جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التطليـق للـغيبـة

– دراسـة مقـارنـة –

مذكرة ل تخرج نيل شهادة الماستر في الحقوق

فرع القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبين

– تواتي نسيم

– زواوي زكرياء

تحت إشرف الأستاذة

د. تريكي "م" آيت شاوش دليلة

لجنـــة المناقشـــة

الأستاذ: د. تريكي فريد.....رئيسا

الأستاذة: د.تريكي "م" آيت شاوش دليلة .....مشرفة ومقررة

الأستاذة: عشاش حفيظة.....ممتحنة

السنة الجامعية: 2016/2015

قال الله تعالى

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾

سورة التوبة الآية -105-

إهداء

إلى أمي أبي حفظهما الله وأنعم عليهما بالصحة والهناء.

وكل أفراد أسرتي صغيرا وكبيرا أدامهم الله لي

إلى كل الذين أعرفهم من أصدقاء وزملاء

إليكم جميعا أهدي ثمرة هذا العمل

تواتي نسيم

إلى الوالدين الكريمين اللذّان سهرا على تربيتي

وتعليمي ولم يبخلا عليّ بشيء

وإلى كل أفراد عائلتي والذين يتعذر على ذكر أسمائهم.

أهدي ثمرة هذا العمل وأشكرهم على مساندتي

وإرشادي في مشواري الدراسي.

زواوي زكرياء

شكر وتقدير

نتقدّم بخالص الشكر إلى كل من ساعدنا لإنجاز هذا البحث.

كما نخصّ بالشكر والاحترام للأستاذة الفاضلة "أيت شاوش دليلة" المشرفة على هذه المذكرة والتي لم تبخل علينا بالتوجيهات والنصائح الموضوع. إثراء في ساعدت والتي والممتازة القيّمة

قائمـة المـختصرات

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

د. ب. ن: دون بلد النشر

د. س. ن: دون سنة النشر

ج. ر: جريدة رسمية

مقدمـــة

خَلق الله سبحانه وتعالى الإنسان من ذكر وأنثى، وشرّع لهم الزواج سبيلا أمثل ليتمكن كل منهما من تحقيق الهدف الأسمى وهو الحفاظ على النسل، في ظّل حياة زوجية تغمرها المحبة والودّ والصفاء، فيتحقق الاستقرار والاطمئنان مصداقا لقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا** ﴾.

لكن قد تتعرض الحياة الزوجية لأمور تجعلها في شقاء وتَنَافُر مستمر بين الزوجين وتنتفي بذلك المودّة والرحمة بينهما فتصبح الحياة الزوجية جحيمًا ونقمة بعدما كانت معاشرة بالمعروف.

وممّا لا شك فيه أنّ أي خلل يصيب الحياة الزوجية إن لم يعالج فسيكون سببًا في هدم أعمدة المجتمع وزعزعة استقراره، لذلك فقد وضع الإسلام قواعد وأحكام ضابطة للأسرة فشرّع للزوج الطلاق عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية، كما أجاز الفقه الإسلامي للزوجة طلب التطليق إذا لحق بها ضرر سواء ماديا مثل عدم الإنفاق أو معنويا مثل غياب الزوج، فالإسلام منح لكل من الزوجين حقوقًا زوجية فقال في ذلك رسول الله صلى الله علية وسلم: "**ألا إنّ لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا**".

أقرَّ التشريع الجزائري والتشريعات العربية نفس أحكام الفقه الإسلامي وبالتالي منح للزوجة الحق في طلب التطليق لأسباب وشروط محددة، فالتطليق هو حق منحه القانون للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة وله عدّة أسباب، وما يهمنا هو حق الزوجة في طلب التطليق لغياب الزوج، وقد تساعد بعض الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وكذا الكوارث الطبيعية في ازدياد ظاهرة الغياب، نذكر منها الآتي:

1- كثرة الهجرة إلى الدول المتطورة بحثا عن ظروف اجتماعية واقتصادية أفضل.

2- ترك الأزواج محل إقامتهم عمدًا قصد التهرب من أداء الواجبات العائلية وهذا ما يدعى "بالإهمال العائلي".

3- نشوب بعض النزاعات الداخلية مثل العشرية السوداء التي عاشتها الجزائر.

4- الكوارث الطبيعية مثل فيضان باب الوادي سنة2001 وزلزال بومرداس سنة 2003.

تتمحور دراستنا حول المادة 53 الفقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنصّ على إمكانية التطليق للغيبة ومقارنة موقف المشرّع الجزائري مع التشريعات العربية والفقه الإسلامي في مفهوم التطليق للغيبة وأحكامه، ومن خلال هذا يطرح الإشكال الآتي:

هل هَدَفَ المشرّع الجزائري من حيث إعطائه للزوجة طلب التطليق للغيبة إلى تأسيس هذا الطلب على العلّة الحقيقية في التطليق للغيبة وهي بعد الزوج عن زوجته والتي أخذ بها الفقه الإسلامي وأغلب التشريعات العربية، أم أنّه قَرَنَ الغيبة بظروف أخرى تجعلها سبب شكلي فقط من أسباب التطليق لا يمكن تحققه في الواقع؟

وللإجابة على هذا الإشكال يتطلب الاعتماد على أكثر من منهاج علمي، فلقد اعتمادنا على المناهج التالية:

المنهج الاستقرائي: والغرض منه عرض الآراء الفقهية وموقف التشريعات العربية من بينها القانون الجزائري في موضوع الغيبة.

المنهج التحليلي: وذلك بتوضيح آراء الفقهاء ومواقف التشريعات العربية في الموضوع مع عرض القول الراجح.

المنهج المقارن: وذلك بمقارنة التجربة الجزائرية مع التجارب العربية الأخرى كلما أمكن.

ولقد قسّمنا بحثنا إلى فصلين، في الأول نبيّن الإيطار المفاهمي للغيبة أما في الفصل الثاني نبيّن شروط التطليق للغيبة وطبيعة الحكم به.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتطليق للغيبة

أمر الله عزّوجلّ الزوج بحسن معاشرة زوجته ومعاملتها بالمعروف في قوله تعالى﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[1]، إلاّ أنّ الزوج قد يعمد إلى الإساءة إليها والإضرار بها بشكل من الأشكال، كغيابه عنها وإهماله لها وترك واجباته الزوجية، بتنقله إلى بلد آخر غير البلد الذي فيه بيت الزوجية.

إذا تعرضت الزوجة لهذا النوع من الإضرار يمكنها طلب التطليق من القاضي، لأنَّ الفقه الإسلامي والقانون جعلوا مركز الزوجة متساوي مع مركز الزوج في فك الرابطة الزوجية، وذلك بمنحها الحق في طلب التطليق لأسباب عديدة من بينها غياب الزوج عن زوجته وإقامته بعيدا عنها، وهذا موضوع بحثنا.

فالغيبة تُلحق بالزوجة الضرر وتمنعها من الاستقرار فتخشى على نفسها الوقوع في الحرام فمن خلال هذا الفصل نبيّن معنى الغيبة في الفقه الإسلامي والقانون، ثم نفرق بين مصطلح الغيبة وبعض المصطلحات المشابهة لها، وفي الأخير نوضح مدى مشروعية التطليق بسبب غياب الزوج وذلك بتبيان أقوال الفقهاء من التطليق لسبب غياب الزوج وموقف التشريعات العربية من ذلك.

[1]– سورة النساء، الآية 19.

المبحث الأول

المقصود بالتطليق للغيبة

قبل تبيان مدى مشروعية التطليق للغيبة وآراء الفقهاء حوله، يتوجب علينا تعريف الغيبة (لغة، اصطلاحا، وقانونا) ثم إظهار مختلف صورها، سواء من الجانب الفقهي أو القانوني.

المطلب الأول

تعريـــف الغيبـــة

إنَّ للغيبة تعاريف كثيرة ومتعددة، سنحاول تقديم مجموعة منها من خلال هذا المطلب وبالتالي سوف نعرض تعريف الغيبة لغة ، ثم تعريفها فقها وذلك بعرض التعاريف المقدمة حسب المذاهب الفقهية الأربعة (المذهب المالكي، الشافعي، الحنبلي، الحنفي) كما سنتطرق إلى تقديم بعض التعاريف المنصوص عنها في بعض التشريعات العربية.

الفرع الأول

تعريـف الغيبـة لغة

الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تستر الشيء عن العيون[1]، وغاب الرجل غيابًا ومغيبًا وتغيبًا، أقَّر أو بَانَ، وامرأة مغيب ومغيبة، غاب بعلها أو أحد من أهلها، ويقال هي مغيبه بالهاء ومشهد بلا هاء، أغابة المرأة فهي مغيب أي غابوا عنها[2].

وقال الله تعالى:﴿ **الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ** ﴾[3].

---

[1]- أبو أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللُّغة، الجزء الرابع، دار الفكر، مصر، 1972، ص.403.

[2]-ارجع إلى كل من: -أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، فصل الغين جزء الفاء، د. ب. ن.، د. س. ن، ص.148.

_أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، المجلد الأول، دار الحديث، مصر، 2009، ص.864.

[3]- سورة البقرة، الآية 3.

وحسب تفسير القرطبي الغيب في كلام العرب كل من غاب عنك، يقال فيه: غابت الشمس تغيُّب، والغيبة معروفة، أغابت المرأة وهي مغيبة إذا غاب عنها زوجها[1].

الفرع الثاني

تعريف الغيبة في الفقه الإسلامي

سنعرض من خلال هذا الفرع تعاريف الغيبة حسب المذاهب الفقهية الأربعة بالإضافة إلى التعاريف المُقَدَّمة من الفقهاء المعاصرين.

أوّلا- تعريف الشافعية

عرَّف فقهاء الشافعية الغائب بأنّه متصل الأخبار معلوم الحياة[2]، ويقصد بذلك أنّه شخص مازال على قيد الحياة وأخباره تصل إلى أهله رغم بعده عنهم.

ثانيًا- تعريف الحنابلة

عرَّف الحنابلة الغائب: **"هو من تعلم حياته وتجيء أخباره، فإن شكَّ في حياته وانقطع خبره[3] لم يحكم بالإجزاء فيه"[4] .**

ثالثًا- تعريف الحنفية

الغائب عند فقهاء المذهب الحنفي هو كل من بعد عن مجلس الحكم[5].

---

[1]- أبو عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص. 623.

[2]- أبو الحسن علي ابن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، الجزء 11، الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص.316.

[3]- ارجع إلى كل من: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني، جزء 11، دار الكتاب العربي، د. س. ن.، د. ب. ن.، ص.265.

منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الجزء 5، دار الكتاب العلمية، لبنان، 1997، ص.495.

[4]- معنى الإجزاء فيه: أي القِيَامِ مَقَامَهُ، المنشور على الموقع: http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/

[5]- ارجع إلى كل من: -ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ترجمة: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتاب، المملكة العربية السعودية، 2003، ص. 326.

-زين الدين الشهير ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 5، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، د. س. ن.، ص.176.

رابعًا- تعريف المالكية

عرَّف فقهاء المالكية الغائب بأنه:"**هو كل من غاب عن امرأته فيعلم الموضع الذي فيه**"[1].

نستخلص أن الغيبة المقصودة هي التي تبقي حياته ولا تبقي علم مكانه.

خامسا: التعاريف المعاصرة

1-"**الغائب هو من تعذّر إحضاره إلى المحكمة لسؤاله عن دعوى النفقة، سواء كان بعيدًا أو قريبًا**"[2].

2-"**الغائب من لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته سواء كانت غيبته بعيدة أو قريبة**"[3].

الفرع الثالث

تعريــف الغيبــة قانونًا

سنتعرض من خلال هذا الفرع إلى تعريف الغيبة قانونًا وذلك بذكر بعض نماذج التشريعات العربية.

أوّلا- التشريع السوري

عرَّف المشرّع السوري الغائب في قانون الأحوال الشخصية، في نص المادة 203 منه كالآتي:

"**يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدّة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره**".[4]

---

[1]- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن.، ص.261.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الأول، دار الفكر للنشر، سوريا، 1985، ص.813.

[3]- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السّنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار الطباعة والنشر، لبنان، 1967، ص. 234.

[4]- محمد إبراهيم الكويفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، مع مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، د. ب. ن، 2006، ص.65.

ثانيًا- التشريع الأردني

عرَّف المشرّع الأردني الغائب في نص المادة 245 من قانون الأحوال الشخصية[1] كالآتي: "**هو الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدّة سنة فأكثر وتترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره**".

ثالثا- المشرّع الجزائري

فيما يخص المشرّع الجزائري فقد عرّف الغائب في نص المادة 110 من قانون الأسرة كالآتي: "**الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدّة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود**"[2].

المطلب الثانـي

صـــور الـغيبـــة

بعد عرض تعريفات الغيبة المختلفة في المطلب الأول، ولتوضيح معناها أكثر سنحاول من خلال المطلب الثاني تقديم أهم صورها وذلك في كل من الفقه والقانون.

الفرع الأول

الـغيبـــة الـقريبة والـغيبـــة الـبعيدة

يفرّق الفقه والقانون بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة على النحو الآتي:

أوّلا- الغيبة القريبة

الغيبة القريبة حسب المالكية هي مسيرة يوم أو يومين أو ثلاثة أيام ويكتب إليه في

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية الأردني. الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 36 لعام 2010،المنشور على الموقع: http://www.farrajlawyer.com/viewTopic.php?topicId=153

[2]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. عدد 43، صادر في 22 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج. ر. عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005.

كل حق[1].

حسب هذا التعريف الغيبة القريبة عند المالكية هي الغيبة التي لا تتجاوز مسيرة ثلاثة أيام وحسب رأيهم الغائب يعذر في كل حقوقه.

أمّا فيما يخص التشريعات العربية لم تتطرق إلى تعريف الغيبة القريبة بذاتها فمثلا المشرّع المصري اكتفى بالإشارة إليها في الفقرة الأولى من المادة 5 من قانون رقم 25-1929 وذلك على النحو الآتي: "**إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلّق عليه القاضي بعد مضي الأجل**"[2].

ويلاحظ من نصّ المادة أنّ الغيبة القريبة هي التي يكون فيها الشخص معلوم المكان مع إمكانية مراسلته وإعذاره في جميع حقوقه.

كما ذهب المشرّع المغربي إلى وصف الغيبة القريبة بالغيبة معلومة المكان ويفهم ذلك من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 103 من مدونة الأسرة المغربية والتي تنصّ على الآتي: "**تطبق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى**"[3].

ويتضح من النصّ أنّ الغيبة القريبة هي التي يُعلم فيها مكان الشخص الغائب مع إمكانية وصول الرسائل إليه.

أمّا المشرّع الجزائري فقد اكتفى بتعريف الغائب دون ذكر نوع الغيبة أهي قريبة أم بعيدة.

---

[1]- ارجع إلى كل من: - برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب، الجزء الأول، د. ب. ن.، 2003، ص.76.

- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، المرجع السابق، ص.678.

[2]- محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية، مركز البحوث بمجموعة السناري، القاهرة، 2006، ص.11.

[3]- امحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق أخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص.39.

ثانيا- الغيبة البعيدة

يعتبر المالكية الغيبة بعيدة إذا بلغت مسيرة عشرة أيام وشبهها[1]، أمّا في الفقه الحنبلي تعتبر الغيبة بعيدة إذا كانت خارج مسافة القصر فأزيد[2].

