

التفريق لغياب الزوج عن زوجته وتطبيقاته المعاصرة دراسة فقهية مقارنة

د. محمد حسن يحيى الملحاني

أستاذ الفقه المساعد - كلية الشريعة وأصول الدين - جامعة الملك خالد

melhani1974@gmail.com

تاريخ الوصول: 2018/03/01 / القبول: 2018/05/26 / النشر على الخط: 2018/06/15

Received:01/03/2018/Accepted:26/05/2018/Published online: 15/06/2018

ملخص

يتناول هذا البحث دراسة فقهية مقارنة لمسألة التفريق لغياب الزوج عن زوجته وتطبيقاته المعاصرة، وما هو المعمول به في المحاكم الشرعية (السعودية واليمنية نموذجاً)، وصورة هذه المسألة أن الزوج إذا غاب عن زوجته، أو فقد، أو سُجن، أو أُسر ونحوه، هل لزوجته الحق في طلب التفريق، أو الصبر حتى يعود أو يتبين حاله بموت، أو طلاق، أو ردة، أو خروج من السجن، أو انفكاك من أسر؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من قال: بعدم جواز التفريق بينهما لغيبة الزوج مطلقاً حتى يتحقق موته، أو يمضي من الزمن ما لا يعيش إلى مثله، وسواء كانت بعذر كالغيبة لطلب الرزق، أو التجارة، أو لطلب العلم، أو السياحة، أو العلاج، أو لغير عذر، ومنهم من قال: بجواز التفريق إذا طلبت الزوجة ذلك، وتضررت من طول غياب زوجها عنها، وخشيت على نفسها الزنا، حتى وإن كان الزوج قد ترك لها مالاً يكفيها للنفقة على نفسها.

والراجح في ذلك الجواز لأن مبنى التفريق لفقد الزوج، أو غيبته، أو سجنه، أو أسره، أو اعتقاله، هو الضرر الواقع على الزوجة، ومن قواعد الشريعة الإسلامية أن الضرر يزال، فإذا رأت المرأة من نفسها الصبر حتى مجيء زوجها، أو خروجه من سجنه، أو فكاكه من أسره فذلك أولى، وإن تضررت من غياب زوجها عنها، وخشيت على نفسها الزنا، فلها الحق في طلب التفريق ودفع الضرر عن نفسها، وليس من العدل والانصاف أن تظل المرأة في انتظار دائم لزوجها الغائب، أو المفقود، أو السجين، أو الأسير الذي لا يعلم متى فكاكه من أسره، والذي قد يصل إلى سنوات عديدة، وقد تطول، ولا يعلم أحي هو أم ميت.

كل هذا تناولته مفصلاً في أربعة مباحث تسبقهم مقدمة وتمهيد، وتعقبهم خاتمة وتوصيات، والله ولي التوفيق.

الكلمات المفتاحية: التفريق؛ الغياب؛ الفقد؛ السجن؛ الأسر.

Separating Couples Due to The Absence of a Husband from His Wife And Its Contemporary Applications Comparative Jurisprudential Study

Abstract

This research is a Jurisprudential study of the issue of the separation of a husband and a wife as a result of the absence of the husband, and its comparative applications and how the this issue is dealt with in Saudi and Yemeni courts, as a model. This issue means that

if a husband is absent from his wife, was lost, put in jail or captured by enemies, etc., the spouse has the right to demand separation or to be patient until the husband returns or she becomes aware of his death, divorce, apostasy, release from prison or escaping captivity.

There is a diversity among scholars on this issue. some of them said: It is not permissible at all to separate the couple because of the absence of the husband until his death is sure, or the period of his absence exceeds the possible period he could live, whether he has an excuse like seeking sustenance, tourism or medicine, or has no medicine. A third group of scholars said that the couple can be separated on the demand of the wife on the basis of her suffering because of her husband's long period of absence and she being afraid of committing the sin of adultery even if her husband has left a sufficient amount of money for her expenses.

And the most correct opinion is that it is permissible because the separation of the couple due to the passport because the building of differentiation for the loss of the husband, his absence, imprisonment, capture, or detention, is based on the harm on the wife. The rules of Islamic law state that the harm should be removed. Thus, if the woman feels she can show patience until the arrival of her husband, or release from prison or capture, that is better. And, she has the right to ask for separation if she is harmed because of the absence of her husband or she feels she may commit adultery. It is not fair that a woman keeps permanently waiting for her absent, missing, imprisoned or captured husband though no one knows when he will come back or whether he is alive or dead.

All this has been dealt with, in details, in four sections preceded by an introduction and a preface, and followed by conclusion and recommendations. And Allah is the guardian of success.

Key words: Separation – Absence – Loss – Prison – Arrest

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن والاه واهتدى بهديه واقتفى أثره إلى يوم الدين. أما بعد:

فمن آياته سبحانه أن خلق لابن آدم من نفسه زوجاً ليسكن إليها، وتسكن إليه، وجعل بينهما مودة ورحمة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: 21]، ولا يتحقق السكن والمودة والرحمة، والحياة الزوجية السعيدة إلا بوجود الزوجين في بيت واحد، ففيه يتحقق المقصد الشرعي الذي من أجله شرع النكاح، وهو تنظيم نشاط الغريزة الجنسية، واستمتاع الزوج بزوجه، والزوجة بزوجه، والذي يكون من آثاره عفة الزوج والزوجة عن الحرام، والمتمثل في قوله صلى الله عليه وسلم: « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ

وَجَاءَ⁽¹⁾. فكما أن للزوج حقاً في اتصاله بها كذلك هي لها حق في الاتصال به، فهي مثله مخلوق بشري تتحرك فيه الغريزة، والزواج هو الفرصة المشروعة لتلبية ندائها، وعند غياب أحدهما عن الآخر ينعدم هذا المقصود، ويخيم على البيت الحزن والكآبة، ويصير كالجسد بلا روح، فلو غابت الزوجة كان للزوج إجبارها على المكوث في بيته، أو تواجدها معه، فإن أبت الرجوع طلقها، وفي الغالب قد يغيب الزوج عن البيت، ويضطر للسفر خارج بلده للعمل، أو التجارة، أو طلب العلم، أو العلاج أو السياحة أو غيرها، فتجبره الظروف، أو طبيعة ما سافر إليه، أو رب العمل على بقائه على رأس عمله مدة تصل إلى أكثر من السنة والستين والثلاث، وقد يُفقد، أو يُسجن، أو يُعتقل، فهل لزوجته أن تطالب بالتفريق والانفصال عنه، أو تظل حبيسة البيت والمسكن، منتظرة الأيام والسنين لعل زوجها يعود أو يظهر! فكان هذا البحث لبيان هذه القضية وحكمها في الشرع لأهميتها.

ويطيب لي في ختام هذه المقدمة أن أتقدم بالشكر الجزيل -بعد شكر المنعم سبحانه وتعالى- لكل من ساهم معي في إنجاز هذا البحث المتواضع، وأخص بالشكر للجهة الداعمة لهذا البحث، والذي تم دعمه من خلال البرنامج البحثي العام بعمادة البحث العلمي -جامعة الملك خالد- المملكة العربية السعودية - (بالرقم G.R.P-425 (38) فشكر الله للجميع خير الجزاء وأجزل لهم المثوبة، وأسأله سبحانه أن ينفع بهذا البحث، وأن ينفعنا به، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

1. الحاجة إلى تبيين حكم طلب التفريق لغياب الزوج عن زوجته، وتطبيقاته المعاصرة كالفقد، والسجن والأسر والاعتقال.
2. الحاجة إلى مراعاة المصلحة في تقدير مدة غياب الزوج، وبخاصة بعد سهولة المواصلات وتعدد وسائلها.
3. أن مقاصد الشريعة تقرر أن الزواج سكن وطهر وعفاف، وهذا غير متحقق في حال غياب الزوج.

أهداف البحث:

1. بيان خطورة بُعد الزوج عن زوجته، وغيابه الطويل عنها، والذي قد ينتابها بسبب غياب الزوج القلق، والشعور بالفراغ، ومع ألم الفراق، ومغريات العصر، وتعدد وتنوع طرق إضلال الشيطان، قد يكون الزلل إن لم يكن هناك عاصم من دين، وحصانة من أخلاق.
2. تأكيد أهم مقاصد الزواج، وهو تنظيم نشاط الغريزة الجنسية، الذي يكون من آثاره عفة الزوج والزوجة عن الحرام.
3. بيان حكم طلب التفريق لغياب الزوج عن زوجته بعذر أو بدون عذر.
4. بيان حكم طلب التفريق لفقد الزوج.
5. بيان حكم طلب التفريق لسجن الزوج.
6. بيان حكم طلب التفريق لأسر الزوج.

1 - أخرجه البخاري وهو (محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي) في صحيحه المسمى (الجامع الصحيح المختصر) - كتاب النكاح - باب من لم يستطع الباءة فليصم - (ج 5 / ص 1950) برقم 4778 - دار ابن كثير، اليمامة - بيروت - ط3/ 1407 - 1987 - تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. ومسلم وهو (أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري) في صحيحه (الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم) - كتاب النكاح - باب استئجاب النكاح لمن تأقت نفسه إليه (ج 4 / ص 128) برقم 3464. - دار الجيل بيروت.

7. بيان حكم طلب التفريق لاعتقال الزوج أو اخفائه قسراً.
8. بيان مدة التبرص - لكل حالة على حدة - والتي فيها تنتظر الزوجة زوجها، وإن لم يأت بعدها يفرق الحاكم بينهما.
9. الاسهام في إيجاد حل لمشكلة غياب الزوج عن زوجته، وإيجاد مخرج للزوجة - إن لم تصبر - في التخلص من هذا المأزق.

الدراسات السابقة:

حظي موضوع التفريق لغياب الزوج عن زوجته، أو فقده، أو سجنه، وأسره، بكتابات كثيرة يندرج ضمن مواضيع كأحكام المفقود، أو السجين، أو الأسير، إلا أنه لم يحظ بدراسة مستقلة مستوفية حسب علمي، والله أعلم.

منهج البحث:

تناولت الموضوع من خلال المنهج الاستقرائي الوصفي وقمت بما يأتي:

1. جمعت الأسباب الداعية لطلب الزوجة التفريق من زوجها من خلال كتب المذاهب المعتمدة، واستخرجت الآراء والأقوال المتعلقة بها.
2. ذكرتها في مبحث أو مطلب على هيئة سؤال أو عنوان.
3. ذكرت أقوال المذاهب الأربعة مع بعض المذاهب الأخرى أحياناً، وأدلة كل قول مع مناقشة ما يمكن مناقشته للوصول إلى القول الراجح.
4. عزوت الآيات إلى سورها وأرقامها.
5. خرجت الأحاديث والآثار مع الحكم عليها ما لم تكن في الصحيحين.
6. ذكرت خاتمة موجزة للمبحث.
7. فهرست المراجع والمباحث.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسمه إلى مقدمة وتمهيد وأربعة مباحث وخاتمة:

المقدمة: وفيها تحدثت عن أهمية الموضوع وأهدافه.

التمهيد: في بيان ألفاظ عنوان البحث.

المبحث الأول: التفريق لغياب الزوج عن زوجته.

المبحث الثاني: التفريق لفقد الزوج. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها.

المطلب الثاني: مدة التبرص.

المطلب الثالث: بدء مدة التبرص.

المطلب الرابع: اشتراط حكم الحاكم لتبرص الزوجة والعدة ووقوع الفرقة.

المطلب الخامس: عودة الزوج المفقود بعد الحكم بالتفريق.

المبحث الثالث: التفريق لسجن الزوج.

المبحث الرابع: التفريق لأسر الزوج.

الخاتمة: في نتائج البحث وتوصياته.

تمهيد

في بيان ألفاظ عنوان البحث

تعريف التفريق:

في اللغة: هو جعل الشيء مفارقاً لغيره⁽¹⁾، ويُقال في تشييت السَّمَل والكَلِمَة، نحو قوله تعالى: ﴿يُفَرِّقُونَ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ [البقرة:102]⁽²⁾.

وهو مصدر فَرَّقَ، وفعله الثلاثي فَرَّقَ، ويقال: (فَرَّقَ) بين الشيئين، و(فَرَّقَ) بين الأشياء، و(فَرَّقَتْ) بين الشيء، و(فَرَّقَتْ) بين الحق والباطل، أي فصلت بينهما، و(فرق) بين القوم أحدث بينهم فرقة، وبين المتشاكجين ميز بعضهما من بعض، ويقال فرق القاضي بين الزوجين حكم بالفرقة بينهما، وهو في المعاني بالتخفيف، (فَرَّقَتْ) بين الكلامين (فَأَفْتَرَقَا)، وبالتشديد في الأعيان (فَرَّقَتْ) بين العبدین (فَتَفَرَّقَا)، فجعل المخفف في المعاني، والمثقل في الأعيان، قاله ابن الأعرابي والخطابي. وقال غيرهما: هما بمعنى واحد، للمبالغة⁽³⁾.

ولفظ التفريق لفظ استعمله الفقهاء كثيراً في الفصل بين الزوجين بحكم القاضي، والفصل بين أجزاء المبيع بقبول بعضها ورد بعضها كما في (تفريق الصفقة)⁽⁴⁾.

وفي اصطلاح الفقهاء:

هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق... أو بدون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين⁽⁵⁾. وكل طلاق يوقعه القاضي يكون بائناً في أحوال، ويكون رجعيّاً في بعض الأحوال، وفسخاً في أحوال أخرى⁽⁶⁾.

تعريف الغياب:

في اللغة: القبر، وغياب الشجر عروقه، و(الغيب) خلاف الشهادة، وكل ما غاب عن الإنسان فهو غَيِّب، و يقال غاب فلان بَعْدَ، وغاب فلان عن بلاده سافر، وغابت الشمس وغيرها غربت واستترت عن العين، والشيء في الشيء توارى فيه، و(أغاب) القوم دخلوا في المغيب، والمرأة غاب عنها زوجها فهي مُغَيِّبٌ ومُغَيِّبَةٌ⁽⁷⁾. وفي الحديث: "أَمْهَلُوا حَتَّى تَمْتَشِطَ الشَّعْثَةُ وَتَسْتَحِدَّ الْمَغِيْبَةُ"⁽¹⁾، وهي التي (غَابَ) عَنْهَا (زَوْجُهَا).

1 - الفروق اللغوية (ص 151) لأبي هلال العسكري - تحقيق محمد إبراهيم سليم - دار العلم والثقافة - القاهرة.

2 - تاج العروس من جواهر القاموس (ج 26 / ص 294) لمرتضى الزبيدي - تحقيق مجموعة من المحققين - دار الهداية.

