مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

غيبة الزوج كسبب للتفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

The husband's absence as a reason to separation between spouses in Islamic jurisprudence and Algerian family law

تومي العربي*

ملحقة قصر الشلالة، جامعة تيارت، (الجزائر)، el.toumi.larbi@gmail.com

تاريخ ارسال المقال:2023/06/03	تاريخ القبول:2023/08/01	تاريخ النشر: 2023/09/01

***المؤلف المرسل**

الملخص:

يحق للزوجة عند جمهور الفقهاء أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إن غاب عنها مدة معينة، وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 باعتبار الغيبة سببا للتطليق.

وتميزت المعالجة التشريعية للمسألة بالقصور الذي اتخذ عدة مظاهر، وفي هذا البحث قمنا بتبيينها وتقديم المقترحات الملائمة لمواجهتها.

الكلمات المفتاحية: غائب؛ فرقة؛ تطليق؛ فقه؛ قانون.

Abstract :

The wife - according to the majority of jurists - has the right to request a separation between her and her husband if he is absent from her for a certain period, and this is what the Algerian Family Code stipulated in Article 53 considering absence as a reason for divorce.

The legislative treatment of this issue was characterized by a deficiency which took several aspects & In this research, we clarified them and presented appropriate proposals to confront them.

Keywords: Absent; Separation; Divorce; Jurisprudence; Law.

مقدّمة:

عقد الزواج هو ارتباط وثيق وميثاق غليظ بين الرجل والمرأة، ينعقد بكلمة الله وعلى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وغايته تحصين الزوجين وحفظ الفروج والأنساب وتحقيق الاستقرار والتوازن النفسي، ونتيجة لذلك يحفظ المجتمع ككل.

ويخضع الزواج إلى أحكام شرعية وقانونية تضبطه من حيث تكوينه وآثاره، وتضع العلاقة بين الزوجين في إطارها الصحيح ببيان حقوق كل منهما والواجبات الملقاة عليه، بغية الوصول إلى تحقيق الزواج للأهداف المتوخاة منه.

والأصل في الزواج التأبيد والاستمرار، إلا أنه الله تعالى أباح لكلا الزوجين اللجوء إلى الطلاق، فجعله في الأصل حقا أصيلا للزوج، ولكن لم يغفل حق المرأة في أن تطلب الفراق من زوجها إذا ما قصر في حق من حقوقها وأصابها منه ضرر تأباه الشريعة السمحاء وفقهها العظيم. ولعل أهم الحقوق التي تؤثر في المرأة هو حرمانها من حقها في العشرة الزوجية من وطء ومساكنة ومآنسة من طرف زوج يغيب عنها ولا يعود وهي تبقى معلقة على اسمه لا تستطيع فعل شيء، وتكون معرضة للوقوع في الحرام في أي وقت.

من أجل ذلك أقرت الشريعة الإسلامية حق المرأة للتفرقة للغيبة مع اختلاف بين فقهاء المذاهب في ذلك، وأخذت التشريعات العربية ذلك منها، ومن بينها المشرع الجزائري الذي نص في قانون الأسرة الصادر بالقانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09[1]، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27[2]، على حق الزوجة في طلب الفرقة بالتطليق للغيبة ولكنه اكتفى ببند واحد في المادة 53 من قانون الأسرة مع عدم وضوح في مفهوم

الغائب في المادة 110 من قانون الأسرة، ومن خلال هذا البحث نسعى للإجابة عن الإشكالية التالية: **في ظل النقص الحاصل في قانون الأسرة ما هي الإشكالات التي يثيرها موضوع فك الرابطة الزوجية بسبب غيبة الزوج وما هي الحلول المتصورة لها؟** وللإجابة على هذه الإشكالية كان لا بد في البحث في اختلاف الفقهاء حول حق المرأة في الفراق عن زوجها بسبب الغيبة، ثم النظر في الاختيار الفقهي للمشرع الجزائري في هذه المسألة، وما هي الشروط التي أقرها الفقهاء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج وموقف المشرع الجزائري منها إضافة إلى التطرق إلى الإجراءات المتبعة أمام المحكمة والأثر المترتب عن الحكم بالتطليق بسبب الغيبة؟

