التطليق للغيبة

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية

أيت شاوش دليلة

أستاذة مساعدة قسم " أ "

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية

مقدمة

إنّ أشكال الإضرار بالزوجة وتضررها مختلفة ومتنوعة باختلاف وتنوع أسباب كل ضرر وظروف وقوعه، فقد يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فيكون قد تخلف عن أداء أحد واجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق. كما قد يتخلف عن أداء واجب آخر بهجر زوجته وعدم معاشرتها وأدائها حقها الشرعي. كما قد يتخلف الزوج عن أداء النفقة والمعاشرة الزوجية لسبب آخر وهو الغياب. فالغياب حتى وإن كان - وفي أحيان كثيرة – لأسباب غير إرادية، فإنّه يؤدي بالضرورة إلى التخلف عن أداء الواجبات الزوجية تجاه الزوجة. فالزوج الغائب عموما قد لا يترك مالا تنفق الزوجة منه، كما يؤدي غيابه إلى هضم حقها الطبيعي في العلاقة الزوجية. لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فقد تمتلك

الزوجة مالا تنفق منه وقد تصبر على حقها الطبيعي في العلاقة الزوجية، لكن الغياب قد يؤدي إلى هضم حقوق أخرى، فالزوجة تحتاج إضافة إلى التكفل المادي والحسّي إلى الأنس والسكن والمشاركة في تربية الأولاد وفي كافة أعباء الحياة. كما قد يكون الغياب غيابا عاديا أو فقدانا أو قد يغيب الزوج بسبب الحبس، لكن موضوع هذا البحث هو الغياب فقط دون الوقوف على حالة الفقدان والحبس.

يفترض في الغياب المقصود أن يكون غيابا إراديا، ولكن الاختلاف قد يكون في هدف وسبب الغياب. فقد يكون الغرض منه سليما كسفر الزوج لطلب العلم أو العمل إذا احتاج إليه، وقد يكون الهدف الإضرار بالزوجة فيقصد الزوج الابتعاد عن زوجته لإلحاق الضرر بها. والضرر الواقع على الزوجة بسبب غياب زوجها ضرر من نوع خاص لأنّه يختلف عن الضرر المادي الذي يكون عادة من الإيذاء بالقول أو الفعل، فهي تتضرر يقينا من غياب زوجها عنها خاصة إذا طالت المدّة وبلا عذر مقبول، لأنّ تقبلها العذر يجعلها تتقبّل الغياب وتصبر عليه. أمّا في الحالة العكسية فإنّها تتضرّر لأنّه لم يصطحبها إلى حيث مقامه ولم يسرّحها لتتخذ زوجا غيره. ويلاحظ أنّ الغياب الذي ذكره الفقهاء هو غياب الزوج خارج البلد، أمّا إذا كان في نفس البلد الذي تسكنه الزوجة فالتطليق لا يقع بسببه وإنّما بسبب الضرر الناتج عنه كالهجر مثلا[1]. فإذا غاب مدّة طويلة وخشيت على نفسها الفتنة والوقوع في الحرام فهل لها طلب الفرقة لذلك أم لا؟

[1]- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 156.

لمناقشة هذه القضية لا بدّ من التعرّض للآراء الفقهية ولبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية وأخيرا لقانون الأسرة الجزائري.

أوّلا: الموقف الفقهي من طلب التطليق للغيبة.

اختلف الفقهاء في موضوع التفريق للغيبة إلى رأيين، رأي لا يجيز التفريق للغياب ورأي يجيزه.

1- الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج.

ذهب إلى هذا الرأي الحنفية[1] والشافعية[2] من المذاهب الأربعة وبنفس الرأي أخذ الظاهرية[3]. ويرى هؤلاء أنّه لا يصحّ التفريق بسبب غيبة الزوج حتى وإن طالت المدّة لانعدام وجود أساس شرعي لهذا التفريق لأنّ الدليل لم يقم على أنّ غيبة الزوج سبب للتفريق بين الزوج وزوجته، وأنّ الأصل بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التطليق مهما كان نوع الغيبة. وقد نُقل عن الشافعي قوله: "لا فسخ مادام الزوج موسرا وإن انقطع خبره"[4]. وكذلك قال الأحناف أنّ القضاء على الغائب لا يجوز، وبما أنّهم لا يجعلون الطلاق بيد القاضي إلاّ في بعض

---

[1]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 160؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج11، دار المعرفة، بيروت. د. ت.ن، ص 34، 35.

[2]- محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، ج5، دار المعرفة، 1393ه، ص 239؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، كتاب النكاح، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص 579.

[3]- أبو محمد علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، الجزء 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.ن، ص 142.

