أن رأي الأحناف هو الراجح في المسألة، الذين قالوا بعدم جواز الفرقة لإعسار الزوج حاضراً أو غائباً، إلا إذا اقتضت الضرورة فإنه يجوز. وقد اتبنى هذا الترجيح على اعتبارات هي:

أولاً: إن القول بجواز فسخ النكاح بطلب الزوجة لإعسار زوجها بنفقتها حاضراً كاناً أو غائباً؛ «فيه إبطال حق بالكلية، وهو حق الزوج في استبقاء زوجته في نكاحه، وفي إلزامها الاستدانة عليه تأخير لحق وهو حقها في النفقة، فإن لم تيسر الاستدانة فتأخذ نفقتها من بيت مال المسلمين، فنكون بهذا قد طبقنا قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية التي تقتضي في مثل هذه الحالات ارتكاب أخف الضررين⁽¹⁾، ولا

(1) -وردت هذه القاعدة الفقهية إمامة بصيغ وألفاظ متباينة، منها: (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، ومنها: (يختار أهون الشرين)؛ لكنها متحدة في المعنى والمعنى الذي تؤدي إليه، والذي مفاده أن المصالح والمفاسد والأحسنات والسيئات إذا تعارضت أو تراخمت فإنه يجب ترجيح الراجح منها، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته، غير أن تقدير المصلحة والمفسدة هنا يخضع إلى ميزان الشريعة، ومن أبرز ما يشهد هذه القاعدة في القرآن الكريم قوله تبارك وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَحَدٌّ مِّنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْعِتَّةَ أَكْبَرَ مِنَ الْقِتَالِ وَلَا يَزَالُونَ يَقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرْجُوكُمْ حَتَّى دَبِيقُمْ إِنْ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ مِّنْ دَبِيقٍ فِيمَنْتَهُ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا

شك أن التأخير لحقها أخف ضررا من إبطال حق الزوج»⁽¹⁾.

ثانيا: إن قول الأحناف بعدم جواز فسخ النكاح في هذه الحالة، فيه مراعاة لمصلحة الأسرة بكاملها (زوج وزوجة وأولاد)، إذ أن مصلحة المحافظة على كيان الأسرة وعدم الزجج بها إلى طريق التشتت والتشرد أكبر وأولى من مصلحة الزوجة في فسخ النكاح، لأنها ربما فسخته من زوجها الغائب، فلم تجد زوجا غيره لتحصيل النفقة منه، خاصة وأنا إذا نظرنا إلى واقعنا المعيش لوجدنا مشكلة العنوسة في الفتيات الأبيكار اللاتي لم يتزوجن من قبل تشغل حيزا كبيرا في المجتمع، فما بالك بامرأة تيب تزوجت من قبل وتريد الزواج مرة أخرى، أضف إلى ذلك أن تحصيل النفقة لهذه الزوجة ممكن كما ذكرنا سابقا، إما بطريق الاستدانة، أو الرجوع إلى بيت مال المسلمين. أو بأخذ كفيل يتكفل بنفقتها ويرجع بها على الغائب حين يساره.

ثالثا: إلا أن القول بعدم جواز الفرقة بسبب عدم النفقة من الزوج الغائب لإعساره لا يؤخذ على إطلاقه، بل تستثنى منه كما قال الرملي حالات الضرورة ورفع الحرج، ولعل هذا المعنى يتحقق أكثر في زوجة المفقود، التي لا ينبغي أن تفرض عليها انتظار زوجها مدة طويلة دون إنفاق، بخلاف زوجة المحبوس الذي قد أودع السجن ظلما، ولمدة غير طويلة كالسنة والسنين مثلا، فإنه من باب الوفاء للزوج ورعاية أطفاله من جهة أخرى تزيث الزوجة وتصبر عليه.

= خَالِدُونَ. [سورة البقرة: 217] ففي هذه الآية قد أوحى الله ﷻ إلى أن ما نعمة الكفار على المسلمين من قتال في الشهر الحرام وإن كان مفسدة فما أنتم عليه من الصدا عن سبيل الله والكفر به وبالمسجد الحرام وصدكم عنه وإخراج أهله منه أكبر عند الله وفتنتكم المؤمنين بشديد الأذى محاولين إرجاعهم إلى الشرك أكبر من القتال في الشهر الحرام. انظر مزيدا من الشرح والبيان فذه القاعدة في: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990م، ص: 79. والندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1991م، ص: 276.

⁽¹⁾ -انظر: الكردي، أحمد الحجي، فسخ الزواج: بحث مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشريعة المسيحية واليهودية والقوانين العربية، اليمامة، دمشق، ص: 462.

أضف إلى ذلك أنه مما ينبغي مراعاته كذلك قبل إصدار الحكم بجواز الفرقة أو عدمها للزوجة من زوجها الغائب، هو أحوال الغائب عن زوجته، خاصة حالة المهاجرين -المغتربين- التي أضحت مشكلة تعاني منها كل المجتمعات العربية والإسلامية خاصة بلاد المغرب-، هؤلاء الذين يمكن تصنيفهم إلى ثلاثة⁽¹⁾ أصناف، يختلف الحكم من صنف إلى آخر بالفرقة أو عدمها، على نحو مما سيأتي:

الصنف الأول: هناك نوع من الغائبين عن زوجاتهم بسبب الهجرة إلى الخارج، تكون له القدرة على الإنفاق على زوجته مهما طال غيبته، إذ يترك لها مالا تتفق منه فلا يصيبها حيف أو ضرر عدم الإنفاق، إضافة إلى أنه لم يتخل لا عن زوجته ولا عن أولاده، بل يتصل بهم باستمرار عن طريق الرسائل أو الهاتف، ويكلف من ينوبه ليقوم بشؤونها مكانه، فهذا الزوج ينبغي أن لا نستجيب لزوجته في طلبها الطلاق منه، بل يجب عليها مؤازرته ومساعدته ومقاسمة أعباء الحياة معه، اللهم إلا إذا اشتكت من ضرر آخر نجم عن غيابه وهو تركه لوطنها، وخافت على نفسها من الانحراف والميول إلى الرذيلة، فالوضع هنا يختلف.

الصنف الثاني: قسم ليس له القدرة على الإنفاق ولكن الزوج منهم يدبر حاله باقتراض قدر من المال يتركه للزوجة ويهاجر الشهور والسنون، ولكنه يبقى وفيا للرابطة الزوجية، فلا يبخل على من تحته بالإنفاق، فلا يجوز لها طلب الفرقة بسبب عدم إنفاقه لإعساره، لإمكانها تحصيل النفقة بإحدى السبيلين المذكورين -الاستدانة أو الرجوع إلى بيت المال- اللهم إلا إذا حصل تضررها هي كذلك بسبب الغياب في حد ذاته، لترك الزوج وطنها وخشيتها من الزنا.

الصنف الثالث: وهو قسم قد يكون الزوج فيه غنيا أو فقيرا، لكنه بمجرد غيابه ينسى ما لزوجته عليه من حق الإنفاق أو يتناساها فيشح عليها ويبخل، بل إنه تمر

⁽¹⁾-انظر: هذا الرأي في تصنيف المهاجرين إلى هذه الأصناف عند: شتران، بلفاس، نفقة الأقارب والزوجة بين الشريعة والقانون: بحث مقارنة بين المذاهب الفقهية وقانون الأسرة الجزائري، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة،

الشهور والسنين على غيابه، وكأنه لم يخلف وراءه زوجة وأولادا هو مسؤول عنهم، فتقع زوجته في ضرر بالغ لعدم إنفاقه عليها من جهة، ولعدم تيسر الاستدانة لأن الناس يعرفون أنه يعمل في الخارج وتصلهم أخباره بأنه قادرا على الإنفاق عليها، لكنه مقصر في ذلك، فهذه الزوجة الحق في طلب الفرقة منه لمكان الضرر والحرج الذي تلاقيه لعدم إنفاقه عليها، ويكون طلبها في التطليق منه أبلغ إن اقترن بتضررها من تركه وطئها لطول غيبته، وعدم سؤاله عنها.

المطلب الرابع: نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم إنفاق الزوج الغائب على زوجته في الفقه الإسلامي

الفرقة الأولى: نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم إنفاق الزوج الغائب على زوجته

اختلف الفقهاء القائلون بجواز الفرقة للزوجة لعدم إنفاق الزوج حاضرا كان أم غائبا في نوع الفرقة إذا حكم بها القاضي ووقعت، هل هي فرقة فسخ أم طلاق؟

فذهب المالكية إلى اعتبارها طلاقا، حيث إنه إن وقع يكون رجعيا، إذ جاء في شرح منح الجليل قوله: «وله - أي الزوج المطلق عليه لعدم النفقة - الرجعة للزوجة المطلقة»⁽¹⁾، إلا أنهم يشترطون لصحة الرجعة تحقق يسار الزوج على نحو يقوم بنفقة زوجته مدة شهر وقيل نصف شهر وقيل غير ذلك»⁽²⁾. وقد كان هذا الشرط عند لصحة الرجعة «باعتبار أن الطلقة التي أوقعها الحاكم إنما كانت لدفع ضرر عجزه عن الإنفاق، فلا تصح رجعته إلا إذا زال الضرر أو تنازلت الزوجة عن حقها في النفقة ورضيت بالمقام معه مع إعساره»⁽³⁾.

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الفرقة الواقعة بسبب عدم الإنفاق سواء أكان الزوج حاضرا أو غائبا هي فرقة فسخ⁽⁴⁾، فقد جاء عن الشافعية في مغني المحتاج

(1) - عيش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج: 2/443.

(2) - المرجع نفسه، ج: 2/443.

(3) - انظر: المرجع نفسه، ج: 2/443.

(4) - الفرق بين الفسخ والطلاق: الطلاق هو إنهاء الرابطة الزوجية الناتجة عن العقد المبرم بين الزوجين، والفسخ قضاء على هذه الرابطة وإلغاءها، فكلاهما طريق من طرق إنهاء العلاقة الزوجية ومزين لآثاره المترتبة عنه، إلا أنهما يفترقان من عساة وجود من بينهما: الفسخ لا يكون إلا نتيجة قيام سبب دافع إليه؛ إن مفارقا للعقد كما في العقد الفاسد أو خيار المبيع، وإن ضارنا عليه كما في إرضاع إحدى الزوجتين ضررها الصغيرة، فعندها يفسخ تلقائيا أو يرفع أمره للقاضي فيحكمه بفسخه، أما الطلاق فهو إنهاء العقد وإيقاف لاستمرار آثاره دون أي سبب من تلك الأسباب المتقدمة، بل سببه الوحيد هو صدور اللفظ الموقوع له، كما أن الفسخ قد يقع بمجرد قيام سببه كما في حالات الفسخ بالردة، وقد يقع بحكم القاضي بأي لفظ كان، كما في حالة الفسخ بسبب العيب، أما الطلاق فلا يقع إلا بالفاظ مخصوصة صريحة كانت أو كتابية. (انظر: الكردي، المرجع السابق، ص: 41 - 72).

قولهم: «ليست هذه الفرقة فرقة طلاق، بل فسخ»⁽¹⁾، وجاء عن الحنابلة قولهم: «إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل، لأنه إنما فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلئن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى»⁽²⁾.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة⁽³⁾ على نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم إنفاق الزوج الغائب على زوجته

على اعتبار أن الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق -حاضرا كان الزوج أو غائبا، تقع طلاقا رجعيا يكون للزوج حق الرجعة لزوجته متى أيسر، والتزم بنفقتها؛ أما على اعتبار أنها فرقة فسخ، فإنها لا تحسب عليه طلاق، فلا ينقص بها عدد الطلقات التي يملكها الزوج، فعلى هذا إذا فسخ النكاح ثم أعادها الزوج بعقد جديد، فإنها تعود إن لم يكن قد طلقها قبل فسخه، أما إذا كان قد طلقها طلاقا واحدة قبل فسخ نكاحه ثم أعادها إليه بعقد نكاح جديد، فإنها تعود إليه بطاقتين فقط.

⁽¹⁾- الشريبي، المرجع السابق، ج: 3/442.

⁽²⁾- ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 7/572.

⁽³⁾- انظر: زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج: 8/402.

المبحث الثاني : حكم النفقة لزوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري مع مقارنته بالفقه الإسلامي

لقد كفل قانون الأسرة الجزائري حق الزوجة في النفقة على زوجها من خلال نص المادة 74، والتي تقول: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78-79-80 من هذا القانون».

لكن؛ إذا امتنع هذا الزوج عن أداء النفقة لزوجته بسبب غيابه عنها سواء لبعده وتواريه عن منزل الزوجية عمدا وتهربا من التزاماته نحو زوجته وأولاده، أو بسبب الظروف القاهرة التي تحول بينه وبين رجوعه إلى أهله كظرف أدائه لواجب الخدمة الوطنية، أو بسبب فقده أو حبسه؛ هل ضمن قانون الأسرة الجزائري للزوجة حقها في النفقة في حالة غياب زوجها عنها أم لا؟ وفي حالة عدم تمكن هذه الزوجة من تحصيل نفقتها منه بنفسها أو عن طريق القضاء، هل أعطاه القانون حق الفرقة منه لسبب عدم الإنفاق أم لا؟

كل هذه التساؤلات سأحاول الإجابة عليها في هذا المبحث من خلال ما هو موجود في قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية الواردة في هذا الشأن، مع العلم أنني تناولت في آخر هذا المبحث طرق وإجراءات التقاضي حول النفقة، كما وردت في القانون الجزائري، والهدف من ذلك يكمن في محاولة الإلمام بكل جوانب موضوع النفقة لزوجة الغائب في القانون الموضوعية منها والإجرائية. كما أنني قد حاولت الوقوف عند أوجه الاتفاق والافتراق بين ما جاء في هذا القانون والفقه الإسلامي. وعليه، فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين اثنين هما:

المطلب الأول: حكم النفقة لزوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري، والاجتهادات القضائية الواردة حوله، مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: إجراءات التقاضي حول النفقة.

المطلب الأول: حكم النفقة لزوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري،

والاجتهادات القضاية الواردة حوله، مع المقارنة بما جاء

في الفقه الإسلامي

إن المتصفح لنصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بنفقة الزوجة -المواد: 74-75-78-79-80- يلحظ أن المقتن الجزائري قد سكت عن موضوع النفقة لزوجة الغائب، فلم يخصص لها مادة أو مواد تفصلها، عكس ما قامت به التشريعات العربية الأخرى كالقانون المصري⁽¹⁾ والسوداني والتونسي⁽²⁾ واللبناني⁽³⁾، وغيرها⁽⁴⁾ من التشريعات العربية التي قننت موضوع النفقة لزوجة الغائب، والتي استمدت أحكامها في غالب الأحيان من الفقه الإسلامي.

(1)- لقد كان العمل في القانون المصري في حكم النفقة لزوجة الغائب بالمذهب الحنفي، إلى أن صدر القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 في 12 يوليو، حيث عدل المقتن المصري عن هذا المذهب، فنصّ على نفقة زوجة الغائب في المادة 5 بقوله: «إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر اعتبر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أحلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإلتفاق عليها ضيق عليه القاضي بعد مضي الأجل، فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المخل، أو مفقودا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي، وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة». (انظر: محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب، ص: 115).

(2)- أما القانون التونسي فقد نصّ على نفقة زوجة الغائب في المادة 40، حيث قضت أنه إذا غاب الزوج عن زوجته، ولم يكن له مال، ولم يترك النفقة، ولم يقيم آخر بالإلتفاق عليها حال غيابها، ضرب له الأحكام أحلا مدة شهر عسى أن يظهر، ثم طلق عليه. (انظر: محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص: 116).

(3)- كان من الأولى على المقتن الجزائري بحارة القوانين العربية في صياغة مواد خاصة بنفقة زوجة الغائب، طالما أن المجتمع الجزائري والمجتمعات العربية الأخرى تشترك في عدة نقاط خاصة في نمط الحياة وطبائع المجتمع العربي، وعاداته وتقاليده، ومسكه بأحكام الشريعة الإسلامية خاصة في مجال الأحوال الشخصية، وطالما أن قانون الأسرة الجزائري قد تأخر في صدوره إلى سنة 1984. بينما صدر القانون المصري مثلا في سنة 1920. فالفترة الزمنية قد كانت طويلة بين صدور الأول -القانون المصري- والثاني -القانون الجزائري-، فلا أقل من أن المجتمع المصري قد مارس هذا القانون على أرض الواقع الواقع، والنمط إنجابياته وسلبياته، فلو اقتبس منه المقتن الجزائري لاستفاد بكثرة من التجربة المصرية في مجال القضاء في قسم الأحوال الشخصية. فيكون بذلك قد احتسب الكثير من النقص والمساوئ الموجودة في قانون الأسرة الجزائري، التي أصبحت في يومنا هذا ماثرا جدل قانوني -إن لم نقل سياسي- كبير.

ونظرا لخلو القانون من النص على حكم النفقة لزوجة الغائب، قام المشتغلون في مجال القضاء بالاجتهاد في هذا الجانب لإيجاد صيغة لهذه المسألة يرتكزون عليها في أحكامهم، وذلك برجعهم إلى المبادئ العامة للنفقة التي نص عليها القانون، وكذلك أخذهم بما جاء في الفقه الإسلامي في هذا المجال، لاسيما وأن قانون الأسرة قد أحال⁽¹⁾ في نص المادة 222 إلى الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص فيه، أو في حالة النقص التشريعي، حيث قام الدكتور "العربي بلحاج"⁽²⁾ بتوضيح حكم النفقة لزوجة الغائب ناهلا من المذهبين المالكي والحنفي، فذكر أنه: إذا غاب الزوج بأن كان مسافرا سافرا طويلا، أو كان مختفيا، بحيث تعذر إحضاره لمجلس القضاء للمخاصمة، وكان غيابه طبقا للشروط التي حددتها المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري، وطلبت الزوجة نفقة لها على زوجها الغائب، كانت على حق، لأن النفقة واجبة عليه حاضرا كان أو غائبا، فإذا كان للزوج الغائب مال من جنس النفقة (كالنقود والغلال وغيرها) في يد الزوجة فرض القاضي لها النفقة، وأمرها بأخذ المفروض من المال الذي في يدها، وهذا بعد أن يسمع القاضي دعوى الزوجة ودليل زوجيتها للغائب، أما إذا ترك مالا ليس من جنس النفقة (كالعقارات مثلا) حكم القاضي بالنفقة، وتأخذها من إيجار هذه العقارات، ولا يبيع شيئا منها تنفيذًا للنفقة، لأن مال المدين لا يباع لسداد دينه، والظاهر أن هذا الرأي الذي أخذ به الدكتور "العربي بلحاج" موافق تماما لمذهب الحنفية، وهذا في حالة يسار الزوج، لأنهم هم الذين لا يجيزون بيع العقار على الغائب في نفقة زوجته، بينما يجيز المالكية ذلك.

أما إذا لم تجد الزوجة مالا للزوج الغائب تتفق منه، وطلبت التطليق لذلك، فإن

(1)- إن هذه الإحالة التي أشار إليها القانون إحالة حسنة على العموم، لاسيما وأن أحكام الشريعة الإسلامية ثرية في مجال تنظيمها لأحكام الأسرة، إلا أنه ما يؤخذ على هذا النص أنه لم يحدد مذهباً معيناً للسير هداة، مما يجعل الأحكام قد تختلف بحسب مذهب القاضي، ويمكن للمقنن الجزائري تقادي هذا العموم في نص هذه المادة بإحالة على الالتزام بالأسر من كل مذهب عند عدم وجود نص في القانون أو في حالة النقص التشريعي، أو مراعاة الأنسب من أحكام الفقه والأقرب منها إلى تحقيق المصالح المستروعة للعباد ودفع المفاسد عنهم.

(2)- انظر: الرحيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج: 1/180-181.

القاضي يجيبها لذلك، لأن التطلق لعدم إنفاق الزوج حق مشروع للزوجة، سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، وهذا وفقا للفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري. حيث نصت على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بموجبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج»⁽¹⁾، فيكون قانون الأسرة الجزائري من خلال هذا النص قد أخذ بما ذهب إليه الأئمة الثلاثة -المالكية والشافعية والحنابلة- من حيث المبدأ العام في التطلق بسبب إعسار الزوج بالنفقة، غير أنه قد أضاف لذلك شرطا لم يأت به الفقهاء وهو ضرورة أن يكون لدى الزوجة حكم من المحكمة بوجوب الإنفاق صادر ضد الزوج. كما أن القانون لا يعترف بفكرة الاستدانة أو الرجوع إلى بيت مال المسلمين التي تحدث عنها الفقه الإسلامي لتحصيل النفقة لهذه الزوجة حال إعسار زوجها بها.

وتجدر الإشارة -من خلال حديث "العربي بلحاج" عن حق الزوجة في طلب التطلق بسبب عدم إنفاق زوجها الغائب عليها- إلى أن قانون الأسرة الجزائري حينما تحدث عن التطلق والحالات التي يجوز فيها طلب الزوجة له من خلال نص المادة 53 لم يشر إلى الطبيعة القانونية التي يأخذها حكم التطلق، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 48 من نفس القانون، والتي تقول أن: الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54؛ نفهم أن التطلق يأخذ حكم الطلاق، وهذا الأخير يكون حكمه بائنا في قانون الأسرة الجزائري؛ بمعنى أنه إذا صدر حكم بالطلاق في محكمة من محاكم الجزائر، فإنه يكون نهائيا، ولا مجال للرجعة فيه إلا في جلسة الصلح التي تجريها المحكمة بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالطلاق، ولا شك من أن هذا الأمر يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أن التطلق لعدم إنفاق الزوج حاضرا كان أو غائبا يكون رجعيا عند فقهاء

(1) -انظر شرح الفقرة 1 من نص المادة 53 في: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، ط2، 1989، ص: 256-260. بلحاج العربي، المرجع السابق، ج: 1/274-280.

المالكية، ويكون فسحا لا طلاقا عند الشافعية والحنابلة؛ فالظاهر إذن أن القانون قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد بقوله: أن التطلق الواقع على يد القاضي بطلب من الزوجة يكون بائنا، حيث جاء في الاجتهاد القضائي الآتي قوله: «من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها»⁽¹⁾.

هذا، وقبل أن أختتم حديثي عن موقف قانون الأسرة الجزائري من مسألة النفقة لزوجة الغائب أريد أن ألفت الانتباه إلى أن القانون الجزائري قد اعتبر ترك الزوج لزوجته وغيابه عنها دون سبب جدي، وتخليه عن التزاماته الزوجية، لا سيما ترك إنفاقه عليها، جريمة من «الجرائم المرتكبة ضد الأسرة»⁽²⁾ والتي يعاقب عليها القانون، فقد نصت المادة 330 من قانون العقوبات على أن أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تجاوز الشهرين ويتخلى عن كافة أو بعض التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية بغير سبب جدي يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبالغرامة من 500 إلى 5000 دج. ولعل الاجتهاد القضائي الآتي ذكره يؤكد لنا تماما ما جاء في هذه المادة، حيث جاء فيه ما يأتي: «متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة

(1) - المحكمة العليا، الجزائر، 19-11-1984. المجلة القضائية، ع: 1، ص: 1989م، ص: 76.

(2) - انظر شرح هذه الجرائم في: عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص: 12-19.

تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التظليق عن زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه "ابن عاصم"⁽¹⁾... فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية...»⁽²⁾.

ومما لوحظ من خلال إحصاءات⁽³⁾ أصدرها المجلس القضائي لولاية قسنطينة في نهاية السنة لعام 2002 أن الجرائم المتعلقة بعدم الإنفاق قد احتلت أكبر نسبة مقارنة بالجرائم الأخرى المرتكبة ضد الأسرة والمتمثلة في جرائم ترك الأسرة وجرائم الإهمال العائلي، حيث قد بلغ عدد الأولى 405 جريمة عدم الإنفاق، وبلغ عدد الثانية منها 19 والثالثة 186؛ وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أن موضوع النفقة الزوجية يحتاج إلى المزيد من اهتمام رجال القانون به، وذلك بإعادة صياغة المواد المتعلقة به، لاسيما وأن النقص والاقتضاب قد اعترى قانون الأسرة في هذا المجال. وهذا ما تأكد لي من خلال مسألة النفقة لزوج الغائب الذي خلا النص عليه في هذا القانون.

⁽¹⁾ - ابن عاصم، أبو يحيى محمد بن محمد بن محمد الغرناطي الأستاذ العام الإمام العمدة المحقق الخطيب البليغ الكاتب الأديب صاحب أبا إسحاق الشاطبي وأخذ عنه وانتفع به، له تأليف كبير في كتاب الانتصار لشيخه أبي إسحاق وتأليف أخرى، فقد في جهاد العدو في محرم سنة 813هـ. (انظر: مخلوف، المرجع السابق، ص: 247).

