الغيبة وأثرها على الرابطة الزوجية

–دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري–

Backbiting and its effect on the marital bond - A comparative study between Islamic jurisprudence and Algerian legislation -

بوفاتح الطيب*، جامعة عمار ثليجي – الأغواط –

t.boufataeh@lagh-univ.dz

تاريخ إرسال المقال: 2023/02/21 تاريخ قبول المقال: 2023/04/19 تاريخ نشر المقال: 2023/05/15

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الشخص الغائب عن أهله ومدى اعتبار أهليته وصلاحيته في إثبات الحقوق سواء الإيجابية منها أو السلبية ومدى مسؤوليته في عقوده المبرمة، وكذلك الكلام عن أحواله الشخصية كالزوجة وما يتعلق بها من حقوق وواجبات، والمدة الزمنية المعتبرة شرعا وقانونا لإثبات الفقد، ومدى موافقة المشرّع الجزائري للفقه الإسلامي، فقد اعتمد فيها على المذاهب الإسلامية المعتبرة، لإثبات أهلية المفقود استصحابا لحياته، لأن ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين، فحياة الغائب ثابتة بيقين وموته مشكوك فيه، فلا يترك اليقين للشك، لأن اليقين لا يزول بالشك.

الكلمات المفتاحية: الأهلية، الغائب، الفقه الإسلامي، التشريع الجزائري، المذهب، الحقوق.

Abstract:

This study aims to shed light on the person who is absent from his family and the extent to which his eligibility and validity in establishing rights is considered positive or positive and the extent of this in his contracts concluded، as well as talking about his personal status such as the wife and the rights and conditions related to it، and the extent to which Algerian law is compatible with Islamic jurisprudence.

Key words: Eligibility، backbiting، Islamic jurisprudence، Algerian legislation، curriculum، rights.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان أم بعد.

خلق الله الإنسان وكرّمه، وميّزه بالعقل الذي يعتبر مناط التكليف، فلا تكليف ولا مسؤولية دون عقل يميّز به الإنسان بين المصالح والمفاسد، وفي المقابل قد يكون هذا الإنسان ضعيفا إما لصغره، أو جنون...

* المؤلف المرسل

أو غيرها من العوارض والموانع التي تمنعه من مباشرة حقوقه و تصرفاته، فالشريعة الإسلامية السمحة وسائر التشريعات اتفقت على شرط الانسانية لصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وهذا ما يسمى عندهم بأهلية الوجوب، لأن الإنسان في هذه المرحلة يكون ضعيفا، فتحفظ حقوقه بقوة الشريعة والقانون، وفي بعض الأحيان قد يكون الشخص كامل الأهلية بقسميها، فتعرض له حوادث تضعف مكانته الشرعية والقانونية وصلاحيته في اكتساب الحقوق والتحمل الالتزامات وهذا ما يسمى بأهلية الوجوب، وكذلك قدرته على مباشرة وتحمل المسؤولية من خلال أهلية الأداء، ومن هؤلاء الضعفاء شخص غاب عن وطنه وأهله لا تعرف حياته من موته، ترك خلفه زوجة وأولادا ووالديه وأمواله ومسؤوليات تعلقت بذمته، فتضطرب حياتهم بسبب غيابه، تكلم الفقهاء وأهل القانون عن الغائب وعن حالاته، فمع ضُعف مكانة الشخص الغائب وتزعزع مركزه الشرعي والقانوني في اكتساب الحقوق ومباشرة، فنجد أن الناس تنازعوا في أهليته بين مثبت لها بإطلاق، ومنهم من قصرها في أهلية الوجوب، ومنهم من متعه بالحقوق السلبية دون الايجابية، والسؤال الذي ينبغي أن يطرح ما موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من الغائب؟ وهل هناك أوجه اتفاق أو اختلاف بين المذاهب الإسلامية والتشريع الجزائري في أحوال الغائب أم لا؟

المبحث الأول: ماهية الغائب والمفقود في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

سيكون الكلام في هذا المبحث حول مفهوم الغائب والمفقود في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني، لترسيم صورة واضحة عن الغائب وعلاقة هذه التعاريف ببعضها البعض.

المطلب الأول: مفهوم الغائب في الفقه الإسلامي.

تناول الفقهاء من أهل الشريعة والقانون مفهوم الغائب كما سيأتي معنا.

قبل تعريف الغائب في الشرع لابدّ من الوقوف التعريف اللغوي الذي تضبط به المعاني وتقربها للمعنى الاصطلاحي.

الفرع الأول: مفهوم الغائب لغة.