ولتجسيد ذلك كان لا بد من الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي والدراسات المتخصصة بالموضوع مع الاستعانة بنصوص قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالقانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25.[3]

وتم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي بما يتلاءم وطبيعة البحث الذي يحتاج إلى النظر في الأحكام الفقهية والنصوص القانونية مع تحليل هذه الأخيرة واستخراج مضامينها، لتحقيق الأهداف المتوخاة من البحث وهي معرفة الأحكام الفقهية الخاصة بالتفريق بين الزوجين للغيبة وتسليط الضوء على النقص في قانون الأسرة الجزائري والتعرف على الإشكالات التي يثيرها الموضوع عمليا وتقديم المقترحات اللازمة لمواجهة هذه الإشكالات.

وعليه فقد تقسيم البحث على ذلك إلى مبحثين، تم تخصيص المبحث الأول لبيان مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري أما المبحث الثاني فتم التطرق فيه إلى أثر غيبة الزوج على بقاء الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وذلك ببيان شروط الحكم بالفرقة للغيبة وآثار ذلك في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن تحديد مفهوم الغيبة مرتبط بتحديد مفهوم الغائب؛ ولا يمكن أن يتم ذلك إلا إذا قمنا بتعريفه وتمييزه عن المفقود ثم تحديد أنواعه، وهو ما سنتناوله في نقطة أولى من خلال أحكام الفقه الإسلامي ثم في نقطة ثانية من خلال قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الغائب الفقه الإسلامي

سنقوم أولا بتعريف الغائب لغة واصطلاحا ثم نميز بينه وبين المفقود وبيان أقسامه.

الفرع الأول: تعريف الغائب

الغائب لغة اسم فاعل لفعل غاب يغيب غيبة وغيابا، خلاف شهد وحضر، يقال غاب فلان بمعنى بَعُدَ، وغابت الشمس أي استترت واختفت.[4]

واصطلاحا، حين النظر في أقوال فقهاء المذاهب في تعريف الغائب نجد أنهم لم يضعوا له تعريفا بطريقة مباشرة وإنما أشاروا إليه عرضا في مباحث مختلفة من أحكام الزواج أو الطلاق، فنجد الأحناف يذكرون الغائب حين يذكرون نفقة الزوجة الغائب زوجها ومن خلال شروحاتهم استخرج البعض تعريفهم للغائب أنه:(كل من بعد عن مجلس الحكم)، بينما نجد المالكية ذكروا تعريف الغائب في أحكام الزواج حين غياب الولي وتزويج من تحت ولايته

بأنه:(الشخص الذي ابتعد ولكنه معلوم الموضع، معلوم الحياة). أما الشافعية فنجدهم يتحدثون عن الغائب حين الحديث عن عدة زوجة المفقود ويستنتج من حديثهم عنه أنه:(من ابتعد عن بيته وزوجه دون أن ينقطع أثره أو يخفى خبره)، أما الحنابلة فأوردوا التعريف حين الحديث عن أحكام زوجة المفقود فقالوا أن الغائب هو:(من غاب عن امرأته ولكن يعرف خبره ويصل كتابه).[5]

والملاحظ على الفقهاء من خلال هذه التعريفات المستنبطة من أقوالهم، أنهم نظروا للغائب باعتباره مفهوما أوسع من مفهوم أضيق هو المفقود وهو ما نبينه فيما يلي من خلال التمييز بين المفقود والغائب.

