التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الفقدان والغياب والحبس

. دراسة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

أ.د. نصر سلمان

جامعة الأمير عبد القادر . قسنطينة

الملخص :

تحرص الشريعة الإسلامية على استمرار الحياة الزوجية، بل تجعل مبدأ قيامها على التأبيد المفضي للسكينة والألفة، والاستقرار الزوجي، غير أن هذه الحياة الهادئة قد يعكّر صفوها، وينغص عيشها فقدان الزوج، أو غيابه، أو حبسه، مما يلحق أضرارا جسيمة بالزوجة تستدعي الدفع والإزالة.

فجاءت أحكام الشريعة الغراء لمعالجة مثل هذه الطوارئ التي تصيب عش الزوجية في مقتل، وذلك من خلال إيجاد الحلول المناسبة، والأحكام الكفيلة بمعالجتها.

Résumé:

La charia musulmane insiste sur la continuité de la vie conjugale entre les deux époux , mais cette vie normale et paisible peut être atteinte par la disparition , ou l'absence ou l'emprisonnement de l'époux .

Pour cella la charia a prévu des solutions pour régler ces problèmes urgents .

المطلب الأول

التفريق لفقدان الزوج

الفرع الأول : التفريق لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي

أولا . تعريف المفقود :

أ . لغة : تقول فقد الشيء يفقده فقدا , أي ضاع , و فقدان الزوج هنا ضياعه و عدم معرفة حاله[1] .

ب – اصطلاحا : " و هو الذي يغيب فينقطع أثره و لا يعلم خبره " [2].

ثانيا . صفته :

و هو الذي يغيب عن امرأته فيعمى خبره , و ينقطع أثره , و لا يعلم موضعه و لا تدرى حياته من موته[3] .

ثالثا . حكم التفريق الحاصل بسبب فقدان الزوج :

وقع الاختلاف بين الفقهاء في حكم التفريق بسبب فقدان الزوج إلى خمسة أقوال نوردها على النحو الآتي :

. القول الأول : لا يجوز التفريق إلا إذا بلغ التسعين من عمره , أو مات أقرانه وبه قال **الحنفية** [4].

و دليلهم في ذلك :

أ – قوله ρ : " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان " , أو " حتى يأتيها الخبر"[5] .

ب – قول الإمام علي τ في امرأة المفقود : " هي امرأة ابتليت , فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق " [6].

. القول الثاني : قسم **المالكية (رحمهم الله)** المفقود إلى أربع حالات هي :

1 – مفقود في أرض الإسلام : فهذا يحكم بوفاته بعد مضي أربعة أعوام , و يفرق بينه و بين زوجته [7].

---

[1] – لسان العرب: ابن منظور، تقديم عبد الله العلايلي. إعداد وتصنيف يوسف خياط. دار لسان العرب. بيروت. لبنان. مادة فقد 3321/5 , و القاموس المحيط: الفيروزأبادي، . دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. 323/1 .

[2] – القوانين الفقهية: ابن جزيء، نشر : عبد الرحمن بن حمدة اللزام الشريف ومحمد الأمين الكتبي. تونس. 1344 هـ/1926 م. 211 .

[3] – المعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس: القاضي عبد الوهاب،. تحقيق ودراسة : حميش عبد الحق. المكتبة التجارية. مصطفى أحمد الباز. 820/2 , التلقين في الفقه المالكي: عبد الوهاب،. ط : 1415 هـ/1995 م. تحقيق ودراسة : محمد ثالث سعيد الغاني. دار الفكر. 311/1.

[4] – بدائع الصنائع بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني. ط : 2. 1402 هـ/1982 م. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. و ط : 1418هـ / 1997م تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود . 196/6 , المبسوط: السرخسي ، ط : 2. دار المعرفة. بيروت. لبنان. 35/11 .

[5] – السنن: الدار قطني, ط : 4. 1406 هـ/1986 م. عالم الكتب. وط. أخرى. كتاب النكاح , باب : امرأة المفقود 421/2 .

[6] – المصدر نفسه 422/2 .

