

أطروحة مُقدمة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية فرع: الحقوق

تخصص القانون الخاص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف:

أ.د آيت شاوش دليلة

من إعداد الطالبة:

تواتي باسمة

بعنوان:

التطليق لغياب الزوج بين الفقه الإسلامي

والتشريعات العربية المقارنة

أمام لجنة المناقشة المكوّنة من:

نوقشت بتاريخ: 27 فيفري 2023

- أ. د إقروفة زبيدة، أستاذة، جامعة بجاية ----- رئيسة؛
د. آيت شاوش دليلة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة بجاية ----- مشرفة ومقررة؛
أ. د قبائلي طيب، أستاذ، جامعة بجاية ----- ممتحنا؛
أ. د كاملي مراد، أستاذ، جامعة جيجل ----- ممتحنا؛
د. زايدي حميد، أستاذ محاضر "أ"، جامعة تيزي وزو ----- ممتحنا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾

سورة البقرة / 286

إهداء

إلى حبيبنا ورسولنا الكريم سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام،

إلى من كانا سندي في جميع مراحل حياتي، أُمي الحنونة وأبي الغالي أطال الله في عمرهما،

إلى إخوتي وأخواتي وجميع أفراد عائلتي،

إلى كل أصدقائي وزملائي،

أهدي هذا العمل.

باسمة

كلمة شكر وتقدير

بعد حمد الله وشكره على ما وفقني إليه وعلى نعمه الكثيرة، فإنني أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الدكتورة آيت شاوش دليلة على تفضلها بالإشراف على هذا العمل، وعلى توجيهاتها ونصائحها القيّمة، فجزاها الله عنا خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل.

والشكر والتقدير موصول أيضا إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم تقييم هذه الأطروحة ومناقشتها.

باسمة

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري

ق. أ: قانون الأسرة

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري

ق. إ. م. إ. ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ج. ر: الجريدة الرسمية

ص.: صفحة

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية

غ. أ. ش. م: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

غ. ش. أ. م: غرفة شؤون الأسرة والمواريث

غ. ش. أ: غرفة شؤون الأسرة

غ. م: الغرف المدنية

ط.: طبعة

ص. ص.: من الصفحة إلى الصفحة

د. س. ن: دون سنة النشر

د. ب. ن: دون بلد النشر

د. د. ن: دون دار النشر

ج.: جزء

ه: هجري

ثانيا: باللغة الأجنبية

C. P. U: Centre de Publications universitaires.

Op. cit : Référence précitée.

C P U : Cergy paris université.

P u f : presses universitaires de France.

Ibid. : in before indication document

P.P. : De la Page à la Page.

P. : Page.

N° : Numéro.

Vol. : Volume.

RASJEP : Revue Algérienne des sciences juridiques, Economiques et politiques.

SUP : scolaire, universitaire, professionnel.

Art.: article.

مقدمة

من المسلم به أنّ الشريعة الإسلامية، اشتملت على كل ما يُنظم حياة المسلمين ويحدّد علاقاتهم فيما بينهم وبين خالقهم، حيث نظّمت كل ما يربط البشر بعضهم ببعض بما في ذلك الروابط الأسرية، من خلال تشريع الزواج وجعله ميثاقاً غليظاً مصوناً بأحكام وضوابط شرعية تحقّق له خاصية الاستمرارية، وتمنع جميع الأضرار الواقعة والمتوقعة بما أمكن من سبل.

لا يخفى على أحد أنّ العديد من الظروف الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية على اختلافها قد تعصف باستمرارية العلاقة الزوجية رغم متانتها، ذلك لأنّ السعي لبناء حياة تستوفي المقوّمات المطلوبة، قد تكون أهم دافع لمغادرة الزوج بيت الزوجية، وذلك من خلال السفر من أجل العمل أو إكمال الدراسة أو القيام بالتجارة، ما لم يكن هدفه هو التخلي عن الواجبات الأسرية المرهقة.

علاوة على ما سبق، قد تكون أسباب الغياب أكثر حدّة إذا كانت مستندة إلى تعويق حرية الشخص عن الحركة، بسبب الإخلال بأمن الدولة وارتكاب جرائم يعاقب عليها القانون، ناهيك عن يُحبس قسراً ولفترات غير محدّدة تحت وطأة العدو بعد نهاية الحرب، دون أن تُحيد النظر عن احتجزوا بصفة غير شرعية في بلاد أجنبية.

تعد الهجرة غير الشرعية واحدة من الأسباب التي عرفت في الآونة الأخيرة انتشاراً واسعاً في العديد من الدول وبالأخص الجزائر، هذه الأوضاع للأسف كانت ولا تزال من الدوافع المؤدية إلى مغادرة الوطن من قبل العديد من الأزواج مع عائلاتهم، أو بمفردهم في طريقهم إلى أوروبا رغم المعرفة التامة بمخاطر الرحلة.

إنّ وبغض النظر عن الظروف التي تؤدي إلى غياب الزوج عن زوجته، سواء العادية أو الاستثنائية أو تلك المستندة إلى الرغبة الذاتية للشخص أو التي أرغم عليها، فإنّه يظل من الظواهر الاجتماعية الحساسة والخطيرة جداً على الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة، لما له من تأثير بالغ على الزوجة والأولاد، إذ تجد الزوجة نفسها طوال مدة الغياب في حالة ضعف شديد ودون عائل، وعُرضة للفتنة والانحراف بسبب الوحدة والمعاناة.

كذلك، قد تعاني عائلات الأزواج وبالأخص الزوجة حالة من القلق وضغط نفسي رهيب، والعديد من التساؤلات حول مصير الزوج الغائب الذي انقطع الاتصال به لفترة طويلة بسبب

الغياب أو الفقد نتيجة غرق السفينة التي ركبها، أو سقوط الطائرة التي كان على متنها، أو وفاته في الحرب إلى غير ذلك من الأحوال التي تجعل حياة الشخص الغائب محل شك.

لما كان مقصد الشريعة الإسلامية ينصبّ حول المحافظة على الزواج بما يحقق مصلحة الطرفين، فإنّ غياب الزوج عن عائلته ولمدة طويلة دون اتصال فيه إخلال بمصلحة الزوجة ومضرة بها، الأمر الذي نهت عنه الشريعة الإسلامية الغراء، ومن هذا المنطلق آثرنا البحث عن كيفية وطريقة اعتراف الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري¹ الذي سار على نهجها للزوجة بحق رفع هذا الضرر.

أهمية الموضوع:

يشهد لأهمية موضوع التّطليق لغياب الزوج سواء في الجزائر أو في الدول العربية طبيعته الحساسة؛ لأنّه يمس أضعف شريحة في المجتمع وهي المرأة والأطفال، لذا نحن في حاجة إلى معرفة موقف المشرع الجزائري والقانون المقارن بخصوص إجازة أو رفض التفريق بين الزوجين بسبب الغياب، والإجراءات المتبعة في ذلك ونوع الفرقة الحاصلة مقارنة بالفقه الإسلامي، للتّيقن بعد ذلك من جدوى المواد الموضوعية لتسطير حق الزوجة في التّطليق بين جحاً مطلقاً أم مقيداً، والوقوف في نفس الوقت على ما أخذ به المشرع الجزائري وما تخلف فيه عنهم وأوجه القصور. من هذا المنطلق كان لزاماً علينا المبادرة إلى تناول مسألة التّطليق لغياب الزوج ضمن دراسة شاملة ومضبوطة تجمع بين قواعد الفقه الإسلامي وقواعد القانون الوضعي.

كما لهذا الموضوع أهمية كبيرة من الناحية العلمية والعملية تتجلى في اعتباره مقدمة لإنهاء الزواج، إذ لا يُنهي لوحده النكاح وإنّما لا يتحقق ذلك إلا بواسطة القاضي بعد إتباع إجراءات معينة، ومن ثمة كان لتعمّد هذه الإجراءات دافعا قويا لتناول هذا الموضوع بغية شرح للقارئ مراحل التقاضي في دعاوى التّطليق للغياب بشكل مبسط.

¹ - قانون 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر عدد 15، صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

أهداف الموضوع:

تكمن أهداف هذا البحث في معالجة الإشكالات المثارة بشأن مسألة التّطليق للغياب من الزاوية الفقهية والقانونية، وذلك بعرض رأي المذاهب الأربعة محل البحث، حيث اعتمدنا فيه على النقد مع التركيز على القانون الجزائري، بالإضافة إلى عقد مقارنة مفصّلة مع بعض التشريعات العربية لتبيان مدى اتفاق أو اختلاف المشرع الجزائري عنها، وذلك من خلال تمحيصها وتحليلها ومناقشتها للخروج بالقول الأرجح والأصوب.

كما يهدف الخوض في المعالجة الفقهية والقانونية للمعطيات المذكورة في العمل، إلى حصر جميع الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة للتطليق للغياب في إطار واحد شامل، من خلال الولوج إلى أغوار مسائله وتقريراته المشتتة بين الكتب واكتشاف خباياه، مع مراعاة آراء واجتهادات أهل العلم التي أثرت به بشكل يسهل على الباحث الوقوف عليها في وقت وجيز دون عناء أو مشقة. كما يهدف البحث في هذا الموضوع، إلى تقصي السبب الذي يقف خلف قلة القضايا والأحكام الصادرة بخصوص التّطليق للغياب مقارنة بالطلاق عن طريق الخلع، والخروج بتوصيات وحلول ربما تساعد على التوازن بين هذه الآليات بشكل ينقص من حدّة ظاهرة الخلع والإبطاء من وتيرته في التصاعد كل سنة.

سيكون من شأنه أيضا إثراء المكتبة القانونية بموضوع يتسم بالطرح المختلف للأفكار، بشكل يساعد على إفادة طلاب العلم والقانون عامة والقضاة خاصة، وكذلك المحامين بالراجع والمرجوح في موضوع التّطليق لغياب الزوج من جهة، وبيان الأحكام والضوابط التي تحمي الأسرة والمرأة، وتلك التي تمنع مضارة الزوج بزوجه عن طريق الغياب من جهة أخرى.

دوافع اختيار الموضوع:

إنّ الذي دفعنا إلى أن تكون مسألة التّطليق لغياب الزوج موضوعا للأطروحة، مرجعه في الأساس إلى أنه من الموضوعات الحساسة، فلا يخفى على أحد أن أغلب الدول بما فيها الجزائر تعاني من مشاكل الهجرة غير الشرعية، التي يترتب عنها تزايد عدد المفقودين، وكل هذا وذاك يرجع سببه إلى الثورة التكنولوجية الحديثة، وإن كانت هذه الأخيرة تسهل من عملية الوصول إلى الغائبين والبحث عن المفقودين، إلا أنّها هي التي ساهمت وفي الدرجة الأولى إلى هجرتهم.

من دوافع اختيار هذا الموضوع أيضا هو غياب الثقافة القانونية والقضائية لدى معظم الأفراد وبالتحديد في مسائل التّطليق للغياب، هذا بالإضافة إلى معرفتهم المحدودة وإن لم نقل المنعدمة بالجانب الفقهي لهذه المسألة، فكان مما استوقفنا هو استعانة العديد من النساء اللواتي غاب عنهن أزواجهن في الآونة الأخيرة بمن هم من غير الاختصاص في الأمور الدينية والقانونية لطلب فتوى بخصوص مسألة غياب الزوج.

يرجع سبب دراسة هذا الموضوع أيضا، إلى قلة الدراسات التي تُعنى بالموضوع وتجمع بين الجانب النظري والتطبيقي، إذ أن أغلب الدراسات التي وقفنا عليها تنصب على الجانب النظري، وتشير فقط إلى مشروعية التّطليق لغياب الزوج دون أدنى إشارة إلى قانون الأسرة الجزائري، ومنها من اقتصر في الدراسة على المفقود والمواضيع التي وجدناها كثيرة، إلا أنّها لم تتناوله كآلية للتّطليق وكذلك علاقته بالغياب، فكان هذا دافعا قويا لتناول ذلك في دراسة شاملة تكشف عن مدى مشروعية التّطليق بسبب الغياب سواء كان هذا الأخير نتيجة عن فقدان أو الحبس أو الأسر، وكذلك دراسة بعض الجزئيات التي هي على صلة بالفرقة للغياب كنسب ابن زوجة الغائب وكذلك ما يثيره الصلح من تساؤلات إلى غير ذلك من الأمور.

الدراسات السابقة:

لم يكن الغياب موضوعا مستحدثا، بل يعتبر من المسائل القديمة التي ألم الفقهاء بدراسته في كتبهم سواء ما تعلق بأموال الشخص الغائب أو وصيته أو ميراثه وكذلك تفريقه عن زوجته؛ ولعل هذه الأخيرة التي اخترنا أن نفصل ونتعمق في دراستها واحدة من المسائل التي تنوعت الدراسات الفقهية القديمة في تناولها بطريقة مبعثرة، ما خلق لنا صعوبة في الوقوف على جُل ما يحيط بهذه المسألة في إطار محاولتنا لجمع شتاتها في دراسة واحدة.

لذا رغم أهمية هذه الدراسات في معالجة موضوع البحث، إلا أنّها تبقى محدودة التطبيق من حيث الزمان والمكان، ذلك أن الوقت أو الأسباب وكذلك الأحكام التي أوردها الفقهاء بخصوص هذه المسألة أثناء تناولها، هي حبيسة الزمن الذي وُضعت فيه نظرا للتغير الذي نعيشه حاليا.

هذا وقد كان للكتب الفقهية المعاصرة أيضا دورا مهما في إنجاز هذا العمل، ومما له صلة بالموضوع نذكر على الخصوص كتاب لمحمد عبد الرحيم محمد المعنون بـ: "زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية مع البحث بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية"، لا شك أننا استعنا بهذا الأخير في معالجة موضوع البحث، إلا أنه اعتمد في دراسته للأحكام المتعلقة بزوجة الغائب على جملة من القوانين الوضعية الأجنبية والعربية، دون أدنى إشارة إلى النظرة القانونية للمشرع الجزائري.

أما بالنسبة للمؤلفات العامة أو الخاصة فقد اتسمت بالاختصار في تناول هذا الموضوع، فمنها من أثار مدى مشروعية التطلق للغياب في الفقه الإسلامي لوحده، ومنها من تناول بصفة عامة ومفصلة أثار الطلاق من العدة والنفقة، ومنها من تناول وبطريقة مطردة أحكام المفقود والإشارة في مواضع معينة لأحكام زوجة الغائب في طلب الفرقة؛ لكن من بين التي قد تعرضت بصورة خاصة إلى موضوع الغياب، نجد مرجع للدكتور محمد عبد الرحمان الفقي الذي يحمل عنوان: "التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، حيث أسهبت دراسته في تناول آراء الفقهاء وبعض القوانين العربية في التفريق لغيبة الزوج وفقدانه وكذلك صاحب الحق في الفرقة وصفقتها.

كما كان لبعض المذكرات الجامعية والمقالات نصيب في التطرق إلى هذا الموضوع، إلا أن ما يميّز هذه الأطروحة عن غيرها؛ أنها تركّز على بيان كل ما يتصل بحق الزوجة في التّطبيق للغياب المكّرس في قانون الأسرة الجزائري، وكذا كيفية تنظيمه من طرف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة.

وعليه؛ فإنّ إشكالية هذه الدراسة تتمحور في البحث عن مدى فعالية تقنين حق الزوجة في طلب التّطبيق بسبب الغياب في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية الأخرى؟

يتبلور المنهج المتبع في البحث في المنهج الاستقرائي، بتتبع آراء علماء المذاهب الفقهية وكذلك مشرعي الدول العربية في كل ما له صلة بموضوع الأطروحة، كما اعتمدنا في غالب أطوار البحث على المنهج المقارن، وذلك للمقارنة بين قانون الأسرة الجزائري وقوانين الأحوال الشخصية

العربية، وفي نفس الوقت مقارنة هذين الأخيرين وبالأخص القانون الجزائري بما جاء في الفقه الإسلامي.

اعتمدنا فضلا عما سبق؛ المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحديد أحكام التطليق لغياب الزوج في القانون الجزائري والقانون المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة له، وكذلك التعريفات اللغوية والاصطلاحية والقانونية، بالإضافة إلى آراء الفقهاء والتشريعات وأيضا القرارات القضائية.

كما تبيننا خلال مرحلة التحليل المنهج النقدي، وسعينا فيه إلى تبيان مركز التشريع الجزائري بين أقرانه من التشريعات العربية وكذا الشريعة الإسلامية في جملة من النقاط قد أفردناها في البحث.

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه، قسّمنا البحث إلى بابين؛ يتعلق الباب الأول بدراسة مدى أحقية زوجة الغائب في التطليق، قصد بيان معنى الغياب و كيفية اعتراف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية بحق التطليق بسببه، أمّا الباب الثاني فقد تم التعرض فيه إلى حدود استجابة القاضي لطلب الزوجة بالتطليق للغياب، بهدف بيان إجراءات التقاضي في دعاوى التطليق للغياب، وكذا دور القاضي في الحكم به وآثاره.

الباب الأوّل

مدى أحقيّة زوجة الغائب في التّطليق

يعد الزواج أساس تكوين الأسرة، وميثاق غليظ لا ينبغي فكّه، ولهذا سعى الإسلام إلى حفظ وضمان استمراره في إطار المعاشرة بالمعروف الذي تسوده المودّة والرّحمة لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹. وقوله أيضا: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾².

إنّ القول بتقديس رابطة الزواج في الإسلام والسعي لضمان ديمومته، لا يعني أنه يبقى إلى الأبد دون تفكك بفعل عدّة عوامل وأسباب أهمّها غياب الزوج وانسحابه من العلاقة الزوجية المُكوّنة للأسرة، وتخليه عن دوره الكامن في تنفيذ كافة الالتزامات المفروضة على عاتقه، والتي من شأنها سد احتياجات الزوجة المادية والمعنوية، فضلا عن مساعدتها على تنشئة الأولاد وتوفير احتياجاتهم.

هذه الظروف للأسف تؤدي إلى تعليق مصلحة العديد من الأطراف أولهم الزوجة، حيث تتعرّش بفعل هذه المتغيرات التي تطرأ على حياتها، وتواجه ضرر البقاء وحيدة دون مؤنس في وقت ضعف فيه الوازع الديني عند الأغلبية، وانتشرت الرذائل وغيرها من الأمور والتصرفات، ما يبعث فيها الرغبة في إنهاء زواجها من الغائب وإزالة الحيرة بخصوص حالتها من خلال طلب التّطليق. يستدعي الخوض في تفاصيل إجازة أو عدم إجازة الفقه الإسلامي لزوجة الغائب الحق في طلب التّطليق بسبب الغياب ومدى تأثر التشريعات العربية بذلك، أولوية تحديد مفهوم الغياب وذلك من خلال تعريفه والوقوف على أهم ما يميزه عن غيره من المفاهيم، لهذا سنخصص (الفصل الأوّل) لدراسة مفهوم الغياب وتمييزه عما يشابهه من المفاهيم، ثم نبيّن بعدها موقف كل من الفقه الإسلامي والتشريعات العربية من مطلب التّطليق للغائب من حيث المشروعية والشروط وذلك ضمن (الفصل الثاني) المعنون بمدى اعتراف الفقه الإسلامي والتشريعات العربية لزوجة الغائب بحق التّطليق.

¹ سورة النِّسَاء، الآية 19.

² سورة الرُّوم، الآية 21.

الفصل الأوّل

مفهوم الغياب وتمييزه عما يشابهه من المفاهيم

يقتضي البناء المتكامل للأسرة وقوف الزوجين مع بعضهما البعض واحترام رابط الزوجية المبارك الذي يربطهما بدليل قوله تعالى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾¹، ومع هذا كثيرا ما تصطدم هذه العلاقة بظاهرة الغياب التي تحدث بأن يترك الزوج اختياريا أو اضطراريا زوجته وأولاده ليعيش بعيدا عنهم تهربا من مسؤولية عدم القدرة على إعالتهم، أو بسبب تقييد حريته. كما تحدث هذه الظاهرة أكثر عند أرباب الأسر الذين تضطربهم ظروف العمل أو الدراسة، إلى الهجرة خارج البلد سواء بصفة شرعية أو غير شرعية، أملا في توفير جو ملائم ووضعية جيدة لنقل الزوجة والأولاد، إلا أنّ الواقع يجعلهم يصطدمون بعراقيل وصعوبات كبيرة في تسوية أوراق الإقامة، ما يحملهم على العيش بعيدين عن بعضهم لمدة طويلة، والاكتفاء بالزيارات الدورية مرة واحدة في السنة أو سنتين، وفي حالات أخرى يملّ الأزواج من هذه الوضعية ويتخلون بتاتا عن فكرة العودة.

على ضوء ما سبق؛ تكون وضعية الزوجة محل تهديد سواء كان غياب زوجها بهدف الإضرار أو لا؛ فإنّ الزوجة لا محالة تتأذى من غياب الزوج لمدة طويلة وما ينجم عنه من صعوبة التأقلم مع نظام القوامة التي انتقلت إليها، أضف إلى الأضرار النفسية التي لا يمكن أن يجبرها أي شخص.

بما أن الغياب يشكّل مصدر أذى للزوجة، وهو ما يتنافى مع هو مذكور في كتاب الله والسنة النبوية وما تنادي به الشريعة الإسلامية بضرورة إزالته بواسطة التّطليق؛ فإنّ تحديد المقصود بهذا المصطلح يعتبر من أولويات البحث، لذا سنتعرض في (المبحث الأول) إلى المقصود بالغياب المفضي إلى التّطليق، والذي سنتطرق فيه إلى تعريف التّطليق والغياب لغة واصطلاحا، لنتعرض بعدها في (المبحث الثاني) إلى تمييز الغياب عن المفاهيم المشابهة.

¹ - سورة البقرة، الآية 187.

المبحث الأول

المقصود بالغياب المُفْضِي إلى التّطليق

نظرا لتعدّد الأنظمة القانونية المشابهة للغائب كالمفقود والمحبوس والأسير، فكان من الصّورى تعريف الغائب تعريفا دقيقا، يسمح بظهور ملامح العلاقة التي تربطه بهذه المفاهيم، لكن قبل ذلك فإنّ الأمر يتطلّب منا البحث في مفهوم الغياب كواقعة وسبب بحد ذاته، خاصة وأنّه يحتلّ مركزا لا بأس به بين الظواهر التي عرفت أثرا في تفعيل إثارة الدعوى أمام المحاكم الجزائرية أو محاكم الدول الأخرى، ما ساهم بطريقة سلبية في انهيار البناء الاجتماعي للأسرة وتفكّكها.

بما أنّ موضوع الأطروحة يتمحور حول التّطليق لغياب الزوج؛ فإنّ تعريف الغياب لا يكون في غنى عن التّطليق، لذلك تم تجزئة هذا العنوان إلى جزئين، حيث يتناول الجزء الأوّل مفهوم التّطليق ودليل مشروعيته (المطلب الأوّل)، بينما يدرس الجزء الثاني تعريف الغياب تعريفا دقيقا بشكل يرفع الغموض عنه ولا يدع أي لبس يخلطه مع مفاهيم أخرى (المطلب الثاني)، لنخلص في نهاية هذا المبحث إلى المقصود بالتّطليق للغياب من خلال الجمع بين الكلمتين بشكل يسمح باستيعاب مضمون ومغزى البحث.

المطلب الأوّل

مفهوم التّطليق ودليل مشروعيته

إنّ البحث في أدلة مشروعية التّطليق الوارد ذكرها في القرآن الكريم أو السنّة النبويّة أو حتى تلك التي استند إليها الفقه والقانون لا يكون سابقا عن التعريف؛ لذا لا بد من الوقوف في البداية على المعنى اللغوي والاصطلاحي لمصطلح التّطليق (الفرع الأوّل)، والانتقال بعدها إلى أدلة مشروعيته في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التّطليق لغة واصطلاحاً

التّطليق مأخوذ من كلمة طلق ومعناه في اللغة: "التخليّة والإرسال وحلّ العقد"¹. أمّا اصطلاحاً، "فهو منح الزوجة حق طلب التّطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون"²، ويمكن القول كذلك بأنّه: "فك الرابطة الزوجية عن طريق القضاء، وذلك في حالات معينة كالتطليق لعدم الإنفاق، أو التّطليق للعيوب، أو التّطليق للضرر"³.

ما نلاحظه من هذه التعريفات وما تم الإطلاع عليه؛ أنّ الفقه لم يقدّم إعطاء مصطلح التّطليق تعريفاً دقيقاً وشاملاً، بل اكتفى بتعداد الأسباب التي تبرر للزوجة طلب التّطليق من جهة، وتعريفه في بعض الأحيان بموجب تسمية أخرى وهي "التّفريق"، من جهة أخرى.

مما سبق، يمكن تعريف التّطليق بأنّها وسيلة تمتلكها الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بحكم قضائي، وينبغي على القاضي أن ينظر في مدى تأسيس طلب الزوجة وثبوت الضرر عليها، وذلك قبل إصدار الحكم بالتّطليق الذي من شأنه أن يترتب آثاره سواء على الزوجة والأولاد، أو برفض التّطليق ومن ثمّ وجوب استمرار الزواج.

بخصوص تعريف مصطلح التّفريق، الذي نجد له أثر في أغلب المصادر الفقهية والتشريعات العربية المقارنة المستمدة في الأصل من الشريعة الإسلامية؛ فنجده لا يخرج من الناحية اللغوية عن معنى واحد وهو الفصل والمباعدة كما يلي: "فَرَّقَ يُفَرِّقُ، تَفْرِيقًا، وَتَفْرِيقًا، فَهُوَ مُفَرَّقٌ، وَالْمَفْعُولُ مُفَرَّقٌ (لِلْمَتَعَدِي)".

¹ صالح العلي صالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، دار الشرق الأوسط، المملكة العربية السعودية، 1989، ص.380. أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، مجلد 10، دار صادر، بيروت، د. س. ن، ص.226.

² نورة منصور، التّطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.11.

³ يوسف مسعودي، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، دار السلام للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص.182.

"فرّق بينهما: باعد بينهما، فصل بينهما". فرق أصناف البضاعة_ فرق الخلاف بينهما_ فرق القاضي بين الزوجين «يفرقون به بين المرء وزوجه»¹.

أمّا في الاصطلاح فمعناه طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية قضائياً بموجب حكم؛ بسبب عدم الإنفاق أو للضرر والشقاق؛ كما يمكن أن يتحقق الأمر بدون أن يتقدم أي منهما بطلب، إذا ما ارتد² أحد الزوجين وذلك حفظاً لحق الشرع³.

مما تقدّم؛ نجد أنّ التفرّيق يتم أمام القضاء بموجب دعوى قضائية تتقدم بها الزوجة⁴، وهي كلمة تشمل كل أنواع الفرق من طلاق وفسخ وأيضا فرقة الوفاة، عكس التّطليق أو الفسخ أو غيرها من المصطلحات التي تنحصر في معنى واحد⁵.

بالرجوع إلى نصوص القانون، نجد أنّ المشرع الجزائري استعمل مصطلح الطلاق بدلا من التّطليق في المادة 48 من ق. أ. ج التي تنص: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وبنفس الكيفية عرّفه المشرع المغربي في المادة 78 من مدونة الأسرة التي جاءت تنص بأنّ: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء طبقاً لأحكام هذه المدونة"؛ وبالمقابل أوردته نفس المدونة في

¹ - احمد مختار عمر، معجم اللّغة العربية المعاصرة، مجلد 2، ط.1، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص.1697.

وكإشارة فالتفرّيق القضائي مصطلح مركب من كلمتين: تفرّيق وقضائي.

حيث يقصد بالتفرّيق ما شرحناه في المتن؛ أما قضائي فمصدره قَضَى ويراد به لغويا: "قَضَى (القَضَاءُ) الحُكْمَ والجَمْعَ (الأَقْضِيَّةُ). و(القَضِيَّةُ) مِثْلُهُ والجمع (القَضَايَا). و(قَضَى) يَقْضِي بالكسْرِ (قَضَاءً) أي حَكَمَ ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مُحْتَار الصَّحَاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص.226.

² - المقصود بالزّدة الخروج عن الدين الإسلامي وإتباع غيره من الأديان، أو الرجوع إلى غير الدين.

³ - محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.369.

⁴ - نورة منصوري، المرجع السابق، ص.12.

⁵ - أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفرّيق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية مقارنة)، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه والأصول، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص.13.

المادة 71 كطريق لحل عقد النكاح كما يلي: "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق، أو الخلع"¹.

يظهر من فحوى هذه المواد وبالأخص المادة 48 من ق. أ؛ أنّ المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح الطلاق، إذ اعتبره وسيلة لحل الرابطة الزوجية إما من طرف الزوج لوحده، أو بطلب الزوجة عن طريق الخلع أو التّطليق كما نص عليه باستعمال عبارة " في حدود ما هو وارد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، أو بتراضي الزوجين على الإنهاء؛ ومنه نستنتج بأنّ مصطلح الطلاق هو المصطلح الأشمل، سواء صدر طلب حل عقدة النكاح من أحد الزوجين أو كلاهما².
إذا رجعنا للمادة 53 التي أحالت إليها المادة 48 أعلاه، لا نجدتها تعرّف التّطليق وإنّما اكتفى المشرع فيها بذكر الأسباب التي يمكن للزوجة من خلالها المطالبة بالتّطليق؛ واقتصر المشرع المغربي هو الآخر بذكر الموجبات السّنة للتّطليق دون تعريفه³، واعتمد آخرون على مصطلح التّفريق أمثال التشريع السوري⁴ والعراقي⁵ والقطري⁶ وغيرهم، ومنهم من لم يشر إلى أيّ منهما مثل التشريع التونسي⁷ ودون تقديم أيّ تعريف.

¹ - ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 3 فبراير 2004 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المملكة المغربية، ج. ر. عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، متوفر على الموقع:

http://www.sgg.gov.ma/arabe/CodesTextesLois/code_famille.aspx

² - نورة منصوري، المرجع السابق، ص.12.

³ - راجع؛ المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية.

⁴ - راجع المواد من 105 إلى 117 من المرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1953، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1953، يتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجمهورية العربية السورية، طبقا للتعديل الأخير الذي صدر في 07 فيفري 2019، متوفر على الموقع:

<http://www.mediafire.com/file/4mpsr7iqp1qrx3y/25d9%2586%25d8%25a7%25d9%2586%2019>

⁵ - راجع المواد من 40 إلى 46 من قانون رقم 188 لسنة 1959 بشأن الأحوال الشخصية، الجمهورية العراقية، ج. ر. (الوقائع القانونية) عدد 280، بتاريخ 30 ديسمبر 1959، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c76654f4>

⁶ - راجع المواد من 123 إلى 155 من القانون رقم (22) لسنة 2006، مؤرخ في 29 جوان 2006، يتعلق بإصدار قانون الأسرة، دولة قطر، ج. ر عدد 8، صادر بتاريخ 28 أوت 2006، متوفر على الموقع:

<https://www.almeezan.qa/LawView.aspx?LawID=2558>

⁷ - أنظر في هذا، الفصل 29 و 30 من أمر مؤرخ في 13 أوت سنة 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66، بتاريخ 17 أوت 1956، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

<https://www.justice.gov.tn/index.php?id=436>

الفرع الثاني

دليل مشروعية التّطليق

كما شرّع الإسلام الزواج للمحافظة على الأنساب واستقرار الأسرة؛ فإنّه شرّع الطلاق لعلاج الخلافات الزوجية والقضاء على أسباب النزاع، وبما أنّ الإسلام جاء بلفظ الطلاق ليدل على الطلاق الذي يقع من الرجل أو المرأة، وبذلك ستكون الأدلّة الآتي ذكرها دليلا شاملا لكل أنواع الطلاق بما فيها التّطليق بطلب من الزوجة، سواء من القرآن الكريم (أولا) أو من السنّة النبويّة (ثانيا)، وكذلك الأدلة الدالة على مشروعية التّطليق من الفقه الإسلامي والتشريع (ثالثا).

أولا: دليل مشروعية التّطليق من القرآن الكريم

لم يرد في القرآن الكريم ما يدلّ صراحة على مشروعية التّطليق، ومع ذلك هناك من الآيات ما دلّت ضمنا على مشروعية فك الزوجة للرابطة الزوجية إذا لحق بها ضرر، منها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾¹. تدلّ الآية على أنه إذا تعسّر الوفاق بين الزوجين، جاز التفريق بينهما فيغني الله تعالى كلا منهما عن صاحبه بلطفه وفضله في المال والعشرة²، فيعوض الله تعالى للزوج بزوجة خير له منها وللزوجة بزواج آخر خير منه، وذلك بفضل رحمته الواسعة وحكمته فيما يعطي أو يمنع³.

ولقوله أيضا: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁴. فوجه الدلالة في الآية أن الله تعالى يأمر الرجال الذين طلقوا زوجاتهم طلاقا رجعيا بواحدة أو اثنتين، ورجعوا في إرجاعهن قبيل انقضاء عدتهن، أن يكفّوا عن ذلك وأن يخيروا بين إمساكنهن بمعروف والرجعة إلى عصمة

¹ - سورة النِّسَاءِ، الآية 130.

² - أحمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي الغرناطي، البحر المحيط في التفسير، ج.3، دار الفكر للطباعة، بيروت، 2010، ص.89.

³ - عبد الرحمان بن ناصر السعدي، عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل، محمد بن صالح العثيمين، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المئان، تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق، ج.5، ط.2، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2002، ص.225. أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي "معالم التنزيل"، مجلد 2، ج.5، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1989، ص.296.

⁴ - سورة البقرة، الآية 231.

النكاح، أو تركهن بالتّي هي أحسن حتى تنقضي عدّتهن، كما نهى عزّ وجل في ذات الآية أي مراجعة تكون بقصد الإضرار بالزوجة ومنعها من الزواج بآخر¹.

ثانياً: دليل مشروعية التّطليق من السنّة النبويّة

في حديث عن ابن عباس رضي الله عنه: «أنّ امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولا كني أخاف الكفر في الإسلام. قال رسول الله: أتردّين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول الله: اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»². هذا الحديث خير دليل على مشروعية التفريق إذا طلبته الزوجة، ذلك أنّ رسول الله لم يرفض طلب زوجة ثابت في الفرقة رغم أنّ ثابت لم يضر بها ولم يسيء إليها، فلو لم يكن التفريق مشروعاً لما وافقها عليه الرسول عليه الصلاة والسلام.

في حديث آخر حدّثنا محمد بن يحيى. ثنا عبد الرزاق. أنبأنا معمر عن جابر الجعفي، عن عكرمة، عن ابن عباس؛ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»³، ومفادها أنّ الشرع لا يجيز ذلك الضرر أو الضرر الذي يُلحقه الشخص بأخيه أو غيره، إلا في حدود ما أذن به لدفعه⁴.

ومعنى ما سبق أنّ النبي صلى الله عليه وسلم كانت غايته الأولى من وراء هذه الأحاديث، هي المحافظة على حقوق الزوجين في مواجهة أي تعسف قد يصدر من أحدهما والحد من العواقب الوخيمة التي قد تنجم عنها، هذا من ناحية، أما من الناحية الثانية فهو تعليم الأفراد وخاصة الأزواج ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، وإظهار لهم وقت وسبب إيقاع الطلاق.

¹ - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج.1، ط.2، دار طيبة، السعودية، 1999، ص.629. عبد الرحمان بن ناصر السعدي، عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل، محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ج.2، ص.103.

² - أبو الحسين علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري لابن بطّال، ج.7، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، مكتبة الرشد، الرياض، د. س. ن، ص.419، 420.

³ - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.2، مطبعة دار الإحياء للكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضرّ بجاره، الحديث رقم: (2341)، ص.784.

⁴ - أحمد بن شيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط. 2، دار القلم، دمشق، 1989، ص.165.

نتيجة لذلك فالطلاق مباح كما روي عن حمزة بن عبد الله بن عمر، أن أبيه رضي الله عنه قال: كانت لي امرأة كنت أحبها وكان أبي يكرهها، فقال لي: طلقها فأبيت، فأتى لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكر ذلك له فقال طلقها فطلقها¹؛ إلا إذا كان لغير سبب أي للإضرار فهو مرفوض وحرام شرعا، ذلك لأنه لا يجوز إلا لغاية نبيلة وهي نشر السلام في الأسرة إذا كان في بقاء الزواج ضرر بالغ بالزوجين كحد أول وبالأسرة كاملة كحد ثانٍ.

وفقا لما سبق؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يرفض طلب الطلاق رغم إتخاذه له كاستثناء مباح في حالات ضئيلة تنحصر في صدّ الأضرار وإزالتها إن وقعت تطبقا لقاعدة «الضرر لا يزال بمثله»².

ثالثا: دليل مشروعية التّطليق من الفقه الإسلامي والتّشريع

أجمع الفقه الإسلامي على مشروعية التّطليق في مسائل اختلفوا فيها بين مضيق وموسّع تتحقق في حالات معينة، أهمّها أنّ تعنت الزوج اتجاه زوجته في موضوع دفع النفقة الواجبة عليه في الأصل يفتح المجال للزوجة للتّطليق منه إذا تضررت، وهو مذهب جمهور الفقهاء³ باستثناء الحنفية⁴.

¹ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، كتاب الخلع والطلاق، باب إباحة الطلاق، الحديث رقم: (14893)، ص.527.

² معناها إذا كان في إزالة الضرر إدخال ضرر مثله فيصعب حينئذ جبره، فالأحسن تركه على حاله. أحمد بن شيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص. 196.

³ سحنون بن سعيد التنوحي، أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد، المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد، ج.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.184. موفق الدّين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، شمس الدّين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج.9، دار الكتاب العربي للنشر، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 243. محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، الأم، ج.5، دار المعرفة، بيروت، 1393، ص. 91.

⁴ عبد الغني الغنيمي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، مجلد 3، المكتبة العلمية، بيروت، د. س. ن، ص. 57. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج.4، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.349.

كما لا يقتصر حقّ المرأة على النّفقة فحسب بل ويمتد كذلك إلى حقّها الطبيعي في المعاشرة الجنسية، وفي هذا الخصوص تباينت آراء الفقهاء في حصر العيوب الموجبة للفرقة¹، رغم أنّهم أجمعوا على اعتبارها سببا للتّطليق²، كما أجاز الفقه الإسلامي للزوجة الحق في الفرقة بسبب الإيلاء والشقاق وغيرها من أسباب التّفريق.

سارت تشريعات الأحوال الشخصية على درب المذاهب الفقهية السابقة، في السماح بفرقة الزوجة من زوجها لأسباب تختلف بين قانون وآخر مع التوسيع والتفصيل، حيث أنّ المشرع الجزائري ذكر في المادة 53 من ق. أ. الأسباب التي يجوز للزوجة أن تتمسك بها في طلب التّطليق فيما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب الآتية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
- 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

¹ اتفق جلّ الفقهاء في رأيهم الرامي إلى حصر العيوب الموجبة للفرقة الزوجية في العيوب التناسلية الثلاثة التالية: الجبّ والعنة والخصاء دون إيراد عيوب أخرى وهو مأخذ أبو حنيفة؛ بينما ذهب الجمهور وهم الشافعية والحنابلة والمالكية إلى حصرها وتحديدها في عدد أكبر من العيوب.

وهناك من الفقهاء من تبنّى رأي عدم حصر العيوب وتركها على إطلاقها دون تحديد، وهم ابن تيمية وابن القيم، محمد ابن حسن الشيباني، الزهري، القاضي شريح وأبو ثور، بحيث سلكوا اتجاه معاكس للرأي السابق المنبذ بحصر العيوب، وأخذوا بثبوت الفرقة لأي عيب لا يحقق مقاصد الزواج. آيت شاوش دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمّر-تيزي وزو، 2014، ص.33، 34.

والأمر ذاته كرّسه المشرع الجزائري في المادة 2/53 من ق. أ. التي تنص: "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..."، وكذلك بعض تشريعات الأحوال الشخصية محل المقارنة، حيث أجمعوا على ترك كلمة العيوب واسعة دون تضيق، ليتكفل الخبراء مهمة معرفة العيب.

² سحنون بن سعيد التتوحي، أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ص.145. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف الفناع عن متن الإقناع، ج.5، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص.116. عبد الغني الغنيمي الحنفي، المرجع السابق، ص.25. شمس الدّين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، ج.3، دار المعرفة، بيروت، 1991، ص.268.

- 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،
- 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،
- 7- ارتكاب فاحشة مبينة،
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين،
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،
- 10- كل ضرر معتبر شرعا".

أما مدونة الأسرة المغربية فقد جاء تنصيصها على أهم الأسباب الموجبة للتّطليق في المادة 98 والتي تنص: "للزوجة طلب التّطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

- 1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج،
- 2- الضرر،
- 3- عدم الإنفاق،
- 4- الغيبة،
- 5- العيب،
- 6- الإيلاء والهجر".

تشير هذه المواد إلى اعتراف المشرع الجزائري والمغربي بحق الزوجة في التّطليق تأثرا بما راحت إليه المذاهب الفقهية، لكن يلاحظ على المشرع الجزائري أنه حدّد أسباب التّطليق ولم يتركها على إطلاقها كما فعل غيره من مشرعي الأحوال الشخصية ومنهم المشرع المغربي الذي فصل في كل سبب على حدة في المواد من 94 إلى 113¹، وكذلك المشرع السوري في المواد من 105 إلى

¹ - مدونة الأسرة المغربية.

117¹، وأيضاً المشرع الأردني في المواد من 114 إلى 144²، وكذلك المشرع السوداني في المواد من 151 إلى 203³، ويضاف إليهم المشرع الإماراتي في المواد من 112 إلى 135⁴، وأخيراً المشرع الكويتي في المواد من 120 إلى 148⁵.

المطلب الثاني

مفهوم الغياب

لا يكاد يجمع الفقه والتشريع على تعريف ثابت وموحد للغياب والغائب رغم المحاولات الجادة الرامية إلى تعريفه، مرجعه اختلاف وجهات النظر بين الفقهاء كل حسب أفكاره وطريقة تناوله، وعدم بذل التشريعات مجهود وضع تعريف صريح للغائب والغيبية؛ بحجة أنه ليس من اختصاصهم، واكتفائهم في ذلك على مسايرة المذهب الفقهي المعتمد.

وعلى هذا الأساس يستوجب تحديد المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل من الغياب (الفرع الأول) والغائب (الفرع الثاني) على التوالي:

الفرع الأول

تعريف الغياب لغة واصطلاحاً

لا يمكننا التعرض إلى تعريف الغائب، إلا بعد استنباط التعريفات المدرجة لمصطلح الغياب في المعاجم اللغوية (أولاً)، وتقديم التعريفات التي أسفر عليها اجتهاد الفقه ورجال القانون (ثانياً)، كالتالي:

¹ - قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

² - قانون 15 لسنة 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، ج. ر عدد رقم 5578 بتاريخ 02 جوان 2019، متوفر على الموقع:

<https://sjd.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=197>

³ - قانون مؤرخ في 24 جويلية سنة 1991، يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، جمهورية السودان، متوفر على الموقع:

<https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c76654f4>

⁴ - قرار اتحادي رقم 68 لسنة 2005 صادر بتاريخ 19 نوفمبر 2005 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، متوفر على الموقع:

<https://elaws.moj.gov.ac/Arabic.aspx?val=AL1>

⁵ - قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، دولة الكويت، ج. ر عدد 1570، بتاريخ 23 جويلية 1984، معدل ومتمم، الموسوعة القانونية، متوفر على الموقع:

<https://mesferlaw.com/archives/1465>

أولاً: الغياب لغة

الغيبه من الغيب وهو: «الغَيْبُ: ما غَابَ، مما لا يعلمه إلاّ الله، ويقال: غابت الشَّمْسُ تغيبُ غَيْبَةً وَغُيُوباً وَغَيْباً. وغاب الرَّجُلُ عن بلده. وَأَغَابَتِ الْمَرْأَةُ فَهِيَ مُغِيبَةٌ، إذا غاب بعُلمها. ووقعنا في غَيْبَةٍ وَغَيْابِهِ، أي هَبَطَتْ من الأرض يُغَابُ فيها»¹. ويقال: " الغيبه هي مجهولية إقامة شخص معين لا يزال على قيد الحياة"².

ثانياً: الغياب اصطلاحاً

ركّزَ جلّ فقهاء الشريعة الإسلامية في مصنفاتهم على إبراز حالات الغياب دون التطرق إلى تعريفه، تتمثل في الغائب لاعتبارات مكانية داخل أو خارج البلد، وكذلك الغائب الذي لم يعرف موضعه، وأيضا التواري والتّعزر والحبس إلى غير ذلك من حالات.

مما لا شك فيه أن معظم الدراسات المُطّلع عليها قد أفرطت في تناول هذه الحالات، لذا لا داعي للإسهاب في ذكرها والتركيز على أهمّ ما قاله الفقهاء في الغياب كونه ما يهمنّا في دراستنا، وذلك فيما يلي:

1- عند الحنفية

الغائب حسب الحنفية هو من يتعذر مخاصمته في النّفقة التي تطالب بها عرسه سواء كان ذلك بسبب سفره وخروجه من البلد وبينهما مدّة سفر أو لا، أو متواريا في البلد ويدخل فيه المفقود³.

¹ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج.4، كتاب العين: باب الغين والياء وما يثلاثهما، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1979، ص.403. أنظر أيضا؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط مرتب ألفبائيا وفق أوائل الحروف، حرف الغين، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص.1211. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصّحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص.196.

² بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، عدد رقم (8)، دار وائل للنشر، الأردن، 2008، ص.166.

³ محمد أمين عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، ج.5، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص.326.

2- عند المالكية

جاءت كلمة الغيبة عند فقهاء المالكية أثناء تناولهم لمسألة مدى جواز حكم القاضي على الغائب، وفي إطار ذلك قسّمت الغيبة إلى:

أ- الغيبة القريبة

يكون الغائب فيها غائبا عن ولاية الحكم كاليومين والثلاثة مع الأمن.

ب- الغيبة البعيدة

كأن يكون الغائب في إفريقيا والقاضي في مكة.

ت- الغيبة المتوسطة

هي البعد عن مجلس القضاء بمسيرة حدّدها المالكية بعشرة أيام، أو اليومان مع الخوف¹.
الواضح أن الغياب عند المالكية مبني على تقدير المسافة الموجودة بين محل تواجد الشخص ومجلس القضاء، إذا كانت غيبة قريبة أو بعيدة أو متوسطة ومن ثم يمكن الحكم فيها على الغائب دون إحضاره، وسواء كان غائبا عن البلد أو كان حاضرا في البلد لكنه مُتواري، إلا أن تكون مسافته تَقَلُّ على مسافة العدوى وهي التي يرجع منها مبكرا ليلا، وتعدّ المخدّرة أي التي لا يكثر خروجها غائبةً أيضا، ولا تحضر مجلس الحكم².

3- عند الشافعية

المقصود بالغائب عندهم كل من بعد عن مجلس القضاء بسبب أنه داخل البلد أو خارجه، على النحو التالي:

أ- غائب في البلد

يكون الغائب في هذه الحالة على مسافة بعيدة من مجلس القاضي، بحيث لا يرجع منها مبكرا إلى موضعه ليلا، وهذا الشخص تسمع الدعوى والبيّنة عليه ويحكم عليه من مسافة بعيدة.

¹ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 4، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 162، 163.

² شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذّخيرة، ج. 10، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص. 116، 117.

اعتبر الشافعية أيضا من كان بمسافة قريبة عن مجلس القضاء، بحيث لا يتأتى له الحضور لتواريه أو حبسه بمكان لا يمكن الوصول إليه، أو هربه من مجلس الحكم أو تضرره غائبا، فيحكم عليه بغير حضوره، وكذلك المخدّرة كما قال المالكية¹.

ب- غائب خارج البلد

إذا كان فقهاء الشافعية يعتبرون الشخص المتواجد داخل ولاية حكم القاضي غائبا كما تقدّم في الحالة السابقة، فإنهم يعتبرون من كان خارج ولاية حكم القاضي غائبا أيضا وهذا أولى، فليس للقاضي إحضاره إلاّ من مسافة العدوى فقط².

4- عند الحنابلة

الغائب عند الحنابلة لا يخلو من حالتين:

أ- غائب في ولايته

يكون الغائب في ولايته على نوعين:

أ-1- غائب بمسافة بعيدة

الغائب هو كائن بمسافة بعيدة وقيل بأنّها مسافة قصر الصلاة، وهي التي لا يرجع منها مبكرا إلى موضعه ليلا بعد فراغ المحاكم³.

أ-2- غائب بمسافة قريبة

يرى الحنابلة أن الشخص الكائن بمسافة قريبة فهو كالحاضر فلا تسمع البينة عليه ولا يحكم عليه بغير حضوره، إلاّ لتواريه أو تعزّره لأنّه يعتبر غائب.

ب- غائب في غير ولايته

على نقيض الغائب في ولايته؛ فإنّه لا يصح إحضار الغائب إذا كان في غير ولايته إلى

مجلس القضاء إلاّ من مسافة العدوى فقط¹.

¹ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص.ص. 279-282.

² - نفس المرجع والصفحات.

³ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج.4، ص. 455، 456.

بعد إيجاز مختلف الآراء الفقهية المقدّمة حول مفهوم الغياب، توصلنا إلى نتيجة مهمة وهي أنّ ما جاء ذكره بشأن الغائب في كتب الفقه، يخصّ المدعى عليه الذي يغيب عن المحكمة بسبب أنّه خارج البلد أو داخل البلد وتعذر على القاضي إحضاره لتواريه وتسنّره، فقد بينوا من خلال أقوالهم الغياب الذي يعتد به في الحكم على الغائب وليس تعريف الغياب أو الغائب، ومع ذلك فإنّ مجمل أقوالهم لم تخرج على معنى واحد يمكن أن نلخصه في أحد أقوال فقهاء المذهب الحنبلي أن الغائب هو من كان في موضع لا يصل إليه كتاب أو يصله ولكن لا يجب عليه².

يبدو أنّ هذا التعريف وإن كان نتاج الجمع بين أقوال الفقه الواردة بشأن الغياب، طالما أن القاسم المشترك في أغلب الحالات التي أوردوها ينحصر في عدم الحضور أمام مجلس القضاء، إلّا أننا نرى افتقاره إلى الدقّة.

إذ أن الاختلاف الذي وقع فيه الفقهاء انصب على الضابط الذي يعد الإنسان غائبا بناء عليه، فالحنفية يقسمون الغيبة عن مجلس القضاء إلى نوعين، الأولى يتحدد بسفر الشخص وخروجه من البلد أو بتواريه داخل نفس البلد، أمّا الثانية فتتعلق بالمفقود.

أما المالكية فقد وضعوا ثلاثة ضوابط يعتبر بموجبها الشخص غائبا، حدّوها بمدة زمنية تختلف من حيث الطول والقصر والتّوسط، وعلى نفس الآلية اعتمد الفقه الشافعي في ضبط حدّ الغيبة الذي اتجه إلى تحديدها بمسافة بعيدة أي ما كان فوق مسافة العدوى؛ أما ما كان دون ذلك فهي قريبة، وواقفه في ذلك الحنابلة.

الملاحظ على هذه الضوابط أنّها محدودة التّطبيق من حيث الزمان والمكان، فإذا كانت تصلح في الزمن الذي وُضعت فيه؛ فإنّ ذلك يرجع إلى ملائمة الظروف والوسائل المتوفرة آنذاك مع معيشة أفراد المجتمع، فإذا كان الشخص في الأزمنة السابقة يسافر مشيا على الأقدام أو يركب الجمال أو الحمير ويطول سفره لأيام كثيرة حسب بُعد المكان المتوجّه إليه، وتكون أخباره منقطعة لعدم وجود وسيلة للتواصل ما عدا الرسائل، فإنّ الوقت قد تغيّر حاليا بفضل الثورة التكنولوجية التي يشهدها العالم اليوم من تطور في مجال المواصلات والتواصل وسرعتها.

¹ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج.4، ص. 455، 456.

² - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.9، ط.3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 1997، ص.385.

فضلا عما سبق، حاول بعض فقهاء القانون تعريف الغيبة صراحة، فجاءت تعريفاتهم مختلفة من حيث المعنى والتعبير، إذ عرّفها أحدهم بكونها المانع المادي الذي يمنع الشخص رغم كمال أهليته من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه¹، وتتحقق في حالتين، إحداها تتعلق بالغيبة التي يعتبر فيها الغائب في حكم من لا يعلم حياته من موته المتمثل في المفقود، أمّا الأخرى فتتمثل في الغيبة التي يتحقّق معها حياة الغائب².

يستبعد وفقا لهذا التعريف من كان فاقد الأهلية في الأصل؛ لأنّ الغيبة مانع مادي من موانع الأهلية³، ولا تعد كذلك إلاّ إذا طرأت على شخص اكتملت أهليته، وكمال الأهلية مُقرّرة حسب المادة 40 من ق. م. ج لكل شخص بلغ سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة، متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، ويكون بذلك كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية⁴.

كما اعتمد آخرون في تعريفهم للغيبة على توظيف عبارات موجزة ودقيقة مقارنة بما ورد ذكره عند المذاهب الفقهية، وذلك بالقول إن الغيبة هي الإقامة في بلد آخر غير بلد إقامة الزوجة⁵، ويعتبر هذا التعريف صحيح طالما أنّه يستبعد الهجر من حالات الغيبة، ومع ذلك فهو غير جامع ويفتقر إلى بعض الشروط المطلوبة ومنها الإشارة إلى الدافع من إقامة الزوج في بلد آخر إذا كان لعذر أو لغير عذر، وكذلك لم يشر إلى ما إذا كان لإرادة الزوجة دخل في انتقال الزوج إلى بلد آخر، وأيضا مدى معرفتها ومعرفة أهله لمكان إقامته من عدمه.

هذا وعرّفها آخرون كما يلي: "الغيبة أن يكون الرجل في موضع، لا يسهل إحضاره أمام القاضي ومراجعته فيما تدعيه عليه زوجته، سواء أكان غائبا عن البلد حقيقة، أم كان مختفيا في

¹ - محمد حسن قاسم، مبادئ القانون مدخل إلى القانون والالتزامات، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، 1998، ص. 209.

² - حسن كيرة، المدخل إلى القانون: القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 592.

³ - يقصد بموانع الأهلية إذن، تلك العوائق الطبيعية (العاهة المزدوجة) أو المادية (الغياب أو الفقد) أو القانونية (الحكم بعقوبة الجنائية والحكم بشهر الإفلاس)، التي تمنع الشخص رغم كمال أهليته من مباشرة تصرفاته القانونية بصفة منفردة، وحلول شخصا آخر مكانه في إجرائها. راجع، محمّد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2: دروس في نظرية الحق، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. ص. 580-597.

⁴ - الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

⁵ - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص. 224.

نفس البلد، وسواء أكانت غيبته عن البلد مسافة قصر الصلاة، أم كانت دونها، غير أن من الفقهاء من يرجح أن الرجل لا يكون غائباً إلا إذا كان خارج بلده التي يقيم فيها مع زوجته، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر¹.

يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يختلف عن سابقه في اشتراط الغياب خارج بلد إقامة الزوجة، ومع ذلك استند في تحديد الغياب إلى مسافة البعد والقرب من القاضي، فمتى كان الرجل في مكان بعيد عن القاضي اعتبر غائباً حتى ولو كان اختفاؤه في نفس البلد، وهو بهذا المعنى لم يبتعد عما اعتبره فقهاء الشريعة الإسلامية غياباً بما فيها حالة البعد والقرب من مجلس القضاء. نستنتج نقص وعدم جدوى هذا التعريف في ظل التطور التكنولوجي الحاصل، الذي يسمح بإيجاد الغائب والتواصل معه ومراسلته من قبل القاضي للعودة بفضل تقنيات البحث المعتمدة في التفتيش، فكيف يمكن اعتبار البعد عن القضاء معياراً تثبت على أساسه صفة الغياب. بالتالي يمكن القول بأنّ الغياب هو مغادرة الشخص بإرادته أو رغماً عنه لموطنه أو محل إقامة المعتاد، وتعدّر عليه العودة لظروف قاهرة.

الفرع الثاني

تعريف الغائب لغة واصطلاحاً

بعد توضيح معنى الغياب، اقتضى الأمر كمرحلة ثانية استنباط المفهوم اللغوي (أولاً) والاصطلاحي للغائب (ثانياً).

أولاً: تعريف الغائب لغة

الغائب هو اسم فاعل من غاب، ويعرّف في اللغة بمعنى الغيب الذي ذكرناه سابقاً، وهو كل ما غاب عن العيون. ويقال غاب الرجل غيباً ومغيباً وتغيّب، أي سافر².
بالتالي يمكن تعريف الغائب بأنّه من اختفى واستتر عن الأنظار، وبمعنى آخر الغائب هو عكس الحاضر، وهو من غادر موطنه إلى مكان معلوم أو مجهول.

¹ محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الكتاب العربي، د. ب. ن، 1984، ص.212. نقلاً عن: محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2010، ص.330.

² أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، مجلد 1، باب: غيب، ص.654.

ثانياً: تعريف الغائب اصطلاحاً

لا شك في أن التعريف اللغوي في كثير من الحالات يفي بالمهمة المنوطة به في تجلية المعنى وتوضيحه، وفعلاً لم تخبب المعاجم اللغوية، أغلب الباحثين فيما استندوا عليه لفهم وتجلية الغموض الذي يعترض بعض المصطلحات.

لكن ومع أهميته؛ يظل المعنى الاصطلاحي كذلك ذو أهمية كونه يزيد من الوضوح وضوحاً، فهو يشمل من جانب اجتهادات العديد من الفقهاء، ومن جانب آخر يشمل ما قننه المشرعين من تعريفات في مدوناتهم، هذا إذا قاموا فعلاً بذلك، لأنهم ألفوا ترك ذلك لذوي الاختصاص وهم الفقهاء هذا في الشق الأول، ودون أن ننسى دور شراح القانون في الشق الثاني. وعليه سنبدأ في هذا الصدد بدراسة معنى الغائب شرعاً (1)، ثم يليه المعنى القانوني (2)،

كالآتي:

1- تعريف الغائب شرعاً

تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الغائب بطريقة ضمنية، فجاءت تعريفاتهم متقاربة نوعاً ما، إذ عرّفه المالكية بأنّه: "من غاب عن امرأته فيعلم الموضع الذي هو فيه"¹؛ أما الشافعية فيعرفونه بأنّه: "من كان معلوم الحياة متصل الأخبار، وتعلم زوجته مكانه"²، وفي نفس الاتجاه سار كل من الفقه الحنفي³ والحنبلي⁴، حيث اعتبروا الغائب بأنّه الشخص الذي تعرف أخباره ويأتي كتابه وأثره ليس بمنقطع.

يظهر مما سبق، أنّ الفقهاء قد فرّقوا في تعريفهم للغائب بين الغائب الذي تبقى زوجته على اتصال بأخباره ولديها فكرة عن مكان تواجدّه؛ وبين الغائب الذي يغادر موطنه ولا يُسمع عن حاله شيء بمرور الزمان والذي يصطلح عليه بتسمية "المفقود" وهو ما سنبينه فيما سيأتي من البحث.

¹ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، ص. 261.

² محمد نجيب المطيعي أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، ج.19، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، 1980، ص.445.

³ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبي المعالي ركن الدين، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج.15، دار المنهاج، السعودية، 2007، ص.286.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.247.

2- تعريف الغائب قانونا

اختلف رجال الفقه القانوني في وضع تعريف محدد للغائب، إذ جعل أحدهم مدار الغياب في مدى العلم بالحياة وجهلها، علماً أنّ معرفة هذه الأخيرة لا يكون إلا بمعرفة موطن تواجد الغائب من عدمه وذلك بالقول بأنّ: "من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته معلومة، فإذا جهلت فهو مفقود"¹، في حين يُطلق آخرون لفظ الغائب على من كان كامل الأهلية وسليم الإرادة، إلا أنّه فقد الاستطاعة على إدارة أموره بسبب مانع مادي يُكَيّف على أنه غياب يمنعه من إدارة شؤونه، أو إجراء تصرفات رغم اكتمال أهليته².

بعيدا عن هذا الخلاف، أجمع آخرون على توحيد معنى الغائب بأنّه الشخص الذي يغيب عن موطنه ومكان إقامته، ويمكن أن يكون له في المكان المسافر إليه موطناً وإقامة معروفة أو لا يكون، إلا أنّه يتعذر عليه إدارة شؤونه شخصياً، وتبقى شخصيته القانونية قائمة دون تأثر؛ لأنّ حياته مؤكّدة ما يجعله لا يعد مفقوداً³.

من التعريفات المقدّمة للغائب أيضاً نذكر: "هو انتقال الزوج _اختياراً أو اضطراراً_ إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه زوجته، وإقامته فيه مدة طويلة تتضرر زوجته فيها من بعده عنها، وحياته معلومة وأخباره موصولة ولو إجمالاً"⁴؛ ومنهم من قال بأن: "الشخص الذي سافر ولم يعد إلى منزله فهو غائب"⁵.

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.133.

² محمّد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.591.

³ عباس الصرّاف، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون _ نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.183. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون _ النظرية العامة للحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.157. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (موجز للنظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د. س. ن، ص.223.

⁴ المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفرقة القضائي بين الزوجين للغيب والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص. 11، 12.

⁵ THOMAS ACHER, LAETITIA STASI, Droit Civil (Personnes, Incapacités, Famille), CPU, Paris, 2001-2002, p.24.

لم يخرج هاذين التعريفين عن معنى واحد وهو أن الغائب ذلك الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته لكن حياته معلومة، وبيتعد بذلك عن المفقود الذي ينتاب أهله الشك حول حياته أو مماته، والذي لا يزول إلا بعودة الشخص الغائب أو بمعرفة أخباره¹.

كما فصل البعض الآخر ونخصّ بالذكر JEAN CARBONNIER في تعريف الغائب من

خلال تمييزه بين معنيين كما يلي:

« Au sens vulgaire, l'absent est un individu qui n'est pas présent dans un lieu où il avait dû se trouver ; au sens technique, l'absent est un individu dont on ne sait pas s'il est vivant ou mort, parce que, depuis longtemps, il a quitté son domicile ou sa résidence, sans jamais donner de ses nouvelles»².

في الأخير نلاحظ أن هذه التعريفات تقوم على أمرين وهما:

- أن الغائب لفظ عام يشمل كل من غادر لمكان قريب أو بعيد وحياته مؤكّدة ومعلومة، سواء كان محل إقامته معلوما أم مجهولا، كما ويندرج في مفهومه من جهلت حياته ولا يعلم إن كان حيا أو ميتا، وأيضا من منعتة ظروف قاهرة من العودة إلى مكان إقامته.
- أن المفقود جزء من الغائب، فكل مفقود غائب وليس العكس.

استدراكا للنقص والخلل الذي شاب تعريف الغائب من طرف الفقه، اتفقت التشريعات العربية بشأن أهمية تعريفه رغم أنه ليس من اختصاصها الأصيل، وفي هذا الخصوص اعتبر المشرع الجزائري الشخص الذي تكون حياته محقّقة وتعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو بواسطة نتيجة ظروف قاهرة منعتة من الرجوع إلى مكان إقامته مدّة سنة غائبا بمقتضى المادة 110 من ق. أ. ج التي تنص: "الغائب الذي منعتة ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، وهذا أيضا ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 203 من قانون الأحوال الشخصية التي جاءت تنص: "يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعتة ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره"، إلا أنه لا يمكن اعتبار ما تشتمل عليه المادتين تعريفا للغائب.

¹ BERNARD TEYSSIE, Droit Civil, Les Personnes, 13^{ème} Edition, Lexis Nexis, Paris, 2011, p.141.

²- JEAN CARBONNIER, Droit Civil, Les Personnes : personnalité, incapacités, personnes morales, PUF, paris, 1955, P.47, 48.

على نقيض المشرعين السابقين؛ تعرّض المشرع الأردني¹ والعماني² وكذلك المشرع اليمني³ والسوداني⁴ صراحة إلى تعريف الغائب بأنه الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته، وفي المقابل تخلف البعض الآخر عن تعريفه مثل المشرع المغربي⁵ والبحريني⁶ وأيضا التونسي⁷ وغيرهم، فمنهم من أشار بصفة غير مباشرة إليه ومنهم من استقل بتعريف المفقود دون الغائب. يلاحظ على هذه المواد أنّها تبنت تعريف مختلف عما أسفر إليه الفقهاء في تعريف الغائب؛ ومن مظاهر هذا الاختلاف أنّ الفقهاء ربطوا الغياب بمدى إمكانية العلم بمكان وجود الغائب وحياته، أي متى كان الشخص الغائب في مكان معلوم وحياته معلومة فهو غائب؛ وبمفهوم المخالفة لا يطلق لفظ غائب على الشخص الذي تكون إقامته في موطن ما غير معلومة وحياته غير محققة؛ علما أنّ الفقهاء المعاصرين يعتبرون من عُلم أو لم يُعَلَم مكان إقامته غائبا ما دامت حياته محققة، بينما نصت المواد السابقة بأنّ الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته وتعذر عليه العودة لإدارة أموره بنفسه أو بواسطة، الأمر الذي يعطّل مصالحه أو مصالح الغير.

¹ - تنص المادة 245 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية على أنّ: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره وصدر حكم بذلك".

² - راجع المادة 1/190 من المرسوم السلطاني رقم 32-97 مؤرخ في 4 يونيو سنة 1997، يتعلق بإصدار قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، ج. ر. عدد 601، بتاريخ 15 جوان 1997، متوفر على الموقع:

<http://www.mola.gov.om/legislation/laws/details.aspx?id=56>

³ - راجع المادة 1/113 من قرار مجلس النواب رقم (17_5) لسنة 1996 بالموافقة على القرار الجمهوري رقم (20) لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية، الجمهورية اليمنية، والمعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998 والقانون رقم (24) لسنة 1999 والقانون رقم (34) لسنة 2003، متوفر على الموقع:

<http://www.zipo-ye.org/ar/yemenilaws/11.pdf>

⁴ - راجع المادة 259 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين جمهورية السودان.

⁵ - تناول التّطليق للغيبة دون تعريف الغائب وذلك في المواد 104 و 105 من مدونة الأسرة المغربية.

⁶ - أشار بصفة سطحية إلى الغائب والمفقود أثناء تعرضه إلى التّطليق للغياب، وبموجبه فإنّ الغائب أو المفقود حياتهما ومحل إقامتهما غير معلوم. راجع المادة 107 من قانون رقم (19) لسنة 2017 يتعلق بإصدار قانون الأسرة، مملكة البحرين، ج. ر، ملحق العدد 3323، الخميس 20 يوليو 2017، متوفر على الموقع:

<https://lloc.gov.bh/HTM/K1917.htm>

⁷ - تعرّض المشرع التونسي إلى الغيبة دون تعريفها أثناء تناوله لحكم النّفقة لزوج الغائب بموجب الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية، وفي المقابل عرّف المفقود صراحة من خلال الفصل 81 من نفس القانون.

من منطلق هذا التناقض، يمكن القول بأنّ الغائب هو الشخص الذي يكون موطنه أو مكان إقامته معلوماً، فلا تتأثر شخصيته القانونية؛ لأنّ حياته متيقن منها وبالتالي يوكل القاضي من ينوب عنه في إدارة شؤونه إذا لم يعين من يقوم بها قبل غيابه؛ كما يعتبر الشخص الذي ليس له مكان إقامة أو موطن معلوم غائبا أيضا؛ بدليل أن حياته مؤكّدة وليست مجهولة، وهذا التعريف موافق تماما لإجماع الفقه القانوني السالف الذكر؛ والراجح في نظري.

من خلال ما سبق وعملا بأحكام المادتين 110 و5/53 من ق. أ. ج، يمكن تعريف الغائب بأنّه الشخص الذي غادر محل إقامته مع ذويه، بدون عذر وحياته محققة لكن حالت ظروف القاهرة دون تواجده مع ذويه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب بضرر للغير.

يستنتج من هذا التعريف مجموعة شروط لا بد من توفرها لاعتبار الشخص غائبا وهي:

- أن يكون الشخص غائبا عن محل إقامته مع ذويه سنة فأكثر بدون عذر ولا نفقة.
- أن يكون محل إقامته الجديد معلوماً أو مجهولاً.
- أن تكون حياته محققة.
- أن تحيط به ظروف القاهرة تمنعه من العودة إلى مكان إقامته مع ذويه.
- أن يتعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو بواسطة.
- أن تتعطل مصلحته ومصلحة غيره.

من هذا المنطلق، نشير إلى أنّ الغائب بهذا المعنى يختلط مع مصطلحات أخرى مشابهة، يتداخل معها في جوانب ويختلف في أخرى تجتمع تحت مصطلح الغياب، لذا ينبغي تمييز هذا الأخير عن غيره من المصطلحات، وذلك في المبحث الثاني.

إذن بعد تعريف كل من مصطلح «التّطليق» و«الغياب» ارتأينا في آخر المبحث إلى الجمع بين هذين الأخيرين في تعريف واحد بأنّه: استعانة الزوجة بالقضاء لقطع رابط الزوجية المتضررة منه بسبب غياب الزوج لمدة طويلة، ما دامت مهمّة القاضي الأولى هي رفع الحرج عن الزوجة من خلال الحكم بالتّطليق.

المبحث الثاني

تمييز الغياب عن المفاهيم المشابهة

تعدّ المعاشرة الزوجية من أهمّ مقومات الأسرة، ومن ذلك فإنّ غياب الزوج يشكل خطراً جسيماً على الزوجة والأسرة معاً كونه يهضم حقّ المعاشرة الزوجية المكفول بالحماية في الإسلام، وهذا الغياب يختلف باختلاف الأسباب المفضية إلى وقوعه، وأيضاً من حيث نطاقه الزمني والمكاني بين اعتباره غياباً بعيداً أو قريباً داخل أو خارج البلد، يمكن الوقوف فيها على أخبار الشخص الغائب أو لا يمكن الوقوف على أخباره، بسبب اختفاء أثره في ظروف يغلب فيها السلامة أو الهلاك.

تحسباً لحدوث خلط بين مصطلح الغياب وغيره من المفاهيم كالهجر والحبس والأسر وكذلك فقدان، قرّرنا في هذا المبحث إزالة هذا الخلط من خلال تعريف كل مدلول على حدّ، ثمّ إبراز معالم تشابهه وتباين الشخص الغائب في حالة الغيبة عن الشخص المفقود والأسير وكذلك المحبوس، وكل هذا وفقاً للمنظور الشرعي والقانوني.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: خصّصنا (المطلب الأول) لدراسة علاقة الغياب بمصطلحي الفقد والهجر؛ أمّا (المطلب الثاني) فيكون تحت عنوان قراءة في علاقة الغياب بمصطلحي الحبس والأسر.

المطلب الأول

قراءة في علاقة الغياب بمصطلحي الفقد والهجر

إنّ فهم العلاقة التي تربط بين مصطلح الغياب مع كل من الفقد والهجر، يستدعي حتمية تعريف الفقد وتمييزه عن الغياب في (الفرع الأول)، وكذلك تعريف الهجر وتمييزه عن الغياب في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الفقد وتمييزه عن الغياب

تعدّ ظاهرة فقدان من الظواهر الخطيرة والشائعة في مختلف دول العالم، حيث تتولد بفعل عدّة أسباب أهمّها راجع إلى حالات يغلب فيها السلامة كإقدام بعض الأشخاص على ترك البلد

والسفر من أجل السياحة أو الدراسة أو العمل ثم تنقطع أخبارهم فجأة، أو حالات يغلب فيها الهلاك كتعرضهم إلى إحدى الكوارث الطبيعية من زلازل أو فيضانات أو براكين، زد إلى ذلك الحروب وما تخلفه من فقدان المقاتلين أو أسرهم، أضف إلى بعض الحالات الخاصة كتحطم الطائرات أو سقوطها، وكذلك غرق السفن أو القوارب في البحر وما تسفر عنه من أعداد كبيرة من المفقودين، كما هو الحال بالنسبة لظاهرة الهجرة غير الشرعية التي تعد واحدة من الحالات التي يفقد فيها الأشخاص في عرض البحر.

إنّ الفقدان يحتمل مدّة طويلة أو قصيرة من حالة الانقطاع، حيث يقتضي مغادرة الشخص لعائلته لأي سبب كان ثم انقطاع أخباره، وهو ما يوقعه في غموض مع مصطلح الغياب يستدعي منّا التدخّل لإزالته.

من منطلق ما سبق، لا يمكن لنا التعرض إلى تمييز الفقد عن الغياب إلا بعد تحديد معناه، وما دام مفهوم الغياب أو الغائب قد تناولناه في المبحث الأول، لهذا سنقتصر في هذا الفرع على تعريف الفقد أو المفقود (أولاً)، مع إبراز أوجه التداخل والتباين بين المصطلحين (ثانياً) فيما يلي.

أولاً: تعريف الفقد

سنعرض في هذا الفرع إلى تعريف الفقد والمفقود لغة (1) واصطلاحاً (2) كما يلي:

1- تعريف الفقد والمفقود لغة

المفقود لغة: "فقد، يفقد، فقداً، وفقدانا وفُقدانا، هو فاقد والمفعول مفقود وفقيد. فقد الشيء: ضاع منه وغاب عنه"، ويقال: "تفقد الشيء: طلبه تطلبه عند غيبته"¹.

2- تعريف المفقود اصطلاحاً

أ- تعريف المفقود شرعاً

وظّف فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح المفقود في مواضع كثيرة من كتبهم للدلالة على من جهلت حياته أو موته أو لم يعلم مكانه، حيث عرّفه الحنفية بأنّه: "اسم لموجود هو حي

¹ أحمد مختار عمر، المرجع السابق، مجلد 2، ص. 1728، 1729. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، مجلد 4، فصل: الفاء، حرف: الدال، ص. 334، 335.

باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد¹؛ والبعض الآخر منهم يعرفه بالغائب الذي لا يدري حياته ولا موته²، وعند الحنابلة هو: "من لا تعلم له حياة أو موت لانقطاع أخباره"³، أما عن تعريف الفقه المالكي فيقول بعضهم بأنّه: "إذا غاب الشخص وانقطع خبره ولم يدر مكانه ولم يعرف أحي هو أم ميت وحكم القضاء بموته قيل أنه مفقود"⁴، في حين عرفه البعض الآخر كما يلي: "المفقود هو من انقطع خبره يمكن الكشف عنه فيخرج الأسير لأنّه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه"⁵، أمّا الشافعية فلم نجد فيما أمكن الاطلاع عليه تعريفا صريحا له، ومع ذلك وجدنا في كتبهم ما دلّ على المفهوم الشرعي للمفقود بأنّه من غاب وانقطع خبره وخفي أثره⁶. يستخلص مما سبق؛ أنّ علماء الفقه الإسلامي اختلفوا في تحديد تعريف واحد للمفقود، حيث ذهب البعض في تعريفه إلى اشتراط الجهل بحياة الشخص أو موته والجهل بمكانه، وذهب آخرون إلى اشتراط شرط واحد لا غير وهو الجهل بحياة الشخص أو موته⁷، وأضاف السيد سابق شرطا آخر يتمثل في ضرورة صدور حكم من القضاء يقضي بموت الشخص الذي غاب وانقطع خبره ولم يعلم إن كان حيا أو ميتا، ولم يؤيده هادي محمد عبد الله وذلك بقوله أنّ المفقود إذا أصدر

¹ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.11، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص.34.

² - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبو بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج.6، ص.133. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، شهاب الدين أحمد الشلبي، من تبين الحقائق شرح كنز الدقائق على هذا الشرح الجليل، ج.3، ط.1، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، مصر، 1313هـ، ص.310.

³ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.464.

⁴ - السيد سابق، فقه السنة، مجلد 3، ط.4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1983، ص.452.

⁵ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.479.

⁶ - أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التّهذيب في فقه الإمام الشافعيّ، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص.273. محمد بن إدريس الشافعيّ أبي عبد الله، المرجع السابق، ص.239.

⁷ - هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، ط.1، دار دجلة، الأردن، 2010، ص.16، 17.

القضاء حكما بموته أعتُبر ميتا حكما وليس مفقودا، بينما المفقود هو من أُعلن عن فقده بسبب جهل أهله بحياته وموته وقبل الحكم بموته¹، وهو قول منطقي وصائب.

ب- تعريف المفقود قانونا

أحال القانون الجزائري في المسائل المرتبطة بالمفقود والغائب إلى أحكام قانون الأسرة وذلك بموجب المادة 31 من ق. م. ج التي جاءت تنص على ما يأتي: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي"، وهو ما كرّسه المشرع العراقي أيضا في المادة 31 من القانون المدني²، وهذا على نقيض بعض التشريعات التي أخضعت أحكام المفقود والغائب للأحكام المقررة في القوانين الخاصة، وإن لم توجد فلأحكام الشريعة الإسلامية كالقانون المدني الأردني في المادة 32/3³، وكذلك القانون المدني السوري في المادة 34 منه⁴.

تأسيسا على ما سبق؛ تطرّق المشرع الجزائري إلى تعريف المفقود في المادة 109 من ق. أ. كما يلي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، ووفقا لهذا التعريف فإنّ المفقود يشمل من صدر حكم بفقده بسبب جهالة مكان إقامته وجهالة حياته أو موته، ومنه يمكن استخلاص شروط اعتبار الشخص مفقودا في القانون الجزائري كالتالي:

1. أن يكون الشخص غائبا.
2. عدم معرفة مكان إقامته.
3. عدم الجزم بحياته أو موته.

¹ هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص. 19.

² قانون رقم 40 لسنة 1951 يتضمن القانون المدني، الجمهورية العراقية، ج. ر (الوقائع القانونية) عدد 3015، بتاريخ 08 سبتمبر 1951، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

[https://ar.jurispedia.org/index.php?title=%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A_\(iq\)](https://ar.jurispedia.org/index.php?title=%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A_(iq))

³ قانون رقم 43 لسنة 1976 يتضمن القانون المدني، المملكة الأردنية الهاشمية، ج. ر. عدد 2645 بتاريخ 01 أوت 1976، متوفر على الموقع:

<https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments/>

⁴ مرسوم تشريعي رقم 84 لسنة 1949، مؤرخ في 18 ماي 1949 يتضمن القانون المدني، الجمهورية العربية السورية، متوفر على الموقع:

<http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=200&Service=-1&RID=-1&VId=-1>

4. أن تمضي مدة سنة على انقطاع أخبار الشخص الغائب.

5. صدور حكم قضائي يقضي بالفقد¹.

تجدر الإشارة إلى أن صفة الفقد المبيّنة في ق. أ أعلاه، تنطبق أيضا على حالة الأشخاص الذين فقدوا في الظروف الخاصة التي عاشتها الجزائر في السنوات الماضية، وقد نظمّ المشرع الجزائري هذه الأحوال في قوانين خاصة محددة الزمان والمكان بهدف مواجهة كل آثار ظاهرة الفقد التي يعجز ق. أ على الإلمام بها؛ ومنه فكل شخص تؤكّد وجوده في مكان وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001²، أو أماكن وقوع زلزال 21 مايو سنة 2003³، أو كان من ضحايا المأساة الوطنية⁴، ولم يظهر له أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، يعتبر مفقودا بموجب محضر معاينة الفقدان الذي تحرره الضبطية القضائية عقب انتهائها من الأبحاث، والتي تلتزم تبعا لذلك بتسليمه لأحد ورثة المعني أو من له مصلحة في أجل يختلف بين كارثة وأخرى. مما سبق، نستنتج أن تعريف المفقود الوارد في القوانين الخاصة لا يختلف عن ذلك المذكور في قانون الأسرة، وإنما هو بمثابة استثناء عنه يقتضي فضلا عن الشروط المطلوبة في المادة 109 توافر شروط أخرى خاصة لا نجدها في قانون الأسرة، وهي تواجد الشخص في أماكن وقوع الكوارث السابقة، وأيضا إثبات الفقدان بموجب محضر معاينة الفقدان بدلا من صدور حكم بالفقدان وفقا لتقنين الأسرة⁵.