⁽²⁾ - المحكمة العليا، الجزائر، المحلة القضائية، ج3، 1989م، ص: 115.

⁽³⁾ - انظر: الملحق رقم (2)، ص: 154.

المطلب الثاني: إجراءات التقاضي حول النفقة في القانون الجزائري

لقد ثبت لنا يقينا من خلال ما سبق عرضه في القانون الجزائري أن النفقة حق من الحقوق الواجبة على الزوج اتجاه زوجته، لها أن تطالبه به متى امتنع عن أدائه أمام القضاء.

إلا أنه لا بد أن تعلم الزوجة طرق وإجراءات رفع دعوى أمام المحكمة، ليكون طلبها مقبولا، هاته الأخيرة التي لم نجد لها أثرا في نصوص قانون الأسرة الجزائري، الذي أغفلها رغم الأهمية القصوى لها، سواء للزوجة المعنية برفع الدعوى، أو للفضلة والمحامين، بل إنه قد اكتفى بالإحالة إلى مواد من قانون الإجراءات المدنية.

لهذا السبب سنحاول من خلال هذا المطلب بيان طرق وإجراءات رفع دعوى أمام المحكمة بصفة عامة، ثم نخصص حديثنا عن طريقة رفع دعوى خاصة بالنفقة، كل ذلك وفق فرعين اثنين هما:

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى أمام المحكمة⁽¹⁾

جرت العادة أن يتجه أحد الزوجين حين حدوث خلاف بينه وبين الطرف الآخر مباشرة إلى المحكمة، دون أن يعلم أن المحاكم تختلف عن بعضها البعض من حيث اختصاص كل محكمة بحسب موضوع الطلب المتعلق بقضايا الأسرة، ذلك أن المحكمة المختصة بطلب النفقة ليست هي نفسها المحكمة المختصة بطلب الطلاق، والمحكمة المختصة بطلب الطلاق ليست هي نفسها المحكمة المختصة بطلب الحضانة، وهكذا، لذلك يجب على المدعي أن يكون على علم أولا بالمحكمة المختصة بموضوع طلبه، الأمر الذي بيّنته المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية في الفقرة 4 و5 و6⁽²⁾، حيث

⁽¹⁾ - انظر شرح هذه الإجراءات في: بلحاج العربي، المرجع السابق، ج: 339/1. وعبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 323.

⁽²⁾ - المادة 8 فقرة 4 و5 و6 من قانون الإجراءات المدنية

حددت المحاكم المختصة بقضايا الأسرة، حيث جاء فيها:

«أ-دعوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مسكن الزوجية.

ب-دعوى الحضانة تكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة.

ج-الدعوى المتعلقة بالنفقة تكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة».

ثم يأتي الآن وقت رفع الدعوى بعد تحديد المحكمة المختصة التي تحدثنا عنها أولاً؛ وهو ما أشارت إليه المادة 12 من قانون الإجراءات المدني المعدلة بالأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، والتي بينت طريقة رفع دعوى أمام المحكمة، حيث نصت على مايلي: «ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله، ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي هذه الحالة يتولى كاتب الضبط، أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ثم تقيّد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة» .

فيظهر من خلال نص هذه المادة، أنه هناك طريقتان لرفع الدعوى أمام المحكمة، وهما: طريقة تقديم عريضة إلى مكتب الضبط، وطريقة التصريح الشفهي، إلا أن ما عليه العمل اليوم في المحاكم هو اعتماد طريقة تقديم عريضة مكتوبة، بينما ألغي العمل بطريقة التصريح الشفهي، حيث أن الشخص الأمي الذي لا يعرف الكتابة بإمكانه التوجه إلى كاتب عمومي خارج المحكمة لكتابة عريضته. ثم يقدم الطلاق

المكتوب وهو ما يسمونه بالعريضة، وذلك في نسختين بخط واضح تكون فيه البيانات اللازمة الخاصة بالمدعي والمدعى عليه، ويذكر فيه بوضوح الطلب وأسبابه، مع الحجج والأدلة، مرفوقا بوصل الرسوم القضائية، ويكون تقديمه أمام مكتب الضبط بالمحكمة المختصة.

إلا أنه ينبغي الإشارة هنا إلى أن هذه الدعوى المقدمة من طرف المدعى أو المدعى عليه لا تكون مقبولة إلا إذا توفرت شروط خاصة في المدعي، وفي الدعوى ذاتها، وفي المدعى عليه، والتي قد حددتها المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية، حيث نصت على مايلي: «لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة أو أهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك، ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى، إذا كان هذا الإذن لازما» .

ومعنى أن يكون ذا صفة: أن يكون المدعي الذي يرفع الدعوى له صفة لإقامة هذه الدعوى، وذلك كأن يكون المدعى هو الزوج أو الزوجة أو أحد ممثليهما قانونا، مثل المحامي، أو الولي بالنسبة لمن لم يبلغ سن الرشد، أو الوصي، فإذا انعدم هذا الشرط حكم القاضي بعدم قبول الدعوى.

وأما شرط أهلية التقاضي فمعناه أن يكون المدعي والمدعى عليه متمتعان بأهلية التقاضي، أي أن يكونا قد بلغ سن الرشد المدني، وهو 19 سنة، حسب نص المادة 40 من القانون المدني، ومتمتعان بكامل قواهما العقلية، وغير محجور عليهما حسب نص المادتين 42 و44 من القانون المدني، فإن كان ناقص الأهلية فإنه يمكن رفع الدعوى بواسطة ممثله القانوني.

أما شرط أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى، فمعناه أن يكون الهدف من رفع الدعوى تحقيق فائدة عملية مشروعة، حيث إذا لم يتوفر هذا الشرط اعتبرت الدعوى غير مقبولة أمام القضاء.

ويضاف إلى هذه الشروط المحددة في المادة 459 شرطا آخر نصت عليه المادة 5 من القانون 63/224 الصادر في 29 جوان 1963، والتي جاء فيها أنه: «لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى طلب نفقة الزوجة أو نفقة⁽²⁾

بناء على ما سبق بيانه من إجراءات رفع دعوى بصفة عامة أمام المحكمة يمكن تلخيص خطوات رفع دعوى لطلب النفقة الزوجية أو نفقة الأولاد كما سيأتي:

أولا: تتجه الزوجة إلى المحكمة التي تقيم هي بدائرة اختصاصها، فتقدم عريضة مكتوبة إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة، محررة على نسختين تتضمن كل واحدة منهما عنوانها وهويتها بالكامل، وعنوان وهوية الزوج المدعى عليه، مع تحديد أسباب الطلب والمبلغ المطلوب الحكم به، وكذلك المدة الزمنية المطلوب الحكم عنها، ثم بعد ذلك تدفع الرسوم القضائية المقررة قانونا.

وبعد كل هذه الإجراءات يقوم كاتب الضبط بإخبار المدعية بتاريخ الجلسة الأولى، التي تستعرض فيها المدعية قضيتها على القاضي، ويرسل نسخة من العريضة إلى الزوج المدعى عليه مرفوقة باستدعائه إلى جلسة المحكمة مع ضبط تاريخها.

هذا، وقد كان العمل سابقا بطريقة المرافعات العلنية أثناء الجلسة، حيث تتقدم الزوجة المدعية أولا فتوضح أسباب إهمال زوجها لها وعدم إنفاقه عليها، أو على أولادها منه الذين هم معها، ثم تطلب الحكم لها بمبلغ أو مبالغ محددة عن مدة من الزمن معينة، وتبين أسباب ذلك، ثم تعطى الكلمة للزوج المدعى عليه، ليدافع عن نفسه أو يقدم طلبات مقابله، كما تعطى الكلمة لمحامي كل منهما، إذا كان لهما من يتولى الدفاع عنهما، أو عن أحدهما، لتوضيح النقاط القانونية أو غير القانونية في الموضوع،

(1)- انظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 342.

(2)- انظر شرح هذه الإجراءات في: عند العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 362-363.

أما اليوم فقد تغير نمط سير الجلسة، ففي حين كانت المرافعات علنية، فقد أصبحت سرية، حيث أنك لو أردت حضور جلسة المحاكمة في قسم الأحوال الشخصية بالمحكمة، سوف لن ترى شيئاً من هذا، سوى تسليم عرائض إلى قاضي الجلسة، أو إعلانه عن الحكم.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة إذا اقتنعت بمطالب الزوجة الخاصة بالنفقة وقررت الحكم لها بها، بحيث حددت لها مبلغاً معيناً ولمدة زمنية محددة، أو لها ولأولادها، فإن المحكمة ستقرر بالموازاة مع هذا القرار حكماً بالتنفيذ المعجل لحكم النفقة؛ بمعنى أن ينفذ حكم النفقة في الحين، حتى لو وقع الطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف من الزوج، أو من محاميه، وذلك عملاً بنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية. إضافة إلى أنه يحق للزوجة تقديم طلب النفقة في دعوى استعجالية أمام رئيس المحكمة، التي تقيم هي بدائرة اختصاصها، وهذا حينما تكون هناك دعوى الطلاق أو الرجوع مطروحة على جهة الحكم، باعتبار أن رئيس المحكمة له صفة قاضي الأمور المستعجلة، فتطلب منه أن يقضي لها أو لأطفالها الذين هم معها بنفقة مؤقتة، ريثما ينتهي النزاع القائم بينهما وبين زوجها أمام محكمة الموضوع، ويكون حكمه حينئذ معجل النفاذ، ولا شك أن هذا الاستثناء الخاص بالحكم المعجل للتنفيذ في حالة الحكم بالنفقة هو استثناء وجيه من قبل المقتن الجزائري، لأن النزاع أمام المحكمة قد يطول أمده، مما يؤدي إلى وقوع الزوجة وأطفالها في ضرر كبير جراء توقف النفقة.

الفصل الثاني:

حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج
في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج
في القانون الجزائري مع المقارنة بما جاء
في الفقه الإسلامي

من الآثار التي تترتب على غياب الزوج عن زوجته، ترك وطء الزوجة؛ هذه الغريزة التي جعلها الله وَعَلَىٰ فِي الإنسان والحيوان على حد سواء، وجعل السبيل الشرعي لتحصيلها هو الزواج الذي يجتمع فيه زوج وزوجة تحت سقف واحد يمكنهما من تلبية هذه الرغبة من جهة، وبناء أسرة بإنجاب أطفال ورعايتهم من جهة أخرى؛ إلا أنه قد تستجد ظروف في حياة الزوجين تكون عائقا لهما في تحصيل هذه الغريزة كحالة الغياب التي أتحدث عنها في هذا البحث؛ فإذا ما غاب الزوج عن زوجته وشكت أمرها إلى القضاء من فقد حقها في الوطاء من زوجها، وطلبت الفرقة منه بسبب بعده عنها، فهل يحق لها ذلك شرعا وقانونا، أم لا؟ وما هي أوجه الاتفاق والافتراق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة؟ وكيف كانت تطبيقات القضاء الجزائري في هذا الشأن يا ترى؟ كل هذه التساؤلات سأحاول الإجابة عنها خلال هذا الفصل وفق المنهجية الآتية:

المبحث الأول: حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج في قانون الأسرة الجزائري وتطبيقات القضاء بشأنه، مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج في الفقه الإسلامي

لقد وضع الدين الإسلامي نظاماً قائماً بذاته لحل الرابطة الزوجية بين الزوجين، وإنهائها حينما يصبح طريق استمرارها مستحيلاً.

إذ أن السبيل الأول فيه لإنهائها هو "الطلاق"، الذي يعتبر حقاً من الحقوق المشروعة للزوج وحده؛ لكنه، وفي حالة ما إذا أبى الزوج طلاق زوجته وهي تريد ذلك، متعسفاً في استعمال حقه، فإنه قد سلب منه هذا الحق، ومنح للزوجة فأصبح من حقها شرعاً طلب التفريق بينها وبين زوجها، إما عن طريق الخلع وهو نوع فرقة تقع مقابل ما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير أن يطلقها، وإما عن طريق الفرقة التي يوقعها القاضي بطلب من الزوجة والتي لا تقع إلا لأسباب حددها الفقهاء والتي من بينها التفريق للضرر، والتفريق لعدم الإنفاق، والتفريق لغياب الزوج أو فقده أو حبسه، هذا النوع الأخير من الفرقة هو الذي سأبحثه في هذا البحث، حيث سأحاول بيان موقف الفقه الإسلامي منه، فأبدأ بتعريف الفرقة في اللغة وكذلك في اصطلاح الفقهاء تعريفاً بسيطاً وموجزاً في مطلب أول. ثم نبين ما جاء من آراء الفقهاء في حكم الفرقة بسبب الغياب مستعرضة في ذلك آراءهم وأدلتهم والمناقشات الواردة حولها لنخرج في النهاية برأي أوفق في المسألة كل ذلك في مطلب ثان. وفي مطلب ثالث، أتعرض إلى الأثر المترتب عن وقوع الفرقة بسبب غياب الزوج على عدة الزوجة ومهرها وميراثها.

المطلب الأول: تعريف الفرقة في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء

كي أمضي على بينة من أمري في هذا المبحث، لابد من تقديم تعريف لمصطلح الفرقة في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء.

الفرع الأول: تعريف الفرقة لغة

الفرقة: اسم من فعل فارق الشيء يفارقه مفارقة وفراقا، بمعنى: «باينه»⁽¹⁾. يقال: «فارق فلان امرأته مفارقة وفراقا: باينها»⁽²⁾.

والفرقُ - من دون تاء وبفتح الفاء وسكون الراء -: «خلاف الجمع»⁽³⁾.

«والتفرُّقُ والافتراقُ؛ لفظان لمعنى واحد وهو خلاف الجمع، إلا أنه هناك من يجعل التفرُّق للأبدان والافتراق في الكلام؛ يقال: فرقت بين الكلامين فافترقا، وفرقت بين الرجلين فتفرقا»⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعريف الفرقة في اصطلاح الفقهاء

استعمل الفقهاء كلمة "فرقة" بمعناها اللغوي المشار إليه سابقا، وعليه فهي عندهم: «كل ما ينحل به رباط الزوجية»⁽⁵⁾، إلا أنه قد تشعبت آراءهم حول القيود التي تدخل تحتها، فيما يعتبره بعضهم فرقة وما لا يعتبره بعضهم كذلك، لا مجال للخوض في كل ذلك.

إلا أن المراد بها في هذا البحث تحديدا هو: حل الرابطة الزوجية على يد القضاء بطلب من الزوجة بسبب غياب زوجها عنها.

(1) - ابن منظور، لسان العرب، ج: 5/3398.

(2) - المرجع نفسه، ج: 5/3398.

(3) - المرجع نفسه، ج: 5/3397.

(4) - انظر: المرجع نفسه، ج: 5/3397.

(5) - انظر: محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في التشريعة الإسلامية، ص: 229.

المطلب الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج عند فقهاء المذاهب الإسلامية

يختلف حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج عند الفقهاء باختلاف نوع الغيبة التي يغيبها الزوج، إن كانت غيبة منقطعة لا يعلم فيها مكانه ولا حياته من موته وهي حالة الفقد-، أو غير منقطعة، كسفره للتجارة والكسب، أو طلب العلم، أو الجهاد، أو غيابه هروبا وامتناعا عن أداء حقوق الزوجة، أو غيابه بسبب جريمة استحق بها السجن، أو أسره عند عدو في حرب من الحروب.

لذلك، سيتم بحث هاتين الحالتين كل على حدى، وحكم الفرقة فيهما إذا ما طلبت الزوجة ذلك كالاتي:

الفرع الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة المنقطعة-الفقد -

اختلفت آراء فقهاء المذاهب الإسلامية في حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج غيبة منقطعة؛ فمنهم من ذهب إلى عدم جوازها حتى يأتي الزوجة ببيان حياة زوجها أو موته، ومنهم من أجازها دفعا للضرر والمشقة عنها، وفيما سيأتي بيان هذه الآراء حسب المذاهب مع الأدلة التي استند إليها الجميع، وما ورد فيها من مناقشات واعتراضات، مع محاولة الترجيح بين الآراء، كل ذلك وفق بنود هي:

البند الأول: آراء المذاهب في حكم التفريق بسبب غياب الزوج غيبة منقطعة

أولا: مذهب الأحناف⁽¹⁾

ذهب الأحناف إلى أن التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب غيبة منقطعة -المفقود- لا يجوز، حتى يأتيها بيان حياته أو موته، أو يحكم عليه القاضي بالموت بعد

(1)- انظر: الربيعي، تبين الحقائق، ج:3/311. المرغيناني، علي بن أبي بكر عند الخليل الراشدين، اهداية شرح بداية المندي، دار الكتب العلمية، 1990، ج:2/478. والسرخسي، المبسوط، ج:11/35. ابن اتمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد النسواسي، شرح فتح القادير، دار الفكر، لبنان، ط2، ج:6/145.

مرور مدة يغلب على الظن موته فيها، وقد اختلفوا في تقدير هاته المدة؛ فقيل سبعون سنة تبدأ من يوم ميلاده، وقيل مائة، وقيل مائة وعشرون، وقيل مائة وخمسون، فمن قال سبعون؛ قد استند فيما ذهب إليه إلى قول الرسول ﷺ: «عمر أمي من ستين سنة إلى سبعين»⁽¹⁾، ومن قال: مائة أو مائة وعشرون قد قدر أقصى مدة يمكن للإنسان أن يعيشها على هذه الأرض في نظره، إلا أن صاحب التبيين قد فوض تقدير هذه المدة إلى القاضي، فقال: «والمختار أنه يفوض إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص، فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات، لا سيما إذا دخل في مهلكة، وما كان سبب اختلاف الناس في مدته إلا لاختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره»⁽²⁾.

ثانيا: مذهب المالكية⁽³⁾

يختلف حكم التفريق بين المفقود وزوجته عندهم باختلاف الظروف والأحوال التي يفقد فيها الزوج، وذلك كالآتي:

قالوا: إذا كان الزوج مفقودا في بلاد الإسلام، «فهذا يبحث عنه بطرق البحث المعروفة لديهم وفي زمانهم-، حتى إذا لم يتبين أمره، حكم القاضي للزوجة بالفرقة منه، إن طلبت ذلك ورفعت أمرها إلى القضاء، وذلك بعد أن تترىص أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل بعد ذلك للأزواج»⁽⁴⁾.

(1)- هذا الحديث رواه الترمذي.

(2)- الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الزهد، باب: ما جاء في أعمار هذه الأمة ما بين الستين والسبعين، حديث رقم: 15، ج: 3/381. حيث قال: «هذا حديث حسن غريب من حديث أبي صالح عن أبي هريرة، وقد روي من غير وجه عن أبي هريرة».

(3)- الزيلعي، المرجع السابق، ج: 3/312.

(4)- انظر رأي المالكية في كتبهم الأنية: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 2/482. البغدادي، التلقين، ج: 2/311. الحسني، أصول الفتيا على مذهب مالك، ص: 356. عيش، محمد، فتح اعلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ط1، 1320هـ، ج: 2/17.

(4)- انظر: البغدادي، التلقين، ج: 2/311. الدسوقي، المرجع نفسه، ج: 2/479. الحسني، المرجع نفسه، ص: 356.

فإن كان الزوج مفقوداً في أرض الشرك فلا يفرق القاضي بينه وبين زوجته إن أرادت ذلك، إلا بعد مرور سن التعمير كالسبعين من السنين منذ ميلاده، فإن فقد وهو ابن السبعين أو الثمانين زيد له عشرة سنين، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة ثم تحل للأزواج»⁽¹⁾.

وأما إذا كان الزوج مفقوداً في فتنة وقعت بين المسلمين: «فإذا ثبت بالبينة العادلة أن هذا الزوج قد حضر القتال، فإن لزوجته الحق في طلب الفرقة منه، فتعتد من حين ينتهي القتال، أما لو ثبت ببينة عادلة أنه لم يشارك في القتال، بل خرج مع الجيش فقط، فحينئذ يأخذ حكم المفقود في بلاد الإسلام، حيث يضرب لها أجل الأربع سنين ثم تعتد للوفاة وتحل بعدها للأزواج»⁽²⁾.

فإذا كان الزوج مفقوداً في فتنة وقعت بين المسلمين والكفار: «فإن القاضي يحكم بموته بعد مضي سنة من البحث ومحاولة الكشف عن أخباره، فإن لم يظهر نفيه بعدها أثر، اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت بعدها للأزواج»⁽³⁾⁽⁴⁾.

«وأما إن فقد الزوج في زمن الوباء -الطاعون- فحكم زوجته إن أرادت الفرقة منه هو أن تعتد عدة الوفاة بعد ذهاب الطاعون قياساً على المفقود في معترك بين المسلمين، حيث تعتد زوجته بعد انفصال الصفيين، ثم تحل للأزواج»⁽⁵⁾.

(1)- انظر: الدسوقي، المرجع السابق، ج: 482/2.

(2)- انظر: الخشني، المرجع السابق، ص: 358. الدسوقي، المرجع نفسه، ج: 482/2.

(3)- انظر: الخشني، المرجع نفسه، ص: 357. الدسوقي، المرجع نفسه، ج: 483/2.

(4)- قد انفرد المالكية بتأجيل زوجة المفقود في فتنة وقعت بين المسلمين والكفار مدة سنة، وقد عملوا بهذا الرأي استناداً إلى الأثر الوارد عن سعيد بن المسيب في الفقيه بين الصفيين أنه قال فيه: تعتد امرأته سنة. انظر هذا الأثر في: أبي شيبة، الخصال المصنف في الأحاديث والآثار، ج: 238/4.

(5)- المفقود في زمن الوباء -الطاعون- سماه عليش: "المرتل لبلاد الطاعون أو في زمنه"، وسماه الدرديري: "المنتجع". انظر حكمه عندنا في: عليش، تقريراته على الشرح الكبير الموجودة هامش كتاب حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج: 482/2.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأسير الذي يأسره الحربيون ويذهبون به إلى بلادهم، حكمه حكم مفقود أرض الشرك عند المالكية⁽¹⁾، حيث تبقى زوجته في عصمته تمام مدة التعمير، إلا أن تطلب الفرقة قبل هذه المدة، بسبب عدم إنفاقه عليه. لأن انعدامها يوجب الفرقة كما ذكرنا سابقاً، أو أن تطلب الفرقة بسبب خشيتها الزنا على نفسها لتضررها من فقد حقها في الوطأ بسبب أسره، وبعده عنها.

ثالثاً: مذهب الشافعية⁽²⁾

للشافعية في حكم الفرقة بين الزوجين بسبب فقد الزوج قولان:

القول الأول: وهو رأي الشافعي في الجديد من مذهبه: لا تجوز الفرقة بين المفقود وزوجته، حيث قال في كتابه الأم: «فلم أعلم مخالفاً في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما، برّاً أو بحراً، علم مغيبهما أو لم يعلم، فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما بخبر، أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما لم نورث واحداً منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت، مما وصفت أو لم أصف، بأسار عدو، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه، لا تعتد امرأته ولا تتكح أبداً، حتى يأتيها يقين وفاته، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه»⁽³⁾.

ولا يعنى قول الشافعي هذا أن الزوجة لا تملك حق الفرقة من المفقود طيلة

حياتها، بل يمكن لها ذلك إن رفعت أمرها إلى القاضي «وذلك بعد مرور مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها وهي التي يقدرها القاضي باجتهاده عندهم»⁽⁴⁾.

القول الثاني⁽⁵⁾: وهو ما ذهب إليه الشافعي في القديم من مذهبه، حيث قال

(1)- انظر حكم الأسير عند المالكية في: عليش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج: 2/390.

(2)- انظر رأي الشافعية هذا في: النووي، المجموع شرح المنهاج، مرجع سابق، ج: 18/155.

(3)- الشافعي، الأم، ج: 5/115.

(4)- انظر: الشريبي، معني احتاج، ج: 3/28-26-27.

(5)- انظر: النووي، المجموع شرح المنهاج، المرجع نفسه، ج: 18/155. الشريبي، المرجع نفسه، ج: 3/397.

بجواز الفرقة للزوجة من زوجها المفقود إن رفعت أمرها إلى القاضي بعد أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تحل بعدها للأزواج.

رابعاً: مذهب الحنابلة⁽¹⁾

فرق الحنابلة في حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج غيبة منقطعة بين حالتين.

الحالة الأولى: إذا فقد الزوج في حالة ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى المسجد للصلاة فلا يرجع، أو يذهب إلى قضاء أمر من أموره فلا يرجع إلى أهله ولا يوقف له على أثر، أو يفقد في حرب أو قتال قتل فيه ناس كثيرون من كلا الطرفين المتقاتلين، فإن لزوجته الحق في طلب الفرقة من زوجها المفقود، ولا يكون لها ذلك إلا بعد أن يحكم القاضي بموته بعد مرور مدة تتربص فيها الزوجة وهي أربع سنين، ثم تعتد بعدها عدة الوفاة -أربعة أشهر وعشراً- فتحل بعدها للأزواج.