2 – مفقود بسبب الأسر : فهذا لا يفرق بينه و بين زوجته , لأنّ حياته معلومة و عذره في نفي قصد المضارة ظاهر[8] , فلا يفرق بينه و بين زوجته إلى أن ينكشف أمره , و ذلك بمرور و مضي سن التعمير , و قد اختلف قول مالك , و أصحابه في سن التعمير, فقيل : سبعون و قيل ثمانون , و تسعون , و مائة [9].

و اختار القاضي عبد الوهاب سبعين سنة حيث قال : " و الصحيح سبعون سنة لقوله ρ : " أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين , فأقلهم من يجوز ذلك "[10] و هذا إخبار عما يتعلق به الحكم من الأعمار , و ما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرّر لكل قول , و إنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة و قصرها[11] .

3 – مفقود في معترك القتال : و هذا إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره , فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته , و تزوجت , و لا يحتاج إلى ضرب أجل , لأنّ الأغلب من شأنه الهلاك[12].

4– مفقود في قتال و فتن بين المسلمين : فهذا يفرق بين من حضر المعركة و بين مجرّد من خرج مع الجيش , ففي الأولى يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال و يفرق بينه و بين زوجته .

أمّا الثانية و هي حالة مجرّد الخروج مع الجيش , فإنه لا يفرق بينه و بين زوجته إلا بعد مرور أربعة أعوام[13] .

و دليلهم في ذلك :

أ – أنه فقد رجل في خلافة عمر بن الخطاب τ فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال : " انطلقي فتربصي أربع سنين ", ففعلت , ثم أتته , فقال :" انطلقي, فاعتدي أربعة أشهر و عشرا " ففعلت , ثم أتته , فقال :" أين ولي هذا الرجل ؟" فقال :" طلقها ", ففعل فقال عمر : " انطلقي , فتزوجي من شئت "[14].

---

[7] – الخرشي على خليل: الخرشي ، . دار الفكر. 150/4 .

[8] – المعونة 824/2 , الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: ابن عبد البر، ط : 2. 1400 هـ/1980 م. تحقيق وتقديم الدكتور : محمد محمد أحيد ولد ماريك الموريتاني. مكتبة الرياض الحديثة البطحاء.281/2 , التلقين 312/1 .

[9] – التلقين 312/1 , المعونة 823/2 , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ط : دار إحياء الكتب العربية. وط : دار الفكر. 482/2 .

[10] – السنن الكبرى: البيهقي دار الفكر.كتاب : الجنائز باب : " من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر " 370/3 .

[11] –المعونة 824/2 .

[12] – المعونة 824/2 , التلقين 312/1 .

[13] – الخرشي على خليل 153/4 – 155 .

[14] – السنن: الدار قطني,كتاب النكاح باب : " امرأة المفقود " 421/2 , و الموطأ: مالك ، دار النفائس. كتاب الطلاق : باب " عدة التي تفقد زوجها 393 ، ومصنف عبد الرزاق ، ط: 1 ، 1972 م المكتب الإسلامي بيروت لبنان،كتاب الطلاق , باب : " التي لا تعلم مهلك زوجها " 85/7 .

ب – عن سعيد بن المسيب أنّ عمر و عثمان قالا : " امرأة المفقود تربص أربع سنين , ثم تعتد أربعة أشهر و عشرا ثم تنكح "[15].

ج – قوله ρ : " لا ضرر ولا ضرار " [16].

وجه الاستدلال : إنّ دفع الضرر مشروع في جميع الأحوال , و أي ضرر أكبر من تركها معلقة , لا هي ذات زوج , و لا هي مطلقة .

د – إنه لما كان الخيار ثابتا في الفرقة مع العنّة , و الإيلاء , و لم يكن فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة و النفقة كان في مسألتنا الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار [17].

. القول الثالث : ذهب **الشافعية** إلى عدم جواز التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت موته أو طلاقه[18] , أو تمضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين و الثمانين و التسعين , و لم يكتفوا بذلك بل اشترطوا للتفريق بعد انقضاء المدة اجتهاد القاضي و الحكم بموته[19].

و دليلهم في ذلك : أنّ النكاح ثابت بيقين , فلا يزال إلا بيقين إذ لو حكم بنكاحها قبل ثبوته لنقض الحكم , و ذلك لمخالفته القياس الجلي , إذ لا يجوز أن يكون حيا في ماله , و ميتا في حق زوجته [20].