3 - انظر المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - لأحمد بن محمد المقرئ - المكتبة العلمية - بيروت (ج 2 / ص 470)، ومختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي - مكتبة لبنان ناشرون - بيروت ط 1415 - 1995 - تحقيق: محمود خاطر - (ج 1 / ص 517)، و المغرب في ترتيب المعرب لأبي الفتح ناصر الدين المطرز - مكتبة أسامة بن زيد - حلب - ط 1، 1979م - تحقيق: محمود فاحوري و عبد الحميد مختار - (ج 2 / ص 135)، والمعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى ومجموعة - دار الدعوة - تحقيق / مجمع اللغة العربية (ج 2 / ص 685).

4 - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 5 / ص 279) صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت.

5 - المرجع السابق - (ج 29 / ص 6).

6 - انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد عرفه الدسوقي - تحقيق محمد عليش - دار الفكر - بيروت (ج 2 / ص 216).

7 - المعجم الوسيط (ج 2 / ص 667) و تاج العروس من جواهر القاموس - (ج 3 / ص 501).

وفي اصطلاح الفقهاء:

أن كلمة (الغياب أو الغيبة) يستعملها الفقهاء في غياب الزوج عن زوجته، ويريدون بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة، ثم يرتبون عليها الأحكام الفقهية، ومنها إمكان طلب التفريق إذا غاب الزوج عن زوجته.

وغياب الزوج عن زوجته يشمل (فقدان الزوج)، ويشمل غياب الزوج الذي لا يصدق عليه اسم (فقدان الزوج)، ولذلك نراهم غالباً يقيدون (الغياب) بكونه منقطعاً أو غير منقطع، ويريدون (بالغياب المنقطع) حالة فقدان الزوج، و(بالغياب غير المنقطع) غياب الزوج عن زوجته-أي تواريه وبعده عنها-ولكن مكانه معروف ويمكن الاتصال به⁽²⁾.

فالعائب هو: من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه، وحياته معلومة، وموضوعه معلوم، فإذا جهلت حياته فهو المفقود⁽³⁾.

*تحديد المراد بغياب الزوج عن زوجته:

المراد بـ (غياب الزوج عن زوجته) والمقصود في هذا البحث هو: سفره وإقامته في بلد آخر، وتواريه وبعده عن زوجته مع معرفة مكانه، وإمكان الاتصال به، وكذا من غاب وفُقدَ وانقطع الاتصال به، ولم يعرف له خبر ولا مكان، ومن في حكمه كالسجين والأسير، ونحوه.

وبغياب الزوج عن زوجته، أو فقدانه، أو سجنه وأسرته، أو اعتقاله أو اختطافه واخفائه، مدة طويلة يبني عليه مطالبة الزوجة زوجها بالرجوع أو التفريق، فهل يحق لها ذلك أو لا؟ هذا ما سيتم دراسته بمشيئة الله من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول التفريق لغياب الزوج عن زوجته

قد يغيب الزوج عن زوجته، ويضطر للسفر خارج بلده للعمل، أو التجارة، أو طلب العلم، أو العلاج، أو السياحة، أو غيرها، فتجبره الظروف، أو طبيعة ما سافر إليه، أو رب العمل على بقاءه في رأس عمله مدة تصل إلى أكثر من السنة والستين والثلاث، وقد تتضرر المرأة من غياب زوجها وتُبعده عنها، وقد تخشى على نفسها الزنا، فهل يحق لها أن تطالبه بالعودة، أو الطلاق، أو ترفع أمرها إلى القاضي إن أبي الرجوع أو الطلاق ليفرق بينهما أو لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز التفريق بينهما لغيبة الزوج مطلقاً حتى يتحقق موته، أو يمضي من الزمن ما لا يعيش إلى مثله، وسواء كانت بعذر كالغيبة لطلب الرزق، أو التجارة، أو لطلب العلم، أو السياحة، أو العلاج، أو لغير عذر، وبه قال الحنفية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والظاهرية⁽¹⁾.

1 - أخرجه البخاري في صحيحه-كتاب النكاح -باب تَسْتَحْدُ الْمُغِيْبَةُ وَمَتَّشِطُ الشَّعْنَةِ - (ج5/ص2009) برقم 4949 ومسلم في صحيحه-كتاب الامارة -باب كَرَاهَةِ الطَّرِيقِ وَهُوَ الدُّخُولُ لَيْلًا لِمَنْ وَرَدَ مِنْ سَفَرٍ (ج3/ص1527) برقم 715.

2 - انظر المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان -مؤسسة الرسالة- ط1/ 1413هـ- 1993م (ج 8 / ص 460) بتصرف.

3 - انظر حاشية الدسوقي - (ج 3 / ص 302)، والموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 29 / ص 62).

4 - انظر الهداية شرح بداية المبتدي لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني (ت: 593هـ) -المكتبة الإسلامية (ج2/ص181) والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لزوين الدين ابن نجيم الحنفي ت: 970هـ -دار المعرفة-بيروت (ج5/ص178).

5 - الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله، (ت: 204) (ج5/ص239) -دار المعرفة -بيروت -ط2/ 1393هـ. و المجموع شرح المذهب - (ج 18 / ص 158) لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ) - دار الفكر - بيروت.

وحجتهم:

- 1 - لعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره⁽²⁾.
- 2 - أن النكاح عُرفَ بثبوته، وَالْعَيْتَةُ لا توجب الْفُرْقَةَ⁽³⁾.
- 3 - أن النكاح معلوم بيقين، فلا يزال إلا بيقين، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك⁽⁴⁾.

القول الثاني: يجوز التفريق بينهما إذا طالبت الزوجة بذلك، وتضررت من طول غيابه، وخشيت على نفسها الزنا، حتى وإن كان الزوج قد ترك لها مالاً يكفيها للنفقة على نفسها، وبه قال المالكية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾.

وحجتهم:

- 1 - قوله صلى الله عليه وسلم: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ⁽⁷⁾.
- وجه الاستدلال:** أن غياب الزوج عن زوجته يلحق ضرراً بالغاً بها، والضرر يدفع بقدر الإمكان، وحصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتض للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد⁽⁸⁾.
- 2 - بما رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمرَ رضيَ اللهَ عَنْهُمَا أَنَّ عُمَرَ كَتَبَ إِلَى أُمِّرَاءِ الْأَجْنَادِ فِي رِجَالٍ عَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ، فَأَمَرَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطْلَقُوا، فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةٍ مَا حَبَسُوا⁽¹⁾.

1 - المحلى، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبي محمد، - دار الآفاق الجديدة - بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي (ج10/ص142).

2 - انظر المرجع السابق.

3 - انظر الهداية شرح البداية (ج2/ص181).

4 - انظر المرجع السابق، وحاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الديماطي، - دار الفكر - بيروت - (ج 4 / ص 83).

5 - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد المغربي، المعروف بالخطاب الرعييني (ت: 954هـ) تحقيق: زكريا عميرات - دار عالم الكتب - طبعة خاصة 1423هـ - 2003م. (ج4/ص155)، والمفصل في أحكام للمرأة للدكتور زيدان (466/8).

6 - انظر المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - دار الفكر - بيروت - ط1 / 1405 (ج7/ص232)، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ) ط1 - 1397هـ (ج 6 / ص 438).

7 - سنن ابن ماجه: لمحمد بن يزيد أبي عبدالله القزويني: دار الفكر - بيروت - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي - كتاب الأحكام - باب من بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بِجَارِهِ - (ج2/ص784) برقم 2340، وسنن البيهقي الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي أبي بكر البيهقي - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، 1414 - 1994 - تحقيق: محمد عبد القادر عطا - كتاب الحجر - باب لا ضرر ولا ضرار (ج6/ص69) ب رقم11166. والحديث صحيح كما قال الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (ج 3 / ص 408) - المكتب الإسلامي - بيروت - ط2 / 1405 - 1985.

8 - انظر حاشية الدسوقي (ج3/ص302)، وحاشية الروض المربع (ج 6 / ص 438).

وجه الاستدلال من الأثر:

أن الضرر الذي يمكن إزالته بالفسخ يجب إزالته، ومن ذلك الضرر الذي يلحق بالزوجة من عدم نفقة الزوج عليها وغيابه عنها.

والسبب في اختلافهم:

- 1 - اختلافهم في حكم استدامة الوطء، أهو حق للزوجة مثل ما هو حق للزوج، أم حق للزوج فقط؟ فمن قال أن الوطء حق للزوج ولا حق لها فيه، قال بعدم جواز مطالبتها بالتفريق، ومن قال لها الحق في الوطء كما للزوج حق فيه، فلها حق المطالبة بالتفريق إن تضررت من طول غيابها، وخشيت على نفسها الزنا⁽²⁾.
- 2 - معارضة استصحاب الحال⁽³⁾ للقياس⁽⁴⁾، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت، أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك، وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة⁽⁵⁾.
- ومع اتفاق المالكية والحنابلة على جواز التفريق بين الزوجين إذا تضررت الزوجة من طول غياب زوجها وبعده عنها وخشيت على نفسها الزنا، إلا أنهم اختلفوا في نوع الغيبة ومدتها وفي نوع الفرقة:
- فالمالكية: لا فرق عندهم بين أن تكون الغيبة لعذر كطلب العلم والتجارة والسياسة والعمل أم بغير عذر لأن المرأة تتضرر بها في الحالتين والمقصود بالتفريق رفع الضرر عنها، على أن يكون طلبها التفريق بعد غيابها مدة ثلاث سنين، وقيل سنة فأكثر وهو المعتمد⁽⁶⁾.

واشترطوا شروطاً لغيبة الزوج حتى تكون سبباً للتفريق إذا طلبت ذلك الزوجة وهي كالتالي:

- 1 - أن تكون مدة غيبة الزوج سنة فأكثر.
- 2 - أن تخشى الزوجة على نفسها الزنا، ويعلم ذلك من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع.
- 3 - لا بد من الكتابة للزوج إن علم مكانه، إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه أو يطلق، فإن امتنع ثلّم له بالإجتِهَاد وطلق عليه، ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محله، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق

1- أخرجه الشافعي في مسنده-دار الكتب العلمية - بيروت - من كتاب أحكام القرآن(ج1/ص267)، وعنه البيهقي في السنن الكبرى-كتاب النفقات-باب الرجل لا يجد نفقة امرأته (ج7/ص469) ب رقم15484 وصححه الألباني في الإرواء (ج 7 / ص 228).

2 - الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 29 / ص 62).

3 - معنى (استصحاب الحال) أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء ذلك لأمر ما لم يوجد ما يغيّره، فيقال الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، وكلما كان فيما مضى ولم يظن عدمه، فهو مظنون البقاء. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: لمحمد بن علي الشوكاني (ت: 1250هـ) تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، -دار الكتاب العربي -دمشق - ط1/ 1419هـ-1999م (ج1/ص396).

4 - معنى القياس لغة: هو تقدير شيء على مثال شيء آخر، وتسويته به، واصطلاحاً هو: حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بأمر جامع بينهما، من حكم أو صفة. انظر إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - (2 / 89).

5 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد أبي الوليد، (ت: 595هـ) -دار الفكر -بيروت (ج 2 / ص 52).

6 - انظر حاشية الدسوقي (ج2/ص431)، والشرح الكبير لسيد أحمد الدردير أبي البركات، الشهير بالدردير (ت: 1201هـ) -دار الفكر -بيروت، تحقيق: محمد عlish (ج2/431)، ومواهب الجليل للحطاب الرّعيني (ج4/155).

عليه القاضي حالاً لعدم النفقة⁽¹⁾. كما جاء في الشرح الكبير للدردير: "لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه، إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه، أو يطلق، فإن امتنع ثلثم له بالإجتهاد وطلق عليه، ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه إن علم محله وأمكن، ولا بد من خوفها على نفسها الزنا، ويعلم ذلك من جهتها لا بمجرد شهوتها للجماع"⁽²⁾.

وأما الحنابلة: فقد قيدوا الفرقة للغيبة بدون عذر، فإن كانت غيبته بعذر فلا يجوز التفريق، بدليل أنه لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقتها، أو وجد له مال يُنفق عليها منه، أو من يفرضها عليه، وإن لم يكن بعذر مانع من الرجوع، وغاب أكثر من ستة أشهر راسله الحاكم، فإن أبي أن يُقدم فسخ نكاحه⁽³⁾.

وما ذهب إليه الحنابلة من تحديد مدة الغياب بستة أشهر دليلهم ما عمله عمر رضي الله عنه في توقيته للناس في مغازيهم، فقد روى أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال بينما عمر بن الخطاب يخرس المدينة فمرّ بامرأة وهي تقول:

تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَأَسْوَدَ جَانِبُهُ وَطَالَ عَلَيَّ أَنْ لَا خَلِيلَ إِلَّا عِبُهُ

فَوَاللَّهِ لَوْلَا خَشْيَةُ اللَّهِ وَالْحَيَا لَحَرَّكَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ

فَسَأَلَ عَنْهَا فَقِيلَ لَهَا إِنَّهُ زَوْجُهَا غَائِبٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا امْرَأَةً تَكُونُ مَعَهَا وَبَعَثَ إِلَى زَوْجِهَا فَأَقْفَلَهُ ثُمَّ دَخَلَ عَلَى حَفْصَةَ فَقَالَ: بِنْتِ كَمْ تَصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنْ زَوْجِهَا؟ فَقَالَتْ سُبْحَانَ اللَّهِ مِثْلَكَ يَسْأَلُ مِثْلِي عَنْ هَذَا فَقَالَ لَوْلَا أَنِّي أُرِيدُ النَّظَرَ لِلْمُسْلِمِينَ مَا سَأَلْتُكَ فَقَالَتْ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَوَقَّتَ لِلنَّاسِ فِي مَغَازِيهِمْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ يَسِيرُونَ شَهْرًا وَيَقِيمُونَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَيَرْجِعُونَ فِي شَهْرٍ⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: قضاء عمر رضي الله عنه في حق الغائب عن زوجته وتحديدده بستة أشهر.

واشترط الحنابلة في الغيبة الطويلة - التي تزيد عن نصف السنة - والتي تبيح طلب التفريق الآتي⁽⁵⁾:

- 1 - أن يكون غياب الزوج لغير عذر، فإن كان غيابه بعذر مقبول كغيابه لحج أو غزو واجبين، أو طلب رزق يحتاجه، فلا يجوز للزوجة طلب التفريق.
- 2 - أن يزيد السفر عن نصف سنة، فإن كان نصف سنة فأقل فليس لها حق المطالبة.
- 3 - أن تطلب قدومه، فإن لم تطلب قدومه فلا يلزمه، حتى لو بقي سنتين أو ثلاثاً أو أربعاً، لكنه يشترط أن يكون آمناً عليها، فلو كان لا يأمن على زوجته من الفتنة بها أو منها، فإنه لا يجوز أن يسافر أصلاً.

1 - انظر حاشية الدسوقي (ج2/431)، ومواهب الجليل: للرعي (ج4/155).