وقد نصّ المشرّع المصري على الغيبة البعيدة في الفقرة الثانية من المادة 5 من القانون 25-1929 وذلك على النحو الآتي:"**فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، إن كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي**"[3].

أمّا المشرّع المغربي فقد أشار إلى الغيبة البعيدة وهي الغيبة مجهولة المكان والتي سمح للمحكمة فيها من التأكد من صحّة الدعوى ثم البتّ في الموضوع حسب النتيجة وذلك من خلال الفقرة الثانية من نصّ المادة 103 من مدونة الأسرة المغربية وذلك على النحو الآتي: "**إذا كان محل غيبة الزوج مجهولا، تأكدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك، ومن صحّة دعوى الزوجة، ثم تبت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف**"[4].

ويفهم من هذا أنّ الغيبة البعيدة هي غياب الشخص إلى مكان مجهول فعلاً بحيث لا يمكن إعذاره وإمهاله في حقوقه[5].

---

[1]- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، المرجع السابق، ص.76.

[2]- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، الجزء السابع، مكتبة العبيكان، د. ب. ن.، 1993، ص.288.

_المقصود بمسافة القصر: اختلف أهل العلم في مقدار مسافة القصر وهي المسافة التي تقصر فيها الصلاة وأقواها قولان، الأول يقر أن المسافة التي تقصر الصلاة أربعة يرد (88 كم تقريبًا) وهذا قول الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وقول أبي يوسف من الحنفية، أما القول الثاني القصر يجوز في أي سفر مادام يسمى سفرًا طويلا كان أم قصيرًا، ولا حدّ له وهذا قول الظاهرية وبعض الحنابلة واختاره ابن قدامه وابن تيمية.

[3]- محمد السنارى، المرجع السابق، ص.11.

[4]- امحمد لفروجي، المرجع السابق، ص.39.

[5]- دليلة أيت شاوش، التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الأكادمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، عدد، ص. ص. 163-165.

الفرع الثاني

الفقـــد

أوّلا- الفقد في الفقه الإسلامي

الفقد أو المفقود على اسم مفعول من فقد الشيء أفقده فقدًا أو فقدانًا بكسر الفاء أو ضمها[1].

وفقد الشخص هو غيابه وقد عرَّفه بعض الفقهاء بأنّه: "**غائب بحيث لا يعرف مكانه ولا حياته**"[2].

وقال أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي عن المفقود: " **المفقود اسم لموجود هو حيّ باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميّت باعتبار مآله وأهله في طلبه يجدُّون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجدّ ربّما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد**"[3].

فالمفقود هو وصف يطلق على شخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أهو حيّ أم ميّت، ويقصد من ذلك أنّ أهل المفقود لا يعرفون حياته يقينا، ولا موته يقينا وهم في بحثهم يريدون التحقق من حياته أو موته وقد يصلون إلى النتيجة أو يتعذّر عليهم ذلك[4].

وعرَّفه آخرون:"...هو كل من تغرَّب عن أهله ووطنه سواء كان ذلك في تجارة أو طلب علم أو حج أو عمرة أو جهاد أو غزو أو غير ذلك، علم حاله ومكانه أو جهل ذلك"، ويقصد من "حاله" حياته أو موته.

---

[1]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2003، ص.16.

[2]- عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.285.

[3]- شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، الجزء 11، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، د. س. ن.، ص.34.

[4]- دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2014، ص.172.

ويقصد بمن "لا يدري حياته أو موته" أهله وكذلك السلطان لأنّهم المأمورون شرعًا بالبحث عنه لا يعلمون علم اليقين أنّه على قيد الحياة أو فارقها[1].

ثانيا- الفقد قانونًا

1-الفقد في التشريع المصري

عرّف المشرّع المصري المفقود في نص المادة 74 من قانون الولاية على المال المصري على الآتي:

"...**أولا: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته**"[2].

يلاحظ أنّ المفقود وفق القانون المصري من انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته.

أورد التشريع المصري أحكام المفقود في المادة 21 من القانون 25-1929 على النحو الآتي: "**يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرار بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتًا في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.**

وفي الأحوال الأخرى يفوَّض تحديد المدّة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألّا تقل عن أربعة سنوات وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيًا أو ميّتًا"[3].

---

[1]- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص.172.

[2]-محمد السناري، المرجع السابق، ص27.

3- المرجع نفسه، ص.27-28.

ويتضّح من المادة السابقة أنّ للفقدان ثلاث حالات وهي: الحالة التي يغلب فيها الهلاك والحالة التي يكون فيها الهلاك محققا، وحددها المشرّع المصري على سبيل الحصر، وأخيرًا حالة الفقدان العادية والتي لا يغلب فيها الهلاك[1].

2- الفقد في التشريع السوري

أدرج المشرّع السوري تعريف المفقود في نص المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية على الآتي: "**المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان**"[2].

ويلاحظ من هذه المادة أنّه أخذ بنفس التعريف الذي ذكره الفقه الإسلامي، فالمفقود من لا تعرف حياته من موته ولا يعرف له مكان.

ونصّ أيضا في المادة 205 من نفس القانون على أحكام المفقود وذلك على النحو الآتي: "**1- ينتهي الفقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميّتًا عند بلوغه الثمانين من العمر**"[3].

ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد 4 سنوات من تاريخ فقدانه."

3- الفقد في التشريع الأردني

أدرج المشرّع الأردني على تعريف المفقود في نص المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية وذلك على النحو الآتي: "**المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته**".

وجاء في نص المادة 248 على انتهاء الفقدان وذلك في حالتين هما:

- إذا تحققت حياة المفقود أو وفاته.

---

[1]- دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص.161.

[2]_محمد إبراهيم الكويفي، المرجع السابق، ص.65.

[3]_حمد إبراهيم الكويفي، المرجع السابق، ص.66.

- إذا حكم باعتبار المفقود ميّتًا.

الملاحظة ممّا سبق أنّ المشرّع الأردني أخذ بالفقه الإسلامي والتشريع المصري والسوري في تعريف المفقود.

4- الفقد في التشريع المغربي

لم يدرج في مدونة الأسرة المغربية تعريف المفقود بل اكتفى المشرّع بالنصّ على أحكامه في نص المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية[1] وذلك على النحو الآتي: "**المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورّث ولا يقسم بين ورثته إلّا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره**"، وذكرت المادة الموالية (المادة 327) من نفس القانون مدّة الحكم على المفقود كالآتي: "**يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته**".

5- الفقد في التشريع الجزائري

عرّف المشرّع الجزائري المفقود في المادة 109 من قانون الأسرة على النحو الآتي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلّا بحكم".

وبناء على هذا النص تتضح شروط لاعتبار الشخص مفقودا وهي:

-الغيبة.

-جهالة مكان الإقامة.

- عدم الجزم بحياته أو موته.

- صدور حكم قضائي يقضي بالفقدان.

[1]- امحمد لفروجي، المرجع السابق، ص.76.

من خلال ما سبق نلاحظ أنّ الغيبة أعمّ من الفقدان فكل مفقود هو في أصله غائب وليس كل غائب يعتبر مفقودا[1]، ويظهر الاختلاف بين المفقود والغائب بحيث أن المفقود لا يعرف مكانه ولا حياته من مماته بينما الغائب يعرف يقين حياته ومكانه.

الفرع الثالث

الحبس

يعرّف الحبس لغة بأنّه المنع والقطع، ويقال حبسه عن الشيء أي منعه وقطعه عنه[2] ولتوضيح معناه أكثر سنتطرق للتعريف به فقهًا وقانونًا.

أوّلا- الحبس في الفقه الإسلامي

الحبس هو حرمان الشخص من التصرف المعتاد بنفسه سواء كان في بيت أو في مسجد أو كان بتوكيل الخصم أو وكيله عليه وملازمته له[3]، والحبس في الفقه الإسلامي نوعان:

- حبس عقوبة وتكون في الواجب، ولا عقوبة على غير ظالم[4].
- حبس استظهار وهو ما كان في تهمة فإنّه يستظهر بذلك ليستكشف به عمّا وراءه فإذا سجن الشخص يجب المسارعة بالنظر في أمره فإذا كان مذنبا أخذ بذنبه وإذا كان بريئا أُطلق سراحه.
- وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة ساعة من النهار ثم

---

[1]- زبيدة إقروفة، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية) مدعمة باجتهاد المحكمة العليا وقوانين الدول العربية، دار الأمل، الجزائر، د. س. ن.، ص.87.

[2]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص.321.

[3]- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الجزء 15، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2003، ص.136.

[4]_ أبو داوود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمر والأزدي السيجستاني، السنن ، الجزء 5، دار الرسالة العلمية، د. ب. ن، د. س.ن، ص. 475.

خلّى سبيله[1].

ثانيا- الحبس قانونًا

نظّمت معظم التشريعات العربية السجون وعرّف بعضها المحبوس رغم اختلاف التسميّات التي تدل على الشخص الذي سُلبت منه حريته فمنها من سمّاه المحبوس أو السجين أو المعتقل ويلاحظ ذلك من خلال الآتي:

1- التشريع المصري

لم يعرّف المشرع المصري المحبوس صراحة لكن جاء في الفقرة الأولى من نصّ المادة 1 مكرر من قانون تنظيم السجون الآتي: "يودع كل من يحجز أو يعتقل أو يتحفظ عليه أو تُسلب حريته على أي وجه في أحد السجون المبيّنة في المادة السابقة أو أحد الأماكن التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الداخلية وتسري عليها جميع الأحكام الواردة في هذا القانون على أن يكون حق الدخول فيها المنصوص عليه في المادة 85 للنائب العام أو من ينوبه من رجال النيابة العامة بدرجة رئيس النيابة على الأقل"[2].

يفهم من المادة أنّ المحبوس هو الشخص الذي تسلب حريته لمدّة من الزمن فيودع في مؤسسات عقابية أو السجون، وذكر المشرع المصري أنواع السجون في المادة 1 من نفس القانون وهي:

- الليمانات.
- سجون عمومية.
- سجون مركزية.

---

[1]-ارجع إلى كل من: - أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب، معلم السنن، الجزء 4، المطبعة العلمية، حلب، 1932. ص. 179.

_ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، الجزء 7، دار الحديث، مصر، 1993، ص. 180.

_ محمد ناصر أحمد ولد علي، التوقيف (الحبس الاحتياط) في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2007، ص. 7.

[2]-قانون تنظيم السجون رقم 396 لسنة 1956، المنشور على الموقع:

http://old.qadaya.net/node/203

- سجون خاصة تنشأ بقرار من رئيس الجمهورية تعيّن فيها فئات المسجونين الذين يودعون بها وكيفية معاملتهم وشروط الإفراج عنهم ويصدر وزير الداخلية قرار بتعيين الجهات التي تنشأ فيها السجون من كلّ نوع ودائرة كل منها.

2- التشريع اليمني

جاء في الفصل الأول من قانون تنظيم السجون للجمهورية اليمنية[1] في المادة 2 منها تعريف بعض الألفاظ والعبارات من بينها:

تعريف السجن: وهو المكان الذي يودع فيه السجناء والمحبوسين احتياطيًا.

تعريف السجين: وهو كل شخص صدر بحقه حكم نافذ يقضي بحبسه.

المحبوس احتياطيا: كل شخص صدر بحقه أمر أو قرار يقضي بحبسه احتياطيا من سلطة مختصة قانونًا.

3- التشريع المغربي

سميّ المحبوس في التشريع المغربي بالمُعتَقَل وجاء مفهومه في المادة الأولى من القانون رقم 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية وذلك كالآتي: "يعتبر معتقلا بمفهوم هذا القانون، كل شخص اتخذ في حقه تدبير سالب للحرية وتمّ إيداعه داخل مؤسسة سجنية.

- يعتبر معتقلا احتياطيا، كل معتقل لم يصدر في حقه مقرر قطعي بالإدانة، سواء كان ظنينا أو متابعا أو متهما.
- يعتبر مدانا، كل شخص معتقل صدر في حقه مقرر قطعي بعقوبة سالبة للحرية.
- يعتبر مكرها بدنيا، كل شخص اعتقل في نطاق مسطرة الإكراه البدني"[2].

---

[1]- قرار الجمهورية اليمنية بالقانون رقم 221 لسنة 1999 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 48 لسنة 1991 بشأن تنظيم السجون، المنشور على الموقع:
https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Yemeni_Laws/Yemeni_Laws41.pdf

[2]- ظهير شريف رقم 200. 99. 1 صادر في 25 أغسطس 1999 بتنفيذ قانون رقم 98. 23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، المنشور على الموقع:
http://adala.justice.gov.ma/production/html/Ar/liens/..%5C61412.htm

يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرع المغربي عرّف المحبوس على أنّه كل شخص سلبت حريته نتيجة ارتكابه لفعل معاقب عليه بالسجن.

كما صنّف المشرع المغربي المحبوسين إلى ثلاثة أنواع يظهر ذلك من خلال نفس المادة وذلك على النحو الآتي: المعتقل الاحتياطي، المدان بعقوبة سالبة للحرية، الإكراه البدني.

وجاء في المادة 2 من نفس القانون أنواع المؤسسات التي يودع فيها المحبوس وذلك في مجموعتين:

_ السجون المحلية وهي مخصصة بصفة عامة لإيواء المعتقلين الاحتياطيين والمحكوم عليهم

بعقوبات قصيرة الأمد والمكرهين بدنيا.

_ المؤسسات السجنية المخصصة لإيواء المدانين والمنصوص عليها في المادة الثامنة بعده.

4- التشريع الجزائري

أدرج المشرع الجزائري تعريف المحبوس صراحة في نص المادة 7 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين[1] وذلك على النحو الآتي: "يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون، كل شخص تمّ إيداعه بمؤسسة عقابية، تنفيذا لأمر، أو حكم أو قرار قضائي.

ويصنّف المحبوسين إلى:

1- محبوسين مؤقتا، وهم الأشخاص المتابعون جزائيا، والذين لم يصدر بشأنهم أمر، أو حكم، أو قرار قضائي نهائي.

2- محبوسين محكوم عليهم، وهم الأشخاص الذين صدر في حقهم حكم أو قرار أصبح نهائيًا.

[1]- القانون رقم 05-04 الصادر في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجزائر.

3- محبوسين تنفيذا لإكراه بدني."

ويتضح من خلال ما تقدّم أنّ الشخص المحبوس يغيب عن أهله للمدّة التي عوقب عليها بسبب ارتكابه لفعل يعاقب عليه القانون بالحبس، لكن يظهر الفرق بين الغيبة والحبس من حيث أن الغيبة غالبًا ما تكون بإرادة الشخص بينما الحبس تكون دون إرادته، رغم أنّ الفعل الذي أدى به إلى الحبس غالبًا ما يكون قد صدر منه إراديًا.