الفرع الثاني: تمييز الغائب عن المفقود

حتى يتنسى لنا التمييز بين الغائب والمفقود نعرض أولا إلى تعريف المفقود لدى الفقهاء، **فعند الحنفية** المفقود هو:(غائب لم يدر موضعه وحياته وموته).[6] **أما عند المالكية** فالمفقود هو:(الغائب الذي انقطع خبره وأمكن الكشف عنه)، فلا يعتبر مفقودا الأسير الذي علم خبره، والمحبوس الذي لا يمكن الكشف عنه.[7] **أما الشافعية** فلم يضعوا تعريفا مباشرا ولكن بالنظر في أقوالهم حول عدة امرأة المفقود، نستطيع استنتاج تعريف للمفقود بأنه:(الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره وغلب على الظن موته).[8] **في حين عرف الحنابلة** المفقود بأنه:(الشخص الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك).[9]

وعليه يفرق الفقهاء بين المفقود والغائب، على أساس أن حالة المفقود أخص من حالة الغائب، فالفقدان فرع من الغياب ونوع منه، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقودا. ففي الغياب يكون الشخص معلوم الحياة والمكان ولكنه غير موجود في موطنه، أما المفقود فحياته غير معلومة.[10]

ومن خلال ما سبق وصل الباحثون المعاصرون إلى تعريف للغائب يجمع المعاني السابق ومن أهمهم عبد المنعم فارس السقا حين يقول:(الغائب هو من غادر موطنه وأهله أو ترك مكان إقامته وعمله لأي سبب كان ولم يعد إليه بحيث تعذر عليه تدبير شؤونه أو إدارة أمواله والإشراف عليها سواء كانت حياته أو أخباره معلومة أم مجهولة).[11]

الفرع الثاني: أقسام الغائب في الفقه الإسلامي

ذكرنا أن الفقهاء لم يوردوا للغائب أحكاما خاصة به وإنما أوردوا أحكامه متفرقة في ثنايا مباحث الفقه المختلفة، والتي من خلالها استخرج الفقهاء والباحثون المعاصرون أنواعا كالآتي:

أولا: أقسام الغائب في المذهب الحنفي: تطرق الأحناف لأقسام الغائب في عدة مواضع في الفروع الفقهية أهمها مسألة غياب الولي في زواج القاصر حيث نجدهم يفرقون بين الولي الذي يغيب غيبة منقطعة، والولي الذي يغيب غيبة غير منقطعة، والغيبة المنقطعة عندهم هي المسافة التي يستغرق التوصل إلى الولي لمعرفة رأيه مدة يفوت بها الخاطب الكفؤ، وما دون ذلك يعتبر غيبة غير المنقطعة، أي أن المعيار الفاصل بين نوعي الغيبة هو القدرة على الاتصال السريع بالولي.[12]

ثانيا: أقسام الغائب في المذهب المالكي: حين حديثهم عن غياب الزوج عن زوجته قسم المالكية الغائب إلى عدة أصناف وهي:

– غائب لم يترك نفقة ولا مالا وليس لزوجته شرط يسمح لها بالطلاق لو غاب عنها،

– غائب لم يترك نفقة ولا مالا ولزوجته شرط يسمح لها بالطلاق حين الغياب عنها،

– غائب ترك نفقة أو مالا ولزوجته شرط يسمح لها بالطلاق حال الغياب عنها، وفي الحالات الثلاث هذه لا يهم هل هو معلوم المكان أم مجهول المكان،

– غائب ترك نفقة أو مالا وليس لزوجته عليه شرط ومكانه معلوم،

– غائب ترك نفقة أو مالا وليس لزوجته شرط ولكن مكانه غير معلوم وهو هنا يعتبر مفقودا.[13]

أما حين النظر في الأحكام المتعلقة بغياب الولي عن القاصر التي في ولايته، نجد المالكية يفرقون بين الولي الغائب غيبة انقطاع وبين الولي الغائب غيبة غير منقطعة.[14]

ثالثا: أقسام الغائب في المذهب الشافعي: يذكر الشافعية أقسام الغائب عند الحديث عن غيبة الولي في زواج من تحت ولايته، حيث يقسمون الغائب إلى غائب غيبة قريبة دون وكيل، وغائب غيبة قريبة دون وكيل وغائب غيبة بعيدة بوكيل أو دون وكيل.[15]

رابعا: أقسام الغائب في المذهب الحنبلي: بالنظر في أحكام غيبة الولي في الزواج نجد الحنابلة يفرقون بين الغائب غيبة منقطعة والغائب غيبة غير منقطعة، ومعيار الانقطاع هو مسافة القصر، أو انقطاع الخبر أو عدم التمكن من التواصل.[16]

