وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

العنوان:

التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان والغيبة والحبس

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية L.M.D

تخصص فقه وأصوله

إعـــداد الطـــالب:

عبد الوهاب بلهول

إشراف الأستاذ الدكتور

محمد بن الســـــــــايح

السنة الدراسية 1437/1438 هـ - 2017/2016 م

بسم الله الرحمن الرحيم

{ رَبَّنَا ءَاتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنَ اَمْرِنَا رَشَداً ﴿١٠﴾ }

(الكهف: 10)

إلى معلم البشرية ومبلغ الرسالة وهادي الأمة سيدنا محمد صلى الله عله وسلم

إلى والدتي العزيزة التي ومنذ نعومة أظافري وهي ترعاني وتعلمني، وفرت لي الدعم المعنوي لإتمام دراستي

إلى والدي العزيز الذي رباني ورعاني صغيرا ولطالما أوصاني بالعلم

إلى أقاربي وعائلتي الكريمة

إلى كل من مد لي يد العون في إنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد

إلى كل من سعدت برفقتهم في دراستي

إلى من حملوا راية الدين والعلم

أهدي هذه الرسالة العلمية المتواضعة

عبد الوهاب بلهول

شكر وتقدير

بعد أن منّ الله عز وجل علي وأعانني بفضله وكرمه على إنجاز هذا العمل المتواضع، فإنني أتوجه بالشكر والتقدير لفضيلة البروفسور محمد بن السايح الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة، فمنحني من وقته وجهده وغمرني بلطفه وكرم أخلاقه، ولم يبخل بالتوجيه والإرشاد والتصويب، حتى تمت هذه المذكرة، فجزاه الله خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ الفاضل النعيمي الزيغمي الذي لم يبخل علي بتوجهاته وتصويباته والأساتذة الأفاضل الذين تكرّموا بقبول مناقشة هذه الرسالة فجزاهم الله خير الجزاء.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أساتذتي الأفاضل في قسم الشريعة رئيسا ومدرسين، آملا من الله أن يجعلهم ذخرا للإسلام والمسلمين.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى كل من أسهم في إخراج هذا العمل إلى حين الوجود فبارك الله بهم جميعا وجزاهم الله خير الجزاء.

ملخص الدراسة

يعالج هذا البحث: "**موضوع التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان والغيبة والحبس**" دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية، حيث يعد هذا الموضوع مشكلة من المشاكل التي تؤدي إلى التفكك الأسري، ويكون سببها الزوج إذا ألحق ضررا بزوجته سواء أكان ماديا أو معنويا، ويكون ذلك بناء على طلب الزوجة وبإرادتها المنفردة، ويتم بحكم قضائي ولو عارضه الزوج طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما بالنص القانوني الوارد في تقنين المعمول به.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية لتقرر منهاجا فعّالا في رفع الضر عن الزوجة وذلك بشتى الطرق الشرعية الممكنة، بذكر الأسباب التي تستند عليها الزوجة في طلب الطلاق، وقد وافقت القوانين الوضعية على ذلك.

وقد مهدت لهذا الموضوع بتعريف وبيان التفريق القضائي وشروطه وطبيعته فقها وقانونا، ثم تطرقت بعد ذلك إلى فقدان الزوج وأثره في التفريق بين الزوجين دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، من خلال تعريفه وبيان أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج، وما نصت عليه التشريعات العربية، ثم انتقلت إلى التفريق القضائي بين الزوجين للغيبة، فبينت مفهومها عند فقهاء الشريعة والقانون، وأقوال العلماء في التفريق بسببها، وموقف القوانين العربية في التفريق بين الزوجين للغيبة، وشروط التفريق بها، وفي الفصل الثالث تطرقت للتفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، فعرفت السجين و أنواعه، وبينت أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الحبس، وبينت كذلك موقف التشريعات العربية في هذه القضية، وختمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات، وأضفت بعض الملاحق كنماذج لأحكام بسبب الفقدان والغيبة والحبس.

Le résumé de l'Etude

Cette étude traite ce qui suit:

Le sujet de la constatation de la séparation judiciaire des deux époux pour abandon, absence, ou incarcération , " ce sujet étant considéré comme un des problèmes qui engendrent la destruction de la cellule familiale, dont la raison est l'époux, si ce dernier fait atteinte à son épouse soit matériellement soit psychologiquement , et ceci suite à la demande de l'épouse et par sa volonté individuelle , par jugement judiciaire , même contre le gré de l'époux, puisqu'elle est endommagée , le juge se prononce selon la stipulation légale contenue dans la réglementation en vigueur.

La charia Islamique est intervenue ici pour conclure un système efficace en vue d'apaiser l'épouse par toutes les voies légales possibles, en faisant mention des raisons sur lesquelles se repose l'épouse dans la demande du divorce, les lois posées ont adhéré à cela.

Ayant introduit à ce sujet par la définition et la constatation de la séparation judiciaire et ses conditions et nature jurisprudentielles et légalement par sa définition et l'illustration par les déclarations de la jurisprudence concernant la séparation des deux époux pour abandon de l'époux , ce dont les législations arabes ont en fait référence, puis se sont mis à faire la constatation de la séparation juridique pour absence, en déterminant sa définition chez la jurisprudence islamique et légale, ainsi que la position des lois arabes quant à la séparation des époux pour absence, ainsi que leurs conditions , dans le troisième chapitre j'ai mentionné la séparation des époux pour incarcération de l'époux, ou, j'ai donné la définition du prisonnier ainsi que ses genres, et mentionné les déclarations de la jurisprudence quant à la séparation pour des raisons d'incarcération , et une fois de plus, j'ai précisé la position de la loi dans les législations Arabes concernant cette étude.

Ayant conclu cette étude par les principaux résultats et des recommandations et ajouté certains annexes comme spécimens de jugement pour abandon, absence ou incarcération.

المقدمة

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

وبعد لقد اهتم الإسلام بالأسرة المسلمة، وبيّن لها أساس بنائها وتماسكها، وهو استمرار عقد الزوجية بين الطرفين على أساس المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف.

والزواج إنما شرعه الله عز وجل استجابة للفطرة، وتلبية للحاجات الغريزية التي أودعها الله تعالى في البشر، ولبقاء النوع الإنساني، ومن أجل هذا بيّن الإسلام الحقوق والواجبات التي تجب على الزوجين، ووضع القواعد والأصول للحفاظ على الرابطة الزوجية، فاحتاطت الشريعة الإسلامية لأمر الزواج واستمراره وأحاطته بسياج من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه، وإثمار أهدافه، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة، وأوصت الرجال بالنساء خيرا، وأمرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته وعرضه وماله وولده، كما نهت الشريعة الغرّاء عن كل ما يسيء إلى العشرة الزوجية ويؤدي إلى قطعها، ولكن قد يطرأ على هذه العلاقة ما يحول دون استمرارها، لما قد يحصل من خلاف بين الزوجين ويؤول بهما إلى النفرة والخصام والشقاق، فكان من رحمة الشريعة الإسلامية وسعتها أن شرعت الفراق كضرورة لازمة لإنهاء الشقاق وإزالة الضرر في حال تعذر استمرار الحياة الزوجية.

وإنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين، قد يكون بإرادة الزوج كالطلاق الذي جعله الله عز وجل حقا للرجل يتصرف فيه كسائر حقوقه المشروعة، لحكم علمها اللطيف الخبير، ولم يخف بعضها على كل عاقل بصير، وجعله بيد الرجل ليس مطلقا بغير قيد، بل هو مقيد بقيود تتفق والحكمة التي دعت إليها الشريعة الإسلامية، وبما يمنع الإضرار بالمرأة.

إذا كانت حكمة التشريع قد اقتضت ذلك لأن عدالته قد أعطت للمرأة الحق في افتداء نفسها من زوجها إذا كرهت البقاء معه في فرقة تسمى خلعا.

أو أن يكون لها الحق في التفريق بينها وبين زوجها قضاء إن تعذر الطلاق بإرادة الزوج بعدما أبدت من الأسباب ما يصلح أن يكون مسوغا للتفريق.

وهناك أسباب تعطي للمرأة الحق في أن تطلب التفريق القضائي، ومن أهم هذه الأسباب الفقدان والغيبة والحبس، وهنا يأتي التساؤل:

طرح الإشكالية:

هل فقدان الزوج أو غيبته عن زوجته أو حبسه، أسباب مسوغة للتفريق القضائي بين الزوجين؟

وما هو موقف الفقهاء والقانون من حق المرأة بفك الرابطة الزوجية؟ وما هي الآثار المترتبة عليه؟

وينتج عن ذلك أسئلة فرعية تتبادر حول:

- ما هو المفهوم الحقيقي للتفريق القضائي بين الزوجين وما مدى شرعيته؟
- ما هي أوجه التوافق والاختلاف بين التفريق القضائي؟ وأوجه الفرقة الأخرى كالطلاق والخلع؟
- ما هي الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية لتطبيقه؟
- ما موقف قانون الأسرة الجزائري بين التشريعات العربية في تكريس هذا الحق؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في جوانب عديدة منها:

- يعتبر التفريق القضائي من أكثر المواضيع اهتماما في قانون الأسرة، لأنه الضامن لحقوق الزوجة.
- جعل فسخ الزواج في يد السلطة القضائية مدعاة إلى الاحتياط وعدم التسرع في إنهاء الرابطة الزوجية.
- تعلق هذا الموضوع بأخطر العقود وأقدسها في الدنيا، وهو عقد الزواج.
- يعتبر التفريق القضائي بين الزوجين، صمام أمان لتمكين الزوجة من الحصول على كل حقوقها ورفع الضرر عنها.
- قضايا التفريق القضائي بين الزوجين من أصعب القضايا في المحاكم لتداخل الحقوق وعدم وجود أدلة وبينات لتحصيل الحقوق.
- مقارنة التشريع الجزائري ببعض التشريعات العربية.
- كثرة قضايا التطليق والتفريق في المحاكم الجزائرية خاصة السنوات الأخيرة.
- انتشار ظاهرة الهجرة والسفر للعمل في الخارج وطول غياب الأزواج.
- كثرة حالات الفقدان في العالم عامة وفي الجزائر خاصة بسبب العشرية السوداء.
- كثرة الحروب والزلازل والفيضانات وغيرها.

أسباب اختيار الموضوع:

- الرغبة الشخصية في الاطلاع على هذا الموضوع.
- عدم وجود دراسات حديثة في المحاكم الجزائرية رغم كثرة الحوادث وحداثتها.
- ضرورة دراسة الموضوع دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
- تمادي الأسرة في اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية، وقلة الوعي بالآثار الخطيرة الناتجة عن الطلاق، وأثره على الأسرة والمجتمع.
- إظهار مرونة التشريع في معالجة كل ما يستجد من الحوادث، التي تؤدي إلى النزاع بين الزوجين.
- الرد على خصوم الإسلام الذين يدّعون ظلم الإسلام للمرأة، ويطالبون بمنحها الحرية، وذلك من خلال إظهار الحقوق التي أعطاها الإسلام للمرأة في مجال الحقوق الزوجية.
- دراسة بعض الأسباب المسوغة للزوجة في طلب التفريق القضائي.
- معرفة كيف عالج المشرع الجزائري حالات فقدان وغبية وحبس الزوج بأنواعها؟
- التعرف على المذاهب والأقوال التي اعتمد عليها المشرع الجزائري.

الدراسات السابقة:

لم أجد بعد البحث والاطلاع على الدراسات السابقة بحثا بعنوان:"**التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان والغيبة والحبس دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**"، إلا أنه يوجد بعض الدراسات التي تطرقت إلى هذا الموضوع من جوانب مختلفة مع عدم التركيز على أسباب الفقدان والغيبة والحبس أوجزها فيما يلي:

1- " **التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي**" للأستاذ مومن عبد الباقي وهي دراسة خصصها صاحبها لدراسة الأسباب بصفة عامة حيث تطرق إلى جميع الأسباب الموجبة للتفريق بين الزوجين وما هو خاص بالأسباب المتعلقة بالزوجة والأسباب المتعلقة بالزوج.

2- "**التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**"، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير بجامعة الجزائر للباحث اليزيد عيسات سنة 2002م، وقد تحدث

فيه عن حقوق المرأة، وذكر بأن الشريعة الإسلامية أحدثت تغييرا جذريا في إعطاء حقوق للمرأة لم تكن تتم عبرها من قبل.

3- "**إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة دراسة مقارنة**"، بحث تكميلي لنيل درجة الدكتوراه من جامعة مولود معمري بتيزي وزو للباحثة آيت شاوش دليلة سنة 2014هـ، حيث اعتمدت في بحثها على أسباب التفريق في قانون الأحوال الشخصية الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، على أن دراستها كانت أكثر تركيزا على الجانب القانوني أكثر من الجانب الفقهي.

والفرق بين بحثي والدراسات السابقة هو أنني ركزت على ثلاثة أسباب للتفريق القضائي بين الزوجين: ترجع إلى غياب الزوج وهي الفقدان والغيبة والحبس، مما يدعو إلى التفصيل أكثر في آراء الفقهاء والترجيح بينها ومقارنتها بقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية.

صعوبات البحث:

- اختلاف آراء الفقهاء التي قد تصل في بعض الأحيان إلى صعوبة الترجيح بينها، مما استدعى محاولة الجمع بينها من أجل التوصل إلى نظرة شاملة يعتمد عليها.
- عدم توافر كتب قانونية تلّم بشكل كامل بالجوانب القانونية لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين وأسباب التفريق.
- عدم تخصيص قانون الأسرة نصوصا خاصة تتطرق إلى الجوانب والمسائل المتعلقة بالتطليق والخلع وأحكامها كونها جاءت عامة.
- شحّ المراجع المكتوبة خاصة في مجال قانون الأسرة، التي تتطرق إلى موضوع التطليق والتفريق القضائي بين الزوجين، وما يتعلق بهما من آثار.

منهج البحث:

1-اعتمدت على المنهج المقارن الذي يمتاز بخاصية التحليل المنظم، ويهدف إلى إبراز أوجه الاتفاق بين الموضوعين، وقد قارنت بين آراء الفقهاء من جهة، وبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من جهة أخرى، وراعيت التسلسل الزمني في ترتيب الأقوال وفق المذاهب الأربعة، الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية. وقارنت بين نصوص قانون الأسرة الجزائري، وبعض نصوص قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية وبينت مدى توافقها أو اختلافها.

2- واعتمدت كذلك على المنهج التحليلي، لتحليل النصوص القانونية خاصة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وكل ما يتعلق بالنصوص الفقهية.

3-الترجيح بين الأقوال وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

4-وضع نماذج للتفريق القضائي بين الزوجين لبعض المحاكم الجزائرية حول الفقدان والغيبة أو الحبس في نهاية كل مبحث.

سابعا: خطة البحث

وتشتمل على مقدمة وفصل تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة:

الفصل التمهيدي: ماهية التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته وشروطه

المطلب الأول: مفهوم التفريق القضائي

المطلب الثاني: دليل مشروعيته وشروطه

المبحث الثاني: طبيعة التفريق القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: الطبيعة الشرعية للتفريق القضائي

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتفريق القضائي

الفصل الأول: التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج

المبحث الأول: الفقدان ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم الفقدان

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب الفقدان

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج

المطلب الأول: مفهوم الفقدان قانونا

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان

الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج

المبحث الأول: غيبة الزوج ومشروعية التفريق بها في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تعريف الغيبة وأقسامها والفرق بينها وبين المفقود

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لغيبة الزوج

المطلب الأول: تعريف الغائب قانونا وشروط الغيبة

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين للغيبة

الفصل الثالث: التفريق بين الزوجين لحبس الزوج

المبحث الأول: الحبس ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم الحبس وأنواعه وتميزه عن المفقود

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين للحبس

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الحبس

المطلب الأول: مفهوم السجين قانونا وأنواعه والتمييز بين وبين المفقود

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق للحبس

ثامنا: الخاتمة وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

تاسعا: الملاحق

عاشرا: الفهارس العامة

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس الآثار
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

الفصل التمهيدي

الفصل التمهيدي: ماهية التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

قسمت هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول خصصته للتعريف بالتفريق القضائي ومشروعيته وشروطه، حيث يحتوي على مطلبين، والمبحث الثاني بحثت فيه طبيعة التفريق القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته وشروطه

أعطت الشريعة الإسلامية الغرّاء الحق للمرأة في فك الرابطة الزوجية، وبإرادتها المنفردة مع مراعاة الأسباب التي حددتها الشريعة الإسلامية، وهو الحق نفسه الذي أعطاه المشرع الجزائري للمرأة في قانون الأسرة، فالأول يصطلح عليه فقها بالتفريق القضائي، والثاني بالتطليق، فما هو مفهوم التفريق القضائي؟ وما هو حكمه ودليل مشروعيته؟ وما هي شروطه؟

وهذا ما سنتطرق إليه في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم التفريق القضائي

التفريق القضائي مركبٌ إضافيٌّ من كلمتين، ولكل كلمة مدلولها الخاص وحتى يتبين لنا هذا المدلول، قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعرف التفريق القضائي باعتباره مركبا من كلمتين: فنعرف التفريق أولا، ثم القضاء ثانيا

أولا: تعريف التفريق:

1- **التفريق لغة:** مصدره فرّق، والفرق خلاف الجمع، فرّقه، يفرّقه، فَرْقًا، وفرقة، وانفرق الشيء وتفرق، والاسم الفرقة والفرق الفصل بين الشيئين.

ومن علماء اللغة من جعل التفرق بالتشديد للأبدان، والافتراق بالتخفيف في الكلام يقال فرّقت بين الكلامين فافترقا، وفرقت بين الرجلين فتفرقا وذهب كل منهما في طريق.[1]

ويقع التفريق أيضا على عدة معان أخرى متقاربة منها:

أ- **التجزئة والقسمة:** يقال فرق الأشياء، أي قسمها ووزعها.

[1] ابن منظور، لسان العرب، ط.3، بيروت، دار صادر، 1414هـ، مادة فرق، ج10، ص299.

ب- **التمييز:** يقال فرق بين الأشياء، إذا ميز بعضها من بعض.

ت- **الفصل:** يقال فرق بين شيئين أي فصل بينهما، ويقال فارقه مفارقة الانفصال عنه وباينه.[1]

ويلاحظ من مراجعة المعاجم اللغوية أن المعنى اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين والمباينة بينهما، وقد وردت شواهد في القرآن الكريم لمعنى الفرقة، حيث وردت الفرقة بين الزوجين بمختلف اشتقاقاتها اللفظية في ثلاثة مواضع هي :

الأول: قوله تعالى عن السحرة: { **فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ** } (البقرة: 102).

الثاني: قوله تعالى: { **وَإِنْ يَّتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعاً حَكِيماً** } (النساء: 129).

الثالث: قوله تعالى: { **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ آوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ** } (الطلاق: 02).

2- التفريق اصطلاحا:

اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق أكثر من اعتنائهم بتعريف التفريق أو الفرقة أو الفسخ، لذا سأحاول الوصول إلى معنى التفريق اصطلاحا، من خلال نظرة الفقهاء إلى معنى الطلاق لأن الطلاق هو أحد أنواع الفرقة.

أ-تعريف الحنفية: " الفرقة رفع قيد النكاح".[2]

ب- تعريف المالكية: "الفرقة صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته".[3]

ج-تعريف الشافعية: "الفرقة هي حل عقد النكاح، أو تصرف للزوج يقطع النكاح".[4]

د- تعريف الحنابلة: "حل قيد النكاح أو بعضه".[5]

وهذه بعض التعريفات للتفريق عند العلماء المعاصرين:

---

[1] سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دمشق، دار الفكر، 1408- 1988، ص284.

[2] ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، بيروت، دار المعرفة، د ت، ج03، ص252.

[3] الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لا ط، لا م، دار علم الكتب، 1423-2003، ج04، ص18.

[4] الشربيني، المغني المحتاج، لا ط، مصر، البابي الحلبي، 1377-1958، ج03، ص279.

[5] البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، لا ط، بيروت، دار عالم الكتب، د ت، ج05، ص232.

أ- الشيخ علي خفيف: "وهو ما ينحل به عقد الزواج، فينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية".[1]

ب- الأستاذ بدران: "هو ما ينتهي به عقد الزواج، وتنحل بسببه الرابطة الزوجية، وينقطع به ما بين الزوجين من علاقة الزواج".[2]

ت- محمد عبد الحميد: "هو كل ما تنحل به الرابطة الزوجية".[3]

ثانيا: القضاء: وسنتناوله بمعناه اللغوي ثم الاصطلاحي.

1-**القضاء لغة:** القضائي نسبة إلى القضاء والياء فيها ياء النسبة، والقضاء لغة: مصدر قضى، ويقال قضاء وهو الحكم والقطْع في الأمر والفصل فيه، ويقال قضى بين الخصمين أي حكم بينهما، وقضى له أي حكم له، وقضى بكذا أي حكم بكذا، واستُقضي فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس.[4]

قال الأزهري القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وتأتي بمعنى الصنع والتقدير والحتم والأمر والقضاء والإنهاء والبيان.[5]

قال تعالى: { وَلاَ تَعْجَلْ بِالْقُرْءَانِ مِن قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰٓ إِلَيْكَ وَحْيُهُۥ } (طه: 111) أي ولا تعجل بالقرآن يا محمد قبل بيانه.

وقال تعالى: {وَقُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَهُمْ لاَ يُظْلَمُونَ } (الزمر: 66) والمعنى الفصل بين أهل الجنة وأهل النار و بين الأمم ورسولهم، وصدر القضاء فيها بما يستحقونه.[6]

والحكم يأتي بمعنى: العلم والفقه والقضاء بالعدل وهو مصدر حكم يحكم.[7]

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، 1993، ص339.

[2] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، لا ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1967، ج01، ص238.

[3] محمد عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، لا ط، بيروت، المكتبة العلمية، 2003، ص295.

[4] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 15، ص186.

[5] أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، القاهرة، دار الشعب، 1372، ج02، ص87.

[6] محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، لا ط، تونس، الدار التونسية، 1984، ج24 ص67.

[7] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 12، ص141.

وقال ابن فرحون: والقضاء يفتقر إلى هذه المعاني الواردة في الحكم من علم وفقه وعدل، فهما إذا متقاربان وكل منهما مفسر للآخر.[1]

قال الراغب: القضاء فصل الأمر قولا كان ذلك أو فعلا وكل منهما على وجهين: إلهي وبشري:

فمن القول الإلهي قوله تعالى: { **وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوٓاْ إِلاَّ إِيَّاهُ**} (الإسراء:23)، أي أمر بذلك ومن الفعل الإلهي قوله تعالى: {**وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ**}(فاطر: 20)

ومن القول البشري، نحو قضى الحاكم بكذا، ومن الفعل البشري قوله تعالى: { **فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ** } (البقرة: 200) وكل قول مقطوع به من قولك: هو كذا، وليس كذا، يقال له: قضية أي الحكم بالشيء أنه كذا، أو ليس بكذا أمر صعب.[2]

وعليه فمفهوم القضاء يدور معناه حول الحكم والفصل في الأمور.

2-القضاء اصطلاحا: اختلف الفقهاء في تعريف القضاء في الاصطلاح ويرجع هذا الاختلاف إلى جهتين مختلفتين:

الجهة الأولى: ترجع إلى حقيقة القضاء هل هو فعل يقوم به القاضي؟ أم هو صفة حكمية توجب نفوذ حكمه ؟

الجهة الثانية: ترجع إلى اختصاص القضاء، هل هو خاص بالمنازعات والفصل فيها؟ أم يشمل غيرها؟ مثل التحكيم في جزاء الصيد والتفريق بين الزوجين وغير ذلك، ومن خلال هذا نتطرق إلى اصطلاحات المذاهب في تعريف القضاء:

أ- **تعريف الحنفية:** - " قطع الخصومة، أو قول ملزم صدر عن ولاية عامة ".[3]

- " الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل".[4]

---

[1] إبراهيم شمس الدين ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، لا ط، الرياض، دار عالم الكتب، 1423-2003، ج01، ص12.

[2] أبي القاسم الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ط1، دمشق، دار القلم، 1412هـ، ج1، ص 674-675.

[3] عبد الرحمان بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لاط، دار الطباعة العامرة، 1328هـ،ج2، ص150

[4] علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، لا م، دار الكتب العلمية، 1406-1986، ج7، ص3.

ب- تعريف المالكية: - "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام".[1]

- "حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده كدين وحبس وقتل".[2]

ج-**تعريف الشافعية:** - " فصل الخصومة بين خصمين أو أكثر بحكم الله تعالى".[3]

- " إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه".[4]

د- تعريف الحنابلة: " تبيينه والإلزام به وفصل الخصومات".[5]

وهكذا نرى بعد هذه الجولة من تعريفات الفقهاء للقضاء في الاصطلاح، أنها تجتمع على بعض القيود كالفصل في الخصومات، وتفترق عند بعض القيود ويمكن أن تتكامل لإيجاد تعريف مناسب للقضاء في الاصطلاح العام.

إن القضاء في الاصطلاح هو: "**النظر في القضايا لإثباتها أو نفيها لإظهار أحكامها على مقتضياتها**".[6]

الفرع الثاني: مفهوم التفريق القضائي باعتباره عَلَمًا لحكم القاضي

ليس للفقهاء تعريف محدد للتفريق القضائي باعتباره عَلَمًا لحكم القاضي، إلا أن كتابتهم عن الطلاق وأسبابه، قد تضمنت المفهوم العام للتفريق القضائي بين الزوجين مثل: حل العقد أو رفع العقد أو قطع العقد أو إنهاء العلاقة الزوجية، مع تدخل فعل القاضي بقطعه أو إنهائه أو تقرير ثبوته أو انقطاعه .

الأول: "حل العلاقة الزوجية بأمر القاضي بناء على طلب الزوجة".[7]

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج6، ص86 و87.

[2] أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير مختصر أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، لا ط، دار التحرير للطبع والنشر،1385-1965، ج5 ص3.

[3] شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لا ط، مصر، البابي الحلبي، 1377-1958، ج4، ص372.

[4] المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[5] تقي الدين الفتوحي، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، لا ط، القاهرة، دار الجيل للطباعة، 1384هـ، ج2، ص 571.

[6] عبد الرحمان إبراهيم، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط1، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1409، ص40.

[7] محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لا ط، بيروت، دار الفكر، 1421-2000، ج7، ص156.

الثاني: "قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناء على طلب أحدهما".[1]

وهناك تعريفات حديثة منها:

1-عرفته موسوعة الفقه الكويتية: "إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو دون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين".[2]

2-عرفه يحي رشيد العمري: "حل القاضي أو من يقوم مقامه عقدة النكاح حالا أو مآلا، لسبب يقتضي الحل أو تقرير ثبوت انحلالها".[3]

3-وتعريف آخر قريب منه: "حل القاضي حالا أو مآلا، بناء على أمر الشارع، أو طلب أحد الزوجين".[4]

وكل هذه التعاريف عليها مآخذ، إما أنها تعاريف بالحد أو تعاريف بالوصف.

وعلى ضوء ما سبق يمكن تعريف التفريق القضائي بأنه:

" **إنهاء الحياة الزوجية جبراً عن الزوج بحكم القاضي، للأسباب الموجبة لذلك** "

الفرع الثالث: التفريق القضائي في قانون الأسرة الجزائري

استعمل المشرع الجزائري مصطلح التطليق بدل التفريق في قانون الأسرة الجزائري للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، على غرار الشريعة الإسلامية التي استعملت مصطلح التفريق للدلالة على فك الرابطة الزوجية.

أولا: التطليق:

أ- **التطليق لغة:** يعود إلى طلق تطليقا، ويقال تطلقت الخيل أي مضت إلى الغاية طلقا لم تحبس.[5]

---

[1] شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417، ج3 ص110./ وانظر شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص372.

[2] محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ص197.

[3] أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، مذكرة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2005، ص13.

[4] عدنان على النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004، ص6.

[5] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج 10، ص226.

ب - التطليق قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري التطليق تعريفا قانونيا دقيقا، واقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائرية وهي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية وهي عشرة:

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

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 80 أعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا".[2]

فهذه الأسباب التي قيدها قانون الأسرة الجزائري، استمدها من الشريعة الإسلامية لكي يثبت الحق للزوجة المتضررة، وهذا الحق لا يمكن أن يكون إلا أمام القضاء، وبموجب دعوى قضائية وفي حالة الاستجابة لطلبها تنتج عنه آثار انحلال الرابطة الزوجية، من عدة وحضانة وغيرها.

---

[1] المادة 78: تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضرر يأت في العرف والعادة.
المادة 79: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.
المادة 80: تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

[2] المادة 53 من القانون رقم 84-11المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 م، والمتضمن: قانون الأسرة.

غير أن قانون الأسرة في المادة 48[1] استعمل فقط مصطلح الطلاق للتعبير عن كل أنواع الفرقة وهذا اعتمادا على ظاهر النص، ويجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض للمطلقة، في حالة وجود ضرر وهذا ما نصت عله المادة 53 مكرر.[2]

وتكون الأحكام الصادرة في دعوى التفريق غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

وقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[4]

إن المحكمة العليا أرادت أن تعرف الطلاق والتطليق من خلال هذا القرار، إلا أن هذا التعريف ليس شاملا ودقيقا، حيث أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة، إذ ذهبت إلى تبيين أن الطلاق من حق الزوج المكفول له شرعا، فالطلاق يكون بيد الرجل وحده حينما يتلفظ بالطلاق يقع الطلاق ويكون بالتالي القاضي كاشف للطلاق وليس منشئًا له.

أما التطليق الذي تتقدم بطلبه المرأة، نتيجة تضررها في أغلب الأحيان ماديا، ليأتي القاضي وبعد أن للأسباب المستند إليها، فيطلب التطليق إن كانت متحققة الوجود لينطق بفك الرابطة الزوجية بالتطليق وبالتالي يكون حكمه منشئًا وليس كاشفا.

---

[1] تنص المادة 48 من ق.أ.ج على" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون".