الحالة الثانية: إذا فقد الزوج في حالة ظاهرها السلامة؛ كالذي يسافر للتجارة أو طلب العلم، أو لأداء فريضة الحج فلم يرجع ولم يوقف له على خبر، فلا حق للزوجة هنا في طلب الفرقة منه، إلا بعد مضي مدة يغلب على الظن فيها موته، وقترها الحنابلة بتمام تسعين عاماً من يوم ولد، لأن الظاهر أن لا يعيش أحد أكثر منها في نظرهم، فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم في ذلك، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تحل بعدها للأزواج.

هذا، وقد اختلف الحنابلة عن باقي الفقهاء في عدم اشتراطهم "حكم الحاكم"⁽²⁾

⁽¹⁾ -انظر رأي الحنابلة في حكم التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج في: ابن قدامة، المغني، ج: 9/131-132. المددوي.

الإصناف، ج: 9/288-294.

⁽²⁾ -انظر: المددوي، المرجع نفسه، ج: 9/289.

لتربص الزوجة ووقوع الفرقة، إذ يكفي عندهم أن تمضي المدة والعدّة لوقوع الفرقة بعد فقد الزوج.

خامساً: مذهب الظاهرية

لا يجوز التفريق عندهم بين الزوج وزوجته بسبب فقده، قال ابن حزم في المحلى: «ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد أو في غير حرب، وله زوجة... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي»⁽¹⁾.

ولا شك في أن هذا الرأي للظاهرية مرجعه تمسكهم بظواهر النصوص ومنعهم لكل ما ثبت عن طريق القياس وتعليل الأحكام، فلا طلاق شرعي عندهم إلا ما وردت فيه النصوص من قرآن أو سنة أو إجماع.

البند الثاني: أدلة الفقهاء في حكم التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب تبيناً منقطعة (المفقود)

يتضح مما سبق عرضه من آراء للفقهاء في مسألة الفرقة بين الزوجين بسبب غياب الزوج المفقود أنهم قد انقسموا إلى فريقين؛ مانعين للفرقة وهم الحنفية والظاهرية والشافعية في أحد قولهم-، ومجوزين لها وهم المالكية والحنابلة، والشافعية في قولهم الثاني-.

هذا؛ وقد استند كل فريق فيما ذهب إليه إلى عدد من الأدلة من المنقول والمعقول تمثلت في الآتي:

(1) ابن حزم، المحلى، ج: 316/9.

أولاً: أحلة المانعين

استدل المانعون للتفريق بين الزوجة وزوجها المفقود بسبب فقدته إلى عدد من الأدلة هي:

أ- من المنقول: استدلوا⁽¹⁾ بما رواه المغيرة بن شعبة⁽²⁾ أن النبي ﷺ قال: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»⁽³⁾.

ب- من آثار الصحابة: استدلوا على عدم جواز الفرقة للزوجة من زوجها المفقود بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إذا فقدت زوجها لم تزوج حتى يصل أو يموت»⁽⁴⁾.

ج- من المعقول: قالوا: «إن النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة

(1) قال ابن اتمام: «ولا يفرق بينه -أي المفقود- وبين امرأته... ولنا قول الرسول ﷺ في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان»، المرجع السابق، ج: 145/6-146.

(2) المغيرة بن شعبة بن مسعود الثقفي، صحابي مشهور، أسلم قبل الخديبية، وولي إمارة البصرة ثم الكوفة، مات سنة 50هـ. انظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب، دار الفكر، مصر، 1984، ج: 150/261.

(3) هذا الحديث أخرجه مالك في الموطأ، وقال فيه: «... لم يذكره أصحاب السنن...». وأخرجه كذلك البيهقي، في سننه، وقال فيه: «أخبرنا أبو الحسن علي بن أحمد بن عبدان نا أحمد بن عبيد الصغار نا محمد بن الفضل بن جابر السقطي نا صالح بن مالك نا سوار بن مصعب نا محمد بن شرحبيل الخندان نا المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان. وكذلك رواه زكريا بن يحيى الواسطي عن سوار بن مصعب وسوار ضعيف». وأخرجه أيضاً: الدارقطني في سننه، في كتاب النكاح. انظر في كل ذلك: الكاندهلوي، محمد زكريا، أوجز المسائل إلى موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، ط3، 1974، ج: 1/170. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب العدد، باب: من قال في امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، ج: 7/445. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، كتاب النكاح. باب: المنهر، حديث رقم: 255، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1986، ج: 3/312.

(4) هذا الأثر أخرجه أبو شيبة من طريق أبي بكر عن أبي بكر بن عياش عن الحكم عن علي قال: «إذا فقدت زوجها لم تزوج حتى يصل أو يموت». انظر: الكتاب المصنف، ج: 4/236. كتاب: النكاح: في امرأة المفقود من قال ليس خاساً أن تزوج. والبيهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، باب: من قال في امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، ج: 7/444.

والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك⁽¹⁾»⁽²⁾.

ثانياً: أدلة المميزين

لم تكن للمميزين أدلة خاصة في حكم التفريق بين الزوجة وزوجها المفقود، بل كل ما كان لديهم في ذلك أحاديث عامة عن الرسول ﷺ شهد لها قضاء الصحابة وبعض آثارهم، إضافة إلى استدلالهم بالقياس.

أمن السنة النبوية الشريفة⁽³⁾ :

استدل المميزون للفرقة من الزوج المفقود بقول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾. قالوا: إن في فقد الزوج ضرر بالغ على الزوجة فلا بد من إزالته، ولا

(1)- ابن اتمام، المرجع السابق، ج: 6/145.

(2)- لقد كان استدلال المانعين للفرقة بسبب فقد الزوج من المعقول مبنياً أساساً على القاعدة الفقهية المشهورة (اليقين لا يزول بالشك)، هذه القاعدة التي تعد من أوسع القواعد الفقهية تطبيقاً عند الفقهاء، وأكثرها امتداداً في أبواب الفقه، كما ذكر بعض العلماء أنها تدخل في جميع أبواب الفقه، بل إن الإمام السيوطي في كتابه "الأشباه والنظائر" قد ذكر أن ما خرج عليها من المسائل الفقهية قد بلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر، إذ لا تكاد الكتب الفقهية تخلو من التعرض إليها والاستدلال بها على طائفة من الفروع الفقهية في مختلف الأبواب. والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة هو: أن الأمر الثابت والمقرر بدليل أو أمارة أو أي طريق من طرق الإثبات المعتد بها عند الفقهاء والمعبر عنه بالأصل أو اليقين لا يرتفع حكمه بالشك، أي الاحتمالات التي لا دليل يعززها، بل إن حكم الأمر الثابت المتيقن يبقى سارياً حتى يقوم الدليل المعتد به في تغيير ذلك الحكم، ومثال ذلك أن الأصل في المياه الطهارة، سواء كانت مياه أمطار أو أنهار أو عيون أو بحار، فهذا هو اليقين فيها، فلا يعدل عنه بالشك الذي لا دليل عليه، ولا يزول بمجرد الاحتمال الذي ليس له مبرر. لمزيد من الاطلاع على معنى هذه القاعدة وأمثلتها، انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ص: 50. والباحسين، يعقوب عبد الخطاب، قاعدة اليقين لا يزول بالشك: دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية، مكتبة الرشد، الرياض، 1996، ص: 19-46. والندوي، القواعد الفقهية، ص: 312-335.

(3)- انظر استدلالهم على جواز الفرقة لزوجة المفقود بالسنة النبوية في: ابن رشد، مقدمات ابن رشد، ج: 2/408.

(4)- هذا الحديث أخرجه مالك في مواضع (رواية يحيى بن يحيى النخعي)، كتاب: الأفضية، القضاء في المرفق، حديث رقم: 1426، دار النفائس، بيروت، ط: 10، 1997م، ص: 529. وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الأفضية والأحكام، حديث رقم: 83، ج: 4/227. وأخرجه إمامنا، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري في المستدرک على الصحيحين في الحديث بلفظ: لا ضرر ولا ضرار من ضرار ضاره الله ومن شاق شاقه الله، وقال عنه هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يخرجاه، كتاب: البيوع: النهي عن اخاقله والمخاقله والمناقلة، مجلس دائرة المعارف النظامية حيدر آباد، اخند، ط1، 1340هـ، ج: 2/57-58.

يكون ذلك إلا بجواز الفرقة منه. كما استدلوا بقول الرسول ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي، عضوا عليها بالنواجذ»⁽¹⁾. حيث قالوا إن في هذا الحديث أمر من الرسول ﷺ باتباع سنته وسنة الخلفاء من بعده، وقد وردت الآثار الكثيرة عن الصحابة -رضي الله عنهم- يقضون فيها بجواز الفرقة لفقد الزوج، كقضاء عمر وثمان، فوجب اتباعهم امتثالاً لقول الرسول ﷺ: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين...».

ب- من الآثار:

قد ثبت قضاء عدد من الصحابة -رضي الله عنهم- في امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين⁽²⁾ ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل بعدها للأزواج، ومن هؤلاء "عمر بن الخطاب، وثمان بن عفان"⁽³⁾. فانتشرت هذه القضايا بينهم، ولم ينكرها عليهم أحد، فكانت "إجماعاً"⁽⁴⁾.

ج- من القياس:

قالوا: «لما استحق الفسخ بالعنة وهو فقد الاستمتاع مع القدرة على النفقة، واستحق بالإعسار وهو فقد النفقة مع القدرة على الاستمتاع، فلئن تستحق بغيبة المفقود وهو جامع بين فقد الاستمتاع وفقد النفقة أولى»⁽⁵⁾.

(1)- هذا الحديث أخرجه أبو داود بهذا اللفظ: «قال رسول الله ﷺ: أوصيكم بتقوى الله والسمع والطاعة، وإن عبدا حبشياً، فإنه من يعش منكم بعدي فسيرى اختلافاً كثيراً، فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور، فإن كل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة». (انظر: العظيم أبادي، المرجع السابق، كتاب: السنة، باب: 5، حديث رقم: 4594، ج: 12/234-235).

(2)- اعتد الفقهاء بمدة الأربع سنين لكونها أقصى مدة للحمل، فهي عندهم مدة كافية لإظهار براءة رحم المرأة منه. انظر في ذلك: عليش، فتح العلي المالك، مرجع سابق، ج: 2/19.

(3)- انظر: الكاندهلوي، المرجع السابق، ج: 10/170. والبيهقي، المرجع السابق، ج: 7/445.

(4)- ابن قدامة، المغني، ج: 9/134.

(5)- انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 14/366. والنووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج: 18/158. وابن رشد "أخفيد"، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتدته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأهمها مسائلها المشكلات، القاهرة، ج: 2/408.

البند الثالث: مناقشة الأدلة الواردة في مسألة التفريق بين الزوجة وزوجها المفقود والترجيح بين الآراء

أولاً: مناقشة الأدلة

أ- إن أهم ما يلاحظ حول الأدلة الواردة في المسألة من المنقول هو؛ عدم وجود نص قطعي صريح في المسألة، لا من القرآن، ولا من السنة، باستثناء حديث واحد للرسول ﷺ، الذي رواه المغيرة بن شعبة، والذي قال فيه النبي ﷺ: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»⁽¹⁾. هذا الحديث الذي لم يخل استدلال القائلين بمنع الفرقة لزوجة المفقود به من اعتراضات ومناقشات مخالفيهم، والتي كان من بينها:

1- قالوا: إن في إسناده هذا الحديث سوار بن مصعب⁽²⁾، وهو "ضعيف"⁽³⁾، ومحمد بن شرحبيل، وهو "متروك الحديث"، فقد روى عن المغيرة بن شعبة أباطيل ومناكير⁽⁴⁾. قال في المغني: «فأما الحديث الذي رواه عن النبي ﷺ، فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن»⁽⁵⁾.

2- إن الاختلافات في مسألة المفقود التي كانت بين آراء أكابر الصحابة -رضي الله عنهم- كسيدنا عمر بن الخطاب، وعلي، وابن عباس، وابن عمر إن دلت على شيء، فإنما تدل على أن حديث المغيرة هذا «لم يكن معروفا لديهم ولم يكن لأحد منهم

(1)- تم تخريج هذا الحديث فيما سبق، ص: 95.

(2)- سوار بن مصعب المؤذن الأعمى؛ جاء عنه في كتاب الضعفاء الكبير: «قال البخاري منكر...»، وجرحه ابن حبان... وضعفه ابن معين...». العقيلي أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد، كتاب الضعفاء الكبير، تحقيق: د. عبد المعطي أمين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1، ج: 168/2. وقال عنه الذهبي: «سوار بن مصعب، شيخ أبي الجهم، قال أحمد والدارقطني متروك الحديث». انظر قوله هذا في: المغني في الضعفاء، تحقيق: نور الدين عتر، جامعة دمشق، دمشق، ج: 290/1.

(3)- انظر: البيهقي، المرجع السابق، ج: 445/7.

(4)- انظر: المناوردي، المرجع السابق، ج: 367-366/14.

(5)- انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 134/9.

به علم، إذ لو كان لأحدهم به علم لقدمه لغيره ولحسم النزاع والخلاف الوارد في المسألة بين الصحابة، كما أن هذا الحديث مروى عن المغيرة بن شعبة الذي كان من أبرز الشخصيات على عهد عمر وعثمان، حيث تقلد آن ذاك مناصب كبرى في الدولة، فهل يعقل أن يكون المغيرة عالماً بهذا الحديث ولا ينقله لعمر وعثمان ليقضيان بمقتضاه»⁽¹⁾.

ب- أما ما ورد من الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم، فقيل: «إنه لم يكن فيها شيء من المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، كما أنه في أسانيدنا نظر»⁽²⁾، ولعل هذا يظهر لنا جلياً في التعارض الوارد بينها، فقيل «إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد رجع عن قوله بتربص زوجة المفقود أربع سنين، وقيل إن دعوى رجوعه كذب عليه»⁽³⁾. كما قيل: «إن الرواية المرسلة عن علي هي قوله بأن زوجة المفقود لا تتزوج حتى يأتيها بيان حياته أو موته، قد تعارضت مع الرواية المسندة عنه التي قال فيها أنها تتربص أربع سنين»⁽⁴⁾. فكل هذا إن دل على شيء، فإنما يدل على أن مسألة المفقود وحكم الفرقة لزوجته منه مسألة اجتهادية لا نص فيها، فلو كان فيها نص صريح لما حدث هذا التعارض بين الآراء خاصة بين أكابر الصحابة الذين عاشوا مع النبي صلى الله عليه وسلم، وحفظوا أقواله ونهجوا طريقه في أعمالهم وأقضيتهم.

ج- وأما الاستدلال على عدم جواز الفرقة لزوجة المفقود بقاعدة اليقين لا يزول بالشك، فلا يمكن إزالة حياة المفقود وهي أمر متيقن بأمر مشكوك فيه، وهو وفاته، فمردود أيضاً، لأن «غلبة الظن تأخذ حكم اليقين في الأحكام العملية، حيث إن عدم ظهور المفقود لمدة طويلة رغم البحث والتحري عنه يجعله غالباً إلى الظن»⁽⁵⁾.

(1)-انظر: المؤدودي، حقوق الزوجين، ص: 122.

(2)-انظر: العدوي، مصطفى، جامع أحكام النساء، دار ابن عثمان، ط: 1، 1999م، ج: 4/200-201.

(3)-انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 9/132.

(4)-انظر: الكاندهلوي، المرجع السابق، ج: 10/170. وابن قدامة، المرجع نفسه، ج: 9/134.

(5)-الكردي، فسخ الزواج، ص: 484.

د- وأما استدلال المجيزين بالقياس، حيث قاسوا المفقود على العنين والمعسر بالنفقة، فقد رد هو الآخر بأن: «الفرقة بسبب الفقد تخالف الفرقة للعنة أو الإعسار بالنفقة، لأن سبب الفرقة فيهما ثابت متيقن، أما في المفقود، فلم يثبت سببها وهو الموت»⁽¹⁾. ويمكن أن يجاب على هذا الرد بأن غلبة الظن تأخذ حكم اليقين، وأن غياب المفقود لمدة طويلة وعدم ظهوره بعد التحري والبحث، يجعل الغالب على الظن موته، فيكون سبب الفرقة في هاته الحالة موجود وهو الضرر سواء بفقد النفقة أو بفقد الوطاء، فيصبح سبب الفرقة فيه أبلغ من سببه في العنين أو المعسر بالنفقة.

ثانيا: الرأي الراجح في المسألة:

بعد عرض ما تقدم من أدلة ومناقشات للفقهاء في حكم التفريق بين الزوجين بسبب الفقد يظهر - والله أعلم - أن الرأي الراجح على العموم - هو رأي المالكية والحنابلة القائل بجواز التفريق، وقد انبنى هذا الترجيح على اعتبارات هي:

أولاً: إن مسألة المفقود مسألة اجتهادية لم يرد فيها نص قطعي صريح، لا من القرآن ولا من السنة، غير أنه وبالنظر إلى عمومات الشريعة الإسلامية، نجد أن القول بالجواز يوافق آيات قرآنية كثيرة توصي «برفع الضرر وإزالته»⁽²⁾ أيا كان ماديا أو

(1)- انظر: النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج: 18/155.

(2)- قاعدة الضرر يزال من أهم القواعد الفقهية التي تستند إلى طائفة من النصوص الشرعية منها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» الذي هو نص القاعدة بذاتها، وحين النظر في نصوص الشارع نجد أن ما ورد في النهي عن الضرر ورفع ما يترتب عليه غير قليل، وقد وردت في جزئيات متعددة ومتنوعة منها قوله تبارك وتعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتِجَ الرِّضَاعَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعًا لَا تَضَارَّ وَالْحِدَّةُ يَوْلَدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلَدُهَا وَلَا الْوَارِثُ مِثْلَ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا فَخِنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِعُوا فَأَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَالْعَمَلُوا أَنْ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرًا﴾. (سورة البقرة، الآية: 233). ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّخِذُوا الْوَرْدَ﴾ (سورة البقرة، الآية: 231). فمن هذه النصوص وغيرها مما ورد فيه استعمال مادة الضرر أو مما تضمنت معناها أخذت قاعدة الضرر يزال. انظر الباحثين، المرجع السابق، ص: 213-214.

معنويا- عن الزوجة، ويوصي الأزواج دوما بالإحسان إليها بقدر المستطاع، ومن تلك الآيات:

أ- قوله تبارك وتعالى:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَّخِذُوا⁽¹⁾﴾. فالزوج مطالب بإمسك الزوجة بمعروف، أو تسريحها بإحسان، «وإن فات الإمساك بمعروف بغيبة الزوج وفقده، يتعين التسريح بإحسان إذا طلبته لأنه حق لها»⁽²⁾.

ب- قوله ﷻ:

﴿وَكُنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُواهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُطْلَعُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ خَفِيًّا رَحِيمًا⁽³⁾﴾. حيث يظهر من هذه الآية أن الله ﷻ، «لا يرضى أن تبقى المرأة معلّقة، فإذا كان لا يرضى هذا، والزوج موجود، فكيف يرضاه وهو مفقود؟»⁽⁴⁾.

ج- وكذلك قوله تبارك وتعالى، في آية الإيلاء:

﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّقُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصًا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاعُوا فَإِنَّ اللَّهَ خَفِيٌّ رَّحِيمٌ⁽⁵⁾﴾. حيث إن في الإيلاء ترك لوطء الزوجة بقصد المضارة بها، وإسقاط حقها منه، وقد حده الشارع الحكيم بمدة أربعة أشهر، وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أنه لا حق للزوج في أن يحرم زوجته من مباشرته لها مدة تلحق الضرر بها، «فما بالك في

(1)-سورة البقرة، الآية: 231.

(2)-زيدان، المنفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج: 453/8.

(3)-سورة النساء، الآية: 129.

(4)-انظر: المودودي، المرجع السابق، ص: 122.

(5)-سورة البقرة، الآية: 226. الإيلاء كما عرفه ابن عرفة هو: حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في

ضلّاقه. انظره في: الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ج: 291/1.

المفقود الذي قد يطول انتظارها له، بل إنها قد تحرم منه طول العمر إن نحن قلنا بعدم جواز الفرقة منه»⁽¹⁾.

ثانياً: إن من أهم المقاصد في الشريعة الإسلامية جلب المصالح ودرء المفسد، مصداقاً لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾، لذلك فالقول بجواز الفرقة لزوجة المفقود إذا ما طلبت ذلك هو الملائم والأنسب لروح هذا المقصد الهام في الشريعة الإسلامية، كما أنه لا شك في أن الزوجة لم تطلب الفرقة من زوجها المفقود إلا بعد وقوعها في هذا الضرر، فلا خلاف عند الفقهاء جميعاً في أنه من حق زوجة المفقود أن تصبر وتنتظر زوجها متى استطاعت ذلك، ولهذا فلا نحكم بالتفريق بينها وبينه إلا بعد تحقق الضرر منها، وكذلك طلبها التفريق أمام القضاء.

ثالثاً: إن القول بجواز الفرقة للزوجة من زوجها المفقود يناسب ظروف عصرنا وأحواله التي تبدلت وتغيرت عما كانت عليه في العصور السابقة؛ «هذا العصر الذي زاد فيه عدد المفقودين، وكثرت فيه حالات الفقد نتيجة الفتن الداخلية التي تمر بها البلدان الإسلامية، أو الحروب التي تقع بينها بين الدول الكافرة، أو الاغتيالات بسبب الاستئصال العرقي والإبادة العرقية التي يكيد بها الكفار على أبناء الإسلام»⁽³⁾.

أضف إلى هذا: «أسباب الانحراف والفساد الخلقي التي شاعت في مجتمعاتها العربية والإسلامية، من جراء وسائل الإعلام التي تذيب المنكر من خلاعة وإثارة وإياحة جنسية لم تشهدها العصور السابقة، كل ذلك قد هيا من أسباب تحريك العواطف، وإثارة الغرائز ما أصبح عسيراً معه على أي شخص أن يحي في طهر وعفة وضبط نفس، وبعد عن اقتراف المحرمات، فكيف يكون مناسباً في مثل هذه الظروف أن تحكم

(1)-انظر: المؤدودي، المرجع السابق، ص: 123.

(2)-سبق تخريجه، ص: 96 من هذا البحث.

(3)-انظر: زوجة المفقود وما يجب عليها أن تفعل، مقال من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 43، السنة 11،

ص: 1430، ص: 214.

المحكمة على زوجة شابة في مقتبل عمرها انتظرت زوجها المفقود انتظارا طويلا ولم يعد... كيف تحكم المحكمة بعدم الفرقة بسبب فقد زوجها وتلزمها الانتظار مدى الحياة؟»⁽¹⁾.

وفي الأخير، تجدر الإشارة إلى ملاحظة هامة، وهي أنه يجب أن تراعى في حكم التفريق بسبب الفقد أحوال المفقودين، وكذا أحوال الزوجات اللاتي يعانين من هذه المشكلة، ذلك لأن أحوال الفقد تختلف باختلاف الأشخاص، فمنهم من نستطيع الكشف عنه في مدة قياسية بعد البحث والتحري نتيجة التطور الهائل في وسائل الاتصال وطرق البحث والتقنيش، ومنهم من يصعب علينا ذلك رغم هذا التطور، كحالة المختطفين التي أضحت حالة صعبة من أحوال الفقد في مجتمعاتنا العربية والإسلامية نتيجة الفتن الداخلية التي تعيشها هذه البلدان، كما أن الزوجات كذلك يختلفن في هذا الأمر اختلافا واضحا، فمنهن من يؤتها الله عَلَيْكَ قُوَّة وصبرا شديدا تحتل بهما بعد زوجها عنها، وتحتسب في ذلك الأجر من الله عَلَيْكَ خاصة برعاية أطفاله، والقيام بشؤونهم. ومنهن من لا تستطيع ذلك، خاصة المرأة الشابة الصغيرة في السن والجميلة التي تكون عرضة لمطامع الرجال. «فالأجدد في كل هذا أن ينظر القاضي قبل الحكم بجواز الفرقة أو عدمه إلى ظروف العصر وكذا أحوال كل من الزوج والزوجة»⁽²⁾، ثم يحكم بمقتضاها ما دام أن حكم التفريق حكم اجتهادي، فإنه لا يلزم أي قاض باتباع رأي واحد في المسألة.

(1)-انظر: المودودي، المرجع السابق، ص:126. والرقيلي، المرجع السابق، ص:113.