[4]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبري، مصر، 2004، ص 331؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

عيوب الزوج، فإنّهم بالتالي لا يجيزون التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج لأنّ الضرر الأساسي الذي يسببه غياب الزوج والذي يأخذ بعض الفقهاء على أساسه بالتفريق هو ترك مباشرة الزوجة. وللأحناف في هذا رأي واضح[1]، لأنّهم يرون أنّ الزوج إذا دخل بزوجته مرّة واحدة في العمر يكون قد وفّاها حقها والزيادة على ذلك غير واجبة على الزوج قضاء وإنما تجب عليه من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح،

لهذا لا يجيز الأحناف التفريق للضرر لغيبة الزوج[2].

إلى نفس الرأي ذهب الظاهرية، حيث يرى ابن حزم أنّه لا يجوز فسخ نكاح أحد بمعيبته ولا إيجاب عدّة ممّن لا يصحّ موته، ولا أن يطلّق أحد عن غيره[3].

نستخلص من هذه الآراء السابقة أنّ هذا الاتجاه الفقهي ضدّ التفريق للغيبة حتى وإن طالت مدّتها. لكن إذا رجعنا إلى قول الشافعي نجده أورد عبارة "ما دام الزوج موسرا" فإنّه لا يجوز لها طلب الفرقة. نستنتج بمفهوم المخالفة أنّه إذا انعدم الإنفاق يمكن لها طلب التفريق. لكن في هذه الحالة – وحسب تقديري – فإنّ طلب الفرقة هنا يكون أساسه عدم الإنفاق وليس الغياب[4].

---

[1]- سبق التعرّض له والتعليق عليه في فصل التطليق للعيب في الصفحة 58 من هذا البحث.

[2]- محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، 1971، ص 361؛ محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2007، ص 450.

[3]- ارجع في شرح رأي ابن حزم إلى: - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 331؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

[4]- لقد أدرجت هذه النقطة قصدا لأنّنا سنرجع إليها بالتفصيل عند استعراضنا لموقف المشرّع الجزائري من التطليق للغيبة.

2- الرأي القائل بجواز طلب التفريق للغيبة.

قال بهذا الرأي المالكية[1] والحنابلة[2]، وهم يرون جواز التفريق لغيبة الزوج إذا طالت وتضرّرت الزوجة بسببها ولو ترك لها زوجها الغائب مالا تنفق منه مدّة غيبته. وهم يرون أنّ السبب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق في هذه الحالة هو أنّه من الصعب عليها المحافظة على عفّتها وهي مقيمة بعيدا عن زوجها لمدّة طويلة، وهذا الأمر لا تتحمّله الطبيعة البشرية في الغالب الأعمّ. وبالتالي وجب رفع هذا الضرر عنها لأنّه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وذلك بالتفريق بينها وبين الزوج الغائب إذا رفض الحضور إليها أو نقلها إلى بلد إقامته.

3- شروط التفريق للغيبة عند القائلين به.

رغم اتفاق المالكية والحنابلة على مبدأ التفريق للغيبة إلا أنّهم اختلفوا في شروطه أي في نوع الغياب الموجب للتفريق وفي المدّة التي يُخوّل فيها للزوجة رفع أمرها للقاضي وفي وصف الفرقة

الواقعة به[3].

---

[1]- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د.ت.ن، ص 431؛ أحمد الحصري، الأحوال الشخصية، مكتبة الكليّات الأزهرية، 1968، ص 729.

[2]- موفق الدين بن قدامه، المغني ويليه الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامه، ج 7، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 143.

[3]- ارجع في تفصيل هذه الشروط إلى كل من: محمد حجاري، 2007، ص 451؛ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص 331 إلى 333؛ محمود محمد علي، مرجع سابق، ص 362 إلى 365؛ محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة....، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 445؛ أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد، ونفقة الأقارب في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1997، ص 107، 108.

أ- شروط التفريق للغيبة عند المالكية ونوع الفرقة الواقعة به:

- غياب الزوج لمدّة معيّنة تتضرّر فيها الزوجة عادة لأنّ الفرقة تكون للضرر الواقع لا للضرر المتوقع وأدناها سنة، وهو المعتمد الراجح عندهم لأنّ في الأمر اختلاف بين أنصار مذهب المالكية، فهناك من يطيل المدّة إلى ثلاث سنوات.

- أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع في الحرام نتيجة لغيبة الزوج عنها وينبغي أن تؤكد هي ذلك.

- الكتابة للزوج إن علم محله وأمكن الوصول إليه، إمّا أن يحضر أو ترحل زوجته إليه أو يطلّق. فإن امتنع أمهله القاضي بالاجتهاد وطلّق عليه. أمّا إذا كان الزوج في مكان مجهول فالقاضي يطلّق دون إمهال.