لغة: يقول ابن فارس: " الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تستر الشيء عن الأعين، يقال غابت الشمس غربت واسترت عن الأعين". [1] ويقال امرأة مغيب أو مغيبة، غاب بعلها أو أحد من أهلها. [2]

وغاب الشيء يغيب، غيبا وغيابا بالكسر، وغيوبا ومغيبا: بعد، فهو غائب، والجمع غيب وغياب وغيب.[3]

الفرع الثاني: مفهوم الغائب شرعا.

شرعا: الغائب هو من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته معلومة. [4]

ومن خلال تعريف الغائب تبيّن أنه يختلف عن المفقود في أن الغائب معلومة حياته بينما المفقود أكثر مجهولية من الغائب لأنه لا يعلم حياته من موته.

المطلب الثاني: مفهوم المفقود .

بما أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الغائب والمفقود في تعريفه، لزم علينا تصوره في الشرع، للمقارنة بين المصطلح الشرعي والمصطلح القانوني.

أ- **تعريف المفقود لغة وشرعا.**

- **لغة:**جاء في لسان العرب:" الفقدان في اللغة على وزن فعلان ، واسم المفعول مفقود،, أصل الكلمة من الفعل فقد، فقد الشيء بفقده فقداً وفقودا".[5] وكلمة مفقود من الكلمات التي تطلق على الأضداد، يقول الأصفهاني " الفقد عدم الشيء بعد وجوده، فهو أخص من العدم"، لأن العدم بعد الوجود أي فهو أعم والفاعل فاقد ، ويقول ابن فارس:" الفاء والقاف والدال أصل يدلُّ على ذهاب الشيء وضياعه".[6] فيقال فقدت الشيء إذا ضللته، أو ضاع منك ، ولها معنى آخر وهو الطلب فقدت فلانا أي طلبته، وكلا المعنيين متحقق في الفقد والفقدان، وفقد بكسر القاف بمعنى ضل عن أهله وهم في طلبه.[7] ولعل معنى الضياع والضلال أقرب المعاني للمعنى الاصطلاحي وقد استعملها الفقهاء في حدّهم لمعنى المفقود شرّعا.
- **اصطلاحا:** اختلف علماء الإسلام في تعريف المفقود وهذا بناء تصوراتهم في تحديد مفهوم المفقود ويظهر الاختلاف جلياً في تطبيقات الأهلية على أحوال المفقود وإليك بعض هذه التعريفات:

أ- المفقود عند الحنفية:" اسم لشخص غاب عن بلده لم يدر موضعه و لا أثره ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت".[8]

ب-وعرّفه المالكية بأنه :" من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه" .فيخرج من هذا التعريف الأسير لأنه لم ينقطع خبره، والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه".[9]

ت-وعند الشافعية هو :" من انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها وله مال".[10]

ث-وحدّه علماء الحنابلة ب:" من لا تُعلم له حياة ولا موت ، لانقطاع خبره".[11]

من خلال ما سبق من تعريفات الفقهاء تبين الآتي:

1- أن المفقود هو الذي غاب وانقطعت أخباره.

2- أن الحياة والممات متساوية في حق المفقود.

3- أخرج المالكية الأسير والمحبوس من دائرة المفقود لأن الأسير تعلم أخباره، والمحبوس لا يمكن الكشف عنه.

4- كما أضاف الشافعية قيدا وهو أن يكون لهذا المفقود مالا تتعلق به الذمم.

المطلب الثالث: مفهوم الغائب و المفقود قانونا.

الكلام عن الغائب والمفقود في التشريع الجزائري له حيز واحد ، وهو قانون الأسرة واعتبر الغائب كالمفقود كما جاء المادة 110 من قانون الأسرة الجزائرية.

الفرع الأول: الحيز القانوني لأحكام الغائب.

الجدير بالذّكر أن المشرّع الجزائري قد أحال مسألة الغائب الى قانون الأسرة الجزائري كما نصت عليه المادة 31 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: " تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي". [12] حيث نظم قانون الأسرة أحكام الغائب في الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية في الفصل السادس من المواد 109 إلى 115 ق. أ. ج.

الفرع الثاني: مفهوم الغائب قانونا.

وعرّف المشرع الجزائري في تعريفه: " للغائب في نص المادة 110 ق. أ. ج بأنه: " 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". [13]

ومن خلال ما سبق تبين أن المراد بالغائب هو الشخص الذي تكن حياته معلومة ولكن لا يوجد له محل إقامة ولا موطن معلوم، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج البلاد حالت ظروف قاهرة دون إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة. [14]

الفرع الثالث: مفهوم المفقود قانونا.