ممّا سبق لقد وصف رئيس اللجنة البرلمانية لحقوق الإنسان جوزيف مغبزل في مقابلة مع مجلّة الأمن الصادر عن المديرية العامة لقوى الأمن الداخلي في بيروت عدد 39: "يعتبر السجين إنسانًا زلّت به القدم بفعل تربية غير سليمة أو محيط غير نظيف، أو ظروف عادة به عن جادّة الصواب، وواجبنا أن نعمل على ترقيته وتقويمه، لأنّ ما من إنسان يظل على اعوجاجه متى توفّر له التأهيل الصحيح في سجون عصرية في عهد وزارة الشؤون الاجتماعية."[1]

[1]- نقلًا من: نصوح يمنى، الخلفية النفسية لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم النفس الإكلينيكي، تخصص علم نفس الوسط العقابي، جامعة الحاج لخضر باتنة،2010، ص. 110.

المبحث الثانـي

مشروعـية التطليـق للغيبـة

من أهداف الحياة الزوجية المعاشرة بالمعروف والاستقرار، وبما أنّ الزوج هو ربّ الأسرة والمسؤول عن رعايتها فإنّ غيابه يعدُّ سببًا في تلاشي الاستقرار واهتزاز كيانه، فالفراق أو البعد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، فتخشى على نفسها الوقوع في الحرام، وحسب ما تقدم هل يمكن للزوجة في هذه الحالة أن تطلب التطليق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المبحث الذي قسّم إلى مطلبين وذلك بالتعرض إلى الآراء الفقهية والتشريعات العربية

المطلب الأول

الرأي القائل بعدم جواز التطليق بسبب غياب الزوج

اختلف الفقهاء في مسألة غياب الزوج هل يكون بسبب يمكّن الزوجة من طلب فكّ الرابطة الزوجية أم لا؟ في الواقع وحسب المذاهب الأربعة هناك رأيين، الأول رفض أن يكون الغياب سببًا للتطليق والثاني أجاز ذلك، ومن خلال هذا المطلب سندرس موقف الرافضين للتطليق بسبب غياب الزوج.

الفرع الأول

رأي الأحناف والشافعية من التطليق للغيبة

أخذ بهذا الرأي الأحناف والشافعية من المذاهب الأربعة، ويرى هؤلاء أنّ المرأة لا يحق لها طلب التطليق أو الفرقة عن زوجها بسبب غيابه سواء كان ذلك بعذر أو بدون عذر[1]، وإن طالت المدّة، وذلك لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولأنّ الدليل لم يقم على

[1]– ارجع إلى كل من: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 5، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، د. س. ن.، ص.239.

–محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، الجزء الثاني، منشأة الإسكندرية، مصر، 2001، ص.245.

أنّ غيبة الزوج سبب للتفريق بين الزوج وزوجته، وإنّ الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطليق مهما كان نوع الغيبة، وقد نقل عن الشافعي قوله: "**لا فسخ مادام الزوج موسرًا وإن انقطع خبره**"[1].

قال أيضا: "**في امرأة الغائب أي غيبة كانت لا تعتد ولا تنكح أبدًا حتى يأتيها يقين وفاته**"، والمقصود من ذلك أنّ امرأة الغائب لا تعتد بعده ولا يمكنها الزواج بآخر حتى يأتيها خبر وفاة زوجها الغائب، وكما قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه في امرأة المفقود أنها لا تتزوج[2].

وكذلك قال الأحناف أن القضاء على الغائب لا يجوز، وبما أنهم لا يجعلون الطلاق بيد القاضي إلّا في بعض عيوب الزوج، فإنّهم لا يجيزون التطليق بين الزوجين لغيبة الزوج، لأنّ الضرر الأساسي الذي يسببه غياب الزوج والذي يأخذ بعض الفقهاء على أساسه بالتفريق هو ترك مباشرة الزوجة، وللأحناف في هذا رأي واضح لأنهم يرون أن الزوج إذا دخل بزوجته مرّة واحدة في العمر يكون قد وفّاها حقها، والزيادة على ذلك غير واجبة على الزوج وإنّما تجب عليه من باب حسن المعاشرة ودوام الزواج، لهذا لا يجيز الأحناف التطليق بسبب غيبة الزوج[3].

الفرع الثاني

أدلة القائلين بعدم جواز التطليق للغيبة

استدل الأحناف والشافعية فيما تقدّم بالسنّة النبوية والمعقول وأقوال الصحابة.

أوّلا- السنّة النبوية

نظر رسول الله صلى الله عليه وسلّم إلى امرأة المفقود على أنّها امرأته حتى يأتيها

---

[1]-ارجع إلى كل من: - دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص.139.

- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004، ص.156.

[2]- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ص.316.

[3]- دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص.140.

البيان بمعنى الخبر وقد قاسوا امرأة الغائب والسجين على ذلك، أَخْبَرَنَا أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ عَبْدَانَ، أنا أَحْمَدُ بْنُ عُبَيْدٍ الصَّفَّارُ، نا مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ بْنِ جَابِرٍ السَّقَطِيُّ، نا صَالِحُ بْنُ مَالِكٍ، نا سَوَّارُ بْنُ مُصْعَبٍ، نا مُحَمَّدُ بْنُ شُرَحْبِيلَ الْهَمْدَانِيِّ، عَنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " **امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ**"، فمن باب أولى أن يكون هذا الحكم مناسب لزوجة الغائب والسجين[1].

وجاء في سنن ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "**أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إنّ سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله المنبر فقال: "يا أيُّها الناس ما بال أحدكم يزوج أمته ثم يريد أن يفرق بينهما؟ إنّما الطلاق لمن أخذ بالساق"**[2].

ثانيًا- قول الصحابة

روي عن عليّ بن أبي طالب -رضي الله عنه-في امرأة المفقود أنّها: "**هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق**" فتكون امرأة الغائب والسجين أولى بالصبر[3].

وبقول ابن مسعود -رضي الله عنه-أنها تنتظره أبدًا.

وعن أبي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي: أنّ ليس لها أن تتزوج حتى يتبين موته[4].

وهذه الآثار المروية عن الصحابة والتابعين-رضي الله عنهم-تنصّ بصراحة على أنّ من

---

[1]- إ رجع إلى كل من: -عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع سابق، ص.288.

- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء 3، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937، ص.37.

-أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسر وجردي الخراساني أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة 3، الجزء 7، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص731.

- ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي أحمد الشافعي المصري، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، الجزء 25، دار النوادر، سوريا، 2008، ص.384.

[2]- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، السنن ، حكم على أحاديثه ناصر الدين الألباني، باب الطلاق، باب طلاق العبد، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، د. س. ن.، ص.360.

[3]- عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.289.

[4]- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه، المغني، الجزء8، د.ب.ن.، د.س.ن.، ص.130.

غاب عنها زوجها أو فقد لا تتزوج حتى تستبين موته[1].

ثالثا- من المعقول

لم يرد نصّ في كتاب الله ولا في سنّة رسول الله-صلى الله عليه وسلّم-يجيز التفريق بسبب غيبة الزوج، ولا إيجاب عدّة ممن لم يصح موته.

وزوجة الغائب كباقي الزوجات لا يمكن أن تقع الفرقة بينها وبين زوجها إلاّ بموجب الفرقة من طلاق أو وفاة، وليس غياب الزوج أو فقدانه أو حبسه، وذلك لانعدام ما يصح أن يبنى عليه التفريق لأنّهم يرون أنّه لا فسخ مادام الزوج موسرا وإن انقطع عمله[2].

مناقشة الأدلة

لم تسلم أدلة المعارضين للتطليق بالغيبة من الانتقادات ويظهر ذلك من خلال الآتي[3]:

1- الاستدلال بحديث امرأة المفقود أنّها امرأته حتى يأتيها الخبر، ضعّفه العلماء لأنّه لم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن.

2- أمّا الاستدلال بالأثر المروي عن ابن مسعود، قد روي مثله عن علي حيث صح عنه أنّه قال: "امرأة المفقود تعتد أربعة سنين، ثم يطلقها الولي، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا، فإذا جاء زوجها خيّر بين امرأته وبين الصداق".

3- أمّا استدلالهم بما روي أنّ الشعبي والنخعي وافقا قول علي في عدم جواز التفريق بين الزوج وزوجته بسبب الفقد والغيبة، فروي عنهما أيضا ما يوافق القول المجيز للتفريق.

4- واستدلالهم بالمعقول وأنّ النكاح ثابت والغيبة لا توجب التطليق، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك، فقد أجيب عنه بأنّ الظاهر في غيبته الهلاك وليس الشك.

---

[1]-ارجع إلى كل من:- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص.332.

- زين الدين الشهير ابن نجيم، المرجع السابق، ص.177.

[2]-ارجع إلى كل من: - الغندور أحمد، المرجع السابق، ص.519.

_أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.239.

[3]- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص.334.

المطلب الثاني

الرأي القائل بجواز التطليق بسبب غياب الزوج

سنحاول من خلال هذا المطلب عرض الآراء الفقهية القائلة بجواز التطليق بسبب غيبة الزوج عن زوجته وذلك في الفرع الأول، أمّا في الفرع الثاني سوف نقدّم الأدلة التي استندوا إليها، أمّا في الفرع الثالث نبيّن من خلاله موقف التشريعات العربية من هذا الرأي الفقهي.

الفرع الأول

رأي المذهب المالكي والحنبلي من التطليق للغيبة

أجازت بعض مذاهب الفقه الإسلامي طلب الزوجة التطليق بسبب غياب زوجها لمدة طويلة حتى وإن كان للزوج الغائب مال كثير تنفق منه على نفسها[1]، هذا ما ذهب إليه الإمام مالك وأحمد رضي الله عنهما (المذهب المالكي والحنبلي)، ذلك لتضرر الزوجة من غياب الزوج، ولأنّ إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها لمدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية[2].

أوّلا- رأي المذهب الحنبلي

منح الإمام أحمد بن حنبل للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب غياب الزوج، وقد فرّق بين الغيبة بعذر للتجارة أو طلب العلم وبين غيبة الزوج لغير عذر، وجعلوا الغيبة بغير عذر سببا في طلب التفريق من القاضي، إذا كانت غيبته ستة أشهر على الأقل، فيأمر القاضي الزوج بالحضور إذا كان معلوم المكان أو يصل إليه الإعلان، وقد قيّدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر مما جاء في الأثر أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه استفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة أشهر أو ستة أشهر[3].

---

[1] – عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص.287.

[2]–أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.57.

[3]–ارجع إلى كل من: – منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ص.495.

– محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشأة الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.445.

ثانيا- رأي المالكية

ذهب الإمام مالك رضي الله عنه أيضا إلى منح القاضي سلطة التفريق بين الزوج وزوجته، إذا غاب عنها غيبة تتضرر منها[1]مثل الحنابلة، إلاّ أنّهم اختلفوا معهم فيما يخص مدّة غياب الزوج فالحنابلة اشترطوا غياب الزوج لمدة ستة أشهر على الأقل كما أشرنا إليه سابقا، أمّا المالكية فاشترطوا غياب الزوج سنة على الأقل وسواء كان بعذر أو لغير عذر عكس الحنابلة الذين أخذوا بالغيبة دون عذر فقط[2].

الفرع الثاني

أدلة القائلين بجواز التطليق بسبب غياب الزوج

استدّل الفقهاء القائلون بجواز التطليق بسبب غياب الزوج بأدّلة من القُرْآن الكَريم والقياس وقول الصحابة.

أوّلا- القرآن الكريم

قال الله تعالى﴿ **ولهُنَّ مثلُ الذي عَلَيْهنَّ بالمَعْرُوف وللرجَال عليهنَّ دَرَجَة والله عزيز حكيم**﴾[3].

تدل الآية على أنّ ترك وطء الزوجة الذي هو حق لها فيه إضرار بها والدوام على ذلك له حكم الإيلاء[4].

وجاء في تفسير القرآن الكريم للعثيمين الآتي: أنّ للزوجة حقا كما عليها حقا وذلك في قوله تعالى: ﴿ **ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**﴾، ويقصد بالمعروف كل ما جاء ولم

---

[1]- بدران ابو العينين بدران، المرجع السابق، ص.344.

[2]- ارجع إلى كل من: -محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 383.

-محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.445.

[3]- الآية 228 سورة البقرة.

[4]- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ص.495.

-تعريف الإيلاء: هو حلف الزوج بالله أو بصفته على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر. المكتبة الشاملة، أحمد بن محمد بن حسن بن إبراهيم الخليل، شرح زاد المستقنع، الجزء 6، ص. 413.
http://shamela.ws/browse.php/book-96613/page-2414

يحدد بالشرع فإن مرجعه إلى العرف[1].

وذكر أيضا في تفسير القرطبي أنّ قوله تعالى "ولهنّ"، أي لهنّ من الحقوق الزوجية على الرجل مثل ما للرجال عليهن[2].

وقال الله عزَّ وجلَّ جلاله﴿ **فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[3].

وقوله:﴿ **وَلاَ تُمْسِكُوْهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُواْ** ﴾[4].

إنّ هذه الآيات تحرم إمساك الزوجة بقصد إلحاق الضرر بها، وغيبة الزوج ممّا يلحق الضرر بالزوجة ولا يمكن رفعه إلاّ بالتفريق[5].

وعن ابن عباس قوله:﴿ **أو تسريح بإحسان** ﴾، قال: أن يسرحها بإحسان، فلا يظلمها من حقها شيء[6].

وتدُّل الآية الكريمة على أنّ إمساك الزوجة مع الإضرار ظلم، وغياب الزوج أو فقده فيه ضرر كبير، فيتعيَّن حينها التفريق بالمعروف كما أنّه ليس من المعروف أن تكون الزوجة معَّلقة بسبب غياب زوجها فهذا إضرار بها قد يعرضها للفتنة.

ثانيا- قول الصحابة

روي عن زيد بن أسلم (**بينما عمر بن الخطاب رضي الله عنه يحرس المدينة المنورة، فمرّ بامرأة في بيتها وهي تقول:**

تطاول هذا الليل وأسودّ جانبه وطال على أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

---

[1]- محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، سورة البقرة، المجلد الثالث، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، ص.105.

[2]- أبو عبد الله من أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد الحسن التركي، مؤسسة، المجلد 4، الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002، ص.52.

[3]- الآية 229 سورة البقرة.

[4]-الآية 231 سورة البقرة.

[5]-إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، (الزوج، الفرقة وحقوق الأقارب)، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص.242.

[6]-عبد الرحمن بن محمد ابن إدريس الرازي ابن أبي حاتم، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، 1997، ص.419.

فسأل عنها عمر، فقيل له هذه فلانة، زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها عمر امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فاقفله، ثم دخل على ابنته حفصة، فقال: (يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟) فقالت: سبحان الله ... مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: (لولا أنّى أريد النظر للمسلمين ما سألتك) قالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت عمر للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهرا، ويقيمون أربعة أشهر، ويسيرون شهرا راجعين)[1].

أتت امرأة عمر بن الخطاب فقالت: إنّ الجن استهوت زوجها، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليّ الذي استهوته الجن أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرًا[2].

ووجه الدلالة أن عمر رضي الله عنه أمر وليّ الزوج الغائب أن يطلق المرأة بعد غيابه يدل على جواز التفريق لضرر الغيبة.

ثالثا-القياس

قاس من أجاز التطليق في الحالات الثلاث (غيبة الزوج -فقده-حبسه) على التفريق بسبب العنّة.

لأنّه إذا جاز التفريق بسبب تعذّر الوطء للضرر فإنّه يجوز بسبب الغيبة أو الفقد أو السجن بطريق أولى[3].