- كل هذه الشروط ينبغي أن تتوفر إن كانت نفقتها دائمة أي طيلة مدّة الغياب، وإلاّ طلّق عليه القاضي حالا لعدم الإنفاق.

- ينبغي الإشارة إلى أنّ المالكية أجازوا التفريق للغيبة مطلقا ولم يفرّقوا بين الغيبة لعذر كطلب العلم أو العمل أو بدون عذر.

أمّا عن نوع الفرقة الواقعة للغيبة فيعتبرها المالكية طلاقا بائنا لأنّ كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلاّ الفرقة بسبب الإيلاء والفرقة لعدم الإنفاق.

ب- شروط التفريق للغيبة عند الحنابلة ونوع الفرقة الواقعة به:

- اشترط الحنابلة في الغيبة الموجبة لطلب التفريق أن تكون دون عذر، ولم يحدّد الفقهاء الأعذار على سبيل الحصر وإنّما للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

- حدّد الحنابلة الحدّ الأدنى للغيبة بستة أشهر أخذا بما قرّره عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- بعد سؤاله ابنته حفصة عن المدّة التي يمكن للزوجة أن تصبر فيها على غياب زوجها.

أمّا عن نوع الفرقة الواقعة للغياب فإنّ الحنابلة يرون أنّها فسخ لا طلاق لأنّه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يوكلها الزوج إلى أحد وإنّما هي فرقة بحكم القاضي ولا بدّ من حكم القاضي بالفسخ لأنّه مختلف فيه.

ثانيا: الموقف التشريعي من التفريق للغيبة

أخذت تشريعات الأحوال الشخصية العربية، التي سأتعرّض إليها وغيرها، بالتطليق للغيبة وبقي لنا معرفة موقفها فيما إذا كانت قد أخذت بالشروط المشتركة التي جاء بها المالكية والحنابلة أم اختلفت فيما اختلفا فيه.

سأبدأ باستعراض موقف المشرّع المصري ثم السوري والمغربي والعراقي والإماراتي وأخيرا الجزائري ليتسنى لنا مقارنته بغيره من المشرّعين، وبالآراء الفقهية السابقة وتحديد نقاط الاتفاق والاختلاف إن وجدت.

1- موقف التشريع المصري من التفريق للغيبة.

أ- حكم التطليق للغيبة في التشريع المصري: لقد نصّ المشرّع المصري على حق الزوجة في طلب التطليق على زوجها لغيبة عنها وذلك في المادتين 12 و13 من القانون رقم 1929/25[1] والتي نصّها كالآتي:

[1]- للاطّلاع على هذه المواد والتعليق عليها ارجع إلى كل من : أحمد إبراهيم بك، المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الجمهورية للصحافة، 2003، ص 330؛ محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية،

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

المادة 13: "أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنّه يطلّقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلّقها.

- فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة.

- وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلّقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل".

يفهم من النصّين السابقين أنّ الغيبة المقصودة هي انتقال الزوج إلى بلد غير بلده وإقامته فيه أو رحيله إلى مكان مجهول، لأنّ بقاءه في نفس البلد مع غيابه عن الزوجة يعتبر هجرا وإيذاءً لها يستدعي التطليق على أساس الإيذاء والضرر[1]. كما أنّ الغائب المذكور في المادتين نوعان:

1. غائب معلوم الإقامة يمكن وصول الرسائل إليه ويجب تحقق شروط للتطليق عليه.

2. غائب مجهول الإقامة وهذا يطلّق القاضي عليه دون إمهال.

مركز البحوث بمجموعة السناري، القاهرة، 2000، ص 20؛ عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية ، الطبعة 1، د.د.ن، د.ت.ن، الإسكندرية ، ص 418.

[1]- أحمد نصر الجندي، التعليق على نصوص لائحة المحاكم الشرعية وقانون الأحوال الشخصية، عالم الكتب، القاهرة، د.ت.ن، ص 188.

كما يفهم أنّ الإنفاق لا دخل له بالغيبة لأنّه إذا انعدم الإنفاق لم تنتظر الزوجة لمدّة سنة وإنّما تطلق على أساس عدم الإنفاق وليس الغيبة.

ب- شروط التطليق وفقا للمادتين السابقتين[1]:

1. أن يغيب الزوج في بلد غير الذي تسكنه الزوجة[2].
2. أن تكون الغيبة سنة فأكثر، فلا تقبل دعوى التطليق للغيبة قبل مضي هذه المدّة والسنة المقصودة هي السنة الشمسية وعدد أيامها 365 يوما[3].
3. أن يكون الغياب بدون عذر مقبول، وتقدير العذر يرجع إلى قاضي الموضوع.
4. أن تتضرر الزوجة من الغيبة وتطلب التطليق لأنّ التضرر من الغياب هو سبب الدعوى وليس الغياب في حدّ ذاته، والتطليق حق للزوجة لا بدّ لها من طلبه بنفسها.
5. أن يتخذ القاضي الإجراءات اللازمة إذا كان الغائب معلوم المكان وتصله الرسائل بإعلامه وإمهاله فترة من الزمان قبل التطليق عليه.