عرّف المشرع الجزائري المفقود في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري حيث قال:" هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".[15] يتبن من خلال نص هذه المادة أن المفقود في نظر المشرع الجزائري لا يعتبر مفقود إلا بشرطين أساسين شرط موضوعي هو من غاب عن أهله وانقطع أثره وخبره، وجهل مكان وجوده، ولا يعلم إن كان على قيد الحياة أو هو ميت، وشرط إجرائي وهو صدور حكم قضائي يعلن حالة الفقد.[16]

المبحث الثاني: مدة انتظار الغائب والمفقود بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

تناول الفقهاء من علماء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية المدة التي ينبغي أن تُضرب كمدة انتظار للمفقود والغائب فاختلفت أراؤهم بين موسع في ذلك، وفي المقابل هناك من ضيق في ذلك مراعيا حقوق الغير التي تضررت بهذا الغياب كما سيأتي معنا.

المطلب الأول: مدة انتظار المفقود في الفقه الإسلامي.

من المعلوم أن الفقد من حيث هو فقد لا يؤثر في الرابطة الزوجية إلا بعد تجاوز المدة التي حددها الشرع أو القانون ، فزوجة المفقود تبقى على ذمة زوجها، وكذلك مال المفقود يبقى محفوظا إلا ما وجب عليه

من حقوق تعلقت به، والسؤال المطروح إلى متى يبقى مال المفقود وزجته على هذه الحالة؟ وماهي الأهلية القائمة في حالة الفقد؟.

الفرع الأول: مدة انتظار زوجة المفقود وتقسيم ماله.

أ- تربص زوجة المفقود.

اختلف فقهاء الشريعة في المدة التي تتربصها زوجة المفقود أثناء الفقد على أراء عدة نذكر منها، لأن علماء الشريعة فرقوا بين الغائب والمفقود.

- **مذهب الحنفية:** وهم أكثر المذاهب توسيعا لأهلية المفقود حافظوا على كل روابطه، ومن أهمها الرابطة الزوجية حيث قالوا بأجل التعمير، يعني أن المرأة تتربص مدة تعمير زوجها في العادة، اختلف فيها علماء الحنفية أنفسهم ولعل أرجحها أنه يحكم بموت المفقود بموت أقرانه، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته لأن بقاء المفقود بعد موت جميع أقرانه هي مسألة نادرة وبناء الأحكام الشرعية تكون على الغالب لا على النادر،[17] وتبقى زوجة المفقود كل هذه المدة على ذمته حتى يظهر حاله إما برجوعه إلى أهله أو يتبين أمر وفاته.[18] واستدلوا بأثر عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه في قوله :" امرأة المفقود، ابتليت فلتصبر، لا تُنكح حتي يأتيها يقين موته".[19]

- **مذهب الشافعية:** نظر الشافعية للضرر الواقع على الزوجة من الغيبة مدة التعمير فضيقوا في أهلية المفقود فضربوا لذلك أجلا وهو مدة أربع سنين لهم فيه سند إلى سيدنا عمر الخطاب رضي الله عنه حيث قال:" أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنما تنتظر أربع سنين، ثم تعتدُ أربعة أشهر وعشرا، ثم تحلُ".[20]

- **مذهب التفصيل:** ورواد هذا المذهب المالكية[21] والحنابلة[22]، فقد فصلوا المدة التي تنتظرها زوجة المفقود حسب الظروف التي فقد فيها الزوج ومكانه ، فهناك حالات تتربص فيها زوجة المفقود أجل التعمير، وظروف أخرى تتربص فيها الزوجة أربع سنين ، وأكثر المذاهب تفصيلا المذهب المالكي فقد قسموا حالات المفقود إلى خمسة أقسام حسب درجة الفقد من حيث السلامة والهلاك،[23] وقسمه الحنابلة قسمين قسم لمفقود انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة وقسم آخر لغيبة ظاهرها الهلاك، فإن كانت الغيبة ظاهرها السلامة تتربص زوجة المفقود أجل التعمير، وإن كانت الغيبة ظاهرها الهلاك تتربص زوجته أربع سنين، وهناك قول عند المالكية أنه يضرب له أجل سنة بعد النظر والبحث عنه في بعض الحالات التي يغلب فيه الهلاك.[24]

ب- مدة الانتظار في مال المفقود.

