

الفرقة للغيبية في قانون الأسرة القطري

أ.د سونيا العش ملاك / جامعة قطر

مقدمة

الزواج هو «حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يتفق مع ما يتقاضاه الطبع الانساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدّ ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات»¹ وعرفته المادة التاسعة من قانون الأسرة القطري على أنّه « عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستدامة، غايته السكن والإحصان»، إذ يرم بينهما من أجل دوام العشرة، وليكون لكليهما سكناً²، ولعلّ من أهم الحقوق المشتركة بين الزوجين المساكنة الشرعية، فمن خلالها تتحقق مقاصد الزواج من دخول ومعاشرة وإنجاب، كما أنّ من أهمّ الواجبات المحمولة على الزوج النفقة³، وقد يخلّ الزوج بهذه الواجبات عند غيبته.

الغيب لغة من الغيب وهو كل ما غاب عنك، وغاب الرجل غيباً ومغيباً وتغيّب بمعنى سافر⁴، ويتبيّن أنّ الغيبة تعكس عدم وجود، فالغائب هو « من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته

- 1 محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، نشر دار الفكر العربي 1971، ص. 44
- 2 عرّف المشرع السوري الزواج بالمادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1953 بأنه «...عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنّسل»؛ كما عرّفه المشرع المغربي بالمادة 4 من مدوّنة الأسرة المغربية الصّادرة في 3 فيفري 2004 بأنه «...ميثاق تراض وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدّوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرّة برعاية الزوجين».
- 3 المادة 57 من قانون الأسرة القطري، ولقد نصت كل التشريعات العربية والاسلامية على النفقة الزوجية من ذلك المادة 58 من قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة 1959 من أنّ «نفقة كلّ إنسان في ماله إلاّ الزّوجة فنفقها على زوجها»، ونفس الحكم قضت به مجلّة الأحوال الشخصية الأردنية الصّادرة سنة 1967 بالمادة 167 منها، وكذلك المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة 1960 التي تنصّ على أنّه «يجب النّفقة للزّوجة على زوجها»، كما قضى بذلك أيضاً المشرع الجزائري بالمادة 37 من قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984 التي نصّت بأنّه «يجب على الزّوج نحو زوجته: النّفقة الشرعية حسب وسعه إلاّ إذا ثبت نشوزها». وكذا قضت مدوّنة الأسرة المغربية بالمادة 194 بأنّ «نفقة الزّوجة على زوجها بمجرد البناء وكذا إذا دعت له للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها».
- 4 محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، باب الباء، غيب، الجزء الأول، نشر دار صادر بيروت، ص. 654.

معلومة¹، فالغيبية إذن هي التواري عن الأنظار².

واصطلاحاً عرّف المشرع القطري الغائب بأنه «من لا يعرف موطنه ولا محلّ إقامته»³. فالغائب قانوناً هو مجهول الموطن وهو يختلف عن المفقود الذي عرفه بأنه «الغائب الذي لا تعرف حياته من مماته»⁴، ولئن «كان كل مفقود يعتبر غائباً فإن كل غائب لا يعدّ مفقوداً فالفقد يعتبر حالة من حالات الغيبة»⁵.

ويمكن التمييز اصطلاحاً بين الابتعاد أو عدم الحضور والغياب، فالشخص غير الحاضر هو شخص غير موجود في مكان إقامته المعتاد ولا شك بشأن حياته من مماته، ومثله الشخص الغائب، فهو شخص غير موجود، ويمكن القول أنّ القاسم المشترك بين المصطلحين يتمثل في عدم الوجود، بيد أنّ الغياب قد يحصل لعدم العلم بموطن الشخص كما قد يحصل من غيبة يحيطها الشك والريبة بشأن الحياة والممات⁶ وهي حالة الفقدان.

وتختلف الغيبة عن الهجر، فالغيبة تعني «إقامة الزوج في بلد آخر غير بلد الزوجة»⁷ أمّا الهجر فهو «الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد»⁸. فالهجر هو عدم سكنى الزوج مع زوجته في مسكن الزوجية رغم إقامتهما بنفس البلد، واعتبرت محكمة النقض المصرية «إذا كانت غيبة الزوج عن زوجته المدّة الموجبة للتطبيق في بلد آخر غير الذي تقيم فيه فإنّ دعواها

1 رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، نشر دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، غير مؤرخ ص. 133.

2 محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، باب الباء، غيب، الجزء الأول، نشر دار صادر بيروت، ص. 654.

3 المادة 1 من قانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين
4 المادة 1 من قانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين، وهو نفس التعريف الوارد بالمادة 291 من قانون الأسرة القطري والتي نصت بأنّ المفقود هو «الغائب الذي لا يعرف إن كان حياً أو ميتاً». ولقد عرفته مجلة الأحوال التونسية بالمادة 81 منها: «يعتبر مفقوداً كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حياً».

5 توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، نشر الدار الجامعية، ص. 607، فقرة 323.

6 P.BUCAILLE et H. HERCE, Les non présents, Gaz. Pal.1941, doc. p. 59.

7 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، نشر دار الثقافة، عمان، 1996، ص. 201.

8 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 201.

تكون تطليقا للغيبة خاضعة لنصّ المادتين 12 و 13 من القانون رقم 25 لسنة 1929، أما إذا كانا يقطنان بلدا واحدا فإنّ دعاوها تكون تطليقا للهجر وتخضع لنصّ المادة السادسة من القانون المذكور¹. وتوازي المادة السادسة من القانون المصري المادة 129 من قانون الأسرة القطري وكلاهما تتعلقان بطلب الزوجة التفريق للضرر الذي يتعدّر معه دوام العشرة.

ورغم هذه الفروق الدقيقة بين المصطلحات الآنف الذكر، يمكن القول أنّ مصطلح الغيبة جامع لكل حالات الابتعاد وعدم الحضور والفقدان². واهتم قانون الأسرة القطري بالغيبة واعتبرها حاصلة ولو مع العلم بموطن الشخص بمعنى غيبة في موطن معلوم. كما قد تكون حاصلة أيضا بالغيبة في مكان مجهول أو حالة الفقد، لأنّ الشخص «إذا جهلت حياته فهو المفقود»³. كما قد تحصل الغيبة بسبب سجن الزوج، ففي كل هذه الصور من الغياب رتبّ المشرع آثارا عديدة. كما تطرّق المشرّع للغيبة المقترنة بعدم الانفاق، فتلازم عدم الانفاق مع غيبة الزوج يبيح للزوجة طلب الفرقة لعدم الانفاق.

ونظّم قانون الأسرة الفرقة للغيبة والفقدان كما تطرّق لميراث المفقود⁴. ويلاحظ أنّ الأحكام الخاصة بالغائب مبنوثة في قوانين عديدة وخاصة منها القانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين. ولقد أحال القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم ينصّ عنه المشرع، إذ أكدت المادة 39 منه أنّه «تسري في شأن المفقود والغائب واللقيط الأحكام المقرّرة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية»⁵.

1 نقض أحوال شخصية، 25-3-1996، مجموعة أحكام النقض، السنة 47، الجزء الأول، رقم 104، ص. 545 الموقع الإلكتروني لشبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com/AhkamView>.

2 يراجع، عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، نشر دار النوادر، 2008، ص. 24 وما بعدها. يلاحظ أنّ مدوّنة الأسرة المغربية نظمت بالباب الثاني المتعلق بأسباب أخرى للتطليق، الفرع الثالث بعنوان الغياب وشملت المواد التطليق للغياب والتطليق للفقدان والتطليق للحبس وهي المواد 104 و 105 و 106 من المدوّنة.

3 رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص. 133.

4 المادة 291 وما بعدها من قانون الأسرة القطري.