. القول الرابع : ذهب الحنابلة في هذه المسألة إلى التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى : الغالب من حاله الهلاك , و هو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين و قد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة , فلا يرجع و لا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله و اعتدت امرأته عدة الوفاة و حلت للأزواج نص عليه الإمام أحمد و هذا اختيار أبي بكر , و ذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين , لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه.

---

15 –السنن الكبرى , كتاب العدد , باب : " من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر و عشرا ثم تحل " 445/7

16 – السنن: ابن ماجه كتاب، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي. دار الفكر. الأحكام باب : " من بنى في حقه ما يضر بجاره " 784/2 .

17 – المعونة 821/2 .

18 – منهج الطلاب: الأنصاري، ط : دار المعرفة. بيروت. لبنان. 107/2 , و فتح الوهاب: الأنصاري، ط : دار المعرفة. بيروت. لبنان. 107/2 .

19 – مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: الشربيني، دار الفكر. 26/3 – 27 .

20 – فتح الوهاب 107/2 .

قال الامام ابن قدامة (رحمه الله) : " و الأول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة , فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ...".

الحالة الثانية : من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة و نحو ذلك و لم يعلم خبره ففيه روايتان :

إحداهما : لا يقسم ماله و لا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها و ذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم .

ثانيهما : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد [21].

. القول الخامس : ذهب الحسن بن زياد إلى عدم التفريق بين الزوج و زوجته إذا فقد , و إنما تنتظر مائة و عشرين سنة تمر من يوم ولادته , فلو فقد و عمره ستون سنة , فإنها تنتظر ستين سنة أخرى[22].

. بعض الأحكام المهمة المتعلقة بالمفقود :

و سنوردها على شكل نقاط مختصرة تتميما للفائدة : [23]

1 – لا يجوز للإمام ضرب الأجل لامرأة المفقود , حتى يسأل عن خبره و يبحث عنه و ذلك لجواز أن يكون حيا , فيعلم ذلك بالبحث عن خبره .

2 – لا ينفق على امرأة المفقود أثناء فترة العدة من ماله , لأنها إنما تعتد على أنه قد حكم بموته و لا نفقة للمتوفى عنها , و ذلك يخالف مدة الأجل لأنها في العدة على الزوجية.

3 – إذا عاد المفقود أثناء المدة المضروبة , أو العدة فهي امرأته .

4 – إذا انقضت العدة جاز لامرأة المفقود التزوج فإذا عاد بعد دخول الثاني فلا مقال , لأنها قد بانت بالوطء , و حكم الحاكم , أما إذا جاء بعد العقد و قبل الدخول ففيها روايتان :

إحداهما : أنها للمفقود , ووجه ذلك أنه عقد نكاح طرأ على عقد صحيح تقدمه بضرب سائغ من الاجتهاد , فوجب أن لا تمنع نفسها من الأول , إلا أن يضامها دخول , أصله نكاح الوليين .

و الأخرى : أنها للثاني ووجه ذلك أنها نكحت بعد الاعتداد , و ضرب الأجل , كما لو دخل بها .

---

[21] – المغني: ابن قدامة موفق الدين، ط : 1403 هـ/1983 م. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. 7/205 – 207 .

[22] – المصدر نفسه .

[23] – المعونة 2/821 – 823 .

5 – لا يرجع المفقود على زوجته بالصداق لأن أمره نزل على الوفاة .

6 – لا يقسم مال المفقود بين الورثة إلا عند تيقن موته .

7 – لا تحتاج زوجة المفقود إذا انتهت المدة المضروبة , و كذا العدة إلى إذن الإمام في التزوج و ذلك لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل , لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه .

الترجيح : بعد عرض الأقوال الواردة في هذه المسألة نرى و الله أعلم أنّ مدة أربع سنوات كافية للحكم لزوجة المفقود بالطلاق , و هو ما تقتضيه مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء , إذ ليس من المعقول أن تنتظر قدومه سبعين أو تسعين سنة , و تحرم من الحياة الزوجية , و دفء الأمومة .

الفرع الثاني : التفريق لفقدان الزوج في قانون الأسرة الجزائري

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام المفقود في الفصل الثاني في عدة مواد نوردها على النحو الآتي :

المادة 109 : " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه , و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم ".