- ذهب الجمهور[25] الى أن مال المفقود لا يقسم حتى تثبت البيّنة بوفاته، أو بمرور أجل التعمير، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يظهر الدليل بخلافه.[26]

- وذهب المالكية والحنابلة أن مال المفقود يقسم في الوقت الذي تؤمر فيه بالعدة بعد الوفاة، لأن من اعتدت زوجته عدة وفاة قسم ماله، لأن في تأخير تقسيم أموال المفقود فيه ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال.[27]

- كما اتفق أئمة المذاهب أنّ أهلية المفقود قائمة بنوعيها، فأهلية الوجوب تظهر في إلزامه والتزامه كالنفقة والزكاة والوقف وغيرها، وأهلية الأداء كذلك ثابتة في حقه كالإجارة والوكالة وغيرها من تصرفاته وأقواله ومسؤوليته باقية حتى يتبين أمره أو يحكم القاضي فيه بوفاته.

وبناء على اثبات أهلية المفقود استصحابا حياته يترتب ما يلي:

- لا يقسم ماله بين ورثته، إنما ينفق القاضي من ماله على ما كان له الحق في إنفاقهم قبل الفقد، لأن من تجب نفقته لا تسقط بحضور أو غياب وهذه أهلية الوجوب.

- لا تفسخ عقوده كالإجارة وغيرها، و كل تصرفاته حيث ينصب القاضي له وكيلا عنه يقبض ديونه ويحفظ أمواله، إلى أن يتبين حاله[28]، وهذه أهلية الأداء، لأن القاعدة الفقهية المقررة عند الفقهاء "ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين" والحياة ثابتة بيقين في حق المفقود والموت طارئ ومشكوك فيه، فلا نترك اليقين لأجل الشك، واليقين لا يزال بالشك ، فلا يقسم مال المفقود، حتى نتيقن من وفاته، أو تمر مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، أو يحكم القاضي بموته.[29]

المطلب الثاني: مدة انتظار المفقود في التشريع الجزائري.

لقد جاء في القانون الجزائري في المادة 113 ق.أ.ج أن المدة التي يحكم بها بوفاة المفقود هي بمضي أربع سنوات في الحروب والحالات الاستثنائية بعد عمليات تحري وبحث يجريها القاضي في شأن المفقود، وفي الحالات تغلب عليها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تحديد المدة التي يقضي بها بموت المفقود، وذلك بعد أن تمضي أربع سنوات من الفقدان وبعد عمليات التحري والبحث عليه بكافة الطرق والوسائل التي يمكن أن تؤدي إلى الكشف عليه.

فنجد أن قانون الأسرة الجزائري أخذ بمذهب المالكية في تقدير المدة التي يحكم بها بوفاة المفقود حين فصلوا تفصيلا عجيبا في حالة الفقدان خمسة أقسام فيها حالات يغلب عليها الهلاك ومنها حالات يغلب عليه السلامة،

فالحالات التي يغلب عليها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تحديد المدة التي يقضي بها بموت المفقود وقد حددها المالكية حسب ظروف المكان والزمان، ما على القاضي إلا أن ينزل على تلك الحالات على حالة المفقود التي بين يديه، فسلطة التقدير للقاضي حيث ترك مدة الحكم بموته إلى أمر القاضي حسب ما تبين لديه من أدلة وإثباتات.

وأما في الحالة التي يغلب هي مظنة الهلاك فحكم المشرع الجزائري بحكم المالكية في المفقود في أرض الحرب أو الفتن ... وهي حالات يغلب فيها الهلاك وضربوا مدة للبحث والتحري ثم يحكم بها بوفاته بمضي أربع سنوات كما نص على ذلك المشرّع الجزائري.

المبحث الثالث: نفقة الزوجة وحكم التطليق بسبب الغيبة.

من أبرز الحقوق التي تبرز عند الغيبة نفقة الزوجة وأولادها إن كان لها أولاد، وكذلك أثر ضرر الغيبة على الزوجة وهل يمكن لها أن تطلب الطلاق بسببها أم لا؟ وهل أهلية الغائب قائمة في الحفاظ على الرابطة الزوجية ونفقة عياله؟

المطلب الأول: نفقة الزوجة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

بعد الانتهاء من إجراءات طلب الحكم بالغياب، يقوم القاضي بإصدار حكم قضائي، يقضي بفقده، ويترتب كل هذا الحكم آثارا تخص زوجة الغائب من ناحية نفقتها وكيفية الإنفاق على نفسها و أولادها، كما أجاز لها المشرّع الجزائري طلب التطليق في المادة 112 ق. أ. ج إن أرادت هي المطالبة بذلك، على أن يكون مضى على الفقدان والغياب سنة ما بين تاريخ الغياب وتاريخ رفع الدعوى، كما اتفقت المذاهب الإسلامية والتشريعات على نفقة زوجة الغائب من حيث العموم واختلفوا في بعض الجزئيات، كما نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بآراء بعض المذاهب في النفقة الواجبة لزوجة الغائب.