قياس الغيبة على الإيلاء بجامع الخوف على نفسها من الضرر الواقع عليها[4].

مناقشة الأدلة

لم تسلم أيضا أدلة القائلين بجواز التطليق للغيبة من الانتقادات فقد نوقشت على الآتي:

---

[1]- ارجع إلى كل من: -أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص.143.

- علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، الجزء 16، حقوق متفرقة، رقم 45924 ورقم 45918، ص.576.

[2]- ارجع إلى كل من: - تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص.330-331.

- موطأ الإمام مالك 458/2 رقم52، سنن الدر قطني 189/3.

[3]- عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص. 288.

[4]- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص. 331.

1- الاستدلال المروي عن عمر-رضي الله عنه-في الرجل الذي استهوته الجن، فيه انقطاعا، فهو ضعيف لا يصلح للاستدلال به.

2- يتضح من الاستدلال بالأثر المروي عن عمر-رضي الله عنه-فيمن فقدت زوجها فلم تدر أين هو أنّها تنتظر أربعة سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا ثم تحل، أنّه رضي الله عنه رجع إلى قول علي.

3- أمّا عن قياس الغيبة على العنّة في أنّ العنة بعدما استمرت سنة أصبحت من الطبيعة إن لا يرجى البرء منها، والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها، بخلاف المفقود، فإنّ حقها مرجوّ قبل مضي أربعة سنين وبعده، وعليه فإنّ عودة المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي سنة، فلا يشرع في الغيبة ما يشرع في العنة.

4- أمّا قياس الغيبة على الإيلاء فيردّ عليه بأن الإيلاء كان في الجاهلية طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا، ووقوع الطلاق به بعد انقضاء مدّة الإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي، ولأنّ النكاح حق الزوج حال حياته، وله إبقاء حقه عليه، ولو مكنّا الزوجة أن تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة، لأنّ المرأة لا تحل لزوجين في حالة واحدة، فيجب قسمة ماله أيضا، وهذا ممتنع مالم يقم على موته دليل موجب[1].

الفرع الثالث

موقف التشريعات العربية من التطليق للغيبة

كل التشريعات العربية نصت على جواز التطليق للغيبة ويتضح ذلك من خلال النصوص القانونية التي أدرجتها، لتوضيح ذلك أكثر سنظهر موقف بعض هذه التشريعات العربية من التطليق بسبب غياب الزوج وذلك على الآتي:

[1]- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص.334.

أوّلا- التشريع المصري

لقد نصّ المشرّع المصري على حق الزوجة في طلب التطليق على زوجها بسبب غيابه عنها، وذلك في المادتين 12 و13 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المصري[1] والتي تنصّ على الآتي:

المادة 12: " **إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".**

المادة 13: "**إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه أو يطلقها".**

ثانيا- التشريع السوري

نصّ المشرّع السوري على جواز التفريق لغيبة الزوج ويظهر ذلك في المادة 1/109 من قانون الأحوال الشخصيةوالتي تنص على الآتي: "**إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**"[2].

ثالثا- التشريع المغربي

من خلال النصوص القانونية التي أدرجها المشرّع المغربي في مدونة الأسرة المغربية، والمتمثلة في المادتين 104 و105 يظهر أن المشرّع المغربي أخذ بالتطليق للغيبة وجاء ذلك على الآتي: "**إذا غاب الزوج عن زوجته مدّة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق.**

تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدّتها ومكانها بكل الوسائل.

تُبلغُ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنّه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه".

---

[1]- محمد السناري، المرجع السابق، ص.20.

[2]- محمد إبراهيم الكويفي، المرجع السابق، ص. 41.

المادة 105: "**إذا كان الغائب مجهول العنوان اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة، ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه**"[1].

رابعا- التشريع الأردني

نصّ المشرّع الأردني على إمكانية الزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها لسبب تضررها من غياب زوجها، وذلك حسب نص المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[2] والتي تنصّ على الآتي: "**إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا تضررت من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**".

خامسا- التشريع الجزائري

أخذ المشرّع الجزائري مثله مثل التشريعات العربية الأخرى برأي المالكية والحنابلة في جواز التطليق للغيبة، فقد أجاز للزوجة الحق في طلب التطليق لسبب غياب زوجها لمدّة سنة وتضررها من غيابه، ويتبيّن ذلك من خلال نص المادة 5/53 من قانون الأسرة الجزائري[3]، والتي تنصّ على الآتي: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**".

---

[1]- امحمد لفروجي، المرجع السابق، ص.39.

[2]- قانون رقم 36 لعام 2010، الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

[3]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الفصل الثاني

شروط التطليق للغيبة

وطبيعة الحكم به

عندما تطلب الزوجة من القاضي التطليق من زوجها، لغيبته عنها وتضررها من طول الغيبة، ينظر القاضي في صدق قولها ويتأكد من تحقق شروط التطليق للغيبة، وهذه الشروط متعددة ومختلفة، حسب اختلاف آراء الفقهاء المجيزين للتطليق بسبب غياب الزوج (المذهب المالكي والحنبلي)، وكذا مواقف التشريعات العربية، فالغيبة قد تكون بعذر أم دون عذر، فإذ كانت الغيبة بعذر، يقدر القاضي إذا كان العذر مقبولا أم لا، كما أنّ غياب الزوج قد يكون في مكان معلوم أو مجهول.

ومن خلال هذا الفصل الذي قسّمناه إلى مبحثين ندرس فيهما الشروط اللازم توفرها في الغيبة لتتمكن الزوجة من طلب التطليق وكذلك وسائل إثبات غيبة الزوج ونوع الحكم الصادر من القاضي في حالت قبوله لطلب الزوجة في التطليق.

المبحث الأول

شرط غيبة الزوج دون عذر خارج البلد

إنّ الزوجة في حالة تضررها من طول غياب زوجها وخوفها من الفتنة يمكنها طلب التطليق من القاضي ليفرق بينها وبين زوجها الغائب، ولكن القاضي ليقبل طلب الزوجة يجب أن تتوفر في الغيبة بعض الشروط، ومن بينها شرط غيبة الزوج خارج البلد بدون عذر ولمدّة معيّنة، إلاّ أنّ هذا الشرط اختلفت فيه المواقف سواء من طرف الفقه والتشريعات العربية من بينها التشريع الجزائري بحيث هناك من أخذ به وهناك من رفضه.

ومن خلال هذا المبحث سنحاول تبيان موقف كل طرف (الفقه، التشريعات العربية، التشريع الجزائري) من هذا الشرط ولتوضيح ذلك أكثر سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول نتعرض فيه إلى شرط غيبة الزوج دون عذر والمطلب الثاني لغيبة الزوج خارج البلد.

المطلب الأول

شرط غيبة الزوج دون عذر

رغم أنّ المذهب المالكي والحنبلي أجازا فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة بسبب غياب زوجها إلاّ أنّهما اختلفا من حيث الشروط والأحكام ومن بين الاختلافات التي تعارضا فيها "سبب الغيبة"، هل يجب أن تكون الغيبة الموقعة للتطليق بعذر، أم يجوز للزوجة طلب تطليقها بسبب غياب زوجها عنها سواء كان غيابه مبرر أم غير مبرر؟ وبعد الإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق في الفرع الثاني والثالث إلى تبيان مواقف التشريعات العربية والتشريع الجزائري من هذا الشرط.

الفرع الأول

موقـف الفقـه

اختلف الفقهاء (الإمام مالك، الإمام أحمد) على نوع الغيبة الموجبة للتطليق بين الزوجين فلكل طرف رأيه الخاص:

أوّلا- رأي المالكية

أباح المذهب المالكي التطليق بسبب غيبة الزوج عن زوجته وذلك سواء كان الغياب بعذر أو بغير عذر[1]، فعندهم يكفي الغياب لفك الربطة الزوجية إذا طلبته الزوجة، وكما قال في ذلك زكريا البرديسي: " إذا غاب الزوج تتضرر منها سنة بناء على الرأي الراجح في المذاهب سواء كانت الغيبة بعذر أم بغير عذر يمكن للزوجة طلب تطليقها من القاضي"[2]، واستدلّ المالكية في ذلك بكون الزوجة تتضرر في كلتا الحالتين سواء كان الغياب مسببا أو غير مسبب[3]، فحسب المذهب المالكي يكفي غياب الزوج لمدة حدّدها (سنتعرض لها لاحقا) ليفرّق القاضي بين الزوجين، وذلك بطلب من الزوجة لتضررها بسبب غياب زوجها، لأنّ للزوجة الحق في الوطء، وواجب عندهم[4]، فطلبها للتطليق يكون بسبب الخوف من الفتنة.

الحكمة من هذا الرأي هو المحافظة على الزوجة حتى لا تزّل قدمها فتسلك مسلك الرذيلة عندما يشتد ميلها إلى الرجل، وأيضا لأنّ الله سبحانه وتعالى أمر الأزواج بالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، وإذا لم يفعلوا قام القاضي مقامهم في التسريح بإحسان[5].

---

[1]- ارجع إلى كل من: - أحمد الحصري، الأحوال الشخصية، (الولاية_ الوصاية_ الطلاق)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1968، ص.712.

- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 153.

[2]- نقلا عن: محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 445.

[3]- محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص.463.

[4]- رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.134.

[5]- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 134.

يقول في ذلك الشيخ النفراوي: "وإذا أجاز لها التطليق بعدم النفقة، فإنّه يجوز لها إذا خشيت على نفسها بالأولى لشدّة ضرر ترك الوطء".

إذن قيل في زوجة الأسير أنّها إذا تضررت بترك الوطء وخشيت على نفسها الزنا فرّق بينهما الحاكم، ويقاس على زوجة الأسير والمحبوس وعلى كل غائب.

ثانيا- رأي الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى مخالفة المالكية فيما يخص سبب التفريق لغياب الزوج، حيث أنّه لا حق للزوجة في طلب التفريق إذا كانت غيبة الزوج بعذر مقبول[1]، كسفر لطلب العلم أو لحج أو عمل يكسب على عياله أو عمل إداري ونحوهم مثل انقطاع المواصلات ولم يتمكن الزوج أخذ زوجته إليه[2]، وإن طلبت ذلك أمام القاضي رفض طلبها لكونه معذور في غيبته[3].

فإذا غاب الزوج عن زوجته بلا عذر تطلب الزوجة قدومه، فإن أبى وطلبت الفرقة فرق بينهما.

ويقول وهبة الزحيلي: "لم يجز جمهور الفقهاء، غير المالكية التفرق لحبس الزوج أو أسره أو اعتقاله، لعدم وجود دليل شرعي بذلك، ولأنّ غيبة المسجون ونحوه عند الحنابلة تُعد غيبة بعذر"[4].

---

[1]- مبروك المصري، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010، ص353.

[2]- ارجع إلى كل من: - حسن خالد وعدنان نجا، أحكام الأحول الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، لبنان، د. س. ن.، ص211.

- منصوري نورة، المرجع السابق، ص.40.

[3]-عمر عبد الله، المرجع السابق، ص. 499.

[4]- مبروك المصري، المرجع السابق، ص353 -354.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية

درسنا في الفرع الأول موقف الفقه من مدى توافر العذر في الغيبة كشرط للتطليق، وتوصلنا إلى أنّ المذهب المالكي أجاز التطليق بسبب غياب الزوج سواء بعذر أو بدونه، أمّا الحنابلة اشترطوا للغيبة أن تكون دون عذر ليقوم حق الزوجة في طلب التطليق، وبعد توضيح موقف الفقه، نبيّن من خلال هذا الفرع موقف التشريعات العربية من هذا الشرط وذلك على الآتي:

أوّلا- التشريع المصري

يظهر من خلال نص المادة 12 من قانون رقم 25 لسنة 1929 المصري الآتي:

المادة 12:"إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائنًا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[1].

وفي المذكرة الإيضاحية لنفس القانون ذكر بشأن التطليق لغيبة الزوج أو حبسه الآتي: "كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدَّة طويلة بلا عذر مقبول كطلب العلم أو التجارة أو لانقطاع المواصلات ثم لا هو يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجًا غيره، ومقام الزوجة على هذا الحال زمنًا طويلا مع محافظتها على العفَّة والشرف أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب وإن ترك لها مالًا تستطيع الإنفاق منه"[2].

إنّ المشرّع المصري أخذ بموقف الفقه الحنبلي بحيث لا يقبل طلب الزوجة في التفريق بسبب غياب الزوج إلاّ إذا كان غيابه دون عذر.

ثانيا- التشريع السوري

نصَّت المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية السوري في فصل التفريق للغيبة:"إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد

---

[1]- محمد الشحات الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، مصر، 2002، ص.347.

[2]- عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص.397.

سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[1].

يتضح من هذا النص أنّ المشرّع السوري جعل عذر الغيبة كشرط أول، وبالتالي لا يقع التطليق لغيبة الزوج إلاّ إذا كان الغياب غير مبرر.

ثالثا_ التشريع الكويتي

جاء من خلال نص المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الآتي:"**إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب تطليقها، إذا تضررت من غيبته ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**"[2].

يظهر أنّ المشرّع الكويتي أيضا اشترط في غيبة الزوج أن تكون دون عذر لتتمكن الزوجة من فك الربطة الزوجية.

رابعا-التشريع المغربي

جاء في المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية على الآتي: "**للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية: ...4-الغيبة.**"

والمادة 104 من نفس القانون تنص على الآتي: "**تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدّتها ومكانها بكل الوسائل**"[3].

الملاحظ من المادتين أنّ المشرّع المغربي لم يشترط في غيبة الزوج أن تكون دون عذر لفك الربطة الزوجية، أي أنّه يكفي غياب الزوج لطلب التطليق من طرف الزوجة فالمشرّع المغربي أخذ بالمذهب المالكي.

---

[1]- محمد إبراهيم الكويفي، المرجع السابق، ص.41.

[2]- مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2003 و66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، مطابع الخط، الكويت، 2011، ص.41.

[3]-امحمد لفروجي، المرجع السابق، ص.39.

الفرع الثالث

موقف المشرّع الجزائري

تناول المشرّع الجزائري في نص المادة 5/53 من قانون الأسرة حق الزوجة من طلب التطليق في حالة "**الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**".

يتضح من مضمون النص أنّ المشرّع الجزائري أخذ بموقف المذهب الحنبلي فيما يخص أحد شروط التطليق للغيبة، فحسب المشرّع الجزائري الزوجة لا يمكنها طلب فك الرابطة الزوجية إذا كان غياب زوجها مبرر كما لو كان غائب لعمل أو طلب العلم أو لآداء الخدمة الوطنية.

لكن إذا كان الغياب لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي يجوز لها طلب فك الرابطة الزوجية، إذ يكون الزوج بذلك متعمدا إضرارها وإيذائها، فإنّ مناط التطليق بين الزوجين للغياب هو الضرر (LE Préjudice) الذي يصيب الزوجة من جراء ذلك[1].