2 - الشرح الكبير للدردير (ج2/ص431).

3 - انظر كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي - تحقيق هلال مصيلحي - دار الفكر - 1402هـ - بيروت - (ج 5 / ص 192)، والمغني: لابن قدامة (ج7/ص232)، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن النجدي (ج 6 / ص 438).

4 - سنن البيهقي الكبير - كتاب السير - باب الإمام لا يُجْمَرُ بِالْعُرَى (ج9/ص29) برقم 17628، وسنن سعيد بن منصور الخراساني (ت: 227) الدار السلفية - الهند - 1403هـ - 1982م، ط1، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي - كتاب الجهاد - باب الغازي يطيل الغيبة عن أهله - (ج2/ص210) برقم 2463، ومصنف عبد الرزاق بن همام الصنعاني، - المكتب الإسلامي - بيروت - 1403 / ط2، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي - باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق - (ج7/ص151) برقم 12593.

5 - انظر حاشية الروض المربع - (ج 6 / ص 438) وكشاف القناع - (ج 5 / ص 192).

4 - أن يقدر على الرجوع، فإن عجز فلا يلزمه، مثل أن لا يجد راحلة توصله إلى زوجته، أو انقطعت الأسفار، أو حصل خوف، أو ما أشبه ذلك.

واتفق (المالكية والحنابلة) على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه، أو يمكن بعد زمن طويل موجبة للتفريق في الحال بدون إعدار أو إمهال، وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الإعدار إليه، بأن يقدم، أو ينقل امرأته إليه، أو يطلق، فإن فعل وإلا فرق بينهما بعد أن يترتب مدة اجتهاده رجاء عودته⁽¹⁾.

واختلفوا في نوع الفرقة للغيبة:

فعند المالكية تكون طلاقاً بائناً⁽²⁾، إلا أنه لم يعرف من المالكية من صرح في ذلك بشيء، إلا أن إطلاقاًهم تفيد أنها طلاق بائن، فقد جاء في رسالة ابن أبي زيد القيرواني قوله: إن كل طلاق يوقعه الحاكم طلاق بائن إلا طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة⁽³⁾، ثم إنه طلاق للضرر - وهو بائن عندهم كما تقدم⁽⁴⁾.

إلا أن الدسوقي أورد الفرقة للغيبة ضمن الكلام عن الفرقة للإيلاء، فقال: "وطلاقه رجعي"⁽⁵⁾ فاحتمل أن تكون مثلها طلاقاً رجعياً، إلا أن الاحتمال الأول هو الأرجح⁽⁶⁾.

وحجتهم: أن المقصود من التفريق رفع الضرر عن المرأة، ولا يرتفع إلا إذا كان الطلاق بائناً، وكل فرقة يوقعها الحاكم تكون طلاقاً بائناً إلا طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة⁽⁷⁾.

وعند الحنابلة: تكون الفرقة فسخاً لا طلاقاً، فلا تنقص عدد الطلقات⁽⁸⁾.

وحجتهم: أن الفرقة لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه، وإنما صدرت من القاضي، بطلب من الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون فسخاً عندهم، لا تحسب من الطلقات التي يملكها الزوج⁽⁹⁾.

***ما عليه العمل في المحاكم الشرعية (السعودية واليمنية نموذجاً):**

أ- في المحاكم السعودية: أن للزوجة طلب الفسخ إذا غاب عنها زوجها أكثر من ستة أشهر لغير عذر، ولم يجعل لها نفقة، ولم تقدر على مال له، ولا الاستدانة عليه، ولا يكون الفسخ إلا بحكم حاكم، وهو فسخ لا رجعة فيه، وعليها العدة الشرعية، وليس لها أن تتزوج حتى يُصدّق الحكم من التمييز⁽¹⁰⁾.

1 - انظر أشرف المسالك - (ج 1 / ص 147) وكشاف القناع - (ج 5 / ص 193).

2 - انظر القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن حنبل (ت: 741)، (ج 1/ص 144) وحاشية الدسوقي (ج 2/ص 431).

3 - انظر الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح عبد السميع الآبي الأزهرى-المكتبة الثقافية -بيروت (ج 1/ص 471).

4 - الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 29 / ص 64).

5 - حاشية الدسوقي (ج 2/ص 364).

6 - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 29 / ص 64).

7 - انظر حاشية الدسوقي - (ج 2 / ص 519).

8 - انظر كشاف القناع (ج 5/ص 193).

9 - انظر المرجع السابق بتصرف.

10 - انظر مدونة الأحكام القضائية الاصدار الأول (ص 139) اصدار الادارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل 1428هـ - 2007م. ومجموعة الأحكام القضائية لعام 1434هـ (ج 10/ص 167).

وقد استند هذا الحكم إلى المذهب الحنبلي، وفيه كما قال ابن تيمية في الفتاوى: "إذا تعذرت النفقة من جهته فلها فسخ النكاح، فإذا انقضت عدتها تزوجت بغيره، والفسخ للحاكم"⁽¹⁾.

وقال صاحب كشاف القناع: "قلت مقتضى ما سبق إذا غاب فوق نصف سنة في غير غزو، أو حج واجبين، أو طلب رزق محتاجه، وطلبت قدومه ولم يقدم، فلها الفسخ وإن لم يقصد المضارة، وأما قصد المضارة فتنفسخ إذا مضت الأربعة أشهر، وطلبت الفينة وأبى على ما تقدم في الإيلاء"⁽²⁾.

وجاء في شرح منتهى الإرادات قوله: "(أو غاب موسر) عن زوجته، (وتعذرت نفقته) عليها بأن لم يترك لها نفقة، ولم يقدر له على مال، ولم يمكنها تحصيل نفقتها (باستدانة) أي اقتراض، أو نحوه عليه (وغيرها فلها الفسخ)، لتعذر الإنفاق عليها من ماله، كحال الأعسار بل أولى، ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ، فوجبت إزالته دفعاً للضرر"⁽³⁾.

ب- **في المحاكم اليمنية:** وتستند في أحكامها إلى قانون الأحوال الشخصية رقم (20) لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م، والتي تنص فيه المادة (52) على أن "لزوجة الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ عقد نكاحها بعد انقضاء سنه واحدة لغير المنفق وبعد سنتين للمنفق، على أن تنصب المحكمة الأقرب فالأقرب ليتمكن من إعلان الغائب في محل معلوم في ظرف شهر بأي وسيلة".

وقد استند هذا القانون إلى المذهب المالكي، والقاضي بإزالة الضرر عن المرأة، إلا أن تحديداتها بسنة واحدة لغير المنفق، وستين للمنفق اجتهاد من المقنن.

وخرج من المادة الغائب الذي غيبته غير منقطعة، ويعرف مكانه، ويصل خبره فليس للمرأة الحق في طلب التفريق، وإن طال مدته ما دام منفقاً عليها.

الترجيح والمناقشة:

ما ذهب إليه أصحاب القول الأول بني على الأصل، وهو ثبوت النكاح، وعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، إلا أنه افتقد إلى النظر إلى الضرر الذي يلحق المرأة جراء غياب زوجها عنها، وإلى معنى وجوه الزواج القائم على السكن، والمودة، والرحمة، والعشرة الطيبة، والحياة الزوجية السعيدة، وأنه يجب على الزوج أن يعاشر زوجته بالمعروف، وعلى رأس هذه المعاشرة تلبية حاجاتها الغريزية، ولا يتحقق هذا الأمر في ظل غيابها وبعده عنها، ومن قال بالتفريق اجتهد في تحديد مدة غياب الزوج على حسب اجتهاده، ومن المعلوم أنه ليس هناك حدٌ محدود في تحديد المدة التي يغيب فيها الزوج عن زوجته، ومطالبته بعدها بالعود إلى زوجته، أو الطلاق، فالمسألة خاضعة للاجتهاد، نظراً لعدم ورود نص من كتاب، أو سنة صحيحة تحدد ذلك، إلا ما روي عن عمر -رضي الله عنه- في ذلك وهو ستة أشهر، وهو اجتهاد منه، وهذه الستة أشهر قد يقوى الزوج على حضورها، وقد لا يقوى فقد يتطلب العمل الذي ذهب من أجله أكثر من ستة أشهر فيضطر إلى الزيادة، وعليه فما ذهب إليه المالكية بأن للمرأة المطالبة بعودة زوجها، أو الطلاق أو الرفع إلى القاضي بطلب التفريق، إذا تضررت من طول غيبته وخشيت على نفسها الزنا سواء كانت غيبته بعذر أو

1 - مجموع الفتاوى (ج 34 / ص 92) لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت: 728هـ) تحقيق: أنور البار - عامر الجزائر - دار الوفاء - الطبعة: الثالثة، 1426 هـ / 2005 م.

2 - كشاف القناع: للبهوتي (ج 5 / ص 423).

3 - شرح منتهى الإرادات: للبهوتي (ج 3 / ص 237).

بغير عذر، وحتى إن كان الزوج قد ترك لها مالا يكفيها للنفقة على نفسها، على أن يكون طلبها التفريق بعد غيابه مدة سنة فأكثر، هو الأقرب للصواب للأمور التالية:

- 1 - أن الوطاء حق مشترك بين الزوجين فكذا هو حق للرجل فكذا هو حق للمرأة.
- 2 - أن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمناً طويلاً مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب، وإن ترك لها الزوج مالا تستطيع الإنفاق منه⁽¹⁾.
- 3 - أن في ذلك حفظاً للمرأة من الضياع، وصيانة للمجتمع من الفساد، خاصة مع استتراء الفساد وتعدد وسائله، والتي يتطلب تواجد رب الأسرة بين زوجته وأولاده، فلعله بتواجده قد يكون سداً منيعاً في منع زوجته وأولاده من الوقوع فيما لا يحمد عقباه، فقد يكسب شيئاً من لعاع الدنيا مع طول غربته ثم يخسر زوجته وأولاده.
- 4 - لقد أمر الله سبحانه بإحسان عشرة الزوجات فقال: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} [النساء: 19]، ونهى عن إمساكنهن ضرراً فقال: {وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَاراً} [البقرة: 231]، وأمر بالإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان فقال: {فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: 229]، ونهى عن مضارتهن فقال: {وَلَا تُضَارُّوهُنَّ} [الطلاق: 6]⁽²⁾، ونهى نبيه صلى الله عليه وسلم: عن إلحاق الضرر بالغير فقال: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"⁽³⁾، وهذا أصل في أنه لا يجوز للزوج أن يضر بزوجه، ولا أن يتسبب في الإضرار بها، والنهي عن الشيء نهي عن أسبابه، فالله نهي عن الضرر، وغيابه هذا فيه ضرر بها، فوجب دفع الضرر عنها، ويتمثل في عودته من سفره، والقيام بحقوق زوجته، وإلا يفرق القاضي بينهما إن طلبت ذلك، وإن رضيت المرأة بغياب زوجها عنها، وأذنت له، وتنازلت عن حقوقها، وطاب خاطرهما، وكانت واثقة من نفسها بمعونة الله عز وجل لها، وطاب خاطرهما أن يغيب عنها أكثر من هذه المدة، فهذا شيء بينهما لا بأس بذلك، ولا حرج ولا إثم عليه ولا حد للمدة، كأن يغيب عنها السنة والستين والثلاث لطلب علم، أو لتجارة، أو كسب رزق، أو نحو ذلك، مادامت أنها راضية وواثقة من نفسها، وإن لم ترض فهجدها أكثر من ستة أشهر حرام⁽⁴⁾.

وعلى الزوج ديانة إن كان ولا بد من سفره أن يتقي الله في زوجته، وأن يأخذها معه إن استطاع فذلك أفضل إعفافاً له ولها، وإن لم يستطع فلا ينبغي عليه أن يغيب عنها غيبة طويلة، يكون فيها خطر عليها من جهة الرذيلة والفساد الخلقي، ومتى ما أكمل حاجته، وعمله عجل بالعودة كما أرشد إلى ذلك نبينا صلى الله عليه وسلم حيث قال: «السَّفَرُ قِطْعَةٌ مِنَ الْعَذَابِ يَمْنَعُ أَحَدَكُمْ نَوْمَهُ وَطَعَامَهُ وَشَرَابَهُ فَإِذَا قَضَى أَحَدُكُمْ نَهْمَتَهُ⁽⁵⁾ مِنْ وَجْهِهِ فَلْيَعْجَلْ إِلَى أَهْلِهِ»⁽⁶⁾. وإذا لم يتيسر له ذلك فعليه أن يلاحظها ويعتني بها، وأن يتصل بها بين وقت وآخر كالأُسبوع والأُسبوعين،

1 - أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد شليبي (ص 589).

2 - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: 1250هـ) دار ابن حزم : ط 1 (ج 1 / ص 355).

3 - سبق تخريجه.

4 - انظر شرح زاد المستقنع للشنقيطي - (ج 283 / ص 7) بتصرف.

5 - أي حاجته. - الديباج على مسلم، لعبد الرحمن بن أبي بكر أبي الفضل السيوطي، دار ابن عفان - الخبر - السعودية - 1416 - 1996، تحقيق: أبو إسحاق الحويني الأثري - (ج 4 / ص 517).

6 - أخرجه البخاري في صحيحه - أبواب العمرة - باب السفر قطعة من العذاب (ج 2 / ص 639) برقم 1710 ومسلم في صحيحه - كتاب الإمارة - باب السَّفَرِ قِطْعَةٌ مِنَ الْعَذَابِ وَاسْتِخْبَابِ تَعْجِيلِ الْمُسَافِرِ إِلَى أَهْلِهِ بَعْدَ قَضَاءِ شُغْلِهِ. (ج 6 / ص 55) برقم 5070.

أو أقل من ذلك، ومهما أمكن أن يكون قريباً منها فهو الواجب، وإذا أمكن أن يكون العمل في البلد التي هي فيه حتى يكون عندها، ويبست عندها فهو الأصلح، حتى لا يقع في أمر لا تحمد عقباه، لا سيما في أوقات الخطر في هذه الأزمنة، لأنه كثر فيها الشر وقل فيها الأمن في غالب البلاد، وكثرت فيها الفواحش ولا سيما المرأة إذا كانت وحدها فالخطر عليها عظيم، بخلاف ما إذا كانت عند أهلها، أو عند محارم مأمونين فالخطر أقل وأسلم.

ويجب على أرباب العمل وكفلائهم أن يتقوا الله فيمن يعملون معهم، ومن يكونون تحت رعايتهم بأن يجعلوا لهم نهاية كل ستة أشهر، أو سنة إجازة يتمكنون فيها من زيارة أهليهم وبلدانهم.

التفريق لفقد الزوج

يعتبر فقدان الزوج نوع من أنواع الغياب، والغيبه أعم وأشمل من الفقد، والمفقود لغة: يُقال: من فَقَدَ الشَّيْءَ يَفْقِدُهُ فَقْدًا، وَفَقْدَانًا، وَفُقُودًا فهو مفقود، ويقال فقد الشيء فقدا وفقدانا ضاع منه، وفقد الكتاب والمال وَخَوَهُ: خَسِرَهُ وَعَدِمَهُ⁽¹⁾.