الفرع الأول: نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي.

اتفق أرباب المذاهب على قيام أهلية الغائب، فأوجبوا عليه النفقة من ماله على زوجته وعياله، بشرط أن تكون الرابطة الزوجية قائمة صحيحة كما سيأتي معنا.

- **مذهب الحنفية:**

وخلاصة مذهب الحنفية في شأن نفقة زوجة الغائب أنه إذا ترك ما لا ظاهرا من جنس ما تقدر به النفقة كالنقود و الحبوب وكان تحت يد الزوجة كان لها أن تأخذ منه مقدار نفقتها بالمعروف من غير حاجة إلى قضاء القاضي، لأن قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم في قصة امرأة أبي سفيان ماض إلى يوم القيامة، وإن لم يكن تحت يدها بل كان عند غيرها وديعة أودينا في ذمته و طلبت الزوجة فرض النفقة فيه أجابها القاضي وأمر من عنده المال إيفاؤه مقدار النفقة إذا كان عنده المال معترفا به وبالزوجة أو كان القاضي يعلم به بلا خلاف، أما إذا كان ماله الظاهر من ليس جنس النفقة كالعقارات و الحيوانات فإن القاضي يقرض لها النفقة ولا يبع شيئا من ماله ولكنه يأمر لها باستفائها من أجره ما يؤجر من ذلك المال و إن لم يكن له مالا أصلا قرض لها النفقة وأذن لها بالاستدانة على الزوج بعد أن يحلفها اليمين. [30]

- **مذهب المالكية:**

في كلامهم عن وجوب نفقة زوجة الغائب، سواء كانت هذه الغيبة قريبة أم منقطعة، اشترطوا شروطا مهمة بالنسبة للزوجة ومن بين هذه الشروط، تحقق العلاقة الزوجية الصحيحة التي تكون بالمرأة المدخول بها

أو التي مكنته من نفسها، أو على أقل تقدير تكون مستعدة للدخول بها ولا تمتنع من التمكين من نفسها وإن لم يكن مدخول بها، وهذا مشهور مذهب المالكية[31] والذي عليه العمل، وأوجبوا لزوجة الغائب النفقة إذا كان وديعة عند الغير أو دينا في ذمة شخص آخر سواء كان الدين حالا أو مؤجلا، فإذا كان تنفق على نفسها وولدها بالمعروف، وإن كان مؤجلا تقترض للنفقة على نفسها، وتسد قرضها بما تستوفيه من الدين المؤجل عند حلول أجله، ويحق لزوجة الغائب أن ترفع دعوى قضائية في حالة إنكار المودع أو المدين لتحصيل ديون زوجها الغائب بعد أن تقيم البيّنة على ذلك، فإذا ثبتت دعواها أمر القاضي بالنفقة لزوجة الغائب من الشخص المودع أو المدين للزوج الغائب بأداء ما عنده أو ما في ذمته من دين بعد أن تحلف يمين استيثاق وذلك بأن زوجها لم يترك لها نفقة قبل غيابه، ولم يصل شيئا منه ولم تكن ناشزا، ولم يفارقها، ولا أقام عليها وكيلا ينفق عليها بعد الحلف يقضي لها بالنفقة ولا يأخذ منها كفيلا. [32]

- **مذهب الشافعية:**

اشترط الشافعية في نفقة زوجة الغائب تمكين نفسها منه، فإن فعلت ذلك وجب لها النفقة الشرعية، لأنها أدت الذي عليها بقي الذي لها، بل قالوا لو عرضت على زوجته ولم يدخل بها فإن النفقة تجب في حقه لأن هو من امتنع من استلامها، والنفقة لا تسقط بغيبة الزوج حتى يعلم علم اليقين بموته، وللشافعي قولان في الزوجة التي لم تعرض على زوجها مدة وسكت زوجها قبل الغياب عنها، ولم تمنع نفسها منه، قال في المذهب الجديد لا نفقة لها لعدم التمكين، وفي المذهب القديم لها النفقة لأنها لم تمنع نفسها منه، فالشرط الأساسي لوجوب النفقة عند الشافعية هو التمكين، ولها أن ترفع دعوى قضائية لتحصيل ودائع زوجها الغائب وديونه إن أقامت بيّنة على ذلك، كما يجوز لها القرض عليه، أو أنها تنفق من مالها إن كانت ذات مال. [33]

- **مذهب الحنابلة.**

قالوا بوجوب النفقة على الزوجة التي غاب زوجها إن ترك لها مالا، بشرط التمكين، أو استعدادها لذلك، لا يفسخ نكاح الغائب إذا ترك لامرأته نفقتها، ويجوز الاستدانة على ذمة زوجها الغائب. [34]

الفرع الثاني: نفقة الزوجة في التشريع الجزائري.