5 حول علاقة القانون المدني القطري بأحكام الشريعة الإسلامية، حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري: دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون 2013، العدد الثاني، على الرابط الإلكتروني:

ولقد سبق وأن اهتم الفقه الاسلامي بكافة مذاهبه بوضعية الغائب والمفقود، وميّز بينهما. وقال المالكية في الغائب خمسة أنواع «فالأول غائب لم يترك نفقة ولا طلب التفريق، فإن ترك لها مالا وطالت غيبته عن مدة السنة حينها تستطيع أيضا طلب الفرقة للغياب خلف مالا ولا لزوجه عليه شرط في المغيب، فإن أحببت زوجته الفراق فإنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق. والثاني غائب لم يترك نفقة ولزوجه عليه شرط في المغيب فزوجه مخيرة في أن تقوم بعدم الإنفاق أو بشرطها وهو أيسر عليها لأنه لا يضرب له في ذلك أجل. والثالث غائب خلف نفقة ولزوجه عليه شرط في المغيب فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان أو غير معلوم إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك. والرابع غائب خلف نفقة ولا شرط لامراته وهو مع ذلك معلوم المكان فهذا يكتب إليه السلطان إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه. والخامس غائب خلف نفقة ولا شرط لامراته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان فهذا هو المفقود»¹. كما قسّم المالكية المفقود إلى أربعة أصناف²، مفقود في بلاد المسلمين لا يدري موضعه، ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو، ومفقود في قتال المسلمين مع الكفار، ومفقود في قتال المسلمين بعضهم مع بعض، والغائب هو الصنف الأول من المفقودين³، لا يدري بمكان إقامته.

وأما الحنابلة فقد قسّموا المفقود إلى صنفين، مفقود انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة، كالمسافر للتجارة أو للسياحة أو لطلب العلم ونحو ذلك، ومفقود انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك، كالمفقود في حرب، والمسافر بحرا وغرق السفينة مع نجاة بعض راكبيها، والمفقود من بين أهله، كالذي يخرج إلى السوق أو إلى حاجة قريبة ولا يعود، ويلحق بهذه الصورة من فقد

dx.doi.org/10.539/irl2013.cl.2

1 محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الخطاب)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الرابع، ص. 155 و156.

2 يراجع يوسف عطا محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2003، (نسخة إلكترونية)، ص. 26 وما بعدها. وهناك من ذكر أيضا تقسيما إلى خمسة أصناف، أنظر شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، نشر دار الكتب العلمية بيروت، 1417 هجري، الجزء الثاني، ص. 479.

3 محمد بن الحارث الخنثي، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك حقه وعلق عليه الشيخ محمد المجدوب ومحمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ، نشر الدار العربية للكتاب، تونس 1993، ص. 353.

في صحراء مهلكة¹. وبناء على ما سبق هناك غيبة منقطعة لا يعلم فيها أخبار الشخص وتجهل حياته من مماته، وغيبة غير منقطعة يعلم فيها مكان الشخص وتصل الأخبار إليه.

ويتبين أنّ الشك حول حياة الشخص هو جوهر فقدان²، إذ يزول رباط التواصل مع الشخص بشكل يجعل أفراد أسرته لا يعلمون حياته من مماته، وهو ما نظمه المشرع القطري بالغبية في موطن مجهول فالشخص الغائب قد يكون شخصا مفقودا. ولكن الغائب في أحكام قانون الأسرة القطري قد يكون أيضا شخصا غائبا في موطن معلوم، وهذا الصنف من الغياب وإن لم يصل إلى مرحلة فقدان إلا أنّ له أثرا كسابقه على من كانوا يحيطون بالشخص الغائب، وقد يكون غيابه واقعا بانقطاع خبره لكن مع العلم بمكان تواجده، إذ يتلقى الغائب الرسائل ولكنه لا يدلي بخبر عنه ويواجه علاقته بمن يهتم شأنه بصمت مطبق.

وتعود الغيبة لأسباب عديدة منها الحروب أو الكوارث الطبيعية أو حتى مجرد السفر الطويل الذي تنقطع معه أخبار الشخص أحيانا أو البحث عن مورد الرزق أحيانا أخرى، وغير ذلك من الأسباب التي قد تهم بالشخص فتجعل منه إما غائبا أم مفقودا. ولئن ساعدت وسائل الاتصال الحديثة على رباط التواصل بين الأفراد، وكذلك ما تدلي به السلط الرسمية من إدارة الحدود ومصلحة الجوازات من معلومات يمكن بها العلم بمكان الشخص، إلا أنّ الغياب حقيقة واقعة في كل الأمكنة والأزمنة وهو موضوع قديم متجدد انبرت كافة القوانين تبحث له عن نظام متكامل لما لوضعية الغياب من انعكاسات قانونية على مستوى إدارة أموال المفقود والغائب³، وكذلك على مستوى أسرته وبالأساس علاقته بزوجه. فلا خلاف في أنّ الأسرة بنية اجتماعية قوامها الزوج والزوجة وقد تختل هذه البنية بغياب أحدهما لا سيما الزوج لذلك أولى المشرع للغياب أهمية من حيث الآثار المترتبة عنه، إذ يؤثر الغياب على استقرار الأسرة، ولا تدري الزوجة أحيانا متى تكون عودة الزوج وتجهل أحيانا أخرى حتى يمكن تواجده. فمصيبرها إما انتظاره والصبر على هذه الغيبة بما فيها من ضرر قد لا تعلم له نهاية، أو أن تطلب الفرقة قضائيا.

1 عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، نشر دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 1998، ص. 218 وما بعدها.

2 A. BRETON, L'absence, Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit civil, A-B, 1978, p. 2, n° 3.

3 تنص المادة 3 من قانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين أنه "إذا ترك الغائب أو المفقود وكيلًا عامًا، يحكم القاضي بتثبيته متى توفرت فيه شروط الوصي المختار، وإلا عيّنت الهيئة بدلًا منه.

وتحصر أموال الغائب أو المفقود عند تثبيت الوكيل، وتدار وفق الأحكام المقررة لإدارة أموال القاصر».

وأجاز المشرع القطري على غرار المذاهب الفقهية الإسلامية الفرقة القضائية كاستثناء للقاعدة على كون الطلاق ملك للزوج دون الزوجة. وعدّد المشرع حالات عديدة للفرقة القضائية، والتي منها الفرقة للغيبة والفقد والحبس وكذلك الفرقة لعدم الانفاق والتي من بين أوجهها الفرقة لعدم الانفاق المقترنة بغيبة الزوج أو فقده، إذ سمح المشرع للزوجة طلب الفرقة بعد إثبات الغيبة أو إثبات عدم الانفاق المقترن بها.

ونصت المادة 105 من قانون الأسرة القطري أن « كل فرقة بحكم القضاء تعتبر فسخا » والفرقة للغيبة سواء كسبب مستقل أو كانت غيبة مقترنة بعدم الانفاق هي فرقة قضائية، وتعدّ فسخا، والفسخ حسب نفس المادة «فرقة بائنة، ولا رجعة فيها، ولا ينقص عدد الطلقات». ولقد اعتبر الحنابلة أن كل فرقة لا يوقعها الزوج تعتبر فسخا¹ ولا تنقص عدد الطلقات لأنها فرقة من جهة الزوجة، كما عدّها المذهب المالكي طلاقا بائنا، طالما أنّها فرقة أوقعها القاضي².

إذا قد يترتب عن غيبة الزوج الاخلال بحقوق الزوجة، ممّا يستوجب حفظها كما ينبغي الحذر أيضا من الاعتداء على حقوق الزوج، فالغائب بدوره لا بدّ أن تصان حقوقه، لذا يطرح الإشكال التالي: هل وُفق المشرع في إيجاد توازن يؤمّن حفظ حقوق الزوجين عند تنظيمه للفرقة بسبب غياب الزوج؟

من غايات الزواج المساكنة بين الزوجين والمعاشرة بينهما، «فالزواج حلّ للعشرة الزوجية بينهما، وحلّ ما يقتضيه الطبع الانساني مما هو محرّم إلاّ بالزواج»³. وتخلّ الغيبة بهذه الحقوق الزوجية المشتركة، لذا ضبط المشرع حالات محدّدة لإيقاع الفرقة للغيبة، كما حدّد لها شروطا محاولة منه حفظ حقوق الزوجين سواء عند طلب الفرقة للغيبة مطلقا (المبحث الأول) أو عند الفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغيبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: طلب الفرقة للغيبة مطلقا

عدّد المشرع حالات طلب الفرقة للغيبة مطلقا (المطلب الأول) وحدّد شروطها (المطلب الثاني).

1 أنظر، عبد البر، الكافي في فقه ابن حنبل، الجزء الثالث، ص. 75.

2 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 533.

أنظر خلاف ذلك المادة 109-2 من القانون السوري التي نصت بأن «هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها».