[2] تنص المادة 53 مكرر من ق.أ.ج "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[3] تنص المادة 57 من ق.أ.ج على: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ".

[4] المجلة القضائية، العدد الرابع، ملف رقم 35026، الصادر بتاريخ: 1984/12/03، ص86.

وعرفه الدكتور كاملي مراد: "هو الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين، بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة، وهو حق منح للزوجة في التخلص من الرابطة الزوجية".[1]

المطلب الثاني: مشروعية التفريق القضائي فقها وقانونا

التفريق القضائي من المسائل المتفق عليها بين الفقهاء، فقد شرع الله عز وجل الطلاق لفض الخلاف ورفع الضرر عن الزوجين، ومع ذلك عده أبغض الحلال عند الله لقوله صلى الله عليه وسلم "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"[2]، ولكنه أخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته، وذلك من خلال الأمر بالصلح بين الزوجين قبل اللجوء إلى الطلاق.

ويعتبر القرآن والسنة والإجماع والقياس، الأدلة الأصلية وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى الشروط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دليل مشروعية التفريق القضائي فقها

يمكن الاستدلال على مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين، من القرآن والسنة والإجماع والمعقول، بيد أن الآيات القرآنية لم تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هنا ما يدل ضمنيا على مشروعيته.

أولا: الكتاب

1-قال تعالى: **{وَإِنْ يَّتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ}** (النساء: 130).

وجه الدلالة: أي إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين فلا بأس بالفراق، ويغني الله عز وجل كلا من رزقه، يغني المرأة بزوج آخر والزوج بامرأة أخرى، وذلك واسع الفضل والحكمة من الله والله حكيم فيما أمر به ونهى عنه.[3]

---

[1] مراد كاملي، محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أم البواقي، 2009، ص60.

[2] أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، لا ط، سوريا، دار الرسالة العالمية، 1430- 2009، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، رقم الحديث: [2177]، ج3، ص504.

[3] أبو محمد الحسين البغوي، معالم التنزيل، ط4، لا م، دار طيبة للنشر والتوزيع،1417-1997، ص296.

وفي الآية إذنٌ صريح بالفراق إذا تعذر الصلح، ويكون الفراق حينها خيرا للزوجين من سوء المعاشرة، فإن لم يتفقا باتفاقهما، تدخل القاضي لرفع الخصومة وحل النزاع بالتفريق بينهما.[1]

2-قال تعالى: { ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ } (البقرة 227)

وجه الدلالة: الإمساك بالمعروف هو ما تعارف عليه الناس، ومن شأن العلاقة بين الزوجين تساوي الحقوق التي قررها الإسلام، أو قررتها العادات التي لا تتنافى مع أحكام الشريعة، فإذا انتفت هذه الحقوق وهو الإمساك بالمعروف، فيتعين التسريح بإحسان طريقا لرفع الضرر، فإن سرّح الزوج امتثالا لأمر الشارع فبها ونعمت، وإلا فإن للقاضي أن يوقع الفرقة رفعا للضرر.[2]

3-قال تعالى: { فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۖ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ } (البقرة: 231)

وجه الدلالة: إن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج، فإذا فات ذلك انتقلنا إلى البديل، وهو التسريح بالمعروف، ثم جاءت الآيات بصريح النهي عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة، دون تفضيل في أنواع الضرر، فدل ذلك على أن الإمساك مع الضرر، والإمساك بالمعروف، نقيضان لا يجتمعان فإذا كان الإمساك بالمعروف انتفى الضرر، إذا غاب الإمساك بالمعروف تحقق الضرر، ثم بين الحق تبارك وتعالى أن الذي يمسك زوجته ضرارا يعتبر ظالما لنفسه، لاعتدائه على زوجته، وعلى أحكام الله، لأن فعله يؤدي إلى اختلال المعاشرة الزوجية، وفوات مصالح النكاح، فيكون السبيل لرفع الضرر عن الزوجة هو التفريق، عقوبة دنيوية تقع على الزوج، جزاء اعتدائه على زوجته وظلمه لنفسه.[3]

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج5، ص256.

[2] محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، مصدر سابق، ج2، ص406.

[3] المصدر نفسه، ج2، ص422.

ثانيا: السنة: ثبتت مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين بالسنة ومن أدلة ذلك:

1-عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار".[1]

وجه الدلالة: الحديث بمعناه نهى عن الضرر، وهو عام، فالضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه فتجب إزالته وفقا للقاعدة الفقهية " الضرر يزال"[2] ومن غير المعقول أن يأمر الشارع ببقاء الحياة الزوجية والضرر قائم، مع أمره بإزالته، لاستحالة الأمر بالنقيضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق بين الزوجين إذا توفرت الأسباب.[3]

2-عن ابن عباس رضي الله عنهما:" أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".[4]

وفي رواية للنسائي عن الربيع بنت معوذ: [أن ثابت بن قيس بن شماس، ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي ابن سلول، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأرسل إليه فقال: خذ الذي لها عليك وخل سبيلها. قال: نعم، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها].[5]

---

[1] محمد بن يزيد بن ماجة، السنن، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430-2009، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، رقم الحديث: [2341]، ج2، ص784. / وأبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط1، لا م، دار الكتب العلمية، 1419-1989، ج4، ص475.

[2] الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دمشق، دار القلم، 1409-1989، ص179 وما بعدها.

[3] محمد كمال إمام، الزواج والطلاق في الفقه، مرجع سابق، ص192.

[4] محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح الجامع، ط2، بيروت، المكتبة العصرية، 1318-1998، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم الحديث [5273]، ج7، ص46.

[5] أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1421-2001، كتاب الطلاق، باب الخلع، رقم الحديث [5628]، ج5، ص277.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر على زوجة ثابت طلبها التفريق بينهما، مع مدحها لخلق قيس، مما أظهر مشروعية التفريق، فلو لم يكن مشروعا لما وافقها عليه النبي صلى الله عليه وسلم.[1]

وفي الرواية الثانية إشارة صريحة إلى الضرر الذي لحق زوجة ثابت فتقبل النبي صلى الله عليه وسلم طلب أخيها بالتفريق لما لحق من ضرر بها من زوج لا يتقي الله، فيما أوصاه من حسن معاملة الزوجة.

3-عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: لاعن النبي صلى الله عليه وسلم بين رجل وامرأة من الأنصار وفرق بينهما.[2]

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، فكان حكما منه صلى الله عليه وسلم بالتفريق.[3]

4-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني).[4]

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز التفريق لعدم الإنفاق وكذلك لأي ضرر يضر بالحقوق الزوجية. [5]

ثالثا: الإجماع

انعقد الإجماع على جواز التفريق بين الزوجين منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم حتى اليوم، ولا تباح إلا للحاجة أو الضرورة، وإباحتها مقيدة بقيود تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين واجباتهما ذلك أن الزواج ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب

---

[1] ابن بطال البكرين، شرح صحيح البخاري، ط2، السعودية، مكتبة الرشد، 1423-2003، ج7، ص420.

[2] البخاري، الصحيح الجامع، مصدر سابق، كتاب فضائل الصحابة، باب التفريق بين المتلاعنين، رقم الحديث: [5314]، ج7، ص56.

[3] بدر الدين محمود العيني، عمدة القاري في شرح صحيح البخاري، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د ت، ص229.

[4] البخاري، الصحيح الجامع، مصدر سابق، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل، حديث رقم: [5355]، ج7، ص 63.

[5] ابن بطال ، شرح صحيح البخاري، مصدر سابق، ج7، ص531.

ملحة، أي أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة إليه فحرام طلبه.[1]

وأجمع العلماء على أنه إذا كان الرجل مجبوبا أو عنينا ونكح امرأة ولم تعلم فإن للمرأة الخيار، فإن اختارت الفراق فرّق الحاكم بينهما.[2]

رابعا: المعقول

غاية التفريق بين الزوجين هو رفع الضرر عن الزوجة، لأن أسمى غايات الزواج أن يجد كل من الزوجين في صاحبه سكن الزوجية، قال تعالى: {وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ}(الروم: 20)، إلا أن الحياة الزوجية لا تخلو من المشاكل والشقاق فيبدأ النصح والإرشاد ، الإصلاح قدر المستطاع ، فإن نفد صبر الزوجين أو أحدهما، وأصبحت الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، وأمست لا تحقق المقاصد المرجوة منها، فإن الشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة، بل يفصل في ذلك بما فيه الصالح العام، وذلك بالإذن للفراق إذا تمخض طريقا للمصلحة، وليستأنف كل من الزوجين حياته بروابط زوجية جديدة تناسبه، وتحقق مقاصد الشارع من النكاح.[3]

قال الإمام أبو زهرة: "قد يقول قائل، إن الشارع الإسلامي أهمل ناحية المرأة، وقد تكون هي لا تطيق زوجها بغضا، فكان المنطق يتقاضانا أن يكون لها الفراق من زوجها، ونقول: إن ذلك الاعتراض وارد لو كان الشارع الإسلامي أهمل المرأة وشعورها، لكن الشارع لم يهملها، بل جعل لها بمقتضى ما استنبطه كثير من فقهاء المسلمين، الحق في طلب التفريق إذا تضررت من زوجها، وثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها، بل أجاز مالك رحمه الله إذا ثبت النشوز من قبلها ، وقالت أنها لا تطيقه بغضا، أن يخلعها القاضي من زوجها بإشارة الحكمين على أن تدفع إليه ما قدمه في هذا الزواج من مال".[4]

---

[1] نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، لا ط، الجزائر، دار الهدى، 2012، ص15.

[2] محمد بن إبراهيم ابن المنذر، الإجماع، ط1، لا م، دار المسلم للنشر والتوزيع، 1425-2004، ص87.

[3] الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي، 1377-1957، ص 18.

[4] المرجع نفسه، الصفحة 282.

قال مالك في المدونة: "الأمر الذي يكون فيه الحكمان إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل وامرأته حتى لا يثبته بينهما بينة ولا يستطاع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا في أمرهما واجتهدا، فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام، وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا".[1]

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق

جعل الزواج وسيلة للاستقرار و السكون وبناء أسرة متماسكة، لكن لكل أصل عام هناك استثناء، وهو أنه قد يحدث و أن يصيب بعض الأسر التفكك وقد يحدث أن تنفر الزوجة من زوجها، وتصبح العيشة مستحيلة بين الزوجين لأي سبب كان، ومن حكمته تبارك وتعالى أن جعل لنا في كتابه الكريم وفي سنة نبيه عليه الصلاة والسلام الحلول والمنافذ لكل المشاكل التي قد تواجه الإنسان، ومنها المشاكل الأسرية التي تؤدي إلى استحالة المعيشة وإلى دمار هذه الأسر فقد يسر الله سبحانه وتعالى هذا في الطلاق الذي أجازه في الأحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية، رغم أنه من أبغض الحلال عند الله لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات، وهنا قد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بأن يرمي يمين الطلاق على الزوجة لأي سبب من الأسباب وكما نعلم أن الله سبحانه وتعالى جعل الرجل قواما على المرأة إذ جعل يمين الطلاق بيده لكن قد يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة وهذا إذا قامت بطلب التطليق وهذا ما أباحه القانون بنصوص المواد 48 و53 و54 من قانون الأسرة الجزائري سواء كان لأسباب مذكورة في المادة 53 أو أن تخالع نفسها وهذا حسب المادة 54، ومن خلالها فإذا توافرت الشروط مجتمعة فمن حقها أن تلجأ إلى القضاء و تطلب من المحكمة أن تقضي بتطليقها حالا من زوجها بعد أن تكون قد تضررت من عدم الإنفاق عليها.

وقد ذهب قانون الأسرة الجزائري إلى ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة (مالك و الشافعي وأحمد) و معظم قوانين البلاد العربية الإسلامية من جواز التفريق.

[1] الإمام مالك، المدونة، رواية الإمام سحنون التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م، كتاب إرخاء الستور، ج 2، ص267.

الفرع الثالث: موقف بعض القوانين العربية من التطليق

سأبحث في هذا الفرع موقف بعض القوانين العربية من التفريق بين الزوجين الذي يصطلح عليه قانونا التطليق، لمعرفة مدى اعتمادها على الفقه الإسلامي.

أولا: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي

بينت المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي موقف المشرع من التطليق:

1- لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك، ما لم يثبت تصالحهما.

2- تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقاً للمادة 16 من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما، فإن تعذرت وثبت الضرر حكم بالتطليق.[1]

ثانيا: موقف مدونة الأسرة المغربية

بينت المادة 94 من مدونة الأسرة المغربية موقفها من التطليق حيث بينت الأسباب التي تعطي للزوجة الحق في طلب التطليق كما يلي:

- إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه.
- للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:
- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج – الضرر– عدم الإنفاق.
- الغيبة – العيب – الإيلاء والهجر.[2]

ثالثا: موقف قانون الأحوال شخصية العراقي

حق الزوجة في طلب التفريق: يحق للزوجة في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ أن تطلب التفريق عن زوجها أمام القضاء وذلك وفقا للمادة 40 منه في حال وقوع الضرر عليها من قبل الزوج، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة: إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الأخر أو بأولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.[3]

---

[1] شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، www.gcc-legal.org

[2] مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة: يوم الخميس 5 فبراير 2004، ص418.

[3] أحمد الكبيسي، الوجيز في قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، ط2، بغداد، المكتبة القانونية، 2006، ج1، ص151.

رابعا: موقف قانون الأحوال الشخصية السوري من التطليق أو الفرقة

أخذ المشرع السوري كغيره من المشرعين في الدول العربية بجواز طلب التفريق، ونص على ذلك في المادة 105 وما بعدها من المواد المحددة لأسباب طلب التفريق إلى المادة 117، فقسم التفريق إلى أربع حالات وهي:

1- التفريق للعلل وأفرد له المواد 105 و108

2 - التفريق للغيبة في المادة 109.

3 - التفريق لعدم الإنفاق في المواد 110 و111.

4 - التفريق لعلة الشقاق وأفرد له أكثر المواد وهي من 112 و116.[1]

خامسا: موقف قانون الأحوال الشخصية المصري من التطليق أو الفرقة

أجاز المشرع المصري للمرأة حق طلب التفريق وهو ما نصت عليه المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل.

ولا يمنعها المقام معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترضى به، فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق.[2]

إن التشريعات العربية بمجموعها وبمختلف المذاهب الفقهية التي تستند عليها في صياغة قوانين الأحوال الشخصية مجمعة على جواز طلب الزوجة التفريق أو الفرقة من زوجها، بيد أنهم مختلفون في الأسباب التي توجب التفريق والتي مردّها أو ضابطها الضرر الذي يحصل للزوجة.

---

[1] محمد إبراهيم الكويفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكراته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، دمشق، دار الملاح، 1404-1984، ص40.

[2] عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية للمسلمين والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، ط1، لام، د د ن، 2012، ص40.

المبحث الثاني: طبيعة التفريق القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قبل الحديث عن التفريق القضائي، لابد من استعراض أنواع فُرَق الزواج [1] لتحديد طبيعته هل هو طلاق أم هو فسخ؟ في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: الطبيعة الشرعية للتفريق القضائي

اتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بطلاق أو فسخ، ولكنهم اختلفوا حول التفريق في أي باب يضمّن، كما تختلف الآثار المترتبة عنه، وسنتطرق إلى تعريف الطلاق والفسخ، مع تبين الفرق بينهما من حيث الماهية والأسباب والآثار، نفصل في آراء الفقهاء حول طبيعة التفريق القضائي التي تعد طلاقا والتي تعد فسخا، ثم الفرق بينه وبين الخلع .

الفرع الأول: مفهوم الطلاق والفسخ: نتعرض إلى تعريف الطلاق أولا ثم الفسخ ثانيا

أولا: تعريف الطلاق:

1-الطلاق لغة: إزالة القيد والتخلية، ورفع قيد النكاح، يقال طلق طلوقا وطلقا: أي تحرر من قيده ونحوه، وطلّق البلاد تركها، وطلقت المرأة من زوجها طلاقا، تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته ويقال طلَقَت وطلُقت من زوجها، وطلقت يده للخير: بسطها للجود والخير، ويقال أطلقت الناقة أي أرسلتها من عقالها فطَلَقت، ويأتي بمعنى الحل ورفع القيد، ويأتي بمعنى التسريح.[2]

حل القيد، سواء كان حسيا، كقيد الفرس، وقيد الأسير، أو معنويا، كقيد النكاح، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين، فيقال لغة: طلق الناقة، بتخفيف اللام، طلاقا إذا حل قيدها وسرحها مثل أطلقها طلاقا، وكذا يقال: طلقت المرأة بتخفيف اللام، مضمومة ومفتوحة، إذا بانت، فالطلاق مصدر طلق بفتح اللام وضمها مخففة كالفساد، إما التّطليق فهو مصدر طلّق المشدد، كسلّم تسليما، وكلّم تكليما، وهو يستعمل كالطلاق في حل القيد، سواء كان حسيا، أو معنويا، ثم إن الطلاق مع كونه مصدر طلق بالتخفيف، فانه

---

[1] الفُرق جمع فرقة وهي في اللغة الافتراق، وفي الفقه انتهاء عقد الزواج بسب من الأسباب التي توجب انتهاءه، وهي تتنوع إلى فرقة فسخ وفرقة طلاق. راجع: بدائع الصنائع مصدر سابق، ج2 ص335. / وحاشية ابن عابدين، مصدر سابق، ج2، ص314. / وفتح القدير، مصدر سابق، ج2، ص408.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، مادة طلق، ج8، ص 187.

يستعمل اسم مصدر لطلق بالتشديد، فيقال: طلق الرجل امرأته، بالتشديد، طلاقا فالطلاق اسم المصدر، وهو التطليق، وإذا علمت ذلك فانه يتضح لك أن اللغة تستعمل لفظ الطلاق أو التطليق في حل عقدة النكاح كما تستعمله في حل القيد الحسي، فالطلاق كانوا يستعملونه في الجاهلية في الفرقة بين الزوجين، فلما جاء الشرع أقر استعماله في هذا المعنى بخصوصه، مع تفاوت يسير في بعض عبارات الفقهاء، لما يترتب على ذلك من تفاوت في بعض الأحكام.[1]

أما العرف فقد خص الطلاق بحل القيد المعنوي، وهو في المرأة، والإطلاق في حل القيد الحسي في غير المرأة.

2-الطلاق اصطلاحا: عرّف فقهاء المذاهب الأربعة- رحمهم الله- الطلاق بتعريفات عدة، وبالنظر إليها نجد أنها لا تخرج عن التعريف اللغوي:

أ- تعريف الحنفية: عرفه الكمال بن الهمام: " رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص".[2]

وعرفه ابن عابدين" هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص".[3]

بـ- تعريف المالكية: " بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها قبل زوج ".[4]

ج-تعريف الشافعية: " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ".[5]

" تصرف مملوك للزوج فيقطع النكاح ".[6]

د- تعريف الحنابلة: " هو حل قيد النكاح ".[7]

إن تعريف الطلاق في الشرع معناه متفق عليه بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وإن تفاوتت ألفاظهم، غير أن بعضهم يضيف بعض القيود الخاصة باللفظ، وبناء على ما تقدم يتبين لنا أن الطلاق معناه في الشرع ينصرف إلى حل القيد المعنوي، وهو في المرأة.

---

[1] عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424 - 2003، ج4، ص 138، بتصرف.

[2] كمال بن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص20.

[3] ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج10، ص 424.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص348.

[5] شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص455.

[6] شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج4، ص455.

[7] أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، لا ط، مكتبة القاهرة، 1388- 1968، ج7، ص363.

والتعريف الجامع هو ما عرفه الدسوقي : "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ ما مع نية".[1]

ثانيا: تعريف الفسخ: نعرفه لغة ثم اصطلاحا فيما يأتي:

1-**الفسخ لغة:** الفسخ في اللغة النقض، فيقال: فسخ البيع أي نقضه وأزاله، وتفسخت الفأرة في الماء تقطعت، وفسخت العود فسخاً أزلته عن موضعه بيدك فانفسخ، وفسخت الثوب ألقيته، وفسخت العقد فسخاً أي رفعته وتفاسخ القوم العقد توافقوا على فسخه وفسخت الشيء فرقته، وفسخت المفصل عن موضعه أزلته، والفسخ: الضعف في العقل والبدن، والجهل، والطرح، وإفساد الرأي، والفسخ: النقض، فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ: نقضه فانتقض، والفسخ: التفريق، وقد فسخ الشيء: إذا فرقه.

ومن المجاز: انفسخ العزم والبيع والنكاح، انتقض، وقد فسخه: إذا نقضه، وفي الحديث: كان فسخ الحج رخصة لأصحاب النبي صلّى الله عليه وسلم: وهو أن يكون نوى الحج أولاً، ثم يبطله وينقضه، ويجعله عمرة، ثم يعود يحرم بحجة، وهو التمتع أو قريب منه.[2]

وبذلك يتضح لنا أن الفسخ يطلق في اللغة على معان عدة متقاربة وهي: النقض، والتقطع، والإزالة، والإلقاء، والرفع، والتفّرق، والفساد، وهذه المعاني بينها قاسم مشترك وهو التغيير والتحويل، فهو قائم فيها كلها، فإن نقض الشيء يحول الأمر عما كان عليه سابقاً، كنقض البناء، وكذلك نقض العقد، فإنه مزيل لما يترتب عليه من الأحكام في الحال.

2-الفسخ اصطلاحا: عرفه الفقهاء باختلاف مذاهبهم على النحو التالي:

أ- **تعريف الحنفية:** "رفعه من الأصل كان لم يكن".[3]

ب- تعريف المالكية: " رفع العقد من أصله".[4]

---

[1] الدسوقي، الحاشية، مصدر سابق، ج2، ص348.

[2] انظر أبو الفيض محمد الحسيني، تاج العروس، لا ط، لا م، دار الهداية، د ت، مادة فسخ، ج2، ص273. / وابن منظور، اللسان، مصدر سابق، ج3، ص44، بتصرف.

[3] الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج5، ص 182.

[4] محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق، لا ط، لا م، دار عالم الكتب، ج2، ص35.

ج- تعريف الشافعية: " حل ارتباط العقد".[1]

د- تعريف الحنابلة: لم أجد تعريفا للفسخ عند الحنابلة لأن الفسخ عندهم هو الإقالة.[2]

قال الزركشي: "الفسخ الحقيقي هو الرافع للعقد كالفسخ بعيب المبيع أو الثمن المعين أو تلف واحد منهما قبل القبض، أو بعيب أحد الزوجين، والمجاز ألا يكون رافعا، بل قاطعا كالطلاق ليس رفعا لعقد النكاح بل قطعا للعصمة".[3]

الفرع الثاني: الفرق بين الطلاق والفسخ

من خلال التعريف المفصل للطلاق والفسخ، تتبين لنا أن أوجه الشبه بين الطلاق والفسخ أن كلا منهما يقطع العلاقة الزوجية ويفترقان في مايلي:

1- الطلاق يعد إنهاء لعقد زواج صحيح، ويترتب عليه زوال الحل في الحال إن كان بائنا، ويبقى الحل إلى انتهاء العدة إن كان رجعيا، وبوقوعه تثبت الحقوق الشرعية لكل من الزوجين، وفرقة الفسخ تنقض العقد وتزيل الحل الذي كان يترتب عليه، وتكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج[4] واستمراره[5]، وهذا يكون من حيث الماهية، وهو ما يقره نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري.[6]

2- فرقة الطلاق حق يملكه الزوج على زوجته، أما فرقة الفسخ تحتاج إلى أسباب شرعية تبيح ذلك.

3- الطلاق هو إنهاء للزواج، يوقعه الرجل بإرادته، و قد يوقعه القاضي لسبب ما، أو يوقعه الحكمان حين تستحيل العشرة، و أما الفسخ فهو تفريق بين الزوجين دون إرادتهما، أو إرادة أحدهما، ولعارض يمنع بقاء النكاح أو يبطل العقد، كردة أحد الزوجين أو إصابته بمرض أو عيب، أو سبب آخر يستحيل معه العشرة.

---

[1] جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط.1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411-1990، ص313.

[2] علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2 ، لا م، دار إحياء التراث العربي، د ت، ج8، ص186 وما بعدها.

[3] بدر الدين محمد بن الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1405-1985، ج3، ص48.

[4] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، مطبعة دار التأليف، 1961، ص220.

[5] مثالها: الفسخ بردة الزوج أو إبائها الإسلام فينقض الزواج بسب عارض مناف له.

[6] تنص المادة 32 من ق.أ.ج على: يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

4- الطلاق أثر من آثار النكاح قرره الشارع فلا يسقط بالشرط، و أما الفسخ فقد يكون تداركًا لأمر اقترن إنشاء العقد جعله غير لازم، مثل عدم الكفاءة إذا زوجت المرأة نفسها عند الحنفية.[1]

5- الطلاق لا يكون إلا في نكاح صحيح، و يعد بثلاث تطليقات تحرم الزوجة على زوجها، و أما الفسخ فهو انفصال بين الزوجين في النكاح الفاسد، و يكون هذا الانفصال في الحال دون أن يعد طلقة، فإذا عادت المرأة إلى زوجها فتزوجها بعد زوال سبب الفسخ لا تحسب طلقة، و إنما له عليها ثلاث تطليقات كاملة.[2]

6- الطلاق ملك للرجل قد يوقعه بلا شروط لوقوعه، وأما الفسخ فلا يقع إلا بشروط خاصة تفسد العقد، ولا إرادة للزوج فيه، إلا أن يطلبه لعيب في المرأة من العيوب التي جعلها الشرع سببا للفسخ.[3]

7- يترتب على الطلاق حقوق المهر للمرأة والمتعة، والنفقة، والعدة، وغيرها، وأما الفسخ فلا يترتب عليه حقوق بنفسه، ويثبت المهر بالدخول والخلوة الصحيحة، وتثبت العدة، ولا نفقة للمرأة في العدة، ولا رجعة عليها، ويثبت النسب بالإقرار، وهو ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري[4] أما الفسخ فلا يجب بفرقته شيء من المهر، إذا كان قبل الدخول، إلا إذا كان بسبب طارئ من الزوج عند جمهور الفقهاء باستثناء الحنابلة فلا يجب عندهم شيء من المهر في فرقة الفسخ، سواء كان بسبب الزوج أو الزوجة.[5]

---

[1] مثالها: الفسخ بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة، لسبب خيار أولياء المرأة التي نفسها بغير كفء فإن العقد فيها غير لازم فإن اعترض عله صاحب الحق لم يرض باستمراره كان التفريق نقضا له من أساسه.

[2] انظر أبو عمر يوسف بن عبد البر، الاستذكار، ط1 بيروت، دار الكتب العلمية، 1421-2000، ج6، ص181./ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، لا ط، بيروت، دار المعرفة، 1410-1990، ج5، ص199.

[3] أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لا ط، القاهرة، دار الحديث، 1425هـ-2004م، ج3، ص92.

[4] تنص المادة 16 من ق.أ.ج على" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

[5] بدران أبو العين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مصدر سابق، ج1، ص295.

الفرع الثالث: ضابط الفرق بين الطلاق والفسخ: اختلف فقهاء المذاهب في الضابط على النحو التالي:

أولا: ضابط الفرق عند الحنفية: يرى الحنفية أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الايلاء، وكل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ، كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، وكل فرقة جاءت من جانب أحد الزوجين لها مثيل عند الزوج الآخر تعتبر فسخا بالغالب، مثل حرمة المصاهرة، وحرمة الرضاع، وخيار البلوغ والإفاقة.

وبناء على ذلك فإن أهم الفروق التي تعد طلاقا عند الحنفية، هي تطليق على الزوج بسبب الايلاء أو الخلع أو اللعان، والتفريق لعيب جنسي، أو التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام، أما الفرقة التي تعدعندهم فسخا، فهي التفريق لردة أحد الزوجين لفساد الزواج، أو التفريق لعدم كفاءة الزوج لزوجته، أو الفرقة بسبب حرمة المصاهرة .[1]

ثانيا: ضابط الفرق بين الطلاق والفسخ عند المالكية: ويرى المالكية أن الفرقة إما أن تكون من زواج صحيح أو فاسد وللإمام مالك رحمه الله فيها قولان:

الأول: إذا كانت الفرقة بسب مختلف فيه خارج مذهبه،[2] وكان الخلاف مشهورا كنكاح المحرم بحج أو عمرة، فإنها فرقة طلاق أي لا يصح الزواج إذا كان أحد العاقدين محرما بحج أو عمرة.

الثاني: الاعتبار في ذلك بالسبب الموجب للتفريق، فإن كان راجعا للشارع حتى إذا أرد الزوجان الإقامة عليه لم يصح، فإنه فسخ كنكاح المعتدة، ونكاح المحرمة بالرضاع، وإن كان السبب هو رغبة الزوجين كالرد بالعيب فهو طلاق.[3]

ثالثا: ضبط الفرق عند الشافعية: ويرى الشافعية أن ما يوقعه القاضي من تفريق هو فسخ لا طلاق فيه، وأن الطلاق هو ما يوقه الزوج بلفظه أو نائبه.

---

[1] انظر الكساني، البدائع، مصدر سابق، ج2، 336-340./ وابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص21. / وابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج2، ص571، بتصرف.

[2] يقصد بالمختلف فيه ما يكون فاسداً عند المالكية صحيحاً عند غيرهم، كزواج المرأة بدون ولي فهو فاسد عندهم صحيح عند الحنفية، فإن الفرقة فيه تكون طلاقاً لا فسخاً، ومنه زواج السر: وهو الذي يوصي الزوج الشهود بكتمان العقد عن الناس أو عن بعضهم، فهو فاسد عندهم صحيح عند باقي الأئمة.

[3] ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج3 ص 92./ والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص364.