(2)-اعلم أن هذا الرأي الذي رجحته من أن القاضي لا بد أن يراعي ظروف الزمان الذي يعيش فيه كل من الزوجين وكذلك أحوالهما قبل أن يحكم بالفرقة للزوجة من زوجها بسبب فقدته قد استندت فيه إلى قاعدة فقهية مهمة وهي قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتبدل الأزمنة والأمكنة والأحوال، هذه الأخيرة التي يبيّن الاجتهاد حكمه فيها على ما كان في عرف زمانه، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا، ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس وأحوالهم، إذ أن كثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو حدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا لزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. انظر ما قيل حول هذه القاعدة في: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتب، ج:125/2.

هذا، وبعد ترجيح مبدأ التفريق لفقدان الزوج، تنبغي الإشارة إلى أن التفصيل الذي جاء به المالكية والحنابلة في المدة التي يحكم بعدها على المفقود بموته والفرقة لزوجته منه بعدها، حيث ذهب المالكية إلى القول بأنها مدة الأربع من السنين في حالة ما إذا فقد الزوج في بلاد الإسلام وسن التعمير في حالة فقده في أرض الشرك، وبانتهاء القتال في حالة فقده في فنتة وقعت بين المسلمين وغير ذلك مما جاء عنهم، وقول الحنابلة بمدة الأربع سنين في حالة الفقد في غيبة ظاهرها الهلاك ومدة التعمير في حالة الغيبة التي ظاهرها السلامة... قلت: إن هذا التفصيل والله أعلم مردود، والراجح فيه هو ما ثبت عن سيدنا عمر بن الخطاب وهو مدة الأربع سنين، وقد اتبنى ترجيحي هذا على أسس منها⁽¹⁾:

أ- إن التفريق بين حالة الفقد في حرب أو في غير حرب، في غيبة ظاهرها السلامة، أو ظاهرها الهلاك، تفريق مردود باعتبار أنه ما من حالة يفقد فيها الشخص إلا وتحتل السلامة معها، كما يحتمل الهلاك، إذ قد يسافر الإنسان أو يخرج في غيبة تظهر فيها السلامة، لكن القضاء والقدر يغير الأحوال، فتحف به مخاطر بين عشية وضحاها.

ب- إن تحديد المدة بأربع سنين⁽²⁾، هو تحديد مناسب وكاف كي يتخذ القاضي كل السبل والطرق اللازمة للتحري والتفتيش عن المفقود، كما أنها تتلاءم ومصالحة المفقود، وذلك بمزيد الإمهال والاحتياط له، عساه أن يظهر خلال هذه المدة، كما تتلاءم ومصالحة الزوجة، بحيث لا يكون هناك إحفاف في حقها بجعلها تنتظر مدى حياتها

(1)- انظر هذه الأسس التي اتبنى عليها هذا الترجيح في: زيدان، المرجع السابق، ج: 8/455-456. ومحمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص: 27.

(2)- يقول الفقهاء القدامى عند ذكرهم مدة الأربع سنوات التي تترتب فيها زوجة المفقود بأنها مدة كافية لإثبات براءة رحم المرأة، باعتبار أن أقصى مدة الحمل عندهم أربع سنوات، لكن هذا القول لا يضطرد مع أحوال عصرنا التي تغيرت، حيث قد بلغ التطور العلمي أقصاه في زماننا هذا، إذ أصبح بالإمكان الكشف عن براءة رحم المرأة في مدة قياسية قد لا تتجاوز الشهرين.

كما قال الفقهاء في سن التعمير في بعض الحالات، وإلا فما الفائدة في الحكم لها بالتفريق بعد أن تكبر في السن وتصبح عجوزاً، ربما لا تتوق نفسها للجماع البتة.

ج- إن اعتبار هذه المدة لاسيما وأن الآثار قد جاءت كثيرة بشأنها؛ يجعل منها معياراً شرعياً يمكن للفقهاء الركون إليه عندما يحدث اختلاف أو نزاع بينهم ما دامت أحوال الفقد قد تعددت وتشعبت.

أما عن تاريخ الحكم، هل يكون من يوم فقد الزوج أم من تاريخ رفع الزوجة أمرها إلى القاضي؟ فالراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه المالكية من أن الحكم بموت المفقود يبدأ بعد مراجعة المرأة للقاضي وطلبها للفرقة من زوجها المفقود، خلاف ما ذهب إليه الحنابلة في أنها متى مضت مدة الأربع سنين جاز لها الزواج من غير زوجها المفقود دون مراجعة القاضي في ذلك، ووجه هذا الترجيح هو «أن التفريق لفقد الزوج أمر مختلف في جوازه وعدمه عند الفقهاء، وما اختلفوا فيه لا يرتفع ولا يستقر على رأي ملزم بالنسبة لذوي الشأن والعلاقة فيه إلا بحكم الحاكم، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف... ثم إن التفريق بالفقدان يسبقه تحري وبحث وتفتيش عن المفقود، وهذا لا يقوم به عادة إلا الحاكم عن طريق أعوانه وبطرق البحث والتحري الخاصة عندهم، هذا الأمر الذي يصعب على الزوجة القيام به لوحدها، فكان الرفع إلى القاضي أولى في مثل هذه الأحوال»⁽¹⁾.

البند الرابع: حكم ظهور المفقود بعد الحكم بالفرقة لزوجته بسبب فقده

لا خلاف بين الفقهاء في أن المفقود إذا ظهر قبل مضي مدة التربص أو قبل مضي العدة، تبقى الزوجة زوجته، لأن الحكم بالتفريق لم يقع بعد، لكن الخلاف واقع بينهم فيما إذا مضت مدة التربص، وكذلك مضت مدة العدة، وحكم القاضي بالتفريق بين المفقود وزوجته، ثم ظهر المفقود حياً، فهل نحكم له بعودة زوجته إليه؟ أم إنه لا

(1)- انظر: زيدان، المرجع السابق، ج: 454/8.

حق له في إرجاعها إليه؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، سيتم عرض ما جاء عند الفقهاء حسب المذاهب، ثم الترجيح بين آرائهم كما سيأتي:

أولاً: مذهب الحنفية⁽¹⁾

ذهب الأحناف إلى أن المفقود إذا حكم بموته تعدد زوجته عدة الوفاة من ذلك الوقت، أي وقت الحكم بموته وهو بعد مرور مدة يغلب على الظن بها موت المفقود⁽²⁾ - فإن عاد الزوج بعد مضي هذه المدة، فهو أحق بزوجه من أي شخص آخر ما لم يجدها قد تزوجت بعده، فأما إن وجدها قد تزوجت بآخر، فلا سبيل له عليها، لما روي عن علي -كرم الله وجهه- بأنه «كان يقول في امرأة المفقود يعود حياً أنها زوجته دخل بها الثاني أم لم يدخل»⁽³⁾.

ثانياً: مذهب المالكية

قالوا: «إذا أدرك الزوج المفقود زوجته، سواء مضت المدة التي يحكم بها عليه بموته، أم لم تمض، قبل أن تتزوج بآخر، فهو أحق بها من غيره»⁽⁴⁾. أما إن أدركها وقد تزوجت ففي ذلك روايتان عن الإمام مالك؛ «إحداهما: أنه لا سبيل له عليها، وقد بانّت منه بمجرد العقد عليها من الثاني سواء دخل بها أم لم يدخل، وثانيهما: إنه إذا كان الثاني لم يدخل بها فهي للأول وإن كان الثاني قد دخل بها فهي له ولا سبيل للأول عليها»⁽⁵⁾.

(1)- انظر: النظام، الفتاوى اهنديّة، ج: 300/2.

(2)- سبقّت الإشارة إلى أن الأحناف يحكمون بموت المفقود بعد مضي سن التعمير، وقد بينا اختلافهم فيه. انظر ص: 95 من هذا البحث.

(3)- ذكر هذا الأثر عن علي في: البيهقي، سنن البيهقي، ج: 444/7.

(4)- انظر: الدسوقي، المرجع السابق، ج: 480/2. وابن نصر، المعونة على مذهب أهل المدينة، ج: 550/1.

(5)- انظر ما روي عن الإمام مالك في ذلك في: الكاندهلوي، المرجع السابق، ج: 170/10، حيث ذكر أنه قد جاء في الموطأ بشرح الزرقاني أن الإمام مالك قد رجع عن قوله الأول قبل موته بعام، وقال: لا يفيتها على الأول إلا دخول الثلث، غير عام بحياته، وأن صاحب الكافي قد ذكر بأن قوله الأخير هو الأصح من حيث الأثر، لأنها مسألة قلدنا فيها عمده.

ثالثاً: مذهب الشافعية⁽¹⁾

إذا قدم المفقود ولم تتزوج زوجته قبل أو بعد مضي مدة التربص والعدة فهي زوجته، وقيل إذا ضرب للزوجة الأجل، فانقضت بطل حق المفقود فيها، أما إذا قدم بعد أن تزوجت، فإذا كانت عودته قبل دخول الثاني لها، فهي زوجة الأول، أي المفقود ترد إليه، أما إذا قدم بعد أن تزوجت ودخل بها الثاني، فلا سبيل للأول عليها.

رابعاً: مذهب الحنابلة⁽²⁾

ذهبوا هم كذلك إلى أن المفقود إذا عاد حياً، فإن امرأته له ما لم تتزوج بآخر، ويستطيع مباشرة حياته الزوجية معها بعقد النكاح الأول دون حاجة إلى تجديده، أما إذا عاد وقد تزوجت امرأته بآخر، فينظر إذا لم يدخل بها زوجها الثاني، فهي للأول وترد إليه بعقد النكاح الأول، أما إذا عاد وقد تزوجت بآخر ودخل بها، فإن زوجها الأول -المفقود- مخير بين استرجاع زوجته إليه، وبين أخذ صداقه الذي ساق إليها؛ «لما روي عن سعيد بن مسيب أن عمر وعثمان قالوا: إن جاء زوجها الأول خير بين المودة وبين الصداق الذي ساق هو»⁽³⁾»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾-النوري، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج:160/18. تجدر الإشارة هنا إلى أن المسألة خلافية عند الشافعية، حسب مذهب الشافعي القدم والجديد، لم أذكرها هنا اختصاراً، انظرها في: النوري، المجموع شرح المهذب، المرجع نفسه، ج:160/18.

⁽²⁾-انظر رأي الحنابلة هذا في: ابن قدامة، المرجع السابق، ج:136/10.

⁽³⁾-ذكر هذا الأثر عند: ابن قدامة، المرجع نفسه، ج:136/9-137. والكاندهلوي، المرجع السابق، ج:170/10. والبيهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، ج:446/7.

⁽⁴⁾-قال ابن تيمية في هذا الصدد: «فكل صورة فُرقَ فيها بين الزوج وامرأته بسبب يوجب الفرقة، ثم تبين انتفاء ذلك السبب، فهو شبهه بالمفقود، والتخير فيه بين المرأة والمهر هو أعدل الأقوال». انظر: البعلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفكر، ص:282.

خامساً: الرأي الراجع في المسألة

يظهر - والله أعلم - بعد عرض ما جاء من آراء للمذاهب في حكم ظهور المفقود بعد الحكم بموته والفرقة لزوجته، أن الرأي الراجح فيها هو ما ذهب إليه الأحناف والشافعية من القول بأن الزوج المفقود إذا عاد حياً وقد تزوجت زوجته بأخر، فلا سبيل له عليها، وقد كان هذا الترجيح للأسباب الآتية⁽¹⁾:

أ- إن الهدف الأساسي الذي قلنا بجواز التفريق لزوجة المفقود إذا ما رفعت أمرها إلى القاضي هو رفع الضرر والحرص عنها، وذلك بتسريحها منه، فإذا تزوجت بالآخر بعد الحكم لها بالفرقة من المفقود، فأكد أنها قد استقرت حياتها، وقد ذهب عنها القلق، وربما تكون قد أنجبت من زوجها الثاني أطفالاً، فهل يعقل أن نقول لها بعد هذا إن زوجك المفقود سيكون من حقه إرجاعه إليك إذا عاد حياً، أكيد أنها ستبقى قلقة ومضطربة لا تعرف للاستقرار طريقاً، لأنها تنتظر رجوعه في أي لحظة، فلا هي مستقرة مع الثاني، ولا هي مستقرة مع الأول، إذ تفكر دوماً في مشكلة وهي هل سيقبل الزوج الثاني فراقها إن ظهر الأول أم لا؟ وهل سيتنازل عنها بسهولة أم لا؟ وغير ذلك من الشكوك والأوهام التي تترك حياتها مضطربة وغير مستقرة، أضف إلى ذلك أنه لا يمكننا أن نتصور أن الزوج الثاني سيقبل العيش مع امرأة في قلق يرتقب في أي لحظة عودة زوجها الأول لينزعها منه وقت ما شاء، بل إن أكثر من ذلك سيتعرض أولاده إن أنجب منها إلى التششت، لكل هذا ينبغي النظر إلى المصلحة الكبرى التي تخص استقرار الأسرة كاملة، زوجة وأطفالاً قبل النظر إلى مصلحة الزوج المفقود العائد في إرجاع زوجته إليه.

الفرع الثاني: التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة غير المنقطعة عند الفقهاء

اختلفت كلمة الفقهاء فيما إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة غير منقطعة، بحيث لم تنقطع أخباره، ولم يجهل مكان غيابه كالذي يسافر للتجارة والكسب، أو طلب العلم

⁽¹⁾ - انظر: المردودي، المرجع السابق، ص: 126-127.

أو الدعوة أو كان غيابه بسبب سجنه، أو بسبب تواريه، وامتناعه عن أداء واجباته الزوجية، وطلبت الزوجة الفرقة منه بسبب غيابه هذا لشدة تضررها منه بفقدان الوطاء وخشيتها على نفسها من الزنا.

فمنهم من منعها هذا الحق وقال: لا يجوز لها طلب الفرقة منه ما لم يمتنع من الإنفاق عليها، ومنهم من أعطاهم هذا الحق لأن حقها في الوطاء حق مشروع، وبما أنها فقدته من زوجها الغائب جاز لها طلب الفرقة منه بسببه.

كل هذا سيتم بيانه مع الأدلة الواردة فيه، ثم مناقشتها للخروج بعدها برأي أوفق في المسألة.

البند الأول: آراء المذاهب في المسألة

أولاً: مذهب الأحناف

«لا يجوز التفريق عندهم بين الزوجة وزوجها الغائب غيبة منقطعة المفقود»⁽¹⁾. ولئن كان هذا هو الحكم في حالة الفقد - وهي أشد حالات الغياب ضرراً على الزوجة - عندهم، «فالحكم بعدم الجواز في الغيبة غير منقطعة، يكون أولى»⁽²⁾.

ثانياً: مذهب المالكية⁽³⁾

ذهب المالكية إلى أن الزوجة إذا تضررت من غياب زوجها بتركه وطنها، وخشيت على نفسها الزنا، حتى ولو كان ينفق عليها، وطلبت الفرقة منه جاز لها ذلك، مهما كان نوع الغيبة، منقطعة أو غير منقطعة.

إلا أنهم قد اشترطوا لذلك شروطاً⁽⁴⁾ هي:

(1) - انظر: ابن اضمام، المرجع السابق، ج: 145/6.

(2) - انظر: زيدان، المرجع السابق، ج: 464/8.

(3) - عليش، شرح منح الجليل، مرجع سابق، ج: 313/2. والندسوقي، المرجع السابق، ج: 431/2.

(4) - انظر هذه الشروط في: الدردير، الشرح الصغير، ج: 746/2. والندسوقي، المرجع نفسه، ج: 431/2.

1- أن يمضي على غياب الزوج «مدة تستوحش فيها المرأة»⁽¹⁾، وتتضرر فعلا من غيابه، وقد حددها بمدة سنة، وقيل ثلاث سنوات، إلا أن القول الأول هو الراجح عندهم، فلو غاب الزوج مدة أقل من سنة لا يجوز التفريق بينها وبينه بسبب غيابه.

2- أن يكتب القاضي إلى الغائب كتابا يطالبه فيه بأن يحضر لزوجته أو ينقلها معه إلى حيث غاب، أو يطلقها إذا لم تستطع الصبر على هذه الحال، «ويضرب له أجل شهرين، فإذا مضى الأجل ولم يفعل شيئا طلق عليه»⁽²⁾.

ثالثا: مذهب الشافعية

ذهبوا هم كذلك كالأحناف - إلى عدم جواز التفريق بين الزوج الغائب وزوجته إذا طلبت ذلك مهما كان نوع الغيبة، قال في الأم: «فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت، مما وصفت أو لم اصف، بإسار عدو، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه... لا تعتد امرأته، و لا تتكح حتى يأتيها يقين وفاته، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه»⁽³⁾.

(1) - قال خليل في هذا المعنى: «واجتهد الحاكم وطلق على الزوج في حلفه، لأعزل عنها، أو ترك الوطاء ضررا، وإن كان غائبا» قال الدردير في تعليقه على قول خليل هذا: «فيطلق عليه بالاجتهاد إن كان حاضرا، وإن كان غائبا، ولا يمسح بقوله (ضررا)، بل إذا تضررت هي من ترك الوطاء طلق عليه بالاجتهاد، ولو لم يقصد الضرر، يدل عليه - أي قول خليل في مختصره - أو سمد في العبادة، أي دوام العبادة، ورفعته الزوجة إلى القاضي، فيقال له: إما أن تطأ أو تطلقها، أو يخلدك عليك بلا ضرب أجل على الأصح. انظر: الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج: 431/2. وعليش، شرح مسج الخليل، مرجع سابق، ج: 313/2.

(2) - انظر: عليش، فتح العلي المالك، مرجع سابق، ج: 17/2.

(3) - الشافعي، المرجع السابق، ج: 235/5.

رابعاً: مذهب الحنابلة⁽¹⁾

فرّق الحنابلة في حكم التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب إذا أرادت ذلك فيما إذا كان غياب الزوج لعذر أو لغير عذر، فقالوا: إذا غاب الزوج بدون عذر مدة تتضرر منها الزوجة يجوز التفريق في هذه الحالة، أما إذا كان غيابه لعذر فلا يجوز. ومثال العذر عندهم؛ السفر للتجارة والكسب، أو الحج، أو طلب العلم، أو الجهاد، وقد اشترطوا لجواز التفريق شرط هو أن يغيب الزوج عن زوجته «مدة تستوحش فيها الزوجة وينفذ فيها صبرها من ترك الوطء»⁽²⁾. وقد حددوا هذه المدة بستة أشهر، وقيل أربعة أشهر اعتماداً على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه حينما سأل ابنته حفصة فقال: «يا بني كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: «سبحان الله! أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك. قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم بستة أشهر يسرون شهراً ويقيمون أربعة أشهر ويسرون شهراً راجعين»⁽³⁾.

وقد اشترط الحنابلة هذا الشرط لأنهم يعتبرون أن الوطء حق من الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها، وفي هذا جاء عنهم: «يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف، وهو من أوكدها عليه، أعظم من إطعامها...، والوطء الواجب؛ قيل إنه واجب كل أربعة أشهر مرة، وقيل بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته، وهذا أصح القولين والله أعلم»⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ -انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 234/7. وأبو الفرج، زين الدين عبد الرحمن بن الشيخ شهاب الدين أحمد بن رجب البغدادي الندشمقي الحنبلي، القول الصواب في تزويج أمهات أولاد الغياب، تحقيق: عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد الطريقي، مكتبة المعارف، الرياض، ض. 1، 1990م، ص: 64.

⁽²⁾ -قال ابن تيمية في بيان أن ترك الوطء سبب لفسخ الزواج: «وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بحسب حال سواء كان بقصد من الزوج ولو مع قدرته، وعجزه كالثففة وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً. وعلى هذا حال فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا ضلبت فرقة كالقول في امرأة المنقود بالإجماع...» راجع قوله في: البعلي، المرجع السابق، ص: 247.

⁽³⁾ -ابن رجب البغدادي، المرجع السابق، ص: 64.

⁽⁴⁾ -ابن تيمية، تقي الدين، أحكام الزواج، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م، ص: 210.

خامساً: مذهب الظاهرية

لا يجوز التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب مهما كان نوع الغيبة أو مدة الغياب؛ قال في المحلى: «لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه وإيجاب عدة ممن لا يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره»⁽¹⁾.

البند الثاني: أدلة الفقهاء في حكم التفريق بسبب الغيبة غير المنقطعة

يتضح لنا جليا بعد ما سبق عرضه من آراء للمذاهب في حكم التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة غير المنقطعة؛ أن جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وظاهرية قد ذهبوا إلى منعه، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى جوازه، هذا وقد استدل كل فريق على ما ذهب إليه بعدد من الأدلة نجملها فيما يلي:

أولاً: أدلة المانعين

استدل المانعون للتفريق بين الزوجين لغيبة الزوج غير منقطعة بأدلة هي:

1- من المنقول: قالوا «إنه لم يرد نص في كتاب الله تعالى ولا في سنة نبيه -عليه الصلاة والسلام- بجواز الفرقة لغياب الزوج، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره»⁽²⁾.

كما إنه في الحديث الوارد في حكم امرأة المفقود والذي رواه المغيرة بن شعبة⁽³⁾ دليل على أن «الفرقة بسبب الغياب غيبة منقطعة لا تجوز، ففي الغيبة غير المنقطعة يكون أولى»⁽⁴⁾.

(1)- ابن حزم، المرجع السابق، ج: 10/142.

(2)- انظر: المرجع نفسه، ج: 10/142.

(3)- سبقت ترجمة المغيرة بن شعبة، وتخريج الحديث الذي رواه ص: من هذا البحث

(4)- انظر: الرقيلي، المرجع السابق، ص: 17. وزيدان، المرجع السابق، ج: 8/464.

إلا أن مخالفيهم قد اعترضوا على هذا الاستدلال بأن عموم الأحكام في الشريعة الإسلامية التي تحت على ضرورة رفع الضرر والحرَج؛ كافية على بيان جواز القول بالفرقة بسبب غياب الزوج غيبة غير منقطعة، وذلك لتحقق الضرر بفقد الوطاء لدى الزوجة، فوجب إزالة هذا الضرر، ولا يكون ذلك إلا بتجويضها -أي الفرقة- كما أن العبرة عند الفقهاء بعموم الألفاظ لا بخصوص أسبابها، فإن لم ترد نصوص صريحة في حكم الجواز أو عدمه للتفريق بين الزوجين بسبب الغياب، فإن عموم اللفظ في قوله **الْكَلْبُ** «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾ يدل على حكم الجواز. إضافة إلى أن الاستدلال بالحديث الذي رواه المغيرة بن شعبة لا يصح، لأن الحديث ضعيف لا يحتج به.

2- من المعقول⁽²⁾:

- قالوا: إن الطلاق حق من الحقوق التي منحها الشرع للزوج وحده، فلا يملكه أحد مكانه، وإذا نحن قلنا بجواز الفرقة لزوج الغائب في هذه الحالة نكون قد سلبنا حقه وهدرنا كرامته.

- كما أن الوطاء حق للزوج وحده ولا حق للزوجة فيه إلا مرة واحدة، وبالتالي يسقط حقها في الوطاء بالدخول بها، ودليل ذلك أن زوجة العنِّين إذا دخل بها مرة واحدة لم يكن لها طلب الفرقة منه بعد ذلك، وهذا باتفاق الفقهاء.

لكن المخالفين قد اعترضوا على وجه هذا الاستدلال بأن الزوج «إذا تعسف في استعمال حقه جاز للقاضي التدخل لرفع الضرر عن الزوجة كما في هذه الحال»⁽³⁾.

ثانياً: أحلة المبيزين

استدل المجيزون للتفريق بين الزوجين بسبب الغيبة غير المنقطعة -وهو المالكية والحنابلة- بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والآثار والقياس هي:

(1) - سبق تحريجه، ص: 36 من هذا البحث.

(2) - انظر: أنكاساني، بدائع الصنائع، ج: 33/2. وابن قدامة، المرجع السابق، ج: 142/8.

(3) - ابن قدامة، المرجع نفسه، ج: 148/8-149.

1- من المنقول: استدلووا من القرآن الكريم بقوله **وَعَلَى**:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُهَيِّمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حَقَّتْهُمَا أَلَّا يُهَيِّمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا إِذَا تَوَدَّعَا بِهِنَّ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهُمَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (1).

وقوله تبارك وتعالى:

﴿وَلَا تُفْسِكُوهُنَّ خِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ وَعِظَتْكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا أَنْتُمْ بِلَهُكُمْ عَلَيْهِ﴾ (2).

حيث قالوا: «إن في غيبة الزوج إن نحن قلنا بعدم جواز الفرقة للزوجة منه بسبب غيابه إمساك لها بغير المعروف لما يلحقها من الضرر الحاصل عن بعده عنها وتركه جماعها، فيتعين في هذه الحالة التسريح بإحسان، ولا يكون إلا بجواز الفرقة منه» (3).

