الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعةمحمد بوضياف المسلية

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية

قسم:العلوم الإسلامية

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر تخصص الشريعة والقانون

بعنوان

التطليق لغيبة الزوج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

ـ إعداد الطالب :

. خليل يحياوي

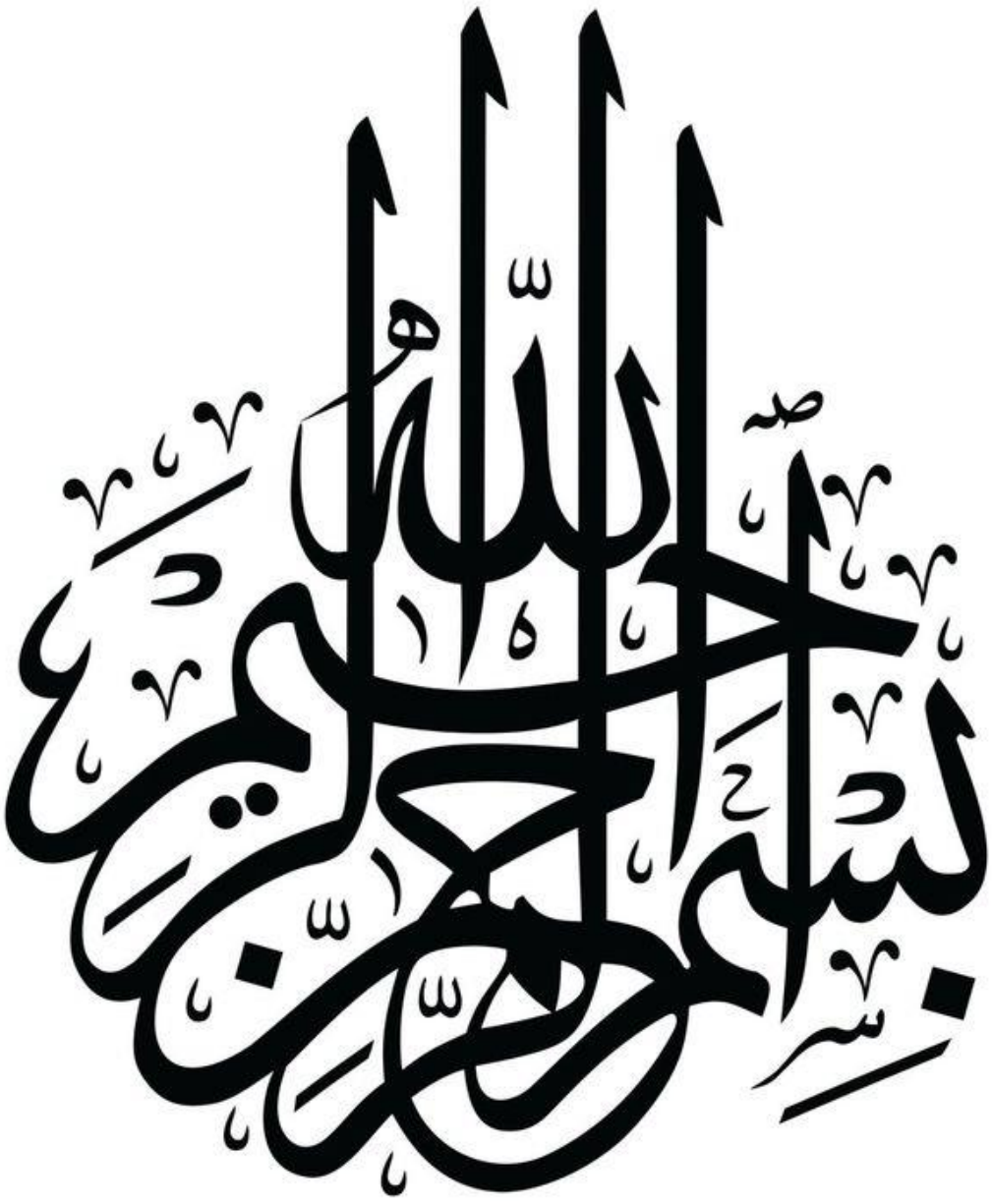
ـ إشراف الأستاذ:

د. بوهالي محمد

لجنة المناقشة

الأستاذ	زايدي أحمد	رئيسا
الأستاذ:	بوهالي محمد	مقررا ومشرفا
الأستاذ:	بومدوحة محمد	ممتحنا

السنة الجامعية 2024/2023م


بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم: العلوم الإسلامية .

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): خليل بحياوي.

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالب.

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 109761013000030008

والصادرة بتاريخ: 2017,03,06م.

عن الدائرة: مقرة.

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية.

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:
التطليق لغيبة الزوج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 03 ديسمبر 2024

إمضاء المعني

مطروحة على مستوى المجلس العلمي
للقسم
بتاريخ: 03 ديسمبر 2024

رئيس المجلس العلمي للقسم
مفوض منه من السلطة المفوضة

ـ شكروعرفان

ـ الحمد لله الذي أخرجنا من ظلمات الجهل والوهم إلى نور العلم والمعرفة فله الحمد أولا وآخرا وله الحمد ظاهرا وباطنا ، الحمد الله على نعمه التي لا تعد ولا تحصى ، الحمد لله على فضله وإحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه قال تعالى : (وَمَا بِكُم مِّن نِّعْمَةٍ فمِنَ الله) النحل 53.

من فضل الله علي أن أنعم علي بالدراسة في مرحلة الماستر والقيام بإنجار هذا المذكرة، فله الفضل سبحانه أولا وآخرا، ثم أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور محمد بوهالي وهذا اعترافا بفضله على ما قدمه من إرشاد ونصح في إنجاح هذا العمل، لذلك أتقدم له بخالص الشكر والتقدير، كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة السنة ثانية ماستر شريعة وقانون ، وإلى كل زملائي الطلبة وإلى كل من ساندني من قريب أو بعيد.

إهداء

يقول المثل : يفعل الجهل بصاحبه ما لا يفعلة العدو بعدوه .

وقال الشاعر:

ذو العقل يشقى في النعيم بعقله وأخوا الجهالة في الشقاوة ينعم

كل جهد يبذل في طلب العلم هو جهاد في سبيل إحقاق الحق وإبطال الباطل، وهذا أسمى هدف لكل عالم وطالب علم ، فكل جهد يبذل في سبيله قليل وتعبه راحة وفرحته خاصة ، لذلك أهدي هذا الجهد المتواضع على ما فيه من نقص وعيوب إلى كل طالب علم يبتغي بعلمه وجه الله تعالى ، وإلى كل من سار في طريق يحق فيه الحق ويبطل فيه الباطل ، وإلى كل من ساند الحق وجاهد في سبيله حتى يأتيه اليقين.

الحروف المستعملة:

الحرف	معناه
ج	جزء
ص	صفحة
ط	طبعة
ت	تحقيق
د . ت	دون تاريخ
د ـ ط	دون طبعة
ق . أ .ج	قانون الأسرة الجزائري
ج . ر	الجريدة الرسمية الجزائرية

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلق الله أجمعين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وأن يجعلنا معهم برحمته آمين أما بعد :

من مقاصد الشرع الحنيف حفظ النفوس والأنساب والأعراض، لذلك شرع لها أحكاما توجدها وأخرى تحفظها من الزوال، ومن بين تلك الأحكام ، تشريع الزواج وأحكام تحدد حقوق وواجبات الزوجية، لتنظيم حياة الأسر ولتجنب الخلافات بين الزوجين وحتى تضمن نجاحها وصلاحها، **لقوله تعالى:{ وَلَهُن مِثْل اَلَّذِي عَلَيْهِنّ بِالْمَعْرُوف وَلِلرِّجَال عَلَيْهِنّ دَرَجَةٌ} البقرة 228**

كما بين أسس الحياة الزوجية، فهي تقوم على المودة والرحمة، وحسن المعاشرة بين الزوجين **لقوله تعالى :{وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا } النساء 19، ولقوله تعالى : (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِن أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)**الروم 21

فإذا حدث ما يعكر صفو الحياة الأسرية من مشاكل بين الزوجين أو وقع ضرر على أحدهما فقد دلت الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة على الإصلاح بينهما، ودفع الضرر ما أمكن فإذا استحالت الحياة الزوجية، وصار ضرر بقائها أكبر من ضرر الفرقة كان للزوج حق الطلاق كما يكون للزوجة حق طلب التطليق أو الفرقة عن طريق التقاضي أو طرق أخرى أباحها الشرع وهذا لرفع الضرر الواقع عليها والذي من بينه غياب الزوج عنها، وهو قضية مطروحة قديما وحديثا خاصة في وقتنا الحاضر، وهذا راجع لأسباب عديدة منها :

1 ـ الهروب من الفتن والحروب والنزاعات الداخلية، كما حدث ويحدث في كثير من البلدان العربية والإسلامية مثل ما يسمى بالربيع العربي، مما أدى إلى غيبة وفقدان الكثير من الأشخاص بل وتشتت آلآف الأسر.

2 ـ السفر لطلب العلم في الدول المتطورة أصحاب الدراسات العليا والبحوث العلمية خاصة في مجال العلوم التجريبية حيث توجد الظروف المواتية للبحث العلمي.

3 ـ الغيبة والفقد بسبب الكوارث، مثل الزلازل والفيضانات والجفاف غرق السفن، أوبسبب الجوائح أو الأمراض المعدية مثل جائحة كورونا، الطاعون ...

4 ـ تأثر الكثير من الأشخاص بالحضارة الغربية، حتى صار عندهم العيش في هذه الدول حلم ، و يوجد أشخاص تركوا بلدانهم ووظائفهم وهاجروا إلى هناك .

5 ـ ضعف اقتصاد كثير من الدول المسلمة مما يشجع على الهجرة غير الشرعية للبحث عن العمل وظروف لمعيشة حسنة ، مما تسبب في غياب وفقد الكثير من الأشخاص .

6 ـ الظلم الواقع على المسلمين من الأعداء، من قتل وتهجير وإبادة في شتى أنحاء العالم كما حدث ويحدث لكثير من الشعوب المسلمة، سواء كانوا كأقليات أو كدول .

7ـ الإعتقال والخطف والحبس، كما يحدث لأهل غزة .

8 ـ الإهمال العائلي حيث يترك الزوج الأسرة، لعجزه عن تحمل مسؤولياتها أولتهربه من أعبائها وتكاليفها .

9 ـ هناك من يغيب أو يفقد بسبب التجارة في البلدان الخارجية، حيث يذهبون لطلب السلع .

ظاهرة الغياب والفقد صارت من الأمور المستفحلة خاصة في الدول العربية بصفة خاصة

والإسلامية بصفة عامة، لذلك كانت محل بحث واهتمام لكثير من الفقهاء والباحثين لما لها من أثر على الأسر، منه تضرر الزوجات لغياب أزواجهن، وهو موضوع هذا البحث التطليق للغيبة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ومن هنا يمكننا طرح الإشكالات الآتية :

إشكالية البحث:

ـ ما الفرق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التطليق لأجل غياب الزوج؟

هذا الإشكال يمكن أن تطرح تحته مجموعة من التساؤلات الآتية :

ـ ما هو مفهوم التطليق، وما مصدر مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون ؟

ـ ما هو مفهوم الغيبة وما الفرق بينها وبين الفقد ؟

ـ ما حكم التطليق للغيبة والفقد؟

ـ ماهي شروط التطليق للغيبة في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري ؟

ـ ماهي الطبيعة القانونية للتطليق(ونوع الفرقة بالمصطلح الفقهي للغيبة)هل هي فسخ أم طلاق؟

ـ ما الآثار المترتب عن عودة المفقود ؟

ـ وقد جاءت هذه المذكرة كمحاوله للإجابة عن هذه التساؤلات والمسماة بـ

ـ "التطليق لغيبة الزوج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "

أهمية البحث:

البحث في موضوع التطليق للغيبة له أهمية كبيرة منها :

1 ـ معالجة ظاهرة فقد وغياب الأزواج عن زوجاتهن، فقد أصبحت منتشرة ، وتحتاج إلى اجتهادات فقهية وقانونية لمعالجتها .

2 ـ الحاجة إلى تبيين موقف الشرع والقانون من التطليق بسبب الغيبة .

3 ـ الموازنة بين منافع بقاء عقد الزواج والمضار الناتجة عن التطليق أو الفرقة بسبب الغيبة سواء على مستوى الزوجين أو الأسرة أو المجتمع .

4 ـ بيان خطورة غياب الأزواج عن زوجاتهن وما ينجر عنه من تبعات .

5 ـ الإحتياط لمسألة غياب الأزواج في مرحلة الخطبة، وقبل عقد الزواج فإذا عرفت المخطوبة أن الخاطب عمله يتطلب السفر والغياب، فالواجب عليها أن تحسم أمرها قبل العقد.

6 . بيان قيمة تعليم أحكام الشرع، لتعظيم هذه الرابطة وتجنب إهمالها .

ـ منهجية البحث :

. البحث يدور حول موضوع الغيبة كسبب للتطليق في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأسرة الجزائري ؛ لذلك تقديم هذا البحث يتطلب أكثر من منهج لمعالجته ، وقد اعتمدت على :

1ـ المنهج المقارن :

وذلك بعرض آراء فقهاء الشريعة، ومقارنتها ما أمكن مع ما جاء في قانون الأسرة الجزائري.

2 ـ المنهج الإستقرائي والوصفي:

وذلك بعرض أقوال وأرآء الفقهاء مع ذكر الشواهد من النصوص الشرعية ، مع ذكر المواد القانونية وأقوال شراح القانون ما أمكن.

3ـ المنهج التحليلي :

ـ وذلك بتحديد أفكار أو مواقف كل مذهب على حدا أو جمع المتشابهة منها ما أمكن مع تحديد موقف القانون كرأي مستقل.

الدراسات السابقة :

مسألة التطليق بسبب غياب الزوج عن زوجته مطروحة من عهد الصحابة ـ رضي الله عنهم وموجودة عند الفقهاء الأوائل، و جزئياتها متناثرة في أبواب الفقه، كما هي موجودة عند الفقهاء المعاصرين، لكن لم أعثر على من تناولها كموضوع مستقل يشمل جميع جوانبها، أما الدراسات الفقهية والقانونية، هناك من حاول جمع جوانب هذا الموضوع وهناك من أشار إليه كعنصر ومن بين تلك الدراسات السابقة:

1 ـ التطليق لغياب الزوج بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، أطروحة لنيل الدكتوراه تواتي باسمه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميره، بجاية

2 ـ أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة لاستكمال درجة الماجستير، يوسف عطا محمد حلو، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين

3 ـ أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع القانون، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، عبد المنعم فارس السقا، جامعة دمشق

4 ـ الغيبة والفقدان وأثرهما في إنهاء الرابطة الزوجية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، حمزة كامل طالب دكتوراه في جامعة المصطفى العالمية ، قسم القانون الخاص.

5 ـ كتاب التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، محمد عبد الرحمن الفقي

الصعوبات:

ـ من بين الصعوبات التي واجهتني في جمع ما تيسر من المعلومات حول الموضوع الآتي:

1ـ جمع المادة العلمية خاصة عند أصحاب المذاهب ، فهي معلومات متناثرة .

2 ـ تعدد أقوال المذهب الواحد في المسألة، فيصعب معرفة المعمول به في المذهب، كما يوجد لبعض الفقهاء روايتين في المسألة الواحدة أو قولين في المسألة قول قديم وجديد فيصعب الإستشهاد بأقوالهم.

3 ـ قلة الكتب التي تتناول الموضوع من كل جوانبه، وخاصة كتب المعاصرين بأن تعالجه بما يتوافق مع الواقع المعيش.

4ـ كتابة البحث بالحاسوب، وإرساله عبر الإمايل أو تحويله إلى (ب. د. ف)يؤدي إلى تغيرات في البحث ، وهو مشكل غير منتهي ، حيث يتطلب العمل بالحاسوب خبرة.

خطة البحث :

ـ لمعالجة هذا البحث اخترت هذه الخطة التي قسمتها إلى فصلين تناولت في :

ـ الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للتطليق والغيبة ، وقد اندرج تحته مبحثان

ـ المبحث الأول: تناولت فيه مفهوم التطليق .

ـ المبحث الثاني :بينت فيه مفهوم الغيبة .

ـ أما الفصل الثاني: بينت فيه أحكام التطليق للغيبة والفقد واندرج تحته مبحثان .

ـ المبحث الأول :أحكام التطليق لغياب الزوج

ـ المبحث الثاني: أحكام التطليق للفقد .

الفصل الأول

الإطارالمفاهيمي للتطليق للغيبة

تمهيد :

يعد الفقد والغياب من الظواهر التي قد تحدث للإنسان أثناء حياته ، ومن أنواع الفقد والغياب غياب الزوج وفقده، هذا الفقد يؤدي إلى إلحاق الضرر بأهله وأقاربه، وعلى وجه الخصوص الزوجة، حيث تصبح لوحدها، مسؤولة عن تربية الأولاد والتكفل بما يحتاجونه ، كما تصبح في نظر الناس امرأة بدون زوج بسبب هذا الفقد ، وقبل الخوض في أحكام الغياب والفقد سأتطرق في هذا الفصل لبعض المصطلحات على النحو الآتي من خلال هذين المبحثين.

ـ المبحث الأول : مفهوم التطليق

ـ المبحث الثاني : مفهوم الغيبة

ـ المبحث الأول : ماهية التطليق

الأصل أن فك عقد النكاح بيد الزوج ، ولكن إذا وقع ضرر على الزوجة من جهة زوجها كان لها الحق في طلب التطليق، فما معناه ؟ وما دليل مشروعيته؟ هذا ما سنجيب عنه في هذا المبحث وقد قسمته إلى مطلبين الأول لتعريف التطليق والثاني لمشروعيته.

المطلب الأول: تعريف التطليق

قبل أن أتحدث على مشروعية التطليق ارتأيت أن أبين مفهوم التطليق من خلال تعريفه لغة في (الفرع الأول) ثم بيان مفهومه الإصطلاحي شرعا في (الفرع الثاني) ومفهومه قانونا في (الفرع الثالث)

الفرع الأول: تعريف التطليق لغة

ـ طلق امرأته فصلها عنه، وحل عقد الزواج بينهما. [1]

وجه طليق: أي مستبشر منبسط متهلل ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: (لا تحقرن من المعروف شيئا ولو أن تلقى أخاك بوجه طليق) [2]وفي لفظ طلق ، وطلق اليدين : سمحهما وطليق اللسان : فصيحه ويقال للإنسان إذا أعتق طليق، أي صار حرا ، والطليق :الأسير يطلق فعيل بمعنى مفعول ، والطالق من الإبل:هي التي لا قيد عليها أو التي طلقت في المرعى[3]

وطُلِقَت المرأة تُطَلق طَلْقًا على ما لم يسم فاعله وطَلُقَت بضم اللام من الطلاق وطلاق المرأة بينونتها عن زوجها، ورجل مِطْلَاق ومِطْلِيق وطُلِيق وطُلَقه على مثال همزه، أي كثير الطلاق للنساء، والإطلاق هو الترك والإرسال، وطلاق النساء لمعنيين

---

[1]مسعود جبران ، الرائد، معجم لغوي عصري ، بيروت . لبنان ـ دارالملايين ، ط7،مارس 1952 م، ص524.