وبعد أن فرغنا من مفهوم الغائب في الفقه الإسلامي ننتقل لنرى مفهوم الغائب في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: مفهوم الغائب في قانون الأسرة الجزائري

على النحو الذي سرنا عليه في المطلب الأول نقوم بتعريف الغائب والتمييز بينه وبين المفقود ثم نبين أقسامه وفق أحكام قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الغائب في القانون الجزائري

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري فيما تعلق بالغائب والمفقود تعريف للغائب، وإنما اقتصر المشرع الجزائري على تعريف المفقود وبيان صوره الخاصة، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 109 من قانون الأسرة:(المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم) أما في المادة 110 من نفس القانون فجاء فيها:(الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود).

وعاب شراح القانون على المشرع الجزائري اعتباره الغائب كالمفقود رغم عدم توفر الشرطين اللذين أقرهما في تعريفه المفقود، لذلك اقترح الدكتور محمد سعيد جعفور تعديل المادة 110 من قانون الأسرة بحيث تصبح تعريفا للغائب وذلك بإضافة إسم الإشارة (هو) بعد كلمة الغائب وحذف آخر المادة (يعتبر كالمفقود) مع إضافة فقرة تنص على تعيين القاضي مقدما يدير أموال الغائب أو تثبيت الوكيل الذي تركه الغائب كمقدم.[17]

ويرى الدكتور محمد توفيق قديري – بمفهوم المخالفة لنص المادتين 109 و110 أعلاه– إن الغائب وفق نصوص قانون الأسرة الجزائري هو:(الشخص الذي غادر محل إقامته ولم يرجع إليه، ولكن حياته معلومة ومكانه معروف ولم يرجع إليهما مختارا، فإذا منعته ظروف قاهرة من الرجوع لمحل إقامته يعامل كالمفقود).[18]

الفرع الثاني: التمييز بين الغائب والمفقود في قانون الأسرة الجزائري

من خلال المادة 109 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه، التي عرف المشرع الجزائري من خلالها المفقود، والنص الوارد في المادة 110 الذي اعتبر الغائب مفقودا إذا لم يستطع العودة بسبب قوة قاهرة، يظهر لنا بأن المشرع الجزائري يميز بين المفقود والغائب من خلال نقطتين؛ العلم بالمكان والعلم بالحياة، فالغائب معلوم المكان بينما المفقود مجهول المكان، والغائب معلوم الحياة أما المفقود فلا تعرف حياته.[19]

الفرع الثالث: أقسام الغائب في قانون الأسرة الجزائري

باستقراء المادتين 109 و110 من قانون الأسرة الجزائري وبمفهوم المخالفة لهما، يظهر لنا أن المشرع الجزائري يميز بين نوعين من الغائب وهما:

أولا: الغائب العادي: وهو الغائب الذي يعلم مكانه وحياته واختار عدم الرجوع إلى وطنه ولم تحل بينه وبين العودة قوة قاهرة، وهو ما يشبه قول الفقهاء (الغيبة غير المنقطعة).

ثانيا: الغائب غير العادي: وهو الذي علمت حياته وعرف مكانه ولكن حال بينه وبين الرجوع ظرف قاهر وأضاف له المشرع قيدا آخر هو عدم تركه وكيلا، فيعامل معاملة المفقود وهو ما يشبه قول الفقهاء (غيبة منقطعة).

وبهذا ننتهي من المبحث الأول وننتقل إلى المبحث الثاني الخاص بأثر الغيبة على الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني: أثر غيبة الزوج على بقاء الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

ما نتطرق إليه في هذا المبحث هو مسألة تأثير غياب الزوج على بقاء الرابطة الزوجية، حيث نرى في المطلب الأول أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة أي مدى اعتبار الغيبة سببا للتفرقة بين الزوجين، أما في المطلب الثاني فنرى كيف تكون الغيبة سببا للفرقة في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في التفرقة بين الزوجين بسبب الغياب