واصطلاحاً: هُوَ الْعَائِبُ عَنْ بَلَدِهِ الَّذِي انْقَطَعَ خَبَرُهُ، وَلَا يُعْرَفُ أَنَّهُ حَيٌّ أَمْ مَيِّتٌ⁽²⁾.

والرجل إذا غاب عن امرأته لم يخل من حالين:

أحدهما: أن تكون غيبته غيبه غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه، ويمكن الاتصال به، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج بإجماع أهل العلم، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب من القاضي فسخ النكاح، فيفسخ نكاحه⁽³⁾. وقد بيّن حكمه مفصلاً في المبحث الأول: "التفريق لغياب الزوج".

والحال الثاني: أن تكون غيبته غيبه منقطعة لا يعرف فيها خبره، ولا يأتي كتابه، ولا يمكن الاتصال به، وهو المعني به في هذا المبحث وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: حكم طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها.

المطلب الثاني: مدة التبرص.

المطلب الثالث: بدء مدة التبرص.

المطلب الرابع: اشتراط حكم الحاكم لتبرص الزوجة والعدة ووقوع الفرقة.

المطلب الخامس: عودة الزوج المفقود بعد الحكم بالتفريق.

المطلب الأول حكم طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يحق للزوجة طلب التفريق إذا غاب عنها زوجها غيبه منقطعة لا يعرف فيها خبره، ولا يأتي كتابه على نحو يعتبر فيه مفقوداً، فهو حيٌّ في حق نفسه، لا تتزوج امرأته، ولا يُقَسَّمُ مَالُهُ،.....، مَيِّتٌ في حق غيره لا يرث بمن مات حال غيبته، ولا يُفَرَّقُ بينه وبين امرأته، ولا تزول الزوجية حتى يتيقن موته، أو طلاقه، أو رده، أو تمضي مدة لا

1 - انظر لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري-دار صادر - بيروت -الطبعة الأولى، (ج3/ص337)، و المعجم الوسيط - (ج 2 / ص 697).

2 - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني (ت: 587) -دار الكتاب العربي -ط1/ 1982 -بيروت (ج6/ص196).

3 - المجموع شرح المذهب: للنووي (ج 18 / ص 158) والمغني: لابن قدامة-(ج 9 / ص 131).

يعيش أكثر منها، ثم تعتد بعد ذلك، وتحل للأزواج، وإليه ذهب ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة⁽¹⁾، والشافعي في الجديد وهو الصحيح⁽²⁾، والظاهرية⁽³⁾، وهو قول للحنابلة - فيما لو كان ظاهر غيبته السلامة كأسر، وتجارة، وسياحة، وطلب علم⁽⁴⁾.

القول الثاني: للزوجة حق طلب التفريق، وترتب أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرًا، ثم تحل للأزواج، وإليه ذهب عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم، ومالك⁽⁵⁾ والشافعي في القديم⁽⁶⁾، وهي رواية أخرى عن الحنابلة في حالة ما لو كانت غيبته ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع، فلا يظهر له خبر، أو يفقد بين الصنفين في القتال، أو ينكسر بهم مركب بحري فيغرق بعض رفقته، أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز⁽⁷⁾.

وسبب اختلافهم: معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت، أو طلاق، حتى يدل الدليل على غير ذلك، وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة⁽⁸⁾.

أدلة القول الأول:

- 1 - بحديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ امْرَأَةٌ حَتَّى يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ"⁽⁹⁾.
- 2 - بما رواه الشافعي عن علي رضي الله عنه موقوفاً أنه قال في امرأة المفقود: "امْرَأَةُ ابْتَلَيْتَ فَلْتَصْبِرِ حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينُ مَوْتُهُ"⁽¹⁰⁾ قال الشافعي رحمه الله في الجديد: وبهذا نقول⁽¹⁾.

-
- 1 - انظر الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، - دار الفكر - 1411هـ - 1991م (ج2/ص299)، والهداية شرح البداية (ج2/ص181).
 - 2 - انظر الأم للشافعي (ج 5 / ص 239)، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لمحمد الخطيب الشربيني - دار الفكر - بيروت (ج 3 / ص 397)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبي إسحاق - (ت: 476 هـ) بيروت - (ج 2 / ص 146).
 - 3 - المحلى (ج10/ص133).
 - 4 - انظر المغني: لابن قدامة (ج 9 / ص 131).
 - 5 - انظر التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم أبي عبد الله (ت: 897) - دار الفكر 1398 - بيروت (ج4/ص155)، وبداية المجتهد (ج 2 / 52) والموسوعة الفقهية الكويتية (ج 29 / 333).
 - 6 - انظر مغني المحتاج (ج 3 / 397)، والحاوي الكبير: لأبي الحسن الماوردي - دار الفكر - بيروت (ج 11 / 715).
 - 7 - المغني: لابن قدامة (ج8/ص106).
 - 8 - بداية المجتهد: لابن رشد - (ج 2 / ص 52).
 - 9 - سنن الدار قطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي، - دار المعرفة - بيروت - 1386 - 1966، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني - كتاب النكاح - باب المهر (ج3/ص312) برقم 255، وسنن البيهقي الكبرى - كتاب العدد - باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته (ج7/ص445) برقم 15342 والحديث ضعيف جداً كما قال الألباني في السلسلة الضعيفة (ج 6 / ص 433) - مكتبة المعارف - الرياض.

- 10 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب إحياء الموات - باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد (ج6/ص158) برقم 11665 وعبد الرزاق في مصنفه عن الحكم بن عتيبة - باب التي لا تعلم مهلك زوجها - (ج7/ص90)

وجه الاستدلال مما سبق: أن امرأة المفقود لا تتزوج حتى يتبين موته أو طلاقه لها، وعقدها ثابت بيقين فلا يرتفع إلا بيقين⁽²⁾.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث المروي عن المغيرة لم يثبت، ولم يذكره أصحاب السنن، ولا يجوز الاعتماد عليه في تقرير حكم شرعي، وأما الأثر المروي عن علي رضي الله عنه إن صحت نسبته إليه، فيرويه الحكم وحماد مرسلًا، وهو مجرد اجتهد خالفه فيه غيره من الصحابة، والمسند عنه مثل قول عمر، ثم يحمل ما روه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعًا بينه وبين ما روي عن عمر⁽³⁾.

3 - أن حياة المفقود كانت معلومة، فالأصل بقاء الحياة حتى يثبت موته، وما علم ثبوته فالأصل بقاءه على ما كان باعتبار استصحاب الحال⁽⁴⁾.

4 - أن النكاح عرف ثبوته، والغيب لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك⁽⁵⁾.

5 - عدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، ولا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره⁽⁶⁾.

6 - أن أم ولده لا تعتق ولا يقسم ماله، وإذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله، لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته⁽⁷⁾.

7 - أنه لما جرى عليه في غيبته حكم طلاقه وظهاره، جرى عليها حكم الزوجية في تحريمها على غيره⁽⁸⁾.

أدلة القول الثاني:

1 - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231].

وجه الاستدلال من الآية: أن حبس المرأة على زوجها المفقود إضرار وعدوان⁽⁹⁾، والضرر هنا متحقق فوجب إزالته.

2 - ما روى الأثر والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقني فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقني فاعتدي أربعة أشهر وعشرًا، ففعلت ثم أتته، فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال طلقها ففعل، فقال لها عمر: انطلقني فتزوجي من شئت فتزوجت، ثم جاء زوجها

برقم 12332. بلفظ "هي امرأة ابتليت فلتنصر حتى يأتيها موت أو طلاق" وَقَالَ الْبَيْهَقِيُّ هُوَ عَنْ عَلِيٍّ مَشْهُورٌ وَرُوِيَ عَنْهُ مِنْ وَجْهِ ضَعِيفٍ مَا يُجَالِئُهُ وَهُوَ مُنْقَطِعٌ. انظر التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير - لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ) - دار الكتب العلمية ط 1/ 1419هـ - 1989م. (ج 3 / ص 503).

1 - السنن الكبرى للبيهقي (ج 6/ ص 158) ومغني المحتاج (ج 3/ ص 397).

2 - انظر البحر الرائق (ج 5/ ص 178) ومغني المحتاج - (ج 3 / ص 397).

3 - انظر المغني - (ج 9 / ص 131).

4 - انظر المبسوط: لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - تحقيق: خليل الميس - دار الفكر - بيروت، لبنان ط 1، 1421هـ 2000م (ج 98/30)، والبحر الرائق (ج 5/ 178)، ومغني المحتاج - (ج 3 / 397).

5 - الهداية شرح البداية - (ج 2 / ص 181).

6 - انظر المرجع السابق.

7 - انظر روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي - المكتب الإسلامي - 1405 - بيروت (ج 8/ ص 400) بتصرف.

8 - الحاوي الكبير: للماوردي (ج 11 / ص 717).

9 - المرجع السابق (ج 11 / ص 715).

الأول فقال عمر: أين كنت؟ فقال يا أمير المؤمنين استهوتني⁽¹⁾ الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزازهم منهم قوم مسلمون، فكنت فيما غنموه، فقالوا لي أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فمالك ومالهم، فأخبرتهم خبري فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح، قلت: المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة فخيره عمر إن شاء امرأته، وإن شاء الصداق، فاختار الصداق، وقال: قد حبلت لا حاجة لي فيها⁽²⁾.

3 - ما روي عن ابن أبي ليلى، عن عمر بن الخطاب أنه قال في امرأة المفقود: "تَرَيَّصُ أَرْبَعِ سِنِينَ ثُمَّ يُدْعَى وَلِيُّهُ فَيُطَلَّقُهَا فَتَعْتَدُ بَعْدَ ذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"⁽³⁾.

وجه الاستدلال من الأثرين:

أن مذهب عمر في امرأة المفقود بعد مضي أربع سنين من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم تبين من زوجها كما يفيد ظاهر رواية الكتاب، وإن كانت رواية ابن أبي شيبه دالة على أنه يأمر الحاكم ولي الفقيه بطلاق امرأته وقد ذهب إلى هذا مالك وأحمد وإسحاق وهو أحد قول الشافعي وجماعة من الصحابة بدليل فعل عمر⁽⁴⁾. قال أحمد تعليقاً على حديث عمر: يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف⁽⁵⁾، وقضى بذلك عثمان وعلي وابن الزبير وهو قول ابن عباس⁽⁶⁾، وهذه قضية انتشرت في الصحابة، وحكم بها عن رأي الجماعة فكانت حجة⁽⁷⁾.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن حديث عمر قد روي أنه رجع عن قضيته حين رجع الزوج، وكذلك ابن عباس وعثمان فصار إجماعاً بعد خلاف⁽⁸⁾.

ونوقش أيضاً: بأن ما سلف عن علي وعمر أقوال موقوفة، ولا وجه للترصص، لكن إن ترك لها الغائب ما يقوم بها فهو كالحاضر إذ لم يفتها إلا الوطء وهو حق له لا لها، وإلا فسخها الحاكم عند مطالبتها من دون المفقود لقوله تعالى:

1 - اسْتَهْوَتْهُ الشَّيَاطِينُ: ذَهَبَتْ بِهَوَاهُ وَعَقْلِهِ أَوْ اسْتَهَامَتْهُ وَخَيَّرَتْهُ أَوْ زَيَّنَتْ لَهُ هَوَاهُ. القاموس المحيط (ج 1/ 1735).

2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب العدد - باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم (ج 7 / ص 445) برقم 15347 بسند صحيح من طريق قتادة عن أبي نضرة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، والدارقطني في سننه - كِتَابُ النِّكَاحِ - باب المهر (ج 3 / ص 311) برقم 254 وصححه الألباني في إرواء الغليل - (ج 6 / ص 151).

3 - مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، (ت: 235 هـ) - مكتبة الرشد - الرياض ط 1/ 1409، تحقيق: كمال يوسف الحوت - كِتَابُ النِّكَاحِ - باب ومن قال: تعتد وتزوج ولا تَرَيَّصُ - (ج 4 / ص 237) والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب العدد - باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً ثم تحل - (ج 7 / ص 445) برقم 15346، وإسناده حسن كما قال الألباني في الإرواء (ج 6 / ص 151) ..

4 - سبل السلام: للصنعاني (ج 3 / ص 208).

5 - انظر المغني (ج 8/ 107)، والكافي في فقه الإمام المبحل أحمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة المقدسي أبي محمد، - المكتب الاسلامي - بيروت (ج 3/ 314).

6 - الكافي في فقه ابن حنبل (ج 3/ 314).

7 - الحاوي الكبير: للماوردي - (ج 11 / ص 716).

8 - انظر الهداية شرح البداية (ج 2/ 181)، والحاوي الكبير: للماوردي - (ج 11 / ص 717).

{وَلَا تُنْكِحُوهُنَّ ضِرَارًا}، والحديث "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"⁽¹⁾ والحاكم وُضِعَ لرفع المضارة في الإيلاء والظهار، وهذا أبلى، والفسخ مشروع بالعيب ونحوه⁽²⁾.

ورد على قولهم: بأن حديث عمر روي عنه من ثمانية وجوه، ومن زعم أن عمر رجع عن قوله فمن وجه ضعيف، وقال أحمد: من ترك هذا القول فأى شيء يقول، وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير⁽³⁾.

4- أن الفسخ لما استحق بالعنة، وهو فقد الاستمتاع مع القدرة على النفقة، واستحق بالإعسار وهو فقد النفقة مع القدرة على الاستمتاع، فالأن تستحق بغية المفقود، وهو جامع بين فقد الاستمتاع وفقد النفقة أولى⁽⁴⁾.

ونوقش: بثبوت الفرقة بالتعنين، والإعسار بالنفقة، وههنا لم يثبت سبب الفرقة، وهو الموت⁽⁵⁾.

* ما عليه العمل في المحاكم الشرعية (السعودية واليمينية نموذجاً)

أ - في المحاكم السعودية: حيث تستند في أحكامها إلى المذهب الحنبلي، وفيه أنه لا يحق للزوجة طلب التفريق فيمن غاب عنها زوجها غيبة منقطعة، وظاهر غيبته السلامة كأسر، وتجارة، وسياحة، وطلب علم...، ونفقتها جارية، ولها الحق في طلب التفريق، في حالة ما لو كانت غيبته ظاهرها الهلاك، كالذي يُفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع، فلا يظهر له خبر، أو يُفقد بين الصنفين في القتال، أو ينكسر بهم مركب بحري فيغرق بعض رفقته، أو يُفقد في مهلكة كبرية الحجاز⁽⁶⁾.