[2]مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري،صحيح مسلم ، ت:مجموعة من العلماء، دارالطباعة العامرة . تركيا . ،كتاب البر والصلة ، باب استحباب طلاقة الوجه عند اللقاء ، رقم 2626 ،ط 1، ج1، 1433هـ ـ 2011م،ص2013.

[3]جمال الدين بن محمدبن مكرم ابن منظور،لسان العرب ، دار صادر، بيروت – لبنان . د ط ـ د ت ،ج 10 ، ص226.

ـ الأول : حل عقدة النكاح ـ الثاني : التخلية والإرسال [1]

الفرع الثاني : تعريف التطليق شرعا:

ـ لم أعثر على تعريف للتطليق عند الفقهاء الأوائل، بل نجدهم يهتمون بالأسباب المعتبرة في الشرع لإباحتة، وهناك من الفقهاء من يسميه تفريقا، ومن بين التعاريف الموجودة في كتب الفقه عند المعاصرين التعريف الآتي :

ـ "هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق ...أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين"[2]

ـ ما يلاحظ على هذا التعريف:

ـأنه جعل التطليق إنهاء للعلاقة الزوجية ويتم بـ

أ ـ طلب من الزوج أو الزوجة: وكأنه يلغي حق الزوج في الطلاق ويجعل التطليق حق من حقوق الزوج كما هو حق للزوجة، رغم أن عقدة النكاح في الشرع بيد الزوج وحق من حقوقه، والواجب عليه فقط استعمال حق الطلاق وفق ما أمر الشرع، وأن يتجنب استعماله فيما حرمه كأن يوقعه من دون حاجة إليه.

ب ـ حكم قضائي : 1ـ الأصل أن الزوج هو الذي يفك الرابطة الزوجية وهو الأولى بفكها، لذلك على القاضي أن يجبره على التطليق أولا[3]، فإن أبى أو كان غائبا فرق هو بينهما .

---

[1]جمال الدين بن محمدبن مكرم ابن منظور،لسان العرب، مصدر سابق،ج 10، ص 226.

[2]الموسوعة الفقهية الكويتية ،صادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع الصفوة ـ الكويت، ط1، ج5 ،1414 هـ 1993 م ، ص275.

[3]محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،صححها وقابلها على عدة نسخ مهمة نخبة من العلماء الأجلاء ، دار اشريفة، بوزريعة ـ الجزائر ـ ج2 ، 1409 هـ 1986 م، ص98.

2 ـ التفريق لا يكون من القاضي فقط، يمكن أن يقع من الحكمين في حال الشقاق بين الزوجين إذا رأيا بأن يفرقا بينهما وهذا رأي :الإمام علي، وابن عباس، وأبي سلمه بن عبد الرحمن والشعبي، والنخعي، وسعيد بن جبير، والإمام مالك ، والأوزاعي. [1]

3ـ كما تقع الفرقة في حال جعل الزوج وكيلا عنه في التطليق، أوفي حال تفويض الزوج لزوجته ، فيمكنها حل عقد الزواج ..[2]

ـ وعليه يمكن فهم التطليق في نظر الشرع على أنه:ـ إنهاء عقد الزواج من الزوج أو من يخول له الشرع ذلك ، كالقاضي أو الحكمين بناء على طلب الزوجة ، لسبب من الأسباب المعتبرة شرعا ، سواء اتفق العلماء عليها أو اختلفوا ، ومن بينها غياب الزوج عن زوجته.

الفرع الثالث: تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري

في قانون الأسرة الجزائري لم أجد فيه موادا تعرف التطليق إنما يوجد ذكر لأسبابه، كما هو مبين في المادة 53 منه، حيث ذكرت عشرة أسباب وجاء فيها :

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

1 ـ عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوب النفقة ما لم تكن عالمة بإعساره ... "[3]

ـ وكما يوجد تعريف للطلاق ومتى يثبت في المادتين 48 و49 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص المادة 48 : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه الطلاق حل عقد الزواج ، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53و54 من هذا القانون ".

---

[1] السيد سابق ، فقه السنة ، مرجع سابق ، ج2، ص279 و 281 .

[2] المرجع نفسه ، ج2 ، ص 277.

[3] المادة 53 من قانون الأسرة ، قانون رقم 84 ـ 11 المؤرخ في 9رمضان عام 1404 الموافق لـ 9يونيوسنة1984والمتضمن . قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 15 ، المؤرخة في 27 فبراير2005 م

ـ وجاء في المادة 49 :" لا يثبت عقد الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي "

ما يمكن ملاحظته من هذه المواد :

1 ـ أن هذه المواد لا يوجد فيها تعريف للتطليق .

2 ـأن الطلاق: هو حل عقد الزواج ويقع بـ .

أ ـ إرادة الزوج : وهذا هو الأصل .

ب ـ طلب من الزوجة تقدمه للقاضي : الأفضل أن يسمى تطليقا لا طلاقا، ويكون لأسباب عشر كما هو مبين في المادة 53 من . ق أ ج .

ج ـ رضى الزوجين : وكأن للزوجة الحق في الطلاق كالزوج .

3 ـ الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي .

4 ـ المشرع لم يفرق بين الطلاق والتطليق في المادة 48 ، وجعل حق الزوجة كحق الزوج في الطلاق وبالتالي هو يلغي أو يقلل من حق الزوج في الطلاق، وهو الذي بيده عقدة النكاح ، ويجعل الفرقة بيد القاضي .

5 ـ ربما المشرع لم يميز بين الطلاق والتطليق، وجعل حق المرأة كحق الرجل في الطلاق؛ لأن كلاهما لا يثبت إلا بحكم قضائي وبالتالي تداخل معناهما فلم يكن هناك داع للتفريق بينهما ولعل اللفظ المناسب بدل الطلاق هو التفريق .

ـ وقد عبر الأستاذ بلحاج العربي عن التطليق بأنه تفريق في تعريفه له حيث جاء فيه .

" تفريق يوقعه القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة إذا تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري". [1]

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر، ج1 ، 1994 م، ص273 .

- يستخلص من التعريف الشرعي والقانوني للتطليق:

1 ـ التطليق في الفقه الإسلامي يكون لأسباب معتبرة شرعا، وكذلك في قانون الأسرة الجزائري يكون لأسباب معتبرة قانونا.

2 ـ الطلاق في الشرع يكون بإرادة الزوج ، فإذا أكره عليه وأوقعه سمي تطليقا ، وإذا أوقعه غيره كالقاضي أو الحكمين ربما الأنسب أن يسمى تفريقا .

3 ـ في قانون الأسرة كل حل لعقد الزواج لا يثبت إلا بحكم قضائي، وبالتالي أصبح حل عقد الزواج بيد القاضي، وقد ساوى بين الزوجين في طلبه في المادة 48، وألغى حق الزوج فيه وقد سماه طلاقا والأقرب أن يسمى تفريقا .

المطلب الثاني: ـ مشروعية التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

ـ بعد عرض تعريف التطليق، سنتطرق إلى بيان مشروعيته في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، وهذا ما سأبينه من خلال مشروعية التطليق في الفقه الإسلامي في الفرع الأول ثم مشروعيته في قانون الأسرة الجزائري في الفرع الثاني

الفرع الأول: مشروعية التطليق في الفقه الإسلامي

هو أمر جائز عند جميع فقهاء الشريعة، ولم أعثر على من لا يجيزه من الفقهاء جملة واحدة ، وإن اختلف الفقهاء في أسباب إباحته بين مضييق فيها كالمذهب الحنفي[1] وموسع كالمذهب المالكي،[2] وفي الحقيقة لكل سبب من أسباب إباحته أدلة لمشروعيتة، وهناك نصوص تبيح التطليق أو تجيزه بصفة عامة .

[1]عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان ـ ج4 ، 1424هـ . 2003م،ص 62.

[2]السيد سابق ، فقه السنة ، مرجع سابق ، ج2 ، ص284.

أولا- من القرآن الكريم :

- لا توجد آيا ت تبيح التطليق صراحة، وإنما يستنبط منها ما يدل على مشروعيته، ففي آيا ت كثيرة نجد القرآن الكريم يأمر الرجال بحسن معاشرة الزوجات أو تسريحهن بإحسان وينهى عن المضارة بهن، أي للزوجة أن تطلب الفرقة لأجل الضرر مثل :

1- قوله تعالى : **(وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اَللَّهُ كُلًّا مِن سِعَتِهِ وَكَانَ اَللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا)** النساء130

- وجه الإستدلال: في الآية إذن بالتطليق أو الطلاق أو بالفسخ أو غير ذلك إذا تعذر الصلح بين الزوجين، وإذا تفرقا فإن الله يغنيه عنها، بأن يعوضه من هي خير منها و يغنيها عنه بأن يعوضها من هو خير منه. [1]

2. قوله تعالى :**(اَلطَّلَاق مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكِ بِمُعَرَّفٍ أَو تَسْرِيحِ بِإِحْسَانٍ)** البقرة229

- **وجه الإستدلال** : للزوج أن يراجع زوجته بعد الطلقة الأولى والثانية ما دامت في عدتها وهذا إذا كان ناويا الإصلاح وحسن عشرتها، أما إذا لم يكن ناويا الإحسان إليها، فقد أمرت الآية الكريمة أن يطلق سراحها، وهو محسن إليها ولا يظلمها ، فإما أن يحسن أو يسرحها بإحسان.[2]

3. قوله تعالى : (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ) البقرة231

- **وجه الإستدلال** : يأمر الله الرجال إذا طلقوا النساء ولهم عليهن رجعة أن يحسنوا إليهن إذا انقضت عدتهن، ولم يبق منها إلا مقدار ما يمكنهم إرجاعهن، فإما أن يمسكوهن، أي يرجعوهن إلى عصمتهم بمعروف، وهو أن يشهدوا على إرجاعهن، أو أن ينووا عشرتهن بمعروف أو

[1] إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، تفسير القرآن العظيم ، دارالكتاب الحديث –الجزائر– ج1 ، الطبع (1433هـ . 2012م) ،ص 550.

[2] المصدر نفسه ،ج1 ص 276.

يفارقوهن بإحسان، أي يتركونهن حتى تنقضي عدتهن، ويخرجوهن من بيوتهم بالتي هي أحسن من غير شقاق. [1]

- **ثانيا ـ من السنة النبوية:**

1ـ عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال :" لا ضرر ولا ضرار" [2]

ـ **وجه الإستدلال:** الحديث قاعدة من قواعد الأخلاق والتعامل بين الناس، وهي دفع الضرر [3] عنهم بمختلف أنواعه، لذلك استنبط الفقهاء قاعدة فقهية من الحديث وهي"**الضرر يزال** " فالواجب إزالته و إلحاقه بالآخرين حرام، منه ما يقع على الزوجة من جهة زوجها، فالواجب دفعه وفق ما أمر الشرع. [4]

2ـ **قوله صلى الله عليه وسلم** : **(** أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة**)** [5]

ـ **وجه الإستدلال:** لا يجوز التفريق بين الزوجين إذا لم يكن هناك ضرر، فإذا وقع على أحدهما ولا يرتفع إلا بالتفريق جاز التفريق بينهما. [6]

3 ـ عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن امرأة ثابت ابن قيس أتت الرسول عليه الصلاة والسلام فقالت : إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في

---

[1] إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم ، مصدر سابق ، ج1 ،ص276.

[2] محمد بن يزيد القزويني ،سنن ابن ماجه،مطبعة دار الإحياء للكتب العربية،كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ،الحديث رقم: 2340 ، ج2 ،ص784.

[3] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،الأشباه والنظائر ، الناشردار الكتب العلمية ، لبنان، ط1 ،(1403هـ ـ 1983 م) ، ص38.

[4] عبد المحسن بن حمد العباد ، كتاب شرح الأربعين النووية ، ج29 ، ص2 المكتبة الشاملة.

[5] سنن ابن ماجة، مصدر سابق ، ،كتاب الطلاق ، باب كراهية الخلع ،رقم الحديث 2055،ج5، ص55.

[6] أبوبكر جابر الجزائري ، منهاج مسلم، الناشر دارمكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة ،1384هـ ـ 1964م، ص365.

الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أتردين عليه حديقتة " قالت:نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اقبل الحديقة وطلقها تطليقة". [1]

ـ **وجه الإستدلال** :الرسول عليه الصلاة والسلام لم ينكر على زوجة ثابت طلبها التفريق بينهما مع مدحها لقيس مما أظهر مشروعية التفريق، فلو لم يكن التفريق مشروعا لما وافقها الرسول عليه الصلاة والسلام. [2]

ـ **من المعقول :**

1ـ لايجوز لأحد أن يلحق الضرر بأخيه إلا في حدود ما أذن به الشرع. [3]

2 ـ هدف الشرع من التفريق رفع الضرر على الزوجة؛لأن أسمى غايات النكاح أن يجد كل من الزوجين في صاحبه سكن الزوجية ، لكن الحياة لا تسلم من الشقاق، فيبدأ بالإرشاد والنصح ثم الإصلاح قدر المستطاع فإذا نفقد صبر الزوجين أو أحدهما واستحالة مواصلة العلاقة الزوجية من سوء المعاشرة ، فلكل واحد منهم أن يستأنف حياة جديدة. [4]

الفرع الثاني: مشروعية التطليق في قانون الأسرة الجزائري

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق إذا وقع عليها ضرر من زوجها بأن ترفع أمرها إلى القاضي ليفك عصمة الزوجية، هذا إذا توفر سبب من أسباب التفريق المحددة في قانون الأسرة الجزائري، حيث نجده يذكر أسباب التطليق في المادة 53 ، وهي عشر أسباب حيث جاء فيها:" يجوز للزوجة طلب التطليق في الحالات الآتية:

---

[1]محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، صحيح البخاري،ضبط وتعليق عبد الخالق محمود علام طبعة جديد ومنقحة دار صبح ، بيروت ، واديسوفت الدار البيضاء، ط 1428 . 2007م ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، رقم الحديث 5273 ، ج3 ، ص410.

[2]ابن بطال البكري شرح صحيح البخاري ، مكتبة الرشد، السعودية،ط2 ، 1423هـ ـ 2003 م ، ص420.

[3]أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ط2 ، 1989 م ، ص 165.

[4]محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط3، 1377هـ ـ 1957م، ص 18.

1ـ عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون .

2 ـ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

3 ـ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

4 ـ الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف العائلة وتستحيل معها مواصلة العشرة

5ـ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

6 ـ مخالقة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

7ـ إرتكاب فاحشة مبينة

8 ـ الشقاق المستمر بين الزوجين

9 ـ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

10ـ كل ضرر معتبر شرعا "

كما أكد شراح القانون على جواز التطليق منها قول الأستاذ بلحاج العربي : " التطليق يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، طالما أنها متضررة في الحياة الزوجية والقاضي يفرق بينها وبين زوجها طبقا لقواعد الإنصاف والعدالة ." [1]

ـ وقال الأستاذ عمر زودة : " لزوجة الغائب أو المفقود أن تطلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون . " [2]

[1] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ج1 ،2007 م ،ص 273.

[2] عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق، بن عكون ـ الجزئر ، 2021 م ، ص 52.

خلاصة:

التطليق أو طلب الزوجة التفريق جائز شرعا وقانونا لأسباب يتطلب من الزوجة إثباتها وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في اعتبارها إلا أن الفقهاء مختلفون في هذه الأسباب بين موسع فيها ومضيق، منها ما يتفق عليه فقهاء الشريعة مع القانون ومنها ما وقع الخلاف فيه.

المبحث الثاني: مفهوم الغيبة

بعد أن تعرفنا على معنى وعلى أدلة مشروعيته، نأتي إلى المبحث الثاني ، لنتطرق فيه إلى ماهية غياب الزوج في الفقه الإسلامي، وفي قانون الأسرة الجزائري، وقد قسمته إلى ثلاثة مطالب الأول تحدثت فيه عن تعريف الغيبة، وفي الثاني تحدثت فيه عن تمييز الغيبة عن الفقد وفي الثالث تحدثت فيه على الحكم على الغائب .

المطلب الأول : تحديد معنى الغيبة

قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الأول لتعربف الغيبة لغة، و الثاني لتعريف غياب الزوج شرعا ، والثالث لتعريف غياب الزوج قانونا .

الفرع الأول : معنى الغيبة لغة

(الغَيْبُ) ما غاب عنك تقول (غابَ)عنه من باب باع و(غَيْبَةً)أيضا و(غَيْبُوبة)(غُيُوبا) و(غِيَابا) بالفتح و(مَغِيبًا)وجمع الغائب (غُيّبٌ)و(غُيّابٌ) بتشديد الياء فيهما و(غَيَابَة) الجب قعره و(غابت)الشمس (غِيَابَةً)هبطت[1]، و(الغيب) خلاف الشهادة، يقال غاب فلان، أي بعد وغاب عن بلاده سافر، وغابت الشمس غربت، وغاب عنه الأمر خفي، والمرأة التي غاب عنها

[1]محمد بن أبي بكرالرازي ، مختارالصحاح، طبعةجديدة، دار الحديث– القاهرة –(1424 ـ 2003) ص265.

زوجها تسمى مُغيبٌ ومُغيبَةٌ، [1] ومنه الحديث الذي يرويه جابر- رضي الله عنه ـ قال كنا مع رسول الله النبي عليه الصلاة والسلام في غزوة ، فلما . قدمنا المدينة ، ذهبنا لندخل ،

فقال : (أمهلوا حتى تدخلوا ليلا أي عشاء. لكي تمتشط الشعثة وتستحد المُغَيّبة) [2]

ومنه قوله تعالى : **(الَّذِين يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ بِالْغَيْبِ وَهُمْ مِنَ السَّاعَةِ مُشْفِقُونَ)** الأنبياء 49

الغيب أي يخشون ربهم في الخلوات وفي سرائرهم التي تغيب على الناس. [3]

الفرع الثاني :المعنى الإصطلاحي للغيبة في الفقه الإسلامي

الفقهاء يقصدون بالغيبة المرتبطة بغياب الزوج عن زوجته المعنى اللغوي[4]، ويمكن تقسيم أقوالهم إلى أربعة أقسام هي :

1 ـ الغيبة حالات : وهذا عند أصحاب المذاهب الفقهية الأربعة حيث أعطوا حالات للغياب ، ورتبوا عليها أحكاما تبعا لواقع عاشوه ، وهذه الحالات مرتبطة بـ

1 ـ **المكان** :هل هو معلوم أم غير معلوم، وهل هو قريب أم بعيد. [5]

2 ـ **الإتصال** : هل يمكن الإتصال بالغائب أو لا.