اختلف الفقهاء حول اعتبار الغيبة سببا لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة وانقسموا إلى فريقين، الأول لا يجيز للزوجة أن تطلب الفراق للغيبة وهؤلاء هم الأحناف والشافعية، والفريق الثاني أجاز للزوجة ذلك، وهؤلاء هم المالكية والحنابلة، ونرى أقوالهم في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: الفريق الأول: الاتجاه القائل بعدم جواز طلب الزوجة الفراق بسبب الغيبة

اتفق الفقهاء الأحناف وفقهاء الشافعية في عدم جواز طلب زوجة الغائب الفرقة بداعي الغياب، أي أن الغيبة عندهم لا تصلح سببا لطلب التفريق عن زوجها، مستدلين في ذلك بقضاء علي ابن أبي طالب الذي رجع إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنهما بأن الزوجة التي غاب عنها زوجها مبتلاة وعليها الصبر حتى يتبين خبر الرجل، ولأن الزواج ثابت والغيبة لا تدل على الموت ورجوع الزوج محتمل. ولكن إذا صار الغائب في حكم المفقود اختلف

الأحناف والشافعية، فالأحناف لا يرون فرقا بين الغائب والمفقود في بقاء الزوجية وعدم تأثرها أما الشافعية فيرون أن الغائب إذا صار في حكم المفقود جاز للزوجة طلب الفرقة.[20]

الفرع الثاني: الفريق الثاني: الاتجاه القائل بجواز طلب الزوجة الفراق بسبب الغيبة

أجاز المالكية والحنابلة لزوجة الغائب أن ترفع أمرها للقضاء، ولكنهم اختلفوا في الشروط حيث يشترط المالكية لصحة طلب المرأة الطلاق من زوجها أن تطول غيبته لمدة أكثر من سنة؛ وأن تخشى الزوجة على نفسها الزنا؛ فإذا توفر هذا الشرطان يكتب القاضي للغائب إذا علم مكانه ويخيره بين العودة لزوجته أو ضمها إليه حيث هو أو يطلقها وإلا طلق القاضي عليه.[21]

أما الحنابلة فقد اشترطوا أن تكون الغيبة دون عذر لمدة 6 أشهر على الأقل وأن لا يكون قد ترك لها نفقة، أما مسألة خشية الزنا وحاجة المرأة للوطء فلا تصلح عذرا لطلب الطلاق للغيبة ما لم يثبت قصد الزوج الغائب الإضرار بزوجته، برفضه العودة أو نقلها إليه بعد مراسلته، حيث يحكم القاضي في هذه الحالة للزوجة بالطلاق بمرور 4 أشهر قياسا على الإيلاء.[22]

فالحنابلة يرون أن الغيبة إذا كانت بعذر لا تصلح سببا لطلب التطليق، خلاف المالكية الذين لم يضعوا هذا الشرط، كما أن مدة الغياب مختلف فيها بين الفريقين.[23]

ومهما يكن من أمر فإن القول الثاني الذي اختاره المالكية والحنابلة أفضل بالنسبة للمرأة لأنها إضافة إلى حقها الطبيعي في الوطء والمادي في النفقة، لها حاجيات نفسية لا يوفرها إلا وجود الزوج معها، وغيابه بعذر أو دونه إذا طال يفسد عليها الحياة ويعطل حقوقها جميعا، وهو أمر تأباه الشريعة الإسلامية فلا ضرر ولا ضرار.

وننتقل إلى المطلب الثاني لنرى موقف قانون الأسرة الجزائري من الغيبة كسبب لفك الرابطة الزوجية.

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفرقة بين الزوجين بسبب الغياب

نص المشرع الجزائري على حق المرأة في طلب التطليق من زوجها أمام القضاء بسبب الغيبة في موضعين من قانون الأسرة الجزائري، الأول هو المادة 53 ضمن الأسباب العشرة لطلب التطليق مبينا شروط ذلك في مرور سنة دون عذر ولا نفقة، والموضع الثاني هو المادة 112 حينما نص على حق زوجة الغائب والمفقود في طلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة للمادة 53، وبذلك يكون قد اتبع الاتجاه الثاني القائل بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة، وعليه نناقش في الفرع الأول شروط قبول طلب التطليق بسبب الغياب ونرى هل وافق المشرع ما نص عليه الفقهاء أم لا، ثم نرى في الفرع الثاني إجراءات رفع الدعوى والفصل فيها والأثر المترتب على ذلك.