إذا غاب الزوج بأن كان مسافر سفرا طويلا أو كان مختفيا بحيث تعذر إحضاره لمجلس القضاء للمخاصمة، و كان غيابه طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري[35] المتعلق بالغائب، فإذا طلبت الزوجة نفقة لها على زوجها الغائب كانت كل حق لها لأن النفقة واجبة عليه حاضرا كان أم غائبا، فإذا كان للزوج الغائب مال من جنس النفقة كالنقود والغلال وغيرهما في يد الزوجة فرض القاضي لها نفقة وأمرها بأخذ المفروض من المال الذي في يدها، وهذا بعد أن يسمع القاضي دعوى الزوجة ودليل صحة زواجها من الرجل الغائب. [36]

أما إذا ترك مال ليس من جنس النفقة كالعقارات، حكم القاضي بالنفقة وتؤخذ من إيجار هذه العقارات ولا يباع سيئا منها تنفيذا للنفقة، لأن مال المدين لا يباع لسداد دينه وهذا رأي الحنفية. [37]

فإن الحكم الصادر بالنفقة للزوجة يكون مشمولا بالنفاذ المعجل، ولا يمكن أن تخضع للحجز عند التنفيذ على أموال الغائب الموكولة للغير.

وعلى هذا فإن القانون الجزائري في مسألة نفقة زوجة الغائب وافق المذاهب الإسلامية في ذلك.

المطلب الثاني: حكم تطليق الزوجة بسبب الغيبة.

اختلف الفقهاء حكم طلب الطلاق لزوجة الغائب بسبب الضرر الذي يحلق الزوجة من طول الغيبة، فبعضهم جعل أهلية الغائب قائمة ولا يعتبر سببا وجيها لطلب الطلاق، وذهب فريق آخر إلى جواز ذلك بسبب الضرر الذي يحلق بالزوجة.

الفرع الأول: حكم طلب الطلاق بسبب الغيبة في الفقه الإسلامي.

أولا: مذهب الحنفية والشافعية.

أثبت الحنفية[38] والشافعية [39]للغائب الأهلية الكاملة التي تحفظ للمفقود ماله و زوجته، ونظروا للمسألة نظرة مقاصدية لحفظ المال والعرض للشخص الغائب، فهم يرون بأنه لا يجوز التفريق بين الزوج الغائب وزوجته بسبب الغياب حتى لو طالت المدة، وذلك لانعدام ما يصلح أن يُبنى عليها لتفرقة بينهما فعندهم لا يجوز للزوجة طلب التطليق من القاضي ويسقط حقها في ذلك، ولا تعتبر الغيبة سببا وجيها لطلب الفرقة بينهما، وحجتهم في ذلك هو عدم قيام الدليل الشرعي الذي يثبت هذا الحق، و الأصل هو بقاء الرابطة الزوجية قائمة حتى الدليل الشرعي على جواز طلب الفرقة. [40]

ثانيا: مذهب المالكية والحنابلة.

اتفق المالكية[41] والحنابلة[42] على جواز طلب زوجة الغائب التطليق بسبب الضرر الحاصل لزوجة الغائب من طول الغيبة، واختلف المالكية والحنابلة في بعض التفصيلات كتحديد المدة التي تعتبر شرعا مدة معتبرة لحصول الضرر لزوجة الغائب حتى ترفع أمرها للقاضي لطلب الطلاق، وكذلك فرق الحنابلة بين الغيبة التي بعذر كالتجارة، وطلب العلم وبين الغيبة التي بدون عذر، فذهب الحنابلة إلى أن الغيبة التي بلا عذر هي البيّنة لطلب التطليق بشرط أن تتجاوز غياب الزوج ستة أشهر كما روي عن سيدنا عمر الخطاب رضي الله عنه أنه جعل أقصى مدة لغياب الجند عن زوجاتهم، موافقة للتشريع الإلهي للنفس البشرية التي تعصم المرأة من الانحراف، وذهب المالكية إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها، إذا كانت مدة الغياب سنة في المعتمد عندهم، ورواية أخرى إذا بلغت مدة الغيبة ثلاث سنوات، وسواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر، فبعد مرور سنة على المشهور من مذهب المالكية يجوز لزوجة المفقود رفع دعوى قضائية تطلب فيها التطليق بسبب الضرر الواقع عليها جراء الغيبة، فيرسل القاضي إعلانا بأن يحضر إلى الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إلى البلد الذي هو متواجد فيه إن وصله الإعلان وإلا طلقها منه، كما يمكن للقاضي أن يعطي أجلا فإذا امتثل للأمر فلا تطليق، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت الزوجة على التطليق