والفرق التي تعد عندهم طلاق هي: فرقة الخلع، وتطليق القاضي إن امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء والإعسار وفرقة الحكمين، أما الفرق التي تعد عندهم فسخا، فهي التفريق للعيب في أحد الزوجين أو فساد العقد، أو لعدم كفاءة الزوج لزوجته بسبب الرضاع، واللعان، وإسلام أحد الزوجين، أو ردته[1]

رابعا: ضابط الفرق عند الحنابلة: ويرى الحنابلة أن الفسخ يكون في حالات، الخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق، أو بغير نية الطلاق، ردة أحد الزوجين، الفرقة لعيب مشترك وهو الجنون والصرع، أو مختص بالمرأة كالرتق والقرن والبخر والقروح السيالة، وانخراق ما بين السبيلين، أو مختص بالرجل كالجب والعنة، ولا يفسخ الزواج إلا حاكم، إسلام أحد الزوجين، والفرقة بسبب الإيلاء بواسطة القاضي، إن انقضت المدة وهي أربعة أشهر، ولم يطأ الزوج زوجته، ولم يطلق بعد أن يأمره الحاكم بالطلاق، الفرقة بسبب اللعان، لأن اللعان يوجب التحريم بين الزوجين على التأبيد، ولو لم يحكم به القاضي.

وأما الفرقة بسبب الطلاق: فهي ما كانت بألفاظ الطلاق صريحاً أو كناية.[2]

فأقوال الفقهاء في المسألة، الضابط فيها كثير من التباين والوضوح، فإن الزوج إذا أراد الطلاق حقيقة وصدر منه حقيقة سواء بالتفويض أو بالتوكيل، فهذا يقع طلاقا، أما الفسخ عندهم فهي الفرقة التي لم يرض بها أحد الزوجين ولم تصدر منه حقيقة، كالردة وإباء الإسلام وهي الفرقة التي لم تقع بألفاظ الطلاق لا الصريحة ولا الكناية، وكذلك إن الطلاق من حق الزوج الذي منحه إياه الله عز وجل بدل إعطائه المهر

للزوجة فهو يستعمل حقه باقتناع ورغبة سواء كان منه أو بتفويض أو توكيل منه.

وسأوضح في جدول ضوابط الفرقة التي تعد طلاقا والتي تعد فسخا عند الحنفية وعند المالكية ومعهم الشافعية والحنابلة لأنهما قريبان من مذهب المالكية في الضوابط وما يعده المالكية طلاقا ويعدونه فسخا.

الفرع الرابع: ملخص ضوابط الفرقة عند الحنفية والجمهور: نتعرض في هذا الفرع لتعريف الفرقة ثم أنوعها ثم ملخص الضوابط على حسب المذاهب فيما يلي:

---

[1] أبو زكريا محي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي والمطيعي، لا ط، بيروت، دار الفكر، د ت، ج17، ص73-74.

[2] علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج8، ص186 وما بعدها.

أولا: تعريف الفُرقة

1-**الفرقة لغة:** اسم من الافتراق وهي خلاف الاجتماع، ومنه قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا)[1] وتفارق القوم: فارق بعضهم بعضاً والاسم الفُرقة، والفِراق التفريق بين الشيئين والفصل بينهما.[2]

2-**الفرقة اصطلاحًا:** انتهاء العلاقة الزوجية بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه.[3]

ثانيا: أنواع الفُرقة

1-**فرقة طلاق:** وهي كل فرقة يملك الزوج إيقاعها، ولا تملك الزوجة إيقاع مثلها إلا بتسليط منه.

2-**فرقة فسخ:** وهي كل فرقة جاءت من قبل الزوجة لا بسبب من الزوج، أو جاءت من الزوج، وتملك الزوجة مثلها من غير تسليط منه.

ثالثا: ملخص ضابط التفريق بين الطلاق والفسخ عند الأحناف

1-كل فرقة تأتي بعد الزواج الصحيح فهي طلاق.

2-كل فرقة تأتي بعد الزواج الفاسد فهي فسخ.

الفرق التي تعد طلاقًا عند الأحناف	الفرق التي تعد فسخًا عند الأحناف
1- الطلاق	1-الفرقة لفساد الزواج، كمعتدة الغير أو تم بغير شهود
2- الخلع	2-الفرقة بخيار البلوغ أو الإفاقة
3- الإيلاء	3-الفرقة لعدم كفاءة الزوج لزوجته وعدم رضا وليها
4- اللعان	4-الفرقة لطروء حرمة المصاهرة
5- الفرقة لعيب جنسي في الزوج	5-الفرقة للغبن في المهر
	6-الفرقة لرِدة الزوجة أو لإبائها الإسلام الفرقة لردة الزوج عند أبي حنيفة

[1] البخاري، الصحيح الجامع، مصدر سابق، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار، رقم الحديث: [2110]، ج3، ص64.

[2] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، مادة فرق، ج11، ص170.

[3] ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، ج2، ص 408.

رابعا: ملخص ضابط التفريق بين الطلاق والفسخ عند الجمهور

8-أن الفرقة تعد طلاقًا إذا كانت فرقة من زواج صحيح وكان سببها شيئا لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين.

الفرق التي تعد طلاقًا عند المالكية	الفرق التي تعد فسخًا عند المالكية
1- الطلاق 2- الخلع 3- الإيلاء 4- الفرقة لعيب في أحد الزوجين 5- التفريق بسبب عدم الإنفاق على زوجته 6- الفرقة بسبب غيبة الزوج غيبة أضرّت بالزوجة 7- التفريق لعدم الكفاءة 8- التفريق للضرر 9- التفريق للإعسار في المهر 10-ردة أحد الزوجين على القول المشهور	1- التفريق بسبب اللعان 2- التفريق لفساد الزواج منذ أن نشأ: أ) الزواج من غير شهود ب) لطروء حرمة مفسدة على عقد الزواج 3- التفريق بسبب إباء احد الزوجين الإسلام: الصورة الأولى: أن كلًا منهما ملحد الصورة الثانية: إذا كانت المرأة من هل الكتاب أو يهودية ودخلت في الإسلام وأبى الزوج أن يدخل في الإسلام

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتفريق القضائي

التفريق القضائي والخلع كلاهما فرقة بطلب من الزوجة أمام القاضي، فما هو الفرق بينهما؟ وما هي طبيعة التفريق القضائي (التطليق) في قانون الأحوال الشخصية الجزائري؟ وقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03 جاء فيه "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية "[1].

[1] المجلة القضائية، العدد 4، 1989، المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03م ملف رقم 35026، ص86.

الفرع الأول: الفرق بين الخلع والتفريق القضائي في القانون

التفريق القضائي يشبه الخلع الذي نصت عليه المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، فكلاهما بأمر القاضي.

أولا: الفرق بينهما من ناحية الماهية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم يُعرف كلاّ من التطليق والخلع ضمن المادتين 53 و54[1] منه، كما أنه لم يحدد صيغة أو ألفاظا خاصة بالتطليق على عكس الخلع الذي اشترط فيه لفظ المخالعة دون الألفاظ الأخرى الدالة والواردة في الشريعة الإسلامية، كالمبارأة والمفاداة والمباينة والصلح والمفاسخة، ولقد شرع التطليق لرفع الضرر عن الزوجة بحكم من القاضي، في حين شرع الخلع لها لافتداء نفسها مقابل عوض مالي نتيجة كراهتها لزوجها، وخشيتها من عدم إقامة حدود الله مصداقا لقوله تعالى: { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ} (البقرة: 227)

ثانيا: الفرق بينهما من ناحية الأساس

عددت المادة 53 المعدلة[2] جملة من الأسباب تستطيع الزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي، وهي أسباب مادية في الغالب تتطلب الإثبات لكي يحكم القاضي لها بالطلاق وهي:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[3]

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة.

---

[1] تنص المادة 54 من ق.أ.ج على" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

[2] المادة53 قبل التعديل تضم ستة أسباب وبعد التعديل وسعت إلى عشرة أسباب.

[3] هذا هو موطن الخلاف بين المذاهب الفقهية، حيث جعل الأحناف التفريق للعيب خاصا بالمرأة والتي توجد في الرجل، في حين نجد المالكية والشافعية والحنابلة يجعلون هذا الحق للزوجين معا.

5-الغيبة بعد مضي سنة دون عذر ولا نفقة.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08.[1]

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين.

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.[2]

بينما اكتفى في المادة 54 من نفس القانون بالنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال دون أن يقيدها بأية أسباب.

ثالثا: الفرق بين الخلع والتفريق القضائي من ناحية السلطة التقديرية للقاضي

تختلف السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصبا على التطليق أو الخلع.

حيث تتسع في الأول بقدر كبير وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة و دفوع الزوج، حتى يتسنى له الحكم لها بالتطليق أو يرفضه، اعتمادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، بينما تضيق سلطته في الثاني.

وحيث لا يبقى له تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج حسبما استقرينا عليه سابقا.

---

[1] نص المادة 08 من قانون الأسرة هو: " يسمح الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت الشروط ونية العدل".

المادة: 08 مكرر نصت على أنه: في حال التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

المادة" 08 مكرر 1 نصت على أنه: يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

[2] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، الجزائر، دار الخلدونية، 1429هـ-2008م، ص 188 وما بعدها.

رابعا: الفرق بين الخلع والتفريق القضائي من ناحية الآثار

يشترك كل من الخلع والتطليق في الآثار العامة الناجمة عن فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في العدة ونفقتها، نفقة الإهمال، النزاع حول متاع البيت، النسب، الحضانة الأولاد ونفقتهم وسكناهم وحق زيارة المحضون وما يميز التطليق عن الخلع هو التعويض الذي يحكم به للمطلقة جبرا للضرر اللاحق بها جراء إخلال الزوج بالتزامات اتجاهها عند توفر أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة إلى جانب الحكم لها بالتطليق.[1]

الفرع الثاني: طبيعة التفريق القضائي في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه عرف الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري كما ذكرنا سابقا، وأنه استعمل في نص المادة 57 مصطلح التطليق الذي يدل على أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي، واعتبر التطليق طلاقا لا فسخا، وقد ذكر الفسخ وأحكامه في المواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة الجزائري كما ذكر حالاته تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل.

وهو حق خالص للزوجة إذا توفرت وثبتت إحدى الأسباب العشرة المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة.

وذكر في المادة 49 الطلاق على ثبوته حيث ورد فيها، لا يثبت الطلاق إلا بحكم القاضي بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وعلى القاضي أن يحرر محضرا يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه هو وكاتب الضبط والطرفان، ويظهر دور القاضي في معاينة الوقائع التي تستند عليها الزوجة في طلب الطلاق وتكييفها، وهو ما نصت عليه المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء فيها: يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها، ويمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة ويتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية.

[1] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة، لاط، الجزائر، دار الهدى، 2012م، ص 156 وما بعدها.

الفصل الأول

الفصل الأول: التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج

إن مسألة الفقدان من أهم المسائل في التي طرحت منذ القدم ومازالت تطرح إلى اليوم، فلقد اهتم بها الفقهاء سواء من الناحية الشرعية، أو الناحية القانونية، فعرفوا المفقود وألموا بكل جوانبه، محاولة لحل المشاكل التي تنتج عن فقدان الشخص، وخاصة إذا كان المفقود زوجا، وهذا ما سنتعرف عليه في هذا الفصل الذي قسمته إلى مطلبين المطلب الأول حول الفقدان ومشروعية التفريق بسببه، والمبحث الثاني موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق للفقدان.

المبحث الأول: الفقدان ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي

لكي نفهم ونضع الحلول لكل مشكلة تنجر عن فقدان الزوج يجب علينا تحديد مفهوم الفقدان، وأنواع الفقد والمدة اللازمة للحكم بفقد الشخص، وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الفقدان وأنواعه

لقد وردت عدة تعريفات للمفقود سواء اللغوية أو الشرعية أو القانونية لذا سأتطرق في الفرع الأول إلى تعريف المفقود لغة، وفي الفرع الثاني إلى تعريف المفقود شرعا، وفي الفرع الثالث إلى أنواع المفقودين في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تعريف المفقود لغة

المفقود في اللغة من فقد الشيء يفقد وفقدا وفقدانا وفقودا، فهو مفقود وفقيد: بمعنى غاب عنه وعدمه، أفقده الله إياه[1]، ويقال فقد الكتاب، وفقد المال، أي حسره وعدمه.[2]

وجاء في معجم مقاييس اللغة فقد: الفاء والقاف والدال أصل يدل على ذهاب شيء وضياعه، من ذلك قولهم فقدت الشيء فقدا، بمعنى عدمته، أو أضعته [3]، ومنه قوله تعالى: {قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ } (يوسف: 72)

والفاقد من النساء التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها، وقال اللحياني: هي التي

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج10، ص298.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1426-2005، ج1، ص335.

[3] أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، لا ط، لا م، اتحاد الكتاب العرب، 1423-2002، ج4، ص483.

تتزوج بعدما كان لها زوج فمات.[1]

والتفقد طلب الشيء عند غيبته، ومنه قوله تعالى:{ وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ ٱلْغَآئِبِينَ } (النمل: 20) وافتقدت الشيء طلبته، وافتقدته، لم أجده أيضا.[2]

قال الإمام القرطبي: والتفقد تطلب ما غاب عنك من شيء.[3]

وهو من أسماء الأضداد في اللغة، يقول الرجل: فقدت الشيء إذا ضللته أو غاب عنك، وفقدته أي طلبته، وكلا المعنيين متحقق في المفقود، فهو قد غاب عن أهله وضل عنهم وهم في طلبه ساعون.[4]

والخلاصة: أن الفُقدان في لغة العرب أن تطلب الشيء فلا تجده.

الفرع الثاني: تعريف المفقود شرعا

اختلف الفقهاء في وضع حد موحد للمفقود، فذهبت كل طائفة منهم إلى تعريف مغاير لما ذهب إليه الآخرون، وسأعرض بعض هذه التعاريف، للوصول إلى تعريف مشترك بينهم.

أولا: تعريف الحنفية للمفقود:

" هو الذي غاب عن أهله وبلده، أو أسره العدو، ولم يدر أحي هو أم ميت؟ ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان، فهو معدوم بهذا الاعتبار"[5]

وعرفه الإمام السرخسي: "اسم موجود هو حيّ باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر علهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد".[6]

وقال ابن عابدين في حاشية رد المحتار على الدر المختار: " هو غائب لا يدر مكانه ولا حياته ولا موته، أو هو غائب لم يدر أحي هو، فيتوقع قدومه، أم ميت أودع اللحد

---

[1] أبو الفيض محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مصدر سابق، ج8، ص501.

[2] الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ج1، ص335.

[3] القرطبي، جامع أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3 ، ص 133.

[4] شمس الدين بن أحمد السرخسي، المبسوط، لا ط، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ، ج11، ص34.

[5] أبو حفص عمر بن أحمد النسفي، طلبة الطلبة، لا ط ، بغداد، دار الطباعة العامرة، د ت، ص95.

[6] شمس الدين السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 11، ص34.

البلقع".[1]

وجاء تعريفه في الفتاوى الهندية : " الرجل يخرج على وجهه، فيفقد ولا يعرف موضعه، ولا تستبين حياته، ولا موته، أو يأسره العدو، فلا يستبين موته ولا قتله".[2]

التعريف الجامع عند الحنفية:

"هو الذي غاب عن أهله وبلده، ولم يدر أحي هو أم ميت، فلا يعلم مكانه، ومضي على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار".[3]

نلاحظ من تعاريف الحنفية للمفقود، أن بعض التعاريف تشترط جهل حياة أو موته، بينما نجد بعض التعاريف الأخرى تضيف شرطا آخر وهو الجهل بالمكان.

ثانيا: تعريف المالكية للمفقود

" هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، فلا يدرى أين هو، وقد تلّوموا في طلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام فيما بلغنا".[4]

وعرفه الدسوقي: " من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه".[5]

فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه، [6] والمراد هنا المفقود في بلاد الإسلام كما يعلم.

ثالثا: تعريف الشافعية للمفقود

عرفه الشافعي: "إن المفقود هو من لا يسمع له بذكر"[7]

وعرفه النووي: "وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره".[8]

---

[1] ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج 4، ص429.

[2] الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ط2، بيروت، دار الفكر، 1310هـ، ج 6، ص456.

[3] عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، لا ط، بيروت، دار المعرفة، د ت، ج 3، ص37.

[4] الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج 5، ص451.

[5] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج 2، ص489.

[6] أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني، لا ط، بيروت، دار الفكر، 1415هـ، ج 2، ص41.

[7] الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج6، ص168.

[8] أبو زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1412هـ، ج5، ص35.

والتعريف المختار عند الشافية هو ما ذكره صاحب حاشية الجمل: "من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدري أحي هو أم ميت، وسواء أكان في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة".[1]

رابعا: تعريف الحنابلة للمفقود

" المفقود هو من لم تعلم له حياة ولا موت، لانقطاع خبره".

" هو من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كأسر، فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله أو تجارته".[2]

عرفه بن قدامة: " المفقود من انقطع خبره ولم يعمل موضعه".[3]

نلاحظ من تعريف الشافعية والحنابلة للمفقود، أنهم اعتمدوا على التعريف اللغوي.

بعد عرض تعاريف الفقهاء في المذاهب الأربعة للمفقود نجد أنهم قد عرفوا المفقود بتعاريف متعددة، متقاربة في المضمون وإن اختلفت في الصياغة، وأنهم متفقون في بعض العناصر في تعريفاتهم، وعليه لكي يعتبر الشخص مفقوداً فانه يجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط هي:

1- أن يكون الشخص غائبا، وغيابه هذا لم يعرف له مقام، سواء غادر بلده إلى بلد غير معلوم، أم لم يغادره، أو خرج إلى الحرب ولم يعد، أو غاب بعد كارثة من الكوارث الطبيعية، كالزلازل أو الحرائق أو غيرها.

2- أن ينقطع خبره، أي أن لا يبلغ ذويه شيء مما هو صادر عنه، فيجهلون محل إقامته، وكل معلومة عنه.

3- أن لا تعلم حياته أو مماته، أي أنه لا يمكن التحقق من مصيره فيما إذا كان حياً أو ميتاً.

واستنادا إلى مجمل تعريفات الفقهاء يمكننا تعريف المفقود بأنه:

"**هو الشخص الذي انقطع خبره فلا يدرى مكانه ولا يعلم أحي هو أم ميت**".

---

[1] سليمان بن عمر العجيلي، حاشية الجمل على شرح المنهاج، لا ط، بيروت، دار الفكر، د ت، ج4، ص29.

[2] البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 2، ص542.

[3] ابن قدامة ، المغني، مصدر سابق، ج8، ص106.

الفرع الثالث: أنواع المفقودين في الفقه الإسلامي

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع، ولم يفرقوا بين أحوال الفقد كما فعل غيرهم من الفقهاء، فقالوا أن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ولا يعلم مكانه، ومضى عليه زمان فهو مفقود بهذا الاعتبار، سواء كان في دار حرب أو دار الإسلام ولم يعلم حاله، فالحكم في الكل سواء وتنطبق عليه كل الأحكام نفسها.[1]

وذهب المالكية والحنابلة إلى التفريق بين المفقودين، فليس لكل مفقود الحكم نفسه، فمن فقد في دار الحرب أو انكسرت سفينته ولم ينج منها إلا القليل، يختلف في حكمه عمن غاب عن أهله خارجا للتجارة أو طلب العلم، وطال مكثه وانقطعت أخباره.

أولا: أنواع المفقودين عند المالكية: لم يتفق فقهاء المالكية على عدد أنواع المفقود فمنهم من قال: إنها ثلاثة لجمعه حالات الحرب مع بعضها، ومنهم من قال: إنها أربعة، لتفريقه بين حالات الحرب بين المسلمين مع بعضهم والحرب بين المسلمين والكفار، ومنهم من قال: إنها خمسة فأضاف إلى الأربعة من فقد في زمن الوباء أو من ارتحل إلى بدل الوباء أو الطاعون، ومنهم من قال: إنها ستة فأضاف إلى الخمسة من فقد في شدة الريح والمراكب في المرسى ولم يتبن له خبر.[2]

والراجح في التقسيم هو ما ذهب إليه ابن رشد الجد وابن رشد الحفيد إلى أنها أربعة أنواع:

النوع الأول: المفقود في بلاد المسلمين: وهو من خرج من بيته أو سافر سفرا قريبا من مكان إلى أخر في بلاد المسلمين وانقطعت أخباره وآثاره.

النوع الثاني: المفقود في بلاد الحرب: وهو من شك فيه هل فقد في بلاد الحرب أم لا، ويلحق به الأسير.

---

[1] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج6، ص196. / وأبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار، لا ط، بيروت، دار الفكر، د ت، ج9، ص 321 وما بعدها. / وأبو قاسم عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز، لا ط، بيروت دار الكتاب العربي، د ت، ج9، ص 584.

[2] انظر: أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص42. / وأحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، لا ط، لا م، دار المعارف، د ت، ج2 ، ص 494. / وأبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، مصدر سابق، ج4، ص156، بتصرف.

النوع الثالث: المفقود في حروب المسلمين بعضها مع بعض: وذلك في زمن الفتن والتي يحارب المسلمون بعضهم بعضا كل حسب نفسه على الحق وأدخل في هذا القسم المفقود في زمان الطاعون والوباء.

النوع الرابع: المفقود في حروب المسلمين والكفار: ويستوي فيها حروب دفاع المسلمين عن بلادهم، أو لردع الكفار عن الدخول والإغارة على المسلمين.[1]

ثانيا: أنواع المفقودين عند الحنابلة:

النوع الأوّل: مفقود في غيبة ظاهرها السّلامة: كالمسافر للتّجارة أو للسّياحة أو لطلب العلم ونحو ذلك، ويلحق به الأسير لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء.

النوع الثّاني: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك : كالجنديّ الّذي يفقد في المعركة ، وراكب السّفينة الّتي غرقت ونجا بعض ركابها، والرّجل الّذي يفقد من بين أهله كمن خرج إلى السوق أو إلى حاجةٍ قريبةٍ فلم يرجع، ومن هذا النّوع أيضاً من فقد في صحراء مهلكةٍ أو نحو ذلك.[2]

بعد الاطلاع على أنواع المفقودين في الفقه الإسلامي يترجح لنا تقسيم المالكية، وهذا ما يتماشى مع أحوال الناس في هذا العصر الذي كثرت فيه الفتن، والحروب بين المسلمين بعضهم مع بعض وبين المسلمين والكفار دفاعا عن أراضيهم المغتصبة.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب الفقدان

تعتبر مسألة الفقدان من المسائل المهمة التي اعتنى بها الفقهاء من كل الجوانب، بيد أنهم اختلفوا في المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، وهل يفرق بين المفقود وزوجته أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفروع التالية:

---

[1] انظر: أبو الوليد سليمان خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1، القاهرة، مطبعة السعادة، 1332هـ، ج4، ص 93-94. / وأبو الوليد أحمد ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ، ج2، ص80. / وابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2،ص 42/ الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج 4، ص 155-156. بتصرف.

[2] انظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص139. / وإبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ط7، لا م، المكتب الإسلامي، 1409-1989، ج2، ص80. / والبهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص465. بتصرف.

الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود

تكمن أهمية تحديد المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بوفاة المفقود في أن الفقهاء رتبوا عليها اعتداد زوجة هذا الأخير وإحلالها للزواج، وكذا تقسيم أمواله، غير أنهم اختلفوا بشأنها إلى عدة أقوال[1] لأنه لم يرد نص لا في القرآن، ولا في السنة، يحدد الزمن الذي يحكم بفواته بموت المفقود، لا صراحة ولا دلالة، فكان تحديد هذه المدة اجتهادا من الفقهاء وكل له رأيه، فالبعض أخذ بقاعدة الاستصحاب بالنسبة لأمواله وزوجته طبقا لقاعدة: بأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه، والبعض الأخر فوض الأمر إلى اجتهاد القضاء حسب عصره فيحكم بموت المفقود عند تحقق المصلحة ويختلف باختلاف البلاد[2] ويكمن تصنيف هذه الأقوال إلى طائفتين:

أولا: الطائفة الأولى

وتضم الفقهاء الذين أعطوا للمفقود حكما واحدا، ونوعا واحد، مهما كانت الظروف المحيطة بالفقد، وهو فقهاء المذهب الحنفي والمذهب الشافعي.

1 **المذهب الحنفي:** لم يفرق الأحناف بين ظروف غالبها الهلاك، وظروف غالبها السلامة، فأعطوا للمفقود حكما واحدا من حيث المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، كما لم يفرقوا في تحديد المدة بين زوجته وماله.[3]

واستدلوا بما يلي:

أ- عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ: {امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان}.[4]

---

[1] يوسف عطاء محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة النجاح، فلسطين، 1424-2003، ص30.

[2] زواق حمد العوادي، مقال: وجهة نظر قانونية بشأن أحكام المفقود في التشريع العراقي وأحكام الشريعة الإسلامية، العراق، الحوار المتمدن-العدد: 2916، التاريخ، 2010/02/13، تاريخ الإطلاع: 2017/01/27 الموقع:www.ahewar.org

[3] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص36.

[4] أخرجه أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، د ت، كتاب العدد، رقم الحديث: [15082]، ج7، ص 444./ وأخرجه علي بن عمر الدارقطني، السنن، لا ط، الرياض، دار المؤيد، 1422-2001، رقم الحديث: [3789]، ج3، ص255. / وأخرجه جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ط1، لا م، دار الحديث، 1415-1995، ج4، ص382.

ب- قول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود: "هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق".[1]

ج -فهذه الآثار قد وردت مطلقة مما يقتضي عدم التفرقة بين الظروف التي أحاطت بالفقد.[2]

هذا وقد اتفق الحنفية على أنه لا يحكم بموت المفقود إلا بموت جميع أقرانه، إلا أنهم اختلفوا في المدة حيث قدرها بعضهم بسبعين سنة [3]، وقدرها متأخروا الحنفية بستين سنة، والأقيس عن الحنفية أن لا يقدر موت المفقود بشيء، لأنه لا نص فيه وتحديد المقادير لا يكون بالرأي، ويفوض أمر التقدير للقاضي حيث سيحكم بموته في الوقت الذي يراه محققا للمصلحة، وهو ما رجحه الزيلعي واحتج بأن تحديد المدة بحد معين غير منضبط، لأن تحقق غلبة الظن بموت المفقود يختلف باختلاف البلاد، فقد يسهل البحث عنه ويتيسر معرفة أخباره في بعضها، ويصعب في بعضها الآخر، وكذلك يختلف باختلاف الأشخاص، فالملك العظيم إذا انقطع خبره غلب على الظن موته، في أدنى مدة خلافا لمن كان غير معروف، ولذلك لا معنى لتقدير موته بزمن معين، ونظرا لاختلاف وجهات النظر في تحديد وقت معين يغلب على الظن فيه هلاك المفقود، فإن تفويض الأمر إلى القاضي يتيح له تطبيق وجهات النظر المختلفة حسب الظروف المتعلقة بالمفقود.[4]

2- المذهب الشافعي: للشافعية في المسألة تحديد المدة التي يحكم من خلالها بموت المفقود قولان:

القول الأول: ذهب إلى أنه لا يقسم ماله ولا يفرق بينه وبين زوجته حتى يتحقق حاله أو تقوم بينة على موته.

القول الثاني: وبه قال أكثر الشافعية، أنه إذا مضت مدة يعلم أو يغلب فيها على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله، وهي المدة التي قالوا أنا تقديرها يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

---

[1] أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ط1، جنوب إفريقيا، المجلس العلمي، 1390-1970، رقم الأثر: [12330]، ج7، ص90.

[2] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص35.

[3] ابن الهمام، الفتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص149.

[4] الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص 312./ وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج4، ص297. / وابن الهمام، الفتح القدير، مصدر سابق، ج6، ص148.

وتعتبر هذه المدة المقدرة من وقت ولادة المفقود لا من وقت غيبته، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح، بل يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها.[1]

ثانيا: الطائفة الثانية: وتضم هذه الطائفة الفقهاء الذين اختلفوا في حكم المفقود بحسب ظروف الفقد، وهم فقهاء المذهب المالكي والمذهب الحنبلي.

1 المذهب المالكي: كما سبق أن المذهب المالكي قسم أحوال المفقود إلى أربعة أقسام على الراجح عند محققي المذهب، ومن خلال هذا التقسيم حددوا المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود.

أ-المفقود في بلاد المسلمين: فرق المالكية في تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود إلى حالتين، حالة خاصة بزوجة المفقود، وأخرى خاصة بماله، فقالوا: أنه إذا تعلق الأمر بزوجة المفقود التي ترفض البقاء في عصمته ورفعت أمرها للقاضي طالبة الكشف عن حال المفقود، ضرب لها القاضي مدة أربع سنوات تبدأ من تاريخ الرفع إليه، وقيل تبدأ بعد انتهاء البحث عنه، وعدم معرفة أخباره، فإن لم يعد ولم يعثر له على خبر حكم بموته، وتعتد زوجته عدة الوفاة.[2]

أما إذا رضيت بالبقاء في عصمته، فلا يحكم بموتها إلا بعد مدة التعمير، وذلك بأن تمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها، هذا وقد اختلفت الأقوال عند المالكية في مدة التعمير، والقول المعتمد أن تقدر بسبعين سنة وحجتهم في ذلك قوله ﷺ { أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين و أقلهم من يجوز ذلك}،[3] ومدى ذلك أن السبعين هي نهاية العمر غالبا، وما

---

[1] انظر: الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج5، ص97. / والنووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص 401-402.

[2] انظر: الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص157. / وعليش، منح الجليل، مصدر سابق، ج4، ص318. / والمواق، التاج والإكليل، مصدر سابق، ج4، ص157.

[3] أخرجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة، السنن، ط1، دمشق، دار الرسالة العالمية، 1430-2009، رقم الحديث: [4236]، ج5، ص331. / وأخرجه: محمد بن حبان، الصحيح، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1414-1993، رقم الحديث: [2980]، ج7، ص246. / وأخرجه: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع المختصر من السنن، لا ط، الأردن، بيت الأفكار الدولية، د ت، رقم الحديث: [2331]، ج4، ص566.