ب - في المحاكم اليمينية:

أن لزوجة المفقود الحق في رفع أمرها إلى القاضي إذا فُقد زوجها، بناء على ما نصت عليه المادتان (116، 117) من قانون الأحوال الشخصية رقم (20) لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م: "أن الفقدان ينتهي بعودة المفقود حياً، أو ثبوت وفاته، أو الحكم باعتباره ميتاً، إذا قام دليل على وفاته، أو مرت فترة كافية على إعلان فقده"

الترجيح:

الراجح والله أعلم، أن للمرأة الحق في طلب التفريق إن غاب عنها زوجها، ولم يعرف له مكان، ولم يصل منه أي خبر، أو اتصال، فأصبح كحال المفقود، وبغض النظر سواء كان في غيبة ظاهرها الهلاك أو السلامة أو في بلاد الكفار أو المسلمين، فالمرأة في كل الحالات متضررة، فإن رغبت في الانتظار والصبر حتى يعود زوجها، أو يتبين حال حياته، أو موته فلها ذلك، وإن تضررت من طول غيابه وبعده عنها رفعت أمرها إلى القاضي وطلبت التفريق. والقول بعدم أحقية الزوجة مطلقاً في طلب التفريق لا وجه له للآتي:

1 - سبق تحريجه.

2 - سبل السلام - محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (ت: 1182هـ) - مكتبة مصطفى البابي الحلبي ط4/ 1379هـ/ 1960م (ج 3 / ص 208).

3 - المغني: لابن قدامة - (ج 9 / ص 131).

4 - انظر المرجع السابق (ج 11 / ص 716)، والمهذب: للشيرازي (ج 2/ص 146).

5 - انظر المهذب (ج 2/ص 146).

6 - انظر المغني: لابن قدامة (ج 9 / ص 131).

- 1 - أن من مبادئ الشريعة منع الضرر من الوقوع ورفعها إذا وقع، ومن أجل هذا شرع نظام الإيلاء والتفريق للشقاق، والعنة دفعاً للضرر عن الزوجة، والتفريق لفقد الزوج هو تفريق لدفع الضرر عن الزوجة، وقضاء عمر رضى الله عنه في امرأة المفقود من بعض هذه الوجوه، التي منع فيها الضرر بالمرأة إذا كان الضرر عليها أبين⁽¹⁾.
- 2 - أن المطلوب من الزوج إمساك الزوجة بمعروف أو تسريحها بإحسان، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، ومع غياب الزوج وفقده، فات الإمساك بالمعروف، فيتعين التسريح بإحسان إذا طلبته الزوجة لأنه حق لها، فإن قيل: إن الزوج مفقود فلا يتوجه إليه خطاب التسريح بإحسان، فلا يحكم عليه بالتفريق وهو غائب لا تعرف حجته، أجيب بجواز الحكم للغائب إذا رأى الحاكم المصلحة المشروعة في ذلك، وحكم فينفذ حكمه، لأنه مجتهد فيه⁽²⁾.

المطلب الثاني مُدَّةُ التَّرْبِصِ

وهي المدة التي يجوز بعدها التفريق بين الزوجين، ويحكم بعدها بموت المفقود، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة على خمسة أقوال:

- القول الأول:** أنها مائة وعشرون سنة من يوم ولد، فإذا مضت هذه المدة حكم بموته، وبه قال الحنفية في رواية⁽³⁾.
- وحجتهم:** أن هذا التحديد يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم، فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة⁽⁴⁾.
- القول الثاني:** أنه يقدر بموت الأقران، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حياً، حكم بموته، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت، وبه قال الحنفية في ظاهر الرواية⁽⁵⁾، والشافعي في الجديد⁽⁶⁾.
- وحجتهم:** أن ما تقع الحاجة إلى معرفته، فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات، ومهر مثل النساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر⁽⁷⁾.
- القول الثالث:** أن زوجة المفقود تتربص بنفسها أربع سنين، من وقت غياب زوجها، وانقطاع خبره، ثم لها أن تعتد عدة الوفاة، وتنكح غيره بعد انقضاء العدة، وبه قال الشافعي في القلم⁽⁸⁾.
- وحجتهم:** ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه قال في امرأة المفقود: تَرَبِّصُ أَرْبَعِ سِنِينَ...⁽⁹⁾، وأنه بمضي أربع سنين يتحقق براءة رحمها، وهي مدة أكثر الحمل الذي يتحقق فيه براءة الرحم، ثم تعتد لأن الظاهر أنه مات فوجب عليها عدة الوفاة⁽¹⁰⁾.

1 - انظر الأم - (ج 4 / ص 87)، والمفصل في أحكام المرأة للدكتور عبد الكريم زيدان رحمه الله (ج 8/435).

2 - انظر فتح القدير: للكمال بن الهمام الحنفي (ج 4 / ص 440)، والمفصل (ج 8/453).

3 - انظر الفتاوى الهندية (ج 2/ص 299 وص 300)، والمبسوط للسرخسي - (ج 11 / ص 62).

4 - الميسوط للسرخسي - (ج 11 / ص 62).

5 - انظر الفتاوى الهندية (ج 2/ص 299 وص 300)، والعناية شرح الهداية - (ج 8 / ص 239).

6 - انظر الأم: للإمام الشافعي - (ج 5 / ص 239) و مغني المحتاج - (ج 3 / ص 397).

7 - العناية شرح الهداية - (ج 8 / ص 239).

8 - انظر المهذب: للشيرازي - (ج 2 / ص 146)، والحاوي الكبير: للماوردي - (ج 11 / ص 718).

9 - سبق تخريجه.

10 - انظر المهذب: للشيرازي - (ج 2 / ص 146)، والحاوي الكبير: للماوردي - (ج 11 / ص 718).

القول الرابع: للمالكية، ولهم في المفقود تفصيل:

- 1 - إن فُقِدَ في دار الإسلام في حالة السلم، فيؤجل له أربع سنين بعد البحث عنه، والعجز عن خبره، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة وتحل للأزواج بعدها، هذا إن دامت نفقتها من ماله، وإلا طلق عليه لعدم النفقة.
- 2 - وإن فُقِدَ في حالة الحرب بين الصنفين في قتال بين المسلمين، فتعتد زوجته عقب انفصال الصنفين، وخفاء حاله، وتحل بعدها للأزواج.

- 3 - أو بين الصنفين في قتال بين المسلمين والكفار فيؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته.
- 4 - وإن فُقِدَ في دار الشرك، كالأسير لا يعلم له خبر، فإن زوجته تبقى مدة التعمير، وهي سبعون سنة على الراجح بشرط دوام النفقة، فإن لم تجد نفقة فلها طلب الطلاق، وكذا لو خشيت على نفسها الزنا.

وقد لخصها الفقيه الدسوقي فقال: "المفقود في بلاد الإسلام، وحكمه أنه يؤجل أربع سنين بعد البحث عنه، والعجز عن خبره ثم تعتد زوجته، والمفقود بأرض الشرك كالأسير وحكمهما أن تبقى زوجتهما لانتها مدة التعمير ثم تعتد زوجته، والمفقود في الفتن بين المسلمين، وحكمه أن تعتد زوجته بعد انفصال الصنفين، والمفقود في الفتن بين المسلمين والكفار، وحكمه أن يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه ثم تعتد زوجته، هذا حاصل ما تقدم وظاهره أنه لا يحتاج للحكم بموته في الأقسام كلها ولا لإذن القاضي للزوجة في العدة⁽¹⁾.

وحجتهم على مدة التبرص بأربع سنين لمن فُقِدَ في دار الإسلام في حالة السلم الآتي:

- 1 - أن المدة تعبد لفعل عمر رضي الله عنه، وأجمعت الصحابة عليه⁽²⁾.
- أما غاية أمد الحمل، أو لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسلام ذهاباً وإياباً، وهذا في حق الزوج الحر، وأما العبد فيؤجل نصف الحر⁽³⁾.

القول الخامس: للحنابلة، وهو التفريق بين ما كان الغالب عليه السلامة، كما إذا غاب في تجارة أو طلب علم...، وما كان الغالب عليه الهلاك، كمن فُقِدَ بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو خرج إلى الصلاة ولم يعد، أو فُقِدَ في ساحة القتال....، فمن كان الغالب عليه السلامة لا تزول الزوجية بينه وبين زوجته حتى يثبت موته قطعياً، وهو المذهب، وروي عن الإمام أحمد أنه كان يحكم بموته إذا بلغ التسعين سنة من ولادته، والعلة في ذلك أن الناس لا يعيشون أكثر من ذلك غالباً، فإذا اقترن به انقطاع خبره، وجب الحكم بموته، وما كان الغالب عليه الهلاك ينتظر أربع سنين، ثم يحكم بوفاة، وتعتد زوجته، ثم تحل للأزواج⁽⁴⁾.

وحجتهم على مدة التبرص بأربع سنين لمن كان الغالب عليه الهلاك الآتي:

- 1 - أنها المدة التي ضربها عمر بن الخطاب رضي الله عنه للمفقود⁽⁵⁾.
- 2 - أنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار فانقطاع خبره عن أهله يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان حياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية⁽¹⁾.

1 - حاشية الدسوقي - (ج 2 / ص 483).

2 - انظر الخرشي على مختصر سيدي خليل - دار الفكر - بيروت (ج 4 / ص 149).

3 - انظر المرجع السابق.

4 - انظر المغني - (ج 9 / ص 131) والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل - (ج 4 / ص 113).

5 - انظر المغني (ج 8/ص 107)، والكافي: لابن قدامة المقدسي (ج 3/ص 314).

3 - أن هذه المدة لوحظ فيها أقصى مدة الحمل كما لوحظ فيها حالة الفقد التي يغلب فيها الهلاك⁽²⁾.
ونوقش استدلالهم بأقصى مدة الحمل: بأن أقصى مدة الحمل مختلف فيه بين الفقهاء، فالظاهرية يجعلونها تسعة أشهر، والحنفية سنتين، وغيرهم يجعلونها ثلاث أو أربع سنوات، ومستندهم في ذلك وقائع بلغتهم وصدقوها وقد رد عليهم ابن حزم بقوله: "وكل هذه أخبار مكذوبة راجعة إلى من لا يصدق ولا يعرف من هو ولا يجوز الحكم في دين الله تعالى بمثل هذا"⁽³⁾، وعليه فإن التعليل والمقبول لجعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى هذه المدة ضرورية للتحري والتفتيش عن المفقود، ولانتظار انكشاف حاله، كما أنها تعطي مهلة احتياط مقبولة للتأكد من حال المفقود أو لترجيح هلاكه إذا لم تتيقن حياته⁽⁴⁾.

* ما عليه العمل في المحاكم الشرعية (السعودية واليمينية نموذجاً)

أ - في المحاكم السعودية: حيث تستند في أحكامها إلى المذهب الحنبلي، وفيه أن من كانت غيبته يغلب عليها السلامة، لا تزول الزوجية بينه وبين زوجته حتى يثبت موته قطعياً، وهو المذهب، وروي عن الإمام أحمد أنه كان يحكم بموته إذا بلغ التسعين سنة من ولادته، ومن كانت غيبته يغلب عليها الهلاك، ينتظر أربع سنين⁽⁵⁾.

ب - في المحاكم اليمينية:

أن لزوج المفقود الحق في رفع أمرها إلى القاضي إذا فقد زوجها، بناء على ما نصت عليه المواد (116، 117، 118، 119، 120) من قانون الأحوال الشخصية رقم (20) لسنة 1992م والمعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م: "أن الفقدان ينتهي بعودة المفقود حياً، أو ثبوت وفاته، أو الحكم باعتباره ميتاً، إذا قام دليل على وفاته، أو مرت فترة كافية على إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات، أو فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه، ومضت سنتان على إعلان فقده، وعلى القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن المفقود بكل الوسائل للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بوفاته، ويعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته، وإذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإن زوجته تعتبر باقية في عصمته".

والملاحظ أن القانون قد سلك طريقاً قريباً لما عليه العمل في المذهب المالكي في اعتبار المدة، والمذهب الحنبلي في اعتبار نوع الغيبة، والمذهب الحنفي في اعتبار عودة المفقود في أن زوجته تبقى في عصمته، وإن تزوجت تعود إليه ولو بعد الدخول.

الترجيح:

الذي يظهر والله أعلم أن مدة التبرص لا تحد بوقت وزمن معين، بل يرجع تقدير المدة إلى اجتهاد القاضي في كل قضية بعينها، مدة تكون كافية للاحتياط، وتختلف باختلاف الأحوال، والأزمان، والأمكنة، والأسباب التي بها تُفقد،

1 - الروض المربع شرح زاد المستنقع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: 1051هـ) تحقيق: سعيد محمد اللحام - دار الفكر - بيروت - لبنان - (ج 1 / ص 322).

2 - انظر المغني (ج 9 / ص 131).

3 - المحلى (ج 10/ص 317).

4 - انظر الفصل في أحكام المرأة (ج 8/456).

5 - انظر المغني - (ج 9 / ص 131).

لأن التحديد بزمان معين يحتاج إلى دليل شرعي، ولا دليل هنا، والآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم في ذلك قضايا أعيان، اقتضت الحال أن يقدروا هذا التقدير، وقضايا الأعيان لا تقتضي العموم؛ إذ قد يكون في القضية ما أوجب الحكم ونحن لا نعلم به، بخلاف دلالة الألفاظ فهي على عمومها⁽¹⁾، فضلاً على ذلك أن زماننا يختلف عن زمن من قالوا بتحديد مدة التبرص فلم يعد يتناسب زمانهم مع واقعنا الحالي، خاصة في ظل التطور الهائل في وسائل الاتصال، وتقنية المعلومات، والذي جعل من العالم قرية صغيرة يسهل على المتتبع معرفة مكان المفقود وخبره، والكشف عن حاله في وقت قصير، ويسهل كذلك على الغائب، الاتصال في كل وقت وحين، إذا سلمت نيته بالرغبة في إخبار أهله بحاله، والعودة إليهم.

المطلب الثالث بدء مُدَّة التَّبرُّص

ومن قال بجعل مدة تبرص فيه المرأة، وتعد بعددها وتحل للأزواج، اختلفوا في بدء المدة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: تبدأ مدة التبرص من حين أمرها الحاكم بالتبرص، وهو قول عمر رضي الله عنه، وعطاء وقتادة، وعليه اتفق أكثر من قال بالتبرص⁽²⁾ وبه قال المالكية في المذهب⁽³⁾، والشافعي في القديم وهو الأظهر⁽⁴⁾، وإحدى الروايتين للحنابلة⁽⁵⁾.

وحجتهم: أن هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم الحاكم كمدة العنة⁽⁶⁾.

القول الثاني: تبدأ من حين انقطع خبره وبُعد أثره، وهو قول للشافعي في القديم، والرواية الأظهر عند الحنابلة⁽⁷⁾.