3 ـ**الأعذار** :غياب بعذر أو بغير عذر

---

[1]مجمع اللغة العربية بالقاهرة ،المعجم الوسيط ، الناشر مكتبة الشروق الدولية . مصر . ط4،ج2 ، 1425هـ . 2004 م ص667.

[2]محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، مصدر سابق، كتاب النكاح، باب تستحد المغيبة وتمتشط ، رقم الحديث 5247 ج3 ، ص 401 .

[3]محمدبن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، الجامع لأحكام القران الكريم ، 'تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي مؤسسة الرسالة ،ط1 ،ج1 ، (1427هـ . 2006م) ، ص 252.

[4]عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعةالإسلامية ،مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان . ج8 ـ 1413هـ ـ 1963م، ص460.

[5]برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم (ابن فرحون) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1، ج1 ،1416 هـ ـ 1995 م ، ص 7

4 ـ **التعزز و التخفي:** هل الزوج الغائب متخفي أم لا، وهل هو متعزز أم لا [1]

5 ـ **الزمان** : زمن المسير يوم أو يومين أو ثلاث ، أو مسيرة عشرة أيام. [2]

6 ـ **العلم بالغائب** : إن كان حيا أو ميتا. [3]

ـ فالغيبة عند أصحاب المذاهب هي :

أ ـ**الحنفية** :من كان بعيدا عن مجلس الحكم[4]سواء كان متواريا أو خارجا عن ولاية القاضي[5]

ب ـ**المالكية** : هو" كل من غاب عن إمرأته ويعلم الموضع الذي هو فيه "[6] أو الغائب هو " من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته معلومة وموضعه معلوم فإذا جهلت حياته فهو المفقود"[7]

ج ـ **الشافعية**:من غاب عن مجلس الحكم سواء كان مستترا أو متواريا أو متعززا [8]، ويكون معلوم الحياة يعرف مكانه متصل الأخبار. [9]

---

[1]علي بن محمد بن علي الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ت : إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي ، ط 4 ، 1418هـ ـ 1998م ص 192

[2]سليمان بن عمر بن منصور العجيلي ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط 1 ،ج8 1417 هـ ـ 1996 م ، ص 396.

[3]برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، مصدر سابق ،ج1 ، ص 76

[4]أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، ت :محمد حسن إسماعيل الشافعي ،دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ـ ط1 ، ج1، 1418 هـ ـ 1998 م ، ص550.

[5]ابن عابدين ، ردالمحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، وعلي محمد معوض ، دار عالم الكتاب ، الرياض . المملكة العربية السعودية . ، طبعة خاصة ، ج5 ، (1423هـ ـ2003م) ، ص 326.

[6]يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان . د ط ـ د ت ، ص 261.

[7]شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ، دار إحياء الكتب العربية ، د . ت ، ج3، ص302.

[8]سليمان ين عمر بن منصور العجيلي ، حاشية الجملعلى شرح المنهج ، مرجع سابق ، ج8 ، ص 393.

[9]علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير،مرجع سابق . ط 1 ،ج 11 ، ص 316 .

د ـ **الحنابلة:** "من يعرف خبره ويأتي كتابه ". [1]

2 ـ الغيبة حالة واحدة لا تميز عن الفقد:

وهذا عند المذهب الظاهري حيث جعل الغيبة حالة واحدة ولم يجعل لها صورا كبقية المذاهب ولم يفرق بينها وبين الفقد؛لأن طول الغيبة وقصرها من حيث المكان والزمان غير مضبوط ، فكل غائب يمكن اعتبار غيبته طويلة وقصيرة في آن واحد، فهي غيبة قصيرة إذا قارناها بما هو أطول منها زمانا ومكانا، وهي طويلة إذا قارناها بما هو أقصر منها زمانا ومكانا .

قال بن حزم : " وليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالإضافة إلى ماهو أقصر منها في الزمان والمكان وهي أيضا قصيرة إلى ما هو أطول منها في الزمان والمكان فمن غاب عامين إلى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة إلى من غاب نصف عام إلى مصر وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة إلى من غاب عشرة أعوام إلى الهند ، وهكذا في كل زمان ومكان ". [2]

3 ـ ما لا يدخل في الغيبة :

حيث اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزوج ببلد المحكمة ، ولم يكن متعززا أو متخفيا لا يدخل في معنى الغائب. [3]

4 ـ الغيبة حالة واحدة دون الفقد:

[1]عبد الله بن أحمدبن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ،وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب ،الرياض، السعودية ،ط3 < ج11، 1417هـ ـ 1997 م ، ص248.

[2]علي بن أحمد بن سعيدبن حزم ،المحلى بالآثار،تحقيق محمد منير الدمشقي ، إدارة الطباعة المنبرية ، دون طبعة ،ج1352،9هـ،ص366.

[3]محمد بن أحمد بن جزي، الكلبي الغرناطي،المالكي ،القوانين الفقهية،مكتبة الشركة الجزائرية ، (د ت ـ د ط)، ص217.

ـ وهذا عند الفقهاء المعاصرين حيث ميزوا بين الغيبة المنقطعة التي لا تعرف فيها حياة الغائب من موته وهي حالة الفقد،والغيبة غير المنقطعة التي يكون فيها الغائب معلوم الحياة، والغيبة عندهم هي :

1 ـ وهبة الزحيلي :

ـ "من تعذر إحضاره إلى المحكمة لسؤاله عن دعوى النفقة سواء كان قريبا أو بعيدا" [1]

2 ـ عبد الكريم زيدان :.

ـ " المتواري ، والبعيد عن زوجته مع معرفة مكانه، وإمكان الإتصال به" [2]

3 ـ الموسوعة الفقهية الكويتية:

ـ "الغائب الذي غادر مكانه لسفر، ولم يعد إليه، وحياته معلومة " [3]

ـ يمكن القول مما تقدم عن الغائب.

أ ـ عند أصحاب المذاهب الأربعة :

1 ـ أن الفقهاء المتقدمون جلهم ركز على غيبة الزوج عن مجلس الحكم، ولم يركز على غيبته على زوجته ربما؛لأن غياب المدعى عليه شرط لصحة الحكم الصادر عن القضاء .

ـ وكما أن الأصل في فكعقد الزواج يكون من الزوج ؛ لأنه حق له، لذلك ذكروا حالات وصورا عدة لغيابه.

ب ـ عند الفقهاء المعاصرين:

[1]وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ، دمشق ـ سورية ـ ط1 ،ج1 ، (1405 ـ 1997) ، ص813.

[2]عبد الكريم زيدان ، المفصل ، مرجع سابق ، ج 8 ، ص 460.

[3]الموسوعة الفقهية الكويتية ، دار الأوقاف والشؤون الإسلامية ـالكويت ـ مرجع سابق ،ج29، ص62.

ـ الغيبة لها صورة واحدة عندهم وإن اختلفوا فيها ميزوها عن الفقد.
ـ ذكر الشيخ وهبة الزحيلي أن سبب إحضار الزوج للمحكمة سؤاله عن النفقة ، لكن النفقة سبب مستقل للتطليق عن الغيبة ، وإنما قد تجتمع مع الغيبة .
ـ الموسوعة الفقهية الكويتية عرفت الغيبة بصفة عامة و لم تبين الغياب إن كان على الزوجة أو على المحكمة أو عليهما معا .

الفرع الثالث : ـ معنى الغيبة في قانون الأسرة الجزائري .

ـ لم أعثر على تعريف للغيبة في قانون الأسرة، وقد ذكرت المادة 53 من قانون الأسرة شروطا بها تصبح الغيبة سببا معتبر قانونا يجوز لأجله أن تطلب الزوجة التطليق من زوجها، وهذا في السبب الخامس من أسباب التطليق " الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "

ـ إلا أنه لا يمكن اعتبار الزوج غائبا وهو يقيم في بلد الزوجة، يقول العربي بلحاج : " أن المقصود بالغيبة في المادة5/53 هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي يعيش فيه أما غيبته عن بيت الزوجية، وعيشه في بيت آخر في نفس البلد فهو من الأمور التي تدخل الضرر الذي نص عليه المشرع في الفقرة السادسة من نفس المادة " [1]

ـ المادة 53 لم تذكر غيبة الزوج عن مجلس الحكم، فيفهم ضمنيا أنه يمكن إصدار حكم قضائي غيابي بالتفريق بين الزوجين دون الحاجة لحضور الزوج .

ـ وقد ورد في نص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري :"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"

ـ هذه المادة لم تعرف الغيبة وإنما ذكرت صفاتا أوشروطا في الزوج الغائب متى توفرت فيه يصبح حاله يشبه حال الزوج المفقود وهي :

[1] بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ج 1 ، ص36.

1 ـ الغيبة : بمعنى يكون خارج بلد الزوجة .

2 ـ ظروف قاهرة تمنعه من الرجوع إلى محل إقامته .

3ـ لا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة

4ـ مدة غيابه سنة فأكثر

5ـ يتسبب غيابه في ضرر للغير.

في المادة 110 وكأن المشرع يميز بين حالة غياب تشبه حال المفقود وحالة أخرى لا تشبه حالة المفقود، ويمكن ربط الغيبة في قانون الأسرة بـ :

1 ـ المكان : الزوج يقيم خارج بلد الزوجة يكون معلوم الحال .

2 ـ النفقة : هل ترك لها النفقة أم لا، فإذا ترك لها النفقة لا تعتبر غيبته سبب للتفريق بينهما[1]

3 ـ المدة :غياب الزوج سنة فأكثر وتحتسب من يوم خروجه. [2]

4 ـ الأعذار: هل لغياب الزوج عذر أم لا، فإذا كان له عذر لم تكن غيبتة سبب للتفريق .

ـ وعليه يمكن فهم الغيبة في قانون الأسرة:

ـ الزوج يكون معلوم الحال يقيم خارج بلد الزوجة لسنة فأكثر بلا عذر وغيابه فيه ضرر للغير .

من خلال تعريف فقهاء الشريعة للغيبة وما جاء في قانون الأسرة عن الغيبة يمكن القول.

ـ أن الغائب من كان معلوم الحياة .

ـ الزوج المقيم في نفس بلد الزوجة لا يسمى غائبا .

ـ الغيبة مرتبطة بالزوجة وبالزوج و بالمحاكمة

ـ فغيابه عن زوجته مرتبط بمدة من الزمن تتضرر منها الزوجة .

---

[1]عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر، ط3 ،1993م ، ص 269، والعربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ورجع سابق ، ص 297 و298.

[2]رشيد شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية . الجزائر ـ ط1، 2008م ، ص 200 ،201 .

ـ غياب الزوج مرتبط بمبررات أو أعذار لغيابه.

ـأما غيابه عن مجلس الحكم؛ لأنه مدعى عليه يشترط لصحة الحكم حضوره ، وعقد النكاح بيده ؛ لذلك أعطى أصحاب المذاهب صورا لغيبته وهذا لإمكانية إصدار حكم التطليق ، أما الفقهاء المعاصرين فقد جعلوا الغيبة واحدة ، وهي من غاب على مجلس الحكم .

. أما في قانون الأسرة لم يربط غيبة الزوج بمحاكمته بل ربطها بشروط متعلقة بالزوج، فإذا كان للزوج عذر لغيابه وترك لزوجته نفقة فليس للزوجة الحق في طلب التطليق.

ـ أن صور الغيبة التي ذكرها أصحاب المذاهب لا تنطبق على كل عصر بل هي متغيرة

مثلا الغياب عند المالكية مبني على تقدير المسافة بين القاضي وتواجد الزوج[1]، فأعطوا صورا للغيبة منها الغيبة القريبة قدروها بمسيرة يوم إلى ثلاثة أيام، وغيبة بعيدة قدروها مسير عشرة أيام،[2] وغيبة منقطعة مسافتها كما بين مكة والأندلس،[3]ورتبوا عليها أحكاما وهذا التقسيم لا ينطبق على عصرنا هذا نظرا :

ـ لوجود وسائل مواصلات تختصر المسافات وتقرب كل بعيد .

ـ كذلك أن معنى الحضور لمجلس الحكم متغير لإمكانية إجراء جلسة محاكمة عن بعد بالوسائل السمعية البصرية الحديثة ، وكان هذا أمر ملحا زمن جائحة كورونا .

ـ أن الغيبة مرتبطة بحق الزوجة في رفع الضرر عنها أكثر من تعلقها بغياب الزوج عن مجلس المحاكمة ، أو مصلحتة في بقاء عقد الزواج .

---

[1]تواتي باسمة، التطليق لغياب الزوج بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، جامعة عبد الرحمن ميرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية ، 2023 ، ص22.

[2]شهاب الدين أحمدبن إدريس، القرافي، الذخيرة ، تحقيق محمد بوخبزة ، دار السلام، بيروت ، لبنان،ط1،ج10 ، 1994 ، ص116 ، 117 ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ،ج4 ، ص162،163.

[3]برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية، مرجع سابق ، ج1 ، ص76.

خلاصة:

أن الغيبة التي تعد كسبب للتطليق هي المدة التي يغيب فيها الزوج عن زوجته وتضرر منها ويكون فيها معلوم الحال خارج عن البلد .

المطلب الثاني :الفقد

كما سلف بيانه في صور الغيبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري أن الفقد صورة من صور غياب الزوج عن زوجته، في هذا المطلب سوف أتطرق إلى تعريف الفقد في اللغة وفي الإصطلاح الشرعي والقانوني ثم أفرق بينهما، وقد قسمت هذا المطلب إلى أربعة فروع وهي كالآتي :

الفرع الأول : تعريف الفقد في اللغة

ـ (فَقَدَهُ) من باب ضرب و(فُقْدَانًا) أيضا بكسر الفاء وضمها و(وافْتَقَدَهُ)مِثْلُه و(تَفَقّدَهُ) طَلَبَه عند غَيْبَتِه. [1]

يقال فقد الشيء يفقده فقدا،وفقدانا، وفقودا فهو مفقود، ويقال فقد الشيء فقدا وفقدانا ضاع منه، ومنه **قوله تعالى:(قالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)** يوسف 72

وفقد الكتاب والمال ونحوه خسره وعدمه،والتفقد طلب الشيء عند غيبته[2]ومنه **قوله تعالى : (وَتَفَقَّدَ اَلطَّيْرُ فَقَالَ مَالِيَ لَا أَرَى اَلْهُدْهُد ُأَمْ كَانَ مِنْ اَلْغَائِبِينَ) النمل**20

الفرع الثاني : تعريف الفقد شرعا

ـ جعل فقهاء الشريعة الفقد صورة من صور الغيبة، لكنهم مختلفون في تحديدها، ولم يجمعوا على معنى واحد، والفقد عندهم هو:

[1]محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، مصدر سابق ،ص277.

[2]ابن منظور ، لسان العرب ، مصدر سابق ، ج3 ، ص337.

1ـ **الحنفية:**" هو الذي غاب عن أهله وبلده، ولم يدرى أحي هو أم ميت، فلا يعلم مكانه ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الإعتبار"[1]، والأساس عندهم في اعتبار المفقود هو معرفة حياتة وموته . [2]

2ـالمالكية :" هو الذي لا يبلغه سلطان و لا كتاب سلطان،قد أضل أهله وإمامه في الأرض فلا يدرى أين هو، وقد تلوموا في طلبه، والمسألة عنه فلم يوجد، فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام فيما بلغنا" [3]، والمفقود عندهم أنواع منها

1ـمفقود في بلاد المسلمين وهو من خرج من بيته وانقطعت أخباره

2 ـمفقود في بلاد الحرب: من شك فيه هل فقد في بلاد الحرب أم لا

3 ـ مفقود في قتال بين المسلمين في زمن الفتن

4 ـ مفقود في حروب المسلين مع الكفار [4]

3 ـ **الشافعية** : ـ "من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدرى أحي هو أم ميت، وسواء أكان في سفر أو حضر أو في قتال أو عند انكسار سفينة"[5]

أو هو الذي اندرس خبره وأثره وغلب على الظن موته ولا يفسخ نكاحه حتى تقوم البينة بموته

---

[1]عبد الله بن محمود الموصلي ، الإختيار لتعليل المختار، دار الفكر ، بيروت . لبنان . (د ـ ت)، ج3 ، ص37

[2]شمس الدين أبي بكرمحمد بن أبي سهل السرخسي ، المبسوط ، ت : خليل الميس ، . دارالفكر . بيروت لبنان ـ ط1،ج11 ، 1421هـ ـ 2000 م، ص 34.

[3]الإمام سحنون التنوخي عن عبد الرحمان بن القاسم عن الإمام مالك،المدونة، دارالكتابالعلمية،بيروت ، ط 1،ج5 ، 1415هـ ـ 1994م،ص 451

[4]أحمد ابن رشد الجد ،المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية،دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1،ج2 ، 1408هـ، ص 08.

[5]سليمان بن عمر العجيلي، حاشية الجمل على شرح المنهاج ، مرجع سابق ،ج4 ،ص29.

4ـ**الحنابلة** : عرفه ابن قدامة :" من انقطع خبره ولم يعلم موضعه "[1]

والمفقود عندهم نوعان هما :

1ـ مفقود في غيبة ظاهرها السلامة : كالمسافر للتجارة والسياحة وطلب العلم ونحوه

2ـ مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك : كالجندي المفقود في المعركة وراكب السفينة التي غرقت [2]

– من خلال تعريف أصحاب المذاهب للمفقود نجد:

1 ـ أن هذه التعاريف متقاربة ،ولا يوجد تعريف مشترك موحد بينهم .[3]

2 ـ أن الفقد صورة من صور الغيبة فهي أعم وأشمل.[4]

3 ـ أن المفقود مجهول الحياة،لا يمكن الإتصال به وهذا لا خلاف فيه بين أصحاب المذاهب

4 ـ أن الفقد هو أسوأ صور الغيبة وحالاتها.

الفرع الثالث:تعريف الفقد في قانون الأسرة الجزائري

ـ المفقود في قانون الأسرة هو كل من غاب عن أهله وانقطع خبره ولا يعرف مصيره إذا كان على قيد الحياة أم أنه قد مات، ويكون مجهول المكان، كما أنه لا يعتبر مفقود إلا إذا صدر حكم قضائي بفقده، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على أن المفقود هو: "هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم "

[1]أبو محمد موفق الدين عبد الله بن قدامى ،المغني، مصدرسابق ،ج8،ص106.