زاد على ذلك فهو نادر، ولا حكم للنادر.[1]

ب- المفقود في زمن المجاعة والوباء: لم يضرب المالكية لمن فقد في هذه الظروف مدة محددة، ويحكم بموته فور انتهاء المجاعة، أو زوال الوباء، لغلبة الظن بموته أو لحمله على الموت فيه.[2]

ج-المفقود في الاقتتال بين المسلمين (زمن الفتن)

اختلف المالكية في ذلك على قولين:

القول الأول: يعد بحكم من قتل أو مات سواء تعلق الأمر بزوجته أو ماله، فتعتد زوجته ويقسم ماله، بعد أن ينظر الإمام المفقود بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم إذا كان موقع المعركة قريبا، لأنه لو سلم لعاد إلى أهله لا سيما وأنه في بلاد الإسلام، أما إذا كان موقع المعركة بعيدا، فيضرب له أجل سنة بعدها تعتد زوجته ويقسم ماله، ووجه ذلك أنه لو سلم لسمع خبره في السنة الأولى.

القول الثاني: يمهل المفقود مدة عام، فإن لم يظهر له أثر حكم بموته واعتدت زوجته وقسم ماله، ويشترط لسيران الحكم على من فقد في الفتن بين المسلمين أن تشهد البينة العادلة على حضوره المعركة، لأنه بذلك يغلب عليه عدم السلامة وأن يكون قد قتل فيرجح جانب الموت الغالب على الأصل فيه وهو الحياة، فان شهدت البينة أنه خرج مع الجيش فقط دون أن تشهد بحضوره القتال فيسري عليه حكم من فقد في بلاد المسلمين في ظروف ظاهرها السلامة.[3]

د -المفقود في أرض الأعداء: وفيه حالتان:

الأولى: المفقود في أرض العدو زمن الحرب: اختلف المالكية فيه على أربعة أقوال:

1 يحكم بموته بعد سنة.

---

[1] أنظر:الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مصدر سابق، ج6، ص166/ الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق ج2، ص 482.

[2] الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط2، بيروت، مؤسسة المعارف، ج4، ص232.

[3] الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص162./ الدسوقي، الحاشية، مصدر سابق، ج2، ص 482-483. / والباجي، المنتقى شرح الموطأ، مصدر سابق، ج6، ص166 وما بعدها.

2 يعد بحكم الأسير.

3 يحكم بموته بعد أربع سنين (إذا رفضت زوجته البقاء على ذمته).

4 يأخذ حكم من فقد زمن الفتن وتعتد زوجته بعد انتهاء القتال.[1]

وقد بيّن ابن رشد أن مبنى الأقوال السابقة "على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع".[2]

الثانية: المفقود في أرض العدو زمن السلم: وحكمه حكم الأسير ولا يحكم بموته قبل انقضاء مدة التعمير.[3]

2 المذهب الحنبلي:

قسم الحنابلة حال المفقود أيضا إلى الآتي:

أ- المفقود في غيبة ظاهرها السلامة: اختلفت الأقوال عند الحنابلة في تحديد المدة في هذه الغيبة على عدة أقوال:

1 لا يحكم بموت المفقود إلا إذا أتم تسعين سنة من يوم ولادته.[4]

2 لا يحكم بموته حتى يتيقن موته أو تمضي مدة التعمير.[5]

3 لا يحكم بموت المفقود إلا إذا أتم مائة وعشرين سنة من يوم ولادته.[6]

4 حددوها بأربع سنين بناء على قضاء عمر رضي الله عنه ولكن ضعفوا هذا القول لأن فيه ظلما للمفقود في رأيهم.[7]

ب- المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: يحكم بموت المفقود بعد انقضاء أربع سنين دون أن يظهر له خبر لأنها أكثر مدة الحمل، إذ لو كان حيا لما انقطع خبره إلى هذه المدة.[8]

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص 482-483.

[2] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصدر سابق، ج2، ص40.

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

[4] البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص465.

[5] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص263-264.

[6] المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[7] علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، لا م، مطبعة السنة المحمدية، 1375 – 1956، ج7، ص289.

[8] المصدر نفسه، ج7، ص290.

خلاصة آراء الفقهاء في مسألة المدة:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم قد اتفق غالبيتهم على أن الحاكم أو القاضي هو من يجتهد في تقدير المدة بناء على تقدير ظروف الفقد، وأن هذه الأخيرة لا يمكن تحديدها ثم تعميم تطبيقها على جميع حالات الفقد، ودليل ذلك أن كل مذهب تعددت اجتهادات فقهائه بشأن تحديد هذه المدة، ولذلك فحكم القاضي يأتي حسما للخلاف ويحول دون وقوع كثير من الخصومات والمنازعات بين الورثة، أي أنه عندما تمضي المدة التي يعتبر بها، أو يحكم فيها بموت المفقود الذي انقطع خبره عن أهله وزوجته، فإذا رفعت أمرها إلى القاضي حكم بوفاته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الإبلاغ عن فقده، وأمر القاضي باستجلاء أخبار المفقود والإياس من عودته، إذن مضي المدة لا يكفي أن يحكم بأن المفقود يعد ميتا إلا بعد صدور الحكم بذلك، لأن صدور حكم القاضي على أن المفقود ميت لا يقرر مصلحة الزوجة فقط، وإنما الورثة أيضا.

وما سار عليه فقهاء الحنفية والشافعية من الانتظار مدة التعمير والتي تقدر عندهم بتسعين سنة أو مائة سنة أو مائة وعشرين سنة على اختلاف أقوالهم، لم يعد يتناسب أو يتلاءم مع الزمن المعاصر الذي نعيشه، ولعل من الخير للأمة في عصرنا هذا، أن يُقبل العلماء وطلبة العلم على التدقيق في فقه السابقين في بعض المسائل، وتمحيص اختلافهم فيما يقع في زماننا وزمانهم[1].

لذلك فإن لوسائل العلم الحديث في التحقق من حياة المفقود أو موته دورا أساسيا في مساعدة القاضي في إصدار الحكم على حال المفقود وكذلك استخدام وسائل الاتصال في هذا الأمر مما يحقق الوصول إلى حقيقة المفقود ، والاطمئنان أنه بحكمه هذا لم يهدر حقه في ماله وأهله، وإعطاء له السعة في قراره بما يراه مناسبا في رفع الضرر والمحافظة على مقاصد الشريعة، مما يزيل العنت عن ذوي المفقود وزوجته.

[1] مثل أمر التسليم بأن أطول فترة الحمل هي خمس سنوات، وقد أثبت العلم الحديث، بما لا يقبل الشك أن مكوث الجنين في بطن أمه أكثر من سنة يؤدي إلى موت الجنين والأم، وما يبقى من تركة الميت للجنين الوارث، وبقاء الأمر على الاحتمالات الذي ذكرها علماء القرن السابع، وأجزم أنهم لو عاشوا في عصرنا لما وجدوا بأسا في الاستعانة بالعلم.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لفقد الزوج

إن فقدان الزوج وغيابه عن البيت له آثار كبيرة على هذا البيت ، سواء من الناحية النفسية أو المعنوية أو المادية، إضافة إلى شعور الزوجة بالوحدة والغربة دون شريك للحياة يكون عونا لها في الحياة، بحلوها ومرها ورخائها وشدتها، وعلى هذا تظهر مشكلة بشكل واضح لما لها من أضرار، فهل من حق الزوجة أن تطلب لها حلا وفق الشريعة الإسلامية إما بفسخ نكاحها كي تستطيع الزواج من غيره، أو أنها ملزمة بالصبر على فقد زوجها؟

وعليه لقد اجتهد العلماء في بيان أحكام هذه المسألة بناء على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين، وبما توصلوا إليه من اجتهاد ورأي، لأنه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة دليل يبين لنا حكم هذه المسألة، فنتج عن هذا الاجتهاد اختلافات كثيرة بين الفقهاء، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع.

اختلف الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين بسبب الفقدان إلى قولين:

القول الأول: يرى عدم جواز الحكم بموت المفقود أبدا، ومن ثمة تبقى امرأته في عصمته حتى موته بالدليل، أو يصح طلاقه لها، وكذلك الحال بالنسبة لماله، حيث يبقى على ملكه حتى يثبت موته.

وهو رأي المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي في المفقود في غيبة ظاهرها السلامة، حيث يقول فقهاء الحنفية " إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره".[1]

الأدلة والمناقشة:

1 -**من السنة:** ما رواه الدارقطني عن سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة ابن شعبة أن النبي ﷺ قال: (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ـ وفي رواية ـ حتى يأتيها الخبر).[2]

فهذا الحديث يدل على أن امرأة المفقود تبقى على زواجها منه حتى يأتيها الخبر أو البيان، وهو يحصل بأمور هي: صحة طلاقه، أو ردته، أو موته بيقين، أو بينة، أو مضي

[1] أبو بكر بن علي بن محمد العبادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لا ط، باكستان، المطبعة الخيرية، 1322، ج1، ص360.

[2] سبق تخريجه، أنظر ص 37 من هذا البحث.

العمر الذي جرت العادة في الغالب أن لا يعمر أحد أكثر منه في ذلك الوقت.[1]

نوقش: بأن هذا الحديث ضعيف ولم يثبت ولم يروه أحد من أصحاب السنن، والحديث منكر عند علماء الحديث لأن في إسناده محمد بن شرحبيل وهو متروك الحديث يروي مناكير وأباطيل،[2] وفي إسناده أيضا سوار بن مصعب، وهو أشهر في المتروكين من محمد بن شرحبيل.[3]

2 **من الأثر:** ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: " هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه".[4]

نوقش: إن ما روي من الآثار عن علي رضي الله عنه فبعضها غير مسند وبعض ما أسند منها غير متصل، وما اتصل منها فغير قوي، بل هو معارض ببعض الروايات المسندة عن علي رضي الله عنه التي تقول بالتفريق بعد أربع سنين وما دامت الروايتان قد تعارضتا عن علي رضي الله عنه، فلا أقل من أن يقال إنهما تساقطتا وسقط الاحتجاج بهما، ولو سلم بصحة الرواية عن علي فإنها تحمل على أنها كانت قبل انعقاد الإجماع على حكم عمر رضي الله عنه، أو بأنه قول صحابي فيما هو محل اجتهاد، ومن ثمة فلا إلزام فيه.[5]

3- من المعقول: إن النكاح بين المفقود وزوجته ثابت بدلالة استصحاب حال المفقود عند فقده، أما وفاته فمشكوك فيها، ومعلوم أن " اليقين لا يزول بالشك"[6]، لذا فإن المفقود يبقى حيا في الحكم ما لم يقم بوفاته دليل، وهو أن تثبت وفاته بالبينة الشرعية، أو يموت كل أقرانه، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته، لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع

---

[1] الزيلعي، نصب الراية، مصدر سابق، ج4، ص382.

[2] أبو محمد الرازي التميمي، الجرح والتعديل، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1271-1952، ج7، ص285

[3] عبد الله بن عدي بن محمد الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال، ط3، بيروت ، دار الفكر، 1409، ج3، ص445.

[3] سبق تخريجه، أنظر ص37 من هذا البحث.

[5] عبد الرحمان بن محمد ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، لا ط، بيروت، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ت ، ج9، ص 119-120.

[6] اليقين لا يزال بالشك، قاعدة فقهية تعتبر من الركائز الأساسية في القواعد الفقهية القواعد الخمس التي اتفق عليها علماء الفقه والأصول والتي لا خلاف بينهم في كونها أصولاً تبنى عليها الفروع. أنظر: جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ج1، ص7.

إلى أمثاله، كقيم المتلفات ومهر النساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر، وهو لا عبرة به، إذًا الأحكام تبنى على الأغلب الأعم.[1]

نوقش: إن وفاة المفقود مشكوك فيها أما حياته فمتيقنة بأنه غير مسلم، لأن الشك ما تساوى فيه الأمران، ومع مرور أربع سنين على فقد الشخص وانقطاع كل أخباره بعد البحث والتحري عنه لا يكون الأمر متساويا بل تترجح الوفاة، فصارت ظنا، ولم تبق شكا، والظن معمول به في الأحكام العملية، وهذا منها، فيقطع به حكم اليقين، ألا ترى أن الأصل براءة الذمة، ثم إذا قامت بينة على شغلها حكم القاضي بذلك؟ والبينة ليست إلا ظناً، إذ أن احتمال الكذب فيها قائم، لكنه مرجوح، وهنا كذلك [2]، ولأن الهلاك أصبح راجحا، وانتقل بذلك من رتبة الشك إلى الظن والظن يقوم مقام العلم في الأحكام العملية.[3]

القول الثاني: وهو رأي المالكية، فيرى جواز الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنين في بعض الأحوال كما سبق بيانه في الفرع الأول المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود، فلم يسر المالكية في تحديد المدة على نهج واحد في الأحوال المختلفة للفقدان فلكل حالة أحكامها الخاصة.

الأدلة والمناقشة:

1 **من القرآن الكريم:** قوله تعالى {وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ} (البقرة: 229).

وجه الدلالة: في ذلك أن في حبس الزوجة على المفقود وهو على هذا الحال إضرار بها والآية نهت عن إمساكها على هذه الحال.

نوقش: أن الاستدلال بالآية التي تنهى الأزواج عن إمساك الزوجات بقصد الإضرار، ولكن إذا كان الزوج مفقودا فليس ثمة ما يدل على تعمده الإضرار بإمساك زوجته فالآية تنهى

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص34. / وأبو الحسن محمد بن علي الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419-1999، ج11، ص317. / وزين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، لا م، دار الكتاب الإسلامي، د ت، ج5، ص178.

[2] أحمد الحجي الكردي، فسخ الزواج، بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية، لا ط، الكويت، دار اليمامة، 2014، ص483.

[3] عبد الرحمان حسن حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة، ط4، دمشق، دار القلم، 1414-1994، ص125.

الرجل الحاضر عن مراجعة امرأته قاصدا الإضرار لا ينطبق على حالة زوجة المفقود.[1]

1 من الآثار:

أ- ما رواه الإمام مالك عن يحي بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل".[2]

ب- عن ابن أبي ليلى عن عمر بن الخطاب أنه قال في امرأة المفقود: " تربص سينين، ثم يدعى وليه فيطلقها فتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ".[3]

وجه الدلالة: في ذلك من الآثار السابقة أن زوجة المفقود تنتظر أربع سنين، ثم تعتد وتتزوج غيره ما دامت غير راغبة في البقاء تحت عصمته.

ج- ما أخرجه ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالا في امرأة المفقود: " تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ".[4]

د- وما رواه الأثرم والجوزجاني بإسناديهما عن عبدي بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر بن الخطاب فذكرت له، فقال: انطلقي فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم أتته، فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرا، ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها، ففعل فقال عمر لها: انطلقي فتزوجي من شئت".[5]

قال الإمام أحمد: " يروى هذا الأثر عن عمر من ثلاثة وجوه، ولم يعرف له مخالف".[6]

وجه الدلالة: تفيد هذه الروايات – المتعدد الطرق- أن ما قضى به عمر بن الخطاب في امرأة المفقود (من أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد ثم تحل بعدها للزواج) قد ثبت عنه، وأنه وافقه فيه عدد كبار الصحابة، فكان حجة على أنه يحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنين

---

[1] القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص103.

[2] الإمام مالك بن أنس، الموطأ، ط1، الإمارات، مؤسسة الشيخ زايد، 1425-2004، كتاب الطلاق، عدة التي تفقد زوجها، رقم الأثر: [2134]، ص828.

[3] ابن أبي شيبة، المصنف، مصدر سابق، كتاب النكاح، رقم الأثر:[16718]، ج3، ص521.

[4] المصدر نفسه، رقم الأثر:[16717] الصفحة والجزء نفسهما.

[5] البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، كتاب العدد، رقم الأثر: [15570]، ج7، ص733 وما بعدها.

[6] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص135.

من فقده، لأنه أمر زوجته بالاعتداد بعد هذه المدة عدة الوفاة، ثم تمكينها من التزوج هو حكم بالموت ضرورة إذ لا تحل لزوجين في وقت واحد،ولأن الموت هو مقصود التقدير بهذه المدة.

نوقش: بأن عبد الرحمان بن أبي ليلى قد حكى رجوع عمر بن الخطاب عن هذا القول إلى قول علي بن أبي طالب وهو أنها تنتظر إلى أن يتبين أمره إن طالت المدة.[1]

ويجاب: بأن الإمام أحمد قد أكد نفي رجوع عمر بن الخطاب عن رأيه، وقال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟

من المعقول: استدل المالكية على الحكم بوفاة المفقود بمضي سنة في بعض الحالات بالقرائن التي تفيد غلبة الظن، فإنّ فَقْدَ الشخص في المعركة ثم لا يظهر له خبر بعد مرور سنة من وضع الحرب أوزارها مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب فيها بأمره، قرينة تفيد غلبة الظن بموته، والعمل بالقرائن معتبر شرعاً.[2]

الفرع الثالث: القول الراجح

اتضح لنا مما تقدم أن المسالة لم يرد فيها نص صحيح وأن الصحابة لم يتفقوا فهيا على رأي واحد، إذن فلابد للفصل في حكمها من الرجوع إلى قواعد الشريعة ومقاصدها، مع استفادة من التطور والتقدم الهائل في وسائل الانتقال والاتصال الحديثة التي حولت العالم إلى قرية صغيرة، لأن القول بأن المفقود لا يحكم بوفاته إلا بوفاة أقرانه، قول فيه من الضرر الكبير والحرج الشديد، سواء على ورثته أو زوجته، خاصة ونحن في زمان انتشار القنصليات والسفارات في كل دول العالم مما يُسهل البحث عن المفقود، ويمكن من السرعة في اتخاذ القرار الصواب بحسب غلبة الظن فيه، وذلك لأن موت جميع أقرانه يصعب الوقوف عليه، وفي الوقت ذاته لا دليل عليه كما قال الصنعاني: معقبا على اختلاف الفقهاء في تحديد السن التي يحكم بعدها بموت المفقود: " وهذا كما قال بعض المحققين، قضية فلسفية، يتبرأ الإسلام منها إذ الأعمار من الخالق الجبار".[3]

إن القول الراجح هو ما ذهب إليه المالكية على النحو الذي تم تفصيله في أقسام المفقود

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص 135/ والكامل ابن الهمام، فتح القدير،مصدر سابق، ج6، ص147.

[2] الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج4، ص91.

[3] محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، لا ط، لا م، دار الحديث، د ت، ج2، ص304.

وهو ما ذهب إليه سعيد بن المسيب منذ قرون حيث روى الإمام البخاري عنه في باب حكم المفقود في أهله وماله أنه قال: " إذا فقد في الصف عند القتال تتربص امرأته سنة" [1]،وهو نفس القول عند المالكية في حالة الفقد في الحرب.

وهناك بعض الحالات التي لا يمكن انتظارها أكثر من سنة لأن هلاك المفقود فيها يكون ظنا غالبا، كمن يفقد في البحر غرقا، أو لسقوط طائرة، أو غرق سفينة، لأنه لا يتطلب حصول غلبة الظن بهلاك المفقود في هذه الحالات إلا بضعة أسابيع، لتطور وسائل البحث في هذا العصر.

وقد كان من ضمن قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لعام 1434 " أن للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر، وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق".[2]

لكن المجمع لم يذكر هذه الشروط أو يحددها، حتى يوازن بين المصلحتين سواء حق الزوج المفقود أو حق الزوجة المتضررة.

وقد رجح عدد من العلماء المعاصرين الذين كتبوا في هذا الموضوع الأخذ بالمدد القصيرة التي اتخذها هؤلاء الفقهاء أنفسهم، فقال الأستاذ عمر فروخ: " ولا ريب في أن الاختلاف في تقدير المدة كان راجعاً إلى فقدان وسائل الاتصال السريعة في الأزمنة الغابرة، أما في العصر الحديث فيجب أن نميل إلى المدد القصيرة التي اقترحها الفقهاء".[3]

ونفس القول ذهب أيه الدكتور عبد الكريم زيدان حيث قال: " أُرجح أن تكون مدة انتظار زوجة المفقود التي يحددها لها القاضي هي مدة أربع سنوات من تاريخ مراجعتها له رافعة أمر فقدان زوجها، وأن تعتبر هذه المدة ضابطا محددا في جميع حالات الفقد، فتستقر أحكام القضاء بالنسبة لجميع المفقودين من جهة مدة انتظار زوجاتهم.[4]

---

[1] علي بن خلف ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ط2، الرياض، مكتبة الرشد، 1423-2003، ج7، ص448.

[2] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: 29، مكة المكرمة، 1434هـ، ص388.

[3] عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، ط2، بيروت، دار الفكر، 1394هـ، ص135.

[3] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مرجع سابق، 1993، ج8، ص456.

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج

سأتطرق في هذا المبحث إلى تبيين موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين ومقارنته ببعض القوانين العربية، ومعرفة مدى اعتماد المشرع الجزائري على الفقه الإسلامي، وأي مذهب اعتمد عليه.

المطلب الأول: مفهوم الفقدان قانونا وأنواعه

لقد اختلف فقهاء القانون في تحديد الضابط الذي على أساسه يتم تعريف المفقود، لذا نقوم في هذا الفرع باستعراض جملة من التعريفات التي قدمها الفقهاء القانونيون، وبعدها تعريف المشرع الجزائري بمختف قوانينه الرسمية والاستثنائية.

الفرع الأول: مفهوم الفقدان

أولا: بعض التعريفات لفقهاء القانون

1 -تعريف الفقيه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الغائب الكامل الأهلية الذي انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ولا تعرف حياته ولا موته"[1]

2 -تعريف الدكتور أحمد محمد المومني: "الغائب الذي انقطعت أخباره ولم يعرف مكانه".[2]

3 -تعريف الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي: " من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وجهلت حياته"[3].

4 -تعريف الدكتور بلحاج العربي: " الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثر، وجهل مكانه ولا تعرف حياته أو مماته"[4]

5 -الدكتور الرشيد بن شويخ : " الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته".[5]

---

[1] الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، لا ط، مصر، منشاة المعارف، 2004، ص234.

[2] أحمد محمد مومني، أحكام التركات والمواريث، ط1، الأردن، دار المسيرة، 2009، ص 150.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة، لا ط، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص356.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د ت، ج2، ص508.

[5] الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، لا ط، الجزائر، الدار الخلدونية، 2008، ص177.

6 -عرفه الدكتور أحمد دكار بأنه " من انقطع خبره ولم يعلم بحياته أو وفاته".[1]

باستقراء كل هذه التعريفات نسجل الملاحظات التالية:

أ -أنها اتفقت كلها أن المفقود هو الشخص الذي لا يعلم مكانه ولا حاله أحي هو أم ميت، وهذا ما يتماشى مع منحى فقهاء القانون العرب الذين اعتمدوا نفس المعيار .

ب-بعض التعريفات استعملت مصطلح الغائب في تعريف المفقود، في حين ذلك تفادت تعريفات أخرى، ولعل السبب يعود إلى تفادي الخلط بين مصطلحي الغائب، والمفقود كما سبق وأن ذكرنا.

ج- هذه التعريفات قد جاءت متماشية مع ما اعتمده فقهاء الشريعة الإسلامية من تأسيسهم تعريف المفقود على معيار الشك الذي يكتنف حياته.

ثانيا: تعريف المفقود في القانون الجزائري

أحال القانون المدني الجزائري في المادة 19 منه إلى قانون الأسرة بخصوص مسألة المفقود و الغائب، إذ نجدها تنص على أنه: " تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري قد نظم أحكام المفقود و الغائب في الفصل السادس من الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية، وذلك في المواد من 109 إلى 115 قانون الأسرة، كما عرف المفقود في المادة 109 منه.

ونظرا للظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر، ورد تعريف المفقود في قوانين استثنائية والتي صدرت في ظروف خاصة و مستعجلة: وتتمثل في الأمر 02-03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والمتعلق بفيضانات باب الواد، والقانون 03- 06 المؤرخ في 14 يونيو 2003 والمتعلق بزلزال بومرداس ، وأيضا الأمر 06-01 المؤرخ في 27 فيفيري 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

وعليه سنتطرق إلى تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري، والقوانين الاستثنائية:

[6] أحمد دكار، مسائل محلولة في التركات، لا ط، الجزائر، دار الغرب، د ت، ص167.

1 -تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود على أنه: " هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".[1]

ومن تحليل نص المادة نجد أنه يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري كل من غاب عن أهله و انقطع خبره، فلا يعرف مصيره إن كان على قيد الحياة أم أنه مات و أيضا يكون مجهول المكان، كما أنه لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بفقدان، وبالتالي يعتبر الشخص مفقودا إذا كانت الظروف المحيطة باختفائه وعدم ظهوره تفيد حتما هلاكه.[2]

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري قد وضع شروطا لاعتبار شخص ما مفقودا هي:

أ -**غياب الشخص:** و الغياب حسب ما جاء في المادة 110 من قانون الأسرة هو أن لا يوجد للشخص محل إقامة و لا موطن معلوم مما يترتب على هذا الوضع تعطيل مصالحه وإلحاق الضرر بالغير.

ب-عدم التمكن من معرفة مكانه: بمعنى لا يعرف له محل إقامة ولا موطن معلوم.

ج-عدم معرفة حياته من موته: وهذا معناه أن تنقطع أخباره بحيث لم يعد معروفا أحي هو فيرجى أم ميت فينعى.

د-صدور حكم قضائي باعتبار الشخص الذي انقطعت أخباره مفقودا: إنَّ نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري صريح في هذا المعنى، إذ يقضي بأن هذا الغائب لا يعتبر مفقودا إلا بحكم، وهذا معناه أن غياب الشخص وانقطاع أخباره لا يجعله مفقودا مادام لم يصدر حكم قضائي يعتبره كذلك، وعليه فان وصف المفقود لا يصدق على الغائب إلا بحكم. وبعبارة أخرى، يعتبر الحكم بإثبات الفقد حكما منشئا لحالة جديدة، خلافا للقاعدة التي تقضي بأن الأحكام كاشفة أو مقررة لحالة موجودة من قبل.[3]

---

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسر المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[2] على فيلالي، نظرية الحق، لا ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2011، ص196-197.

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط1، الجزائر، دار هومة، 2011، ص326-327.

2 -تعريف المفقود في القوانين الاستثنائية:

جاء في المادة 02 من الأمر 02-03: " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 يصرح متوفى بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر و لم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث".[1]

كما جاء في المادة 02 من القانون 03-06 المؤرخ في 14 يونيو 2003 " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه يصرح متوفى، بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث".[2]

وإضافة إلى ما سبق فقد جاء الأمر 06-01 بتعريف للمفقود من خلال المادة 30 منه[3] بأنه شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت بدون جدوى، ويكتسب كل شخص فقد في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية صفة ضحية المأساة الوطنية ، ويثبت ذلك بموجب معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر تحريات بقيت بدون جدوى، وهذا ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 06-01: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم و المصالحة الوطنية، تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى".

---

[1] الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1422 الموافق لـ 15 فبراير 2002، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، الجريدة الرسمية، العدد15، 2002، ص26.

[3] القانون 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1424 الموافق لـ 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، الجريدة الرسمية، العدد 37، ص09.

[3] الأمر06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص6.

كما نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على اثر عمليات البحث التي قامت بها ".[1]

ثالثا: تعريف المفقود في بعض القوانين العربية

عرف قانون الأحوال الشخصية السوري المفقود في المادة 102 بأنه: " كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان ، ويعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره".[2]

وعرفه القانون المدني العراقي في المادة 13 بأنه: "هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته".[3]

وعرفه قانون الأحوال الشخصية العماني في المادة 113 بأنه: هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته".[4]

وعرفت مجلة الأحوال الشخصية التونسية المفقود في المادة 113 على أنه: " كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه".[5]

هذا عن بعض التشريعات الداخلية التي تصدت لتعريف المفقود، كما عرفه القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين الصادر عن مجلس وزراء العدل العرب بأنه: " من انقطع خبره دون معرفة أهو حي أو ميت ".[6]

وباستقراء كل هذه النصوص نسجل جملة من الملاحظات تتمثل فيما يلي:

---

[1] المرسوم رئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فبراير 2006، المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص8.

[2] قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7.

[3] قانون الأحوال الشخصية العراقي، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7.

[4] قانون الأحوال الشخصية العماني، الصادر بمرسوم سلطاني رقم 97/32 في 1997/06/15.

[5] أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق لـ13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[6] القرار رقم 323، ج24، الصادر عن مجلس وزراء العرب بتاريخ: 2002/03/04.

1 -أغلب التشريعات العربية قد استخدمت مصطلح الغائب في تعريفها للمفقود.

2 -معظم التشريعات العربية قد تبنت مفهوم المفقود لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والذي يرتكز أساسا على معيار الشك الذي يكتنف حياة الشخص، باستثناء القانون السوري.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد انفرد بشرط صدور حكم قضائي باعتبار الشخص الذي انقطعت أخباره مفقودا الحكم عن باقي التشريعات العربية وعما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يشترطوا صدور حكم بالفقدان.

الفرع الثاني: أنواع المفقود في القانون الجزائري

تنص المادة 113 من قانون الأسرة على ما يلي: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يوفض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات "

1 -حالة المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك:

وهي الحالة التي يرجح فيها موت المفقود على حياته نظرا للظرف الذي اختفى فيه الشخص ويصعب وضع معيار مجرد تتحدد بناء عليه الظروف التي يغلب فيها الهلاك، لذا يستعان في ذلك بالاحتمال الغالب فقط، مع ترك التقدير النهائي لقاضي الموضوع، على أساس أن الأمر يتعلق بتقدير الوقائع.[1]

وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بعبارة "الحروب و الحالات الاستثنائية" على اعتبار أنه في مثل هذه الظروف يغلب على الظن هلاك الشخص، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري وجد نفسه مضطرا للتدخل وإصدار مراسيم خاصة تنظم حالات فقد بعينها عرفتها بعض الحالات الاستثنائية التي وقعت في الجزائر على غرار فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس والمأساة الوطنية كما سبق الإشارة إليها.