3 محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، نشر دار الفكر العربي، 1981، ص. 218.

المطلب الأول: حالات طلب الفرقة للغيبة مطلقا

يعود طلب الفرقة القضائية في هذه الحالات إلى غياب الزوج ليس إلا، وقد ميّز قانون الأسرة القطري بين الغيبة في موطن معروف (الفرع الأول)، والغيبة في موطن مجهول أو حالة الفقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغيبة في موطن معروف

نظمت المادة 143 من قانون الأسرة القطري الغيبة في موطن معروف فنصت « للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته لمدة سنة فأكثر، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ويضرب له القاضي أجلا لا يتجاوز شهرين ينذر فيه، إمّا بالعودة للإقامة معها، أو نقلها إليه، أو طلاقها، وإلا فَرَّقَ بينهما». ويتبيّن أنّ الغيبة هي مبنى طلب الزوجة للفرقة، وهي سبب مستقل قائم بذاته لا ينظر فيه لوفاء الزوج بواجب الانفاق من عدمه.

ومردّ مشروعية طلب الفرقة يتمثل في الضرر للأحق بالزوجة من عدم معاشرته زوجها لها، وهو ضرر يتأكد بمرور سنة على غيبة الزوج، فيكون الزوج قد أخلّ بحقوقها الزوجية. ويلاحظ أنّ الفقه الإسلامي لم يجمع بشأن الفرقة للغيبة كسبب مستقل، إذ يرى الحنفية¹ والشافعية² أنه لا

1 علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية شرح البداية، تحقيق طلال يوسف، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الثاني، ص. 424، قال: « ولا يفرق بينه وبين امرأته » وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به إماما ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملا بالشهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود: « إنها امرأته حتى يأتها البيان » وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب العودة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة. قال: « وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته » قال رضي الله عنه: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت» 2 أبو عبد الله بن إدريس الشافعي، الأم، نشر دار المعرفة، بيروت 1393 هجري، الجزء الخامس، ص. 239.

يجوز طلب الفرقة للغيبة مهما طالّت المدّة، طالما أنّ الزوج قد ترك مالا للزوجة تنفق منه على نفسها، وتمّ تبرير ذلك بأنّ « دوام الوطء قضاء حق للرجل فقط وليس للزوجة فيه حق. فإذا ما ترك الزوج وطء زوجته مدّة لم يكن ظالما لها أمام القاضي سواء أكان حاضرا أم غائبا طالّت غيبته أم لا. لأنّ حقها في الوطء ينقضي بالمرّة الواحدة فإذا استوفته لم يعد لها في الوطء حق في القضاء»¹، واستدلّوا في ذلك «بعدم قيام الدليل الشرعي على التفريق ولأنّ سبب التفريق لم يتحقق فإن كان موضعه معلوما بعث الحاكم لحاكم بلده، فيلزم بدفع النفقة»²، كما أكّدوا أيضا أنّ التفريق للغيبة لم ينصّ عليه كتاب ولا سنّة³.

وفي المقابل أجاز المالكية⁴ والحنابلة⁵ التفريق للغيبة كسبب مستقل، حتى وإن ترك الزوج لزوجته مال النفقة مدّة غيبته وذلك للضرر الذي يلحق بالزوجة، وبالتالي كانت مشروعية الفرقة للغيبة لمحاولة توقّي الضرر قدر المستطاع، فالضرر إمّا أن يزال أو يدفع بقدر الإمكان، واستدلّوا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار»⁶، لكنّ هذين المذهبين اختلفا في نوع الغيبة والمدّة المقترنة بها، أخذ المالكية بالغيبة مطلقا سواء كانت بعذر أم بغير عذر والقول الراجح بشأن مدّتها هو سنة⁷، أما الحنابلة فلم يجيزوا الفرقة للغيبة إلّا إذا كانت لعذر لمدة لا تقلّ عن ستة أشهر⁸.

1 زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، نشر دار المعرفة، بيروت، الجزء الخامس، ص. 176؛ أنظر أيضا، رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 133.
2 أبو عبد الله بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 239؛ أنظر أيضا، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، نشر دار الفكر، 1989، ص. 533.

3 أبو عبد الله بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 239.
4 شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 352. أنظر أيضا، زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية 1970، ص. 397.

5 منصور بن يونس الهوتي، كشف القناع على متن الاقناع، نشر دار الفكر، 1982، ص. 395؛ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، نشر دار الفكر بيروت 1405 هجري، الجزء التاسع، ص. 131.

6 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، نشر دار الفكر، 1989، ص. 533.

7 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 533.

8 منصور بن يونس الهوتي، كشف القناع على متن الاقناع، المرجع السابق، ص. 395.

واعتبر المالكية أنَّ نوع الضرر الذي يقع توقُّيه بإيقاع الفرقة للغيبة هو الخشية من الوقوع في الزنا¹. أمَّا الحنابلة فأخذوا باتِّساع معنى الضَّرر اللاحق بالزوجة ولم يحصروه في الخوف من الفتنة والزنا². فالضَّرر مصطلح يجمع كل ما تتأدَّى به الزوجة من غيبة زوجها.

وتتناسق مشروعية طلب الزوجة الفرقة للغيبة مع ما أكَّده المشرع بالمادة 56 من قانون الأسرة القطري عند ذكره للحقوق المشتركة بين الزوجين والتي منها « حلَّ استمتاع كل منهما للآخر بالوجه الشرعي، وإحصان كل منهما للآخر، والمساكنة الشرعية». إذ تعكس هذه الحقوق الجانب الحميمي والعاطفي والجنسي في علاقة الزواج وهي حقوق في جانب الزوجين، ويخلُّ الزوج بها بغيبته عن زوجته. و تعكس المساكنة التعاون بين الزوجين في تسيير شؤون الأسرة ومواجهة مشتركة لمصاعب الحياة. وهي لا تقتصر من جانب الزوج فحسب على توفير بيت الزوجية، بل إنَّ المساكنة المشتركة بين الزوجين تضي على الحياة الأسرية قوة وتكاملا لا سبيل إلى تحقيقهما بغياب الزوج، ومواجهة الزوجة بمفردها مصاعب الحياة وتحمل أعبائها. فتكون مطالبتها التفريق مردّه الضرر الذي يلحق بالزوجة من الغياب.

كما تطرّق قانون الأسرة لنوع آخر من الغيبة، وهي تلك التي تكون بسبب الحبس، فقد نصت المادة 145 « إذا حبس الزوج بحكم نهائي لمدة لا تقل عن سنتين جاز لزوجته أن تطلب التفريق منه، ولا يحكم بالتفريق إلا بعد مضي سنة من تاريخ الحبس»، فالمحبوس وإن كان غائبا عن بيته لكنه معلوم المكان. «فهو في غيبة غير منقطعة، ومعلوم الحياة»³، غير أنَّ هذه الغيبة تلحق ضررا بالزوجة. فالمحبوس هو في حالة غياب فعلي⁴، فهو غائب معلوم المكان. وتذهب الفرقة للحبس في نفس منحى الفرقة للغيبة لتضرر الزوجة من عدم مساكنة الزوج لها، فالمناط في ذلك الضرر اللاحق بالزوجة.

1 شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 431.

2 منصور بن يونس الهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، المرجع السابق، ص. 395.

3 محمد أبو شهاب المري، فُرْق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 240.

4 محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية 2003، ص. 274.

وحرّي بالذكر أنّ عديد التشريعات العربية اعتمدته كسبب يبيح طلب الفرقة، من ذلك المشرع السوري فقد اعتبرت المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية حبس الزوج حالة من حالات الغياب، ونصت « إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن لأكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو له مال تستطيع الإنفاق منه». وإلى ذلك ذهب المشرع المصري بالمادة 14 من القانون رقم 25 لسنة 1929 بتاريخ 25-3-1929 التي نصّت «لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطبيق عليه بائناً للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

وغير خاف أنّ آراء الفقه الاسلامي اختلفت في شأن الزوج المحبوس، فالمذهب الحنفي لا يعتبر الحبس سببا مشروعاً للفرقة تماشياً مع رفضهم مطلقاً طلب الفرقة للغيبة¹.