[2]إبراهيم محمد بن ضويان ،منار السبيل في شرح الدليل ،المكتبة الإسلامية ،ط7،ج2 ،(1409هـ .1989م)،ص80.

[3]هادي محمد عبد الله ، أحكام المفقود دراسة مقارنة ، دار دجلة ، الأرد ن ، ط1 ،2010، ص 16 و17

[4]زبيدة أقروفة ،الإبانة في أحكام النيابة دراسة فقهية قانونية مدعمة باجتهادات المحكمة العليا وقوانين الدول العربية ، دار الأمل ،الجزائر، دت ، ص87

ـ وجاء في المادة 113 من(ق. أ .ج): " يجوز الحكم بوفاة المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري والحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة " حيث ميزت بين نوعين من الفقد هما :

ـ **الحالة الأولي التي يغلب فيها هلاك المفقود** : كحالة الحرب والظروف الإستثنائية:مثل

الأفراد الذين فقدوا في المأساة الوطنية في التسعينات[1]، والذين فقدوا في فيضانات باب الواد سنة 2001 م[2]، أو الذين فقدوا في زلزال 2003 م في بومرداس[3]، يعتبرون مفقودين بناءا على محاضر تعدها الشرطة القضائية .

ـ **والحالة الثانية التي يغلب فيها سلامة المفقود:** إختفاء الشخص في ظروف طبيعية لا يغلب فيها هلاكه ولا يجزم بحياته .

ـ وجاء في المادة 110 " الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلي محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة لمدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ".

ـ سبب التشبيه بين الغيبة والفقد؛ ربما فيما أمكن أن يتشابها فيه من آثار كصدور حكم بالغياب تعيين مقدم لإدارة الأموال ، حق الزوجة في طلب الفرقة.[4]

ـ صفات الغائب في المادة 110ربما الأقرب إليها صفات المفقود الذي ظاهر فقده السلامة

ـ تضمنت المادتين 109 و110 من قانون الأسرة شروطا لتحديد معنى المفقود وهي:

---

[1]المادة .27 و30 من الأمر رقم 06 ـ 01 المؤرخ في27 فبراير 2002 م المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ، ج ر، عدد 11 ، الصادر بتاريخ .28 فبراير. 2006م .

[2]المادة 2 من الأمر رقم 02 .03 المؤرخ في 25فبراير 2002الذي يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 م ، ج.ر، عدد 15، الصادر بتاريخ 28 فبراير2002.

[3]المادة 2 من الأمر رقم 03 ـ 06 المؤرخ في 14 يوني2003 م المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21مايو سنة 2003 م ، ج.ر عدد37الصادربتاريخ 28فبرلير2006.

[4]مفيدة بوشاشي وعزيزة حسيني، مجلة القانون والمجتمع،العدد 02،كلية الحقوق،جامعة الجزائر1، 2020م ، ص169.

ـ الغياب: فقد ذكرت المادة109من .ق أ. أن المفقود هو الغائب .

ـ المفقود : لا يعرف محل إقامته أو الموطن الذي هو فيه .

ـ المفقود : منقطع الخبر ولا يعرف أهو حي أم هو ميت .

ـ لا يعتبر الغائب مفقودا إلا بعد صدور حكم قضائي يثبت بأنه مفقود. [1]

الفرع الرابع : الفرق بين الغيبة والفقد

للغيبة صور منها الفقد، فيتداخل معها في الغياب، فكل فقد يعتبر غياب أو ليست كل غيبة فقدا

ـ كما تجتمع معه في الإنقطاع، فقد تكون الغيبة منقطعة مع العلم بحال الغائب. [2]

ـ كما ذكرت المادة 110صفاتا للغائب تشترك مع حال المفقود، ويفترقان في أمور منها :

1 ـ العلم بالحياة والموت: وهو أهم فرق بينهما[3]، فالغائب معلوم الحياة،أما المفقود لاتعلم حياته من موته.

2ـ الغائب يعرف مكانه، أما المفقود فلا يعرف مكانه .

3ـ إمكانية الإتصال بالغائب ، أما المفقود لا يمكن الاتصال به..

4 ـ المفقود يمكن إصدار حكم بموته في الشرع وفي القانون، وهذا ممتنع في حق الغائب .

5 ـ المفقود الذي حكم بموته تعتد زوجته المدخول بهاعدة وفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام **قال تعالى:(وَالذِينَ يُتَوَفَوْنَ مِنكُم وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)** البقرة 232/

[1]محمد سعيد معتوق،مدخل إلى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق، دار هومة ، الجزائر،ط2، 2014م ، ص326 .327

[2]برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية، مرجع سابق ، ج1 ، ص76.

[3]تواتي باسمة التطليق لغياب الزوج في الفقه والتشريعات العربية ، مرجع سابق، ص39.

ـ أما الزوجة المدخول بها الغائب عنها زوجها إن كانت تحيض فعدتها ثلاثة قروء، **قال تعالى: (والمُطَلَقَاتُ يَتَرَبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنّ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ)**البقرة/228، وإن كانت لا تحيض ثلاثة أشهر ، وإن كانت حامل فعدتها وضع الحمل[1]. **قال تعالى :(وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا)**الطلاق/04

المطلب الثالث : الحكم على الغائب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

بعد أن تطرقنا إلى معنى التطليق وحكمه، وعرفنا معنى غياب الزوج، في هذا المطلب سوف نتعرف على الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، وكما هو معلوم أن الأصل حضور الخصوم إلى جلسة المحاكمة، فما رأي الشرع والقانون في إصدار أحكام قضائية يغيب فيها المدعى عليه ؟للإجابة على هذا السؤال قسمت هذا المطلب إلى فرعين

الأول لعرض رأي الشرع ـ والثاني لعرض رأي القانون

الفرع الأول :الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي

اختلف العلماء إلى اتجاهين في شرط حضور المدعى عليه لصحة الحكم في الدعوى وهو حضوره بذاته أو يحضر وكيلا عن الأصيل[2]أو وليا أو وصيا. [3]

ـ أولا :القائلون بجواز الحكم على الغائب

ـ مذهب الإمام مالك [4]والإمام الشافعي[1]وقول عن الإمام أحمد[2]والظاهرية ،والأوزاعي، والليث

[1]علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان . ط6،ج6، 1406 هـ ـ 1986 م ، 221.

[2]السيد سابق،فقه السنة، مرجع سابق ،ص306،أبوبكر جابر الجزائري، منهاج مسلم ، ص375.

[3]أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف،مطبعة صبح ، دط ، ص24 .

[4]الإمام القرافي ، الذخيرة ، مرجع سابق ، ج10 ، ص113

بن سعد، وابن شبرمة، وابن المنذر[3]، حيث قالوا :

ـ يصح القضاء على الغائب، ولكن اختلفوا في نوع الحقوق التي يجوز فيها القضاء عليه فذهب الحنابلة إلى جواز ذلك في حقوق العباد خاصة دون غيرها[4]وقال الشافعية : يحكم على الغائب إذا كان في غير ولاية القاضي أو بعيدا عنه مسافة تقصر فيها الصلاة ويحكم في الحقوق المتعلقة بالآدميين[5]، وأما المالكية قالوا : إذا كان منقطع الغيبة يحكم عليه في كل شيء، وأما إذا كان قريب مسيرة يوم أو يومين أو ثلاث فهذا يكتب إليه ويعذر في كل حق[6]،وأما المذهب الظاهري قال : يقضى عليه كالحاضر .[7]

ـ أدلة القائلين بالجواز :

1ـ هناك آيات كثيرة تأمر بالحكم بالعدل، ولم تفصل بين الغائب والحاضر منها :

ـ قوله تعالى : (وَأَنِ اُحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتْبَعُ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُم أَن يَفْتِنُوكَ عَنْ بعْضِ مَا أَنْزَلَ اَللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَوا فَاعْلَمْ أَنّمَا يُرِيدُ الله أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِم) المائدة،**49**

ـ وقوله تعالى : (يَأَيُّهَا اَلَّذِين آمَنُوا كَوَّنُوا قَوَّامِين للَّهِ شُهَدَاء بِالْقِسْطِ وَلَا يُجَرِّمْنَكُم شَنَآن قَوْم عَلى أَلَّا تَعْدِلُوا اِعْدِلُوا هوَ أَقْرَب للتَّقْوَى) النساء135

---

[1]محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، الوسيط في المذهب ، ت : محمد ثامر دار السلام ، ط1 ،ج7 ، 1423هـ . 2003 م ، ص321.

[2]زين الدين المنجي بن عثمان بن اسعد ابن منجي،الممتع في شرح المقنع، مكتبة الأسدي مكة المكرمة ، المملكة العربية السعودية ، ط1، ج4 ،(1417 هـ ـ 1997م) ، ص 561 ..

[3]شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة ، المرجع نفسه ،ج14 ، ص113.

[4]لبن قدامة ،المغني ،مرجع سابق ،ج10 ص96.

[5]شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط1، ج4، 1407 هـ . 1997 م ،ص 514.

[6]ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، مرجع سابق ، ج1 ص 86.

[7]ابن حزم ،المحلى ، المصدر نفسه،ج10 ، ص 515.

ـ وقوله تعالى (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي اَلْأَرْضِ فَاحْكُم بَيَّنَ النَّاسِ بِالْحَقّ و لَا تَتبَعْ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اَللَّهِ إِنّ الَّذِين يَضِلُّون عن سَبِيلِ اَللَّهِ لَهُمْ عَذَاب شَدِيدٌ بمَا نَسُوا يَوْم اَلْحِسَابِ) سورة ص 26

2 ـ قوله عليه الصلاة والسلام :(البينة على المدعي واليمين على من أنكر) [1]

ـ وجه الإستدلال : ـ الحديث لم يفرق بين حضور الغائب وغيابه [2]

3 ـ قضاء سيدنا عمر بن الخطاب وعثمان في المفقود، أن إمرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر، ثم تتزوج وهذا قضاء على الغائب،ولم يصح عن أحد من الصحابة خلافه [3]

4ـ عن أنس . رضي الله عنه قال:قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر من عُكَل[4]، فأسلموا فاجتووا[5] المدينة فأمرهم أن يأتوا إبل الصدقة ، فيشربوا من ألبانها وأبوالها، ففعلوا فصحوا، فارتدوا وقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل ، فبعث في آثارهم ، فأتي بهم فقطع أيديهم وأرجلهم ، وسمل أعينهم، ثم لم يحسمهم[6] حتى ماتوا " [7]

ـ وجه الإستدلال: أن الرسول حكم عليهم وهم غائبون [8]

5 ـ كل من جاز أن يقضى عليه بالبينه مع حضوره جاز وإن لم يحضر[1]

---

[1]أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ،السنن الكبرى ، دار الكتب العلمية ،بيروت ـ لبنان ـ ط3 ،ج10، (1424هـ . 2003م) كتاب البيينات ، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ،ج10ص427.

[2]يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني ، البيان في مذهب الشافعي ، دار المنهاج ، (د ط . دت) ، ج 13 ، ص 107.

[3]ابن حزم ، المحلى ،مصدر سابق ،9ج ، ص371.

[4]عُكَل : قبيلة.

[5]اجتوو المدينة : كرهوا الإقامة بها لسقم أصابهم.

[6]لم يحسمهم : لم يتسبب في قطع دمائهم السائلة.

[7]محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري، كتاب المحاربين من أهل الكتاب والردة، باب قوله تعالى : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) المائدة 33،الحديث رقم 6803 ،ج4 ص289.

[8]ابن حزم ، المحلى، مصدر سلبق، ج9 ، ص369 .

6 ـ إذا لم يجز الحكم على الغائب، حينها تكون الغيبة سبيلا لإبطال الحقوق، لذلك يجب الحكم عليه.[2]

8 ـ الغيبة ليست بأعظم من الصغر والموت،إذا جاز الحكم عليهما، فكذلك يجوز الحكم على الغائب ، وامتناع الحكم عليه فيه تضييع لحقوق العباد[3]

7. ماروته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : أن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ما له بغير علمه ، فهل علي في ذلك من جناح ؟، فقال عليه الصلاة والسلام : " خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك" [4]

ـ فقد بين النبي أن لها أن تأخذ من مال أبي سفيان، وهذا قضاء في غيابه .[5]

ـ **إجابة القائلين بعدم جواز الحكم على الغائب عن الإستدلال بحديث هند:**بأن هذا الحديث لايدل لمخالفيهم ؛لأن ما قاله الرسول عليه الصلاة والسلام لهند هو فتوى وليس قضاء ،أو هو إعانة لها على أخذ ماله قالوا ؛ لأن هند لم تدع الزوجية ولم تأتي ببينة .

وأجيب:

1- بأنه لو كانت فتوى لقال لها لا بأس عليك .

2. الحاكم يقضي لا يفتي فيما كان فيه خصومة [1]

---

[1]عبد الوهاب بن على بن نصر، الأشراف على نكت مسائل الخلاف ، دار ابن حزم ، بيروت ـ لبنان .ط 1، ج2 ، (1420هـ ـ1999م) ،ص959.

[2]شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي ،الذخيرة ، مرجع سابق، ج10 ص113.

[3]أبو يحي زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب ،ومعه حاشية أبو العباس بن أحمدالرملي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان ،ط1، ج9 ، (1422 ـ 2001) ، ص190.

[4]محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ،كتاب النفقات ، باب نفقة المرأة اذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد ،ج3 ص433.

[5]شهاب الدين أحمد ابن إدريس القرافي ،الذخيرة ، مرجع سابق، ج10 ص113

ردالإمام النووى :"لا يصح الإستدلال بحديث هند على صحة القضاء على الغائب ؛ لأن هند كانت بمكة وأبو سفيان حاضر بها لا غائبا عنها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبا عن البلد ،أو مستترا لا يقدر عليه ،أو متعززا، وهذا الشرط غير متحقق في هذه القضية ؛لأن أبا سفيان موجود ، فالحكم عليه ليس غيابيا، فلا يكون هذا من الرسول صلى الله عليه

وسلم قضاء على الغائب، وإنما هو إفتاء منه أي أن هند جاءت طالبة للفتوى وليست طالبة لأن يقضي لها الرسول على زوجها أبي سفيان". [2]

ـ ثانيا : القائلون بعدم جواز الحكم على الغائب

ـ يمنع القضاء على الغائب إلا إذا حضر الغائب أو أقام وكيلا عنه ، ومن الذين منعوا الحكم على الغائب الحنفية[3]، وعمر بن عبد العزيز[4]، وابن أبي ليلى ، والثوري.

ـ أدلة المانعيين: استدل المانعون للحكم على الغائب بالأدلة الآتية :

1 ـ قوله تعالى :**(يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ)** سورة ص الآية 26

2 ـ وجه الاستدلال : القاضي مأمور بالعدل ولا يتحقق هذا إلا بحضور الخصوم. [5]

قال تعالى:(وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ)النور48

---

[1]صحيح مسلم بشرح النووي، دار التراث العربي، بيروت –لبنان –ط3 ، (د ـ ت)،ج12 ص08.

[2]الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية ،دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان،ط1،ج3، 1421هـ . 2000م، ص404.

[3]ابن حزم ، المحلى، مصدر سابق ، ج9 ص 369.

[4]ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج14 ، ص 94.

[5]علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج6 ، ص223.

ـ **الآية:** فيها ذم لمن يعرض عن الحضور للإحتكام إلى كتاب الله وسنة رسوله، وهذا يدل على أنه يجب الحضور للحكم، ولو جاز نفوذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور.

. **مناقشة الإستدلال** :ـ لا منافاة بين ذمهم على عدم الحضور ؛ لأنه واجب عليهم عدم الغيبة ويمكن أن يجتمع الأمران الذم على عدم الحضور،ونفوذ الحكم مع الغيبة. [1]

3 . ما روي عن الإمام علي ـ رضي الله عنه ـ قال: بعثني رسول الله قاضيا إلى اليمن فقلت: يا رسول الله، ترسلني ، وأنا حديث السن،لا علم لي بالقضاء فقال: " إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلست بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء"[2]

مناقشة الإستدلال بالحديث:

ـ أن رواية الحديث ضعيفة ،قال ابن حزم: " أما الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فساقط "[3]

ـ أن الحديث مع امكان السماع، فأما مع تعذره با لمغيب، فلا يمنع الحكم كما لو تعذر بإغماء أو جنون أو حجر أو صغر. [4]

4ـ ما روي عن عمرو بن عثمان بن عفان ،قال :أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه فقال له عمر: " تحضر خصمك "، فقال له: يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ؟ فقال له عمر :"إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء "[5]

---

[1]عبد الجواد خلف ،الغائب وأحكام القضاء، الدار الدولية للاستثمار، القاهرة– مصر–الطبعة 1 ، 2008، ص59

[2]رواه الترمذي، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في القاضي لايقضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما ، رقم الحديث 1331 ، ج3، ص610.

[3]ابن حزم، المحلى بالآثار ، مصدر سابق، ج9 ، ص369.

[4]ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة،(دت . دط) ،ج13 ، ص 172.

[5]ابن حزم ، المحلى ، مصدر سابق، ج 9 ص 368.

وجه الإستدلال : لا يوجد مخالف لعمر

مناقشة الإستدلال : وقد أجاب ابن حزم على هذا الدليل:

1ـ أن الأثر لا يصح؛ لأنه مروي من طريق محمد الغفاري عن أبي ذئب الجهني ولايدرى من هما

2 ـ الثابت عن عمر هو القضاء على الغائب كالقضاء على إمرأ ة المفقود[1]

5ـ عن أم سلمة . رضي الله عنها. قالت: فالرسول الله صلى الله عليه وسلم :(إنما أنا بشر،وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض،فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ،فإنما اقطع له بقطعة من النار) [2]

ـ **وجه الإستدلال:** أن القاضي لا يقضي ،حتى يكون الخصمين حاضرين ، وحتى يتمكن من سماع أقوالهم [3]

ـ **قال ابن رشد القرطبي** :" وعمدة من لم يرى القضاء قوله عليه الصلاة والسلام :"فإنما أقضي له بحسب ما أسمع "[4]

6 ـ القضاء للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع الآخر [5]

ـ بعد عرض أقوال العلماء حول الحكم على الغائب، لاشك أن القول بجواز الحكم على الغائب راجح على القول بعدم الجواز؛ لأن الهدف من القضاء هو تحقيق العدل ، وهو يقتضي مراعاة

[1]ابن حزم ،المحلى ،المصدرنفسه ، ج9 ص368.

[2]صحيح البخاري ،كتاب الحيل ، باب ما ينهى عن الخداع في البيوع ،الحديث رقم 6968 ، ج4، ص 290.

[3]عبد الجواد خلف ،الغائب وأحكام القضاء ، مرجع سابق ،ص65.

[4]ابن رشد ، بداية المجتهد ، مرجع سابق ج2 ص 460.