نصت هذه المادة على مفهوم المفقود و صفته و هذا نفسه هو الذي ورد في الشريعة الإسلامية

المادة 111 : " على القاضي عندما يحكم بالفقدان أن يحصر أموال المفقود و أن يعين مقدما من الأقارب , أو غيرهم لتسيير أموال المفقود , و يتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام **المادة 99** من هذا القانون ".

بينت هذه المادة وظيفة القاضي في تعامله مع أموال المفقود , و ذلك منحصر في ثلاثة أمور :

أ – الحكم بفقدانه .

ب – حصر أمواله و ممتلكاته .

ج – تعيين مقدم من الأقارب , أو غيرهم يتولى مهمة تسيير أمواله من جهة و تسلمه ما يستحقه المفقود من ميراث و تبرعات من جهة أخرى , و هذا في حالة عدم وجود ولي , أو وصي على من كان فاقد الأهلية , أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه , أو من له مصلحة أو من النيابة العامة كما هو مقرر في **المادة 99** من

هذا القانون , و في ختام حديثنا عن هذه المادة نقرر بأن ما ورد فيها هو نفسه الذي نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية , و اجتهادات الفقهاء .

المادة 112 : " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من **المادة 53** من هذا القانون " .

أحالت هذه المادة في جواز طلب زوجة المفقود للطلاق على الفقرة الخامسة من **المادة 53** و التي نصها :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق **للأسباب الآتية:**

5 – الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة " .

الملاحظ أن القانون تكلم عن المفقود بصورة مجملة , و لم يفرق بين من فقد في أرض الإسلام أو في حالة الأسر , أو في معترك القتال , أو في أوقات الفتن و القلاقل أو بين من الغالب من حاله الهلاك كمن كان في مركب انكسر فغرق بعض أهله , و من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لطلب العلم , أو لتجارة و نحوهما . و إن كان قد أشار في **المادة 113** لبعض هذه الحالات , كالفقد في حالة الحرب , أو الحالات الاستثنائية إلا أنه لم يفصل في ذلك كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية .

إضافة إلى أن القانون عامل المفقود معاملة الغائب في تحديد تأجيل فقده بغياب سنة من يوم مطالبة من له مصلحة في ذلك خلافا لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إذ فرقوا بين الغائب والمفقود , وفصلوا في المفقود موردين حالات عديدة له ,خاصين كل حالة بحكم يختلف عن الحالة الأخرى ,فجاءت أقوالهم في الأجل المضروب له مختلفة حسب كلّ حالة , و لكن ما ننبه عليه أن أقل مدة ضربها الفقهاء للمفقود هي أربع سنوات ثم يحكم بوفاته , و يفرق بينه و بين زوجته , و بالتالي نقول إن القانون لم يتبع في تحديده مدة الفقد بسنة أحد المذاهب الفقهية الأربعة , و إنما جعله كالغائب و هذا ما يؤكده ما ورد في **المادة 110** إذ نصت على أن " الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه , أو بواسطة مدة سنة , و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود ".

المادة 113 : " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب , و الحالات الاستثنائية بمضيّ أربع سنوات بعد التحرّي . و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضيّ أربع سنوات ".

بينت المادة بأنه يحكم بموت المفقود في الحروب , و الحالات الاستثنائية بمضيّ أربع سنوات موافقة في ذلك ما قال به **المالكية و الحنابلة** , أما في الحالات العادية التي تغلب فيها السلامة فإنه ترك الأمر في تحديد الأجل المضروب له للقاضي بحسب ما يراه من المصلحة .

و الحق أن ما نص عليه القانون هو عين الصواب , و ذلك لاختلاف الحالات بين مفقود و آخر إذ هناك من يرجى كشف حاله و معرفة مكانه , و آخر ميؤوس منه إذ لا قرينة و لا أمل في العثور عليه هذا من جهة , و حتى يترك الأمر لاجتهاد القاضي يحكم فيه بما يحقق المصلحة و مقاصد الشريعة الإسلامية من جهة أخرى , و بهذا يكون القانون قد تحاشى ما ذهب إليه كثير من فقهاء الإسلام من أن زوجته تنتظر إلى أن يموت أقرانه , أو تنتظر سبعين أو تسعين أو مائة و عشرين عاما من يوم ولادته , و هذا بلا شك لا يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية الغراء , فتحرم المرأة من بناء أسرة جديدة , منتظرة في ذلك سرابا بقيعة يحسبه الظمآن ماء .