---

[1]- أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 417، 418؛ معوّض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج 1ن ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 699؛ زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه المقارن والقانون، معهد الدراسات الإسلامية بالزمالك، د.ت.ن، ص 175؛ حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءً، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2001، ص 304.

[2]- وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 87 لسنة 54 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1988/02/26، نقلا عن أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 418.

[3]- طبقا لنص المادة 23 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والتي تنص على: "المراد بالسنة في المواد من 12، 18 هي السنة التي عدد أيامها 365 يوما".

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: يقع التطليق الذي يحكم به القاضي للغيبة طلقة بائنة، وهذا ما جاء في نص المادة 12 السابقة الذكر.

خلاصة القول فيما ذهب إليه المشرّع المصري أنّ المادة 12 و13 مزيج من المذهبين المالكي والحنبلي. بالنسبة للمادة 12 أخذ المشرّع المصري برأي المالكية في مدّة الغيبة الموجبة للتفريق. أمّا بالنسبة للمادة 13 فقد استمدّها من المذهبين المالكي والحنبلي لاتفاقهما في أحكامها وهي إجراءات إعلام الغائب وإمهاله إذا كانت الرسائل تصل إليه أو التطليق عليه دون إمهال إذا كان مجهول المكان.

2- موقف التشريع السوري من التطليق للغيبة.

أ- حكم التطليق للغيبة: أخذ المشرّع السوري كغيره بالتفريق للغيبة بنصّه في المادة 109 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953[1] على مايلي:"إذا غاب الزوج بلاعذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من 3 سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه".

[1]- محمد إبراهيم الكويفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، مع مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، 2006، ص 41؛ أديب استانبولي، سعدلي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، 1990، ص 53 و54.

يلاحظ أنّ عدم الإنفاق ليس شرطا لطلب التطليق للغيبة، فهو موضوع منفصل فحتى وإن ترك الغائب مالا للإنفاق فهذا لا يبطل حق الزوجة في طلب التفريق.

ب- شروط التطليق للغيبة: تتلخص شروط التطليق للغياب الواردة في المادة 109 في فقرتها الأولى على مايلي:

1. غياب الزوج لمدّة سنة كاملة على الأقل.
2. أن يكون الغياب بدون عذر.
3. أن تطلب الزوجة من القاضي التفريق.

وتجدر الإشارة إلى أنّ مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 2009 اقترح مادة جديدة في التفريق للغيبة لصالح الزوج الغائب، بحيث لم يترك حساب مدّة غياب الزوج المقدّرة بالسنة مطلقة وإنّما قيّدها في حالة ما إذا كانت الزوجة ذاتها مسجونة أو غائبة، وهي في هذه الحالة لا تستطيع محاسبة الزوج إذا كان غائبا وإنّما ألزمتها هذه المادة أن تبدأ حساب المدّة من تاريخ خروجها من السجن أو عودتها[1]، حيث نصّت المادة 206 من المشروع على مايلي: "إذا كانت الزوجة مسجونة أو غائبة فخرجت فتبدأ السنة من تاريخ خروجها من السجن أو رجوعها"[2].

[1]- ونفس المنطق أخذ به المشرّع السوري عندما اشترط على الزوجة التي تطلب التطليق للعيب الجنسي ألا تكون هي مصابة به (المادة 105 من نفس القانون).

[2]- مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري 2009.
http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=5045

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: نصّت الفقرة 2 من المادة 109 السابقة على مايلي: "هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدّة حقّ له مراجعتها".

نلاحظ أنّ المشرّع السوري خالف رأي الفقهاء في اعتبار الفرقة للغياب فسخا أو طلاقا بائنا واعتبرها طلاقا رجعيا، وقد أختلف في ذلك مع المشرّع المصري. كما أخذ المشرّع السوري برأي الحنابلة في اشتراط عدم توفر العذر للغياب للاستجابة للتطليق، ومن جهة أخرى أخذ برأي المالكية في اشتراطه سنة كحدّ أدنى للغياب الموجب لطلب التطليق. أمّا فيما يخص التفريق بين الغيبة في مكان معلوم والغيبة في مكان مجهول لا تصل إليه الرسائل وفيما اتفق عليه الحنابلة والمالكية فإنّ المشرّع السوري في المادة السابقة لم يشر إلى ذلك[1].