[5]الكاساني،بدائع الصنائع، مرجع سلبق ، ج6 ،ص224.

حقوق الطرفين المدعي والمدعى عليه ، فإذا منعنا الحكم على المدعى عليه ربما تضيع حقوق المدعي فنقع في الظلم .

قال ابن حجر العسقلاني على أدلتهم:أن هذا كله لا يمنع الحكم على الغائب ؛ لأن حجته إذا حضر قائمة، فتسمع ويعمل بمقتضاها ولو أدى ذلك إلى نقض الحكم السابق [1]

الفرع الثاني : الحكم على الغائب في التشريع الجزائري

اشترط المشرع الجزائري لصحة الحكم حضور الخصوم ، وهذا هو الأصل كما ورد في نص المادة 99 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها :

(يحضر الخصوم شخصيا أمام الجهة القضائية في جلسة علنية أو في غرفة المشورة طبق للقواعد التي تحكم سير الخصومة)[2]

ولهذا الأصل استثناءات وهذا إذا امتنع المدعى عليه عن الحضور مع صحة تبليغه، فإنه يفصل في الحكم في غيبته كما هو مبين في نص المادة 292 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (إذا لم يحضر المدعي عليه أو وكيله أو محاميه رغم صحة التكليف بالحضور يفصل القاضي غيابيا)[3]

فإذا كان للغائب عذر يؤجل النظر إلى جلسة لاحقة ، وإذا لم يكن له عذر يصدر حكم

في غيابه يكون قابلا للمعارضة كما هو موضح في نص المادة 57 قانون الإجراءات المدنية والإدارية(إذا غاب المدعى عليه عن الجلسة الأولى ولم تبلغ لشخصه ووكيله في الدعوى

[1]ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، ج13 ص172.

[2]الأمر 66 ـ 145 المؤرخ في 18 صفر1386هـ الوافق لـ 08يونيو 1966 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08 09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ج.ر، العدد21الأربعاء 29 أبريل 2008م الموافق ل 17 ربيع الأول 1429الفصل الثاني في إجراءات التحقيق القسم ،الخامس في حضور الخصوم واستجوابهم ، ص 11.

[3] المصدر نفسه، المادة 292 ،الفصل الثالث، الأحكام الغيابية والأحكام المعتبرة حضوريا ، ص 25.

نفسها ، فيؤجل النظر في الدعوى إلى جلسة لاحقة ويبلغ بها المدعى عليه ، فإن غاب عن هذه الجلسة دون عذر تقبله المحكمة ولم تبلغ لخصمه أو وكليه فتحكم المحكمة في الدعوى

ويعد حكمها في حق المدعى عليه غيابيا)

ـ يلاحظ: أنه يوجد توافق بين قانون الأسرة ورأي جمهور الفقهاء في جواز الحكم على الغائب

الفصل الثاني

أحكام التطليق للغيبة والفقد

تمهيد :

تضمن الفصل الأول من هذا البحث الإطار المفاهيمي لضبط المصطلحات من خلال إبراز المعنى اللغوي والإصطلاح القانوني والشرعي للفقد، ثم بيان مشروعيته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، لذلك يقتضي المقام هنا أن أبين أسباب وشروط التطليق والصيغة القانونية للفقد ، ومتي يتم إصدار الحكم بوفاة المفقود ثم بيان الآثار المترتبة عن الفقد وهذا ما يصطلح عليه بأحكام التطليق، لذلك سيتم التطرق إلى أحكام التطليق لغياب الزوج في المبحث الأول ثم أحكام التطليق لفقد الزوج في البحث الثاني

المبحث الأول :أحكام التطليق للغيبة

المبحث االثاني :أحكام االتفريق للفقد

المبحث الأول : أحكام التطليق للغيبة

ـ غياب الزوج فيه ضرر يعود على الزوجة لا يمكنها دفعه إلا بعودته إليها أو ذهابها إليه أو يطلقها أو تدفعه عن طريق التقاضي، فهل يجوز فك عقد الزواج عن طريق القضاء ؟ ما رأي الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في التطليق لغياب الزوج ؟ هذا ما سأعرضه في هذا المبحث وقد جعلته على مطلبين :

ـ المطلب الأول: تطرقت فيه إلى حكم التطليق لغياب الزوج

ـ المطلب الثاني : أسباب التطليق وشروطه

المطلب الأول : حكم التطليق للغيبة

عرفنا أن التطليق مشروع،وأنه يجوز الحكم على الغائب، فهل يجوز التطليق لغياب الزوج ؟ هذا ما تناوله هذا المطلب ، وفيه ثلاثة فروع الأول تناولت فيه حكم التطليق للغيبة في الفقه الإسلامي،والثاني أسباب اختلاف الفقهاء، والفرع الثالث حكم التطليق لغياب الزوج في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول : حكم التطليق للغيبة شرعا

التطليق للغيبة مسألة اجتهادية لا يوجد نص يبت فيها، والأصل في الطلاق يكون للمصلحة فمن راعى الأصل قال لا يقع إلا من الزوج، ومن راعى الضرر الداخل على الزوجة قال يطلق السلطان وهو نظر للمصلحة العامة، وهذا يعرف بالقياس المرسل،والمنقول عن الإمام مالك العمل به[1]، تبعا لذلك اختلف الفقهاء إلى قولين هما :

[1]ابن رشد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،مصدر سابق، ج2، ص101.

القول الأول: يمنع التطليق لأجل الغيبة

.لايجوز التفريق بين الزوجين لأجل الغيبة مطلقا ،حتى يتحقق موته أو يمضى من الزمن ما لا يعيش مثله ، وسواء كانت بعذر كالغيبة لطلب الزرق أو التجارة أو لطلب العلم أوالسياحةأو العلاج أو لغير عذر وبه قال الحنفية[1]والشافعية [2]والظاهريه[3]

ويرى الحنفية أنه :

1 ـ إذا توارى الزوج في البلد واختبأ وامتنع عن حضور مجلس القضاء يبعث إليه رسولا وشاهدين إلى بيته يطلبان الحضور مع خصومه ، وإلا وكل من ينو ب عنه [4]

2 ـ إذا كانت الزوج تحت ولاية قاض ، سواء كان قريب أوبعيد، وحدها مسافة القصرعليه أن يجبره على الحضور[5]

3 ـ إذا كان تحت ولاية قاض آخر يراسله[6]

4 ـ لو لحق المرتد بدار الحرب فجاءت زوجتة تطالب الحكم بالتفريق بينهما فإنه يحكم القاضي لها بالبينونة إذا أقامت بذلك بينة. [7]

وحجتهم :

[1]زين الدين بن نجيم الحنفي ،البحر الرائق شرح كنوز الدقائق، دار المعرفة ، بيروت ، ج5 ، ص178 ، أبوالحسن علي بن أبي بكرالمرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي ،المكتبة الإسلاميه، ج2،ص181.

[2]محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ،ج5 ، ط 1393هـ، ص239 .

[3]على ابن أحمد ابن سعيد بن حزم الظاهري المحلى ، مصدر سابق ،ج10 ص142 .

[4]محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه،جامع الفصولين،دار المقتبس،بيروت لبنان،ط1 ، ج1،ص42.

[5]محمود بن أحمدالعيبني، البناية في شرح الهداية ، دار الفكر، بيروت ـ لبنان ـ ج4 ، ط(1400هـ/1980 م) ، ص8.

[6]ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج7 ، ص133.

[7]محمد رأفت عثمان ، كتاب النظام القضائي في الفقه الإسلامي ،آراء العلماء في القضاء على الغائب،دار البيان، ط2 1415هـ . 1994م، ص 223.

1. لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق ، ولا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله وعليه وسلم ، فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته ، ولا أن يطلق أحد عن غيره ،ولا حجة في قول أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم. [1]

2 ـ أن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة ؛لأنها قول فاسد بلا برهان [2]

3 أن النكاح معلوم بيقين فلا يزال إلا بيقين والموت في حيز الإحتمال فلا يزال النكاح بالشك[3]

. القول الثاني : المجيزون للتطليق للغيبة

. يجوز التفريق بينهما إذا طالبت الزوجة بذلك ، وتضررت من طول غيابه وخشيت على نفسها الزنا حتى وإن كان الزوج ترك لها مالا يكفيها للنفقة وبه قال المالكية [4] والحنابلة[5]

حجتهم :

1ـ قوله صلى الله وعليه وسلم :"لا ضرر ولا ضرار " [6]

وجه الاستدلال:ـأن غياب الزوج عن زوجته يلحق ضررا بالغا بها والضرر يدفع بقدر الإمكان وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد الزوج أو بغير قصد [7]

---

[1]ابن حزم ، المحلى، مصدرسابق ، ج10 ، ص142 .

[2]على بن أبي بكر المرغياني ، الهداية شرح البداية ، مرجع سابق ، ج2 ، ص 181 .

[3]المرغياني ، الهداية شرح البداية ، نفس المرجع ،ج2 ص 181.

[4]شمس الدين أبي عبد الله بن محمد المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل ، لشرح مختصر خليل، ت : زكريا عميرات ، دار عالم الكتاب ، طبعة خاصة ،ج4 ،(1423هـ . 2003 م) ، ص 155 .

[5]عبد الله بن قدامة المقدسي ، المغني ، . دار الفكر بيروت . ط1،ج1405،7هـ، ص 232.

[6]محمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني ، سنن ابن ماجة ، دار الفكر . بيروت . تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ،كتاب الأحكام . باب من بنى في حقهما يضر بجاره . ، رقم 2340 ،ج2 ، ص 784 .

[7]محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشح الكبير، دار إحياء الكتب العربية،القاهرة (دط دن)ج 3 ، ص 302.

2 ـ ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر كتب لأمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، أو يبعثوا بنفقة ما حبسوا.[1]

ـ لاشك أن القول بجواز التفريق لغيبة الزوج مقدم على القول الذي لا يجيز التفريق لغيابه مراعاة لواقع الناس؛ ولأن الفتيا تأتي تبعا له، وتراعي المصلحة العامة للمجتمع والخاصة للأفراد.

الفرع الثاني : أسباب الإختلاف بين الفقهاء

1 ـ اختلافهم في حكم استدامة الوطء ، أهو حق للزوجة مثلما هو حق للزوج أم هو حق للزوج فقط ، فمن قال أن الوطء من حق الزوج ولا حق لها فيه قال بعدم جواز مطالبتها بالتفريق ومن قال لها الحق في الوطء كما للزوج حق فيه فلها حق المطالبة بالتفريق إن تضررت من طول غياب وخشيت عن نفسها الزنا

2 ـ معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن اسطحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بالموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك وأما القياس فهو تشبية الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء[2] والعنة. [3]

الفرع الثالث :التفريق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري

. يوجد في قانون الأسرة الجزائري نصوص تبيح للزوجة طلب الفرقة من زوجها عن طريق القضاء، وهذا لأسباب كثيرة منها غيابه عن زوجته، كما هو مذكورة في المادة 53 حيث جاء فيها ." يجوز للزوجة طلب التطليق في الحالات التالية :

منها : ـ " الغيبة بعد مضي سنة بلا عذر ولانفقة "

[1]أخرجه الشافعي في مسنده، دار الكتب العلمية، بيروت . من كتاب أحكام القرآن ، ج 1 ، ص 267.

[2]الإيلاء: حلف الرجل على أن لا يطأ امرأته مدة تزيد على أربعة أشهر ـ العنة :عجر الرجل على إتيان النساء.

[3]محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر . بيروت . ج 2 ، ص 52.

ـ وفي المادة 110 من .ق . أ .ج .تشبيه للغائب بالمفقود ، وفي المادة 112 من. ق. أ. ج. بينت أن لزوجة الغائب والمفقود أن تطلب التطليق بناء على المادة53 من .ق .أ.ج

ـ ما يمكن استنتاجه:

1 ـ من نص المادة 53 أن الزوج الذي غاب عن زوجته لسنة أو أكثر،بغير عذر ولا نفقة.

لزوجته أن تطلب الفرقة ، وأما إذا ترك لها النفقة وكان له عذر لغيابه ، لا يعد غيابه كسبب قانوني معتبر لطلب التطليق . [1]

في المادة 110 شبه الغائب بالمفقود ،كما سبق ذكره أن للمشرع سبب من التشبيه، منه حق الزوجة في طلب الفرقة ، ولكن بعد أن يطلب من الزوج الرجوع إلى زوجته .

ـ فإذا كانت هناك ظروف قاهرة تمنعه من الرجوع أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، ونتج عن غيابه ضرر فإنه يعامل معاملة المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة .

ـ إذا لم يكن للزوج ظروف قاهرة تمنعه من الرجوع لزوجته أو إدارة شؤونه بنفسه وتسبب غابه في ضرر لها فلا يعامل كالمفقود بل قد يُعد غيابه سبب معتبر لطلب الفرقة.

خلاصة :

ـ عدم الإنفاق سبب مستقل لطلب التطليق شرعا وقانونا بنص المادة 53 أو كما سيأتي بيانه في الشرع

ـ مدة غياب الزوج سنة فأكثر عند المالكية وفي القانون، وعند الحنابلة ستة أشهر

ـ مراعاة أعذار غياب الزوج عند الحنابلة وفي قانون الأسرة،ولا يعتد بها عند المالكية.

[1] عبدالعزيز سعد، الزواج والطلاق ، ص 269 ، والعربي بلحاج الوجيز في شرح (ق أ ج) ص297.

. العذر مع الضرر مع ظروف قاهرة تمنع الزوج من الرجوع يعامل الزوج كالمفقود الذي ظاهر فقده السلامة .

ـ العذرمع الضرر ولايوجد ظروف قاهرة تمنع الزوج من الرجوع ربما يعد غيابه سبب للتفريق.

المطلب الثاني : أسباب وشروط التطليق للغيبة

قدعرفنا فيما سبق أن التطليق لغياب الزوج جائزعند المالكية والحنابلة ، كما هومشروع في

قانون الأسرة،لكن هذه الإباحة أو المشروعية، لم يتركوها على إطلاقها، بل قيدوها بشروط وجعلوا لها أسبابا. فماهي شروط وأسباب التطليق للغيبة؟ وقد قدمت الإجابة على هذا الإشكال في ثلاث فروع

الفرع الأول : أسباب التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي

ينجر عن غياب الزوج أضرار تلحق بالزوجة تكون سبب لطلب التطليق وهي مرتبطة بـ :

1 . **النفقة:** الغياب في الغالب ينجر عنه إهمال الزوج لنفقة زوجته ، وهي واجبة عليه

ـ **لقوله تعالى:(وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا)** البقرة233

ـ **ومن السنة النبوية:** عن معاوية القشيري قال: قلت :يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال:(تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح ولا تهجر إلا في المبيت) [1]

ـ **الإجماع** : قال بن قدامه: "اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا

[1]سليمان بن الأشعث السجستاني،سنن أبو داود، كتاب النكاح ، باب في حق المرأة على زوجها رقم 2142، ج2 ، ص 245.

بالغين إلا الناشز منهن" [1]

ـ بأن يوفر لها ما تحتاج إليه من طعام ومسكن وخدمة ودواء ، وإن كانت غنية ، وسبب وجوبها أن الزوجة تصبح مقصورة على زوجها ،ومحبوسة لحقه لاستدامة الاستمتاع بها .[2]

2. **حسن المعاشرة** : غياب الزوج فيه ضرر يلحق بالزوجة خاصة اذا كان بغير عذر؛لأن الأصل أن الزوج يكون دائما بقرب زوجته لتستأنس به وتحسن العشرة والألفة بينهما ويتحمل معها مسؤوليات الأسرة كتربية الأبناء ، وما يحتاجه البيت من خدمه وأعباء، قال السيد سابق"والأولى به إكرامها ، وأن يحسن معاشرتها ،ومعاملتها بالمعروف،وأن يقدم لها ما يمكن تقديمه مما يؤلف قلبها ، فضلا عن تحمل ما يصدر منها ، وأن يصبر عليها "[3]

لقوله تعالى : (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا) النساء19

3. **صيانتها** : . الواجب على الزوج الغيرة على عرضه وعلى شرفه وشرف زوجته ، كما أمر الله ورسوله ويحتاط له لا أن يهمله ويضييعه ،فقد روي أن سعد بن عبادة قال : " لو رأيت رجلا مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح ". فقال الرسول عليه الصلاة والسلام : (أتعجبون من غيرة سعد ،لأنا أغير منه ، والله أغير مني، ومن أجل غيرة الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن) [4]

. إتيان الزوج لزوجته : بعد الزوج عن زوجته يترتب عنه تضييع حقها في الوطء[5]

---

[1]ابن قدامة ، المغني ،مصدر سابق ،ج8، ص156.

[2]السيد سابق،فقه السنة ، دار صبح،بيروت . لبنان . اديسوفت الدار البيضاء، ط1، ج2، (1427هـ-2006م) ، ص203.

[3]السيد سابق ، فقه السنه ، المرجع نفسه ، ص213.

[4]صحيح البخاري، كتاب التوحيد ، باب قوله عليه الصلاة والسلام :(لاشخص أغير من الله)، رقم الحديث 7416 ،ج4 ص248.

[5]السيد سابق ، فقه السنة ، المرجع نفسه ، ص213.

ـ **قال ابن حزم** :" وفرض على الرجل أن يجامع إمرأته التي هي زوجته ، وأدنى ذلك مرة في كل طهر ،إن قدر على ذلك وإلا فهو عاص لله تعالى وبرهان ذلك [1]

قوله تعالى : (فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ) البقرة 222

الفرع الثاني: شروط التفريق في الفقه الإسلامي

اشترط المالكية[2] والحنابلة [3] شروطا لجواز الفرقة لغياب الزوج ، ولرفع الضرر الواقع على الزوجة هي :

1 ـ أن تطلب الزوجة الفرقة فلا يفرق بينهما إلا بطلب منها عند القاضي[4]

2 ـ أن تكون الغيبة طويلة ، فذهب الحنابلة إلى أن مدة غيبته ستة أشهر فأكثر فإن كان أقل منها فليس لها حق المطالبة بالفرقة[5]، وأن تطلب قدومه أوبشرط أن يكون آمنا عليها،فلو كان لايأمن عليها من الفتنة بها أو منها ، لايجوز أن يسافر أصلا .[6]

أما المالكية قالوا سنة فأكثر تخشى على نفسها الزنا هذا إن كانت نفقتها دائمة وإلا طلق عليه القاضي حالا لعدم النفقة ، قال أحمد الدردير: " لكن الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه، إما أن يحضر أو ترحل إليه، أو يطلق فإن امتنع تلوم له

[1]ابن حزم ،المحلى ،مصد ر سابق ،ج9 ،ص175.

[2]محمد عرفة الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ،(دط . د ن) ج4، ص431.