بخصوص تعريف المفقود في التشريعات المقارنة، فقد أخذ المشرع الأردني بما نص عليه ق.أ.ج في اشتراط صدور حكم من القاضي يقضي بفقدان الشخص، إذ يعتبر هو الآخر أنّ الجهل

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 326، 327.

² - راجع المادة 2 من الأمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، ج. ر عدد 15 الصادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2002.

³ - راجع المادة 2 من القانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو سنة 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، ج. ر عدد 37 الصادر بتاريخ 15 يونيو سنة 2003.

⁴ - راجع المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج. ر عدد 11 الصادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2006.

⁵ - نزهة شبايكي، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص. 13، 14.

بحياة أو موت الشخص فضلا عن صدور الحكم بفقده أهم مقومات اعتبار الشخص مفقوداً¹، ومع ذلك اختلف عن المشرع الجزائري في عدم اشتراط الجهل بالمكان.

أما المشرع السوري فإنّه يعتبر من كانت حياته أو موته مجهولة؛ أو كانت حياته محققة ومكانه مجهول مفقوداً وهو ما يظهر من خلال المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص: "المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان"، ويلاحظ في هذا الصدد خلط المشرع السوري بين مصطلح الغائب والمفقود، بحيث أدخل الغائب الذي حياته محققة ومكانه مجهول حسب المادة في مفهوم المفقود الذي يراد به الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته²، وهذا التعريف غير صائب فكيف يصار إلى القول بقياس شخص حياته معلومة مع من لا يغلب الظن على وجوده حي، لانقطاع أثره وجهل حاله، علماً أنّ الشخص الذي تكون حياته محققة ومكانه مجهولاً، يعتبر غائباً وليس مفقوداً باتفاق جميع التشريعات، وبهذه الصياغة يكون المشرع السوري متفقاً مع المشرع الجزائري في نقطة واحدة وهي الجهل بحياة أو موت الشخص المفقود، وبهذين الشرطين أخذت باقي التشريعات العربية في تعريف المفقود بأنّه من لا تعرف حياته أو وفاته³.

استناداً إلى ما تقدّم، نخلص إلى أنّ هذه التشريعات تشترك مع التشريع الجزائري في تعريف المفقود بأنّه الشخص الغائب الذي تكون حياته أو موته مجهولة، ومع ذلك اختلفت عنه في اشتراط الجهل بالمكان وصدور الحكم بالفقدان، أضف إلى أهم شرط وهو الغياب الذي ذكره البعض صراحةً وأغفل عنه البعض الآخر.

الجدير بالذكر أنّ الفقه القانوني لم يخالف هو الآخر ما استقر عليه الفقه الإسلامي ولا ما كرّسته التشريعات في تعريف المفقود، حيث عرّفه البعض بتعريف قريب من القانون الجزائري بالقول: "يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذي انقطعت أخباره فلا يدري مكانه ولا تعلم حياته من

¹ راجع المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

² هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص. 21.

³ المادة 2/259 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان، المادة 2/190 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، المادة 2/113 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية اليمنية.

مماته"¹، وأيضا: "المفقود هو من انقطع خبره، ولا يعرف مكانه ولا يعلم حاله من حيث الموت أو الحياة، ولا يشمل هذا التحديد الأسير والمحبوس"²، ومنهم من اهتم بوضع تعريف يدلّ عليه بوضوح ودقّة بحيث يجمع بين التعريف المذكور في ق.أ.ج وكذلك ما ورد في القوانين الاستثنائية كالتالي: "يقصد بالمفقود كل شخص غادر محل إقامته في وجهة غير معلومة قد تكون وطنه أو بلاد أجنبية ويغيب لفترة زمنية غير منقطعة تتجاوز الأربع سنوات وتتقطع أخباره واتصالاته بأفراد أسرته التي لا تعلم لا مكان تواجدّه ولا حياته من موته، ويكون احتمال موته غالبا في الظروف الاستثنائية كحالات الكوارث الطبيعية مثلا الزلازل والفيضانات"³، وفي هذا السياق يُعتبر أحدهم المفقود الشخص الذي غاب عن مكان إقامته وأصبح وجوده محل شك⁴ وهو رأي الفقه وكذلك بعض التشريعات العربية، على عكس الفقه الفرنسي الذي يعتبر المفقود هو الشخص الذي اختفى في ظروف تهدد حياته ولكن لم يتم العثور على جثته وتكون بذلك وفاته محققة⁵.

بعد تعريف المفقود وبيان شروط اعتباره كذلك، يقتضي الأمر الانتقال إلى تمييزه عن الغائب فيما يأتي.

ثانيا: تمييز الفقد عن الغياب

إن إجراء التفرقة بين الغائب والمفقود مرجعه اشتراكهما في الغياب عن محل إقامة الزوجة لفترة طويلة أو قصيرة وما يتبعها من صعوبة العودة (1)، فضلا عن خضوع كلاهما لنظام النيابة الشرعية (3)، ومع هذا التشابه إلا أن هناك عدّة أحكام شرعية وقانونية تترجم وجود فوارق واختلافات أهمها الحكم بموت المفقود وما يلحقه من انقضاء لشخصيته القانونية، وكذلك في السبب الذي تطلب الزوجة على أساسه التّطليق، وأيضا من حيث صعوبة العلم بحياة المفقود أو

¹ - حسن كيرة، المرجع السابق، ص.531.

² - محمد سمارة، المرجع السابق، ص.333. كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن، ص. 213.

³ - احمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية محاضرات في النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص.73.

⁴ - LOUISA HANIFI, La Dissolution Du Lien Conjugal Du Vivant Des Epoux (Ses Causes Et Ses Effets A Travers La Jurisprudences Algérienne), Etude De Droit Privé Interne, Thèse Pour Le Doctorat D'état, Faculté De Droit, Université d'Alger, 2006/2007, p.17.

⁵ - THIERRY CARRE, Le Droit Des Personnes, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2003, P.35. PATRICK COURBE, droit Civil, les personnes, la famille, les incapacités, 7^e édition, Dalloz, Paris, 2009, p.9.

موته، وسنقتصر في هذا الصدد على تمييز المفقود عن الغائب من حيث العلم بالحياة والموضع (2) باعتباره أهمّ فارق، ونترك تفصيل العناصر الأخرى في وقتها.

1- من حيث الغياب وصعوبة العودة لظرف قاهر

يتداخل المفقود مع الغائب في مسألة الغياب¹، حيث أن كل منهما قد غادر وطنه أو محل إقامته وتعدّر عليه العودة بمقتضى نص المادة 110 من ق. أ. ج²، وفقا لهذه الأخيرة ينبغي أن يكون الظرف القاهر هو الذي يحول بين الغائب وعودته إلى موطنه، أو توكيل من ينوب عنه في إدارة شؤونه نتيجة عدم قدرته على القيام بها شخصيا دون مساعدة، ويراد به تلك الظروف أو الأسباب التي تحيط بالشخص الغائب وتقف عقبة في التحاقه بأهله وأعماله، ولا توصف بأنها قاهرة إلا إذا طرأت بغير علمه وإرادته، أي ألا يكون بوسعه توقُّعها ومتى وقعت صُعُب عليه دفعها، بمعنى آخر إذا كان للشخص الغائب يد في حدوث هذا الظرف أو الواقعة، فلا نكون في هذه الحالة أمام ظرف قاهر³.

نتيجة لهذا؛ نقول بأن المفقود حسب المشرع الجزائري يُماثل الغائب في مسألة صعوبة العودة إلى موطن الإقامة المعتاد، وهو الواضح من استعمال المشرع لكلمة "يعتبر كالمفقود"، بل أن الظروف المحيطة بالمفقود والممانعة من عودته هي الأولى لتعتبر ظرف قاهر، ومما يجب أن ننوّه إليه في هذا الصدد أن هذا الظرف يختلف من حيث إثباته بين اعتباره ضروريا حتى يعتبر الشخص غائبا؛ بينما لا يعد كذلك بالنسبة للمفقود، إذ يأخذ هذا الأخير صفة الفقدان حتى ولو لم يتم إثبات الظرف القاهر لعدم إلزامية تحققه هنا⁴.

¹ اتّفتت التشريعات العربية فيما بينها تدعيما للفقّه حول مسألة غياب كل من المفقود والغائب عن محل إقامته، إلا أنّهم غفلوا عن ذكر السبب أو الظرف الذي أدى إلى عدم عودة كلاهما إلى موطنه باستثناء المشرع الجزائري والسوري حيث كانت موادهما متقاربة نوعا ما في دراسة أحكام هذين الشخصين.

² أنظر إلى المادة 110 من ق. أ. ج، والمادة 203 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

³ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 369.

⁴ توفيق محمد قديري، النيابة الشرعية بين الفقّه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر -بسكرة، 2017/2018، ص. 53.

2- من حيث العلم بالحياة والموضع

يلاحظ على التعريفات السابقة اجتماع فقهاء المذاهب الأربعة على أساس واحد في حقيقة المفقود، وهو عدم العلم بحياة أو موت الشخص المفقود، فضلا عن القول بانقطاع خبره لمن تناوله بهذه الطريقة كالشاعية والحنابلة، ذلك أن العبرة في اعتبار الشخص مفقودا هو الجهل بالحال والمآل وليس المكان، بمعنى لو فقد الشخص في معركة قتال وجهل حاله دون مكانه أُعْتَبِرَ مفقودا؛ لأنّ من علم مكانه وحياته أو موته لا يعد مفقودا وإنّما غائبا في اصطلاحهم¹.

فالغائب في عموم ما تم دراسته يكون احتمال وجوده على قيد الحياة هو الغالب؛ لأنّ مكان تواجده معلوم، فالمغترب في كندا مثلا نعلم مكان تواجده وسببه الذي قد يكون للعمل أو الدراسة، وكذلك المُكَلَّف بمهمة عسكرية بعيدا عن موطنه، أو المحكوم عليه بعقوبة السجن لأكثر من سنة واحدة، ويفترض أن الشخصية القانونية بالنسبة لهذه الفئات تبقى قائمة رغم الغياب؛ لأنّ الحياة مؤكّدة ومتيقن منها²، على عكس المفقود الذي يخضع لأحكام خاصة ينفرد بها عن الغائب رغم كون كل منهما غائب، وهو صدور الحكم بالفقدان وكذلك الحكم بالموت _سنفصل فيما بعد_ الذي من شأنه أن يُنهي شخصيته القانونية حكما.

أما قانونا فقد ميّزت بعض التشريعات العربية بين المفقود والغائب على أساس العلم بالحياة والوفاة، حيث ذهب المشرع اليمني إلى تعريف الغائب بأنه الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته وبالمقابل عرّف المفقود بأنه لا تعلم حياته أو موته³؛ أما المشرع الأردني فنجدته في المادة 1/23 من القانون المدني يعتبر الغائب الذي يجهل إن كان حيا أو ميتا مفقودا⁴، وعلى ذات السياق صيغت المادة 245 من قانون الأحوال الشخصية؛ بحيث جاءت تفيد أن الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته⁵، ولعل النتيجة المُستقاة من أحكام هذه المواد أن

¹ خولة عادل الملا، دليّة براف، "أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي"، مجلة البحوث العلمية والدراسات، كلية الدراسات العليا- الإمارات، المجلد 15، العدد 1، 2020/2021، ص. 237.

² أحمد سي علي، المرجع السابق، ص. 70.

³ أنظر المادة 1/113 و2 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية اليمنية.

⁴ أنظر، المادة 1/23 من القانون المدني للمملكة الأردنية الهاشمية.

⁵ أنظر، المادة 245 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

الغائب حياته مؤكدة ويكون بمثابة المفقود متى جهلت طالما الأصل هو مدى ثبوت حياة الغائب من عدمها، وليس الجهل بالمكان كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 109 سيرا على مذهب الإمام مالك.

على النقيض التشريعات السابقة، أخذ التشريع المصري في المادتين 12 و 21 من قانون الأحوال الشخصية¹ بعمومية الغائب دون تمييز سواء كان معلوم الحال أو لا، ويشمل بذلك من كان حياته محققة وهو الغائب أو غير محققة وهو المفقود، ماشيا على اتجاه الشافعية والحنابلة في اعتبار الغائب أعم من المفقود، ومخالفا في نفس الوقت المالكية الذين ميّزوا بينهما على أساس المكان، فمتى علم موضعه كان غائبا، والعكس صحيح، وأيضا الحنفية الذين جعلوا مسألة القضاء بالنفقة معيار يجتمع فيه المفقود والغائب في منزلة واحدة دون تمييز².

الظاهر مما سبق أن الغائب هو الشخص الذي يترك موطنه أو محل إقامته ثم الإقامة في موطن آخر محلّه؛ بينما يعد الشخص مفقودا نتيجة انقطاع أخباره وصعوبة الجزم بحياته وموته، ويكون غير ذلك من كانت حياته مؤكدة ولكنه مجهول الإقامة والموطن؛ لأنه لا يمكن اعتبار من كان مستقرا ببلاد بعيدة وهو حي يرزق مفقودا³، كما هو عليه الحال في التشريع السوري.

¹ - تنص المادة 12 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المصرية، معدل ومتمم، على أنه: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطبيقها بائنا إذا تضررت من بعده ولو كان له ما تستطيع الإنفاق منه". بينما جاءت المادة 2/21 و3 تنص على أنه: "ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية...". متوفر على الموقع:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LegsCates&FIID=240>

² - جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية- الرياض، 2015، ص.27.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.ص.324-327.

3- من حيث الخضوع لنظام النيابة الشرعية

يعتبر غياب الشخص عن محل إقامته في نظر القانون غياباً مؤقتاً يفترض عودة الغائب لعدم وجود أي ظرف يدعو إلى احتمال وفاته¹، وتكون أمواله خلال فترة الغياب مُدارة وفقاً للقانون وتحت الرقابة القضائية²، من طرف شخص تعينه المحكمة بين أولياء الغائب أو أحد أقربائه أو إذا اقتضى الأمر شخصاً خارجياً³، يدير أمواله ويتسَلَّم ما استحقه من ميراث أو تبرع إذا ما تعذر عليه إدارتها أو توكيل من يديرها⁴ عملاً بما ذهب إليه الفقه الإسلامي⁵، ويراعي القاضي في تعيينه له انتقاء من هو أصلح في تدبير أمور الغائب ورعاية شؤونه⁶.

تخضع السلطة الإدارية التي يتمتع بها المقدم أثناء إدارته لأمر الغائب، إلى الإطلاق في الأصل والتقييد في الاستثناء⁷ مرجعها المواد 88 و89 من ق. أ. وكذلك المادة 469 من ق. إ. م. إ. ج، حيث نجد أن المقدم يبذل في إطارها عناية الرجل العادي في بيع ما فسد أو تلف من أموال الغائب دون الحاجة إلى إذن قضائي، إلاّ فيما عدّته الفقرة الثانية من المادة 88 التي تقتضي الحصول على إذن من المحكمة للتصرف⁸.

¹ - MELINA DOUCHY-LOUDOT, Droit Civil 1^{er} année Introduction, Personnes, Famille, 5^e Edition, Dalloz, Paris, 2009, p.162.

² - Ibid., p.162.

³ - ASTRID MARAIS, Droit Des Personnes, DALLOZ, Paris, 2012, P.49.

⁴ - نص على هذا الأمر: المادة 111 من ق. أ. ج، المادة 191 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، المادة 105 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 247 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، وأخيراً الفصل 83 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁵ - يلتزم القاضي بناء على طلب أولياء أمر المفقود بتصيب من يقوم برعاية أموال المفقود وحفظها؛ ذلك لأنّ القاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.310. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج.6، ص.133.

⁶ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 577743، قرار بتاريخ 2010/07/14، قضية (ب م) ضد (ب ط) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010، ص.285.

⁷ - عثمان دشيبة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015-2016، ص.109.

⁸ - ياسين علّال، "إدارة أموال المفقود في قانون الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 08 ماي 1945_ قالمة، الجزء الثاني، العدد 23، 2018، ص.171، 172، 173.

الفرع الثاني

تعريف الهجر وتمييزه عن الغياب

لا شك أن الهجر هو واحد من الأسباب الموجبة للتّطليق بسبب الضرر وفقا للتشريع الجزائري وغيره من التشريعات، وبهذا يختلف عن الغياب من حيث سبب التّطليق كونه طلب مستقل، كما يختلف عنه في جوانب أخرى ستكون موضع تفصيل فيما بعد.

لكن تسوية بعض فقهاء القانون والتشريعات للهجر مع الغياب، بعث فينا الرغبة في إبراز مظاهر هذا التشابه من خلال التمييز بينهما (ثانياً)، لكن قبل ذلك ينبغي علينا تعريف الهجر وتحديد معناه اللغوي والاصطلاحي (أولاً) فيما يلي:

أولاً: تعريف الهجر

يتطلب فهم معنى الهجر تعريفه لغة (1) واصطلاحاً (2) كالاتي:

1- تعريف الهجر لغة

هَجَرَ لغةً هو: " هجر فلاناً، هَجْرًا، وهَجْرانًا: صرمه وقطعه"، " والهجر: التّرك"¹.

2-تعريف الهجر اصطلاحاً

للحجر شرعا عدّة معاني، فمن علماء الشريعة الإسلامية من قال بأنّ الهجر هو ابتعاد الزوج عن زوجته في المضجع وذلك بترك الفراش دون مغادرة الغرفة وهو قول المالكية والشافعية²، أمّا الحنابلة فيميزون حالة الهجر بين نوعين أحدهما هو هجر الجماع والآخر يتمثل في هجر الكلام، إذ يمنع الحنابلة على الزوج هجر زوجته في المضجع بما يزيد عن ثلاثة أيام، وبالمقابل اشترطوا أن يقل هجر الزوج لزوجته في الكلام عن ثلاثة أيام³، وهذا ما ذهب إليه الشافعية أيضا دون المالكية.

¹ سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1988، ص.365.

² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عيش، المرجع السابق، ج.2، ص. 343. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، المرجع السابق، ج.3، ص. 342.

³ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ج.8، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956، ص. 376.

بينما اختلف الأحناف في معنى الهجر، فحدد أحدهم معناه بما يلي: "ف قيل يهجرها بأن لا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه، وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها، لأن ذلك حق مشترك بينهما فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها...، وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع ويضاجع أخرى في حقها وقسمها، وقيل يهجرها بترك مضاجعتها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجتها إليها لأنّ هذا للتأديب والزجر"¹، وعرفه آخرون: "ترك كلامها مع المضاجعة والجماع إن احتاج إليه"².

أما الفقه القانوني، فلم نجد لهم تعريف مختلف عما هو موجود في الفقه الإسلامي، إذ عرفه أحدهم بما يلي: "المقصود بالهجر في المضجع_كنوع من أنواع التأديب_ هو هجر الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها، في حدود الشرع لقوله سبحانه: «واهجروهن هجرا جميلا»"³، أو هو: "الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد"⁴.

من خلال ما تقدم؛ نستنتج أن مقتضى الهجر انطلاقاً من تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية هو تأديب الزوجة في حالة النشوز والعصيان، أما التعريفين الأخيرين فنلاحظ عليهما اختلاف، إذ أنّ هجر الزوج لزوجته في غرفة النوم وعدم قربانها ودون ترك بيت الزوجية هو الذي يساير ما راح إليه الفقه الإسلامي، في اعتباره نوعاً من أنواع التأديب الذي يملكه الزوج على زوجته، ويحقّق المقصود من قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَاهْجُرُهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾⁵؛ بينما يخرج الهجر حسب معناه الوارد في التعريف الثاني عمّا شرّعه الله تعالى في الهجر لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي

¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1976، ص. 334.

² - أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد بن عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) والشرح "البحر الرائق" ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، ج.3، دار الكتب العلميّة، بيروت، د. س. ن، ص. 237.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة- خطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية)، ج.1: (الزواج والطلاق)، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 288.

⁴ - عثمان التكروري، المرجع السابق، ص. 224.

⁵ - سورة المزمل، الآية 10.

تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ¹، لِعِلَّةِ إِقْرَانِ هَجْرِ الزَّوْجِ لَزَوْجَتِهِ بِمَغَادِرَةِ بَيْتِ الزَّوْجِيَّةِ مَعَ عَدَمِ الْخُرُوجِ مِنَ الْبَلَدِ وَلَيْسَ بِتَرْكِ الْمَضَاجِعِ فَقَطْ، مَا يَجْعَلُهُ بِهَذَا الْمَفْهُومِ يَخْتَلِطُ وَمَعْنَى الْغِيَابِ مِنْ حَيْثُ بَعْدَ الزَّوْجِ عَنْ زَوْجَتِهِ، وَيَخْتَلِفُ عَنْهُ فِي عِدَّةِ جَوَانِبٍ سَنَفَصِّلُهَا فِيْمَا بَعْدَ.

مما هو جدير بالذكر أنّ الهجر في المضجع قد يتحقق بصور أخرى انفردت الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات في تناولها، والتي تتحقق في حالة الإيلاء حيث يحلف فيها الزوج عدم قربان زوجته²، وهذا الحلف هو اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته على الامتناع عن قربان الزوجة³، كما قد يكون ناتج عن تشبيه الزوج لزوجته بمن يحرم عليه مجامعتها والمسمى بالظهار⁴.

أما من الناحية القانونية؛ فقد نصّ المشرع الجزائري على أحكام الهجر في المادة 53 فقرة 3 من ق.أ التي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب الآتية: 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وبالبحث فيها تبين أنّ المشرع لم يعرف الهجر بل تطرّق إليه كسبب يخوّل للزوجة طلب التّطليق من زوجها إذا تجاوزت مدّة هجره لها أربعة أشهر، وقد سار على نهجه غالبية التشريعات العربية من بينهم التشريع الأردني الذي لم يعرف الهجر، ومع ذلك اعتبره سببا قانونيا لطلب الفرقة إذا دام لأكثر من سنة⁵.

يمكن القول أنّ المشرع الأردني قيّد حق الزوجة في التّطليق بسبب الهجر، ذلك أنّه اشترط على الزوجة أن تثبت من جهة هجر الزوج لها وامتناعه عن الاقتراب منها، ومن جهة أخرى اشترط أن تكون مدّة الهجر سنة فأكثر، أمّا القانون الجزائري؛ فلا نصّ عنده على هذه الشروط، ويكون بتحديد المدّة المعتبرة لتضرر الزوجة من هجر زوجها لها بأربعة أشهر فما فوق تحديداً

¹ - سورة النساء، الآية 34.

² - شفيقة حابت، طرق الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2017-2018، ص.297.

³ - نورة منصور، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 31.

⁵ - راجع المادة 122 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

صائباً؛ لأنّ العلة من طلب الزوجة الفرقة هو التضرر من بعد الزوج عنها، ومدة سنة طويلة جدا على الزوجة ومما لا يمكن لها تحملها خاصة وأنها تقيم مع زوجها في نفس البيت.

أمّا المشرع المغربي؛ فقد أعطى للزوجة حق طلب التّطليق إذا هجرها أو آلى عنها زوجها دون تحديد مدة الهجر كما فعل المشرع الجزائري والأردني، وإنّما نصّ على مسألة لم يشر إليها كلاهما، وهي المدة التي يمنحها القاضي للزوج لكي يعدل عن قراره بالهجر¹.

هذا ولم يشر المشرع العراقي هو الآخر إلى الإيلاء كسبب للتّطليق، كما لم يشر أيضا إلى تأجيل الزوج مدة معينة للرجوع عن قراره في الهجر كما فعل المشرع المغربي، وإنّما اعتبر ابتعاد الزوج عن زوجته لمدة تزيد عن سنتين بلا عذر مقبول هجراً تستحق من خلاله الزوجة الفرقة، وقد تعرّض إلى ذلك صراحة في المادة 43 أولاً من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أنّه: "2- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه".

يظهر أنّ المشرّع في هذه المادة يقصد المعنى العام للهجر، ولعل هذا الحكم يخص حالة الهجر في المضجع، وأيضاً حالة ما إذا كان الزوج غائباً عن محل إقامته لأكثر من سنتين، والذي يشمل بدوره من كان مفقوداً أو محبوباً أيضاً.

ما يلاحظ أيضاً على هذه المادة؛ أنّ المشرع العراقي اشترط على الزوجة لطلب التفريق أن يكون الزوج قد هجرها مدة سنتين فأكثر وترك لها مال تستطيع الإنفاق منه، وهذه المدة كما شرحنا سابقاً هي مدة جد طويلة من الصعب على الزوجة تحملها في حالة الهجر المُراعي لحدود ما شرّعه الله تعالى في آياته والمتمثل في ترك المضاجعة؛ ثم لا شك أن هذا الهجر يتحقق مع إقامة الزوج مع زوجته في بيت الزوجية وهو عكس ما ذكره المشرع العراقي، لذلك نرى أنّ هذا الأخير قد أخرج الهجر من محتواه؛ فإذا كان يقصد به الهجر في المضجع المذكور في الآيات فإنّه اختلف عنها، وإن كان يقصد به الغياب فهو كذلك.

¹ - راجع المادة 112 من مدونة الأسرة المغربية.

ثانياً: تمييز الهجر عن الغياب

يتضح مما تقدّم، اشتراك كل من الغياب والهجر في علّة التّطليق المتمثل في تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها¹، إلا أنّهما يختلفان في مسائل معينة أهمها:

1- في سبب ترك الوطء

يختلف الهجر في المضجع عن الغياب، في أن الزوج في الهجر يترك الوطء بإرادته وبلا سبب مشروع، أمّا في الغياب فإنّ عدم الوطء يتحقق نتيجة الغياب وقد يكون سبب تركه مشروعاً عكس الهجر، وبهذا يكون الغياب هو الذي يحول بين الزوج ووطء زوجته².

2- في طلب التّطليق

يتّفق الهجر مع الغياب في جواز رفع الزوجة دعوى إلى القضاء للمطالبة بالتّطليق، ومع ذلك يتباينان في سبب التّطليق حيث تشكو الزوجة في دعوى الهجر هجر زوجها لها؛ بينما تشكو زوجة الغائب في دعوى التّطليق للغيب غيب الزوج عنها وتضررها من البعد، وإلى أبعد من هذا ترد دعوى الغيب إذا حضر الزوج للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه بعد إعداره من طرف القاضي، أما في دعوى التّطليق للهجر فلا ينفذ الإعدار بإزالة الهجر؛ لأنّ الهجر يتحقق والزوج مقيم مع زوجته³.

3- في البعد عن مكان الإقامة

لمّا كان الهجر يتّفق مع الغياب في البعد عن الزوجة، فإنّهما يختلفان في طبيعة هذا البعد بين كونه يقع في مكان إقامة الزوجة أو خارجه، ويتبيّن عند المقارنة أنّ الهجر الذي يكون في مكان إقامة الزوجة وفي فراش الزوجية هو الهجر في المضجع المقصود في القرآن الكريم والمنصوص عليه في التشريع الجزائري، أمّا هجر الزوج لزوجته وإقامته في نفس البلد وخارج بيت سكّنها لا يعد هجراً ولا غيباً؛ بسبب أنّ الغياب يتحقق إذا غاب الزوج عن مكان إقامته مع ذويه.

¹ - دليّة آيت شاوش، المرجع السابق، ص. 189.

² - مأمون محمد عمر أبو سيف، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2010، ص. 125.

³ - المرجع نفسه، ص. 126.

المطلب الثاني

قراءة في علاقة الغياب بمصطلحي الحبس والأسر

يتشابه الحبس والأسر في الإبقاء على حرية الشخص لمدة معينة تحت المراقبة، الأمر الذي يدفع بهذين المدلولين إلى التداخل مع الغائب من حيث البعد عن الزوجة وإمكانية العلم بالحياة والمكان، واختلافهما عنه في صعوبة العودة وكذلك في الخضوع للنيابة الشرعية. لذا سنتطرق في البداية إلى تعريف الحبس وتمييزه عن الغياب (الفرع الأول)، لننتقل بعدها إلى تعريف الأسر وتمييزه عن الغياب في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحبس وتمييزه عن الغياب

قبل الخوض في تفاصيل تمييز المحبوس عن الغائب، يجب علينا تعريف الحبس (أولاً)، ثم نبحث في علاقته مع الغائب (ثانياً).

أولاً: تعريف الحبس وتفريقه عن بعض الألفاظ ذات الصلة

نتعرض في هذا الصدد إلى تعريف الحبس والمحبوس في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني (2)، لننتقل بعدها إلى تمييزه عما يشابهه من ألفاظ ومعانٍ (2).

1- تعريف الحبس لغة واصطلاحاً

الحَبْسُ لغة هو: "حَبَسَ، يَحْبِسُ، حَبْسًا، فهو حَابِسٌ، والمفعول مَحْبُوسٌ وَحَبِيسٌ. حَبَسَ الشخص أو الشيء: منعه وأمسكه، وأخره، ضدّ خلاه.

إنْحَبَسَ الشخص: مطاوع حبس، سُجِنَ «إنحبس الجاني»¹. كما ويطلق على الموضع كما يلي: "الحَبْسُ): المكان يُحْبَسُ فيه (ج) حُبُوسٌ"².

¹ - احمد مختار عمر، المرجع السابق، المجلد 1، ص.435.

² - إبراهيم أنس، عبد الحلیم منتصر، عطية الصوالحي وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، د. ب. ن، 2004، ص.152.

يستخلص من هذا أنّ الحبس في اللغة يأتي على معنيين: الأول يفيد المنع والإمساك وضده الإفراج، والثاني يراد به المكان الذي يحبس فيه المحكوم عليه؛ بينما يطلق على الشخص الذي أودع السجن بسبب تهمة أو جناية ومُنِع عليه الخروج بتسمية المحبوس¹.

أما في الاصطلاح فالحبس معناه: "منع الرجل من ممارسة أشغاله بنفسه والخروج إلى الجمع والأعياد والمناسبات"²، كما وعرفه ابن القيم بأنّه: "تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه حيث يشاء، سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان يتوكل نفس الغريم أو وكيله عليه، وملازمته له ولهذا سماه النبي صلى الله عليه وسلم أسيراً"³، ولقد وظّف بعض القانونيين مصطلح الحبس للدلالة على العقوبات المقررة على الجرائم المتصفة بأنها جنحة أو مخالفة دون الجنايات⁴، في حين اعتبره البعض الآخر بأنها جنحة دائماً ولا يقضى بهذه العقوبة في المخالفات مطلقاً⁵.

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفاً للحبس وترك أمر تعريفه للفقهاء، بل اعتبره في مواطن عديدة ضمن قانون العقوبات وأيضاً قانون الإجراءات الجزائية، من العقوبات السالبة للحرية التي تطبق على الشخص مرتكب جنحة أو مخالفة، ومع ذلك تفتن إلى تعريف مصطلحات أخرى لها صلة به، ومنها المؤسسة العقابية في المادة 25 من قانون تنظيم السجون بأنها المكان الذي يمارس فيه المنع على الشخص المتهم بارتكاب أحد الجرائم التي يعاقب عليها

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص. 133.

والمحبوس لغة: "اسم مفعول من حبس يحبس حبساً، فهو محبوس؛ أي أمسكه ومنعه". أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفرقي المصري، المرجع السابق، مجلد 2، ص. 752.

² - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 7، ص. 174.

³ - برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن شمس الدين أبو عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خزج أحاديثه وعلّق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعشلي، ج. 2، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص. 232.

⁴ - سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص. 745. أمر لعروم، الوجيز المعين لإرشاد السجين على ضوء التشريع الدولي والجزائري والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2000، ص. 38.

⁵ - محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص. 552.

القانون¹، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عرّف المحبوس صراحة في المادة 7 من نفس القانون كالتالي: "يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون، كل شخص تم إيداعه بمؤسسة عقابية، تنفيذًا لأمر، أو حكم أو قرار قضائي...".

من منطلق ما سبق؛ يتضح بأنّ الحبس هو إجراء يقيد من حرية الفرد في التصرف والخروج، من خلال توقيع العقاب على من ارتكب أحد الجرائم وأخل بالأمن والسكينة العامة وإعادة تأهيله داخل أماكن أعدت خصيصاً لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية تسمى بـ "المؤسسة العقابية"، مع الحرص في إطار ذلك على ضمان عدم المساس بحقوق المحبوس التي خولها له القانون.

2- التفرقة بين الحبس وبعض الألفاظ ذات الصلة

يعتبر الحبس إجراء خطير يمس بالحرية الشخصية للفرد وبمبدأ قرينة البراءة على حد سواء، حيث يقتضي وضع الشخص مرتكب جريمة في حق المجتمع تحت المراقبة، وسواء كان ذلك بغرض حماية المجتمع منه أو حمايته هو من غضب المجتمع من جهة، أو من أجل المحافظة على معالم الجريمة من جهة أخرى، وكل هذا وذلك من شأنه أن يجعل لفظ الحبس مرتبطاً مع ألفاظ أخرى.

من خلال ما تقدم وإزاء الالتباس الذي يجمع لفظ الحبس مع الغياب، فقد ارتأينا في هذا الصدد دراسة مظاهر ترابط أو اختلاف الحبس مع الألفاظ الأخرى ذات الصلة به وخاصة السجن، وذلك من أجل الإحاطة والإلمام بمختلف جوانب مصطلح "الحبس" كما يلي:

أ- تفرقة الحبس عن السجن

معنى السجن في اللغة هو: " (سَجَنَةً) سَجَنًا: حَبَسَهُ، فهو مسجون وسجين (ج) سجناء، وسجنى. وهي مسجونة وسجينة (ج) سجنى، وسجائن. ويقال سجن لسانه. وفي الحديث: "ليس شيء أحق بطول سجن من لسان". وسجين الهمّ: لم ينشره ولم يظهره.

¹ - أنظر؛ المادة 25 من قانون رقم 04-05 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج. ر عدد 12 صادر بتاريخ 13 فبراير سنة 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 01-18 مؤرخ في 30 يناير سنة 2018، ج. ر عدد 05 صادر بتاريخ 30 يناير سنة 2018.

(السَّجِينُ): السَّجْنُ وواد في جهنم.

(السَّجْنُ): المحبَسُ (ج) سجونٌ وفي التنزيل العزيز: ﴿رَبِّ السِّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ﴾. وقرئ (السَّجْنُ): مصدر سَجَنَ¹.

من خلال ما تقدّم، يتضح أن السجن في اللغة كالحبس يستعمل للدلالة على معانٍ متعددة؛ منها الحبس الذي معناه المنع مثلما سبق الإشارة إليه وهذا إذا كانت حركة حرف السين في كلمة السجن هي الفتحة (السَّجْنُ)، أما إذا كانت حركته هي الكسرة (السِجْن) فإنّه يدل على المكان الذي تنفذ فيه العقوبة السالبة للحرية كما نصت عليه المادة 25 من قانون تنظيم السجون السالفة الذكر. أما اصطلاحاً فلا يخرج معنى السجن عن المعنى اللغوي المُقدم، حيث عرفه أحدهم استناداً إلى المكان الذي تطبق فيه العقوبات كما يلي: "هو تلك المؤسسة المعدة خصيصاً لاستقبال المحكوم عليهم بعقوبة مقيدة للحرية، وعادة ما يرتبط بالسجون عدة مفاهيم وتسميات مثل مراكز التأديب أو دور الإصلاح والتهديب أو التقويم أو مؤسسات إعادة التربية أو غير ذلك من التسميات"²، بينما حدد آخرون مقصوده استناداً إلى المنع الذي يفرض من طرف مؤسسة العقاب على الشخص الذي خالف القواعد القانونية والاجتماعية المتعارف عليها في المجتمع، عبر ارتكاب أفعال أو أقوال يجرّمها القانون، ويحكم على إثرها بتقييد حريته في التنقل وكذلك مباشرة جميع التصرفات التي يحتاج إلى القيام بها شخصياً³.

غير أنه على خلاف ما سبق، لمسنا في الاصطلاح القانوني للسجن اختلاف في المعنى عما ورد في اللغة، بحكم أنّ السجن عندهم يمثل أحد العقوبات السالبة لحرية الشخص نهائياً أو لأجل معلوم. وبناء على هذا يمكن القول بأن كلا من الحبس والسجن يشتركان في كونهما عقوبة

¹ - إبراهيم أنس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي وآخرون، والمرجع السابق، ص. 418.

² - إسحاق إبراهيم منصور، الموجز في علم الإجرام والعقاب، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص.163.

³ - إسماعيل محمد البريشي، "أحكام السجين في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة بالفقه الحديث"، دراسات، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 36، 2009، ص. 646.

أصلية سالبة للحرية، ومع هذا يبقى الاختلاف قائماً سواء من حيث العقوبة المقررة أو وصف الجريمة وفقاً لما تقضي به المادة 5 من ق.ع.ج¹.

لا شك في أن هذه المادة صريحة في تمييز الحبس عن السجن، فمن ناحية العقوبة نجد أن الحبس تكون العقوبة فيه قصيرة تتراوح بين اليوم الواحد وخمس سنوات، وبالمقابل تتراوح عقوبة السجن بين خمس سنوات وعشرين سنة، أما بخصوص وصف الجريمة فإن المادة واضحة جداً ذلك أن الحبس عبارة عن عقوبة أصلية سالبة للحرية تطبق على الجرائم المكيفة جنح أو مخالفات، والتي يختص بالنظر فيها الجهات القضائية التي خول لها القانون النظر في الجنح والمخالفات²، بينما تطبق عقوبة السجن على الجرائم الموصوفة جنایات وتنطق بها محكمة الجنایات³.

لذا يمكن القول أنه لا خلاف في كون المحبوس والسجين من نزلاء المؤسسة العقابية بسبب ارتكاب فعل مخالف للقانون، وبالتالي يكون المحكوم عليه محبوساً متى كان الفعل المقترف يشكل جنحة أو مخالفة في نظر القانون، أما إذا كُيف الفعل على أنه جنایة فيطلق على المحكوم عليه بالمسجون، ومن هذا المبدأ يستغرق المحبوس معنى السجين، ومن ثمة كل سجين هو محبوس وليس العكس.

ب- تفرقة الحبس عن التوقيف وغيره من الألفاظ

بالنظر إلى الفروق الجوهرية التي لمسناها من تمييز الحبس عن السجن رغم مماثلة كل منهما للآخر في جانب تقييد حرية الشخص ومنعه من التصرف في أموره والقيام بحاجاته شخصياً، فإنه تجب الملاحظة أن السجن ليس هو اللفظ الوحيد الذي يتشابه مع الحبس، بل توجد

¹ راجع المادة 5 من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

² راجع المادة 328 من الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم.

³ راجع المادة 248 من نفس القانون.

بعض من الألفاظ تفيد الحبس من الناحية اللغوية، إلا أنّها تختلف عنه من الناحية القانونية نذكر منها التوقيف¹ وأيضا الاعتقال² والحصر³، وسنبين ذلك فيما يأتي مع قليل من الاختصار.

إذن بعيدا عن الجانب اللغوي، يلاحظ أنّ التوقيف للنظر يختلف عن الحبس من الناحية القانونية في جوانب عديدة ومنها المدة؛ حيث حدد الدستور الجزائري مدّة لا ينبغي تجاوزها لإجراء التوقيف للنظر وهي 48 ساعة وفقا لنص المادة 45⁴، بينما قد تكون مدة الحبس طويلة تصل إلى شهور.

علاوة على ما سبق، يتميز إجراء التوقيف للنظر في كونه يباشر من طرف ضابط الشرطة القضائية، في حين يُباشَر الحبس بمعرفة سلطة التحقيق ومحكمة الاتهام، ومن هذا المنطلق يعتبر الحبس إجراء تحقيق بينما التوقيف هو من إجراءات الضبط القضائي⁵.

وعلى الرغم من الاختلاف السابق بين هذين الإجراءين، إلا أنّه يوجد ما يجمع بينهما وهو الاشتراك في سلب الحرية الفردية للمتهم، وكذلك الضمانات المقررة للمتهم من حق الاتصال فورا بالأسرة وغير ذلك من الحقوق.

لا يخفى الإشارة إلى أن الحبس يربطه بالاعتقال والحصر فضلا عن التوقيف علاقة عموم وخصوص، إذ يمكن أن يُطلق على الاعتقال والتوقيف والحصر بتسمية الحبس، ومع هذا فإن

¹ التوقيف في اللغة مأخوذ من فعل وقف والذي معناه المنع، ومثال ذلك وقف فلان عن شيء أي منعه عنه. إبراهيم أنس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي وآخرون، المرجع السابق، مادة الواو، ص. 1051.

² الاعتقال لغة: " (اعتقل) بطنه: استمسك. و- لسانه: حُيس عن الكلام. ويقال: اعتقل لسانه. و- من دم فلان: أخذ الدية. و- فلاناً عن حاجته: حبسه. و- الشرطة المتهم: حبسته حتى يحاكم". ويقال: "تعلّله" عن حاجته: حبسه ومنعه". المرجع نفسه، مادة العين، ص. 616، 617.

³ الحصر في اللغة هو: " (حصره) العدو حصراً من باب قتل أحاطوا به ومنعوه من المضي لأمره، وقال ابن السكيت وتعلب حصرة العدو في منزله حبسه وأحصره المرض بالألف منعه من السفر...". أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الحاء مع الصاد وما يماثلهما، ج. 1، دار المعرفة، القاهرة، د. س. ن، ص. 87.

⁴ تنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 20 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر عدد 82، الصادر في 20 ديسمبر 2020، ص. 12، 13. على أنّه: " يخضع التوقيف للنظر في مجال التّحرّيات الجزائية للرقابة القضائية، ولا يمكن تجاوز مدّة ثمان وأربعين (84) ساعة. يملك الشخص الذي يوقف للنظر حقّ الاتصال فورا بأسرته...".

⁵ نبيلة رزاق، التنظيم القانون للحبس الاحتياطي (المؤقت) في التشريع الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، د. ب. ن، 2008، ص. 45، 46.

الأمر لا يستقيم بالنسبة لهذا الأخير؛ لأنه يتسم بالعمومية عن الألفاظ السابقة وقد يكون مؤقتاً أو مؤبداً، بخلاف الاعتقال والحصر التي لا يكون إجراءهما إلا مؤقتاً¹.

ثانياً: تمييز الحبس عن الغياب

سبق أن عرضنا تعريفاً للحبس في الفقه والتشريع، وظهر من هذا التعريف أنّ الحبس هي العقوبة التي يفرضها القانون على من ارتكب فعل يُخل بأمن الدولة ويعاقب عليه القانون، كما ويطلق أيضاً على الإطار الذي تمارس فيه هذه العقوبة على الشخص المحبوس التي تتم في حيز مغلق بعيداً عن أهله والعالم الخارجي.

من خلال المقارنة بين المحبوس والغائب، توصلنا إلى تشابه هذين المدلولين في الغياب عن الأهل (1) أضف إلى تحقق العلم بالحياة والمكان (2)، ومع ذلك يختلف المحبوس عن الغائب من حيث الطرف المانع من العودة (3) وأيضاً في مسألة الخضوع لنظام النيابة الشرعية (4) نفصلها فيما يلي:

1- من حيث الغياب

لئن كان دور المؤسسة العقابية هو المساهمة بطريقة فعّالة في تأهيل وإصلاح المحبوس من خلال الإبقاء على حريته مقيّدة لمدة محددة، فإنّه كأسلوب عقاب تَقَرَّرَ لِيُخَلِّصَ المحبوس من ثقافة الإجرام وَيُسَهِّلَ عليه الاندماج في المجتمع بعد الإفراج عنه، الأمر الذي يؤدي إلى جعل الحبس متداخلاً مع الغائب في مسألة الغياب والبعد عن الزوجة والأهل، وفي بقاء شخصيته القانونية تبعاً لذلك قائمة مثله مثل الغائب، لعدم وجود الشك حول حياته أو موته كما هو الحال بالنسبة للمفقود، الذي تنتهي شخصيته القانونية بصدور حكم بوفاته من طرف القاضي.

2- من حيث العلم بالحياة والموضع

إن ما جاء به الفقهاء والتشريعات من تعريفات للمحبوس كما مرّ معنا، نجدها تركز كلها على كون المحبوس مؤكّد الحياة ومعلوم المكان، وفي الحقيقة أنّه إذا كان المحبوس بناءً على ما سلف يتميز بأنّه ظاهر الحال ويمكن الاطلاع على أحواله؛ فإنّه يتشابه في هذا مع الغائب الذي

¹ - إسماعيل محمد البريشي، المرجع السابق، ص. 647.

حياته محققة لا يدور الشك حولها وموضعه معلوم، لكن تعذرّ عليه العودة إلى محل إقامته كما نص عليه غالبية التشريعات العربية بما فيهم المشرع الجزائري.

بعد الاطلاع على مواد القانون رقم 04-05 المتعلق بتنظيم السجون التي نظمت الأحكام الخاصة بإبقاء صلة المحبوس مع أهله والعالم الخارجي مستمرة، نقول بتداخل المحبوس والغائب في مسألة العلم بالحياة وإمكانية الاستخبار¹.

إذ تعتبر الزيارات والمحادثات أحد وسائل تدعيم هذه الصلة، حيث يتلقاها المحبوس أو السجين أثناء تأهيله داخل المؤسسة العقابية وبرقابة إدارتها، من أصوله وفروعه إلى غاية الدرجة الرابعة، وزوجه ومكفوله وأقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة أو من طرف رجل دين من ديانته، ويمكن كذلك على سبيل الاستثناء الترخيص لأشخاص آخرين أو جمعيات إنسانية وخيرية بزيارة المحبوس، إذا تبين أن في زيارتهم له فائدة لإعادة إدماجه اجتماعيا².

كما أعطت المادة 69 من ذات القانون، للمحبوس الحق في محادثة زائريه عن قرب وذلك من خلال النص على أنه: "يسمح للمحبوس بالمحادثة مع زائريه دون فاصل، وفقا للنظام الداخلي للمؤسسة العقابية، وذلك من أجل توطيد أواصر العلاقات العائلية للمحبوس من جهة، وإعادة إدماجه اجتماعيا أو تربويا من جهة ثانية، أو لأي سبب آخر لاسيما إذا تعلق بوضعه الصحي"، كما يمكن أن يرخّص للمحبوس إمكانية الاتصال عن بعد وباستعمال الوسائل التي توفرها له المؤسسة العقابية³.

يدخل في رعاية المحبوس اجتماعيا داخل مؤسسات التأهيل والإصلاح، تلك المراسلات التي يتبادلها المحبوس مع أفراد عائلته أو أشخاص آخرين متواجدين خارج المؤسسة العقابية

¹ - نص في القانون الدولي على حق اتصال المسجون بالعالم الخارجي المبدأ 19 من مجموع المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن على ما يأتي: "يكون للشخص المحتجز أو المسجون الحق في أن يزوره أفراد أسرته بصورة خاصة وفي أن يتراسل معهم. وتتاح له فرصة كافية للاتصال بالعالم الخارجي، رهنا بمراعاة الشروط والقيود المعقولة التي يحددها القانون واللوائح القانونية". اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 43/173 المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1988، جامعة مانيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، متوفر على الموقع: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b036.html>

² - راجع؛ المادتين 66 و67 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

³ - أنظر المادة 2/72 من نفس القانون.

بمراعاة أحكام المادتين 73 و74 من القانون 04-05، وكذلك التصريح بخروج المحبوس تحت الحراسة لمدة محددة إذا استلزم تواجده خارج المؤسسة العقابية، كمرض أحد أفراد عائلته وكان على وشك الموت، أو لتأدية امتحان، كما ويسمح له بالخروج في مناسبات العائلة السعيدة¹.

من مقتضى ما سبق؛ يتبين أن المشرع الجزائري كان صريحا في تخويل المحبوس وأهله إمكانية التواصل، وبهذا المفهوم يكون داخلا في معنى الغائب وخارجا بمفهوم المخالفة عن المفقود الذي تعد حياته غير محققة ومحل شك².

3- من حيث صعوبة العودة لظرف قاهر

بالعودة إلى تعريفات الغائب التي أوردها مشرعي الدول العربية في قانونهم، نلاحظ أن القليل منهم من اعتبر الغائب هو من منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل وهو اتجاه المشرع الجزائري والسوري وكذلك الأردني، مع الإشارة إلى أن القانون الأردني المتعلق بالأحوال الشخصية اكتفى بالنص على وجود ظروف تحول بين الغائب وإدارته شؤونه المالية دون تبيان طبيعة هذه الظروف إن كانت قاهرة أم لا، أما الفقه فاقصر في تعريفه للغائب على القول بأنه معلوم الحال.

من هذا المنطلق، ولما كان المحبوس أو السجين قد قُيدت حريته عن الحركة والتصرف فيما اعتاد على القيام به شخصيا؛ فإننا نتساءل عن مدى اعتبار الحبس وما في حكمه ظرف قاهر يحول بين الشخص وعودته إلى محل إقامته وإدارة أموره بنفسه؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل يقتضي معرفة ما إذا كان الحبس مما يمكن للشخص توقعه والتغلب على نتائجه بتجاوز التقييد المطبق على حريته، أو من خلال ممارسة شؤونه بنفسه رغم تواجده في السجن، كالقيام مثلا بالإجراءات اللازمة لحماية حقوقه ومراكزه القانونية رغم حبسه، فإنّ

¹ - نبيل نويس، حياة نوراني، "الرعاية النفسية والاجتماعية للمحبوس داخل المؤسسة العقابية في التشريع الجزائري"، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر-باتنة1، المجلد 21، العدد 28، جانفي 2021، ص.1158.

² - عبد النور نوي، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012-2013، ص.62.

الحبس وما في حكمه في هذه الحالة لا يعد قوة قاهرة لتخلف شروطها¹، وعلى العكس من هذا إذا عجز المحبوس عن توقع أو دفع الحبس وما يترتب عليه من آثار؛ فإنّه وفي هذه الظروف يعد الحبس من قبيل القوّة القاهرة.

نخلص في الأخير إلى نتيجة وهي أنّ الغائب يختلف عن المحبوس في صعوبة العودة لظرف قاهر، بحكم أنّ الغائب يكون تعذر عودته إلى وطنه هو نتيجة قوة قاهرة لا إرادة له في حدوثها، وهو الأمر الذي لا يمكن أن نتصوره في وضع المحبوس ومن يماثله، ذلك أن تقييد حريته راجع إلى ارتكاب فعل يوصف على أنّه مخالفة أو جنحة أو جناية يعاقب عليها القانون لمدة محددة تختلف باختلاف درجة خطورتها، ولما كانت هذه الأفعال مما يتسنى للمحبوس توقع نتيجتها، فإنّه يمكن القول بأنّ الحبس لا يعتبر قوة قاهرة على رغم من حيلولته دون ممارسة الشخص لأشغاله والعودة إلى سكنه، والسبب يرجع إلى الشخص في حد ذاته إذ لو رغب لتخاشى وضع التقييد على حريته، ويبقى للقاضي سلطة تقدير مدى تحقق الظرف المانع من العودة.

4- من حيث الخضوع لنظام النيابة الشرعية

أشرنا سابقا إلى أن القاضي يوكل للغائب من ينوب عنه في إدارة أمواله حفاظا لمصالحه ومصالح غيره، إلا أنّه وعلى نقيض الغائب والمفقود يعفى المحبوس من التقديم وذلك بموجب الترخيص الممنوح له من القاضي لإدارة أمواله والتصرف فيها عن بعد وفي حدود الأهلية أو الترخيص الممنوح له وفقا لأحكام المادة 78 من القانون 04-05 التي تنص: " يحتفظ المحبوس بحق التصرف في أمواله في حدود أهليته القانونية، وبترخيص من القاضي المختص. لا يصح أي إجراء أو تصرف من المحبوس إلا بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانونا، ويتم وجوبا داخل المؤسسة العقابية بعد استصدار رخصة الزيارة، طبقا لأحكام الفقرتين 1 و2 من المادة 68 أعلاه".

¹ عبد الرحمان محمد سعيد، القوة القاهرة في قانون المرافعات دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص.164، 165.

الفرع الثاني

تعريف الأسر وتمييزه عن الغياب

يعدّ الأسر تلك النتيجة التي تترتب على وقوع حالة حرب أو قتال مسلح بين طرفين أو أكثر لتحقيق مصلحة ما، وأهم ما دعانا لدراسة الأسر في هذا المطلب هو التشابه الذي يخلقه هذا الأخير مع مصطلح الغياب في مسألة البعد عن الزوجة لمدة غير محددة والذي من شأنه أن يشكّل اعتداء صارخ على حق الزوجة في الوطء.

بما أنّ جبر ضرر زوجة الأسير يتحقق بعودة زوجها أو تطليقها منه كما هو الحال بالنسبة لزوجة الغائب؛ فإنّنا سنركّز في هذا الفرع على تعريف الأسر في اللغة والفقه وكذلك في القانون الدولي (أولاً) لنعرج بعدها إلى ما يميّز الأسر عن الغياب (ثانياً).

أولاً: تعريف الأسر

1- تعريف الأسر لغة

يراد بالأسر: "الشد بالقيد، وسمي كل مأخوذ مقيداً أسيراً وإن لم يكن مشدود بذلك"¹، أما حول معنى الأسير فهو: "الأخذ بشد أو لم يشد من الإِسار وهو القُدُّ، ومنه سمي الأسير وكانوا يشدونّه بالقد فغلب على الأخيذ أسيراً وإن لم يشد به. ويقال: أسرت الرجل أسرا وإسارا فهو أسير ومأسور والجمع أسرى وأسارى"².

هذا وذكر صاحب الصّحاح أنّ الأسير يطلق عليه أيضاً لفظ السبأ والذي هو: "السبّي والسبأ: الأسر. وقد سبّيت العدو سبياً وسبأً. إذا أسرتّه. واستبّيته مثله. والمرأة تسبى قلب الرجل"³.

يتضح لنا مما سبق؛ أنّ كل هذه التعريفات تتقارب من حيث المعنى، إذ أنّ الأسر يطلق على الشدّ بالقيد سواء بالحبل أو الرباط أو السلاسل وهو الإِسار، كما ويطلق كذلك على الأخذ ذاته وأيضاً السبّي والسبأ¹.

¹ عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط.1، عالم الكتب، القاهرة، 1990، ص. 50.

² قاسم القنوني، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء للنشر والتوزيع، السعودية-جدة، 1986، ص.188. عبد الرؤوف المناوي، المرجع السابق، ص.50.

³ إسماعيل بن حماد الجوهري، الصّحاح تاج اللغة وصّحاح العربيّة، دار العلم للملايين، بيروت، 1979، ص.2371.

أما الأسير فبدوره له عدّة مدلولات، إذ يطلق من جهة على من يُصطَلح عليه بالأخذ أي ما أُخِذَ وهو مقيد ومشدود أو غير مقيد ذكرا كان أو أنثى وجمعه أسرى أو أسارى، كما ويطلق من جهة أخرى على كل شخص محبوس في قَدٍّ أو سِجْن².

2- تعريف الأسر اصطلاحاً

يكاد لا يختلف الفقه الإسلامي والقانوني في تحديد المقصود بلفظ الأسر والأسير عما أورده علماء اللغة من تفسيرات أعلاه؛ حيث يطلق البعض ومنهم أبي يعلى الفراء لفظ الأسرى على الرجال المقاتلون من الكفار وظفر المسلمون بأسرهم³، كما وَيَعْتَبِرُ القُرْطَبِيُّ من المالكية الأسير هو: "الحربي من أهل دار الحرب يؤخذ قهراً بالغلبة"⁴، ومنهم من عزّفه كما يلي: "الأسير هو الشخص الذي وقع في يد الأعداء واحتجزوه عندهم، وهو إما أن يكون مجهول الحال لا تعلم حياته ولا موته ولا رَدَّتْه ففي هذه الحالة يأخذ حكم المفقود"⁵، ومن هذا التعريف يكون الأسير في حكم المفقود إذا انقطعت أخباره وجعل حاله بين بقائه حياً أو ميتاً، وإلى هذا راح كل من محمد بن عبد البر والحسن الشيباني في تعريفهم للأسير بأنه من كانت حياته مجهولة ومكانه معروف⁶.

نخلص مما ذكرناه من تعريفات، أن الأسير اسم مشتق من الأسر وهو الشخص الذي يقع تحت سلطان الأعداء سواء كان مسلماً وقع في يد الكفار أو كان كافراً واحتجزه المسلمون عندهم، المهم أنه أُسِرَ قهراً عند العدو باستعمال الحبال أو الأغلال أو دونها.

بالنسبة للقانون الدولي؛ فقد تعرّضت اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب في المادة 4 منها، إلى تحديد الفئات التي ينبغي أن ينتمي إليها الشخص لكي يعتبر أسير حرب دون

¹ الجدير بالملاحظة أنّ السبأ مصطلح يطلق على النساء والأطفال والعجائز وأيضا الأسرى الذين يتميزون بالضعف.

² أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور الإفرقي المصري، المرجع السابق، ج.5، فصل الهمزة، حرف الراء، ص.76، 77.

³ أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.141.

⁴ أبو الوليد ابن رشد القرطبي، محمد العتبي القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة وضمنه من الأسمعة المعروفة بالعتبية، ج.17، ط.2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1977، ص.532.

⁵ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.س.ن، ص.271.

⁶ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، المرجع السابق، ص.260. أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، كتاب الحجة على أهل المدينة، ج.4، دار عالم الكتب، بيروت، ص.50.

تقديم تعريف صريح ومما جاء فيها: "أسرى الحرب بالمعنى المقصود في هذه الاتفاقية هم الأشخاص الذين ينتمون إلى إحدى الفئات التالية، ويقعون في قبضة العدو:

1. أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع، والمليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تشكل جزءا من هذه القوات المسلحة.

2. أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة الأخرى، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى ولو كان هذا الإقليم محتلا...¹.

من خلال التأمل المتأن في مضمون المادة؛ يمكن القول أنّ المقصود بالأسير حسب هذه الاتفاقية هو الشخص الذي يقع بسبب الحرب في قبضة العدو ويمنعه على إثر ذلك من العودة إلى أهله، وهو بهذا يشترك مع المعنى اللغوي والفقهني الذي تناولناه سالفا.

ثانيا: تمييز الأسر عن الغياب

بالوقوف على التعريفات السابقة للأسير، نصل إلى أنّ هذا الأخير يتداخل مع الشخص الغائب في أوجه كثيرة نذكر منها الغيبة عن الأهل (1) وصعوبة العودة لظرف قاهر (3)، زد إلى ذلك اشتراكهما في إمكانية وقوف الأهل على خبر حياتهما وموضع تواجدهما (2).

على الرغم من تعدد مظاهر التشابه بين هذين الشخصين؛ إلا أن الأسير يختلف عن الغائب في مدى حق زوجته في الفرقة بسبب الغياب من منظور الفقه والتشريع.

نظرا لاندراج حق الفرقة بسبب الغياب ضمن أحكام الفصل الثاني من هذا الباب؛ لذا سنركز في هذا الصدد على إبراز نقاط تشابه الشخص الأسير مع الغائب، ونترك تفصيل مسألة التّطبيق للفصل الثاني.

¹ - أنظر المادة 4 من اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 أغسطس 1949، والتي بدء نفاذها في 21 أكتوبر 1950 وفقا لأحكام المادة 138، جامعة مانيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، متوفرة على الموقع:

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/b092.html>.

1- من حيث الغياب

بالرجوع إلى التعريفات التي أوردناها بخصوص الغائب، نجد أنها تشترط لاعتبار الشخص غائبا مغادرته لمحل إقامته المعتاد، ما يجعله بهذا الوضع بعيدا عن العائلة والزوجة بسبب الغيبة، ولما كانت الدولة الحاجزة تُبقي الشخص الأسير رغما عن إرادته في منطقة الأسر وتمنعه من العودة إلى وطنه وأهله؛ فإنّه بهذا الوضع يكون الأسير ماثلا للشخص الغائب في الغيبة عن الأهل ومكان الإقامة.

2- من حيث العلم بالحياة والموضع

يتمثل الأسير في نظر الفقه الإسلامي مع الغائب إذا كان معلوم الحال، وبمفهوم المخالفة يتباين عنه متى كان حاله مجهولا، أمّا القانون فقد ساير الاتجاه القائل بتداخل الغائب والأسير في مسألة العلم بالحياة والمكان كما يلي:

أ- تمييز الأسير عن الغائب من منظور الفقه الإسلامي

اتجه الفقه المالكي في أحد أقواله إلى إلحاق الشخص الأسير بالغائب إذا لم ينقطع خبره ومن ثمة يعامل معاملة الغائب وليس المفقود ويظهر ذلك من قول الدسوقي: "المفقود هو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير لأنّه لم ينقطع خبره"¹، إلاّ أنّه ومن جهة أخرى أخرج الأسير من مفهوم الغائب وألحقه بالمفقود إذا ما جهل مصيره، ذلك أنّ الأسير الذي تعرف حياته وقتا ثم انقطع خبره ولا يعرف موته ولا حياته يعتبر مفقودا²، كما وعدّوا حكم الشخص الذي فقد في بلاد الحرب وفي حروب الكفار كحكم الأسير أي بمثابة نوع واحد³، هذا وأضاف مالك في قول أن

¹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عيش، المرجع السابق، ج.2، ص.479.

² - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد عبد البر النمري القطري، المرجع السابق، ص.567، 568.

³ - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.3، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ، ص. 99، 100.

الأسير في أرض العدو عند الجهل بحياته، لا يعتبر بمنزلة المفقود في أرض الإسلام لصعوبة الاستخبار عنه بواسطة الوالي في أرض العدو¹.

لما كان ضابط تفرقة الأسير عن الغائب هو العلم بحياة الشخص أو موته وكذلك العلم بمكان تواجده، فإنّه بتحقيق هذه الشروط في الشخص الأسير يصبح بمنزلة الغائب وخاضعا لأحكامه، لكن إذا انقطعت أخباره وجهلت حياته من موته فإن أحكام الغائب تسقط عنه لاشتباهاه بهذه الوضعية بالمفقود الذي تدور الشكوك حول حاله، وهو رأي الحنفية²، والشافعية³، والحنابلة⁴.

ب- تمييز الأسير عن الغائب من منظور القانون

اعتنى القانون الدولي المعاصر بموجب اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب لعام 1949 بعلاقات أسرى الحرب مع الخارج، حيث سمحت هذه الأخيرة في المادة 70 منها لأسير الحرب بمجرد وقوعه في الأسر أن يرسل بطاقة إلى أهله وإلى الوكالة المركزية لأسرى الحرب المنصوص عليها في المادة 126، يبلغهم بوقوعه في الأسر وبعنوانه وحالته الصحية، شريطة ألا تتجاوز المدّة عن أسبوع واحد من تاريخ وصوله إلى المعسكر.

كما سمحت نفس المادة للأسير في حالة مرضه أو نقله إلى المستشفى أو إلى معسكر آخر وفي إطار احترام شرط مماثلة البطاقة للنموذج الملحق بالاتفاقية؛ بأن يرسل عائلته وأيضا الوكالة المركزية لأسرى الحرب لإعلامهم بأسره ووضعه الصحي كما أشرنا إليه آنفا⁵.

رخصت ذات الاتفاقية في المادة 71 منها، لأسير الحرب بأن يتواصل مع عائلته عن طريق إرسال واستلام الرسائل بغية الوقوف على أخبار بعضهم البعض، والتي جاءت تنص على ما يلي: "يسمح لأسرى الحرب بإرسال واستلام الرسائل والبطاقات. وإذا رأت الدولة الحائزة ضرورة تحديد هذه المراسلات، فإنّه يتعين عليها السماح على الأقل بإرسال رسالتين وأربع بطاقات كل

¹ - سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، مجلد 5، مطبعة السعادة، المملكة العربية السعودية، 1324، ص. 138.

² - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج. 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1937، ص. 37. محمد أمين عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، المرجع السابق، ج. 6، ص. 456، 457.

³ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 239.

⁴ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 464، 465. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج. 6، ص. 326.

⁵ - أنظر في هذا: المادة 70 من اتفاقية جنيف الثالثة.

شهر، وتكون مماثلة بقدر الإمكان للنماذج الملحقة بهذه الاتفاقية، ولا تحتسب فيها بطاقات الأسر المنصوص عليها في المادة 70...يسمح لأسرى الحرب الذين لم تصلهم أخبار عائلاتهم من مدة طويلة، والذين لا يمكنهم تلقي أخبار من ذويهم أو إرسال أخبار لهم بالبريد العادي، وكذلك الذين يبعدون عن ذويهم بمسافات هائلة، بإرسال برقيات تخصم أجورها من حساباتهم لدى الدولة الحاجزة وتدفع بالنقدية التي تحت تصرفهم...".

إذا أمعنا النظر في نصوص المواد السابقة وأيضا المادة 48، نجد أنّ ما يجعل الشخص الأسير يتداخل مع الشخص الغائب هو مسألة العلم بالحياة والمكان، فالأسير من منطلق ما تم دراسته هو شخص حياته ومكانه معلومين، وهو ما نستشفه صراحة من رعاية الشريعة الإسلامية _كما سيأتي_ والقانون الدولي لحياة الأسير من خلال حضر كل ضروب التعذيب الممارسة على الأسير من التجويع أو التعطيش، فضلا عن إيوائه في سكن يغلب عليه السلامة والظروف الصحية الملائمة، دون أن نحيد النظر عن أهم ضمانات وضعتها اتفاقية جنيف تحت أيدي الأسير والمتمثلة أساسا في إمكانية التواصل مع العائلة وخاصة الزوجة بواسطة الرسائل والبرقيات، الأمر الذي نجد له مقام عند الغائب لعذر أو لغير عذر عن الأهل، فبإمكانه أن يتراسل مع عائلته ويعلمهم بأخباره إن رغب بذلك.

الواقع أنّه إذا جاز لعلاقة أسير الحرب مع الخارج أن تبقى قائمة ومستمرة في القانون الدولي؛ فإنّه من البديهي أن هذا الأمر معترف به أيضا لدى علماء الشريعة الإسلامية عملا بمبدأ المعاملة الحسنة والرفيقة بالأسرى، وهذه المعاملة نجدها في الطعام واللباس والسكن، وقد روي عن: أبي عزيز بن عمير أبي مُصعب بن عمير، قال: كُنْتُ فِي الْأَسْرَى يَوْمَ بَدْرٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «اسْتَوْصُوا بِالْأَسَارَى خَيْرًا». وَكُنْتُ فِي نَقْرِ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَكَانُوا إِذَا قَدَمُوا غَدَاءَهُمْ وَعِشَاءَهُمْ، أَكَلُوا التَّمْرَ وَأَطْعَمُونِي الْبُرَّ لَوْصِيَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ¹.

¹ أبو الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان الشافعي نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد ومع الفوائد، مجلد 13، دار المنهاج للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية-جدة، 2010، كتاب المغازي والسير، باب ما جاء في الأسرى، الحديث رقم: (10067)، ص.179، 180.

الخلاصة أن الأسير يجمع بينه وبين الغائب وكذلك المحبوس نقطة اتفاق وهي الغيبة عن العائلة مع إمكانية التواصل؛ لأنّ حياته مؤكدة وموضعه معلوم في دار الحرب، ولكن إذا انقطع خبر الأسير وأصبح يجهل إن كان حيا أو ميتا فإنه في هذه الحالة يأخذ حكم المفقود مثل الغائب.

3- من حيث صعوبة العودة لظرف قاهر

تستلزم القوة القاهرة كما أوضحنا سابقا؛ أن يكون الظرف الذي وقع فيه الشخص لا إرادة له فيه ومما لا يمكن له توقعه أو دفعه، ومن هذا المنطلق نتساءل عما إذا كان وقوع الأسير في يد الأعداء وعدم تمكنه من الرجوع إلى زوجته وأهله يعد قوة القاهرة؟ أم أن الأسر والحرب لا يعتبران قوة القاهرة تحول بين الشخص الأسير وعودته إلى وطنه وأهله؟

في الواقع أن الضابط الرئيس لاعتبار الأسر المترتب عن الحرب قوة القاهرة، هو النظر إلى مدى إمكان توقع الحرب ونتائجها من عدمه، لذا فلا يعتبر بمثابة قوة القاهرة الحرب التي يكون فيها الشخص على دراية بنشوبها وبتأثيراتها وكان بإمكانه دفعها والعكس صحيح.

بما أن الأسير يقع نتيجة للحرب تحت سلطة الدولة المعادية التي تطبق عليه وعلى جميع الأسرى مبدأ المنع من مغادرة منطقة الأسر، لذا وفي هذه الظروف وما يماثلها من حبس وسجن أو اعتقال على حسب ما رأينا سابقا_ يكون عدم التحاق الشخص الأسير بأهله وزوجته حسب رأينا بمثابة قوة القاهرة تتمثل في صعوبة الهرب، ما يجعله بهذا العائق يلحق بالغائب الذي منعه ظروف القاهرة من العودة إلى محل إقامته.

الفصل الثاني

مدى اعتراف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية لزوجة الغائب بحق التّطليق

يفترض في نجاح أي علاقة زوجية في الأصل، أن يكون الزوج مقيماً مع زوجته وعائلته ويتولى رعايتهم والإنفاق عليهم بصفته عماد الأسرة، ذلك أن غيابه عن الأسرة هو سقوط لأحد أعمدتها وتخلٍ عن أهم الواجبات الزوجية وتقصير فيها.

يشترط بدهاءة في الغياب عن الأسرة أن يكون واقع من الزوج على زوجته أو العكس، لكن أغلب القوانين بما فيها القانون الجزائري، أهمل الحالة التي تكون فيها الزوجة هي من غادرت مسكن الزوجية أو سافرت للعمل أو الدراسة بدولة أخرى أو تواجدت بمكان آخر غير الذي يقيم فيه الزوج رغم كثرة حدوث مثل هذه الحالات؛ واكتفوا بالحالة التي يغيب فيها الزوج عن زوجته وهو ما سنركّز عليه بالدراسة.

يشكل غياب الزوج عن زوجته أحد أشد ضروب الضرر على الزوجة، حيث تفقد ركيزة أساسية تنبني عليه العلاقة في الأسرة وهي المعاشرة، فالزوج يمثل لزوجته الأمن والأمان والحماية، وغيابه عنها يضطرها إلى العيش في وحدة دون سند أمام صعوبة الأمر، كما يحملها الغياب إلى التكيف مع عدّة مسؤوليات أهمها حماية الأولاد وبالأخص القصر من الأثر السلبي الذي قد يربته غياب الوالد عن الأسرة على إمكانية انحرافهم أو الرضوخ بسبب الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية في ظاهرة عمالة الأطفال أو التسول.

نظراً لكون غياب الزوج يمثل مشكلة معقدة بالنسبة للزوجة وضرراً بالغا عليها؛ لذا ارتأينا أن نبحث في هذا الفصل عما وضعه الفقهاء وأيضاً التشريعات العربية من أحكام وضوابط بخصوص حقّ زوجة الغائب التي اختارت عدم البقاء في عصمة زوجها وحل عقدة النكاح، أمّا تلك التي رغبت بانتظار عودة زوجها والمحافظة على علاقتها الزوجية فلا إشكال يثار بشأنها، وهو ما حدا بنا إلى التساؤل عما إذا كان حق زوجة الغائب في طلب التّطليق من القاضي بسبب غياب زوجها أمر معترف به شرعاً وقانوناً؟ وما مدى إطلاق هذا الحق؟

من أجل معرفة ما إذا كانت المذاهب الإسلامية وإلى جانبها التشريعات العربية قد خوّلت لزوجة الغائب الحق في التّطليق بسبب الغياب وما اشترطته لذلك، قسّمنا هذا الفصل إلى مبحثين، يتناول (المبحث الأوّل) موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية من حق زوجة الغائب في التّطليق، بينما يتناول (المبحث الثاني) شروط التّطليق بسبب الغياب.

المبحث الأوّل

موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية من حق زوجة الغائب في التّطليق

مما لا خلاف فيه أنّ الطّلاق هو من النهايات المؤلمة والحزينة الذي قد تصل إليه أغلب العلاقات الزوجية، ومع ذلك يبقى أفضل من العيش بتعاسة ووحدة بسبب الخوف من الفتنة والانحراف الذي قد يترتب عن غياب الزوج من جهة، ولصالح الزوجين والأسرة بأكملها من جهة أخرى.

من هذا المنطلق؛ فإن لكل مسألة من يقول بقبولها ومن يقول بغير ذلك، وهو ما يحصل بشأن التّطليق لغياب الزوج، فقد كان موطن اختلاف بين المذاهب منها من تقول بمشروعيتها لأن الغياب فيه حرمان للزوجة من الوطاء، وبالتالي قد يوقعها البعد عن زوجها فيما لا يحمد عقباه وهي في غنا عن ذلك إذا ما عاد أو رضي بنقلها إلى حيث موجود، لكن هناك من أعرض عن الصواب ومال إلى تعليق الزوجة بعودة زوجها أو موته؛ أما بخصوص التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية محل المقارنة فقد كان لهم رأيهم في إطار دعم ما تصبوا إليه الشريعة الإسلامية في إزالة الضرر ودفعه عن زوجة الغائب من خلال التّطليق.

الأمر الذي سنحاول بحثه في مطلبين: حيث نخصص (المطلب الأوّل) لدراسة موقف فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة من حق زوجة الغائب في التّطليق، أمّا (المطلب الثاني) فقد خصصناه لدراسة رأي بعض التشريعات العربية في المسألة ذاتها.

المطلب الأوّل

التّطليق للغيباب في الفقه الإسلامي بين المنع والجواز

يختلف حكم التّطليق بين الزوجين لعلّة الغياب عند الفقهاء باختلاف نوع الغياب الذي يغيبه الزوج عن زوجته، بين كونه غير منقطع بحيث تصل فيه أخبار الشخص ويكون مكانه معلوما كالغائب والمحبوس وكذلك الأسير، أو كانت غيبة منقطعة لا يعلم فيها حياته وموته كما هو الأمر بالنسبة للمفقود. ومنه سنبحث في هذا المطلب عن وضعية زوجة الغائب اتجاه هذه الحالات من حيث منع أو جواز التّطليق وذلك في نظر الفقه الإسلامي.

وفي هذا الشأن كان للمدارس الفقهية منذ أمد رأي بين من يعارضه بحجة أن الزوجية يجب أن تبقى قائمة إلى الأبد وسيكون موضع دراسة في (الفرع الأوّل)، وبين من أخذ برفع الحرج عن الزوجة والسماح لها بالفرقة (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

الفقه المانع للتّطليق بسبب الغياب

إنّ التّطليق للغيباب مرفوض في نظر جانب من الفقهاء؛ إذ لا سبيل لزوجة الغائب أن تتخذة كذريعة للفرقة مهما تضررت، وبالتالي فأى طلب تتقدم به الزوجة إلى القاضي ملتزمة تفريقها من زوجها الغائب يقابله المنع مهما طالّت مدّة الغياب أو جهلت¹، وهذا الاتجاه تبناه فقهاء الحنفية² والحنابلة في قول³ والشافعية في الجديد⁴.

بالنسبة للشافعية فقد ميّزوا بخصوص منع الفرقة للغيباب بين حالتين: إذا غاب الرجل عن امرأته غيبة طويلة لم ينقطع فيها خبره ويعرف مكانه، فالنكاح يظل قائماً إلا أن يُفرض الإعسار

¹ - بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التّأليف، مصر، 1961، ص.294.

² - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج.6، ص.136. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.35. أبو جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء اختصار أبي بكر أحمد علي الحصاص الرازي، ج.2، ط.2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1996، ص.329.

³ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.465. موفق الدّين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.247.

⁴ - أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ط.1، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، 2002، ص.1519.

بالنفقة فلها الفسخ لعدم الإنفاق¹، أمّا بالنسبة للغيبة التي تكون فيها أخبار الغائب منقطعة فراح الشافعية في الجديد إلى القول بأنّه ليس لزوجته أن تتربص ولا أن تفسخ أبداً، بل عليها أن تصبر حتى تتيقن من موته؛ لأنّ الزوج قد جهل موته ومن ثم فلا يمكن للقاضي أن يحكم بوقوع الفرقة لعدم تحقق سببها، وبهذا قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة، وأبو حنيفة، والثوري، وأصحابه².

لا يختلف هذا الحكم كثيراً عما ورد في الفقه الحنفي بحيث يرى أصحابه بأن المفقود غائب في حق نفسه وحي بالاستصحاب، فلا ينكح عرسه غيره³؛ لأنّ نكاحه حق خالص له فهو حر في الإبقاء عليه⁴، ولما كان هذا هو حكم الأحناف في الغائب غيبة منقطعة أي المفقود، لذا فمن البديهي أنّهم يطبقون نفس الحكم على الغائب غيبة غير منقطعة لأنّه أخف من حالة المفقود. وفقاً لهذه الآراء تعتبر امرأة المفقود محصنة ليس لها فسخ نكاحها في الأصل، لكن إذا لم يكن هناك ما تأخذ منه نفقتها، فينقلب التحريم إلى الجواز لما قد تتضرع الزوجة من ضرر عدم وجود نفقة حال إلزامها على البقاء في النكاح طوال مدة الغياب⁵، وبهذا قال الحنابلة في الغائب غيبة غير منقطعة في غير غزو أو حج واجبين أو طلب رزق، بحيث يُعرف فيها خبره ويأتي كتابه، فيمنع على زوجته أن تطلب الفرقة إلا أن يتعذر الإنفاق عليها، أما إذا غاب غيبة منقطعة في ظاهرها السلامة فلا زوال للزوجية إلا إذا تيقنت الزوجة من موت زوجها أو أن تمضي عليه مدة لا يعيش فيها مثله، وإليه ذهب أبو حنيفة، والشافعي في الجديد، ابن شبرمة، والثوري، وابن

¹ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين، المرجع السابق، ص. 286. محمد نجيب المطيعي أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج. 19، ص. 445.

² أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، ج. 11، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص. 316. محمد نجيب المطيعي أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المرجع السابق، ج. 19، ص. 446.

³ محمد علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي النمراشي" الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار في فروع الفقه الحنفي"، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص. 360.

الاستصحاب لغة هو: "التمسك بما كان سابقاً إبقاءً لما كان على ما كان لفقد المعيز أو مع ظن انتقائه عند بذل المجهود في البحث". عبد الرؤوف المناوي، المرجع السابق، ص. 48.

⁴ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص. 311.

⁵ الباربي أبي الطيب الصديق بن حسن بن علي الحسيني الفنوجي البخاري، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج. 2، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د. س. ن، ص. 56.

أبي ليلي¹، وإلى نفس الحكم تخضع زوجة الأسير، فليس لها الفرقة ما لم يثبت موت زوجها، وهذا قول الزهري، ويحيى الأنصاري، وأبي عبيد، وإسحاق، وأصحاب الرأي².

تأسيساً على ما سبق؛ فإن التفريق للغيب غير مشروع عند الحنفية وأيضاً في القول الجديد للشافعية، حيث لم يفرقوا بين أحكام الغائب والمفقود وكذلك المحبوس، فما يُمنع على زوجة المفقود مُنقطع الأثر يُمنع على زوجة الغائب والمحبوس رغم عدم انقطاع أخبارهما، بل تطبيق قاعدة المنع هذه على التفريق للغيب أولى لعدم التباس الشك حول حياة الغائب أو مكانه³، وحثهم في ذلك أن النكاح عرف ثبوته، وبالتالي الغيبة لا توجب الفرقة والموت في دائرة الاحتمال والشك⁴، ومن ثم فلا ينفع إزالة النكاح بالشك⁵، وإذا حصل وأن قامت الزوجة بطلب الفرقة من القاضي، لم يستجب لها وأمرها بالصبر على زوجها الذي قد يفكر في العودة إذا رأى صبرها وإخلاصها له⁶.