2 -حالة المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:

وهي حالة اختفاء الشخص في ظروف طبيعية، لا يغلب فيها هلاكه بل تغلب فيها السلامة، بحيث يطول غيابه وتنقطع أخباره، فلا يستطاع الجزم بما إذا كان حيا أو ميتا، كمن خرج

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص334.

للتجارة، أو السياحة، أو لطلب العلم، ثم انقطعت أخباره ولم يعد معروفا مكانه أو حياته من مماته.[1]

وبعد بيان أقسام المفقود في القانون الجزائري يتضح لنا أن المشرع قد نحى منحى أغلب القوانين العربية في جعله للمفقود قسمين و قد تبنى رأي الفقه الحنبلي في هذا التقسيم.

الفرع الثالث: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية

أولا: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 113 قانون الأسرة على أنه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة."

من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنابلة حين فرق بين حالة المفقود الذي يغلب عليه الهلاك، كالحالات الاستثنائية وحالات الطوارئ والحروب، وبين حالة المفقود الذي يغلب عليه السلامة.

1 -حالة الحروب والحالات الاستثنائية:

وفي هذه الحالة القاضي يقضي بوفاة المفقود بعد مرور أربع سنين بعد التحري، والملاحظ أن المشرع هنا لم يبين المقصود بالحروب والحالات الاستثنائية .

وبالرجوع إلى المادة 113 نجدها غامضة فلم تبين متى يبدأ حساب مدة الأربع سنوات، هل من يوم صدور الحكم بالفقدان أو من يوم الفقدان؟

أكد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2002/04/10 ملف رقم: 290808 أن مهلة الأربع سنوات تبدأ في السريان من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ الحكم بالفقدان، حيث جاء في القرار أنه: قد تمت التحريات وثبت قطعا بواسطة حكم قضائي أن الفقدان كان بتاريخ1994/09/24 وهو التاريخ الذي يبدأ حسابه لمهلة أربعة سنوات، وليس تاريخ النطق بالحكم عكس ما اعتبره القضاة أن سريان الفقدان يبدأ من تاريخ الحكم القاضي بالفقدان وهذا

[1] المرجع السابق، ص335.

خطأ في تطبيق المادة 113 من قانون الأسرة.

كما أن المادة 113 من قانون الأسرة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية و هما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه.

وحيث أن ظروف فقدان المعني بهذا الملف ثابتة منذ سنة1994 وهي الفترة الحقيقية للفقدان كان على قضاة المجلس أن يجروا تحقيقا لمعرفة ذلك سواء بواسطة النيابة التي لها صلاحية إحضار ملفات الشرطة القضائية أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك وعليه فالوجه مؤسس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

لقد فسر الدكتور العربي بلحاج رأيها بقوله أن المحكمة العليا تحاول أن توضح بأن المشرع في المادة 113 إنما يضع قرينة قانونية باعتبار المفقود ميتا، متى غلب الظن على هلاكه، كما هو الشأن في وقت الحرب والأحوال الاستثنائية، وذلك بعد مضي أربع سنين على فقده، وبذلك تفترض وفاة المفقود أخذا بالراجح من الأمر، أو بمعنى آخر استجابة إلى مصلحة تقتضي استصدار حكم قضائي بموته ، أو تماشيا مع حكم الضرورة لمواجهة حالة لا نستطيع أمامها حلا، لأن الشخص المفقود يعتبر ميتا من يوم فقده، لا من وقت الحكم بالوفاة.[2]

2 -حالة المفقود في ظروف تغلب عليها السلامة:

أرجع أمر تقدير المدة في غير هذه الحالة إلى اجتهاد القاضي، وحسن فعل المشرع الجزائري في هذا، إذ لا يمكن تبني مدة معينة يتم تعميمها على جميع حالات الفقد، ونشير كذلك إلى أن هذا الأخير لم يفرق بخصوص هذه المدة بين زوجة المفقود وأمواله تأثرا بنفس المذهب، إذ لا يستساغ أن يكون المفقود حيا في حق ماله وميتا في حق زوجته في وقت واحد لأن النكاح أولى من المال في المراعاة بحيث يحتاط له.

---

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم290808، ص373.

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

كما أن المادة 103 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بتحديد وفاة المفقودة بتاريخ انتهاء أجل الأربع سنوات وأن القانون يلزم القاضي فقط بأن لا يعلن وفاة المفقودة إلا بعد مدة الأربع سنوات وفيما زاد عن ذلك فهو يترك حرية للقاضي لتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدعوى حيث أن قضاة الموضوع فعلا أخطؤوا في تطبيق المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا أذا صدر قبله حكما بالفقد ولا يجوز بأية صفة من الصفات الحكم بالفقد والموت في آن واحد، وذلك لوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في قانون الأسرة الأمر الذي يجعل الإجراءات التي تمت في القضية الحالية بمقتضى حكم أولى درجة والقرار المنتقد تعد باطلة[1]

إن مدة الأربع سنوات التي حددها المشرع الجزائري للحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية هي مدة طويلة لا تتلاءم مع الحالات الاستثنائية خاصة مع تطور وسائل الاتصال وأيضا المواصلات التي سهلت من مهمة البحث والتحري عن المفقودين، بالإضافة إلى أن هذه الحالات يكون احتمال الوفاة فيها أكبر بكثير من احتمال الحياة كغرق سفينة، أو تحطم طائرة أو وقوع فيضانات أو زلزال وبالتالي لا جدوى من انتظار أربع سنوات للحكم بوفاة المفقود ولهذا كان من الأفضل لو أن المشرع نص على مدة أقصر من أربع سنوات بالنسبة للحالات الاستثنائية.[2]

ثانيا: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في بعض القوانين العربية

1- قانون الأحوال الشخصية المصري: حدها في المادة 21 بسنة من تاريخ فقده إذا ما ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات العربية.[3]

2-قانون الأحوال الشخصية الأردني: فهو بدوره حددها في المادة 177 بسنة من تاريخ فقده

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، قرار بتاريخ 1995/05/02، ملف رقم 118621، ص102.

[2] شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2015، ص45.

[3] القانون المصري رقم 33 لسنة 1920 ، المعدل بقانون رقم 100 سنة 1985.

إذا كان هذا الفقد نتيجة لكارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب وحدوث الفوضى وما شابهه.[1]

3- **قانون الأحوال الشخصية اليمني:** فقد نصرفي المادة 117 على أنه يحكم بموت المفقود في حالة ما إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه ومضت سنتان على إعلان فقده.[2]

4- **قانون الأحوال شخصية التونسي:** حددها أيضا في المادة 82 بسنتين في وقت الحرب أو في الحالات الاستثنائية.[3]

5- **قانون مدونة الأسرة المغربي:** فقد أقر في المادة 327 أن الحكم بموت المفقود يكون بعد سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته، أما في الأحوال العادية فتقدير المدة يرجع إلى القاضي.[4]

لقدت اختلفت التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري في تحديد المدة التي تنقضي ويمكن بعدها الحكم بوفاة المفقود، فمنهم من ميّز بين الحالات العادية والحالات الاستثنائية، فمنهم من حددها بالسنة ومنهم من حددها بالسنتين، وعلى هذا فإن تحديد المدة في التشريع الوضعية لم يخض إلى الكثير من الدراسة والتعمق، خاصة ونحن في زمن تطورت فيه الحياة بشكل واضح، فالصواب أنهم كانوا يتركوا تحديد المدة للقاضي.

[1] قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المعدل بموجب القانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001.

[2] قانون الأحوال الشخصية اليمني، قرار جمهوري رقم 22 لسنة 1992.

[3] أمر علي مؤرخ في: 6 محرم 1376 الموافق لـ13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[4] القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 5184، الصادرة بتاريخ: 5 فبراير 2004.

المطلب الثاني: موقف قانون الأحوال الشخصية الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان وموقف بعض القوانين العربية

إن العلاقة الزوجية هي أكثر العلاقات التي تتأثر بحادثة الفقد سواء مست الزوج أو مست الزوجة، وذلك لما لهذه العلاقة من خصوصية وحميمة تجعل من الغيبة سببا لوقوع الضرر على أي منهما، ونحاول في هذا المطلب التطرق إلى أثار هذه الحادثة على الخطبة في الفرع الأول باعتبارها مقدمة للزواج ثم التطرق لآثارها على الزوجة والزوج في الفرعين الثاني والثالث.

الفرع الأول: أثر الفقد على الخطبة

الخطبة هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع، لها أو لأهلها فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما وترتبت عليها آثارها الشرعية.[1]

ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، كما نص على أنه يكمن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة محددة، وعليه فأنه يدخل في حكم الخطبة قانونا قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري .[2] ، وهي شروع في الزواج ومقدمة له، ومتعلق من متعلقاته و إظهار للرغبة فيه، ولما كانت كذلك فهي ليست زواجا وإنما تمهيدا له ووعد به وهذا الوعد لا يقيد المتواعدين فهو غير ملزم وليس جزءا من الزواج ولا ركنا أو شرطا فيه، ولهذا أجاز القانون العدول عنها.

حيث تنص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، والمألوف بين الناس هو التهادي بين الخاطبين، والأمر الذي يثير التساؤل هو ما حكم هذه الهدايا في حال العدول عن الخطبة؟

تجيب المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 4 والفقرة 5 عن هذا التساؤل:

1 **الحالة الأولى: عدول الخاطب:** فلا يسترد شيئا مما أهداها إياه وعليه أن يرد للمخطوبة ما

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، بيروت، الدار الجامعية، 1413-1993، ص50.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص16 وما بعدها.

لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

2 **الحالة الثانية: عدول المخطوبة:** فعليها أن ترد للخاطب في هذه الحالة ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها.[1]

وتزبد المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 03 على هذه الآثار بأن رتبت تعويضا بموجب حكم في حال العدول عن الخطبة إذا تسبب ذلك في ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، وبالعودة إلى المفقود فإننا نجد أن حالة الفقد في حد ذاتها لا تعد عدولا، وعليه نقصر أحكام العدول على الطرف الآخر الذي قد يعدل عن الخطبة بسبب الفقد، وبالتالي تطبق أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة 4 و5 في حقه، فإن كان المفقود هو الخاطب أعادت المخطوبة ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها، وإذا كان المفقود هو المخطوبة فلا يحق للخاطب في هذه الحال المطالبة باسترداد الهدايا، ويرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وفي كل هذه الأحوال يتسلم المقدم ما تم استرداده.

وقد سار المشرع الجزائري في هذه المسالة على مذهب الإمام مالك رحمه الله فجاء في الفقرتين 3 و4 من المادة 05 على أنه: " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وأن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.[2]

الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في التطليق

تنص المادة 112 من قانون الأسرة على ما يلي: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وبالرجوع إلى نص المادة 53 الفقرة 5 من نفس القانون نجدها تقضي بما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".[3]

وباستقراء نصي هاتين المادتين نستنتج أنه لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق، وهو طريق من طرق فك الرابطة الزوجية التي أقرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بهدف

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر،لا ط، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2002، ج1، ص52.

[2] المرجع نفسه، ص 54.

[3] انظر: الصفحة 08 من هذا البحث.

إعطاء الزوجة رخصة في إمكانية فك زوجيتها ولكن ليس بإرادتها المنفردة بل عن طريق القاضي بعدما تقوم هي بتقديم الأسباب والعلل الشرعية التي تجعلها تطالب بهكذا طلب[1].

و قد حددت المادة 53 من قانون الأسرة هذه الأسباب وجعلت الغيبة التي مدتها سنة دون عذر ولا نفقة سببا منها، ويكون المشرع الجزائري، قد استمد هذا السبب من مذهب الإمام مالك والذي يوافقه فيه الإمام أحمد، ولكن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج دون عذر شرطا آخر لإيقاع التطليق وهو عدم وجود مال تنفق الزوجة منه رغم أن الإمام مالك قد أقر الحق في التطليق لغيبة الزوج حتى ولو كان لها مال تنفق منه، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع ثلاثة شروط ليحكم القاضي بالتطليق للغيبة وهي:

ب -أن تستمر الغيبة لمدة سنة.

ت -أن تكون بغير عذر مقبول.

ث -أن لا يكون للزوجة مال تنفق منه.[2]

الفرع الثالث : موقف بعض القوانين العربية

أولا: موقف القانون العماني: أجاز القانون العماني التفريق لفقدان الزوج أن طلبته الزوجة لتضررها من فقده وبعده عنها، ثم بيّن أحكام الفرقة الاختيارية بسبب فقدان الزوج فقال في المادة 111من قانون الأحوال الشخصية العماني : " لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا محل إقامته طلب التطليق للضرر، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان".[3]

ثانيا: موقف القانون المصري :

جاء القانون رقم 25 لسنة 1920 الصادر في 12 يوليو 1920، بمزيج بين مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد، فقضى في المادة 07 أنه إذا لم يسفر التحري عن المفقود ومضت أربع سنوات من تاريخ رفع الأمر إلى القاضي أعلن القاضي الزوجة لتعتد بعدة وفاة، قم تحل

[1] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، لا ط، الجزائر، دار الهدى، 2007، ص 54.

[2] عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، لا ط، الجزائر، دار الهدى، د ت، ص 157

[3] قانون الأحوال الشخصية العماني، الصادر بمرسوم سلطاني رقم 97/32 في 1997/06/15.

بعدها للأزواج، ولم يفرق القانون هنا بين المفقود في حال يغلب فيها الهلاك وبين المفقود في حال يغلب فيها السلامة، وعد بدء مدة الأربع سنوات من تاريخ رفع الدعوى.

ثم جاء القانون رقم 25 لسنة 1929 والصادر في 10 مارس 1929 ففرق بين حالي السلامة والهلاك، وعدّ بدء الأربع سنوات من تاريخ الفقد وذلك في المادة 21 منه حيث قال: يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها على القاضي، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا"

وأجازت المادة 22 من هذا القانون التفريق بين الزوجين حيث نصت على: " بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم"

أما القانون رقم 33 لسنة 1992 فقد استثنى من حكم المادة 21 المشار إليها سابقا، المفقودين الذين كانوا على ظهر السفينة وغرقت، أو في طائرة سقطت، أو من أفراد القوات المسلحة ثم فقدوا في الحرب، فنص على أن كلا منهم ميت بعد مضي سنة من تاريخ الفقد.[1]

ثالثا: موقف القانون الأردني:

نص القانون الأردني في المادة 131 على أنه: " إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك مالا من جنس النفقة، وطلبت منه تفريقا، لتضررها من بُعده عنها، فأن يئس من الوقوف عليه على خبر حياته أو مماته – بعد البحث والتحري عنه– يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده.

فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حال الأمن وعدم الهلاك وعدم الكوارث، أما إذا فقد في حال يغلب على الظن هلاكه فيها: كفقده في معركة، أو إثر غارة جوية، أو زلزال، أو ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده، وبعد البحث والتحري عنه."[2]

[1] معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، لا ط، الإسكندرية، منشاة المعارف، 2010، ج1، ص376.

[2] عمر الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمان، دار النفائس، 2001، ص274.

رابعا: موقف القانون الكويتي:

اتجه القانون الكويتي في المادة 146 و 147 إلى أن المفقود الذي غلب عليه الهلاك يحكم عليه بالموت، ومن ثمة تنحل زوجيته ويقسم ماله بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، وفي جميع الحالات الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي وذلك بعد التحري عنه، لمعرفة إن كان حيا أو ميتا.[1]

خامسا: موقف مدونة الأسرة المغربية:

اعتمد المشرع المغربي على المذهب الحنفي في الحكم على المفقود حيث نصت المادة 326 من مدونة الأسرة على أن: " المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره".

وبينت المادة 327 من مدونة الأسرة أن الحكم بموت المفقود يكون بعد سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته، أما في الأحوال العادية فيرجع إلى تقدير القاضي، وأجازت المادة 104 و105 للزوجة طلب التفريق أو التطليق لغياب الزوج.[2]

[1] أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، ط5، الكويت، مكتبة الفلاح، 2013، ص679.

[2] امحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق أخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، لا ط، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2006، ص39.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج

لقد سبق في الفصل الأول أن بيّنتُ أنّ للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب فقدان زوجها، وسأبحث في هذا الفصل حق الزوجة في طلب التفريق لغيبة الزوج، فقسمت هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه غيبة الزوج وأحكامها في الفقه الإسلامي و المبحث الثاني غيبة الزوج في قانون الأسرة الجزائري مقارنة مع بعض القوانين العربية.

المبحث الأول: غيبة الزوج ومشروعية التفريق بها في الفقه الإسلامي

سأبحث في هذا المبحث معنى الغيبة أي غيبة الزوج، وأنواع الغيبة، والتمييز بين المفقود والغائب وأقوال الفقهاء في مشروعية التفريق بها، وتب يين الرأي الراجح من أقوالهم . وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الغيبة وأقسامها وتميزها عن الفقدان

عرف فقهاء اللغة غيبة الزوج بتعريفات عديدة وكلها تصب في معنى غيبة الزوج وبعده عن زوجته، بيد أن الفقهاء لم يعرفوا الغيبة وذلك لاكتفائهم بدلالة المعنى اللغوي، مع أنهم اعتنوا بأقسامها والتمييز بينها وبين المفقود، وهذا ما سنتعرف عليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الغيبة لغة واصطلاحا

أولا: الغَيْبَة لغة: الغيبة اسم مصدر غاب بمعنى بعد وتواري، وهي خلاف الشهادة، يقال: غاب الشيء يغيب أي بعد وبَطَنَ، وخفي، ويقال: فلان غيباً، وغَيْبة وغيبوبة، وغياباً، أي لم يحضر أو يشهد.[1]

أغَابَ المرأَةُ : غاب عنها زوجُها، ويقال غاب غيابا وغيبا وغيبوبة، ومَغَابًا، ومغيبا فهو غائب، وجمعه غيب كرُكَّع، وغيّاب مثل كفّار، وغيب مثل صَحْب.[2]

وغاب الرجل وتغيب أيضا: توارى، وامرأة مُغِيب، ومُغْيِبٌ، ومُغيبة: غاب عنها زوجها، أو بعلها، أو أحد من أهلها.[3]

---

[1] ابن منظور، اللسان، مصدر سابق، مادة غاب، ج 10، ص151.

[2] الفيروزبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، مادة غاب، ج1، ص116.

[3] سعدي أبو الحبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط2، دمشق، دار الفكر، 1988، ص279.

ثانيا: الغيبة اصطلاحا:

لم أقف على تعريف للغائب أو الغيبة عند الفقهاء، إلا أنهم استعملوا كلمة الغيبة في تواري الرجل وبعده عن زوجته، مكتفين بدلالة المعنى اللغوي على استعمالهم لها، ورتبوا على ذلك أحكامها الفقهية، يعتمد معنى الغائب عند فقهاء الشريعة الإسلامية على المعنى اللغوي، فالغائب عندهم من حيث المبدأ هو كل من غاب عن النظر وهو أحد المعان اللغوية، وهذا القدر من التعريف لا خلاف فيه بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في الضابط الذي يعد الإنسان غائبا بناء عليه، فذهب الجمهور إلى أن الغائب يشمل من غاب عن النظر سواء أعلم موضعه وخبره وأتى كتابه أم فقد وانقطع خبره ولم يعلم موضعه، واشترط أكثرهم أن يكون بعيدا لمسافة معينة اختلفوا في تقديرها، وخالف المالكية فقالوا إن الغائب هو من علم موضعه وذلك في معرض حديثهم عن الغائب والمفقود، وذهبوا إلى أن المفقود لا يسمى غائبا ، لأن المفقود عندهم هو الشخص الذي لم يعلم موضعه.[1]

وعليه يمكن تعريف غيبة الزوج: " **غياب الزوج عن زوجته اختيارا إلى بلدٍ آخر أكثر من سنة مع معرفة أخباره** ".

الفرع الثاني: أقسام الغيبة عند الفقهاء

أولا: أقسام الغيبة عن الحنفية: قسم الأحناف الغائب إلى قسمين:

1 -الغائب عن مجلس الحكم.

2 -الغائب عن البلد مطلقا.[2]

ثانيا: أقسام الغيبة عند المالكية: قسموا الغائب إلى قسمين معتمدين على معيار المسافة:

1 -الغائب غيبة انقطاع : وهي الغيبة التي سافر فيها صاحبها مسافة بعيدة، مثل الذين يخرجون للمغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها.

2 -الغائب غيبة ارتجاع: وهي نوعان:

أ - غائب قريب الغيبة: هو الذي يبعد عن موطنه مسافة يوم إلى ثلاثة أيام مع الأمن.

ب -غائب متوسط الغيبة: وهو الغائب الذي يبعد عن موطنه مسافة عشرة أيام ونحوها مع

[1] عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، ط1، سوريا، دار النوادر، 2008، ص21-22.

[2] ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 2، ص518 وما بعدها.

الأمن أو يومان مع الخوف[1].

ثالثا: أقسام الغيبة عند الشافعية: ذهب جمهور الشافعية إلى أن الغائب قسم واحد، ولم يجيزوا الحكم عليه إلا إذا كان قد خرج من مكان إقامته مبكرا ولم يتمكن من العودة إليه.[2]

رابعا: أقسام الغيبة عند الحنابلة: اعتمد الحنابلة على معيار مسافة القصر حيث أجازوا الحكم على الغائب متى كان يبعد مسافة قصر الصلاة.[3]

الفرع الثالث: الفرق بين الغائب والمفقود

اختلفت أقوال الفقهاء في التمييز بين الغائب والمفقود على حسب اختلافهم في التعريف بهما، وعلى أساس تقسيم أنواع الغائب والمفقود.

أولا: مذهب الحنفية: الأمر الغالب عند الحنفية هو عدم التفريق بين الغائب والمفقود، فقد عبروا عن الغائب والمفقود بلفظ واحد خاصة عند كلامهم عن نفقة الزوجة وأولاده، فقد ذكر صاحب – البحر الرائق– أن المفقود بمنزلة الغائب في مسألة النفقة.[4]

في حين نجد أن هذا الأمر لم يسر بشكل مضطرد، إذ فرقوا بينهما في بعض المسائل الأخرى كما هو الأمر في تنصيب الوصي من قبل القاضي حيث ينصب على المفقود لحفظ حقوقه ولا ينصب على الغائب.[5]

ثانيا: مذهب المالكية: ميز المالكية بين الغائب والمفقود بشكل واضح، ومناط التمييز عندهم أن الغائب معلوم الموضع في حين أنّ المفقود مجهول الحال فقد جاء في حاشية الدسوقي: "المفقود لا يسمى غائبا في اصطلاح الفقهاء، لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه".[6]

ثالثا: مذهب الشافعية: الغائب عند الشافعية أعم من المفقود يفرق الشافعية بين الغائب الذي

---

[1] الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص113. / ومحمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج3، ص 436.

[2] الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج6، ص308.

[3] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص232.

[4] ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج5، ص176.

[5] المصدر نفسه، ج6، ص296.

[6] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص302.

انقطع خبره ولم يعرف حاله حتى يعرف موته فهو مفقود، والغائب الذي لم ينقطع خبره غائب وليس بمفقود.[1]

والغائب عند الشافعية يشمل من له الحالين الآتين: انقطاع الخبر وجهل المصير، وكذلك من لم ينقطع خبره وأمكن الوقوف على حاله، أما المفقود فيقتصر على من انقطع خبره ولم يتمكن من الوقوف على حاله.[2]

رابعا: مذهب الحنابلة: يفرق الحنابلة بين المفقود الذي لا تعلم حياته أو وفاته، وبين من كانت غيبته غير منقطعة بحيث يأتي كتابه ويمكن الوقوف على خبره، فلا تتزوج امرأته إلا لأسباب معينة كتعذر الإنفاق عليها من ماله أو إذا تضررت من بعده بأن تخشى على نفسها الفتنة، حيث يكون لها طلب الفسخ.[3]

الراجح في الفرق بين الغائب والمفقود:

المفقود: هو الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره ولا يعرف أحي هو أم ميت، والمفقود بهذا المعنى يختلف في مفهومه عن الغائب ذلك أن **الغائب** هو الشخص الذي غاب عن موطنه ولكن حياته محققة لا يقوم حولها الشك.

فكل مفقود يعتبر غائبا، بينما لا يعتبر الغائب مفقودا إلا إذا انقطعت أخباره وقام الشك حول حياته أو مماته، ولأن الغيبة نوعان على ما ذهب إليه الفقهاء المالكية غيبة انقطاع وهي الغيبة الطويلة التي ينقطع فيها خبره ولا يعلم موته أو حياته، وغيبة ارتجاع هي الغيبة التي يعلم فيها موضعه ويصل خبره، ويوصل إليه أو يأتي منه خبر، مثل المسافر للدراسة أو التجارة ونحوهما.

---

[1] الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص15، بتصرف.

[2] أبو بكر السيد البكري الدمياطي، إعانة الطالبين، لا ط، بيروت ، دار الفكر، د ت، ج4، ص90.

[3] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص263.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج

إن غيبة الزوج قد تؤدي إلى تضرر الزوجة وذلك بحرمانها من تلبية رغباتها الجسدية والنفسية مما يجعلها تتطلع إلى الرجال وتطمح نفسها إليهم وتخشى على نفسها من الانحراف، فهل لهذه الزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها بسب ذلك ؟ وهل للقاضي أن يجيبها لطلبها؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

الفرع الأول: القائلين بجواز التفريق:

وهو قول المالكية والحنابلة: أن المرأة التي غاب عنها زوجها غيبة طويلة تتضرر منها، وتخشى على نفسها الوقوع في الفاحشة لها طلب التفريق بينها وبين زوجها، حتى وإن كان ترك لها مالا تنفق منه على نفسها إذا توفرت الشروط اللازمة لذلك.

الأدلة والمناقشة:

1 -من القرآن الكريم:

أ) قوله تعالى {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} (البقرة 227)

وجه الدلالة: أي أمسكوا النساء بمعروف أو سرحوهن بإحسان، ولما كان الإمساك بالمعروف متعذرا ممن طالت غيبته عن زوجته تعين عليه التسريح بإحسان، فإن امتنع منه كان ظالما لها، وكان لها رفع الأمر إلى القاضي للتفريق بينهما، إذ القاضي منوط به رفع المظالم.[1]

ب) قوله تعالى { وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ } (البقرة: 229)

وجه الدلالة: نهى الله تعالى في هذه الآية عن الإضرار بالزوجة، وأي ضرر أشد عليها من الحرمان المستمر ، والضرر يزال وذلك من خلال العودة إليها أو نقلها إليه، فإن أبى واحدا من هذا كان ظالما، وكان لها رفع الأمر إلى القاضي ليفرق بينهما، رفعا للظلم عنها.

ج) قوله تعالى{ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِ } (النساء: 128)

وجه الدلالة: فهو يفيد أن الله تعالى لا يرضى أن تبقى المرأة معلقة، لا هي ذات زوج، ولا هي مطلقة وإذا كان لا يرضى هذا والزوج موجود معها فكيف إذا كان غائبا عنها.[2]

---

[1] القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص129.

[2] أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424-2003، ج1، ص634.

2 -من السنة:

-عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ "يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟" قلت: بلى يا رسول الله قال: "فلا تفعل صم وأفطر وقم ونم فإنّ لجسدك عليك حقا وإنّ لعينك عليك حقا وإنّ لزوجك عليك حقا".[1]

وجه الدلالة: الحق المشار إليه في قول النبي ﷺ " ولزوجك عليك حق" والذي يفوت على المرأة بسبب متابعة زوجها الصيام والقيام هو الوطء، الذي هو حق واجب للمرأة على زوجها فكان ظالما لها منه لغيبته عنها، فلها عندئذ رفع أمرها للقاضي لطلب التفريق بينهما.[2]

نوقش: ليس قطعا في أنه حق لها قضاء، فيكون لها المطالبة به إذا منعت منه، فهو يحتمل أن يكون ذلك حقا لها ديانة فقط، والدليل إذا طرقه الاحتمال سقط به الاستدلال.[3]

وأجيب عنه: أن هذا الاحتمال بعيد جدا لأن قول النبي ﷺ إنما كان بعد شكوى زوجة عبد الله ابن عمرو المبلغة لرسول الله ﷺ بواسطة أبيه عمرو بن العاص، كما في رواية النسائي من نفس القصة، حيث جاء فيها أن عبد الله بن عمرو قال: "أنكحني أبي امرأة ذات حسب، فكان يأتيها فيسألها عن بعلها، فقالت نعم الرجل من رجل، لم يطأ لنا فراشا، ولم يفتش لنا كنفا، منذ أتيناه، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال ائتني به فأتيته معه".[4]

3- من الأثر:

ما جاء عن عمر رضي الله عنه فيما روى أبو حفص عن زيد بن أسلم: أن عمر بن الخطاب سمع امرأة تشكو غيبة زوجها- وكان غاب في سبيل الله- فسأل حفصة كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت أربعة أشهر، ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر.[5]

---

[1] مسلم بن الحجاج، الصحيح الجامع، لا ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د ت، كتاب الصوم، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا، رقم الحديث: [1159]، ج2، ص817.

[2] البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج3، ص45.

[3] احمد حجي الكردي، فسخ الزواج، مرجع سابق، ص479.

[4] النسائي، السنن الكبرى، مصدر سابق، رقم الحديث: [2389]، ج4، ص209.

[5] > / والباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج4، ص31.

نوقش: بأن مصدره أصحاب المغازي، وليسوا بثقات، فضلا أن توقيت الغزو بأربعة أشهر قد يقتضي عودة الجيش برمته من جهة العدو، وقد يكو ن الجيش متقدما أو في حال التحام مع العدو الأمر الذي لا يمكن نفاذ هذا العمل وإجراؤه.[1]

وأجيب عنه: لا نسلم بأنّ رواة هذا الأثر ليسوا بثقات، فقد رواه الإمام مالك عن عبد الله بن دينار، وأخرجه البيهقي عن مالك، وقال ابن حجر في تلخيص الحبير: رواه ابن وهب عن مالك عن عبد الله بن دينار فأرسله وجزم بستة أشهر.