[3]منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق هلال مصيلحي ، دار الفكر، 140 هـ ، بيروت ،ج 5 ، ص192.

[4]حاشية الدسوقي ، مرجع سابق، ج2 ص431، ابن قدامة ، المغني، مصدر سابق ،ج10، ص240.

[5]البهوتي،كشاف القناع ،على متن الإقناع ، عالم الكتب ، ط1 ،ج5 ، 1997 م ، ص192.

[6] المرجع نفسه، ج5 ، ص193.

بالإجتهاد وطلق عليه، ولا يجوز التطليق بغير كتابة إليه إن علم محله ، ولابد من خوفها الزنى ويعلم من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع " [1]

3 ـ الكتابة إلى الزوج الغائب يطالب فيها بالعودة أو تنقل إليه زوجته أو يطلق، ولا يجوز التطليق عليه من غير كتابة إليه إن علم محله ، وأمكن الإتصال به ويمهله في ذلك مدة مناسبه ، فإن رفض ولم يرد بشيء وانقضت المدة أو لم يكن له مكان معلوم تلوم له بالإجتهاد وطلق عليه أو يفسخ نكاحه .

4 . قال الحنابلة : أن تكون غيبته بغير عذر،فإذا كان الغياب بعذر لم يجز لها طلب الفسخ ، وهذا كالحج أو طلب العلم أو طلب الرزق. [2]

أن يقدر على الرجوع،فان عجز فلا يلزمه،مثل أن لا يجد راحلة توصله إلى زوجته أو انقطعت الأسفار ، أو حصل خوف أو ما أشبه ذلك .

. اتفق المالكية والحنابلة : على أن الغيبة البعيدة التي لا يمكن فيها ووصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل موجبة للتفريق، وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الإعذار إليه[3]

الفرع الثالث : شروط التفريق في قانون الأسرة الجزائري

تضمنت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في السبب الخامس شروطا لحصول التطليق لغيبة بالإضافة إلى شروط أخرى تخص الغائب الذي يشبه المفقود في المادة 110 من ق أ ج

أ ـ الشروط الواردة في المادة 53الفقرة 5

[1] أحمد الدردير، الشرح الكبير،ج2 ، ص43.

[2] البهوتي، كشاف القناع ، مرجع سابق ، ج5 ، ص192.

[3] المرجع نفسه ، ج5 ، ص192.

1 ـ أن تكون مدة الغياب سنة فأكثر: فالزوجة التي تريد أن يحكم لها القضاء بالتطليق لغيبة الزوج، عليها أن تثبت ذلك ، وتحتسب مدة الغياب من يوم خروجه إلى يوم رفع الدعوى[1]فلو ترفع دعوى ضد زوجها قبل هذه المدة لا يعتد بطلبها.

2 ـ أن يكون الغياب بغير عذر، حتى تطلب الفرقة لغيبة الزوج كأن يهمل أسرته من أجل السياحة،فإذا كانت الغيبة لعذر كالعمل أو آداء الخدمة الوطنية فعلى الزوجة أن تصبر على بعض الضرر[2] في سبيل الأسرة والوطن، ولا يسمح القانون لهاأن تطلب الفرقة، ومسألة الأعذار تقديرية تخضع لسلطة القاضي.

3 ـ أن لا يترك لها مالا تنفق منه لمدة سنة :ـ من خلال المادة 53 من . ق أ ج . يوجد تداخل بين السبب الأول التطليق لعدم النفقة، والسبب الخامس التطليق للغيبة سنة من دون عذر ولا نفقة بمعنى هل يسمح للزوج أن ي230

.

ترك زوجته بلا نفقة لمدة سنه؟ أم أن اجتماع السببين معا ينتج عنه ضرر أكبر يتطلب دفعه بالتطليق، أجاب الدكتور عبد العزيز سعد قال:" بمفهوم المخالفة الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة دون سبب ولكن ترك لها النفقة، فإنه لا يحق لها طلب التطليق حسب ما هو ظاهر في هذا السبب"[3]

ـ شروط التطليق للغائب الذي يشبه المفقود الواردة في المادة 110 من ق أ ج

ـ بالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر هنا كشروط للتطليق للغائب الذي يشبه المفقود هي :

1 . أن لا تكون هناك ظروف قاهرة تمنعه من العودة .

[1]رشيدبن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المعدل ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط 1 ،2008 م، ص 202.

[2]عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص52.

[3]عبد عزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص269.

2 ـ أن يتعذر عليه إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة .

3 ـ حصول ضرر للغير ناتج عن غيابه .

4 ـ تعطل مصلحته ومصلحة غيره [1]

ـ ملاحظة:1ـ يوجد توافق بين فقهاء الشرع وقانون الأسرة في جواز التطليق لغيبة الزوج .

2 ـ يجب الموازنة بين طول مدة غياب الزوج وأعذار غيابه مع مقاصد الشرع وهي الحفاظ على الأعراض والأنساب وصيانة المجتمع من الفساد ورفع الضرر عن الناس، فلا تكن هذه المدة والأعذار سبب في زوالها،والواقع الذي نعيشه اليوم فيه من دواعي الفساد من اختلاط وتبرج ووسائل تشجع على الرذيلة بل إنه واقع يغرق المجتمع في الرذيلة والفساد حتى الرجل المحصن المؤمن يخاف على نفسه، وعندما نأتي إلى شروط التطليق نجد مدة الغياب سنة فأكثر حتى تطلب الزوجة التفريق أو الزوج الذي له عذر لغيابه لا يطلق عليه ، ربما هذا لا يصب فيما أراده الشرع ، وخاصة ونحن نعرف أن هذه المدة والأعذار مبنيان على الإجتهاد، ربما لو تحدد الغيبة بأدنى مدة ويترك الأمر لتقدير القاضي يراعي فيها واقع الناس أفضل،فهل الزوجة ذات العشرون عاما كصاحبة الخمسين عاما ، وهل الزوجة العاملة التي تخالط الرجال والتي تدير المؤسسات ولها مكانه في المجتمع أو التي تعمل وزوجها بطال تعامل كالماكثة في البيت.

[1] تواتي ،التطليق لغياب الزوج في الفقه والتشريعات العربية ، مرجع سابق،ص 31.

المبحث الثاني : أحكام المفقود

بعد أن تعرفنا على أحكام التطليق لغياب الزوج ، نأتي إلى أحكام المفقود وقد عرفنا سابقا أن الفقد هو صورة من صور الغيبة، فهي تشمله وأن المفقود من انقطع خبره ولا تعلم حياته من موته ، فهل يجوز تطليق الزوجة لفقد زوجها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟

. وهل يجوز الحكم بوفاته ؟. وما طبيعة الفرقة لغيبة الزوج وفقده في الشرع وفي القانون؟ وما أثر عودة المفقود؟ للإجابة على هذه الأسئلة قسمت هذا المبحث

إلى ثلاثة مطالب تناولت في:

- المطلب الأول : حكم التطليق للفقد .
- المطلب الثاني :الحكم بوفاة المفقود
- المطلب الثالث: طبيعة التطليق للغيبة وعودة المفقود

المطلب الأول : حكم التطليق لفقد الزوج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

في هذا المطلب سنتطرق إلى حكم التطليق للفقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وقد قسمته إلى فرعين :

الفرع الأول : لحكم التطليق للفقد عند فقهاء الشريعة

والفرع الثاني : التطليق للفقد في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول : حكم التطليق لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم التطليق لفقد الزوج إلى مذهبين وسبب الإختلاف مبناه على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع ،وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف"

"معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت، أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك، وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبة بالإيلاء والعنة ".[1]

أولا ـ المانعون للتطليق بسبب فقد الزوج

ـ الغائب الذي انقطع خبره، ولا يمكن الإتصال به، ولم تعلم حياته من موته لا يطلق عليه حيث يرى الحنفية أن الحياة الزوجية لها قدسية خاصة لا تقل عن قدسية القرابة وجب على الزوجين تحمل كلا منهما ما ينزل بصاحبه، وأن ما ينزل بأحدهما يتطلب الشفقة والرحمة لا القسوة الشدة [2]، فلا تتزوج إمرأته حتى يتيقن من موته، أو يطلق هو أو يرتد، أو تمضي مدة لا يعيش أكثر منها ، وهذا مذهب الحنفية[3]، والشافعية[4]في القول الجديد ، والظاهرية [5]

ـ أدلتهم :

1 ـ عن الإمام علي رضي الله عنه قال: " تتربص حتى يعلم أحي هو أم ميت " [6]

2 . حديث المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إمرأة المفقود إمرأته حتى يأتيها البيان"[7]

---

[1]ابن رشدالقرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مصدرسابق ، ج2، ص52 .53.

[2]عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ،ج4 ، ص 62.

[3]الشيخ نظام وجماعة من علاء الهند الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ج2 ،1411هـ-1991م ، ص299.

[4]الإمام الشافعي ، الأم ، مصدر سابق، ج5 ،ص239.

[5]ابن حزم ، المحلى ،مصدر سابق ، ج10 ،ص 133.

[6]عبد الرزاق ،المصنف،كتاب الطلاق،باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، رقم 12331 ، ت : حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي ، ط1 ، ج3، 1403 هـ . 1983 م، ص90.

[7]علي بن عمر أبي الحسن الدار قطني ، سنن الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر رقم 255 ، ت : عبدالله هاشم يماني المدني ،دار المعرفة،بيروت ،ج3 ، 1386هـ . 1966 م ، ص 312.

3. ما روي عن الإمام علي قال: " امرأة ابتليت ،فلتصبر حتى يستبين موت أوطلاق " [1]

ـ **وجه الإستدلال** : أن إمرأة المفقود لاتتزوج حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه لها وعقدها ثابت بيقين ،فلا يرتفع إلا بيقين [2]

ـ **ونوقش هذا القول** : بأن الحديث المروي عن المغيرة لم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن ولا يجوز الإعتماد عليه في تقرير حكم شرعي ، أما ما روي عن الإمام علي –رضي الله عنه– إن صحت نسبته إليه ،فيرويه الحكم وحماد مرسلا ، وهو مجرد إجتهاد خالفه فيه كثير من الصحابة والمسند عنه مثل عمر ثم ، يحمل ما رووه عن المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بينه ، وبين ما روي عن عمر[3]

4 ـ روي عن عبدالله بن مسعود أنه وافق عليا رضي الله عنهما وقال:" تنتظر أبدا " [4]

5 ـ أن أم ولده لا تعتق ، ولا يقسم ماله، وإذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله ،لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته [5]

6 ـ أنه لما جرى عليه في غيبته حكم طلاقه وظهاره ، جرى عليها حكم الزوجية في تحريمها على غيره[6]

7 ـ عدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولا حجة في أحد دون الرسول فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبة ، ولا ايجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره[7]

---

[1]سنن البيهقي الكبرى،كتاب العدد،باب من قال إمراةالمفقودإمرأته حتى يأتيها يقين وفاته ،رقم 15342،ج7 ، ص 44.

[2]زين الدين إبراهيم، البحر الرائق ،شرح كنوز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامية ، (دط ـ دت) ،ج5 ،ص178.

[3]ابن قدامة ،المغني ،ج9 ، ص131.

[4]عبد الرزاق ، المصنف ، كتاب الطلاق،باب التي لاتعرف مهلك زوجها ، رقم 12333، ج7 ، ص91.

[5]النووي ،روضة الطالبين وعمدة المفتين،المكتب الإسلامي،بيروت ،ج8 ، 1405هـ–ص400 بتصرف.

[6]الماوردي،الحاوي الكبير، مرجع سابق ، ج11 ، ص715.

[7]علي بن أبي بكر المرغياني ،الهداية شرح البداية ،مرجع سابق، ج2 ،ص181

8ـ أن حياة المفقود كانت معلومة، فالأصل بقاء الحياة حتى يثبت موته،وما علم ثبوته فالأصل بقاؤه على ما كان باعتبار استصحاب الحال .[1]

9 ـإن النكاح عرف ثبوته ، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك [2]

ثانيا: القائلون بجواز التفريق لفقد الزوج

ـ يجوز التفريق بسبب فقدان الزوج إذا طلبته الزوجة بعد تربصها أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله، وإليه ذهب الإمام مالك[3]والإمام أحمد[4]، وقد استدلوا علي ما ذهبوا إليه بما يلي :

1ـ قوله تعالى :(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَ مَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ) البقرة :231

ـ **وجه الإستدلال من الآية:**أن حبس المرأة على زوجها المفقود إضرار وعدوان فوجب إزالته[5]

2ـ عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال :"انطلقي فتربصي أربع سنين " ، ففعلت ثم أتته فقال:" انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرا"، ففعلت ثم أتته فقال :" أين ولي هذا الرجل ؟ فقال:" طلقها"، ففعل، فقال لها عمر: " انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت" ، ثم جاء زوجها الأول فقال عمر :" أين كنت ؟ "

ـ فقال يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت، كنت عند قوم يستعبدونني حتي اغتزاهم منهم قوم مسلمون، فكنت فيما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فمالك ومالهم ، فأخبرتهم خبري فقالوا: بأي أرض تحب أن تصبح ،

---

[1]شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ،المبسوط،ت : خليل الميس ، دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان ط1 ،ج30، (1421هـ ـ 2000 م) ، ص98.

[2]المرغياني،الهداية شرح البداية، المرجع نفسه ، ج2 ، ص181

[3]محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، التاج والإكليل لمختصر خليل،دار الفكر، بيروت،ج4 ، 1398هـ ، ص 155.

[4]ابن قدامة ، المغني ، ج8 ، ص106.

[5]الماوردي، الحاوي الكبير، ج11 ،ص715.

قلت: المدينة هي أرضي ، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء إمرأته ، وإن شاء الصداق ، فاختار الصداق وقال : هي حبلت لا حاجة لي فيها.[1]

3 ـ ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه قال في امرأة المفقود: "تربص أربع سنين ثم يدعى وليه فيطلقها فتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا "[2]

ـ وجه الإستدلال :أن مذهب عمر رضي الله عنه في إمرأة المفقود بعد مضي أربع سنين من يوم رفعت أمرها إلي الحاكم تبين من زوجها ، كما يفيد ظاهر رواية الكتاب، وإن كانت رواية ابن أبي شيبة دالة على أنه يأمر الحاكم ولي الفقيد بطلاق إمرأته وقد ذهب إلى هذا مالك وأحمد وإسحاق وهو أحد قولي الشافعي وجماعة من الصحابة بدليل فعل عمر [3]

قال الإمام أحمد معلقا على حديث عمر:روي عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف له في الصحابة مخالف [4]، وهذه قضية انتشرت بين الصحابة وحكمها على رأي الجماعة فكانت حجة[5]

ونوقش هذا الاستدلال :بأن حديث عمر بن خطاب قد روي أنه رجع عن قضيته حين رجع الزوج ، وكذلك ابن عباس وعثمان فصار إجماعا بعد خلاف.[6]

ـ ونوقش أيضا : بأن ما سلف عن علي وعمر أقوال موقوفة ، ولا حاجة للتربص ، لكن إن ترك لها الغائب ما يقوم بها فهو كالحاضر إذا لم يفتها إلا الوطء وهو حق له لا لها ، وإلا فسخها الحاكم من دون المفقود **لقوله تعالى :(وَلَا تُمْسِكُوهُنّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا)**البقرة 231،

---

[1]البيهقي ، السنن الكبرى ،كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكر ،ج7،ص445.

[2]أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ،مصنف ابن أبي شيبة، مكتبة الرشد– الرياض –ط1 ، 1409هـ ، تحقيق كمال يوسف الحوت، كتاب النكاح ،باب من قال تعتد وتزوج ولاتتربص ،ج4 ،ص237.

[3]محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني،سبل السلام،مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط4 ،ج3، (1379هـ ـ 1960م) ،ص208.

[4]ابن قدامة ، المغني ،ج8 ، ص107.

[5]الماوردي،الحاوي الكبير ،ج11 ، ص716.

[6] المرجع نفسه ،ج11 ، ص716.

ولحديث "لاضرر ولا ضرار في الإسلام "[1]، والحاكم وضع لرفع المضارة في الإيلاء والظهار ، وهذا أبلغ ، والفسخ مشروع بالغيب ونحوه .[2]

كذلك من قواعد الشرع إزالة الضرر ودفعه ، وإزالته عن الزوجة يكون بتمكينها من طلب الفرقة بمدة معقولة [3]

ـ **ورد علي قولهم** : بأن حديث عمر روي عنه من ثمانية وجوه ، ومن زعم أن عمر رجع عن قوله فمن وجه ضعيف ، وقال أحمد : من ترك هذا القول فأي شئ يقول ، وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير.[4]

4 ـ أن الفسخ لما استحق بالعنة ، وهو فقد الإستمتاع مع القدرة على النفقة ، واستحق بالإعسار وهو فقد النفقةمع القدرة على الإستمتاع، فلأن تستحق بغيبة المفقود، وهو جامع بين فقد الإستمتاع وفقد النفقة أولى [5]

الفرع الثاني: حكم التطليق للفقد في قانون الأسرة الجزائري

تطرق قانون الأسرة الجزائري في المادة 112 إلى حق الزوجة في طلب التطليق للغيبة والفقد حيث جاء فيها :"لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " .

. فالمشرع أباح التطليق للفقد والغيبة بنص هذه المادة لكنه قيد هذه الإباحة بما جاء في نص المادة 53 في السبب الخامس حيث جاء فيها :

[1]سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر غيره رقم2340 ، ج2 ، ص784.
[2]محمد بن إسماعيل الصنعاني ، سبل السلام ، مرجع سابق ،ج3 ، ص 208.
[3]ابن رشد، بداية المجتهد ، ج2 ص52 .
[4]ابن قدامة،المغني ، مصدر سابق ،ج9 ، ص131.
[5]الشيرازي ، المهذب ، مرجع سابق ، ج2 ، ص 146.

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة "

ـ فلكي يحكم القاضي للزوجة بحقها في التطليق لفقد الزوج أو غيابه يجب أن تتوفر هذه الشروط المذكورة في المادة 53، ولكن إذا غاب الزوج أكثر من سنة بعذر وترك لزوجته النفقة ربما هنا نرجع إلى المادة 109 والمادة 110من. ق أج فقد أضافتا شروطا أخرى للتطليق وهي:

أ . في المادة 109: صدور حكم بفقد الزوج .

ب ـ وفي المادة 110: ـلا توجد ظروف قاهرة تمنع الزوج المفقود من الرجوع، ولكن المفقود مجهول الحال ولا يمكن الإتصال به .

ـ لا يمكن إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة .

. لا ينتج عن غيابه ضرر للغير .[1]

بمعنى إذا لم تتحقق هذه الشروط ، الفقد لا يكون سبب للتطليق، إلاإذا صدر حكم بوفاة المفقود

المطلب الثاني : الحكم بوفاة المفقود

عرفنا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق لفقد الزوج في الشرع والقانون، فهل يجوز الحكم بوفاة المفقود ؟ للإجابة على هذا السؤال قسمت هذا المطلب إلى فروعين كالآتي:

الفرع الأول :الحكم بوفاة المفقود في الفقه الإسلامي

إن تحديد المدة التي تتربص فيها الزوجة ويحكم بعدها بوفاة زوجها المفقود، لها أهمية على حياتها،إذ بعدها يمكن لها ـ أن تفارق زوجها، أن تعتد عدة وفاة ، أن تتزوج .

إلا أنه حدث خلاف بين أصحاب المذاهب في تحديد هذه المدة يمكن حصرها في قولين هما :

أولا. قول الحنفية والشافعية والظاهرية :

[1]تواتي باسمة ، التطليق للغيبة ، ص31.

ـ لقد ربط الحنفية[1] والشافعية [2] والظاهرية[3]المدة التي تتربص فيها الزوجة للحكم بوفاة زوجها بحياته ، فهو حي حتى تقوم البينة على موته ،أو تموت هي ، واشتهر عن الحنفية قولهم "المفقود حي في نفسه ميت في حق غيره " ومعناه أن المفقود تجري عليه أحكام الأحياء ، فلا يقسم ماله علي ورثته ، ولا تبين منه زوجته ، كأنه مازال حيا ، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له ، فلا يرث أحد كأنه ميت[4]

وقد اختلف أصحاب هذا الرأي إلى عدة أقوال في تحديد المدة التي يتوقع فيها موت الزوج المفقود كالآتي :

1 ـ منهم من قدرها بموت أقرانه ، فإذا لم يبق منهم أحد حكم بموته ، وإذا حكم بموته اعتدت زوجته عدة وفاة [5]

ـ **دليل هذا القول** ـعندما تقع حاجة إلى معرفة شيء ، فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله ،وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر ،وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر [6]

2 ـ ومنهم من قال: أنها مئة عشرون سنة من يوم ولد ، فإذا مضت هذه المدة حكم بموته[7]

ـ **دليلهم:** أن هذا التحديد يرجع إلى أهل الطبائع، فإنهم يقولون لا يمكن لأحد أن يعيش أكثر مئه وعشرين سنة [8]

[1]السرخسي ، المبسوط ، ج11 ،ص34.
[2]الماوردي ،الحاوي الكبير، ج11 ،ص318.
[3]ابن حزم ،المحلى ،مصدر سابق ،ج10، ص13.
[4]الكساني ،بدائع الصنائع ،ج6 ،ص197.
[5]الإمام الشافعي ،الأم ،ج5 ، ص239.
[6]العيني ، البناية شرح الهداية ،ج8 ، ص239.
[7]الشيخ نظام ،الفتاوى الهندية ، مرجع سابق ،ج2 ،ص299.
[8]السرخسي،المبسوط ، مصدر سابق،ج11 ،ص62.

3 . وهناك من يرى إذا مضت مدة يغلب فيها على الظن موته،وهي غير مقدرة بل يرجع فيها إلى حكم الحاكم ،فإذا حكم القاضي بموته يعتبر كأنه مات معاينة، فتعتد زوجته عدة وفاة ـ لأن الموت الحكمي يعتبر كالموت الحقيقي. [1]

ثانيا: قول المالكية والحنابلة :

للمالكية والحنابلة تفصيل في المدة التي تتربص فيها زوجة المفقود ليحكم بعدها بموته كالآتي:

ـ **المالكية[2]:** فصلوا في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود إلى حالات كالآتي :

أـ مفقو د في دار الإسلام:

1 ـ في **حالةالسلم** : يؤجل له أربع سنين بعد البحث عنه ، والعجز عن خبره ، ثم تعتد زوجته عدة وفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام ،وتحل للأزواج بعدها هذا إن دامت نفقتها من ماله ،وإلا طلق عليه لعدم النفقه .[3]

ـ والدليل على تربص أربع سنوات :

1 ـ لفعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وإجماع الصحابة عليه [4]

2 ـ أنها غاية أمد الحمل ،أقصى مدة ترجع فيها المكاتبات في بلاد الإسلام ذهابا وإيابا[5]

2ـ **في حال المجاعة والوباء:** يحكم بوفاته فور انتهاء المجاعة أو الوباء لغلبة الظن بموته أو لحمله على الموت فيهما[1]

---

[1] الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، المرجع نفسه ،ج2 ،ص 318.

[2]ابن عرفة ، حاشية الدسوقي ،ج2 ، ص483.

[3] المرجع نفسه ، ص 456،الإمام مالك ، المدونة على الشرح الكبير، ج2 ،ص 157.

[4]الخرشي على مختصرسيدي خليل ، دار الفكر، بيروت ـ لبنان ـ ج4 ، ص149.

[5]ابن عرفة،حاشية الدسوقي، مرجع سابق ، ج2 ، ص483.

3 ـ في حالة القتال بين المسلمين: يحكم الإمام بموته بعد انتهاء الحرب إذا تأكد من حضوره المعركة ؛ لأنه لو سلم لعاد إلى أهله ، وتعتد زوجته ، وتحل للأزواج ، وإذا كان موقع المعركة بعيد يضرب له أجل سنة .[2]

ب ـ مفقود اختفى في غير بلاد المسليمن :

1 ـ **في السلم:** كالأسير لا يعلم له خبر، فإن زوجته تبقى مدة التعمير وهي سبعون سنة على الراجح بشرط دوام النفقة ، فإن لم تجد نفقة فلها طلب الطلاق،وكذا لو خشيت على نفسها الزنا[3]

2 ـ**في حالة الحرب بين المسلمين والكفار**:قيل يحكم بموته بعد سنة، وقيل بعد أربع سنوات ،بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته. [4]

ـ قال الإمام الدسوقي: "المفقود في بلاد الإسلام وحكمه يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه ، والعجز عن خبره ثم تعتد زوجته ،والمفقود بأرض الشرك كالأسير وحكمهما أن تبقى زوجتهما لانتهاء مدة التعمير ثم تعتد زوجته، والمفقود في الفتن بين المسلمين ، وحكمه أن تعتد زوجته بعد انفصال الصفين ، والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار، وحكمه أن يؤجل سنة بعد

النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته ، هذا حاصل ما تقدم وظاهره أنه لا يحتاج للحكم بموته في الأقسام كلها ولا لإذن القاضي للزوجة في العدة " [5]

ـ **الحنابلة :** ميزوا بين حالتين

---

[1]الحبيب بن الطاهر،الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة المعارف ، بيروت،ط2 ، ج2 ، ص232.

[2]سليمان بن خلف الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة،القاهرة ، ج1332،6هـ، ص166

[3]الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، مصدر سابق ، ج4 ، ص93.

[4]ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ج2 ، ص40.

[5]ابن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 483 .

ـ **الحالةالتي يغلب فيها سلامة الزوج** : كما إذا غاب في تجارة ،أو طلب علم ... فهذا لايفرق بينه وبين زوجته حتى يثبت موته قطعيا ، ولا يحكم بموته إلا إذا أتم تسعين سنة وقيل مئة وعشرون سنة من يوم ولادته[1]، وهناك من حددها بأربعة سنين لقضاء سيدنا عمر بذلك. [2]

ـ **الحالة التي يغلب فيها هلاك الزوج** : كمن فقد بين أهله ليلا أو نهارا أو خرج إلى الصلاة ولم يعد أو فقد في ساحة قتال تنتظر زوجته أربع سنين لأنها أكبر من مدة الحمل، ثم يحكم بموته إذ لو كان حيا لما انقطع أثره ، وتعتد زوجته وتحل للأزواج. [3]

حجتهم :

1ـ أن مدة أربع سنوات هي المدة التى ضربها عمر رضي الله عنه للمفقود. [4]

2ـ أنها المدة التي يتردد فيها المسافرون والتجار، فانقطاع خبره على أهله يغلب على الظن هلاكه ، إذ لو كان حيا لم ينقطع خبره. [5]

الفرع الثاني : الحكم بوفاة المفقود في قانون الأسرة الجزائري

ـ أجاز المشرع الجزائري للقاضي الحكم بوفاة المفقود وجعل له السلطة التقديرية في ذلك،وهذا بعد التحري ومرور أربع سنوات، وقد ميز بين نوعين من الفقد ، شابه في ذلك حالات المفقود عند الحنابلة، كما هو مبين في نص المادة 113 من قانون الأسرة على أنه : " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التى تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة ".

---

[1]ابن قدامه ،المغني، مصدر سابق ، ج6، ص263 264.

[2]علي المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،مطبعة السنة المحمدية ، ط 1،ج7، 1956 م، ص40.

[3]المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،المرجع نفسه،ج7 ، ص289.

[4]ابن قدامة ، المغني ، المصدرنفسه،ج8 ، ص107.

[5]منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع ،مرجع سابق ،ج1،ص322.

ـ **الحالةالأولى : وهي حالة الحرب والحالات الإستثنائية:** التي يغلب فيها على الظن هلاك المفقود وموته ، وهذا حسب الوقائع، والأحداث التي ارتبط بها الفقد، كفيضانات باب الواد 2001م، وزلزال بومرداس 2003م،والمأساة الوطنية، فبعد التحريات اللازمة ومضي أربع سنوات ، يجوز للقاضي الحكم بوفات المفقود،لكن بداية حساب الأربع سنوات فيه غموض هل يبدأ من تاريخ الفقد أو من تاريخ صدور الحكم بالفقد ؟

ـ وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أن مهلة الأربع سنوات تبدأ في السريان من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ الحكم بالفقد، وأن احتساب المهلة من تاريخ الحكم بالفقد خطأ في تطبيق القانون حيث جاء عنها:" أن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقودون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون "[1]

ـ يقول الأستاذ بلحاج العربي: المحكمة العليا تبين أن المادة 113 ذكرت الحرب والأحوال الإستثنائية كقرينة يغلب على الظن فيها موت المفقود، بعد فوات أربع سنوات على فقده .

والمفقود يعتبر ميتا من يوم فقده لا من وقت الحكم بوفاتة[2]

ـ الحالة الثانية وهي حالة الظروف التي يغلب فيها سلامة المفقود :

ـ فيجوز للقاضي أن يصدر حكما بموت المفقود ،وهذا أمر يخضع لاجتهاداته حسب القرائن المصاحبة لكل حالة فقد،فهناك مفقود مريض،وآخر كبير في السن..، وهذا بعد التحري ومضي أربع سنوات بعد صدور حكم بفقده أوأكثر حتى يقوم بما يلزم من التحريات ليتأكد من

[1]المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم: 290808،قرار بتاريخ 09/24/ 1994م ، قضية (ب . ف) ضد النيابة العامة ، المجلة القضائية، العدد1 ، سنة 2003 ، ص372

[2]بلحاج العربي ، المفقود في الأحوال الإستثنائية، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، بتاريخ 10. 04 2002م.رقم الملف : 290808، مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، سنة 2003 ، ص110 وما بعدها.

حياة المفقود أو موته ، والقاضي غير ملزم بتحديد وفاة المفقود بعد الأربع سنوات ، بنص المادة 103 من قانون الأسرة.

المطلب الثالث: طبيعة التطليق للغيبة وعودة المفقود

كما سلف ذكره أن الأصل في فك الرابطة الزوجية يكون من الزوج و حين يحصل التفريق بسبب الغيبة أو الفقد تقع الفرقة من غيره ،فما نوع هذه الفرقة في الفقه الإسلامي ؟

أو ما طبيعتها بالمصطلح القانوني ؟ وما أثر عودة المفقود حيا؟

للإجابة على هذه الأسئلة قسمت هذا المطلب إلى فرعين

ـالفرع :الأول لنوع الفرقة في الفقه الإسلامي أو طبيعتها في قانون الأسرة

ـ الفرع الثاني :أثر عودة المفقود

الفرع الأول : طبيعة أو نوع الفرقة للغيبة

أولا : نوع الفرقة لغياب الزوج في الفقه الإسلامي

ـاختلف الأئمة المالكية والحنابلة في نوع الفرقة التي تقع بسبب التطليق للغيبة ، فذهب

أ ـ المالكية:

ـ تفيد إطلاقاتهم إلى أن التفريق بسبب الغيب طلاق بائن[1]؛لأن المقصود من التفريق هو رفع الضرر عن الزوجة ، ولا ترتفع إلا إذا كان الطلاق بائنا ، وأن كل فرقة يوقعها الحاكم تكون

[1]محمد بن أحمد بن جزي ، القوانين الفقهية ، مرجع سابق ، ج1 ،ص 147.

طلاقا بائنا إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة ، وقد جاء في رسالة ابن أبي زيد القيرواني قوله : "أن كل طلاق يوقعه الحاكم طلاق بائنا إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة ." [1]

ب ـ**الحنابلة:**

ـ ذهبوا إلى أن الفرقة لغيبة الزوج تعد فسخا، وليست طلاقا، وذلك أن :

ـ الفرقة لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه، وإنما صدرت من القاضي، بطلب من الزوجة والفرقة.

ـ إذا كانت من جهة الزوجة تكون فسخا، ولا تحسب من الطلقات التي يملكها الزوج. [2]

ثانيا ـ الطبيعة القانونية للتطليق لغياب الزوج في قانون الأسرة الجزائري

لم أعثر على نص قانوني يبين الطبيعة القانونية للتطليق الذى يوقعه القاضي ، بسبب غيبة الزوج ،هل هو فسخ أم هو طلاق ،وفي المادة 53 من قانون الأسرة اكتفت بذكر أن الغياب سبب من أسباب الفرقة،ولم تذكر نوعها، وبالرجوع إلى المادة 222 من .ق أ ج نجد أنها تحيل إلى أحكام الشريعة إذا لم يوجد نص قانوني ، وفي المادة 48 من ق أ ج لم تفرق بين الطلاق والتطليق ، ربما تفيد أنه طلاق وليس فسخا .

ـ وقد اعتبره الدكتور عبد العزيز سعد فسخا؛ لأنها لم تكن هذه الفرقة نتيجة لاستعمال الزوج لحقه الإرادي. [3]

أما الأستاذ عمر زودة : فقد اعتبره طلاقا بائنا. [4]

---

[1]صالح عبد السميع الآبي الأزهري،الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن ابي زيد القيرواني' . المكتبة الثقافية بيروت ،ج1 ،ص 471.

[2]ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج11 ، ص 247 ، منصور بن يونس، كشاف القناع ، ج5 ، ص193.

[3]عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص270.

[4]عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص40 و41.

وعليه يمكن القول :

1ـ الفرقة لغياب الزوج طلاق بائن أو فسخ هي مسألة اجتهادية .

2 ـإذا كان غياب الزوج بعذر وحدثت تفريق ،ولم يجزه إلا المالكية ، ربما الأفضل أن تكون الفرقة فسخا ،لأن الطلاق في هذه الحالة ربما يعتبر عقوبة للزوج بغير ذنب .

ـ وإذا لم يكن للزوج عذر وحدثت تفريق ربما الأفضل أن تكون الفرقة طلاقا بائنا كنوع من العقوبة على إهماله ، ويصب في مصلحة الزوجة، فليس من مصلحتها البقاء مع زوج مهمل .

الفرع الثاني : عودة المفقود

ـ أولا في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أن الزوج المفقود إذا عاد حيا ولم تكن زوجته قد تزوجت رغم الحكم بالتفريق بينهما فهو أحق بها ، وهي زوجته بالنكاح الأول ، ولا يحتاج إلى عقد جديد. [1]

واختلف الفقهاء فيما إذا عاد زوجها الأول وقد تزوجت إلى أقوال :

ـ **القول الأول :للحنفية[2]والشافعية[3]: ـ** إذا عاد الزوج المفقود ،وقد تزوجت فرق بينها وبين زوجها الاخر ، فإن كان قد دخل بها كان لها الصداق بما استحل من فرجها ،الأقل مما سمى لها ، ومن صداق مثلها فتعتد ثم ترجع إلى زوجها الأول، كالمنكوحة بالشبهة.

ـ وقد ردوا على القائلين بالتخيير:أنها زوجة الأول ولا يوجد سبب للفرقة بينهما فتبقى على نكاحها الأول[4]

---

[1]الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ،مرجع سابق ،ج2 ص300.

[2]محمد بن الحسن الشيباني ،الحجة على أهل المدينه ، تحقيق محمد مهدي حسن الكيلاني ، دار الكتب العلمية –بيروت –ج4 ،1403 ،ص51.

[3]الشيرازي ،المهذب ،ج2،ص146.

[4]بدائع الصنائع ،مرجع سابق ،ج3 ،ص215.

ـ بأن الحال الذي تزوجت فيه كانت زوجة الأول ،فكيف صارت زوجة الثاني ؟ وكيف حلت لغير زوجها، وحرمت على زوجها بتزوجها غيره ، هذا مما لاينبغي .[1]

ـ أما تخيير عمر بن الخطاب فقد صح الرجوع عنه إلى قول علي رضي الله عنهما فإنه كان يقول : ترد إلى زوجها الأول ولها من المهر بما استحل من فرجها ؛ لأنه تبين أنها تزوجت ، وهي منكوحة غيره فهي من المحرمات ، وإذا اختار زوجها الأول المهر ويكون النكاح الأول منعقدا بينهما فكيف يستقيم دفع المهر إلى الأول ، وهو بدل البضع ، فيكون مملوك لها دون زوجها ، كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة ، فعرفنا في الصحيح أنها زوجة الأول. [2]

ـ القول الثاني للمالكية:

أ ـ قبل الدخول : يوجد قولان

1إذا عاد وقد تزوجت فلا سبيل له عليها ،ولو لم يكن دخول وهو القول المرجح عند هم [3]

ـ دليلهم :

أن عمر بن الخطاب قال في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها فيراجعها فلا يبلغها رجعته وقد بلغها طلاقه إياها فتزوجت ،أنه إن دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها ، قال الإمام مالك :"إن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها، أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها "[4]

2 ـ أن زوجها الأول أحق بها ، قال ابن عبد البر: أنها لزوجها الأول هو القول الصحيح من

[1]محمد بن الحسن الشيباني،الحجةعلى أهل المدينة ،مصدر سابق ،ج4، ص51.

[2]السرخسي ، المبسوط مصدر سابق ، ج11،ص 37.

[3]الإمام مالك ، الموطأ ، مصدر سابق ، ج2،ص575.

[4] المصدرنفسه، ص 352.