المادة 114 : " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة , أو النيابة العامة ".

بينت المادة أنه لا يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود , إلا إذا وقعت المطالبة بذلك من أحد الورثة كأب أو ابن و نحوهما , أو ممن له مصلحة في ذلك كالزوجة التي قد تتضرر بطول غيابه كأن تتقدم سنها فتصل إلى سن لا يمكنها معه الإنجاب مثلا , أو من النيابة العامة و ذلك كأن يكون لهذا المفقود ورثة قُصّر أو فاقدوا الأهلية أو لا ورّاث له أصلا فتقوم النيابة العامة مقام هؤلاء القُصّر في المطالبة بالحكم بفقده أو تقوم مقام بيت المال الذي ستؤول إليه جميع أمواله و ممتلكاته في حالة عدم وجود من يرث هذا المفقود .

المطلب الثاني : التفريق لغياب الزوج

الفرع الأول : التفريق لغياب الزوج في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في التفريق القضائي بسبب غياب الزوج إلى قولين هما :

القول الأول : عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج , و به قال **الحنفية** [24], و **الشافعية** [25].

[24] – بدائع الصنائع 196/6 , حاشية ابن عابدين ط : 1399 هـ/1979 م. دار الفكر. 903/2 .

[25] – الأم: الشافعي، ط : 1973 م. دار المعرفة. بيروت. لبنان. 239/5 , مغني المحتاج 442/3 .

القول الثاني : جواز التفريق بسبب غيبة الزوج , و به قال **المالكية** [26], و **الحنابلة** [27].

قال القاضي عبد الوهاب : " و من غاب عن امرأته فعمي خبره , و انقطع أثره , و لم يعلم حياته من موته , و أضر ذلك بزوجته , فإنها ترفع أمرها إلى السلطان , فيبحث عن خبره , و يسأل عنه , و يجتهد , فإن وقف له على خبر حياته , فليس بمفقود , و يكاتبه بالعودة , أو الطلاق , فإن أقام على الإضرار طلق عليه" [28].

و قال ابن جزيء : " فإن وقف له على خبر , فليس بمفقود , و يكاتبه بالرجوع , أو الطلاق فإن أقام على الإضرار طلق عليه" [29].

و **للحنابلة** بعض التفصيلات , إذ قالوا : " إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل غيابه من حالين :

أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره , و يأتي كتابه , فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين , إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله , فلها أن تطلب الفسخ فيفسخ نكاحه .

كما أجمعوا على أن من كانت غيبته بسبب الأسر أن زوجته لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته , و هذا قول النخعي , و الزهري , و يحي الأنصاري , و مكحول , و أبي عبيد , و أبي ثور , و إسحاق .

و ثانيهما : أن يفقد و ينقطع خبره , و لا يعلم له موضع , فهذا ينقسم إلى قسمين قد بيّناهما بجلاء و وضوح عند حديثنا عن التفريق بسبب فقدان الزوج [30] .

هذا و قد اشترط **المالكية** للتفريق بسبب غيبة الزوج شروطا عديدة تتمثل في الآتي [31]:

1. طول الغيبة كالسنة فأكثر .
2. الكتابة إليه و ذلك بتخييره بين الحضور , أو رحيل زوجته إليه أو إمضاء الطلاق فإن امتنع تلوّم له بالاجتهاد و طلق عليه .
3. أن تخاف على نفسها الوقوع في الزنا , و يعلم ذلك يقينا , لا بمجرد شهوتها للجماع .

---

[26] – التلقين 311/1 , القوانين الفقهية 211 .

[27] – المغني 130/9 .

[28] – التلقين 311/1 .

[29] – القوانين الفقهية 211-212 .

[30] – المغني 130/9-131 .

[31] – الشرح الكبير: شمس الدين بن قدامة، ط : 1403 هـ/1983 م. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان. 431/2 .