وأما توقيت الغزو بأربعة أشهر قد يقتضي عودة الجيش برمته، فيرد عليه بأنه تحكم، لأن عمر رضي الله عنه كان إذا استرد قوما من الغازين وجه قوما آخرين.[2]

4- من المعقول:

أ -النكاح شرع لمصلحة الزوج والزوجة ودفع الضرر عنهما، والوطء مفض إلى ضرر الشهوة، فكان الوطء حقا لهما جميعا، فإنّ لها طلب التفريق إذا تضررت بفواته.[3]

ب -اتفق الفقهاء على جواز طلب المرأة التفريق لعدم الإنفاق، وإذا ثبت لها ذلك فبخشية الزنا أولى، لأن ضرر ترك الوطء أشد من ضرر عدم النفقة، فالنفقة يمكن تحصيلها بالسؤال أو التسلف، بخلاف الوطء.[4]

ج -يجوز للمرأة طلب التفريق لتضررها بتعذر الوطء بسبب غياب زوجها، قياسا على جوازه بتعذره بعُنَّةِ زوجها وجَبِّه إذ لا فرق.

---

[1] محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع، لا ط، بيروت، دار الفكر، ج17، ص301.

[2] انظر: الباجي، المنتقى، ج4، ص31/ البيهقي، السنن الكبرى، ج9، ص29.

[3] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 7، ص30.

[4] أبو عيسى الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، ط1ن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1417-1996، ج4، ص 13.

الفرع الثاني: المانعين للتفريق

وهو قول الحنفية والشافعية أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها لغيبته مادام حيا معلوم الحياة سواء طالت غيبته أم قصرت.

الأدلة والمناقشة:

1 -دخول الزوج بزوجته مرة واحدة في العمر يكون قد وفاها حقها، والزيادة على هذه المرة غير واجبة على الزوج قضاء، والدليل على ذلك أن زوجة العنين إذا دخل بها زوجها مرة واحدة لم يكن لها طلب الفرقة بعد ذلك بسبب عنته، ومادام الوطء ليس واجبا على الزوج لم يعد ظالما بالامتناع عنه، سواء كان حاضرا أم غائبا.[1]

نوقش: أن من أقوى الأدلة دلالة على دحض هذا القول: بأن المرأة يسقط حقها في الوطء بالمرة الواحدة، أن الله تعالى قد جعل للزوج أجلا محدودا إذا حلف أن يمتنع من وطئها، حيث قال جل شأنه: { لِّلذِينَ يُولُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ ﴿ثمن﴾ وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾} (البقرة: 224-225)، فلو لم يكن دوام الوقاع حقا واجبا لها لم يصر باليمين على تركة واجبا كسائر ما لم يجب ولما جاز لها طلب التفريق إذا انتهى هذا الأمد المنصوص عليه في الآية.[2]

2 لا يفرق بين الغائب وزوجته ما دام له مال تنفق منه على نفسها، ولا يلجأ إلى حل رابطة الزواج لخوف الضرر من عدم وطئها، لأن خوف المرأة على نفسها من الزنا أمر باطني موكول إلى أمانتها، ولم يجعل له الشارع أمارة يستدل بها عليه، ولو فتح هذا الباب للنساء ولا سيما نساء هذا الزمان لادعت كل واحدة غاب عنها زوجها مع إجراء النفقة عليها أنها تخاف الوقوع في الزنا، فلا تبقى امرأة غائب إلا طلقت عليه إن شاءت، وفي ذلك من الضرر على الأزواج ومن المفاسد مالا يخفى على ذوي الألباب.[3]

---

[1] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص331. / وابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج2، ص518. / والماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج 9، ص374.

[2] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص30.

[3] أبو عيسى الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، مصدر سابق، ج4، ص126.

نوقش: إننا لا نقول بالتفريق بمجرد غيبة الرجل عن زوجته حتى يقال: إن في التفريق ضررا على الأزواج الغائبين، بل نقول إن غاب عنها غيبة طويلة يغلب على الظن أنها تضررت منها، فرق القاضي بينهما بطلبها، لكن بعد مراسلته.

إن كانت الرسائل تصله يخير بين أن يقدم أو تنقل إليه أو يطلق، فإن أبى واحدا من هذه الخيارات الثلاثة كان ظالما لزوجته، والضرر الذي يكون عليه بسبب التفريق هو أخف من الضرر الذي يكون عليها، ومعلوم أن الضرر الأعلى يدفع بارتكاب الضرر الأدنى، عملا بقاعدة ارتكاب أخف الضررين، ويختار أهون الشرين، وإذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما.[1]

3 إن ما يخص الزوجين من أحكام، كاللعان والظهار والإيلاء، ووقوع الطلاق، ووجوب العدة منصوص عليها، أما التفريق للغياب فلم يقم عليه دليل من كتاب أو سنة.[2]

الفرع الثالث: الرأي الراجح

بعد عرض أدلة الطرفين ومناقشتها، يتبيّن أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بجواز التفريق بين الزوجين إن طالت الغيبة وتضررت الزوجة، وذلك لعدة أوجه:

-قوة أدلة القائلين بجواز التفريق، لموافقتها مقاصد الشريعة، التي جاءت من أجل الحفاظ على مصالح العباد في العاجل والآجل، فلا يعقل أن تكون الشريعة عاجزة عن رفع الضرر الواقع على الزوجة جراء غياب زوجها، وتركها تتعرض للفتنة، وهي قادرة على تحصينها.

-ضعف أدلة القائلين بعدم الجواز، فليس فيها ما يدل على المنع، فعدم التنصيص على أمر من الأمور لا يقوى على المنع منه، لأنه مسألة اجتهادية سبق وأن اجتهد فيها الصحابة.

-إن الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج هو من قبيل اجتهاد الفقهاء في مسألة رفع الضرر عن الزوجة والحكمة من ذلك ترجع إلى حفظ الزوجة والمجتمع معا والقواعد الفقهية كلها شاهدة على رفع الحرج وإزالة الضرر.

---

[1] أحمد الكردي، فسخ النكاح، مرجع سابق، ص488.

[2] الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص255.

الفرع الرابع: شروط التفريق بسبب غياب الزوج ونوع الفرقة

بعد أن عرضنا أقوال الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج، وترجيح الرأي القائل بجواز التفريق إلا أنهم وضعوا شروطا لتقيد حق المرأة في الفرقة لغيبة زوجها، واختلفوا في نوع الفرقة التي تكون بسبب غيبة الزوج وهو ما سنتعرف عليه في هذا الفرع.

أولا: الشروط

إن الفقهاء القائلين بجواز التفريق لم يقولوا بجوازه على إطلاقه إنما اشترطوا شروطا لذلك أهمها:

1- أن تكون مدة غياب الزوج التي يحق للزوجة بعدها طلب التفريق هي سنة فأكثر.
2- تحقق تضرر الزوجة من غيبة زوجها، وأن تخشى على نفسها الزنا، ويعلم ذلك من جهتها بيمينها وهي مصدقة في دعواها ولا يكفي مجرد اشتهاء الجماع.
3- مراسلة القاضي للزوج الغائب وتخييره بين بواحد من ثلاثة أمور: إما أن يعود إلى زوجته، إما أن ينقلها إليه، وإما أن يطلقها، فإن أبى ينظر المدة المضروبة له، فإن لم يرد يفرق بينهما.[1]

ثانيا: نوع الفرقة عند المالكية والحنابلة:

اعتبر المالكية الفرقة للغيبة طلاقا بائنا لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلاّ الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

واعتبرها الحنابلة فسخًا لا طلاقاً لأنّه فرقة لم تصدر من الزوج ولم يوكلها الزوج إلى أحد، وإنّما هي فرقة بحكم القاضي ولا بد من حكم القاضي بالفسخ لأن هذا التفريق مختلف فيه.

[1] انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص351. / وابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج3، ص100، بتصرف.

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لغيبة الزوج

بعد أن تقرر جواز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج في الفقه الإسلامي، سأبحث في هذا المبحث موقف التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية في مسألة التفريق بين الزوجين ومدى اعتمادها على مذاهب الفقه الإسلامي وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الغائب قانونا

سأتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الغائب في قانون الأسرة الجزائري، وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الغائب في قانون الأسرة الجزائري

لقد تحدث المشرع الجزائري عن الغائب في المادة 110 من قانون الأسرة والتي تنص على أن:" الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".

من خلال نص المادة يتضح لنا أنه لتحقق الغياب أو لاعتبار شخص ما غائبا لابد من توافر شروط هي:

- **الشرط الأول: الغيبة:** ويقصد بها مغادرة محل الإقامة المعتاد.
- **الشرط الثاني :الظرف القاهر:** يقصد به في هذا المقام القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهو حادث أجنبي عن الشخص لا يد له فيه غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع.
- **الشرط الثالث: المدة:** لابد من مرور سنة على غياب الشخص لاعتباره غائبا، وهذا يعني أن انقطاع الظرف القاهر قبل مرور سنة لا يضع الشخص في مركز الغائب.
- **الشرط الرابع:الضرر:** يجب أن يتسبب الغياب في وقوع ضرر للغير ويشترط إثبات وقوع الضرر لكل من يهمه الأمر من ذوي المصلحة في سريان قواعد المفقود على هذا الشخص، وذلك بهدف جبر الضرر اللاحق بهم.[1]

[1] نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013، ص46 وما بعدها، بتصرف.

الفرع الثاني: تعريف الغائب في بعض القوانين العربية

عرفه القانون المصري: عرفه قانون الولاية على المال المصري في المادة 74 منه:" تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال التالية: متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه.[1]

عرفه القانون السوري: عرفته المادة 203 من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه: " الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره ".[2]

عرفه القانون الإماراتي: عرفه قانون الأحوال الشخصية في المادة 233 بأنه:" الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته".[3]

عرفه القانون اليمني: عرف قانون الأحوال الشخصية اليمني في القانون رقم 20 لسنة 1992 الغائب في نص المادة 113 منه كما يلي: " الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته".[4]

عرفه القانون العراقي: عرفت المادة85 من قانون رعاية القاصرين الغائب هو: " الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره ".[5]

عرفه القانون الأردني: وذلك في المادة 76 ما نصها : "إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناءً على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها".[6]

---

[1] قانون الولاية على المال، رقم 119 لسنة 1952.

[2] قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7.

[3] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم: 28 /2005.

[4] قانون الأحوال الشخصية اليمني، قرار جمهوري رقم 22 لسنة 1992.

[5] قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959.

[6] قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 61 لسنة 1976، المعدل بموجب القانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001.

عرفه القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين :عرفه هذا القانون كما يلي: " الغائب من غادر مكان إقامته الاعتيادي ولم يعرف له مقام فيه مدة من الزمن".[1]

هذه بعض التعاريف في القوانين العربية فكلها مشتركة في أن الغائب هو من يغيب عن زوجته أكثر من سنة، واختلفت توجهاتهم حول المكان الذي يعتبر فيه غائبا، فمنها من اعتبر شروط الغيبة أن يكون الزوجة في بلاد غير التي تكون فيها زوجته، ومنهم من اعتبر مجرد غيبته ولو كان في نفس البلاد، ويرجع هذا الاختلاف إلى تبني الأقوال الفقهية في هذه المسالة، و ما يمكن ملاحظته على هذه النصوص ان القوانين العربية بصفة عامة تعتبر الغائب من تخلف عن موطنه أو محل إقامته مدة سنة وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره.

وفي الأخير ما يمكن استنتاجه أن الغائب في القوانين العربية هو من تكون حياته محققة فلا يشوبها الشك.

الفرع الثالث: تمييز الغائب عن المفقود في القانون الجزائري

باستقراء نصوص المواد 109 و 110 من قانون الأسرة الجزائري نستنتج ما يلي:

1 -كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، ودليل ذلك أن المشرع الجزائري استخدم في تعريفه للمفقود مصطلح الغائب بقوله: "المفقود هو الشخص الغائب"، وبالتالي فإن مفهوم الغائب يستغرق مفهوم المفقود والعكس غير صحيح.

2 -الشخص المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته ولا موته، في حين أن الغائب حياته مؤكدة ومكانه معروف،وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى التمييز المعتمد في الفقه الإسلامي بين الغائب والمفقود والقائم على أساس الشك الذي يكتنف حياة الشخص.

3 -حالة الفقد تنتهي إما بالموت الحقيقي أو الحكمي، وذلك بعد مرور أربع سنوات من صدور الحكم بالفقد في الحروب والحالات الاستثنائية، ويترك في ظل الحالات العادية أمر تقدير المدة للسلطة التقديرية للقاضي بعد مرور نفس المدة، في حين أن الغائب

[1] القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، قرار رقم 323، ج24، 2002/03/04.

حياته مؤكدة وبالتالي فلا يمكن استصدار حكم بموته بعد مدة معينة .

4 -يشترط لاعتبار الشخص غائبا من الناحية القانونية إثبات الظرف القاهر، غير أن اعتبار الشخص مفقودا غير مرهون بهذا الشرط.

5 -اعتبار الشخص غائبا من الناحية القانونية يتوقف على إثبات الضرر من طرف صاحب المصلحة الذي يهمه استصدار حكم بالغياب، في حين أن استصدار حكم بالفقد غير مرهون بإثبات الضرر، وإنما يتوقف ذلك على تقديم وسيلة الإثبات على واقعة الفقد.

6 -توفر الشروط القانونية الخاصة باستصدار الحكم باعتبار الشخص غائبا يلحق الغائب بالمفقود حسب نص المادة 110 التي تقضي بما يلي: "وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".

والقارئ لنص هذه المادة للوهلة الأولى، وبمنأى عن باقي المواد المنظمة للغائب والمفقود، يعتقد أن المشرع الجزائري يجعل الغائب في نفس المركز القانوني للمفقود، وهذا غير صحيح لأن المشرع الجزائري قصد من وراء هذا النص اشتراط صدور حكمٍ قضائيٍ سواء لاعتبار الشخص مفقودا أو غائبا، ذلك أنه لا يعقل أن تطبق عليهما نفس الأحكام،وإلا فما العبرة من التمييز بينهما، وندلل على ذلك بمثال عن ميراث المفقود والغائب، فنجد أن الأول حياته غير متأكد منها وشرط الميراث التحقق من حياة الوارث وقت وفاة المورث، لهذا يوقف نصيبه من تركة مورثه، أما الغائب فينطبق عليه شرط التحقق من حياة الوارث وقت وفاة المورث وبهذا فإنه دائما يرث لأن حياته مؤكدة.

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري و بعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لغيبة الزوج

سأبحث في هذا المطلب موقف قانون الأسرة وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي ببن الزوجين لغيبة الزوج، والشروط التي اعتمد عليها للحكم بتطليق الزوجة من زوجها، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق للغيبة

نصت 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..."

شروط طلب التطليق: يظهر من خلال الفقرة 5 من المادة 53 أن المشرع اشترط ثلاثة شروط أساسية لتمكين الزوجة من طلب التطليق في حالة غياب الزوج وهي تتمثل فيما يلي:

1 -أن يمر على غياب الزوج سنة كاملة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.

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

3 -أن لا يترك لها الزوج، الذي غاب عنها لمدة سنة وبدون عذر مقبول، مالا تنفق منه، فإذا غاب عنها لمدة سنة أو أكثر وبدون عذر مقبول ولكن ترك لها مالا تنفق منه، فإنّها لن تجاب لدعوى التطليق لعدم توفر الشرط الأخير.[1]

إن الغيبة المقصودة في هذه المادة هي إقامة الزوج في بلد آخر غير الذي تقيم فيه الزوجة، أما إذا كان يقيم في نفس البلد فإن هذا يكون إهمالا ويدخل بالتالي في إطار الضرر الوارد في الفقرة 10 من نفس المادة.[2]

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص269. / وبلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص297-298.

[2] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص300.

الفرع الثاني: موقف بعض القوانين العربية من التفريق للغيبة

موقف القانون المصري من التفريق للغيبة: نص المشرع المصري على حق الزوجة في طلب التطليق على زوجها لغيبته عنها وذلك في المادتين 12 و 13 من القانون رقم 25 الصادر في 1929 التين نصتا على الآتي:

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

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

– فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة.

– وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طّلقها القاضي عليه بلا إعذار وضربِ الأجل".

ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 12 و 13 مزيج من المذهبين المالكي والحنبلي، بالنسبة للمادة 12 أخذ المشرع المصري برأي المالكية في مدة الغيبة الموجبة للتفريق، أما بالنسبة للمادة 13 فقد استمدها 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[1].

موقف القانون السوري من التفريق للغيبة: أخذ المشرع السوري كغيره بالتفريق للغيبة بنصه في المادة 109 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953 على ما يلي: " إذا غاب الزوج بلا عذر 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 الإنفاق منه".[2]

موقف القانون المغربي من التفريق للغيبة : أخذ المشرع المغربي بالتطليق لغياب الزوج ونص على ذلك في المادتين 104 و 105 من المدونة الجديدة للأسرة والتي جاء في نصهما ما يلي:

[1] معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط6، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص699.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دمشق، دار الفكر، د ت، ج7، ص534.

المادة 104: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق.

4 -تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكلّ الوسائل.

5 تبّلغ 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 قيم عنه، فإن لم يحضر طّلقها عليه".[1]

موقف القانون الإماراتي من التفريق للغيبة: لقد أخذ المشرع الإماراتي كغيره بالتفريق للغيبة، وجاء ذلك في المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية حيث نصت 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".[2]

موقف القانون الكويتي من التفريق للغيبة: أجاز القانون الكويتي للزوجة التي غاب عنها زوجها طلب التطليق حيث نصت المادة 136 على: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب تطليقها بائنا إذا تضررت من غيبته ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

ونصت المادة 137 على: " إن أمكن إعلام الغائب ضرب له القاضي أجلا، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بتطليقة بائنة. وإن لم يمكن إعلان الغائب فرق القاضي بلا إعذار ولا أجل.[3]

---

[1] القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 5184، الصادرة بتاريخ: 5 فبراير 2004.

[2] شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، www.gcc-legal.org

[3] أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، لا ط، الكويت، مكتبة الفلاح، ص 676.

الفصل الثالث

الفصل الثالث: التفريق القضائي بين الزوجين لحبس الزوج

قد يرتكب الزوج أمرا مخالفا للشرع أو القانون ما يستوجب حبسه، وقد تتضرر الزوجة بحبس زوجها وعليه فهل يحق لها طلب التفريق بينها وبين زوجها؟ هذا ما سأتناوله في هذا الفصل بالدراسة في مبحثين: مبحث خصصته للفقه الإسلامي ومبحث خصصته للقانون.

المبحث الأول: الحبس ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي

شرع الإسلام العقوبة حماية للمجتمع وإصلاحا للجاني، وذلك لان بعض النفوس لا يصلح حالها إلا بالعقوبة التي منها الحبس.

المطلب الأول: تعريف الحبس وأنواعه وتمييزه عن المفقود

الفرع الأول: مفهوم الحبس لغة واصطلاحا:

أولا: الحبس لغة: مِن حَبَسَ :حَبَسَهُ يَحْبسُه حَبْسًا، فهو محبوس وحبيس، والحَبْسُ ضد التخلية، واسم الموضع: الحَبْسُ والمَحْبَسَة، والمَحْبس.[1]

والسجن في اللغة من مادة سجن أي السين والجيم والنون تدل على الحبس، قال ابن فارس: هي أصل واحد وهو الحبس، والسِّجن بكسر السين المكان الذي يسجن فيه الإنسان، ومنه قوله تعالى:{ قَالَ رَبِّ ٱلسِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِيٓ إِلَيْهِ }(يوسف: 33)، وقد يجيء السجن بالفتح على المصدر، يقال سجنه يسجنه سجناً، أي حبسه[2].

تطلق كلمة السجن في اصطلاح اللغة على الحبس والمنع من حرية التصرف وإلى ذلك أشار الخليل بن أحمد الفراهيدي قائلاً: " السِّجن المَحبس، والسَّجن المحبس، والسجن البيت الذي يحبس فيه"[3]

وهذه المادة فيها ثلاثة أطراف:

1- السجن: وهو المكان.

2- المسجون: هو الذي يقع عليه السجن.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، مادة حبس، ج2، ص294.

[2] الفيروزبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، مادة سجن، ج4، ص233.

[3] أحمد بن خليل الفراهيدي، العين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،2003، مادة حبس، ج3، ص150.

3 – المنفذ: وهو الذي يقع منه السجن.[1]

وقد جاءت عدة ألفاظ في اللغة العربية مرادفة لمعنى السجن وهي كما يلي:

-**الحبس:** ويأتي بمعنى المنع والإمساك، والمحبس هو المكان الذي يتم فيه الحبس.

-**الحصر**: أي المنع والحبس، قال تعالى{وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَافِرِينَ حَصِيراً}(الإسراء:8)

-**الاعتقال:** وهو في اللغة الحبس، واعتقلت الرجل أي حبسته.

-**الإمساك:** ويراد به المنع والتعويق، قال تعالى{فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ} (النساء: 15).

-**الإثبات:** الإثبات والحبس في اللغة بمعنى واحد، ومنه { لِيُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ } (الأنفال: 30).

-**الأسر**: والأسير هو الأخيذ يؤخذ في الحرب ويسمى أسيراً ومسجونا.

ثانيا: الحبس اصطلاحا: لم يرد في كتب الفقه أو التفسير أو الحديث أو أحدا من الفقهاء والمفسرين والمحدثين من أعطى تعريفا شاملا وجامعا للمحبوس أو الحبس أو السجن إلا بعض الفقهاء الذين كتبوا في السياسة الشرعية فعرفوه باعتباره مصدراً يراد به العقوبة، وهو ما يضبطه علماء اللغة بفتح السين، ومن هؤلاء:

-ابن تيمية: فعرف السجن بقوله: "هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيل الخصم عليه".[2]

وعلق ابن القيم على تعريف شيخه ابن تيمية فقال: " إن الحبس الشرعي ليس هو السجن في مكان ضيق، أو هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه، وملازمته له".[3]

-وعرفه الكاساني:"هو منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والاجتماعية".[4]

وكل من عرفه من فقهاء السياسة الشرعية لم يخرج عن تعريف شيخ الإسلام ابن تيمية.

---

[1] زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، بيروت، المكتبة العصرية، ط5، 1420-1999، ص217.

[2] أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، لا ط، الرياض، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425-2004، ج35، ص 398.

[3] محمد بن أبي بكر بن القيم، الطرق الحكمية، لا ط، لا م، دار البيان، د ت، ج1، ص89.

[4] الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص 174.

-وعرفه محمد الجريوي بقوله : "هو الجزاء المقرر على الشخص لعصيانه أمر الشرع بتعويقه ومنعه من التصرف بنفسه حساً كان أو معنى لمصلحة الجماعة أو الفرد إصلاحاً أو تأديباً".[1]

يمكن تعريف المحبوس اصطلاحا بأنه : "**الشخص الممنوع بحكم قضائي من التصرف في نفسه وممارسة مهامه الدينية والاجتماعية لارتكابه ما يخالف الشرع** ".

الفرع الثاني: أنواع الحبس عند الفقهاء

للحبس أنواع كثيرة قسمها الفقهاء وفق الأسباب التي توجبها، ونوردها من أجل غلق باب التعسف والجور على كل من يريد أن يتخذ من الشرع ذريعة إلى اضطهاد الناس وتعذيبهم والتضييق عليهم لأي مبرر كان.

قال القرافي: " المشروع من الحبس ثمانية أقسام: **الأول** يحبس الجاني لغيبة المجني عليه حفظا لمحل القصاص، **الثاني** : حبس الآبق سنة حفظا للمالية رجاء أن يعرف ربه، **الثالث:** يحبس الممتنع عن دفع الحق إلجاء إليه، **الرابع:** يحبس من أشكل أمره في العسر، واليسر اختبارا لحاله فإذا ظهر حاله حكم بموجبه عسرا أو يسرا، **الخامس:** الحبس للجاني تعزيرا وردعا عن معاصي الله تعالى، **السادس:** يحبس من امتنع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة، كحبس من أسلم على أختين أو عشر نسوة أو امرأة وابنتها، وامتنع من التعيين **السابع:** من أقر بمجهول عين أو في الذمة، وامتنع من تعيينه، فيحبس حتى يعينهما فيقول العين هو هذا الثوب أو هذه الدابة، ونحوهما أو الشيء الذي أقررت به هو دينار في ذمتي، **الثامن:** يحبس الممتنع في حق الله تعالى الذي لا تدخله النيابة عند الشافعية كالصوم، وعندنا يقتل كالصلاة، وما عدا هذه الثمانية لا يجوز الحبس فيه.[2]

ثم زاد ابن فرحون قسمين آخرين، قال: " ويزاد إلى ما ذكره، قسم **تاسع** وهو: حبس المتداعى فيه، وقسم **عاشر** وهو: من يحبس اختبارا لما ينسب إليه.[3]

---

[1] محمد الجويري، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، ط1، الرياض،دار الثقافة والنشر بالجامعة، 1990، ج1،ص38.

[2] القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص 79-80.

[3] ابن فرحون، التبصرة ، مصدر سابق، ج2، ص 312.

ومن خلال ما كتبه القرافي، ثم ابن فرحون يمكن تقسيم الحبس بحسب طبيعته أو بالأحرى بحسب المقصد منه إلى ثلاثة أنواع:[1]

النوع الأول :حبس العقوبة: وهو أن يكون الحبس عقوبة نافذة، فيحبس المحكوم عليه برغم أنفه، ولا ترفع عنه إلا باستيفائها، أو بعفو يصدر من الجهة التي تملك العفو.

النوع الثاني : حبس الإكراه هذا النوع من الحبس موقوف على إرادة المحبوس، لتعلقه بأداء حق وجب عليه، فتكون الغاية من الحبس إجبار المحبوس على أداء الحقوق التي لزمته، وليس القصد من الحبس تطبيق عقوبة عليه، ومثال ذلك ما ذكره ابن القيم فيمن أسلم على أكثر من أربع زوجات قال : " فإن أبى الاختيار أجبر عليه بالحبس، والضرب، لأنه حق عليه، وهو قادر على الإتيان به، فأجبر عليه كإيفاء الدين، قال الشيخ[2] في " الكافي" وهكذا كل من عليه حق إذا امتنع من أدائه".

ثم قال ابن القيم: "وهكذا إذا كان على رجل دين، وله مال فائض لا يعرف بمكانه، وامتنع من قضاء دينه، فإن الحاكم يحبسه ويضربه".[3]

النوع الثالث: حبس الاختبار والاستيثاق: والغاية من هذا النوع من الحبس ليست العقوبة، وإنما هو التوثق مما ينسب إلى المتهم من جرائم، أو للتأكد من نتائج جنايته إذا كانت الجناية لها تداعياتها ويحتمل أن تتطور آثارها في المستقبل؛ كمن ضرب شخصا فأصابه بجرح خطير عرضه للوفاة، فينظر حتى تستقر حالة المجني عليه، ثم يحكم عليه بالعقوبة المناسبة، وقد سماه ابن فرحون حبس تلوُّم واختبار.[4]

---

[1] قسمه الدكتور حسن أبو غدة إلى نوعين فقط هما: حبس التعزير أي العقوبة، وحبس الاستيثاق، ونسب ذلك إلى ابن فرحون والكرابيسي والكاساني أنظر: حسن أبو غدة، أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام، ط1، الكويت، مكتبة المنار، 1407-1987، ص 81.

[2] الشيخ هو: عبد الله بن قدامة المقدسي، وكتابه هو الكافي في فقه ابن حنبل.

[3] ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، لا ط، الدمام، رمادى للنشر، 1418-1997، ج2، ص739.

[4] انظر: ابن فرحون، التبصرة، مصدر سابق، ج2، ص315 وما بعدها./ وحسن أبو غدة، أحكام السجن، مرجع سابق، ص81 وما بعدها.

الفرع الثالث: التمييز بين الأسير والسجين والمفقود

أكد الفقهاء في تعريفاتهم للأسير على أنه الرجل المقاتل والمحارب أو المشارك في الحرب بأي وسيلة سواء كانت حربية أو تخطيطية، وهو من يقع في يد المسلمين من الكفار في الحالة الحرب أو القتال، وهو ما يطلقون عليه أسير الحرب.[1]

وجاء في الفتاوى الهندية: " الأسير هو الشخص الذي احتجز عند العدو لأي من الأسباب ولم يتمكن المسلمين من معرفة حياته من مماته ويستثنى من ذلك من لحق بدار الكفر من تلقاء نفسه".[2]

والتعريف الراجح للأسير هو تعريف ابن تيمية حيث عرفه فقال: " هو وقوع العدو المحارب بيد عدوه حيا في القتال".[3]

ألحق الحنفية والشافعية والحنابلة الأسير بالمفقود[4] أما المالكية فمنهم من اعتبر المفقود في حروب الكفار والأسير نوعا واحدا، و الإمام مالك ميز الأسير عن المفقود، فالأسير وإن كان مجهول الحال فهو ليس بمنزلته فلا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو يتنصر، ويرجع سبب ذلك إلى أن الوالي لا يستطيع الاستخبار عنه في أرض العدو، فهو ليس بمنزلة من فقد في دار الإسلام.

وعموما فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يلحقون الأسير بالمفقود إذا كان أسيرا في دار الكفر وحياته مجهولة، فيعامل معاملة المفقود تماما في الأحكام، وإذا كانت حياته معلومة في دار الكفر عومل بمقتضاها وخرج بذلك من دائرة المفقود، فيكون حكمه حكم سائر المسلمين يرث لأنه مسلم من أهل دار الإسلام والأسر لا يؤثر شيئا، ولا تبين منه زوجته، فالأسر لا يؤثر في النكاح أيضا، فإن فارق دينه فحكمه حكم المرتد[5].

---

[1] أنظر: الدسوقي، الحاشية، مصدر سابق، ج2، ص479./ وابن قدامة، المغني، ج13، ص31. / والشربيني، مغني المحتاج، ج6، ص38.

[2] النظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج6، ص465.

[3] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج28، ص355.

[4] المصدر نفسه، الجزء والصفحة نفسهما./ والشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص346، بتصرف.

[5] القاضي المستشار الشيخ حسين يوسف غزال، الميراث على المذاهب الأربعة دراسة وتطبيقا، ط2، لبنان، دار الفكر، 2003، ص 248.