ـ من طريق الأثر؛ لأننا قلدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه. [1]

ب ـ بعد الدخول بها:

ـ إذا انتهت المدة المقررة لها،وانتهت عدتها فلا سبيل لزوجها الأول إليها[2]

ـ القول الثالث للحنابلة:

ـ إن عاد زوجها الأول قبل الدخول بها فهي له

ـ إن دخل بها الثاني فللأول الخيار بين إمساكها أو دفع الصداق إليه وبين تركها على نكاحها الثاني وأخذ الصداق الذي أصدقها منه [3]

ـ حجتهم :أن عمر ـ رضي الله عنه قضى به وكذا عثمان وعلى وابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف، فكان كالإجماع[4]

ـ **ونوقش** : بأن الإمام مالكا قد أنكر الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : " أدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال : يخير زوجها الأول إذا جاء ، في صداقها أو في امرأته ...وبلغني أن عمر بن الخطاب قال : في المرأة يطلقها زوجها وهوأنه إن دخل بها زوجها الآخر أولم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها إليها

ـ قال مالك : وهذا أحب ما سمعت إلي في هذا المفقود ". [5]

---

[1] ابن عبد البر، الكافي ، ص260.

[2] ابن جزي ، القوانين الفقهية ،مرجع سابق ، ص222.

[3] ابن قدامه المغني ج9 ، ص137.

[4] المصدرنفسه

[5] الإمام مالك ،الموطأ ، مصدر سابق، ج2 ، ص575 .

ثانيا: عودة المفقود في قانون الأسرة الجزائري

عودة المفقود بعد أن يصدر القضاء حكما بوفاته ،هذه الحاله لم أجد في قانون الأسرة ما يعالجها سواء قبل الدخول بالزوجة أو بعده ، وهذا ربما فيه إشارة أنه :

ـ لايمكن إصدار حكم قضائي بموت غائب حتى يتيقن من موته،فتكون نسبة احتمال عودة المفقود منعدمة .

ـ وعلى احتمال عودته فإن قانون الأسرة الجزائري في المادة 222 منه أشار حين لايكون نص قانوني فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. [1]

خلاصة :

ربما الرأي المناسب إذا عاد الزوج المفقود ووجد زوجته لم يدخل بها فهو أولى بها وإذا وجدها قد دخلت فليس له إلا المهر الذي أعطاه إياها .

[1]العربي باشا مصطفى ، الغيبة وأثرها في التطليق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون ،كلية العلوم الإنسانية والحضارة ، جامعة السانية ، وهران ، 2012 2013 ، ص109.

خاتمة

خاتمة:في ختام هذا البحث أحمد الله تعالى على ما تيسر لي جمعه في موضوع التطليق لغياب الزوج بين فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، فإن أصبت فبتوفيق من الله تعالى وأحمده أني لم أغير ولم أبدل ولم أقل على أحد ما لم يقله ،وإن أخطأت فمن نفسي وضعفي وتقصيري وقله فهمي واطلاعي ، وكخلاصة لهذا البحث يمكن القول

1ـ التطليق مباح شرعا وقانونا ، والخلاف واقع في أسبابه منها غياب الزوج عن زوجته

2 ـمعنى غياب الزوج ربطه الفقهاء الأوائل بالبعد والقرب من حيث الزمان والمكان عن الزوجة ومن مجلس الحكم أو إمكانية الإتصال به وغير ذلك ، ولكن هذه المسألة متغيرة وغير مضبوطة، وهذا ما أكده التطور البشري في مجال وسائل النقل والإتصال فهي تلغي مشقة البعد وتسهل الإتصال بأي طرف على وجه الأرض ،كما تسهل الرجوع في وقت وجيز .

ـ كما أن الحضور لمجلس الحكم ربما معناه متغير كما حدث في زمن كورنا المحاكمة عن بعد

عبر الوسائل السمعية البصرية .

3 . التطليق لغياب الزوج يدخل في قضايا المعاملات التي تخضع للإجتهاد والنظر، ولا توجد نصوص قطعية الثبوت قطعية الدالة تبين حكمه؛ لذلك جاءت آراء الفقهاء متباينة حولها .

ـ فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يجوز التفريق لغياب الزوج ولا لفقده ، وساقوا أدلة لذلك.

ـ وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق لغياب الزوج وفقده، لكنهم اختلفوا في بعض شروط التفريق للغيبة منها مدة غياب الزوج ، ومنها الغياب للعذر، فالحنابلة لا يبيحون التطليق إذا كان للزوج الغائب عذر لغيابه ، أما المالكية لا يراعون الأعذار في الغياب .

ـ أما قانون الأسرة الجزائري فإنه يبيح التطليق لغياب الزوج لكن بشروط منها: غياب مدة سنة فأكثر وقد وافق فيها المالكية ، كما اشترط أن يكون غيابه من غير عذر فوافق بذلك الحنابلة .

ـ التطليق لغياب الزوج فيه تضارب بين ما ينتج من منافع عن بقاء عقد الزواج وبين ما ينتج من مضار عن التطليق أو الفرقة سواء كانت خاصة أو عامة .

ـ من شروط التطليق غياب الزوج ستة أشهر أوسنة فأكثر، هذه المدة مبنية على الإجتهاد ينبغي أن تتغير بتغير واقع الناس، وتخضع لتقدير القاضي، فالمرأة صاحبة العشرين سنة ليست كذات الأربعين سنة،ومايشهده عصرنا من فتن وسهولة المعاصي، حتى الرجل المحصن الحاضر مع زوجته يخشى على نفسه فلايقاس عصرنا هذاعلى العصور السابقة التي كانت محافظة على القيم .

ـ نوع الفرقة بسبب غياب الزوج في الفقه الإسلامي يرى المالكية أنها طلاق بائن، ويرى الحنابلةأنها فسخا، أما قانون الأسرة سكت ولم يبين طبيعة الفرقة بسبب غياب الزوج .

وربما الأنسب إذا كان لغياب الزوج عذر تكون الفرقة فسخا أفضل، أما إذا لم يكن للزوج عذر الأنسب أن تكون طلاقا بائنا كعقوبة للزوج، ومناسب للزوجة ؛ لأن الزوج مهمل ليس من مصلحتها البقاء معه .

ـ عودة الزوج المفقود: ـ إذا وجد زوجته تزوجت ولم يدخل بها فهو أولى بها.

ـ وإذا وجدها دخل بها فليس له إلا المهر الذي أعطاه إياها .

ـ يحتاج الزوجان تعلم أحكام الشريعة الإسلامية ، حتى تقدس هذه الرابطة وتراعى فيهاحدود الله، وتعظم شعائره وحرماته، وحتى نتجنب إهمال الأزواج لأسرهم .

ـ شروط التطليق للغيبة فيها تعسير وتحميل للزوجة ربما الشيء الذي لاتطيقه .

ـ الطلاق أو التطليق كلاهما لا يحصل إلا بحكم قضائي في قانون الأسرة، فيحدث تداخل بين معانيهما؛ لذلك ربما الأنسب أن يستبدلان بلفظ الفرقة أو التفريق فهو يجمعهما .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

ـ كتب التفسير

1 . ابن كثير تفسير القرآن العظيم ،دارالكتاب الحديث ،2012م

2 ـ القرطبي، الجامع لأحكام القران ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 2006م

. كتب الحديث

1 .البخاري ، الجامع الصحيح ، دار صبح ، طبعة جديدة ، 2007م

2 ـ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم ، دار الطباعة العامرة ، تركيا، 2011م

3. الإمام مالك ،الموطأ،دارالفكر، ط 3،2003 م

4 . السنن الكبرى،البيهقي، دار الكتب العلمية ، ط 3 ، 2003م .

5 . سنن الترمذي، مطبعة مصطفى الحلبي ،ط 2 ، 1968 م

6. سنن أبو داود ، دار ابن حزم ، ط 1 ، 1997م .

7. سنن ابن ماجة ، (دط ـ دت) .

8 . مسند الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية ، بيروت

9. مصنف ابن أبي شيبةالكوفي،ط1 ـ الرياض ـ1409هـ

10. الدار قطني ، سنن الدار قطني، دارالمعرفة ، بيروت ،1966 م

11 ـ عبد الرزاق ، المصنف ، المكتب الإسلامي، بيروت

12 ـ ابن بطال البكري ،شرح صحيح البخاري ، مكتبة الرشيد، السعودية، 2003م

13 ـ صحيح مسلم بشرح النووي ، دار التراث العربي

14 ـ عبد المحسن بن حمد العباد، شرح الأربعين النووية

15 ـ سليمان بن خلف الباجي المنتقى شرح الوطأ ، مطبعة السعادة ،القاهرة

16 ـ الصنعاني ، سبل السلام ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ط4 ، 1960م

كتب اللغة

1 . ابن منظور لسان العرب، دار العارف ،دت. دط

2 . محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الحديث ، طبعة جديدة ، 2003م .

3 ـ مجمع اللغة العربية ، بالقاهر، المعجم االوسيط ، مكتبة الشروق الدولية، مصر2004م

4 . مسعود جبران ، الرائد قاموس عصري، دار الملايين ،الطبعة السابعة ،1952 م

ـ كتب الفقه

1ـأبو الحسن علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي

2 ـأبو بكر جابرالجزائري، منهاج المسلم ، دار مكتبة العلوم والحكم 1964

3 ـ أبو عبد الله بن حسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، دارعالم الكتاب، بيروت 1403ه

4 ـ أبو يحي زكرياء الأنصاري، أسنى المطالب وعلى حاشية ابن عباس الرملي

5 ـ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، شرح قواعد الفقه ، دار القلم ، دمشق 1999 م

6 ـأحمد الدردير الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، دار المعارف

7 ـ أراء العلماء في الحكم على الغائب النظام القضائي في الفقه الإسلامي

8 ـ إبراهيم محمد ابن ضويان منار السبيل،المكتبة الإسلامية 1998م

9 ـابن حزم ، المحلي بالآثار ، إدارة الطبعة المنبرية ، دط ، 1352ه

10 ـ ابن جزي ، القوانين الفقهية، مكتبة الشركة الجزائرية ، (دط .دت)

11 ـ ابن عابدين، رد المحتار علي الدر المختار، دار عالم الكتاب ، طبعة خاصة ، 2003

12 ـ ابن عبد البر،الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، دار الكتب العلمية ، (دط . دت) .

13 ـ ابن رشد الجد ، المقدمات والممهدات،دار صادر،دط ، 1405ه

14 ـ ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار شريفة ، (دط . دت)

15 ـ ابن منجي،الممتع شرح المقنع،مكتبة الأسدي ط1 ،1997م

16 ـ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي (د ت . د ط)

17 ـ ابن فرحون برهان الدين أبو إبراهيم ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، 1995

18 ـ ابن قدامه المقدسي ،المغني،دار عالم الكتاب العلمية ، ط2 ، 1986 م.

19 ـ البهوتي ، كشاف القناع علي متن الإقناع ، عالم الكتب ، ط 1 ، 1997م .

20 ـ الحبيب الطاهر، الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة المعرفة ، بيروت، لبنان

21 ـ الحطاب، مواهب الجليل ، دار الكتب العلمية ،ط1 ،1995م

22 ـ الخرشي على مختصرخليل، دار الفكر، بيروت لبنان

23 ـ العجيلي ، حاشية الجمل علي شرح المنهج ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1996م .
24 ـ العيني ، البناية شرح الهداية ، دار الفكر ، ط 1 ، 1980م
25 ـ الماوردي،الحاوي الكبير،دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1994م
26 ـ الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، مطابع دار صفوة 1993
27 ـ النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي ، بيروت ،1405هـ
28 ـ السرخسي ،المبسوط، دار المعرفه،(دط . دت)
29 ـ السيد سابق، فقه السنة،دار صبح، بيروت، لبنان، 2006
30 ـ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ،الفتاوى الهندية ،دار الكتب العلمية،ط1، 2000م
31 ـ الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، دار الكتب العلمية،ط 1 ، 1996م .
32 ـ الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1406هـ
33 ـ القرافي ،الذخيرة ، دار الغرب الإسلامي، ط 1 ، 1994م
34 ـ جلال الدين السيوطي ،الأشباه والنظائر،دار الكب العلمية ،1983م
35 ـ عبد الله بن محمود الموصلي، الإختبار لتعليل المختار، دار الفكر، (دت) .
36 ـ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دارالكتبالعلمية،بيروت لبنان،2003
37 ـ علي بن محمد الجرجاني ، كتاب التعريفات،دار الكتاب العربي 1998م
38 ـ علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة ، دار الكتب بيروت. لبنان 1998م
39 ـ علي بن نصر، الأشراف على نكت مسائل الخلاف ، دار ابن حزم، بيروت1999م
40 ـ محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، دار الوفاء ، ط1 ، 2001م
41 ـ مالك بن أنس،المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية
42 ـ محمد بن محمد الغزالي ،الوسيط في المذهب دار السلام ، 2004م
43 ـ محمد بن يوسف بن سالم ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الفكر، بيروت ،1398 هـ.
44ـمحمود بن إسرئيل، جامع الفصولين، دار المقتبس، بيروت
45 ـ صالح عبد السميع الآبي الأزهري،الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن زيد القيرواني ، المكتبة الثقافية.
46 ـ شمس الدين بن عرفة ، حاشية الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية ، (دط . دت) .

47 ـ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر، ط 1 ، 1985
18 ـ يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني ،البيان في المذهب الشافعي ، دار المنهاج

كتب القانون

1 ـ محمد أبوزهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربية، القاهرة ،1957 م
2 ـ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1994م
3 ـ بلحاج العربي،المفقود في الأحوال الإنسانية
4 ـ رشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية ،2008 م
5ـ عبد الجواد خلف ، الغائب وأحكام القضاء، الدار الدولية للإستثمار، ط 1 ، 2008م .
6 ـ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3 ،1993مـ
7 ـ عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهلاء الرابطة الزوجية، شهادة ماجستير ابن عكنون الجزائر
8 ـ مفيدة بو شاشي ، وعزيزة حسيني ،مجلة القانون والمجتمع العدد 02 كلية الحقوق الجزائر
9 ـ محمد سعيد معتوق ،مدخل إلى العلوم القانونية ، دار هومة،الجزائر
10 ـ زبيدة أقروفة، الإبانة في أحكام النيابة ، دار الأمل الجزائر.
11 ـ محمد بن عبد الله ، أحكام المفقود ، دار دجلة ، الأردن

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكروعرفان
إهداء
مقدمة:.....أ-ز

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتطليق والغيبة

المبحث الأول :ماهية التطليق.....10
المطلب الأول: تعريف التطليق.....10
الفرع الأول: تعريف التطليق لغة.....10
الفرع الثاني : تعريف التطليق شرعا:.....11
الفرع الثالث: تعريف التطليق في قانون الأسرة الجزائري.....12
المطلب الثاني: ـ مشروعية التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....14
الفرع الأول: مشروعية التطليق في الفقه الإسلامي.....14
الفرع الثاني: مشروعية التطليق في قانون الأسرة الجزائري.....17
خلاصة:.....19
المبحث الثاني:مفهوم الغيبة.....19
المطلب الأول : تحديد معنى الغيبة.....19
الفرع الأول : معنى الغيبة لغة.....19
الفرع الثاني :المعنى الإصطلاحي للغيبة في الفقه الإسلامي.....20
خلاصة:.....27
المطلب الثاني : الفقد.....27
الفرع الأول : تعريف الفقد في اللغة.....27
الفرع الثاني : تعريف الفقد شرعا.....27
الفرع الثالث: تعريف الفقد في قانون الأسرة الجزائري.....29
الفرع الرابع : الفرق بين الغيبة والفقد.....31
المطلب الثالث : الحكم على الغائب بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.....32
الفرع الأول :الحكم على الغائب في الفقه الإسلامي.....32
الفرع الثاني : الحكم على الغائب في التشريع الجزائري.....39

الفصل الثاني: أحكام التطليق للغيبة والفقد

تمهيد : 42

المبحث الأول : أحكام التطليق للغيبة 43

المطلب الأول : حكم التطليق للغيبة 43

الفرع الأول : حكم التطليق للغيبة شرعا 43

الفرع الثاني : أسباب الإختلاف بين الفقهاء 46

الفرع الثالث :التفريق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري 46

خلاصة : 47

المطلب الثاني : أسباب وشروط التطليق للغيبة 48

الفرع الأول : أسباب التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي 48

الفرع الثاني: شروط التفريق في الفقه الإسلامي 50

الفرع الثالث : شروط التفريق في قانون الأسرة الجزائري 51

المبحث الثاني : أحكام المفقود 54

المطلب الأول : حكم التطليق لفقد الزوج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري 54

الفرع الأول : حكم التطليق لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي 54

الفرع الثاني: حكم التطليق للفقد في قانون الأسرة الجزائري 59

المطلب الثاني : الحكم بوفاة المفقود 60

الفرع الأول :الحكم بوفاة المفقود في الفقه الإسلامي 60

الفرع الثاني : الحكم بوفاة المفقود في قانون الأسرة الجزائري 64

المطلب الثالث: طبيعة التطليق للغيبة وعودة المفقود 66

الفرع الأول : طبيعة أو نوع الفرقة للغيبة 66

الفرع الثاني : عودة المفقود 68

خلاصة : 71

خاتمة: 73

قائمة المصادر والمراجع: 77

فهرس المحتويات 82

خلاصة :

تناول هذا البحث مسألة التطليق لغياب الزوج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

فغياب الزوج عن زوجته ينتج عنه ضرر لا يمكن تجاهله و لابد من دفعة أو إعطاء حل لها ولا حل إلا أن يعود إليها زوجها أو تذهب هي إليه أو يطلقها أو تطلق عليه، إلا أن فقهاء الشرع اختلفوا في هذه المسألة بين مجيز للتطليق وهم المالكية والحنابلة وهذا وفق شروط ، ومانع له وهم الحنفية والشافعية، وقد وافق قانون الأسرة الجزائري المالكية والحنابلة في جواز التطليق لغيبة الزوج وفق شروط منها ما وافق فيه المالكية ومنها ما وافق فيه الحنابلة

وكنتيجة لهذا البحث:

غياب الزوج عن زوجته من الأسباب المعتبره في الشرع و القانون لطلب التطليق.

Abstract:

This research addressed the issue of divorce due to the husband's absence between Islamic jurisprudence and Algerian family law.

The husband's absence from his wife results in harm that cannot be ignored and must be paid or given a solution. There is no solution except for her husband to return to her or she to go to him or he divorces her or she divorces him. However, Islamic jurists differed on this issue between those who permit divorce, namely the Malikis and Hanbalis, and this is according to conditions, and those who prevent it, namely the Hanafis and Shafi'is. Algerian family law agreed with the Malikis and Hanbalis in permitting divorce due to the husband's absence according to conditions, some of which the Malikis agreed with and some of which the Hanbalis agreed with.

As a result of this research:

The husband's absence from his wife is one of the reasons considered in Islamic law and law to request a divorce