أما الحنابلة فالراجح عندهم عدم الفرقة للحبس لأنها غيبة بعذر²، على خلاف المالكية الذين لم يميّزوا بين الغيبة بعذر أو بغير عذر، ففي كلا الحالتين يمكن طلب الفرقة³. وبالتالي انفرد المالكية دون غيرهم بإجازة الفرقة للحبس إذا كانت مدّة الحبس تفوق سنة⁴، قياساً على الغيبة في مكان معلوم، لاتحاد العلّة، فحالة زوجة المحبوس مثل حالة زوجة الغائب « في أنّ مقامها وزوجها بعيدا عنها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف ممّا تأباه الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب من الحالات»⁵. وبالتالي كانت الفرقة للحبس عند المالكية لا بسبب مجرد الحبس وإنما « لأجل الضرر من ترك الوطء»⁶، واعتبر الدكتور محمد أبو شهاب المري أنّ السماح للمسجون

1 محمد أبو شهاب المري، فُرّق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 240.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 535؛ محمد أبو شهاب المري، فُرّق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 240.

3 محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص. 448 وما بعدها.

4 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 535.

5 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 449؛ أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، دار نشر المعرفة، الطبعة 3، ص. 424.

6 محمد أبو شهاب المري، فُرّق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 240.

بزيارة زوجته له في غرفة خاصة يرفع عنها الضرر بترك الوطء¹، وبالتالي لا مبرر لإجازة طلب الفرقة للحبس في قانون الأسرة القطري.

ولكن يجوز القول أنّ المشرع القطري ورغم تأثره في هذا المقام بالمذهب المالكي عند قبوله للفرقة للحبس، إلا أنّ المشرع وفي كل حالات الفرقة للغيبة لم يحدّد نوع الضرر الذي يلحق بالزوجة. فكما يمكن أن يكون الضرر من ترك الوطء، يمكن أيضا أن يكون ضررا غيره، إذ يكون في سجن الزوج ما يلحق بها أذى. وإلى ذلك ذهب حكم قضائي اعتبر أنّ «تورط الزوج في عديد القضايا وصدر أحكام ضده سالبة للحرية وقبوعه بالسجن مدّة سنوات عديدة هو في الحقيقة ضرر محقق يحول دون مواصلة الحياة الزوجية في كنف المودة والصفاء والأمان وينال من كرامة الزوجة التي بقيت دون عائل ودون سند. وحيث أنّ الضرر ثابت ومثبت بالمؤيّدات اتجه إيقاع الطلاق بينها وبين المدعي عليه»².

ولتحقق إمكان طلب الزوجة الفرقة للحبس اشترط المشرع القطري ضرورة أن يُحكم بحبس الزوج مدة سنتين بحكم نهائي، بمعنى حكم لم يعد قابلا لأي وجه من وجوه الطعن العادية. فالأحكام النهائية «هي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، سواء لأنّ المشرع قرّر عدم جواز استئنافها، أو لفوات ميعاد الاستئناف وصيرورتها نهائية»³. وموجب ذلك تكون التهمة ثابتة لا تحتل الشك، ولقد قضت محكمة النقض المصرية في دعوى تفريق لسجن الزوج بأنّه «لم يتطلّب النصّ المذكور أن يكون الحكم الجنائي باتا باستنفاد طرق الطعن غير العادية أو بفوات مواعيدها، مكتفيا بصيرورته نهائيا لا يقبل الطعن بالطرق العادية، إذ أنّ الأصل في الأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية أنّها واجبة التنفيذ متى صارت نهائية عملا بالمادة 460 من قانون الإجراءات الجنائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فينقذ الحكم الجنائي متى صار نهائيا بألا يكون قابلا للمعارضة أو الاستئناف ولو كان قابلا للطعن بالنقض أو طعن فيه بالنقض بالفعل»⁴.

1 محمد أبو شهاب المري، فُرّق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 241.

2 حكم مدني ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 68110، مؤرخ في 17-10-2008 غير منشور.

3 عثمان التكروري، الوجيز في شرح أصول المحاكمات المدنية والتجارية، دون مكان النشر، 2002، ص. 10.

4 جمهورية مصر العربية، النقض المدني، الطعن رقم 480 - لسنة 64 قضائية - بتاريخ 28-12-1998 الموقع الالكتروني لشبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com/AhkamView>.

ولم يكتف المشرع القطري بتنظيم الغيبة في مكان معلوم، إذ قد تكون الغيبة في مكان مجهول والتي حوّل فيها المشرع أيضا للزوجة إمكان طلب الفرقة.

الفرع الثاني: الغيبة في موطن مجهول أو حالة الفقد

نظمت المادة 144 من قانون الأسرة القطري الغيبة في موطن مجهول وكذلك حالة المفقود، فنصّت «للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود، أو الغائب لجهة مجهولة، لمدة لا تقلّ عن سنة، ويفرّق القاضي بينهما دون تأجيل ولو كان له مال»

تجيز الغيبة في موطن مجهول أو عند فقدان للزوجة طلب الفرقة، فالغائب في موطن مجهول لا يدري مكان إقامته ولا تعرف أخباره، ولكن لم يصل بعد إلى مرحلة الفقد، لأنه إذا جهل مكان الشخص وانقطع خبره ولم يدر أحي هو أم ميت فهو المفقود. فبانقطاع خبر الشخص والجهل بمكانه وكذلك في فترة الريبة والشك بشأن حياته أو مماته حوّل المشرع للزوجة طلب الفرقة القضائية بمضي سنة من فقد الزوج.

وتنتهي فترة الريبة بالنسبة للمفقود بما أكدته المادة 39 من القانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين من أنه «يحكم القاضي بموت المفقود بعد التحري عنه بكل الوسائل في أيّ من الحالات التالية:

1- قيام دليل على موته.

2- فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، أو فقده في ظروف يغلب فيها الهلاك ومضي سنتين على الفقد.»

فقد يظهر بعد مدة من الزمن دليل على وفاة المفقود، أو يُصرّح بوفاته حكما بانقضاء مدة زمنية¹. ولقد ضرب المشرع القطري أجلا للتصريح بوفاته بحسب ظروف غيبته، فإن فُقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك، فلا يقضى بوفاته إلا بمضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، وإذا فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، فلا يحكم بوفاته إلا بعد مضي سنتين على الفقد. وبموجب الوفاة الحكمية تكون الفرقة من زوجته فرقة وفاة، وبالتالي تعتدّ زوجته عدّة الوفاة.

1 اختلفت المذاهب الاسلامية في تحديد هذه المدة التي يُقضى بعدها بوفاة المفقود، يراجع، عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص. 562 وما بعدها.

ولكن قبل التصريح بموت المفقود أو الغائب لجهة مجهولة يمكن للزوجة طلب الفرقة القضائية لتضررها من غيبة زوجها في مكان مجهول أو لفقده، وهو ما نظمته المادة 144 من قانون الأسرة القطري.

ولقد اختلفت أقوال الفقهاء في شأن الفرقة القضائية من المفقود، واعتبر الحنفية¹ والشافعية² أنَّ المفقود هو شخص حي في حق نفسه وميت في حق غيره، وباعتبار كونه حي في حق نفسه فيجري عليه حكم الشخص الحي في ما كان له، لذا لا يجوز لزوجة المفقود طلب الفرقة وتنتظره إلى أن يأتيها البيان لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «إنَّ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»³، وبناء عليه لا يُفَرَّق بين الزوجين قبل الحكم بموت المفقود.

أما القول الثاني فهو للمالكية الذين أجازوا لامرأة المفقود طلب الفرقة⁴، أمَّا الحنابلة فقد أجازوه عند الغيبة التي ظاهرها الهلاك⁵، ويتضح في كلا المذهبين أنَّ مردَّ الفرقة «يرجع إلى

1 علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية شرح البداية، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 424. قال: «ولا يفرق بينه وبين امرأته» وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به إماما ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملا بالشهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود: «إنها امرأته حتى يأتيها البيان» وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجوع إلى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب العودة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة. قال: «وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته» قال رضي الله عنه: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت»

2 أبو عبد الله بن إدريس الشافعي، الأم، نشر دار المعرفة، بيروت 1393 هجري، الجزء الخامس، ص. 239.

3 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب السير، نشر دار المعرفة بيروت، 1992، 445/7، الحديث ضعفه الألباني، أنظر، ضعيف الجامع الصغير وزيادته المسمى بالفتح الكبير، المكتب الاسلامي بيروت، 1988، ص. 171.