استجاب القاضي لها بسبب الضرر الواقع، فوجب على القاضي أن يرفع عنها الضرر[43]، للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار. [44]

الفرع الثاني: حكم طلب الطلاق بسبب الغيبة في التشريع الجزائري.

جاء في مضمون الفقرة الخامسة من المادة 53 ق. أ. ج فأخذ المشرع الجزائري في هذه الفقرة المتمثلة في الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر وهو مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى، فيجوز لزوجة الغائب أن ترفع دعوى لتطلب التطليق عن طريق القضاء من أجل رفع الضرر عنها. [45]

الخاتمة:

بعد هذه الرحلة العلمية القصيرة التي سلطت فيها الضوء على أثر الغيبة على الرابطة الزوجية ومدى اعتبارها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري نخلص إلى أهم النتائج المتوصل إليها وهي كالآتي.

1- الغائب شخص تعلم حياته، ولا يوجد له محل إقامة ولا موطن معلوم خارج البلاد
2- الغائب شخص طبيعي منعت ظروف قاهرة من إدارة شؤون حياته بنفسه أو بواسطة.
3- إذا تجاوز الغائب مدة سنة وتضرر الغير بغيابة فحكمه كحكم المفقود.
4- أنّ الشافعية والحنفية أثبوا للغائب الأهلية الكاملة من خلال الحفاظ على ماله ورابطته الزوجية، وأن الغيبة ليست سبب شرعي للتطليق وتقسيم أموال الغائب.
5- في المقابل ذهب الحنابلة أنه يجوز لزوجة الغائب أن تطلب التطليق من القاضي إذا تجاوزت غيبة الغياب أكثر من ستة أشهر بشرط أن تكون الغيبة بدون عذر.
6- وذهب المالكية في المعتمد عندهم، أنه يجوز لزوجة الغائب أن تطلب التطليق إذا تجاوزت مدة الغياب سنة كاملة، وفي رواية أخرى ثلاث سنوات ولو كانت الغيبة بلا عذر، فترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لرفع الضرر الواقع عليها بسبب الغيبة، حتى ولو كان للمفقود مالا تنفق منه على نفسها.
7- وأخذ المشرع الجزائري بمذهب المالكية في المشهور عندهم، إلا في بعض الجزئيات هو كما واضح من خلال الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق أ ج، حيث اشترط المشرع الجزائري شروطا تعتبر أركانا أساسية لقبول دعوى التطليق من زوجة الغائب وهي كالآتي:

أ- ألا تقل سنة الغياب عن سنة وذلك بدءا من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى.
ب- كذلك اشترط المشرع الجزائري أن يكون الغياب وقع من الزوج بدون عذر شرعي، فإذا كان غياب لعذر شرعي كدراسة أو كان مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة تفوق سنة أو لأي سبب جدي آخر، فإذا طلبت الزوجة التطليق في هذه الحالات يكون مصيره الرفض. [46]

ت-أن يغيب عنها ولا يترك لها نفقة خلال مدة غيابه، وفي هذه الجزئية خالف المشرّع الجزائري مذهب المالكية لأنهم جوّزوا لزوجة الغائب طلب التطليق بسبب ضرر الغيبة ولوكان للمفقود مالا تنفق منه زوجته على نفسها وأولادها.

ث- كما أنّ المشرع الجزائري لم يفرّق بين المفقود والغائب[47] في الأحكام في المقابل نجد أن الفقهاء جعلوا المفقود أكثر مجهولية من الغائب، والغائب شخص عرف مكانه وأهليته كاملة.