من خلال ما تقّدم في هذا المطلب يظهر أنّ معظم التشريعات العربية التي نحن بصدد دراستها والمتمثلة في التشريع المصري والسوري والكويتي والجزائري أخذت بموقف الفقه الحنبلي فيما يخص شرط غيبة الزوج بدون عذر، أمّا التشريع المغربي أخذ برأي المالكية حيث لم ينص على ضرورة غياب الزوج بدون عذر لتتمكن الزوجة من طلب التطليق للغيبة، فعنده يكفي غياب الزوج لطلب التطليق من طرف الزوجة وهذا هو الرأي الراجح، بحيث أنّ العلّة الحقيقية من التطليق هي تضرر الزوجة من بُعد زوجها عنها سواء كان ذلك بسبب أو بدون سبب، ونأمل من المشرّع الجزائري أن يأخذ بهذا الموقف.

---

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 297.

المطلب الثاني

شرط غيبة الزوج خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة

سنحاول في هذا المطلب توضيح شرط آخر من شروط التطليق للغيبة، وهو محل إقامة الزوج، هل يجب أن يقيم خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة أم لا؟ وسنبين الموقف الفقهي من هذا الشرط في الفرع الأول، وموقف التشريعات العربية في الفرع الثاني وموقف المشرّع الجزائري في الفرع الثالث.

الفرع الأول

موقف الفقه

اختلف الفقهاء الذين أجازوا التطليق للغيبة (المذهب المالكي، المذهب الحنبلي) حول شرط غيبة الزوج خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة على النحو الآتي:

أوّلا- رأي المالكية

اشترط المذهب المالكي أن تكون غيبة الزوج خارج البلد الذي فيه بيت الزوجة[1]، لتتمكن من فك الربطة الزوجية، وفي حالة حصول ذلك أي غياب الزوج خارج البلد وطلبت الزوجة التفريق يرسل إليه القاضي إعلانا بأن يحضر إلى البلد التي تقيم فيه أو ينقلها إليه.

وبالتالي عند إثبات الزوجة غياب الزوج، وقبل حكم القاضي بالتطليق للغياب ينظر إلى مكان إقامة هذا الغائب، إذا كان معلوما أو غير معلوم، فإذا كان مكان غيبته معلومًا، فإمّا أن تكون مكاتبته ممكنة، وإمّا أن تكون الكتابة إليه غير ممكنة، كما لو كان في زمن الحرب، وهو يقيم في بلاد دولة انقطعت الصلة بينها وبين بلد الزوجة. فهنا القاضي يحكم على الآتي:

1- إذا كان مكان غيبة الزوج غير معلوم، أو كان مكان غيبته معلوما، ولكن مكاتبته غير ممكنة، فإنّ القاضي يطلق زوجته عليه في الحال طلقة بائنة.

[1]- محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص.311.

2-أمّا إذا كان مكان غيبة الزوج معلوما، وكانت مكاتبته مع ذلك ممكنة، فإنّ القاضي لا يطلق عليه إلاّ بعد أن يكتب له، ويطلب إليه أن يفعل إحدى هذه الأمور الثلاث وهي على الآتي:

أ- أن يحضر ليقيم مع زوجته في بلدها.

ب- أن ينقل زوجته لتقيم معه في بلده.

ت- أن يطلق زوجته، ويحدد له القاضي أجل ليقوم بإحدى هذه الخصال[1].

فإذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فإنّ القاضي يطلق الزوجة دون إمهال لعدم جدوى التأخير، فأساس التفريق بين الزوجين، هو الضرر الذي يصيب الزوجة، لذلك يجب على القاضي دفعه فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام[2].

ثانيا- رأي الحنابلة

يري الحنابلة أنّ الغيبة التي تستوجب التطليق هي الغيبة التي تكون إلى مسافة القصر فأزيد، وهذا قول أبو محمد في الكافي وابن حمدان في رعايته، وحكى في الكبرى قولا أن يكون فوق نصف يوم، أمّا الخرقي لم يحدد ذلك بحد، ويعتبر أيضا أن يكون في غير ولايته، أمّا لو كان غائبا بمكان في ولايته ولا حاكم فيه، فإنّ الحاكم يكتب إلى من يصلح للقضاء بالحكم بينهما[3].

وجاء في الإنصاف أنّه قيل" **وإن ادعى على الغائب أو مستتر في البلد أو ميت، أو صبي أو مجنون، وله بيّنة: سمعه الحاكم وحكم بها**"

وهذا لا يختص بشخص دون شخص، والغيبة هنا: مسافة القصر على الصحيح من المذهب، وقيل: مسافة يوم، وقيل: فوق نصف يوم[4].

---

[1]- ارجع إلى كل من: - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي للنشر، د. ب. ن.، د.س. ن.، ص. 307.

- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص445.

[2]- نورة منصوري، المرجع السابق، ص.40-41.

[3]- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي، المرجع السابق، ص. 288.

[4]-سعود بن عبد العزيز المعظم، الإنصاف، الجزء 11، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 289.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية

أوّلا- موقف المشرّع المصري

نصّ المشرّع المصري في المادة 13 من قانون 1929/25 المصري على الآتي:" **إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنّه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها**".

يفهم من هذه المادة أنّ غيبة الزوج تعني انتقال الزوج إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة أو رحليه إلى مكان مجهول، أمّا إقامته في البلد الذي تقيم فيه الزوجة مع تركه لمنزل الزوجية فلا تعد غيبة بل هي هجر[1].

وبالتالي من الشروط اللازمة في التطليق للغيبة حسب المشرّع المصري غياب الزوج خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة ويستوي في ذلك البلد القريب والبعيد.

ثانيا- موقف التشريع العراقي

نصّ المشرّع العراقي على حكم غيبة الزوج وبيّن الشروط اللازمة لطلب التطليق من طرف الزوجة من خلال المادة 43 من القانون رقم 188 لسنة 1959 والتي تنصّ على النحو الآتي:

"**أوّلا...2-إذا هجر الزوج زوجته مدّة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان معروف محل الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه**".

فالمشرّع العراقي كما ذكرنا سابقا لم يستعمل عبارة الغيبة بل الهجر، لكن ما أراد به المشرّع العراقي هو الغيبة سواء كان الزوج قريبا منها أو بعيدا عنها، وبالتالي لا يشترط في

[1]- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، المرجع السابق، ص.ص. 154-156.

التطليق للغيبة إذا كانت غيبته خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة، فبمجرد بعد الزوج عن زوجته يعتبر إضرار بها.

ثالثا- موقف المشرّع الأردني

من خلال المادة 124 من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي تنصّ على الآتي: "**إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضي له أجلا وأعذر إليه بأنّه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يبد عذرا مقبولا فرّق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين**".

والمادة 125 من نفس القانون التي تنصّ على الآتي:" **إذا كان الزوج غائبا في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة، وأثبتت الزوجة دعواها بالبيّنة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجلا، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكلوها اليمين ترد الدعوى**".

يتضح أنّ المشرّع الأردني أخذ بنفس رأي المشرّع المصري باشتراطه غيبة الزوج خارج البلد لتتمكن الزوجة من فك الرابطة الزوجية، وبعد أن تثبت الزوجة دعواها ينظر القاضي إلى مكان إقامة الزوج الغائب، وله في ذلك الحالات التالية:

1- أن يكون مكان غيبة الزوج معلوما أو غير معلوم لكن مكاتبته غير ممكنة في هذه الحالتين القاضي يطلق زوجته في الحال طلقة بائنة بعد أن تحلف اليمين وفق الدعوى

2- أن يكون مكان غيبة الزوج معلوم وكانت مكاتبته ممكنة فإنّ القاضي يأمره بأن يحضر ليقيم مع زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها[1].

رابعا- موقف المشرّع الكويتي

من المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[2] التي تنصّ على النحو الآتي: " **أ-إذا أمكن إعلان الغائب، ضرب له القاضي أجلا، وأعذر إليه بأن يطلقها عليه، إن**

[1]- عثمان التكويري، المرجع السابق، ص. 226.

[2]- مجموعات التشريعات الكويتية، المرجع السابق،41

لم يحظر للإقامة معها، أو يطلقها، فإذا انقضي الأجل ولم يفعل ولم يبد عذر مقبولا، فرق القاضي بتطليق بائنة.

ب-وإن لم يمكن إعلان الغائب، فرق القاضي بلا عذر ولا أجل".

يتضح أنّ المراد بغيبة الزوج في هذه المادة، بعده عن زوجته بالإقامة في بلد آخر، أمّا غيابه عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد فهي من الأحوال التي يتناولها التفريق للضرر[1]، وبهذا نقول أنّ المشرّع الكويتي أخذ بموقف الفقه المالكي والمشرّع المصري في اشتراط غيبة الزوج خارج البلد لتتمكن الزوجة من التطليق للغيبة.

الفرع الثالث

موقف المشرّع الجزائري

إنّ المشرّع الجزائري باستعماله لفظ "محل الإقامة" في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري لم يكن دقيقا لتوضيح ما إذا كان يقصد بها نفس بلد الذي تقيم به الزوجة أو بلد أجنبي[2]، لكن بتحليل الفقرة الخامسة والسادسة من المادة 53 قانون الأسرة يظهر أنّ الغيبة التي يقصدها المشرّع الجزائري في نص المادة 5/53 هي إقامة الزوج في بلد آخر غير الذي تعيش فيه زوجته[3].

فالغيبة في البلد غير الذي تقيم فيه يهدف لكون الزوجة لا تستطيع بأيّ حال من الأحوال الالتحاق بزوجها في مكان تواجده كما إذا كان السفر إليه بعيدا وشاقا[4]، أمّا الغيبة في نفس البلد مثل إقامة الزوج في تمنراست والزوجة في سيدي بلعباس، فهو من الأمور

---

[1]- المرجع نفسه، ص. 167.

[2]- نورة منصوري، المرجع السابق: ص.42.

[3]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.300.

[4]- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية في الجزائر، على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، د. س. ن، ص. 46.

التي تدخل في الضرر الذي نصّ عليه المشرّع في الفقرة العاشرة من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري[1].

يتبيّن ممّا سبق أنّ التشريعات العربية من بينهم التشريع الجزائري أخذت بموقف الفقه المالكي فيما يخص شرط غياب الزوج خارج البلد، لأنّ غيابه عن بيت الزوجية مع إقامته داخل البلد الذي تقيم فيه الزوجة يعتبر من حالات التطليق بسبب الهجر وليس الغيبة.

كما يظهر من المواد السابقة الذكر أنّ المشرّع الجزائري لم يشير إلى الإجراءات التي يجب على القاضي أن يتبعها من:

1- مكاتبة الزوج في حالة ما كانت غيبته معلومة.

2- مطالبته بفعل إحدى هذه الأمور الثلاث وهي على الآتي:

أ- أن يحضر ليقيم مع زوجته في بلدها.

ب- أن ينقل زوجته لتقيم معه في بلده.

ت- أن يطلق زوجته

وذلك قبل أن يحكم بالتطليق، وهذه الإجراءات كان من الأجدر إدراجها من طرف المشرّع الجزائري في المواد المتعلقة بالتطليق مثلما فعل المشرّع المصري والأردني والكويتي.

[1]- ارجع كل من: - نورة منصوري، المرجع السابق، ص.42.

- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 300.

المبحث الثاني

شرط غياب الزوج لمدة سنة دون نفقة

إذا خوّل القانون للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة في أي وقت ودون أي قيد، فإنّه لم يهمل حق الزوجة في طلب الطلاق وذلك باللجوء إلى القضاء لطلب التطليق، إذا ألحق الزوج بها ضرر مثل غياب زوجها، وكما أشرنا سابقا أنّ لهذا النوع من التطليق شروط نذكر من بينها شرط تضرر الزوجة من غياب زوجها دون تركه للنفقة.

في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب سنوضح في الأول غياب الزوج عن زوجته لمدّة سنة، وفي الثاني غيابه دون تركه للنفقة، أمّا المطلب الثالث فقد خُصص لإثبات غيبة الزوج ونوع الحكم الصادر عنه.

المطلب الأول

غياب الزوج عن زوجته لمدة سنة

لقد منح فقهاء المالكية والحنابلة والتشريعات العربية الحق للزوجة في طلب التطليق إذا تضررت من غياب زوجها لمدة طويلة حددها الشرع والقانون، وهذا ما سنوضحه من خلال هذا المطلب في ثلاثة فروع، الأول لموقف الفقه الإسلامي والثاني لموقف التشريعات العربية، والثالث للتشريع الجزائري.

الفرع الأول

موقف الفقه

من بين الشروط التي يجب أن تتوفر ليجوز للزوجة طلب حقها في التطليق شرط المدة، لكن رغم اتفاق الفقه (المذهب المالكي والحنبلي) على ضرورة هذا الشرط لتمكين الزوجة من التطليق إلاّ أنّهم اختلفوا في المدّة أو الزمن التي يغيب فيها الزوج فتستوحش وتتضرر فيها الزوجة، فلكل مذهب موقفه الخاص.

أوّلا- رأي المالكية

اختلف الفقهاء في المذهب المالكي في الحد الأدنى لتضرر الزوجة من طول غياب الزوج فقيل ثلاث سنوات وقيل سنة.

جاء في الشرح الكبير للدردير:" **لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد الكتابة إليه، إمّا أن يحضر أو ترحل إليه امرأته، أو يطلق.**"

وجاء في حاشية الدسوقي:" **أنّه لا يطلق من ترك الوطء لغيبة إلاّ إذا طالت مدة الغيبة، وذلك كسنة فأكثر عند الحسن وهو معتمد** ".

وقال ابن عرفة:"...**السنتان والثلاث ليست بطول، بل لا بد من الزيادة عليها، ولا بد أن تخشى الزنى على نفسها، ويعلم ذلك منها**"[1].

ثانيا- رأي الحنابلة

اشترط الحنابلة لجواز التطليق بسبب الغيبة أن تكون مدة غياب الزوج 6 أشهر على الأقل.

وهذا ما جاء عن الإمام أحمد حيث قيل له:" **كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال: ستة أشهر فيكتب إليه، فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما**"[2]، واستند أحمد إلى الحديث الذي روي عن عمر عندما سأل أم المؤمنين حفصة كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت عمر الناس في مغازيهم ستة أشهر[3].

وسئل أيضا الإمام أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال: "**يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا يراسله الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه**"[4].

---

[1]- ارجع إلى كل من: -محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص.383.

- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه، المرجع السابق، ص. 130.

- أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء4، دار الفكر، بيروت، 1989، ص. 205.

-أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص 519-520.

[2]- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 336.

[3]- علاء الدين بن حسام الدين المتقي الهندي، المرجع السابق، ص.576.

[4]- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص.143.

وبما جاء أيضا في "كشاف القناع" في فقه الحنابلة: "**ولو سافر الزوج عنها لعذر وحاجة سقط حقها في القسم-أي في المبيت عندها-والوطء وإن طال سفره للعذر. وإن لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع وغاب أكثر من ستة أشهر فطلب قدومه لزمه ذلك. ومحل لزوم قدومه إن لم يكن له عذر في سفره كطلب علم فلا يلازمه القدوم، لأنّ صاحب العذر يعذر من أجل عذره، فيكتب إليه الحاكم ليقدم، فإن أبى أن يقدم من غير عذر بعد مراسلة الحاكم إليه فسخ الحاكم نكاحه نصًا، لأنّه ترك حقا عليه تتضرر الزوجة به أشبه المولي في الإيلاء**"[1].