وحجتهم: أن هذا الانقطاع ظاهر في موته، فكان ابتداء المدة منه، كما لو شهد به شاهدان⁽⁸⁾.

ونوقش هذا القول: بأنه فاسد من وجهين:

أحدهما: أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أمرها بالتبرص من وقت قضائه والعمل فيها على قوله.

الثاني: أنها مدة تقدرت باجتهاد فاقتضى أن تتقدر بالحكم كأجل العنة⁽⁹⁾.

وهناك نصوص نقلت عن عمر، وعثمان وابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيب، جاء فيها ذكر مدة التبرص دون تحديد متى تبدأ⁽¹⁰⁾.

-
- 1 - انظر الشرح الممتع على زاد المستقنع لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ) - دار ابن الجوزي - الطبعة الأولى 1428هـ (ج 13 / ص 372) بتصرف.
 - 2 - انظر مصنف عبد الرزاق - (ج 7 / ص 90) وفتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي - دار المعرفة - بيروت، 1379، تحقيق: محب الدين الخطيب (ج 9 / ص 431).
 - 3 - انظر الشرح الكبير للدردير (ج 2/ص 480) والتاج والإكليل (ج 4/ص 157) وبداية المجتهد - (ج 2 / ص 52).
 - 4 - انظر المهذب (ج 2/ص 146)، والمجموع شرح المهذب - (ج 18 / ص 155)، والمغني - (ج 9 / ص 131).
 - 5 - انظر المغني - (ج 9 / ص 131)، و الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 38 / ص 269).
 - 6 - انظر المرجع السابق، والكافي في فقه ابن حنبل - (ج 3 / ص 194).
 - 7 - انظر المهذب (ج 2/ص 146)، والمغني (ج 9 / ص 131)، وكشاف القناع: للبهوتي (ج 5/ص 421).
 - 8 - انظر المراجع السابقة.
 - 9 - انظر الحاوي الكبير: للماوردي - (ج 11 / ص 718).
 - 10 - انظر مصنف عبد الرزاق - (ج 7 / ص 88) وفتح الباري: لابن حجر (ج 9 / ص 431)، والموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 38 / ص 270).

القول الثالث: تبدأ من حين اليأس من وجود المفقود بعد التحري عنه، وبه قال مالك في رواية عنه⁽¹⁾.

الترجيح: الذي يظهر والله أعلم أن القول الأول هو الراجح، وهو بدء مدة التبرص من حين قرار الحاكم لأنها مدة مختلف فيها، وخاضعة للاجتهاد فافتقرت إلى أمر الحاكم، إضافة إلى أن ابتداء المدة من حين أمر الحاكم يكون الحساب دقيقاً ومنضبطاً، وغير مشكوك فيه، بخلاف ما قبلها، فإذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم يبدأ حساب المدة من هذا التاريخ، ويحكم بموت زوجها المفقود بعد مضي أربع سنين من بدء هذا التاريخ، ولا يصح تقدير مدة التبرص للمرأة لما يترتب على ذلك من أمور خطيرة كزواجها بحجة انقضاء مدة التبرص وانقضاء عدتها والواقع خلاف ذلك⁽²⁾.

المطلب الرابع اشتراط حكم الحاكم لتبرص الزوجة والعدة ووقوع الفرقة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لزوم مراجعة الحاكم في ضرب مدة التبرص، ولا تحتاج بعد المدة لحكم من الحاكم بالعدة، ولا بالزواج بعد انقضائها، وبه قال المالكية⁽³⁾، وقول للحنابلة⁽⁴⁾.

وحجتهم: ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال من الأثر: إذا ضرب الإمام لامرأة المفقود الأجل، تعتد بعدها عدة الوفاة، وتحل للأزواج دون الرجوع إليه⁽⁶⁾.

القول الثاني: لزوم مراجعة الحاكم في ضرب مدة التبرص وعدة الوفاة والتفريق، وبه قال الشافعي في القديم في أصح قوليه⁽⁷⁾.

وحجتهم: أنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى أمر الحاكم⁽⁸⁾.

القول الثالث: لا تفتقر زوجة المفقود في التبرص إلى حاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة والفرقة، ولا تطليق ولي الزوج المفقود بعد اعتدادها، فلو مضت المدة والعدة تزوجت من غير طلاق ولي ولا حاكم، وبه قال الشافعية في القديم في أحد القولين⁽⁹⁾، وكذا الحنابلة في الرواية الثانية على الأصح⁽¹⁰⁾.

1 - انظر الشرح الكبير للدردير (ج2/ص480) والتاج والإكليل (ج4/ص157).

2 - انظر المفصل (ج8 / 447).

3 - انظر المدونة الكبرى لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت : 179هـ) دار الكتب العلمية بيروت : لبنان- تحقيق زكريا عميرات (ج 2 / ص 31)، والتاج والإكليل - (ج 4 / ص 157).

4 - انظر كشاف القناع (ج5/ص421) ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى السيوطي الرحبياني (ت 1243هـ)- المكتب الإسلامي -دمشق 1961م- (ج5/ص569).

5 - المدونة - (ج 2 / ص 31) .

6 - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (ت: 1126هـ) -تحقيق: رضا فرجات -مكتبة الثقافة الدينية-(ج 3 / ص 1025).

7 - انظر مغني المحتاج - (ج 3 / ص 397) و المهذب (ج2/ص146).

8 - الحاوي الكبير: للماوردي - (ج 11 / ص 718).

9 - انظر مغني المحتاج - (ج 3 / ص 397).

10 - انظر كشاف القناع (ج5/ص421).

وحجتهم: أنها مدة تعتبر لإباحة النكاح، وأنها فرقة تعقبها عدة الوفاة فلا تتوقف على ذلك كقيام البينة بموته وكمدة الإيلاء، ولا يفتقر الأمر إلى طلاق ولي زوجها بعد اعتدادها، لأنه لا ولاية لوليّه في طلاق امرأته وللحكم عليها بعدة الوفاة فلا يجامعها عدّة طلاق⁽¹⁾.

الترجيح: الذي يظهر والله أعلم أن القول الأول هو الراجح، فإذا طلبت المرأة التفريق ورغبت فيه لا يكفي تبرئتها مدة الأجل من تلقاء نفسها، فيلزمها الرجوع إلى الحاكم ليضرب لها مدة التبرص؛ دون الحاجة إليه في الأمر بالعدة والتفريق للأمور التالية:

- 1 - أن التفريق لفقد الزوج والمدة مختلف فيهما بين الفقهاء، ولا يستقر الأمر، ويرتفع الخلاف إلا بحكم الحاكم.
- 2 - لو أوكّل الأمر إلى كل امرأة تفقد زوجها تبرص المدة التي يغلب على ظنها أنه مات، ثم تتزوج، لتركنا فرصة للمدعية كذباً، والمشتبهة زوجاً آخر، بأن تقول زوجي مفقود، وقد تبرصت المدة المطلوبة، وبهذا تصير الأمور فوضى.
- 3 - إن التفريق لفقدان الزوج، يسبقه تحري وتفتيش، وبحث عن المفقود قبل أن تبدأ الزوجة بالتبرص، وهذا التحري يقوم به الحاكم عادة بنفسه، أو يكلف الجهات المختصة بذلك بمراسلة حكام المناطق والبلدان التي يظن أن المفقود يتردد أو يسافر إليها، ولا يتسنى ذلك للمرأة أو لوليها أن يقوم بذلك.
- 4 - إن طلب التفريق لفقدان الزوج رخصة للزوجة إن شاءت ذلك وإن شاءت تمسكت بزوجها وصبرت إلى أن يستبين أمره، ولا يعرف نيتها أو رغبتها في البقاء مع زوجها، أو بالافتراق منه إلا إذا رفعت الأمر إلى القاضي، وهذا هو الثابت عن عمر رضي الله عنه إذ أمر زوجة من فقد زوجها أن تبرص أربع سنوات من حين رفع أمرها إلى الحاكم.
- 5 - حكم الحاكم ابتداء بضرب مدة التبرص، وتحريره عن المفقود خلال هذه المدة، وعدم ظهور الزوج أو معرفة حاله، قام مقام البقية في عدم الحاجة إليه في الأمر بالعدة والتفريق.

المطلب الخامس عودة الزوج المفقود بعد الحكم بالتفريق

اتفق الفقهاء على أن الزوج المفقود إذا عاد حياً، ولم تكن زوجته قد تزوجت، رُغم الحكم بالتفريق بينها وبينه فهو أحق بها، وهي زوجته بنكاحها الأول، ولا تحتاج إلى عقد جديد، وكذا إن كان الزواج غير صحيح، أو كان الزوج الجديد يعلم بحياة الأول⁽²⁾.

واختلفت أقوالهم وتعددت فيما إذا عاد بعد زواجها، وقبل الدخول بها، أو بعده، خلاصتها في أربعة أقوال:
القول الأول: إن عاد زوجها وقد تزوجت فرق بينها، وبين زوجها الآخر، فإن كان قد دخل بها كان لها الصداق بما استحل من فرجها الأقل مما سمى لها، ومن صداق مثلها فتعتد ثلاث حيض ثم ترجع إلى زوجها الأول، وبه قالت الحنفية⁽³⁾، والشافعية في الجديد⁽⁴⁾.

1 - انظر المرجع السابق ومطالب أولي النهى (ج 5/ص 569).

2 - انظر الفتاوى الهندية (ج 2 / ص 300) و الموطأ -رواية يحيى الليثي: لمالك بن أنس أبي عبد الله الأصبحي - دار إحياء التراث العربي - مصر -تحقيق: محمد فؤاد (ج 2 / ص 575)، وحاشية الدسوقي - (ج 2 / ص 481)، والحاوي الكبير: للماوردي (ج 11 / ص 721)، والمغني (ج 9 / ص 137)، واختلاف الأئمة العلماء للوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ط 1/ 1423 هـ - 2002 م -تحقيق: السيد يوسف أحمد (ج 2 / 202).

3 - الحجة على أهل المدينة: محمد بن الحسن الشيباني أبي عبد الله (ت 189) -تحقيق مهدي حسن الكيلاني- عالم الكتب - بيروت - 1403 هـ (ج 4 / ص 51)، وبدائع الصنائع: للكاساني - (ج 3 / ص 215).

4 -انظر المهذب: للشيرازي - (ج 2 / ص 146).

وحجتهم: أنها كانت منكوحته، ولم يعترض على النكاح شيء من أسباب الفرقة، فبقيت على النكاح السابق⁽¹⁾.
القول الثاني: إن عاد بعد النكاح، وبعد الدخول فالثاني على نكاحه، ولا يفرق بينه، وبين زوجته، وبه قال مالك في رواية⁽²⁾.

القول الثالث: إن عاد وقد تزوجت زوجته فلا سبيل له عليها، ولو لم يكن دخول، وبه قال مالك في رواية أخرى وهي الأظهر⁽³⁾.

وقد أخذ بكل من الروايتين طائفة من المالكية، وقال ابن القاسم، وأشهب بأن أقوى القولين ما جاء في الرواية الثانية⁽⁴⁾.

وحجتهم: أن عمر بن الخطاب قال: في المرأة يطلقها زوجها، وهو غائب عنها ثم يراجعها فلا يبلغها رجعت، وقد بلغها طلاقه إياها، فتزوجت أنه إن دخل بها زوجها الآخر، أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها إياها، قال مالك: وهذا أحب ما سمعت إلي في هذا وفي المفقود⁽⁵⁾.

وجه الاستدلال من الأثر: قياس الزوج المفقود على الزوج الغائب فيما إذا طلق زوجته وهو غائب عنها ثم راجعها ولم يبلغها رجعت، وقد بلغها طلاقه إياها، فتزوجت أنه إن دخل بها زوجها الآخر، أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها إياها.

ونوقش: بأن الحال الذي تزوجت فيه كانت زوجة الأول، فكيف صارت زوجة الثاني؟ وكيف حلت لغير زوجها، وحرمت على زوجها بتزوجها غيره هذا مما لا ينبغي⁽⁶⁾.

القول الرابع: إن عاد بعد النكاح، وقبل الدخول، فهي للأول، وإن كان قد دخل بها فالحيار للأول بين إمساكها ودفع الصداق إليه، وبين تركها على نكاح الثاني، وأخذ الصداق الذي أصدقها منه، وبه قال الشافعية في القلم⁽⁷⁾، والحنابلة⁽⁸⁾، وهو قول الحسن، وعطاء، وخلاس ابن عمرو، والنخعي، وقتادة⁽⁹⁾.

وحجتهم: أن عمر رضي الله عنه قضى به، وكذا عثمان وعلي وابن الزبير، ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع⁽¹⁰⁾.

ونوقش: بأن مالكا رحمه الله قد أنكر الأثر عن عمر بن الخطاب، فقال: "أدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء، في صداقها أو في امرأته ... وبلغني أن عمر بن الخطاب قال: في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها، ثم يراجعها، فلا يبلغها رجعت، وقد بلغها طلاقه إياها، فتزوجت

1 - بدائع الصنائع - (ج 3 / ص 215).

2 - انظر الموطأ للإمام مالك (ج 2/ص 575)، والتاج والإكليل - (ج 4 / ص 158).

3 - انظر المرجعين السابقين.

4 - انظر الموطأ للإمام مالك (ج 2/ص 575)، والتاج والإكليل - (ج 4 / ص 158).

5 - أخرجه مالك في الموطأ - كتاب الطلاق - باب: قد زوجها - برقم 1195 (ج 2 / ص 575).

6 - الحجة على أهل المدينة: للشيباني (ج 4 / ص 51).

7 - روضة الطالبين: للنووي (ج 8 / ص 403).

8 - انظر المغني (ج 9 / ص 137)، والاختيارات الفقهية (ج 1 / ص 587) لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت: 728هـ) تحقيق: علي الدمشقي - دار المعرفة، بيروت، لبنان - ط: 1397هـ/1978م.

9 - المغني: لابن قدامة - (ج 9 / ص 137).

10 - روضة الطالبين (ج 8 / 403)، والمغني - (ج 9 / ص 137)، وكشاف القناع - (ج 5 / 422).

أنه إن دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها إليها، قال مالك: وهذا أحب ما سمعت إليّ في هذا وفي المفقود⁽¹⁾."

وأجيب: عن إنكار الإمام مالك أثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأنه منقول عن عمر بنقل العدول من رواية أهل الحجاز وأهل العراق، وتوسع ابن عبد البر في نقل الأسانيد والآثار التي تعضد الرواية⁽²⁾.

*** ما عليه العمل في المحاكم الشرعية (السعودية واليمينية نموذجاً):**

أ - في المحاكم السعودية:

حيث تستند في أحكامها إلى المذهب الحنبلي، وفيه إن عاد بعد النكاح، وقبل الدخول، فهي للأول، وإن كان قد دخل بها فالخيار للأول بين إمساكها ودفع الصداق إليه، وبين تركها على نكاح الثاني، وأخذ الصداق الذي أصدقها منه، وبه قال الحنابلة⁽³⁾.