علاوة على ذلك استدلت المذاهب السابقة في منع الفرقة للغيبة من السنّة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم المروي عن المغيرة بن شعبه رضي الله عنه - بأن: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»⁷، أما من الأثر فاستدلوا بما روي عن الإمام علي رضي الله عنه في قوله: «امرأة المفقود ابتليت فلتصبر حتى يتبين موته أو طلاقه»⁸.

¹ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.465. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.247.

² المرجع نفسه والصفحة.

³ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج.6، ص.137.

⁴ يُراد بالاحتمال والشك ما يلي: "الاحتمال لغة هو العفو والإمضاء وإتعايب النفس في الحسيات ونحو ذلك. أما في اصطلاح الفقهاء يستعمل بمعنى الوهم والجواز فيكون لازماً، وبمعنى الاقتضاء والتضمين فيكون متعدياً، نحو يحتمل أن يكون كذا، واحتمل الحال وجوها كثيرة"؛ أمّا الشك فمعناه حدوث التباس واختلاط بين شيئين متناقضين أو جنسين من حيث الوجود أم لا. عبد الرؤوف المناوي، المرجع السابق، ص.40 و207.

⁵ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج.6، ص.137. محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص.239.

⁶ بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص.294.

⁷ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي، المرجع السابق، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، الحديث رقم: (15565)، ص.731.

⁸ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.311. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.35.

يستخلص في الأخير أن مُقتضى المنع الذي استند إليه الفقهاء في الفرقة للغيبة فيه إضرار بالزوجة، فكيف يمكن لها أن تصبر حتى تتيقن من موت زوجها أو أن تمضي عليه مدة لا يعيش فيها مثله ولو طال، فقلّما تبقى المرأة على قيد الحياة حتى يرجع زوجها، وإن عاد فلا جدوى من تفريقها لأنها فقدت شبابها وأصبحت بحاجة إلى من يعتني بها¹.

الفرع الثاني

الفقه المجيز للتّطليق بسبب الغياب

يعتبر طلب التّفريق رخصة تمتلكها الزوجة إن شاءت أخذت بها ورفعت أمرها إلى القاضي مبيّنة سبب دعواها والضرر الذي لحقها، وإن شاءت حبست عن حقّها وصبرت إلى أن يستبين أمر زوجها².

لا شك أن اختيار المرأة عدم البقاء على الزوجية أمر تُجيزه مدرستي الفقه المالكي (أولاً) والحنبلي (ثانياً) وأيضاً الشافعي في أحد أقواله (ثالثاً)، وسنوجز أهم ما صرّحوا به وما استندوا إليه في الآتي:

أولاً: موقف الفقه المالكي من حقّ زوجة الغائب في التّطليق للغياب

يعتبر غياب الزوج وتواجده في مكانٍ معلوم سبباً يُحوّل الزوجة حق التّطليق لأجل الغياب حتى ولو ترك لها الزوج ما تُنفق منه على نفسها طيلة فترة الغياب، ويدخل هذا الغائب ضمن الغائبين المسموح لزوجاتهم بالتّفريق في المذهب المالكي³، إلا أنّ هذا الحق لم يُعط لزوجة الغائب

¹ - تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربيّة والمحكمة الفلسطينية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص.335.

² - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.8، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص.454، 455.

³ - الغائبون عن أزواجهم خمسة: "...والرابع غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته وهو مع ذلك معلوم المكان فهذا يكتب إليه السلطان، إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق. والخامس: غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان فهذا هو المفقود". راجع؛ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، الحطاب مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج.5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص.496، 497.

على إطلاقه وإنما لأبد من خوف الوقوع في الزنا بسبب طول الغياب¹، والذي يتحدد بما يزيد عن سنة؛ لأنّه ليس دون هذه المدّة ما يبرر الفرقة، كما وأضاف الفقه المالكي شرط آخر وهو كتابة السلطان إلى الغائب معلوم المكان وتخييره بين أمرين لا ثالث لهما، وهي العودة إلى زوجته أو نقلها إلى مكان إقامته؛ أو تطليقها عليه إذا رفض القيام بما سبق، وبالمقابل يُطَلَّق عليه السلطان مباشرة دون إعدار إذا كان في مكان مجهول لعدم جدواه².

وبهذا يرى المالكية في المعتمد عندهم أن جواز التّفريق لغياب الزوج عن زوجته يكون مُطلقًا، سواء كان غيابه بعذر أو بدون عذر وحتى ولو ترك هذا الزوج لزوجته مالا تنفق منه على نفسها، وعلى هذا يكون الضرر الواقع على الزوجة هو المسوغ الأوّل للفرقة بدليل قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾³، والتي تدل على أنّ الله سبحانه وتعالى جعل إمساك الزوجة رُغما عنها وإلزامها بالبقاء على الزوجية بقصد الإضرار بها أمر ممتنع عنه شرعا، ومن ثم لأبد من التسريح بإحسان خاصة وأن الزوج بغيبته وانقطاعه عن زوجته قد أضرّ بها⁴.

أمّا من السنّة فنجد ما روي عن عبد الله بن عمرو قال: دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار؟»، فقلت بلى، قال: فلا تفعل، قم ونم، وصم وأفطر، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزورك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا، وإنك عسى أن يطول بك عمر، وإنّ من حسبك أن تصوم من كل شهر ثلاثة أيام، فإن بكل حسنة عشر أمثالها، فذلك الدهر كله»⁵، ولم يبتعد هذا الحديث كثيرا عن المعنى العام للآية أعلاه، طالما أن الشغل الشاغل الأوّل للشريعة الإسلامية والإسلام بوجه عام هو دفع الضرر أينما

¹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عlish، المرجع السابق، ج.2، ص.431.

² - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، المرجع السابق، ص.261.

³ - سورة البقرة: الآية 231.

⁴ - عبير شاكر القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر، الأردن، 2007، ص.249.

⁵ - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح البخاري، ط.3، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005، كتاب الأدب، باب حقّ الصّيف، الحديث رقم: (6134)، ص.986.

وُجِدَ، ولما كان في غياب الزوج تفويت للحق في المعاشرة والوطء، فالتّفريق هو السبيل الوحيد لاستيفائه بزواج آخر في ظل عدم عودة الزوج الأول¹.

في ذات السياق، يعتبر الغائب الذي حياته ومكانه معلومين وتصل أخباره محبوساً بالقياس وفقاً لمذهب الإمام مالك وكذلك الحكم بالنسبة للأسير الذي لم ينقطع خبره، حيث يجوز لزوجته أن تطلب التّفريق حتى ولو كان غيابه بعذر؛ مؤسسين للإجازة على خوف الوقوع في الزنا بسبب شدة الضرر الناجم من ترك الوطء²؛ ولأنّ مُطلق الغيبة في المعتمد عندهم يكون بعذر أو بغير عذر³، ومن هذا قول الشنقيطي في لوامع الدرر: "وإذا ثبت لهما الطلاق بذلك فبخشية الزنا أولى لأنّ ضرر ترك الوطء أشد من ضرر عدم النفقة، ألا ترى أنّ إسقاطها يلزمها؟ على ما مرّ وإسقاطها حقها في الوطء لها أن ترجع فيه، والنفقة يمكن تحصيلها بتسليف أو سؤال بخلاف الوطء"⁴، وكذلك القول في حاشية الدسوقي: "الحاصل أنّه إذا حلف ليعزلنّ عن زوجته زمناً يحصل به ضررها أو حلف لا يبيت عندها أو ترك وطأها ضرراً من غير حلف أو أدام العبادة وتضررت من ترك الوطء وأرادت الطّلاق فإنّ الحاكم يجتهد في طلاقها عليه"⁵.

الواضح أنّ مقتضى التّطليق حسب هذه الأقوال هو ترك الوطء، بغض النظر عن غياب الزوج أو حضوره مادامت الزوجة تتضرر في الحالتين من خشية التعرض للفتنة بسبب بعد الزوج، ونظراً لكون المحبوس كالغائب بجامع حصول الضرر في كل منهما، وأمام عدم وجود ما يُستأنس به من القرآن الكريم أو السنّة النبوية عن جواز التّفريق بسبب الحبس؛ فإنّه وإعمالاً بالمقاصد العامة للشريعة الإسلامية التي تدفع الضرر وترفع الحرج عن المرأة، يكون مذهب الإمام مالك مُسائراً لهذا الأخير ومما ينبغي ترجيحه.

¹ عبير شاكر القادومي، المرجع السابق، ص.249.

² مبروك المصري، الطّلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائريّة -دراسة فقهية مقارنة-، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2010، ص.358.

³ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، ج.2: (الطلاق - الخلع - نفقة الأقارب) مع عرض القانون رقم 1 لسنة 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص.159.

⁴ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، لوامع الدرر في هتك أسرار المختصر شرح مختصر خليل، مجلد 7، دار الرضوان، موريتانيا، 2015، ص.562.

⁵ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عيش، المرجع السابق، ج.2، ص.431.

إذا كان الفقه المالكي قد أجاز تطليق زوجة الغائب لغيبة زوجها غير المنقطعة؛ فإنّ اختفاء أثر الشخص الغائب وانقطاع أخباره، من المسائل التي استوقفتنا لنبحث فيها خاصة عن موقف علماء المذهب المالكي، وبالتالي السؤال الذي نثيره في هذا الصدد: هل فقد الزوج يُلزم الزوجة بالبقاء على النكاح إلى الأبد؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال هو النفي بالتأكيد، إذ أنّ زوجة المفقود شأنها شأن زوجة الغائب غير منقطع الأخبار، فإنها تتضرر من ترك الوطء وكذلك تبقى معلقة لا هي متروجة ولا هي مطلقة، بل أكثر من هذا فإنها لا تعلم حياة زوجها من وفاته، ما يجعل لها الأولوية في طلب إيجاد رفيق دربها ورفع الحرج الذي أصابها¹، ونتيجة لهذا اختلف موقف المالكية في طلب التّطليق من المفقود إلى أربعة أوجه كالآتي:²

أولهم المفقود الذي خفي أثره وانقطعت أخباره في أرض الإسلام، بحيث يقضي الحاكم بعد البحث والفحص لامرأته إذا رفعت إليه أمرها بالأجل الذي قضى فيه الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالتربص لمدة أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا كعدّة وفاة، وهو المروي عن الإمام سحنون: وحدثنا سحنون عن ابن القاسم عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: «أيّما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل»³.

في قصة أخرجها عبد الرزاق _ بسنده _ في الفقيه الذي فقد، قال: دخلت الشعب فاستهوتني الجن، فمكثت أربع سنين، فأنت امرأتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمرها أن تربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه، ثم دعا وليه _ أي: ولي الفقيه _ فطلقها، ثم أمرها أن تعتدّ أربعة

¹ المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، المرجع السابق، ص.86.

² أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، المرجع السابق، ص. ص.259-261. محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، ص.561-568.

³ سحنون بن سعيد التنوحي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.31.

أشهر وعشرا، ثم جئت بعدما تزوجت، فخيرني عمر بينها وبين الصداق الذي أصدقته، ورواه ابن شيبه عن عمر، ورواه البهقي¹.

تعتبر هذه المدّة _الأربع سنين_ غاية أمد الحمل، تُضرب حسب مالك بأمر السلطان إذا وُجد من ساعة العجز أو اليأس من خبر المفقود²، أما إذا كانت الزوجة في موضع لا سلطان فيه؛ فإنها تستعين حسب قول القابسي وغيره من القرويين بصالحي جيرانها في الكشف عن خبر زوجها، بحكم قولهم أن: "فعل الجماعة في عدم الإمام كحكم الإمام"، فيضربوا لها في ذلك أجل أربعة أعوام ثم عدّة الوفاة ثم تحل بعدها للأزواج³.

كما يعد الأسير الذي تعرف أخباره وحياته لمدة ثم تنقطع بعدها مفقودا في نظر المالكية، وفي مثل هذا النوع من المفقودين لا يكون لامرأته الفرقة حتى ينقضي تعميره بالتقدير من السبعين إلى الثمانين⁴، ويدخل في حكمه أيضا النوع الثالث وهو المفقود في أرض العدو والمعتكف بين الصفين، فتبقى زوجة هذا الأخير والأسير مرهونة بديمومة النّفقة، وإلا فلها الطلاق، وإن حصل

¹ ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج.3، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، كتاب الرجعة، باب العدة والإحداد، الحديث رقم: (1051)، ص.565.

تجدد الملاحظة في هذا الصدد؛ أنّ مرجع وضع هذه المدّة يعود إلى عظمة ما يدعوا إليه ديننا الإسلامي الحنيف من عدم اختلاط الأنساب، وبموجبها تتأكد وتتيقن المرأة من براءة رحمها.

² محمد الزرقاني، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، شرح الزرقاني على الموطأ وبهامشه سنن أبي داود، ج.3، المطبعة الخيرية، د. ب. ن، 1410هـ، ص.56، 57.

³ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، ج.5، ص.496-498.

⁴ اختلف أصحاب المذهب المالكي في مدّة التعمير كالتالي: "أشار المص إلى أمد التعمير بقوله: وهو سبعون يعني أن نهاية مدّة التعمير سبعون سنة من يوم ولد هذا الشخص، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب.

ولمالك وابن قاسم قول أيضا: أن أمد التعمير ثمانون سنة، وإليه أشار بقوله: واختار الشيخان ثمانين يعني أن الشيخين وهما أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني والشيخ أبو الحسن علي القابسي اختارا كون أمد التعمير ثمانين سنة وحكم بخمسة وسبعين يعني أنه حكم ابن زرب وغيره.

وعن ابن الماجشون: تسعون، وعنه: مائة، ونحوه لأشهب وابن حبيب، وإليه رجع مالك. وعن ابن القاسم: هو الثمانون والتسعون. وعن ابن عبد الحكم: أنه مائة وعشرون". محمّد بن محمّد سالم المجلسي الشنقيطي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، ص.563.

وأن ثبتت لها البيّنونة من زوجها، كان ذلك لخشية الزنا بسبب ترك الوطء، وليس لضرر عدم الإنفاق؛ لأن ضرره في الأول أشدّ¹.

أمّا النوع الأخير وهو المفقود في فتن المسلمين، فلا يعتد بالتعمير، وإنما يجتهد الحاكم في البحث عنه، فمتى غلب على فقهه الهلاك وتسرب الظن بأن يكون ميتاً أو مقتولاً وهو في فتنة بين المسلمين، فلأمراته النكاح بعد العدة²، وتعتدّ بمجرد انفصال الصّفين إذا شهدت البيّنة أنه حضر المعتك، أما إذا لم توجد بيّنة على حضوره المعتك أو خروجه منه؛ فإن زوجته كزوجة المفقود في بلاد الإسلام تنتظر إلى أن يستقضي الحاكم في أمره بعد انفصال الصّفين ثم تعتدّ بعدها، وكذلك الأمر للذي يفقد في القتال بين المسلمين والكفار فلا تعتدّ زوجته إلاّ بعد نظر السلطان في أمره إن كان حياً أو ميتاً، وبعد مضي سنة من اليأس عن خبره تعتدّ، ويكون لها بعد ذلك أن تتزوج ويورث ماله حينئذ³.

ثانياً: موقف الفقه الحنبلي من حقّ زوجة الغائب في التّطليق للغيب

اتفق الحنابلة في المعتمد عندهم مع المالكية على إجازة التّفريق بين الزوجين للغيب، إذ اعتبروا تغيّب الرجل عن امرأته وسفره عنها بغير عذر لأكثر من ستة أشهر مع رفضه القدوم رغم طلبها ذلك سبباً حقيقياً في الفرقة⁴، وبمفهوم المخالفة إذا كانت غيبة الزوج عن زوجته لمدة سنة أشهر أو أكثر لعذر مقبول شرعاً كالسفر لطلب العلم أو العمل أو الغزو والحجّ الواجبين، ثم طلبت الزوجة من القاضي التّفريق لم يُفرّق بينهما لسقوط حقّها في الفرقة.

الظاهر أنّ الحنابلة يؤلّون لسبب الغيبة ومدّتها أهميّة كبيرة من أجل التّطليق على الغائب، حيث يكفي لقبول القاضي طلب الزوجة الهادف إلى التّطليق من زوجها الغائب غيبة غير منقطعة، أن تبيّن الزوجة أن غيبة زوجها كانت بدون عذر ولمدة سنة أشهر أو يزيد، ليكتب إليه القاضي إن كان معلوم المكان ويطالبه بالحضور وإن رفض فرّق بينهما.

¹ - محمّد بن محمّد سالم المجلسي الشّنعيطي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، ص.562.

² - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، المرجع السابق، ص.261.

³ - محمّد بن محمّد سالم المجلسي الشّنعيطي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، ص.568.

⁴ - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج.8، ص.355، 356. موفق الدّين أبي محمد عبد

الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.247.

في ذات السياق، أيد أحد الفقهاء المعاصرين ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنبلي في عدم التّفريق للغياب بعذر مشروع، حيث قال بأنّه لا يُفَرّق بين الزوجة وزوجها الذي سافر من أجل العمل أو الدراسة أو الجهاد في سبيل الله وتركها فوق نصف سنة؛ لأنّه من غير المعقول معاقبة الزوج بتطليق زوجته بغير إذنه وهو غائب في عذر مشروع، إلّا إذا كان يقصد من ورائه الإضرار بالزوجة¹.

إنّ هذا الرأي له وجاهته، ونؤيده فيما يتعلق بإجازة التّفريق على الغائب إذا كان يقصد من غيابه بعذر الإضرار بالزوجة، وبالمقابل عدم السماح بذلك إذا كانت نيته في الغياب بعذر بعيدة عن الرغبة في إلحاق الأضرار بالزوجة، وهو ما لا نقول به لأنّ الغياب يعتبر غياب مهما طالّت مدّته فالزوجة تتضرر في جميع الأحوال من البُعد والوحدة، لذا نرجّح مذهب مالك الذي أخذ بالتّفريق للغياب بعذر وبغير عذر لأنّه الأصلح دون الوقوف على قصد الزوج من الغياب إذا كان للإضرار أو عدم الإضرار بالزوجة.

بعدما تقدّم القول بأنّ الغيبة بدون عذر هي فقط التي تُجيز التّفريق بين الزوجين عند الحنابلة، فإننا نتساءل عن حبس الزوج وتضرر زوجته من البُعد هل هو غياب بعذر أم لا، وإذا كان بعذر هل يُخوّل مذهب الإمام أحمد للزوجة طلب التّفريق بسببه؟

خلافًا لما ذهب إليه الحنفية والشافعية في عدم أحقية زوجة السجين أو المحبوس في طلب التّطليق مهما دامت مدّة غياب زوجها بسبب الحبس، وسواء كان مكانه وحياته معلومين أم لا، ذلك أن موقفهم من الفرقة واضح وهو المنع، وبالتالي ما يمنع على زوجة الغائب والمفقود يمنع على زوجة المحبوس؛ فإنّ الحنابلة أجمعوا ومالوا إلى اقتصار إجازة الفرقة على الغياب بدون عذر، ومعنى ذلك أنّ الغياب لعذر كما هو الحال بالنسبة للمحبوس يُفقد الزوجة الحقّ في طلب

¹ - محمّد عبد الرحيم محمّد، زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية مع بحث بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية، ط.1، دار السلام للطباعة، د. ب. ن، 1990، ص.29.

التّفريق، إلّا إذا تعدّر انتفاعها منه، فلها الفرقة إذا طلبت كالتّقول في المفقود مثلها مثل زوجة الأسير، وهو رأي فقيه الحنابلة ابن تيمية¹.

إن مناط التّفريق بسبب حبس الزوج حسب ابن تيمية هو الضرر الواقع على الزوجة من بعد الزوج، ولكن قياسها على زوجة المفقود مما لا نرى ترجيحه استنادا للخلاف الشاسع الذي رأيناه سابقا بين الشخصين، فالمفقود حياته مجهولة وحكم زوجته أنّها تعتد للوفاة بعد الحكم بموته، الأمر الذي يجعله يختلف مع المحبوس الذي حياته محقّقة ولا يمكن الحكم بموته.

إذن وفي ظل عدم وجود ما يدلّ على جواز التّفريق للحبس في كتاب الله أو سنة نبيّه صلى الله عليه وسلم أو فعل الصحابة ليتم الاعتماد عليه، فإننا نرى ترجيح المذهب المالكي القائل بالتّفريق به بعد مرور سنة من الغياب؛ لأنّه يدفع الضرر عن الزوجة.

الجدير بالذكر؛ أنّ ما سبق من أحكام حول جواز التّفريق يشمل الغياب الذي يكون فيه الزوج معلوم الحال؛ بينما إذا لم يكن كذلك، فللحنابلة فيه تقسيم:

1- الغيبة التي ظاهرها السلامة

لا تنقطع الزوجية وفقا لأحمد بن حنبل بالنسبة للأسير لأنه معلوم الحال، والأمر نفسه للذي سافر في التجارة أو السياحة أو طلب العلم ونحوهما، لأنّ طبيعة غيابهم يغلب عليها السلامة، ومن ثم تنتظر زوجته حتى تتيقن من موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش فيها مثله²، ويستقل الحاكم في تحديده وفقا لاجتهاده³.

2- الغيبة التي ظاهرها الهلاك

الغائب الذي يغلب عليه الهلاك حسب ابن قدامة هو: "الذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع، فلا يظهر له خبر، أو يفقد من بين الصّفين، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته، أو يفقد في

¹ نور الدين أبو لحية، أحكام الطلاق والفسخ وآثارها برؤية مقاصدية، دار الأنوار للنشر والتوزيع، ط.2، د. ب. ن، 2015، ص.322.

² حدّدها أحمد بنتمة تسعين سنة، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا. أنظر؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.465. نقيّ الذّين أحمد بن محمّد بن علي الاومي، كتاب المنور في راجح المحرّر على مذهب الإمام المجلّ احمد بن محمّد بن حنبل الشيبانيّ، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2003، ص.331، 332.

³ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.465.

مهلكة، كبريّة الحجاز ونحوها، فمذهب أحمد الظاهر عنه، أن زوجته تتربص 4 سنين، أكثر مدة الحمل، ثم تعتدّ للوفاة 4 أشهرٍ وعشرا وتجلّ للأزواج¹.

يستخلص من هذا القول أن المرأة التي تفقد زوجها في ظروف يغلب فيها الهلاك كما عدّها ابن قدامة في قوله، لا تبين من زوجها ولا تجلّ لغيره إلا بعد أن تتربص لأربع سنين، ثم تعتد بعدها عدّة الوفاة المقدرة بأربعة أشهر وعشرا، وهذا المشهور عن أبي حنيفة ومالك، بدليل قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه "في امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا"²، وهو أحد أقوال الشافعي أيضا³، حيث علّل الإمام أحمد مقتضى إجازة فرقة من غاب زوجها فوق نصف سنة؛ بأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة، وتعذر النفقة بالإعسار، فلأن يجوز لتعذر الجميع أولى⁴.

ثالثا: موقف الفقه الشافعي من حقّ زوجة الغائب غيبة منقطعة في التّطليق للغياب

رأينا سابقا وضوح موقف الشافعية من منع التّطليق للغياب ومن ذلك قولهم: "فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في البحر فلم يأت له خبر أو جاء خبر أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيه ولا يستيقنون أنه فيه لا تعتد امرأته ولا تتكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه"⁵، إلا أنّ هذا الرأي يسري في الأصل وبصفة مطلقة على الشخص الغائب غيبة غير منقطعة دون الغائب غيبة منقطعة في القول الجديد فقط؛ وذلك أنهم أجازوا في القديم لزوجة الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره أن تتربص بعد انقطاع أخبار زوجها أربع سنين ثم تعتد بعدها عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرا ثم تتكح بعد ذلك إن شاءت.

¹ موفق الدّين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.248.

² السيد سابق، المرجع السابق، ص.452.

³ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المرجع السابق، ص.1519. أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، المرجع السابق، ج.6، ص.273.

⁴ موفق الدّين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.247.

⁵ محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص.239.

خلاصة القول؛ إن ما وقفنا عنده من اختلاف فقهي بين آراء تقول بمشروعية التّفريق للغياب وأخرى تنادي بعدم المشروعية على النحو الذي عرضناه، نرى أن موقف المانعين للفرقة والقائم على إطلاق بقاء الزوجية قائمة مهما طالّت مدّة الغيبة أو جهلت بغض النظر عن الضرر الذي يلحق الزوجة، فيه إجحاف بالمرأة إن لم نقل أنها عقوبة قاسية تُجبرها على الاستمرار في نكاح غير موجود أصلاً.

بما أن مغادرة الزوج لعائلته وترك الزوجة تتكبد مشاقّة الحياة لوحدها أمر لا تسمح به الشريعة الإسلامية في وقت تنادي بإزالة الضرر وليس وضعه؛ لذا فإنّ التفات كل من الفقه المالكي والحنبلي إلى منح زوجة الغائب العاجزة عن مواصلة الزوجية دون شريك يأنس وحدتها وضعفها حق التّطليق، هو الذي يساير موقف الإسلام والأصلح حسب رأيي، والمعتمد أيضاً في التشريعات العربية المقارنة محل الدراسة في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

جواز التّطليق للغياب في التشريعات العربية

أشرنا في بداية الفصل إلى ما يدلّ على إجازة التشريعات العربية للزوجة بحقّ التّطليق، ويعتبر غياب الزوج عن زوجته من بين الأسباب المبررة للتّطليق والمُصاغة من قبل هؤلاء، إذن ونظراً للاهتمام الذي لاقتته مسألة التّطليق لغياب الزوج من قبل المشرّعين وفق ما تكشف عنه مختلف النصوص المُطلّع عليها مما صدر عنهم من قوانين، لذا فإنّنا سندرس بالتّفصيل موقفهم من التّطليق للغيبة مقارنة بالفقه الإسلامي.

بناء على ذلك؛ نقسّم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين: بحيث نخصّص (الفرع الأول) لتحليل موقف قانون الأسرة الجزائري من تطليق الزوجة بسبب الغياب، أمّا (الفرع الثاني) فبدوره سيتناول موقف بعض التشريعات العربية الأخرى من تطليق الزوجة بسبب الغياب.

الفرع الأول

موقف قانون الأسرة الجزائري من تطليق الزوجة بسبب الغياب

تفترض مسألة غياب الزوج عن زوجته حالتين تخولان للزوجة تقديم طلب التّطليق إلى القاضي، والذي يجيبها إذا رأى مسوغ لذلك، وهما كالآتي:

أولاً: حقّ زوجة الغائب معلوم الحال في التّطليق

بيّن المشرع الجزائري موقفه من التّطليق لغياب الزوج في الفقرة الخامسة من المادة 53 التي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق لأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، حيث منح للزوجة حق طلب التّطليق إذا توافرت مجموعة من الشروط تتمثل في مُضي سنة على الأقل من تاريخ غياب الزوج، وأن يكون غيابه بدون عذر مقبول، كما وتضمّنت شرطاً آخر وهو ألا يكون الزوج قد ترك ما لا تتفق منه الزوجة على نفسها.

اللافت للنظر من خلال هذه المادة؛ أنّ المشرع صريح في موقفه الرامي إلى إجازة التّطليق للغيبة، وعلى هذا النحو يكون مُتّفقا مع المالكية والحنابلة المجيزين لفرقة الغياب ومخالفاً في نفس الوقت الحنفية والشافعية، لكن مُسايّره لمذهب القائلين بجواز تطليق الزوجة من زوجها الغائب ليس بالضرورة أن يكون مطلقاً، ما اضطرنا إلى التساؤل عما إذا كان المُقنّن الجزائري قد تبنى نفس الشروط التي وضعها المذهب المالكي في وقت اعتاد الاستئناس بأغلب آراءه في معالجة القضايا الشائكة التي تحتاج إلى ترجيح، أم أنه استعان فيما يخدم مصلحة المرأة والأسرة بما هو معتمد لدى مذهب الإمام أحمد؟

في ضوء ما تقدم من أقوال الفقهاء وأدلّتهم وما ورد عن المشرع الجزائري في جواز التّطليق بسبب الغياب، يمكن القول بأنّ موقف المشرع الجزائري هو مزيج بين رأي الفقه المالكي والحنبلي، ثم إنّ هذين الأخيرين اختلفوا في مدّة الغيبة المجيزة للتّفريق ونوعها، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري حيث أخذ عنهم بعض الضوابط وسكت عن الأخرى، بل وانفرد بوضع شروط لم يقل بها المذهبين وهو ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني.

ما يمكن ملاحظته حول كيفية الحكم بالتّطليق، أنّ هناك مجموعة من التدابير يتّخذها القاضي مُسبقًا للتأكد من غيبة الزوج تمهيدا للحكم عليه بالتّطليق، وقد تتخذ هذه التدابير صورة البحث عن الغائب في الأماكن التي يمكن أن يتواجد فيها، أو الإعلان عنه في الصحف ليتم توزيعها في دائرة آخر موطن المعني بالأمر أو توزيعها في أي مكان يراه القاضي مفيدا لإعلام الغائب¹، أو تبليغه عن طريق التعليق، ويعتبر هذا الأخير تدبير مهمّ للحكم بالتّطليق في القضاء الجزائري، نجد أساسه في أحد قراراته التي تقضي بـ: "يعد غياب الزوج عن الجلسة رغم تبليغه عن طريق التعليق، قرينة على غيابه عن مسكن الزوجية لمدة تفوق السنة، ويترتب عليه الحكم بالتّطليق"².

انتهينا فيما سبق إلى أنّه يعتبر من قبيل غائب معلوم الحال الشخص المحبوس، ذلك لأنّ حياته ومكان وجوده معلومين، وفي هذا الإطار اعتبر المشرع الجزائري حبس الزوج سببا لطلب التّطليق وذلك بموجب الفقرة الرابعة من المادة 53 التي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب الآتية: 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية".

على هذا النحو يكون المشرع قد أجاز للزوجة التي تضررت من حبس زوجها أن تطلب التّطليق وفقا لشروط معينة نجملها فيما يلي:

1- صدور حكم بإدانة الزوج

إنّ الفقرة 4 من المادة 53 واضحة بخصوص حقّ الزوجة في التّطليق، حيث قيّدته بصدور حكم قضائي ضد الزوج، ويجب على الزوجة أن تثبت ذلك بالطرق القانونية.

2- أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة

يُشترط في الجريمة التي تؤدي إلى صدور حكم قضائي يدين الزوج، ويتأسس بموجبها للزوجة طلب التّطليق بناء على مقتضيات المادة 4/53 من قانون الأسرة، أن تكون ماسة بشرف

¹ - Y VAINÉ BUFFELAN-LANORE, VIRGINE LARRIBEAU-TERNEYRE, Droit Civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 17^e édition, Dalloz, Paris, 2011, p.284.

² - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1371857، قرار بتاريخ 2020/02/05، قضية (ق ي) ضد (ب س) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2020، ص.63.

الأسرة وحرمتها وتصل إلى حد شعور الزوجة والأولاد والذين يقربونهم بالخزي والعار من سلوك الزوج¹.

لا ريب أنّ القول بجواز تطليق الزوجة من زوجها الذي صدر في حقّه حكم نهائيّ بعقوبة تمنعه من مواصلة العشرة والحياة مع زوجته مرتبط أساسا بشناعة الجريمة، لكن استعمال المشرع لعبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة" يكون قد عمّم الوصف ليشمل جرائم عدّة ومختلفة يخضع وصفها بذلك الشكل إلى سلطة القاضي التقديرية².

المهمّ بيانه أنّ الهدف من اعتماد المشرع لمدلول واسع في العبارة السالفة الذكر، يعود في الأصل إلى تعدّد الجرائم الماسّة بالأخلاق والآداب العامة بشكل لا يمكن حصّرها حيث تشمل جريمة الزنا، والدعارة، والرشوة، وخيانة الأمانة وغيرها³، وبالمقابل يقع على القاضي حتمية إجابة الزوجة بمجرد تحقق الشروط دون التوقف على رغبة الزوج أو حضوره⁴.

3- أن تعكس الجريمة استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية

لأ يكفي أن يرتكب الزوج جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ليحقّ للزوجة طلب التّطليق، وإنّما لا بد أن تكون هذه الجريمة قرينة على استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ويعتبر هذا الشرط نتيجة حتمية للشرط السابق؛ لأنّه من البديهي أن تكون الأفعال التي تؤدي إلى إدانة الزوج بجرائم ماسّة بشرف الأسرة وبكرامة المرأة هي جرائم تحول دون استمرارية العشرة والحياة بين الزوجين؛ فإنّ الزوجة تفقد الثقة في زوجها وتتضرر ضررا معنويا من جراء هذه الجرائم التي تحط من قيمة الأسرة وتشمئز منها الروح البشرية⁵.

¹ - خيرة قويدري، حالات التّطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص. 140.

² - نورة منصوري، المرجع السابق، ص. 57.

³ - سعاد لعلّي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2015/2014، ص. 285.

⁴ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 273544، قرار بتاريخ 2002/07/03، قضية (م ن) ضد (ع د)، نشرة القضاة، العدد 58، سنة 2002، ص. 198.

⁵ - خيرة قويدري، المرجع السابق، ص. 141، 142.

لعل توفر الشروط السابقة مُجمعة، يجعل الزوجة أوّل المتضررين من جريمة الزوج، والمستفيدة من الحقّ في التّطليق بسبب الضرر المعنوي الذي لحقها من سلوك الزوج المُنافي للأخلاق، والتي جعل بها مواصلة الحياة الزوجية مستحيلة، وإن كان المشرع يسمح بالتّطليق لوجود الزوج في الحبس وفقا للفقرة 4 من المادة 53 السالفة الذكر، فإنّ سبب التّطليق في هذه الحالة ليس نتيجة تضرر الزوجة من غياب الزوج عنها وخوفها الفتنة، بل بسبب وصف الجريمة المُرتكبة بأنّها ماسة بشرف الأسرة وانعكاس ذلك على الحيّة الزوجية، ومن هذا المنطلق يكون المشرع الجزائري مخالفا لمذهب القائلين بالتّطليق للحبس قياسا على الغياب؛ لأنّه جعل طلب التّطليق لحبس الزوج سببا مستقّلا بذاته.

ثانيا: حقّ زوجة الغائب مجهول الحال في التّطليق

إذا كان مناط إجازة التّطليق بين الزوجين بسبب غياب الزوج بدون عذر ولا نفقة في القانون الجزائري هو تضرر الزوجة، فإنّ تمتع هذه الأخيرة بنفس الرخصة عند غياب زوجها غيابا منقطع الأخبار، هو الأولى بالاعتبار من غيره لكونها لا تعلم حياته ولا موته. بالتالي لو آثرت الزوجة عدم الصبر والبقاء على النكاح بسبب تضررها من غيبة زوجها؛ فإنّ القانون خوّل لها بموجب المادة 112 من ق. أ حقّ التّطليق من زوجها المفقود وفقا للفقرة الخامسة من المادة 53 بناء على قضاء القاضي (1)، أمّا لو اختارت الانتظار وعدم التّطليق منه؛ فإنّ الزوجيّة تبقى قائمة إلى أن تتحل بالوفاة الحكيمة بما أنّ لا أحد يملك التّفريق في مكانها (2).

1- التّطليق بعد صدور الحكم بالفقد

عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة مدى حق زوجة المفقود في التّطليق في المادة 112 التي تنص: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

الواضح من هذا النص أنّ المشرع الجزائري ذهب للقول بجواز التّطليق للفقد كما أجازة للغيبة؛ ولا يخلو الحال هنا أن يكون طلب التّطليق للفقدان بناء على الغياب مباشرة إذا ما توافرت

شروطه من غير انتظار الحكم بالوفاة لكي يتسنى للزوجة الانفصال¹، وتأسيساً على هذا يُمنع على زوجة المفقود التي انقطع خبر زوجها وتسرب الشك حول حياته من أن تطلب التّطليق للفقدان إذا كان غياب زوجها لعذر مشروع وكان له مال تنفق منه وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرة الخامسة من المادة 53، بل عليها انتظار صدور حكم يقضي بوفاة زوجها بعد مدّة أداها أربع سنوات².

يلاحظ على المادة 112 أعلاه أنّها خوّلت لزوجة الغائب أو المفقود على السواء طلب التّطليق، لكن مع الاختلاف في السبب إذ نجد التّطليق استناداً للمادة 5/53 غايتها معاقبة الزوج عن الإضرار بزوجته، بينما يعود سبب سنّ نص المادة 112 من القانون عينه إلى دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها كما فعلت الأولى، مما يجعل من هذه الأخيرة نص إحالة³.

بالتمعن الجيد في أقوال الفقه التي تقول بعدم مشروعية التّفريق بين المفقود وزوجته وبالزامية بقاء الزوجة في عصمة زوجها وانتظار عودته مهما دامت فترة الانقطاع، أو تلك التي لا تعمل بهذا الانتظار وأخذت بمشروعية التّفريق، نجد بأنّ المشرع الجزائري قد حذا حذو الإمامين أحمد ومالك في إجازته لزوجة المفقود من خلال المادة 112 أن تختار بين البقاء في عصمة زوجها طالما أنه حي قبل الحكم بموته؛ أو أن تطلب التّطليق إن يئست من الانتظار وتضررت من غيابه.

بما أنّ طلب الزوجة من القاضي التّطليق للفقدان يقتضي صدور حكم يقضي بفقدان هذا الزوج، فإنّ هذا الحكم بدوره يربّث آثار على الزوجة تتمثل من جهة في جواز التّطليق والذي أشرنا إليه آنفاً؛ كما ويربّث آثار على معاملات المفقود المالية (ب) وهو ما سنحاول تفصيله بعد إبراز كيفية إصدار هذا الحكم ووقت العمل به (أ).

¹ دليّة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.170.

² المرجع نفسه، ص.170.

³ عبد الفتاح نقيه، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص.249، 250.

أ- إصدار الحكم بالفقد ونطاق العمل به

أشارت المادة 109 من ق. أ. ج التي تنص: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم"؛ إلى أنّ الغائب الذي انقطعت أخباره لا يعتبر مفقوداً مهما دامت فترة فقده إلاّ بعد أن يصدر القاضي حكماً بفقده، وتحصل الزوجة على هذا الحكم بموجب دعوى قضائية ترفعها هي أو أحد أقارب المفقود من الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة بغية إزالة الشكوك حول حياة أو موت المفقود¹، وبمجرد أن يصير الحكم بالفقدان نهائياً تستطيع الزوجة رفع دعوى للمرة الثانية من أجل التّطليق، وتدعيم دعاوها بالحكم الذي تحصلت عليه من الدعوى الأولى، ليطلّع القاضي على جدية طلبها ويحكم لها بالتّطليق².

يعتبر الشخص مفقوداً وفقاً لما تقدّم من لحظة صدور الحكم بالفقد وليس من تاريخ انقطاع أخباره³، وتبقى شخصيته قائمة ومستمرة إلى أن يصدر بحقه ما يعدمها وذلك عندما يحكم بموته⁴، ويسري الحكم بالفقد تبعاً لذلك بمجرد صدوره بشكل فوري، دون أن يرتد بأثر رجعي إلى يوم انقطاع أخبار الشخص؛ لأنّه حكم منشئ لحالة جديدة ولم يكشف عن حالة موجودة من قبل⁵.

ب- أثر الحكم بالفقد على المعاملات المالية

لما كان الشخص قبل فقده يكون قد أبرم عقوداً ومعاملات مع غيره، أكسبته حقوقاً وفرضت عليه التزامات، لذا فإنّ المحافظة على مصالح هذا الأخير والغير أثناء فترة الانقطاع لا يكون إلا بتعيين من يديرها عند الحكم بالفقد، ومن هذا المنطلق تبقى العقود التي أبرمها المفقود قبل فقده كالوصية أو الهبة أو الإيجار أو البيع أو العارية وغيرها من العقود وكذلك ديونه قائمة وسارية

¹ ليس للقاضي تحريك الدعوى _الحكم بالفقدان_ من تلقاء نفسه، إذ لا بد من قيام الزوجة أو أحد ورثته أو النيابة العامة أو من له مصلحة بتقديم طلب إلى القاضي من أجل استصدار الحكم بالفقدان وفقاً للمادة 114 ق. أ. ج التي تنص: "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة"، كما ويبدل القاضي ما بوسعه ويسخر كل الوسائل الضرورية لتسهيل عملية البحث والتفتيش عن المفقود ومن ثم إصدار الحكم.

² خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص.150.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.327.

وفي هذا الصدد؛ ينبغي على الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة التّكفل بمهمة إثبات الانقطاع بكافة طرق الإثبات.

⁴ أحمد سي علي، المرجع السابق، ص.76.

⁵ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.327.

المفعول حتى بعد فقده؛ لأنّه يعتبر حيا ويتولى المقدم تسييرها وإيفاء ديونه بدلا عنه، في حين تظل مسألة توريثه من الغير أو ميراث الغير منه مسألة معقّدة تحتاج إلى تفصيل، وعلى هذا الأساس نتساءل عن الآثار التي يربّتها صدور الحكم بالفقد على ميراث المفقود وعلى زوجته؟

يتجلى من أحكام المواد 115 و133 من ق. أ. ج.¹، أنّ الحكم بالفقد يمنع التوارث ما دام المفقود حيا لم يحكم بموته بعد، وبالتالي تبقى أمواله ملكا له ولا تقسم إذا كان هو المورث، ذلك أنّ توزيع التركة يترتب على الوفاة²؛ أما إذا كان هو الوارث فيدخل بحكم أنّه حي ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بالفقد³، وبعبارة أخرى؛ فإنّ الحكم بموت المفقود ينفي لهذا الأخير صلاحيته لأن يكون وارثا إذا مات المورث بعد الحكم بموته.

لم يميّز المشرع الجزائري بمقتضى المواد السابقة بين الأمور التي تنفع المفقود أو تضره أو تلك التي تنفع أو تضر غيره؛ وإنّما أخذ بحقوق المفقود على عمومها حتى وإن كانت مما يتضرر به الغير طالما هي مفيدة للمفقود كمن أوصى له بوصية أو تبرع له بشيء، فيتسلّمه المقدم ويحفظه إلى أن تتبين حياته أو وفاته⁴ وهو مذهب الإمام أحمد بن حنبل⁵، وفي رأي مغاير يرى أبى حنيفة أنّ المفقود ميت في حق غيره فلا يرث أحدا ممن مات من مورثيه قبل الحكم بموته؛ لأنّه تجرى عليه حكم الأموات فيما لم يكن له، أما هو بصفته مورث فلا يُورث ماله لأنّه حي حقيقة بالنسبة للأمور التي تضره وتنفع غيره من الورثة⁶، وعليه لا تُقسّم أمواله ولا تتزوج زوجته حتى يقوم دليل على موته بدليل أنّ "نكاحه حقّه وهو حر في إبقاء ملكه وحقّه عليه"⁷، وإلى جانب

¹ - تنص المادة 115 من ق. أ. ج على أنه: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها"، وكذلك المادة 133 منه على أنه: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

² - باسمه تواتي، "حكم توريث الزوجة من المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 15، العدد 2، 2022، ص. 1361.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 328.

⁴ - راجع المواد 111، 184 و202 من ق. أ. ج.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 328.

⁶ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 8، ص. 313. محمد أمين عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، المرجع السابق، ج. 6، ص. 460.

⁷ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 11، ص. 35.

الحنفية منع كذلك الشافعية ورثة من انقطع خبره وجهلت حياته على اختلاف أحواله من الاستفادة مما يتركه المفقود من ميراث؛ بحيث يظل موقوفاً للمفقود يتصرف فيه وكلاؤه إلى أن يتبين أمره¹. إلى جانب صلاحية المفقود لاكتساب الحقوق، فإنه لا يعفى من تنفيذ الالتزامات العالقة على ظهره، وبالتالي يظل محملاً بالنفقة الواجبة عليه لمن يتولى رعايتهم؛ على أن يتولى من تعينه المحكمة بمقتضى أحكام المادة 111 من ق. أ. ج مهمة تنفيذ هذا الالتزام وكافة الالتزامات المترتبة على عملية تسيير وإدارة أموال المفقود².

بناء على ما تقدّم، يعتبر الشخص مفقوداً إذا لم يتوقف أهله على خبر حياته أو مماته، ويمكن لمن له مصلحة سواء زوجته أو ورثته أو الغير، أن يطلب إصدار الحكم بفقده بعد مرور أكثر من سنة على انقطاع أخباره؛ وتبقى شخصيته القانونية مستمرة قبل وبعد الحكم بفقده، إلى أن تنتهي بموته موتاً حقيقياً أو حكماً.

2- التّطليق بسبب الحكم بالوفاة

اقتصرت الدراسة السابقة على الحالة التي تختار فيها الزوجة التّطليق من زوجها المفقود، أما إذا قرّرت انتظار الزوج وعدم التّطليق فالأمر لا يخلو من أمرين: أحدهما أن تبقى على الزوجية إلى أن يأتي أجلها أو تتيقن من موت الزوج إذا لم يرفع أحد الورثة أو من له مصلحة دعوى إلى القضاء للنظر في حال المفقود، أما إذا تحققت هذه الأخيرة وطالب الورثة من القاضي الحكم بوفاة المفقود، فإنّ الزوجية هنا تتحل بطريقة أخرى غير الطلاق والتي تعرف بالوفاة الحكمية³ (أ)، ومن ثمّة يترتب عنها مجموعة من الآثار (ب)، كالآتي:

¹ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ص. 317.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 330.

³ المراد بالوفاة الحكمية هي تلك الوفاة التي يُلتبس أمر حدوثها، بمعنى آخر هي نقيض الحقيقية التي لا خلاف في حدوثها، والتيقن منها موجود بسبب الدليل. وعليه نقول بالوفاة الحكمية عندما يفقد الشخص، وأصبحت وفاته بعد مرور زمن التحري والتفتيش عنه محل شك، فيحكم القاضي بناء على هذه المؤشرات بما يسمى بالوفاة الحكمية. ويعتبر المشرع المغربي الوحيد الذي عرّفها بصراحة وذلك في المادة 325 من مدونة الأسرة التي تنص: "الميت حكماً من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتاً".

وكإشارة فإنّ الحكم الصادر من القاضي بوفاة المفقود "الوفاة الحكمية" يعتبر حكماً منشأً للوفاة وليس كاشف لها. عبد الودود محمد السّريتي، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت، 1997، ص. 387.

أ- صدور الحكم بوفاة المفقود

مما لا خلاف فيه أنّ الوفاة الحقيقية لا تترك أي شك في حدوثها، فهي واقعة تشاهد بالعيان أو تقوم البيّنة عليها، فلا تدع أي مجال لاحتمال بقاء الإنسان على قيد الحياة¹، وبالتالي إذا حصل وتعذّر على الزوجة أو الأهل الوصول إلى جثة الغائب بسبب أنه كان مسافراً ولم يظهر له خبر، أو أن جثته ضاعت في عرض البحر لغرق السفينة التي كان على متنها أو بسبب سقوط الطائرة، أو اختفائها بسبب زلزال أو فيضان، فما مصير الشخص في مثل هذه الحالات؟

اختلفت الآراء الفقهية بشأن المدّة التي يعتبر بعدها المفقود ميتاً وأثر ذلك على أمواله وزوجته، بين من يقول بالبقاء للتعيمير ومن يقول بإسناده إلى اجتهاد الحاكم²، أما القانون الجزائري فقد عالج مصير هذا المفقود من خلال الحكم باعتباره ميتاً متى جهلت حياته وتعطلت علاقاته مع الغير³، ومنه تكون الوفاة الحكمية هي الطريقة الثانية لحل الرابطة الزوجية بعد إمكانية حلّها بالوفاة الطبيعية، ويستقل القاضي في الحكم بها بموجب الترخيص الممنوح له لتأتي الأمر⁴ حسب حالة الفقد كالاتي:

أ-1- الفقد في ظروف يغلب فيها الفناء

تكمن هذه الأخيرة في الظروف أو الحالات التي يفقد فيها الشخص ويرجّح على إثرها احتمال موته على حياته⁵، ويدخل في مفهومها من يفقد في كوارث طبيعية أو غير طبيعية؛ كأن تغرق به سفينة أو يعصف بالقرية التي يقطنها زلزال مدمر، أو أن يشارك في حرب وضعت أوزارها ولم يظهر عنه خبر، إلى غير ذلك من ظروف يتكفل القاضي مهمّة تقديرها⁶، أمّا المشرع الجزائري فعبر عن هذه الظروف في المادة 113 من ق. أ بمصطلح "الحروب والحالات

¹ حميد سلطان، "حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي"، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية صفي الدين الحلي، جامعة بابل العراق، المجلد 1، العدد 1، 2009، ص.118.

² لتفاصيل أكثر حول هذا الأمر راجع: باسمه تواتي، "حكم توريث الزوجة من المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص. ص. 1362-1365.

³ عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص. 183.

⁴ رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص. 65.

⁵ - THIERRY CARE, Op.Cit, p.36.

⁶ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 334.

الاستثنائية" وذلك على نحو التالي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري...".

يفهم من هذه المادة؛ أنّ وفاة المفقود في الظروف التي يغلب فيها الهلاك والفناء، تتأكد بعد صدور الحكم بالوفاة من قبل القاضي، الذي يتولى في إطار الأربع سنوات المخولة له لإتمام المهمة، استنفاد كافة محاولات البحث والتحريات وصولاً إلى معرفة يقينية حول حياة المفقود.

كما تثير المادة 113 عدّة تساؤلات من بينها: هل تاريخ الحكم بالفقدان هو الذي يعتد به في ابتداء حساب مهلة الأربع سنوات السابقة للحكم بالوفاة؟ وهل حكم القاضي بوفاة المفقود حسب نظر المشرع الجزائري في ظروف الهلاك أمر وجوبي؟

استقلت المحكمة العليا في الإجابة عن التساؤل الأول في قرار صادر عنها في هذا الشأن مفاده: "أن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون"¹، ومنه ينبغي على قضاة المجلس توكيل من هم من صلاحياتهم القيام بمهمة التحقيق عن ظروف الفقد واستخلاص تاريخه، الأمر الذي على أساسه يبدأ سريان حساب مدة الأربع سنوات الممهدة للحكم بالوفاة وليس من تاريخ الحكم بالفقدان².

ويكون بذلك هذا القرار قد ساير المشهور عند الحنفية والمالكية في إسناد الحكم بوفاة المفقود إلى تاريخ الفقدان، بعد أن تكون النيابة العامة قد تثبتت منه كجهة مختصة من صلاحياتها مراقبة مراكز الحدود والسفارات للتأكد من مسألة خروج المعني بالأمر من البلد أو عدم خروجه،

¹ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 290808، قرار بتاريخ 2002/04/10، قضية (ب ف) ضد (النيابة العامة)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2003، ص. 372.

² - نص على هذا الأمر التشريعات العربية التالية: المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، وكذلك المادة 2/205 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، وأيضاً المادة 248 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، والمادة 264 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان.

ولكونها أيضا طرفا أصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام ق. أ بدليل نص المادة 3 مكرر من تقنين الأسرة¹.

أمّا المشرع الجزائري، فتميّز في إجابته على هذه التساؤلات من خلال التفريق بين الحكم بموت المفقود الوارد في قانون الأسرة الجزائري، وذلك المنظم بنصوص خاصة كالآتي:

بالنسبة لقانون الأسرة فلم تكن إجابته واضحة في المادة 113 منه، لكن أجاز في أحكامها للحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية مضي أربع سنوات بعد التحري²، مما يفهم أن هذه الأخيرة يبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بفقد الشخص وليس من تاريخ غيابه³؛ ويسري هذا الحكم على أيّ جزائري فقد في الجزائر أو خارج إقليمها؛ دون أن يمتد إلى الأجنبي وعديم الجنسية إلا إذا فقد في الجزائر أو على متن طائرة أو باخرة تابعة للدولة الجزائرية وذلك وفقا للمادة 89 من قانون الحالة المدنية⁴.

إلاّ أنه يلاحظ على المادة 113 أعلاه، أنها جاءت بصيغة الجواز ما يوحي بأنّ المشرع الجزائري أخذ بحالة الفقد في الهلاك والسلامة كما جاء بها الحنابلة، لكن دون التفريق بينهما من حيث ضرورة الحكم بالوفاة، وبالتالي فاستعمال المشرع الجزائري للفظ "يجوز" يخوّل للقاضي ودون إلزام الحكم بموت المفقود في كلتا الحالتين وفقا لسلطته التقديرية⁵، مما يجعله بمقتضى هذه المادة ملزما قانونا بأن لا يحكم بموت المفقود قبل انتهاء الأربع سنوات، وبمفهوم المخالفة فإنّ التصريح بتلك الوفاة بعد انتهاء تلك المدة أمر غير ملزم للقاضي⁶، وفي هذا الخصوص صدر عن محكمة

¹ - العربي بلحاج، "المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 10-04-2002 ملف رقم 290808"، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006، ص. ص. 113-115.

² - مدة الأربع سنوات مستوحاة من فتوى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا؛ وهو المعتمد عند مالك.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 335.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 334.

⁵ - ياسين علال، "السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بموت المفقود"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 4، العدد 2، جوان 2017، ص. 1009، 1010.

⁶ - العربي بلحاج، "المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 10-04-2002 ملف رقم 290808"، المرجع السابق، ص. 113، 114.

عين بوسيف حكم يقضي بوفاة المدعى عليه الذي اختفى ولم يسمع عن أخباره شيء منذ سنة 1994 بسبب فراره من أحد عناصر درك شلالة العذاورة عند محاولة إلقاء القبض عليه، مع العلم أنه صدر حكم بفقدانه سنة 2005 بطلب من زوجته وشقيقه، ووفقا لحثيات القضية تعتبر سنوات التسعينات من الحالات الاستثنائية بمفهوم المادة 113، والمدعى عليه مفقود منذ 1994 وبالتالي مرّت عليه 16 سنة، لذا استجابت المحكمة إلى طلب المدعية وأخ المدعى عليه التي استمعت إليهما بتاريخ 2010/04/06، وحكمت بموت المفقود لأن مدّة الأربع سنوات المحددة قانونا قد فاقت¹.

إلى جانب قانون الأسرة، أفرد المشرع الجزائري مفقودي الفيضانات والزلازل أحكاما خاصة منظمّة في قوانين خاصة لا يعتبر فيها المفقود ميتا إلا من تاريخ صدور حكم من القاضي يصرّح بذلك²، ومع هذا تعتبر هذه القوانين محددة المكان والزمان لا تصلح إلا لما وضعت لأجله ولفترة مؤقتة، وتستثنى منه حالات الفقد اللاحقة لها³، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة التفكير على المدى البعيد وسن قانون يشمل كافة الحالات الاستثنائية وصالح للتطبيق في كل زمان ومكان.

في المقابل للقانون الجزائري، تذبذبت التشريعات العربية هي الأخرى في ضرب المدّة المعتبرة لموت المفقود، فحدّدها المشرع المغربي في المدونة بمرور سنة من تاريخ فقدان الأمل حول حياة أو موت المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك هذا من ناحية، أما بالنسبة للظروف والأحوال الأخرى فتتكفل المحكمة تحديد المدّة التي تراها مناسبة⁴، وبهذا أخذ المشرع الأردني في المادة 248 من قانون الأحوال الشخصية التي جاءت تنص: "...أما إذا فقد إثر كارثة كزلازل أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحوادث فوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده".

¹ - محكمة عين بوسيف، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول 10/00130، بتاريخ 2010/04/27، قضية (ع م) ضد (م ي)؛ نقلا عن: نزهة شبايكي، المرجع السابق، (ملحق) ص. 106، 107.

² - يصرّح القاضي بوفاة الشخص المفقود في الحالات الاستثنائية بموجب حكم قضائي اعتمادا على محاضر معاينة الفقدان، لا على شهادة الشهود. المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 482011، قرار بتاريخ 2009/02/11، قضية (وكيل الجمهورية) ضد (س ع)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2009، ص. 288.

³ - عثمان دشيّة، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ - راجع المادة 1/327 من مدونة الأسرة المغربية.

لم يُسوّ المشرع المصري بموجب الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 21 في المدّة التي يحكم بعدها بموت المفقود؛ حيث فرق بين الذي يفقد وهو على سفينة ثم غرقت، أو على متن طائرة سقطت، مع الذي يفقد وهو من أفراد القوات المسلحة أو من هيئة الشرطة، فحدّدها في الحالات الأولى بثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ فقده؛ بينما جعلها سنة للذين فقدوا في الحالات الأخرى أثناء العمليات الحربية أو العمليات الأمنية، في وقت كان يعتد بهذه المدّة أي سنة في اعتبار المفقود ميتاً في جميع الحالات المذكورة في عرض المادة، على أن يبدأ حسابها من تاريخ فقده، وأن يتولى رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع إصدار قرار بأسماء المفقودين، ويحل محل الحكم بموت المفقود¹.

على نقيض التشريعات السابقة، أتى التشريع السوداني برأي مغاير لسنة واحدة، فحددها بستين في الأحوال غير العادية والتي يغلب فيها هلاك المفقود، أما الأحوال الأخرى والتي لا يفترض فيها موت المفقود لانقطاع أخباره في ظروف لا يغلب فيها إلا الأمن والسلامة؛ فقيدتها بمضي أربع سنوات على الأقل من تاريخ فقده².

كما مشى المشرع اليمني على خطى هذا الأخير، في تحديد مدّة ستين كأجل يحكم بعدها بموت المفقود في غير ظروف السلامة، وهذا ما جاءت المادة 117/ج تنص عليه: "إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه ومضت سنتان على إعلان فقده"، ومن خلالها يتيقن القاضي ما إذا كان المفقود حياً أو ميتاً، ليصدر بعدها حكماً بموته³.

¹ - تنص المادة 2/21 و3 من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه: "ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضي ثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية، بحسب الأحوال، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود". بينما تنص نفس المادة قبل التعديل على أنه: "...يعتبر المفقود ميتاً بعد سنة من تاريخ فقده في حال ما ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية...".

² - راجع المادة 2/264 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان.

³ - أنظر المواد 117 و118 و119 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية اليمنية.

أ-2- الفقد في الظروف العادية

يمكن أن نعبر عن الظروف أو الحالة العادية بعدم الحضور، والتي في ظلها لا نجد الشخص الذي نبحث عنه في المكان المتوقع أن يكون فيه سواء في منزله أو مكان عمله... الخ¹، إذ في ليلة وضحاها يُفقدُ التواصل به ولا يسمع عن أخباره شيء، كون الظروف المحيطة به عادية ويغلب فيها السلامة ولم يطرأ عليها زلزال أو فيضان أو ما شابه.

اتجهت أغلبية التشريعات العربية²، إلى تفويض القاضي فور الانتهاء من التحري والبحث عن المفقود بكل الطرق الموصولة والوسائل الممكنة، مهمة تقدير مدّة أخرى مناسبة للحكم بموته إذا لم يتوصل إلى خبر عنه في الظروف العادية، وذلك في حدود السلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا الشأن، على أن يراعي في تحديدها عدة معطيات، منها ما يتعلق بالظرف الذي فقد فيه المعني، ومنها ما يتعلق بوضعيته سواء صحته أو مرضه، صغره أو كبره³.

على خلاف هذه التشريعات، ذهب قانون الأحوال الشخصية السوري بموجب المادة 205 إلى اعتبار المفقود ميتا عند بلوغه الثمانين من العمر؛ لأنها المدة التي يفترض غالبا أنه لا يعيش بعدها، فتعتد زوجته حينئذ ويقسم ماله بين ورثته.

وفقا لما تقدّم، يصدر الحكم باعتبار المفقود ميتا بناء على طلب أحد ورثته أو من له مصلحة أو النيابة العامة كما هو الشأن في الحكم بالفقدان وفقا لما هو وارد في المادة 114 من ق. أ. ج، ولا بد على القاضي إصدار هذا الأخير أولا وبعدها الحكم بموته، لأن صدور الاثنين في آن واحد يُعَرِّض الحكم للبطلان وهو المؤكّد في قرار المحكمة العليا الآتي: "من المقرر قانونا أن الشخص الغائب، يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه. ولما ثبت _ من قضية الحال _ أن قضاة

¹ - THIERRY CARE, Op.Cit, P.31.

² - الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 2/327 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، المادة 250 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 117/ب من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية اليمنية، المادة 2/113 من ق. أ. ج.

³ - ياسين علّال، "عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية-أدرار، المجلد 16، العدد 1، 2017، ص.360.

الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستجوب إبطال قرارهم _المنتقد_".¹

يبين مضمون القرار أعلاه؛ أمرين: أحدهما؛ أن القانون يفوض القاضي سلطة تقديرية في الحكم بموت المفقود بناء على ما ترجّح لديه من أدلة جمعها في إطار التحري والتحقيق عنه وصولاً إلى معرفة وبقين ما إذا كان حياً أو ميتاً، أمّا الأمر الثاني فلا بدّ أن يكون حكم الوفاة تالياً للحكم بالفقد ومضى على إصداره أربع سنوات على الأقل حتى تكون الإجراءات سليمة.

ب- آثار الحكم بوفاة المفقود

يترتب على الحكم بوفاة المفقود آثار ترتبط بالزوجة، وأخرى مالية تتعلق بالمفقود كآلاتي:

ب-1- أثر الحكم بوفاة المفقود على الزوجة

سنتناول في هذا الصدد أثر الحكم بموت المفقود على زوجته من حيث العدة ونفقتها وكذلك الإحداد وموقف الفقه والتشريع من ذلك (ب-1-أ)، وأيضاً أثر رجوعه حياً على زوجته المنكوحة أو غير المنكوحة ونسب ولده إليه (ب-1-ب).

ب-1-أ- ما يترتب على عدم ظهور المفقود حياً بعد الحكم بالوفاة

يترتب على صدور الحكم بموت المفقود الآثار نفسها الناجمة عن الموت الحقيقية، بحيث تنحل الرابطة الزوجية إذا التزمت الزوجة بالعقد ولم تطلب التّطليق، وتعدت نتيجة ذلك عدة الوفاة المقدر بأربعة أشهر وعشراً كما هو الشأن لو توفي طبيعياً، ونظّم ق. أ. ج العدة كأثر يترتب عن الطلاق أو الوفاة في المواد من 58 إلى 61 ومن خلالها تعدت المتوفى عنها زوجها وكذا زوجة المفقود بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام بدليل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾²، والمُنْتَق عليه في المذاهب الفقهية³.

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 118621، قرار بتاريخ 1995/05/02، قضية (ب خ) ضد (فريق ب)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1995، ص. 101.

² سورة البقرة: الآية 234.

³ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 11، ص. 35. سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، مجلد 5، ص. 132، 133. محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 239-241. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 421-424.

استناداً إلى أحكام المادة 59 من ق. أ. ج¹، يبدأ حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقد وليس الوفاة، ما يعني أن صدور الحكم بالوفاة يمنح لزوجته المفقودة الحق في الزواج مباشرة لافتراض أنّ العدة قد انقضت خلال الأربع سنوات المتربّص بها بعد الحكم بالفقد وقبل الحكم بالوفاة².

إنّ صياغة المادة 59 أعلاه غير واضح ويتعارض مع أحكام مواد أخرى من نفس القانون مثل المادة 115 و127 و133 التي تعتبر المفقود حياً قبل الحكم بوفاته؛ ولأنّ الوفاة هي الموجبة للعدة وليس فقدان اللّهم إلا إذا طلبت الزوجة التّطليق، ففي هذه الحالة تعدد الزوجة عدة الطلاق بموجب حكم التّطليق، وبما أنّ الفقد قد نشأ بحكم فإنه لا يزول إلا بحكم، ويعتبر هذا الحكم كاشف للوفاة من تاريخ حدوثها³، فمن الأجدر أن تبدأ العدة بالسريان من لحظة الحكم بها بدليل أن الوفاة هي سبب انحلال الزوجية⁴.

على نقيض المشرع الجزائري، ذهب المشرع المصري⁵ وكذلك الأردني⁶ إلى القول بأنّ حساب العدة يبدأ من تاريخ الحكم بالوفاة، وهو المرجح عند أبي حنيفة رحمه الله بقوله: "وتعدت أمرائه وورث منه حينئذ لا قبله"، ما يعني بأن العدة تبدأ بعد الحكم وليس قبل ذلك⁷، أما الشافعية

¹ راجع المادة 59 من ق. أ. ج وما يقابلها في الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.343.

³ علال طحطاح، "ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 32، العدد 3، سبتمبر 2018، ص.32.

⁴ ياسين علال، "عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص.361.

⁵ تنص المادة 22 من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنّه: "بعد الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة تعدت زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار".

⁶ تنص المادة 252/أ من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية على أنّه: "الحكم بموت المفقود يترتب عليه ما يلي: أ- تعدت زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة".

⁷ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.312. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج.6، ص.140.

فتعتد عندهم المرأة من وقت جاءها يقين وفاة زوجها¹، بينما تختلف العدة في مذهب الإمام مالك من مفقود لآخر².

أما المشرع المغربي فلم يشر صراحة إلى وقت ابتداء عدة الزوجة التي صدر حكم بوفاة زوجها، ومع ذلك نجده في المادة 129 من مدونة الأسرة ينص على أن: "تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التّطليق أو الفسخ أو الوفاة"، ومن هذا النص فإنّ حساب العدة يبدأ من تاريخ الوفاة بغض النظر عما إذا كانت هذه الوفاة حقيقية أم حكمية، وحبذا لو سايره المشرع الجزائري في هذا الشأن.

فضلا عن تمتع زوجة المفقود بحقّ العدة من زوجها المتوفى، فإنّها تتمتع كذلك بالحق في النفقة خلال فترة العدة حسب الشافعية لأنها مسلمة نفسها وفيه قولان: ففي القديم لا نفقة لها في مدة العدة لأنها عدة وفاة، أما في الجديد فالنفقة واجبة على المفقود أثناء العدة وبعدها، لكن تسقط عنها إذا نكحت شخصا آخر لأنها تعتبر ناشزا بالنكاح³ وهو قول الحنفية⁴ والحنابلة⁵ في الشخص المفقود في ظروف يغلب عليها السلامة.

كما لا تجب نفقة المفقود على زوجته خلال فترة العدة عند أحد آراء المذهب الحنبلي؛ لأنه حكم بموته بعد مدة التّربص فصارت زوجته معتدة من الوفاة، بينما ذكر صاحب المغني والشرح والزياد بأنّ نفقة زوجة المفقود لا تسقط بعد العدة ما لم تتزوج أو يفترق الحاكم بينهما وقاله القاضي أيضا؛ لأنّ الزوجية تنقطع ظاهرا⁶، فضلا عن هذين الأخيرين يسقط عند المالكية حق

¹ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 239.

² - سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، مجلد 5، ص. 132، 133. محمد سكمال الحجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ج. 2، دار القلم، سوريا، 2010، ص. 112، 113.

³ - أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المرجع السابق، ص. 1520.

⁴ - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص. 311.

⁵ - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، المرجع السابق، ص. 322. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 98.

⁶ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 424.

زوجة المفقود المحكوم بموته في النفقة خلال مدة العدة رغم جواز ذلك في فترة التربص المقدرة بأربع سنين¹.

بالنسبة لموقف التشريع الجزائري من نفقة زوجة المفقود خلال فترة العدة، فنجدّه ينص على نفقة عدة الطلاق في المادة 61 من ق. أ التي تنص: "...ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، والتي يفهم منها عدم وجوب النفقة للزوجة في عدة الوفاة ومنه ينطبق الحكم نفسه على زوجة المفقود، وبهذا يكون المشرع الجزائري أخذ بمذهب الإمام مالك القائل بعدم أحقية المعتدة للنفقة في عدة الوفاة لانقطاع الزوجية، ويتفق في ذلك مع ما نظمه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 83 التي تنص: "تجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ".

ومن المعلوم أيضا؛ أنه يجب على الزوجة المتوفى عنها زوجها الإحداد على زوجها، بترك الزينة والطيب أثناء العدة، إظهارا للأسف على وفاة الزوج، ووفاء للعشرة وتقديرا لمشاعر أهله وسدّ الطريق أمام الراغبين في الخطبة²، وهذا بإجماع الفقهاء من الحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ وكذلك الحنابلة⁶.

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم يتناول النص على الإحداد، واكتفى في المواد 59 إلى 61 بتبيان مدة العدة وبداية حسابها وأيضا التزام الزوجة بعدم الخروج من السكن العائلي إلا في حالة الفاحشة المبينة، وعليه فإذا وقعت المرأة في ريبة بوجوب الحداد من عدمه في عدة الوفاة؛ فإنّ القانون قد أجابها بطريقة غير مباشرة عندما أحالنا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبما أن أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية متفقة في هذا الشأن على إعطاء حكم واحد وهو وجوب الحداد على المتوفى؛ فإنّه على زوجة المفقود الذي صدر حكم بوفاته أن

¹ - سحنون بن سعيد التتوخي، أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.31.

² - هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص.238.

³ - أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق (في الفقه الحنفي)، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2011، ص.306.

⁴ - محمد سكمال الحجاجي، المرجع السابق، ج.2، ص.104.

⁵ - أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المرجع السابق، ص.1522.

⁶ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، بيروت، 2003، ص.107. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الشرح المختصر على متن زاد المستتقع بتحليل ألفاظه وتقريب معانيه، مجلد 4، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1424 هـ، ص.159.

تحدّ على زوجها أثناء العدة بترك الزينة والطيب وغير ذلك من الأمور التي تجعل الرجال يرغبون بنكاحها.

ب-1-ب- ما يترتب على ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة

الأصل أن الزوجية لا تنقطع ولا تثير أي إشكال إذا عاد المفقود وزوجته لم تتزوج أو لا تزال في مدة التربص أو العدة في ظاهر كلام الفقهاء¹، إلا أنّ الخلاف يظهر إذا تبين أنّ المفقود حيا بعد الحكم بموته وعاد إلى زوجته بعد انتهاء العدة طالبا رجوعها، والفقهاء بهذا الخصوص اختلفوا بين عودة المفقود وزوجته قد نكحت زوجا غيره ولم يدخل بها، والحالة التي يكون فيها الزوج الثاني قد دخل بزوجة المفقود بعد زواجه بها بنكاح صحيح.

- بالنسبة للحالة الأولى: أجمع الفقهاء² على أنها زوجة الأول إلا المالكية في رواية فهي زوجة الثاني دخل بها أو لم يدخل بها³.

- بالنسبة للحالة الثانية: ذهب الحنفية والشافعية في الجديد إلى أنها زوجة الأول غير أنه ممنوع من فرجها بوطء الشبهة فلزمها الاعتداد عن الزوج الثاني وبعد انقضائها ترد إلى زوجها الأول⁴، في حين قال المالكية بأنها زوجة الثاني بعد دخوله بها ولا سبيل للزوج الأول إذا كان الزوج الثاني غير عالم بحياة المفقود وإلا فهي لزوجها الأول⁵، أما الحنابلة فيخبرون الزوج الأول

¹ سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، المجلد 5، ص.133. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.37، 38. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.422. أبو الحسين يحيى ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في المذهب الشافعي، مجلد 11، دار المنهاج للطباعة والنشر، د. ب. ن، د. س. ن، ص.48.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.17. سحنون بن سعيد التنوخي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.31. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، المرجع السابق، ص.1520، 1521. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.422.

³ سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، مجلد 5، ص.133. محمد الزرقاني، مالك بن أنس، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ص.57.

⁴ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.17. محمد نجيب المطيعي أبي زكريا محيي الدين بن شرف النّوّويّ، المرجع السابق، ج.19، ص.447.

⁵ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.30. محمد الزرقاني، مالك بن أنس، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المرجع السابق، ص.57. سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، مجلد 5، ص.133.

عند عودته بين أخذ صداق زوجته الذي ساقه إليها زوجها الثاني ومن ثم بقاءها مع هذا الأخير، أو أخذها هي وتكون بذلك زوجته بالعقد الأول¹، وفي قول آخر هي زوجة الثاني ظاهراً وباطناً، وإذا عاد المفقود بعد زواجها فخيرها بين امرأته وبين مهرها سواء كان ذلك قبل دخول الزوج الثاني بها أو بعد ذلك لعدم وجود فرق وهو ظاهر مذهب أحمد².

كما نصّت بعض التشريعات العربية صراحة على أثر ظهور المفقود حيا على زوجته، ومنها نجد التشريع الأردني³ والسوداني⁴، مساييرين في ذلك جمهور الفقهاء القائل بأنّ المفقود أحق بزوجه ما لم تتزوج أو تزوجت ولم يقع الدخول؛ في حين أخذ تشريع الأسرة القطري بالمذهب المالكي في القول بعدم أحقية المفقود في الزوجة التي دخل بها زوجها الثاني وهو لا يعلم بحياة زوجها الأول وذلك بموجب المادة 144 التي تنص: "...إذا عاد المفقود، أو تبين أنّه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول وإلاّ كانت للثاني"، كما وأخذ التشريع المغربي هو الآخر في المادة 2/75 من مدونة الأسرة ببقاء زواج امرأة المفقود نافذا إذا وقع البناء بها من خلال النص على ما يلي: "يبطل الحكم الصادر بإثبات حياة المفقود، الحكم بالوفاة بجميع آثاره؛ ما عدا زواج امرأة المفقود فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها"، عكس المشرع الجزائري الذي التزم الصمت حيال الأمر.

بالنسبة لإلحاق الولد إلى المفقود بعد عودته حيا فقد كان محل خلاف بين المذاهب الفقهية، فلو أقرت المعتدة بانقضاء عدتها من الوفاة وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.7، ص.493. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.422.

² علاء الدين أبي الحسن عليّ بن عباس البعلبيّ الدمشقيّ الحنبلي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1436هـ، ص.363.

³ راجع المادة 4/251 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

⁴ راجع المادة 2/266ب من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان.

الوفاة، فإنّ نسب الطفل يثبت¹، بينما إذا جاءت به لسته أشهر لم يثبت؛ لأنّ الحمل بالولد كان بعد انقضاء عدّة الوفاة².

بينما جرى العمل في ق. أ. ج من خلال المواد 40 إلى 43 بثبوت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال بين الزوجين، ووضع الحمل في أقل مدة له وهي ستة (6) أشهر أو أقصاها عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ووفقاً لهذه المواد لا ينسب الولد الذي تأتي به الزوجة خارج هذه المدد إلى زوجها الغائب ما لم يقر هو بأنّه منه عند عودته، كما يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات هذا النسب، وهو ما يتفق مع ما أورده المشرع السوري في المادة 131 من قانون الأحوال الشخصية التي ينص فيها: "المطلقة أو المتوفى عنها زوجها المقترتان بانقضاء العدة يثبت نسب ولدهما إذا ولد لأقل من 180 يوماً من وقت الإقرار وأقل من سنة من وقت الطلاق أو الموت"، بينما ذهب التشريع التونسي إلى عدم ثبوت النسب عند الإنكار لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها ولا لولد زوجة أتت بعد سنة من غيبة الزوج عنها أو من وفاته أو من تاريخ طلاقه³.

ب-2- أثر الحكم بوفاة المفقود على الأموال

إذا كان صدور الحكم بوفاة المفقود يثير مسألة مدى أحقية الزوج المفقود بزوجه بعد عودته حياً كما تناولناه سابقاً؛ فإنّ إشكال آخر يثار بالنسبة لرجعته إلى أمواله بعد قسمتها أو التصرف فيها، لذا وقبل الخوض في تفاصيل هذه المسألة، يتعيّن في بادئ الأمر أن نتناول الآثار التي يرتبها الحكم بموت المفقود على أمواله قبل ظهوره حياً⁴.

¹ - برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، ج.3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417 هـ، ص.357، 358.

² - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.8، ص.464. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.414. أبو عبد الله محمد الخرشني، علي العدوي، الخرشني على مختصر سيدي الخليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.4، ط.2، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصر، 1317 هـ، ص.142.

³ - راجع الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁴ - ننوه في هذا الصدد إلى أنّ العديد من الآثار تترتب على صدور الحكم باعتبار المفقود ميتاً، منها ما يتعلق بالعقود المبرمة قبل الفقد كالوصية أو الهبة وكذلك الوديعة أو البيع وغير ذلك من العقود ومنها ما يتعلق بالديون، ومع ذلك سنركز في هذه الدراسة على مسألة توزيع أو قسمة أموال هذا الشخص والإشكالات المحيطة به.

ب-2-أ- ما يترتب على عدم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة

أجمع الفقهاء على أن المفقود حي في حق أمواله، وبالتالي لا يقسم ميراثه حتى يعلم موته بيقين أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله، فيقسم ميراثه على ورثته الأحياء وقت قسمة ماله¹. أما قانونا فيُستحقّ الإرث وفقا للتشريع الجزائري باعتبار المورث ميتا بحكم القاضي بمقتضى المادة 127 من ق. أ، وبمفهوم المخالفة للمادتين 115 و133 من ذات القانون يورث المفقود وتقسّم أمواله بعد الحكم بموته²، ومعنى هذا أنّه ليس قبل صدور الحكم بالوفاة ما يبرر قسمة التركة، وعليه فإذا كانت زوجة المفقود أو ورثته موجودين وقت الوفاة الحقيقية أو الحكيمة؛ فيستحقون الإرث شرعا وقانونا دون العكس³، وهو ما نصت عليه المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية⁴ وكذلك المادة 2/22 من التشريع المصري⁵.

ب-2-ب- ما يترتب على ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة

مما لا شك فيه أنّ عودة المفقود أو ظهوره حيا قبل الحكم بموته لا يثير أي إشكال بشأن أمواله، فإن جميع الأموال الموقوفة له تتّول إلى ملكه وكذلك الأمر لو عاد بعد الحكم بالموت وقبل قسمة ماله؛ فإنّه يظل على ملكه لثبوت حياته، أمّا إذا عاد بعد قسمة ماله على الورثة ورّد حصّته الموقوفة إلى ورثة مورّثه؛ فإنّ حقّه في استرداد أمواله على قولين:

¹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.35. سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، مجلد 5، ص.134. شمس الدين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدّين الرملي المنوفي المصري الأنصاري، أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي القاهري، أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، ج.6، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.29. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.465، 466.

² - راجع المواد 115، 121 و133 من ق. أ. ج.

³ - باسمّة تواتي، "حكم توريث الزوجة من المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص.1367.

⁴ - تنص المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية على أنّ: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلى بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبيت في أمره".

⁵ - تنص المادة 2/22 من قانون الأحوال الشخصية المصري: "بعد الحكم بموت المفقود أو نشر قرار وزير الدفاع باعتباره ميتا على الوجه المبين في المادة السابقة تعدّ زوجته عدة الوفاة وتقسّم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار".

القول الأوّل: ذهب إلى أنّ المفقود إذا ظهر حيا بعد الحكم بوفاته، فله الحق في استرداد ما بقي من أموال أو حصص موقوفة له بيد الورثة دون ما استُهلك أو أتلّف منها، وهو قول الحنفية والشافعية وأيضا الحنابلة في رواية¹، وبهذا أخذ التشريع التونسي² وكذلك السوري³.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في مذهب⁴ وكذلك المالكية⁵، إلى أنّه من حق المفقود استرجاع ما بقي بيد الورثة من المال بعينه أو ما استُهلك بعد مجيئه، وبهذا أخذ التشريع الجزائري في المادة 115 من ق. أ التي تنص: "... وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

وبالمقابل لهذه القوانين، خلت المدونة المغربية من أي نص صريح يعالج هذه المسألة، لكن بالعودة إلى أحكام المادة 75 التي تقضي بـ: "... يبطل الحكم الصادر بإثبات حياة المفقود، الحكم بالوفاة بجميع آثاره، ما عدا زواج امرأة المفقود فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها"، يفهم بأنّ الأموال التي انتقلت إلى الورثة بسبب الحكم بالوفاة ينبغي أن تُرد إلى المفقود الذي صدر حكم بثبوت حياته ومن ثمّة بطلان الحكم بالوفاة، إلا ما تعلق بزوجه حيث أنّ زواجها يبقى نافذا إلا إذا لم يدخل بها الزوج الآخر.