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية

أخذت معظم التشريعات العربية برأي فقهاء المالكية فيما يخص مدّة غياب الزوج التي تتضرر منها الزوجة فيحق لها طلب التطليق، ويتضح ذلك من خلال الآتي:

أوّلا- التشريع المصري

جعل المشرّع المصري المدّة التي يفترض فيها تضرر الزوجة هي سنة فأكثر، وجاء من خلال نص المادة 12 من القانون 25 لسنة 1929 الآتي: "**إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**"[2]، فمن خلال هذا النصّ يظهر أنّ المشرّع المصري أخذ برأي المالكية في مدّة الغيبة، لأنّها المدّة التي تتضرر فيها الزوجة من غياب زوجها وبُعده عنها، فإن كانت الغيبة أقل من ذلك فلا يجوز الحكم بالتفريق[3]،

---

[1]- ارجع إلى كل من:- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء 5، دار الكتب العلمية، د.س.ن. د.ب.ن.، ص.192.

- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 8، مؤسسة الرسالة، 1953، ص. 461-462.

[2]- محمد السنارى، المرجع السابق.ص20.

[3]- محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تحكمها في مصر القومي للإصدارات القانونية، 2010، ص.207.

لكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا كانت غيبة الزوج للمدّة المشار إليها، والمقصود بالسنة هنا هي السنة الشمسية التي عدد أيامها 365 يوما، ونصت على ذلك المادة 23 من نفس القانون وذلك على الآتي: "**المراد بالسنة في المواد 12 إلى 18 هي السنة التي عدد أيامها 365 يوما**"[1].

ثانيا- التشريع السوري

أخذ المشرّع السوري برأي المالكية في مدّة الغيبة وهي سنة فأكثر ويتبيّن ذلك من خلال نص المادة 109 الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لعام 1953 على الآتي: "**إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**".

يستنتج من المادة أنّ المشرّع السوري أعطى الحق للزوجة في طلب تطليقها من القاضي في حالة غياب زوجها عنها لمدّة سنة أو الحكم بسجنه لمدّة 3 سنوات ونفّذ الحكم لمدّة سنة، فيمكنها طلب التطليق وبالتالي يتضح أنّه أخذ بنفس رأي فقهاء المالكية.

ثالثا- التشريع المغربي

ذكر المشرّع المغربي مدّة الغيبة لطلب التطليق في نص المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية[2] وجعلها كأول شرط منها، فاعتبر غياب الزوج لمدّة تزيد عن سنة ليحق للزوجة طلب التطليق، فنص في المادة 1/104 على الآتي: "**إذا غاب الزوج عن زوجته مدّة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق**". وذكر في الفقرة الثانية من نفس المادة أنّ المحكمة تتأكد من هذه الغيبة ومدّتها ومكانها بكل الطرق والوسائل.

رابعا- التشريع العراقي

خالف التشريع العراقي التشريعات العربية في الغيبة كسبب للتطليق، فقبل الحديث عن

---

[1]- عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص.378.

[2]- امحمد لفروجي، المرجع السابق، ص.39.

مدّة الغيبة لم يصرح بمصطلح الغيبة بل ذكر كلمة الهجر، لكن اختلف أيضا عن التشريعات العربية من حيث المدّة التي يحق فيها للزوجة طلب التطليق بحيث جعلها سنتين على الأقل ويظهر ذلك من خلال المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي[1]:

"**أوّلا:2-إذا هجر الزوج زوجته مدّة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه**".

وذكر أيضا في الفقرة الثالثة من نفس المادة على الآتي: "أ- **للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدّة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر**..." ويتضح من هذه الفقرة أنّ الغيبة تكون خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة، وأنّ المدّة التي يمكن بعدها للزوجة طلب التطليق هي ثلاث سنوات، وهذا ما ذكره بعض الفقهاء المالكية كما ذكرنا سابقا.

خامسا: التشريع الجزائري

ذكر المشرّع الجزائري الغيبة في المادة 53 من قانون الأسرة ومن خلال نص هذه المادة تتضح شروط الغيبة لطلب التطليق وما يهمنا في هذا الفرع هو شرط المدّة، وكما تبيّن سابقا أنّ المذهب المالكي جعل المدّة التي يغيب فيها الزوج والتي يمكن للزوجة بعدها طلب التطليق هي سنة وقيل ثلاث سنوات كأقصى حد، أمّا المذهب الحنبلي جعل المدّة ستة أشهر، بينما معظم التشريعات العربية أخذت برأي فقهاء المالكية، وبالتالي يتضح من خلال المادة 5/53 التي تنص على الآتي:"**يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية:...5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**،" وبالتالي ما جاء به المشرّع الجزائري في المدّة أن تمضي سنة فأكثر على الغياب، ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه، وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاث

[1]- القانون رقم 188 لسنة 1959، الأحوال الشخصية العراقي، المرجع السابق.

سنوات[1]، وعلى هذا فإن المشرّع الجزائري أخذ بمدّة سنة ووافق معظم التشريعات العربية من بينها التشريع المصري، السوري والمغربي عكس التشريع العراقي الذي حددها بسنتين فأكثر.

المطلب الثاني

شرط غيبة الزوج دون نفقة

للزوجة الحق في طلب النفقة بما يضمن الحياة العادية والمريحة فيلتزم الزوج بمصاريف الحياة من مأكل ومشرب وعلاج وغير ذلك، لأنّ النفقة على الأولاد والزوجة من الضروريات، فإن أعسر الزوج بالنفقة للزوجة طلب التطليق حسب الفقه والقانون، فكما قال أبو هريرة–رضي الله عنه – عن النبي ﷺ قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على الزوجة:" يفرق بينهما"، وجاء في الفقه أنّه إذا كان الزوج موسرا وله مال ظاهر لا يفرق بينهما القاضي بل ينفذ على ماله للإنفاق على زوجته، وإن كان هذا ينطبق على عدم الإنفاق فهل ينطبق على الغياب كذلك؟

وهذا ما سنبيّنه من خلال هذا المطلب في ثلاثة فروع الأول لموقف الفقه والثاني لموقف التشريعات العربية أمّا الفرع الثالث لموقف المشرّع الجزائري.

الفرع الأول

موقف الفقه

أوّلا– رأي المالكية

يرى المالكية أنّ للمرأة الحق في فك الرابطة الزوجية لغيبة الزوج إذا طالت، وتضررت الزوجة بسببها ولو ترك لها مال تنفق منه مدّة غيبته، وذلك لأنّهم يرون أنّ السبب الذي يجيز للزوجة التطليق في هذه الحالة هو صعوبة المحافظة على عفتها وهي مقيمة بعيدا عن زوجها لمدة طويلة، ولأنّ هذا لا تتحمله الطبيعة البشرية، أمّا عدم الإنفاق فهو

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.297.

موضوع آخر لا يدخل في موضوع التطليق لغيبة الزوج[1].

من خلال ما تقدم فالمذهب المالكي لم يأخذ بعدم الإنفاق كأحد شروط التطليق للغيبة، بل اعتبر عدم الإنفاق سبب آخر يمكّن الزوجة من التطليق دون انتظارها لمدّة سنة ولو كان مقيما قريب عنها.

ثانيا- رأي الحنابلة

أجاز الحنابلة للزوجة فك الرابطة الزوجية إذا تضرّرت من طول غياب زوجها، ولو ترك لها مال تنفق منه، وهو نفس ما أخذ به المذهب المالكي.

ويستخلص مما سبق أنّ المذهب الحنبلي لم يدرج عدم الإنفاق كشرط للتطليق بسبب غيبة الزوج، إذ يري الإمام أحمد أنّ للزوجة الحق في طلب التطليق للغيبة بسبب تضرّرها من عدم الوطء، وخوفها من الفتنة، وليس لعدم الإنفاق[2].

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية

بعدما توضّح علينا أنّ المذاهب الفقهية المجيزة للتطليق للغيبة لم تشترط النفقة في الفرقة بسبب غياب الزوج، يتوجب علينا ذكر مواقف التشريعات العربية من ذلك.

أوّلا- موقف المشرّع المصري

يتبيّن من نص المادة 12 من القانون رقم 25-1929 السابقة الذكر أنّ المشرّع المصري كان واضحا في ذكره لعبارة "**ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**" بحيث أنّ للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب غياب زوجها حتى ولو ترك لها مالاً تنفق منه أثناء فترة غيابه، ويفهم أنّ عدم الإنفاق لا دخل له بالغيبة لأنّه إذا انعدم الإنفاق لماذا تنتظر

[1]- ارجع إلى كل من: - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي،المرجع السابق، ص 431.
- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص. 140.

[2]-د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 461.

الزوجة لمدة سنة، بينما يجوز لها طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق وليس الغيبة[1].

ثانيا- موقف المشرّع السوري

من خلال المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية السوري[2] التي تنصّ على النحو الآتي: "**إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب من القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**".

يظهر أنّ المشرّع السوري أخذ بموقف الفقه والمشرّع المصري من حيث رفضه عدم الإنفاق كأحد شروط التطليق للغيبة، إذ نصّ صراحة أنّه بإمكان الزوجة طلب التطليق بسبب تضررها من طول غياب زوجها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

ثالثا- موقف المشرّع المغربي

يظهر من المواد 98 و104 و105 من مدونة الأسرة المغربية أنّ المشرّع المغربي أخذ بنفس رأي الفقه (المالكي والحنبلي) والتشريع (المصري والسوري) إذ بإمكان الزوجة طلب التطليق بسبب تضررها من طول غياب زوجها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، وذلك لأنّ المشرّع المغربي يعتبر عدم إنفاق الزوج حالة أخرى تمكن الزوجة من طلب التطليق، ونصّ عليها في المادة 102 من نفس القانون على الآتي: "**للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالة الآتية:**

1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.

2- في حالة ثبوت العجز تحدد المحكمة حسب الظروف أجلاً للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلاّ طلقت عليه، إلاّ في الحالة القاهرة أو الظرف الاستثنائي.

---

[1]- دليلة ايت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص.143.

[2]- محمد إبراهيم الكويفي، المرجع السابق، ص.41.

3- **تطلق المحكمة حالا إذا أمتنع الزوج عدم الإنفاق ولم يثبت العجز"**[1].

ثالثا- موقف المشرّع العراقي

من خلال المادة 2/43 من القانون رقم 188 لسنة 1959 سابقة الذكر نلاحظ أنّ المشرّع العراقي لم يدرج شرط عدم الإنفاق في هذه المادة، وبذلك أخذ بنفس رأي الفقه المالكي والحنبلي والتشريعات العربية المقارنة المتمثلة في التشريع المصري والسوري والمغربي إذ يرى أنّ الزوجة لها الحق في طلب التطليق بسبب تضررها من طول غياب زوجها ولو ترك لها مال تستطيع الإنفاق منه، كما اعتبر موضوع الغيبة منفصل عن عدم الإنفاق أي إذا ترك الغائب مال للإنفاق لا يبطل حق الزوجة في طلب التطليق، وقد أدرج موضوع التطليق لعدم الإنفاق في المادة 43 في فقرتها 7، 8 و9 من القانون السابق التي تنصّ على الآتي:" **للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:**

7- إذا امتنع عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدّة أقصاها 60 يوما.

8- إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مّدة تزيد على سنة.

9- إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدّة أقصاها 60 يوم من قبل دائرة التنفيذ"[2].

الفرع الثالث

موقف المشرّع الجزائري

إنّ المشرّع الجزائري في نص المادة 5/53 من قانون الأسرة اشترط أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعن أولادها ليقبل القاضي تطليقها، فلو ترك لها مالا تنفق منه، فلا يجوز لها طلب التطليق.

---

[1]-امحمد لفروجي، المرجع السابق، ص.39.

[2]-القانون رقم 188 لسنة 1959، قانون الأحوال الشخصية العراقي.
http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5322d5ae4

ونلاحظ ممّا سبق أنّ المشرّع الجزائري هو الوحيد الذي أخذ بشرط عدم الإنفاق في التطليق للغيبة، أمّا الفقه والتشريعات العربية الأخرى فلم تشترط ذلك.

رغم أنّ بعض شرّاح قانون الأسرة يرون أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي الإمام مالك والإمام أحمد، إلاّ أنّ الظاهر يبيّن أنّ هذا الاتجاه خالف الصواب وذلك لعدة أسباب[1]:

1- السبب الأول يرجع إلا أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي المالكية والحنابلة شكليا فقط، فإذا كان المشرّع قد اختلف مع الحنابلة في شرط من الشروط (مدة الغيبة) فإنّه اختلف مع المالكية في شرطين أساسيين لم يبدي بهما الفقه المالكي (شرط الغيبة دون نفقة، شرط الغيبة دون عذر).

2- الفقه المالكي كان موضوعيا في أخذه بالتطليق للغيبة لأنّه أخذ به فعلا فالزوجة تطلب التطليق لتضررها من الغياب في حدّ ذاته، وعلّة ذلك حاجتها النفسية والجسدية للزوج، وهذه الحاجة هي التي جعلت عمر ابن الخطاب_ رضي الله عنه_ يكتب لأمراء الأجناد بأن لا يمسك الجند عن زوجاتهم لمدة تزيد عن ستة أشهر[2]، حتى لا تتضرر الزوجة بحرمانها من زوجها وحتى لا تُفكر في الحرام، من أجل هذا أخذ المالكية بالتطليق للغيبة بعذر أو بدون عذر، ولو ترك لها مال تنفق منه طيلة مدّة الغيبة، فالعبرة ليس في الغيبة أو توفر العذر المشروع وإنّما في تضرر الزوجة من غياب زوجها، ولم يشترط الحنابلة كذلك إلاّ ضرورة انعدام العذر المشروع للتطليق حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه.

ويظهر من موقف المذهبين أنّهما أخذا بالتطليق للغياب الذي يمس بحق الزوجة في المعاشرة الزوجية عكس المشرّع الجزائري الذي لم يأخذ بالعلّة الحقيقية لتطليق للغياب والتي استند إليها الفقهاء، فالمشرّع الجزائري استبعد كل ضرر ينجم عن الغياب إلاّ ضرر عدم الإنفاق والذي أشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 53 قانون الأسرة، ولكنه أطال مدّة الصبر على عدم الإنفاق إلى سنة كاملة لتتمكن الزوجة من طلب التطليق.

---

[1] _ دليلة ايت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص. 151-153.

[2] -أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص.143.

وبعد مقارنة موقف المشرّع الجزائري مع رأي المالكية ورأي الحنابلة يظهر أنّه اختلف معهما جذريا فالعلّة من التطليق عنده ليست الغياب في حد ذاته وإنّما انعدام العذر والنفقة ولو أردنا تأصيل رأي المشرّع الجزائري لوجدناه أخذ دون قصد برأي من أراء الحنفية المتمثل بإمكانية التطليق إذا اقتران بعدم الإنفاق ويكون التفريق بذلك ليس على أساس الغياب وإنّما على أساس عدم الإنفاق وكذلك رأي الشافعية الذين يرون أنّه لا فسخ للغيبة مادام الزوج موسرا.

فإذا اقتران الإنفاق بالغيبة فلا تطليق ولا فسخ إذن لماذا لا نقول أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي الشافعية وبعض الحنفية فرأيه مطابق لهما تماما، فلا تطليق مادام الإنفاق محقّق.