ب - في المحاكم اليمينية:

حيث نصت المادة (120) الفقرة ب من قانون الأحوال الشخصية المعدل لسنة 1998م: أن المفقود إذا حكم باعتباره ميتاً ثم ظهر حياً، فإن زوجته تعتبر باقية في عصمته."

وتعليل المقتن لهذه الفقرة: أن الحكم اتضح بطلانه، وما بني على باطل فهو باطل⁽⁴⁾. ويظهر أن مستنده في ذلك إلى ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية في الجديد⁽⁵⁾، وقد كانت المادة قبل التعديل تنص على: "أن المفقود إذا حكم باعتباره ميتاً ثم ظهر حياً، فإن زوجته تعود الى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها".

ونوقش: على المادة المعدلة بأن سابقتها كانت هي الأولى، فعودة الزوجة لزوجها الأول بعد دخول الثاني عليها قد تكون له آثاره السلبية على الزوجين، خاصة إذا كانت هذه الزوجة قد مكثت مدة طويلة مع الزوج الثاني وأنجبت منه أطفالاً، إذ قد يتصور في هذه الحالة صعوبة التأقلم مع زوجها الأول⁽⁶⁾.

الترجيح: بعد استعراض أقوال الفقهاء يظهر اضطرابهم في المسألة فلكل مذهب قولان أو أكثر، والأسلم من هذه الأقوال، والأرجح والله أعلم، أن المفقود إن قدم، وقد تزوجت غيره، ولم يدخل بها فهي له، وزوجته باقية في عصمته، وإن قدم وقد دخل بها فيخير الزوج الأول، إن شاء أخذ زوجته بالعقد الأول، ويستبرئ رحمها بحیضة واحدة، وإن شاء

1 - موطأ مالك (ج2/ص575).

2 - الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر (ت: 463هـ) - تحقيق سالم محمد عطا-محمد علي معوض-دار الكتب العلمية-2000م-بيروت - (ج 6 / ص 131).

3 - انظر المغني (ج 9 / ص 137)، والاختيارات الفقهية: لابن تيمية (ج 1 / ص 587).

4 - انظر تقرير لجنتي تقنين أحكام الشريعة الإسلامية والعدل والأوقاف حول مشروع قانون تعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٠ / لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصية بتاريخ 14/8/1417هـ الموافق 24/12/1996م (ص 23) عبر أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني -دراسة مقارنة للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش-مجلة الكوفة العدد 6 (ص 81).

5 - انظر بدائع الصنائع - (ج 3 / 215)، و المهذب (ج 2 / 146).

6 - انظر أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني للدكتور عبد الحكيم محسن عطروش- (ص 81).

أخذ مهرها وبقيت على نكاح الثاني، ولا مانع من أخذ رأي المرأة في ذلك بل هو رأي عند الحنابلة أنها تخير، فإن شاءت اختارت الأول، وإن شاءت اختارت الثاني، وأيهما اختارت، ردت على الآخر ما أخذت منه⁽¹⁾.

المبحث الثالث التفريق لحبس الزوج

الحبس لغة: المنع والإمساك وهو ضد التخلي⁽²⁾.

واصطلاحاً: هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه⁽³⁾، والخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والدنيوية⁽⁴⁾.

والمحبوس هو: من قبض عليه وأودع السجن بسبب تهمة أو جناية أو غير ذلك⁽⁵⁾.

ويعني الحبس السجن، والسجن بفتح السين مصدر سجن، أما بكسر السين فهو مكان الحبس، والجمع سُجُونٌ. وفي التنزيل العزيز: قَالَ رَبِّ السَّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ [يوسف:33] قرئ بفتح السين على المصدر، وبكسرها على المكان، والأشهر الكسر⁽⁶⁾.

والسجن في نصوص القانون هو تلك العقوبة التي تطبقها الدولة على كل من يخرج على أحكام النظام، ويرتكب جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها بهذه العقوبة، إلا أن السجن في أحكام القوانين الوضعية قد يطلق على المكان الذي تنفذ فيه العقوبة، ويطلق عليه أحياناً باسم المؤسسات العقابية⁽⁷⁾.

فقد يتعرض الزوج للحبس أو السجن، فيحبس مدة قد تكون أكثر من نصف العام، فهل تصير الزوجة على زوجها حتى يخرج من سجنه، وإن طال المدة، أو تطالب بالطلاق أو التفريق كالعائبة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: بعدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس مهما طال مدة حبسه، وسواء كان حبسه أو مكانه معروفاً أم لا، وبه قال الجمهور⁽⁸⁾.

واحتجوا بالآتي:

1 - عدم وجود دليل شرعي بجواز التفريق بين الزوجين بسبب الحبس⁽⁹⁾.

1 - انظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت: 885هـ) - دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان - ط1/ 1419هـ (ج 9 / ص 214).

2 - تاج العروس (ج15/ص520).

3 - مجموع الفتاوى لابن تيمية (ج35/ص398).

4 - انظر مجموع الفتاوى (ج35/ص398). وبدائع الصنائع (7 / 174).

5 - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 29 / ص 62)، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر - سورية - دمشق (ج 9 / ص 502).

6 - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 16 / ص 283).

7 - انظر السجن والتوقيف في المملكة العربية السعودية أحكام ومبادئ، لمحمد بن براك الفوزان - الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد 1429هـ ص 23.

8 - انظر الفتاوى الهندية - (ج 2 / ص 299)، ومواهب الجليل (ج4/ص155)، والمجموع شرح المذهب - (ج 18 / ص 158)، والمغني (ج7/ص232)، والخلی: لابن حزم (ج10/ص133).

9 - انظر الفقه الإسلامي وأدلته (ج9/ص500) بتصرف.

2 - أن الأصل في النكاح ثبوته، وأنه لا يجوز الفرقة لفقد الزوج، فالأولى عدم الجواز لغيبة الزوج الغير منقطعة، والمعلوم مكانه والمحسوس غائب معلوم الحياة⁽¹⁾.

3 - أن غيابه لعذر، ومن كانت غيبته بعذر فلا يجوز التفريق، والحبس غياب بعذر عند الحنابلة⁽²⁾.

القول الثاني: بجواز التفريق بين الزوجين إذا طلبت الزوجة ذلك وادعت الضرر، وذلك بعد سنة من حبسه، فيفرق القاضي بينهما، بدون كتابة إلى الزوج أو إنظار. وتكون الفرقة طلاقاً بائناً. وبه قال المالكية. واحتجوا: بأن الضرر ناتج بسبب الغيبة، والحبس غياب، والمرأة تتضرر بطول غياب زوجها عنها سواء كان بعذر أو بغير عذر، والضرر يزال⁽³⁾.

*** ما عليه العمل في المحاكم الشرعية (السعودية واليمينية نموذجاً)**

أ- في المحاكم السعودية: أن للزوجة طلب الفسخ لتضررها من غياب زوجها عنها بسبب السجن ومستندهم الشرعي في ذلك الآتي⁽⁴⁾:

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 6].

2- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁽⁵⁾.

3- بما أحتج به شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: " أن حصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتضى للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحسوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة كالقول في امرأة المفقود بالإجماع⁽⁶⁾ ". "

أ- في المحاكم اليمنية: نصت المادة (52) الفقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية رقم (20) لسنة 1992م: "أن لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب فسخ عقد نكاحها ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبس الزوج مدة لا تقل عن سنة". واستند المقتن لهذه المادة إلى رأي المالكية.

الترجيح:

الذي يظهر والله أعلم ما ذهب إليه المالكية هو الراجح، فإذا حكم على الزوج بالسجن أكثر من ثلاث سنين فلها الحق - بعد سنة من صدور الحكم على زوجها- في المطالبة بالطلاق، أو الرفع للقاضي بطلب التفريق بينهما للضرر الحاصل لها من بُعْده عنها، وللقاضي أن يجيبها إلى طلبها ويفرق بينهما بدون كتابة إلى الزوج أو إنظار له. والأولى للمرأة أن تصبر على الأقل أربع سنوات، وهي مدة إمهال المفقود وتربص زوجته، فقد يصدر ملك الدولة أو رئيسها عفواً عن المسجونين عما تبقى من مدة حبسهم كما نلاحظه في عصرنا هذا⁽⁷⁾. ولا يحكم القاضي بالتفريق إلا بعد أن تثبت الزوجة خمسة أشياء:

1 - انظر الهداية شرح البداية (ج2/ص181)، والبحر الرائق (ج5/ص178) بتصرف.

2 - انظر كشاف القناع - (ج 5 / ص 192) والمغني (ج7/ص و232).

3 - انظر مواهب الجليل (ج4/ص155).

4 - مجموعة الأحكام القضائية (ج10/241).

5 - سبق تخرجه.

6 - الاختيارات الفقهية: لابن تيمية - (ج 1 / ص 562).

7 - انظر المفصل في أحكام المرأة للدكتور عبد الكريم زيدان (ج8/ 467) بتصرف.

الأول: أنه قد صدر حكم بسجن زوجها.
 الثاني: أن مدة هذا الحكم ثلاث سنين فأكثر.
 الثالث: أن هذا الحكم قد صار نهائياً غير قابل للاستئناف.
 الرابع: أنه نفذ على زوجها فعلاً.
 الخامس: أنه قد مضت سنة فأكثر من تاريخ ابتداء تنفيذه عليه.
 ومتى أثبتت الزوجة ذلك وادعت أنها متضررة من بُعْدِ عنها طلقها القاضي طلاقاً بائناً⁽¹⁾، وإن تيسر لإدارة السجون أن تساهم في إيجاد حلٍ، ولو بشكل جزئي لبعْد الزوج عن زوجته، بأن تهيئ إمكانية مناسبة يتمكن فيها الزوج الخلوة بزوجته، ولو لساعة، أو أكثر في الأسبوع، أو الشهر، أو حسب المتاح فحسب، بل هو قول لبعض الفقهاء بأن من حق الزوج وطء زوجته في السجن ولا يمنع من ذلك إلا إذا اقتضت المصلحة وراه القاضي⁽²⁾، وقد عمل بمقتضى هذا القول في بعض سجون الولايات المتحدة الأمريكية، وغيرها، حيث سمح لبعض السجناء باستقدام زوجاتهم للإقامة معهم في أوقات من الشهر محددة، في أجنحة خاصة في السجون⁽³⁾، وكذا في سجون المملكة العربية السعودية حيث يتاح للمسجون الاختلاء بزوجته في أوقات محددة، في أماكن مناسبة، و متى ما تم هذا الأمر في البلد الذي يقطن فيه الزوجان فلا حاجة إلى التفريق بينهما.

المبحث الرابع: التَّفْرِيقُ لِأَسْرِ الزَّوْجِ

الأسيرُ لغة: الأَجِيدُ وَأَصْلُهُ من ذلك، وكلُّ محبوس في قَدٍّ أو سِجْنٍ أَسِيرٌ⁽⁴⁾. والأسير المأخوذ في الحرب، والجمع أسْرَاءُ أسْرَاءٍ وَأَسَارَى وَأَسَارَى وَأَسْرَى⁽⁵⁾.
 وفي الاصطلاح: يطلق على كل من أخذ سواء شدة، أو لم يشد⁽⁶⁾.
 ويطلق الفقهاء لفظ الأسير أيضاً على من يظفر به المسلمون من الحربيين إذا دخلوا دار الإسلام بغير أمان⁽⁷⁾، وكذا وكذا على المسلم الذي ظفر به العدو⁽⁸⁾.

- 1 - انظر القوانين الفقهية (ج1/ص144)، وحاشية الدسوقي (ج2/ص431).
- 2 - انظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي (ت 1078هـ) - تحقيق: خليل عمران المنصور - دار الكتب العلمية - 1419هـ - 1998م - لبنان/ بيروت (ج 3 / ص 227) بتصرف.
- 3 - حقوق المسجون في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية والأنظمة السعودية للأستاذ الدكتور حسن عبدالمغي أبو غدة - دار جامعة الملك سعود.
- 4 - لسان العرب - (ج 4 / ص 19).
- 5 - المعجم الوسيط - (ج 1 / ص 17).
- 6 - الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 3 / ص 69).
- 7 - بدائع الصنائع - (ج 7 / ص 109).
- 8 - الموسوعة الفقهية الكويتية - (ج 4 / ص 195).

وقد يتعرض الزوج للأسر، وتعرف حياته وقتاً، ثم ينقطع خبره فلا يعرف له موت ولا حياة، وقد يعرف خبره، ويظل في أسره، أو سجنه مدة طويلة، فهل تصير الزوجة على زوجها حتى يفك أسره، وإن طالت المدة، أو تطلب التفريق كالعائب والمفقود؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الأسير في أيدي العدو عُرف مكانه، أو لم يعرف، حكمه حكم المفقود لا تزوج امرأته، ولا يورث ماله ما لم يعلم وفاته بيقين، أو يتنصر، أو يمضي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، وهو قول النخعي والزهري ويحيى الأنصاري ومكحول وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق، وبه قال الجمهور⁽¹⁾، **القول الثاني:** أن زوجة الأسير المسلم عند الكفار تعامل معاملة المفقود في بلاد الكفار، حيث تمكث لمدة التعمير، وهي سبعون عاماً على الصحيح إن دامت نفقتها ولم تخش على نفسها الزنا، وإلا فلها التطلاق⁽²⁾ على أن يكون طلبها التفريق بعد أسره بمدة سنة كالعائب عن زوجته، وبه قال المالكية⁽³⁾.

وحجتهم: أنه في أرض العدو، وقد عرف أنه قد أسر، ولا يستطيع الوالي أن يستخبر عنه في أرض العدو، فليس هو بمنزلة من فقد في أرض الإسلام⁽⁴⁾.

القول الثالث: أن القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقه، كالقول في امرأة المفقود بالإجماع، والصواب في امرأة المفقود مذهب عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة وهو أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة ويجوز لها أن تتزوج بعد ذلك، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁵⁾، وما ذهب إليه شيخ الإسلام يمكن اعتباره مذهباً للحنابلة، لأن قوله معتبر ومأخوذ به في المذهب الحنبلي.