الفرع الأول: شروط قبول طلب الزوجة للتطليق بسبب الغيبة

حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري فإنه كي تكون الغيبة سببا للتطليق فلا بد أن تكون قد مرت سنة من غياب الزوج دون عذر منه أو نفقة، ومنه يجب على الزوجة أن تثبت مرور سنة على غياب زوجها وأن تثبت أن غيابه دون عذر وأنه لم يترك لها نفقة ونناقش هذه الشروط كالتالي:

أولا شرط الغياب لمدة تتجاوز السنة: وذلك بأن تكون قد مرت يوم رفع الدعوى سنة على الأقل منذ اختفائه.[24] أي أن المشرع لم يشترط أن يصدر حكم قضائي أولا باعتباره غائبا ثم تحسب سنة من تاريخ الحكم، لأنه لو أراد ذلك كان اشترطه، وما دام لم يشترطه فلا يمكن إلزام الزوجة إلا بإثبات غيابه.

كما أن المشرع لم يبين هل الغيبة تكون داخل خارج البلاد أم داخل البلاد، ويرى الكثيرون أن مقصود المشرع هنا هو الغيبة خارج البلد لأن الغيبة داخل البلد تسمح للزوجة بطلب التطليق للإهمال الذي يدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا المذكور في آخر بند في المادة 53 من قانون الأسرة.[25]

ثانيا: شرط عدم وجود عذر لغياب الزوج: أي أن لا يكون للزوج الغائب حجة تبرر غيابه وتمنعه من الرجوع، والعذر إما أن يكون قانونيا كالذهاب إلى الدراسة أو العمل أو أي التزام آخر لا يسمح فيه للزوج بالرجوع، شريطة أن لا تتحول هذه الأعذار إلى ظروف قاهرة تجعل من الغائب في مرتبة المفقود طبقا للمادة 112 من قانون الأسرة الجزائري، أو يختفي أثر الزوج فيصبح مفقودا وفق مفهوم المادة 109، لأنه في هذه الحالة يصبح مفقودا ولا يمكن طلب التطليق بسبب الغياب، وهنا يظهر لنا التناقض بين المادة 53 في بندها الخامس والمادة 112 التي أعطت لزوجة المفقود نفس حق زوجة الغائب بطلب التطليق؟[26]

ثالثا: شرط عدم ترك الزوج لنفقة: أي أن يغادر الزوج دون أن يترك لزوجته مالا كافيا لفترة غيابه، أو على الأقل مصدرا لتنفق منه، وهذه المسألة تترك لتقدير القاضي الذي يجب عليه التأكد من ظروف الزوج ومكان وجوده ومدى إمكانية إرسال المال من حيث هو موجود.[27]

إن هذه الشروط تطرح سؤالا جديا عن الاختيار الفقهي للمشرع الجزائري، وهل اتبع فعلا الرأي القائل بالتفرقة للغيبة؟ أم أن اشتراط عدم وجود الإنفاق يجعل من الحالة المذكورة في البند 5 من المادة 53 من قانون الأسرة مجرد تكرار لا معنى له للبند الأول لذات المادة، وبالتالي يكون قد أخذ بقول الأحناف والشافعية الذين يرون فقط طلب التفرقة لعدم الإنفاق؟[28]

وبهذا ننتهي من عرض الشروط التي أوجبها القانون على الزوجة حتى تتمكن من طلب التفريق عن زوجها بسبب الغياب، حيث يظهر لنا مدى الارتباك الذي وقع فيه المشرع بهذا الخصوص حين تنظيمه لأحكام الغيبة واعتبارها سببا للتفرقة بين الزوجين بواسطة التطليق، حيث كان الأجدى بالمشرع أن يتفادى الخلط بين الغيبة وعدم الإنفاق، وكذا الفقد كما رأيناه أعلاه، لأن العلة في التفرقة للغيبة هو دفع الضرر عن زوجة في نفسها ودرء المفسدة عنها لاحتمال وقوعها في الحرام، كما سبق أن بيناه في معرض الحديث عن حكم التفرقة للغيبة في المذهب المالكي.