¹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.11، ص.42. شمس الدين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدّين الرملي المنوفي المصري الأنصاري، أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي القاهري، أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص.30. علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، المرجع السابق، ج.7، ص.339.

² - جاء الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ينص على أنّه: "... فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

³ - تنص المادة 2/302 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية: "إن ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة".

⁴ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.466.

⁵ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عيش، المرجع السابق، ج.2، ص.482.

الفرع الثاني

موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من تطليق الزوجة بسبب الغياب

نستكمل حديثنا في هذا الفرع عن موقف بعض التشريعات العربية من تطليق الزوجة بسبب الغياب، وسنتعرض (أولاً) إلى موقفهم من حقّ زوجة الغائب معلوم الحال في التّطليق، لنسترسل بعدها في دراسة موقفهم من حيث إجازة أو منع التّطليق على الغائب مجهول الحال (ثانياً).

أولاً: موقف بعض التشريعات العربية من حقّ زوجة الغائب معلوم الحال في التّطليق

عالج قانون الأحوال الشخصية السوري مسألة مدى حق زوجة الغائب في التّفريق بسبب الغياب في المادة 1/109 التي تنص: "إذا غاب الزوج أكثر من سنة جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي التّفريق لتضررها من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وكذلك الأمر في التشريع المغربي والمصري والكويتي وكذلك السوداني وغيرهم¹، فقد جاء موقفهم مطابق لنهج التشريع السوري وأيضاً الجزائري في مسايرة المذاهب المجيزة لفرقة الغياب.

رغم اتفاق معظم التشريعات في مجملها على مبدأ جواز التّطليق للغيبة واختلافها في شروطه²؛ إلا أنّ هذه الأخيرة قد اختلفت فيما بينها مقارنة بالاختلاف الذي رأيناه بين التشريع الجزائري والمذاهب الفقهية حول التّفريق للحبس قياساً على الغياب، حيث نجد البعض منها اعتبره سبباً مستقلاً لطلب التّطليق، بينما قاسه البعض الآخر على حالة الغائب.

تأسيساً على ما سبق؛ أقرت أغلب التشريعات العربية للزوجة الحق في التّطليق من زوجها الذي حكم عليه بعقوبة لا تقل عن ثلاث سنوات حتى ولو ترك لها مالا تنفق منه، وهو ما نصت عليه المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية المصري بأنّه: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من

¹ راجع: المادة 104 و105 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، المادة 185 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان، وكذلك المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، وأخيراً المادة 123 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

² من السمات المعقدة للتّطليق هي ضرورة توافر شروط الغياب والعمل على إثباتها، وهذه الأخيرة موضع اختلاف بين الفقه والقانون؛ ومع ذلك فإنّ هذا لا يُعطّل المبدأ الأساسي الذي اتفقوا عليه وهو السماح للزوجة المتضررة من الغياب بحق الانفصال.

حبسه التّطليق عليه بائناً للضرر؛ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، ومنها لا يقبل طلب التّطليق للحبس في التشريع العماني كذلك إلا إذا مرّت سنة كاملة على تنفيذ الزوج لحكمه¹، وكذلك الأمر في التشريع السوداني الذي أجاز التّطليق بعد مضي سنة من الحكم النهائي بالحبس الذي يكون قد حاز قوة الشيء المقضي فيه، رغم مخالفته لهم في تحديد مدّة الحكم الموجبة للفرقة بسنتين وأكثر²، وفي المقابل أخذ التشريع السوري بالتّطليق بعد ستة أشهر من السجن قياساً على الغياب³.

نتيجة لما تقدّم، يمكن القول بأنّ التشريع السوري قد أجاز للزوجة أن تطلب من القاضي التّطليق إذا غاب عنها زوجها، أو حبس لما يزيد عن ستة أشهر وذلك قياساً على الغياب كما قال به ابن تيمية، أو بمرور سنة على الأكثر من الحبس في التشريع المصري الذي يأخذ بالغياب على إطلاقه سواء بعذر أو بغير عذر، كما ويمكن لها أن تطلب التّطليق إذا غاب عنها الزوج إلى مكان مجهول كما يلي.

ثانياً: موقف بعض التشريعات العربية من حقّ زوجة الغائب مجهول الحال في التّطليق

عمدت نفس التشريعات الموجزة للتّطليق على الغائب في مكان معلوم إلى التّطليق عليه إذا كان مجهول الحال، ومنها نجد التشريع السوداني⁴ والعماني⁵ وأيضاً الإماراتي⁶ وكذلك العراقي⁷،

¹ - راجع المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

² - راجع المادة 190 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان.

³ - راجع المادة 2/209 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

⁴ - تنص المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان على أنه: "يجوز لزوجة المفقود طلب التّطليق من زوجها بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب".

⁵ - تنص المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان على أنه: "لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا محل إقامته طلب التّطليق للضرر، ولا يحكم بذلك إلى بعد مضي مدّة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو فقدان".

⁶ - تنص المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية المتحدة على أنه: "لزوجة المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التّطليق ولا يحكم لها بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة من تاريخ رفع الدعوى".

⁷ - تنص المادة 4/43 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق على أنه: "لزوجة المفقود الثابت فقده بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقده، وعلى المحكمة أن تثبت من استمرار فقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقده ثم تصدر حكم بالتفريق".

باستثناء البعض الذين أغفلوا عنه واكتفوا بالإشارة إلى وقت الحكم بفقدانه والحكم بموته في الحالات الخاصة ونذكر منها التشريع المغربي¹ والتونسي² وكذلك المصري³ والأردني⁴.
مجمل القول؛ يمنح قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية المقارنة للزوجة التي غاب عنها زوجها لأكثر من سنة وانقطعت أخباره ولم يعلم مكانه، الحق في أن تطلب حل قرينة الزوجية التي تربطها بزوجها بمضي سنة من تاريخ الغياب بالنسبة للتشريع الجزائري والسوداني والعماني؛ ومن تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للتشريع الإماراتي؛ أما التشريع العراقي فجعلها بمرور أربع سنوات على فقدان.

المبحث الثاني

شروط التّطليق بسبب الغياب

انتهينا في المبحث السابق إلى أن المشرع الجزائري منح لزوجة الغائب الحق في التّطليق بسبب غياب الزوج تماما كما ذهب إلى ذلك الفقه المالكي والحنبلي، ومع ذلك اشترط لإعمال هذا الحق مجموعة من الشروط جاء ذكرها في الفقرة الخامسة من المادة 53 ق. أ. التي تنص:
"الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

من خلال هذه المادة، ارتأينا أن نبحت في هذا الصدد عما اتفق بشأنه المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي والتشريعات العربية في وضع شروط التّطليق بسبب الغياب، ومنه قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في (المطلب الأول) الشروط التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي والتشريعات العربية، أمّا (المطلب الثاني) فنخصّصه لدراسة الشروط التي انفرد بوضعها الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، وكل هذا من أجل تبيان مدى

¹ - راجع في هذا، المادة 237 من مدونة الأسرة المغربية.

² - ينص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "إذا فُقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه، وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

³ - أنظر، المادة 2/21 و3 من قانون الأحوال الشخصية المصرية.

⁴ - أنظر، المادة 131 قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

توفيق أو فشل المشرع الجزائري في ضبط شروط التّطليق تحقيقاً للعدل ورفعاً للظلم والضرر الواقع على الزوجة.

المطلب الأول

الشروط التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض

التشريعات العربية الأخرى

يشترط لتطليق الزوجة بسبب الغياب وفقاً للفقرة الخامسة من المادة 53 من ق. أ، أن يغيب الزوج عن زوجته لمدة طويلة دون عذر مقبول (الفرع الأول)، ودون ترك موارد مالية تتفق منها الزوجة خلال فترة الغيبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مبالغة الزوج في غيابه دون عذر

يقصد بالغياب أن يكون الزوج هو الغائب أو التارك لزوجته وليس العكس، بمعنى إذا كانت الزوجة هي من غابت عن بيت الزوجية أو هي من أذنت لزوجها بالغياب، فإنّ حقّها في الفرقة للغيبة يسقط، ومنه يشترط لقيام حقّ الزوجة في الفرقة طول مدّة غياب الزوج (أولاً) وعدم وجود عذر مُبرّر لغيابه (ثانياً).

أولاً: طول مدّة الغياب

من معرض أقوال الفقهاء في إطار ما تم الاطلاع عليه في مصنفاتهم؛ يتبين أن المدّة المعتبرة في تفريق الزوجة لغياب زوجها لا بد من طولها، ودليل ذلك واضح في الآتي: "أنه لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك سنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد. وقال الغرياني وابن عرفة السنتان والثلاثة ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها"¹ هذا عن مذهب مالك؛ أما عن مذهب الإمام أحمد نجد قوله: "وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره... فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال: ستة أشهر، يكتب إليه، فإن أبي أن يرجع، فرق الحاكم بينهما"².

¹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج. 2، ص. 431.

² - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج. 10، ص. 240.

يظهر مما تقدّم بيانه؛ أنّ المذهب المالكي والحنبلي قد اتفقا على إطالة حدّ الغيبة التي بموجبها يتقرر لزوجة الغائب حق التقدم إلى القاضي لطلب التّريق؛ إلا أنّ هذا الاتفاق ليس على إطلاقه، حيث حدّد أغلبهم هذه المدّة بما لا يقل عن سنة أو أكثر تصل حتى ثلاث سنوات، في حين يرى الحنابلة أن انتظار المرأة لزوجها ينبغي أن لا يتجاوز الستة أشهر حتى ولو كان الغياب مبررا¹، ودليلهم في ذلك يعود إلى ما رواه سعيد قال: « ناعطاف بن خالد قال: نازيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج ليلة يحرس الناس فمر بامرأة وهي في بيتها وهي تقول: تطاول هذا الليل وأسود جانبه فوالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه. فلما أصبح عمر أرسل إلى المرأة، فسأل عنها، فقيل: هذه فلانة بنت فلان وزوجها غازٍ في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة، فقال: كوني معها حتى يأتيها زوجها وكتب إلى زوجها فأقفله، ثم ذهب عمر إلى حفصة بنته فقال لها يا بنية! كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت له: يا أبة! يغفر الله لك أمثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال لها: إنه لولا أنه شيء أريد أن أنظر فيه للرعية ما سألتك عن هذا، قالت: أربعة أشهر، أو خمسة أشهر، أو ستة أشهر، فقال عمر: يغزوا الناس يسيرون شهرا ذاهبين ويكونون في غزوهم أربعة أشهر، ويقفلون شهرا، فوقت للناس في سنتهم في غزوهم»²، إلا أنّ هذا الأثر كان محل انتقاد على أساس خلوه من أي دلالة على التّريق بسبب الغياب، وأنها ليست الرواية الوحيدة بل صدر بروايات أخرى تحدّده بأربعة أشهر، مما يجعله لا يصلح كحجة للحنابلة حتى يتمسكوا به³.

¹- LOUISA HANIFI, Op.Cit, P.157.

²- حافظ سعيد بن منصور بن شعبه الخراساني المكي، كتاب السنن، القسم الثاني من مجلد 3، الدار السلفية، الهند، 1982، كتاب السنن، باب الغازي يطيل الغيبة على أهله، الحديث رقم: (2463)، ص.210.

³- عبد المنعم فارس السقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 1425هـ، ص.155.

لم تتصرف التشريعات العربية هي الأخرى، إلى إتباع ما راح إليه المذهب الحنبلي في ضرب أجل ستة أشهر لتضرر المرأة من غياب زوجها، بل ذهبت إلى تحديده بسنة فأكثر استثناءً من مذهب مالك، وهو اتجاه أغلبية المشرعين ومنهم المشرع الجزائري والمغربي والمصري والسوري وغيرهم¹، فلا يعتد حسبهم بالغياب الذي يتخذه الزوج بصفة متقطعة مثلاً في كل ثلاثة أو أربعة أشهر في تطليق الزوجة؛ لأنّ شرط المدة غير محقق وإنّما لا بد من ثبات الغياب واستمراره لما يزيد عن سنة كاملة، يبدأ حسابها من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى²، كما لا يرتّب الغياب في نفس البلد حقاً للزوجة في التّطليق بسبب الغياب؛ لأنّه يعد هجراً تستطيع الزوجة على أساسه طلب التّطليق للإيذاء³.

مجمل القول هو أنّ المشرع الجزائري وكذلك نظراءه من المشرعين قد وقّفوا في اختيار مدّة سنة في التفريق بين المرأة وزوجها الغائب لأن الضرر يكون مفترض، وعليه لا يمكن الأخذ بما هو أقلّ كما هو معمول في مذهب الإمام أحمد حفاظاً على استقرار الروابط والأسر، ويتعين على الزوجة في كل الأحوال إذا أرادت الطلاق أن تتقدم إلى المحكمة خلال المدّة المحددة بطلب التّطليق.

¹ - المادة 5/53 من ق. أ. ج، المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المادة 209 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 143 من قانون الأسرة لدولة قطر، المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، المادة 185 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان، المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، وأيضاً المادة 2/43 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق.

² - نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص.40.

³ - محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.154.

ثانياً: عدم وجود عذر مقبول

أخذ بهذا الشرط مجموعة من تشريعات الأحوال الشخصية العربية نذكر منها التشريع المصري بموجب المادة 12 التي تنص: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"¹، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي من خلال المادة 136 التي تنص: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب التّطليق بائناً إذا تضررت من غيبته؛ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"؛ أما المشرع الجزائري فلم يميّز عنهم وسائرهم في عدم الاكتفاء بالغياب الطويل واشترط وجود سبب غير مقبول في الغيبة، وهو ما تبينه الفقرة الخامسة من المادة 53 التي تنص: "الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

من المنظور الفقهي؛ استقل الفقه الحنبلي دون المالكي في اشتراط الغياب بدون عذر، ومن ذلك تكون التشريعات السابقة متّقة مع مذهب الإمام أحمد في عدم التّفريق بين الغائب وزوجته إذا كان غيابه بعذر، ومخالفة في نفس الوقت مذهب الإمام مالك الذي يأخذ بالغياب المطلق ومن سايره في ذلك كالتشريع المغربي والأردني والسوري².

انطلاقاً مما سبق؛ تثير مسألة التّطليق لوجود عذر مقبول إشكالية البحث عن الأعذار التي تكون مقبولة أو غير مقبولة وكيفية تقديرها؟

¹ - أخذ القانون في هذه المادة بالمذهب الحنبلي الذي يجعل دعوى الزوجة للتّطليق بسبب غياب زوجها لعذر مقبول محل رفض؛ لأنّه لم يستوف أحد الشروط التي يُطلّق على أساسه وهو الغياب بلا عذر، وهو ما يؤكّده الحكم الصادر من محكمة أدفو الشرعية 20 نوفمبر 1943 عدد 514 والذي جاء فيه ما يلي: "إذا غاب الزوج عن زوجته إلى بلد قريب أو بعيد معلوم أو غير معلوم بلا عذر شرعي سنة فأكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها أن تطلب التّطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه وللقاضي أن يعذر عليه إذا أمكن وإلا طلق بدون إعدار"، نقلاً؛ عن عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع الإسلامية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط.2، دار الفكر، د.ب.ن، 1968، ص.801.

² - راجع التشريعات الآتية: المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، والمادة 106 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

أجاب البهوتي على هذا الإشكال في مرجعه المعنون بـ "كشاف القناع" عندما اعتبر غياب الزوج غيبة غير منقطعة لما يزيد عن ستة أشهر في غير غزو أو حج واجبين أو طلب رزق يحتاجه غياباً بدون عذر، يكون لزوجته الفسخ إذا طلبت قدومه ولم يجبها¹، وقال آخرون بأن الأعذار هي تلك الأسباب الخارجة عن إرادة الزوج وتمنعه من العودة كما يلي: "وهناك حالات يمكن اعتبارها ضمن العذر المقبول، كتدهور العلاقات الدولية بين الدولة التي يقيم فيها الزوج الغائب، والدولة موطنه الأصلي بسبب نزاع عن الحدود، أو بسبب موقف سياسي، وما يترتب على ذلك من قطع العلاقات السياسية والاقتصادية..."²، كما ويدخل في الأعذار المقبولة حسب نظر البعض: "السفر لطلب العلم، والسفر لمكان العمل ولكسب الرزق ولم يتمكن من اصطحاب زوجته، والسفر للجهاد والتجارة"³.

من مجمل هذه الأقوال وما سبق الإشارة إليه؛ لا يحقّ للزوجة أن تطلب التّطليق إذا تركها زوجها في كفاية من التّفقة وسافر من أجل العلم أو العمل أو الحج وفق المدرسة الحنبلية وما استعرضته النصوص القانونية من أحكام مستلزمة من هذا المذهب؛ لأنّ غياب الزوج يعتبر مبرر ولا يقصد منه الإضرار خاصة إذا كان برضاها، ومنه يقع على الزوجة في هذه الحالة أن تتحمل هذا البعد الذي يكون عادة في صالح الأسرة، بينما يعكس غياب الزوج لعذر غير مقبول نيته الحقيقية ورغبته في إلحاق الأذى بالزوجة⁴، يحتمّ على الزوجة في إطاره إثبات انعدام العذر في

¹ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.423.

² - العربي باشة مصطفى، الغيبة وأثرها في التّطليق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012-2013، ص.71.

³ - عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، لبنان، 2009، ص.234.

الجدير بالإشارة أنّ الأعذار الشرعية غير محصورة في الفقه والقانون، وما ذكر عند البعض إنّما جاء على سبيل المثال، يجوز للقاضي أن يستأنس بها وأن يستقل في تقدير شرعيتها في حدود القضية المعروضة أمامه.

⁴ - نجية زيتوني، المرجع السابق، ص.43.

غيبته، ولو عن طريق الرد على حجج من يتولى أمر الدفاع عن الغائب إذا أرادوا إثبات العذر في غيبته¹.

بالمقابل للمذهب الحنبلي عمد الفقه المالكي إلى التّطليق على الغائب إذا استمر غيابه لأكثر من سنة سواء بعذر أو بغير عذر، وبه أخذ التشريع المغربي والسوري وكذلك السوداني، وفي كلا الحالتين لا يقبل القاضي بالعذر المقدم إلا بعد التأكد من شرعيته من خلال السلطة التقديرية الموكولة له بموجب القانون، على أن يراعي في ذلك ظروف الزوج والعادات والتقاليد، وأيضاً معطيات الملف².

كإشارة فإن التشريعات العربية ليست الوحيدة التي تفرق بين الغياب بعذر ومن دون عذر مقبول؛ لأنّ القانون المدني الفرنسي يخول هو أيضاً للقاضي صلاحية الحكم بالطلاق في الغيبة بدون عذر دون سواها، بمعنى إذا غاب أحد الزوجين بسبب تعنيف الطرف الآخر به؛ فإنّ للقاضي التدخّل لوضع حد للضرر بغض النظر عن نوع الغياب والشخص الغائب، بحكم أن القانون المدني الفرنسي لا يفرق بين غياب الزوج أو الزوجة كما تفعل معظم التشريعات العربية لاسيما القانون الجزائري؛ لأنّ الضرر يمس الزوج كذلك إذا كانت الزوجة هي الغائبة عنه والعكس صحيح³.

تعبيراً على ما سبق شرحه؛ فإنّ المشرع الجزائري قد ساير من جهة المذهب المالكي بخصوص حدّ الغيبة الموجبة للفرقة، ومن جهة أخرى اهتدى إلى تقييد الفرقة بشرط ثان استقل الفقه الحنبلي دون المالكي بذكره؛ علماً أن مأخذ هذا الأخير هو الصائب باعتباره ينظر إلى الغيبة بحد ذاتها وما يترتب عنها من ضرر على الزوجة سواء كانت لعذر أم لغير عذر؛ ونقول بتوجيه

¹ - مصطفى عبد الغني شيبه، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "الطلاق وأثاره" دراسة مقارنة، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006، ص.117.

² - كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، منشورات ألفا للوثائق، د. ب. ن، 2019، ص.85.

³ - العيد براهامي، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، بحث لنيل شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة 1_وهران، 2017-2018، ص.188.

سواء من حيث اشتراط المدّة أو في عدم اشتراط نوع الغياب، فكلاهما يستجيب إلى المبدأ الأساسي الذي تدعوا إليه الشريعة الإسلامية الغراء وهو إزالة الضرر.

يتضح بعد الموازنة بين آراء الفقه والتشريعات، عدم إجماع الفقهاء على شروط موحّدة في التّطليق بسبب الغياب، فمذهب الإمام أحمد يعتدّ بالغياب الذي يكون بغير عذر مقبول ويوافقه في ذلك أغلب التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري؛ بينما يسمح الفقه المالكي وبمساعدة التشريع السوداني والمغربي وكذلك السوري بالتفريق على الغائب لعذر مقبول أو غير مقبول؛ لأنّ الغياب بحد ذاته يعتبر سببا للتّطليق خاصة إذا زاد عن سنة؛ عكس الحنابلة الذين قالوا بمدّة تقلّ عنها تُقدر بستة أشهر.

الفرع الثاني

عدم ترك النفقة

يكاد يجمع علماء الفقه من الحنفية¹، والشافعية²، والمالكية³، والحنابلة⁴، على تعريف النفقة ضمنيا بأنّها كل ما يعتبر من الضروريات في الحياة كالطعام والسكن والكسوة وغيرها، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 78 من ق. أ، أثناء تحديده لمشمولات النفقة بما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وأيضا أغلب التشريعات العربية⁵.

إنّ الوجه المتقارب الذي ظهرت فيه تعريفات الفقه والتشريعات العربية للنفقة، جاءت تنصب على كونه من الضرورات التي فرضتها طبيعة الحياة، فقد عدّ كذلك مسألة تجب بسبب الزوجية أو القرابة؛ لأنّها تقوم على أساس قواعد أخلاقية وشرعية تدعو إلى دفع الضرر ومنها قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

¹ - محمد علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحسكفي، محمد بن عبد الله بن أحمد الغزّي الحنفي التمرتاشي، المرجع السابق، ص. 257.

² - أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص. 185.

³ - محمد سكال الحجاجي، المرجع السابق، ص. 132، 133.

⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج. 10، ص. 348.

⁵ - المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

يبدو أنّ النّفقة الزوجية تأخذ شكل الإلزام أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انتهائها، فتجب بمقتضى المادة 74 من ق. أ. ج على الزوج تجاه زوجته بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة سواء كان الزوج موسرا أو معسرا وسواء كان حاضرا أو غائبا لجهة معلومة أو مجهولة¹، وتجب لها بالعقد والاحتباس عند بعض الفقهاء وبالتمكين عند أغلبهم²، وبهذا أخذت معظم التشريعات العربية أيضا³.

الجدير بالذكر أنّ الشخص الغائب أو المفقود يعتبر حيا في فترة غيابه، وبهذا الاعتبار تجب في حقّه نفقة زوجته، ويترتب على إهماله له التمييز بين حالتين: تتعلق إحداها بدراسة طلب زوجة الغائب التّطليق بسبب الغياب المقترن بعدم الإنفاق (أولا)، بينما تتعلق الأخرى بالطلب الذي يتأسس على التّطليق بسبب عدم الإنفاق عند غياب الزوج (ثانيا).

أولا: طلب التّطليق بسبب غياب الزوج المقترن بعدم الإنفاق

على ضوء ما تم إيراداه خلال هذا المطلب من شروط اتفق الحنابلة والمالكية في بعضها واختلفت في الأخرى؛ إلا أنّ شرط ترك النّفقة الذي أورده المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 يعتبر شرط غريب عن الفقه المالكي والحنبلي؛ لذا ومن أجل الإمام بأحكام نفقة زوجة الغائب وكيفية التّطليق بسببه، ارتأينا البحث عن موقف فقهاء المذاهب الفقهية (1) والتشريعات العربية (2) من مسألة التّطليق للغياب المقترن بعدم الإنفاق.

¹ - باسمه تواتي، "دور القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النّفقة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيسمسيلت، المجلد 6، العدد 2، 2021، ص.220.

² - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عيش، المرجع السابق، ج.2، ص.508. محمد علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، محمد بن عبد الله بن أحمد الغزّي الحنفي التمرتاشي، المرجع السابق، ص.257، 258. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المرجع السابق، ج.10، ص.348. محمد نجيب المطيعي أبي زكريا محيي الدين بن شرف النّووي، المرجع السابق، ج.18، ص.235.

³ - المادة 60 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 194 من مدونة الأسرة الغربية، المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

1- موقف المذاهب الفقهية من التّطليق للغائب المقترن بعدم الإنفاق

لم نجد فيما تيسّر لنا الاطلاع عليه من كتب فقهية، رأي بخصوص التّطليق للغائب عند عدم الإنفاق، الشيء الوحيد الذي صادفناه هو مسألة كيفية فرض النفقة للزوجة من مال زوجها الغائب غيبة معلومة أو مجهولة سواء كان له مال أو لا، وفي هذا الشأن اتفق الفقه على أن الزوجة تستحق النفقة في جميع الأحوال بحضور زوجها أو غيابه بالتمكّن، باستثناء الشافعية حيث قالوا بالدخول، بينما اختلفوا في كيفية فرض هذه النفقة من مال الغائب، بين ما إذا كان هذا المال موجود في يد الزوجة أو لدى شخص آخر كمودعه أو مدينه، وبين كونه من جنس أو من غير جنس النفقة¹.

إلى جانب ما سبق؛ تعرّضت كذلك المذاهب الفقهية إلى مسألة التّطليق لعدم النفقة كأثر يترتب على عدم وصول الزوجة أو القاضي إلى مال الزوج² وليس إلى التّطليق للغائب، باعتبار أنّ التّطليق للغائب أجزى لإزالة الضرر الواقع على الزوجة بسبب الغياب وليس لعدم وجود موارد مالية تتفق منه الزوجة على نفسها، وبالتالي إذا حصل ورفعت الزوجة طلبها بالفرقة تأسيساً على عدم وجود النفقة فإنّ القاضي يُطّلقها بسبب عدم الإنفاق متى توافرت شروطه وليس بسبب الغياب.

2- موقف بعض التشريعات العربية من التّطليق للغائب المقترن بعدم الإنفاق

أجمعت غالبية التشريعات العربية على وجوب النفقة للزوجة على زوجها، سواء كان حاضراً أم غائباً، كما وأجمعت على أنّه لا يحول دون طلب التّطليق للغائب، الحالة التي يكون فيها الزوج قد ترك لزوجته مالا تقنطع منه نفقتها أثناء غيابه، فمدونة الأسرة المغربية مثلاً نصت في المادة 104 منها على شرط واحد للتّطليق وهو الغياب لمدة تزيد على سنة وذلك كما يلي: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن لزوجته طلب التّطليق..."، وبهذا أخذ القضاء في

¹ - لمزيد من التفاصيل راجع: باسمه تواتي، "دور القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النفقة"، المرجع السابق، ص. 224-228.

² - أجاز الفقه المالكي والشافعي والحنبلي للزوجة التي تضررت من عدم وجود النفقة أن تطلب الفرقة لعدم الإنفاق، باستثناء الفقه الحنفي الذي يرى أن العجز عن الإنفاق لا يوجب الفرقة، وبهذا أخذ القانون الجزائري في المادة 1/53 من ق. أ لتفاصيل أكثر راجع: المرجع نفسه، ص. 230.

أحد أحكامه حيث تقدمت المدعية بواسطة نائبيها، بطلب تلتزم من خلاله الحكم بتطليقها من عصمة زوجها ووالد أبنائها المدعى عليه؛ لأنّه غائب عنها منذ أكثر من سنة غيبة اتصال وانقطاع دون نفقة، وهو ما سبب لها ضررا كبيرا.

بعد إطلاع المحكمة على وثائق الملف وخاصة الموجب للفيفي عدد 329 المضمن بكناش المختلفة رقم 13 صحيفة عدد 289 بتاريخ 2005/05/09 تبين لها أن المدعى عليه غاب عن زوجته دون عذر مقبول لمدة تزيد عن سنة، وأن الغياب في هذه الحالة ولو في مكان معروف يجيز للزوجة أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا منه، إذا تضررت من بعده عنها ولو ترك لها مالا تنفق منه على نفسها¹.

بناء على هذا الحكم وأحكام المادتين 104 و105 من مدونة الأسرة المغربية؛ فإنّ القاضي يطلّق الزوجة التي غاب عنها زوجها لمدة تزيد عن سنة بلا عذر مقبول طلبة بائنة؛ لتضررها ضررا شديدا من بعده عنها بسبب الغياب، وليس لعدم وجود النفقة.

كما تطرّق التشريع المصري هو الآخر في المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية إلى عدم التّطليق للغيبه في حالة وجود النّفقة وذلك بنصه على أنّه: "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"، وهو ما أكدّ عليه القرار الآتي: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نصوص المواد 12، 13، 23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، أن المشرع أجاز للزوجة إذا غاب عنها زوجها سنة عدتها 365 يوم فأكثر، وتضررت فعلاً من بعده عنها هذه المدة الطويلة، أن تطلب الطلاق بسبب هذا الضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، والطلقة هنا بائنة؛ لأن سببها الضرر فكانت الفرقة بسبب مضارة الزوجة، وشرط ذلك توافر أمرين، أولهما: أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر متروك لقاضي الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا، وخوّل المشرع القاضي لهذا السبب من غير إعدار أو ضرب أجل إذا كان الزوج الغائب غير معلوم الإقامة أو معلوما ولا سبيل

¹ - المحكمة الابتدائية بطنجة، حكم عدد 1594 بتاريخ 2005/07/27، ملف عدد 2005/80، نقلا عن: أحمد زوكاغي، المختار من أحكام القضاء في الزواج والطلاق الصادر بين سنتي 2005 و2009، ط.1، مكتبة دار السلام، الرباط، 2009. ص.168، 169.

لمراسلته، أما إن أمكن وصول الرسائل إليه فيحدد له القاضي أجلاً يحضر فيه للإقامة معها أو ينقله إليه أو يطلقها..."¹.

الجدير بالملاحظة؛ أنّ ما جرى العمل به في هذا القرار هو نفسه تقريباً ما رأيناه في الحكم الصادر عن محكمة طنجة وأغلبية الأحكام الصادرة عن القضاء المغربي، بدليل أن القاضي يجيب طلب الزوجة الرامي إلى إزالة ضرر الغياب الناتج عن بعد زوجها عنها لأكثر من سنة وبدون عذر مقبول، وذلك بتطليقها منه بسبب الضرر وليس لعدم ترك النفقة؛ لأنّ وجود النفقة أو عدمه لا ينفي موجب التّطليق إذا توافرت باقي الشروط، وبهذا أخذ أيضاً التشريع السوري والقطري وآخرون²، باستثناء المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 5 حيث يرى أن حقّ التّطليق للغياب لا يتأتى للزوجة، إلا إذا تركها زوجها بلا نفقة طيلة غيابه.

باستقراء هذه المادة؛ ينضح أنّ المشرع الجزائري قد اشترط لتطليق الزوجة بسبب الغياب أن يغيب الزوج لمدة تزيد عن سنة وبلا عذر مقبول، وألا تتوصل الزوجة بالنفقة طيلة فترة الغياب، وهذا الأمر يجعله يتنافي ومبدأ «لا ضرر ولا ضرار» الذي تقول به الشريعة الإسلامية، ويعارض في ذات الوقت الفقه المالكي والحنبلي المستند إليهما في وضع الشرطين الأولين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ ربط التّطليق للغياب بعدم الإنفاق أوقعه في غموض مع النص المصاغ باللغة الفرنسية الذي أجاز التّطليق إذا غاب الزوج دون مبرر شرعي أو دون ترك النفقة³.

بالعودة إلى أحكام الفقرة الخامسة من المادة 53 المصاغة باللغة الفرنسية، يظهر أنه إذا تغيب الزوج بلا عذر لأكثر من سنة وترك لزوجته ما تأخذ منه نفقتها أو من ينفق عليها، فإنّ القاضي يحكم بتطليق الزوجة إذا التمس ذلك منه بالرغم من حضور النفقة لورود حرف "أو" في

¹ - الطعن رقم 917 لسنة 74 ق "أحوال شخصية" - جلسة 2007/1/13. نقلا عن: أحمد الوكيل، أحمد عبد الكريم، المستحدث ومجموعة من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض من أول أكتوبر 2006 حتى آخر سبتمبر 2007، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2008، ص. 24، 25.

² - المادة 209 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 143 من قانون الأسرة لدولة قطر، المادة 136 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، المادة 185 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان، المادة 119 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

³ - Art. 53 alinéa 5 - « - pour absence de plus d'un (1) an sans excuse valable ou sans pension d'entretien », code de la famille.

صدر المادة¹؛ بينما يقابله في النص العربي حرف "الواو" الذي يحمل الزوجة مسؤولية إثبات ثلاثة شروط مجتمعة يترتب على تخلف أي منهما رفض دعوى التّطليق لعدم التأسيس.

تعتبر النفقة حق واجب للزوجة على زوجها، يترتب على حرمانها منه إخلال بواجب الإنفاق الذي من شأنه التضيق على معيشتها والإضرار بها وليس التّطليق للغيبة بلا نفقة؛ ذلك لأنّ النفقة عبارة عن مصدر مادي، ولا يمكن للمصدر المادي أن يغني عن الحاجة العاطفية والحسيّة التي أساسها المعاشرة بالمعروف، ومنه فإنّ عدم الإنفاق لا يوقع الزوجة في الفتنة والحرام؛ لأنّه مما يمكن لها أن تستوفيه بنفسها بالبحث عن العمل وبالتالي فحق الاستمتاع أعظم وأولى من النفقة²، هذا ويعد من مسقطات الحقّ في التّطليق للغيبة أيضا الغياب الذي يكون بعلم الزوجة وبإذن منها، وكذلك الحالة التي لا يترك الزوج فيها نفقة لزوجته بسبب أنّها أعفته منها بإرادتها³.

يبدو مما تقدّم، أنّ محتوى الفقرة 5 من المادة 53 الواردة باللغة العربية، هو عبارة عن إتباع جزئي لمنهج المذاهب الفقهيّة الرافضة للتّطليق على الزوج الغائب الذي ترك لزوجته مصادر تأخذ منها النفقة، وهو منهج أبي حنيفة والشافعي، وقانون الأحوال الشخصية اليمني الذي سايرهم⁴، هذا من ناحية، وعبارة كذلك عن معارضة لمنهج الإمامين مالك وأحمد القائم على أنّ طول الغياب يعتبر سببا للتّطليق كونه يضرّ بالزوجة ولو كانت ذات مال، من ناحية أخرى، ومن هذا الاستنتاج فإنّه يقع على عاتقنا مسألة البحث عمّا إذا كان القاضي يرفض فعلا التّطليق تأسيسا على الفقرة

¹ يبدو واضحا أن المادة 5/53 باللغة الفرنسية هي التي تساير المذهب المالكي والحنبلي، وهذا ما نصت عليه معظم التشريعات العربيّة محل المقارنة والمناسبة في تقديري؛ لأنّ ترجمة المادة بهذه الطريقة أوقعت المشرع في تناقض مع نفسه ومع غيره من التشريعات، ويكون بذلك الوحيد الذي اعتبر هذا الشرط ضروري في التّفرقة من أجل الغيبة.

² العربي باشة مصطفى، المرجع السابق، ص. 71.

³ محمد اللجمي، قانون الأحوال الشخصية التونسي، د. د. ن، تونس، 2008، ص. 436.

⁴ يتبيّن لنا من خلال إمعان النظر في نص المادة 1/52 منه، اجتهاد المشرع في إزالة الضرر عن المرأة، إذ حدده بسنة لغير المنفق وبسنتين للمنفق، لكن في كل الأحوال للزوجة الحق في فسخ نكاحها إذا كان زوجها غائب في مكان مجهول، وبمفهوم المخالفة للمادة فإن الغائب في مكان معلوم والذي لم يرد بشأنه نص، لا يكون لامرأته التّطليق وإن طال غياب زوجها مادام ينفق عليها. راجع: محمد حسن يحيى الملحاني، "التفريق لغياب الزوج عن زوجته وتطبيقاته المعاصرة دراسة فقهية مقارنة"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، المجلد 22، العدد 44، 2018، ص. 450.

الخامسة من المادة 53 ق. أ، إذا كانت الزوجة تملك إمكانية أخذ النفقة من المصادر التي تركها لها زوجها الغائب؟

تستدعي مهمّة الإجابة على هذا التساؤل، ضرورة الاستئناس بالأحكام القضائية الصادرة في هذا الخصوص، ومنها نجد الحكم الصادر عن محكمة ألسانيا بوهران، الذي تتلخص وقائعه في تأسيس الزوجة طلبها في التّطليق على غياب زوجها لأكثر من 12 سنة مهملًا إيّاها دون نفقة، وأنها متضررة من تركها كالمعلقة. حيث أن محكمة ألسانيا وتطبيقًا لأحكام المادة 49 من ق.أ حاولت الصلح بين الزوجين، إلّا أنّ الزوج تغيب عن الجلسة، واستنادًا لإدلاء الشاهدين بشهادتهما تأكيدًا على أقوال الزوجة وأدائهما اليمين القانونية، حكمت المحكمة بالتّطليق بين الزوجين، لتأسيس طلب المدعية قانونًا طبقًا للمادة 5/53 باعتبار أن غياب الزوج لفترة طويلة تفوق السنة دون عذر يلحق ضرر بالزوجة مما يتعين الاستجابة لطلبها¹.

يلاحظ على وقائع هذا الحكم والنتيجة التي أسفر إليها، أن عدم الإنفاق لا يعتبر شرطًا يترتب على تحققه رفض دعوى الزوجة الرامية إلى التّطليق من أجل الغياب، وإنّما يكفي للزوجة أن تثبت غياب الزوج لمدة سنة بدون عذر مقبول، وأنها متضررة من طول الغيبة ومن بقائها معلقة، ووفقًا لذلك تصدق قضاء، ويكون بذلك هذا الحكم مسيرًا للمذهبين المالكي والحنبلي، وكذلك ما أسست عليه المجالس القضائية للدول العربية أحكامها.

لذا فمن غير الصواب إضافة شرط عدم ترك النفقة إلى الفقرة 5 من المادة 53؛ لأنّ المتأمل لأحكامها يجد موقف المشرع فيها غامض، بدليل أنه إذا تغيب الزوج وترك لزوجته موارد مالية تتفق منها على نفسها وأولادها، تكون دعواها المقامة من أجل التّطليق للغياب مرفوضة من طرف القاضي لعدم تحقق أحد الشروط، ومنه يعتبر المشرع الجزائري الوحيد من بين التشريعات العربية، الذي أعطى الأولوية للضرر المادي وتجاهل الضرر المعنوي الناتج عن الغياب الطويل للزوج وأثر ذلك على الزوجة.

¹ - مجلس قضاء وهران، حكم صادر بمحكمة ألسانيا، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 2006/521، رقم الفهرس: 2006/718، تاريخ 2006/06/04، نقلًا عن: أحمد خاتري، التّطليق بسبب الغياب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص. 119-121.

بالتالي نرى أنّه لم يكن هناك أيّ موجب يدعو المشرع إلى تنصيب على عدم الإنفاق كأحد الشروط الموجبة لفرقة الغيبة، وسندنا في ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من نفس المادة التي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق لأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، حيث تعطي للمدعية من ضرر عدم الإنفاق إمكانية اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بالتّطليق لعدم الإنفاق وإزالة الضرر المادي الواقع عليها، وذلك إذا توافرت الشروط التالية:

- صدور حكم قضائي يلزم الزوج بوجوب النفقة وبكل مشتملاتها،
- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه،
- وأخيرا لا بد أن تكون الزوجة غير عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فلو كان الزوج معسرا وكانت الزوجة غير عالمة بإعساره، لأمكنها طلب التّطليق لعدم الإنفاق¹.

مع ذلك أهملت هذه المادة ذكر مدّة عدم الإنفاق التي بعدها يكون للزوجة طلب التّطليق؛ علما أن مدّة الشهرين الواردة في المادة 331 من ق.ع.ج تخص المتابعة الجزائية للزوج عن جريمة الامتناع العمدي عن تنفيذ حكم النفقة²؛ بينما يطبق عليها في التّطليق لعدم الإنفاق القواعد العامة في التنفيذ³.

ثانيا: طلب التّطليق بسبب عدم الإنفاق عند غياب الزوج

يعتبر الإنفاق على زوجة الغائب إلزام فقهي أقرته المذاهب الفقهية السالفة الذكر بالإجماع لحماية الزوجة، يظهر بجلاء في تفصيلهم لطريقة فرض هذه النفقة عند غياب الزوج، وأيضا في إجازتهم التّطليق لعدم الإنفاق كوسيلة قضائية تكون البديلة في حالة عدم توقّر النفقة لصعوبة التوصل إليها أو نتيجة امتناع المدين بها.

¹ - لتفاصيل أكثر راجع: دليّة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.135.

² - القانون رقم 06-23 مؤرّخ في 20 ديسمبر سنة 2006، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرّخ في 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر. عدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر سنة 2006.

³ - دليّة آيت شاوش، المرجع السابق، ص.131-133.

رغم أن المشرع الجزائري قد عمد إلى النص على حقّ التّطليق لعدم الإنفاق في المادة 53 فقرة 1 من ق. أ، ومع ذلك اعترت هذه المادة العديد من النقائص نذكر منها إهمالها لمسألة التفرقة بين الزوج الغائب والحاضر، وعدم تمييزها أيضا من حيث الغياب بين وجود النفقة وعدم وجودها وكذلك كيفية الأخذ منها، كما لم تفرّق هذه المادة بين امتناع المدين بالنفقة عن دفعها في حالة يسره أو عسره، وكذلك في حالة الزوجة التي بإمكانها الإنفاق على نفسها من مالها؛ أو الاستدانة والرجوع على الزوج بها.

إذن ونظرا لخلو ق. أ. ج من نص يتناول كل هذه المسائل، فإنّ أي غموض أو إشكال يثار في جزئية ما يقتضي الرجوع في شأنها بموجب المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية¹، وهذا على نقيض من سبقه إلى تنظيمها كقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 4 التي تنص: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عن زوجته، فإن كان له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا وإن أثبتته أمهله مدة لا تزيد عن شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك"، وكذلك المادة 5 التي جاء فيها: "إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر اعذر عليه القاضي وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل. فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وكان مفقودا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة". كما خصّ التشريع الأردني مسألة نفقة زوجة الغائب بالتنظيم²، حيث فصل في حكم عدم إيجاد المرأة للمال وأجاز لها في إطار ذلك أن تستدين وتعود على الزوج بما أنفقت على نفسها بعد عودته إذا كان موسرا، أما إذا كان معسرا ولا يملك موارد مالية، فإنّ حقّها في النفقة يبقى محميا من طرف القانون من خلال إعدار الزوج وإمهاله مدة لإرسال النفقة، أو الحكم بالتطليق منه إن تعذر الأمر وتضررت الزوجة من عدم وجود النفقة.

¹ تنص المادة 222 من ق. أ. ج: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

² راجع المواد 59 إلى 71 وأيضا المادتين 117 و118 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية. أنظر في هذا أيضا: المواد 40 و41 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

يعتبر حق التّطليق لعدم الإنفاق حق مستقل عن طلب التّطليق للغياب، إذ يمكن للزوجة أن تطلبه مباشرة إذا اقترن غياب زوجها مع عدم إنفاقه، لكن مع مراعاة الشروط والإجراءات المكرّسة قانوناً، ولا شك أن النقص الذي اعترى قانون الأسرة أضحى في يومنا هذا موضوع مقلق ومتعب على القضاة ورجال القانون، لذا نقترح على المشرع الجزائري التفصيل في مسألة نفقة زوجة الغائب بإضافة الفقرات التالية إلى المادة 74 لتتنص على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون، يلتزم الزوج الغائب بالنفقة كما يلتزم بها الحاضر بقدر وسعه، يفرض القاضي لزوجة الغائب أو المفقود النفقة من تاريخ الطلب، في مال زوجها أو مال مودعه أو مدينه إذا كان ماله ظاهراً ومن جنس النفقة، أما إذا لم يجد له مالا، فرض لها القاضي النفقة وكانت دينا عليه،

وإذا كان المال من غير جنس النفقة، باعه القاضي وفرض منه النفقة على الزوجة، وفي جميع الأحوال تؤدي الزوجة اليمين على عدم إنفاق الزوج عليها وعلى استحقاقها لها"¹، والنص كذلك على كيفية التّطليق على الغائب أو المفقود لعدم النفقة².

المطلب الثاني

الشروط التي انفرد بوضعها الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة

إذا كان المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 قد انفرد باشتراط عدم الإنفاق من أجل التّطليق للغياب، فإنّ الفقه المُجيز لهذا التّطليق قد انفرد كذلك بوضع شروط تتفق مع ما نصت عليه معظم التشريعات العربية باستثناء المشرع الجزائري، والمتمثلة أساساً في شرط الكتابة والإرسال إلى الشخص الغائب (الفرع الأول)، وفي تضرر الزوجة وخوفها من الفتنة أثناء الغياب (الفرع الثاني).

¹ - باسمه تواتي، "دور القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النفقة"، المرجع السابق، ص.232.

² - المرجع نفسه، ص.230، 232.

الفرع الأول

الكتابة والإرسال إلى الشخص الغائب

اختلف الحنابلة والمالكية وفقاً لما سبق حول مدّة الغياب وسببه؛ ومع ذلك اتفقوا على ضرورة إعدار الغائب، حيث لا يسمحون بالتّفريق للغيبّة ما لم يكتب القاضي إلى الزوج في مكان غيبته إذا كان معلوم المكان ويخيره بين العودة للإقامة وزوجته أو نقلها إليه إن تعذرت عودته؛ وإلاّ فالخيار الأخير ألا وهو الطلاق عند مالك¹؛ أمّا مذهب الإمام أحمد فإنه اختار أن يرأسه الحاكم وإن أبى العودة من غير عذر فسخ نكاحه مباشرة، وبمفهوم المخالفة فإذا قدّم الغائب عذراً مقبولاً يقوم بينه وبين عودته إلى زوجته؛ فإن الحاكم يرفض فسخ النكاح على عكس المالكية².

بالرجوع إلى التشريعات العربية؛ نجد أن أغلبها نص صراحة على اعتبار الإعدار شرط إلزامي لا يمكن مخالفته، ومنها نجد قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 13 التي تنص: "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبدي عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة.

وإذا لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا عذر أو ضرب أجل"³، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 137 التي تنص: "أ- إن أمكن إعلان الغائب، ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه، إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً، فرق القاضي بتطبيقه بائنة.

ب- وإن لم يمكن إعلان الغائب، فرق القاضي بلا إعدار ولا أجل"، وهو تقريباً ما نصت عليه باقي التشريعات⁴.

¹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص. 431.

² - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.193.

³ - يلاحظ على المشرع المصري من خلال هذه المادة؛ أنه سار على خطى المدرسة الحنبلية في إعدار الغائب الذي يمكن وصول الرسائل إليه ومطالبتة بالتّطليق، دون تمييزه بين العودة أو نقل زوجته إليه كما فعل المذهب المالكي.

⁴ - راجع؛ المادتين 186 و187 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان، المادة 143 من قانون الأسرة لدولة قطر، وأيضا المواد 104 و105 من مدونة الأسرة المغربية علماً أنّ هذه الأخيرة اشترطت عكس سابقتها، ضرورة تبليغ مقال الدعوى إلى الزوج معلوم أو مجهول العنوان وذلك بمساعدة النيابة العامة.

يلاحظ على هذه المواد؛ تمييزها بين الغائب معلوم العنوان أو مجهول العنوان من حيث إمكانية وصول الرسائل إليه، ويؤسس على ذلك أن شرط إعدار الغائب وضرب أجل له يعد إجراء ضروري ينبغي على القاضي القيام به قبل التفريق بين الزوجين، ومن ثم إذا أبدى الزوج عذرا مقبولا لغيابه واختار واحدا من الخيارات التي عرضها عليه القاضي والتي تتمثل في العودة إلى الزوجة أو نقلها إليه، لم يُفَرَّق عليه كما هو الحال عند مالك وأحمد؛ وبمفهوم المخالفة يُطَلَّق عليه القاضي في الحال إذا انتهت مدّة الأجل ورفض الزوج ما طلب منه قضاء أو امتنع عن الرد، أو لم يكن له عنوان إقامة معلوم، أو بسبب أن الرسائل لا تصله رغم أن عنوان إقامته كان معلوما¹، علما أنّه وفي جميع الأحوال لا يأخذ بعين الاعتبار الرسائل التي تكتبها الزوجة أو من يتولى أمر الدفاع عنها إلى الغائب، تطالبه من خلالها بالحضور أو بالطلاق؛ لأنه لا أثر لها أمام القاضي، وإنّما يعتد فقط برسائل القاضي دون أن تمتد إلى غيره².

يتوقف قرار القاضي في التّطليق من أجل الغياب إذن، على توفر مجموعة من الشروط بما فيها إعدار الغائب وضرب أجل له؛ لكن ما هو هذا الأجل وما هي مدّته، وما الجدوى من منحه؟

أغفلت بعض التشريعات الإشارة إلى مدّة الإعدار رغم اعتبارها له شرط إلزامي، وفي المقابل تفتن البعض الآخر إلى ذكره ومنها نجد التشريع القطري الذي نص في المادة 143 منه على أنّ القاضي عليه أن يمهل الزوج الغائب أجل لا يتجاوز شهرين للقيام بالأمر الثلاثة السالف ذكرها³، وعلى مدّة أطول نصّ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 129 التي نقلت بصراحة ما يلي: "للزوجة طلب التّطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه؛ ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه، أو طلاقها على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة".

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.358.

² - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتّطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.339، 340.

³ - أنظر المادة 143 من قانون الأسرة لدولة قطر.

أما بالنسبة للتشريع العماني؛ فقد أورد هذا الأجل ومدّته في نص المادة 110 المنظمة لأحكام التّفريق للغيبة، ومع ذلك فإنّ هذا النص جاء يتّسم ببعض الغموض، الأمر الذي يجعل قارئها في حيرة من سبب إدراج المدّة؛ بحيث منح الزوج الغائب مهلة لا تقل عن أربعة أشهر ولا تتجاوز سنة، وفي نفس الوقت لم يشر إلى المدّة التي يجوز بعدها للزوجة أن ترفع شأنها إلى القاضي للتّفريق للغيبة؛ وفي هذا الشأن قال المغاوري عبد الرحمان الفقي في إطار تفسيره لجزئيات هذه المادة؛ أن المراد بتلك المدّة هي شرط للحكم بالتّطليق، لأنّه أغلب الظن وليست المدّة الممهلة للزوج للاختيار، وأن القاضي هو الذي يتكفل بمهمّة تحديد الأجل حسب اجتهاده، وفوق ذلك اقترح صياغة جديدة للمادة كالآتي: "للزوجة طلب التّفريق بسبب غياب الزوج المعروف موطنه أو محل إقامته، ولو كان له مال يمكن استيفاء منه إذا مضى على غيابه سنة، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إن كان معلوم المكان: إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل يحدده له القاضي، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل فرق بينهما"¹.

يتضح مما تقدّم؛ أنّ المراد بالأجل المهلة التي يضربها القاضي للزوج الغائب، ويخبره كما جاء في المواد السابقة؛ إما بالعودة أو نقل زوجته إليه أو الطلاق، ومن هنا يتبيّن أنّ المغزى من اشتراط الأجل هو التأكيد مما ترمي إليه نيّة الزوج الغائب، فعلى فرض غياب الزوج لعذر مقبول وطلبت الزوجة التّطليق؛ فإنّ القاضي سيصل بعد انتهاء الأجل إلى يقين تام إذا كان غياب الزوج حقا بعذر؛ لأن عدم عودته أو تغاضيه عن الإجابة دليل على رغبته في الإضرار بالزوجة، ومن ثم على القاضي رفعه من خلال التّطليق بعد انقضاء الأجل.

بما أنّ شرط المكاتبة مهم ومما ينبغي على القاضي احترامه قبل الإعلان عن الحكم بالتّفريق²، لذا فإنّ عدم نص المشرع الجزائري عليه في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية، يوقع القارئ لأحكام هذين القانونين في حيرة من مدى أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط من عدمه، وانعكاس ذلك على تطبيقه من طرف القاضي عند الفصل في القضايا المعروضة عليه؟

¹ - عبد الرحمان المغاوري محمد الفقي، المرجع السابق، ص. 72، 73.

² - العيد براهيم، المرجع السابق، ص. 181.

استنادا للمادة 222 من ق. أ.ج التي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، فإنّ القاضي بإمكانه الرجوع إلى كافة المذاهب الفقهية، والأخذ بالمذهب الفقهي المعتمد بأنّه الأكثر ملائمة لنصوص القانون، بمعنى ألا يخالف القانون ولا الشرع، وبما أن الفقه المالكي والحنبلي قد قالوا بهذا الشرط، فإنّه لا حرج على القاضي من تطبيقه لما له من أهمية، في وقت سايرهما في ضبط شرطين من الفقرة الخامسة للمادة 53.

إلى جانب المشرع الجزائري، أغفل المشرع السوري هو الآخر النص في المادة 109 على شرط إعدار الغائب قبل التّفريق، كما أنّه لم يفرق بين غياب الزوج في مكان معلوم أو في مكان مجهول، مع العلم أنّه قد أعاد صياغة المادة 109 أثناء تعديله الأخير لقانون الأحوال الشخصية، بالتالي نفس السؤال السابق يطرح في هذا المقام، هل يأخذ المشرع السوري بهذا الشرط؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال نجدها في المادة 305 التي تحيلنا فيما لم يرد عليه نص في القانون إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي¹، وهذا الأخير لا يجيز التّفريق بين الزوجين للغيبة مهما طالّت مدّة الغياب وتضررت منه الزوجة؛ لأنه يمنع التّفريق للغيبة على إطلاقه، لذا فإنّ القانون السوري بمقتضى هذه الأخيرة لا يسمح للقاضي بإعدار الزوج الغائب ومطالبته بالعودة إلى زوجته، أو نقلها إليه، أو حتى تطليقها؛ وهذا بلا شك يجعل القاضي بناء على الفقرة الأولى والثالثة من المادة 109 يطلق الزوجة بمجرد أن تثبت ببينة غيبة زوجها عنها لمدة أكثر من سنة، حتى ولو ترك لها مال تنفق منه على نفسها، أو كان غيابه بعذر كما هو عند مالك، مع حلفها اليمين على تضررها من الغيبة.

¹ - يلاحظ على القانون السوري تقييده للقاضي بالرجوع فيما سكت عنه القانون حصرا إلى المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب، بخلاف المشرع الجزائري الذي أطلق له التصرف ليبحث في ثنايا أحكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين.

الفرع الثاني

التضرر من الغياب الطويل وخوف الفتنة

يرى المالكية أن من غاب أو احتبس عن زوجته وكان معلوم الموضع والحياة لمدة تزيد عن سنة؛ فإنّ القاضي بعد طلب الزوجة منه التّطليق يجتهد ويراسل الغائب إلى حيث مقامه ويأمره بالعودة أو حمل زوجته إليه أو مفارقتها؛ وإن لم يفعل وطال الأمر حل محله وطلق عليه؛ لأن ذلك من الإضرار بالزوجة بيد أنه يوقعها في الخوف من الزنا لعلّة ترك الوطء لزمن ليس بقصير، ويكون هذا الضرر حاصل ولو كان الغياب بعذر¹؛ أمّا الحنابلة فذهبوا إلى رفع الضرر الواقع² على الزوجة بسبب غياب زوجها عنها بلا عذر مقبول لما يزيد عن نصف سنة؛ وحسب نظرهم فإن الضرر عام لا ينحصر في الخوف من الزنا والانحراف؛ وإنما يتعلق بأي ضرر قد يمس بها من عدم قضاء حاجتها من زوجها بفعل الوحدة والإيحاش³.

يراد بالضرر كل ما هو خلاف للنفع⁴ وهو الأذى الحسي أو العاطفي أو الشعوري الذي يصيب الزوجة ببعدها عنها خاصة وأنّ الله سبحانه وتعالى أمر بالإحسان في معاشرّة الزوجة ونهى عن المضارة بها، والدليل الشرعي على ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵، وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تُضَارِرْنَ ضِرَارًا﴾⁶.

¹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.431.

على نقيض المالكية فرّق الحنابلة في هذا الخصوص بين قصد الزوج المضارة من ترك الوطء أو لا، وبذلك يقيّدون حق الزوجة المتضررة من ترك الوطء في فسخ نكاحها بسبب غياب زوجها عنها فوق ستة أشهر بلا عذر، إذا كان لا يقصد المضارة، أما إذا قصد غير ذلك فلها الفسخ إذا مضت أربعة أشهر وطلبت الفينة وأبى. أنظر في هذا، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.423.

² - لا بد في ضرر الغيبة الذي على أساسه يطلق القاضي الزوجة من زوجها الغائب، أن يكون واقع وليس متوقع أو محتمل الوقوع وإلا رفضه القاضي.

³ - عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس - فلسطين -، 2013، ص.16.

⁴ - إسماعيل بن حماد الجوهري، المرجع السابق، ج.2، باب الرءاء، ص.719.

⁵ - سورة النساء، الآية 19.

⁶ - سورة البقرة، الآية 231.

مما سبق، يعد غياب وبعد الزوج عن زوجته انحراف عن الغرض والمقصد الرئيسي من الزواج وهو الإحصان والعفاف الذي جوهره المعاشرة الطيبة سواء في المعاملة أو حتى في تلبية الحاجيات الغريزية، الأمر الذي لا يتحقق مع الغياب ويخلق رعباً في نفس المرأة من الوقوع في الفتنة والحرام بسبب الوحدة؛ ويسبب ضرراً شديداً يتحتم دفعه تطبيقاً للقاعدة الشرعية «الضرر مدفوع ومرفوع» وأيضاً «الضرر يزال»¹، والتي تتماشى مع قوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»²؛ ولما كان ذلك ليس إمساكاً بمعروف فتعين التسريح بإحسان، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه³.

لما كان مقام الزوجة وحدها لزمناً طويلاً وزوجها بعيد عنها أمر لا تتحملة الطبيعة في الغالب⁴؛ فإنّ الفقه الإسلامي سمح لها متى خافت على نفسها الفتنة والوقوع فيما حرّمه الله أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطليقها من زوجها الغائب نتيجة تضررها من بعده عنها، ولا يكفها قاضي الموضوع عناء إثبات تضررها لصعوبة الأمر؛ وإنما تصدّق بقولها في خوف الفتنة⁵، وهذا الحكم ينطبق على الحاضر كما ينطبق على الغائب؛ لأنّ الخوف من الزنا بترك الوطء سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً لا يعلم إلا من الزوجة، لأنها الأدرى بنفسها وبقوة تحملها⁶.

وفي المنظور القانوني؛ اهدت بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية إلى مساهمة المذهب المالكي والحنبلي في إجازة التفريق من أجل الغيبة إذا أثبتت الزوجة تضررها من الغياب، وهو ما يتجلى من المادة 1/109 من التشريع السوري التي جاءت تنص: "إذا غاب الزوج أكثر من سنة جاز لزوجته أن تطلب التفريق لتضررها من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وكذلك المادة 119 من التشريع الأردني التي تنص: "إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا

¹ - أحمد بن شيخ محمد الزرقا، المرجع السابق، ص. 135.

² - سبق تخريجه.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط. 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950هـ، ص. 367.

⁴ - علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، د. ب. ن، 1968، ص. 144.

⁵ - علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص. 271.

⁶ - أبو بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى بدر الزوجين ونفحة الحرمين، مكتبة التراث العربي، الدار البيضاء-المغرب، 2010، ص. 218.

تضررت من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وأيضاً التشريع السوداني في المادة 185 التي تنص: "يجوز للزوجة طلب التّطليق لغيبة زوجها سنة فأكثر، إذا تضررت من بعده، سواء كان له مال تستطيع استيفاء نفقتها منه أم لا".

من تحليل هذه النصوص؛ نجد أن الضرر مفترض بمجرد مرور سنة على الغيبة دون الحاجة إلى إثباته، فيكفي أن تدعي الزوجة أنّها تضررت من غيبة زوجها، وتثبت أنه قد مضى سنة على غيبته ليحكم لها بالتّفريق، وتصدّق بادعائها لأنّ الضرر ممّا لا يتأتى لها إثباته¹، وإذا لجأت إلى القاضي وطلبت الفرقة؛ فإن هذا الأخير يقوم بمكاتبة الغائب كما سبق أن فصلناه ويحلف الزوجة اليمين² على أنّها تضررت، وذلك بالنسبة للتشريعات التي تشترطه ومنها تشريع الأحوال الشخصية السوداني والأردني³، وفي حال عجزت الزوجة عن إثبات ما تدّعيه أو نكلت عن حلف اليمين، فإنّ الدعوى ترد حسب المادة 121 من هذا الأخير والتي تنص: "إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى فرق القاضي بينها بفسخ عقد زواجهما بلا إعدار وضرب أجل في حال عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى".

الجدير بالذكر؛ أنّ اليمين في الحالة السابقة تحلفه الزوجة على غيبة زوجها وعلى تضررها فعلاً من واقعة الغيبة، وهي بمثابة ضوابط تمنع إيقام الظلم بالزوج في وقت يُعمل على رفعه عن الزوجة⁴، باستثناء التشريع السوداني الذي يصدق الزوجة بيمينها في تضررها من غيبة زوجها وخوفها الفتنة⁵.

¹ - احمد أباش، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص. 299.

² - اليمين هو قسم الشخص بالله على قول ما، ويتخذ بذلك الله تعالى شاهداً على صدقه، ويلقى عقاباً من ربه إذا حنث، وتجوز كتابة أو قولاً، وإذا ردها إلى الخصم فهي مردودة، وأما إذا أبأها الخصم قيل عنها نكول. راجع: بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص. 224.

³ - راجع المادتين 186 و187 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان، وكذلك المادتين 120 و121 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

⁴ - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص. 254.

⁵ - أنظر؛ المادة 188 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لجمهورية السودان.

يلاحظ على هذه التشريعات؛ أنّها أخذت بمذهب الإمامين مالك وأحمد في اشتراط تضرر الزوجة من الغيبة ليتأتى لها التّطليق قضاء، إلاّ أنّها في المقابل خطت نفس خطى الحنابلة في الإبقاء على مصطلح "الضرر" عام، بحيث لا يقتصر فقط على خوف الزوجة الزنا والفتنة من غياب الزوج كما هو الحال عند المالكية، وحسنا ما فعلوا لأنّ الضرر لا يقاس فقط على الزنا وترك الوطء.

بناء على ما سبق، يمكن القول أنّ توفر جميع الشروط المبرّرة للتّطليق للغياب كما تقدّم ذكرها، لا يعتبر كافيا إذا لم ترفع الزوجة دعوى إلى المحكمة تثبت من خلالها ادعاءها وكل تلك الشروط، ليبيّن القاضي على أساسها حكمه بالفرقة من عدمه، والذي سيكون محور دراسة في الباب الثاني.

الباب الثاني

حدود استجابة القاضي لطلب الزوجة

بالتطيق للغياب

بعدما أجاز الفقه ومعظم التشريعات العربية وعلى رأسهم المشرع الجزائري لزوجة الغائب الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب الغياب بموجب شروط معينة، مراعين في ذلك تضررها من عدم استقرار الحياة الزوجية في ظل أهمية الزواج ومكانته في المجتمع الإسلامي، ارتأينا في هذا الباب أن نبحث عن دور قاضي الموضوع في إجابة طلب الزوجة من منطلق أنّ التطليق يتم كما عرّفناه سابقا بواسطة القاضي، وذلك بأن تنقل الزوجة رغبتها في فسخ الرابطة الزوجية بسبب الغياب إلى القاضي؛ الذي بدوره إما أن يجيبها من خلال إصدار حكم بالتطليق أو أن يرفض طلبها.

لكن فصل القاضي في الدعوى واختياره للحكم المناسب ليس بالأمر البسيط، وهذا ما دفعنا إلى إثارة ما يلي من التساؤلات: هل يجيب القاضي الزوجة بمجرد أن تناشده من أجل تطليقها لغياب زوجها أم أن هناك قواعد أو إجراءات يمنع على الزوجة تجاهلها؟ وكيف يتعامل القضاء مع دعوها من خلال تطبيقه لهذه الإجراءات؟ وما هي آثار الحكم بالتطليق للغياب على الزوجة والأولاد؟

سنتعرض في هذا الباب إلى كيفية استعمال الزوجة لرخصة التطليق التي خولتها إياها الشريعة الإسلامية بمساندة القانون عند غياب الزوج، وكذا نطاق إجابة القاضي لطلبها في التطليق، بل وما يحيط هذا الحكم من إشكالات وآثار بعد صدوره. فنخصص بذلك (الفصل الأول) لدراسة الإجراءات المساهمة في تكوين الحكم القاضي بالتطليق للغياب، بينما نخصص (الفصل الثاني) لدراسة دور القاضي في الحكم بالتطليق للغياب وأثاره.

الفصل الأول

الإجراءات المساهمة في تكوين الحكم القاضي بالتطليق للغياب

أقرّ المشرع الجزائري وغيره من المشرعين لموضوع الطلاق والتطليق جملة من الأحكام الموضوعية موزعة في قانون منظم يتعلق بالأحوال الشخصية، وبالموازاة خصّوا الدعوى الرامية إلى إحداثه نصوصا تتضمن مجموعة من الأحكام الإجرائية توضح كيفية رفع الدعوى وقيدها، وأيضا شروط قبولها والمحكمة المختصة للنظر فيها، فضلا عن تبيان قواعد سير الجلسات وما يدخل فيها من إجراءات الحضور أو الغياب وأيضا ما يتعلق بالطلبات والدفع المقدمة من طرف الخصوم.

لما كان الطلاق هو أبغض الحلال عند الله لعظيم أثره على مستقبل الحياة الزوجية؛ بسبب أنّ غياب الزوج عن الأسرة يعني غياب الأساس الذي تقوم عليه الرابطة الزوجية، ولأنّه ينعكس سلبا على حياة الزوجة ويضرب باستمرارية الزواج، فإنّ التشريعات العربية وتأثرا بالفقه الإسلامي عمدت إلى تقييد التطليق للغياب بجملة من الإجراءات تتم تحت مراقبة القضاء، وأهمها مباشرة الدعوى من طرف الزوجة أمام الجهة القضائية المختصة وفقا للشروط المحددة قانونا، وأيضا ما يتعلق بالإثبات والوسائل المقررة وعلى من يقع عبء الإثبات، وأخيرا إجراء عرض الصلح على الخصوم في دعوى التطليق للغياب، وكل ذلك بالنظر في مدى مطابقة القانون الجزائري لما جاء في الفقه الإسلامي في بعض النقاط، مع مقارنة ذلك بما جاء في بعض التشريعات العربية.

إذن؛ سيسلط هذا الفصل الضوء على إجراءات تهيئة الخصومة القضائية (المبحث الأول)، وكذلك إجراءات سيرها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إجراءات تهيئة الخصومة القضائية

في إطار إخضاع دعاوى انحلال الرابطة الزوجية إلى رقابة القضاء، فإنّ ترسانة من النصوص القانونية تحكم هذه الرقابة، وتوضّح بانتظام الإجراءات التي يتم سلوكها من قبل الزوجين لإيقاع الطلاق وتوفير العدالة والاستقرار للأسرة.

فالمشرع بخصوص دعاوى التّطليق المرتكزة على الغياب أو أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من ق. أ، رسم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ القواعد الإجرائية الواجب إتباعها لتكوين الحكم القاضي بالفرقة، تتجسد في الأساس بضرورة استيفاء مجموعة من شروط يتعلق بعضها بالمدعين والبعض الآخر بوثيقة الدعوى والجهة المختصة بالنظر فيها، أضف إلى ذلك مراحل التبليغ الرسمي.

للإمام بهذه التفاصيل قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين: حيث أفردنا (المطلب الأول) لدراسة الشروط الشكلية لرفع الدعوى القضائية، في حين أفردنا (المطلب الثاني) لتناول شروط قبول الدعوى القضائية.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لرفع الدعوى القضائية

تخضع دعوى التّطليق للغياب من حيث التقاضي في المجمل لنفس الأحكام والإجراءات التي تخضع إليها غيرها من الدعاوى سواء في القانون الجزائري أو المقارن، لذا سنتناول في هذا المطلب كيفية رفع الدعوى القضائية والأداة القانونية المستعملة في ذلك، أضف إلى إجراءات أخرى منها ما يتعلق بقيدتها ومنها ما يشمل دفع الرسوم اللازمة، فضلا عن الجهة المختصة بالفصل فيها (الفرع الأول)، ثم نتعرض في (الفرع الثاني) إلى إجراء جوهرى لا تقوم الدعوى بدونه وهو إيصال الدعوى إلى علم المدعى عليه، وتكليفه بالحضور إلى الجلسة في سبيل ضمان الوجاهية.

¹ القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن ق. إ. م. إ. ج. ج. ر عدد 21 بتاريخ 23 افريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 يوليو 2022، ج. ر عدد 48، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.

الفرع الأول

رفع الدعوى بموجب عريضة

ما من شك أن قبول القاضي النظر في الدعوى التي أقامتها الزوجة من أجل فك الرابطة الزوجية للغياب، يشترط رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة (ثانياً) بعريضة مستوفية لجملة من الشروط والأشكال القانونية (أولاً)، كما يلي:

أولاً: أداة رفع الدعوى وشكلها القانوني

تعتبر عريضة افتتاح الدعوى أول إجراء رسمه القانون لرفع الدعوى إلى المحكمة عملاً بنص المادة 14 من ق. إ. م. إ. ج التي تنص: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"¹، ويقصد بها تلك الوثيقة غير قضائية المودعة أمام المحكمة من قبل المدعي المعتدى على حقه شخصياً أو بواسطة وكيل أو محامي، للمطالبة بحماية هذا الحق².

وعليه، يتعين على المدعية في دعوى التطليق للغياب استناداً للمادة أعلاه وكذلك المادة 436 من نفس القانون، أن تعدّ عريضة كتابية تكون موقعة ومؤرخة منها شخصياً أو بواسطة وكيلها أو محاميتها، مع العلم أن خلو العريضة من هذا الشرط لا يترتب بطلان العريضة وعدم قبول

¹ - نص على هذا الأمر أيضاً:

الفصل 31 من ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 28 شتنبر 1974 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج. ر عدد 3230 مكرر، بتاريخ 30 شتنبر 1974، ص. 2741، طبعة محيئة بتاريخ 20 ماي 2014، متوفر على الموقع: <https://www.justice.gov.ma/lg-1/legislation/Default.aspx>

المادة 1/63 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986، متوفر على الموقع: <http://www.lcrdye.org/7567>
المادة 1/56 من قانون رقم 24 لسنة 1988 (قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1988) وتعديلاته، المملكة الأردنية الهاشمية، رقم الجريدة 3545، بتاريخ 02 أفريل 1988، متوفر على الموقع:

<http://www.moj.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=132>

² - عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، 2014/2015، ص. 230.

الدعوى شكلا؛ لأنها من الأمور التي يمكن تداركها بإكمال النقص¹، وإنما ترفض شكلا إذا لم تستوف البيانات التالية²:

- أ- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
 ب- اسم ولقب المدعي وموطنه.
 ت- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له.
 ث- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، مقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني ولاتفاقي.

ج- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

ح- الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

إذا كان المشرع الجزائري يشترط الكتابة في تقديم العريضة الافتتاحية، فإن المشرع المغربي جعل المسطرة في قضايا النفقة والطلاق والتطليق شفوية، وذلك وفقا للفقرة الثالثة من المادة 45 من قانون المسطرة المدنية³.

بعد استيفاء العريضة لشكلها القانوني، يقتضي على الزوجة وفي جميع الأحوال إيداعها مصحوبة بوصل إثبات دفع الرسوم لدى أمانة كتابة ضبط المحكمة المختصة، ليتأكد أمين الضبط بعدها من مسألة تسديد الرسوم القضائية المحددة قانونا، وتقييدها مباشرة في سجل خاص تبعا

¹ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول (أساس انعقاد الخصومة، مراحل وإجراءات التبليغ، شروط قبول الدعوى، عوارض المحاكمة، دراسة الطلبات والدفع، دور النيابة العامة)، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.8.

يجدر التنبيه إلى أن عدم منح القاضي أجلا للخصوم من أجل تصحيح الإجراء الشكلي المتعلق بتوقيع العريضة الذي أغفل عنه الخصوم عند التقديم، يعد خرقا للقانون ومخالفا للمبدأ القاضي بأن البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام، وبالتالي بإمكان الخصوم تصحيحه بناء على إذن القاضي في أجل معين. المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 59728 بتاريخ 1990/04/30، قضية (ك م ل) ضد (ل ش)، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1992، ص.61.

² أنظر في هذا المادة 15 من ق. إ. م. إ. ج، وكذلك المادة 2/56 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وأيضا المادة 2/63 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وأخيرا الفصل 32 من المسطرة المدنية المغربية.

³ خالد تومي، "خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية"، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 4، فبراير 2013، ص.86.

لترتيب ورودها، ثم يسلم للمدعي نسخ من العريضة تحتوي على أسماء وألقاب الخصوم، ورقم القضية وتاريخ أول جلسة من أجل تبليغها رسميا للخصوم¹.

ثانيا: الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى التطليق للغياب

لئن كان ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى في العريضة الافتتاحية إجراء شكلي وجوهري يُرتب إغفاله عدم قبول الدعوى شكلا؛ فإن اهتمامنا سيُصب على تبيان الجهة المختصة بالنظر في دعوى التطليق للغيبة والفقدان في القانون الجزائري، مع الإحالة إلى ما نص عليه القانون المقارن².

تنص المادة 1/423 و5 من ق.إ.م.إ.ج: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة..."

5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم³، وكذلك المادة 3/426 من نفس القانون على أنه: "تكون المحكمة مختصة إقليميا: ... 3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

حسب هذه المواد، يرتبط تحديد الجهة القضائية التي ترفع إليها دعوى التطليق للغياب بالاختصاص النوعي والمحلي، وبناء عليها يختص قسم شؤون الأسرة للمحكمة التي يقع في دائرة

¹ راجع في هذا؛ المواد 3، 16، 436، 438 من ق.إ.م.إ.ج.

² حسب القانون المصري فإنه يؤول اختصاص النظر في دعوى الطلاق أو التطليق إلى المحكمة الابتدائية المختصة محليا، المتمثلة في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو المدعى عليه، وهو ما نصت عليه المادة 1/15: "... تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال في المواد الآتية: ... (د) التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين وجميع أسبابها الشرعية...". من القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، جمهورية مصر، ج. ر. عدد 4 (مكرر) في 29 يناير سنة 2000، متوفر على الموقع:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LegsCates&FIID=240>

أسند كذلك الفصل 112 من قانون المسطرة المدنية المغربية اختصاص الفصل في دعاوى التطليق، للمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج.

³ الجدير بالتنويه أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الزوج أو الزوجة من حيث اختصاص المحكمة للنظر في دعوى الطلاق، وكذلك المراحل الإجرائية لطلبه وذلك بموجب المادة 436 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص: "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة..."

اختصاصها مسكن الزوجية بإجراء الفصل في دعوى التّطليق للغياب، وبموجبها لا يجوز للزوجة الاختصاص أمام أي محكمة سواها طالما أن القانون أوردها حصرا في المادة 426 أعلاه¹، وفي هذا المعنى قضى المجلس الأعلى بما يلي: "من المقرر قانونا أن الاختصاص المحلي للجهة القضائية، في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية، يكون أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال_ أن السكن الزوجي يقع بدائرة الحساسنة ولاية سعيدة وأن الطاعن دفع بعدم الاختصاص المحلي أمام محكمة تيارت ثم مجلسها فإن القضاة الذين لم يستجيبوا لدفع الطاعن يكون قد خرّقوا القانون"².

الفرع الثاني

تبليغ عريضة افتتاح الدعوى

لا يكفي لانعقاد الخصومة تسجيل العريضة الافتتاحية لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة، وإنما ترتبط كذلك بضرورة إعلام الخصم بالدعوى المرفوعة ضده في الميعاد القانوني المحدد من أجل ضمان ما يسمى بمبدأ الوجاهية في الدعوى القضائية، وسنتناول في هذا الفرع إجراء التكاليف بالحضور من حيث تعريفه وبياناته المطلوبة (أولا)، وغيرها من المقترضات التي تخص التبليغ (ثانيا)، مع مقارنة ذلك بما جاء في بعض التشريعات العربية المقارنة.

أولا: التكاليف بالحضور وبياناته

يرمي هذا الإجراء إلى إتاحة الفرصة للخصم للعلم بكل عناصر الدعوى، من أجل الدفاع عن نفسه والرد على الادعاءات المضادة أمام القضاء³، وينبغي وبناء على ذلك لصحة الإجراءات المتبعة في دعوى التّطليق للغياب، إعلام المدعى عليه بدعوى التّطليق المرفوعة ضده لتمكينه من

¹ - تخضع الدعوى التي لم ينص فيها القانون على اختصاص محلي خاص، للقاعدة العامة بموجب أحكام المادة 37 من ق.إ.م.إ.ج التي تنص بأنه: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له...".

² - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 44041 بتاريخ 1986/12/29، قضية (ع خ) ضد (ص خ)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1994، ص.51.

³ - محمد السيد التحيوي، أثر حضور المدعى عليه في انعقاد الخصومة القضائية طبقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص. 40.

تحضير دفاعه من أجل أولى جلسات المحكمة تحقيقاً لمبدأ الوجاهية، وفي هذا السياق فإن المحضر القضائي وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية هو من يلتزم بمسؤولية تحرير وتبليغ وثيقة التكليف بالحضور¹، عكس قانون المرافعات المصري الذي أسندها إلى الخصوم أو وكلائهم ليتولى بعدها المحضرين تبليغها حسب المادة 6 منه.

بخصوص تبليغ وثيقة التكليف بالحضور؛ فإن معظم القوانين² أجمعت على تولي المحضرين هذه المهمة ومن بينهم المشرع الجزائري³، بل وحملوه فضلاً عن عملية التبليغ مسؤولية أخرى تتمثل في تحرير محضر يثبت فيه نجاح عملية التبليغ أو فشلها بسبب الاستحالة أو الرفض، على أن يتضمن المحضر حسب المادة 19 من ق. إ. م. إ. ج ما يلي: "1- اسم ولقب المحضر القضائي، وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه، وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي، واسم ولقب وصفة الشخص المبلغ له.

4- توقيع المبلغ له على المحضر، والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها.

¹ حددت المادة 18 من ق. إ. م. إ. ج البيانات التي ينبغي أن يتضمنها التكليف بالحضور بما يلي: "يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات التالية:

1- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

4- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني ولاتفاقي.

5- تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها". يقابلها في التشريعات المقارنة المادة 5 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وأيضاً المادة 9 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

² أنظر المادة 6 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، المادة 6 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري. بالنسبة لموقف القانون المغربي؛ فنجده قد أسند عملية التبليغ لمجموعة من الجهات وهذا ما نص عليه الفصل 37 من المسطرة المدنية، لمزيد من التفاصيل في هذا الخصوص راجع: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، المغرب، 2013، ص. ص. 168-178.

³ راجع في هذا؛ المادة 19 من ق. إ. م. إ. ج، المادة 1/12 من القانون رقم 06-03 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

5- تسليم التكليف بالحضور إلى المبلغ له، مرفقا بنسخة من العريضة الافتتاحية، مؤشر عليها من أمين الضبط.

6- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور، أو استحالة تسليمه، أو رفض التوقيع عليه.

7- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.

8- تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده، بناء على ما قدمه المدعي من عناصر".

يخضع التكليف بالحضور بناء على أحكام هذه المادة، إلى القواعد السارية على عقود التبليغ الرسمي، حيث يتولى المحضر القضائي تسليم النسخ إلى المطلوب تبليغه أينما وجد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وإذا كان المراد تبليغه يقيم في الخارج، فإن تبليغه يكون صحيحا إذا تم في الموطن الذي اختاره في الجزائر وفي المواعيد المقررة قانونا¹.

زيادة على ذلك، يحرص المحضر القضائي بمقتضى الفقرة 6 من المادة 19 السالفة الذكر، على تحرير محضر يشير فيه إلى استحالة التسليم أو رفض الاستلام أو التوقيع على التكليف بالحضور من طرف المدعى عليه، مع إمكانية تعويض استحالة التوقيع بوضع البصمة. أما الفقرة الأخيرة من المادة، فإنها جاءت لتؤكد على الجزاء الذي سيلقاه المدعى عليه في حال تهربه من الامتثال للتكليف بالحضور، من جهة، وبغرض الحيلولة دون الإطالة في مسار الدعوى من جهة أخرى، مع مراعاة العناصر التي قدمها المدعي².

¹ راجع في ذلك المادتين 406 و416 من ق.إ.م.إ.ج.

² عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط. 2، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص. 63.

ثانياً: مراحل التبليغ

يراعي المحضر القضائي المكلف بالتبليغ، الترتيب المنصوص عليه قانوناً في تبليغ عريضة افتتاح الدعوى أو محضر التكليف بالحضور أو الوثائق والمستندات القضائية أو غير القضائية، ويترتب على عدم احترام تدرج هذه العملية إمكانية الطعن ببطلان محضرها، وسنحاول في هذا الإطار أن نبرز مراحل إتمام التبليغ الرسمي استناداً إلى المواد 406 إلى 416 من ق.إ.م.إ. ج، ومقارنته في مواضع معينة ببعض التشريعات الأخرى.

حرص المشرع الجزائري وغيره من التشريعات كمرحلة أولى على أن يكون التبليغ شخصياً كقاعدة عامة، تتم إلى المعني بالأمر ذاته سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وذلك في أي مكان يتم العثور عليه فيها سواء في موطنه أو مكان عمله أو في محل إقامته¹، وإذا حصل وأن تعذر الطريق الأول للتبليغ فإن المشرع الجزائري وغيره، تصدّوا إلى تنظيم طرق أخرى تحل محل هذه الأخيرة وتحقق الهدف المنتظر منها؛ ألا هو تيسير مهمة المحضرين والحد من تحجج المبلغ له بعدم وصول محضر التبليغ إليه؛ وعليه اعتبر المشرع الجزائري التبليغ في الموطن الأصلي أو المختار للمراد تبليغه إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه في مسكنه، تبليغاً قانونياً وقرينة قاطعة على علم المطلوب تبليغه بمضمون المحضر، شريطة تمتع مستلم الوثيقة بالأهلية وإلا تعرض المحضر للبطلان²، وهو المعتمد في قانون المرافعات المصري وكذلك الأردني³، مع الإشارة إلى أن القانون الأردني أدرجه بموجب أحكام المادة 7 منه كمرحلة ثالثة تأتي بعد فشل المرحلة الثانية، التي تقضي بأنه وفي حال فشل المبلغ في العثور على المطلوب تبليغه أو عدم تمكن من يمثله

¹ راجع المادتين 408 و406 من ق.إ.م.إ. ج، وما يقابلها في القوانين المقارنة كالفصل 38 من المسطرة المدنية المغربية، وكذلك المادة 10 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

² عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط. 2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 24.

لما كان الأصل في التبليغ أن يتم شخصياً إلى المطلوب تبليغه بالذات، ومع ذلك فإذا رفض هذا الأخير استلام محضر التبليغ الرسمي أو رفض التوقيع عليه؛ فإن المحضر يكون عليه مسؤولية تبيان الاستحالة التي جعلته لا يقوم بالتبليغ شخصياً، ومن ثم القيام بالتبليغ في الموطن الأصلي له إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه. المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 1091486 بتاريخ 2016/03/09، قضية (خ أ) ضد (ع ح) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2016، ص. 118.

³ المادة 2/10 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، المادة 8 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

في الاستلام عن التوقيع؛ فإن المحكمة تلزم قلم المحكمة بإرسال إشعار بموضوع التبليغ إلى ذلك الشخص بواسطة الهاتف الخليوي أو أي وسيلة إلكترونية يحددها النظام.

إذا رفض الشخص المطلوب تبليغه أو الأشخاص الذين لهم صفة تلقي التبليغ رسمياً، استلام محضر التبليغ أو رفض التوقيع أو البصم على ورقة التبليغ بمقتضى المادتين 411 و412 فقرة 2 من ق. إ. م؛ فإنّ المحضر القضائي يدوّن ذلك في المحضر الذي يحرره، ويرسل لهذا الشخص عن طريق البريد نسخة من التبليغ برسالة مضمّنة مع إشعار بالاستلام لا بوصول إيداع الرسالة المضمّنة بمكتب البريد، على أن يحسب ميعاد الطعن استناداً إلى التواريخ المحددة في الإشعار من طرف عون البريد، والتي تكون ابتداءً من تاريخ استلام أو رفض استلام المبلغ له لنسخة التبليغ¹.

أما إذا كان الشخص المراد تبليغه لا يملك موطناً معروفاً كما هو الحال بالنسبة للغائب مجهول محل الإقامة حيث لا سبيل لتبليغه بالذات؛ فإنه وعملاً بأحكام الفقرة الأولى من المادة 412 يتم التبليغ بتعليق نسخة من المحضر بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن معروف، على أن يتضمن المحضر الإجراءات التي قام بها².

علاوة على ما سبق، يكون تبليغ المحبوس وفقاً لأحكام المادة 413 من ق. إ. م تبليغاً رسمياً صحيحاً بمكان حبسه³، بينما يكون تبليغ من يتخذ موطناً في الخارج وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات القضائية إذا كانت هناك اتفاقية قضائية تربط بين الجزائر والدولة التي يقطنها المطلوب تبليغه، أما في حالة عدم وجود اتفاقية قضائية فإن إرسال التبليغ يكون

¹ - المحكمة العليا، غ. م، ملف رقم 1058061 بتاريخ 2016/06/23، قضية (ز ب) ضد (م ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2016، ص. 40.

² - على نقيض المشرع الجزائري لم يُورد قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وكذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري هذا الإجراء، إذ أشار هذا الأخير في المادة 9 منه إلى التبليغ عن طريق البريد كمرحلة ثالثة تلي مرحلة تعذر استلام المطلوب تبليغه أو من يمكن تبليغهم من أفراد عائلته لورقة التبليغ، وبالمقابل نص في المادة 11 على أنه في اليوم ذاته الذي تعذر فيها تسليمها شخصياً للمطلوب تبليغه، أو امتنع من منحهم القانون حق استلام التبليغ، فإنه يتم تسليم تلك الورقة إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن له في دائرته وذلك بعد التوقيع على الأصل بالاستلام.

³ - المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0847958 بتاريخ 2013/02/14، قضية (ق ح) ضد (ب س) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2013، ص. 288.

بالطرق الدبلوماسية¹، وفي جميع الأحوال يجب احترام ومراعاة المواعيد المذكورة في المادة 416 من نفس القانون.

المطلب الثاني

شروط قبول الدعوى القضائية

اختلف كل من الفقه والتشريع حول الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى من طرف القاضي، فمنهم من يرى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، ومنهم من ذهب إلى القول بأنه يتطلب لقبول الدعوى توفر المصلحة والصفة وحدها أو شروط أخرى كالأهلية. لفض هذا الخلاف وإزالة اللبس حول الشروط العامة لقبول الدعوى، يقع على عاتقنا توضيح جميع هذه الشروط كلٌّ على حدة:

الفرع الأول

الصفة في التقاضي

الصفة "هي الحق في المطالبة أمام القضاء"²، وهي أيضا "أن يكون صاحب الحق ذا صفة أي بمعنى أن يكون الزوج أو الزوجة نفسها، أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي، أو الولي أو الوصي"³، من هذين المفهومين يتضح لنا أنّ الصفة في الدعوى هي العلاقة التي تربط الخصم بموضوع الدعوى، ويتحقق ذلك عندما ترفع الدعوى من الشخص الذي أعندي على حقه، وبمفهوم المخالفة تكون الدعوى المرفوعة من شخص للمطالبة بحق شخص آخر محل رفض إذا لم يكن مآذونا بذلك⁴، فالشخص لا يستطيع أن يكون فضوليا ويرفع دعوى لا مصلحة له فيها أو على

¹ - راجع المادتين 414 و415 من ق.إ.م.إ.ج. وفي هذا الخصوص صدر عن المحكمة العليا قرار يقضي بـ: "من المقرر قانونا أنه إذا كان المطلوب تبليغه يقيم في الخارج فترسل النيابة نسخة إلى وزارة الشؤون الخارجية أو أية سلطة أخرى مختصة بذلك طبقا للاتفاقيات الدبلوماسية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون...". المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 53978 بتاريخ 1989/06/05، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1992، ص. 40.

² - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص. 34.

³ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 243.

⁴ - حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص. 15.

شخص لا علاقة له بالدعوى، باعتبار أن الدعوى لا تصح إلا إذا رفعت من ذي الصفة على ذي الصفة¹.

أما قانوننا فقد عالج التشريع المغربي هذه المسألة في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية كما يلي: " لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه"، وهو أيضا ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفقرة الأولى من الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي تنص: " حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة في القيام"²، كما حذا المشرع الجزائري حذو هذين الأخيرين بالنص صراحة على اشتراط الصفة لصحة التقاضي، وذلك في نص المادة 13 فقرة أولى من ق. إ. م. إ التي تضمنت ما يلي: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

تعتبر الصفة شرط أساسي ومهم لقبول الدعوى، يظهر ذلك جليا من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض السورية الذي قضى بما يلي: " من شروط قبول الدعوى المدنية أمام القضاء أن تكون للمدعي صفة تجيز له المخاصمة بموضوعها أو إبداء دفاع فيها، وعليه فلا بد من البحث عن صاحب الحق موضوع النزاع لتعلق ذلك بالنظام العام"³، وذلك على الرغم من أن المشرع السوري لم يبين موقفه من اشتراط الصفة صراحة في المادة 12/أ من قانون أصول المحاكمات التي تنص على أنه: " لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون"⁴.

¹ - عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص. 36.

² - قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 5 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 56 بتاريخ 3 و6 و10 و13 نوفمبر 1959، متوفر على الموقع:

http://www.legislation.tn/affich-code/Code-de-proc%C3%A9dure-civile-et-commerciale_90

³ - نقض مدني، قرار رقم 195 بتاريخ 17/06/1992، مجلة المحامين، العددان الخامس والسادس، لعام 1993؛ نقلا عن: محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية 1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص. 147.

⁴ - القانون رقم (1) لعام 2016، يتعلق بأصول المحاكمات السوري، دمشق في الموافق 03 جانفي 2016، متوفر على

الموقع: www.homsbar.org/wp-content/uploads/2016/01/قانون-أصول-المحاكمات-رقم-1-لعام-2016.pdf

إذن تكون الصفة وفقا لما سبق متعلقة بالنظام العام، بالتالي لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة في الدعوى¹ وفقا للقرار الذي يقضي بـ: " أن المدعية أرملة (ب) كانت قد باشرت دعوى تعويض باسمها وباعتبارها الولية الشرعية لأولادها العشرة، وفي هذه الحالة تعتبر ذات صفة في رفع دعوى متى كانوا كلهم قاصرين. حيث ثبت أن أربع بنات كن وقت رفع الدعوى راشدات مما يجعل الأرملة المذكورة فاقدة الصفة في تمثيل بناتها الراشدات"². يلاحظ على هذا القرار؛ أنه جعل دور المدعية مقتصرًا على اقتضاء حقوق أولادها القصر وقت مباشرة الدعوى؛ أما البالغين_ البنات الراشدات_ فبإمكانهم اقتضاء حقوقهم بأنفسهم بما أنهم أصحاب الحق.

لما كان صاحب الحق هو وحده من بإمكانه اقتضاء حقه أمام القضاء، فإن شرط الصفة في دعوى التطليق للغياب ترتبط بالزوجة لأنها صاحبة الحق في فك الرابطة الزوجية، مثلما يرتبط بزوجها الغائب لأنه المدعى عليه في الدعوى، وبذلك لو رفع ولي الزوجة دعوى التطليق على زوج ابنته الغائب بسبب تركه لها معلقة ومتضررة من بقائها بلا زوج لمدة طويلة، ودون الحصول على توكيل منها لطلب التطليق؛ فإن الدعوى في هذه الحالة غير صحيحة، ولا ينظر القاضي في موضوعها حتى وإن كانت قد رُفعت على ذي الصفة وهو الزوج الغائب؛ والسبب أن الولي في هذه الدعوى لا يملك صفة التقاضي، والأمر ذاته إذا كانت الدعوى أقيمت على غير الزوج الغائب، أما إذا كانت قاصر أو وكّلته مباشرة شؤونها، فإن الدعوى تكون صحيحة لتوفر الصفة الإجرائية في الولي.

تثبت هذه الصفة الإجرائية، لكل من يمثل قانونًا صاحب الحق في الإجراءات كالمحامي أو الوكيل عندما يتعذر على هذا الشخص مباشرة دعواه شخصيًا بسبب استحالة مادية أو قانونية³، فيقتصر دور حامل الصفة الإجرائية في إطار ذلك على رفع الدعوى ومتابعة الإجراءات بصفته

¹ - أنظر في ذلك المادة 13 من ق.إ.م.إ.ج، وكذلك الفصل 16 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 33694 مؤرخ في 1985/05/08، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989، ص.34. نقلا عن؛ حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، ط. 8، دار هومة، الجزائر، 2009، ص.39.

³ - كملاحظة فإن الشخص المعنوي تثبت له الصفة العادية، ذلك لأنه لا يمكن أن يمثل نفسه بنفسه، وإنما لابد من شخص يمثله أمام الغير وتكون لهذا الممثل الصفة الإجرائية في التداعي لمصلحة الشخص المعنوي الذي يمثله.

ممثلاً لصاحب الحق في الدعوى وليس بصفته الشخصية¹، إذ يتأكد القاضي من صحتها قبل البحث في مدى قيام شرط الصفة عند صاحب الحق².

الفرع الثاني

المصلحة في التقاضي

اتفق الفقه القانوني على إلزامية توفر المصلحة في الدعوى وإن اختلفوا في مدى توفر الصفة استناداً إلى قاعدة لا دعوى بغير مصلحة، حيث عرّفوها بأنها الباعث من رفع الدعوى³، وعرّفها آخرون بأنها: "الفائدة العملية أو المنفعة التي تعود على رافع الدعوى إذا ما قضى له بطلبه، فحيث لا تعود فائدة أو منفعة من الدعوى على رافعها فلا مصلحة له"⁴.

من هذه التعريفات؛ نرى أنّ المصلحة تكمن في الفائدة التي يربحها صاحب المطالبة القضائية من دعواه وقت اللجوء إلى القضاء، ومنه تكون مصلحة الزوجة في دعوى التطليق بسبب الغياب هو إزالة الضرر من خلال الحكم بالتطليق.

أمّا بالنسبة للتشريعات؛ فإنّها لم تتعرض إلى تعريف المصلحة رغم صراحتها في اعتبارها فضلاً عن الصفة شرطاً لقبول الدعوى⁵، ومع ذلك هناك من اعتبرها الشرط الرئيسي والوحيد لقبول الدعوى كالتشريع السوري⁶ والأردني⁷ وكذلك المصري⁸، وتبعاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 0965517 بتاريخ 2016/05/04، قضية (ز ر) ضد (ز ل) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2016، ص. 138.

² عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص. 34، 35.

³ أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، ط. 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن، ص. 121.

⁴ رمضان جمال كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً، مكتبة الألفى القانونية، د. ب. ن، 1998، ص. 15.

⁵ أنظر المادة 13 من ق. إ. م. إ. ج، الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

⁶ المادة 12/أ من قانون أصول المحاكمات السوري.

⁷ راجع المادة 1/3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

⁸ راجع المادة 3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

على أن المصلحة هو الشرط الأساسي والوحيد الذي يجب قيامه في المدعي عند التجائه إلى القضاء من أجل الحصول على تقرير لحقه أو حمايته¹.

الواقع أن اشتراط المصلحة على النحو السابق مرتبط بالمدعي وحده، ولما كان كذلك فإن القول بعدم قبول الدعوى التي لا يكون للمدعى عليه مصلحة فيها قول غير سديد²، وعلى العكس من شرط المصلحة، يكون توفر الصفة في كل من المدعي والمدعى عليه وقت إقامة الدعوى أمر وجوبي تحت طائلة عدم قبول الدعوى، ودون أن يكون المدعي في كلا الحالتين ملزماً بإثبات استيفاء دعواه لشروط القبول³.

أشرنا آنفاً إلى القاعدة التي تقضي «لا دعوى بغير مصلحة»، ومع ذلك فإنه لا يعتد بهذه الأخيرة كشرط لقبول الدعوى ما لم تستوف الأوصاف التالية:

أولاً: أن تكون المصلحة مشروعة وقانونية

أي أن تستند إلى حق أو مركز قانوني تهدف الدعوى إلى حمايته⁴، وبعبارة أخرى لا تقبل المصلحة التي أساسها غير قانوني وغير مشروع، كالدعوى التي يرفعها شخص يطلب من خلالها تنفيذ عقد زواج بينه وبين خليلته بالقوة علماً أنه أمر مخالف للنظام العام والآداب⁵.

ثانياً: أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة

تقتضي المصلحة الشخصية في الدعوى، أن يقوم صاحب الحق أو من يقوم مقامه برفع الدعوى كالولي أو الوصي بالنسبة للقاصر والوكيل بالنسبة للموكل⁶، ووفقاً لذلك تكون دعوى الشخص المقامة لحماية حق الغير دون وجود ما يثبت نيابته محل رفض قضائي، وهذا يعني أنه

¹ - نقض مدني مصري، الطعن رقم 80 سنة 50 ق جلسة 1981/2/17 س32، ص.544. نقلاً عن: سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في الصفة والمصلحة في الدعوى والطعون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال أربعة وستين عاماً 1931_1994، دار محمود للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 1995، ص. 51.

² - أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن، ص. 35.

³ - المرجع نفسه، ص. 33.

⁴ - محمد واصل، المرجع السابق، ص. 152.

⁵ - حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 16.

⁶ - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص. 124.

إذا كان طلب رافع الدعوى يتجه إلى حماية حق أخيه أو أبيه فإن طلبه يكون مرفوضاً إذا لم يكن نائبا عنهم¹.

أما المصلحة المباشرة فمعناها أن يكون صاحب الحق أو نائبه جادا من إقامة دعواه، وينتظر فائدة أو منفعة تقف وراء نيته من التقدم إلى القضاء، ما من شأنه أن يحقق أهم مقصد من اشتراط المصلحة ألا وهو الحد من ازدحام المحاكم بدعاوى لا جدوى منها².

ثالثا: أن تكون المصلحة قائمة وحالة

استقرت معظم التشريعات العربية على إعمال المصلحة القائمة دون المحتملة في قبول الدعوى، حيث تتحقق في الأصل متى كان الحق أو المركز القانوني المراد حمايته موجودا وقت التقاضي وتم الاعتداء عليه فعلا.

استثناء من قاعدة العمل بالمصلحة القائمة، هناك حالات تقبل فيها الدعوى رغم كون المصلحة محتملة³ مثلما هو الحال في الدعاوى الوقائية، التي تفترض احتمالية حصول اعتداء على صاحب الحق في المستقبل، ويكون الهدف من إقامتها غالبا هو توقي الضرر قبل وقوعه⁴، وعلى هذا النحو تكون المصلحة المحتملة كافية في حالتين: إحداهما هو قبول الدعاوى الوقائية التي يكون الغرض منها هو دفع ضرر محقق؛ أما الحالة الثانية فهي تخص دعاوى الأدلة والتي يكون الهدف منها هو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه، كدعوى سماع الشهود وإثبات الحالة⁵.

¹ - عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، ص. 155.

² - أنظر في هذا: الطعن رقم 1406 سنة 52 ق. جلسة 1989/2/5 س40، العدد 1، ص. 359. نقلا عن: سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص. 53.

³ - نص على المصلحة المحتملة: المادة 13 ق.إ.م.إ.ج، المادة 12/ب من أصول المحاكمات السوري، وكذلك المادة 3/3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وأخيرا المادة 2/3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

⁴ - سليمان بن أحمد العليوي، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1433 هـ، ص. 12.

⁵ - الأنصاري حسن الديداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. د. ن، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 110.

من منطلق ما سبق، تعد المصلحة بمختلف أوصافها شرط أساسي ومهم لقبول الدعوى، ومن ثم يؤدي تخلفها لدى أحد الخصوم إلى عدم جواز إثارة انعدامها من قبل القاضي؛ لأنه ليس من صلاحياته ولا يعد من النظام العام حسب المشرع الجزائري في نص المادة 13 من ق.إ.م، إذ أول ما نستنتجه من قراءة هذه الأخيرة هو أنّ المشرع قد أجاز للقاضي إثارة انعدام الصفة في الدعوى تلقائياً دون أدنى إشارة إلى المصلحة ما يوحي بخروجها من صلاحياته، ومع ذلك فإنّه لا ضير بأن ينظر في مدى توفر المصلحة التي دفع بها الخصم¹، وكذلك في حالة رفع دعوى استحقاق الدين قبل حلول الأجل، لأنّ المصلحة ليست قائمة بعد.

على نقيض المشرع الجزائري، أثارت بعض التشريعات العربية اختصاص المحكمة في القضاء بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها وفي أي حالة تكون عليها الدعوى لانتفاء المصلحة والصفة أو أحدهما لتعلقهما بالنظام العام²، ومنها نجد قانون المرافعات المصري في المادة 3/3 التي تنص: "...وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى بعدم القبول في عدم توفر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين..."، وغير بعيد عن هذا التوجه ذهب القانونين المغربي والتونسي إلى القول بتصدي القاضي لمهمة النظر في مدى توفر المصلحة في الدعوى وإثارة انعدامه تلقائياً³.

على هذا النحو؛ فإن عدم توافق المشرع الجزائري مع هذه التشريعات في إثارة انعدام المصلحة تلقائياً من القاضي لا يعني أنه يقبل بأي مصلحة حتى وإن كانت غير مشروعة ومخالفة للنظام العام والآداب العامة⁴.

¹ - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص. 38.

² - رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 90.

³ - تنص الفقرة الأولى من الفصل الأول من المسطرة المدنية المغربية: "يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة والأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده"، وكذلك الفصل 16 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية على ما يلي: "في الصور التي جاءت بها الفصول المتقدمة يمكن للمحكمة أن تقضي فيما وقعت إثارته مع الأصل كما يمكن لها أن تقضي في شأنه بانفراده".

⁴ - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص. 38.

الفرع الثالث

الأهلية في التقاضي

يقصد بأهلية التقاضي أهلية الأداء في المجال الإجرائي، والتي بموجبها يكون الشخص عند وصوله إلى سن معينة أهلا لمباشرة إجراءات التقاضي بنفسه، وقد حددها المشرع الجزائري في القانون المدني بتسعة عشر (19) سنة¹، بينما اعتبر القانون المصري كل من بلغ عمره خمسة عشر سنة ميلادية كاملة وتمتعا بقواه العقلية أهلا للمخاصمة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس²، أما القانون المغربي فيعتبر من بلغ سن ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة وليس محجورا عليه شخصا راشدا بإمكانه أن يباشر جميع التصرفات دون قيود³.

ما يهْمُنَا في هذا الصدد ليس تبيان الاختلاف الحاصل بين التشريعات بشأن السن القانونية المقررة للتقاضي، وإنما البحث في مدى اشتراط توفر هذه الأهلية لقبول الدعوى؟ إذن، احتدم الجدل في الفقه القانوني بين من يقول إن الأهلية شرط لقبول الدعوى، وبين من يقول بأنها شرط لصحة الإجراءات، وذلك كما يلي:

أولا: الأهلية شرط لقبول الدعوى

تعتبر الأهلية شرطا ضروريا لقبول الدعوى ويترتب على تخلفها رفض الدعوى حسب الفصل الأوّل من المسطرة المدنية المغربية، وينبغي من خلاله أن تتوافر في كل من أراد التداعي الأهلية الكاملة، بحكم أن التقاضي يدخل ضمن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويثير القاضي انعدامه إن كان في ذلك ضرورة بعد أن ينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده، ومتى تم التصحيح اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة⁴.

¹ - تنص المادة 40 من ق.م.ج: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

² - محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (النصوص، الفقه، القضاء)، دار الشروق، مصر، 2002، ص.81.

³ - عبد الكريم الطالب، المرجع السابق، ص.152.

⁴ - المرجع نفسه والصفحة.

بما أنّ مدونة الأسرة حددت في المادة 209 سن الرشد بـ 18 سنة شمسية كاملة؛ فيكون لمن بلغ هذا السن أن يباشر جميع التصرفات بما فيها التقاضي، ويمكن له بمقتضى المادتين 22 و218 أيضا أن يتقاضى شخصا ودون الحاجة إلى النائب القانوني في كل ما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات وذلك بسبب الخصوصية التي تمتاز بها المسطرة في مدونة الأسرة¹.

ثانيا: الأهلية شرط لصحة الإجراءات

ذهب معظم الفقه إلى القول بأنّ الأهلية ليست شرط لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة انعقاد الخصومة، بدليل أن فقد أحد الخصوم لأهليته أثناء النظر في الدعوى يوقف إجراءاتها دون أن تفقد شرطا من شروط قبولها²، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك لأنّ الأهلية غير مستقرة قد توجد وقت قيد الدعوى ثم تغيب أثناء سير الخصومة³، بل وإن مرجع استبعاد المشرع الجزائري للأهلية من شروط قبول الدعوى رغم اعتبارها عكس ذلك في القانون القديم، هو تقييده لقبول الدعوى في المادة 13 بتوفر شرطين أساسيين وهما الصفة والمصلحة، فضلا على إشارته الصريحة في المادة 64 من نفس القانون إلى أهمية الأهلية لصحة الإجراءات، والتي جاءت تتضمن ما يلي: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يلي: 1- انعدام الأهلية للخصوم.

3- انعدام الأهلية والتفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

إلى جانب المشرع الجزائري، لم يستوجب المشرع التونسي هو الآخر توفر الأهلية عند إقامة الدعوى رغم اعتباره للصفة والمصلحة شرطان أساسيان يترتب على اختلال أحدهما رفض الدعوى، وبالتالي فتتصيص مجلة المرافعات المدنية في الفصل 19 منها على الأهلية كشرط لصحة الطلبات القضائية، لا يمنع من رفض قيام الدعوى إذا كانت أهلية أحد الطرفين منعدمة

¹ - خالد تومي، المرجع السابق، ص. 84، 85.

² - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص. 137. رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص. 92-96.

³ - عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص. 39.

تماما، ويقع على المحكمة واجب رفض الدعوى إذا كانت الأهلية المقيدة هو المختل ولم يقع تلافيه أثناء نشر القضية¹.

في الأخير يمكن القول، بأنّ الصفة والمصلحة تعد من الشروط الأساسية لقبول أي دعوى بما فيها دعوى التطليق، ومن ثمة فإنّ القاضي لا يقبل النظر في دعوى الزوجة من أجل التطليق بسبب الغياب إذا لم تكن الزوجة في الأصل هي رافعة الدعوى؛ لأنها صاحبة الحق المراد حمايته والدفاع عنه في الأصل، أو توكيل من ينوب عنها في ذلك استثناء، على أن يكون الهدف من دعواها هو إزالة الضرر الحاصل والحكم لصالحها بالطلاق، أمّا بالنسبة لأهليتها في التقاضي فانعدامها لا يمنع قبول دعواها من طرف القاضي، لكن يؤدي إلى بطلان الإجراءات من حيث موضوعه.

المبحث الثاني

إجراءات سير الخصومة القضائية

سبق أن ذكرنا بأن دعوى التطليق للغياب تخضع من حيث التقاضي لنفس الإجراءات التي تسير بها دعاوى الأخرى، سواء من حيث قيام الزوجة بإيداع عريضة افتتاح الدعوى أمام المحكمة المختصة كأول خطوة في مسار التقاضي، وتبليغها بعد ذلك إلى الزوج الغائب من أجل تكليفه حضور جلسة المحكمة وتقديم دفوعه بشأن طلب الزوجة، الأدهى بنا في هذا المبحث أن نبحت عما يترتب من عدم حضور أحد الزوجين جلسة المحكمة بالنظر إلى صحة التبليغ؛ ومن ثمة مواجهة سوء نية القائم بالتبليغ الهادفة إلى عرقلة صحة العملية (المطلب الأول)، وكذلك إجرائي الإثبات والصلح أمام القضاء (المطلب الثاني).

¹ - حاتم الرواتبي، نظرية الدعوى (مفهوم، شروط، أنواع)، دروس مسيرة في الإجراءات المدنية وطرق التنفيذ، المحور عدد 2، مقدمة لطلاب السنة الثالثة من الإجازة الأساسية في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار- تونس، 2016/2017، ص. 312. متوفر على الموقع:

<http://www.fdspt.mu.tn/> الإجراءات-المدنية-وطرق-التنفيذ-المحور-عدد-2-نظرية-الدعوى-للاستاذ-حاتم-الرواتبى-و-المنسق-الأستاذ

المطلب الأول

القواعد الخاصة بالحضور والغياب

ينبغي على الخصوم متى بُلغوا تبليغا صحيحا، الحضور أمام المحكمة في موعد الجلسة المحدد في صحيفة افتتاح الدعوى لإبداء طلباتهم ودفوعهم بشأن القضية وتقديم مستنداتهم (الفرع الأول)، ومع ذلك إذا تخلف المدعي أو المدعى عليه أو كلاهما عن الحضور إلى الجلسة سواء بقصد أو بدون قصد؛ فإن القاضي يفصل في الدعوى عملا بأحكام المواد 263 إلى 267 وأيضا 288 إلى غاية 295، أضف إلى مواد أخرى متفرقة من قانون إ.م.إ.ج (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول

نظام الجلسة وإجراءاتها

يُتيح التبليغ الصحيح لمحضر التكليف بالحضور للمدعى عليه فرصة العلم بالدعوى المرفوعة ضده، أضف إلى الإلزام بالوسائل والأدلة التي جهزها خصمه للدفاع عن نفسه، والتي على أساسها يحضر دفاعه للرد عليه، وهذا الأمر يتحقق بالحضور الشخصي للخصوم أو من يمثلهم قانونا أثناء الخصومة¹، وفي هذا الإطار يتعين على الممثل القانوني سواء كان محاميا أو وكيلًا أن يقدم إلى المحكمة ما يثبت وكالته العامة بالمرافعة في جميع القضايا أو وكالته الخاصة في الدعوى محل النظر²، ويصدر في جميع الأحوال حكما حضوريا سواء حضر الخصوم بذاتهم أو ممثليهم أو قدموا مذكرات حتى ولو لم يبدوا الملاحظات الشفوية³.

¹ - المادة 20 من ق.إ.م.إ.ج، يقابلها الفصل 12 من المسطرة المدنية المغربية وأيضا المادة 82 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

² - أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلا بالقانون رقم 76 لسنة 2007 والقانون رقم 120 لسنة 2008 بإنشاء المحاكم الاقتصادية، د.د.ن، د.ب.ن، 2010، ص.695.

³ - الحكم الحضوري هو الحكم الذي يصدره القاضي في حق المدعي أو محاميه أو وكيله الذي يكون حاضرا في جلسات المحكمة، أو قدم مذكرة بدفاعه دون أن يحضر فعليا أية جلسة لإبداء ملاحظات شفوية وفق ما تقضي به المادة 288 من ق.إ.م.إ.ج.

بما أن الحكم على الشخص دون سماع دفاعه يعتبر أمرا منافيا لمبدأ الجاهية وفقا للمادتين 3 و263 من ق.إ.م.إ.ج¹؛ لذا يتعين على الزوجة في دعوى التطليق للغيبة أن تحضر الجلسة بنفسها أو بواسطة وكيلها كما أشرنا سابقا، لتشرح دعوها وتقدم الحجج والأدلة التي تؤيد مزاعمها، وفي المقابل يقدم الزوج أو من يمثله جوابه ودفعه بخصوص الدعوى مرفقة طبعاً بالوثائق والأدلة المضادة لأدلة الزوجة².

يلتزم القاضي بدوره أثناء المرافعة بالاستماع إلى مناقشة الخصوم للدعوات المقدمة في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد³، دون مقاطعتهم إلا في حال خروجهم عن موضوع الدعوى أو مقتضيات الدفاع⁴، فضلا على احترام رغبتهم في طريقة سير الجلسة سواء سرية لا يحضرها إلا الزوجين والقاضي وكاتبه أو علنية يحضرها الجميع، ويجوز للقاضي أن يطلب سرية الجلسة من تلقاء نفسه إذا كان سير الجلسة بطريقة علنية بناء على أحكام المادة 7 من ق.إ.م.إ.ج يمس بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة⁵.

المهم بيانه في هذا المقام؛ أنّ موضوع النزاع كما قلنا سابقا يتحدد بالطلبات التي يقدمها الخصوم في عريضة الدعوى ومذكرات الرد، كما يتحدد أيضا بالطلبات والدفع المقدمة أثناء المرافعة أمام المحكمة، وبناء على هذا يمكن أن تتلخص الطلبات التي قد تعرضها الزوجة أو نائبها في دعوى التطليق للغياب؛ أنّها زوجة المدعى عليه بموجب عقد نكاح صحيح حسب النسخة المرفقة بالعريضة، وأنه غاب عنها بدون عذر مقبول لمدة تزيد عن سنة دون أن يسأل عنها أو يبعث إليها بشيء من النفقة لتعيل به نفسها وأولادها، وتلتمس بناء على ذلك من المحكمة

¹ - تنص المادة 3/3 من ق.إ.م.إ.ج: "يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الجاهية"، وأيضا المادة 263 منه: "يتم الاستماع إلى الخصوم ووكلائهم ومحاميهم وجاهيا".

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، ط.3، دار هومة، الجزائر، 1996، ص. 330.

³ - راجع المادة 25 من ق.إ.م.إ.ج.

⁴ - خالد عدلي أمير، مباشرة الدعوى المدنية في ضوء التعديل المستحدث في قانون المرافعات والإثبات بالقانون رقم 1999/18، والمستحدث من أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن، ص.39.

⁵ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، المرجع السابق، ص.331.

الحكم لها بالتطليق من زوجها المدعى عليه الغائب لتضررها طبقاً لأحكام المادتين 5/53 و112 من ق. أ. ج.

كما يمكن لها أن تطلب من القاضي أداء المدعى عليه لنفقة الأولاد وأجرة الحضانة، وأيضاً تكاليف سكنها خلال فترة العدة وسكنى أبنائها المحضونين، كما ويحق للمدعى عليه تقديم طلبات مقابلة كطلب إسناد حضانة الأولاد إليه، أو تحميل المدعية مصاريف الدعوى.

علاوة على ما سبق؛ يكون للمدعى عليه دحض وإنكار ادعاءات خصمه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى بموجب ما يسمى بالدفع الموضوعية، كما ويجوز له التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها كدفع شكلي يجب إثارته تحت طائلة عدم القبول قبل إبداء أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول¹، وبذلك تتمخض الدفع التي يمكن إثارتها على سبيل المثال من قبل المدعى عليه في دعوى التطليق للغيبة من أجل دحض أو إنكار طلبات المدعية في:

- الدفع بأنه معلوم محل الإقامة بعدما ادعت زوجته في عريضة الدعوى أنه مجهول الإقامة.
 - أن يدفع بأن غيابه كان لعذر العمل من أجل تحسين وضعيته عائلته، وأنها قد أذنت له بالسفر، كما له أن يدفع في ذات الوقت أنه طلب منها السفر والانتقال إليه إلا أنها رفضت ذلك.
 - أن يدفع بأن غيابه لم يكن دائم وأنه يزورها كل أربعة أشهر، بل ويراسلها خلال هذه الفترة.
 - الدفع بأنها تعيش مع أهله الذين يتكفلون بشؤونها بما فيها النفقة.
 - الدفع ببطلان عملية الاستدعاء من شأنه انعدام الخصومة، بحجة أنه لم يعلم بالدعوى لأنه لم يستلم الاستدعاء.
 - الدفع بأنها ناشز قد تركت بيت الزوجية دون علمه.
- إذن هذه بعض الدفع التي يمكن أن يتقدم بها المدعى عليه في مذكرة جوابه أو أثناء المرافعة، ولا يحكم القاضي بقبول هذه الأخيرة وحتى طلبات المدعية، إلا بعد تقديم المتخاصمين الإثبات اللازم على صحة ما يدعيانه بالاستناد إلى وسائل الإثبات المقررة، وتأسيساً على ذلك

¹ - أنظر في هذا؛ المواد 48، 49، 50 والمواد من 51 إلى 69 من ق. أ. م. إ. ج.

يحكم القاضي بما يدعيه المدعى عليه أو بما تطلبه الزوجة المدعية إذا تمكنا من إثبات الادعاءات المقدمة، وسنفضل في هذا الأمر في المبحث الثاني.

الفرع الثاني

أثر غياب الخصوم أو أحدهما على النظر في الدعوى

نميز في هذا الشأن بين حالتين:

أولاً: حالة غياب المدعية

المدعي هو الشخص الذي يرفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بحق أو حمايته كما هو الحال في التّطبيق للغياب؛ بحيث تطلب الزوجة من القاضي بصفتها مدعية تطليقها من زوجها الغائب لتحقق الشروط الواردة في المادة 5/53 من ق. أ. ج، ومن هذا المنطلق يُستبعد أي احتمال يقضي بغياب المدعية عن الجلسة في دعوى التّطبيق للغياب؛ لأنّ مصلحة المدعية تتحقق بالحضور والدفاع على مطلبها المتمثل في إزالة ضرر الغياب من خلال الحكم بالتّطبيق، ومع ذلك إذا تعذر الحضور الشخصي للمدعية فلممثلها القانوني النيابة عنها.

إلا أنه في حال تَعَدَّرَ على المدعية أو محاميها أو وكيلها حضور أولى جلسات المحكمة المحددة للنظر في دعوى التّطبيق، جاز للقاضي تأجيل القضية إلى الجلسة الموالية لتمكينهم من الحضور إذا كان سبب عدم الحضور مشروعاً؛ أما إذا كان غير مشروع فيفرق بين أمرين؛ الأول يتعلق بشطب الدعوى من جلسات المحكمة إذا تخلف المدعى عليه أيضاً عن الحضور وفقاً لنص المادة 216، أما إذا حضر المدعى عليه أو محاميه أو وكيله فبإمكانه بمقتضى أحكام المادة 290 أن يطلب الفصل في موضوع الدعوى، ويكون الحكم الصادر في كلا الحالتين حورياً¹.

¹ - راجع المواد 216 و289 وأيضاً 290 من ق. أ. م. إ. ج. على عكس المشرع الجزائري فإن المشرع التونسي ذهب إلى القول بأن النازلة المعروضة على المحكمة لن تتوقف طالما أن المدعي غائب وفقاً للفصل 2/49 من مجلة المرافعات المدنية، وبالمقابل نصت المسطرة المدنية المغربية في الفصل 47 على أنه: "إذا استدعي المدعي أو نائبه بصفة قانونية ولم يحضر في الوقت المحدد أمكن للمحكمة إذا لم تتوفر على أي عنصر يسمح لها بالبت في الطلب أن تقرر التشطيب على القضية من جدول الجلسة. وتحكم المحكمة بإلغاء الدعوى على الحال إذا لم يطلب المدعي متابعة النظر في قضيته خلال شهرين من قرار التشطيب من الجدول. وإذا كانت المحكمة تتوفر على العناصر الضرورية للفصل في مطالب المدعي بنت استناداً إلى هذه العناصر بحكم بمثابة حوري بالنسبة للمدعي الذي تغيب أو نائبه".

ثانيا: حالة غياب المدعى عليه

حسنت المادتين 292 و293 من ق.إ.م. ج الانتشغال المطروح بخصوص مصير الدعاوى التي يتخلف فيها المدعى عليه عن الحضور إلى المحكمة، حيث تنص المادة الأولى: "إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة تكليفهما بالحضور يفصل القاضي غيابيا"، أما الأخرى فقد جاء فيها: "إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور، يفصل بحكم اعتباري حضوري"¹؛ فالمفروض على القاضي تبعا لهذه المواد أن يفصل غيابيا أو اعتباريا حضوريا في الدعوى التي يغيب المدعى عليه أو محاميه أو وكيله عن حضور الجلسة، كما هو الحال في دعوى التّطبيق للغيبة، فإن الزوج الغائب لما يزيد عن سنة دون عذر مقبول قد يكون عنوانه معلوما أو مجهولا، وبالتالي إذا كان عنوانه معلوم وتم تبليغه بمحضر التكليف بالحضور إلى جلسة المحكمة، وتعذر عليه الحضور الشخصي؛ فإن لمحاميه أو وكيله الممثلين له الحضور في محله، بينما إذا لم يُوكَل الغائب من يمثله أمام المحكمة وغاب رغم تبليغه شخصيا بمحضر التكليف، فإن القاضي في هذه الحالة يفصل في الدعوى بحكم اعتباري حضوري غير قابل للمعارضة².

أما في حالة عدم تبليغه شخصيا بسبب أن عنوانه مجهول، كأن تم تبليغه بتعليق نسخة من محضر التبليغ بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان له بها آخر موطن،

¹ يقابل النص الجزائري في قانون المسطرة المدنية المغربية الفقرة الرابعة من الفصل 74، إلا أنّ هذه الأخيرة أضافت في الفقرة الأخيرة منها نص يقضي بإمكانية تأجيل القضية إلى جلسة مقبلة، إذا أّشعر القاضي برسالة من طرف أحد أقرباء المطلوب تبليغه، يشرحون فيه بأن الاستدعاء لم يصل الموجه إليه، أو أنه تعذر عليه الحضور لغيبته أو بسبب مرض خطير أو لقيامه بخدمة عمومية.

بينما فرّق المشرع المصري في المادة 84 من قانون المرافعات بين المدعى عليه المكلف شخصيا وتخلف عن الحضور وذلك الذي لم يكلف شخصيا بالحضور، فبالنسبة للحالة الأولى تحكم المحكمة في الدعوى، أما في الحالة الثانية فيكون للمحكمة في غير الدعاوى المستعجلة تأجيل النظر في القضية إلى الجلسة التالية.

² تنص المادة 295 من ق.إ.م. ج: "الحكم المعتر حضوريا غير قابل للمعارضة".

ومن هذه المادة يعتبر الحكم الذي يصدره القاضي اعتباري حضوري، إذا تبّلع المدعى عليه شخصيا بالدعوى ومع ذلك تخلف بدون عذر عن الحضور رغبة في المماطلة في الدعوى، ومن أجل ذلك أتى القانون بهذا الحكم لخلق باب المعارضة التي فتحها في الحكم الغيابي الذي من شأنه التعتيل في الإجراءات.

تضمن شرح مفصل يفيد أن المدعى عليه مجهول محل الإقامة ولا سبيل لتبليغه شخصيا؛ فإن للقاضي في هذه الحالة أن يفصل في الدعوى غيابيا¹.

إذن، لا تتحقق الرؤية السابقة إلا إذا صحّ التكليف بالحضور؛ أما إذا تأكدت المحكمة قبل الفصل في الدعوى من عدم سلامة التكليف بالحضور؛ فللقاضي أن يأمر المدعية في أجل محدد بإعادة تبليغ المدعى عليه بالطرق المرسومة قانونا، وذلك لمنع أي تلاعب بعملية التبليغ، كإدلاء المدعية مثلا بعنوان خاطئ للمدعى عليه لمنع توصله بالاستدعاء ومن ثمة عدم العلم بالدعوى المرفوعة ضده، بالتالي الحكم لصالحها بالتطليق، علما أن الشخص لا يمكن اعتباره متغيبا عن الحكم إلا إذا توصل وفقا للأصول القانونية بالاستدعاء، وافترض علمه بالدعوى المرفوعة عليه².

المطلب الثاني

الإثبات والصلح أمام القضاء

يقتضي الوصول إلى حلّ الرابطة الزوجية سواء بالإرادة المنفرد للزوج أو الزوجة أو بإرادتهما المشتركة، ضرورة إتباع إجراءات قضائية معينة مهمتها الأساسية هي إكمال العملية الإجرائية القاعدية من إقامة الدعوى وتبليغها، تنضوي في إجرائي الإثبات والصلح المنصوص عليهما في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

في هذا الإطار، تخضع المادّة الأسرية في مجال الإثبات إلى الحرّية، وبالتالي ينبغي على الزوجة في دعاوى التّطليق للغياب، أن تقيم أمام القاضي الدليل الذي يثبت ما تعرضت له من ضرر عملا بوسائل الإثبات المقرّرة في القانون.

¹ - يقصد بالحكم الغيابي ذلك الحكم الذي تصدره المحكمة دون أن يكون الخصم حاضرا أثناء المرافعة لإبداء أوجه دفعه بسبب عدم استلامه لورقة التكليف بالحضور، وبمعنى آخر إذا تغيب المدعى عليه المكلف بالحضور أو محاميه أو وكيله عن إحدى جلسات المحكمة أو جميعها؛ فإنّ للقاضي أن يصدر ضده حكما غيابيا يكون له الطعن فيه بالمعارضة طبقا للمادة 294 من ق.إ.م.إ.ج.

ويجب الإشارة أن الفقهاء اختلفوا في القضاء على الغائب بين من يقول بجوازه ومن يقول بالعكس، ولتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع راجع: محمد بلعتروس، القضاء على الغائب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة، 1999/1998، ص.ص. 35-86.

² - المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 46757 بتاريخ 1987/12/07، قضية (ب م ش) ضد (ب ز)، نشرة القضاة، العدد 2، سنة 1991، ص. 50.

كما يفرض العمل في المادة الأسرية على القاضي إلزامية تفعيل إجراء الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالطلاق، يجد أساسه القانوني في المادة 49 من ق. أ التي تنص: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، وكذلك المادة 439 من ق. إ. م. إ التي جاء فيها: " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

سنحاول في هذا المطلب تبيان القواعد القانونية التي تنظم الإثبات في دعاوى التطليق للغياب (الفرع الأول)، وخصوصية هذه الدعاوى من حيث قيام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

القواعد المنظمة للإثبات في دعاوى التطليق للغياب

يعد الإثبات من أهم الوسائل المعتمدة في إرساء العدالة وحماية الحقوق المهذورة للمتخاصمين، ونظرا لأهميتها في بناء القاضي لأحكامه، فقد أوجد لها القانون طرق معينة وزّعها المشرع الجزائري بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، بينما خصصت له بعض التشريعات قانون خاص ينظمه ومنها نجد قانون الإثبات المصري والسوداني واليمني وغيرهم. بلا شك أن موضوع الإثبات يختلف بين المواد المدنية والتجارية وأيضا المواد الجزائية وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، إلا أن النقاش سينصب على هذا الأخير في مسألة تستوقف القضاء كثيرا في الواقع العملي، وتثير الكثير من الصعوبات للمهتمين بالشأن القانوني والمتمثلة في دعوى التطليق للغياب، لذا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الإثبات وتبيان وسائله (أولا)، وأثره في إثبات الغياب الموجب للتطليق (ثانيا).

أولا: معنى الإثبات ووسائله

سنلقي في هذا الصدد الضوء على تعريف الإثبات (1)، والقواعد التي تحكم وسائله المقسمة بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية (2).

1- تعريف الإثبات

أ- تعريف الإثبات لغة

" ثبت الشيء يثبت ثبوتاً دام واستقر فهو ثابت وبه سمى وثبت الأمر صح ويتعدى بالهمزة والتضعيف فيقال أثبته وثبته والاسم الثبات أو أثبت الكاتب الاسم كتبه عنده"¹. وفي معجم مقاييس اللغة: " هي دوام الشيء. يقال ثبت ثباتاً وثبوتاً. ورجل ثبت وتثبت"².

ب- تعريف الإثبات اصطلاحاً

الإثبات في الشريعة الإسلامية معروف بلفظ البيّنة، ويقصد به حسب جانب من الفقه اسم لكل ما يُبين الحق ويظهره من قرائن أو شهود أو أمارات³، ومن أدلتهم على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾⁴، وقوله أيضاً: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾⁵، إلا أن رأي آخر خصّ بها الشاهدين أو شاهد ويمين⁶.

يعد لفظ البيّنة بناء على هذه التعريفات لفظ عام وُجد ليكشف عن حق ما ويكون دليل عليه، وبهذا أخذ بعض الفقه القانوني في قولهم بأنّ الإثبات هو إقامة المدعي في مواجهة المدعى عليه الدليل على صحة ما يقوله⁷، دون تحديد نوع هذا الدليل.

من هذا المنطلق، نقول بأنّ الإثبات عبارة عن دليل يقدمه الخصم إلى القاضي ليعرّز به مزاعمه المقدّمة أو دفعه المثارة، وفي هذا المعنى يقتضي على طالبة التّطليق بسبب الغياب أن

¹ - الإمام الرافعي أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ج.1، ص. 52.

² - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج.1، كتاب الباء، باب التاء والباء وما يماثلهما، ص. 399.

³ - علاء الدّين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 8، ص. 429.

⁴ - سورة البيّنة، الآية 4.

⁵ - سورة الحديد، الآية 25.

⁶ - أبو بكر المشهور بالسيد البكري ابن العارف بالله السيد محمد شطا الدميّطي، زين الدين الليباري، إعانة الطالبين على ألفاظ فتح المعين، ج. 4، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن، ص. 247. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النّوّي الشافعي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 613.

⁷ - أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون ومعلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض ومواد قانون الإثبات الحالي ومواد مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ط.4، المكتبة الأزهرية للتراث، د. ب. ن، 2003، ص.31. إبراهيم بن محمد الفائز، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1982، ص.47.

تثبت أمام القاضي واقعة الغياب بكل الوسائل المقررة قانوناً، ويقع على الزوج الغائب بالمقابل إذا أنكر ادعاءات زوجته أن يقدم الدليل المثبت لصحة أقواله.

2- وسائل الإثبات

أخضع المشرع الجزائري عملية الإثبات لقواعد محدّدة نتناولها بالشرح عبر مرحلتين، بحيث نستعرض في المرحلة الأولى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، أمّا المرحلة الثانية فستكون موضعاً لدراسة الإثبات عبر الوسائل الواردة في قانون الإجراءات المدنية:

أ- وسائل الإثبات الواردة في القانون المدني الجزائري

يسمح القانون المدني للخصوم بإثبات الوقائع والتصرفات التي يستندون إليها لتأييد ادعاءاتهم بالكتابة الورقية¹، وإذا لم تكن لها القوة اللازمة في الواقع العملي وشابها القصور؛ فإنّ المشرع أعطى للكتابة الإلكترونية نفس القوة وفق شروط معينة نظمها في المادة 323 مكرر من ق. م وكذلك المادتين 02 و15 من القانون 04-15 الخاص بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين².

احتراماً لحق الخصوم في الإثبات، أجاز القانون للمحكمة فضلاً عن الطريقة الأولى المتمثلة في الكتابة³؛ أن تأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، متى رأت أن التحقيق فيها جائز ومفيد للقضية، على أن يتضمن الحكم الأمر بسماع الشهود الوقائع التي يُسمعون حولها، ودعوة الخصوم للحضور وإحضار الشهود في يوم وساعة الجلسة المحددة لذلك⁴.

على هذا النحو، ينظر القاضي أثناء تقدير قيمة هذه الشهادة في جواز أو عدم جواز الإثبات بالشهود في الوقائع المعروضة عليه، ويتأكد في نفس الوقت إذا كان الشهود لهم قرابة أو

¹ تعتبر الكتابة من أقوى أدلة الإثبات، سواء كانت رسمية معدة من طرف موظف عام يتصف بالرسمية، أو عرفية تمت من طرف الخصوم أنفسهم. زكريا سرايش، الوجيز في قواعد الإثبات دراسة مدّعمة بالفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.55.

² لمزيد من التفاصيل أنظر: المرجع نفسه، ص. ص. 63-72.

³ وهنا لا بد من بيان أن الإثبات بالشهادة جائز لما يجب إثباته بالكتابة، ذلك أن المشرع اعتبر وجود مبدأ ثبوت الكتابة أو مانع من الحصول على دليل كتابي، وكذلك حالة فقد الدائن لسنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته مجالاً للإثبات بالشهادة، وذلك وفقاً للمادتين 335 و 336 من ق. م. ج.

⁴ راجع؛ المواد 150 و151 من ق. م. ج. إ. ج.

مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، ويكون له علاوة على ذلك الحرية في تكوين اقتناعه وترجيح شهادة على أخرى مع ضرورة التسبيب¹.

لا يخفى أن الشهادة المباشرة التي يشهد فيها الشاهد بما رآه وسمعه بنفسه، هي في الأصل دليل راجح يعول عليه القاضي في تكوين قناعته مقارنة بالشهادة السماعية التي تقل عنها حجّية؛ بسبب أنّها تصدر ممن لم يحضر الواقعة بصفة شخصية ونقل ما رآه أو سمعه غيره، كما وتعتبر شهادة الشاهد بما سمعه من كلام حول واقعة يتداولها عامة الناس، شهادة ضعيفة وغير جازمة من حيث القيمة في الإثبات، ولا يأخذ بها القاضي².

كما لا يتعدى مجال الإثبات بشهادة الشهود، الإثبات بالقرائن وفقا للمواد 337 إلى 340 من ق. م. ج، حيث عرّف المشرع في المادة 337 القرينة القانونية كما يلي: "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، وبهذا أخذ المشرع المصري في المادة 99 من قانون الإثبات³.

مما تقدّم بيانه؛ يستخلص المشرع القرينة القانونية باعتماد فكرة الاحتمال والترجيح⁴، ومنه نستنتج بأن المشرع الجزائري وكذلك المصري يعتبران الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به، حجة بما فصلت فيه من حقوق ولا يجوز نقضها بناء على المادة 338 من ق. م. ج و101 من قانون الإثبات المصري، وقد جاراهم المشرع المغربي في اعتبارها إلى جانب بعض الأفعال والوقائع قرينة قانونية كالآتي: "1...- التصرفات التي يقضي القانون ببطانها بالنظر إلى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لأحكامه،

¹ توفيق حسن فرج، عصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.157.

² زكريا سرايش، المرجع السابق، ص.100.

³ قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، ج. ر عدد 22 صادر في 30 ماي 1968، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

<http://www.elawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/EvidenceLawInCivilAndCmercialProceedingsAr.pdf>

⁴ توفيق حسن فرج، عصام توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص.211.

2- الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة، كالتقادم؛

3- الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي"¹.

على خلاف القرائن القانونية؛ توكل مهمة استنباط القرينة التي لم يقرها القانون إلى حكمة القاضي²، ويتشكل بذلك ما يسمى بالقرائن القضائية التي لا يجوز الإثبات بها إلا في الأحوال التي يسمح فيها القانون بالإثبات بشهادة الشهود وهو ما نصت عليه المادتين 340 من ق. م. ج و100 من قانون الإثبات المصري، في حين يراعي الفصل 455 من قانون الالتزامات والعقود المغربي في قبول القرائن القضائية، ضرورة تأدية اليمين متى رأى القاضي وجوب ذلك³، وهو ما لم ينص عليه المشرعين السابقين.

أضاف المشرع الجزائري إلى وسائل الإثبات السابقة كل من الإقرار القضائي واليمين، وفيما يخص الإقرار القضائي فيقصد به الاعتراف الذي يصدر من الخصم بما يدعيه خصمه أثناء السير في الدعوى أمام القضاء، أو بعبارة أخرى فإنّ الخصم أو وكيله لا يكون بحاجة إلى أن يثبت صحة ما يقر به أثناء اعترافه بالحقيقة أمام القضاء، وعلى القاضي بالمقابل أن يأخذ به ويعتبره صحيحا؛ وتكون بذلك حجة على المقر من جهة، ومقيدة للقاضي من جهة أخرى⁴.

أما بالنسبة لليمين فهي على نوعين جاءت أحكام أدائها منظمة بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية الجزائري⁵، فاليمين الحاسمة شأنها شأن الإقرار القضائي في حسم النزاع، إذ

¹ الفصل 450 من ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، المملكة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 11 يناير 2021، متوفر على الموقع:

https://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques_civil.aspx

² تنص المادة 340 من ق. م. ج: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة". وعلى ذات الشيء نص الفصل 454 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وكذلك المادة 100 من قانون الإثبات المصري.

³ ينص الفصل 455 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "لا تقبل القرائن، ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوافقة، إلا إذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضي وجوب أدائها".

⁴ راجع المواد 341 و1/342 من ق. م. ج، يقابلها المادتين 103 و104 من قانون الإثبات المصري.

⁵ خصّ المشرع المغربي على خلاف المشرع الجزائري قانونا واحدا ينص على اليمين وينظم أحكام أدائه وذلك في قانون المسطرة المدنية، وكذلك فعل المشرع المصري حيث جعل قانون الإثبات ينظم أحكامه.

يجوز لكل من الخصمين توجيهها إلى الخصم الآخر، ويكون لمن وجهت إليه أن يردها على خصمه، ومن حق القاضي في جميع الحالات أن يمنع توجيهها إذا تعسف الخصم في ذلك، أو كانت الواقعة مخالفة للنظام العام¹.

إذا ما توفرت الشروط السابقة ونكل من وجهت إليه اليمين عن حلفها دون ردها على خصمه، خسر دعواه وسقط ادعائه، وترتب نفس الأثر أيضا على من ردت عليه اليمين ورفض أداءها².

على خلاف اليمين الحاسمة، يوجه القاضي اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم ليبيّن على ذلك حكمه في الموضوع، مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 348 من ق. م. ج، التي تقتضي ألا يكون في الدعوى دليل كامل؛ لأنه إذا اكتمل الدليل فما الحاجة لليمين، مادام الهدف من وجودها هو تكملة اقتناع القاضي، وأن تكون كذلك الدعوى خالية من أي دليل، فإذا خلت من الدليل قضى القاضي على من عجز عن تقديمه³.
على النحو السابق، لا يترتب على حلف اليمين المتممة حسم النزاع، فالقاضي يوجهها إذا لمس نقص في الدليل المقدم من طرف الخصوم، والحاجة إلى تكملته باليمين، وفي هذا الصدد لا يكون القاضي مجبرا على الحكم بها إذا ما حلفها أحد الخصوم، ولكن لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين أن يردها على خصمه وهو ما تنص عليه المادتين 349 ق. م. ج و120 من قانون الإثبات المصري.

ب- وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

اختصر قانون الإجراءات المدنية الجزائري في معالجته للقواعد الإجرائية الخاصة بوسائل الإثبات الموضوعية المذكورة على مستوى القانون المدني كما تقدّم عرضها، وبالمقابل ساق وسائل أخرى غير موجودة في القانون المدني تتمثل في الخبرة والانتقال للمعاينة.

¹ راجع المادة 343 من ق. م. ج، وكذلك 3/190 من ق. إ. م. إ. ج، المادة 114 من قانون الإثبات المصري.

² أنظر المادة 347 من ق. م. ج، و192 من ق. إ. م. إ. ج، المادة 118 من قانون الإثبات المصري.

³ توفيق حسن فرج، عصام توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 220.

إذن يجوز للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم تعيين خبير أو عدّة خبراء لتوضيح واقعة مادية تقنية وعلمية محضّة¹؛ دون الأحوال التي يستطيع فيها من تلقاء نفسه أن يفصل في النزاع المعروف عليه بالاعتماد مثلا على شهادة الشهود، ذلك لأنّ اللجوء إلى الخبرة في هذه الأحوال غير جائز؛ لكونها ليست من المسائل التي تتطلب الإلمام بعلم من العلوم أو فن لا يدركه القاضي بنفسه².

في ضوء ذلك، يتعين على الخصم متى صدر الحكم القضائي الأمر بإجراء الخبرة، إيداع مبلغ التسبيق الذي حدده القاضي تحت طائلة إلغاء التعيين، مع إمكانية تقديم طلب تمديد الأجل ورفع الإلغاء بموجب أمر على عريضة إذا أثبت حسن نيّته³.

كما يفترض على الخبير إذا قبل بالمهمة المسندة إليه، أن يخطر الخصوم بالتاريخ الذي حدده لبدء عمله بواسطة محضر قضائي⁴، وأن يُعَدّ تقرير الخبرة متى أنهى عمله على الوجه الصحيح، وفي هذا الصدد يكون القاضي غير ملزم بنتائج الخبرة فله أن يأخذ بها أو يستبعدها بشرط أن يبين في حالة الاستبعاد الأسباب التي جعلته لا يأخذ بنتائج الإجراء، وهذا ما تقرره المادة 2/144 من ق. إ. م. إ التي تنص: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة".

إلى جانب الخبرة، أجاز القانون للقاضي أو أحد الخصوم إذا اقتضى الأمر أن يطلب انتقال المحكمة إلى المعاينة، ويتعين على القاضي عند الفراغ من المعاينة تحرير محضر المعاينة يتضمن جميع الأعمال المقامة، ويتحتم عليه وعلى كاتب الضبط تبعا لذلك التوقيع على المحضر وإيداعه لدى أصول كتابة الضبط على النحو المنصوص عليه في المادة 149 من ق. إ. م. إ. ج.⁵

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ سلطة القاضي في تقدير حجية هذه الأدلة مقيدة في حالة الإثبات بالقرائن القانونية أو باليمين الحاسمة؛ لأنّها أدلة قاطعة في الإثبات وملزمة على القاضي،

¹ - راجع المادتين 125 و126 من ق. إ. م. إ. ج.

² - حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 65.

³ - راجع المواد 128 و129 و130 من ق. إ. م. إ. ج.

⁴ - راجع المواد من 134 إلى 142 من نفس القانون.

⁵ - حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 71، 72.

عكس باقي العناصر التي يبقى للقاضي الحرية في الاستعانة بها عند الإثبات أو عند تقدير حجيتها.

ثانيا: مجال إثبات الغياب الموجب للتطليق

أوجد القانون للإثبات طرق معينة يتقيد بها الخصوم والقاضي على السواء، حيث لا يصل أي من الخصوم إلى تأكيد الحق المتنازع عليه أمام القاضي ما لم يُقَمِّ الدليل على الأمر المدعى به بالطرق التي سبق وأن أشرنا إليها، لكن لا يخفى أن هذه الطرق متفاوتة قد تصلح لبعض الدعاوى دون الأخرى، وبخصوص دعاوى التّطليق للغياب فهي تحتاج من حيث الإثبات لطرق تختلف من تشريع لآخر كما يلي:

1- إثبات واقعة الغياب في التشريع الجزائري

لم نجد فيما أورده المشرع من نصوص سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية ما يدلّ على إلزامية إثبات الزوجة لغياب الزوج أمام القاضي ليحكم لها بالتّطليق، لكن ورغم ذلك فإن المحكمة العليا قضت في أحد قراراتها بأن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية تعتمد عليها، ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تكون مقبولة شرعا؛ فإنّ ذلك يعتبر خرقا للقواعد الشرعية¹.

على ضوء ذلك، تعتبر الدعوى التي تقيمها الزوجة للتّطليق للغياب دون أن تدعم أقوالها بأدلة وحجج تثبت قيام حالة الغياب والشروط المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 53 محل رفض من قبل القاضي وذلك لعدم التأسيس، ومع ذلك فإن هذا الرفض لا يمنعها من إقامة الدعوى من جديد إذا استطاعت إيجاد الأسباب والأدلة التي عجزت عن جمعها سابقا².

¹ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 43864 بتاريخ 12/01/1987، قضية (د أ) ضد (ز ب)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1991، ص. 46.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، المرجع السابق، ص. 82.

يسوغ للزوجة تماشيا مع ذلك، أن تُحضر إلى المحكمة أقاربها أو جيرانها أو أي شخص شاهد على إقامتها لوحدها أو مع أبنائها في بيت الزوجية بعد مغادرة الزوج لأكثر من سنة¹، والشاهد في هذه الحالة لا تعترضه أي صعوبة في إثبات الغياب لكونها واقعة ظاهرة للعيان، لكن المعضلة الحقيقية قد تواجهه أثناء سؤاله من طرف القاضي أو من طرف الخصوم أو أحدهم حول إثبات سبب الغياب وعدم وجود النفقة²، ليتولى القاضي استنباطه بموجب سلطته التقديرية.

علاوة على ما سبق، يمكن للزوجة أن تثبت واقعة الغياب بكافة الوسائل المقررة قانونا دون تقييد بما فيها القرائن، حيث يمكن أن تقدم إلى المحكمة كأدلة الرسائل التي بعثها لها الزوج أو التي بعثها لأهله في فترة غيابه، أو الاستعانة بسجلات الجمارك لإثبات سفره خارج الوطن، وأيضا بسجلات الحضور والغياب في شركات العمل لتحديد تاريخ توقيه عن العمل³.

2- إثبات واقعة الغياب في بعض التشريعات العربية

ما من شك أن أغلب التشريعات قد أجمعت بناء على دراستنا السابقة على إعطاء الزوجة المتضررة من غياب الزوج حق طلب التطليق للغياب، ومع ذلك فقد اختلفت في كيفية إثبات الشروط المبررة لهذا التطليق، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

أ- إثبات واقعة الغياب في التشريع المغربي

جعل التشريع المغربي شهادة اللفيف المكتوب الذي يتلقاه العدلين، الوسيلة الوحيدة لإثبات دعوى التطليق للغيبة، بحكم أن الغالب هو صدق الزوجة في ادعائها⁴؛ ومع ذلك يمكن اللجوء إلى إحضار الشهود أمام المحكمة لإثبات واقعة الغياب دون الاكتفاء بالبيّنة العدلية أو كما أسلفنا تسميته باللفييف الذي تنجزه الزوجة ويشهد فيه شهودها الإثني عشرة بمعرفتهم الكافية للمدعية

¹ تنص المادة 153 من ق.إ.م.إ. ج على أنه: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا. لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم. غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق...".

² العيد براهيم، المرجع السابق، ص. 178.

³ المرجع نفسه والصفحة.

⁴ احمد الخليلشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج. 2: (الطلاق)، دار النشر للمعرفة، المغرب، 2016، ص. 255.

والمدعى عليه وبغياب هذا الأخير عنها لمدة تزيد عن سنة، وذلك كله بعد أن تثبتت الزوجة قيام العلاقة الزوجية¹، وهو ما جرى العمل به في المحكمة الابتدائية بالناظور² وكذلك ببركان الذي جاء فيه: "بناء على المقال الافتتاحي المقدم من طرف المدعية، والذي تعرض فيه بأن المدعى عليه أهملها بالرغم من الحكم بأدائه لها نفقتها بحسب 500 درهم شهريا ابتداء من 2003/07/19 مع الاستمرار وإفرادها بالسكن والتمست تطليقها للضرر.

وبناء على المقال الإصلاحي للدعوى المقدم من طرف المدعية بتاريخ 2005/10/27 تعرض فيه أن المدعى عليه أهملها وغاب منذ ما يزيد عن سنتين دون أن تعرف له مكان والتمست الحكم بتطليقها منه للغيبة مع شمول الحكم بالتنفيذ المعجل وتحميل الصائر الإجبار في الأقصى...

حيث عززت المدعية دعواها بموجب غيبة عدد 239 صحيفة 179 بتاريخ 2005/10/10 توثيق بركان، يشهد شهوده الإثني عشرة بمعرفتهم للمدعية وأن المدعى عليه غاب عنها منذ سنتين عن تاريخه غيبة اتصال وانقطاع إلى الآن ومستند علمهم في ذلك المخالطة والمجاورة. وحيث أكدت المدعية أن المدعى عليه أصبح مجهول العنوان بعد الغيبة المتصلة لأكثر من سنتين.

وحيث عينت المحكمة قيما للبحث والإفادة عن المدعى عليه الغائب وبقي ذلك دون جدوى.

وحيث تم نشر بلاغ التطليق عبر أمواج الإذاعة الوطنية بتاريخ 21-28-29 يناير 2006.

وحيث أن المدعى عليه لم يحضر رغم انصرام الأجل...

لهذه الأسباب: حكمت المحكمة بجلستها العلنية إنتهايا غيابيا بقيم، بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه بطلقة بائنة للغيبة وبقاء الصائر على عاتق المدعى عليه"³.

¹ عبد العزيز هدوي، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2014، ص.166.

² المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 670، ملف رقم 2002/932 بتاريخ 06/04/17، نقلا عن: إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، ج.1، د. د. ن. ب. ن.، 2009، ص.ص. 153-156.

³ المحكمة الابتدائية ببركان، حكم رقم 2006/205 بتاريخ 06/02/23، نقلا عن: المرجع نفسه، ص. ص. 150-152.

المتأمل لحيثيات الحكمين؛ يلاحظ بأن القضاء المغربي يجعل لشهادة الشهود المقام الأول في إثبات الغياب، مع الاستعانة في بعض الأحيان باليمين في المرتبة الثانية للتأكيد أكثر على صدق أقوال الزوجة وفقا لما يقضي به الحكم الصادر عن محكمة الناظر والذي جاء فيه: "...وأبديت استعدادها لأداء اليمين فأقسمت بالله العظيم على أن زوجها غاب عنها مدة تزيد عن سنة ولم يتصل بها ولم يرسل لها نفقة..."¹.

بعد ثبوت الغيبة يتعين على المحكمة أن تُشعر الغائب معلوم العنوان بالرجوع للإقامة مع زوجته خلال فترة محددة، أو نقلها إلى مكان سكناه مع إخباره بأن عدم الامتثال بهذا الإشعار سيؤدي إلى تطليق زوجته منه؛ أما إذا كان غيابه في مكان مجهول فإن القاضي يطلق عليه مباشرة بلا إعدار لعدم جدواه، وذلك بعد أن تبذل المحكمة ما يوسعها لمعرفة عنوان الزوج الغائب بمقتضى أحكام الفصل 39 من قانون المسطرة المدنية².

ب- إثبات واقعة الغياب في التشريع الأردني

حصر القانون الأردني في المادتين 120 و121 المتعلق بالأحوال الشخصية إثبات الغياب في وسيلتين وهما البيينة واليمين، وفرق في هذا الإطار بين الغائب معلوم الإقامة يمكن وصول الرسائل إليه، بحيث يضرب له القاضي أجلا بأن يحضر للإقامة وزوجته أو نقلها إليه أو تطليقها، وإذا انقضى الأجل ولم يفعل الزوج ولم يبد عذرا مقبولا على ذلك فرق القاضي بينهما بعد حلف الزوجة اليمين، أما الغائب في مكان معلوم لا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة، فهذا الأخير إذا أثبتت الزوجة دعواها بالبيينة وحلفت اليمين فإن القاضي يفرق بينهما دون إعدار، أما إذا عجزت عن الإثبات أو نكلت عن حلف اليمين ردت دعواها³.

ت- إثبات واقعة الغياب في التشريع السوداني

تنص المادة 186 من قانون الأحوال الشخصية السوداني: "إذا طلبت الزوجة التطليق للغيبة وأثبتت دعواها وكان الزوج معروف الجهة، فيضرب له القاضي أجلا ويعذر إليه بأن يطلقها، إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه فإذا انقضى الأجل ولم يفعل فيطلقها عليه بعد

¹ المحكمة الابتدائية بالناظور، نقلا عن: إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص.154.

² أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص.255، 256.

³ راجع المواد 121 و122 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

أداء اليمين بحق الغائب"، وكذلك المادة 187 منه: "إذا طلبت الزوجة التطليق للغيبة وأثبتت دعواها وكان الزوج مجهول الجهة فيطلق عليه بغير تأجيل أو اعدار بعد أداء اليمين بحق الغائب".

يبدو واضحاً من هذه المواد، أن المشرع قد ترك لفظ الإثبات عام دون تحديد، فلم يبين وسائله وكيفية إعمالها في دعوى التفريق للغيبة، الأمر الذي يفيد دعوة القاضي إلى العودة في هذا الخصوص لقواعد الإثبات الواردة في قانون الإثبات.

نتيجة لذلك إذا أثبتت الزوجة دعواها وكان الزوج غائب في مكان معلوم ضرب له القاضي أجلاً لإصلاح الضرر كما هو الحال في أغلب التشريعات باستثناء التشريع الجزائري، لكن إذا لم يُقْم بما طُلب منه خلال الأجل المضروب، حلف القاضي زوجته اليمين بحقه وطلّقها منه؛ كما ويطلقها القاضي بعد حلف اليمين بحقه دون إعدار إذا أثبتت دعواها وكان مجهول الإقامة، كما ولا تكلف الزوجة حسب المادة 188 بإثبات تضررها من غياب زوجها وخوفها الفتنة لأنها تصدق بيمينها.

ث - إثبات واقعة الغياب في التشريع السوري

على خلاف التشريعات السابقة، جاء قانون الأحوال الشخصية السوري صريحاً في تعليق حكم القاضي بتطليق الزوجة على أساس الغياب، بإلزامية إثبات قيام حالة الغيبة بالبيّنة، فضلاً على حلف القاضي للزوجة اليمين على تضررها من الغياب¹.

الفرع الثاني

الصلح في دعاوى التطليق للغياب

تُبدى المحكمة قبل الفصل في دعاوى الطلاق والتطليق، عدّة محاولات جادّة ترمي إلى جبر النزاع القائم بين الزوجين، أو تخفيفه بغية الوصول إلى حل يرضي الطرفين وإقناعهما بالعدول عن طلب إنهاء الرابطة الزوجية، لذا وقبل اللجوء في كيفية مباشرة الصلح من طرف القاضي، لا بد لنا معرفة المقصود بالصلح والأدلة الدالة على مشروعية عرضه على المتنازعين سواء من القرآن الكريم أو من السنة النبوية الشريفة (أولاً)، لنسلط الضوء بعدها على مدى التزام

¹ - راجع المادة 2/109 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

القاضي بالصلح بين الخصوم في دعاوى الطلاق والتطليق بما فيها التطليق بسبب الغياب (ثانياً)، مع تبيان مدى فاعلية الصلح في دعاوى التطليق للغيب (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الصلح ودليل مشروعيته

سنتعرض في هذا المقام إلى معنى الصلح (1) ودليل مشروعيته (2)، كالآتي:

1- تعريف الصلح

أضحى الوقوف على حقيقة معنى الصلح في الوقت الراهن أمراً مهماً وأولوية تشريعية، خاصة أمام الكمّ الهائل من القضايا المكّدة في المحاكم، والتي يكاد القضاء ينسون حقيقة معناه كمهمة إنسانية وُجدت لخدمة الأسر ولصالحها قبل أن يكون إجراء يجب المرور به قبل الفصل في الدعوى، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إزالة علامات الاستفهام الدائرة به في ذهن من يباشر عملية الصلح.

من هذا المنطلق؛ آثرنا الوقوف على معنى الصلح من الجانب اللغوي والاصطلاحي، كالآتي:

أ- تعريف الصلح لغة

الصلح: "اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة"¹، وبمعنى آخر هي العملية التي ترمي إلى التوفيق بين أشخاص قد انقسموا بسبب النزاع². أو هو "عقد يحسم به طرفان نزاع قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً"³.

¹ - محمّد عميم الإحسان المجددي البركتي، المرجع السابق، حرف الصاد، ص.130.

² - dictionnaire de l'académie française, 5ème édition, édition ebooks, France, 1798, p.658.

³ - بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص.141.

ب- تعريف الصلح اصطلاحاً

قدّم الفقهاء للصلح تعريفات متقاربة لا تخرج عن معنى واحد وهو قطع نزاع قائم بين المتخاصمين والتوصل إلى الموافقة بينهما¹.

أما قانوننا فيعرفه المشرع الجزائري كما يلي: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"²، وهو تقريباً ما نص عليه القانون المصري³ والمغربي⁴.

2- دليل مشروعية الصلح

حثّ كتاب الله الكريم إلى إعمال الصلح في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁵، وقوله أيضاً: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاصًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁶.

أما من السنّة النبوية فقد دلّ على مشروعية الصلح جملة من الأحاديث نذكر منها: عن أبي الدرداء، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: «إصلاح ذات البين، وفساد ذات البين الحالقة»⁷،

¹ نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد الهرويّ القاريّ، عبيد إله بن مسعود الحبوبيّ، فتح باب العناية بشرح "النقاية"، مجلد 3، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر، لبنان، 1997، ص. 185. محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، محمد بن عبد الله بن أحمد الغزيّ الحنفي التمرناشي، المرجع السابق، ص. 539. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج. 3، ص. 390. أبو محمد محمود بن أحمد العيني المولوي عمر الشهير بناصر الإسلام الزامغوري، البناية في شرح الهداية، ج. 9، ط. 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1990، ص. 3.

² أنظر المادة 459 من ق. م. ج.

³ راجع المادة 549 من قانون رقم 131 لسنة 1948 يتعلق بإصدار القانون المدني، جمهورية مصر العربية، ج. ر (الوقائع المصرية) عدد 108 مكرر (أ)، بتاريخ 29 جويلية 1948، متوفر على الموقع:

<http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/CivillawAr.pdf>

⁴ راجع الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁵ سورة الأنفال، الآية 1.

⁶ سورة النساء، الآية 128.

⁷ أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج. 7، دار الدراسة العالمية، دمشق، 2009، كتاب الأدب، باب في إصلاح ذات البين، الحديث رقم: (4919)، ص. 280.

وكذلك عن بن عبد الله بن عمر بن عوف عن أبيه عن جده قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما¹.
كما أجمع الفقهاء والصحابة على مشروعية الصلح بين الخصوم وخاصة الزوجين، لما له من خير وفائدة في إزالة العداوة والشقاق وبعث السلام بينهم².

ثانيا: التزام المحكمة بعرض الصلح على الخصوم

نُظِّمَتْ أحكام الصلح في شؤون الأحوال الشخصية في القانون الجزائري بموجب المادة 49 من تقنين الأسرة وكذلك المواد 439 إلى 449 من ق. إ. م. إ، ولما كانت المادة الأَسْرِيَّة تعد حيزا للنزاع بفعل الضغوطات الاجتماعية والعائلية التي يعيشها الأفراد، وكذلك غياب الثقافة القانونية في إيجاد حلول للأبسط المشاكل، فقد أدى هذا إلى تزايد عدد الأزواج المتقدمين أمام القضاء بصفة فردية أو رضائية للمطالبة بفصم عرا الرابطة التي لم يتمكنوا من إبقائها متوازنة في مواجهة النزاعات التي تفرضها الحياة.