3- موقف التشريع المغربي من التطليق للغيبة.

أ- حكم التطليق للغيبة: أخذ المشرّع المغربي بالتطليق لغياب الزوج ونصّ على ذلك في المادتين 104 و195 من المدوّنة الجديدة للأسرة[2] والتي جاء في نصّهما مايلي: المادة 104: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدّة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق.

- تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدّتها ومكانها بكلّ الوسائل.

---

[1]- كما لم أستطع الحصول على اجتهادات لمحكمة النقض السورية تبين لنا ما إذا كان القاضي يأخذ بالإعذار والإمهال أم لا.

[2]- أمحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، الطبعة 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 39.

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

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

ب- شروط التطليق للغيبة:

1. الغياب لمدّة تزيد عن سنة.
2. إعلام الزوج الغائب معلوم المكان بدعوى الزوجة وتخييره بين الحضور للإقامة معها أو نقلها إليه وإلاّ التطليق عليه.
3. اتخاذ كل الوسائل بمساعدة النيابة العامة لتبليغ الغائب مجهول المكان فإن لم يحضر طلّق القاضي عليه.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغياب: يعتبر المشرّع المغربي التطليق الواقع للغياب طلاق بائن، وهذا مانصّت عليه المادة 122 من مدوّنة الأسرة: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلاّ في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق".

نلاحظ أنّ المشرّع المغربي لم يتعرض إلى ما إذا كانت الغيبة بعذر أولا ولم يجعله شرطا أساسيا في طلب الفرقة للغياب، ويكون بذلك قد وافق المذهب المالكي في عدم اشتراطه عدم توفر العذر للغياب وكذلك في اشتراطه في الغياب لمدة سنة. كما أخذ المشرّع المغربي بإجراءات الإعذار والتخيير قبل التطليق كما اتفق عليه المالكية والحنابلة.

4- موقف التشريع العراقي من التفريق للغيبة.

أ- حكم التطليق للغيبة: لقد أورد المشرّع العراقي الأسباب التي تطلب الزوجة التفريق بها في المادة 43 من القانون رقم 188 لسنة 1959 ومن بينها بعد الزوج عن زوجته بأيّ سبب[1]. ومن بين هذه الأسباب:

المادة 43: "أولا....2- إذا هجر الزوج زوجته مدّة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه".

أوّل ما نلاحظه على هذه الفقرة أنّ المشرّع العراقي استعمل كلمة الهجر وليس الغيبة أو الغياب كما ذهب إلى ذلك الفقهاء ومختلف المشرّعين العرب، والذي يدلّ على أنّه أراد الغياب هو نصّه على عبارة "وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه"، ويعني هذا أنّه يمكن للزوج الذي هجر زوجته أن يكون مجهول الإقامة.

والذي يؤكد كذلك أنّ المقصود بالهجر هنا هو الغيبة هو إشارة د.أحمد الكبيسي في شرحه لهذه الفقرة إلى أخذ المشرّع العراقي برأي المالكية والحنابلة الذين أجازوا التفريق للغيبة[2].

أراد المشرّع العراقي بهذا هجر الزوجة سواء كان الزوج قريبا منها أو بعيدا عنها لأنّ الهجر في كل الحالات موجود، وهو علة الحكم بالتفريق للغياب والدليل على ذلك أنّ من أخذ بالتفريق للغيبة أقرّ بالتفريق حتى بوجود النفقة وعند بعضهم

---

[1]- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأوّل، الزواج والطلاق وآثارهما، الطبعة الثانية، 2006، ص 159؛ انتصار الميالي، قراءة في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، www.imaqcp.org.01.08.2009 .

[2]- أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص 160، 161.

حتى بوجود عذر للغياب، لأنّ العلّة هي الإخلال بحقّ المرأة في المعاشرة الزوجية، وهذه العلّة مشتركة مع الهجر في المضجع دون غياب الزوج وفي غيابه بعذر أو بدون عذر.

وكذلك نصّت المادة 43 في الفقرة ثالثا على مايلي: "أ- للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدّة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر...".

بالإضافة إلى البند 2 من الفقرة أوّلا من المادة 43 فإنّ المشرّع العراقي أضاف حالات أخرى للتفريق للغياب في قرارات أصدرها مجلس قيادة الثورة[1] وهي كالتالي:

- قرار مجلس قيادة الثورة المرقم 1529 والمؤرّخ في 1985/12/13 والذي نصّه كالآتي: " أوّلا: للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تخلّف عن أداء الخدمة العسكرية مدّة لا تزيد عن ستة أشهر أو هرب إلى جانب العدو، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها.