وهذا ما ذكر في نص المادة 5/53 التي يجيز المشرّع الجزائري من خلالها التطليق وذلك على الآتي: "...**5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**"

والتساؤل الذي يبقي مطروحًا هو: هل يحكم القاضي للزوجة بالتطليق إذا أسست دعواها على عدم الإنفاق لتوفر الشروط في الفقرة الأولى من المادة 53 قانون الأسرة رغم أن الزوج غائب؟

إذا علم القاضي أنّ سبب عدم الإنفاق هو غياب الزوج وكان الغياب دون عذر. فهل سيجبرها القاضي على انتظار مدّة سنة لكي تطلق على أساس الغيبة، أم يطلقها على أساس عدم الإنفاق؟ وإذا كان الغياب لعذر في هذه الحالة هل يرفض القاضي دعوى التطليق أساسا؟

إضافة إلى ذلك ينبغي التأكد، في موضوع التطليق للغيبة والأساس الذي استند إليه المشرّع الجزائري، لأنّ إدراج شرطين آخرين هما عدم الإنفاق وعدم توفر العذر في التطليق للغيبة، أمر مخالف للصواب والعلّة التي أخذ بها الفقهاء.

وفي خلاصة القول ينبغي الحسم في موضوع التطليق استنادا للفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، فأمّا أن يكون للغيبة وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها خاصة شرط

عدم الإنفاق والأخذ بتطليق بسبب غياب الزوج كما أخذت به التشريعات العربية المقارنة والفقه.

وإمّا أن يكون لعدم الإنفاق، وبالتالي ينبغي إلغاؤها والإشارة في الفقرة 1 من نفس المادة إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب واشترط المدة التي يراها المشرّع مناسبة لكي يجوز للزوجة طلب التطليق.

المطلب الثالث

إثبات غيبة الزوج ونوع الفرقة الواقعة بها

الإثبات "**هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حدّدها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها**"[1]، من خلال هذا التعريف تطرح عدّة إشكاليات من بينها:

- على من يقع عبء الإثبات في دعوى التطليق للغيبة؟ وما هي الوسائل التي حدّدها القانون لذلك؟
- ففي حالة قبول القاضي طلب الزوجة وأجاز تطليقها فما نوع الحكم الذي يصدر عنه افسخ أم طلاق؟

الفرع الأول

إثبات غيبـة الزوج

أوّلا: على من يقع عبء الإثبات

من المبادئ المقرّرة في الفقه الإسلامي" **البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر**"، وهذه القاعدة أخذ بها القانون الجزائري والمصري وسائر القوانين الحديثة، فالمدعي هو الذي يحمل عبء الإثبات في الأصل، وفي دعوى التطليق للغيبة المدعية هي الزوجة

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسط في الشرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات_ أثار الالتزام، الجزء 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م، ص. 14.

فبذلك عبء الإثبات يقع عليها، ويكفي أن تقوم بإثبات وجود الضرر، وليس عليها شرح مضمونه[1].

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى. فقد يرفع المدعى عليه الدعوى فيصبح مدعيا في هذا الدفع، وبذلك يقع عليه عبء إثباته، مثلا قد يدفع الزوج أنّ غيابه كان لعذر مشروع.

فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إنّ من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه[2].

ثانيا: وسائل الإثبات

في حالة إنكار الزوج دعوى الزوجة، تكلف المحكمة المدعية بإثبات دعواها، وتثبت هذه الدعوى بالوسائل التالية:

1- **الكتابة:** تعد الكتابة من أهم وسائل الإثبات، فقد أولى لها المشرّع قوة وحجية مطلقة في إثبات جميع الوقائع سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية[3]، وتقسم الأدلة الكتابية إلى محررات رسمية ومحررات عرفية (المحررات الرسمية لها حجية أكبر من المحررات العرفية).

أ- المحررات الرسمية: هي التي ينظمها موظفون من اختصاصهم وكل كتابة تصدر من موظف عام أو ضابط عمومي وتعتبر رسمية.

ب- المحررات العرفية: هي المحررات التي ينظمها الأفراد دون توثيقها في الجهات الرسمية (يتولى أشخاص عاديون في إعدادها).

---

[1]- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 106.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 67-69.

[3]- محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح قانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 39.

2- الشهادة: تعتبر الشهادة من طرق الإثبات التي نظمها الشرع والقانون، وقد كانت في الماضي هي الدليل الغالب[1]، والمقصود بها قيام شخص من غير أطراف الخصومة_ بعد حلف اليمين_ بالإخبار أمام القضاء عن واقعة تصلح محلا للإثبات صدرت من شخص آخر، فهي ترتب حقًا لشخص ثالث وقد منح المشرّع للقاضي الحرية الكاملة والسلطة المطلقة في الأخذ بها والاعتماد عليها حسب ما يراه مناسبا للبث في النزاع، والدليل على حجية الشهادة في القرآن قوله تعالى:﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ** ﴾[2]، والشاهدة هي الوسيلة الأكثر استعمالا في الأحوال الشخصية.

وفي المادة 336 قانون المدني الجزائري" يجوز الإثبات بالبيّنة فيما كان يجب إثباته بالكتاب"[3]، والفصل 81 من قانون المسطرة المدنية المغربية" يجب أن يؤدي الشهادة شهادته شفاهيا ولا يمكن له أن يستعين بمذكرات إلاّ بصفة استثنائية وبعد إذن القاضي له ذلك"[4].

3- الإقرار: الإقرار هو اعتراف الزوج بالادعاء الذي وجهته له الزوجة، وله صور متعددة، قد يكون ضمنيا (لا يستخلص من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب) أو صريحا (مكتوبا أو شفويا) [5].

ونصت عليه المادة 100 من قانون البيانات السوري[6] وذلك على النحو الآتي: "**الإقرار حجة قاصرة على المقر**"

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع، السابق، ص 310.

[2]- الآية 282 من سورة البقرة.

[3]- قانون رقم 75-58 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج. ر. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، الصادر في 13 ماي 2007.

[4]- قانون المسطرة المدنية المغربية، رقم 447. 74. 1.
http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/ma/ma018ar.pdf

[5]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 483-485.

[6]- قانون البيانات السوري، رقم 359 لسنة 1947،
https://drive.google.com/file/d/0BwGZXHULLfhWRHNseUZHcEMwWmc/view

والمادة 67 من قانون الإثبات العراقي[1]التي نصّت على الآتي"**الإقرار حجة قاصرة على المقر**".

4- اليمين: اليمين وسيلة من وسائل الإثبات في دعوى التفريق للغيبة، وهي "**تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى**"، وتنقسم إلى قسمين:

أ- اليمين الموجهة إلى المدعى عليه: تسمى باليمين الحاسمة أي تحسم النزاع، أو الدافعة أي تدافع عن المدعى عليه...، وهي التي يحلفها المدعى عليه بطلب القاضي بناء على طلب المدعية وتكون هذه اليمين في حال عجزت المدعية عن إثبات دعواها.

ب- اليمين الموجهة للمدعية

وتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول- يمين الاستظهار: وهذه اليمين يوجهها القاضي إلى المدعي بعد تقديم أدلته في دعواه.

القسم الثاني- اليمين المردودة: هي اليمين التي على المدعية أن تحلفها وفق دعواها، عند نكول المدعي عليه عنها[2].

أمّا اليمين المتمّمة فهي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأيّ من الخصمين، عندما يرى أنّ الخصم قدّم دليلا غير كاف على دعواه، ليتمم الدليل باليمين[3].

الفرع الثاني

نـــوع الفـــرقة الواقعة للغيبة

اختلف الفقهاء في نوع التطليق للغيبة بحيث أنّ بعض المالكية قال بأنّ الفرقة تقع طلاقا رجعيا وجمهورهم قالوا بأنّ الفرقة تقع طلاقا بائنا، أمّا الحنابلة قالوا بأنّ الفرقة تقع فسخا للعقد، ونفس الشيء بالنسبة للتشريعات العربية فلقد أخذ بعضها بالفسخ والآخر

---

[1]- قانون الإثبات العراقي، رقم 46 لسنة 2000،
http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/11787.html

[2]- عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية-قانونية مقارنة)، رسالة الحصول على درجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2013، ص. 23.

[3]- عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، ص. 573.

بالطلاق في نوع الفرقة الحاصلة عن تضرر الزوجة من غياب الزوج، فهل هي فسخ لعقد الزوج أم طلاق؟

أوّلا- نوع الفرقة الواقعة للغيبة في الفقه الإسلامي

1- **الفرقة الوقعة للغيبة طلاق:** يرى المالكية أنّ نوع الفرقة الحاصلة عن غياب الزوج "طلاق"، وهذا أكده الحطاب الرُّعيني في كتابه مواهب الجليل:" **إنّ كل طلاق يحكم به الحاكم فهو بائن إلاّ المولي_ أي الحالف بالإيلاء_ والمطلق عليه لعدم النفقة**"[1].

واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية[2]:

- أنّها فرقة من نكاح صحيح، ولم تثبت بها حرمة مؤبدة، وما كان كذلك كان طلاقًا.
- لأنّ كل فرقة يوقعها القاضي فهي طلاق بائن إلاّ الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

لكن لم تسلم هذه الأدلة من الانتقادات فالنسبة للدليل الأول بأنّه لا يلزم من ذلك كونها طلاقًا، فمن الفرق ما لا يثبت بها حرمة مؤبدة، وهي من زواج صحيح، وهي فسخ، كالفسخ للعيب، أمّا الشرط الثاني فلا يمكن التسليم به، فالتفريق للعيب يوقعه الحاكم وليس طلاقًا.

2_ **الفرقة الواقعة للغيبة فسخ:** خالف الحنابلة رأي المالكية في نوع الفرقة الحاصلة عن غياب الزوج إذ يعتبرونها فسخ وليس طلاق، وهذا أكده ابن قدامة:

"فرقة الخيار فسخ لا ينقص بها الطلاق نصّ عليه أحمد ولا اعلم فيه خلافا، قيل لأحمد لما لا يكون طلاقا؟ قال لأنّ الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنّها فرقة لاختيار المرأة فكانت

---

[1]- ارجع إلى كل من: - عمار مرزوق ملحم ظاهر، المرجع السابق، ص. 23.

- الحطاب الرعيني، أبو عبد الله حمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات، طبعة خاصة، جزء 5، دار عالم الكتب، د. ب. ن، 1975م، ص. 305.

[2]- أحمد بن عبد الله محمد اليوسف، أسباب انحلال العقود غير المالية، المجلد الأول، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية،2009، ص. 326.

فسخ كالفسخ للعنة"[1].

استدل أصحاب هذا القول بأنّ الفرقة في الغيبة ليست من الزوج بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو كناية، ولا من نائبه، فلا تكون طلاقًا[2].

ثانيا- نوع الفرقة الواقعة للغيبة في التشريعات العربية

1- التشريع المصري

التطليق الذي يحكم به القاضي لغياب الزوج طلاق بائن وهذا ما جاء في نص المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية التي تنصّ على الآتي: "**إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه**".

والمادة 5 من نفس القانون التي تنصّ على الآتي: " **كل طلاق يقع رجعيا إلاّ المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول وطلاق على مال وما نصّ على كونه بائنا في هذا القانون**".

2- التشريع المغربي

اعتبر المشرّع المغربي التطليق الواقع للغياب طلاق بائن وهذا ما نصّت عليه المادة 122 من مدونة الأسرة "**كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلاّ في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق**".

3-التشريع العراقي

يعتبر المشرّع العراقي أنّ نوع الفرقة الواقعة عن غياب الزوج طلاق بائن وذلك وفق المادة 45 قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنصّ على الآتي: "**يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد 40، 41، 42، 43 طلاقا بائنا بينونة صغرى**".

---

[1] - ارجع إلى كل من: - عمار مرزوق ملحم ظاهر، المرجع السابق، ص. 23.

- أحمد بن عبد الله محمد اليوسف، المرجع السابق، ص. 326.

- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود ابن قدامة، المرجع السابق، ص. 592

[2] _ أحمد بن عبد الله محمد اليوسف، المرجع السابق، ص327.

4-التشريع السوري

المشرّع السوري لم يأخذ برأي الحنابلة في اعتبار نوع الفرقة الواقعة عن غياب الزوج "فسخ" ولا المالكية في اعتباره "طلاق بائن" ويظهر ذلك من خلال المادة 2/109 من قانون الأحوال الشخصية السوري التي تنصّ على الآتي: "**هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها**".

والمادة 94 من نفس القانون التي تنصّ على الآتي: " **كل طلاق يقع رجعيًا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وما نصّ على كونه بائنًا في هذا القانون**"

5- التشريع الإماراتي

من خلال المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي التي تنصّ على الآتي:" كل طلاق يقع رجعيا إلاّ الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول".

يفهم أن نوع الفرقة الواقعة بالغيبة رجعية لأنّ المشرع لم ينصّ على بينونتها[1].

6-التشريع الجزائري

أخذ المشرّع الجزائري برأي المالكية والتشريع المصري في اعتبار الفرقة الواقعة والحاصلة من تضرر الزوجة لغياب الزوج أنها "طلاق"، وهذا حسب ما جاء في نص المادتين 47 و48 من قانون الأسرة الجزائري:

المادة 47:" **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة.**"

المادة 48:"... **يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.**"

وما نصّ في المادة 112من نفس القانون" **لزوجة المفقود والغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون**".

[1]- دليلة أيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، المرجع السابق، ص.150.

القول الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة[1] وهو كل فرقة يوقعها القاضي، تعد فسخا وليس طلاقا إذا كان من قبل الزوج وذلك للأمور التالية:

1- إنّ للقاضي الولاية العامة على الأشخاص، لكنه لا يكون له حق فرض نفسه نائبا على الزوج في إيقاع الطلاق لأنّ هذا يعتبر تعديًا على حق الزوج الشخصي، ورفع ضرر الغيبة عن الزوجة يمكن أن يكون فسخ.

2- إنّ إيقاع الطلاق من قبل القاضي يحسب على الزوج من عدد الطلقات التي أعطاها له الشرع، ويقع الضرر الأكبر للزوجين إن سبق للزوج أن طلق زوجته طلقتين، بهذا يقع الطلاق بائنًا بينونة كبرى، ولو وقعت الفرقة فسخا لما وقعنا بهذا المحظور، وهو هدم للأسرة.

3- من المعلوم شرعا أنّ الزوج يحق له مراجعة زوجته بعد الطلاق الأول والثاني والقول بأنّ الطلاق يقع بائنا يعتبر تعديا واضحا على حق الزوج.

إن رفض الزوج تطليق زوجته، وأوقعه القاضي فإنّ هذا الطلاق يقع بالإكراه، وفي وقوع طلاق المكره خلاف بين العلماء، والخروج من الخلاف أولى، أمّا لو كان التفريق عن طريق الفسخ لخرجنا من هذا الخلاف[2].

[1]- عبد الكريم زايدن، المرجع السابق، ص. 467.

[2] - عمار مرزوق ملحم ظاهر، المرجع السابق، ص. 24-25.