حفاظا على استقرار الأسر وتماسك علاقات أفرادها، حرص المشرع الجزائري وغيره من التشريعات على جعل الصلح في قضايا الطلاق والتطليق إلزاميا لكونه من متعلقات النظام العام³(1)، مع ذلك هناك من استثنى دعاوى التطليق للغياب من هذا الإجراء(2).

1- تفعيل إجراء الصلح في دعاوى الطلاق والتطليق

خصّ المشرع الجزائري المادة 49 من ق. أ التي تنص: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع

¹ - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المرجع السابق، كتاب الأحكام، باب الصلح، الحديث رقم: (2353)، ص. 355.

² - أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 99.

³ - اللافت للانتباه أن إجراء الصلح يمكن أن يتم إجراءه من طرف حكيم وفقا لأحكام المادة 56 من ق. أ. ج و 446 من ق. إ. م. إ. ج، والمستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمْ فابِعْثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾، بالتالي يلجأ القاضي إلى تفعيل التحكيم إذا ما فشلت محاولات الصلح المجرت من قبل القاضي في إيجاد حل للنزاع بين الزوجين، وفي هذا الصدد يقوم المحكمين - أقارب الزوجين - في ظرف شهرين ببذل كافة الجهود لحل الخلاف بين الأطراف ومحاولة التوفيق بينهما كما هو الحال بالنسبة للصلح القضائي، علما أن الأمر يختلف هنا في مسألة التطليق للغيبة.

الدعوى"، وكذا المادة 439 من ق. إ. م. إ. التي جاء فيها: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية"، من أجل إلزام المحكمة بتفعيل إجراء الصلح بمجرد عرض النزاع عليها من طرف الزوجين معا أو بالإرادة المنفردة لأحدهما، وهو الأمر الذي استقرت عليه أيضا المحكمة العليا في قرار لها يقضي بـ: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابت في قضية الحال_ أن المجلس القضائي لما قضى دون مراعاة أحكام المواد: 49_ 55_ 56 (ق س) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه. ومتى كان كذلك وجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

إنّ التعامل مع الصلح كإجراء وجوبي ليس اتجاه المشرع الجزائري فحسب، وإنما هو اتجاه كل من المشرع المغربي في المادة 81 من مدونة الأسرة التي يقابلها الفصل 180 من قانون المسطرة المدنية، وأيضا المشرع المصري بموجب المادة 2/18 من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية التي تنص: "وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد عن ستين يوما"، وبه أخذ المشرع التونسي كذلك في الفقرتين الثانية والسادسة من الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية.

يتبين لنا من قراءة هذه المواد، أن المشرع الجزائري اتجه نحو اعتبار إجراء الصلح في دعاوى الطلاق والتطليق إجراء وجوبي، يفرض على القاضي الاستماع في التاريخ المحدد لإجراء

¹ - المحكمة العليا، غ. ش. أ، ملف رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25، قضية (ب ف) ضد (ا م ع)، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1991، ص. 71.

وفقا لهذا القرار فإن القاضي وقبل أن يحكم بالتطليق بين المتخاصمين، عليه إجراء محاولة صلح بينهما عسى أن تُجد نفعاً ويغيرا قرارهما، مع الإشارة إلى أن هذا الإجراء كان محل اختلاف بين من يقول بوجوبه وبين من يندد بالعكس. لمزيد من التفاصيل راجع: عبد الحكيم بن هبري، "إجراء الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة مسيلة، المجلد 2، العدد 3، 2017، ص. 113.

الصلح إلى كل زوج على انفراد ثم معا وذلك في جلسة سرية لا يحضرها إلا شخصهما دون ممثليهما أو محامييهما¹، بخلاف التشريع المغربي الذي سمح للمحامي بمقتضى الفصل 180 المشار إليه سابقا بحضور جلسة الصلح رغم حساسية الدعوى.

فضلا عما سبق؛ يمكن للزوجين وبناء على الفقرة الثانية من المادة 440 من ق.إ.م.إ.ج أن يطلبوا إشراك أحد أفراد العائلة في محاولة الصلح، مع العلم أنه وفي جميع الأحوال لا بد على طالب فك الرابطة الزوجية سواء كان الزوج أو الزوجة أن يحضر شخصيا جلسة الصلح وفق ما استقر عليه اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا، ذلك لأن غيابه يجعل الوجوب المنصوص عليه في المادة 49 من ق.أ بدون جدوى².

يحدد القاضي إذا استحال على أحد الزوجين حضور جلسة الصلح في التاريخ المحدد لسبب مبرر، تاريخا لاحق للجلسة يستمع فيه إليه ويكشف أسباب خلافه مع الزوج الآخر بغية إصلاح العلاقة وقطع سبب النزاع، أو أن يندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية؛ أما إذا كان سبب عدم الحضور غير مبرر وكان التبليغ شخصيا، فيحرر أمين الضبط محضرا بذلك تحت إشراف القاضي³.

أما بالنسبة لعدد محاولات الصلح التي يجب أن يلتزم قاضي شؤون الأسرة بإجرائها في دعاوى الطلاق والتطليق فنجدها غير محددة في القانون الجزائري، ذلك أنه إذا ما أمعنا النظر في المادتين 49 و 439 المذكورتين آنفا استوقفنا بعض المصطلحات (عدة محاولات، محاولات صلح) النافية لتعيين عدد المحاولات الصلحية الواجب تأديتها قبل الحكم بالطلاق، ويعني هذا أن لا أحد يمكن له أن يعيب أمر القاضي بإجراء مثلا أربع محاولات صلح في دعاوى الطلاق أو التطليق سواء بوجود أطفال أم لا طالما أنه لم يتجاوز في إجرائها مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وذلك على أساس أن المادة جاءت عامة توحى بأن للقاضي سلطة تقديرية في إجراء الصلح على الأزواج.

¹ راجع المادة 1/440 من ق.إ.م.إ.ج.

² المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0798882 بتاريخ 2013/05/09، قضية (ح ف) ضد (ع ح) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2013، ص.288.

³ راجع المادتين 441 و 1/434 من ق.إ.م.إ.ج.

على خلاف المشرع الجزائري وضح المشرع المصري عدد هذه المحاولات، بحيث أوجب على المحكمة أن تبذل قبل الفصل في الدعوى جهدا في محاولة الإصلاح بين الزوجين، ولكن الشأن يختلف بالنسبة لها إذا كان للزوجين ولد، إذ على القاضي أن يعيد المحاولة مرة ثانية على أن لا تقل المدة بين المحاولتين عن 30 يوما ولا تزيد عن 60 يوما¹، هذا وتعامل أيضا المشرع المغربي في المادة 82 من مدونة الأسرة مع الصلح في حال وجود أطفال كإجراء حساس يستدعي القيام بمحاولتين تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما، وبمفهوم المخالفة لكلام المشرعين فإن المحكمة تكتفي بمحاولة صلح واحدة إذا لم يثمر زواج المتداعيين عن أولاد، ومع ذلك يرى أحمد خليل أن هذا ليس تقييد على القاضي وإنما بإمكانه عرض الصلح في دعاوى الطلاق والتطليق مرة ثالثة أو أكثر ما دام لم يتجاوز الحد الأقصى للمهلة وهي ستون يوما²، والقاضي في جميع الأحوال غير مطالب بتحقيق نتيجة وإنما ملزم ببذل جهد بحسب قدرته التي يراها محققة لغرض الصلح³.

فضلا عما سبق؛ يعتبر من قبيل الصلح الإعذار الموجه للمدعى عليه في دعاوى التطليق بسبب الغياب، ذلك أن إمهال المدعى عليه الغائب في مكان معلوم مدة من الزمن لإزالة الضرر الذي لحق بزوجته من جراء غيابه، هي بمثابة فرصة لتصحيح الخطأ الواقع فيه ورفع الضرر الذي على أساسه رفعت دعواها أمام القاضي، وعلى العكس من ذلك يطلق على الزوج الغائب في مكان مجهول مباشرة دون إعذار وإمهال لعدم جدوى التأجيل⁴.

خلاصة القول؛ أن إجراء الصلح في مادة الطلاق والتطليق حسب المشرع الجزائري هو جزء من الدعوى، يقتضي على القاضي خلال الثلاثة الأشهر المقررة قانونا لإجرائها، تكرار محاولاته في الصلح سواء في وجود أطفال أو عدمهم، ونرى بدورنا أن الصياغة التي جاءت فيها المادة 49 وكذلك 439 لها وجهين، أحدهم إيجابي يكمن في أن تكرار عدد المحاولات الصلحية قد

¹ - محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، المرجع السابق، ص. 232.

² - أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون رقم (1) لسنة 2000، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 129.

³ - أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (الزواج - الطلاق - التفريق بين الزوجين)، ج. 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 358.

⁴ - أشرف يحيى رشيد العمري، المرجع السابق، ص. 243.

يؤدي حتما إلى إقناع الزوجين بالعدول عن الطلاق، خاصة إذا كان هناك أطفال والمشعر الجزائري قد أصاب بعدم تقييدها بمحاولتين كما فعل المشرعين المصري والمغربي، ومن جهة أخرى يتمثل الوجه السلبي لهذه المواد في تأخير الفصل في الدعوى بسبب طول مدة الإصلاح والمقدرة بثلاثة أشهر، والتي حسب اعتقادنا طويلة لابد من تقليصها إلى شهر على الأقل دون المساس بعدد المحاولات.

2- استثناء دعاوى التطليق للغيبة من إجراء الصلح

تمتاز دعاوى التطليق للغيبة بنوع من الخصوصية من حيث إجراء الصلح بين الزوجين نلمسها صراحة في المادة 1/113 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص: "يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر ما لم توجد ظروف خاصة"، بينما لم يأت المشرع المصري بنص صريح يفيد استثناء دعاوى التطليق للغيبة من القيام بالصلح كما فعل نظيره المغربي طالما القاعدة تقضي بأن دعاوى الطلاق والتطليق لابد أن تخضع وجوبا للصلح.

ومع هذا فقد جاءت محكمة النقض المصرية صريحة في القول بعدم جدوى عملية الصلح في دعاوى التطليق للغيبة من خلال قضائها ب: "لا محل لعرض الصلح بين الطرفين في التطليق للغيبة"¹، وإلى هذا ذهب أحمد نصر الجندي في تعليقه قائلا بالتزام المحكمة في عرض الصلح على الغائب الذي يكون عنوانه معلوما، بحجة أن غيابه بلا عذر عن جلسة الصلح هو بمثابة رفض للصلح مادام عنوانه معلوم وتوصله بالاستدعاء ممكن؛ أما إذا كان غيابه عن جلسة الصلح بسبب ظرف قاهر مثلا فلا يمكن اعتبار عدم حضوره الجلسة كرفض للصلح؛ لأن المادة 1/18 جاءت صريحة في هذا الخصوص²، وعلى العكس من ذلك تُعفى المحكمة من هذا الالتزام إذا كان

¹ - طعن رقم 186 لسنة 62 ق، أحوال الشخصية، جلسة 1996/3/25. نقلا عن: محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، المرجع السابق، ص.232.

² - تنص المادة 1/18 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية على أنه: "تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور الجلسة مع علمه بها بغير عذر مقبول رافضا له".

الشخص الغائب في مكان مجهول، وذلك لانتفاء علمه بالجلسة المحددة للصلح مادامت الرسائل لا تصل إليه، فيطلق عليه القاضي مباشرة بلا إذار أو ضرب أجل¹.

من مجمل ما سبق، استبعدت مدونة الأسرة المغربية من محاولة الإصلاح كل غيبة في مكان معلوم أو مجهول قريبة كانت أو بعيدة، وفي الجهة المعاكسة اقتصر المشرع المصري على استبعاد الغيبة البعيدة بحكم أنها تفترض عدم علم الغائب بموعد الجلسة المحددة للصلح بسبب صعوبة توصله بالاستدعاء للحضور، لكن ماذا بشأن موقف المشرع الجزائري من عرض الصلح في دعاوى التطليق للغيبة؟

إن الإجابة على هذا السؤال يستدعي شرح بعض المواد المنظمة لوجوب الصلح، بالتالي وبعد الاطلاع الأولي عليها تبين لنا أن المادة 49 من ق. أ تلزم القاضي بإجراء عدة محاولات صلح في دعوى الطلاق التي يوقعها الزوج بإرادته المنفردة دون غيره، لكن بالتعمق أكثر في المادة وتحليلها بالمقارنة مع المواد الأخرى المرتبطة بها ومنها المادة 48، تولدت لدينا نظرة مغايرة باعتبارها جاءت تشرح سابقتها وتتص أن الرابطة الزوجية تتحل بالطلاق إما بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة سواء بالتطليق أو عن طريق الخلع، إذن لو نحن وضعنا تحليلنا للمادة 48 على المادة 49 نتوصل إلى نتيجة نجدنا منطقية في رأينا، وهي أن المادة 49 التي تنص على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، جاء لفظ الطلاق فيها عامًا يستوعب الطلاق بالتراضي والطلاق بناء على إرادة احد الزوجين، وعلى ضوءه يكون التطليق للغيبة أيضا مشمولا بالصلح والذي نستشفه ضمنا من المادة 141 من ق.إ.م.إ التي تفرق في غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح بين أمرين:

1. إذا كان سبب الغياب لعذر، كأن يستحيل على أحدهما الحضور بسبب مانع؛ فإن القاضي يمنح له فرصة أخرى للحضور إلى الجلسة اللاحقة، أو ندب قاض آخر لسماعه.
2. إذا كان سبب الغياب بدون عذر، كأن يعتمد أحدهما عدم الحضور رغم تبليغه شخصيا، فهنا يحزر القاضي محضرا بذلك.

¹ - أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (الزواج - الطلاق - التفريق بين الزوجين)، المرجع السابق، ص.480.

أما قضاء؛ فدلّ على قيام المحكمة بمحاولات الصلح في قضايا التطليق للغيبة عدّة أحكام، من بينها الحكم الصادر من مجلس قضاء وهران القاضي بالتطليق بين السيد (ع م) والسيدة (ش ب) ذلك بعد فشل محاولتها في إصلاح ذات البين لتغيب الزوج عن الجلسة وتصميم الزوجة على التطليق¹، وأيضا القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي يقضي بـ: "عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة القانون والشريعة الإسلامية بدعوى أن الزوجة لا تطلق إلا للضرر، ولم تثبت المطعون ضدها هذا الضرر ولم تقدم أي دليل على مزاعمها، لكن حيث أن الطاعن اعترف بغيابه على أسرته وذلك أثناء جلسة الصلح ومن الثابت قانونا أن هذا يعد تخلفا عن واجباته الأسرية مما يثبت الضرر الواقع عليها عن عدم الالتزام، وعليه فالمحكمة لم تخالف القانون في مادته 53 من قانون الأسرة وعليه يرفض هذا الوجه"².

للقاضي في جميع الأحوال أن يمنح للزوجين بمقتضى المادة 442 من ق. إ. م. إ مهلة للتفكير في إجراء محاولة صلح جديدة داخل المدة المحددة قانونا لإجرائها، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن؛ أما عن محضر الصلح أو عدم الصلح فإن القاضي هو من يتكفل أيضا بتحريره إذا لم يحضر أحد الزوجين الجلسة دون عذر بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة، وبالمقابل يشرع بموجب الفقرة الرابعة من المادة 443 مباشرة في مناقشة موضوع الدعوى، هذا ويقوم في الحالة الأولى بإثبات ما اتفق عليه الطرفان في محضر الجلسة، ليكون بمجرد إيداعه بأمانة الضبط سنداً تنفيذياً³.

ثالثا: عن فاعلية آلية الصلح في دعاوى التطليق للغياب

توصلنا مما سبق إلى نتيجة مهمة وهي أن القضاء الجزائري يُفعل إجراء الصلح في جميع قضايا الطلاق والتطليق المعروضة عليه، والسبب في ذلك هو صيغة الإلزام الذي جاءت فيه مواد الصلح سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعبارة أخرى لو جاءت صيغة هذه النصوص تفيد التخيير لتجاوزها العديد من القضاة، إلا أنّ السؤال الذي يجب أن

¹ - أحمد خاتري، المرجع السابق، ص. 119-120.

² - C.S.20/04/1999, dossier 221369.citer par: Louisa Hanifi, op.cit, p.364.

³ - راجع الفقرات 1 و2 و3 من المادة 443 من ق. إ. م. إ. ج.

نطرحه في هذا المقام ليس ما مدى تفعيل آلية الصلح في قضايا الطلاق والتطليق؟ وإنما يكمن في البحث عن مدى نجاعة هذه الآلية في الوصول إلى إصلاح ذات البين؟

من خلال استقراءنا للمواد القانونية المنظمة للصلح في القانون الجزائري، وبالاطلاع على القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، توصلنا إلى أنّ آلية الصلح المُفعّلة من قبل القاضي لا تفي بالغرض المقصود منها، والسبب أنّ ظاهرة الطلاق لا تزال تسجّل أعلى النسب في الجزائر، لكن إلى ماذا يرجع ذلك: هل إلى أن قاضي شؤون الأسرة لا يقوم بالعملية الصلحية كما ينبغي أم أن المواد القانونية التي توطّر طريقة إعمال القاضي لهذه الآلية هي التي تعيقه؟

إذن لا يمكن أن نعيب عمل القاضي؛ لأنه ملزم ببذل عناية الرجل العادي دون أن يكون ملزماً بتحقيق نتيجة، فالقاضي تواجهه في عمله مشكلة كيفية تسيير المهلة الموضوعة له لإجراء الصلح والتي تقدر بثلاثة أشهر، بالتالي فضيق الوقت يجعل القاضي يقوم بالصلح في مدّة قد لا تتجاوز ربما 15 دقيقة في مقابل كم هائل من الملفات تنتظر كلّها عملية الفصل وإجراء الصلح، ومن ثمّة فمن غير المعقول أن يخصّص القاضي مدّة ساعة لإصلاح البين وفي انتظاره 50 جلسة صلح في اليوم الواحد، الأمر الذي يجعل مصير معظم القضايا هو الفشل طبعاً هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن أن نتصور كذلك نجاح الصلح في ظل عدم وجود مادة قانونية تلزم الأطراف بالحضور؛ لأنّ حضور المدعي لوحده غير كافٍ فغالبا ما يظل متمسكاً بطلبه، كل هذا وذاك ما هي إلاّ عراقيل تعيق عمل القاضي ويجب على المشرع إعادة النظر فيها بشكل يسمح للقاضي بالقيام بعمله كما ينبغي في إطار الصالح العام للأسرة والمجتمع.

الفصل الثاني

دور القاضي في الحكم بالتطليق للغياب وآثاره

مما لا جدال فيه أنّ السلطة التشريعيّة بصفقتها ممثلة للشعب، تلتزم بوضع قوانين تواءم القيم السائدة في المجتمع من العدل والمساواة والحرية بما يخدم الصالح العام من جهة، ويقع على القضاة الموجهة إليهم هذه القواعد القانونيّة، واجب الأخذ بها والاعتماد عليها في تكوين أحكامهم بخصوص النزاعات المطروحة أمامهم من جهة أخرى.

على هذا الأساس، يعتبر القضاء مصدر ثقة الفرد في المجتمع، وضمانة له ضد تجاوزات وانتهاكات الغير لاسيما ما تعلق بالحقوق والحريات، وفي هذا الإطار يبرز دور قاضي شؤون الأسرة في قضايا التّطليق، الذي يتوجه نحو عدم الاعتراف بالطلاق الذي يقع خارج ساحة القضاء، والعمل على تحقيق العدالة للزوجة باستبعاد خطر عدم الاستقرار والأمان المترتب عن العلاقة الزوجيّة، وبالأخص ضد غياب الزوج اعتباطاً ودون نفقة.

يكن قوام العدالة القضائيّة إذن في إصدار حكم التّطليق، الذي يجد أهميته في ترجمة مدى إسهام القاضي في التأثير إيجابيا على فعالية ممارسة محكمة شؤون الأسرة لاختصاصها من جهة، وموقف الفقه والقوانين الوضعية من وصفه من جهة أخرى (المبحث الأول).

إضافة إلى ذلك، يعدّ عمل القاضي الركيزة الأساسية في سيادة القانون يتضح في ممارسة الرقابة القضائيّة على تبعات الحكم بالتّطليق المترتبة على المطلقة والأولاد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحكم لزوجة الغائب بالتطليق وطبيعته

إذا كانت العدالة التي ترجوها زوجة الغائب من قاضي شؤون الأسرة في دعاوى التّطليق مرتبطة أساسا بتكوين حكم منصف وسليم، فإنّ هذه الفكرة لا تكتمل إلا إذا أحسن قاضي الموضوع تحليل وفهم وقائع القضايا المعروضة عليه والقواعد القانونيّة التي تترجم السلطة المخوّلة له من القانون في هذا المجال، مع العلم أنّ فهم هذه القواعد لا يتأتى للقاضي ما لم تسهّل السلطة التشريعيّة هذا الأمر أثناء صياغتها للنصوص القانونيّة باستعمال مصطلحات دقيقة وواضحة.

إذن، ونظرا لتعدد مراحل تكوين الحكم بالتطليق لارتباطها الدائم بقناعة القاضي، وانعكاس هذا الأمر على أفق تطبيق هذا الأخير في الواقع العملي (المطلب الأول)، فإن توحيد وصف هذا الحكم وسط الاختلافات الفقهية والتشريعية الدائرة به أمر صعب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

السلطة المخولة للقاضي في التطليق بين الزوجين للغيب وأفق تطبيقها

إن الدور الكبير الذي يلعبه القاضي في تحقيق العدالة القضائية تمهيدا لبناء حكم منصف للزوجين في قضايا التطليق خاصة بسبب الغياب، هو بالضرورة وثيق الصلة بالسلطة المخولة قانونا للقاضي، والتي تشكل ثمرة جهده الذهني والعملي خاصة في المسائل الحساسة والغامضة، أو التي يخلو النص عليها في القانون.

إذا كان يقع على عاتق القاضي إصدار الحكم بالتطليق للغيب في إطار الثقة الممنوحة له من المتخصصين وفقا لمتطلبات القانون والعدالة وما يُمليه عليه ضميره المهني؛ فإن الإشكال الحقيقي يرتبط بواقع تطبيق هذه المسألة في ساحة القضاء.

على هذا الأساس؛ سنعالج ضمن هذا المطلب عنصرين مهمين هما: سلطان القاضي في الحكم بالتطليق للغيب (الفرع الأول)، تقييم البعد العملي لهذه المسألة بين أصالة النص وعمق التطبيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطان القاضي في الحكم بالتطليق للغيب

من منطلق أنّ ادعاء الغياب من قبل الزوجة أمام القضاء يتطلب إقامة الدليل على صحة ما تدّعيه كما هو الحال كذلك بالنسبة للخصم الذي ينكر الدعوى؛ فإن دور قاضي شؤون الأسرة في هذا الإطار يبرز من خلال المجال الواسع الذي فتحه له القانون في تقدير جدية الأسباب المقدمة من طرف الزوجة ومدى تضررها من الواقعة.

ومنه؛ فإنّ التساؤل الذي يمكن أن نطرحه في هذا الصدد: هل القاضي ملزم بأن يجيب

الزوجة بمجرد أن تناشده لتطبيقها بسبب الغياب؟

يجد هذا التساؤل جوابه بدهاءة في مواد قانون الأسرة المنظمة لحق زوجة الغائب والمفقود في التّطليق والذي هو على أمرين: إما أن تكون سلطته مقيدة (أولاً) أو مطلقة تمنح له مجال واسع في التقدير (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي المقيدة في إجابة طلب زوجة الغائب في التّطليق

أعطى الشرع الإسلامي ومن بعده التشريع الحق للمرأة في طلب التّطليق في حال تضررها من غياب الزوج؛ وعليه فإذا أثبتت الزوجة بأي طريقة من طرق الإثبات التي تناولناها سابقاً ما يسوغ لها شرعاً تطليقها حكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها، لاسيما وأنّ الغياب يعتبر واقعة مادية ليس من الصعب إثباتها كما هو عليه الأمر بالنسبة للهجر، فهذا الأخير مما تعجز الزوجة عن إثباته بمجرد تقديم ادعاءات؛ والسبب أنّه يتم في إطار مغلق بين الزوجين ومما لا يسع الغير اختراقه.

يكون القاضي الذي عرضت عليه قضية حول التّطليق تأسيساً على أحكام الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق. أ. ج، أمام حتمية الحكم بالتّطليق بوجود الدليل الذي يثبت الشروط الواردة في صدر المادة مجتمعة، والتي تتمثل على سبيل الحصر في غياب الزوج لمدة تزيد عن سنة دون عذر ودون نفقة.

إنّ سلطة القاضي في الحكم بتطليق الزوجة بسبب غياب الزوج أو فقده، تعتبر مقيدة حسب ظاهر المادة بضرورة إثبات توافر الشروط الثلاثة أعلاه، ومع هذا تبقى له سلطة تقديرية واسعة في بعض الجوانب والتي هي محور تفصيل العنصر الموالي.

ثانياً: سلطة القاضي التقديرية في إجابة طلب زوجة الغائب في التّطليق

عمل المشرع الجزائري من خلال أحكام الفقرة الخامسة من المادة 53 على إنصاف المرأة التي غاب عنها زوجها، من خلال إعطاءها حق الفرقة اعتماداً على التلفيق في الأخذ بآراء بعض الأئمة الأربعة، وكذا بعض التشريعات العربية.

بما أنّ قانون الأسرة قد أحال بموجب المادة 222 منه فيما انعدم النص القانوني حوله إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد المذهب الفعلي المستند إليه، فهذا إن دلّ على شيء فإنّه يدلّ على منح القاضي سلطة الأخذ بأي رأي يكون في صالح الأسرة والمجتمع، وليس هذا فحسب بل

وخوّل له نفس السلطة في حالة وجود أي نص غامض أو تعثره ثغرات، وذلك بالاجتهاد في سبيل الوصول إلى حل موضوعي للنزاع المطروح، وهو حال المواد المنظمة لأحوال الغائب والمفقود. توضّح لدينا بعد استقراء هذه المواد، أنّ سلطة القاضي التقديرية في حالة التّطليق للغياب والفقْد تتقرر في جانبين:

1- إعمال القاضي لسلطته فيما ورد نص قانوني بشأنه

من المتفق عليه أنّ طلب التّطليق بسبب غيبة الزوج حق للمرأة وحدها إن شاءت طلبته من القاضي وإن شاءت امتنعت عنه، وتكون بذلك هذه الفرقة متوقفة على قضاء القاضي، حيث ينظر في صدق أقوالها حول تضررها من غيبة الزوج لمدة طويلة، كما ويتحقق من سبب الغيبة إن كانت بعذر أم بدون عذر على رأي من يفرّق بينهما مثل المشرع الجزائري، وتحتاج هذه الحالات إلى البحث في مدى شرعيتها، وهو ما لا يتمّ إلا عن طريق القضاء، وذلك بتقدير ما إذا كان العذر الذي بسببه غاب الزوج مقبولا أم غير مقبول¹.

هذا ومما ورد أيضا بشأنه نص في القانون الجزائري، نجد عدم التّطليق للغيبة بالنسبة للزوجة التي ترك لها زوجها مالا تنفق منه، إلا أن هذه المادة جاءت مختصرة ولم تشر إلى كيفية التأكد من وجود النفقة أو عدم وجودها، ومن إمكانية التحويل النقدي في الحالات التي يعيش فيها الزوج في الخارج من عدمه، وبالتالي التّثبت من صدق أو عدم صدق الزوجة في اتهام الزوج بالامتناع عن واجبه في الإنفاق ومن ثمّة حقّها في التّطليق للغياب، وبالتالي فالأمر متروك لاجتهاد القاضي².

فضلا عما تقدّم؛ أعطى المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة في حالة طلب الزوجة التّفريق لفقد زوجها، أو طلب من له مصلحة الحكم بموته بمقتضى أحكام المادة 113 من ق. أ، إعمال سلطته التقديرية قبل الحكم بالطلاق أو الموت، وذلك بأن يتحرى ويبحث في الجهة التي يغلب الظن أنّ الزوج قد فقد فيها، فإذا كانت هذه الأخيرة غير آمنة تكثّر فيها الكوارث الطبيعية

¹ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 150.

² - فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، مطبعة الطالب، الجزائر، 2007، ص. 294، 295. نقلا عن: سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2015، ص. 150.

والحروب فيحكم القاضي بوفاة المفقود بعد أربع سنوات من التحري¹، أمّا إذا كانت هذه الجهة يغلب عليها السلامة والأمان فعلى القاضي بعد البحث والتفتيش عن المفقود بجميع الوسائل الممكنة، أن يجتهد ويحدد المدة المناسبة للحكم بموته بعد انقضاء الأربع سنوات مراعيًا في ذلك حال المفقود أثناء فقده وكذلك سنه وظروفه الصحيّة²؛ لأنّ ظن السلامة شاهد لليقين وهو الحياة³.

2- إعمال القاضي لسلطته فيما لم يرد نص قانوني بشأنه

إنّ إعمال القاضي لسلطته فيما أغفل القانون النص عليه، يتمثل في التحقّق من الضرر اللاحق بالزوجة إذا كان محقّق أو متوقّع الحدوث، وكذلك في إعدار الزوج الغائب إلى جهة معلومة وأيضًا في أثر ظهور المفقود حيا بالنسبة لزوجته، فهذه الحالات كلها متروكة لنظر واجتهاد القاضي.

كما عمل المشرع الجزائري على منح القاضي سلطة تقديرية واسعة خاصة في مجال الإثبات وتسوية النزاع بين الزوجين بواسطة الصلح، وعلى القاضي الالتزام في هذا الصدد بالحيطه والدقّة أثناء التحري في طلب الزوجة الرامي إلى وضع حد للعلاقة الزوجية المتضرّرة منها للكشف عن نية الزوجة الهادفة إلى التّطليق من جهة، ومقصد الزوج من وراء الغياب من جهة أخرى وذلك تحقيقًا للعدالة والمساواة؛ كما ويتعيّن على القاضي في إطار القيام بمهامه أن يكون خبيرًا في جوانب متعددة منها النفسية والاجتماعية والدينية وغيرها.

حوصلة لما سبق، يمكن القول بأنّه لكي يتسنى للقاضي إجابة المرأة في دعوى التّطليق، فإنّه يعتمد على معيارين؛ أحدهما موضوعي يتمثل في إصدار الحكم بالتّطليق عند توافر الشروط المذكورة في المادة 5/53 كاملة دون نقصان، والآخر شخصي يتحقّق بموجبه من وجود أو عدم وجود هذه الشروط، ومن صحة الوقائع المدعاة من طرف الزوجة من خلال دراسة ملف القضية وغيرها من الوسائل التي يستدلّ بها للوصول إلى بناء حكم قضائي منطقي.

¹ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص.152.

² - العيد براهيم، المرجع السابق، ص.217.

³ - عبد الرحمان مجد الفقي المغاوري، المرجع السابق، ص.105.

الفرع الثاني

تقييم البعد العملي لمسألة التطليق لغياب الزوج بين أصالة النص وعقم التطبيق

يقتضي فهم حقيقة العمل بالمادة 53 من ق. أ. ج في الواقع التطبيقي لاسيما الفقرة الخامسة منها، حتمية البحث في الأحكام المقدّمة والصادرة عن المحاكم الجزائرية، لكن ونظرا لصعوبة الإلمام بكل ما هو صادر على المستوى الوطني؛ ارتأينا إلى الاستئناس بما هو صادر على المستوى المحلي كنموذج يُظهر ولو بصفة نسبية جدوى العمل بالمادة أعلاه وبالأخص الفقرة الخامسة والمتضمنة شروط تطليق الزوجة للغيبة.

إذاً وعلى هذا الأساس، يأتي هذا الفرع لرصد نتائج الاستجابة لدعاوى التطليق للغياب: مقارنة للإحصائيات المسجلة على مستوى مجلس قضاء بجاية _أنموذجا_ (أولاً)، وسبب ضالة الأحكام القضائية الصادرة بخصوص دعاوى التطليق للغياب (ثانياً).

أولاً: رصد نتائج الاستجابة لدعاوى التطليق للغياب: قراءة في الإحصائيات المسجلة على مستوى مجلس قضاء بجاية _أنموذجا_

إذا كان الهدف من تضمين دراستنا أحكاماً إحصائية تظهر عدد دعاوى التطليق للغياب المُقدمة أمام المجلس مقابل تلك التي تم الحكم فيها بالتطليق، ومن ثمّ قياس مدى فاعلية اتخاذه كسبب من قبل المدعى عليهن؛ فإنّ بلوغ هذا الهدف يكون من خلال قراءة تمحيصية في الإحصائيات المتعلقة بدعاوى التطليق لغياب الزوج خلال فترة 2020/2014 (2)، ثم دراسة التباين الإحصائي المُسجل ما بين دعاوى التطليق الواردة في المادة 53 السالفة الذكر والخلع خلال نفس الفترة (3) عن طريق المقارنة بين هذين الأخيرين ودعاوى التطليق للغياب على وجه الخصوص، وكل هذا وفقاً لجدول تمثّل ذلك (1).

1- إحصائية لأحكام التّطبيق والخلع على مستوى مجلس قضاء بجاية¹

الشّكل (1): أحكام التّطبيق والخلع على مستوى محكمة بجاية

السنوات	2014		2015		2016		2017		2018		2019		2020		المجموع
	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	
لعدم النفقة	7	7	5	5	30	30	44	44	32	32	8	8	19	19	145
للعيوب	0	0	0	0	2	2	2	2	0	0	0	0	0	0	04
للہجر	0	0	0	0	0	0	7	7	8	8	0	0	0	0	15
للحكم على الزوج عن جريمة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للغيبية	0	0	0	0	0	0	4	4	0	0	0	0	0	0	4
لمخالفة أحكام المادة 8	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
لارتكاب فاحشة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للشقاق	5	5	3	3	0	0	13	13	8	8	5	5	4	4	38
لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للضرر	2	2	2	2	28	28	18	18	8	8	3	3	15	15	68
الخلع	24	24	52	52	72	72	73	73	70	70	69	69	85	85	445

الشّكل (2): أحكام التّطبيق والخلع على مستوى محكمة سيدي عيش

السنوات	2014		2015		2016		2017		2018		2019		2020		المجموع
	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	
لعدم النفقة	0	0	0	0	1	1	0	1	0	0	3	3	0	0	4
للعيوب	1	1	0	0	0	0	1	1	0	0	0	2	0	0	2
للہجر	3	0	1	0	0	0	1	1	1	1	0	0	0	0	2
للحكم على الزوج عن جريمة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للغيبية	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

¹ المصدر: من إعداد الباحثة بالاعتماد على المعطيات الصادرة عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 19 جويلية 2021.

1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	لمخالفة أحكام المادة 8
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لارتكاب فاحشة
1	6	0	1	0	1	1	4	0	0	0	0	0	0	0	0	للشقاق
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد
10	22	1	5	1	2	0	2	1	3	2	2	2	2	3	6	للضرر
100	134	24	38	16	16	15	21	13	14	5	8	11	20	16	17	الخلع

الشكل (3): أحكام التّطبيق والخلع على مستوى محكمة أميزور وفرع لقصر

المجموع	2020		2019		2018		2017		2016		2015		2014		السنوات الأنواع	
	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل		
1	7	0	0	0	1	1	2	0	2	0	0	0	1	0	1	لعدم النفقة
1	2	0	1	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	للعيوب
0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	للهجر
3	7	0	2	0	0	0	2	2	2	1	1	0	0	0	0	للحكم على الزوج عن جريمة
5	7	0	0	1	1	0	0	1	2	2	3	1	0	0	1	للغيبية
1	1	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لمخالفة أحكام المادة 8
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لارتكاب فاحشة
3	11	0	2	1	6	1	1	0	0	1	1	0	1	0	0	للشقاق
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد
8	16	2	4	2	0	1	2	2	4	0	4	1	0	0	2	للضرر
84	111	22	24	13	22	6	14	15	14	11	21	10	7	7	9	الخلع

الشكل (4): أحكام التطليق والخلع على مستوى محكمة أقبو

الأنواع	2014		2015		2016		2017		2018		2019		2020		المجموع
	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	
لعدم النفقة	2	2	5	6	4	4	0	0	0	0	2	3	4	4	17
للعيوب	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0
للمهجر	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للحكم على الزوج عن جريمة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للغيبية	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
لمخالفة أحكام المادة 8	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
لارتكاب فاحشة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للشقاق	0	0	2	3	4	4	5	4	0	0	3	3	0	0	14
لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للضرر	7	2	5	5	6	6	5	5	0	0	4	4	3	6	25
الخلع	39	35	41	36	44	40	35	39	47	47	34	34	23	31	254

الشكل (5): أحكام التطليق والخلع على مستوى محكمة أقبو (فرع تازمالت)

الأنواع	2014		2015		2016		2017		2018		2019		2020		المجموع
	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	
لعدم النفقة	0	0	3	1	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	2
للعيوب	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للمهجر	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للحكم على الزوج عن جريمة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للغيبية	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
لمخالفة أحكام المادة 8	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
لارتكاب فاحشة	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
للشقاق	2	1	3	1	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	3
لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد	0	3	0	8	0	6	0	0	0	0	0	0	0	0	17

10	28	1	1	1	7	4	6	2	4	1	3	1	3	0	4	للضرر	
110	171	21	29	13	28	15	20	15	25	12	18	24	31	10	20	الخلع	

الشكل (6): أحكام التّطبيق والخلع على مستوى محكمة خراطة

الاجموع	2020		2019		2018		2017		2016		2015		2014		السنوات الأنواع	التطبيق
	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم	المسجل	المحكوم		
0	2	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لعدم النفقة
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	للعيوب
5	7	1	1	1	3	0	0	0	0	0	0	1	1	2	2	للهجر
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	للحكم على الزوج عن جريمة
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	للغيبه
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لمخالفة أحكام المادة 8
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لارتكاب فاحشة
5	9	0	1	1	2	0	0	1	1	3	3	0	0	0	2	للشقاق
0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد
6	18	0	4	1	3	0	3	1	2	2	2	1	1	1	3	للضرر
78	91	5	7	13	15	16	18	10	15	12	14	15	15	7	7	الخلع

2- قراءة في الإحصائيات المتعلقة بدعاوى التّطبيق لغياب الزوج خلال فترة 2020/2014

باستقراء إحصائيات أقسام شؤون الأسرة لسنة 2014 إلى 2020 الصادرة عن مجلس قضاء بجاية، يتضح أن عدد قضايا التّطبيق بسبب الغياب عزّفت تسجيلاً مُحتمشاً، حيث سجلت محكمة بجاية 4 حالات تطبيق للغيبه خلال سنة 2017 وتمّ الحكم فيها بالتّطبيق خلال نفس السنة مقابل ولا حالة في السنوات الأخرى، ليرتفع العدد ولو بشكل طفيف بمجموع 7 حالات تطبيق للغيبه مسجّلة على مستوى محكمة أميزور موزعة كما يلي: حيث سجلت في سنة 2014 حالة واحدة تم الفصل فيها سنة 2015، بينما حكمت المحكمة سنة 2016 بالتّطبيق في حالتين

من أصل 3 حالات مسجلة، لتتخفص سنة 2017 إلى حالة واحدة من أصل 2 قضايا طلاق مسجلة، لتعاود الانخفاض أكثر سنة 2018 من خلال عدم تسجيل أية حالة، لتعود سنة 2019 بالحكم في حالة طلاق واحدة، لتتراجع في سنة 2020 بمجموع ولا حالة، لتكون بذلك حصيلة محكمة أميزور خلال سبع سنوات الممتدة بين 2014 و2020 بـ 5 حالات تطليق للغيبة من أصل 7 حالات؛ أما محكمة سيدي عيش، وأقبو، وأقبو (فرع تازمالت) وكذلك خراطة فلم تشهد تسجيل ولا أي حالة واحدة خلال هذه الفترة.

3- التباين الإحصائي ما بين دعاوى التطليق والخلع خلال فترة 2020/2014

أظهرت الإحصائيات الصادرة عن مجلس قضاء بجاية في الفترة الممتدة بين 2014 و2020 أن مجموع حالات التطليق والخلع بلغ في محكمة بجاية 719 حالة منها 274 خاصة بالتطليق و445 خاصة بالخلع، وبالمقارنة بلغ مجموع حالات التطليق لدى محكمة سيدي عيش 20 حالة من أصل 44 حالة مسجلة مقابل 100 حالة خلع تم الفصل فيها بعدما سجلت عدد لا بأس به يقدر بـ 134 حالة.

على نقيض هاتين الأخيرتين عرفت محكمة أميزور انخفاضا في عدد حالات التطليق والخلع المسجلة، حيث بلغ عدد قضايا التطليق المسجلة لدى المحكمة 52 قضية لتحكم بالتطليق في 22 منها، مقابل 111 حالة خلع تم الفصل في 84 منها.

بالنسبة لمحكمة أقبو فقد سجلت 66 قضية تطليق 271 قضية خلع، لتفصل في 56 قضية تطليق 254 قضية خلع، وما نلاحظه أن هذا العدد قليل مقارنة بما سجل على مستوى محكمة بجاية، كما وسجل فرع تازمالت 32 حالة تطليق من أصل 40 حالة مسجلة مقابل 110 حالة خلع من أصل 171 تم تسجيلها خلال هذه السنوات، بينما شهدت محكمة خراطة الفصل في 16 حالة تطليق و78 حالة خلع من أصل 36 حالة تطليق و91 حالة خلع وتعتبر هذه الحصيلة هي الأدنى بين تلك التي رأيناها لدى المحاكم الأخرى.

أما قضايا التطليق الأخرى خلال سنة 2014 و2020، فقد أبرزت هذه الإحصائيات ارتفاعا في ثلاث أنواع تتمثل في التطليق لعدم النفقة والتطليق للشقاق وأخيرا التطليق للضرر مقارنة بالأنواع الأخرى.

ثانيا: ضآلة الأحكام القضاية الصادرة بخصوص دعاوى التطليق للغيب وسببه

بالقاء نظرة على عدد قضايا الخلع المسجلة والمحكوم بها على مستوى ولاية بجاية للأعوام 2020/2014، نجدها قد شهدت ازديادا ملحوظا حسب البيانات الواردة في الجداول الإحصائية الصادرة عن مجلس قضاء بجاية، فقد اتصفت هذه الزيادة بالشمولية في كل من أميزور بجاية وأقبو وخراطة؛ لذا فإن ما جاء في الجداول السابقة يؤكد أن هذه الزيادة أدت إلى تراجع حالات التطليق الأخرى، حيث بات اللجوء إليها قليلا إن لم نقل منعدما كحالة التطليق للغيب.

مما تقدم؛ نجد أن آلية الخلع قد جاءت في مقدمة الأرقام المرتفعة، وقد يعود ذلك إلى المجال الواسع الذي فتحته المادة 54 من ق. أ. ج للزوجة الكارهة لزوجها في اتخاذها وسيلة لفك رابط الزوجية، حيث جعلت هذه المادة القاضي مجبرا على الاستجابة لرغبة الزوجة في الخلع، وجعلت دوره التقديري يقتصر فقط في تقدير بدل الخلع¹، في مقابل نص المادة 5/53 الذي أصبغه المشرع بشتى سمات التعقيد وزخم الإجراءات؛ فهي تقتضي في صميمها تحقق جملة من الشروط يصعب استيفاؤها في الواقع، مما يحول دون تجسيد جوهرها وخضوعها من حيث الاستجابة لسلطة القاضي، الأمر الذي انجر عنه تثبيط العمل بهذا التطليق، أعربت عنه قلة تطبيقاتها في المحكمة، وهو ما دفعنا إلى التساؤل عن جدوى وضعها من قبل المشرع في ظل افتقادها للفاعلية المطلوبة؟

وعليه، نقول بأن ما جعل الخلع يكون الوسيلة المثلى والناجعة لحل الرابطة الزوجية ينضوي في الوضوح والمرونة الذي جاءت فيه صياغة المادة 54، مما جعل معظم النساء يضعون ثقتهم التامة في هذه الآلية بدلا من التطليق، فالضمانة القانونية والقضائية التي يوفرها الخلع تعد أهم ما يبحث عنه الفرد.

مما تقدم، ومن نتائج تحليلنا للإحصائيات السابقة، نرى أن تعديل القواعد القانونية قد يكون الركيزة والضمانة الأساسية لاستقرار الأسرة، وتفعيل هذه المقننات يكون بتعديل المادتين 53 و54 من ق. أ. ج بشكل يغطي كل الجوانب القانونية والإجرائية، ويساعد في خلق توازن في

¹ هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020/2019، ص.288.

النتيجة المرجوة منهما في حماية مصلحة الزوجين من تعسف أحدهما بالآخر من جهة، والتقليل من جهة أخرى من التزايد الملحوظ في ظاهرة الطلاق بصفة عامة.

المطلب الثاني

وصف الحكم الصادر بالتطليق للغياب ونطاق الطعن فيه

تتجه إرادة المشرع من خلال نصّ المادة 49 من ق. أ التي جاء فيها: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي..."، نحو إخضاع حكم الطلاق أو التطليق للقاضي، إلا أنّ الإشكالية التي تثار في هذه الحالة تدور حول الحكم الصادر بالطلاق فيما إذا كان طلاقاً أم فسخاً من جهة، وكذلك في كونه طلاقاً بائناً أم رجعي لمن اتجه إلى القول بأنّه طلاق وليس فسخ من جهة أخرى.

فضلا عما يثار من تساؤلات عن مدى قابلية هذه الأحكام للطعن، مردّها إلى الصيغة النهائية المضافة على المادة 57 من ق. أ. ج، والتي تجعل الأحكام الصادرة بالتطليق والخلع غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن ما عدا في الجوانب المادية.

على هذا الأساس، وبغية بحث إجابة عن التساؤلات المحيطة بمسألة طبيعة حكم التطليق للغياب ونطاق الطعن فيه، ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في (الفرع الأول) وصف الحكم الصادر بالتطليق للغياب، في حين نخصّص (الفرع الثاني) لدراسة عدم قابلية الأحكام الصادرة في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية للطعن بالاستئناف ما عدا المستحقات المالية.

الفرع الأول

وصف الحكم الصادر بالتطليق للغياب

من المسلمات أنّ الأحكام القضائية تنقسم إلى أحكام كاشفة ومنشئة وأحكام ملزمة؛ إلا أنّ دراستنا ستلمس بالشرح تحديد الطبيعة الفقهية والقانونية لحكم التطليق فيما إذا كان فسخ أو طلاق وكذلك إذا كان هذا الطلاق بائناً أم رجعي؛ لأنّه كما نعرف أنّ الحكم الصادر بالتطليق هو حكم منشئ من طرف القاضي فهو الذي يخلقه وينشئه وكذلك الحال بالنسبة للخلع، أمّا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فيعتبر حكم القاضي بشأنه حكم كاشف يؤكّد من خلاله وجود الحق أو المركز القانوني من عدمه.

على ضوء ما سبق؛ يقتضي منّا البحث في مسألة طبيعة الفرقة الزوجية للغيبة، تناول موقف المذاهب المجيزة للتطليق للغياب من طبيعته (أولاً)، ثم نخرج بعدها إلى دراسة اتجاه التشريعات العربية في تحديد طبيعة هذا الحكم وعلى المذهب المعتمد في صياغة نصهم (ثانياً).

أولاً: الطبيعة الفقهية للحكم القاضي بالتطليق للغياب

رأينا سابقاً أنّ الزوجة إذا رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بسبب غياب زوجها وتضررها من الغياب فرّق القاضي بينهما بواسطة حكم، إلا أنّ هذا الحكم مما اختلف علماء الشريعة الإسلامية في وصفه، حيث عدّه المالكية طلاق (1) في حين اعتبره الحنابلة فسخاً (2) كما يلي:

1- التطليق للغيبة في منظور الفقه المالكي

ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى أنّ الطلاق المترتب عن تطليق القاضي بناء على غياب الزوج هو طلاق وليس فسخ، فقد جاء في البيان والتحصيل: "قال محمد بن رشد: هذا مذهب ابن قاسم في المدونة الذي اختاره لرواية بلغته عن مالك إن كل نكاح اختلف الناس فيه فالفسخ فيه طلاق، وكل نكاح لم يختلف في فساده فلا طلاق فيه"¹، ومن جهة أخرى ذهب سحنون إلى الأخذ في الاعتبار إرادة العاقدين في الفرقة، وبالتالي إذا أُجبر العاقدان على الفرقة رغم رغبتهم الشخصية في توقيعهما فإنّ هذه الفرقة تكون فسخاً، أمّا الفرقة التي تتم برغبة الطرفين أو أحدهما فتعد طلاقاً وليست فسخاً².

هذا ومما دلّ كذلك على اعتبار التفريق بواسطة القضاء طلاقاً، ما ذكره الحطاب الرعيني في مواهب الجليل عند تناوله لأقسام الغائبين عن زوجاتهم، وذلك بقوله والرابع غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته وهو مع ذلك معلوم المكان فهذا يكتب إليه السلطان إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفرقها وإلا طلق عليه³.

¹ - أبو الوليد ابن رشد القرطبي، محمد العتبي القرطبي، المرجع السابق، ج.5، ص.139.

² - سحنون بن سعيد التتوحي، أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.181.

³ - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، ص.496، 497.

الواضح مما سبق أن المالكية يُطْلَقُونَ على الفرقة التي يوقعها القضاء بناء على طلب أحد العاقدين بما فيهم الزوجة طلاقاً، ومن هذا يمكن القول بأن الطبيعة الفقهية للفرقة الواقعة بسبب غياب الزوج هي طلاق، لكن ما نوع هذا الطلاق هل هو طلاق رجعي أم بائن؟

لم نجد من فقهاء المالكية من صرّح بنوع هذا الطلاق؛ إلا أن الصاوي ذكر بأن كل طلاق أوقعه الحاكم بائناً إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة¹، ومن هنا نفهم بأن الفرقة للغياب تقع طلاقاً بائناً عند المالكية؛ لأنه يتم من طرف القضاء وبناء على طلب الزوجة.

وعلى القول السابق، إذا عاد الزوج الغائب إلى زوجته بعد وقوع الفرقة؛ فإن حقه في مراجعة زوجته يسقط بالتفريق إلى أن تتكح زوجاً غيره²، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾³؛ لأنه بالتفريق كُملت الطلقات الثلاث⁴.

2- التطليق للغيبة في منظور الفقه الحنبلي

اختار الحنابلة في مذهبهم وصف التفريق للغيبة بأنه فسخ لا طلاق، ويكون من باب الفسخ عندهم كل فرقة تتم بواسطة القضاء ومن اختيار المرأة، بينما يعتبر طلاقاً إذا صدر من الزوج وهو الواضح مما يلي: "وفرقة الخيار فسخ، لا ينقص بها عدد الطلاق، نص عليه أحمد. ولا أعلم فيه مخالفاً. قيل لأحمد: لم لا يكون طلاقاً؟ قال: لأن الطلاق ما تكلم به الرجل؛ ولأنها فرقة لا اختيار المرأة فكانت فسحاً، كالفسخ لعنته وعتقه"⁵، "وسئل أحمد: كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال: يروى ستة أشهر، وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك الأمر، لا بد له، فإذا غاب أكثر من ذلك لغير عذر، فقال بعض أصحابنا: يرأسه الحاكم، فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه"⁶، وقال البهوتي: "وإن قال الحاكم فرقت بينكما فهو فسخ لا ينقص به عدد الطلاق ولا تحل له إلا بعد عقد جديد"⁷.

¹ - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي الملكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص.746.

² - محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص.31.

³ - سورة البقرة، الآية 230.

⁴ - محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص.31.

⁵ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.10، ص.62.

⁶ - المرجع نفسه، ص.241.

⁷ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.368.

يبدو أنّ رأي الحنابلة هذا مخالف تماما لمذهب المالكية الذي تقدّم تفصيله، وبالتالي إذا أثبتت الزوجة للقاضي ما تدعيه حول غياب زوجها وحكم لها بالفرقة؛ فإنّ هذه الأخيرة تعد فسحا للنكاح لأنّها وقعت من جهة الزوجة، بحكم أنّ كل فرقة تقع بطلب من الزوجة وبحكم القاضي هي عند الحنابلة فسح ومما لا ينقص عدد الطلقات¹، ومن هذا المنطلق يحق للزوج الغائب أن يسترجع زوجته بعد عودته².

ثانيا: الطبيعة القانونية للحكم القاضي بالتطليق للغياب

اختلفت التشريعات العربية في وصف الفرقة الواقعة بسبب الغياب، فقد أخذ أغلبها مسار الوضوح والدقّة في سن مواد تنظم هذه المسألة كالمشرع المصري والمغربي والسوري وآخرون، رغم عدم اتّفاقهم التام حول اعتبارها طلاقا، ومن ثمة بين كونها طلاق رجعي أم بائن، وكذلك إن كانت فسحا كما قال الحنابلة (2)، ومع هذا سكت جانب آخر من المشرعين عن تحديد طبيعة هذا الحكم رغم موقفهم الصريح في أنّه ليس فسحا وهو اتجاه المشرع الجزائري وغيره (1) كما يلي:

1- عدم تحديد طبيعة حكم التطليق للغياب

لم يخص قانون الأسرة الجزائري طبيعة التطليق الواقع بسبب غياب الزوج بالذكر كما فعل المذهب المالكي والحنبلي، وبالتالي فهل يعد إغفال المشرع عن تناول هذه المسألة بحجم أهميتها هو مخالفة لأحكام المذهبيين السابقين؟

بالرجوع إلى نص المادة 53 المتعلقة بحق الزوجة في التطليق بناء على الأسباب المحددة في سياقها؛ فإنّ المشرع أغفل عن ذكر الطبيعة القانونية لحكم التطليق الذي تصدره المحكمة بشأن تلك الأسباب ومن بينها التطليق للغياب.

إذن ونظرا للثغرة القانونية التي وقع فيها قانون الأسرة الجزائري بسبب تقصيره في تحديد طبيعة هذا الحكم؛ فإننا وفي إطار استقرائنا لبعض مواد وبالأخص نص المادة 50 من الفصل الأوّل المتعلق بالطلاق، توصلنا إلى استنباط اتجاه المشرع بخصوص المسألة وذلك من خلال

¹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005)، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.283.

² محمد عبد الرحيم محمد، المرجع السابق، ص.31.

تقييده لرجعة الزوجة إلى زوجها بعد صدور الحكم بالطلاق بعقد جديد، أمّا بالنسبة للمادة 51 فقد اشترطت هي الأخرى لكي يراجع من طلق زوجته ثلاث مرات متتالية، أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

لقد تبين من هذا التحليل أنّ المشرع الجزائري يأخذ بالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى¹، ويكون بذلك كل حكم يصدره القاضي وينهي بموجبه العلاقة بين الزوجين طلاقاً بائناً في القانون الجزائري، وهذا موافقاً لما جاء في المذهب المالكي، وعملاً بأحكام المادة 222 من نفس القانون التي توحى بضرورة الرجوع في حالة عدم وجود نص أو نقص تشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أثر كل من التشريع التونسي والقطري أن تكون الفرقة الواقعة لدى المحكمة وبناء على طلب الزوجة بسبب ما حصل لها من ضرر الغياب طلاق دون تحديد نوعه².

أمّا المشرع الإماراتي فقد نص بطريقة غير مباشرة إلى كون الفرقة الواقعة بالغيبة فرقة رجعية وهو ما نفهمه من سياق المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص: "كل طلاق يقع رجعياً إلاّ الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، وما ورد النص على بينونته"، وأيضاً من عدم وجود أي نص قانوني آخر يعتبرها فرقة بائنة.

نرى في الأخير؛ أنّ اعتبار المشرع الجزائري ولو ضمناً لحكم التّطليق على الغائب بدون عذر ولمدة أكثر من سنة طلاقاً بائناً اتجاه صائب من جهة كونه الأرفق بالزوجة؛ لأنّ عودته في العدة ورغبته في إرجاعها قد يكون لقصد إلحاق ضرر بها ثم تركها مرة أخرى، وهو الأمر الذي يسعى القاضي إلى إزالته من خلال استجابته لطلبها في التّطليق عليه بسبب الغيبة والبعد أول

¹ - الطلاق البائن هو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد، وهو نوعان:

أولهما بائن بينونة صغرى: هذا الطلاق هو الذي لا يملك فيه الزوج الحق في مراجعة زوجته أثناء العدة أو بعد انقضائها إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها.

أمّا النوع الآخر فيتمثل في الطلاق البائن بينونة كبرى: وهذا الأخير ينهي الرابطة الزوجية بطريقة لا يسمح للزوج فيها بإعادة زوجته إلا بعد أن تنقضي عدتها وتتزوج بأخر، فيدخل بها ثم يفارقها بالموت أو الطلاق، لتحل بعدها للزوج الأول بعقد ومهر جديدين. راجع: أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص.32.

² - راجع المواد 30 و31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وكذلك المادة 143 من قانون الأسرة لدولة قطر.

مرة، وبالتالي يكون استبعاد الرجعية في وصف الطلاق للغيبة واعتماد البيئونة أجزر عقوبة لمن غاب عن زوجته بدون عذر مقبول؛ لأنه لا يكون جديرا بعطف المشرع، مع العلم أنّ القاضي هو الذي يقدر شرعية العذر من عدمه.

2- تحديد طبيعة حكم التطليق للغياب

اتجهت أغلبية التشريعات العربية نحو تحديد طبيعة الحكم القاضي بالتطليق بناء على الغياب تحديدا صريحا، حيث ذهب معظمها إلى اعتباره طلاقا مسايرة لمذهب مالك (أ)، بينما ذهب قلة قليلة منها إلى اعتباره فسحا عملا بالمذهب الحنبلي (ب)، كما يلي:

أ- التطليق للغياب طلاق

لا يخفى أنّ أغلبية التشريعات العربية أجمعت على وصف الطلاق الواقع بسبب غياب الزوج طلاقا، ومع ذلك اختلفت في نوع هذا الطلاق بين من تقول بأنه بائن ومن تقول بأنه رجعي، على النحو التالي:

أ-1- الإجماع على بيئونة التطليق للغياب

جاء في المادة 122 من مدونة الأسرة المغربية أنّ: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

نفهم من خلال هذه المادة والحكم القاضي بـ: "قبول المحكمة طلب الزوجة بالتطليق للغيبة، نتيجة غيبة الزوج لمدة سبع سنوات، ثابتة برسم موجب للغيبة. الحكم بتطليقها منه طلاقه بائنة حصوريا بالنسبة لها وغيابيا عن المدعى عليه"¹، أنّ المشرع المغربي قد اعتمد على المذهب المالكي دون الحنبلي في اعتبار صفة الفرقة الواقعة بسبب الغياب بائنة، وبهذا تقريبا أخذ المشرع المصري في المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص: "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"، والذي أكدّ عليه المحكمة في أحد قراراتها القضائية بـ: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّ مفاد المادة 12 من المرسوم رقم 25 لسنة

¹ المحكمة الابتدائية بتطوان، حكم بتاريخ 03-03-2008، في الملف الشرعي رقم: 13/06/1107، نقلا عن: أحمد زوكاغي، المرجع السابق، ص. 178، 179.

1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية أن المشرع أجاز للزوجة إذا ادعت على زوجها غيابه عنها سنة فأكثر، وتضررت فعلا من بعده عنها هذه المدّة الطويلة أن تطلب التّطليق بسبب هذا الضرر، والطلقة هنا بائنة لأنّ سببها الضرر لغيابه عنها...¹، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريع الكويتي² والسوداني³ والبحريني⁴ حيث ارتأوا إلى استخلاص طبيعة الحكم القاضي بالتطليق للغياب من أحكام المذهب المالكي.

تجدر الإشارة إلى أنّ وصف الطلاق يعد من صميم عمل المشرع ولا يكون لإرادة الزوجين أي دخل في تحديده، فإذا طلبت زوجة الغائب التّطليق على زوجها طلقة رجعية؛ فعلى القاضي أن يحكم بالتطليق بائنا متى توفرت شروط الغيبة، ولا يعتبر قضائه في هذه الحالة قضاء بما لم يطلبه الخصوم، وإنّما يعتبر أمام حق الشرع في وصف الطلاق بما يرفع الضرر عن الزوجة والذي لا يتحقق إلا إذا كان الطلاق بائنا⁵.

أ-2- رجعية التّطليق للغياب في نظر القانون السوري والليبي

أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بعكس ما أقرته التشريعات السابقة في كون التّطليق للغيبة يعتبر طلاقاً بائناً، فحسب مدلول المادة 4/109 منه التي تنص: "هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها"، وكذلك نص المادة 1/118

¹ الطعن رقم 254 لسنة 74 ق "أ ش" جلسة 2007/03/10، ص.26. نقلا عن: أحمد الوكيل، أحمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.26.

² جاءت المادة 137/أ من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت، صريحة في النص على أن التّطليق للغياب طلاقاً بائناً وذلك من خلال قضائها بـ: "إذا أمكن إعلان الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطبقها عليه، إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بتطبيقه بائنة".

³ تنص المادة 191 من قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين على أنه: "يقع الطلاق للغيبة أو الفقد أو الحبس بائناً".

⁴ تنص المادة 113 من قانون الأسرة لمملكة البحرين على ما يلي: "وفقا للفقهاء السني يكون أحكام التّطليق طبقا لأحكام المواد (97) و(98) و(103) و(104) و(107) و(108) و(109) من هذا القانون تطليقا بائنا. ووفقا للفقهاء الجعفري يكون التّطليق طبقا لحكم الفقرة (2) من المادة (88) طلاقاً بائناً".

⁵ أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية (الزواج- الطلاق- التفريق بين الزوجين)، المرجع السابق، ص.476، 477.

التي جاءت بما يأتي: "الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وللزوج أن يراجع مطلقته أثناء العدة بالقول أو الفعل ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط؛ فإنّ المشرع السوري اختار أن يكون التفريق للغياب طلاق رجعياً، ومنه إذا رجع الغائب أو أطلق سراح السجين، فالزوجة زوجته ما دامت في العدة، وبالتالي حقّ له مراجعتها لأنّ هذا الطلاق لا يزيل الزوجية.

وهذا ما أيده المشرع الليبي بصريح نص المادة 41/ج من قانون الأحوال الشخصية التي تنص: "إذا انتهى الأجل ولم يبد الزوج عذراً مقبولاً فرقت المحكمة بينهما بدون إعدار وضرب أجل ويعتبر هذا التفريق طلاقاً رجعياً"، وأيضاً نص المادة 30 منه التي قضت بالآتي: "كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وطلاق القاضي في غير الإيلاء والهجر والظهار والإعسار بالنفقة والغيبة وما نص في هذا القانون على أنه بائن"¹.

ب- التطليق للغياب فسخ

انتهج التشريع الأردني على خلاف التشريعات السابقة نهج المذهب الحنبلي في اعتبار التطليق لغياب الزوج فسخاً، وذلك بموجب المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص: "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الزوج الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعدر إليه بأن يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه، أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بعد تحليفهما اليمين"، وأيضاً المادة 121 التي جاء فيها: "إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه و كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بلا إعدار وضرب أجل في حال عجزهما عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى".

مما يؤكّد بأنّ هذه المواد صيغت بناء على الفقه الحنبلي هو ورود عبارة " بفسخ عقد زواجهما"، وهذا لا يدلّ إلا على اعتبار الفرقة فسخاً، ويعتبر من قبيل الفسخ إذن الخلل الذي يمنع بقاء النكاح واستمراره، حيث يؤدي إلى نقض عقد الزواج لسبب طراً عند العقد أو بعد انعقاده².

¹ - قانون رقم (10) لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم، وزارة العدل، دولة ليبيا، معدل ومتمم، متوفر على الموقع: <https://aladel.gov.ly/home/?p=1246>

² - محمد سمارة، المرجع السابق، ص. 269.

الفرع الثاني

الطعن في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية

يقوم النظام القضائي الجزائري على عدّة مبادئ أساسية نظمها ق.إ.م.إ في مجموعة من المواد تحت عنوان الأحكام التمهيدية، ومن بين المبادئ التي تناولها بالنص نجد مبدأ التقاضي على درجتين في المادة 6 والتي جاءت تنص: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

يجوز للمحكوم عليه وفق هذه الأخيرة، أن يعرض دعواه مرّة ثانية أمام جهة قضائية أعلى من التي أصدرته أول مرّة، وذلك بأن يعرض النزاع على المحكمة الابتدائية كدرجة أولى ويطعن بالاستئناف أمام الدرجة الثانية المُمثلة في المجلس القضائي وذلك لتأييده أو إلغائه أو اتخاذ أي إجراء تراه في صالح المتقاضين¹؛ إلاّ أنّه وفي حالة نص القانون على خلاف ذلك كما هو الحال بالنسبة للدعاوى التي تُقام لحل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو التّطليق أو الخلع، فهذه الأخيرة لا تقبل الاستئناف حسب نص المادة 57 من ق.أ.إ في جوانبها المادية كالتفقة والتعويض، كما وشملت المادة أيضا الطعن بالاستئناف في الأحكام المتعلقة بالحضانة، حيث جاءت تقضي بما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتّطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

فضلا عما سبق؛ تعتبر الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف كأصل عام بمقتضى المادة 333 من ق.إ.م.إ. ج التي تنص على ما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في جميع المواد قابلة للاستئناف عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، والذي يبدو واضحا من هذه الأخيرة أنّ الطعن بالاستئناف يكون مُتاحا ومفتوحا للأحكام الصادرة في جميع المواد بما فيها مواد الطلاق والتّطليق المتعلقة بشؤون الأسرة، إلاّ أنّه وبعد إمعان النظر في ما أوردته المادة وخاصة عبارة "ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، توصلنا إلى أنّ الاستئناف لا يكون إلاّ فيما نص القانون على إجازته، أمّا الحالات التي يمنع فيها القانون الاستئناف كأحكام

¹ - حسين فريجة، المرجع السابق، ص.8.

المادة 57 السالفة الذكر، فإنها قد استتنتت الأحكام النهائية الصادرة في أول درجة بموجب نص صريح في القانون من مجال الاستئناف ونجد منها تلك التي تفصل في موضوع الطلاق¹. وعلى صعيد آخر وبالعودة إلى أحكام ق. أ. ج وتحديدًا المادة 57 محل نظر، نجدها كما سبق البيان تذهب إلى عدم قابلية أحكام الطلاق والتطليق للاستئناف، ولم تنص على الطعن بالنقض أو المعارضة وغيرها من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية، وهل هذا يعني أن أحكام التطليق لا تقبل الطعن بها؟

من أجل الإجابة على هذا التساؤل سنحاول تسليط الضوء على جميع هذه الطرق كما يلي:

أولاً: الطعن بالمعارضة

الطعن بالمعارضة هو طريق طعن عادي في الأحكام أو القرارات الغيابية²، إذ تسمح للشخص المتغيب بمراجعة الحكم أو القرار الذي صدر في غيبته أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته باستثناء قرارات المحكمة العليا بحيث لا تقبل المعارضة بموجب أحكام المادة 379 من ق. إ. م. إ. ج، وتفصل الجهة المصدرة للحكم أو القرار الغيابي في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، على أن يراعي المتغيب لقبول طعنه الميعاد القانوني المحدد بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم والقرار الغيابي³.

وتهدف المعارضة إلى تمكين الخصم الغائب من تقديم دُفوع وطلبات لم يتقدم بها أثناء غيابه⁴، ويعتبر الحكم الصادر في هذه الحالة حكماً حضورياً في مواجهة جميع الخصوم وغير قابل للمعارضة⁵.

ثانياً: الطعن بالنقض

توصلنا في الشرح السابق إلى أنّ الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية يصدر ابتدائياً نهائياً لا يقبل إلاّ الطعن بالنقض وفقاً للمادة 333 من ق. إ. م. إ. ج التي تنص: "تكون قابلة للطعن

¹ - عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص. 250.

² - المرجع نفسه، ص. 246.

³ - راجع المواد 327، 328، 329 و330 من ق. إ. م. إ. ج.

⁴ - حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 134.

⁵ - راجع المادة 331 من ق. إ. م. إ. ج.

بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية"، وتأسيسا على عدم وجود نص في قانون الإجراءات المدنية أو قانون الأسرة يفيد عدم جواز الطعن بالنقض في حكم الطلاق والتطليق، فهذا يدل حسب اعتقادنا على أنّ هذه الأخيرة تخضع لطريق الطعن بالنقض؛ طالما أن القاعدة العامة تقضي بأن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يوجد نص مقيد كما فعلت المادة 57 من ق. أ، وينبغي أن يرفع هذا الطعن في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم تبليغه شخصيا، وفي أجل ثلاثة أشهر إذا تم تبليغه رسميا في موطنه الحقيقي أو المختار¹.

يترتب على الطعن بالنقض في الحكم الصادر بإنهاء الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع وقف تنفيذ الحكم، ومن ثم يمنع على الزوجة أن تعيد الزواج قبل الفصل في الطعن بالنقض، وإذا لجأت الزوجة رغم ذلك إلى الزواج بعد صدور الحكم بالتطليق؛ فإنّ زواجها يكون مرهونا بنتيجة الطعن بالنقض، وبالتالي إذا انتهى الطعن بالنقض إلى الرفض فإنّ حكم التطليق لا محال يتأكد وبصفة نهائية من تاريخ صدوره، وترتبا على ذلك يكون عقد زواج الزوجة الثاني صحيحا؛ أمّا إذا انتهى الطعن بالنقض إلى القبول؛ يُعاد الزوجين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم، ومنه يكون عقد الزواج المبرم بعد صدور الحكم بالتطليق عقدا باطلا²؛ وتستحق الزوجة النفقة بموجب عقد الزواج الباقي طالما أنّ الزوجية لا تزال قائمة قانونا حتى ولو دامت مدّة الطعن لسنوات³.

الجدير بالملاحظة أنّ الإشكال الحقيقي الذي يثيره قبول الطعن بالنقض لا يترتب فقط على إعادة الزواج، وإنّما يترتب أيضا على العدة كأحد الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية إذا انقضت وأجل الطعن لا يزال جاريا، ومن هنا يمكن القول بأنّ أجل العدة مقرون بميعاد الطعن

¹ - راجع المادتين 354 و355 من ق. إ. م. إ. ج.

² - عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2001/2000، ص. 143، 144.

³ - خليل عمرو، "الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق سعيد دحلب-البلدية، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص. 210.

فتمت انقضى هذا الأخير انقضت العدة والعكس غير صحيح، بمعنى إذا بقي ميعاد الطعن بالنقض جاريا؛ فإنَّ أجل العدة يعتبر لاغيا وكأنه لم ينقض بعد¹.

نفس الأمر ينطبق على وفاة أحد الزوجين بعد الحكم بالطلاق أو التّطليق أو الخلع وأجل الطعن لا يزال ساريا، فالمركز القانوني الناشئ عن حكم التّطليق لا يتحقق إلا بانقضاء أجل الطعن بالنقض وأجل العدة²، وفي جميع الأحوال يمنع الطعن مرّة ثانية في قرار أصدرت فيه المحكمة العليا قرارا بالنقض، ويصبح الطعن الثاني بدون موضوع إذا فصلت المحكمة العليا في الطعن الأول³.

ثالثا: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر

يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع⁴، ويبقى ميعاده قائما لمدة خمس عشرة (15) سنة تسري ابتداء من تاريخ صدوره، بينما يحدد هذا الأجل بشهرين في حالة التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير يسري ابتداء من تاريخ هذا التبليغ⁵.

الجدير بالتنويه؛ أنّ اعتراض الغير في الحكم أو القرار كما أسلفنا الذكر لا يعتبر طعنا في الحكم، وإنّما يعتبر تدخلا من الغير لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم، وبهذا يبقى الحكم الصادر في الاعتراض قابلا للطعن، أما أثره فيقتصر على الشخص المعترض⁶.

من الطرق غير العادية للطعن والتي نصّ عليها القانون نجد التماس إعادة النظر، حيث نظّمها المشرع في المواد 390 إلى 397 من ق. إ. م. إ، وحسب هذه المواد يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الفاصل في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي فيه، ويفصل فيها من جديد من حيث الوقائع والقانون بعد رفعه من قبل من كان طرفا في

¹ - عمر زودة، المرجع السابق، ص. 144.

² - المرجع نفسه، ص. 145.

³ - المحكمة العليا، غ. م، الطعن بالنقض، ملف رقم 1199818، المؤرخ في 2017/07/13، الطاعن (ح س) المطعون

ضده (ح ع ن)، متوفر على الموقع: <http://www.coursupreme.dz/>

⁴ - راجع المادة 380 من ق. إ. م. إ. ج.

⁵ - راجع المادة 384 من نفس القانون.

⁶ - حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 153.

الحكم أو القرار أو الأمر أو تم استدعاؤه قانوناً في ميعاد محدد بشهرين يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة وفقاً للمادة 393 من نفس القانون.

الجدير بالذكر؛ أنّ المادة 396 من ق.إ.م.إ تحظر تقديم التماس إعادة النظر من جديد في الحكم أو القرار الفاصل في الالتماس، كما ويمنع أيضاً الجمع بين الطعن بالنقض والطعن بالتماس إعادة النظر بالتزامن ضد نفس القرار¹.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الحكم بالتطليق للغياب

حرص الإسلام على نقيض غيره من الأديان على المحافظة على الأسرة، حيث اعتنى بالزواج في مرحلة وجوده بجعله رابطاً مقدساً ينبغي احترامه لضمان استقرار ونجاح العلاقات الزوجية، كما وحرص على الاعتناء به وصيانته في حالة فشله وأثر ذلك في تصدع الأسرة سواء عن طريق التّطليق أو الوفاة.

إنّ الآثار القانونية التي تتمخّض عن التّطليق هي نفسها التي تترتب عن غيره من طرق فك الرابطة الزوجية، تناولها قانون الأسرة الجزائري في المواد من 58 إلى 80 ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون بـ "انحلال الزواج".

بناء على هذه المواد، نقسم المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول في (المطلب الأول) الآثار غير المالية للتّطليق، لننتقل في (المطلب الثاني) إلى دراسة آثاره المالية.

¹ - المحكمة العليا، غ.م، الطعن بالنقض، ملف رقم 1180046، قرار بتاريخ 2019/07/11، الطاعن (ل ج) المطعون ضده (ب م) ومن معه، نفس الموقع السابق.

المطلب الأول

الآثار غير المالية للتطليق

رتب المشرع الجزائري بموجب المواد السابقة، أحكاماً جعلها من حق الزوجة وأحكاماً أخرى جعلها حقاً للأبناء، ومن خلال هذا المطلب سيتم التعرف على الحقوق غير المالية التي تترتب على التطليق بالنسبة للمطلقة في (الفرع الأول)، ليتم معالجة ما يترتب على التطليق من حقوق غير مالية للأبناء في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ما يترتب على التطليق من حقوق للمطلقة

التطليق حسب المادة 48 من ق. أ. ج هو حل لعقد الزواج، وبالتالي متى أصدر القاضي حكماً بالتطليق بين الزوجين، اعتدت الزوجة بموجبه عدّة الطلاق (أولاً) وأسند لها حق ممارسة الحضانة إذا توفرت شروطها (ثانياً) وكذلك حق ممارسة الولاية الشاملة على الأولاد المحضونين (ثالثاً)، أضف إلى منحها الحق في زيارتهم إذا كانت غير حاضنة (رابعاً).

أولاً: العدة الشرعية والرجعة

عدة المرأة في اللغة هي أيام أقرائها¹، أما اصطلاحاً فهي اسم يطلق على مدة تترتبها المرأة لمعرفة براءة رحمها²، فالعدة إذن تجب بوقوع الفرقة بين الزوجين سواء كان ذلك عن طريق التطليق أو الخلع أو الوفاة.

لما كانت العدة تجب على المطلقة كما تجب على من توفي زوجها، فإن تركيزنا في هذا الجزء سينصب على أحكام ومقتضيات عدة الطلاق أو التطليق (1) وكيفية الرجعة خاصة في الطلاق البائن (2).

¹ أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، المجلد 3، ص. 284.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 411. أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بـ(الحطاب الرعيني)، المرجع السابق، ص. 470. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرفاعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج. 9، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص. 423. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبي بكر المرغيناني، المرجع السابق، ج. 4، ص. 275.

1- أحكام ومقتضيات عدّة الطلاق أو التطليق

يَلْمَسُ الْمُتَأَمِّلُ لِأحكام الشريعة الإسلامية العناية التي تُؤَلِّفُهَا هذه الأخيرة للمحافظة على مصالح الأسرة، وما فَرَضَ العِدَّةَ على الزوجة بسبب حصول الفرقة بينها وبين زوجها إلاّ مظهرًا من مظاهر هذه العناية، وذلك صيانة للأنساب وحمايتها من الاختلاط لكونها فرصة لتتأكد الزوجة من براءة رحمها من جهة¹، والتذكير بقداسة النكاح ومساوئ فسخه من جهة أخرى؛ لأنّ العِدَّةَ تعطي للزوجين متسعًا من الوقت للتفكير في الرجعة بعد أن يذهب الغضب وتهدأ النفوس².

لقد دلّ على وجوب العِدَّةِ في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾³، ومنه أيضا قوله تعالى: ﴿وَاللّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁴، أما من السنّة فنجد قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس «اعتدي في بيت ابن أم مكتوم»⁵.

إنّه على ضوء هذه الآيات، نستشف أن العِدَّةَ تختلف باختلاف وضعية المطلقة فترة وقوع الفرقة، فإذا كانت الفرقة واقعة قبل الدخول فلا تجب العِدَّة⁶، أمّا إذا حصلت الفرقة بعد الدخول فالعِدَّةُ واجبة بالإجماع⁷، وقد نص قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر في المادة 58 على

¹ - مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية مع مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، شركة الأمل للطباعة والنشر، مصر، د. س. ن، ص. 237.

² - مبروك المصري، المرجع السابق، ص. 390، 391.

³ - سورة البقرة، الآية 228.

⁴ - سورة الطلاق، الآية 4.

⁵ - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي، السنن الصغير، السفر 3، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، 1989، كتاب الإيلاء، باب مقام المطلقة في بيتها، الحديث رقم: (2804)، ص. 160.

⁶ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 215. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 104. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ج. 3، ص. 504. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج. 2، ص. 468.

⁷ - أبو عبد الله محمد الخرخشي، علي العدوي، المرجع السابق، ص. 136. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج. 2، ص. 468. محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي التمرتاشي، المرجع السابق، ص. 245. محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 215.

المطلقات الواجب عليهن الاعتداد وبداية احتسابها، وذكر المدخول بها غير الحامل والمدخول بها اليائس من الحيض ولم يذكر المطلقة غير المدخول بها وذلك كما يلي: "تعدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، وفي هذا تبني لما أجمع عليه الفقهاء بأنّ العدة تستوجب للمرأة المطلقة المدخول بها¹.

المطلقة المدخول بها أنواع، فقد تكون من نوات الحيض أو من غير نوات الحيض، فعدة من تصنّف بأنّها من نوات الحيض تختلف بين من هي حامل أو حائل، فإذا كانت حامل فعدها بوضع الحمل أمّا المدخول بها الحائل فعدها ثلاثة قروء²، غير أنّه بالرجوع إلى أقوال فقهاء المذاهب في النص على تعريف القرء نجدهم قد اختلفوا فيما بينهم بين من يعرفه بالحيض ومن يعرفه بالطهر، عكس المشرع الجزائري الذي لم يفصل في مسألة تعريفه³.