وننتقل فيما يلي إلى الفرع الثاني لنرى الإجراءات الواجب اتباعها لتتمكن الزوجة من الحصول على التطليق.

الفرع الثاني: إجراءات فك الرابطة الزوجية للغيبة والأثر المترتب على الفرقة للغيبة

تخضع إجراءات دعوى التطليق لسبب الغيبة من الناحية الشكلية إلى القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون 08-09) في الفصل الخاص بالإجراءات الخاصة أمام قيم شؤون الأسرة (المواد 423 إلى 497) لا سيما القسم الثالث الخاص بإجراءات الطلاق (المواد 427-452)، حيث ترفع الدعوى من طرف الزوجة وفق الأشكال والإجراءات المعروفة بموجب عريضة تتضمن البيانات المنصوص عليها قانونا أمام قسم شؤون الأسرة بمكان إقامتها

أو إقامة زوجها ويتم تبليغ المدعى عليه إذا كان معلوما مكانه أو إلى آخر موطن له، وفي حالة تعذر حضوره للقاضي أن يطلب الإنابة القضائية لمكان وجوده.[29]

كما أكد المشرع فيما تعلق بالتطليق أن على القاضي أن يعاين ويكيف الوقائع التي يبنى عليها طلب التطليق وله في سبيل ذلك اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير اللازمة بما فيها التحقيق والمعاينة، وهو ما يعني إمكانية القيام بمحاولة الاتصال أو البحث عن الزوج في حالة عدم العثور عليه، وذلك للتحقق من حالته ومدى انطباق وصف الغائب عليه واحتمال اعتباره مفقودا، إضافة إلى التحقق من شروط عدم وجود العذر وعدم ترك النفقة وأيضا مدة السنة منذ الغياب.[30]

فإذا تبين للقاضي صحة طلب الزوجة وأصرت هي على طلبها فإنه يحكم بتطليقها من زوجها دون أيخل ذلك بحقها في التعويض عن الضرر المادي والأدبي، وحكم القاضي هنا طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة غير قابل للاستئناف وأكدت المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ أحكام التطليق، وعليه فإن الحكم الصادر بالتطليق للغيبة يعتبر طلاقا بائنا بينونة صغرى.[31]

خاتمة:

من خلال هذا البحث تم التطرق إلى أحكام التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج، حيث انطلقنا من مجموعة من التساؤلات تدور أساسا حول الإشكالات التي يثيرها موضوع التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج. وقد تم التوصل إلى مجموعة من الاستنتاجات وهي:

– مفهوم الغائب في الفقه الإسلامي أوضح منه في قانون الأسرة الجزائري الذي خلط بين المفقود والغائب في المواد 109 و110 من قانون الأسرة الجزائري؛

– الفقه الإسلامي لم يتفق على قول واحد في حق الزوجة في الفرقة بسبب غيبة الزوج وأن المذهبين المالكي والحنبلي القائلين بجواز ذلك اختلفا من حيث الشروط وأن المذهب المالكي كان أكثر توفيقا لأخذه الاعتبار المعنوي مقارنة بالاعتبار المادي؛

– المشرع الجزائري لم يوفق في المادة 53 حين نص في بندها الخامس على شروط الغيبة كسبب لطلب التطليق، وأنه أخلط بين الغياب وعدم النفقة، وهو ما يجعل من الصعب تحديد مرجعيته الفقهية في هذه المسألة؛

– المشرع الجزائري وقع في تضارب وعدم وضوح حينما جعل المفقود والغائب سواء من حيث حق الزوجة في طلب التطليق في المادة 112 من قانون الأسرة وهو ما يخالف القواعد الواردة في قانون الأسرة ذاته لا سيما المادة 53 والأحكام الفقهية المتعلقة بوجوب تربص زوجة المفقود وعدم الحكم لها بالفرقة.