إلا أنه قد أوجب عن وجه هذا الاستدلال بهاتين الآيتين أنهما ليستا من الأدلة التفصيلية في حكم الفرقة لغياب الزوج، فلا يمكن الاعتماد عليهما وحدهما في تجويز ذلك، أضف إلى ذلك أن قول الله **وَعَلَى** (فإمساك بمعروف) المقصود منه بيان عدد الطلاق الذي يوقعه الزوج، وهذا ما فهمه جل الصحابة من الآية. فلا يمكن الأخذ به ههنا» (4).

(1) -سورة البقرة، الآية: 229.

(2) -سورة البقرة، الآية: 232.

(3) -انظر: الرقيلي، المرجع السابق، ص: 112.

(4) -انظر: المرجع نفسه، ص: 112.

وأجيب على هذا الجواب بأن العبرة عند الفقهاء بعموم الألفاظ لا بخصوص أسبابها، كما أن الشريعة الإسلامية لم تنص على جميع القضايا والأحكام بالتفصيل، بل إنها «قد رسمت بيانات وأقرت مقاصد شرعية استتبطها الفقهاء يمكن بالرجوع والاستناد إليها إيجاد أحكام لكل القضايا والوقائع التي تحدث في دنيا الناس حتى ولم ترد فيها أدلة تفصيلية»⁽¹⁾.

2- أما من السنة النبوية الشريفة، فقد استدلوا بقول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فقالوا: «يفهم من هذا الحديث أن غياب الزوج عن زوجته يلحق الضرر بها، ويمنعها حقا من حقوقها، ويعرضها للفتنة، فلا بد من إزالته ولا يكون ذلك إلا بجواز الفرقة منه»⁽²⁾.

غير أنه قد اعترض على هذا الاستدلال بأن الضرر لا يزال بالضرر⁽³⁾، فضرر الزوجة هنا الذي يلحقها بترك زوجها الغائب لوطنها لا يمكن إزالته بضرر آخر وهو سلبها من زوجها وسلبه حقا مشروعاً، وهو حقه في الطلاق. وأجيب على هذا الجواب بأن الضرر الأقوى يزال بالضرر الأخف⁽⁴⁾، وضرر الزوجة هنا أقوى من ضرر الزوج، ذلك أن الزوجة لا يمكنها تحصيل حقا في الوطأ إلا عن طريق الزوج، ولا سبيل لها لذلك غيره، فإن غاب عنها فلا يمكن لها ذلك إلا بجواز التفريق منه وإعادة الزواج بزواج آخر، أما الزوج فضرره هنا أخف من ضرر الزوجة، إذ أنه يستطيع بعد فراقها أو حتى إن لم يفارقها إعادة الزواج بزوجة أخرى مكان إقامته. إذن فلا بد من دفع الضرر الأكبر بارتكاب الضرر الأخف. وهذا ما جاءت به الكثير من القواعد الفقهية.

(1)- انظر: الرقيلي، المرجع السابق، ص: 112.

(2)- انظر: ابن رشد (الحفيد)، مقدمات ابن رشد، مرجع سابق، ج: 408/2.

(3)- انظر: الرقيلي، المرجع نفسه، ص: 112.

(4)- سبق شرح هذه القاعدة الفقهية في الفصل الثاني، هامش ص: 65 من هذا البحث.

كما استدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام لأحد الصحابة حينما علم أنه يصوم النهار ويقوم الليل: «صم وأفطر، قم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا»⁽¹⁾. فقالوا: «إن للزوجة على زوجها حقوقا من بينها الوطء، فإن تضررت بفقد هذا الحق جاز لها مطالبة زوجها به، فإن لم يحققه لها بنقلها معه، جاز لها طلب الفرقة منه، مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام: «وإن لزوجك عليك حقا».

واعترض على هذا الاستدلال بأن الحديث لم يشر إلى «أن الوطء حق قضائي، بل كل ما فيه أنه حق ديني ليس لها المطالبة به قضاء»⁽²⁾.

وأما من الآثار فقد كان استدلالهم على جواز الفرقة بسبب الغيبة غير المنقطعة بما روي⁽³⁾ عن تلك المرأة التي جاءت تشكو زوجها إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: «يا أمير المؤمنين، ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي، والله إنه ليبيت لي له قائما، ويظل نهاره صائما، فاستغفر لها وأثنى عليها، واستحيت المرأة وقامت راجعة، فقال كعب⁽⁴⁾: يا أمير المؤمنين: هلا أعديت المرأة على زوجها، فجاء، فقال لكعب: اقضي بينهما، فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم، قال: فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن، فاقض له بثلاثة أيام وليالهن يتعبد فيهن، ولها يود وليلة، فقال عمر: «والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر الآخر. اذهب فأنت

(1)- الحديث متفق عليه، انظر: البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي، مصابيح السنة، تحقيق: د. يوسف عبد الرحمن الرعشلي و محمد سليم إبراهيم سمارة وجمال حمدي الذهبي، كتاب: الصوم، باب: صيام التصريح، حديث رقم: 1468، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1987، ج: 92/2.

(2)- انظر: الرقيلي، المرجع السابق، ص: 112.

(3)- انظر الاستدلال بهذا الأثر على جواز الفرقة لغياب الزوج في: ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 8/140. ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج: 9/299. الكردي، فسخ الزواج، ص: 489.

(4)- كعب بن سور ابن بكر بن عبيد بن ثعلبة بن سليم بن ذهل بن ثقيظ بن الحارث بن مالك بن فهم بن غنم بن دوس بن عدنان بن عبد الله بن مالك بن نصر بن الأزد، الأزدي، أسلم على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وهو معدود من كبار التابعين، استنضاه عمر بن الخطاب على البصرة بسبب الحادثة المذكورة أعلاه مع تلك المرأة. (انظر: ابن عبد السير، الاستيعاب، ج: 3/1318).

قاضي على أهل البصرة»، حيث إن هذه الحادثة قد انتشرت بين الصحابة فلم ينكرها أحد منهم فكانت إجماعاً فيه دلالة على حق المرأة في الوطء.

لكن المخالفين قد اعترضوا على وجه هذا الاستدلال بهذا الأثر بأنه: «فتوى صحابي في موضع اجتهاد، فلا يكون ملزماً، كما أن عمر لم يقض لها بالوطء، بل قضى لها بالبيتوتة فقط»⁽¹⁾.

وأما القياس: «فقد قاسوا جواز التفريق للغيبة على جوازه بسبب العنة والجب، والإيلاء، فلو لم يكن الوطء من حق الزوجة، كما هو للزوج لما أجاز لها التفريق بسبب فقده من الزوج العنين أو المحبوب أو المولي»⁽²⁾.

ورد على هذا الاستدلال بأن: «الإيلاء إذا كان طلاقاً كان مزيلاً للملك بخلاف المفقود، فإنه لم يظهر طلاق لا معجل ولا مؤجل»⁽³⁾، فلا يمكن قياس المفقود على المولي، كما أن «العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة، والطبيعة لا تتحل، ففات حقها - أي حق الزوجة في الوطء - على التأييد، فيفترق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها، بخلاف امرأة المفقود، فإن حقها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده»⁽⁴⁾. وبخلاف زوجة الغائب غيبة غير منقطعة، إذ هي كذلك حقها مرجو لأن الغائب قد يعود في أي لحظة.

البند الثالث: الرأي الراجح في حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج غيبة غير منقطعة

من خلال ما سبق عرضه من آراء للفقهاء وأدلة ومناقشات، يتبين والله أعلم أن رأي القائلين بجواز الفرقة لغياب الزوج عن زوجته غيبة غير منقطعة هو الراجح بين

(1) - أنكردي، فسخ الزوج، ص: 491.

(2) - ابن رشد (الحفيد)، بداية اجتهاد، مرجع سابق، ج: 52/2.

(3) - ابن الخمام، شرح فتح القدير، ج: 147/6.

(4) - المرجع نفسه، ج: 147/6.

الأراء، وذلك لاعتبارات هي:

أولاً: بالنسبة لأدلة الفريقين: فقد كانت أدلة المانعين ضعيفة، خاصة ما قالوه عن عدم وجود نص صريح في المسألة، ذلك أن العبرة عند الفقهاء بعموم الألفاظ لا بخصوص أسبابها، فقد وردت عمومات كثيرة في الشريعة تدل على ضرورة إمساك الزوجة بالمعروف والإحسان إليها، أو تسريحها، وعدم الإضرار بها بإمساكها، كما أن الحديث الذي استندوا إليه وهو الذي رواه المغيرة بن شعبة عن الرسول ﷺ في أن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان، حيث قاسوا عليه الغائب من باب أولى، حديث ضعيف لا يصح الاستدلال به، لكل ذلك كانت أدلة المانعين ضعيفة.

ثانياً: إن قول المجيزين بجواز الفرقة لزوجة الغائب يتفق تماماً مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي من أهم مبادئها جلب المصالح للعباد ودفع المفسد والضرر عنهم، ولا شك في أن بقاء الزوجة في عصمة الزوج مع غيابه عنها، ضرر عليها، والضرر مطلوب إزالته في الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: إن أهم مبدأ من المبادئ التي تدعو إليها الشريعة الإسلامية نشر الأخلاق الفاضلة في المجتمع المسلم، وغلاق الأبواب أمام الفساد وطرق انتشاره، ولا شك في أن غياب الزوج عن زوجته مع حاجتها إليه قد يدفعها إلى الفساد والانحراف بفقدانها لغريزة إنسانية لا يمكن الاستغناء عنها، ألا وهي الجماع، فإن كان هذا الزوج حريصاً على استمرار الحياة الزوجية فليكن قريباً من زوجته أو يأخذها إليه، أما بعده عنها وعدم عودته إليه، وعدم نقلها إليه، وعدم تصريحها فهذا يدل على إمكان وقوعها في ضرر كبير قد يهدم هذا المبدأ الهام في الشريعة الإسلامية، خاصة وأنّ تحصيل لذة الجماع والوطء لا سبيل لها في ديننا الحنيف سوى طريقة الزواج الشرعي، فإن تعذر ذلك على الزوجة من زوجها الغائب، فلا سبيل لها آخر سوى الفرقة منه وإعادة الزواج بآخر.

البند الرابع: حكم ظهور الغائب بعد نعيه وقد تزوجت امرأته⁽¹⁾

إذا نعي الغائب إلى زوجته، وأتاه الخبر أنه قد مات، فتزوجت غيره، ثم ظهر الغائب بعد ذلك حيا، فهو أولى بها من زوجها الثاني، إذ لا يفيتها دخول الثاني بها على زوجها الأول في هذه الحالة، وهذا هو القول المشهور في المذهب المالكي، وهناك قول آخر بأن دخول الثاني يفيتها على الأول.

الفهم الثالث: نوع الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج

يختلف نوع الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج عند الفقهاء، باختلاف نوع الغيبة: إن كانت غيبة منقطعة أو غير منقطعة كالآتي:

أولا: نوع الفرقة الواقعة بسبب الغيبة المنقطعة - العقد⁽²⁾

لا يطلق على هذه الفرقة طلاقا أو فسخا، وذلك لأن الفرقة هنا اثر من آثار الحكم بموت المفقود، فإذا بطل الحكم بطلت آثاره كلها، ويتضح لنا هذا فيما إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، واعتداد زوجته عدة الوفاة، فإن زوجته تعود إليه بعقد النكاح الأول دون إبرام عقد جديد، ما دامت أنها لم تتزوج غيره.

ثانيا: نوع الفرقة الواقعة بسبب الغيبة غير المنقطعة⁽³⁾

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بسبب الغيبة غير المنقطعة، فذهب المالكية⁽⁴⁾ إلى أن هذه الفرقة فرقة طلاق بائن، لأن كل طلاق حكم به القاضي هو طلاق بائن إلا طلاق المولي أو المعسر بالنفقة، فإنه يقع رجعيا. أما الحنابلة⁽⁵⁾، فقد قالوا: إن الفرقة الواقعة بسبب الغيبة غير المنقطعة هي فرقة فسخ لا طلاق.

(1) - انظر: الحشني، المرجع السابق، ص: 355. سحنون، بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، دار الفكر والنشر، ج: 2/90.

(2) - انظر: محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص: 23.

(3) - القائلون بالفرقة هنا هم المالكية والحنابلة فقط، كما سبق بيانه في أول هذا البحث.

(4) - انظر: اندسوقي، المرجع السابق، ج: 2/351.

(5) - انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 8/134.

ويظهر أثر اختلاف الفقهاء في نوع الفرقة هنا في عدد الطلقات التي يوقعها الزوج لزوجته قبل غيابه؛ «فعلى القول بأن الفرقة تقع طلاقاً فإنها تنقص من عدد الطلقات الممنوحة للزوج، أما إذا اعتبرناها فسخاً فإن هذه الفرقة لا تنقص من عدد الطلقات الممنوحة إليه»⁽¹⁾.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن حكم الفرقة بين الزوجين بسبب الغياب

سأتناول في هذا الفرع الآثار التي تترتب عن وقوع الفرقة بين الزوجين بسبب غياب الزوج على عدة الزوجة ونفقة عدتها، ومهرها، إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن بحث هذه الآثار سيكون مختصراً؛ إذ لا يهمننا بحثها بكل جزئياتها وتفصيلها، بقدر ما يهمننا ما تعلق بجانب زوجة الغائب فقط، فكان هذا الفرع وفق البنود الثلاثة الآتية:

البند الأول: أثر الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج على عدة الزوجة

العدة عند الفقهاء هي: تلك الأيام التي تتربص فيها الزوجة المفارقة لزوجها، فلا تتزوج فيها ولا تتعرض للأزواج. وهي واجبة بالكتاب والسنة والإجماع، كما تتعلق بها عدة أحكام لا يهمننا منها في هذا البحث إلا ما تعلق بأثر الفرقة التي يوقعها القاضي بسبب غياب الزوج عليها -أي على العدة-. هذا الأثر الذي يختلف باختلاف نوع الغيبة التي وقعت الفرقة بسببها، إن كانت غيبة منقطعة أو غير منقطعة.

أولاً: في حالة الغيبة المنقطعة

إذا حكم القاضي بموت المفقود بعد تربص الزوجة مدة الأربع سنين، فإنه يصبح ميتاً حكماً، فتترتب عليه جميع الأحكام التي تترتب على الموت، والتي منها عدة الوفاة للزوجة، لذلك فإن الزوجة المحكوم لها بالفرقة من زوجها المفقود، تعدد عدة الوفاة من تاريخ الحكم بوفاته المفقود، وتكون عدتها أربع أشهر وعشراً، وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

(1) -انظر: محمد عبد الرحيم محمد، المرجع نفسه، ص: 23.

(2) -انظر: العيني، المرجع السابق، ج: 2/217. البغدادي، المرجع السابق، ص: 311. الشافعي، المرجع السابق، ج: 5/255.

أبو التركات، الخمر في الفقه، ج: 2/106. ابن حزم: المرجع السابق، ج: 10/140 وما بعدها.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

جميعاً، وهو قول فقهاء السلف كعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أجمعين، ولا فرق بين وقوع الفرقة قبل دخول الزوج المفقود لزوجته أو بعد دخوله بها.

ثانياً: عدة الزوجة من الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج غيبة غير منقطعة⁽¹⁾. إذا وقعت الفرقة قبل الدخول، فلا عدة على الزوجة في هاته الحالة، مصداقاً لقوله تبارك وتعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ مَسْرُومٌ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽²⁾.

أما إذا وقعت الفرقة بعد الدخول، فإن عدة الزوجة في هاته الحالة تختلف باختلاف حالها:

أ- فإذا كانت الزوجة من ذوات الحيض؛ فعدتها ثلاثة قروء لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيهِنَّ أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَحْمَتِي مِنْ ذَلِكَ إِنْ أَرَادَهُنَّ إِحْلَاقًا وَكُنَّ مِثْلَ الْيَتَامَى بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽³⁾.

ب- إذا كانت الزوجة صغيرة أو أيسة من الحيض، فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تبارك وتعالى:

(1)- انظر: محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص: 80. الكردي، المرجع السابق، ص: 80.

-وتجدر الإشارة هنا إلى أن فقهاء المذاهب حينما تحدثوا عن العدة لم يفرقوا بين عدة الزوجة من فراق زوجها حاضراً كان أو غائبا، سوى ما قالوه في زوجه المفقود، فيفهم من كلامهم أن الأدلة الواردة في العدة قد جاءت عامة، إذ لم تميز بين حاضراً وغائباً. ولزيد من الاطلاع انظر كتبهم الآتية: البغدادي، المرجع السابق، ص 341-352. ابن نضر، المرجع السابق، ج: 1/620.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى قول الإمام الشافعي في كتابه الأم الذي مفاده أن بداية عدة الزوجة من موت أو طلاق الغائب، يكون من يوم يكون الطلاق أو الوفاة، ولا يكف أن تعلم بذلك فقط، بل لا بد من بينة تقوم لها على موته أو طلاقه، كما أشار إلى ذلك أيضا أبو البركات من الخنابلة في كتابه "المحرر في الفقه". انظر: الأم، ج: 5/231. المحرر في الفقه، ج: 2/106.

(2)- سورة الأحزاب، الآية: 49.

(3)- سورة البقرة، الآية: 228.

العقل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

﴿وَاللَّائِي يُمْسِكْنَ مِنَ الْمَيْضِ مَنْ نَسَانِكُمْ إِنْ أُرْتَبِتَهُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَهُ
يَحْضُنْ وَأُولَاةُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ
يُسْرًا﴾⁽¹⁾.

ج- إذا كانت الزوجة حاملا؛ فعديتها وضع حملها لقوله تبارك وتعالى:

﴿وَأُولَاةُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ
يُسْرًا﴾⁽²⁾.

البند الثاني: أثر الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج على نفقة عدة الزوجة

لا تجب على الزوج الغائب نفقة عدة لزوجته إذا وقعت الفرقة بينهما بسبب
غيابه مفقودا كان أو غائبا غيبة غير منقطعة؛ ذلك أن هذه الفرقة إذا كانت بسبب فقد
الزوج كانت العدة فيها عدة وفاة، ولا نفقة للمعتدة من الوفاة بالاتفاق⁽³⁾، سواء كانت
الزوجة حاملا أو غير حامل، أما إذا كانت الفرقة للغيبة غير المنقطعة، فلا نفقة للزوجة
كذلك في عدتها من تلك الفرقة، لأن: «الفرقة الواقعة هنا إما تقع طلاقا باننا على رأي
المالكية، وإما فسخ على رأي الحنابلة»⁽⁴⁾. وفي كلا الحالتين لا تجب نفقة العدة
للزوجة، «لأنهم لا يوجبونها إلا للمعتدة من طلاق رجعي»⁽⁵⁾.

البند الثالث: أثر الفرقة الواقعة بسبب الغياب على مهر الزوجة

المهر في الفقه الإسلامي هو: «اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو

(1)-سورة الطلاق، الآية: 4.

(2)-سورة الطلاق، الآية: 4.

(3)-راجع ما جاء عن المالكية والحنابلة -باعتبار أنهم هم فقط القائلون بجواز الفرقة لفقد الزوج- في نفقة العدة للزوجة من
الفرقة الواقعة بسبب الفقد في كتبهم الآتية: الدسوقي، المرجع السابق، ج: 431/2، 479. ابن قدامة، المرجع السابق،
ج: 234-236.

(4)-راجع رأي المالكية والحنابلة في نوع الفرقة الواقعة بغياب الزوج غيبة غير منقطعة على عدة الزوجة ونفقة عدتها في:
الدسوقي، المرجع نفسه، ج: 351/2. ابن قدامة، المرجع نفسه، ج: 134/8.

(5)-انظر: الكردي، المرجع السابق، ص: 99.

الوطء، وقد سماه الله في كتابه صداقا، وأجرا، وفريضة»⁽¹⁾.

ويختلف أثر الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج على مهر الزوجة كذلك باختلاف نوع الغيبة⁽²⁾.

أ- في حالة الغيبة المنقطعة: إذا وقعت الفرقة بسبب الفقد ولم يكن الزوج المفقود قد دخل بزوجته قبل فقده، كان لها تمام المهر المسمى أو مهر المثل - وهذا طبعا بعد الحكم بموت المفقود ووقوع الفرقة بحكم القاضي-. أما إذا وقعت الفرقة بعد دخول الزوج بزوجته، فإن لها تمام المهر المسمى في العقد، وإن لم يسم لها مهر فلها مهر المثل كاملا.

ب- في حالة الغيبة غير المنقطعة: إذا وقعت الفرقة بعد دخول الزوج بزوجته قبل مغيبه، ثبت لها المهر المسمى في العقد أو مهر المثل كاملا إذا لم يسم لها مهرا في العقد. أما إن وقعت قبل دخوله بها وقبل مغيبه، فلها نصف المهر المسمى أو المتعة إن لم يسم لها مهر.

البند الرابع: أثر الفرقة الواقعة بسبب الغياب على ميراث الزوجة⁽³⁾

إذا ثبتت وفاة الغائب غيبة غير منقطعة، أو حكم عليه بالموت في حالة كونه مفقودا، وقد وقعت الفرقة بينه وبين زوجته بسبب غيابه، واعتدت زوجته من هذه الفرقة ولم تنتهي عدتها بعد، فلا ميراث لها من زوجها الغائب غيبة منقطعة، باعتبار أن «كل فرقة تقع عند القاضي تقع طلاقا بائنا، ما عدا طلاق المولي والمعسر بالنفقة، فإنها تقع طلاقا رجعيا، والطلاق البائن لا توارث فيه بين الزوجين عند فقهاء المالكية.

(1)- الأشقر، عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط2، 1997، ص: 255.

(2)- انظر في كل ذلك: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج: 202/3. ابن رشد (الخفيد)، بداية اختها، مرجع سابق، ج: 22/2-23. الدسوقي، المرجع السابق، ج: 431/2-479. الشريبي، المرجع السابق، ج: 251/3. ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 234/7.

(3)- انظر: الكردي، المرجع السابق، ص: 596.

أما باعتبارها -أي الفرقة- فسحا عند الحنابلية، فإنه يكون لزوج الغائب المعتدة من تلك الفرقة حقا في ميراث زوجها إذا أثبتت وفاته، لأن الفسخ عنده في هذه الحالة لا يسمى طلاقا، فتكون الفرقة الواقعة هنا كأن لم تكن، فيثبت للزوجة حقا في ميراث زوجها الغائب بعد ثبوت وفاته، لأنه لو عاد حيا وهي لم تتزوج بعد، وقد طلبت الفراق منه ووقعت تلك الفرقة بحكم القاضي، وأراد الزوج إرجاعها كان له ذلك ما لم تتزوج بحكم عقد زواجهما الأول الذي لم تنته آثاره بعد.

أما في حالة الفرقة للغيبة المنقطعة؛ فلا تسمى طلاقا ولا فسحا عند الحنابلية، إذ هي أثر من آثار الحكم بوفاة المفقود، لا أصل لنفسها، لذلك إذا حكم بوفاة الزوج المفقود، واعتدت زوجته فإن لها الميراث باعتبار توفر سببه وهو الوفاة، طالما أن التوارث بين الزوجين يكون بوفاة أحدهما حقيقة أو حكما، إلا أنه تجدر الإشارة هنا إلى أنه: إذا ظهر المفقود حيا فإن الآثار المترتبة على هذه الفرقة من عدة ونفقة واستحقاق إرث تبطل كلها لبطلان الحكم بوفاته.

إلا أنني وبعد ذكر أثر الفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج على ميراث الزوجة في حالة وفاة زوجها، ولم تنته عدتها بعد، تجدر بنا الإشارة إلى أمر هام وهو ميراث زوجة الغائب في حالة وفاته، ولم تقع الفرقة منه أصلا لعدم طلب زوجته لذلك، كأن يأتيها بيان وفاته وهو غائب غيبة غير منقطعة، أو أن يحكم بموت زوجها المفقود بطلب من أحد الورثة، وعليه أقول⁽¹⁾:

لقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا ثبت موت الغائب ببينة شرعية وتحققت الزوجة من ذلك، أو حكم القاضي بموته في حالة كونه مفقودا بعد مضي المدة المحددة شرعا، فإنه يرثه من كان مستحقا للإرث في ماله من يوم مات أو حكم عليه بالموت، أما من مات

(1)- انظر ما جاء في هذا المعنى في: محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص: 83.

- إن ما يهمنا هنا هو ميراث الزوجة فقط من زوجها الغائب الميت أو المحكوم عليه بالموت، أي المنفرد، أما ميراث -الأخير- الغائب أو المنفرد- من غيره، فلا يهمنا هنا.