خاتمة

نصل في النهاية إلى أنّ الإسلام منح للمرأة حقوقا كثيرة تظهر من خلال آيات القرآن الكريم وسنّة رسوله صلى الله عليه وسلم، ومن بينها الحق في المعاشرة بالمعروف والحق في النفقة وكذا الحق في الوطء، لكن عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية لأسباب مثل غياب زوجها لمدّة طويلة يمكنها فك الرابطة الزوجيّة وفي هذا الأمر اختلفت مواقف الفقه الإسلامي، ففي فقه الإمام مالك رضي الله عنه للزوجة طلب التطليق لغياب زوجها لمدّة سنة فأكثر، وجاء أيضا في الفقه الحنبلي أنّ للزوجة طلب التطليق إذا غاب عنها زوجها لمدّة تفوق ستة أشهر دون عذر مقبول.

أمّا الشافعية والأحناف لم يجيزوا التطليق للغياب لأنّهم اعتبروا زوجة الغائب أولى بالصبر من زوجة المفقود، والتي لا يجوز تطليقها أبدًا بل عليها بالصبر حتى يأتيها يقين وفاته.

أمّا المشرّع الجزائري فقد اتفق مع التشريعات العربية في بعض شروط الغيبة واختلف في البعض الآخر، ولم يتضح من خلال المادة 53 في فقرتها الخامسة أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي أحد المذاهب الفقهية المجيزة للتطليق، بل اتبع المذهب المالكي في مدّة الغيبة، وأخذ بالمذهب الحنبلي في العذر. لكن المشرّع الجزائري لم يوافق التشريعات العربية والفقه الإسلامي في اشتراطه عدم الإنفاق كشرط للتطليق بسبب الغيبة ممّا جعله محل انتقاد لأنّه ذكر من خلال المادة 1/53 التطليق لعدم الإنفاق، فإذا لم ينفق الزوج على زوجته لماذا تنتظر الزوجة مدّة سنة لتطلب التطليق بسبب الغياب بينما يمكنها طلب التطليق لعدم الإنفاق، كما أنّ تقيد الغيبة بالعذر يصعب إثباته من طرف الزوجة، فالأصل من التطليق للغيبة هو تضرر الزوجة من بعد زوجها عنها سواء كان غيابه لعذر أو لغير عذر.

ممّا سبق نقترح أن يعيد المشرّع الجزائري النظر في هذا النص لتعديل مضمونه فيفصل بين النفقة والغيبة للحسم في موضوع التطليق استنادا للفقرة 5 من المادة 53 من

قانون الأسرة، فإمّا أن يكون تطليق للغيبة، وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها، خاصة شرط عدم الإنفاق، والأخذ بتطليق بسبب غياب الزوج كما أخذت به التشريعات العربية المقارنة والفقه. وإمّا أن يكون التطليق لعدم الإنفاق، وبالتالي ينبغي إلغاء تلك الشروط والإشارة في الفقرة 1 من نفس المادة إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب، فكلاهما سبب منفصل عن الآخر تتضرر من خلالهما الزوجة، وبالتالي يمكنها فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة إذا تضررت من أحد السببين.

بالإضافة إلى ماسبق نقترح أن يأخذ المشرّع الجزائري في تعديله بموقف المالكية من حيث عذر غياب الزوج، فالمالكية أجازوا التطليق سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر، لأنّ الحكمة من التطليق للغيبة هو أنّ مقام الزوجة وحدها لمدّة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية، كما أنّ المشرّع الجزائري يجب أن يغير نوع الحكم الذي يصدره القاضي في التطليق للغيبة فيصبح فسخا وليس طلاق، لأنّ الطلاق حق شخصي للزوج، فإذا حكم به القاضي يحسب على الزوج من عدد الطلقات التي منحها له الشرع والقانون ويظهر الإشكال إذا سبق للزوج وأن طلق زوجته طلقتين ثم طلق عليه القاضي الثالثة يقع طلاق بائن بينونة كبرى وفي حالة عودة الغائب لا يمكنه مراجعة زوجته حتى تتزوج غيره.

قـــــائمة المـــــــراجع

- **القرآن الكريـــــم**

أوّلا_ الكتـــــــــــــب

1- **العربي بختي**، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

2- **إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم**، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، (الزوج، الفرقة وحقوق الأقارب)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

3- **ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي أحمد الشافعي المصري**، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، دار النوادر، سوريا، 2008.

4- **ابن عابدين**، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ترجمة: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتاب، المملكة العربية السعودية، 2003.

5- **أبو الحسن علي ابن محمد بن حبيب الماوردي البصري**، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، الكتب العلمية، لبنان، 1993.

6- **أبو داوود سليمان بن الأشعث بن إسحاق**، سنن أبي داوود الأرنؤوط، دار الرسالة العلمية، د.ب.ن، د.س.ن.

7- **أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهم بن الخطاب**، معلم السنن، المطبعة العلمية، حلب، 1932.

8- **أبو عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر القرطبي**، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2006.

9- **أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي**، الأم، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، د.س.ن.

10- **أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني**، السنن ابن ماجه، حكم على أحاديثه ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، د. س. ن.

11- **أبو عبد الله من أحمد بن أبي بكر القرطبي**، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد الحسن التركي، المجلد 4، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2002.

12- **أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر**، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ن.

13- **أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة**، المغني، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

14- **أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري**، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب، 1419هـ-1999م.

15- **أحمد الحصري**، الأحوال الشخصية، (الولاية_ الوصاية_ الطلاق)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1968.

16- **أحمد بن الحسين وجردي الخراساني**، أبوبكر البيهقي السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، طبعة 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

17- **أحمد بن عبد الله محمد اليوسف**، أسباب انحلال العقود غير المالية، دار تدمرية، المملكة العربية السعودية، 2009.

18- **أحمد نصر الجندي**، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، 2004.

19- **احمد لفروجي**، قانون الأسرة وفق أخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.

20- **باديس ديابي**، صور فك الرابطة الزوجية الجزائر، على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، د. س. ن.

21- **بدران أبو العينين بدران**، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السّنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار الطباعة والنشر، لبنان، 1967.

22- **برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم**، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار عالم الكتب، د. ب. ن.، 2003.

23- **تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني**، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2003.

24- **تيسير رجب التميمي**، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي للطبع والنشر، مصر، 2009.

25- **جمال عبد الوهاب عبد الغفار**، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2003.

26- **حسن خالد وعدنان نجا**، أحكام الأحول الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، لبنان، د. س. ن.

27- **زبيدة إقروفة**، الإبانة في أحكام النيابة (دراسة فقهية قانونية) مدعمة باجتهاد المحكمة العليا وقوانين الدول العربية، دار الأمل، الجزائر، د. س. ن.

28- **زين الدين الشهير ابن نجيم**، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، د. س. ن.

29- **سعود بن عبد العزيز المعظم**، الإنصاف، د. ب. ن، د. س. ن.

30- **شمس الدين السرخسي**، كتاب المبسوط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، د. س. ن.

31- **شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي**، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مكتبة العبيكان، د. ب. ن.، 1993.

32- **عبد الرحمن بن محمد ابن إدريس الرازي ابن أبي حاتم**، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، د. ت. ن.

33- **عبد الرزق السنهوري**، الوسط في الشرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات_ أثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.

34- **عبد العزيز رمضان سمك**، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، القانون المصري، الطبعة الثالثة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر،1998.

35- **عبد الكريم زيدان**، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، 1953.

36- **عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي**، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937.

37- **عبد الله عبد المنعم العسيلي**، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

38- **عثمان التكويري**، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

39- **علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي**، الاختيارات الفقهية في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد جامد الفقي، مطبعة السنّة، د. ت. ن.

40- **علاء الدين علي بن حسام الدين المتقي الهندي**، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، حقوق متفرقة، رقم 45924 ورقم 45918.

41- **مبروك المصري**، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

42- **محمد إبراهيم الكويفي**، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، مح مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، د ب.ن، 2006.

43- **محمد السناري**، قوانين الأحوال الشخصية، مركز البحوث بمجموعة السناري، القاهرة، 2006.

44- **محمد الشحات الجندي**، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، مصر، 2002.

45- **محمد بن صالح العثيمين**، تفسير القرآن الكريم، سورة البقرة، المجلد الثالث، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.

46- **محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني**، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، 1993.

47- **محمد سلام مدكور**، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، مصر، 1978.

48- **محمد صبري السعدي**، الواضح في الشرح قانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

49- **محمد علي محجوب**، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تحكمها في مصر، القومى للإصدارات القانونية، 2010.

50- **محمد كمال الدين إمام**، أحكام الأحوال الشخصية، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، منشأة الإسكندرية، مصر، .2001.

51- **محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي**، مسائل الأحوال الشخصية، الخاصة بالزوج والفرقة...، منشأة الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

52- **محمد محي الدين عبد الحميد**، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي للنشر، د. ب. ن.، د.س. ن.

53- **محمد مصطفى شابلي**، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنّية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دراسة النهضة العربية، القاهرة، 1977.

54- **منصور بن يونس البهوتي الحنبلي**، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتاب العلمية، لبنان، 1997.

55- **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للنشر، سوريا، 1985.

56- **يوسف قاسم**، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

ثانيا_ الرسـائل والمذكـرات

أ_ الرسائل

1_ **دليلة أيت شاوش**، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014.

2_ **عمار مرزوق ملحم ظاهر**، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية-قانونية مقارنة)، رسالة الحصول على درجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2013.

ثالثا _ المذاكـــرات

1_ **محمد ناصر أحمد ولد علي**، التوقيف الحبس الاحتياطي في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2007.

2_ **نصوح يمنى**، الخلفية النفسية لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم النفس الإكلينيكي، تخصص علم نفس الوسط العقابي، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005.

رابعا _ المقـــالات:

1_**دليلة أيت شاوش**، التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.ص. 163-165.

خامسا-النصوص الـــــقانونية

أ_ الوطنية

1_ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. عدد 43، صادر في 22 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج. ر. عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005.

2_ قانون رقم 75-58 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج. ر. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، الصادر في 13 ماي 2007.

3_ القانون رقم 05-04 الصادر في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

ب_ العربية

3_ قانون المسطرة المغربية، رقم 447. 74. 1.

http://www.ism.ma/basic/web/ARABE/Textesdeloiarabe/ProcCivil/ProcCivil.pd

5_ قانون الأحوال الشخصية الأردني. الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 36 لعام 2010.

http://www.farrajlawyer.com/viewTopic.php?topicId=153

6_ القانون رقم 188 لسنة 1959، قانون الأحوال الشخصية العراقي.

http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5322d5ae4

7_ قانون تنظيم السجون المصري رقم 396 لسنة 1956.

http://old.qadaya.net/node/203

8-ظهير شريف رقم 200. 99. 1 صادر في 25 أغسطس 1999 بتنفيذ قانون رقم 98. 23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية.

http://adala.justice.gov.ma/production/html/Ar/liens/..%5C61412.htm

سادسا_ القواميس:

1- **أبو أحمد بن فارس بن زكريا**، معجم مقاييس اللُّغة، الجزء الرابع، د. ط. ن، مصر، 1979.

2- **أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور**، لسان العرب، الجزء الثاني، فصل الغين جزء الفاء، د. ب. ن.، د. ت. ن.

3-**أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري**، الصحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، المجلد الأول، دار الحديث، مصر، 2009.

4- **مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي**، القاموس المحيط، دار الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.

فهـــــرس المحتويــات

مقدمـــــــة.....1

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتطليق للغيبة.....3

المبحث الأول: المقصود بالتطليق للغيبة.....5

المطلب الأول: تعريف الغيبة.....5

الفرع الأول: تعريف الغيبة لغة.....5

الفرع الثاني: تعريف الغيبة في الفقه الإسلامي.....6

الفرع الثالث: تعريف الغيبة قانونا.....7

المطلب الثاني: صور الغيبة.....8

الفرع الأول: الغيبة القريبة والغيبة البعيدة.....8

أولا: الغيبة القريبة.....8

ثانيا: الغيبة البعيدة..... 10

الفرع الثاني: الفقد.....11

أولا: الفقد في الفقه الإسلامي.....11

ثانيا: الفقد قانونا.....12

الفرع الثالث: الحبس.....15

أولا: الحبس في الفقه الإسلامي.....15

ثانيا: الحبس قانوناً.....16

المبحث الثاني: مشروعية التطليق للغيبة.....20
المطلب الأول: الرأي القائل بعدم جواز التطليق بسبب غياب الزوج.....20
الفرع الأول: رأي الأحناف والشافعية من التطليق للغيبة.....20
الفرع الثاني: أدلّة القائلين بعدم جواز التطليق للغيبة.....21
المطلب الثاني: الرأي القائل بجواز التطليق بسبب غياب الزوج.....24
الفرع الأول: رأي المذهب المالكي والحنبلي من التطليق للغيبة.....24
الفرع الثاني: أدلة القائلين بجواز التطليق بسبب غياب الزوج.....25
الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية من التطليق للغيبة.....28
الفصل الثاني: شروط التطليق للغيبة وطبيعة الحكم به.....31
المبحث الأول: شرط غيبة الزوج بدون عذر خارج البلد.....33
المطلب الأول: شرط غيبة الزوج بدون عذر.....33
الفرع الأول: موقف الفقه.....34
الفرع الثاني موقف التشريعات العربية.....36
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.....38
المطلب الثاني: شرط غيبة الزوج خارج البلد الذي تقيم فيه الزوجة.....39
الفرع الأول: موقف الفقه.....39
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية.....41
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.....43
المبحث الثاني: شرط غياب الزوج لمدة سنة دون نفقة.....45

المطلب الأول: غياب الزوج عن زوجته لمدة سنة.....45

الفرع الأول: موقف الفقه.....45

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية 47

المطلب الثاني: شرط غيبة الزوج دون نفقة.....50

الفرع الأول: موقف الفقه.....50

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية.....51

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.....53

المطلب الثالث: إثبات غيبة الزوج ونوع الفرقة الواقعة بها.....56

الفرع الأول: إثبات غيبة الزوج.....56

الفرع الثاني: نوع الفرقة الواقعة للغيبة.....59

أولا: نوع الفرقة الواقعة للغيبة في الفقه الإسلامي.....60

ثانيا: نوع الفرقة الواقعة للغيبة في التشريعات العربية.....61

خـــــــاتمة.....64

قائمة المراجع.....66

الفهرس.....74

ملخص

إنّ المشرّع الجزائري أخذ بنفس موقف التشريعات العربية والفقه الإسلامي في منحه للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب غياب الزوج، كما جاء في نص المادة 53 الفقرة 5 من قانون الأسرة، إلّا أنه اشترط شروطا خالف بها المذاهب التي أجازت التطليق للغيبة (المذهب المالكي والمذهب الحنبلي)، وكذلك التشريعات العربية وقد توصلنا إلى هذه النتيجة بعد دراسة موضوع التطليق للغيبة وذلك بعرض المفهوم والصور المختلفة لها وشروطها في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات العربية.

Résumé

L'absence c'est l'état d'une personne qui a cessé de paraitre à sa résidence habituelle, et qui n'a pas donné de ses nouvelles depuis un temps assez long pour que son existence soit devenue incertaine, aussi selon l'article 53/5 l'épouse du disparue peut demander la dissolution du mariage pour disparition de plus d'un an sans motif valable et sans pension d'entretien. Mais malgré que le droit algérien a donné le droit à l'épouse de mettre fin au lien conjugal à cause de la disparition de l'époux, le législateur algérien est le seul a exiger l'absence sans pension alimentaire pour la dissolution de mariage pour disparition.