المفترض من سكوت المشرع عن تحديد المقصود بالقرء في مواده؛ هو الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية رغم اختلاف آرائهم، وهذا الأمر من شأنه أن يخلق تضارب في الأحكام القضائية ويفتح باب النزاعات، ذلك أن الزوج قد ينوي مراجعة مطلقته في الحيضة الثالثة أخذاً بأنّ القرء هو الحيض، وقد ترفض هي الرجعة بحجة أنّ القرء هو الطهر، والشيء الأكيد أن كلاهما يدعي حقاً يوافق الشرع، لذا ومن أجل حسم الخلاف الدائر بهذه المسألة ينبغي على المشرع رفع هذا الإشكال من خلال النص على ما يقصده بالقرء وهو طهر أم حيض⁴.

فضلا عما سبق؛ تعدّ المطلقة من غير نوات الحيض كالصغيرة واليائسة مدة ثلاثة أشهر⁵، مما يعني أنّ الزوجة التي صدر حكم بطلاقها وهي يائسة من الحيض أو في سن لا

¹ - باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2002، ص.108.

² - أبو عبد الله محمد الخرشني، علي العدوي، المرجع السابق، ص.143. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، المرجع السابق، ج.2، ص.77. محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص.214.

³ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص.114.

⁴ - مبروك المصري، المرجع السابق، ص.422.

⁵ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص.214. منصور بن يونس بن إدريس الدهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.418. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، المرجع السابق، ج.2، ص.76.

تحريض فيه؛ فإنَّ عدَّتْها من الطلاق تكون ثلاثة أشهر كاملة، يمنع عليها خلالها أن تتزوج مرّة ثانية وإلاَّ عرّضت زوجها للبطلان¹.

من جملة ما اعترض عدّة الطلاق من اختلاف تتحدد حسب حالة المطلقة، فإنَّ حساب مدّة هذه العدّة مُختلف فيها أيضا؛ فإذا كان الزواج صحيحا فإنَّ حساب العدّة يبدأ من وقت الافتراق سواء كان الافتراق بسبب الطلاق أو الفسخ، أما إذا كان الزواج فاسدا اعتبر مبدأ العدّة هو وقت اتفاقهما على المتاركة أو وقت قضاء القاضي بالتفريق².

يبدو أنّ الفقهاء أجمعوا على ابتداء العدّة من تاريخ وقوع الطلاق عكس القانون الجزائري كما رأينا في المادة 58 من ق. أ، حيث قضى بأنَّ العدّة يبدأ احتسابها من تاريخ التصريح بالطلاق، والطلاق كما نصّت عليه المادة 49 لا يثبت إلاَّ بحكم قضائي³، وبالتالي فإنَّ احتساب العدّة عند المشرع الجزائري يبدأ من تاريخ صدور حكم الطلاق من المحكمة، ويقع على المطلقة بمجرد صدوره أن تُلزم بيت زوجها خلال مدّة العدّة عملا بأحكام المادة 61 من نفس القانون التي تنص: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبيّنة..."، ومصداقا لقوله تعالى: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...﴾⁴، ويُمنع على الرجل الأجنبي نكاحها لقوله تعالى في الآية 235 من سورة البقرة: ﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ﴾⁵، كما ويحرم أيضا خطبة المعتدّة من طلاق رجعي لأنّها في حكم الزوجة، أمّا معتدّة الوفاة فيصحّ التقدم لخطبتها⁶.

على كل حال، فإنَّ القانون لم ينص صراحة على العقوبة المقررة للزوجة المتزوجة في فترة العدّة، أو بالأحرى الزوجة التي يدخل بها زوج ثاني وهي لا زالت في عدّة الزوج الأول، ومع ذلك

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص.136.

² مريم أحمد الداغستاني، المرجع السابق، ص.267.

³ نورة منصور، المرجع السابق، ص.82.

⁴ نفس المرجع والصفحة.

⁵ مريم أحمد الداغستاني، المرجع السابق، ص.269.

⁶ هشام ذبيح، المرجع السابق، ص.331.

فإنّ هذا الفعل يشكّل جريمة زنا يعاقب عليها قانون العقوبات بموجب الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 339، حيث يمكن للزوج متابعتها قضائياً بشكوى تودع لدى وكيل الجمهورية، مع الإشارة إلى أنّ ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 441 من قانون العقوبات؛ هي تلك العقوبة التي تطبق على ضابط الحالة المدنية الذي يبرم عقد زواج امرأة متزوجة لم تنته عدّتها¹.

2- ضابط الرجعة في الطلاق البائن

لقد رأينا في طبيعة الحكم الصادر بالتطليق أنّه يعد طلاقاً بائناً؛ لأنّ القاضي أوقعه بطلب من الزوجة لرفع الضرر، ثم بيّنا أنّ التطليق لغيبه الزوج هو طلاق بائن في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية وأيضاً عند بعض الفقهاء، ومن هذا المنطلق فإن للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة من خلال طلب المعارضة في حكم الطلاق، لأنّه إذا انقضت العدة فقد ملكت المرأة أمر نفسها فليس للزوج أن يردها إليه إلاّ بعقد ومهر جديدين²، بينما يرتبط شرط الرجعة في القانون الجزائري ببقاء مدة الصلح، فإذا حكم القاضي بالطلاق فيسقط حق المراجعة ولو كان الطلاق رجعياً ولم تنته العدة³.

أما بالنسبة لموقف التشريعات الأخرى والمناقضة للقانون الجزائري كالقانون السوري والليبي فمفاده أنّ الحكم الصادر في التطليق للغيبه هو طلاق رجعي، ولا مخاليف في أنّ الفرقة التي هي طلاق رجعي لا تنحل بها الرابطة الزوجية إلاّ بانتهاء العدة⁴، وتبقى الالتزامات المترتبة عن الزواج قائمة ويملك الزوج حق الرجعة بلا مهر ولا عقد جديدين.

ثانياً: الاحتفاظ بالحضانة امتياز قانوني للأم المطلقة

تعد الحضانة حق من أهم الحقوق التي أقرّها الإسلام للطفل، تناولها قانون الأسرة الجزائري كأثر من آثار الطلاق في المواد من 62 إلى 72، باعتبار أن الطفل هو أحد الأشخاص الذين تتضرر مصالحهم بعد الطلاق، وذلك بالنص على أنّها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على

¹ - هشام ذبيح، المرجع السابق، ص.340.

² - علي حسب الله، المرجع السابق، ص.184.

³ - مبروك المصري، المرجع السابق، ص.445.

⁴ - المرجع نفسه، ص.184.

دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقاً، مع اشتراط أن يكون القائم بها أهلاً لممارستها¹، وبهذا قال الفقهاء² والتشريعات العربية³.

في ضوء ما سبق، يتضح أن مدار الحضانة هو مصلحة المحضون⁴، ولا بد لتحقيقها أن يتوفر أمران، الأول أن يكون الحاضن ممن هم أولى بحضانة الولد ابتداءً بوالدته (1)، والثاني ألا تختل في الحاضن أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 المذكورة آنفاً (2).

1- أولوية الأم بحضانة ولدها

يقتضي مبدأ مصلحة المحضون، إسناد مهمة الحضانة لمن تربطه صلة القرابة بالمحضون سواء أحد والديه أو من يقربهما من أصول أو فروع، وبما أن المحضون كائن صغير السن وضعيف البنية غير قادر على إدارة شؤونه بنفسه، فإنّ الشرع والقانون أولى مصلحة هذا الأخير اهتماماً كبيراً، فأناط هذا الأمر لوالدته أولاً بلا خلاف، بحكم أنها تسعى لا محالة إلى رعاية ولدها والسهر على تربيته وتحقيق ما هو أفضل له إلى أن يبلغ أشده.

من الثوابت الشرعية الدالة على تقديم حقّ الأم في حضانة أولادها، نجد من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁵، فهذه الآية تدل من جهة على أحقية الأم في حضانة ولدها عند صغره، ومن جهة أخرى على أن مصلحة الطفل تكون في إسناده إلى والدته لأنّه في حاجة إليها، أمّا من السنّة فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو: أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له

¹ - أنظر؛ المادة 62 من ق. أ.ج.

² - محمد أمين عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، المرجع السابق، ج.3، ص.155. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.5، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.191. علاء الدين أبي الحسن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ج.9، ص.416. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدريد، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.526.

³ - المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية، الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁴ - KOUIDRI MOSTEFA, « L'évolution De La Jurisprudence En Matière De Hadana », RASJEP, université Benyoucef Benkhedda- Alger, vol. 40, N°1, 2003, P.37.

⁵ - سورة البقرة، الآية 233.

حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تتكحي»¹.

تعتبر قاعدة مصلحة المحضون بناء على ما سبق قاعدة قديمة، عمل بها الناس في زمن الرسول عليه الصلاة والسلام وأتباعه الصحابة رضوان الله عليهم، فهي أهم قاعدة كذلك عند أهل الفقه والقانون والقضاء، فقد أجمعت كل المذاهب الفقهية على أن الأم هي الأولى في حضانة ولدها دون غيرها؛ لأنها أشفق الناس على طفلها وأحرصهم عليه وأكثرهم صبرا على تربيته والاعتناء به².

بالرجوع إلى التشريعات العربية نجدها قد اتفقت هي الأخرى في أولوية الأم بحضانة ولدها³، إلا أنها لم تُجمع على رأي واحد في ترتيب باقي الحاضنين وهو الحال بالنسبة للمذاهب الفقهية⁴، حيث اتفق التشريع المغربي والسوري على أحقية الأب في حضانة ولده بعد الأم التي تحتل المرتبة الأولى في مستحقي الحضانة⁵، وبهذا أخذ المشرع الجزائري في المادة 64 من ق.أ. التي تنص: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب..."، عندما أسند الحضانة للأم أولاً كون مصلحة المحضون تقتضي ذلك، وجعل الأب في المرتبة الثانية متقدماً على غيره من مستحقي الحضانة، ويكون بذلك قد خالف مذهب الفقه في تقديم حضانة النساء عن الرجال⁶، عكس التشريع الأردني

¹ أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، (حديث رقم 2276)، المرجع السابق، ج.3، ص.288.

² محمد بجاق، "مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية"، مجلة البحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة الواد، المجلد 11، العدد 1، 2014، ص. 192.

³ المادة 117 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 170 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 1/57 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق، 1/139 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السّوادي، جده، 2000، ص.395. محمد سكال الحجاجي، المرجع السابق، ص.147، 148. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.4، ص.496. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.41. عبد الملك بن عبد الله بن يونس الجويني، المرجع السابق، ص.542.

⁵ المادة 117 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

⁶ محمد بجاق، المرجع السابق، ص.195.

الذي منح الأب المرتبة الرابعة في استحقاق الحضانة، متقدمة عليه كل من الأم ثم أمها ثم أم الأب¹.

إن تقديم الأم في المستحقين للحضانة كما يظهر من المادة 64 كان مراعاة لمصلحة المحضون، ذلك أن الحضانة وإن كانت حقًا لجميع المذكورين في المادة حسب الترتيب، فإن هذا الترتيب ليس لزاما على المحكمة بحيث يمكن أن تقدّم شخصا عن آخر حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون²، وبالتالي يمكن أن يمنح حق الحضانة إلى الخالة إذا طلبتها، إذا كان من شأن إناطة مهمة الحضانة لها ضمان لمصلحة المحضون صحيا وأخلاقيا وتربويا³، ذلك لأنّ الحضانة دائما ما يكون إسنادها مؤقتا وقابل للتعديل حسب مصالح الطفل المحضون⁴، كما يظهره القرار القاضي بأنّه: " يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون"⁵، ويتوافق كذلك مع ما ذهبت إليه أحد اجتهادات المحكمة العليا عندما جعلت الأب وليا شرعيا بعد وفاة الحاضنة، واعتبرت كفالة الأب لغير الجدة لأم بمقتضى هذه الإناطة قرارا صحيحا، لأنّه الأجدر بمراعاة مصلحة ولده، ويبقى للجدة لأم الحق في المطالبة بالزيارة على أساس صلة الرحم⁶، أضف إلى ذلك قد تدعو مصلحة المحضون إلى إشراك الأم الحاضنة لمن تثق فيهم من الأقارب، إذا كانت الظروف غير مواتية لأن تلازمه بصفة دائمة لمباشرة أموره⁷، كما هو الحال لو اقتضت طبيعة عملها السفر إلى الخارج طالما أن مصلحة الولد لا تتضرر من السفر.

¹ راجع؛ المادة 170 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

² كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 31، العدد 2، 2017، ص.356.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.140.

⁴ - ALI BECHEUR, « La Notion De Garde Dans Le Droit Tunisien De La Famille », RASJEP, université Benyoucef Benkhedda- Alger, Vol. 5, N°4, 1968, P.1159.

⁵ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 564787 قرار بتاريخ 2010/07/15، قضية (ب ب) ضد (ر ز ز)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010، ص.262.

⁶ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1329085 قرار بتاريخ 2019/12/14، قضية (ق ج) ضد (م ح) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2019، ص.90.

⁷ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1265504 قرار بتاريخ 2018/06/06، قضية (ل ا) ضد (ا ف) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2018، ص.85.

فضلا عما سبق، تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية¹، عكس غيرها من النساء ممن لهم الحق في الحضانة كالجدة أو الخالة، ومنه يكون تمديد حضانة الذكر للجدة بعد زواج ابنتها خطأ في تطبيق القانون².

إذا كان المشرع قد خوّل للقاضي سلطة تقديرية في إسناد الحضانة وتمديدتها مراعاة لمصلحة المحضون، فيمكنه بموجب هذه السلطة أن يخير المحضون في والديه، غير أنّ هذا الأمر لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة الجزائري رغم أن السنة النبوية قد نصت على مشروعيتها، ومن ذلك ما قد روي عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم: «خير غلاما بين أبيه وأمه»³، وما دامت مصلحة الطفل المحضون هي الفضلى عند المشرع الجزائري، فإنّ سلطة القاضي التقديرية قد تلمس حق هذا الأخير في اختيار من يحضنه من والديه متى كان ذلك في مصلحته.

على عكس المشرع الجزائري أخذ المشرع المغربي بعين الاعتبار إرادة الطفل عند بلوغه سن الخامسة عشر في اختيار من يحضنه من أبيه أو أمه بعد انتهاء العلاقة الزوجية⁴، وفي حالة عدم وجودهما يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171، علما أن السن المقررة لانتهاء الحضانة محددة حسب مدونة الأسرة ببلوغ المحضون سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على السواء وهو ما يخالف القانون الجزائري⁵، وعلى هذا الأمر نص كذلك التشريع الأردني والعراقي⁶.

¹ - أنظر؛ المادة 65 من ق. أ.ج.

² - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 0842551 قرار بتاريخ 2015/01/15، قضية (ب م) ضد (ج ا) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2015، ص. 231، 232.

³ - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، مرجع سابق، ج. 2، كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبيه، حديث رقم: (2351)، ص 787، 788.

⁴ - ASMAA MAZOUZ, la réception du code marocain de la famille : le mariage et ses effets de 2004 par le droit international privé français, thèse pour obtenir le grade docteur de l'université de Strasbourg, école doctorale droit science politique et histoire Ed 101, université Strasbourg-France, soutenue le 16 décembre 2014, p.189.

⁵ - أنظر المادة 166 من مدونة الأسرة المغربية.

⁶ - راجع؛ المادة 173 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، وكذلك المادة 5/57 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق.

2- حدود امتياز الحضانة الممنوحة للأم

إذا كانت حضانة الأولاد كأثر من آثار الطلاق تشكل امتياز ممنوح للأم، فإنّ هذا الامتياز نسبي لا يتقرر للحاضنة إذا ما اختلفت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 62 (أ)، حيث لخصها المشرع في أن يكون الحاضن أهلاً للقيام بالحضانة، تاركاً للقاضي سلطة الاجتهاد في التحقق من توفر هذا الشرط عملاً بما أورده الفقهاء في كتبهم.

لما كان القاضي يراعي مصالح الطفل عند إسناد الحضانة للأم كأول وأفضل شخص يؤتمن على أولادها؛ فإنّ هذا الامتياز يسقط إذا اختلف الغرض والهدف المرجو من الحضانة وهو رعاية المحضون وتربيته وحفظه صحة وخلقا(ب).

أ- شروط الحاضن في الفقه الإسلامي والتشريع

ذكر الفقهاء أنّ مستحق الحضانة يجب أن يتوافر على جملة من الشروط، أولها أن يكون الحاضن بالغاً وعاقلاً دون خلاف¹، وقال جانب منهم دون الباقي بشرط البلوغ المصاحب للرشد²، وهذا الأخير يعتبر أحد شروط قيام الحضانة عند المشرع التونسي في الفصل 58 الذي جاء ينص: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفاً..."³، ومنها فالشخص المكلف هو من بلغ سن الرشد⁴، والراشد حسب هذه المادة هو شخص بالغ تتحقق فيه صفة الحاضن.

¹ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.528. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498. أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.279. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.88.

² - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.529. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498. أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.279.

³ - أنظر الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁴ - أحمد مختار عمر، المرجع السابق، مجلد 3، ص.1951.

رغم أنّ التشريع التونسي لم ينص على العقل كشرط لاستحقاق الحضانة، إلا أن التشريع الأردني قد اشترطه بموجب أحكام الفقرة أ من المادة 171¹، كذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرة الثانية من المادة 57 التي تنص: "يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة...". أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لغير عبارة "يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك" وترك تفصيل الباقي للفقهاء، وبالرجوع إلى كتب الفقه يمكن القول أن أهلية الحاضن للقيام بالحضانة التي عرّفها المشرع بأنّها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، تُفترض أن يكون الشخص القائم بها بالغا راشدا وعاقلا، وليس طفلا صغيرا ولا مجنونا أو معتوه.

زيادة على ذلك؛ ذهب الحنفية² والشافعية³ والحنابلة⁴ دون المالكية⁵ إلى إدراج الحرية كشرط ثانٍ من شروط استحقاق الحاضن للحضانة، ويراد بالحرية أن تكون الحاضنة غير مُسْتَرَقَّة، وبذلك يعتبر قول المالكية هو الراجح عند أغلب التشريعات العربية، لأنّ موادهم القانونية خلت من هذا الشرط.

كما واختلف الفقهاء حول اشتراط الإسلام في الحاضن، فذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراطه مطلقا⁶، وبالمقابل لم يعتبره المالكية لازما إلا إذا خيف إفساد المحضون⁷، وكذلك ميز الحنفية في اشتراط الإسلام فيما إذا كانت الحاضنة كتابية أو مرتدة، فإذا كانت الحاضنة كتابية

¹ راجع المادة 171/أ من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

² أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النَّسْفِي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.279. شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.5، ص.213.

³ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.89. عبد الملك بن عبد الله بن يونس الجويني، المرجع السابق، ص.543.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص.396. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498.

⁵ محمد سكمال الحجاجي، المرجع السابق، ص.147.

⁶ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.87. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498.

⁷ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.529.

والمحضون مسلما فلا يقوم الإسلام شرطا لازما للحضانة، أما إذا كانت مرتدة فلا حضانة لها إلا أن تعود إلى دينها¹.

إن القضاء الجزائري لم يأت في الحضانة بالزامية اعتناق الحاضن للإسلام²، الأمر الذي يوثقه القرار القاضي بـ: "...من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه.."³، وبهذا يكون موافقا لقول المالكية الذي يعتبر إسلام الحاضن أو كفره شرط غير لازم في استحقاق الحضانة إلا إذا كان من شأن الكفر إفساد المحضون، وموافقا للفقهاء الحنفي الذي اعتبر ثبوت ردة الحاضنة عن الدين الإسلامي سببا لسقوط الحضانة، ومنه لا تعتبر الجنسية الأجنبية التي اكتسبتها الحاضنة سببا لسقوط الحضانة، طالما لم تثبت ردتها عن دين الإسلام⁴، وبالمقابل خلا التشريع الأردني والعراقي وكذلك السوري والتونسي من أي نص يقضي باشتراط الإسلام في الحاضنة⁵، ومع هذا اشترطت مجلة الأحوال التونسية في الحاضنة غير الأم إذا كانت مستحقة للحضانة أن تكون من نفس دين أب المحضون دون اشتراط الإسلام، علما أنّ حقها في حضانة ولدها وإن كانت من غير دين أب هذا الأخير تتحقق حسب الفصل 59 منها إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وعدم خشية أن يألف غير دين أبيه⁶.

¹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.5، ص.210. أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.280.

² - يكفي لإثبات اعتناق الدين الإسلامي الإشهاد الصادر عن وزارة الشؤون الدينية. المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 398948 صادر بتاريخ 2007/11/14، قضية (ل ق) ضد (ل ج)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2011، ص.237.

³ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 52221 صادر بتاريخ 1989/05/13، قضية (ب ج) ضد (ج أ)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1993، ص.48.

⁴ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 457038 صادر بتاريخ 2008/09/10، قضية (م ع) ضد (ب ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2008، ص.313.

⁵ - راجع المادة 171 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق، المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

⁶ - NAHAS MOHAMED MAHIEDDIN, «La Hadhana Dans Les Législations Des Pays Du Maghreb», LES CAHIERS DU LADREN, université Mohamed ben Ahmed oran2, Vol.1, N°1, 2008, P.44,45.

وعلى العموم، فالتشريع لم يأت بما يخالف الفقه¹ في مادة الحضانة، فقد راع مصلحة المحضون في الحياة مراعاة جيدة من خلال اشتراط البلوغ والعقل في الحاضن، أضف إلى ذلك منعها عن لا يتصف بالأمانة²، كما راع الفقه³ والتشريع⁴ مصلحة الحاضن من الناحية الصحية باشتراط سلامته من الأمراض المعدية، ومن الناحية التربوية قدرته على تربية المحضون وحفظه صحة وخلقا، وكذلك خلو الحاضنة من زوج أجنبي غير قريب محرم وشروط أخرى لا يسعنا ذكرها جميعا.

ب- مراعاة مصلحة المحضون بإسقاط الحضانة وعودتها

يبدو مما اطلعنا عليه من أقوال الفقهاء ومواد القانون، أنّ مجموعة من العقوبات تقف حجرة عثرة أمام تمتع الأم المطلقة بديمومة الحق في الحضانة، حيث إذا كان هذا الحق ينتهي كما ذكرنا بحكم الشرع والقانون ببلوغ المحضون السن المقررة لانتهاء الحضانة ما لم يشترط القانون تمديدها

¹ أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.279. محمد سكال الحجاجي، المرجع السابق، ص.147، 148. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.89. عبد الملك بن عبد الله بن يونس الجويني، المرجع السابق، ص.543.

² المادة 171/أ من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، والمادة 57 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق، الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

³ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.528، 529. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498، 499. أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.279، 280. محمد سكال الحجاجي، المرجع السابق، ص.147-149. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.90. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.41، 42. عبد الملك بن عبد الله بن يونس الجويني، المرجع السابق، ص.543.

⁴ الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 137 و138 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العربية السورية، المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق.

في صالح المحضون مثلما أخذت به المحكمة العليا في أحد قراراتها¹؛ فإنّ هذا الحق يسقط لعدّة أسباب تناولها قانون الأسرة الجزائري في المواد من 66 إلى 70 نجلها فيما يلي:

ب-1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم أو تنازلها عن حقّها في الحضانة

لقد سبق القول بأنّ الحضانة تسقط بزواج الحاضنة بغير قريب محرم، تناوله المشرع الجزائري في المادة 66 من ق. أ بنصه: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"، ومن هذا النص يتبين أن كل زوجة وقع طلاقها من زوجها بحكم قضائي، وأسندت لها حضانة الأولاد، فإنّ هذه الحضانة تسقط بمجرد زواجها من شخص ليس له علاقة قرابة بالمحضون² تأسيسا على القرار التالي: "يسقط حق الأم في الحضانة، بزواجها بغير قريب محرم"³.

فإذا كانت الحاضنة هي الأم وتزوجت من غير قريب محرم وكانت مصلحة المحضون تتعلق بتواجده مع أمه؛ فإنّ الحضانة مع ذلك لا تسقط لغلبة مصلحة المحضون مع أمه⁴، وكذلك إذا تزوجت هذه الأم بعم المحضون لأنه من أقاربه⁵، أمّا إذا كانت الجدّة هي الحاضنة بعدما انتقلت إليها الحضانة بسبب زواج ابنتها؛ فإنّ هذه الحضانة تشترط لكي تظل قائمة أن تكون الحاضنة _ أم الأم _ غير متزوجة ولا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي، وأن تكون قادرة على القيام بالمحضون⁶، ومنه تسقط وبقوة القانون حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، وهذا طبقا للمادة 70 من ق. أ. ج.

¹ - تضمنت أحد قراراتها المبدأ التالي: "تنقضي حضانة البنت، بقوة القانون، ببلوغها سن الزواج، دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها". المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 347914 صادر بتاريخ 2006/01/04، قضية (ج ع) ضد (ب م)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006، ص.449.

² - هشام ذبيح، المرجع السابق، ص.352.

³ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 331058 صادر بتاريخ 2005/05/18، قضية (ز ف) ضد (ق غ)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2005، ص.383.

⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.141.

⁵ - هشام ذبيح، المرجع السابق، ص.353.

⁶ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 50011 صادر بتاريخ 1988/06/20، قضية (س ر) ضد (ج ر)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1991، ص.57.

إلى جانب التشريع الجزائري، حافظ التشريع المغربي هو الآخر على ما هو معمول به شرعا، في أن الأم تفقد حضانة أولادها بزواجها بشخص أجنبي¹، إلا إذا انعكس زواجها بالإيجاب على مصلحة المحضون، وفي هذا الوضع يعفى الأب من تكاليف سكنى المحضون وأجرته دون النفقة؛ فتبقى واجبة².

كما أبقى التشريع العراقي في المادة 106 على حضانة الأم المطلقة رغم زواجها برجل آخر في حياة الأب إذا توفر على مؤهلات الحضانة، أما في حالة وفاة أب المحضون وزواج أمه من رجل آخر، فلا تبقى الأم محتفظة بهذه الحضانة إلا بعد أن تأخذ من الزوج الثاني تعهد بأحقيتها لها، بينما يسقط هذا الحق بالنسبة لغيرها من الحاضنات لو تزوجن طبقا لنص المادة 357.

بما أن مسألة سقوط حضانة الأم بالزواج من رجل أجنبي قد اتفق عليه عموم الفقهاء والتشريعات العربية باستثناء التشريع المغربي، الذي يقول استثناء ببقائها في حالات محددة على سبيل الحصر وكذلك التشريع العراقي، فإن التشريع الجزائري أيضا قد أخذ برأي العموم في المادة 66 من ق. أ، إلا أنه يعاب على هذه المادة عدم توضيحها لنطاق العمل بالاستثناء التالي "ما لم يضر بمصلحة المحضون"، وبما أن المحكمة العليا قد قضت بأن: "مصلحة المحضون، الواجب على القاضي مراعاتها، تنصب على التنازل عن الحضانة فقط"⁴؛ فهذا الاستثناء ينصب على التنازل وليس على زواج الحاضنة.

إذ يشترط في هذا التنازل أن يكون في صالح المحضون، فإذا تبين للقاضي أن مصلحة المحضون مع التنازل عن الحضانة؛ فإنّ هذا الحق يظل قائما مع التنازل⁵، وكذلك الأمر إذا لم

1- ASMAA MAZOUZ, OP.CIT, P.189.

²- راجع المواد 4/173 و174 و175 من مدونة الأسرة المغربية.

³- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص. 119، 120.

⁴- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 393936 صادر بتاريخ 2012/09/13، قضية (خ ع) ضد (ق ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2013، ص.253.

⁵- كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، المرجع السابق، ص.362.

يوجد حاضن آخر يقبل منها تنازلها ويكون له القدرة على حضانتها¹، مسايرة لقول بعض فقهاء المذهب الحنفي².

فمصلحة المحضون بناء على ما سبق، من أولويات القاضي عند التنازل نلمس تطبيقها صراحة في القرار التالي: " أن التنازل عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق.أ.³، يعد هذا القرار مرآة عاكسة للحماية التي يكرسها القضاء للطفل في مادة الحضانة، وفي هذا الإطار يتمتع القاضي بسلطة واسعة في قبول التنازل من عدمه، فإذا بدا له أن من شأن التنازل عن الحضانة الإضرار بمصلحة المحضون، بأن كانت مصلحته مع المُتنازل، أو لا يوجد شخص آخر يتولى الحضانة، أو يوجد لكن تتخلف فيه الشروط الشرعية والقانونية، فإنه يبرر رفضه ويجبر المتنازل أو غيره على الحضانة⁴.

ب-2- اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من تقنين الأسرة

تنظر التشريعات العربية والفقهاء إلى من يتولى حضانة الأولاد من الأبوين أو غيرهما حسب ترتيب الاستحقاق، نظرة قلق وخوف تُجاه مصلحة المحضون، وقد مرّ بنا تفصيل الشروط التي اقتضت توافرها في الحاضن ليكون صالحا لرعاية الأطفال، من بينها البلوغ والعقل والقدرة على رعاية وتربية المحضون، وبالتالي فإن افتقار الحاضن لأحد هذه الشروط في القانون الجزائري يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط حق الحضانة حسب نص المادة 67 فقرة 1 من ق.أ.⁵.

¹ المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 51894 صادر بتاريخ 19/12/1988، قضية (خ ع) ضد (ق ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، سنة 1990، ص.70.

² أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النَّسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.281.

³ المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 235456 صادر بتاريخ 22/02/2000، قضية (ب ز) ضد (ب ن)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2001، ص.280.

⁴ كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، المرجع السابق، ص.364.

⁵ تنص المادة 1/67 من ق.أ.ج على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".

لما كانت قدرة الحاضن على رعاية المحضون وتربيته شرطا مهّما لإسناد الحضانة في إطار ما يحفظ مصلحة المحضون؛ فإنّ هذا الأمر لا يتحقّق إلا إذا كان الحاضن سليما وغير عاجز عن ممارسة مهمّة الحضانة، وبالتالي يعتبر افتقار الأم للقدرة على الإبصار مانعا من حضانة الأولاد، لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم، ومن ثم يعتبر إسناد الحضانة لها وهي على هذا الحال خروجاً عن الصواب ومخالفة للقواعد الفقهية¹.

كما يشدّد القانون والقضاء الجزائري حرصه على مصلحة المحضون خصوصا في إقامته مع والدته العاملة وذلك بموجب الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 67 من ق. أ.²، حيث لم يعتبر عمل الحاضنة خارج مسكن الحضانة سببا من أسباب نزع الحضانة منها، ومع ذلك يمكن الحكم بإسقاط حضانة الأم العاملة استثناء، إذا كان عملها يحرم المحضون من حقّه في الرعاية والعناية ويشغلها عن حاجاته الصحيّة والتربوية، وكذلك حضانة الأم المسافرة سواء للعمل أو الدراسة إذا ترتّب على سفرها ضياع وإهمال الأطفال³.

ب-3- تقادم الحق في الحضانة بمرور مدة تزيد عن سنة دون طلبه

الحضانة حقّ كسائر الحقوق تخضع لمدّة زمنية⁴ حدّدها المشرع الجزائري⁵ وكذلك المحكمة العليا⁶ بسنة فأكثر، وبالتالي فإذا مضت هذه المدّة ولم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة

¹ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 33921 صادر بتاريخ 1984/07/09، قضية (ح ح) ضد (ح ر)، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1989، ص.76.

² - تنص المادة 2/67 و3 من ق.أ.ج: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

³ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 274207 صادر بتاريخ 2002/07/03، قضية (ع ل) ضد (ح ف)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004، ص.270.

⁴ - كريمة محروق، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، المرجع السابق، ص.367.

⁵ - تنص المادة 68 من ق. أ.ج على أنه: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

⁶ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 33636 صادر بتاريخ 1984/06/25، قضية (ت ط) ضد (خ م)، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989، ص.45.

هذا الحق بدون عذر سقط حقه فيها¹، لتنتقل مباشرة إلى الحاضن الذي يليه في الترتيب، وذلك لحماية الطفل وعدم تركه بلا حاضن².

ب-4- توطن الحاضن في بلد أجنبي

مكان الحضانة هو محل إقامة المحضون، حيث يقيم أبواه أو مقام أحدهما بعد الفرقة³، ويتولى القاضي إذا انتقل الحاضن بالمحضون إلى بلد آخر غير بلد إقامة أبويه عند قيام الزوجية أو عند الافتراق، إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه في ضوء مصلحة المحضون طبقاً للمادة 69 من ق. أ⁴ وقرار المحكمة العليا الذي مفاده: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة في خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد الأجنبي"⁵.

الملاحظ مما سبق، أن المشرع أراد من خلال النص على ضرورة ممارسة حضانة المحضون في بلد إقامة أهله، ألا ينقطع المحضون عن أهله⁶، أو أن يتعذر على أحد والديه ممارسة حق الرقابة والزيارة لبعد المسافة⁷، ولما كان كذلك فإن الحكم بمنع والد المحضون من السفر من الجزائر إلى بلد أجنبي، حيث يقيم والداه بصفة قانونية، يعتبر خطأ في تطبيق القانون⁸. فالسفر بالمحضون عند الفقهاء يعتبر من مسقطات الحضانة أيضاً، لكنهم اختلفوا في مفهوم السفر والمسافة التي يمكن اعتبار السفر فيها مسقطاً للحضانة⁹، فالحنفية أعطوا للأب دون غيرها من النساء حق الخروج بالولد من بلدة إلى أخرى يوجد بينهما تفاوت، وكان ذلك لا يمنع

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.142.

² هشام ذبيح، المرجع السابق، ص.353.

³ محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص.158.

⁴ تنص المادة 69 من ق. أ.ج على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

⁵ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 282033 صادر بتاريخ 2002/05/08، قضية (ب س) ضد (ب ك)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2004، ص.363.

⁶ باديس ديابي، المرجع السابق، ص.161.

⁷ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 273526 صادر بتاريخ 2001/12/26، قضية (س ف) ضد (س خ)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004، ص.264.

⁸ المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 408248 صادر بتاريخ 2007/11/14، قضية (ط ح) ضد (ز ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2011، ص.244.

⁹ محمد بجاق، المرجع السابق، ص.207.

الأب من أن يبصر ولده ثم يرجع في نهاره، أما أن تنتقل من القرية إلى مصر أو العكس، فيمنع عليها ذلك مطلقاً لضرار الولد بتخلقه بأخلاق أهل السواد، إلا أن يكون انتقالها إلى البلد الذي تم فيه عقد نكاحها ولم يكن دار حرب، كما يمنع على الأب إخراج ابنه من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها¹.

إن شرط ثبوت الحضانة للحاضن عند المالكية، هو أن لا يسافر سفر نقلة ستة برد فأكثر عن بلد ولي المحضون، أما إذا كان السفر للتجارة وكان لموضع مأمون فلا تسقط الحضانة²، في حين قال الحنابلة بأحقية الأب بالحضانة وعنه للأمام، متى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد وآمن ليسكنه، وإذا اختل شرط من ذلك فالمقيم منهما أحق³، بينما ميّز الشافعية بين أمرين: إذا كان السفر لحاجة كحج أو التجارة ثم يعود، فالمقيم أحق بالولد لما في السفر من إضرار به، أما إذا كان سفر نقلة وكان الطريق الذي يسافر إليه مخوفاً، فالمقيم منهما أحق بالولد، أما إذا كان آمناً فالأب أحق به⁴.

ومن منظور تشريعي، تناولت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 60 و61 مسألة السفر بالمحضون، وحسب هذه الأخيرة يفوت سفر الحاضنة لغرض الإقامة، حق الولي في القيام بواجب الرعاية والرؤية نحو طفله، كما يمنع على الأب أثناء قيام حضانة الأم أن يخرج بالولد من بلد أمه، إلا إذا سمحت بذلك أو أن مصلحة الطفل تقتضي ذلك⁵.

على ضوء أهمية عدم إبعاد الولد عن والده وأثر ذلك على صعوبة القيام بواجب الرقابة والرعاية في التشريعين الجزائري والتونسي، جاء التشريع المغربي في المادة 178 بحل لمشكلة

¹ - محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج.5، ص. 272-274. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام، كمال الدين محمود البارتلي، المرجع السابق، ص.220. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.5، ص.218.

² - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.531، 532.

³ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.500. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص.396.

⁴ - أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.98. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص.290.

⁵ - راجع الفصل 60 و61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

تغيير ولي أمر الطفل لمحل إقامته داخل المغرب خلال فترة ممارسة الحضانة، ومنح للأم حق الاحتفاظ بالحضانة ما لم يكن القاضي يعتقد أن هذه الخطوة تتعارض مع مصالح الطفل الفضلى إذا كانت المسافة تبعده عن ممثله القانوني¹.

كما ناقش في المادة 179 مسألة السفر بالمحضون خارج التراب المغربي، وفقا لهذه الأخيرة يتقرر للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي، وهذا يعني أن التشريع المغربي يمنع السفر أو الانتقال بالمحضون إلى مكان بعيد دون موافقة وليه، ويمكن للحاضن في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون، اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار أمر بذلك، ولا يستجاب لهذا الطلب، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر ومن عودة المحضون².

خلاصة القول؛ أنّ مسألة إسناد الحضانة أو إسقاطها تعتبر محكومة بما يحقق مصلحة الأولاد، وبهذا الاختيار يعمل الفقه والتشريع والقضاء، فقد ذكر جمهور الفقهاء³ فيما اطلعنا عليه من أقوالهم أن حق الحضانة يعود لصاحبه بعد زوال سبب السقوط، باستثناء المالكية⁴ الذين ربطوه بالسقوط غير الاختياري، وبناء على هذا القول تسقط حضانة المطلقة التي تزوجت من شخص أجنبي، ولا يعود إليها هذا الحق بعد طلاقها من الزوج الثاني، لأنّ سقوط حقها كان اختياريًا، وبهذا أخذ المشرع الجزائري في المادة 71 التي تنص: "يعود حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، والقرار الذي مفاده: "يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري. يعد سقوطًا اضطراريًا غير اختياري: المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب

¹-ASMAA MAZOUZ , OP.CIT, P.193.

²- راجع المادة 179 / 1 و 3 و 4 من مدونة الأسرة المغربية.

³- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.4، ص.42. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498، 499. عبد الملك بن عبد الله بن يونس الجويني، المرجع السابق، ص.543.

⁴- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.532.

مشروع"¹، ومع ذلك عاد القضاء وناقض نفسه وكذلك المادة 71 أعلاه، لما قضى في أحد قراراته بأن للطاعة الحق في المطالبة بعودة الحضانة إليها بعد زوال سبب سقوطها عند زواجها من غير قريب محرم².

ثالثا: الحق في ممارسة الولاية

تعتبر الولاية على نفس ومال القاصر من أهم المسائل التي تناولها قانون الأسرة الجزائري تحت مسمى "النيابة الشرعية"، وقد اعترف بموجبه المشرع للأمم بحق ممارسة الولاية الشاملة إذا أسندت لها حضانة الأولاد بعد الطلاق، فتصبح لها سلطة كاملة ومباشرة على الولد المحضون بما في ذلك المسؤولية عن أفعاله الضارة بالغير وفقا للمادة 134 من ق. م. ج على أساس مسؤولية متولي الرقابة، وذلك على غرار الولاية الممنوحة لها في الحالات الإستعجالية كحالة غياب الأب أو حصول مانع له، وكل هذا عملا بالمواد 88 إلى 91 من ق. أ. ج³.

رابعا: الحق في زيارة المحضون

بعد فك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع؛ فإنه في كثير من الأحيان يبذل كلا من الأبوين ما في وسعه لاستمالة أطفاله، حتى وإن دعت الضرورة إلى استعمال وسائل غير مشروعة في التأثير سلبا على عقولهم وأفكارهم⁴، لذا يجب على من يتولى مسؤولية تربية الطفل وتعليمه في إطار مفهوم الحضانة أن يلتزم حدود الاعتدال، بحيث لا يصل إلى حد الإضرار بالطفل عاطفيا.

¹ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1067582 صادر بتاريخ 2017/04/05، قضية (ز س) ضد (ك ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2017، ص.153.

² - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 252308 صادر بتاريخ 2000/11/21، قضية (ب ح) ضد (ب ل)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2001، ص.284.

³ - بلجراف سامية، "إسناد الولاية الأصلية على مال القاصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري "المقاصد والتحديات"، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة 20 أوت 1955 بسكيكدة، المجلد 3، العدد 1، 2018، ص.72.

⁴ - منصور المبروك، "الآثار المادية والمعنوية للحضانة في قوانين الأسرة المغربية (دراسة تحليلية مقارنة)"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق، المركز الجامعي صالح أحمد بنعام، المجلد 4، العدد 2، جوان 2018، ص.167.

من أجل هذا الغرض؛ ونظرا لكون الحضانة تمنح للأم في الغالب الأعم رعايةً لمصالح المحضون، قرّرت التشريعات العربية¹ وعلماء الفقه² للشخص الذي لم تسند إليه الحضانة حق زيارة المحضون، إلاّ أن هذا الحق لم يكن موضع تسمية واحدة، فمنهم من يطلق عليه حق الرؤية ومنهم من يسميه بحق المشاهدة وأيضا مطالعة الولد، إلاّ أنّ الشيء المهم أنّ كل هذه التسميات تؤدي نفس المعنى وهو الإبقاء على إمكانية التراسل والتواصل قائمة بين الشخص المحروم من الحضانة وولده كما يحددها القاضي³، أو بمعنى آخر هو أحقية من لم تسند إليه الحضانة في رؤية المحضون وأخذه للمبيت معه لمدة يقدرها القاضي، حفاظا على الروابط والتراحم الأسري.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري حينما نصّ على مسألة الزيارة، أخذ بالاعتبار مصلحة المحضون ومصلحة غير الحاضن، حيث أمر القاضي بإعطاء حق الزيارة ولو غفل عنها المعنى بالأمر، لأنّ المحضون لا ينبغي أن ينقطع عن أهله نهائيا⁴، وبذلك يعتبر حق الزيارة من الحقوق الثابتة للطرف غير الحاضن، يُقرر له بصفة تبعية للحق المقرر للمحضون⁵.

إذا كان المعنى السابق لحق الزيارة في التشريع الجزائري، يؤكّد ممارسة هذا الحق ممن لم تسند إليه الحضانة من الأبوين، فإن هذا الحق ليس محصورا على الأب والأم فقط بل يتعدى إلى كل من له مصلحة رعاية المحضون، حيث يتقرر هذا الحق كذلك للجد أو العم أو أي شخص آخر يهّمه ألا تنقطع صلة المحضون به⁶، إذا لم يتمكن الأب من ممارسة حق الزيارة بسبب

¹ المادة 64 من ق. أ. ج، المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، الفصل 66 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

² منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.501. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص.396. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، المرجع السابق، ج.10، ص.96، 97.

³ ALI BECHEUR, Op.Cit, P.1157.

⁴ باديس ديابي، المرجع السابق، ص.159.

⁵ عيسى طعيبة، "حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 11، العدد 1، 2018، ص.271.

⁶ باديس ديابي، المرجع السابق، ص.159.

تواجهه في المؤسسة العقابية¹؛ أو في حال غياب أو وفاة أحد أبوي المحضون أو كلاهما، كون الولد بحاجة إلى رعاية وحنان الجد².

إن ممارسة حق الزيارة وفقا لما سوف نتعرض إليه فيما بعد، ينبغي أن يسير في ظروف مواتية حتى لا تؤثر على مصلحة المحضون، وفي هذا الصدد إذا حاول الأب الحاضن عرقلة زيارة الأم لابنها أو حاولت الأم أن تمنع الأب من زيارة ولده، فإن هذه التصرفات تعرض كلاهما للعقوبة المقررة في المادتين 327 و328 من قانون العقوبات الجزائري، لأنها بلا شك تشكل تعسفا في استعمال الحق في الزيارة، فهي من الأمور التي تنعكس سلبا على المحضون وتلحق به أضررا³.

الفرع الثاني

ما يترتب على التطليق من حقوق للأولاد

نتطرق في هذا الفرع إلى دراسة أهم الحقوق غير المالية التي تثبت للأولاد بعد الحكم بفك الرابطة الزوجية، والمتمثلة أساسا في الحق في النسب (أولا) والحق في الحضانة والزيارة (ثانيا).

أولا: حق الأولاد في النسب

عني الإسلام بإثبات نسب الولد إلى أبيه، فحرّم على الآباء أن ينكروا أبناءهم أو يدّعوا بنوة غيرهم لقوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾، كما وحرّم على الأولاد أن ينسبوا إلى غير آبائهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «من ادعى إلى غير أبيه فالجنة حرام عليه»⁴، أما قانوننا

¹ - المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، 1064910 بتاريخ 2017/13/08 (ح س) و (ا م) ضد (س ك) بحضور النيابة العامة، عدد 1، سنة 2017، ص.167.

² - المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 1272554 صادر بتاريخ 2018/06/06، قضية (ب ح) ضد (ر د) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2018، ص.89.

³ - بن عامر يزيد، "زيارة المحضون في ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة تيبازة، المجلد 3، العدد 6، جانفي 2019، ص.159، 160.

⁴ - علي حسب الله، المرجع السابق، ص.227.

فقد اتفقت التشريعات على جملة من الشروط لثبوته¹، ومنه يمكن القول بأن النسب هو إحقاق الولد بأبيه ديناً وقانوناً².

مما تقدّم، لا يثير إثبات النسب أي إشكال حال قيام الزوجية، ذلك لأنّ الإشكال الحقيقي يثار في حالة حدوث الحمل حال قيام الزوجية والزوجين منفصلين عن بعضهما نتيجة الغياب أو الفقدان، أو بعد صدور حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية، أو بعد الوفاة، فما مصير الولد في هذه الأوضاع؟

بالعودة إلى أحكام المادة 43 من ق. أ، نجد أنّ المشرع قد أزاح الغموض والاستفهام الذي يطرح بشأن نسب الطفل في الأحوال أعلاه، واشترط لإحقاق الولد بالزوج المطلق شرطاً واحداً وهو أن يولد هذا الطفل خلال مدة تقدّر بـ 10 أشهر كاملة تحسب من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين³، علماً أنّ أقل مدة الحمل هي ستة (6) أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر طبقاً للمادة 42 من نفس القانون، وهذا يختلف مع أحكام قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص في المادة 159 منه، على ثبوت نسب الولد لأبيه إذا جاءت به الزوجة خلال سنة من تاريخ الفراق بالطلاق أو الفسخ أو الوفاة، وكذلك التشريع العماني الذي قال بأن الولد للفرّاش إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل المقدرة حسبه بستة أشهر وأكثرها سنة، هذا ما لم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين⁴، أضف إلى نص المدونة المغربية على ثبوت نسب الولد بفرّاش الزوجية إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق⁵.

الملاحظ على هذه المواد، أنّ معظمها اتفق على إحقاق الولد الذي جاءت به الزوجة خلال سنة من تاريخ الانفصال إلى أبيه، سواء وقع هذا الانفصال عن طريق الطلاق أو الفسخ أو الوفاة، باستثناء المشرع الجزائري الذي حددها بعشرة (10) أشهر، ومن هذا المنطلق فإنّ الولد الذي تأتي

¹ راجع في هذا الأمر: المواد 32، 33، 34 و40 من ق. أ. ج، المادة 157 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 152 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 1/128 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 70 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

² نورة منصوري، المرجع السابق، ص.93.

³ نفس المرجع والصفحة.

⁴ أنظر المادة 71/أ والمادة 72 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

⁵ المادة 2/154 من مدونة الأسرة المغربية.

به الزوجة بعد سنة من غيبة الزوج عنها، لا ينسب إلى الزوج الغائب؛ لأن أقصى مدة الحمل قد تجاوزت، ما لم تثبت الزوجة إمكانية الاتصال بينهما خلال مدة الغيبة بسبب أن غيبته كانت غير منقطعة، وكذلك الولد الذي يولد بعد سنة من الطلاق، وهذا الأمر تم استنتاجه من استقراء المواد 40 إلى 43 المنظمة للنسب في قانون الأسرة الجزائري، عكس التشريعات المقارنة التي نصت على هذا الأمر صراحة¹.

ثانياً: حق الأولاد في الحضانة والزيارة

من حق الطفل أن ينشأ بين أسرة متماسكة، تعتمد في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية وفقاً لما أشارت إليه المادة 3 من ق. أ. ج، وبناء على هذا يعتبر حق الطفل في العيش بين أحضان أمه أو أبيه بعد افتراقهما، من الحقوق التي يجب إقرارها بعد الفرقة للطفل، لدورها الفعال في تسهيل نموه البدني والعقلي والنفسي نمواً طبيعياً وسليماً، إنّما هذا الإصلاح لا ينجح إذا لم يقرر إلى جانبه حق الزيارة، كونه واجب له أهميته على المستوى العملي، فهو يدخل ضمن مقومات الحماية التي تفرضها طبيعة هذا الحق الذي تتشابه فيه المصالح، وخاصة مصلحة المحضون باعتبارها الأجدر بالرعاية والحفظ².

تأسيساً على ما سبق، اتخذ الإسلام تدابير متنوعة لحماية مصالح الطفل المادية والمعنوية تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وعلى هذا الأمر تشتمل عموم مواد التشريعات، حيث دعت إلى استفادة الطفل من التدابير التشريعية الملائمة لحمايته من الأضرار النفسية والعاطفية التي يرتبها الطلاق ومن بينها تنظيم حق الزيارة بالتوازي مع حق الحضانة بطريقة ودية أو قضائية³.

يعتبر التنظيم الودي لحق الزيارة تصرفاً حضاري يعكس مدى وعي الأبوين وحرصهما الكبير على مصلحة أطفالهم المحضون⁴، فهو اتفاق ينشأ بين صاحب حق الزيارة مع الحاضن على تنظيم حق الزيارة من حيث مكان وزمن الالتقاء وكذلك إمكانية مبيت المحضون من عدمه،

¹ راجع المادة 157/د من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، والفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

² عيسى طعيبة، المرجع السابق، ص. 271.

³ لينة بوزيتونة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي-الأغواط، المجلد 3، العدد 2، سبتمبر 2019، ص. 286.

⁴ منصور المبروك، المرجع السابق، ص. 169.

وذلك تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة¹، أما إذا تعذر الاتفاق الودي على الأمور المتعلقة بحق الزيارة، فإن القاضي يتدخل وينظمها وفقا لسلطته التقديرية بناء على مراعاة مصلحة المحضون². بما أنّ تنظيم حق الزيارة في القانون الجزائري يتم عن طريق الاجتهاد القضائي الذي أثبت في كثير من المناسبات قصوره في حماية مصالح المحضون، لذا نقترح على المشرع الجزائري التفصيل أكثر في هذه المسألة لكونها تتصل بمصلحة المحضون النفسية في الدرجة الأولى.

المطلب الثاني

الآثار المالية للتطليق

إذا انتهت العلاقة الزوجية وانفصل الزوجين عن بعضهما البعض؛ فإنّ القاضي عندما يصدر الحكم بفك الرابطة الزوجية _سواء عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع_ يترتب التزامات مالية على عاتق المطلق تُجاه مطلقته (الفرع الأول) وأولاده (الفرع الثاني) ينبغي عليه تحملها.

الفرع الأول

ما يترتب على التطليق من حقوق للمطلقة

تعتبر النفقة حق للمرأة المطلقة، وأول التبعات المالية المحكوم بها على المطلق من أجل ضمان العيش الكريم للمطلقة مع أولادها (أولاً)، وبالمقابل لا تتحقق هذه الضمانة إذا لم يوفر لها بشكل موازي مسكن ملائم تعيش فيه وأولادها بعيدا عن الإهمال والضياع؛ طالما أن توفير السكن أو دفع بدله يعتبر من مشتقات النفقة، التي يحكم بها القاضي أثناء فك الرابطة الزوجية لصالح المطلقة والأولاد (ثانياً)، فضلا عن الحكم بحقها في متاع منزل الزوجية (ثالثاً) وفي أجره الرضاع والحضانة (رابعا).

¹ - لجنة بوزيتونة، المرجع السابق، ص. 287.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع المغربي هو الوحيد الذي أخذ بالتنظيم الودي لحق الزيارة في المادة 181 من مدونة الأسرة، في مقابل سكوت المشرع الجزائري والتونسي عن الأمر.

² - المرجع نفسه والصفحة.

أولاً: حق المطلقة في النفقة

من أحكام العدة وجوب النفقة لبعض المعتدات دون البعض الآخر تبعاً لنوع العدة، حيث تجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق رجعي وكذلك المعتدة بوضع الحمل دون خلاف بين الفقهاء، لأنّ الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح، فتبقى المطلقة خلال فترة العدة زوجة حكماً¹، أما إذا كانت المعتدة معتدة طلاق بائن وهي حامل فإنها تستحق النفقة والسكنى باتفاق الفقهاء؛ إلا أنّ الخلاف بينهم كان حول المعتدة من طلاق بائن وهي حائل، فذهب الأحناف إلى أنه تجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق بائن وهي غير حامل استناداً لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾، وقوله أيضاً: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾، ولأنّ النفقة وجبت قبل الطلاق لكون الزوجة محبوسة المنافع، لذا يبقى الاحتباس بعد الطلاق في حالة العدة².

وعلى نقيض الأحناف اتجه المالكية³ والشافعية⁴ إلى القول بوجوب السكنى للمطلقة الحائل دون النفقة، لأنّ الآية الكريمة التي تقول: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ دليل على أن المطلقة البائن غير الحامل لا نفقة لها، كما واستندوا إلى ما روي عن فاطمة بنت قيس أنها قالت: «أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله "إن زوجي أرسل إلي بطلاق، وإنني سألت أهله النفقة والسكنى، فأبو عليّ، قالوا يا رسول الله، إنه أرسل إليها بثلاث تطليقات، قالت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما النفقة والسكنى للمطلقة إذا كان لزوجها عليها الرجعة"»⁵، في حين قال الحنابلة⁶ بعدم وجوب كلاهما مستدلين بحديث فاطمة بنت

¹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص. 551.

² - المرجع نفسه، ص. 552.

³ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري القرطبي، المرجع السابق، ص. 297.

⁴ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 235، 237، 238.

⁵ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص. 151، 153.

⁶ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 465. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 288.

قيس السالف الذكر، وكذلك لأنّ المطلقة البائن لم تعد زوجة، وإنّما صارت أجنبية بالنسبة لمن طلقها، ولم يبق لها سوى الاعتداد¹.

أما عن موقف المشرع الجزائري²، فهو على رأي جمهور الفقهاء في القول بوجود نفقة الحامل المطلقة طلاقاً رجعيًا أو بائناً حتى تضع حملها، وعلى الراجح في مذهب أبي حنيفة بأن المعتدة تستحق النفقة ولو كانت غير حامل، نستنتج من عدم تفرقة في نص المادة بين الحامل والحائل وبين المطلقة بائناً أو رجعيًا، ومن هذا التحليل نقول بأنّ المشرع الجزائري جعل حق النفقة حق ثابت شرعاً للمعتدة من طلاق رجعي أو بائن وسواء كانت حاملاً أو حائلاً، ولا يسقط عنها هذا الحق لارتباطه بالنظام العام³ ولو كانت ظالمة بارتكاب فاحشة الزنا⁴.

فضلاً عما تقدّم، تستحق المطلقة في الفترة السابقة للصدور الحكم بالطلاق النفقة في الحالات التي تتعرض فيها الزوجة للإهمال نتيجة تركها، وبما أن الزوجة في أغلب الأحيان وقبل حسم أمر الطلاق تغادر بيت الزوجية وتستقر مدة زمنية في بيت أهلها دون الإنفاق عليها، لذا فمن حقّها أن تطلب من الجهة القضائية المختصة نفقة فترة إهمالها⁵.

استناداً إلى نص المادة 80 من ق. أ؛ فإنّ المشرع نص على أن استحقاق النفقة في الأصل يكون من تاريخ رفع الدعوى أمام القضاء، إذ راع فيها الحالة التي تدوم فيها الفرقة بين الزوجين مدّة زمنية قبل المطالبة بالطلاق دون أن يقوم الزوج بواجبه في الإنفاق عند مغادرة أحدهما لمسكن الزوجية، كما ومكّن القاضي استثناء بأن يحكم للزوجة بنفقة الإهمال للمدة التي تدعي فيها عدم إنفاق الزوج عليها، بعد أن تقدم بشأن ذلك بيّنة تثبت عدم إنفاق الزوج عليها لمدة

¹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، المرجع السابق، ص. 154.

² - أنظر المادة 61 من ق. أ وما يقابلها في التشريعات المقارنة: الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 196 من مدونة الأسرة المغربية، المواد 151 و152 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 50 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق، المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المادة 83 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

³ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 358348 قرار بتاريخ 2006/07/12، (ط م) ضد (خ ع)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2006، ص. 449.

⁴ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 34327 صادر بتاريخ 1984/10/22، قضية (ي م) ضد (بن ه س)، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989، ص. 69.

⁵ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 375.

محددة بسنة قبل رفع الدعوى، كأن يشهد الجيران مثلا أن الزوج غادر منزل الزوجية ولا يسأل عن زوجته وأبنائه، أو أن الزوجة عند أهلها لمدة معينة ولا يسأل عنها وعن احتياجاتها، وبالمقابل يمكن للزوج أن يثبت عكس ما تدعيه هذه الأخيرة، بتقديم وصولات بريدية تثبت بأنه يرسل لها المبالغ المالية أثناء تواجدها بمنزل أهلها، أو يثبت مباشرة نشوزها¹.

هذا، وتستحق المطلقة فوق نفقة عدتها أو إهمالها متعة تقدر بقدر حال الزوج من فقر أو غنى، تتمثل فيما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة عن الصداق لجبر خاطرها المنكسر²، وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح "المتعة" مصطلح يطغى استعماله عند الفقهاء، أما التشريعات العربية فقد استقرت على أن المبلغ المالي الذي يقدره القاضي ويلزم الزوج بدفعه مقابل ما أصاب المطلقة بسبب فك الرابطة الزوجية يرد تحت تسمية "التعويض"، ومن منطلق هذا التشابه يمكن القول بأن التعويض والمتعة وجهان لعملة واحدة، ومن ثمة يمنع على القاضي الحكم بهما تطبيقا لمبدأ عدم جواز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد³.

أما فيما يتعلق بتقدير قيمة النفقة المستحقة للزوجة ومعايير تقديرها، فقد خصها المشرع الجزائري بالتنظيم في المادة 79 من ق. أ، وفي هذا الإطار منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير النفقة المستحقة للزوجة، مراعيًا في ذلك قدرة الزوج وظروف وحالة الطرفين والبيئة التي يعيشون فيها وتغير ظروف المعيشة وغلاء الأسعار وانخفاضها، في إطار احترام القواعد التي وضعها المشرع في قانون الأسرة من خلال المواد 74 إلى 80 وكذا أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بالمادة 222⁴، ويجب على المطلقة في جميع الأحوال احترام الآجال

¹ - عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص. 375، 376، 377.

² - عمارة بن كعبة، "النفقة المستحقة للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 6، العدد 1، 2019، ص. 53.

³ - نورة منصور، المرجع السابق، ص. 88، 89.

⁴ - مبروك بن زيوش، "نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة الخاص بها"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر - باتنة 1، المجلد 2، العدد 1، مارس 2015، ص. 210.

المقررة للتقاضي في المطالبة بهذه التبعات وإلا سقط عنها بالتقادم المسقط طبقاً للمادة 308 من ق.م.ج¹.

من مجمل ما سبق، قد يطرح عدم تسديد النفقة مشاكل عديدة، لذا ونظراً لأهمية النفقة وخصوصيتها، فقد تدخل المشرع بموجب قانون العقوبات من أجل التصدي للحالات التي يرفض فيها الزوج تسديد التبعات المالية المحكوم بها لفائدة مطلّقة وأولاده وحمايتهم من الضياع، حيث يمكن للمطلقة وعملاً بأحكام المادة 331 من ق.ع أن تتابع زوجها بجنحة عدم تسديد النفقة من خلال تقديم شكوى لدى وكيل الجمهورية²، إلا أنّ هذه الحماية بالكاد تكون فعالة، بالأخص عند إمعان النظر في موقف بعض المحاكم التي تتجه نحو تبرئة المتهمين الذين يقدمون حوالات بريدية كدليل لبراءتهم، بعد أن يكون المتهم قد اختار هذا الطريق للوفاء بما عليه لتفادي المصاريف التي قد يدفعها إلى المحضر القضائي، رغم أنها لا تتضمن جميع الحقوق المتنازع عليها، لذا كان من الأجدر على المحاكم الأخذ بمحضر الامتناع الرسمي الذي تقدمه المطلقة لقاضي الجرح المثبت لقيام جنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها في المادة 331 من ق.ع.ج³.

كما تدخل المشرع بموجب القانون رقم 15-01 من أجل التصدي لمسألة عدم تحصيل المطلقة والأولاد للنفقة المحكوم لهم بها، بسبب امتناع المطلّقة عن تسديدها كلياً أو جزئياً، أو بسبب عجزه عن الدفع أو لعدم معرفة محل إقامته⁴، وحدد في المادة 02 منه الفئات المستفيدة من هذا الصندوق بالنص على ما يلي: "...المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل أو الأطفال المحضونين الممثلين من قبل المرأة الحاضرة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة". ومن هذا النص يتبين أن العديد من النساء لا يمكنهن الاستفادة من هذا الصندوق، من بينهن الأم المعوزة والتي لم تكن محل طلاق ورفض زوجها الإنفاق عليها لأي سبب من الأسباب أو غاب عنها ولا يعرف مكان تواجده أو كان مفقوداً، وتلك التي لم يفصل في أمر طلاقها وكذلك

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 362531 قرار بتاريخ 2006/05/17، (ج ز) ضد (و ع)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2006، ص.455.

² مبروك بن زيوش، المرجع السابق، ص.214.

³ المرجع نفسه، ص.216.

⁴ أنظر المادة 3 من القانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر. عدد 1، صادر بتاريخ 7 يناير 2015.

الأرملة¹، وعلى هذا الأمر نص التشريع المغربي في المادة 2 من القانون رقم 41/10 حيث قرر أن الاستفادة من المخصصات المالية لصندوق النفقة تكون للأم المعوزة المطلقة ومستحقو النفقة من الأطفال بعد انحلال الرابطة الزوجية²، مما يعني أن الأرملة وزوجة الغائب أو المفقود لا حق لهما في الاستفادة من هذا الصندوق، على العكس التشريع البحريني الذي تفتن إلى حماية جميع الفئات التي قد تكون في وضع دائن بالنفقة، من خلال نصه في المادة الأولى من قانون إنشاء صندوق النفقة على أن الاستفادة من مخصصات هذا الصندوق هو حق للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين أو كل من تجب لهم النفقة أو من ينوب عنهم قانوناً³، ومن هذا المنطلق ندعو المشرع الجزائري إلى تعديل المادة الثانية من القانون 15-01 بشكل تستوعب أشخاص آخرين في أمس الحاجة إلى هذه النفقة ونخص بالذكر زوجة الغائب والمفقود موضوع البحث، وكذلك الأرملة واليتامى... إلخ.

ثانياً: حق المطلقة في السكن أو أجرته

إن حق المطلقة في السكن كأثر من آثار الطلاق منظم بموجب المواد 78 و61 من ق. أ. ج كأحد عناصر النفقة وكحق للمطلقة في فترة العدة كرسه القضاء الجزائري في قوله بأن المسكن أثناء العدة يكون على عاتق الزوج⁴، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية باستثناء الحنابلة كما أسلفنا الذكر.

الظاهر مما تقدّم؛ أنه ينبغي على المطلقة أن تستقر خلال فترة العدة في بيت الزوجية، أو في سكن ملائم في حالة الضرورة مع مراعاة القدرة المادية للزوج⁵، رغم أن الواقع يثبت عكس ذلك،

¹ مبروك بن زيوش، المرجع السابق، ص. 219.

² ظهير شريف رقم 1.10.191 صادر في (13 ديسمبر 2010) بتنفيذ القانون رقم 41/10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، ج. ر. عدد 5904 بتاريخ (30 ديسمبر 2010)، متوفر على الموقع:

<https://www.justice.gov.ma/lg-1/legislation/Default.aspx>

³ أنظر المادة 1 من القانون رقم (34) لسنة 2005 بإنشاء صندوق النفقة، والذي عدلت بعض أحكامه بموجب القانون رقم (33) لسنة 2009، مملكة البحرين، ج. ر. 2701، بتاريخ 4 أغسطس 2005، متوفر على الموقع:

<https://lloc.gov.bh/Legislation/Amendments/K3405>

⁴ المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 390091 قرار بتاريخ 2007/04/11، (ق ك) ضد (ع ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2008، ص. 245.

⁵ وبهذا أخذت مختلف التشريعات العربية ومنها: المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 2/84 و131 من مدونة الأسرة المغربية، الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

خاصة في حال الشقاق والنزاع العميق الذي ينشب بين الزوجين وما ينجم عنه من كراهية وبغض بينهما، مما يجعل الزوجة تلجأ إلى مغادرة بيت الزوجية طواعية والاستقرار في بيت أهلها، أو لأنّ الزوج طردها منه بالعنف، رغم أن هذا الأمر مناف لما يقرره الشرع والقانون¹.

زيادة على ذلك، أكدّ المشرع الجزائري في المادة 72 من ق. أ على إلزامية تخصيص مسكن ملائم للممارسة الحضانة أو أجرته²، ويتحدد هذا المكان إما بمكان تواجد بيت الزوجية، أو مكان تواجد أهل الحاضنة³، وتجب الإشارة أن تخيير القاضي للزوج بين تخصيص سكن للحاضنة أو دفع بدل أجرته، رغم تخصيص سكن ملائم للقيام بالحضانة، يعد تطبيق غير سليم للقانون⁴، كما أن تخصيص الزوج للمطلقة سكن ملائم للممارسة الحضانة يمنع هذه الأخيرة من المطالبة ببديل الإيجار⁵، ذلك لأن توفير مكان مناسب للممارسة الحضانة يحول دون مطالبتها ببديل الإيجار⁶.

هذا، وقد اعتبر القضاء أنّ الزوج ملزم بتوفير المسكن الذي تمارس فيه الحاضنة حضانتها أو دفع أجرته؛ لأنّ الإيجار أو بدله واجب على الزوج في مواجهة الحاضنة والمحضون، على أن

¹ - سناء شيخ، "حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي - الأغواط، المجلد 5، العدد 1، 2021، ص.469.

² - راجع في هذا الأمر: المادة 72 من ق. أ. ج، المادة 2/168 و3 من مدونة الأسرة المغربية، الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 178/ب من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

³ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 581700 صادر بتاريخ 2010/11/11، قضية (ك ع) ضد (ب ع) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2011، ص.252.

⁴ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 474255 صادر بتاريخ 2009/01/14، قضية (ح إ) ضد (ع ن)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2009، ص.267.

⁵ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 0729230 صادر بتاريخ 2013/03/14، قضية (ب ف) ضد (ك ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2013، ص.276.

⁶ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 566381 صادر بتاريخ 2010/09/16، قضية (م ك) ضد (ز ح) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2010، ص.268.

تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن¹، وأثر ذلك في حماية المطلقة وأولادها المحضونين من التشرد².

بناء على ما سبق، يمكن للزوجة بعد الطلاق وإسناد الحضانة لها، أن تطالب المطلِّق بسكن ملائم للممارسة الحضانة إلى حين نهاية سن الحضانة، باعتباره من عناصر النِّقَّة اللازمة لراحة المحضون واستقراره مع حاضنته³، إذن وعلى الرغم من دوافع التشريع والقضاء إلى تكريس حماية للمحضون من خلال إقرار حق البقاء في مسكن الزوجية للحاضنة، إلا أن هذا الحق ليس مقررا للحاضنة وإنما للمحضون، وذلك بجعله من مشتقات النِّقَّة الواجبة للولد على أبيه⁴.

ثالثا: حق المطلقة في متاع منزل الزوجية

أول مشكلة تظهر بعد افتراق الزوجين، هي محاولة كل زوج الاستئثار بما يحتويه بيت الزوجية ومنع الآخر عنها، الأمر الذي يجعل هذه المحتويات محور التنازع ومن أشد آثار الطلاق تعقيدا⁵، فهي معضلة حقيقية تواجه القاضي عندما يقف أمامه الزوجين المنفصلين ويزعم كلاهما بأن جزء من مقتنيات البيت هي ملكه، دون تقديم أي دليل مادي يثبت صحة ما يدعيه.

نظرا لخصوصية هذه المسألة، فقد تدخل المشرع الجزائري بموجب المادة 73 من ق. أ، ليرشد القاضي إلى الحل المناسب والواجب التطبيق على النزاع الذي ينشأ بين الزوجين عند طلاقهما أو ورثة المتوفى منهما حول ملكية أثاث البيت، دون أن يتعرض إلى المقصود بمتاع البيت ما دام الفقه فصل في ذلك على نحو يغطي الإغفال المُسجّل، واكتفى بالنص فقط على كيفية إثبات ملكية المتاع من خلال النص على توجيه اليمين للأطراف المتنازعة سواء الزوجين أو ورثتهما إذا لم يكن لأحدهما دليل.

¹ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 0742023 صادر بتاريخ 2013/03/14، قضية (ب ع) ضد (د س) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2014، ص.319.

² - سناء شيخ، المرجع السابق، ص.472.

³ - مبروكة غضبان، "حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر، المجلد 55، العدد 1، 2018، ص.407.

⁴ - أم الخير بوقرة، "حق المحضون في أجره مسكن الحضانة بين النص والتطبيق"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، المجلد 19، العدد 1، 2019، ص.76.

⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.147.

لذا ومن خلال قراءة المادة 73 المبنية أساسا على اجتهاد الفقه، نجد أن المقصود بمتاع البيت المفروشات والأثاث التي يكون الزوجان قد سعا لاقتنائها استعدادا لتجربة الزواج¹، أو هي مجموع الأشياء الموجودة داخل بيت الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك كالأغطية والأفرشة وغيرها من الأشياء المستعملة لتجهيز غرف النوم وقاعة الجلوس والمطبخ، أما ما لم يدخل ضمن الاستعمال المشترك فلا يمكن اعتباره من متاع البيت ولو كان موجودا في بيت الزوجية كالمصوغات والألبسة الشخصية للزوجة وأدوات الزينة، وأيضا الأشياء التي تخص الزوج وحده مثل الأدوات المستعملة لمهنة الطب والسيارة وبنديقية الصيد إلى غير ذلك².

الجدير بالذكر أن الاختلاف القائم بين الزوجان حول متاع البيت، نازلة لا تُحلّ إلا من خلال التفريق بين ما هو ملك للزوجة أو الزوج في العرف والعادة، لأنها مسألة موضوعية لا يحكمها معيار محدد ومتفق عليه، فهي تخضع لتقدير قاضي الموضوع استنادا للتقاليد المعروفة في إقليم المتقاضين³، ويخضع أيضا لسلطته تقدير قيمة تلك الأمتعة إذا اختلف بشأنها⁴. ما يمكن ملاحظته أيضا فيما يتعلق بمتاع البيت المتنازع عليه، أن جملة من الإشكالات تثار بشأن كيفية إثبات ملكية الأثاث من عدمه، وعليه تطرح في هذه الحالة فرضيتين فصلهما فيما يلي:

1- امتلاك أحد الزوجين البيئنة على ملكية المتاع

يبدو واضحا من عرضنا السابق للقواعد القانونية التي تنظم الإثبات في دعوى التطليق للغياب، أنّ مسألة إثبات ملكية المتاع تخضع لنفس القواعد، وبالتالي فعلى من يدعي من الزوجين أو ورثتهما ملكية شيء من الأشياء الموجودة داخل منزل الزوجية أو خارجه أن يثبت ملكيته لها بكافة الوسائل المقررة قانونا، وبالتالي فإذا كان لأحد الزوجين البيئنة على أي جزء من المتاع سواء

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص. 163.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص. 148، 149.

³ - المرجع نفسه، ص. 149.

⁴ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 49302 صادر بتاريخ 11/04/1988، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1992، ص. 40.

كان من المعتاد للنساء أو الرجال، فإن القاضي يقضي له بذلك الشيء لأنّ البينة تعد دليلاً كاملاً¹، وعلى هذا نصّ المشرع المغربي أيضاً في الفقرة الأولى والثانية من المادة 43 من مدونة الأسرة التي جاء فيها أن ما تأتي به الزوجة من جهاز وشوار عند زواجها، يعتبر ملكاً لها لا ينازعها فيه أي شخص، لكن إذا وقع النزاع في باقي الأمتعة، فإنّ الفصل فيها يخضع للقواعد العامة للإثبات.

2- عدم امتلاك أحد الزوجين البينة على ملكية المتاع

تعتبر مسألة عدم امتلاك أحد الزوجين البينة على ملكية المتاع محلّ التنازع، أحد المسائل التي عرفت رواجاً أمام المحاكم، وقد تصدى لها المشرع في المادة 73 السالفة الذكر من خلال النص على أنه في حالة انعدام الدليل فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول قول الزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، أما المشتركات فيتناسمانها مع اليمين². الملاحظ على هذه المادة اتفاقها مع الفقه في عموم ما تناولته، ومنه قول المالكية بأنّه إذا تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعاً حول شيء يعرف أنه من متاع الرجال فهو للرجل، وما كان يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه من متاع الرجال والنساء فهو للرجل، وما كان من متاع النساء وحلف الرجل بأنه اشتراه لنفسه فيكون أحق به، إلا أن تكون لها بينه أو لورثتها أنه اشتراه لها، ونفس الأمر إذا كان متاع البيت من متاع الرجال وأقامت المرأة البينة أنها اشترته فهو لها³، في حين قال الشافعية بأنّه: "إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد افترقا، أو لم يفترقا، أو ماتا، أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما، أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء، والمتاع إذا كان ساكني البيت في أيديهما معا فالظاهر أنه في أيديهما فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعاً، فالمتاع بينهما نصفان"⁴.

¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص. 170.

² - نص على هذا الأمر المادة 2/43 من مدونة الأسرة المغربية وكذلك الفصل 26 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

³ - سحنون بن سعيد التنوخي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المرجع السابق، ج. 2، ص. 187.

⁴ - محمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، المرجع السابق، ص. 95.

عكس الأحناف الذين قالوا بأن ملكية المتاع الذي يكون للرجال والنساء فهو للرجل، أما الذي كان للنساء فهو للنساء وما كان للرجال هو للرجال دون خلاف¹.

الظاهر أنّ القانون الجزائري أخذ برأي الشافعية على إثر ما نقلته المادة 73 المشار إليها آنفاً، ومن هذا المنطلق إذا ادعت الزوجة ملكية الأثاث دون تقديم أية بينة، وكان الأثاث من المعتاد للنساء كالحلي وأدوات الزينة والملابس الخاصة، وجهت لها اليمين مقابل الحكم لها به، وكذلك الأمر لو ادعى الزوج ملكيته للأثاث ولم يقدم بشأنه أي دليل فتوجه إليه اليمين ليحكم له به²، وفي ضوء ذلك يجوز لكل من الخصمين توجيه اليمين إلى الخصم الآخر في إطار إثبات ملكيته للأثاث الذي يطالب به، وللقاضي في المقابل أن يمنع توجيهها إذا تبين له تعسف الخصم في ذلك أو كان في توجيهها مخالفة للنظام العام، واليمين المقصودة هنا هي اليمين الحاسمة التي جاء ذكرها في المادة 343 وما يليها من ق. م، أما عن نطاق وطريقة تأديتها فهي إغفال يستدعي تنظيمه من طرف المشرع لتفادي مشكلة الاختلاف الذي تقع فيه الجهات القضائية.

إذن رغم سكوت قانون الأسرة عن مكان وكيفية تأدية اليمين، إلا أنه يمكن للخصوم أن يلجئوا إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 433 و434 من ق. م. إ. التي تنص على أن يقوم الخصم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة وبحضور الخصم الآخر، وبالتالي إذا خالف القضاة هذه النصوص فإنهم بذلك يكونون قد خرقوا إجراءات جوهرية، مما يعرض أحكامهم للإلغاء أو النقض³.

¹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.5، ص.213، 214.

² - باديس ديايبي، المرجع السابق، ص.170، 173.

³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.152.

رابعاً: حق المطلقة الحاضنة في أجره الرضاع والحضانة

اتفق الفقه¹ والتشريعات العربية² باستثناء المشرع الجزائري على أنّ الحاضنة تستحق الأجرة على الرضاع بسبب انقطاع الزوجية، وعلى العموم تعتبر أجره الرضاع وسيلة لحماية المرأة في ظل عدم كفاية النّفقة، لذا وأمام الفراغ التشريعي الموجود؛ فإنّه ينبغي على القاضي الرجوع في حالة وجود نازلة تتعلق بأجرة الرضاع إلى آراء الفقهاء كما تقضي به المادة 222 من ق. أ.

أما بالنسبة لحق الحاضنة في أجره الحضانة، فقد كان كذلك محل فراغ في القانون الجزائري عكس التشريعات العربية³، ومع ذلك يمكن العودة بشأنه طبقاً للمادة 222 إلى آراء الفقهاء التي جاءت متباينة، حيث قال المالكية بأنّ الحاضنة لا تستحق الأجرة على ممارسة الحضانة سواء أكانت أم لا، وسواء كان الزواج قائماً أم لا⁴، أما الحنفية فقد أوجبوا دفع هذه الأجرة إذا كانت الحاضنة أمًا، وذلك ما دام أن الزوجية ليست قائمة وأنها غير معتدة من طلاق رجعي أو بائن⁵، لكن في حالة ما إذا كانت الحاضنة أجنبية، فإنّها حسب الحنابلة تستحق الأجرة عن حضانتها للصغير بالعقد⁶.

مما سبق؛ فإنّ عملية الإرضاع ليست عمل كغيره من الأعمال الذي تستحق لأجله المرضعة مقابل، وإنّما هو مزيج من الحنان وعاطفة الأمومة التي من شأنها أن تكوّن طفلاً كاملاً وقوي البنية، لذا فإنّ القيام بهذه العملية على أكمل وجه لا يتأتى لأحد غير أم الصغير، ومن هنا

¹ - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.5، ص.185. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.373. محمد سكال الحجاجي، المرجع السابق، ص.139. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص.245، 253، 264. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص.394.

² - المادة 201 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 56 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق.

³ - الفصل 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 167 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 3/57 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق، المادة 143 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 178/ج من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية.

⁴ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ج.2، ص.534.

⁵ - محمّد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ج.5، ص.260.

⁶ - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج.5، ص.498.

نرى بأنّ الأم لا تستحق الأجرة على مهمة هي واجبة عليها أصلاً، إلا في حالة المرض وعدم القدرة على إطعام الصغير، أما بالنسبة لأجرة الحضانة فإنّ الأم الحاضنة ورغم أن القيام بتربية الولد ورعايته يدخل في واجباتها، إلا أنّه من واجب الأب كذلك، لذا فإن فرض هذه الأجرة سيعود لا محال بالنفع على الطفل؛ لأنّها ستساهم في توفير بيئة ملائمة للحاضنة والمحضون معا.

الفرع الثاني

ما يترتب على التطليق من حقوق للأولاد

ما من شك أن تأثير الطلاق أو التطليق على الأطفال له مدى واسع سواء من الناحية المعنوية أو المادية، وتأسيساً على ذلك فإنّ القاضي عندما يحكم بالتطليق بين الزوجين، يحكم وبصفة تبعية بحق المحضون في النفقة (أولاً) وفي أجرة الحضانة والرضاع (ثانياً)، وذلك مراعاة لمصلحته.

أولاً: حق المحضون في النفقة

يعد الحق في النفقة من بين أهم الحقوق المالية التي تثبت للطفل على والده منذ الولادة بسبب رابطة النسب بلا خلاف بين الفقهاء¹، وبهذا أخذ المشرع الجزائري والتشريعات العربية الأخرى².