وفي الأخير يمكن أن نقدم بعض التوصيات والاقتراحات التي تساهم في ضبط أحكام الغائب وأثر غيابه على الرابطة الزوجية في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

- نهيب بالجامعات ومراكز البحث عقد ملتقيات وأيام دراسية في البحث عن حالات الغياب وصوره المعاصرة مع التطور التكنولوجي.
- المواد المتعلقة بالغائب قليلة جدا في التشريع الجزائري، لا تفي بالغرض في الإجابة عن الصور الكثيرة والمتنوعة لحالات الغيبة في بلد الجزائر.
- إدراج مادة ضمن قانون الأسرة تتناول وضعية زوجة الغائب وماله عند ظهوره حيا.
- يجب على المشرّع الجزائري أن يفرّق بين المفقود والغائب في الأحكام القضائية كما فرّق بينهما فقهاء الإسلام.[48]

الهوامش:

[1] – أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4 ص433.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، ج3ص3321.

[3] –الفيومي، المصباح، ص457.

[4] – الشرنباصي رمضان علي السيد ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، د ط، 2002م، ص356.

[5] – ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، ط4، 2005م، ج11 ص205 مادة فقد.

[6] – أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى ، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية – دمشق بيروت، ط1– 1412 ه، ص641.

[7] – مجمع اللغة العربية، المجمع الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994م، ص477.

[8] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406ه، 1986م، ج6 ص 196.

[9] – الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، دون طبعة، دون تاريخ، ج2 ص693.

[10] – النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412ه، 1991م، ج6 ص34.

[11] – البهوتي، كشاف القناع،دار الكتب العلمية، دون طبعة، ودون تاريخ نشر، ج4ص 464.

[12] – الأمر75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م،يتضمن القانون المدني المعدل والتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007م،الجريدة الرسمية، عدد31، ص 03.

[13] – المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

[14] – محمد سعيد بعفور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق ، الجزء الثاني ، دار هومة الجرائر ، ط 1 ،سنة 2011 ص 323.

[15] – القانون 84-11 المؤرخ في 09يونيو1984 والمتضمن قانون الأسرة العدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي2007، الجريدة الرسمية، عدد31، ص03.

[16] – شوقي بناسي ، نظرية الحق في القانون الوصفي الجزائري ، ص 23

[17] – الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6 ص 196.

[18] – السرخسي، أصول السرخسي، مرجع سابق، ص39.

[19] – البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 1424هـ،2003م، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم ...، رقم الحديث:15574، ج7 ص734.

[20] – مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1406هـ، 1985م، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، رقم الحديث:52، ج2ص575.

[21] – الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2006 ، ص 102 – ص 10.

[22] – البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، د ط، دون تاريخ، ج4 ص465.

[23] – خالد بو شمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 219-220.

[24] – الصادق عبد الرحمان الغريان، المرجع نفسه، ص 105 .

[25]– أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، دون تاريخ نشر، ج4 ص478.

[26] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي وأدلته، دار الفكر،ط2، 1405هـ، 1985م، ص420.

[27] – ابن قدامة، المغني، تحقيق طه محمد الزيني، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، دون طبعة، 1388هـ، 1968م، ج8 ص11.

[28] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق ص420.

[29] – الزركشي، المنثور فيالقواعد الفقهية، تحقيق: تيسسير فائق أحمد محمود، دار الكويت، ط2، 1305هـ، 1985م، ص135.

[30] –الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق: ج6 ص 196- 197.

[31] – القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 114.

[32] – هادي محمد عبد الله ، أحكام المفقود ، الطبعة الأولى دار دجلة ، الأردن ، سنة 2010م. ص100-101.

[33] – النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق: ج8 ص402 -403.

[34] – البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق: ج5 ص 193.

[35] – "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" المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

[36]– بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و أثارها في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، 2013 ص 604.

[37] – الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق: ج6 ص 196– 197.

[38] – ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق: ج3 ص509.

[39] – النووي، مغني المحتاج، مرجع سابق: ج3 ص397.

[40] – اليزيد عيسات بلمامي ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة فرحات عباس سطيف ، 2003 ، ص 12.

[41] – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد:ج2 ص25.

[42] – ابن قدامة، المغني:ج7 ص 488.

[43] – منصوري نورة ، التطليق و الخلع وفق الشريعة و القانون ، دار الهدى الجزائر ، 2010 ، ص 40 .

[44] – حديث حسن رواه ابن ماجه وغيره مسندا عن عبادة بن الصامت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة ، ودن سنة نشر ، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج2 ص784، رقم الحديث:2340.

[45] – باديس ذياب ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى الجزائر ، 2007 ،ص45.

[46] – منصوري نورة ، التطليق و الخلع وفق الشريعة و القانون: ص42.

[47] – راجع المادة و112– 109 من قانون الأسرة الجزائري.

[48]