4 أنظر شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص. 431.

5 أنظر اليهودي، كشف القناع على متن الاقناع، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص. 421.

الحكم بموت المفقود، مع أنَّ المالكية يقدِّرون وقوع الطلاق، وإن كانت المرأة تعتدَّ عدَّة وفاة¹. وبالتالي « فكلُّ من أجاز التفريق بين المفقود وزوجته، سواء أحمَّد التفريق بمدة لا يظن أن يعيش بعدها، أو حدَّد بأربع سنين، قالوا على أنَّ زوجته تعتدُّ للوفاة بعد مضيَّ المدة التي يحكم بموته بعدها². واستثناسا بهذا الرأي نقد الدكتور محمد أبو شهاب المري قانون الأسرة القطري تنظيمه للفرقة للفقد، وتساءل كيف يحكم بموت المفقود ثم يجعل المشرع «الفرقة فسخا، لا فرقة وفاة؟» -فهذا- لم يقل به أحد من أهل العلم، لذلك أوصي أن تعدَّل هذه المادة -المادة 144- وذلك باستبدال عبارة (يفرق القاضي بينهما)، بعبارة (يحكم بموته)، حتى تعتد -الزوجة- للوفاة³.

ولكنَّ السؤال الذي يطرح نفسه هل أنَّ المشرع القطري أراد أن يجعل الفرقة في حالة المفقود فرقة وفاة؟

إنَّ الفرقة المنصوص عليها ضمن المادة 144 فرقة قضائية للفقد، والمفقود عرّفه المشرع القطري بأنَّه «الغائب الذي لا تعرف حياته من مماته»⁴. فالريية والشك تكتنفان حياته وليس هناك يقين بشأن مماته، و يحصل طلب الفرقة من الزوجة زمن الريية، في وقت لم يصرَّح فيه بعد بالوفاة الحكمية، وطالما أنَّ المشرع أجاز الفرقة للغيبة في موطن معلوم بالمادة 143 من قانون الأسرة القطري عند تحقُّق شروطها⁵، فمن باب أولى وأحرى أن يجيز الفرقة للغيبة في موطن مجهول أو للفقد مدَّة سنة فأكثر. وبالتالي صان المشرع حقوق زوجة المفقود بنفس الكيفية التي صان بها حقوق زوجة الغائب في موطن معلوم، من خلال ضمان حقها في رفع الضرر الذي يلحقها جراء غيبة الزوج فأجاز طلبها الفرقة وفسخ زواجها للفقد.

1 عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية غزة، 2004، ص. 120.
2 محمد أبو شهاب المري، فُرق النكاح في قانون الأسرة القطري (دراسة فقهية مقارنة)، رسالة دكتوراه، ص. 237 وما بعدها.

3 محمد أبو شهاب المري، فُرق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 237 وما بعدها.
4 المادة 1 من قانون رقم (40) لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين.
5 تنص المادة 143 من قانون الأسرة القطري « للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته لمدة سنة فأكثر، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ويضرب له القاضي أجلا لا يتجاوز شهرين ينذر فيه، إمَّا بالعودة للإقامة معها، أو نقلها إليه، أو طلاقها، وإلا فُرق بينهما».

ولقد سائر المشرع القطري بعض التشريعات العربية التي أجازت التفريق عند الغيبة في موطن مجهول أو عند الفقدان، من ذلك ما نصت عليه المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي من أنه «لزوج المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة على تاريخ رفع الدعوى». كما أقر بنفس الحكم النظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والمعروف بـ (وثيقة مسقط) التي أقرها وزراء العدل بدول المجلس، إذ نصت المادة 110 منه «لزوج المفقود أو الغائب الذي لا يعرف موطنه، ولا محل إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان».

من كل ما ذكر يتبين أن مرمى المادة 144 من قانون الأسرة القطري السماح لزوج المفقود طلب الفرقة القضائية قبل أن يقع التصريح بوفاة المفقود، وتقضي إثر الفرقة عدة الطلاق طالما أن الفرقة كانت قضائية، دون أن تنتظر التصريح بالوفاة للفقدان من أجل رفع الضرر الذي يلحق بها جراء فقد الزوج، ويمكن أن يضاف إلى نص المادة 144 أن «زوجته تعتد عدة طلاق» رفعا لكل التباس، حتى يتضح اختلافها عن فرقة الوفاة الواقعة عند التصريح بوفاة المفقود، وبالتالي تكون الفرقة للفقْد حالة من حالات الفرقة القضائية للغيبة مطلقا والتي ضبط المشرع لإيقاعها جملة من الشروط.

المطلب الثاني: شروط الفرقة للغيبة مطلقا

ذكر المشرع مدة الغيبة التي تسمح طلب الفرقة عند توفر إحدى حالات الغيبة، إلا أن المشرع أمهل فحسب الزوج الغائب في مكان معلوم مدة من الزمن قبل القضاء بالفرقة، مما يتعين معه التطرق للأجال المعتمدة من المشرع (الفرع الأول)، كما ينبغي أيضا الإشارة إلى سكوت القانون القطري عن مسألة العذر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأجل المعتمدة:

تطرق المشرع القطري لمدة الغيبة المؤدية للفرقة، واشترط ضرورة مرور سنة على غيبة الزوج سواء في حالة الغيبة في مكان معلوم أو الغيبة في مكان مجهول أو الفقد و كذلك عند حبس الزوج لأكثر من سنتين، فبمرور سنة على سجنه يمكن للزوجة طلب الفرقة للغياب، ولقد غلب







ولقد اعتبر الدكتور محمد أبو شهاب المري في معرض تحليله للمادة 143 من قانون الأسرة أنها قد جمعت بين المذهبين المالكي والحنبلي¹ وهو ما أدى «إلى قول جديد لم يقل به أحد، لذلك ينبغي أن يأخذ بأحد المذهبين ... ويزاد فيها - أي المادة- بأن تخشى على نفسها الوقوع في الزنا، للتفريق لغيبة الزوج»² حتى يكون الأخذ بالمذهب المالكي على كليته.

ولئن تبين من هذا التحليل أن المشرع القطري غلب المذهب المالكي في تعداد شروط الغيبة، غير أن عدم تقييده الضرر في الخشية من الوقوع في الزنا فيه حفظ لحقوق الزوجة إذ توسع المشرع القطري في مفهوم الضرر ليشمل كل ما تتأذى به الزوجة.

كما أن سكوت المشرع عن مسألة العذر لا يعني منع القاضي من الأخذ به مطلقا، إذ يمكن الرجوع لأحكام المادة الثالثة من قانون الأسرة القطري التي نصت أنه «فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره، لأسباب تبينها في حكمها». ومن المعلوم أن الحنابلة ميزوا بين الغيبة بعذر والغيبة دون عذر، وبالتالي يمكن تجاوز سكوت المشرع وفتح باب الاجتهاد للقاضي للأخذ بالعذر من عدمه. ويمكن القول حينئذ أن قصد المشرع قد يكون جعله المسألة اجتهادية صرفة، ففضل السكوت عن المسألة طالما أن المادة الثالثة تفتح باب الاجتهاد للقاضي، فقد تعود غيبة الزوج لأسباب مستساغة ومقبولة تبرر إخلاله بواجب المساكنة وبعده عن زوجته، وتغدو غيبته مشروعة لأن سبب الغيبة لم يكن بقصد «التنكيل بالزوجة وحرمانها من المعاشرة الزوجية وإثما لتحقيق بعض الأهداف المشروعة كطلب العلم أو الشغل الذي يفرض سفر الزوج بمعزل عن قرينه. ولذلك يصبح من غير المعقول إيقاع الطلاق لمثل هذه الغيبة نظرا لانتفاء الخطأ والتعسف من جانب الزوج»³. ولئن كان الأخذ بالراجح من المذهب الحنبلي يفضي إلى القول بأهمية تحقق القاضي من مدى توافر عدم العذر في الغيبة، إلا أن المادة الثالثة من قانون الأسرة القطري أجازت للقاضي أيضا إمكان عدم الأخذ بالراجح من المذهب الحنبلي والأخذ بغيره لأسباب يبينها بحكمه، وبالتالي مكنت القاضي من إبعاد الراجح من المذهب الحنبلي، مما قد يؤدي إلى

1 محمد أبو شهاب المري، فُرق النكاح في قانون الأسرة القطري (دراسة فقهية مقارنة)، ص. 234.