أدخل المالكية المحبوس الذي يمكن الكشف عنه في تعريفهم للمفقود، فإن تعذر الكشف عنه خرج من دائرة هذا الأخير، أما الشافعية والحنفية والحنابلة فلا يدخلون السجين في تعريف المفقود، ذلك أن هذا الأخير مجهول الحال فلا تعرف حياته أو مماته، في حين أن السجين هو معلوم الحال بحيث يمكن معرفة مكانه والاطلاع على حاله.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين للحبس

من أنواع التفريقِ للضرر والتفريق لغيبة وبعد الزوج عن زوجته، نظرًا لما يُصيب الزوجة جراء ذلك من ضرر لحاجتها إلى زوجها، فهل للزوجة إذا تضررت بغياب زوجها جراء سجنه، وخشيت على نفسها الفتنة الحق في أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق لأجل ذلك؟ ثمة خلاف بين الفقهاء في المسألة، وهو ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: مذهب المالكية والحنابلة

ذهب المالكية[1] والحنابلة[2] إلى أن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها، ولم يصرح بذلك إلا بعض الحنابلة في بعض فتاويهم، ولكن المذهب المالكي صرَّح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق.

الأدلة: لا يوجد لديهم نص يقضي بأن حبس الزوج يعطي للمرأة حق طلب التفريق لكن **استدل المالكية بالقياس:** إن المحبوس كالغائب بجامع أن كلاً منهما تتضرر زوجته ببعده عنها، الأمر الذي يخشى معه تعرضهما للفتنة.

لما كان المناط في تطليق القاضي الزوجة لغيبة زوجها عنها مدة سنة فأكثر في مذهب المالكية ومدة ستة أشهر فأكثر عند الحنابلة هو تضرر الزوجة من بُعْدِ زوجها عنها فإنَّ هذا المعنى موجود ومتحقق في زوجة المحبوس، فلا يختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر، في أن مَقامَها وزوجها بعيدًا عنها زمنًا طويلا أمرٌ فيه إلحاق الضرر بها في الأعم الأغلب.[3]

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص 431 وما بعدها.

[2] ابراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية،1418-1997، ج7، 90 وما بعدها.

[3] فتحي حسن مصطفى، دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1991، ص 85.

يقول الدسوقي: " الحاصل أنه إذا حلف ليعزلن عن زوجته زمنًا يحصل به ضررها، أو حلف لا يبيت عندها، أو ترك وطأها ضررًا، أو أدام العبادة وتضررت الزوجة من ترك الوطء وأرادت الطلاق، فإنَّ الحاكم يجتهد في طلاقها عليه، ومعنى الاجتهاد في الطلاق عليه أن يجتهد في أن يطلق عليه فورًا دون أجل".[1]

والشاهد في كلام الدسوقي الأول أنَّ تضرر الزوجة من ترك زوجها الوطء لأي سبب من الأسباب عِلَّةٌ تجيز طلب التفريق، وفي كلامه الثاني أن الغيبة إذا طالت سنة فأكثر وتضررت الزوجة وخشيت على نفسها الزنا عّلة تجيز التفريق وكلاهما ينطبق على الزوج المحبوس.

واستدل الحنابلة: في هذه القضية بقول ابن تيمية، حيث قال: "وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه على النفقة، فهو أولى للفسخ، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير، والمحبوس ونحوهما ممن تعذّر انتفاع امرأته به إذا طالت فرقته، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع.[2]

الفرع الثاني: مذهب الحنفية والشافعية

ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يحق للمرأة أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طالت مدته، ولو لحقها الضرر بسبب ذلك، وسواء كان حبسه بعذر أو بغير عذر.

الأدلة : استدل الحنفية والشافعية[3] على عدم جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها المحبوس بما يلي:

1 لم يرد نصٌّ من كتاب الله أو سنةِ نبيه ﷺ، أو فعلٌ من الصحابة أو ينقل عنهم بجواز التفريق لأجل الحبس أو الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن يبنى عليه التفريق.

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص431.

[2] علاء الدين أبو الحسن البعلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي،لا ط، لا م، مطبعة السنّة المحمدية، 1950، ص247 .

[3] انظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج6، ص197. / والنووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج8، ص400.

نوقش: هذا الدليل لا تنهض به الحجة وذلك لأنَّ الأمور المستجدة تكون دومًا بحاجة إلى حكم شرعي، وليس معنى أنه إن لم يرِدْ نصٌّ من كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم أو فعل من الصحابة أنَّه ليس هناك حُكْم، فبذلك تتعطَّل الكثير من الأحكام في الأمور المستجدَّة، لاسيَّما إذا علمنا أن السجن لمدة طويلة لم يكن موجودًا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو خلفائه من بعده.

2 -الأخذ بالأصل أن الطلاق لا يملك إيقاعه إلا الزوج فقط من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الطلاق لمن أخذ بالساق"[1]، فلا يملكه القاضي.

نوقش: أن هذا الحديث على فرض صحته فهو في حق الموالي وأسيادهم، ويدلُّ على ذلك مناسبة الحديث أنه أتى النبيَّ ﷺ رجلٌ فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال– راوي الحديث عبد الله بن عباس – فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يُزوِّج عبدَه أمته ثمَّ يُريد أن يفرِّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، ولمَّا كان الحديث في حق الموالي وأسيادهم فلا تنهض حجة لقولهم.

3 -بما روي عن المغيرة بن شعبة قال :قال رسول الله ﷺ: " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"[2]، وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالتي غاب عنها زوجها وحُبس أولى بالانتظار حتى يرجع.[3]

---

[1] ابن ماجة، السنن، مصدر سابق، رقم الحديث:[2081]، ج3، ص226. / وأخرجه الزيلعي في نصب الراية عن ابن عباس، كتاب الحجر، باب الحجر للفساد، ج5، ص377، وقال فيه ابن لهيعة وهو ضعيف./ وأخرجه أحمد بن محمد الكناني، تلخيص الحبير، كتاب الإيلاء، رقم الحديث 1763، ج3، ص441، وقال إسناده ضعيف.

[2] سبق تخريجه، انظر ص52 من هذا البحث.

[3] محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط1، عمان، دار الفكر، 1417–1997، ص468.

الفرع الثالث: الرأي الراجح

أرى أن الراجح والأولى بالأخذ والله أعلم هو قول المالكية والحنابلة القائلين بجواز التفريق للحبس لِمَا في قولهم من تحقيقٍ للمصلحة ورفع للضرر الواقع على الزوجة نتيجة بعد زوجها عنها و إن القياس على التفريق للغيبة للحكم على التفريق للحبس، حسب تقديرنا، أمر منطقي إلى حد بعيد، لأنّه يستند إلى نفس العّلة، وهو قياس كذلك على رأي المالكية وذلك بالشروط التي وضعوها للتفريق للغياب، أعطوا الحق لزوجة المحبوس لمدة أكثر من سنة لطلب التفريق، وهذا ما ذهب إليه جلّ المشرعين في الدول العربية، وكل ما استند إليه الفقهاء لإجازة التفريق للغياب يجوز الاستناد إليه لإجازة التفريق للحبس، ودون أن نضيف الضرر المعنوي الذي يسببه حبس الزوج للزوجة والأسرة بصفة عامة، بالنظر إلى الفعل الذي يكون قد ارتكبه.

هذا من جهة ومن جهة أخرى لا حجة للحنفية والشافعية في قولهم منع التفريق بين الزوجين لضعف أدلتهم كما سبق بيانه.

وذهب الدكتور عبد الكريم زيدان إلى ترجيح هذا الرأي أيضًا حيث قال: " والراجح ما قرره وذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية، لأن مبنى التفريق لفقد الزوج أو غيبته هو تضرر الزوجة بفقد زوجها أو غيبته عنها، وأنَّ دفع هذا الضرر عنها يكون بتمكينها من طلب التفريق، وهذا المعنى متحقق في زوجة الأسير والمحبوس، كما هو متحقق في زوجة المفقود أو الغائب[1].

وذهب إلى ترجيح هذا القول من المعاصرين الدكتور محمد عقلة حيث يقول: "وأرى أن ما ذهب إليه القائلون بالتفريق بين الزوجين للغيبة والحبس إذا طلبته الزوجة هو الأولى بالمصير إليه، وذلك رفعًا للضرر الذي يلحق الزوجة جَرَّاء ذلك عملا بقاعدة لا ضرر ولا ضرار ولأنه إذا جاز التفريق لتعذر الوطء بالعنة وبالعجز عن النفقة، فلئن يجوز الفسخ بالغيبة التي تتضمن كل ذلك أولى والله أعلم[2].

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ج8، ص467.

[2] محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط2، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، 1411-1990، ص 224.

الفرع الرابع : نوع الفرقة للحبس

ذهب المالكية إلى أن الفرقة تعد طلاقًا إذا كانت فرقة من نكاح صحيح شرعًا بناء على سبب لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء أكانت من قِبَل الزوج أم نائبه أمْ مِن قبل الزوجة، أم كانت من قبل القاضي، وعلى ذلك فإن التفريق بسبب حبس الزوج وغيبته عن زوجته غيبة تتضرر بها الزوجة تعَدُّ طلاقًا.

ويقول صاحب مواهب الجليل: " كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا المولي والمعسر بالنفقة".[1]

وقال ابن رشد: " إن ضابط التفرقة بين ما يُعَدُّ طلاقًا وما يُعَدُّ فسخًا من الفرق هو أن السبب الموجب للفرقة إذا كان غير راجع إلى الزوجين بل يرجع إلى أن الشارع قد حَرَّمَ عليهما بقاء المعاشرة فإن الفرقة المترتبة عليه تعتبر فسخا ".[2]

وأكد ما ذهب إليه المالكية من المعاصرين الشيخ علي خفيف حيث قال: " وعلى ذلك كانت ردة أحد الزوجين، أو إباء أحدهما الإسلام، والفرقة بعد الملاعنة، والفرقة بسبب طارئ فسد به النكاح فسخًا، وما عدا ذلك يعد طلاقًا".[3]

على هذا فكل ما عدا ردة أحد الزوجين أو إباء الإسلام أو الملاعنة، فعند المالكية يعتبر طلاقا.

وذهب الحنابلة على أن الفرقة هي فسخ انطلاقا عندهم من قاعدة أن كل طلاق لا يوقعه الزوج فهو فسخ وهو ما نراه صراحة في نصوص فقهائهم.

قال ابن قدامة: " فإن غاب– أي الزوج – أكثر من ذلك – أي من ستة أشهر– لغير عذر فقال بعض أصحابنا يراسله الحاكم فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه".[4]

---

[1] أبو عبد الله محمد المغربي، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 101.

[2] ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج2، ص71.

[3] علي خفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، القاهرة، دار الفكر، 1429–2008، ص18.

[4] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص467.

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لحبس الزوج

سأتناول في هذا المبحث موقف قانون الأسرة من وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين بسبب حبس الزوج، وتبين مدى أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الفقهاء في جواز التفريق القضائي لحبس الزوج وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم المحبوس قانونا وأنواعه وتمييزه عن المفقود

سأتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المحبوس في القانون الجزائري، وبعض قوانين العربية، وتبيين أنواعه وتمييزه عن المفقود، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الحبس قانونا

أولا: تعريف المحبوس في القانون الجزائري

عرف القانون الجزائري الحبس من خلال نص المادة 07 من القانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين حيث نصت على: " يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون كل شخص تم إيداعه بمؤسسة عقابية تنفيذا لأمر أو حكم أو قرار قضائي".[1]

ثانيا: تعريف المحبوس في بعض القوانين العربية

عرفه المشرع المغربي في القانون 98-23 الصادر في 25 أغسطس 1999 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، حيث نصت المادة 01 من هذا القانون كما يلي: " يعتبر معتقلا بمفهوم هذا القانون ، كل شخص اتخذ في حقه تدبير سالب للحرية وتم إيداعه داخل مؤسسة سجنية".[2]

وعرفه القانون الأردني بأنه: "الشخص أذكرا كان أم أنثى، الذي يودع في المركز، تنفيذا

[1] القانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادرة في 2005/02/13.

[2] القانون رقم 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، الجريدة الرسمية رقم 4726 الصادرة يوم الخميس 16 سبتمبر 1999.

لقرار صادر عن جهة قضائية، أو أي جهة مختصة".[1]

وعرفه القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون في المادة 02 بأنه: " الشخص المودع في السجن بناء على حكم قضائي أو أمر صادر من سلطة مختصة".[2]

الفرع الثاني: أنواع المحبوس في القانون الجزائري

قسم نص المادة 07 من القانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين حيث نصت على : " يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون كل شخص تم إيداعه بمؤسسة عقابية تنفيذا لأمر أو حكم أو قرار قضائي ويصنف المحبوسون إلى:

1. محبوسين مؤقتا، وهم الأشخاص المتابعون جزائيا والذين لم يصدر بشأنهم أمر أو حكم أو قرار قضائي نهائي.
2. محبوسين محكوم عليهم، وهم الأشخاص الذين صدر في حقهم حكما أصبح نهائيا.
3. محبوسين تنفيذا لإكراه بدني".

الفرع الثالث: التمييز بين المحبوس والمفقود قانونا

يمكن التميز بين المحبوس والمفقود من خلال استنباط أهم الفروق من التعريف الخاص بكل منهما وأهم الشروط المعتبرة لكل حالة:

1. المحبوس أو السجين معلوم الحياة لأنه حبس وهو حي، فلما المفقود لا يعرف حاله.
2. المحبوس والسجين سجن لأنه قام بجرم ما، أما المفقود فلا يكون لنفس الأسباب.
3. المحبوس أو السجين يعرف موضعه لحبسه في مكان معين، أما المفقود فيجهل موضعه.

والمحبوس بالمعنى الفقهي القانوني يخرج عن دائرة المفقود لأن حياته معلومة أما إذا تعذر الاطلاع على حاله والاستخبار عنه كما هو الشأن بالنسبة للمعتقلين السياسيين وبعض المحبوسين لدى الأنظمة الاستبدادية ففي هذه الحالة يمكن إلحاقهم بالمفقود، وبالتالي تطبق عليهم أحكامه.

---

[1] قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 09 لسنة 2004، الجريدة الرسمية، رقم 4656 الصادرة في 2004/04/29.

[2] القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون، اعتمده مجلس الوزراء العرب الدورة 16، قرار رقم365، الصادر في 2000/11/06.

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لحبس الزوج

بعد أن تبين لنا موقف الفقه الإسلامي من التفريق بين الزوجين بسبب حبي الزوج، سأبحث في هذا المطلب موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين بسبب حبس الزوج وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التفريق للحبس

قانون الأسرة الجزائري مرة بمرحلتين المرة الأولى وبعدها جاءت مرحلة التعديل والمادة الخاصة بالتفريق للحبس هي بالذات مسها التعديل وعلى هذا فهل أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية أو الحنابلة للتفريق بين الزوجين بسبب الحبس؟ وللإجابة على هذا التساؤل لابد من دراسة المادة 53 قبل التعديل وبعد التعديل في فقرتها الرابعة.

أولا: التطليق للحبس قبل تعديل 2005 لقانون الأسرة :

كانت الفقرة 4 من المادة 53 تنص على ما يلي: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية 4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية."

وانطلاقا من هذا النص فإن المشرع الجزائري يشترط في التطليق للحبس الشروط التالية:

1 صدور حكم قضائي ضد الزوج في جريمة ارتكبها.

2 أن تكون العقوبة مقيدة للحرية ، أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن.

3 -أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة.

4 أن تكون العقوبة مشينة تتعلق بأعمال منافية للأخلاق وأن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة وسمعتها، مثل الاعتداء على العرض، والاغتصاب والاحتيال وغيرها.

5 أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية بسبب ما ينشأ بين الزوجين من خلافات وخصومات مما يؤدي إلى البغض والكراهية.[1]

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ج1، ص294-295.

ومن تحليل نصوص وأحكام هذه الفقرة يتبن لنا أنه وإن كان قانون الأسرة قد منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بسبب الحكم عليه بعقوبة بدنية تقيد حريته أو تحرمه منها فإنه مع ذلك قد قيد استعمال هذا الحق بضرورة توفر ستة شروط أساسية، وفقدانها كلها أو فقدان بعضها كاف لحرمان الزوجة قانونا من ممارسة حق طلب التطليق.

وعلق المستشار عبد العزيز سعد على هذه المادة فقال: " يمكن أن نقول أن طلب التطليق استنادا إلى الحكم بعقوبة تستلزم توفر كل هذه الشروط مجتمعة هو تطليق يضع القاضي في دوامة لا حدود لها، ويجعل من الصعب على الزوجة الحصول على حكم به".

أما ما نعيبه على البند 4 من المادة 53 فهو أنه قد منح الزوجة حق طلب التطليق من الزوج المحكوم عليه بعقوبة الحبس لمدة أكثر من سنة، ولكن دون ان يفرق بين أن تكون هذه العقوبة منفذة حالا وبين أن تكون موقوفة التنفيذ، ودون أن يشترط بوضوح تعليق ممارسة هذا الحق على مضي أكثر من سنة على إقامة الزوج محبوسا في المؤسسة العقابية ، لأنه من الممكن ان يحكم عليه بالحبس لمدة أكثر من سنة مع وقف التنفيذ، ومن الممكن أن يحكم عليه بأكثر من سنة ثم يصدر عليه عفو عام أو خاص بعد مضي عدة أيام أو أشهر ، وهو ملا يتوفر معه الغرض الشرعي والقانوني لمنح الزوجة حق طلب التطليق بسبب الحكم على زوجها بعقوبة مقيدة لحريته تفوق سنة.[1]

ثانيا: التطليق للحبس بعد تعديل قانون الأسرة:

لقد استدرك المشرع الخطأ في وصف العقوبة بالشائنة، ووصف هذه المرة الجريمة فقط على أنّها تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية حيث جاء النص المعدل كما يلي: " يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.[2]

والفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة المعدل لم تعتبر الغياب للحبس أو السجن كسبب للتفريق وإنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، الجزائر، دار هومة، 1996، ص268.

[2] كانت الفقرة قبل التعديل تشترط أن تكون العقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة.

النظر عن مدة الحبس.

ولم يبين النص مقدار العقوبة المقيدة لحرية الزوج، وليس هذا فحسب، بل أن تكون الجريمة تؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

وفي جميع الأحوال فلا يقضي القاضي بالطلاق لمجرد عقوبة الحبس، بل لابد أن تتمسك الزوجة بطلب التطليق بالإضافة إلى إثباتها أن الجريمة مست بكيان الأسرة والسمعة والشرف.[1]

الفرع الثاني: موقف القوانين العربية من التفريق للحبس

سأبين في هذا الفرع موقف بعض القوانين العربية من التطليق للحبس ومدى اعتمادها على آراء الفقه الإسلامي في مسالة التفريق القضائي بين الزوجين لحبس الزوج.

أولا: موقف القانون المصري:

أخذ المشرع المصري برأي ابن تيمية والذي يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق للحبس وهذا ما جاء في المادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والتي نصت على ما يلي: " لزوجة المحبوس عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

يظهر من هذا النص شروط طلب التطليق للحبس في التشريع المصري:

1 -أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، وهذا يعني استثناء العقوبات السالبة للحياة والعقوبات المالية وحتى عقوبة الحبس مع وقف التنفيذ.

2 -صدور حكم نهائي على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية، وهي الحبس والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة، ويعني بالحكم النهائي ألاّ يكون قابلا للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف، حتى لو كان قابلا للطعن فيه أو طعن بالنقض فيه فعلا.

3 -أن تكون العقوبة ثلاث سنوات فأكثر.

4 -أن ترفع دعوى التطليق بعد مضي سنة على تنفيذ الزوج عقوبة الحبس، وهذا قياسا

[1] بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، الجزائر، الدار الخلدونية، 1428-2008، ص199.

على غيبة الزوج سنة فأكثر.[1]

ثانيا: موقف القانون العراقي

أخذ المشرع العراقي بحق الزوجة في طلب التطليق لحبس الزوج وهذا ما جاء في نص المادة 43 أولا فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث جاء فيها ما يلي: " للزوجة طلب التفريق: 1- إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

الشرط الوحيد الذي أدرجه المشرع العراقي لتتمكن الزوجة من استعمال حقها في التطليق للحبس هو الحكم على زوجها بعقوبة لمدة ثلاثة سنوات فأكثر.[2]

ثالثا: موقف مدونة الأسرة المغربية

أخذ المشرع المغربي كذلك بالتفريق للحبس أخذا برأي ابن تيمية، حيث نصت المادة 106من المدونّة الجديدة للأسرة على ما يلي: " إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله".[3]

رابعا: موقف القانون السوري

أخذ المشرع السوري برأي ابن تيمية في التفريق للحبس بقياسه على التفريق للغيبة والدليل على ذلك نصه على التفريق للحبس في فصل التفريق للغيبة وفي نفس المادة، وهي المادة 109 التي تنص على: " إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".[4]

خامسا: القانون الكويتي:

ذهب المشرع الكويتي إلى جواز طلب الزوجة التطليق بسبب حبس الزوج وذلك في قانون

---

[1] أحمد الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، لا ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2004، ص343-344.

[2] أحمد الكبيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، ص160.

[3] القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 5184، الصادرة بتاريخ: 5 فبراير 2004.

[4] قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7.

الأحوال الشخصية المعدل بقانون 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 بما نصت عليه المادة 138: " إذا حبس الزوج، تنفيذا لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية، مدة ثلاث سنين فأكثر، جاز لزوجته أن تطلب التطليق عليه بائنا بعد مضي سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".[1]

سادسا: القانون الإماراتي: بيّن المشرع الإماراتي أحكام التفريق للحبس في المادة 131 من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005، والتي تنص على ما يلي:

1- لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم بات بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من المحكمة بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

2- إذا كانت الزوجة محبوسة هي أيضا وخرجت دونه جاز لها طلب التفريق بعد مضي سنة على خروجها بذات الشروط الواردة في البند (1) من هذه المادة.

3- في الحالتين السابقتين يشترط للحكم للزوجة ألاّ يخرج الزوج من السجن أثناء نظر الدعوى أو ألاّ يبقى من مدة حبسه أقّل من ستة أشهر[2]".

يظهر لنا أن المشرع الإماراتي فصل أكثر في شروط طلب الزوجة التطليق للحبس، بأن سمح لها برفع الضرر عنها حتى وإن كان للزوج مال تنفق منه، كما وضع شروطا تمنع الزوجة من التعسف في استعمال حقها في التفريق.

نخلص في الأخير إلى أن المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري لا تأخذ بالتطليق للحبس كما أخذ به مشرعو الدول العربية مثل مصر، سوريا، العراق، المغرب، و الإمارات.

يمكن للزوجة في التشريع الجزائري أن تطلب التطليق على أساس عدم الإنفاق أو على أساس الضرر الذي لحقها من ارتكاب زوجها لجريمة معينة على أن يقدر القاضي مدى مساس هذه الأخيرة بشرف الأسرة، ومدى إمكانية مواصلة العشرة والحياة الزوجية بعد ارتكاب الزوج لهذا الفعل.

---

[1] الجريدة الرسمية، العدد 852 السنة 54 بتاريخ 25ديسمبر 2007.

[2] شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، www.gcc-legal.org

الخاتمة

الخاتمة:

وفي الأخير ومن خلال دراستنا لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الفقدان والغيبة والحبس دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مقارنة ببعض القوانين العربية، نجد أن فقهاء الشريعة وفقهاء القانون أعطوا أهمية بالغة لهذا الموضوع لما للمرأة والزوجة مكانة هامة في الشريعة الإسلامية أو في القانون، فإذا كان الزوج بيده العصمة الزوجية، فالإسلام والقانون أعطوا الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا تعرضت للضر بسبب فقدان زوجها أو غيبته أو حبسه لمدة أكثر من سنة، فقلد تطرقوا لكل الحلول التي تكفل للمرأة حريتها، إذا لحق بها الضرر، فمن أهم النتائج التي توصلت إليها هي:

- الشريعة الإسلامية راعت حاجة المرأة النفسية والجسدية، فجعلت من حقها على زوجها ألا يغب عنها مدة طويلة تتضرر منها تخشى على نفسها الفتنة، حتى ولو كان غيابه بعذر.
- أن جمهور الفقهاء يقرون أن للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب الفقدان والغيبة والحبس، مع الاختلاف في الشروط والاختلاف في تعريف المفقود والغائب والسجين، والمشرع الجزائري سلك نفس منهج الفقهاء في التفريق بين الزوجين للفقدان والغيبة وخالف في التفريق للحبس، والتشريعات العربية الأخرى ذهبت إلى ما ذهب إليه الفقهاء.
- أجمع الفقهاء على جواز التفريق بين الزوجين لا على إطلاقه بل وفق شروط، وأسباب من أهمها فوات مقاصد النكاح، وتحقق الضرر على الزوجة. وإباحته مقيدة بقيود تحقق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما.
- جوهر الخلاف بين الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين للفقدان والغيبة والحبس هو اختلافهم في حق المرأة في استدامة الوطء، فمن اعتبره حقا مشتركا أجاز التفريق، ومن لم يعتبره مشتركا واعتبره من حق الرجل فقط لم يجز التفريق.
- للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر، وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق.
- لا يقبل طلب الزوجة للتفريق بالفقدان إلا إذا صدر حكم قضائي بوفاة المفقود، بعد البحث والتحري عنه بالوسائل المتاحة.

-وللزوجة كذلك التي غاب عنها زوجها الحق في طلب التفريق، بعد أن يخيره القاضي بين أحد الأمور الثلاثة: إما أن يعود إلى زوجته، إما أن ينقلها إليه، وإما أن يطلقها، فإن أبى ينظر المدة المضروبة له، فإن لم يرد يفرق بينهما.

-إن الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج هو من قبيل اجتهاد الفقهاء في مسألة رفع الضرر عن الزوجة والحكمة من ذلك ترجع إلى حفظ الزوجة والمجتمع معا والقواعد الفقهية كلها شاهدة على رفع الحرج وإزالة الضرر.

-اختلفت شروط التفريق بسبب الغيبة بين الفقه والقانون فالفقهاء اشترطوا ثلاثة شروط هي مدة الغياب أكثر من سنة، وتحقق الضرر، والمراسلة القاضي، أما فقهاء القانون فيجب أن تكون مدة الغياب سنة فأكثر، و الغياب غير المبرر، و وعدم ترك مال للنفقة.

-بعض التشريعات العربية ذهبت إلى الجمع بين قول المالكية والحنابلة في التفريق للغيبة كالتشريع المصري والبعض الأخر ذهب إلى جواز التفريق مع الاختلاف في الشروط.

-أجاز الفقهاء التفريق بين الزوجين للحبس قياسا على الفقدان والغيبة لعلة الضرر الواقع على الزوجة، لتحقق الضرر على الزوجة المحبوس زوجها أكثر من سنة.

-اعتبر المشرع الجزائري الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود في الأحكام.

-إن الفرق بين المفقود والغائب والسجين مبني على الجهل بالحياة من عدمه، لا على الجهل بالمكان، فإن جهلت حياته فهو مفقود، وإن علمت حياته فهو غائب أو مسجون، والغيبة تزول بحضور الغائب، والفقد يزول بحضور المفقود أو موته موتا حكميا صادر عن القضاء.

-إذا حكم القاضي بوفاة المفقود فإن امرأته تبين منه من تاريخ الحكم بالوفاة وتعتد لوفاته، وهي بينونة وفاة لا بينونة طلاق أو فسخ، لأنها أثر من آثار الحكم بوفاته.

الخاتمة

الخاتمة:

وفي الأخير ومن خلال دراستنا لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الفقدان والغيبة والحبس دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مقارنة ببعض القوانين العربية، نجد أن فقهاء الشريعة وفقهاء القانون أعطوا أهمية بالغة لهذا الموضوع لما للمرأة والزوجة مكانة هامة في الشريعة الإسلامية أو في القانون، فإذا كان الزوج بيده العصمة الزوجية، فالإسلام والقانون أعطوا الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا تعرضت للضر بسبب فقدان زوجها أو غيبته أو حبسه لمدة أكثر من سنة، فلقد تطرقوا لكل الحلول التي تكفل للمرأة حريتها، إذا لحق بها الضرر، فمن أهم النتائج التي توصلت إليها هي:

- الشريعة الإسلامية راعت حاجة المرأة النفسية والجسدية، فجعلت من حقها على زوجها ألا يغيب عنها مدة طويلة تتضرر منها تخشى على نفسها الفتنة، حتى ولو كان غيابه بعذر.
- أن جمهور الفقهاء يقرون أن للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب الفقدان والغيبة والحبس، مع الاختلاف في الشروط والاختلاف في تعريف المفقود والغائب والسجين، والمشرع الجزائري سلك نفس منهج الفقهاء في التفريق بين الزوجين للفقدان والغيبة وخالف في التفريق للحبس، والتشريعات العربية الأخرى ذهبت إلى ما ذهب إليه الفقهاء.
- أجمع الفقهاء على جواز التفريق بين الزوجين لا على إطلاقه بل وفق شروط، وأسباب من أهمها فوات مقاصد النكاح، وتحقق الضرر على الزوجة. وإباحته مقيدة بقيود تحقق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما.
- جوهر الخلاف بين الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين للفقدان والغيبة والحبس هو اختلافهم في حق المرأة في استدامة الوطء، فمن اعتبره حقا مشتركا أجاز التفريق، ومن لم يعتبره مشتركا واعتبره من حق الرجل فقط لم يجز التفريق.
- للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر، وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق.
- لا يقبل طلب الزوجة للتفريق بالفقدان إلا إذا صدر حكم قضائي بوفاة المفقود، بعد البحث والتحري عنه بالوسائل المتاحة.

-وللزوجة كذلك التي غاب عنها زوجها الحق في طلب التفريق، بعد أن يخيره القاضي بين أحد الأمور الثلاثة: إما أن يعود إلى زوجته، إما أن ينقلها إليه، وإما أن يطلقها، فإن أبى ينظر المدة المضروبة له، فإن لم يرد يفرق بينهما.