من هؤلاء الورثة قبل موت الغائب أو قبل صدور الحكم بموته إن كان مفقودا، فإنه لا يرث شيئا من ماله، لذلك فإن ميراث زوجة الغائب في هذه الحالة يكون كالآتي:

أولا: تستحق الربع فرضا، إن لم يكن للزوج الغائب المتوفي أو المحكوم عليه بالوفاة فرعا وارثا، مثال ذلك:

مات زوج غائب عن زوجة وعم، فإن للزوجة الربع فرضا وللعمة الباقي تعصيا.

وإن كان لهذا الغائب أكثر من زوجة ولم يكن له فرعا وارثا فإنهن يشتركن في الربع.

ثانيا: تستحق الثمن إذا كان للزوج الغائب الميت أو المحكوم عليه بالموت فرع وارث، سواء كان هذا الفرع الوارث من هذه الزوجة أو من زوجة غيرها، فلو مات مثلا هذا الغائب عن زوجة وابن فإن الزوجة تأخذ الثمن، ويأخذ الابن الباقي تعصيا، أما إذا كان للزوج الغائب المتوفي أو المحكوم عليه بالوفاة أكثر من زوجة مع وجود الفرع الوارث، فإنهن يشتركن في الثمن.

المبحث الثاني: التخليق لغياب الزوج في قانون الأسرة الجزائري

لقد عدّ قانون الأسرة الجزائري التخليق الذي تطلبه الزوجة سببا من الأسباب القانونية التي تنحل بها الرابطة الزوجية إلى جانب انحلالها عن طريق الطلاق، والوفاة، والخلع، والفسخ والبطلان.

إلا أنه وإن كان هذا الحق مشروعا قانونا للزوجة؛ فإن إيقاعه لا يتم إلا أمام المحكمة وعلى يد القضاء.

غير أن الأمر الهام الذي أُنْبِئَ عليه هنا هو أن القانون الجزائري وإن كان قد فتح باب الخلاص للزوجة التي لم تجد راحتها في مواصلة الحياة الزوجية مع زوجها؛ فإنه لم يترك لها هذا الأمر مطلقا من دون شرط أو قيد، بل إنه قد حدّد حالات معينة يجوز للزوجة من خلالها طلب التخليق، وتلك الحالات هي ما نص عليها قانون الأسرة الجزائري في المادة 53. سنحاول من خلال هذا المبحث بيان وتفصيل رأي القانون في حالة من تلك الحالات ألا وهي حالة طلب المرأة التخليق بسبب غياب زوجها عنها، سواء أكان غيابه لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة، أو كان غيابه بسبب ارتكابه عقوبة شائنة، كما ورد في المادة 53، أو كان مفقودا لأن حكمه حكم الغائب في قانون الأسرة الجزائري، حسبما نصت عليه المادة 112 من نفس القانون، كل ذلك سنحاول بيانه كما قلت - مع محاولة المناقشة والمقارنة لكل ذلك بما جاء في الفقه الإسلامي، وهذا وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: حكم التخليق لغياب الزوج كما ورد في قانون الأسرة الجزائري

مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتخليق الواقع بسبب غياب الزوج

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الحكم بالتخليق لغياب الزوج على عدة

الزوجة وإرثها ونسب الأولاد في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الرابع: طرق وإجراءات رفع دعوى لطلب التخليق في قانون الأسرة

الجزائري.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي ومايون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: حكم التطلاق لغياب الزوج كما ورد في قانون الأسرة الجزائري مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي

لبيان موقف قانون الأسرة الجزائري من التطلاق بسبب غياب الزوج قسمت هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: التطلاق بسبب الغيبة لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة

الفرع الثاني: التطلاق بسبب الفقد.

الفرع الثالث: التطلاق بسبب الحبس

الفرع الأول: التطلاق بسبب الغيبة لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة

تقد نصّ قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53⁽¹⁾ على أنه للزوجة الحق في طلب التطلاق من زوجها الغائب إذا توافرت في ذلك ثلاث شروط هي:

(1) -تنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بموجبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المبراد 78-79-80 من القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الخداف من الزواج.

3- الخجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة حرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة عيشه وأخياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- كل ضرر معتبر شرعاً، ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 من هذا القانون.

7- ارتكاب فاحشة مبيّنة».

1- أن يتغيب الزوج عن زوجته غيبة طويلة مدة سنة فأكثر، ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن.

2- أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي وعقلاني مقبول، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر، وكان غيابه في إطار خدمة عامة، أو لأداء واجب الخدمة العسكرية في مكان بعيد، أو من أجل التعليم خارج الوطن، أو ما شابه ذلك، فإن الزوجة لا يقبل منها في مثل هذه الحال أن ترفع دعوى أمام القضاء وتطلب التطلاق منه.

3- أن لا يترك الزوج الغائب لزوجته مالا تتفقه على نفسها وعلى أولادها منه؛ إذ لو غاب لمدة سنة فأكثر لعذر، أو غاب بدون عذر ولكن ترك لها مالا تتفق منه على نفسها وعلى أولادها، فلا يجوز لها أن تطلب من المحكمة التطلاق من زوجها، تطبيقاً لنص الفقرة 5 من المادة 53.

هذا وبعد الملاحظة الدقيقة لما جاء في قانون الأسرة الجزائري عن التطلاق بسبب الغيبة وشروطه -حسب الفقرة 5 من المادة 53- أستطيع القول بأن المقنن الجزائري قد أخذ برأي الحنابلة في منحه حق التطلاق للزوجة من زوجها الغائب في حالة ما إذا لم يترك لها نفقة، أما إن كان قد ترك لها مالا تتفق منه، فلا يجوز لها طلب التطلاق. فيبدو أن القانون الجزائري قد ربط حق الزوجة في التطلاق بسبب غياب الزوج بأمر آخر وهو النفقة، كما فعل ذلك الحنابلة قبله، والظاهر أن الأخذ بمذهب الحنابلة هذا في مثل هذا الموضوع يعتبر تشدداً من المقنن الجزائري، لأن الزوجة قد تتضرر من الغياب في حد ذاته، وذلك بفقدانها حقها في الوطاء، ناهيك عن تضررها من غيابه بفقد النفقة. فكان من الأجدر على المقنن الجزائري عدم ربط التطلاق بسبب غياب الزوج بعدم وجود النفقة، لأن الزوجة قد تتضرر من فقد الجماع، ولا تتضرر من النفقة، كحالة الزوجة الغنية التي تتفق على نفسها من مالها ولا تنتظر نفقة زوجها

عليها. ولعل مجازاة المذهب المالكي الذي أجاز التطليق للزوجة من زوجها الغائب بسبب الغياب في حد ذاته، وذلك لفقد الجماع، حيث أنه لم يربط ذلك بوجود النفقة أو عدمه يكون الأنسب لرعاية مصلحة الزوجة. كما أن القانون الجزائري قد سلك نفس المسلك الذي سلكه المذهب الحنبلي في اعتبار العذر في الغياب المجيز للتطليق، إذ لو كان غياب الزوج لعذر مقبول كطلب العلم والتجارة والعمل، أو أداء الخدمة الوطنية لا يجوز التطليق، أما إن كان لغير عذر فيجوز. وكان من الأولى في هذه المسألة مجازاة المذهب المالكي الذي يعتبر الضرر الذي يلحق الزوجة من ترك زوجها الغائب لوطنها بسبب غيابه في جواز التفريق دون أن ينظر إلى سبب الغياب إن كان بعذر أو بغير عذر.

-أما اشتراط مدة الغياب بأن تكون سنة كاملة فالظاهر أن المقنن الجزائري قد نهج منهج المذهب المالكي فيه، غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن المقنن الجزائري لم يحدد نوع السنة التي يأخذ بها إن كانت السنة الميلادية التي يجري بها العمل في حياتنا اليومية في عصرنا هذا، أم السنة الهلالية التي كان العمل بها في التقدير الزمني قديما عند الفقهاء. لكن الشيخ محمد أبو زهرة قد رجح في كتابه "الأحوال الشخصية"⁽¹⁾ حمل لفظ السنة إذا جاء مطلقا وغير محدد في القانون على السنة الهلالية، لأنها هي الأصل في التقدير الزمني في الشريعة الإسلامية.

كما ينبغي التنبيه هنا إلى أن قانون الأسرة الجزائري قد أحق حالة الغائب التي نصت عليها المادة 110 بأنه: «...من منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير بالمفقود ؛ ومعنى هذا أن الغائب في هذه الحالة لا يحكم بالفرقة لزوجته إلا بعد مرور أربع سنوات في الحالات الاستثنائية، وبعد مدة يقدرها القاضي باجتهاده بعد مرور الأربع سنوات في الحالات العادية إلا أنني أرى أن قياس حالة الغائب هذه على المفقود قياس غير وجيه، ذلك أن الغائب في هذه الحالة وإن منعت الظروف القاهرة من

(1) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط3، 1957، ص: 366.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الرجوع إلى مقر إقامته فإنه معلوم المكان ويمكن الاتصال به، عكس المفقود الذي لا يعلم مكانه. ومن هذا يبقى حكم الحالة المذكورة في نص المادة 110 حكم الغائب وليس المفقود. فيفرق بينه وبين زوجته بعد مرور سنة من الغياب دون النظر إلى مدة التربص التي تشترط في المفقود.

وأخيرا، ولتأكيد موقف قانون الأسرة الجزائري من التطلق للغيبة مدة سنة دون عذر ولا نفقة عرضت الحكم القضائي الآتي الذي أصدرته محكمة أم البواقي بتاريخ 10-08-1997، والذي جاء فيه:

«الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

=باسم الشعب الجزائري=

=حكم الأحوال الشخصية=

مجلس قضاء أم البواقي

محكمة أم البواقي

قضية رقم/...

رقم الفهرس/...

تاريخ الحكم/10/08/1997.

بتاريخ العاشر من شهر أوت سنة ألف وتسعمائة وسبعة وتسعون على الساعة الثامنة والنصف صباحا عقدت محكمة أم البواقي جلسة علانية بمقرها الكائن بأم البواقي تحت رئاسة السيد/ أ..... رئيسيا

- وبمساعدة السيد/ م ز..... كاتب الضبط

وذلك للبت في أساس الدعوة القائمة بين/

- المدعية/ ع ز الساكنة ببلدية قصر الصبحي

مباشرة للخصام بنفسها.

من جهة

وبين//

- المدعى عليه/ خ م الساكن بحي باقي محمد

عمارة رقم 01 القبة الجزائر.

مباشر للخصام بنفسه.

من جهة أخرى

=بيان الوقائع=

-بموجب/ عريضة افتتاح دعوى مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة بتاريخ: 97/07/02 أقيمت المدعية/ ع ز المباشرة للخصام بنفسها دعوى في الأحوال الشخصية ضد /خ م. أهم ما جاء فيها أن هذا الأخير يعتبر زوجها الشرعي بمقتضى عقد الزواج المؤرخ في 1989/01/25 والمسجل ببلدية قصر الصبيحي تحت رقم/ 08، مضيئة أنه قد تخلى عن واجباته الزوجية المتمثلة أساسا في معاشرتها بالمعروف والإنفاق عليها وعلى ابنته/خ، التي لم يراها منذ ازديادها إلى اليوم، وهذا ما أدى بها إلى متابعته قضائيا وقد صدر في حقه حكم جزائي بتاريخ 1996/04/01 حائز لقوة الشيء المقضي به، قضى بإدائته لارتكابه جنحة الإهمال العائلي.

وعلى ذلك، فإنها لجأت إلى المحكمة بدعوى الحال ملتزمة منها فك الرابطة الزوجية بالتطليق، وفقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، مع إسناد حضانة البنت/خ لها، وإلزام المدعى عليه بأن يدفع لها تعويضا قدره: 40.000.00 دينار جزائري في مقابل الأضرار التي لحقتها مع الحكم لها بنفقة عدة قدرها 200.000 دج ونفقة إهمال بقيمة 200.000 دينار جزائري شهريا منذ سنة 1990 إلى غاية سقوط حضانتها قانونا، وذلك على أساس مبلغ 200.000.

.../...

.../...

وقد تم تبليغ المدعي وفقا لأحكام المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية، وجدول ملف الدعوى لجلسة 1997/07/27، وعلى إثر قيام المحكمة بإجراء محاولة صلح تبين لها غياب المدعى عليه مما أدى بها إلى سماع المدعي وتم تسجيل تصريحاتها على محضر رسمي، ثم تأجيل القضية بحضور المدعى عليه.

«ص رقم 2»

حكم بتاريخ/10/08/1997

.../... فهرس رقم/97/291

إلى أن هذا الأخير امتنع عن ذلك.

تلك هي وقائع الدعوى وبناء عليها:

=فإن المحكمة=

-بعد الاطلاع على عريضة الدعوى والوثائق المرفقة بالملف.

-بعد الاطلاع على المواد: 1/3/12/22/12/24/26/35/38/225/459 من ق/إ.م.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغيايب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

- بعد الاطلاع على المواد: 80/79/7578/74/72/64/62/61/53/49/48/47 من قانون الأسرة.
- بعد الاطلاع على الحكم الجزائري الصادر من محكمة أم البواقي بتاريخ 1996/04/01م، والمأمور بالصيغة التنفيذية.
- بعد الاطلاع على محضر سماع المدعية بتاريخ 1997/07/27.
- بعد النظر قانونا.
- =من حيث الشكل:

-حيث/ ثبت للمحكمة أن دعوى الحال جاءت وفق الأوضاع المقررة بالمواد: 13/12 و 459 من ق/أ/م/ وعليه يتعين التصريح بقبولها شكلا، ثم التصدي لموضوعها من حيث الموضوع:

-حيث/ أن المدعية نشرت دعوها و التمس في مطلب أول القضاء بفك الرابطة الزوجية مع المدعي عليه وفقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وقد أسست طلبها على أنه قد صدر حكم جزائي بتاريخ 1996/04/01 قضى بإدانة زوجها لارتكابه جنحة الإهمال العائلي.

-حيث/ أن المدعي لم يحضر للجلسة، وامتنع عن الرد رغم تبليغه تبليغا قانونيا، طبقا لأحكام المئدة 23 من ق/أ/م، وعلى ذلك فإن المحكمة تقضي في غيبته إعمالا لنص المادة: 2/35 من ق/أ/م.

-حيث/ ثبت للمحكمة من خلال الاطلاع على الحكم الصادر من محكمة أم البواقي بتاريخ 1996/04/01م تحت رقم: 96/531 أن المدعي عليه قد حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لارتكابه جنحة الإهمال العائلي.

-حيث/ أن هاذ الحكم قد أصبح نهائيا، وهذا ما تؤكد الصيغة التنفيذية التي مهد بها.

-حيث/ أنه المقرر قانونا أنه من بين الحالات التي يحق للزوج طلب التطلاق فيها هجر الزوج لينا مدة تزيد عن أربعة أشهر، وهذا ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة: 53 من قانون الأسرة، وعلى ذلك فإن طلب المدعية يكون مؤسسا مما يتعين الاستجابة له.

-حيث/ أن المدعية تلتمس في مطلب ثان إسناد حضانة البنت/خ لها.

-حيث/ انه من المقرر قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، وعلى ذلك، فإن الطلب مؤسس والمحكمة تستجيب له طبقا لأحكام المادة: 64 من قانون الأسرة.

«ص رقم 03»

حكم بتاريخ/10/08/1997

.../... فهرس رقم/ 97/291

الفصل الثاني: حكمه التفريق بين الزوجين لغياجه الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

-حيث/ أن المدعية تلتبس في مطلب ثالث إلزام المدعى عليه بأن يمكنها من تعويض قدره 400.000 دج في مقابل الضرر اللاحق بها.

-حيث/ أن الضرر الذي لحق المدعية ثابت، وعلى ذلك يكون طلبها الرامي إلى التعويض مؤسس، ويتعين قبوله مع تخفيضه إلى الحد المعقول.

-حيث/ أن المدعية تلتبس أيضا بالحكم لها بنفقة إهمال على أساس مبلغ 2000 دج منذ سنة 1990 إلى غاية النطق بالحكم.

-حيث/ أن هذا الطلب مؤسس، لكن المحكمة تستجيب له في حدود ما تضمنته المواد 80/79/78 من قانون الأسرة.

-حيث/ أن المدعية طالبت بمبلغ 2.000.000 دج كنفقة عدة.

-حيث/ أن من المقرر قانونا أنه يكون للزوجة الحق في النفقة أثناء عدة الطلاق، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة: 616 من قانون الأسرة، وعلى ذلك فإن المحكمة تستجيب لطلب المدعية مع مراعاة أحكام المادتين: 78-79 من قانون الأسرة.

-حيث/ أن المدعية تلتبس في مطلب أخير تمكينها من نفقة البنت/خ على أساس مبلغ 200.000 دج للشهر الواحد منذ سنة 1990 إلى غاية حضانتها شرعا.

-حيث/ أن هذا الطلب مؤسس سيما وأن نفقة البنت تقع على عاتق الأب، وعلى ذلك فالمحكمة تستجيب لهذا الطلب مع مراعاة أحكام المواد 80/79/78 من قانون الأسرة.

-حيث/ أن المصاريف القضائية تقع على عاتق من خسر دعواه طبقا لنص المادة 255 قانون إجراءات مدنية.

لهذه الأسباب:

-قضت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علنيا ابتدائيا غيابيا بفك الرابطة الزوجية بالتطليق بين ع ز، و خ م بتسجيل هذا الطلاق بمصلحة الحالة المدنية، والتأشير على هامش عقد زواجهما وعقدي ميلادهما، مع إسناد حضانة البنت خ إلى أمها على أن يمنح الأب حق الزيارة كل أيام الجمعة وأيام الأعياد والمناسبات.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

-إلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ قدره 30.000 دج كتعويض عن الأضرار التي ألحقها بسببها وتمكينها من نفقة العدة بمقدار 600.000 دج، ومن نفقة إهمال على أساس مبلغ 150.000 دج ابتداء من 02/07/1996 إلى غاية النطق بالحكم.

-إلزام المدعى عليه بأن يدفع لابنته خ نفقة غذائية على أساس 1500.00 دج للشهر الواحد ابتداء من 02/07/1996 إلى غاية سقوط حضانتها، وتحميله المصاريف القضائية.

-بدا صدر الحكم وأُفصح عنه جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة المذكورين أعلاه، وأمضى أصله كل من طرفي الرئيس وكاتب الضبط.

كاتب الضبط

الرئيس

فمن خلال تحليلي لهذا الحكم تبين لي جليا أن غياب الزوج عن زوجته في قانون الأسرة الجزائري دون عذر ولا نفقة تثبته عادة الزوجة باستصدار حكم جزائي عن محكمة الجنح ليقضي بإدانة الزوج لارتكابه عقوبة الإهمال العائلي، وهذا ما حدث في قضية الحال، إذ صدر الحكم الجزائي المدين للزوج بتاريخ 01/04/1996، كما أن غياب الزوج في كل مراحل الدعوى دون الإشارة إلى أي مانع حال دونه والحضور يفهم منه أن هذا الأخير غائب بإرادته ولمدة أكثر من سنة (لأنه غاب سنة 1990) مما ألحق الضرر بزوجه، ولما كانت القاعدة أنه: «لا ضرر ولا ضرار» وأن «الضرر يزال» حكمت المحكمة بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين وتعويض الزوجة ماليا عن الضرر الذي لحقها بسبب غياب زوجها عنها وعن ابنتها التي لم يرها منذ ولادتها.

الفرع الثاني: التطلاق بسبب فقد الزوج

جاء في نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري أنه: «لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون».

فيستنتج من هذا النص أن المفقود -وهو من انقطعت أخباره- يسري عليه حكم الغائب في طلب زوجته التطلاق منه، إلا أنه توجد للمفقود أحكام خاصة في قانون الأسرة الجزائري، وهي أنه لا يمكن الحكم للزوجة بالتطلاق منه إلا بعد صدور حكم

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغيبه الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

بموته عن طريق القضاء، وذلك بعد مدة حددها القانون بأربع سنوات بعد البحث والتحري عن أخباره، وهذا في حالة الحروب والحالات الاستثنائية أما في الحالات العادية التي تغلب فيها السلامة فيفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة للحكم بموته، فالظاهر أن المقنن الجزائري قد أخذ بمذهب الحنابلة في هذه المسألة، كما تنبغي الإشارة إلى أنه: «لا ينبغي أن تختلط علينا أحكام نص المادة 53 من ق.أ.ج مع أحكام المادة 112 من نفس القانون -المذكورة أعلاه- لأن طلب التطليق استنادا إلى الفقرة 5 من المادة 53 -والتي تم بيانها وشرحها سابقا- قد كان سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجته، بينما التطليق استنادا إلى نص المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها عن الإضرار بها، وهذا ما يبين لنا مدى ما بينهما من اختلاف في السبب رغم اتحادهما في النتيجة وتوحيد في الإجراء»⁽¹⁾.

ولعل الحكم القضائي الآتي يوضح لنا حكم القانون الجزائري في المفقود:

«الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية»

باسم الشعب الجزائري	بتاريخ الثامن عشر من شهر
مجلس قضاء قسنطينة	مارس من سنة 2003
محكمة قسنطينة/ الزيادة	عقدت محكمة قسنطينة/الزيادة قسم الأحوال
قسم الأحوال الشخصية	الشخصية جلستها العلانية بمركزها
حكم: 2003/03/18	على الساعة: 8:30د.
رقم القضية: 1046-2002	تحت رئاسة السيدة: (ب.س)
رقم الفهرس: 261-2003	القاضي بها
د.ف.ح محامية معتمدة لدى	وبمساعدة السيد ب م
المحكمة العليا...	أمين الضبط للبحث في الدعوى القائمة بين:
قضية: و.ن	و.ن الساكنة بحي الإخوة عباس نهج أ رقم:
ضد: ج.ج	46 قسنطينة

(1)- انظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص: 263.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مدعية مباشرة للخصام بواسطة محاميها الأستاذ:

ب.ن من جهة

وبين ج.ج الساكن بحي الإخوة عباس نهج أرقم:

45 مدعى عليه

ش.ع (مدخلة في الخصام) في حقها الأستاذة: د.

ف.ح

من جهة أخرى

=بيان الوقائع=

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى كتابة الضبط بتاريخ 2002/08/18 تحت رقم: 1046

أقامت المدعية ون دعوى ضد المدعى عليه ج.ج تدعي أنه وهو زوجها ووالد بنيتها قد تغيب عن بيته منذ سنة 1995م، ومن حينها لم تسمع عنه شيئاً، ولم تعرف حياته من مماته، رغم التحريات الرسمية (وثيقة مرفقة)، وغير الرسمية (شهود).

لذا واستناداً للمادة: 109 و 111 من قانون الأسرة الجزائري، فقد رفعت هذه الدعوى طالبة الحكم بفقده، وتمهيداً بتعيين خبير لتلقي كل الوثائق المتصلة به، وإجراء حصر وجرد لجميع ممتلكاته المنقولة والعقارية، وتحديد ما يمتلكه من سيولة لدى المؤسسات المصرفية، هذا مع العمد بأن أهل زوجها يضايقونها ويضيقون عليها الإقامة معهم في البيت الذي للمدعى عليه نصيب فيه، (محضر إثبات وثيقة مرفقة).

فدفعت المدخلة في الخصام بكون ابنها وإن كان بالفعل خطف ولم يظهر إلى يومنا هذا، فإنه لم يترك أموالاً لتحصر، لذا طلبت بالمقابل الحكم بفقده ابنها والإشهاد بأنه لم يترك أموالاً لتحصر.

.../...

وعليه فإن المحكمة

- بعد الاطلاع على ملف القضية

- بعد الاطلاع على أحكام قانون الأسرة بشأنها

- بعد النظر فيها طبقاً للقانون

- حيث أن الملف باعتباره يتعلق بحالة أشخاص عرض على ممثل نيابة الجمهورية ليمثل

المدعى عليه، فطلب تطبيق القانون.

- حيث أن المدعية، قدمت إثباتاً لادعاءاتها شاهدين ووثائق.

- حيث أن التحقيق مع الشاهدين أسفر عن النتائج التالية:

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغيايب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الشاهد: س.ن، صاحب رخصة السياقة في 13/01/1988 صرح بعد أدائه اليمين وباعتباره جار للطرفين بما يوافق تصريحات المدعية موضحا بأن المدعى علي اعتقل، ومن حينها لم يره ولم يسمع عنه خبر.

الشاهد: ض.ك. صاحب ب.ت رقم: ن 45833 وصادرة بقسنطينة في صرح بدوره بعد أدائه اليمين، وباعتباره جار للطرفين بما يوافق تصريحات سابقة.