2 محمد أبو شهاب المري، فُرق النكاح في قانون الأسرة القطري، المرجع السابق، ص. 234.

3 فوزي بلكناني، الطلاق والضرر، رسالة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، جوان 1988، ص. 92.

إمكان القضاء بالتفريق بين الزوجين سواء أكانت الغيبة بعذر أو دون عذر، طالما أنَّ القاضي اقتنع من منطلق سلطته التقديرية بتضرر الزوجة من الغياب وبيّن الأسباب التي حملته على إيقاع الفرقة.

وبالتالي فإنَّ سكوت المشرع القطري عن مسألة العذر فيه فتح لباب الاجتهاد القضائي بموجب ما تضمنته المادة الثالثة من قانون الأسرة.

ويلاحظ أنَّ العديد من التشريعات العربية أدرجت شرط الغيبة دون عذر لإمكان طلب الفرقة من ذلك قانون الأسرة الجزائري بالمادة 53 منه. وكذلك المادة 12 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 التي أكدت أنَّه «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطبيقاً بائناً إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه». واعتبرت محكمة النقض المصرية أنَّ إيقاع الفرقة يوجب توافر أمرين «أولهما أنَّ تكون غيبة الزوج المدَّة المشار إليها في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة. والثاني أن تكون غيبة الزوج بغير عذر مقبول، وتقدير العذر أمر متروك لقاضي الموضوع طالما كان استخلاصه سائغاً»¹. وفي نفس هذا الاتجاه نصت المادة 109-1 من قانون الأحوال الشخصية السوري «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»².

وخلافاً لسكوت المشرع القطري بشأن مسألة العذر الذي يفتح باب التفسير والاجتهاد فإنَّ المشرع أفرد المفقود العائد بحكم خاص.

المطلب الثالث: حكم خاص بعودة المفقود

لا خلاف في أنَّ وضعية المفقود يعتريها الشك والريبة بشأن حياته من مماته، والتي قد تنتهي بإصدار حكم قضائي يُصرَّح فيه بموت الشخص المفقود، إذ نصت المادة 39 من القانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين «يحكم القاضي بموت المفقود بعد التحري عنه بكل الوسائل في أي من الحالات التالية :

1 جمهورية مصر العربية، النقض المدني، الطعن رقم 78 - لسنة 53 قضائية - بتاريخ 25 - 11 - 1986 الموقع الإلكتروني لشبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com/AhkamView>.

2 القانون رقم 59 لسنة 1953 بتاريخ 17-9-1953 بشأن قانون الأحوال الشخصية









في الفقه الإسلامي على تكليف الزوج وحده بالإنفاق على الأسرة¹، ويستدل في ذلك بالقرآن والسنة²، وهو إلزام يندرج في إطار نظام مالي متكامل يتمثل في تحمّل الرجل واجب الإنفاق مقابل نصيب مضاعف لنصيب المرأة في الميراث، فواجب الإنفاق يقوم أصالة على الزوج.

وتستحق الزوجة النفقة بتوفر شروط، فقد نصت المادة 61 من قانون الأسرة «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالعقد الصحيح إذا لم تمتنع عن تسليم نفسها إليه»، وبالتالي يتحمّل الزوج واجب الإنفاق والذي ربطه المشرّع بالعقد الصحيح وبالتمكين³. وبالتالي تكون النفقة بالعقد الصحيح فالنكاح الفاسد والباطل لا تترتب عنهما النفقة، فالنفقة هي حكم من أحكام العقد الصحيح وأثر من آثاره. أما الشرط الثاني فهو التمكين ويتحقق ذلك بعدم امتناعها عن تسليم نفسها إليه، وبالتالي تجب النفقة سواء انتقلت إلى بيت الزوجية أم لم تنتقل إليه، إذ ينظر إلى استعدادها تسليم نفسها إليه.

1 أنظر في هذا الإطار، أحمد إبراهيم إبراهيم، نظام النفقات في الشريعة الإسلامية، نشر المطبعة السلفية، القاهرة 1349 هجري، ص. 8؛ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 296؛ بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، نشر مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية غير مؤرخ، ص. 234؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ص. 233 وما بعدها؛ سعدي أبو حبيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، نشر مطابع قطر الوطنية، الدوحة 1985، ص. 1125؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، نشر الدار الجامعية، ص. 294 وما بعدها.

2 ورد في القرآن الكريم قوله تعالى «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (سورة البقرة الآية 233)؛ وقوله تعالى «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ» (سورة الطلاق الآية 6)؛ أما في السنة فقد ورد عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال في خطبة حجة الوداع «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلِهِنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» أنظر سنن ابن ماجه، الإمام الحافظ أبي عبد محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المجلد، الأول الجزء الأول، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة غير مؤرخ، ص. 594؛ وروي أيضا عن معاوية القشيري من أنه أتى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا؟ قال : تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت» أنظر سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص. 593.

3 قضت محكمة التمييز القطرية جلسة 2010/5/11، الطعن رقم 63 لسنة 2010 تمييز مدني (الدائرة الثانية)، "أن مناط وجوب النفقة للزوجة على الزوج هو قيام الزوجية بعقد صحيح، واحتباس الزوج إياها لاستيفاء المعقود عليه ما دامت في طاعته، ولم يثبت نشوزها، ولم يقم الدليل على وجود مانع لديها يترتب عليه فوات القصد من الزواج ودواعيه"، الموقع الإلكتروني البوابة القانونية القطرية، الميزان، الرابط <http://www.almeezan.qa>.

وتعد نفقة الزوجة نفقة مقدّمة على سائر النفقات إذ نصت المادة 83 من قانون الأسرة القطري « إذا تعدّد المستحقون للنفقة ولم يستطع من وجبت عليه الانفاق عليهم جميعاً، تقدّم نفقة الزوجة ثم نفقة الأولاد ثم نفقة الأبوين ثم نفقة الأقارب».

ممّا سبق بيّاته نستشف أهمية واجب الانفاق الملقى على عاتق الزوج، فإذا ما تراكم عدم الانفاق مع الغيبة اختل توازن الأسرة، وتضرّرت الزوجة خلافاً لما هو عليه الحال لو كانت غيبة مع ترك الزوج مال النفقة.

ولقد تطرّق المشرع القطري لأوجه النفقة التي قد يتركها الغائب، إذ لا يتحقق شرط عدم الانفاق حينما يترك الزوج الغائب نفقة لزوجته، أو حين يكون له مال ظاهر تستطيع الانفاق منه، وبالتالي فشرط عدم الانفاق هو الذي يخوّل وحده لزوج الغائب المطالبة بالتفريق، ويتمثل إمّا في عدم ترك مال لها للإنفاق منه، أو ليس للزوج مال ظاهر يمكنها الانفاق منه، إذ المال الذي يتركه لزوجته يجب أن يكون مالا «معلوماً ومعروفاً أنّه ملك للغائب بصفة تجعله مالا ظاهراً، والمال الظاهر هو المال الذي هو على ملك الغائب ومعلوم أنّه له، وهو إما أن يكون عند الزوجة أو عند غيرها كأن يكون بيد وكيل الغائب¹ أو لدى مستودع في ذمة المدين»². ولقد ذهب المذهب الحنفي إلى القول أنّ الزوج إن لم يكن له مال ظاهر، فللزوجة أن تطلب الإذن من القاضي الاستدانة³، وعلى خلاف ذلك ذهب المالكية⁴ والحنابلة⁵ والشافعية⁶ إلى حق الزوجة في طلب الفرقة لعدم الانفاق ولا تجبر بالاستدانة.

1 نصت المادة 37 من القانون رقم 40 لسنة 2004 بتاريخ 14 - 12 - 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين، أنّه «إذا ترك الغائب أو المفقود وكيلاً عاماً، يحكم القاضي بتثبيته متى توفرت فيه شروط الوصي المختار، وإلا عينت الهيئة بدلاً منه .

وتحصر أموال الغائب أو المفقود عند تثبیت الوكيل، وتدار وفق الأحكام المقررة لإدارة أموال القاصر».

2 الهادي كرو، الطلاق، نشر مطابع شركة أوريس، قصر السعيد، تونس 1998، ص. 309.