[1]- يظهر من تسمية هذه الهيئة أنّها ذات طابعها سياسي أكثر منه قانوني، وسيظهر أكثر ذلك من خلال القرارات الخاصة بالتفريق القضائي والأسباب الباعثة على ذلك، لأنّها ذات طابع سياسي ووجدت لمصلحة النظام السائد أنذاك. ويظهر من خلال عدّة مواقع إلكترونية أنّ الكثير من قرارات مجلس الثورة قد ألغيت، لكن بالرجوع إلى مرجعنا الأساسي في شرح قانون الأحوال الشخصية للدكتور أحمد الكبيسي فإنه يظهر أنّ القرارات الخاصة بالتفريق القضائي مازالت سارية المفعول لأنّ صاحب الكتاب أشار غليها دون ذكر ما إذا كانت ألغيت أم لا، مع العلم أنّ الكتاب صادر في سنة 2006.

ثانيا: يعتبر التفريق بموجب هذا القرار طلاقا رجعيا يجيز للزوج مراجعة زوجته إذا التحق بالخدمة العسكرية أو عاد من الهروب خلال مدّة العدّة.

ثالثا: إذا كرّر الزوج الهروب وحكم بالتفريق في هذه الحالة يكون طلاقا بائنا بينونة صغرى".

ب- شروط التفريق للغيبة في التشريع العراقي:

- هجر الزوج للزوجة وغيبته عنها لمدّة سنتين على الأقل. ولكن هذه المدّة تطبّق في الحالات العادية، لأنّ هناك استثناءات عليها مذكورة في قرار مجلس قيادة الثورة السابق، بحيث لم يحدّد مدّة الغياب عن الزوجة وإنّما حدّد مدة الهروب من الخدمة العسكرية والتي لا يجب أن تزيد على ستة أشهر. والاستثناء الثاني هو مدّة 3 سنوات من الغياب التي تنتظرها الزوجة المتجنس زوجها بجنسية أجنبية والذي منع أو امتنع من الدخول إلى العراق.

- أن يكون الغياب بلا عذر مشروع.

نستخلص في الأخير أنّ المشرّع العراقي اقترب أكثر من رأي المالكية في تحديد مدّة الغياب لأنّ أغلبهم حدّدها بسنة وهناك من حدّدها بثلاث سنوات. بالنسبة للشرط الثاني أخذ المشرّع العراقي بالمذهب الحنبلي لاشتراطه عدم وجود العذر لهجر الزوجة وغيابه عنها.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: يعتبر التفريق الواقع للغيبة في التشريع العراقي طلاقا بائنا بينونة صغرى وفقا لنص المادة 45 من نفس القانون[1].

5- موقف التشريع الإماراتي من التفريق للغيبة.

أ- حكم التفريق للغيبة: لقد أخذ المشرّع الإماراتي كغيره بالتفريق للغيبة، وجاء ذلك في المادة 129 من ق.أ.ش حيث نصّت على ما يلي: " للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة".

ب- شروط التفريق للغيبة: يظهر من النص السابق أنّ المشرّع اشترط للحكم بالتطليق للغيبة إذا كان الزوج معروف الإقامة، أن يتمّ إنذاره للاختيار بين أن يقيم معها أو تنتقل إليه أو يطلقها، والشرط الثاني هو إمهاله مدّه لا تزيد على سنة. ولا يشترط المشرّع عدم ترك الزوج للنفقة كشرط للتفريق، بل ترك الإنفاق لا يغيّر من الأمر شيئا. أمّا الغائب غير معروف الإقامة فينطبق عليه حكم المفقود، بحيث لا يحكم لها بالتطليق إلاّ بعد التحري والبحث وانتظار سنة بعد رفع الدعوى وهذا ما جاء في المادة 130 من نفس القانون.

ج- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: نصّت المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي:"كل طلاق يقع رجعيا إلاّ الطلاق المكمّل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، وما ورد النص على بينونته"، ويفهم من هذا أنّ الفرقة الواقعة بالغيبة رجعية لأنّ المشرّع لم ينصّ على بينونتها.

[1]- سبقت الإشارة إلى نفس المادة في الصفحة 126 من البحث.

6- موقف التشرّيع الجزائري من التطليق للغيبة.

1- حكم التطليق للغيبة: نصّت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الخامسة على حق الزوجة في طلب التطليق للغياب بنصها كالآتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية.....5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة..".

2- شروط التطليق للغيبة: يظهر من خلال الفقرة 5 من المادة 53 أنّ المشرّع اشترط ثلاثة شروط أساسية لتمكين الزوجة من طلب التطليق في حالة غياب الزوج وهي تتمثل فيما يلي:

أ- أن يمرّ على غياب الزوج سنة كاملة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.