-حيث إن الوثائق المقدمة تتمثل في:

1-محضر إثبات تبليغ مؤرخ في: 02/09/97 تحت رقم: 2381 من قبل الغرفة الجنائية لأمن ولاية قسنطينة، يعلم المدعية بأن نتائج البحث عن المدعى عليه كانت سلبية، إذ لم يسبق لمصلحتهم استقدامه.

2-جواب من وزارة الداخلية والجماعات المحلية، مؤرخ في 25/02/2001، تحت رقم: 0530/0 يعلمها بأن التحقيقات أثبتت أنه لم يعثر للمدعى عليه على مكان.

-حيث نظرا لذلك، ونظرا لكون المدخلة في الخصام وهي أم المدعى عليه لم تنازع المدعية بشأن فقدانها، فإن الدعوى تعد مؤسسة في هذه الجزئية.

-حيث فيما يتعلق بطلب المدعية تعيين خبير لحصر ممتلكات المدعى عليه، فإنه لا يسع المحكمة سوى الاستجابة لها، لتطبيق المادة: 111 من قانون الأسرة الجزائري.

-حيث أن خاسر الدعوى يتحمل مصاريفها عملا بالمادة: 225 من قانون الإجراءات المدنية.

لهذه الأسباب:

أصدرت المحكمة حكما علنيا حضوريا يقضي:

1-ابتدائيا: باعتبار المدعى عليه ج.ج الغائب منذ عام 1995 مفقود.

2-تمهيديا: بتعيين الخبير ب. ع. ش المختص في التركات والكائن مقره بساحة إيدير يوسف قسنطينة، ليقوم بحصر أموال المدعى عليه العقارية والمنقولة والخاصة به أصلا، أو التي آلت إليه من تركة أبيه، مع القيام بكل الإجراءات القانونية التي تسمح له بأداء مهمته، ثم عليه إعداد تقرير بذلك يودعه كتابة الضبط في المحكمة في أجل لا يتجاوز شهرين من تاريخ تبليغه نسخة تنفيذية من هذا الحكم والمصاريف القضائية تتحملها المدعية في الخصام.

وبذا صدر الحكم وأفصح به جهارا بالجلسة العلانية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه.

أمضيته مع أمين الضبط.

أمين الضبط

القاضي

الفرع الثالث: التطليق بسبب حبس الزوج.

كما أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها مدة سنة بدون عذر ولا نفقة، أو بسبب فقدانه؛ فقد أجاز لها ذلك في حالة ما إذا قيدت حرية الزوج بسبب ارتكابه جريمة معينة إلا أن ذلك لا يتم إلا إذا توافرت شروط معينة مجتمعة، «لأن فقدان أحدها أو فقدان بعضها قد يكون كافيا لحرمان الزوجة قانونا من ممارسة حقها في طلب التطليق لذلك السبب»⁽¹⁾، وتلك الشروط هي⁽²⁾:

1- يجب على الزوجة أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد أن تتفصل عنه بالطلاق، قد ارتكب جريمة معينة، سواء امن جرائم القانون العام أو غيرها، وأنه إلى جانب ذلك يكون قد صدر ضده حكم قضائي حاز قوة القضية المقضية، ولم يعد قابلا للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن القانونية، مع تقديم الزوجة نسخة من هذا الحكم إلى المحكمة لتدعيم طلبها للتطليق، باعتباره حجة قانونية.

2- لا بد من إثباتها أن الحكم الذي صدر ضد زوجها قد تضمن عقوبة بدنية، وقضي عليه بالسجن الذي فيه تقييد لحرية مع إثبات عدم استفادته من منحة العفو. منها كليا أو جزئيا، كذلك إذ لو حكم عليه بالغرامة فقد دون الحبس أو الحبس مع وقف التنفيذ، لما جاز لها طلب التطليق، ولا جاز للمحكمة أن تحكم لها بذلك.

3- أن يكون الحكم بعقوبة السجن هذه لمدة أكثر من سنة، لأنه لو صدر ضده حكم بستة أشهر أو عشرة أشهر أو إحدى عشرة شهرا حبسا لما جاز الحكم لها بالتطليق.

(1) - قد نصت الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يجوز التطليق في حالة: «الحكم بعقوبة شانه مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية».

(2) - انظر شرح هذه الشروط في: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 265-268. والعربي بلحاج، المرجع السابق، ج: 1/294-295.

4- يجب أن تكون الجريمة التي ارتكبتها الزوج واستحق لأجلها الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية، جريمة شائنة⁽¹⁾، أي من الجرائم التي يسمّنز منها الإنسان والمجتمع حين يسمع بها، كجريمة الاعتداء على العرض، واغتصاب الفتيات الصغيرات، والسرقعة، والنصب والاحتيال وغيرها.

5- أن تكون الجريمة التي ارتكبتها الزوج واستحق لأجلها عقوبة السجن، ماسة بشرف الأسرة، ومثال ذلك جريمة الزنا مع المحارم، كأخت الزوجة، وخالتها، وغيرها، والمقصود بالأسرة هنا أسرة الزوج والزوجة كليهما أو أقاربهما.

6- يجب أن يكون سجن الزوج مع الشروط السابقة ذا تأثير مباشر على الحياة الزوجية، بأن تتوتر العلاقة بين الزوجين ويصبح من المستحيل مواصلة حياتها بسبب الخلافات الحادة والخصومات المستحكمة بينهما.

فالظاهر من خلال ما سبق عرضه حول شروط التطلاق بسبب الحبس في قانون الأسرة الجزائري أن هذا الأخير قد أخذ بمذهب الإمامين مالك وأحمد في جواز التفريق بين الزوجة وزوجها المحبوس، إلا أنه -أي قانون الأسرة- قد وضع شروطا تجعل من الصعب على الزوجة الحصول على الطلاق أمام المحكمة خاصة وأنه اشترط أن تكون تلك الشروط مجتمعة كلها، إذ لو تخلف منها شرط واحد، اعتبر طلبها للتطلاق بسبب حبس الزوج مرفوضا، وفي هذا يقول عبد العزيز سعد: «... إن طلب التطلاق استنادا إلى الحكم بعقوبة تستلزم توفر كل هذه الأوصاف -أي الشروط- مجتمعة هو تطلاق يضع القاضي في دوامة لا حدود لها، ويجعل من الصعب على الزوجة الحصول على حكم به...»⁽²⁾.

⁽¹⁾- يرى الأستاذ فضيل سعد في كتابه شرح قانون الأسرة أن وصف العقوبة بكونها شائنة وصف غامض، إذ ينصرف إلى العقوبة وليس إلى الفعل المعاقب عليه، وبذلك فإن المقتن في هذه الصياغة يكون قد وصف عمل القاضي بالشينة والقبح، وترك العمل القبيح الذي ارتكبه المحرم، ويكون الصواب في التعبير أن يقال: «الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة». ج: 1/289.

⁽²⁾- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 268.

كما أن اشتراط قانون الأسرة لهذه الشروط يطرح تساؤلات كثيرة خاصة وأن حالات السجن قد تعددت وتنوعت، إذ لا يمكن أن تصدق كل تلك الشروط على بعض الحالات التي يسجن لأجلها الشخص، كحالة المعتقل التي أشار إليها الدكتور "محمد حمص" في كتابه "زوجة المسلم الغائب". وعليه، فإنني أرى أن قانون الأسرة الجزائري يحتاج إلى إعادة نظر ومراجعة للفقرة 4 من المادة 53.

وفي ختام هذا الفرع، ارتأيت أن أعرض هذا الحكم القضائي كنموذج من الأحكام قضائية الصادرة بشأن تطليق الزوجة بسبب حبس زوجها:

مثال:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

= باسم الشعب الجزائري =

مجلس قضاء أم البواقي

= حكم في مادة الأحوال الشخصية =

محكمة/قايس

القسم الشخصي

تاريخ الحكم: 98/01/17

في الجلسة العلنية المنعقدة بمحكمة قايس بتاريخ السابع عشر من شهر جانفي سنة ألف وتسعمائة وثمان وتسعين على الساعة الثامنة والنصف صباحا للنظر في قضايا الأحوال الشخصية تحت رئاسة السيد ب. ت. ق رئيس المحكمة، وبمساعدة السيدة ب. ج كاتبة الضبط.

بين/

ل. ز.

-المقيمة/ بقايس ولاية خنشلة-

مدعى مباشر للخصام

-بنفسها-

وبين/

م. ع.

-المقيم/ بمؤسسة إعادة التربية بتازولت ولاية باتنة-

مدعى عليه مباشر للخصام

بـنفسه

= بيان الوقائع =

بموجب عريضة افتتاح دعوى مؤرخة في: 1997/11/17 مودعة لدى كتابة الضبط بالمحكمة بتاريخ: 1997/11/18، أقامت المدعية ل. ز مباشرة بنفسها للخصام دعوى ضد المدعى عليه م، ع تلتمس من خلالها القضاء بفك الرابطة الزوجية بين المدعية والمدعى عليه، نظرا للضور الذي لحق بالمدعية.

وتشرح المدعية دعواها بأنها زوجة شرعية للمدعى عليه بموجب عقد زواج رسمي، وأن العلاقة الزوجية بينهما أثمرت بإنجاب ولد المسمى م. ح والمقيم عندها بدار أهلها منذ ثلاث سنوات، وأنها غادرت بيت الزوجية من سنة 1993 والسبب في ذلك هو دخول المدعى عليه إلى السجن بتازولت بتهمة الانضمام إلى جماعة الإرهاب، وقد حكم عليه بالمكوث في السجن، وأنها منذ تلك السنة وهي تعاني من قساوة هذه الحياة، باعتبار أنها مازالت في ذمته وهو سجين، ولم تدر من حياته أو موته، لذا فهي تلتمس أن طلبها في فك الرابطة الزوجية بينهما مؤسس قانونا، مما يستوجب الاستجابة له طبقا للقانون، وأنها تتنازل عن كل شيء، وقد تضررت كثيرا من طول هذه المدة -أي مدة السجن- وأن طلبها مؤسس قانونا.

وعليه، فإن المحكمة:

-بعد الاطلاع على المواد: 12-13-26-28-225-459 من قانون الإجراءات المدنية.

-بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية والوثائق المرفقة بها.

-بعد الاطلاع على قانون الأسرة.

-بعد الاطلاع على محضر محاولة الصلح.

-بعد وضع القضية تحت النظر.

* حيث أن الطرفين متزوجين بموجب عقد زواج رسمي مسجل بالحالة المدنية لبلدية قايس بتاريخ 1992/09/02، وقد أنجبا ولدا يدعى ح.

* حيث أن المدعية تلتمس القضاء بفك الرابطة الزوجية بين المدعية والمدعى عليه نظرا للضرر الذي لحق بها.

* حيث أن المدعى عليه قد تم تكليفه بالحضور بموجب تكليف بالحضور صادر عن المحضر القضائي لدى المحكمة الأستاذ: ب. ل. بمحكمة باتنة، بتاريخ 1997/12/01، وهذا بمؤسسة

الفصل الثاني:حكم التفريق بين الزوجين لغيب الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إعادة التربية بتازولت، والذي كان مخاطبا شخصيا، وامتنع عن الاستلام والتوقيع، مما يعد الحكم في مواجهته غيبا وفقا لأحكام المادة: 23 و 98 من قانون الإجراءات المدنية.

* حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بين الطرفين، وفقا لنص المادة: 23-98 ق.إ.م.

* حيث أن الدعوى جاءت مستوفية للشروط القانونية المنصوص عليها بالمواد: 459-23-13-12ق.إ.م، مما يتعين قبولها شكلا.

* حيث أن المحكمة سعت لإصلاح ذات البين بين الطرفين، وفقا لنص المادة: 49 من قانون الأسرة، وحددت جلسة الصلح بحضور الطرفين، أين حضرت المدعية وتغيب المدعى عليه، أين تمسكت بما جاء في عريضتها الافتتاحية.

* حيث أنه وفي دعاوى التطلق، فإنه يجب أن يكون طلب المدعية قائم وفقا للأسباب التي حددتها المادة: 53 قانون الأسرة الجزائري.

* حيث أن المدعية أسست طلبها للتطلق على تعرضها للضرر نتيجة وجود الزوج في السجن، والمحكوم عليه لمدة طويلة ومعاناتها نتيجة ذلك، وعدم الإنفاق عليها وعلى ابنها ح وأنها مقيمة عند والديها.

* حيث أنه وطبقا لنص المادة: 53 من قانون الأسرة في فقرتها الرابعة، فإنه يجوز للمرأة أن تطلب التطلق إذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، كما أنه يجوز للمرأة أن تطلب التطلق عن كل ضرر معتبر شرعا، وفقا لأحكام الفقرة السادسة من نفس المادة من قانون الأسرة الجزائري، وبما أنه يثبت من خلال الوثائق المقدمة من قبل المدعية في ملف الدعوى، وخاصة لحكم الصادر عن محكمة الجنايات بتاريخ 17/04/1996 مجلس قضاء أم البواقي والذي حكم على المدعى عليه بخمسة عشر سنة نافذة عن تهمة القتل العمدي مع سبق الإصرار والترصد.

وبما أنه كذلك، وطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والتي تجيز التطلق لحبس الزوج لأن حبسه يوقع بالزوجة الضرر لبعده عنها، ونفذ عليه ومضت سنة فأكثر من تاريخ تنفيذها، فللزوجة أن تطلب من القاضي الطلاق لوقوع الضرر، بسبب بعده عنها، مما يتعين معه والحال هذه الاستجابة لطلب المدعية، والحكم نهائيا بالتطلق بين الطرفين لوقوع الضرر بالمدعية وفقا لأحكام المادة: 53/4-6-57 من قانون الأسرة الجزائري.

* حيث أن النظام والمصلحة العامة يقتضيان الأمر بالتأشير بهذا الطلاق على هامش عقدي ميلاد الطرفين.

* حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق خاسر الدعوى وفقا لأحكام المادة: 225 ق.إ.م.

لهذه الأسباب:

- حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما ابتدائيا علنيا غاييا نهائيا بالتطليق بين ل.ز.وم.ع، وهذا وفقا لأحكام المادتين: 4/53-6 و 57 من قانون الأسرة، مع الأمر بالتأشير به على هامش عقدي ميلاد الطرفين وجعل المصاريف القضائية على عاتق المدعى عليه.

- هكذا صدر الحكم، وأفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه.

- أصل الحكم وقع من طرفنا نحن الرئيس وكاتب الضبط كالتالي:

الرئيس

كاتب الضبط

من تحليل هذا الحكم أرى أن الزوجة قد رفعت دعوى أمام القضاء تطلب فيها من زوجها الذي صدر في حقه حكم نهائي مقيد للحرية (السجن) لمدة خمسة عشر سنة، وطلبها كان مؤسس على الفقرة الرابعة من المادة: 53 من قانون الأسرة الجزائري، التي جاء فيها: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 4-الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

كما أن الزوجة في قضية الحال قد رفعت دعوى التطليق على زوجها بعد مضي أكثر من سنة على حبسه، تبدأ من تاريخ صدور الحكم المقيد للحرية يوم 1996/04/17 إلى تاريخ رفع دعوى التطليق في 1997/11/18، مما يؤكد تضرر الزوجة فعلا، نتيجة مكوناتها وحيدة فترة طويلة من الزمن، وهذا كان كافيا لإقناع قضاة الموضوع الذين استجابوا لطلب المدعية، وحكموا بالتطليق نهائيا بين الزوجين لموضوع الضرر، وهو حكم يوافق تماما ما جاء في المادة: 4/53.

الفرد الرابع: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة: 53 المتعلقة بالتطليق الذي تطلبه الزوجة، نلاحظ أن القانون الجزائري قد اكتفى بذكر الحالات المحددة قانونا، التي يجوز للزوجة من خلالها طلب التطليق، فلم يتعرض إلى الطبيعة القانونية للحكم الذي تصدره المحكمة بذلك، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي توحى بضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص أو في حالة النقص التشريعي يمكن الحكم على وقوع التطليق بسبب غياب الزوج بأنه طلاق بائن، وهذا موافقة لما جاء في المذهب المالكي، ما دام هو المعمول به في الجزائر؛ هذا الأخير الذي يعتبر كل فرقة تقع أمام القضاء تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة الواقعة بسبب عدم الإنفاق، أو بسبب الإيلاء، ولعل الاجتهاد القضائي الآتي يؤكد لنا أخذ القضاة بالمذهب المالكي في هذا الشأن، حيث جاء فيه: «... أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها، وحسم النزاع بينها وبين زوجها؛ إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية»⁽¹⁾.

الفرد الخامس: الآثار المترتبة عن الحكم بالتطليق لزوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري.

من خلال ما ورد في نص المادة: 53 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على جواز التطليق بسبب غياب الزوج، يظهر لنا جليا أن هذا الأخير لم يتعرض إلى الآثار الناجمة عن الحكم بالتطليق. إلا أنه وبالرجوع إلى نصوص أخرى في نفس القانون، والتي تبين أن الحكم بالتطليق إذا وقع يكون حكمه حكم الطلاق. وبالتالي، فإن

(1) - المحكمة العليا، الجزائر، 10-02-1986، المحلة القضائية، العدد 01، سنة 1989، ص: 115.

الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياجه الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الآثار الناجمة عن الحكم بالتطليق تكون نفسها تلك الآثار التي تنجم عن الحكم بالطلاق، والتي حددها قانون الأسرة الجزائري في المواد الآتية الذكر.

أ- المادة 58: جاء فيها «تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق».

ب- المادة 59: «تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده».

ج- المادة 60: «عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة».

فالظاهر أن هذه المواد (58-59-60) قد حددت أثر الحكم بالطلاق على عدة الزوجة، موافقة في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية، حيث أنها «لم تأت بشيء جديد فيها، ذلك أنها أحكام شرعية توقيفية، بل كل ما هنالك أن القانون قد صاغها صياغة جديدة تخالف الصورة التي صاغها بها القرآن».

كما يظهر من خلال نصوص القانون أثر الحكم بالتطليق على ميراث الزوجة ونسب الأطفال إن كان لها أطفال من ذلك الزوج الذي طلقت منه، حيث جاء فيه أنه «من طلق زوجته من عقد صحيح ثم توفي أثناء عدة زوجته من هذا الطلاق فإنها لا ترثه، لأن طلاقها الواقع أمام المحكمة يعتبر طلاقاً بائناً، والطلاق البائن لا توارث فيه بين الزوجين... أما ما يتعلق بثبوت النسب فإن من طلق زوجته أو فسخ عقده معها لفساده، وأثناء مدة العدة جاءت الزوجة بولد، فإن نسبه سيسند إلى الزوج إذا كان هذا الولد قد وقعت ولادته بين أقل وأقصى مدة الحمل المحددة في القانون»⁽¹⁾.

(1) - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 289-290.

المطلب الثاني في إجراءات رفع دعوى قضائية لطلب التطلاق في قانون الأسرة
الجزائري⁽¹⁾

إن إجراءات رفع دعوى قضائية تطلب الزوجة من خلالها التطلاق من زوجها
للأسباب المذكورة في نص المادة: 53 من قانون الأسرة الجزائري هي نفسها
الإجراءات التي يتخذها الزوج في رفعه دعوى طلاق أمام المحكمة.

لذلك، ولكي تتمكن الزوجة من الحصول على التطلاق لابد أن تكتب بنفسها أو
بواسطة محامها عريضة تسمى "عريضة افتتاح دعوى"، حيث تكون هذه العريضة
على نسختين تقدمهما الزوجة إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة التي يوجد بدائرة
اختصاصها الإقليمي مقر الزوجية - أي مكان سكنى الزوجين -، حيث تذكر في هذه
العريضة عنوانها وهويتها وكذا عنوان الزوج وهويته، كما تذكر الأسباب والمبررات
التي تراها مدعمة لجانبها في طلب التطلاق، ثم تختم هذه العريضة بإمضاءها الخاص.

إلا أنه لابد من التأكيد على ضرورة أن تكون الأسباب والمبررات التي تذكرها
الزوجة في تلك العريضة موافقة لإحدى الحالات على الأقل التي نصت عليها المادة:
53 والتي تجيز لها طلب التطلاق على أساسها، ليكون طلبها مقبولا قانونا.

ثم يأتي بعد هذا دور القاضي لمناقشة القضية والنظر في الدعوى ليصدر حكمه
بعدها فيها بالقبول أو الرفض.

(1) - انظر: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 365.

جامعة الأمير عبد القادر عظم الإسلاميه

الخطبة

على ضوء ما تم تسجيله خلال هذا البحث من آراء ومناقشة وتحليل وترجيح ومقارنة لمسألة أحكام زوجة الغائب بين الفقه الإسلامي والقانون؛ يمكن تلخيص كل ذلك في النقاط الآتية:

1- لقد كان هناك تقارب واضح بين ما جاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حول مفهوم مصطلح الغياب؛ إذ لم أجد فرقا جوهريا بينهما إلا ما كان في بعض صور الغياب وحالاته التي يعتد بها بعضهم ولا يعتد بها البعض الآخر، والتي كان مرد اختلافهم حولها راجع إلى تغيرات ومقتضيات كل عصر.

2- ظهر من خلال المناقشة والتحقيق في مسألة الحكم على الغائب من حيث الجواز أو العدم أن الرأي الراجح عند الفقهاء هو القول بالجواز، هذا الأخير الذي يناسب ظروف هذا العصر التي كثر فيها عدد الغيب عن أهاليهم وزوجاتهم، بسبب نشوب الحروب والفتن الداخلية والأزمات الاقتصادية التي ينجم عنها كثرة الهجرة من الأوطان.

هذا الرأي الراجح في الفقه الإسلامي يوافق ما عليه العمل في القانون الجزائري والقوانين الوضعية الأخرى، باعتبارها الحكم الغيابي أمر مسلم به وبديهي.

3- إن مسألة النفقة لزوج الغائب مسألة اجتهادية، إذ لم يرد فيها نص قطعي يجب الركون إليه، الأمر الذي جعل الفقهاء يختلفون في كثير من تفاصيلها؛ هذا الاختلاف الذي ظهر بعد التحقيق فيه أن أغلب الآراء الفقهية بشأن هذا المسألة قد استندت إلى قاعدة فقهية هامة وهي "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال، الأمر الذي اتضح لنا جليا من خلال المثال الذي مثل به الدكتور "بلقاسم شتوان" لهذه المسألة على أرض الواقع، وهو ما تعلق بتصنيفه لحالة من حالات الغياب ألا وهي "حالة المهاجرين الذين تركوا زوجاتهم في أوطانهم" لثلاثة أصناف وبنى حكم النفقة بشأنهم بحسب اختلاف أحوالهم وظروفهم من جهة، وأحوال زوجاتهم من جهة أخرى.

4- لقد سكت قانون الأسرة الجزائري عن حكم النفقة لزوجة الغائب، إذ لم أجد فيها شيء يضبطها ضمن ما جاء حول أحكام النفقة عموماً في الفصل الثالث منه، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 222 التي أحال إليها القانون ذاته، وبعض الشروحات لقانون الأسرة وجدت أن القضاة يأخذون بما جاء في المذهب المالكي تارة، والمذهب الحنفي تارة أخرى، فكان من الأولى به أن يخصص لها مواد توضحها.

5- إن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري قد منحا للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها الغائب إذا ما تضررت من غيابه عنها، غير أنهما يفترقان في السبب الذي يجيز للزوجة طلب ذلك؛ إذ جعل الفقه الإسلامي فقد الزوجة لحقها في الوطء من ذلك الغائب سبب ومبرر لطلبها التطلاق منه، بينما ربط قانون الأسرة الجزائري قبول طلب الزوجة في التفريق منه لعدم إنفاقه عليها، عملاً بما جاء في المذهب الحنبلي، ولعل الأنسب والأرجح لمصلحة الزوجة في زماننا هذا الذي فسدت فيه الأخلاق وانتشرت فيه الرذائل هو القول بجواز التفريق دون ربطه بالنفقة، لكي لا يكون في ذلك تضيق على المرأة وإجبار لها على وضع قد لا تطيقه، خاصة وأن ما يثير الشهوة ويدفع إلى الرذيلة كثير، فالأولى أن يخلي هذا الزوج الغائب سبيل الزوجة إذا تضررت وخشيت على نفسها من الزنا لتتمكن من الزواج بآخر لتحصين نفسها.

6- لقد أعطى الفقه الإسلامي لزوجة المحبوس كذلك الحق في التطلاق من زوجها، ذلك أن الحبس حالة من حالات الغياب التي تجيز الفرقة، كما ذهب إلى هذا قانون الأسرة الجزائري غير أنه قد وضع لذلك شروطاً تبين من خلال البحث أنها تقيد من حق الزوجة في الفرقة، إضافة إلى أن صياغة الفقرة 4 من المادة 53 التي تحدثت عن التطلاق بسبب الحبس قد كانت رديئة وهذا ما صرح به كثير من الشراح لنصوص قانون الأسرة.