3 محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الطبعة الثالثة، نشر دار الفكر العربي للطباعة والنشر 1386 هجري، الجزء الثالث، ص. 590.

4 محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 519 وما بعدها.

5 محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط 2، نشر دار المعرفة 1393 هجري، الجزء الخامس، ص. 91.

6 أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، الجزء السابع، ص. 175.

ويلاحظ أنَّ المشرع القطري تعرّض فحسب لقيّد توافر المال الظاهر، خلافاً لبعض التشريعات العربية ومنها التشريع التونسي الذي أضاف قيّداً آخر على طلب الطلاق للغيبية المقترنة بعدم الانفاق، يتمثل في عدم تكفل أحد بالإنفاق على الزوجة. فقد نصت المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية التونسي « إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلاً مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك». وحرى بالذكر أنَّ التشريع التونسي لم يكرّس حالة الطلاق للغيبية مطلقاً، وإنّما جعل الطلاق للغيبية مقترناً بضرورة عدم الانفاق. وما نصّ عليه المشرع التونسي يعدّ تضييقاً على المرأة في طلب الفرقة للغيبية عند إعسار الزوج الغائب، إذ لا يكفي إثبات عدم وجود مال ظاهر له، بل أيضاً إثبات عدم تكفل أحد بالإنفاق على الزوجة. فالمسألة «لا تتعلّق بالزوج بصفة شخصية محضة، بل أصبح يفيد أيضاً قدرة الزوج على الاستدانة من الغير وحتى على قبول الصدقة وهو غائب»¹. وبالتالي ارتبطت مسألة التفريق للغيبية في القانون التونسي بالإنفاق، فإن عجز الزوج عن سداد النفقة أو لم تكفل أحد بالإنفاق عليها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تضييق حق الزوجة في طلب الفرقة للغيبية².

وعلى خلاف ذلك يمثّل عدم الانفاق المقترن بالغياب في قانون الأسرة القطري إمكانية إضافية للزوجة تجيز لها الفرقة إلى جانب الفرقة للغيبية كسبب مستقل كما تم توضيحه سابقاً إن توافرت شروطه.

المطلب الثاني: شروط إيقاع الفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغيبية:

ذكر المشرع أجلاً للزوج يُمهّل فيه بالإنفاق إن كان غائباً في موطن معروف (الفرع الأول)، واشترط للإيقاع الفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغيبية حلف الزوجة يمين القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أجل امهال الزوج:

نصت المادة 140 من قانون الأسرة القطري «إذا طلبت الزوجة التفريق، لعدم الانفاق من

1 الهادي كرو، الطلاق، المرجع السابق، ص. 310.

2 يراجع حكم ابتدئي صادر عن محكمة تونس عدد 52533 بتاريخ 15-3-2005 رفضت فيه المحكمة الطلاق للغيبية لأنّ «الملفّ خال ممّا يفيد أنّ المدعي عليه ترك زوجته دون نفقة ولم يكلف من ينفق عليها مثملاً يستوجب الفصل 40 من مجلة الأحوال الشخصية».

زوجها الغائب في مكان معروف، وليس له مال ظاهر، ولم يترك لها مالا تنفق منه، أمهله القاضي أربعة أشهر لينفق فيها، وإلا فرق بينهما». وعلى خلاف ذلك فإذا كان الزوج غائبا في مكان مجهول فلا يمهّل، إذ نصت المادة 141 «إذا طلبت الزوجة التفريق، لعدم الانفاق، من زوجها الغائب في مكان مجهول، ولا مال له ظاهر، ولم يترك لها مال يمكن الانفاق منه، فرق القاضي بينهما». وبالتالي ميّز المشرع في عدم إنفاق الزوج بين ذلك الغائب في مكان معلوم وذلك الغائب في مكان مجهول، فأسند فحسب للزوج المتواجد في مكان معلوم أجلا للإمهال يسمح فيها للزوج تدبّر حاله للوفاء بنفقة زوجته، لأنّ غيبته تعدّ غيبة غير منقطعة تعرف فيها أخبار الغائب وتصل الرسائل إليه¹، وحدّد المشرع مدة الامهال بأربعة أشهر.

ويلاحظ أنّ المالكية أكّدوا على إمهال الزوج قبل القضاء بالفرقة خلافا للمذهب الحنبلي²، ومن ثمّ فقد تأثر المشرع القطري في ضربه للزوج أجلا يمهّل فيه بالإنفاق بالمذهب المالكي. لكنّ المشرع القطري حدّد المهلة بأربعة أشهر خلافا للمالكية الذين يحدّدون المهلة بشهر واحد³، وهو أجل أخذت به مجلة الأحوال الشخصية التونسية إذ نصّت المادة 40 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه «إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقيم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدّة شهر عسى أن يظهر ثمّ طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك»⁴.

أما المشرع المصري وإنّ أجاز إمهال الزوج فإنّه لم يحدّد لذلك أجلا، فقد نصت المادة 5 من القانون رقم 25 - لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية بتاريخ 15-7-1920 «إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة

1 محمد أبو شهاب المري، المرجع السابق، ص. 205.

2 يذكر بن عاصم في تحفة الأحكام:

وزوجة الغائب حيث أمّلت فراق زوجها بشهر أجّلت

وبانقضاء الأجل الطلاق مع يمينها وباختيارها يقع.

أنظر محمّد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الأحكام، على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، نشر غير مذكور، ص. 157.

3 محمد أبو شهاب المري، المرجع السابق، ص. 205.

4 نفس مدة الامهال بشهر واحد أخذت بها مدوّنة الأسرة المغربية بالمادتين 102 و103 منها.

وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل». أمّا المادة 125 من قانون الاحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة فنصّت «فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذره القاضي وأمهله مدة لا تزيد على شهر مضافاً إليها مواعيد المسافة المقررة، فإن لم ينفق ولم يحضر النفقة طلق عليه القاضي بعد مضي المدة». وممّا سبق يتبين أنّ مدّة الامهال اختلفت من تشريع إلى آخر، ويمكن القول أنّ مدّة الأربعة أشهر التي اعتمدها القانون القطري لا هي بالمدّة القصيرة ولا هي بالمدّة الطويلة، إذ وازن المشرع القطري بها بين حفظ حقّ الزوج الغائب الذي لم ينفق، وبين حفظ حقّ الزوجة فلا تتضرر من عدم الانفاق المقترن بالغيبية، وموجب ذلك لا يقع التسرّع في إيقاع الفرقة القضائية، وبضرب المشرّع أجلاً للإمهال يقع إعلام الزوج بالدعوى المرفوعة ضده فإن أنفق يقع حفظ الدعوى¹، وإن قوّت عنه هذا الأجل تحلف الزوجة يمين القضاء كشرط إضافي للحكم بالفرقة بين الزوجين.

الفرع الثاني: أداء اليمين عند الفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغيبية

اشترط المشرع أداء الزوجة ليمين القضاء في صورتى التفريق للغيبية المقترنة بعدم الانفاق، بمعنى عدم الانفاق من غائب معلوم المكان أو غائب مجهول المكان. فقد نصت المادة 142 من قانون الأسرة القطري «مع مراعاة ما نصّ عليه في المادتين السابقتين،-المتعلقين بالفرقة للغيب مع عدم الانفاق- لا يفرّق القاضي بين الزوجين إلّا بعد إثبات الدعوى، وتحليف الزوجة يمين القضاء بعدم استيفاء النفقة.

لإيقاع الفرقة للغيب المقترن بعدم الانفاق يتوجب على الزوجة أداء يمين بعدم استيفاء دين النفقة، وهي يمين يوجهها القاضي على الزوجة. وأطلق عليها المشرع القطري قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1990 اليمين المتممة، فقد نصت المادة 326 منه أنّ «اليمين المتممة هي التي توجّهها المحكمة من تلقاء نفسها لأيّ من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به. ويشترط لتوجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل. ولا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين

1 المادة 126 من قانون الاحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة «للزوج أن يتوقى التطليق بتقديم ما يثبت يساره وقدرته على النفقة، وفي هذه الحالة يمهله القاضي المدة المقررة في المادة (125) من هذا القانون»..