ب- أن يكون هذا الغياب دون عذر مقبول، بحيث إذا غاب الزوج لعذر ما، يراه القاضي مقبولا فإنّ الزوجة لا تجاب لدعوى التطليق حتى وإن دامت الغيبة أكثر من سنة.

ت- الشرط الثالث هو أن لا يترك الزوج الذي غاب عنها لمدّة سنة وبدون عذر مقبول لها مالا تنفق منه. فإذا غاب عنها لمدّة سنة أو أكثر وبدون عذر ولكن ترك لها مالا تنفق منه

فإنّها لن تجاب لدعوى التطليق لعدم توفر الشرط الأخير[1].

[1]- ارجع في شروط التطليق للغيبة الواردة في المادة 5/53 إلى كل من: - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 269 وما يليها؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 297، 298؛ باديس ذيابي، صور فك الرابطة

وللإشارة فإنّ الغيبة المقصودة هنا هي إقامة الزوج في بلد آخر غير الذي تقيم فيه الزوجة، أمّا إذا كان يقيم في نفس البلد فإنّ هذا يكون إهمالا ويدخل بالتالي في إطار الضرر الوارد في الفقرة 10 من نفس المادة[1].

3- نوع الفرقة الواقعة للغيبة: إنّ الفرقة الواقعة بالتطليق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري طلاق بائن[2].

للتعليق على ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في موضوع التطليق للغيبة ينبغي التركيز على عدّة جوانب منها:

- يرى بعض شرّاح قانون الأسرة الجزائري، ومن خلال ما ورد في الفقرة 5 من المادة 53، أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي الإمام مالك وأحمد[3]. لكنني أرى أنّ هذا الرأي قد جانب الصواب لعدّة أسباب منها:

-إنّ المشرّع الجزائري أخذ من حيث المبدأ برأي المالكية والحنابلة، لأنّ الشافعية والحنفية ضد مبدأ التفريق للغياب، ومن أجاز التفريق بسبب الغياب هم المالكية والحنابلة. وأخْذ المشرّع برأي المالكية والحنابلة مسلك شكلي فقط، لأنّه إذا كان

الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص45 إلى 46.

[1]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 300.

[2]- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions ENCYCLOPEDIA، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 40، 41.

[3]- محمد حجاري، مرجع سابق، ص 452؛ باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 45؛ نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، د.ت.ن ، ص 142؛ عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

قد اختلف مع الحنابلة في شرط من شروط الغيبة فإنّه اختلف مع المالكية في شرطين أساسيين لم يقل بهما الفقه المالكي.

إنّ الفقه المالكي كان موضوعيا في أخذه بالتفريق للغياب لأنّه أخذ به فعلا، لأنّ الزوجة هنا تطلب التطليق لتضررها من الغياب بالذات، وعلّة ذلك هو حاجتها النفسية والجسدية للزوج، وهذه الحاجة هي التي جعلت عمر ابن الخطاب يكتب لأمراء الجند ويأمرهم بألاّ يُمسكوا الجند عن زوجاتهم لمدّة تزيد عن ستّة أشهر، حتى لا تتضرر الزوجة بحرمانها من زوجها وحتى لا تفكر في الحرام. من أجل هذا الاعتبار أخذ المالكية بالتفريق للغياب بعذر أو بدون عذر ، وحتى وإن ترك لها مالا تنفق منه طيلة مدّة الغيبة، فالعبرة ليس في الإنفاق أو في توافر العذر المشروع وإنّما العبرة في تضرر المرأة من غياب زوجها في حدّ ذاته.

وكذلك لم يشترط الحنابلة إلاّ ضرورة انعدام العذر المشروع للتفريق حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه. وإذا ناقشنا العذر المشروع، فأيّ عذر أقوى من أن يخرج المقاتل للجهاد في سبيل الله في عهد عمر بن الخطاب، ورغم ذلك يأمر أمراء الجيش بأن لا يبقى الجندي المتزوج أكثر من 4 أشهر في المعسكر لكي لا يغيب عن زوجته غيابا تتضرر منه.

يظهر من موقف المذهبين أنّهما أخذا بالتفريق للغياب الذي يمسّ بحق الزوجة في المعاشرة الزوجية.

- ما أخذ به المشرّع الجزائري لا علاقة له بالعلّة الحقيقية للتفريق للغياب والتي استند إليها الفقهاء. فالمشرّع الجزائري استبعد كل ضرر إلاّ ضرر عدم الانفاق،

وقد سبق الإشارة إليه في الفقرة 2 من نفس المادة، ولكنّه هنا أطال مدّة الصبر على عدم الإنفاق إلى سنة كاملة لتتمكن الزوجة من طلب التطليق.