أما عن النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث فقد كانت مجملتها في حقائق ثلاثة هي:

1- لقد ثبت لنا يقينا مما لا يدع مجالا للشك شمول الشريعة الإسلامية وإحاطتها لكل جوانب حياة الفرد العادية منها والاستثنائية، المادية والمعنوية، ذلك ما برز لنا جليا من خلال حكم النفقة لزوجة الغائب، وحكم التفريق بين الزوجة وزوجها بسبب غيابها عنها وتضررها من فقدها الوطء.

2- كما تظهر لنا مرونة الشريعة الإسلامية من خلال الأحكام الواردة في هذا البحث والتي كان استناد الفقهاء في أعظمها إلى قاعدة فقهية هامة وهي "لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال"، هذه الخاصية التي جعلت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

3- رغم أن قانون الأسرة الجزائري قد استقى أغلب مواد من أحكام الشريعة الإسلامية، فقد لوحظ وجود عدد من النقائص والثغرات منها ما وقفت عليه من خلال موضوع هذا البحث-، الأمر الذي فتح الباب واسعا أمام الطاعنين في الشريعة الإسلامية، لشهر دعاويهم الباطلة وشبهاتهم المضلة، التي تنعت الإسلام بما ليس فيه؛ فبدل أن ينادي هؤلاء بحذف مواد هي أصول في الشريعة الإسلامية لا جدال فيها ولا نقاش، كان من الأولى بهم الوقوف عند مثل هذه الثغرات والنقائص التي ذكرتها في البحث. وعليه فإنني أقترح بعضا من التعديلات للمواد التي درستها في هذا البحث على النحو الآتي:

1- إضافة مواد تضبط حكم النفقة لزوجة الغائب ضمن الفصل الثالث من هذا القانون، الذي يتناول أحكام النفقة بصفة عامة، على أن يؤخذ الأنسب من كل مذهب لمصلحة الزوجة في ذلك.

2- تعديل في المادة 53 التي تتحدث عن التطليق وأسبابه، وذلك بـ:

أ-إلغاء الفقرة 4 المتعلقة بالتطليق لحبس الزوج وإعادة صياغة مادة لا تذكر فيها تلك الشروط، ويرجع فيها إلى أحكام المذهب المالكي في هذا الشأن، لأنه الأنسب لمصلحة الزوجة.

ب-إدخال تعديل على الفقرة الخامسة، وذلك بعدم تقييد حق الزوجة في التطليق لغياب زوجها عنها بعدم إنفاقه عليها، لأن المبرر للتطليق في هذه الحالة هو فقدها للوطء.

ج-تعديل في المادة 110 التي تحدثت عن حالة من حالات الغياب، وذلك بتغيير صياغة المادة وجعلها عن النحو الآتي: «الشخص الذي تمنعه الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة يعتبر غائبا.

المطالعة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملاحق رقمه (1) : فيه إحصاء لعدد الأحكام القضائية والضرورية الخاصة بالأحوال الشخصية والساحرة من المعاكه التاريخة لمجلس قضاء ولايه قسنطينة خلال سنة 2003

الجهة القضائية	نوع القضية -أحوال شخصية-	طبيعة الأحكام الصادرة عن المحكمة و عددها	
		خلال السداسي الأول لسنة 2003	خلال السداسي الثاني لسنة 2003
		حضورى	غيابى
مجلس قضاء قسنطينة		316	25
محكمة قسنطينة		584	33
محكمة الخروب		289	14
محكمة زيفورد يوسف		53	2
محكمة شلفورم العبد		208	0
محكمة ميلا		201	1
محكمة فرجيرة		109	6
المجموع		1760	81
		1291	20
		214	غيابى
		323	20
		234	12
		43	23
		212	5
		137	16
		128	0
		1291	7
		1291	83

الملاحق رقم (2): جدول تفصيلي للبرائة المرندقة ضد الأسرة وندجها خلال سنة 2003

المجموع	عددها		الجرائم المرندقة ضد الأسرة
	خلال السداسي الثاني	خلال السداسي الأول	
789	384	405	جريمة عدم الإنفاق
53	34	19	جريمة ترك الأسرة
289	103	186	جريمة الإهمال العائلي

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات

ثانياً: فهرس الأحاديث

ثالثاً: فهرس الآثار

رابعاً: فهرس القواعد الفقهية والأصولية

خامساً: فهرس المواد القانونية

سادساً: فهرس الأعلام المقترجم لهم

سابعاً: فهرس المصادر والمراجع

ثامناً: فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات

الآية	الرقم	الصفحة
- سورة البقرة -		
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ...﴾	217	69
﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾	226	101
﴿وَالْمُطَلَّاقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾	228	121
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ...﴾	229	60
﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...﴾	231	61
﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ...﴾	232	114
﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...﴾	233	100
﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ...﴾	280	84
- سورة آل عمران -		
﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ...﴾	110	ب
- سورة النساء -		
﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ...﴾	129	101
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ...﴾	135	27
- سورة الأعراف -		
﴿فَلَنَسْأَلَنَّ الَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ...﴾	6-9	4
﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ...﴾	189	ب
- سورة الروم -		
﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا...﴾	21	ب
- سورة الأحزاب -		
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ...﴾	49	121
- سورة ص -		
﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ...﴾	26	22

- سورة الطلاق -		
27	2	﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلُهُنَّ فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...﴾
122	4	﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ...﴾
65	7	﴿لِيَنْفِقَ نُوْ سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ...﴾

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ثانياً، فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
	-أ-
62	«أفضل الصدقة ما ترك غنى...»
95	«امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها...»
4	«أمهلوا حتى ندخل ليلاً...»
22	«إنكم تختصمون إلي...»
	-ب-
27	«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...»
	-ج-
28	«صح عن النبي ﷺ أنه حكم على العرنين...»
116	«صم وأفطر، قم ونم...»
	-د-
97	«عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي...»
90	«عمر أمتي ما بين الستين والسبعين...»
	-هـ-
96	«لا ضرر ولا ضرار...»
	-و-
65	«هن حولي كما ترى يسألنني...»
	-ز-
22	«يا علي إذا أتاك أحد الخصمين...»

ثالثًا: فهرس الآثار

الصفحة	الأثر
	-أ-
75	«إذا فقدت زوجها لم تزوج...»
97	«امرأة المفقود تتربص أربع...»
	-ب-
66	«توأسيه تنقي الله...»
	-ج-
62	«روي عن سعيد بن مسيب أن...»
	-د-
62	«سئل عن الرجل أعسر...»
	-هـ-
63	«كتب إلى أمراء الأجناد...»
29	«كتب إلى أبي موسى الأشعري...»
	-و-
116	«وإن الله ما رأيك الأول بأعجب إلي...»

رابعاً: فصوص القواعد الفقهية والأصولية

الصفحة	القاعدة
	-ب-
36	تدرأ الحدود بالشبهات
	-ج-
61	العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب
24	العموم يبقى على عمومته ما لم يرد عليه دليل يخصصه
	-د-
100	الضرر يزال
68	الضرر الأقوى يزال بارتكاب الضرر الأخف
	-ه-
103	لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال
	-و-
96	اليقين لا يزول بالشك

خامساً: المواد القانونية

المادة	المادة
	-أ-
38	إذا لم يحضر المدعي ...
	-ب-
74	تجب نفقة الزوجة على زوجها...
81	ترفع الدعوى إلى المحكمة
145	تعتد المطلقة المدخول بها ...
145	تعتد المتوفى عنها زوجها...
	-ج-
81	دعاوى الطلاق أو العودة...
	-د-
39	الشخص الغائب الذي يعرف ...
	-هـ-
145	عدة الحامل وضع حملها ...
	-و-
77	الطلاق حل عقد الزواج ...
	-ز-
83	لا يجوز لأحد أن يدعي أنه...
134	لزوجة الغائب أو المفقود...
	-ح-
39	من منعه الظروف القاهرة...
	-ط-
38	يحضر الأطراف -الخصومة- ...
40	يجوز الطعن في الأحكام الغيابية...

40	يجوز الطعن بالمعارضة...
134	يجوز للزوجة أن تطلب التطلق...
78	يعاقب أحد الوالدين الذي...
40	يمكن تأجيل النظر في الدعوى...

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مادما، فهرس الأعلام المترجم لعم

الصفحة	العلم
	-أ-
11	أشهب
25	الأوزاعي
	-ب-
65	أبو بكر
	-ج-
65	جابر
	-د-
31	ابن حجر
66	الحسن البصري
66	حفصة
	-ر-
54	ابن رشيق
	-ز-
19	زيد بن علي
	-س-
12	سحنون
62	سعيد بن المسيب
28	أبو سفيان
25	ابن سيرين
	-ش-
19	شريح
	-ط-
27	عائشة

7	ابن عابدين
79	ابن عاصم
25	أبو عبيد
28	عبد الله بن سهل
25	عثمان بن عفان
26	علي بن أبي طالب
25	عمر بن الخطاب
19	عمر بن عبد العزيز
-ح-	
11	ابن غانم
-ك-	
21	الكاساني
-ل-	
25	الليث بن سعد
20	ابن أبي ليلى
-م-	
25	ابن الماجشون
95	المغيرة بن شعبة
29	أبو موسى الأشعري
-ن-	
61	أبو هريرة
27	هند

تابعاً، فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم: رواية حفص

-أ-

1. الأرنؤبلى، يوسف، الأنوار لأعمال الأبرار فى فقه الإمام الشافعى، مؤسسة الحلبى وشركاؤه، القاهرة، الطبعة الأخيرة، 1970.
2. ابن الأثير، عز الدين أبو الحسن على بن أبى الكرم محمد بن محمد بن عبد الكرىم بن عبد الواحد الشيبانى، أسد الغابة فى معرفة الصحابة، دار إحياء التراث، بيروت، 1377هـ.
3. ابن أنس، مالك الأصحبى، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخى عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الفكر، بيروت، 1986م.
4. الأنصارى، زكريا بن محمد، التعريفات الدقيقة والحدود الأنفة، تحقيق: مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1، 1991.
5. الألبانى، محمد ناصر الدين، صحیح سنن الترمذى، مكتب التربية العربى لدول الخلىج، الرياض، الطبعة الأولى، 1988م.

-ب-

6. الباسىن، يعقوب عبد الوهاب، قاعدة الیقین لا یجول بالشك، مكتبة الرشد، الرياض، 1996.
7. أبو البركات، مجد الدين، المحرر فى الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، سنة 1984م.
8. البعلبلى، علاء الدين أبو الحسن على بن محمد بن عباس الدمشقى، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفكر.
9. البغوى، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوى، مصابيح السنة، تحقيق: يوسف عبد الرحمن الرعشلى، محمد سليم إبراهيم سمارة، جمال حمدى الذهبى، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997.
10. البغدادى، أبو محمد، التلقين، دار الفكر، بيروت، سنة 1985م.
11. بلعتروس، محمد، القضاء على الغائب: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، سنة 1999م.

12. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، دائرة البحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية.

13. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار الفكر.

14. البزار، حافظ الدين محمد بن شهاب، الفتاوي البزارية موجودة بهامش الفتاوي الخيرية، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الرابعة، 1986م.

-ب-

15. الترمذي، محمد بن عيسى بن سور، سنن الترمذي، دار الفكر، لبنان، الطبعة الثانية، 1983م.

16. ابن تيمية، تقي الدين أحمد، أحكام الزواج، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996م.

-ج-

17. الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 1998.

18. ابن جزري، أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، 1982.

19. الجعلي، عثمان بن حسين بري، سراج السالك شرح أسهل المدارك، المؤسسة الوطنية للطباعة، الجزائر، سنة 1992م.

20. أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، سوريا، الطبعة الثانية، 1982م.

-د-

21. ابن حجر، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، لبنان.

22. ابن حجر، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، الإصابة، في تمييز الصحابة، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1976م.

23. ابن حجر، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، تقريب التهذيب، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1993م.

24. ابن حجر، شهاب الدين أبو الفضل احمد بن علي العسقلاني، تهذيب التهذيب، دار الفكر، مصر، 1984.
25. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، لبنان.
26. الحسام الشهيد أبو بكر أحمد بن عمر الخصاف، شرح أدب القاضي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني وأبو بكر محمد الهاشمي، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1994م
27. ابن حنبل، أحمد، مسند الإمام أحمد، دار الفكر، لبنان.
28. حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1991م.
- ح-
29. الخشني، محمد بن حارث، أصول الفتية في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العلمية للكتاب، الطبعة الأولى، سنة 1985م.
- ط-
30. الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة 1986م.
31. الدارمي، أبو محمد عبد الله عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق: عبد الله هشام، حديث أكاديمي، باكستان، سنة 1984م.
32. داماد فندي، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
33. ابن دريد، أبو بكر بن الحسن، جمهرة اللغة، دار الملايين، الطبعة الأولى، سنة 1987م.
34. الدردير، أحمد، الشرح الصغير على مختصره أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية.
35. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1996م.

-ط-

36. الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، لبنان.
37. الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1985م.
38. الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، المغني في الضعفاء، تحقيق: نور الدين عتر، جامعة دمشق، دمشق.

-و-

39. ابن رشد (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، فتاوي ابن رشد، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1987م.
40. ابن رشد (الحفيد)، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الشريعة.
41. ابن رشد (الحفيد)، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأمهات مسائلها المشكلات، القاهرة.
42. الرملي، إبراهيم بن سليمان، الفتاوي الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام أبي حنيفة، مطبعة أفندينا محمد سعيد باشا، مصر، سنة 1273هـ.
43. الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأجنان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى، 1993م.

-ز-

44. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سنة 1992م.
45. الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة السابعة، سنة 1986م.

46. الزقيلي، علي محمود، التفريق بين الزوجين لغيبه الزوج: دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 30، العدد الأول، سنة 2003م.

47. أبو زهرة، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط3، 1957.

48. زيدان، عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1994م.

49. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

-ص-

50. السرخسي، شمس الدين، كتاب المبسوط، دار المعرفة، لبنان.

51. سعد، عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الطبعة الثانية، 1989م.

52. ابن سعد، محمد بن منيع الهاشمي البصري، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1991.

53. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1990.

-ش-

54. شتوان، بلقاسم، نفقة الزوجة والأقارب: بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1995.

55. الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر.

56. الشافعي، عبد الله بن محمد بن إدريس، الأم، دار الفكر، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1985م.

57. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1977م.

58. ابن شهاب، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، 1984.

59. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، إبراهيم بن عثمان، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: مختار أحمد الندوي، الدار السلفية، الهند، الطبعة الأولى، 1981م.

-ح-

60. الصنعاني، شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين بن أحمد بن علي بن محمد بن صالح السياغي الحيمي، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، دار الجيل.

-خ-

61. ابن عابدين، محمد الأمين، حاشية رد المختار على الذر المختار، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

62. ابن عابدين، محمد الأمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتب.

63. عبد الحميد، محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984م.

64. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1992م.

65. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر.

66. العظيم آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبع الأولى، 1991م.

67. عليش، محمد، شرح منح الجليل، دار الصادر.

68. عليش، محمد، تقاريره على الشرح الكبير موجودة بحاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1996م.

69. عليش، محمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، مطبعة التقدم العلمية، مصر، 1320هـ.

70. ابن العماد، أبو الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، لبنان.

71. عياض، بن موسى بن عياض السبتي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تحقيق: عبد القادر الصحرأوي، المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الطبعة الثانية، 1983م.

72. العقيلي، أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد، كتاب الضعفاء الكبير، تحقيق: عبد المعطي أمين قلججي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.

-ح-

73. أبو غدة حسن عبد الغني، القضاء على الغائب، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 40 لسنة 15.

74. الغرنوي، أبو حفص سراج الدين الغرة المنيفة في تحقيق الإمام أبي حنيفة، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، الطبعة الأولى، 1986م.

75. الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج، دار الجيل، بيروت، سنة 1987م.

76. الغنيمي، عبد الغني الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، 1979م.

-د-

77. فحلة، حسن رمضان، محاضرات في فقه الأسرة ووجه السياسة الشرعية فيها (غير مطبوعة)، جامعة الأمير عبد القادر.

78. ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى.

79. أبو الفرج، زين الدين عبد الرحمن بن الشيخ شهاب الدين أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي، القول الصواب في تزويج أمهات أولاد الغياب، تحقيق: عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد الطريقي، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1990.

-ر-

80. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983.

81. القرطبي، محمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن.

82. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994.

83. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، دار المعرفة، لبنان،

84. قانون الأسرة. الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999.

85. قانون الإجراءات الجزائية. الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر.

86. قانون الإجراءات المدنية. الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر. ط 2 ، 2000

-ل-

87. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2، 1982.

88. الكاندهلوي، محمد زكريا، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، ط3، 1974.

-م-

89. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، تحقيق: محمود مطرجي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1994.

90. المجلس الإسلامي الأعلى، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1392هـ.

91. مجلس قضاء قسنطينة، إحصاءات سنوية خاصة بالنشاط القضائي للمجلس والمحاكم التابعة له.

92. مجلس قضاء قسنطينة، إحصاءات سنوية على مستوى المجلس والمحاكم التابعة له خاصة بالجرائم المرتكبة في شتى أنواع القضايا.

93. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع43، س11، 1423هـ.

94. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع1، 1989، وع3، 1989.

95. مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر.

96. محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية مع ثبوت بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها، دار السلام، ط1، 1990.

97. محمد حمص، زوجة المسلم الغائب بين آراء الفقهاء، الإسكندرية، 1998.

98. المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد فقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1958.

99. المرغناني، علي بن أبي بكر عبد الجليل الراشداني، الهداية، شرح بداية المبتدئ، دار الكتب العلمية، 1990.

100. ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب المحيط، دار الجيل، لبنان، 1988.

101. المودودي، أبو الأعلى، حقوق الزوجين: دراسة مقارنة لقانون الأحوال الشخصية، تعريب: أحمد إدريس، دار بو سلامة للطباعة والنشر، تونس.

-ن-

102. الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1991.

103. ابن نصر، أبو محمد عبد الوهاب علي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.

104. نظام، وجماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية، دار إحياء التراث، ط4، 1986.

105. النووي، أبو زكريا يحيى الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر.

106. النووي، أبو زكريا يحيى الدين بن شرف، شرح صحيح مسلم.

-م-

107. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار الفكر، لبنان، ط2.

-و-

108. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب من فتاوي أهل إفريقيا والأندلس والمغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1981.

ثامنا: فهرس الموضوعات

المقدمة أ

الفصل التمهيدي: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري

3	المبحث الأول: تعريف الغائب وحكم القضاء عليه في الفقه الإسلامي
4	المطلب الأول: تعريف الغائب في الفقه الإسلامي
4	الفرع الأول: تعريف الغائب في اللغة
5	الفرع الثاني: تعريف الغائب في الاصطلاح
6	البند الأول: تعريف الحنفية
10	البند الثاني: تعريف المالكية
13	البند الثالث: تعريف الشافعية
14	البند الرابع: تعريف الحنابلة
16	البند الخامس: تعريف الظاهرية
17	البند السادس: تعريف المعاصرين
19	المطلب الثاني: حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي
	الفرع الأول: أقوال الفقهاء في حكم القضاء على الغائب والأدلة على
19	ذلك
19	البند الأول: القائلون بمنع القضاء على الغائب
21	أولا: أدلة القائلين بمنع القضاء على الغائب
23	ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بمنع القضاء على الغائب
25	البند الثاني: القائلون بجواز القضاء على الغائب
26	أولا: أدلة القائلين بجواز القضاء على الغائب
30	ثانيا: مناقشة أدلة القائلين بجواز القضاء على الغائب
33	الفرع الثاني: الرأي الراجح في المسألة
	المبحث الثاني: تعريف الغياب وحكمه في القانون الجزائري مع المقارنة بما جاء
38	في الفقه الإسلامي

- 38المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من الحكم الغيابي وحالات الغياب...
- 39المطلب الثاني: حالات الغياب.....
- المطلب الثالث: مقارنة بين ما جاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حول
- 42 مفهوم الغياب
- الفصل الأول: حكم نفقة زوجة الغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**
- المبحث الأول: حكم نفقة زوجة الغائب في الفقه الإسلامي
- 47المطلب الأول: آراء المذاهب في نفقة زوجة الغائب
- 48الفرع الأول: مذهب الحنفية
- 48الفرع الثاني: مذهب المالكية
- 52الفرع الثالث: مذهب الشافعية
- 54الفرع الرابع: مذهب الحنابلة
- 56الفرع الخامس: مذهب الظاهرية
- 57المطلب الثاني: أدلة الفقهاء في حكم النفقة لزوجة الغائب
- 60الفرع الأول: أدلة الجمهور
- 60الفرع الثاني: أدلة الأحناف والظاهرية
- 64المطلب الثالث: الرأي الراجح في حكم النفقة لزوجة الغائب
- المطلب الرابع: نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم إنفاق الزوج الغائب وأثرها
- 72 على عدة الزوجة ونفقة العدة، ومهرها وميراثها
- الفرع الأول: نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم إنفاق الزوج الغائب على
- 72 زوجته
- الفرع الثاني: الآثار المترتبة على نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم إنفاق
- 73 الزوج الغائب على زوجته
- المبحث الثاني: حكم نفقة زوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري مع المقارنة بما
- 74 جاء في الفقه الإسلامي
- المطلب الأول: حكم النفقة لزوجة الغائب في قانون الأسرة الجزائري
- والاجتهادات القضائية الواردة حوله مع المقارنة بما جاء
- 75 في الفقه الإسلامي

- 80المطلب الثاني: إجراءات التقاضي حول النفقة في القانون الجزائري
- 80الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى أمام المحكمة
- 83الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى طلب النفقة للزوجة أو الأولاد
- الفصل الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي**
- وقانون الأسرة الجزائري**
- 87المبحث الأول: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج في الفقه الإسلامي
- 88المطلب الأول: تعريف الفرقة في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء
- 88الفرع الأول: تعريف الفرقة في اللغة
- 88الفرع الثاني: تعريف الفرقة في الاصطلاح
- المطلب الثاني: حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج عند فقهاء المذاهب الإسلامية
- 89الفرع الأول: التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة المنقطعة -النفقة-
- البند الأول: آراء المذاهب في حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج
- 89غيبة منقطعة
- البند الثاني: أدلة الفقهاء في حكم التفريق بين الزوجين لغياب الزوج
- 94غيبة منقطعة
- البند الثالث: مناقشة الأدلة الواردة في حكم التفريق بين الزوجة وزوجها المفقود والترجيح بين الآراء
- 98البند الرابع: حكم ظهور المفقود بعد الحكم بالتفريق بينه وبين زوجته
- 105الفرع الثاني: التفريق بين الزوجين لغياب الزوج غيبة غير منقطعة
- 108البند الأول: آراء المذاهب في المسألة
- 109البند الثاني: أدلة الفقهاء في حكم التفريق بسبب الغيبة غير المنقطعة
- 112البند الثالث: الرأي الراجح
- 117البند الرابع: حكم ظهور الغائب بعد نعيه وقد تزوجت امرأته بعد الحكم لها بالفرقة
- 119الفرع الثالث: نوع الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب غياب الزوج
- 119الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن حكم التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج
- 120

120 البند الأول: أثرها على عدّة الزوجة
122 البند الثاني: أثرها على نفقة العدة
122 البند الثالث: أثرها على مهر الزوجة
123 البند الرابع: أثرها على ميراث الزوجة
126 المبحث الثاني: التّطليق لغياب الزوج في قانون الأسرة الجزائري
	المطلب الأول: حكم التّطليق لغياب الزوج كما ورد في قانون الأسرة الجزائري
127 مع المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي
127 الفرع الأول: التّطليق بسبب الغيبة لمدة سنة بدون عذر ولا نفقة
134 الفرع الثاني: التّطليق بسبب فقد الزوج
138 الفرع الثالث: التّطليق لحبس الزوج
 الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتّطليق في قانون الأسرة
144 الجزائري
 الفرع الخامس: الآثار المترتبة عن الحكم بالتّطليق لزوج الغائب في قانون
144 الأسرة الجزائري
 المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى قضائية لطلب التّطليق في قانون الأسرة
146 الجزائري
147 الخاتمة
152 الملاحق
الفهارس	
156 أولا: فهرس الآيات
158 ثانيا: فهرس الأحاديث
159 ثالثا: فهرس الآثار
160 رابعا: فهرس القواعد الفقهية والأصولية
161 خامسا: فهرس المواد القانونية
63 سادسا: فهرس الأعلام المترجم لهم
165 سابعا: فهرس المصادر والمراجع
174 ثامنا: فهرس الموضوعات