الملتزمة أن يردّها على الخصم الآخر». ويطلق المالكية والحنفية على هذه اليمين التي يوجّها القاضي يمين القضاء¹ وكذلك يمين الاستبراء². وأوجبوها «استحسانا واحتياطاً لأنّه من الممكن أن يكون المدعى قد توصل إلى ما يدعيه أو أسقطه عن المدعي عليه لذلك توجه عليه هذه اليمين ليدفع هذا الاحتمال»³. وتأثراً من المشرع القطري بالمذهب المالكي فقد أطلق على هذه اليمين في قانون الأسرة يمين القضاء، وهي نفسها اليمين الملتزمة وهي يمين يوجّها القاضي على أحد الخصمين أو على كليهما ليستكمل بها اقتناعه⁴. وإذا ما أوجب المشرع على القاضي توجيه هذه اليمين فيتعيّن على القاضي توجيهها على الطالب وإلاّ صدر الحكم باطلاً⁵. وتعدّ يمين القضاء التي تؤديها الزوجة عند طلبها الفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغياب استثناء من الأصل العام الذي يقرّ بعدم اجتماع بيّنة مع يمين في وقت واحد، تطبيقاً للحديث النبوي الشريف « البيّنة على من المدعي واليمين على من أنكر»⁶. إذ الغاية من هذه اليمين «سدّ الباب أمام استفادة المدعي من مركزه تجاه الغائب، فلا يجابه بإنكار، ولا يردّ ادعاؤه بدفع ويقع إلزامه مقابل ذلك بأداء اليمين»⁷. ولقد دأب القضاء التونسي في مثل هذه الدعاوى على الغائب، التأكيد على أنّ ثبوت الدعوى لا يكفي فيه « ما يقدمه المدعي من الأدلة إلاّ بعد حلف اليمين والتحقق من أدائها كما يجب وإلا بطل الحكم»⁸.

1 البشير ابن أبي الضياف، اليمين القضائية، مجلة القضاء والتشريع، عدد 12، 1961، ص. 12 وما بعدها.
2 أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الاسلامي، نشر دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص. 397.
3 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة القطري، إصدارات جامعة قطر، الطبعة الأولى 2010، ص. 239.
4 المادة 321 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة 1990 «يكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف «أقسم بالله العظيم» ثم يذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة. ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك».

5 رضا المزغني، أحكام الاثبات، نشر إدارة البحوث، معهد الادارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1985، ص. 12.

6 أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص. 397.

7 محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار النشر، تونس 1993، ص. 305.

8 قرار تعقيبي مدني عدد 299 مؤرخ في 4-10-1960، نشرة محكمة التعقيب التونسية 1960، ص. 47؛ حكم مدني ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 5317، مؤرخ في 2-5-1964، مجلة القضاء والتشريع 1964 عدد 8، ص. 69؛ قرار تعقيبي مدني عدد 27080 مؤرخ في 11-7-1990، نشرة محكمة التعقيب التونسية 1990، ص. 286.

وما يجدر الامناع إليه أنّ المشرع اشترط حلف الزوجة اليمين عند طلبها الفرقة للغيبة المقترنة بعدم الانفاق، أمّا إذا كانت الغيبة سببا مستقلا لطلب الفرقة فلم يشترط المشرع على الزوجة حلف يمين القضاء، وهذا من شأنه أن يهدّد حقوق الزوج الغائب، إذ يتوجّب حماية الغائب في كل الدعاوى القائمة ضده بتوجيه يمين القضاء على الطالب مهما كان سبب الدعوى، لكونها مينا تحمي حقوق الغائب المقام ضده بالدعوى.

ويمثّل حلف الزوجة اليمين عند طلبها الفرقة للغيبة المقترنة بعدم الانفاق إجراء وجوبيا يقع التثبت من توافره، ولقد قضى حكم صادر عن المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة بأنّ «المطعون ضدها المذكورة قد قدمت البيّنة على غياب زوجها وتركه لها دون نفقة أو من ينفق عليها أو مال يمكنها الإنفاق منه. وهو يجيز لها طلب التطليق للغيبة وعدم الإنفاق وعلى المحكمة أن تؤجلها شهرا. فإذا انقضى واختارت الطلاق فإنه يقع باختيارها، بعد أدائها اليمين على أنه لم يترك لها نفقة، ولا بعث بها ووصلتها»¹. كما جاء بحكم قضائي تونسي «وحيث تولّت المحكمة تحليل المدعية بواسطة عدل إشهاد على حصول واقعة غياب الزوج وحيث طالما ثبت أنّ الزوج غائب عن الزوجة ولم يعد لها من ينفق عليها، فإنّه لا يسع المحكمة سوى التصريح بطلاق الزوجة»².

ورغم حرص المشرّع على حفظ حقوق الزوج الغائب، فلا شيء يمنع من حصول خديعة من الزوجة ويتعيّن حينها إبطال الحكم القاضي بالفرقة، ويمكن في هذا المقام ذكر حكم قضائي تونسي قبلت فيه المحكمة التماس إعادة النظر في الحكم القاضي بالطلاق بين الزوجين لعدم الانفاق المقترن بالغيبة، فقد ورد به «وحيث أنّ الشرطين الأساسيين لدعوى الطلاق على معنى المادة 40 - عدم الانفاق المقترن بالغيبة- هما الغيبة وعدم ظهور الزوج بعد انتهاء الأجل المضروب له من الحاكم وثانيا أن لا يكون له مال وأن لا يوجد من ينفق حال غيابه، وقد ثبت أنهما كانا يتبادلان الرسائل وأنّ المدعي لم يقصّر بخصوص واجب الانفاق على الزوجة فترة إقامته بالولايات المتحدة الأمريكية. وحيث طالما تأكّد للمحكمة أنّ المدعى عليها إنّما استصدرت حكم الطلاق موضوع الالتماس باستعمال الخديعة، فبات من الوجيه الاستجابة

1 الطعن رقم 7 لسنة 18 قضائية، بتاريخ 11-1996-5، الموقع الالكتروني لشبكة قوانين الشرق، <http://www.eastlaws.com/AhkamView>

2 حكم مدني ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 60233، مؤرخ في 10-6-2008، غير منشور.

للطلب والحكم بإلغاء الحكم الشخصي -القاضي بالطلاق- وإلغاء جميع الآثار المترتبة عنه منذ تاريخ صدوره¹.

الخاتمة

يتبين من هذه الدراسة أن المشرع القطري أيقن أهمية الموازنة بين حفظ حقوق كل من الزوج والزوجة عند تنظيمه للفرقة للغيبة مطلقاً، أو للفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغيبة. فلم يقيد المشرع الضرر الذي تتأذى به الزوجة من الغيبة أن يكون الخشية في الوقوع في الزنا، إذ استعمل في تنظيمه للفرقة للغيبة عبارات مطلقة تؤخذ على إطلاقها بما يجعل الضرر واسع المفهوم ليشمل كل ما تتأذى به الزوجة من غيبة زوجها. كما أن سكوت المشرع القطري عن مسألة العذر فيه فتح لباب الاجتهاد القضائي بموجب ما تضمنته المادة الثالثة من قانون الأسرة القطري.

فضلا عن ذلك فإن في إجازة المشرع للفرقة للفقد بعد مرور سنة على فقد الزوج إنما هو فرقة مستقلة عن تلك التي يصرح فيها بوفاة المفقود، لذا يمكن أن يضاف إلى نص المادة 144 من قانون الأسرة أن «زوجته تعتد عدة طلاق» رفعا لكل التباس، حتى يتضح اختلافها عن فرقة الوفاة الواقعة عند التصريح بوفاة المفقود.

كما لا يفوت التذكير بأهمية ما أكدّه المشرع من توجيه يمين القضاء على الزوجة التي تطلب الفرقة لعدم الانفاق المقترن بالغيبة، لما فيه حماية لحقوق الزوج الغائب، ويتعين على المشرع تعميم هذه الحماية على كل أصناف الدعاوى المقامة ضد الغائب، لكونها يميناً تحمي حقوق الغائب المقام ضده بالدعوى.

من كل ما سبق الالتماع إليه يكون المشرع قد حافظ على حقوق كل من الزوج والزوجة في تنظيمه للفرقة للغيبة معتمدا في ذات الوقت قاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

1 حكم مدني ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية ببئررت عدد 48925، مؤرخ في 17-4-2006، غير منشور.