بينما ذهب **الحنابلة** إلى تحديد مدة الغياب التي تخولها المطالبة بالتفريق بستة أشهر فأكثر , هذا مع مكاتبته فإن رفض الرجوع فرق بينهما الحاكم [32] .

الفرع الثاني : التفريق للغياب في قانون الأسرة الجزائري :

ورد ذلك في السبب الخامس من **المادة 53** إذ جاء فيه :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : ...**5 –** الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة ."

نصت هذه المادة على أن من غاب عن زوجته سنة , دون عذر ظاهر لغيابه

و دون إرساله النفقة جاز لزوجته المطالبة بالتطليق , إذ نجدها موافقة لما ذهب إليه **المالكية** من كون الغائب تطلق عليه زوجته إذا طالت غيبته كالسنة فأكثر مشترطين في ذلك عدم إيقاع الطلاق عليه إلاّ بعد مكاتبته بالحضور أو رحيل زوجته إليه , فإن امتنع أُجتُهد في أمره , و طلق القاضي عليه و هذا خلافا للحنابلة الذين حددوا المدة التي إذا ما انقضت كان للزوجة الحق فيها بالمطالبة بالطلاق بستة أشهر فقط و هنا ننبه إلى أن القانون اعتبر أحكام الغائب كأحكام المفقود سواء بسواء , و لم يفرق بينهما كما هو الحال في الشريعة الإسلامية , و هذا ما توضحه **المادة 110** إذ جاء فيها : " الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محلّ إقامته , أو إدارة شؤونه بنفسه , أو بواسطة , مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

المطلب الثالث : التفريق للحبس

الفرع الأول : التفريق للحبس في الفقه الإسلامي

إن المتأمل في كتب الفقه الإسلامي , و الناظر في آراء المجيزين للتفريق بين الزوجين , بسبب فقدان الزوج , أو غيابه , لا يظفر بقول صريح في التفريق بسبب الحبس الطويل , الذي يلحق به ضرر جسيم بالمرأة , اللهم إلا ما ورد عن شيخ الإسلام ابن تيمية (رحمه الله) حيث قال : " و حصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال , سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد , و لو مع قدرته و عجزه كالنفقة , فهو أولى

[32] – كشاف القناع عن متن الإقناع: البهوتي، دار الفكر. مراجعة وتعليق هلال مصيلحي ومصطفى هلال. ط : 1402هـ/1982 م. 3/114-115 .

للفسخ , و على هذا فالقول في امرأة الأسير , و المحبوس و نحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقته , كالقول في امرأة المفقود بالإجماع"[33].

الفرع الثاني: التفريق للحبس في قانون الأسرة الجزائري

ورد ذلك في السبب الرابع من **المادة 53** إذ جاء فيه : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : .....**4 –** الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة , و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية ".

المتأمل لهذه المادة يلحظ إشارتها إلى جواز مطالبة الزوجة بإنهاء الحياة الزوجية إذا قُيّدت حرية الزوج بحبس و نحوه و هذا إذا توافرت في الجريمة الشرطان الآتيان:

أ – أن يكون فيها مساس بشرف الأسرة .

ب – أن تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية .

و بهذا يكون القانون قد أخذ برأي شيخ الإسلام ابن تيمية في جواز التفريق بالحبس , وقد ذهب الإمام ابن تيمية (رحمه الله) إلى أن الحبس المجيز للمطالبة بالتفريق هو الحبس الطويل الذي يلحق به ضرر جسيم بالمرأة , و يتعذر معه انتفاعها بزوجها .

الخاتمة :

بعد عرضنا للمسائل المتعلقة بالتفريق القضائي بسبب فقدان الزوج، أوغيابه، أو حبسه خلصنا إلى أن الشريعة الإسلامية الغراء تقوم على مبدإ دفع الضرر وإزالته، فشرعت لذلك التفريق بسبب فقدان الزوج أو غيابه أو حبسه دفعا للأضرار المتوقع إلحاقها بالزوجة كغياب النفقة، والمعاشرة الزوجية مما يعرض كرامة المرأة للامتهان ودفعها للتسول والانحراف الخلقي، فما أروعه من تشريع، وما أجلها من أحكام.

[33] – الاختيارات الفقهية: ابن تيمية ط: 2 , دار إحياء التراث العربي . 247 .