وعلى هذا الأساس تم التوصل لجملة من التوصيات نوجزها كالآتي:

– إعادة صياغة المادة 110 من قانون الأسرة لتصبح خاصة بتعريف المفقود وحده؛

– إعادة صياغة البند 5 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وجعل الغيبة سببا للفرقة بغض النظر عن النفقة أو العذر؛

– إضافة نصوص تفصل جميع حالات التطليق وصلاحية القاضي في كل منها وطبيعة الطلاق فيها هل هو بائن أم لا وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

الهوامش:

[1]- الجريدة الرسمية، 1984، العدد 24.

[2]- الجريدة الرسمية، 2005، العدد 15.

[3]- الجريدة الرسمية، 2008، العدد21.

[4]- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004، ص697.

[5]- العربي باشا مصطفى، الغيبة وأثرها في التطليق، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السنة الجامعية، 2013/2012، ص18؛ بوشمة خالد، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، د.س.ن، ص212؛ عبد المنعم فارس سقَّا، أحكام الغائب والمفقود، دار النوادر، سورية، لبنان، الكويت، ط2، 2011، ص22؛ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، د.ط، د.س.ن،ج2، ص230؛ العمراني الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ج11، ص43؛ موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، ط3، 1997، ج11، ص247.

[6]- النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد، كنز الدقائق، تحقيق وتعليق سائد بكداش، شركة البشائر للطباعة والنشر والتوزيع، المدينة المنورة، السعودية، دار السراج، بيروت، لبنان، ط1، 2011، ص386.

[7]- الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص314؛ ميارة الفاسي، محمد بن أحمد، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي وبهامشها حاشية المعداني، تحقيق مصطفى شتات، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، د.ط، د. س. ن، ج1، ص465.

[8]- الجويني،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 2007، ج15، ص286؛ الشيرازي، المهذب في فقه الشافعية، تحقيق وبيان الراجح من المذهب محمد الزحيلي، دار القلم، بيروت، لبنان والدار الشامية، دمشق، سوريا، ط1، 1996،ج4، ص545.

[9]- الحجاوي المقدسي، شرف الدين موسى بن أحمد، الإقناع لطالب الإنتفاع، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الملك بن عبد العزيز، السعودية، ط3، 2002،ج4، ص12.

[10]- عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، دراسة مقارنة في بعض النظم القانونية المعاصرة،دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، مصر، د.ط، 2014، ص13.

[11]- عبد المنعم فارس سقَّا، المرجع السابق، ص24.

[12]- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ج3، ص381؛ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ج6، ص380.

[13]- عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج8، ص642؛ الحطاب الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، بتعليق محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، دار الرضوان للنشر، نواكشوط، موريتانيا، 2010 ط1، ج4، ص551.

[14]- ابن يونس، محمد بن عبد الله التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق مجموعة من الباحثين في إطار رسائل دكتوراه بقسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، 2013، ج9، ص48.

[15]- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ج9، ص72.

[16]- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، منشورات مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، ط1، 1993، ج5، ص57.

[17]- جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2011، ص 326.

[18]– محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، أطروحة انيلشهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2018، ص90.

[19]– نوي عبد العزيز، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، (الجزائر: جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013/2012)، ص29.

[20]– ابن الهمام، كمال الدين، فتح القدير شرح الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003،ج6، ص186؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج8، ص464؛ يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدرسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003، ص86؛ النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991، ج8، ص400.

[21]– الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص431؛ الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ط، د.س.ن، ص623.

[22]– الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج4، ص13؛ موفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، ج11، ص247

[23]– العربي باشا مصطفى، المرجع السابق، ص64.

[24]– العربي باشا مصطفى، المرجع السابق، ص70.

[25]– آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات أحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص150.

[26]– آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص170.

[27]– سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص321.

[28]– آيت شاوش دليلة، نفس المرجع، ص151.

[29]– المواد 426 و436 و441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[30]– المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[31]– لمياء شافعة، حل الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2012/2011، ص80