بناء على ما سبق؛ تجب النفقة على الأب تجاه أولاده ما لم يكن لهم مال³، وبمفهوم المخالفة فإذا كان الأولاد يملكون المال أو كان بمقدورهم العمل وكسب أموال فإنّ حقهم في النفقة يسقط، ومعنى هذا أنّ النفقة تبقى مستمرة على المريض إلى أن يشفى من مرضه وعلى المتمدرس

¹ - محمد سكمال الحجاجي، المرجع السابق، ص. 139. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص. 245. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج. 25، ص. 177. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص. 392.

² - راجع المواد التالية: المادة 75 من ق. أ. ج، المادة 196 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، الفصل 46 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المادة 198 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 18 مكرر 2 من قانون الأحوال الشخصية المصري، المادة 60 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق.

³ - BOULENOUAR AZZEMOUR Malika, « présentation du thème : la hadana de l'enfant », LES CAHIERS DU LADREN, université Mohamed ben Ahmed oran2, vol. 4, N°1, 2013, p.157.

إلى غاية الانتهاء من الدراسة والبنيت إلى غاية الزواج، أما إذا أصبح الولد في غنى عن نفقة أبيه بمجرد أن له دخل وكسب يكفيه، فإن الأب في هذه الحالة يصبح غير ملزم بالنفقة¹، كما ويسقط واجب الأب في النفقة على أولاده في حالة العجز، لتتولى الأم وفقا لأحكام المادة 76 من ق. أ مهمة الإنفاق إذا كانت قادرة على ذلك²، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء³ وبعض التشريعات العربية⁴.

الجدير بالذكر أن واجب الأب في الإنفاق لا يقتصر فقط في مرحلة الزواج وإنما يمتد إلى ما بعد الطلاق، خاصة وأنّ الطفل في هذه المرحلة يكون في أمس الحاجة إلى هذه النفقة، لأنه غالبا ما تكون أمّه التي أسندت إليها حضانه ولدها ربّة بيت، حيث تتكل خلال فترة زواجها على زوجها ليوّقر لها كل احتياجاتها، ولم تضع في حسابها الظروف التي يمكن أن تمر بها والوضع الذي قد تصل إليه إن تركها زوجها في يوم من الأيام ولأي سبب من الأسباب بما فيهم الطلاق، ولعل تقرير النفقة كحق أساسي للطفل يترتب بعد انفصال والديه، كان لضمان له العيش الكريم والحماية من الفقر والحاجة ووقايته من التسول وعمالة الأطفال وغير ذلك من الظواهر التي تدفع بالطفل إلى الاندفاع وراءها لسد حاجياته.

من أجل ذلك، يقع على عاتق الأب كأصل عام وبحكم الشرع والقانون، واجب النفقة على أولاده المحضونين حسب قدرته المالية عسرا أو يسرا، رغم عدم وجود نص صريح يلزم المطلق بذلك، إلا أنه بالرجوع إلى القانون رقم 01-15 نجده قد حدد المراد بنفقة المحضون تلك النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق⁵،

¹ - جمال الديب، "نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة آفاق علمية، جامعة تمنغست، مجلد 11، العدد 1، 2019، ص.22.

² -BOULENOUAR AZZEMOUR Malika, Op.Cit, P.157.

³ - أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص.246. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج.25، ص.177.

⁴ - المادة 188 من قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية، المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المادة 60 من قانون الأحوال الشخصية لجمهورية العراق.

⁵ - أنظر المادة 02 من القانون 01-15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

ونذكر في نفس المادة بأنّ المستفيد أو الدائن بالنفقة هو الطفل أو الأطفال المحضونين الممثلين من قبل المرأة الحاضنة سواء كانت الأم أو الجدة لأم، أو الجدة لأب، أو الخالة حسب ترتيب استحقاقهم للحضانة في قانون الأسرة.

بينما يقصد بالنفقة في المادة 78 من ق. أ. ج الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وأمام عدم تعريف النفقة بصفة صريحة يمكن القول بأنّها كل ما يحتاجه المنفق عليه من أجل المحافظة على حياته من غذاء وكسوة وسكن وعلاج، وما يعد من الضروريات في العرف والعادة كمصاريف الكهرباء والغاز وأدوات التنظيف، وكذلك مصاريف التعليم والدراسة إلى غير ذلك¹، فهي حق خالص للمحزون يقبضها من له الحق في الحضانة²، دون أن يملك حق التنازل عنها³، على أن يتولى القاضي الجزائري سلطة تقدير هذه النفقة كمصاريف تعليم المحزون ودراسته مثلا⁴، وكذلك تكاليف سكناه أو مقدار بدل الإيجار بالنسبة للحضانة الممارسة في الإقليم الجزائري فقط⁵.

إذا عجز الأب عن تهيئة مسكن ملائم يعيش فيه المحزون مع حاضنته كما سبق وأن شرحنا، فإنّه يلتزم بالمقابل بدفع بدل الإيجار تسري مدته من تاريخ الحكم بإسناد الحضانة⁶، على أن يدفعها للحاضنة بصفتها ممثلا قانونيا عن المحزون طبقا للمادة 3/2 من القانون رقم

¹ - جمال الديب، المرجع السابق، ص.20.

² - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 356900 صادر بتاريخ 2006/03/15، قضية (م ف) ضد (ب م)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006، ص.485.

³ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 311458 صادر بتاريخ 2004/01/21، قضية (ص ز) ضد (ر أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2004، ص.379.

⁴ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 0997381 صادر بتاريخ 2016/07/13، قضية (س ع) ضد (س ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2016، ص.232.

⁵ - المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1152666 صادر بتاريخ 2018/01/03، قضية (ح د) ضد (ع ج) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2018، ص.72.

⁶ - المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 460137 صادر بتاريخ 2009/01/14، قضية (ت م) ضد (ت ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2009، ص.251.

101/15¹ وإلا طالبت بها قضاء، علما أن اعتبار هذه الأجرة من عناصر النفقة، تعفي الزوج الدائن بها إذا كان معسر وكانت الزوجة على علم بإعساره وقت الزواج².

تجدر الإشارة إلى أنه ونظرا للمشاكل التي تعاني منها النساء في الإنفاق على الأولاد بسبب عدم تسديدها من قبل الآباء، خاصة وأنهم يفضلون في حالة إعسارهم الخضوع لعقوبة جزائية بدل الاضطرار إلى دفعها³، فإنّ المشرع سارع إلى جانب تقنين عقوبات زجرية في قانون العقوبات، إلى استحداث صندوق النفقة كآلية تحل محل الدائن في دفع النفقة، لتقوم المطلقة بتحصيلها منه وفق إجراءات صارمة ومحددة بالتفصيل في القانون، لكن الإشكال الذي يثار يتمثل في حالة قيام الأب بتنفيذ الحكم القاضي بتسديد النفقة المقررة للطفل المحضون أو دفع بدل الإيجار، وصبه شهريا في حساب الحاضنة، وتقوم هذه الأخير باستغلال رخصة الحضانة وصرف أموال المحضون على نفسها مهملة المحضون، فإنّ القانون في هذه الحالة لابد وأن يتدخل من خلال استحداث نص قانوني يقرر متابعة حال الطفل أثناء الحضانة، من خلال قيام أعوان وزارة التضامن أو مراقبيها الاجتماعيين دوريا بزيارات فجائية، وقيام المحضرين القضائيين بذلك بطلب ممن له مصلحة، لتنتهي العملية بإعداد تقارير حول الحالة المادية للمحضون، مع إحالة التقارير السلبية على القضاء ليتخذ الإجراء المناسب⁴.

ثانيا: الحق في أجرة الحضانة والرضاع

تعرضنا فيما سبق إلى أجرة الحضانة والرضاع وبيّنا أنّ المشرع سكت عن هذا الحق ولم ينص عليه في قانون الأسرة الجزائري، ورأينا بأنّ الفقه والتشريعات العربية أقرت هذا الحق للحاضنة، لذا ومن خلال ما سبق نقول بأنّ النفقة المتمثلة في الطعام والكسوة والسكن والعلاج إلى غير ذلك من الضروريات التي يقوم بها صلاح الولد، هي ضرورة لازمة على الأب يحتاجها الولد منذ ولادته حتى استغناؤه عنها بالكسب.

¹ - أم الخير بوقرة، المرجع السابق، ص.72.

² - MOHAMED MOKRANE HADJ ALI, « l'entretien de l'enfant de parents divorcés », RASJEP, université Benyoucef Benkhedda- Alger, vol.5, N° 4, 1968, p.1163.

³ - NADIA AIT-ZAI, « les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille », RASJEP, université Benyoucef Benkhedda- Alger, vol.52, N°1, 2015, p.59.

⁴ - عيسى العقبى، محمد خليفي، "نظام نفقة المحضون بين الإشكالات العملية والحلول القانونية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الواد، المجلد 14، العدد 3، 2020، ص.279.

من هذا يمكننا الجزم بأنّ أجرة الرضاع والحضانة بالرغم من ظاهرها الذي يوحي بأنّها من عناصر النفقة التي يقع على الأب واجب توفيرها للولد، إلّا أنّ الواقع هو عكس ذلك تماماً، فأجرة الرضاع والحضانة هو ذلك المبلغ الذي تأخذه الحاضنة لقاء عمل الرضاعة والحضانة الذي يستمر لمدة محددة، وبالتالي لا تعتبر هذه الأجرة حقاً للولد ولو كانت الحاضنة تقبضها من أجل حفظ الصغير ورعايته باستمرار عملية الرضاعة والحضانة.

خاتمة

تمكّن المشرع الجزائري من معالجة موضوع التّطليق لغياب الزوج وما ينطوي تحته من شروط وإجراءات وآثار، في مواد قانونية متفرّقة موزعة بين قانون الأسرة والقانون المدني وأيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين الخاصة، ومع ذلك لم يوفّق في تأطير هذه المسألة بشكل موضوعي مفصّل ومنتظم، في ظل وجود عدّة ثغرات قانونية تحد من فاعلية نصوص هذه القوانين.

إن أهم ما يمكن استخلاصه من هذه الدراسة ما يأتي:

- لم يحض مصطلح الغياب وكذلك الغائب بتعريف موحد من المنظور الفقهي والقانوني، رغم أنّ آراء هؤلاء قد أبدعت بالمقابل في تعريف المفقود على نحو أدى إلى خلق خلط بين المفاهيم.
- المفقود هو ذلك الغائب الذي انقطعت أخباره ولا يعلم حياته أو مماته وذلك باتفاق فقهي وقانوني، مع العلم أنّ هذا الاتفاق ليس على إطلاقه حيث اختلفوا فيما بينهم في تعريفه بين من يضيف إلى التعريف السابق ضرورة الجهل بمكان المفقود، ومن يشترط زيادة على ذلك صدور حكم بفقدان الشخص، وبهذا أخذ المشرع الجزائري.
- أن الجهل بالحياة هو الراجح في التمييز بين الغائب ومن يتداخل معهم من حيث المعنى، فمتى كان الشخص معلوم الحياة اعتُبر غائبا، ويحمل المحبوس والأسير أيضا هذه الصفة إلى وقت صعوبة التكهن بحياتهما فيمثلان في تلك الحالة المفقود من حيث الجهل بحياته.
- اختلفت كلمة الفقهاء في مشروعية التّطليق لغياب الزوج إلى رأيين، ورجحنا الأخذ برأي المالكية والحنابلة القائل بالتّطليق للغيبة لعظيم أثره على الزوجة. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 وغيره من التشريعات العربية.
- أنّ لزوجة المفقود ما لزوجة الغائب من حقّ في التّطليق إذا ما توفرت الشروط القانونية اللازمة.
- إذا لم تطلب زوجة المفقود التّطليق؛ فإنّ الزوجية تتحل عن طريق الوفاة، إذا طلب الورثة أو من له مصلحة من القاضي إصدار حكم بوفاة المفقود الذي بدوره يعتبر موضع اختلاف فقهي وقانوني.

- لم يتناول القانون الجزائري مسألة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته وعودته إلى زوجته، رغم أنه أثار إشكالية ظهوره حيا بالنسبة لأمواله وذلك بموجب المادة 115 من قانون الأسرة، في مقابل نصوص تشريعية واضحة من الدول العربية عملا بأراء علماء المذاهب الفقهية.
- أخذ المشرع الجزائري في التّطبيق بسبب الغياب بعدم وجود عذر في الغياب عملا بمذهب الإمام أحمد، وخلافا لمذهب الإمام مالك الذي لم يفرق بين الغياب لعذر أو لغير عذر، وبالتالي نرى بأنّ اتجاه مذهب الإمام مالك هو الأصح والأنسب لسببين: الأوّل أن الغياب لغير عذر من المسائل التي يصعب إثباتها دون تقدير القاضي، لعدم حصر الفقهاء والقانونيين الأعذار التي تعتبر شرعية ومقبولة، أما الثاني فيتمثل في وقوع الضرر على زوجة الغائب سواء كان الغياب لعذر أو لغير عذر، ومن ثمّة يقتضي إزالته.
- إنّ تبني المذاهب الفقهية وبعض التشريعات العربية لمسألة فرض النفقة للزوجة من مال زوجها الغائب غيبية معلومة أو مجهولة سواء كان له مال ظاهر أو لا، كان نتيجة إعمالهم لمبدأ وجوب النفقة على الزوجة، ولأهميتها الفعالة في متابعة الزوج الراض لتتفيذ الالتزام بالنفقة المفروض عليه.
- تستطيع المساهمة التي يتّخذها القاضي في تمكين الزوجة من أخذ ما يكفيها من مال زوجها أو من خلال أمرها بالاستدانة عليه في تحقيق الأهداف المرجوة من تدخله، والمتمثلة في الحفاظ على استقرار الأسرة وتكامل أفرادها من جهة، والتخفيف من حدّة الأضرار الماسة بالزوجة بصفة خاصة والأسرة بصفة عامة من جهة أخرى.
- اختصار المشرع الجزائري في تقنين الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، فلم يشر إلى مسألة إعدار الزوج الغائب معلوم مكان الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه، وكذلك المهلة التي يجب منحها له للعودة إلى زوجته أو نقلها إليها، أو تطليقها، كما أنّه لم يفرق بين الغائب معلوم المكان يمكن إنذاره وآخر يصعب إنذاره لجهالة مكانه وصعوبة توصله بالإنذار، ومن ثمّة التّطبيق عليه من غير إعدار حسب مذهب الإمام مالك، وإلى هذا نطقن نظراءه من المشرعين وذلك لأهميته في المحافظة على الحياة الزوجية.

- اختلفت مدرستي الفقه الحنبلي والمالكي في الضرر الذي يصيب الزوجة من غياب الزوج، فالفقه المالكي أجاز التفريق للغيبة إذا كان تضرر الزوجة من غياب زوجها هو خشية الزنا على نفسها، بينما ذهب الفقه الحنبلي إلى القول بالضرر الواسع، بالتالي وأسوة بالشرعية الإسلامية التي تنهى عن الإضرار بوجه عام، نرجّح رأي الحنابلة لكونه أكثر عقلانية.
- إن سلطة القاضي التقديرية تكون في الأحوال التي تفتقر إلى نص قانوني، أو سكت عنها المشرع كما هو الحال في مسألة الغياب والفقدان وأثارهما، وكذلك في إسناد الحضانة وتقرير الزيارة وأيضا تقدير النفقة وكيفية فرضها إلى غير ذلك من الأمور.
- تباينت اتجاهات الفقه إزاء تحديد طبيعة الفرقة إلى اتجاهين: الأول ذهب إلى بينونة الفرقة للغيبة، وبينا بأنّ المشرع الجزائري وأغلب النظم القانونية قد تبنا هذا الاتجاه، والثاني ذهب إلى أنّ الفرقة للغيبة هي طلاق رجعي وذكرنا بأنّ قلة قليلة من التشريعات قد أخذ بهذا الرأي. تبعا لما تقدّم؛ فإننا نقترح على المشرع ما يأتي:
- التنصيص صراحة على تعريف الغائب والمفقود وأحكامهما بطريقة مفصلة ودقيقة، بشكل يوضح ملامح العلاقة التي تجمعهما أو تميّزهما من جهة، ويعفي من جهة أخرى القضاة والباحثين ورجال القانون من الرجوع إلى المجلدات الفقهية على اختلاف آراء الفقهاء فيها من مذهب إلى مذهب أو في المذهب الواحد.
- إعادة صياغة الفقرة الخامسة من المادة 53 بإزالة القيد الوارد على حق التّطليق لغياب الزوج، وتوسيع مجال بعض الشروط بما يخدم مصلحة الزوجة والأسرة معا، ومنه نحث المشرع إلى إسقاط شرط إلزامية وجود النفقة أثناء الغياب لأنّه يخالف آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، ويعرقل مسار الزوجة القضائي للحصول على حكم التّطليق لوجود ضرر معنوي، كما نحث المشرع إلى مسايرة المذهب المالكي في الأخذ بالغياب على إطلاقه سواء كان بعذر أو بغير عذر سدا للتناقض الحاصل مع نص المادة 110 من ق. أ، مع الإبقاء على مدّة السنة كما هي كالآتي: "غياب زوجها لمدة سنة فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".
- إضافة فقرات جديدة إلى المادة 74 من قانون الأسرة لتكمّل النقص المسجّل في مجال الإنفاق على زوجة الغائب أثناء الغيبة، وذلك بالنص على الإجراءات المتخذة من طرف القاضي في

- سبيل التأكد من وجود أو عدم وجود موارد مالية تتفق منها الزوجة على نفسها، مع تخويلها في حالة صعوبة الاقتطاع من هذه الأموال أو في حال عدم وجودها، إمكانية الاستدانة والرجوع على الزوج فيما أنفقتة بعد عودته، وذلك وفقا للمقترح الوارد في الصفحة 121 من الأطروحة.
- بشأن تفعيل إجراء الصلح، ندعو إلى إعمال ما يسمى بالوساطة الأسرية لتكون أول خطوة يمر عليها الأزواج قبل المرور أمام القاضي، على أن يتولاها أخصائيين في المجال الاجتماعي والنفسي والأسري والتربوي، مما سوف يساعد على تقليص عدد القضايا المطروحة أمام القاضي.
- ضرورة مراجعة المادة 2 من القانون 01-15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، بالنص على أحقية المرأة التي غاب أو فقد زوجها وكذلك الأرملة في الاستفادة من النفقة التي يقرّها هذا الصندوق فقط للأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة في حالة عدم تسديدها من الشخص الدائن.
- إن أجرة الحضانة وتحديدها عند المشرع الجزائري هي ربما مسألة اجتهادية يستقل القاضي في الحكم بها وتقديرها، ومن هذا المنطلق نقترح على المشرع إضافة نص قانوني يوضح فيه موقفه الصريح من مسألة أجرة الحضانة والرضاع، وذلك بالنص على ما يلي: "لا تستحق الأم الحاضنة حال قيام الزوجية أو بعد انتهائها أجرة على الرضاع.
- تجبر الأم على إرضاع ولدها في حالة عدم وجود مرضعة تخلفها، أو لم يكن للولد أو لوالده مال يستأجر به مرضعة.
- تستحق الحاضنة غير الأم أجرة الرضاع، وتفرض لها من تاريخ الإرضاع إلى غاية إكمال الولد حولين، ما لم يفطم قبل ذلك".
- " تستحق الأم الحاضنة أجرة الحضانة بعد أن تصير أجنبية عن زوجها بسبب الطلاق، عكس الحاضنة غير الأم فإنها تستحق أجرة الحضانة مطلقا.
- تفرض أجرة الحضانة حسب قدرة الأب من تاريخ الطلب، على أن يوقف صبّها إذا ما توافرت في الأم أحد أسباب سقوط الحضانة.

لا تستحق الأم الحاضنة الأجرة على مدّة تمديد الحضانة المنصوص عليها في المادة 65 من هذا القانون".

- لتحقيق كل ما سبق، ندعو إلى الاستعانة في مجال شؤون الأسرة بقضاة مكونين تكويننا معمّقا في المجال القانوني والشرعي، يخوّل لهم القدرة والكفاية العلمية التي تؤهلهم للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستقاء الأحكام المناسبة عند عدم وجود النص القانوني وفقا للمادة 222.

قائمة المصادر والمراجع

1. المصادر

أولاً: القرآن العظيم

ثانياً: كتب التفسير

- 1- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج.1، ط.2، دار طيبة، السعودية، 1999.
- 2- أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي "معالم التنزيل"، المجلد الثاني، ج.5، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1989.
- 3- بن يوسف أحمد الشهير بأبي حيان الأندلسي الغرناطي، البحر المحيط في التفسير، ج.3، دار الفكر للطباعة، بيروت، 2010.
- 4- بن ناصر السعدي عبد الرحمان، عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل، محمد بن صالح العثيمين، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المتأن، تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق، ج.5، ط.2، دار السلام للنشر والتوزيع، السعودية، 2002.

ثالثاً: كتب الحديث

- 1- ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج.3، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.
- 2- أبو الحسين علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري لابن بطال، ج.7، مكتبة الرشد، الرياض، د.س.ن.
- 3- أبو الحسن علي بن أبي بكر بن سليمان الشافعي نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد ومع الفوائد، مجلد 13، دار المنهاج للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية-جدة، 2010.
- 4- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي، السنن الصغير، السفر الثالث، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، 1989.
- 5- _____، السنن الكبرى، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

6- أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج.7، دار الدراسة العالمية، دمشق، 2009.

7- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، ج.2، مطبعة دار الإحياء للكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن.

8- بن منصور بن شعبه الخراساني المكي حافظ سعيد، كتاب السنن، القسم الثاني، مجلد 3، الدار السلفية، الهند، 1982.

9- الجعفي محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، ط.3، دار الحضارة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005.

رابعاً: المعاجم والقواميس

1- إبراهيم أنس، عبد الحلیم منتصر، عطية الصواحي وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، د. ب. ن، 2004.

2- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج.4، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1979.

3- أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د. س. ن.

4- بن محمد بن علي الفيومي المقرئ أحمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الحاء مع الصاد وما يماثلهما، ج.1، دار المعرف القاهرة، د. س. ن.

5- احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط.1، عالم الكتب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.

6- الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، 1990.

7- ملكاوي بشار عدنان، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، عدد رقم (8)، دار وائل للنشر، الأردن، 2008.

8- أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط.2، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1988.

- 9- صالح العلي صالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، دار الشرق الأوسط، المملكة العربية السعودية، 1989.
- 10- المناوي عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، ط.1، عالم الكتب، القاهرة، 1990.
- 11- القنوني قاسم، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء للنشر والتوزيع، السعودية-جدة، 1986.
- 12- بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين محمد، القاموس المحيط مرتب ألفبائياً وفق أوائل الحروف، دار الحديث، القاهرة، 2008.
- 13- بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي محمد، مُخْتَارُ الصِّحَاحِ، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.

II. المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1) الكتب

أ- الكتب الفقهية:

- 1- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصّاوي الملكي، الشرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة، د. س. ن.
- 2- أبو البركات عبد الله بن أحمد النَّسْفِيّ، كنز الدقائق (في الفقه الحنفيّ)، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2011.
- 3- أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي علاء الدين، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1956.
- 4- أبو الحسن عليّ بن عبّاس البعلبيّ الدمشقيّ الحنبلي علاء الدين، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1436هـ.

- 5- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، ج.11، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 6- أبو الحسين يحيى ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي، البيان في المذهب الشافعي، مجلد 11، دار المنهاج للطباعة والنشر، د. ب. ن، د. س. ن.
- 7- أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- 8- أبو الوفاء إبراهيم برهان الدين ابن شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خرّج أحاديثه وعلّق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعشلي، ج.2، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 9- أبو الوليد بن رشد القرطبي، محمد العتبي القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة وضمنه من الأسمعة المعروفة بالعتبية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988.
- 10- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1994.
- 11- أبو بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، محمد بن عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) والشرح "البحر الرائق" ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 12- أبو بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية المسمى بدر الزوجين ونفحة الحرمين، مكتبة التراث العربي، الدار البيضاء-المغرب، 2010.

- 13- أبو بكر المشهور بالسيد البكري ابن العارف بالله السيد محمد شطا الدمياطي، زين الدين الليباري، إعانة الطالبين على ألفاظ فتح المعين، ج.4، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن.
- 14- أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، دار الكتب العلميّة، بيروت، 2003.
- 15- أبو جعفر أحمد بن سلامة الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء اختصار أبي بكر أحمد علي الحصاص الرازي، ج.2، ط.2، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1996.
- 16- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، ط.1، دار ابن حزم للطباعة والنشر، لبنان، 2002.
- 17- أبو عبد الله محمد الخرخشي، علي العدوي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج.4، ط.2، المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصر، 1317 هـ.
- 18- أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، كتاب الحجة على أهل المدينة، ج.4، دار عالم الكتب، بيروت، د. س. ن.
- 19- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، الحطاب مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج.5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- 20- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992.
- 21- أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج.6، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
- 22- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي موفق الدين، المغني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 1997.
- 23- _____، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، مكتبة السّوادي، جدّة، 2000.

- 24- عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، بيروت، 2003.
- 25- شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج.9، دار الكتاب العربي للنشر، د. ب. ن، د. س. ن.
- 26- أبو محمد محمود بن أحمد العيني المولوي عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري، البناية في شرح الهداية، ج. 9، ط. 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1990.
- 27- أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
- 28- الباري أبي الطيب الصديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري، الروضة الندية شرح الدرر البهية، ج.2، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د. س. ن.
- 29- بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري شمس الدين محمد، أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملي القاهري، أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، ج.6، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 30- بن إدريس القرافي شهاب الدين أحمد، الذخيرة، ج.10، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
- 31- بن شيخ محمد الزرقا أحمد، شرح القواعد الفقهية، ط. 2، دار القلم، دمشق، 1989.
- 32- بن عبد العزيز محمد أمين عمر ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج.5، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 33- بن عبد الله الفوزان صالح بن فوزان، الشرح المختصر على متن زاد المستنقع بتحليل ألفاظه وتقريب معانيه، مجلد 4، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1424 هـ.
- 34- بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي ركن الدين عبد الملك، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج.15، دار المنهاج، السعودية، 2007.

- 35- بن عبد الواحد السيواسي كمال الدين محمد ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، علي بن أبي بكر المرغيناني، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 36- بن محمد بن علي الاومي تقي الدين أحمد، كتاب المنور في راجح المحرر على مذهب الإمام المبجل احمد بن محمد بن حنبل الشيباني، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2003.
- 37- بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي محمد علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، للشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي النمرتاشي " الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار في فروع الفقه الحنفي"، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002.
- 38- بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي محمد، خليل بن إسحاق الجندي المالكي، لوامع الدرر في هتك أسرار المختصر شرح مختصر خليل، مجلد 7، دار الرضوان، موريتانيا، 2015.
- 39- بن مودود الموصلبي الحنفي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج.3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1937.
- 40- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1989.
- 41- التنوخي سحنون بن سعيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد، ج.2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 42- —————، المدونة الكبرى، مجلد 5، مطبعة السعادة، المملكة العربية السعودية، 1324.
- 43- الحجّاجي محمد سكمال، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ج.2، دار القلم، سوريا، 2010.
- 44- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، أبو بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي شيخ محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ن. د. س. ن.
- 45- الزرقاني محمد، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، شرح الزرقاني على الموطأ وبهامشه سنن أبي داود، ج.3، المطبعة الخيرية، د. ب. ن. 1410هـ.

- 46- الزيّلعي فخر الدين عثمان بن علي، شهاب الدين أحمد الشلبي، من تبين الحقائق شرح كنز الدقائق على هذا الشرح الجليل، ج.3، ط.1، المطبعة الأميرية الكبرى بولاق، مصر، 1313 هـ.
- 47- السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989.
- 48- السيد سابق، فقه السنة، ط.4، مجلد 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1983.
- 49- الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج.5، دار المعرفة، بيروت، 1393.
- 50- الشربيني شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.5، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 51- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين، ج.3، دار المعرفة، بيروت، 1991.
- 52- الغنيمي الحنفي عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب، مجلد 3، المكتبة العلمية، بيروت، د.س.ن.
- 53- المرغيناني برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح العلامة عبد الحيّ اللكنوي، ج.3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417 هـ.
- 54- المطيعي محمد نجيب أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
- 55- الهرويّ القاريّ نور الدين أبي الحسن عليّ بن سلطان محمد، عبيد اله بن مسعود الحبوبي، فتح باب العناية بشرح "النقاية"، مجلد 3، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر، لبنان، 1997.
- ب- الكتب القانونية:
- 1- أباش أحمد، الأسرة بين الجمود والحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

- 2- أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 3- —————، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 4- أبو الوفا أحمد، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، ط.5، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن.
- 5- أبو زهرة أحمد، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950.
- 6- أبو سيف مأمون محمد عمر، اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2010.
- 7- أبو لحية نور الدين، أحكام الطلاق والفسخ وآثارها برؤية مقاصدية، ط.2، دار الأنوار للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 2015.
- 8- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية وسوق الأدلة والموازنة بينها ثم مقارنة بالقانون ومعلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض ومواد قانون الإثبات الحالي ومواد مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ط.4، المكتبة الأزهرية للتراث، د. ب. ن، 2003.
- 9- إسحاق إبراهيم منصور، الموجز في علم الإجرام والعقاب، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 10- الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. د. ن، د. ب. ن، د. س. ن.
- 11- بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
- 12- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، ط. 2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

- 13- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة- خطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية)، ج.1: (الزواج والطلاق)، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 14- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له (قانون 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005)، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 15- بن محمد الفائز إبراهيم، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1982.
- 16- التحويوي محمد السيد، أثر حضور المدعى عليه في انعقاد الخصومة القضائية طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 17- التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
- 18- التميمي تيسير رجب، الطلاق بين تعسف المطلق وتفریق القاضي دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربيّة والمحاکم الفلسطينيّة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.
- 19- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (موجز للنظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د. س. ن.
- 20- ———، عصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنيّة والتجاريّة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 21- جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2: دروس في نظرية الحق، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 22- الجندي أحمد نصر، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 23- ———، موسوعة الأحوال الشخصية (الزواج- الطلاق- التفريق بين الزوجين)، ج. 1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

- 24- الجياش عبد الحميد، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، لبنان، 2009.
- 25- حسب الله علي، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدّة ونسب، دار الفكر العربي، د. ب. ن، 1968.
- 26- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، ط.8، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 27- حمدي كمال، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن.
- 28- خليل أحمد، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون رقم (1) لسنة 2000، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- 29- الخفيف علي، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 30- الخليشي احمد، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، ج.2:(الطلاق)، دار النشر للمعرفة، المغرب، 2016.
- 31- الداغستاني مريم أحمد، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية مع مقارنة خفيفة للشرائع الأخرى، شركة الأمل للطباعة والنشر، مصر، د. س. ن.
- 32- ديابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
- 33- رمضان جمال كامل، شروط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية علما وعملا، مكتبة الألفى القانونية، د. ب. ن، 1998.
- 34- رزاقى نبيلة، التنظيم القانون للحبس الاحتياطي (المؤقت) في التشريع الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة للنشر، د. ب. ن، 2008.
- 35- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج.8، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

- 36- زوكاغي أحمد، المختار من أحكام القضاء في الزواج والطلاق الصادر بين سنتي 2005 و2009، ط.1، مكتبة دار السلام، الرباط، 2009.
- 37- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات دراسة مدّعمة بالفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2015.
- 38- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية، ط.3، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 39- _____، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 40- _____، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 41- _____، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول (أساس انعقاد الخصومة، مراحل وإجراءات التبليغ، شروط قبول الدعوى، عوارض المحاكمة، دراسة الطلبات والدفع، دور النيابة العامة)، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 42- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د. س. ن.
- 43- سمارة محمد، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، عمان، 2010.
- 44- سي علي احمد، مدخل للعلوم القانونية محاضرات في النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
- 45- شعله سعيد أحمد، قضاء النقض في الصفة والمصلحة في الدعوى والطعون، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال أربعة وستين عاما 1931_1994، دار محمود للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 1995.

- 46- الشرنباصي رمضان علي السيد، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د. س. ن.
- 47- _____، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 48- الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع الإسلامية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط. 2، دار الفكر، د. ب. ن، 1968.
- 49- الصرّاف عباس، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون_ نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 50- الصاوي أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية التجارية معدلا بالقانون رقم 76 لسنة 2007 والقانون رقم 120 لسنة 2008 بإنشاء المحاكم الاقتصادية، د. د. ن، د. ب. ن، 2010.
- 51- الطالب عبد الكريم، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، المغرب، 2013.
- 52- عدلي أمير خالد، مباشرة الدعوى المدنية في ضوء التعديل المستحدث في قانون المرافعات والإثبات بالقانون رقم 1999/18 والمستحدث من أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د. س. ن.
- 53- العليوي سليمان بن أحمد، الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1433 هـ.
- 54- عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 55- عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

- 56- الفار عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون_ النظرية العامة للحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 57- الفاخوري إدريس، العمل القضائي الأسري، ج. 1، د. د. ن، د. ب. ن، 2009.
- 58- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 59- قاسم محمد حسن، مبادئ القانون مدخل إلى القانون والالتزامات، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، 1998.
- 60- القادومي عبير شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط. 1، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 61- كيرة حسن، المدخل إلى القانون: القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 62- لعروم أعر، الوجيز المعين لإرشاد السجين على ضوء التشريع الدولي والجزائري والشريعة الإسلامية، دار هومة، الجزائر، 2000.
- 63- اللجمي محمد، قانون الأحوال الشخصية التونسي، د. د. ن، تونس، 2008.
- 64- محروق كريمة، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، منشورات ألفا للوثائق، د. ب. ن، 2019.
- 65- محمد السريتي عبد الودود، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة، بيروت، 1997.
- 66- محمد سعيد عبد الرحمان، القوة القاهرة في قانون المرافعات دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 67- محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية مع بحث بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية، ط. 1، دار السلام للطباعة، د. ب. ن، 1990.

- 68- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 69- محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (النصوص، الفقه، القضاء)، دار الشروق، مصر، 2002.
- 70- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 71- —————، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 72- —————، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، ج.2: (الطلاق- الخلع- نفقة الأقارب) مع عرض القانون رقم 1 لسنة 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 73- مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، دار السلام للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- 74- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائريّة -دراسة فقهية مقارنة-، دار هومة للطباعة، الجزائر، 2010.
- 75- مصطفى النمر أمينة، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ن.
- 76- مصطفى عبد الغني شيبية، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "الطلاق وأثاره" دراسة مقارنة، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2006.
- 77- المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغيب والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
- 78- منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

- 79- المومني أحمد محمد، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 80- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، ط.1، دار دجلة، الأردن، 2010.
- 81- هدوي عبد العزيز، الطلاق والملاحظات العملية المثارة على ضوء مدونة الأسرة والتشريع الإسلامي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2014.
- 82- واصل محمد، أصول المحاكمات المدنية 1، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.
- 83- الوكيل أحمد، أحمد عبد الكريم، المستحدث ومجموعة من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض من أول أكتوبر 2006 حتى آخر سبتمبر 2007، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2008.
- (2) الأطروحات والمذكرات الجامعية
أ- أطروحات الدكتوراه
- 1- أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية مقارنة)، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه والأصول، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
- 2- آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمّر-تيزي وزو، 2014.
- 3- براهيم العبد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، بحث لنيل شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة 1_وهران، 2017-2018.
- 4- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005/2006.

- 5- توفيق قديري محمد، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2018/2017.
- 6- حابت شفيقة، طرق الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2018-2017.
- 7- ديشيشة عثمان، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016-2015.
- 8- ذبيح هشام، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2020/2019.
- 9- عبد المنعم فارس السقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 1425هـ.
- 10- فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، 2015/2014.
- 11- قويدري خيرة، حالات التّطبيق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008.
- 12- لعلّى سعاد، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
- 13- نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2012.

ب- مذكرات الماجستير

- 1- بلعتروس محمد، القضاء على الغائب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة، 1999/1998.
- 2- جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية- الرياض، 2015.
- 3- خاتري أحمد، التطبيق بسبب الغياب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، 2015/2014.
- 4- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2001/2000.
- 5- زيتوني نجية، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.
- 6- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
- 7- العربي باشة مصطفى، الغيبة وأثرها في التطبيق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013-2012.
- 8- عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس- فلسطين، 2013.

9- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2015.

(3) المقالات العلمية

1- البريشي إسماعيل محمد، "أحكام السجين في الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة بالفقه الحديث"، دراسات، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد 36، 2009، ص. ص. 645-670.

2- بجاق محمد، "مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسة القضائية"، مجلة البحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة الواد، المجلد 11، العدد 1، 2014، ص. ص. 181-220.

3- بن زيوش مبروك، "نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة الخاص بها"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر - باتنة 1، المجلد 2، العدد 1، مارس 2015، ص. ص. 205-227.

4- بن هبري عبد الحكيم، " إجراء الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة مسيلة، المجلد 2، العدد 3، 2017، ص. ص. 113-133.

5- العربي بلحاج، "المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 10-04-2002 ملف رقم 290808"، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006، ص. ص. 113-115.

6- بلجراف سامية، "إسناد الولاية الأصلية على مال القاصر إلى الأم في قانون الأسرة الجزائري" "المقاصد والتحديات"، مجلة البحث القانوني والسياسي، جامعة 20 أوت 1955 بسكيكدة، المجلد 3، العدد 1، 2018، ص. ص. 66-85.

7- بن عامر يزيد، "زيارة المحضون في ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة تيبازة، المجلد 3، العدد 6، جانفي 2019، ص. ص. 151-174.

- 8- بن كعبة عمارية، "النفقة المستحق للطفل المحضون وللمطلقة الحاضنة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 6، العدد 1، 2019، ص. 41-63.
- 9- بوزيتونة لينة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائري دراسة بين القانون والواقع"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي-الأغواط، المجلد 3، العدد 2، سبتمبر 2019، ص. 283-299.
- 10- بوقرة أم الخير، "حق المحضون في أجرة مسكن الحضانة بين النص والتطبيق"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، المجلد 19، العدد 1، 2019، ص. 68، ص. 86.
- 11- تومي خالد، "خصوصيات المسطرة في المادة الأسرية"، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 4، فبراير 2013، ص. 81-97.
- 12- تواتي باسمة، "دور القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النفقة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيسمسيلت، المجلد 6، العدد 2، 2021، ص. 219-238.
- 13- ———، "حكم توريث الزوجة من المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 15، العدد 2، 2022، ص. 1358-1372.
- 14- جمال الديب، "نفقة الأب على الولد المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة آفاق علمية، جامعة تمنغست، مجلد 11، العدد 1، 2019، ص. 13-37.
- 15- سلطان حميد، "حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي"، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية صفي الدين الحلي، جامعة بابل العراق، المجلد 1، العدد 1، 2009، ص. 118-129.

- 16- شيخ سناء، "حق الزوجة في المسكن بين التشريع والممارسة القضائية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي- الأغواط، المجلد 5، العدد 1، 2021، ص.ص. 478-460.
- 17- طحطاح علال، "ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، المجلد 32، العدد 3، سبتمبر 2018، ص.ص. 62-26.
- 18- طعيبة عيسى، "حق زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 11، العدد 1، 2018، ص.ص. 280-267.
- 19- عمرو خليل، "الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق سعيد دحلب-البليدة، المجلد 1، العدد 1، 2011، ص.ص. 212-206.
- 20- علال ياسين، "عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية-أدرار، المجلد 16، العدد 1، 2017، ص.ص. 343-365.
- 21- ———، "السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بموت المفقود"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 4، العدد 2، جوان 2017، ص.ص. 1015-999.
- 22- ———، "إدارة أموال المفقود في قانون الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 08 ماي 1945_ قالمة، الجزء الثاني، العدد 23، 2018، ص.ص. 187-165.
- 23- العقبى عيسى، محمد خليفي، "نظام نفقة المحضون بين الإشكالات العملية والحلول القانونية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الواد، مجلد 14، العدد 3، 2020، ص.ص. 289-276.

- 24- عادل الملا خولة، دليلة براف، "أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي"، مجلة البحوث العلمية والدراسات، كلية الدراسات العليا- الإمارات، المجلد 15، العدد 1، 2021/2020، ص. ص. 233-254.
- 25- غضبان مبروكة، "حماية المطلقة الحاضنة في مسكن ممارسة الحضانة من خلال القضاء الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة-الجزائر، المجلد 55، العدد 1، 2018، ص. ص. 407-427.
- 26- محروق كريمة، "مراعاة مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 31، العدد 2، 2017، ص. ص. 353-376.
- 27- الملحاني محمد حسن يحيى، "التفريق لغياب الزوج عن زوجته وتطبيقاته المعاصرة دراسة فقهية مقارنة"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، المجلد 22، عدد 44، 2018، ص. ص. 440-474.
- 28- منصور المبروك، "الآثار المادية والمعنوية للحضانة في قوانين الأسرة المغربية (دراسة تحليلية مقارنة)"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق، المركز الجامعي صالحى أحمد بنعام، المجلد 4، العدد 2، جوان 2018، ص. ص. 157-173.
- 29- نويس نبيل، حياة نوراني، "الرعاية النفسية والاجتماعية للمحبوس داخل المؤسسة العقابية في التشريع الجزائري"، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر-باتنة1، المجلد 21، العدد 28، جانفي 2021، ص. ص. 1151-1160.
- (4) الاجتهادات القضائية
- 1- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 34327 صادر بتاريخ 1984/10/22، قضية (ي م) ضد (بن ه س)، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989.
- 2- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 33636 صادر بتاريخ 1984/06/25، قضية (ت ط) ضد (خ م)، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989.

- 3- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 33921 صادر بتاريخ 1984/07/09، قضية (ح ح) ضد (ح ر)، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1989.
- 4- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 51894 صادر بتاريخ 1988/12/19، قضية (خ ع) ضد (ق ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 4، سنة 1990.
- 5- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 43864 بتاريخ 1987/01/12، قضية (د أ) ضد (ز ب)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1991.
- 6- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 50011 صادر بتاريخ 1988/06/20، قضية (س ر) ضد (ج ر)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1991.
- 7- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 46757 بتاريخ 1987/12/07، قضية (ب م ش) ضد (ب ز)، نشرة القضاة، العدد 2، سنة 1991.
- 8- المحكمة العليا، غ. ش. أ، ملف رقم 57812 بتاريخ 1989/12/25، قضية (ب ف) ضد (ا م ع)، المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1991.
- 9- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 53978 بتاريخ 1989/06/05، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1992.
- 10- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 49302 صادر بتاريخ 1988/04/11، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1992.
- 11- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 59728 بتاريخ 1990/04/30، قضية (ك م ل) ضد (ل ش)، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1992.
- 12- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 52221 صادر بتاريخ 1989/05/13، قضية (ب ج) ضد (ج أ)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1993.
- 13- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 44041 بتاريخ 1986/12/29، قضية (ع. خ) ضد (ص خ)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1994.
- 14- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 118621، قرار بتاريخ 1995/05/02، قضية (ب خ) ضد (فريق ب)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1995.

- 15- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 235456 صادر بتاريخ 2000/02/22، قضية (ب ز) ضد (ب ن)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2001.
- 16- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 252308 صادر بتاريخ 2000/11/21، قضية (ب ح) ضد (ب ل)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2001.
- 17- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 273544، قرار بتاريخ 2002/07/03، قضية (م ن) ضد (د)، نشرة القضاة، العدد 58، سنة 2002.
- 18- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 290808، قرار بتاريخ 2002/04/10، قضية (ب ف) ضد (النيابة العامة)، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 2003.
- 19- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 274207 صادر بتاريخ 2002/07/03، قضية (ع ل) ضد (ح ف)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004.
- 20- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 273526 صادر بتاريخ 2001/12/26، قضية (س ف) ضد (س خ)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2004.
- 21- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 311458 صادر بتاريخ 2004/01/21، قضية (ص ز) ضد (ر أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2004.
- 22- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 282033 صادر بتاريخ 2002/05/08، قضية (ب س) ضد (ب ك)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2004.
- 23- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 331058 صادر بتاريخ 2005/05/18، قضية (ز ف) ضد (ق غ)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2005.
- 24- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 347914 صادر بتاريخ 2006/01/04، قضية (ج ع) ضد (ب م)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006.
- 25- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 356900 صادر بتاريخ 2006/03/15، قضية (م ف) ضد (ب م)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006.
- 26- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 358348 قرار بتاريخ 2006/07/12، (ط م) ضد (خ ع)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2006.

- 27- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 362531 قرار بتاريخ 2006/05/17، (ج ز) ضد (و ع)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2006.
- 28- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 390091 قرار بتاريخ 2007/04/11، (ق ك) ضد (ع ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2008.
- 29- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 457038 صادر بتاريخ 2008/09/10، قضية (م ع) ضد (ب ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2008.
- 30- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 460137 صادر بتاريخ 2009/01/14، قضية (ت م) ضد (ت ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2009.
- 31- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 474255 صادر بتاريخ 2009/01/14، قضية (ح إ) ضد (ع ن)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2009.
- 32- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 566381 صادر بتاريخ 2010/09/16، قضية (م ك) ضد (ز ح) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2010.
- 33- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 577743، قرار بتاريخ 2010/07/14، قضية (ب م) ضد (ب ط) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010.
- 34- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 564787 قرار بتاريخ 2010/07/15، قضية (ب ب) ضد (ر ز ز)، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010.
- 35- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 398948 صادر بتاريخ 2007/11/14، قضية (ل ق) ضد (ل ج)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2011.
- 36- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 408248 صادر بتاريخ 2007/11/14، قضية (ط ح) ضد (ز ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2011.
- 37- المحكمة العليا، غ. أ. ش، ملف رقم 581700 صادر بتاريخ 2010/11/11، قضية (ك ع) ضد (ب ع) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2011.
- 38- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 393936 صادر بتاريخ 2012/09/13، قضية (خ ع) ضد (ق ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2013.

- 39- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0798882 بتاريخ 2013/05/09، قضية (ح ف) ضد (ع ح) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2013.
- 40- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0729230 صادر بتاريخ 2013/03/14، قضية (ب ف) ضد (ك ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2013.
- 41- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0847958 بتاريخ 2013/02/14، قضية (ق ح) ضد (ب س) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2013.
- 42- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0742023 صادر بتاريخ 2013/03/14، قضية (ب ع) ضد (د س) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2014.
- 43- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0842551 قرار بتاريخ 2015/01/15، قضية (ب م) ضد (ج ا) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2015.
- 44- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 1091486 بتاريخ 2016/03/09، قضية (خ أ) ضد (ع ح) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2016.
- 45- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0965517 بتاريخ 2016/05/04، قضية (ز ر) ضد (ز ل) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2016.
- 46- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 1058061 بتاريخ 2016/06/23، قضية (ز ب) ضد (م ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2016.
- 47- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 0997381 صادر بتاريخ 2016/07/13، قضية (س ع) ضد (س ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2016.
- 48- المحكمة العليا، غ. ش. أ. م، ملف رقم 1064910 بتاريخ 2017/13/08 (ح س) و (ا م) ضد (س ك) بحضور النيابة العامة، العدد 1، سنة 2017.

49- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1067582 صادر بتاريخ 2017/04/05، قضية (ز س) ضد (ك ن) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2017.

50- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1152666 صادر بتاريخ 2018/01/03، قضية (ح د) ضد (ع ج) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2018.

51- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1265504 قرار بتاريخ 2018/06/06، قضية (ل ا) ضد (ا ف) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2018.

52- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1272554 صادر بتاريخ 2018/06/06، قضية (ب ح) ضد (ر د) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2018.

53- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1329085 قرار بتاريخ 2019/12/14، قضية (ق ج) ضد (م ح) بحضور النيابة العامة، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2019.

54- المحكمة العليا، غ. أ. ش. م، ملف رقم 1371857، قرار بتاريخ 2020/02/05، قضية (ق ي) ضد (ب س) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2020.

5) المواقع الإلكترونية:

1-الرواتبى حاتم، نظرية الدعوى (مفهوم، شروط، أنواع)، دروس مسيرة في الإجراءات المدنية وطرق التنفيذ، المحور عدد 2، مقدمة لطلاب السنة الثالثة من الإجازة الأساسية في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار - تونس، 2016/2017. متوفر على الموقع:

<http://www.fdspt.rnu.tn/الإجراءات-المدنية-و-طرق-التنفيذ-المحور-عدد-2-نظرية-الدعوى-للأستاذ-حاتم-الرواتبى-و-المنسق-الأستاذ/>

2-المحكمة العليا، غ. م، الطعن بالنقض، ملف رقم 1199818، المؤرخ في 2017/07/13، الطاعن (ح س) المطعون ضده (ح ع ن)، متوفر على الموقع:

<http://www.coursupreme.dz/>

3-المحكمة العليا، غ. م، الطعن بالنقض، ملف رقم 1180046، قرار بتاريخ 2019/07/11، الطاعن (ل ج) المطعون ضده (ب م) ومن معه، نفس الموقع.

(6) النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الجزائرية:

1- الدستور:

- المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر عدد 82 الصادر في 30 ديسمبر 2020. ص.ص.4-47.

2- النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتم.
- الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتم.
- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتم.
- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر. عدد 15 صادر بتاريخ 27 فبراير 2005.
- الأمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، ج. ر عدد 15 الصادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2002.
- القانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو سنة 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، ج. ر عدد 37 الصادر بتاريخ 15 يونيو سنة 2003.
- قانون رقم 05-04 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج. ر عدد 12 صادر بتاريخ 13 فبراير سنة 2005، معدل ومتم بالقانون رقم 18-01 مؤرخ في 30 يناير سنة 2018، ج. ر عدد 05 صادر بتاريخ 30 يناير سنة 2018.

- الأمر رقم 06-01 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج. ر عدد 11 الصادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2006.
 - القانون رقم 06-03 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
 - القانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر عدد 84 بتاريخ 24 ديسمبر سنة 2006.
 - القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر عدد 21 بتاريخ 23 افريل 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، ج. ر. عدد 48، صادر بتاريخ 17 يوليو 2022.
 - القانون رقم 15-01 مؤرخ في 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج. ر عدد 1، صادر بتاريخ 7 يناير 2015.
- ب-النصوص القانونية الأجنبية**
- اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 أغسطس 1949، والتي بدء نفاذها في 21 أكتوبر 1950 وفقا لأحكام المادة 138، جامعة مانيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، متوفرة على الموقع:
- <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b092.html>
- المبدأ 19 من مجموع المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 43/173 المؤرخ في 9 كانون الأول/ ديسمبر 1988، جامعة مانيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، متوفر على الموقع:
- <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b036.html>
- ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، المملكة المغربية، صيغة محينة بتاريخ 11 يناير 2021، متوفر على الموقع:
- https://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/textesjuridiques_civil.aspx

- القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المصرية، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LegsCates&FIID=240>

- قانون رقم 131 لسنة 1948 يتعلق بإصدار القانون المدني، جمهورية مصر العربية، ج. ر (الوقائع المصرية) عدد 108 مكرر (أ)، بتاريخ 29 جويلية 1948، متوفر على الموقع:

<http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/CivillawAr.pdf>

- مرسوم تشريعي رقم 84 لسنة 1949، مؤرخ في 18 ماي 1949 يتضمن القانون المدني، الجمهورية العربية السورية، متوفر على الموقع:

<http://www.parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=200&Service=-1&RID=-1&VId=-1>

- قانون رقم 40 لسنة 1951 يتضمن القانون المدني، الجمهورية العراقية، ج. ر (الوقائع القانونية) عدد 3015، بتاريخ 08 سبتمبر 1951، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

[https://ar.jurispedia.org/index.php?title=%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A_\(iq\)](https://ar.jurispedia.org/index.php?title=%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A_(iq))

- المرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1953، مؤرخ في 7 سبتمبر سنة 1953، يتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجمهورية العربية السورية، طبقا للتعديل الأخير الذي صدر في 07 فيفري 2019، متوفر على الموقع:

<http://www.mediafire.com/file/4mpsr7iqp1qrx3y/%25d9%2586%25d8%25a7%25d9%2586%2019>

- أمر مؤرخ في 13 أوت سنة 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي عدد 66، بتاريخ 17 أوت 1956، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

<https://www.justice.gov.tn/index.php?id=436>

- قانون رقم 188 لسنة 1959 بشأن الأحوال الشخصية، الجمهورية العراقية، ج. ر. (الوقائع القانونية) عدد 280، بتاريخ 30 ديسمبر 1959، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c76654f4>

- قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 5 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 56 بتاريخ 3 و6 و10 و13 نوفمبر 1959، متوفر على الموقع:

http://www.legislation.tn/affich-code/Code-de-proc%C3%A9dure-civile-et-commerciale_90

- قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، ج. ر عدد 22 صادر في 30 ماي 1968، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:
<http://www.elawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/EvidenceLawInCivilAndCmercialProceedingsAr.pdf>
- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 28 شتبر 1974 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج. ر عدد 3230 مكرر، بتاريخ 30 شتبر 1974، ص.2741، طبعة محيئة بتاريخ 20 ماي 2014، متوفر على الموقع:
<https://www.justice.gov.ma/lg-1/legislation/Default.aspx>
- قانون رقم 43 لسنة 1976 يتضمن القانون المدني، المملكة الأردنية الهاشمية، ج. ر عدد 2645 بتاريخ 01 أوت 1976، متوفر على الموقع:
[/https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments](https://jordan-lawyer.com/2010/07/11/jordan-civil-law-with-all-amendments)
- قانون رقم (10) لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم، وزارة العدل، دولة ليبيا، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:
<https://aladel.gov.ly/home/?p=1246>
- قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، دولة الكويت، ج. ر عدد 1570، بتاريخ 23 جويلية 1984، معدل ومتمم، الموسوعة القانونية، متوفر على الموقع:
<https://mesferlaw.com/archives/1465>
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986، متوفر على الموقع:
[/ http://www.lcrdye.org/7567](http://www.lcrdye.org/7567)
- قانون رقم 24 لسنة 1988 (قانون أصول المحاكمات المدنية لسنة 1988) وتعديلاته، المملكة الأردنية الهاشمية، رقم الجريدة 3545، بتاريخ 02 أفريل 1988، متوفر على الموقع:
<http://www.moj.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=132>
- قانون مؤرخ في 24 جويلية سنة 1991، يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين، جمهورية السودان، متوفر على الموقع:
<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5c76654f4>

- قرار مجلس النواب رقم (17_5) لسنة 1996 بالموافقة على القرار الجمهوري رقم (20) لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية، الجمهورية اليمنية، والمعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998 والقانون رقم (24) لسنة 1999 والقانون رقم (34) لسنة 2003، متوفر على الموقع:
<http://www.zipo-ye.org/ar/yemenilaws/11.pdf>
- مرسوم سلطاني رقم 97-32 مؤرخ في 4 يونيو سنة 1997، يتعلق بإصدار قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، ج. ر. عدد 601، بتاريخ 15 جوان 1997، متوفر على الموقع:
<http://www.mola.gov.om/legislation/laws/details.aspx?id=56>
- القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، جمهورية مصر، ج. ر عدد 4(مكرر) في 29 يناير سنة 2000، متوفر على الموقع:
<http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LegsCates&FIID=240>
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 3 فبراير 2004 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المملكة المغربية، ج. ر. عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، متوفر على الموقع:
http://www.sgg.gov.ma/arabe/CodesTextesLois/code_famille.aspx
- القانون رقم (34) لسنة 2005 بإنشاء صندوق النفقة، والذي عدلت بعض أحكامه بموجب القانون رقم (33) لسنة 2009، مملكة البحرين، ج. ر 2701، بتاريخ 4 أغسطس 2005، متوفر على الموقع:
<https://lloc.gov.bh/Legislation/Amendments/K3405>
- قرار اتحادي رقم 68 لسنة 2005 صادر بتاريخ 19 نوفمبر 2005 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، متوفر على الموقع:
<https://elaws.moj.gov.ae/Arabic.aspx?val=AL1>
- القانون رقم (22) لسنة 2006، مؤرخ في 29 جوان 2006، يتعلق بإصدار قانون الأسرة، دولة قطر، ج. ر عدد 8 صادر بتاريخ 28 أوت 2006، متوفر على الموقع:
<https://www.almeezan.qa/LawView.aspx?LawID=2558>

- ظهير شريف رقم 1.10.191 صادر في (13 ديسمبر 2010) بتنفيذ القانون رقم 41/10 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي، ج. ر. عدد 5904 بتاريخ (30 ديسمبر 2010)، متوفر على الموقع:
<https://www.justice.gov.ma/lg-1/legislation/Default.aspx>
- القانون رقم (1) لعام 2016، يتعلق بأصول المحاكمات السوري، دمشق في 3 يناير 2016، متوفر على الموقع:
www.homsbar.org/wp-content/uploads/2016/01/2016-عام-1-رقم-1-المحاكمات-رقم-1-عام-2016.pdf
- قانون رقم (19) لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة، مملكة البحرين، ج. ر ملحق العدد 3323، الخميس 20 يوليو 2017، متوفر على الموقع:
<https://lloc.gov.bh/HTM/K1917.htm>
- قانون رقم 15 لسنة 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية الهاشمية، ج. ر العدد رقم 5578 بتاريخ 02 جوان 2019، متوفر على الموقع:
<https://sjd.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=197>

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I. OUVRAGES

- 1- Dictionnaire De L'académie Française, 5^{ème} édition, édition ebooks, France, 1798.
- 2- ASTRID MARAIS, Droit Des Personnes, Dalloz, Paris, 2012.
- 3- BERNARD TEYSSIE, Droit Civil Les Personnes, 13^{ème} Edition, Lexis Nexis, Paris, 2011.
- 4- JEAN CARBONNIER, Droit Civil, Les Personnes : Personnalité, Incapacités, Personnes Morales, PUF, Paris, 1955.
- 5- MELINA DOUCHY-OU DOT, Droit Civil 1^{er} année Introduction, Personnes, Famille, 5^e Edition, Dalloz, Paris, 2009.
- 6- PATRICK COURBE, Droit Civil, Les Personnes, La Famille, Les Incapacités, 7^e Edition, Dalloz, Paris, 2009.
- 7- THOMAS ACHER, LAETITIA STASI, Droit Civil (Personnes, Incapacités, Famille), CPU, Paris, 2001-2002.
- 8- THIERRY CARRE, Le Droit Des Personnes, 2^e Edition, Dalloz, Paris, 2003.
- 9- Y VAINÉ BUFFELAN-LANORE, VIRGINE LARRIBEAU-TERNEYRE, Droit Civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 17^e édition, Dalloz, Paris, 2011.

II. THESES ET MEMOIRES

- 1- ASMAA MAZOUZ, La Réception Du Code Marocain De La Famille : Le Mariage Et Ses Effets De 2004 Par Le Droit International Privé Français, Thèse Pour Obtenir Le Grade Docteur De L'université De Strasbourg, Ecole Doctorale Droit Science Politique Et Histoire Ed 101, Université Strasbourg-France, Soutenue le 16 décembre 2014.

- 2- LOUISA HANIFI, la dissolution du lien conjugal du vivant des époux (ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne), étude de droit privé interne, thèse pour le doctorat d'état, faculté de droit, université d'Alger, 2006/2007.

III. ARTICLES

- 1- AIT-ZAI NADIA, « Les Effets Du Divorce En Algérie Au Regard Du Code De La Famille », RASJEP, université Ben youcef Benkhedda- Alger, vol.52, N°1, 2015, p.p.45-79.
- 2- BECHEUR ALI, « La Notion De Garde Dans Le Droit Tunisien De La Famille », RASJEP, université Ben youcef Benkhedda- Alger, vol. 5, N°4, 1968, p.p.1149-1159.
- 3- BOULENOUAR AZZEMOUR Malika, « Présentation Du Thème : La Hadana De L'enfant », LES CAHIERS DU LADREN, université Mohamed ben Ahmed oran2, vol. 4, N°1, 2013, p.p.155-157.
- 4- HADJ ALI MOHAMED MOKRANE, « L'entretien De L'enfant De Parents Divorcés », RASJEP, université Ben youcef Benkhedda- Alger, vol. 5, N° 4, 1968, p.p.1161-1168.
- 5- KOUIDRI MOSTEFA, « L'évaluation De La Jurisprudence En Matière De Hadana », RASJEP, université Ben youcef Benkhedda- Alger, vol. 40, N°1, 2003, p.p.37-69.
- 6- NAHAS MOHAMED MAHIEDDIN, « La Hadhana Dans Les Législations Des Pays Du Maghreb », LES CAHIERS DU LADREN, Université Mohamed ben Ahmed oran2, vol.1, N°1, 2008, p.p.25-104.

فهرس المحتويات

إهداء	-----
كلمة شكر وتقدير	-----
قائمة أهم المختصرات	-----
مقدمة	1-----
الباب الأول: مدى أحقية زوجة الغائب في التّطليق	8-----
الفصل الأول: مفهوم الغياب وتمييزه عما يشابهه من المفاهيم	10-----
المبحث الأول: المقصود بالغياب المُفْضِي إلى التّطليق	11-----
المطلب الأول: مفهوم التّطليق ودليل مشروعيته	11-----
الفرع الأول: تعريف التّطليق لغة واصطلاحاً	12-----
الفرع الثاني: دليل مشروعية التّطليق	15-----
أولاً: دليل مشروعية التّطليق من القرآن الكريم	15-----
ثانياً: دليل مشروعية التّطليق من السنّة النبويّة	16-----
ثالثاً: دليل مشروعية التّطليق من الفقه الإسلامي والتّشريع	17-----
المطلب الثاني: مفهوم الغياب	20-----
الفرع الأول: تعريف الغياب لغة واصطلاحاً	20-----
أولاً: الغياب لغة	21-----
ثانياً: الغياب اصطلاحاً	21-----
1- عند الحنفية	21-----
2- عند المالكية	22-----
أ- الغيبة القريبة	22-----
ب- الغيبة البعيدة	22-----
ت- الغيبة المتوسطة	22-----
3- عند الشافعية	22-----
أ- غائب في البلد	22-----
ب- غائب خارج البلد	23-----
4- عند الحنابلة	23-----
أ- غائب في ولايته	23-----
أ-1- غائب بمسافة بعيدة	23-----

23	أ-2- غائب بمسافة قريبة
23	ب-غائب في غير ولايته
26	الفرع الثاني: تعريف الغائب لغة واصطلاحا
26	أولا: تعريف الغائب لغة
27	ثانيا: تعريف الغائب اصطلاحا
27	1-تعريف الغائب شرعا
28	2-تعريف الغائب قانونا
32	المبحث الثاني: تمييز الغياب عن المفاهيم المشابهة
32	المطلب الأول: قراءة في علاقة الغياب بمصطلحي الفقد والهجر
32	الفرع الأول: تعريف الفقد وتمييزه عن الغياب
33	أولا: تعريف الفقد
33	1- تعريف الفقد والمفقود لغة
33	2- تعريف المفقود اصطلاحا
33	أ- تعريف المفقود شرعا
35	ب- تعريف المفقود قانونا
38	ثانيا: تمييز الفقد عن الغياب
39	1- من حيث الغياب وصعوبة العودة لظرف قاهر
40	2- من حيث العلم بالحياة والموضع
42	3- من حيث الخضوع لنظام النيابة الشرعية
43	الفرع الثاني: تعريف الهجر وتمييزه عن الغياب
43	أولا: تعريف الهجر
43	1- تعريف الهجر لغة
43	2-تعريف الهجر اصطلاحا
47	ثانيا: تمييز الهجر عن الغياب
47	1-في سبب ترك الوطاء
47	2-في طلب التطلق
47	3-في البعد عن مكان الإقامة
48	المطلب الثاني: قراءة في علاقة الغياب بمصطلحي الحبس والأسر

48	الفرع الأول: تعريف الحبس وتمييزه عن الغياب
48	أولاً: تعريف الحبس وتفريقه عن بعض الألفاظ ذات الصلة
48	1 - تعريف الحبس لغة واصطلاحاً
50	2 - التفرقة بين الحبس وبعض الألفاظ ذات الصلة
50	أ- تفرقة الحبس عن السجن
52	ب- تفرقة الحبس عن التوقيف وغيره من الألفاظ
54	ثانياً: تمييز الحبس عن الغياب
54	1- من حيث الغياب
54	2- من حيث العلم بالحياة والموضع
56	3- من حيث صعوبة العودة لظرف قاهر
57	4- من حيث الخضوع لنظام النيابة الشرعية
58	الفرع الثاني: تعريف الأسر وتمييزه عن الغياب
58	أولاً: تعريف الأسر
58	1- تعريف الأسر لغة
59	2- تعريف الأسر اصطلاحاً
60	ثانياً: تمييز الأسر عن الغياب
61	1 - من حيث الغياب
61	2 - من حيث العلم بالحياة والموضع
61	أ- تمييز الأسير عن الغائب من منظور الفقه الإسلامي
62	ب- تمييز الأسير عن الغائب من منظور القانون
64	3- من حيث صعوبة العودة لظرف قاهر
	الفصل الثاني: مدى اعتراف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية لزوجة الغائب بحق
65	التطليق
	المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية من حق زوجة الغائب في
66	التطليق
67	المطلب الأول: التطليق للغياب في الفقه الإسلامي بين المنع والجواز
67	الفرع الأول: الفقه المانع للتطليق بسبب الغياب
70	الفرع الثاني: الفقه المجيز للتطليق بسبب الغياب

- 70----- أولًا: موقف الفقه المالكي من حقّ زوجة الغائب في التّطليق للغياب
- 75----- ثانيا: موقف الفقه الحنبلي من حقّ زوجة الغائب في التّطليق للغياب
- 77----- 1 - الغيبة التي ظاهرها السلامة
- 77----- 2- الغيبة التي ظاهرها الهلاك
- 78----- ثالثًا: موقف الفقه الشافعي من حقّ زوجة الغائب غيبة منقطعة في التّطليق للغياب
- 79----- المطب الثاني: جواز التّطليق للغياب في التشريعات العربية
- 80----- الفرع الأوّل: موقف قانون الأسرة الجزائري من تطليق الزوجة بسبب الغياب
- 80----- أولًا: حقّ زوجة الغائب معلوم الحال في التّطليق
- 81----- 1 - صدور حكم بإدانة الزوج
- 81----- 2 - أن تكون الجريمة ماسّة بشرف الأسرة
- 82----- 3- أن تعكس الجريمة استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية
- 83----- ثانيا: حقّ زوجة الغائب مجهول الحال في التّطليق
- 83----- 1 - التّطليق بعد صدور الحكم بالفقد
- 85----- أ- إصدار الحكم بالفقد ونطاق العمل به
- 85----- ب- أثر الحكم بالفقد على المعاملات المالية
- 87----- 2- التّطليق بسبب الحكم بالوفاة
- 88----- أ- صدور الحكم بوفاة المفقود
- 88----- أ-1- الفقد في ظروف يغلب فيها الفناء
- 93----- أ-2- الفقد في الظروف العادية
- 94----- ب- آثار الحكم بوفاة المفقود
- 94----- ب-1- أثر الحكم بوفاة المفقود على الزوجة
- 94----- ب-1-أ- ما يترتب على عدم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة
- 98----- ب-1-ب- ما يترتب على ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة
- 100----- ب-2- أثر الحكم بوفاة المفقود على الأموال
- 101----- ب-2-أ- ما يترتب على عدم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة
- 101----- ب-2-ب- ما يترتب على ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة
- 103----- الفرع الثّاني: موقف بعض التشريعات العربية المقارنة من تطليق الزوجة بسبب الغياب
- 103----- أولًا: موقف بعض التشريعات العربية من حقّ زوجة الغائب معلوم الحال في التّطليق

104	ثانيا: موقف بعض التشريعات العربية من حقّ زوجة الغائب مجهول الحال في التّطليق
105	المبحث الثاني: شروط التّطليق بسبب الغياب
106	المطلب الأوّل: الشروط التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي و بعض التشريعات العربية الأخرى
106	الفرع الأوّل: مبالغة الزوج في غيابه دون عذر
106	أولا: طول مدّة الغياب
109	ثانيا: عدم وجود عذر مقبول
112	الفرع الثاني: عدم ترك النّفقة
113	أولا: طلب التّطليق بسبب غياب الزوج المقترن بعدم الإنفاق
114	1- موقف المذاهب الفقهية من التّطليق للغياب المقترن بعدم الإنفاق
114	2- موقف بعض التشريعات العربية من التّطليق للغياب المقترن بعدم الإنفاق
119	ثانيا: طلب التّطليق بسبب عدم الإنفاق عند غياب الزوج
121	المطلب الثاني: الشروط التي انفرد بوضعها الفقه الإسلامي و بعض التشريعات العربية المقارنة
122	الفرع الأوّل: الكتابة والإرسال إلى الشخص الغائب
126	الفرع الثاني: الضرر من الغياب الطويل وخوف الفتنة
130	الباب الثاني: حدود استجابة القاضي لطلب الزوجة بالتّطليق للغياب
132	الفصل الأوّل: الإجراءات المساهمة في تكوين الحكم القاضي بالتّطليق للغياب
133	المبحث الأوّل: إجراءات تهيئة الخصومة القضائية
133	المطلب الأوّل: الشروط الشكلية لرفع الدعوى القضائية
134	الفرع الأوّل: رفع الدعوى بموجب عريضة
134	أولا: أداة رفع الدعوى وشكلها القانوني
136	ثانيا: الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى التّطليق للغياب
137	الفرع الثاني: تبليغ عريضة افتتاح الدعوى
137	أولا: التكليف بالحضور وبياناته
140	ثانيا: مراحل التبليغ
142	المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى القضائية
142	الفرع الأوّل: الصفة في التقاضي

145	الفرع الثاني: المصلحة في التقاضي
146	أولاً: أن تكون المصلحة مشروعة وقانونية
146	ثانياً: أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة
147	ثالثاً: أن تكون المصلحة قائمة وحالة
149	الفرع الثالث: الأهلية في التقاضي
149	أولاً: الأهلية شرط لقبول الدعوى
150	ثانياً: الأهلية شرط لصحة الإجراءات
151	المبحث الثاني: إجراءات سير الخصومة القضائية
152	المطلب الأول: القواعد الخاصة بالحضور والغياب
152	الفرع الأول: نظام الجلسة وإجراءاتها
155	الفرع الثاني: أثر غياب الخصوم أو أحدهما على النظر في الدعوى
155	أولاً: حالة غياب المدعية
156	ثانياً: حالة غياب المدعى عليه
157	المطلب الثاني: الإثبات والصلح أمام القضاء
158	الفرع الأول: القواعد المنظمة للإثبات في دعاوى التّطبيق للغياب
158	أولاً: معنى الإثبات ووسائله
159	1- تعريف الإثبات
159	أ- تعريف الإثبات لغة
159	ب- تعريف الإثبات اصطلاحاً
160	2- وسائل الإثبات
160	أ- وسائل الإثبات الواردة في القانون المدني الجزائري
163	ب- وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية
165	ثانياً: مجال إثبات الغياب الموجب للتّطبيق
165	1- إثبات واقعة الغياب في التشريع الجزائري
166	2- إثبات واقعة الغياب في بعض التشريعات العربية
166	أ- إثبات واقعة الغياب في التشريع المغربي
168	ب- إثبات واقعة الغياب في التشريع الأردني
168	ت- إثبات واقعة الغياب في التشريع السوداني

169	ث - إثبات واقعة الغياب في التشريع السوري
169	الفرع الثاني: الصلح في دعاوى التّطليق للغياب
170	أولاً: مفهوم الصلح ودليل مشروعيته
170	1- تعريف الصلح
170	أ- تعريف الصلح لغة
171	ب- تعريف الصلح اصطلاحاً
171	2- دليل مشروعية الصلح
172	ثانياً: التزام المحكمة بعرض الصلح على الخصوم
172	1 - تفعيل إجراء الصلح في دعاوى الطلاق والتّطليق
176	2- استثناء دعاوى التّطليق للغيبة من إجراء الصلح
178	ثالثاً: عن فاعلية آلية الصلح في دعاوى التّطليق للغياب
180	الفصل الثاني: دور القاضي في الحكم بالتّطليق للغياب وآثاره
180	المبحث الأول: الحكم لزوج الغائب بالتّطليق وطبيعته
181	المطلب الأول: السلطة المخوّلة للقاضي في التّطليق بين الزوجين للغياب وأفق تطبيقها
181	الفرع الأول: سلطان القاضي في الحكم بالتّطليق للغياب
182	أولاً: سلطة القاضي المقيدة في إجابة طلب زوجة الغائب في التّطليق
182	ثانياً: سلطة القاضي التقديرية في إجابة طلب زوجة الغائب في التّطليق
183	1- إعمال القاضي لسلطته فيما ورد نص قانوني بشأنه
184	2- إعمال القاضي لسلطته فيما لم يرد نص قانوني بشأنه
185	الفرع الثاني: تقييم البعد العملي لمسألة التّطليق لغياب الزوج بين أصالة النص وعقم التّطبيق
185	أولاً: رصد نتائج الاستجابة لدعاوى التّطليق للغياب: قراءة في الإحصائيات المسجلة على مستوى مجلس قضاء بجاية_أمونجا_
186	1 - إحصائية لأحكام التّطليق والخلع على مستوى مجلس قضاء بجاية
186	الشكل (1): أحكام التّطليق والخلع على مستوى محكمة بجاية
186	الشكل (2): أحكام التّطليق والخلع على مستوى محكمة سيدي عيش
187	الشكل (3): أحكام التّطليق والخلع على مستوى محكمة أميزور وفرع لقصر
188	الشكل (4): أحكام التّطليق والخلع على مستوى محكمة أقبو

الشكل (5): أحكام التّطليق والخلع على مستوى محكمة أقبو (فرع تازمالت)	188
الشكل (6): أحكام التّطليق والخلع على مستوى محكمة خراطة	189
2 - قراءة في الإحصائيات المتعلقة بدعاوى التّطليق لغياب الزوج خلال فترة 2020/2014	189
3- التباين الإحصائي ما بين دعاوى التّطليق والخلع خلال فترة 2020/2014	190
ثانيا: ضآلة الأحكام القضائية الصادرة بخصوص دعاوى التّطليق للغياب وسببه	191
المطلب الثاني: وصف الحكم الصادر بالتّطليق للغياب ونطاق الطعن فيه	192
الفرع الأول: وصف الحكم الصادر بالتّطليق للغياب	192
أولا: الطبيعة الفقهية للحكم القاضي بالتّطليق للغياب	193
1 - التّطليق للغيبة في منظور الفقه المالكي	193
2 - التّطليق للغيبة في منظور الفقه الحنبلي	194
ثانيا: الطبيعة القانونية للحكم القاضي بالتّطليق للغياب	195
1- عدم تحديد طبيعة حكم التّطليق للغياب	195
2 - تحديد طبيعة حكم التّطليق للغياب	197
أ- التّطليق للغياب طلاق	197
أ-1- الإجماع على بينونة التّطليق للغياب	197
أ-2- رجعية التّطليق للغياب في نظر القانون السوري والليبي	198
ب- التّطليق للغياب فسخ	199
الفرع الثاني: الطعن في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية	200
أولا: الطعن بالمعارضة	201
ثانيا: الطعن بالنقض	201
ثالثا: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة و التماس إعادة النظر	203
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الحكم بالتّطليق للغياب	204
المطلب الأول: الآثار غير المالية للتّطليق	205
الفرع الأول: ما يترتب على التّطليق من حقوق للمطلّقة	205
أولا: العدة الشرعية والرجعة	205
1- أحكام ومقتضيات عدة الطلاق أو التّطليق	206
2- ضابط الرجعة في الطلاق البائن	209

209	ثانيا: الاحتفاظ بالحضانة امتياز قانوني للأم المطلقة
210	1 - أولوية الأم بحضانة ولدها
214	2 - حدود امتياز الحضانة الممنوحة للأم
214	أ- شروط الحاضن في الفقه الإسلامي والتشريع
217	ب- مراعاة مصلحة المحضون بإسقاط الحضانة وعودتها
218	ب-1- زواج الحاضنة بغير قريب محرم أو تنازلها عن حقها في الحضانة
220	ب-2- اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من تقنين الأسرة
221	ب-3- تقادم الحق في الحضانة بمرور مدة تزيد عن سنة دون طلبه
222	ب-4- توطن الحاضن في بلد أجنبي
225	ثالثا: الحق في ممارسة الولاية
225	رابعا: الحق في زيارة المحضون
227	الفرع الثاني: ما يترتب على التّطليق من حقوق للأولاد
227	أولا: حق الأولاد في النسب
229	ثانيا: حق الأولاد في الحضانة والزيارة
230	المطلب الثاني: الآثار المالية للتّطليق
230	الفرع الأول: ما يترتب على التّطليق من حقوق للمطلقة
231	أولا: حق المطلقة في النفقة
235	ثانيا: حق المطلقة في السكن أو أجرته
237	ثالثا: حق المطلقة في متاع منزل الزوجية
238	1 - امتلاك أحد الزوجين البيّنة على ملكية المتاع
239	2- عدم امتلاك أحد الزوجين البيّنة على ملكية المتاع
241	رابعا: حق المطلقة الحاضنة في أجره الرضاع والحضانة
242	الفرع الثاني: ما يترتب على التّطليق من حقوق للأولاد
242	أولا: حق المحضون في النفقة
245	ثانيا: الحق في أجره الحضانة والرضاع
247	خاتمة
253	قائمة المصادر والمراجع
288	فهرس المحتويات

التطليق لغياب الزوج بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية المقارنة

تناولت هذه الدراسة أحد مواضيع العلاقة الأسرية، وهو التطليق بطلب من الزوجة بسبب غياب الزوج، وباعتبار أن الغياب من الظواهر الاجتماعية الحساسة بفعل ما ينطوي عليه من إخلال بمصلحة الزوجة والأولاد ومضرة بهم، فقد هدفت هذه الدراسة إلى الإلمام بكل جوانبه، من خلال بيان المقصود بالغياب المفضي إلى التطليق وما يميزه عن غيره من المفاهيم، وكذا مدى اعتراف الفقه الإسلامي والتشريعات العربية للزوجة بهذا الحق وشروطه، وأيضا الإجراءات المتخذة حيال ذلك بداية من رفع دعوى التطليق إلى إصدار الحكم به والآثار المترتبة عليه.

Le Divorce en raison de l'absence de l'époux dans la jurisprudence islamique et les législations arabes comparées

Cette étude a abordé l'un des sujets de la relation familiale, qui est le divorce à la demande de l'épouse en raison de l'absence de l'époux. L'absence est l'un des phénomènes sociaux sensibles en raison du préjudice qu'il inflige au conjoint et aux enfants. Pour cette raison, l'étude vise à englober tous ses aspects, par la conceptualisation de l'absence et ce qui la distingue des autres notions; la reconnaissance par la doctrine et les législations arabes du droit de l'épouse de demander le divorce pour absence de l'époux, des mesures prises à partir du dépôt de la requête pour le divorce jusqu'à la décision de justice ainsi que les effets de celui-ci.

Divorce due to the absence of the husband under Islamic jurisprudence and comparative Arab legislations

This study has dealt with one of the topics of the family relationship, which is the divorce at the request of the wife due to the absence of the husband; and since the absence is conceded as one of the sensitive social phenomena because of the harm it inflicts on the wife and children, for this reason, this study aimed to cover all its facets, including the determination of the meaning of the absence and what distinguishes it from other concepts; also the extent to which Islamic jurisprudence and Arab legislations recognize this right for women and its conditions; and the action taken from the filing of the divorce proceedings to the pronouncement of the judgment and its effects.