- السؤال الذي يُطرح، ألم يتفطن المشرّع الجزائري إلى حاجة المرأة الحسيّة الطبيعيّة، الإجابة بَلا ولكن أدرجها في فقرة التطليق للهجر لمدّة تفوق 4 أشهر خوفا على المرأة من التضرر لهجره لها. لكن أليست مدّة سنة أكثر بكثير من 4 أشهر والخوف على المرأة من الفتنة والوقوع في الحرام أكبر خاصة في غياب الزوج. وقد تفوق المدّة السنة بكثير ولا تطلّق الزوجة إذا كان الغياب لعذر مشروع في تقدير القاضي، أو كان بدون عذر لكنّ الزوج ترك لها مالا تنفق منه.

- نرجع إلى السؤال الذي طرحناه سابقا، بأيّ رأي فقهي أخذ المشرّع الجزائري؟ بعدما قارنا موقفه مع رأي المالكية والحنابلة وجدنا أنّه اختلف معهما جذريا، فالعلّة من التفريق عنده ليست الغياب في حدّ ذاته وإنّما انعدام العذر والنفقة. ولو أردنا تأصيل رأي المشرّع لوجدناه أخذ دون قصد برأي من آراء الحنفية – الذين اختلفوا مع الرأي السائد عندهم، والقاضي بعدم التطليق للغياب – بحيث يرى هذا الرأي أنّه يمكن التطليق إذا اقترن بعدم الإنفاق، ويكون التفريق بذلك ليس على أساس الغياب وإنّما على أساس عدم الإنفاق.

وكذلك رأي الشافعية الذين يرون أنّه لا فسخ لغيبة مادام الزوج موسرا[1]، فإذا اقترن الإنفاق بالغيبة فلا تفريق ولا فسخ، إذن لماذا لا نقول أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي الشافعية وبعض الحنفية حيث أنّ رأيه مطابق لهما، فلا

[1]- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهم، مرجع سابق، ص 331.

تطليق مادام الإنفاق متوفرا. بل أكثر من ذلك لأنّ المشرّع قيّد التطليق للغياب بشرط آخر وهو عدم توفر العذر.

لقد قصد المشرّع الجزائري حين أدرج الفقرة 5 من المادة 53 التطليق لعدم الإنفاق بسبب الغيبة، لأنّ المتأمل في مبحث التطليق لعدم الإنفاق يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أخذ برأي المالكية ولكنّه استثنى موضوع عدم الإنفاق بسبب الغياب والذي ذكره الفقهاء بالتفصيل وأخذ به المشرّع المصري والسوري. ورجع مرّة أخرى إلى التفريق للغيبة ولكنّه قرنه بعدم الإنفاق بعدما أغفل الربط بين عدم الإنفاق والغيبة في فقرة التطليق لعدم الإنفاق وهو موضوع واحد. ورغم ذلك يستطيع القاضي أن يأخذ بالتفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب لأنّ النص عام ويحتمل كل أسباب عدم الإنفاق، المهم توفر الشروط المذكورة في الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة.

- بقي التساؤل المطروح، هل يحكم القاضي للزوجة بالتطليق إذا أسّست دعواها على عدم الإنفاق لتوفر الشروط المذكورة في الفقرة 1 رغم أنّ الزوج غائب. وهل إذا علم القاضي أنّ سبب عدم الإنفاق هو غياب الزوج وكان الغياب بدون عذر، فهل سيجبرها القاضي على انتظار مدّة سنة لكي تطلّق على أساس الغيبة وليس على أساس عدم الإنفاق. وإذا كان الغياب بعذر في هذه الحالة هل يرفض القاضي دعوى التطليق أساسا؟

إضافة إلى ذلك ينبغي التأكيد، في موضوع التطليق للغيبة والأساس الذي استند إليه المشرّع الجزائري، على أنّ ربط الغياب بعدم الإنفاق وبعدم توفر العذر لكي يُفرّق بين الزوج وزوجته أمر مجانب للصواب للعلة التي من أجلها

أخذ الفقهاء بالتفريق. ولعلّ ما سندرجه في مبحث التفريق للهجر والأسانيد التي استند عليها الفقهاء في ذلك كلّها تدعّم التفريق للغيبة لأنّ الهجر فيها يدوم مدّة أطول والبعد الحقيقي للزوج عن زوجته قد يفتن الزوجة أكثر.

خلاصة

القول أنّه ينبغي الحسم في موضوع التطليق استنادا للفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة إمّا أن يكون للغيبة وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها خاصة شرط عدم الإنفاق. وإمّا أن يكون لعدم الإنفاق، وبالتالي ينبغي إلغاؤها والإشارة في الفقرة 1 من نفس المادة إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب واشتراط المدّة التي يراها المشرّع مناسبة لكي يجوز للزوجة طلب التطليق.