-إن الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج هو من قبيل اجتهاد الفقهاء في مسألة رفع الضرر عن الزوجة والحكمة من ذلك ترجع إلى حفظ الزوجة والمجتمع معا والقواعد الفقهية كلها شاهدة على رفع الحرج وإزالة الضرر.

-اختلفت شروط التفريق بسبب الغيبة بين الفقه والقانون فالفقهاء اشترطوا ثلاثة شروط هي مدة الغياب أكثر من سنة، وتحقق الضرر، والمراسلة القاضي، أما فقهاء القانون فيجب أن تكون مدة الغياب سنة فأكثر، و الغياب غير المبرر، و وعدم ترك مال للنفقة.

-بعض التشريعات العربية ذهبت إلى الجمع بين قول المالكية والحنابلة في التفريق للغيبة كالتشريع المصري والبعض الآخر ذهب إلى جواز التفريق مع الاختلاف في الشروط.

-أجاز الفقهاء التفريق بين الزوجين للحبس قياسا على الفقدان والغيبة لعلة الضرر الواقع على الزوجة، لتحقق الضرر على الزوجة المحبوس زوجها أكثر من سنة.

-اعتبر المشرع الجزائري الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود في الأحكام.

-إن الفرق بين المفقود والغائب والسجين مبني على الجهل بالحياة من عدمه، لا على الجهل بالمكان، فإن جهلت حياته فهو مفقود، وإن علمت حياته فهو غائب أو مسجون، والغيبة تزول بحضور الغائب، والفقد يزول بحضور المفقود أو موته موتا حكميا صادرا عن القضاء.

-إذا حكم القاضي بوفاة المفقود فإن امرأته تبين منه من تاريخ الحكم بالوفاة وتعتد لوفاته، وهي بينونة وفاة لا بينونة طلاق أو فسخ، لأنها أثر من آثار الحكم بوفاته.

الملاحق

أولا: بعض قرارات المحكمة العليا

غرفة شؤون الأسرة والمواريث

ملف رقم 659259 قرار بتاريخ 2011/09/15

قضية: (ب ع) ضد (ط ي) بحضور النيابة العامة

الموضوع: خلع- عصمة

قانون الأسرة المادتان: 48 و53

المبدأ: الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج

من حيث الشكل: حيث أن الطعن جاء في الأجل واستوفى الأشكال القانونية

ومن حيث الموضوع: عن الوجه الوحيد المأخوذ من انعدام الأسباب، والذي جاء فيه أنه بمجرد طلب المطعون ضدها للخلع استجابت لها المحكمة بدون أي سبب جدي، لكن حيث أنه يتبن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن، ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن، واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة، وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية مادام أن قاضي المحكمة قام بإجراء محاولة الصلح إلا أن المطعون ضدها تمسكت بالخلع.

وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن.

فلهذه الأسباب: قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا.

والمصاريف القضائية على الطاعن.[1]

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص318 وما بعدها.

ملف رقم 574022 قرار بتاريخ 2010/07/15

قضية: (ب ك) ضد (ي ت) بحضور النيابة العامة

الموضوع: تطليق – ضرر معتبر شرعا – إثبات

قانون الأسرة: المادة: 53

المبدأ: لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا، إثبات الضرب والجرح بحكم جزائي فقط.

من حيث الشكل: حيث أن الطعن جاء في الأجل واستوفى الأشكال القانونية

ومن حيث الموضوع: عن الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون.

والذي جاء فيه أن المحكمة أسست على اعتبار أن المطعون ضدها أسست دعوى التطليق على الفقرة الأخيرة من المادة 53 التي تعتبر الضرر حالة من حالات التطليق ودعمت دعواها بشاهدتين إلا أنه لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب والطاعن والذي لا يثبت إلا بوجود حكم جزائي يقضي بإدانته بتهمة الضرب والجرح العمدي وهذا حسب اجتهادات المحكمة العليا وأضاف الطاعن أنه تعرض لإهانات من طرف المطعون ضدها.

لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين فضلا على أن الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي ادعتها المطعون، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن.

فلهذه الأسباب : قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا..[1]

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010، ص278 وما بعدها.

ملف رقم 482011 قرار بتاريخ 2009/02/11

قضية وكيل الجمهورية ضد (س ع)

الموضوع: مفقود – وفاة – ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

قرار رقم: 06-01 المادتان 27 و 30

المبدأ: يتم في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، التصريح بوفاة الشخص المفقود، بموجب حكم قضائي، اعتمادا على محضر معاينة فقدان الشخص المعني، المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتمادا على شهادة الشهود.

من حيث الشكل: حيث أن الطعن جاء في الأجل واستوفى الأشكال القانونية

ومن حيث الموضوع: عن الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون.

حيث أنه يتبين من المادتين 27 و 30 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة، أن التصريح بوفاة الشخص الذي تنقطع أخباره، ولم يتم العثور على جثته يتم بموجب حكم قضائي، استناد إلى محضر تعده الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث بدون جدوى في حين أن قاضي محكمة بلعباس اكتفى في حكمه بوفاة المدعو(س ع) على شهادة شاهدين، دون الاستناد إلى محضر المعاينة الذي لا وجود له بملف الدعوى الحالية مخالفا بذلك المادتين 27 و30

فلهذه الأسباب : قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

قبول الطعن بالنقض شكلا موضوعا

وإحالة القضية إلى نفس المحكمة مع تعين قاض آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.[1]

[1] مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010، ص288 وما بعدها.

ثانيا: بعض الأحكام العامة

ملف رقم 17/1503 حكم بتاريخ 2017/03/08

قضية (ب س) ضد (و س)

الموضوع : التطليق للحبس

مبدأ الحكم: حيث أنه من المقرر قانونا وطبقا لنص المادة 53 الفقرة 01 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه يجوز لزوجة طلب التطليق للأسباب التالية: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة العشرة والحياة الزوجية.

حيث أن التهمة التي أدين على أساسها المدعى عليه في دعوى الحال هي جنحة السرقة وهي جريمة التي ر أت الزوجة أنها تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية وهي جريمة ماسة بشرف الأسرة مما يجعل طلب المدعية مؤسس قانونا طبقا لنص المادة 53 الفقرة الرابعة ويتعين الاستجابة لها بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بالتطليق طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة .

لهذه الأسباب: قضت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة حكما علنيا اعتباريا حضوريا في حق أول درجة وأخر درجة فيما يخص التطليق

في الشكل: قبول الدعوى

في الموضوع: فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق بين **(ب س) و (و س)**[1]

[1] مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم: 01503 بتاريخ 2017/03/08، غير منشور.

ملف رقم 1502 حكم بتاريخ 2016/12/28

قضية :(ح ن) ضد (ب ، ب د) بحضور النيابة

موضوع القضية : التطليق بسبب الحبس ، حكم عليه ب6 سنوات سجن نافذة

مبدأ الحكم: حيث أنه من المقرر قانونا وطبقا لنص المادة 53 الفقرة01 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية : " كل ضرر معتبر شرعا " حيث من المستقر عليه شرعا أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا أذا أثبتت الضرر الحاصل بها .

لهذه الأسباب: حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا نهائيا غيابيا

في الشكل: قبول الدعوى شكلا .

في الموضوع: القضاء بفك الرابطة الزوجية بالتطليق بين المسماة **(ح،ن) و (ب ، ب د)** مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الوادي بتسجيل هذا الطلاق والتأشير به على هامش عقد زواجهما وعقدي ميلادهما مع تحميل المدعى عليه المصاريف القضائية[1]

[1] مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، ملف رقم: 1502 حكم بتاريخ 2016/12/18، غير منشور.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

السور	طرف الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة	فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ	102	03
	فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ	200	05
	لِّلذِينَ يُولُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُر	224	72
	وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ	225	72
	فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا	227	69/27/11
	فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ	229	82/45/11
سورة النساء	فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ	15	84
	فَلا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ	128	69
	وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِۦ	129	10/03
سورة الأنفال	لِيُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ	30	84
سورة يوسف	قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ	72	31
	قَالَ رَبِّ ٱلسِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِيٓ إِلَيْهِ	33	83
سورة الإسراء	وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوٓاْ إِلاَّ إِيَّاه	23	05
	وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَٰفِرِينَ حَصِيراً	08	83
سورة طه	وَلاَ تَعْجَلْ بِالْقُرْءَانِ مِن قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰٓ إِلَيْكَ وَحْيُهُۥ	111	04
سورة النمل	وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لآَ أَرَى ٱلْهُدْهُدَ	20	32
سروة الروم	وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجاً	20	14
سورة فاطر	وَالله يَقْضِي بِالْحَقِّ	20	05
سورة الزمر	وَقُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَهُمْ لاَ يُظْلَمُونَ	66	04
سورة الطلاق	فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ	02	03

فهرس الأحاديث النبوية:

راوي الحديث	طرف الحديث	رقم الحديث	الصفحة
أبو داود	ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق	2177	10
ابن ماجة	لا ضرر ولا ضرار	2341	12
	أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين	4236	39
	الطلاق لمن أخذ بالساق	2081	106
البخاري	يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه	5273	12
	لاعن النبي ﷺ بين رجل وامرأة	5314	13
	أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا	5355	13
	البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا	2110	24
مسلم	يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار	1159	70
النسائي	خذ الذي لها عليك وخل سبيلها	3497	12
البيهقي	امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان	15082	90/43/37
الزيلعي	الطلاق لمن أخذ بالساق	1763	90

فهرس الآثار

راوي الأثر	طرف الأثر	رقم الأثر	الصفحة
عبد الرزاق	هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت	12330	44/37
الإمام مالك	أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو	2134	46
ابن أبي شيبة	تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا	16717	46
ابن أبي شيبة	تربص سينين، ثم يدعى وليه فيطلقها	16718	46
البيهقي	أن عمر سمع امرأة تشكو غيبة زوجها	17850	70

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم برواية ورش

ثانيا: من كتب التفسير:

1. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ط 3، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424-2003 مراجعة عبد القادر عطا.
2. أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 2 ، القاهرة، دار الشعب، 1372، تعليق محمد الحفناوي.
3. أبو محمد الحسين البغوي، معالم التنزيل، ط 4، لا.م، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1417-1997، تحقيق عثمان جمعة.
4. محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، لا ط، تونس، الدار التونسية،1984.

ثالثا: من كتب الحديث

5. ابن بطال البكرين، شرح صحيح البخاري، ط. 2 ، السعودية، مكتبة الرشد، 1423-2003 ، تحقيق أبو تميم ياسر ابن ابراهيم.
6. أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط. 1 ، لا.م، دار الكتب العلمية، 1419هـ .1989م.
7. أبو الوليد سليمان خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1، القاهرة، مطبعة السعادة، 1332هـ.
8. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ط1، جنوب إفريقيا، المجلس العلمي، 1390-1970
9. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود، لا.ط، سوريا، دار الرسالة العالمية، 1430- 2009، تحقيق شعيب الأرناؤط وآخرون.
10. - أبو عمر يوسف بن عبد البر، الاستذكار، ط. 1 بيروت، دار الكتب العلمية، 1421-2000 تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي عوض.
11. - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع المختصر من السنن، لا ط، الأردن. بيت الأفكار الدولية تحقيق أحمد شاكر وآخرون.

12 – أبو محمد الرازي التميمي، الجرح والتعديل، ط 1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1271-1952.

13 – الإمام مسلم، الصحيح الجامع، لا ط، بيروت، دار إحياء التراث العربي، تحقيق فؤاد عبد الباقي

14 – أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، ط. 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1421-2001 تحقيق محمد عبد القادر عطا.

15 – الإمام مالك بن أنس، الموطأ، ط 1، الإمارات، مؤسسة الشيخ زايد، 1425-2004 تحقيق محمد الأعظمي.

16 – بدر الدين محمود العيني، عمدة القاري في شرح صحيح البخاري، ط. 1، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

17 – جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ط1، لا م، دار الحديث، 1415-1995.

18 – عبد الله بن عدي بن محمد الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال، ط3، بيروت ، دار الفكر.

19 – علي بن خلف ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ط 2، الرياض، مكتبة الرشد، 1423-2003.

20 – علي بن عمر الدارقطني، السنن، لا ط، الرياض، دار المؤيد، 1422-2001 تحقيق شعيب الأرناؤط وآخرون.

21 – محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح الجامع، ط. 2، بيروت، المكتبة العصرية، 1318-1998، تحقيق محمد بن زهير بن ناصر.

22 – محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، لا ط، لا م، دار الحديث.

23 – محمد بن حبان، الصحيح، ط 2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1414-1993، تحقيق شعيب الأرناؤط.

24 – محمد بن يزيد بن ماجة، السنن، ط 1، دار الرسالة العالمية، 1430-2009 تحقيق شعيب الأرناؤط وآخرون.

25 – محمد بن يزيد بن ماجة، السنن، لا ط، دار إحياء الكتاب العربي، د ت، تحقيق فؤاد عبد الباقي.

رابعا: من كتب اللغة

26 – ابن منظور، لسان العرب، ط.3، بيروت، دار صادر، 1414هـ.

27 – أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، لا ط، لا م، اتحاد الكتاب العرب، 1423-2002.

28 – أبو الفيض محمد الحسيني، تاج العروس،لا.ط، لا.م، دار الهداية، تحقيق مجموعة من المحققين.

29 – أبي القاسم الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ط 1، دمشق، دار القلم، 1412، تحقيق صفوان عدنان الداودي.

30 – أحمد بن خليل الفراهيدي، العين، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003 تحقيق مهدي المخزومي.

31 – زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، بيروت، المكتبة العصرية، ط 5، 1420-1999، ص 217 تحقيق يوسف الشيخ محمد.

32 – سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، ط 2، دمشق، دار الفكر، 1408هـ-1988م.

33 – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط 8، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1426-2005، تحقيق مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة.

34 – محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط 2، الكويت، مطبعة حكومة الكويت، 1414-1994 مجموعة من المحققين.

خامسا: كتب الفقه الإسلامي

35 – ابراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418-1997.

36 – إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ط 7، لا م، المكتب الإسلامي، 1409-1989، تحقيق زهير شاويش.

37 – ابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط.2 ، بيروت، دار المعرفة، د-ت.

38 – ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، لا.ط، الرياض ، دار علم الكتب، 1423-2003.

39 – ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ، لا ط، الدمام، رمادى للنشر، 1418-1997، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري، شاكر بن توفيق العاروري.

40 – أبو الحسن محمد بن علي الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419-1999.

41 – أبو الوليد أحمد ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ.

42 – أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لا.ط، القاهرة، دار الحديث، 1425-2004.

43 – أبو بكر السيد البكري الدمياطي، إعانة الطالبين، لا ط، بيروت ، دار الفكر.

44 – أبو بكر بن علي بن محمد العبادي، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، لا ط، باكستان، المطبعة الخيرية، 1322.

45 – أبو حفص عمر بن أحمد النسفي، طلبة الطلبة، لا ط ، بغداد، دار الطباعة العامرة.

46 – أبو زكريا محي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، تكملة السبكي والمطيعي، لا.ط، بيروت، دار الفكر.

47 – أبو زكريا يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1412هـ.

48 – أبو عيسى الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، ط1ن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1417-1996.

49 – أبو قاسم عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز، لا ط، بيروت دار الكتاب العربي، د ت.

50 – أبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار، لا ط، بيروت، دار الفكر.

51 – أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني،لا.ط، مكتبة القاهرة، 1388- 1968.

52 – أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، لا ط، الرياض، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425-2004 تحقيق عبد الرحمان بن محمد قاسم.

53 – أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني، لا ط، بيروت، دار الفكر، 1415هـ.

54 – أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، لا ط، لا م، دار المعارف، د ت.

55 – أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير مختصر أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، لا.ط، دار التحرير للطبع والنشر،1385–1965.

56 – الإمام مالك، المدونة، رواية الإمام سحنون التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم ، ط. 1 بيروت، دار الكتب العلمية، 1415–1994.

57 – بدر الدين محمد بن الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،1405–1985.

58 – تقي الدين الفتوحي، منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، لا.ط ، القاهرة، دار الجيل للطباعة، 1384هـ.

59 – جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط.1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411–1990.

60 – الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط2، بيروت، مؤسسة المعارف.

61 – الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لا.ط ،لا.م دار علم الكتب، 1423–2003.

62 – زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، لا م، دار الكتاب الإسلامي.

63 – سليمان بن عمر العجيلي، حاشية الجمل على شرح المنهاج، لا ط، بيروت، دار الفكر.

64 – شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط 1 ، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417.

65 – شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،لا.ط، مصر، البابي الحلبي،1377–1958

66 – شمس الدين بن أحمد السرخسي، المبسوط، لا ط، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ.

67 – الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ط 2، بيروت، دار الفكر، 1310هـ.

68 – عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1424 – 2003.

69 – عبد الرحمان بن محمد ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، لا ط، بيروت، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

70 – عبد الرحمان بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لا.ط، دار الطباعة العامرة، 1328هـ.

71 – عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، لا ط، بيروت، دار المعرفة.

72 – علاء الدين أبو الحسن البعلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي،لا ط، لا م، مطبعة السنّة المحمدية،195 .

73 – علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2، لا.م، دار الكتب العلمية، 1406–1986.

74 – علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2 ، لا.م، دار إحياء التراث العربي.

75 – كمال الدين محمد بن الهمام، فتح القدير، لا ط، بيروت، دار الفكر، د ت.

76 – محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لا.ط، بيروت، دار الفكر، 1421–2000.

77 – محمد بن إبراهيم ابن المنذر، الإجماع، ط. 1، لا م، دار المسلم للنشر والتوزيع، 1425–2004 تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد .

78 – محمد بن أبي بكر بن القيم، الطرق الحكمية، لا ط، لا م، دار البيان، تحقيق نايف بن أحمد.

79 – محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط1 ، بيروت، دار المعرفة، 1422–2001 تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب.

80 – محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق، لا ط، لا م، دار عالم الكتب.

81 – منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، لا.ط ، بيروت: دار عالم الكتب.

82 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دمشق، دار الفكر.

سادسا: الدراسات الشرعية والقانونية الحديثة

83 – أحمد الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، لا ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2004.

84 – أحمد الحجي الكردي، فسخ الزواج، بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية، لا ط، الكويت، دار اليمامة، 2014.

85 – أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، ط5، الكويت، مكتبة الفلاح، 2013.

86 – أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، لا ط، الكويت، مكتبة الفلاح.

87 – أحمد الكبيسي، الوجيز في قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته، ط. 2 ، بغداد، المكتبة القانونية، 2006.

88 – أحمد دكار، مسائل محلولة في التركات، لا ط، الجزائر، دار الغرب.

89 – أحمد محمد مومني، أحكام التركات والمواريث، ط1، الأردن، دار المسيرة، 2009.

90 – أشرف يحي رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، مذكرة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2005

91 – الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، القاهرة، دار الفكر العربي، 1377–1957.

92 – امحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق أخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، لا ط، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة،2006.

93 – باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، لا ط، الجزائر، دار الهدى، 2007.

94 – بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2، مطبعة دار التأليف، 1961.

95 – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، لا.ط ، بيروت، دار النهضة العربية، 1967.

96 – بلحاج العربي، المفقود في الأحوال الاستثنائية، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم 290808، مجلة المحكمة العليا، عدد 01 ، سنة 2003.

97 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعي.ة

98 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.

99 – بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط 1، الجزائر، الدار الخلدونية، 1428-2008.

100 –حسن أبو غدة، أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام، ط 1، الكويت، مكتبة المنار، 1407-1987.

101 –الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، لا ط، مصر، منشاة المعارف، 2004.

102 –الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، لا ط، الجزائر، الدار الخلدونية.

103 –شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2015.

104 –الشيخ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دمشق، دار القلم، 1409-1989.

105 –عبد الرحمان إبراهيم، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط1، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1409-1989.

106 –عبد الرحمان حسن حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة، ط 4، دمشق، دار القلم، 1414-1994.

107 –عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، الجزائر، دار هومة، 1996.

108 –عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية للمسلمين والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، ط.1، لا.م، د ت.

109 –عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط. 1 ، بيروت، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، 1993.

110 –عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، ط 1، سوريا، دار النوادر، 2008.

111 –عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، لا ط، الجزائر، دار الهدى.

112 -عدنان على النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004.

113 -العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر،لا ط، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2002.

114 -علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة، لا ط، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

115 -علي خفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، القاهرة، دار الفكر، 1429-2008.

116 -عمر الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمان، دار النفائس، 2001.

117 -عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، ط2، بيروت، دار الفكر، 1394هـ.

118 -فتحي حسن مصطفى، دعاوى الطلاق والطاعة للمسلمين وغير المسلمين، ط 2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1991.

119 -القاضي المستشار الشيخ حسين يوسف غزال، الميراث على المذاهب الأربعة دراسة وتطبيقا، ط2، لبنان، دار الفكر، 2003.

120 -محمد إبراهيم الكويفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكراته الإيضاحية المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 وأسبابه الموجبة، دمشق : دار الملاح، 1404-1984.

121 -محمد الجويري، السجن وموجباته في الشريعة الإسلامية، ط 1، الرياض، دار الثقافة والنشر بالجامعة،1411-1990.

122 -محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط1، الجزائر، دار هومة، 2011.

123 -محمد عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،لا.ط، بيروت ، المكتبة العلمية، 2003.

124 -محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ط2، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، 1411-1990.

125 -محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر.

126 -محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، بيروت، الدار الجامعية، 1413-1993.

127- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط 1، عمان، دار الفكر، 1417-1997.

128- مراد كاملي، محاضرات في قانون الأسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أم البواقي، 2009.

129- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ط6، الإسكندرية، منشاة المعارف، 2010.

130- منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة ، لا.ط، الجزائر، دار الهدى، 2012.

131- نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، لا.ط ، الجزائر، دار الهدى، 2012.

132- نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013.

133- يوسف عطاء محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، ماجستير في الشريعة الإسلامية، جامعة النجاح، فلسطين، 1424-2003.

سابعا: قوانين الأحوال الشخصية

134- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 الموافق لـ13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

135- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، المعدل بموجب القانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001.

136- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم: 28 / 2005، شبكة القانونين العرب www.law-arab.com

137- قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7

138- قانون الأحوال الشخصية العراقي، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/9/7

139- قانون الأحوال الشخصية العماني، الصادر بمرسوم سلطاني رقم 97/32 في 1997/06/15

140- قانون الأحوال الشخصية اليمني، قرار جمهوري رقم 22 لسنة 1992

141- القانون المصري رقم 33 لسنة 1920 ، المعدل بقانون رقم 100 سنة 1985

142- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 5184، الصادرة بتاريخ: 5 فبراير 2004

143 -القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

ثامنا: القوانين العامة والمجلات والمقالات

144 -القانون النموذجي العربي الموحد لتنظيم السجون، اعتمده مجلس الوزراء العرب الدورة 16، قرار رقم365، الصادر في 2000/11/06.

145 -مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم290808.

146 -القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، قرار رقم 323، ج24، 2002/03/04

147 -مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، قرار بتاريخ 1995/05/02.

148 -مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع والعشرون، مكة المكرمة: 1434هـ.

149 -قانون مراكز الإصلاح والتأهيل رقم 09 لسنة 2004، الجريدة الرسمية، رقم 4656 الصادرة في 2004/04/29.

150 -القانون رقم 98-23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، الجريدة الرسمية رقم 4726 الصادرة يوم الخميس 16 سبتمبر 1999.

151 -شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، www.gcc-legal.org

152 -زواق حمد العوادي، مقال: وجهة نظر قانونية بشأن أحكام المفقود في التشريع العراقي وأحكام الشريعة الإسلامية، العراق، الحوار المتمدن-العدد: 2916، التاريخ، 2010/02/13، تاريخ الإطلاع، 2017/01/27 الموقع: www.ahewar.org .

153 -القرار رقم 323، ج24، الصادر عن مجلس وزراء العرب بتاريخ: 2002/03/04

154 -المجلة القضائية، العدد 4، 1989،المحكمة العليا قرار بتاريخ 1984/12/03.

155 -الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1422 الموافق لـ 15 فبراير 2002، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، الجريدة الرسمية، العدد15.

156 -القانون 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1424 الموافق لـ 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي2003،الجريدة الرسمية،العدد37

157 -القانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادرة في 2005/02/13.

158 -الأمر06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006.

159 -مرسوم رئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فبراير 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006.

160 -المجلة القضائية، العدد الرابع، ملف رقم 35026، الصادر بتاريخ: 1984/12/03.

161 -الجريدة الرسمية الكويتية، العدد 852 السنة 54، بتاريخ 25 ديسمبر 2007.

162 -مجلة المحكمة العليا، العدد الأول و الثاني، 2010، 2012

163 -مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة.

فهرس المواضيع:

المـــــوضوع	الصفحة
الإهداء	أ
شكر وتقدير	ب
ملخص الدراسة بالعربية	ت
ملخص العربية بالفرنسية	ث
المقدمة	ح
الفصل التمهيدي ماهية التفريق القضائي	01
المبحث الأول: مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته وشروطه	02
المطلب الأول: مفهوم التفريق القضائي	02
الفرع الأول: تعرف التفريق القضائي باعتباره مركبا من كلمتين	02
الفرع الثاني: مفهوم التفريق القضائي باعتباره علما لحكم القاضي	06
الفرع الثالث : التفريق القضائي في قانون الأسرة الجزائري	07
المطلب الثاني : مشروعية التفريق القضائي فقها وقانونا	10
الفرع الأول : دليل مشروعيته فقها	10
الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق	15
الفرع الثالث: موقف بعض القوانين العربية من الفرقة أو التطليق	16
المبحث الثاني: طبيعة التفريق القضائي في الفقه الإسلامي والقانون	18
المطلب الأول : الطبيعة الشرعية للتفريق القضائي	18
الفرع الأول: مفهوم الطلاق والفسخ	18
الفرع الثاني: الفرق بين الطلاق والفسخ	21
الفرع الثالث: ضابط الفرق بين الطلاق والفسخ	23
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتفريق القضائي	26
الفرع الأول: الفرق بين الخلع والتفريق القضائي في القانون	27
الفرع الثاني: طبيعة التفريق القضائي في قانون الأسرة الجزائري	29

الفصل الأول: التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج	30
المبحث الأول: الفقدان ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي	31
المطلب الأول: مفهوم الفقدان وأنواعه	31
الفرع الأول: تعريف المفقود لغة	31
الفرع الثاني: تعريف المفقود شرعا	32
الفرع الثالث: أنواع المفقودين في الفقه الإسلامي	35
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب الفقدان	36
الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود	37
الفرع الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لفقد الزوج	43
الفرع الثالث: القول الراجح	47
المبحث الثاني: موقف الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج	49
المطلب الأول: مفهوم الفقدان قانونا وأنواعه	49
الفرع الأول: مفهوم الفقدان	49
الفرع الثاني: أنواع المفقود في القانون الجزائري	54
الفرع الثالث: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية	55
المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان وموقف بعض القوانين العربية	59
الفرع الأول: أثر الفقد على الخطبة	59
الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في التطليق	60
الفرع الثالث : موقف بعض القوانين العربية	61
الفصل الثاني: التفريق القضائي بين الزوجين لغيبة الزوج	64
المبحث الأول: غيبة الزوج ومشروعية التفريق بها في الفقه الإسلامي	65
المطلب الأول: تعريف الغيبة وأقسامها وتميزها عن الفقدان	65
الفرع الأول: تعريف الغيبة لغة واصطلاحا	65

الفرع الثاني: أقسام الغيبة عند الفقهاء	66
الفرع الثالث: الفرق بين الغائب والمفقود	67
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج	69
الفرع الأول: القائلين بجواز التفريق	69
الفرع الثاني: المانعين للتفريق	72
الفرع الثالث: الرأي الراجح	73
الفرع الرابع: شروط التفريق بسبب غياب الزوج ونوع الفرقة	74
المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لغيبة الزوج	75
المطلب الأول: تعريف الغائب قانونا	75
الفرع الأول: تعريف الغائب في قانون الأسرة الجزائري	75
الفرع الثاني: تعريف الغائب في بعض القوانين العربية	76
الفرع الثالث: تمييز الغائب عن المفقود في القانون الجزائري	77
المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القواني العربية من التفريق القضائي بين الزوجين لغيبة الزوج	79
الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التفريق للغيبة	79
الفرع الثاني: موقف بعض القوانين العربية من التفريق للغيبة	80
الفصل الثالث التفريق بين الزوجين لحبس الزوج	82
المبحث الأول: الحبس ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي	83
المطلب الأول: تعريف الحبس وأنواعه وتمييزه عن المفقود	83
الفرع الأول: مفهوم الحبس لغة واصطلاحا	83
الفرع الثاني: أنواع الحبس عند الفقهاء	85
الفرع الثالث: التمييز بين الأسير والسجين والمفقود	87
المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لحبس	88
الفرع الأول: مذهب المالكية والحنابلة	88
الفرع الثاني: مذهب الحنفية والشافعية	89

الفرع الثالث: الرأي الراجح	91
الفرع الرابع: نوع الفرقة بالحبس	92
المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية من التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الحبس	93
المطلب الأول: مفهوم الحبس قانونا وأنواعه وتمييزه عن المفقود	93
الفرع الأول: مفهوم الحبس قانونا	93
الفرع الثاني: أنواع المحبوس في القانون	94
الفرع الثالث: التمييز بين المحبوس والمفقود قانونا	94
المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري و بعض القوانين العربية من التفريق للحبس	95
الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق للحبس	95
الفرع الثاني : موقف القوانين العربية من التفريق للحبس	97
الخاتمة	100
التوصيات	103
الملاحق	105
فهرس الآيات	112
فهرس الأحاديث	113
فهرس الآثار	113
قائمة المصادر والمراجع	114
فهرس الموضوعات	126