وحجته الآتي:

- 1 قول عمر رضي الله عنه بالتربص أربع سنوات ثم تعتد للوفاة بعدها.
 - 2 أن حصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج، أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة، وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً⁽⁶⁾.
 - وعلى هذا فإن زوجة الأسير تتربص أربع سنين، فإذا مضت ولم يحضر الأسير، فرق القاضي بينهما، وتكون فرقة فسخ.
- الترجيح:**

الذي يظهر والله أعلم أن الراجح ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية في أن مبنى التفريق لفقد الزوج أو غيبته، هو تضرر الزوجة بفقد زوجها، أو غيبته عنها، وهذا المعنى متحقق في زوجة الأسير، كما هو متحقق في زوجة المفقود والعائب والسجين، فإذا رأت المرأة من نفسها الصبر حتى يمضي زوجها وفكأكه من أسره فهو أولى، وإن تضررت من

1 - انظر الحجة: للشيباني (ج 4 / ص 67)، والفتاوى الهندية (ج 6 / ص 457)، والقوانين الفقهية (ج 1 / ص 145)، والتاج والإكلیل - (ج 4 / ص 161)، والاستذكار (ج 6 / ص 133)، والأم - (ج 4 / ص 277) والمجموع شرح المذهب - (ج 18 / ص 158)، والمغني - (ج 9 / ص 131).

2 - انظر التاج والإكلیل (ج 4 / ص 160).

3 - حاشية الدسوقي (ج 2 / ص 431).

4 - المدونة الكبرى (ج 5 / ص 456).

5 - انظر الاختيارات الفقهية: لابن تيمية (ج 1 / ص 562)، (ج 1 / ص 587).

6 - انظر المرجع السابق (ج 1 / ص 562).

غياب زوجها عنها بسبب الأسر، أو نحوه، وخشيت على نفسها الزنا، فلها الحق في طلب التفريق ودفع الضرر عن نفسها، فليس من العدل والإنصاف أن تظل المرأة في انتظار دائم لزوجها الأسير الذي لا يعلم متى فكاهه من أسره، والذي قد يصل إلى سنوات عدة وقد تطول، ولا يعلم أحي هو أم ميت، واحتياطاً لحق الزوج في زوجته تؤمر المرأة بأن تترصد أربع سنوات، فإن لم يفك أسر زوجها رفعت أمرها إلى القاضي ويفرق بينهما. ويقاس على الأسير، المعتقل الذي يسجن ولا يحاكم، والمختطف أو المخفي قسراً لأن الأسر تارة يكون بالقتال، وتارة يكون بالاغتصاب،

وهو ما يسمى في العرف الاختطاف⁽¹⁾ وكلّ محبوس في قَدِّ أو سِجْنٍ، أَسِيرٌ⁽²⁾، وكلهم فترتهم في ظل الأسر، أو الاعتقال، أو الاختطاف، والإخفاء القسري غير معروف ومحدد، مع الجهل بحياتهم وموتهم غالباً.

الخاتمة

بحمد الله تم هذا البحث المتواضع، وتوصلت فيه إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

- 1 - أن التفريق هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق... أو بدون طلب حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين.
- 2 - يقع بتفريق القاضي: طلاق بائن في أحوال، وطلاق رجعي في بعض الأحوال، وفسخ في أحوال أخرى.
- 3 - أن الغائب هو: من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه، وحياته معلومة، فإذا جهلت حياته فهو المفقود.
- 4 - أن الرجل إذا غاب عن زوجته غيبة غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه، ويمكن الاتصال به، فللمرأة المطالبة بعودته، أو الطلاق أو الرفع إلى القاضي بطلب التفريق، إذا تضررت من طول غيبته، وخشيت على نفسها الزنا، سواء كانت غيبته بعذر أو بغير عذر، وسواء ترك لها نفقة أو لم يترك، على أن يكون طلبها التفريق بعد غيابها بمدة سنة فأكثر.
- 5 - أن الرجل إذا غاب عن زوجته غيبة منقطعة لا يعرف فيها خبره، ولا يأت كتابه، ولا يمكن الاتصال به، فيعتبر في حكم المفقود، سواء أكانت غيبته ظاهرها الهلاك أو السلامة أو في بلاد الكفار أو المسلمين، فالمرأة في كل الحالات متضررة، ولها الحق في طلب التفريق إن رغبت في ذلك، ولها الانتظار والصبر حتى يعود زوجها، أو يتبين حال حياته، أو موته.
- 6 - يرجع تقدير مدة التبرص إلى اجتهاد القاضي في كل قضية بعينها، مدة تكون كافية للاحتياط، وتختلف باختلاف الأحوال، والأزمان، والأمكنة، والأسباب التي بها فُقد، لأن التحديد بزمان معين يحتاج إلى دليل شرعي، والآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم في ذلك قضايا أعيان لا تقتضي العموم.
- 7 - إذا طلبت المرأة التفريق ورغبت فيه لا يكفي تبرصها مدة الأجل من تلقاء نفسها، بل يلزمها الرجوع إلى الحاكم ليضرب لها مدة التبرص؛ دون الحاجة إليه في الأمر بالعدة والتفريق.
- 8 - إذا عاد الزوج الغائب أو المفقود، ولم تكن زوجته قد تزوجت، فهو أحق بها، بالرغم من صدور الحكم بالتفريق بينها وبينه، وهي زوجته بنكاحها الأول، ولا تحتاج إلى عقد جديد، وإن عاد بعد زواجها، وقبل الدخول بها، أو بعد،

1 - الشرح الممتع على زاد المستقنع - لا بن عثيمين (ج 6 / ص 230).

2 - لسان العرب - لا بن منظور (ج 4 / ص 19).

فهو بالخيار مطلقاً، فإن أبقاها للثاني فهي له، وبأخذ منه صداقه، ولا يرجع الثاني عليها بشيء، وإن أخذها فهي له، ويستبرئ رحمها بحیضة واحدة إن كان الثاني قد وطئها.

9 - إذا حكم على الزوج بالسجن أكثر من ثلاث سنين فلها الحق - بعد سنة من صدور الحكم على زوجها - في المطالبة بالطلاق، أو الرفع للقاضي بطلب التفريق بينهما للضرر الحاصل لها من بُعْدِه عنها، وللقاضي أن يجيئها إلى طلبها ويفرق بينهما بدون كتابة إلى الزوج أو إنظار له، والأولى للمرأة أن تصبر على الأقل أربع سنوات، وهي مدة إمهال المفقود وترى زوجته، فقد يصدر ملك الدولة أو رئيسها عفواً عن المسجونين عما تبقى من مدة حبسهم كما نلاحظه في عصرنا هذا.

10 - إذا أُسر الزوج، أو أُعتقل، أو أُخفي قسراً، وطال أسره، أو اعتقاله، وتضررت زوجته من طول غيابه، وخشيت على نفسها الزنا، لها الحق في طلب التفريق، ودفع الضرر عن نفسها، واحتياطاً لحق الزوج في زوجته تؤمر المرأة بأن تترى أربع سنوات، فإن لم يُنك أسر زوجها رفعت أمرها إلى القاضي وفرق بينهما، والله أعلم.

ثانياً: التوصيات: وفيها يوصي الباحث بما يلي:

- 1 - إقامة دورات توعوية وبرامج تلفزيونية لتعريف الزوج بحقوق الزوجة، ومخاطر غيابه عن زوجته وأسرته.
 - 2 - إذا اضطر الزوج للسفر، ولم يستطع حمل زوجته معه إلى البلد التي سيعمل فيها، فليسكنها في مكان آمن، ويكون على تواصل معها عبر وسائل الاتصال الحديثة والمتاحة لديه، ولا يطل في أكثر من ستة أشهر أو سنة، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك.
 - 3 - على أرباب العمل والكفلاء أن يتقوا الله فيمن يعملون تحت أيديهم، بإتاحة الفرصة لهم بالسفر إلى أهليهم، ولو لفترة وجيزة خلال العام أو نهايته.
 - 4 - على الزوجة أن تصبر على غياب زوجها بقدر المستطاع فليس من الحكمة أن يسافر الزوج للعمل والتجارة لكي يسعد أسرته، والزوجة تطالب بالفراق.
 - 5 - أن لا يتسرع القضاء في الحكم بالتفريق على الغائب، أو المفقود، أو السجين، ونحوه، حتى يتبين من حاله، ويراسل الجهات المختصة للإفادة، واتخاذ ما يلزم.
 - 6 - أن تهني إدارة السجون مكاناً مخصصاً لزيارة زوجة السجين زوجها بحيث يمكنه الخلوة بها.
- والله أسأل أن يصلح أحوال المسلمين، وأن يصلح فساد ذات البين، إنه سميع قريب، مجيب الدعاء، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس بأهم المصادر والمراجع

1. أحكام الأسرة في الإسلام للأستاذ محمد مصطفى شلبي - دار النهضة العربية - بيروت.
2. أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني - دراسة مقارنة - للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش - مجلة الكوفة العدد 6.
3. اختلاف الأئمة العلماء للوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ط 1 / 1423 هـ - 2002 م - تحقيق: السيد يوسف أحمد.
4. الاختيارات الفقهية: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية (ت: 728هـ) تحقيق: علي بن محمد الدمشقي - دار المعرفة، بيروت، لبنان - ط: 1397هـ / 1978م.

5. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: 1250هـ) تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، -دار الكتاب العربي -دمشق -ط1/ 1419هـ.
6. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للشيخ محمد ناصر الدين الألباني-المكتب الإسلامي - بيروت - ط2/ 1405هـ - 1985م
7. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر (ت: 463هـ) - تحقيق سالم محمد عطا-محمد علي معوض-دار الكتب العلمية-2000م-بيروت.
8. الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي (ت: 204) -دار المعرفة -بيروت -ط2/ 1393هـ.
9. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن المرادوي (ت: 885هـ) -دار إحياء التراث العربي بيروت . لبنان-ط1/ 1419هـ
10. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي ت: 970هـ -دار المعرفة-بيروت.
11. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، (ت: 595هـ) -دار الفكر - بيروت.
12. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني (ت: 587) -دار الكتاب العربي -ط1/ 1982م-بيروت.
13. تاج العروس من جواهر القاموس: للمرئضي، الزبيدي-تحقيق مجموعة من المحققين-دار الهداية.
14. التاج والإكليل لمختصر خليل: لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم (ت: 897) -دار الفكر-1398-بيروت.
15. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير -لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ) -دار الكتب العلمية ط1/ 1419هـ -1989م.
16. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح عبد السميع الآبي الأزهرى-المكتبة الثقافية - بيروت.
17. الجامع الصحيح المختصر: لمحمد بن إسماعيل أبي عبد الله البخاري الجعفي-دار ابن كثير، اليمامة - بيروت - ط3/ 1407 - 1987-تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.
18. الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أبي الحسين-دار الجيل بيروت.
19. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد الدسوقي، -دار الفكر -بيروت، تحقيق: محمد عlish.
20. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392هـ) ط1 - 1397هـ.
21. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، - دار الفكر - بيروت.
22. الحاوي الكبير: لأبي الحسن الماوردي-دار الفكر . بيروت.
23. الحجة على أهل المدينة: لمحمد بن الحسن الشيباني أبي عبد الله (ت: 189) -تحقيق مهدي حسن الكيلاني - عالم الكتب - بيروت - 1403هـ.

24. حقوق المسجون في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية والأنظمة السعودية للأستاذ الدكتور حسن عبدالمغني أبو غدة - دار جامعة الملك سعود.
25. الخرشي على مختصر سيدي خليل - دار الفكر - بيروت.
26. الديباج على مسلم، لعبد الرحمن بن أبي بكر أبي الفضل السيوطي، دار ابن عفان - الخبر - السعودية - 1416هـ - 1996م، تحقيق: أبو إسحاق الحويني الأثري.
27. الروض المريع شرح زاد المستنقع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: 1051هـ) تحقيق: سعيد محمد اللحام - دار الفكر - بيروت - لبنان.
28. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: لزين الدين بن علي العاملي الجبعي - دار العالم الإسلامي - بيروت.
29. روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي - المكتب الإسلامي - 1405هـ - بيروت.
30. سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (ت: 1182هـ) - مكتبة مصطفى البابي الحلبي ط4/ 1379هـ / 1960م.
31. السجن والتوقيف في المملكة العربية السعودية أحكام ومبادئ، لمحمد بن براك الفوزان الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد 1429هـ.
32. السلسلة الضعيفة لمحمد ناصر الدين الألباني - مكتبة المعارف - الرياض.
33. سنن ابن ماجه: لمحمد بن يزيد أبي عبد الله القزويني: دار الفكر - بيروت - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
34. سنن البيهقي الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، 1414هـ - 1994م - تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
35. سنن الدار قطني، لعلي بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي، - دار المعرفة - بيروت - 1386هـ - 1966م، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني.
36. سنن سعيد بن منصور الخراساني (ت: 227) - الدار السلفية - الهند - 1403هـ - 1982م، ط1، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
37. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: 1250هـ) - دار ابن حزم.
38. الشرح الكبير لسيد أحمد الدردير أبي البركات، (ت: 1201هـ) - دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عlish.
39. الشرح الممتع على زاد المستنقع لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ) - دار ابن الجوزي - الطبعة الأولى 1428هـ.
40. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، - دار الفكر - 1411هـ - 1991م.
41. فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي - دار المعرفة - بيروت، 1379م، تحقيق: محب الدين الخطيب.
42. الفروق اللغوية: للإمام اللغوي الأديب أبي هلال العسكري أحد أعلام القرن الرابع الهجري - تحقيق محمد إبراهيم سليم - دار العلم والثقافة - القاهرة.

43. الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر - سورية - دمشق.
44. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي (المتوفى: 1126هـ) - تحقيق: رضا فرحات - مكتبة الثقافة الدينية.
45. قانون الاحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م - والمعدل بالقانون رقم (27) لسنة 1998م.
46. القوانين الفقهية: لمحمد بن أحمد بن جزى (ت: 741).
47. الكافي في فقه الإمام المبحل أحمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة المقدسي - المكتب الاسلامي - بيروت.
48. كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي - تحقيق هلال مصيلحي - دار الفكر - 1402هـ - بيروت.
49. لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري - دار صادر - بيروت - الطبعة الأولى.
50. المبسوط: لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - تحقيق: خليل الميس - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ط 1/1421هـ - 2000م.
51. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبيولي (ت 1078هـ) - تحقيق خليل عمران المنصور - دار الكتب العلمية - 1419هـ - 1998م - لبنان / بيروت.
52. مجموع الفتاوى لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية (ت: 728هـ) تحقيق: أنور الباز - عامر الجزار - دار الوفاء - ط 3/1426هـ / 2005م.
53. المجموع شرح المذهب: لأبي زكريا محيي الدين النووي (ت: 676هـ) - دار الفكر - بيروت.
54. المحلى، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبي محمد، - دار الآفاق الجديدة - بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.
55. مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي - مكتبة لبنان - بيروت ط 1415 - 1995 - تحقيق: محمود خاطر.
56. مدونة الأحكام القضائية الاصدار الأول - اصدار الادارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل 1428هـ - 2007م.
57. مجموعة الأحكام القضائية لعام 1434هـ - صادر عن وزارة العدل - مركز البحوث.
58. المدونة الكبرى لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ) دار الكتب العلمية بيروت - لبنان - تحقيق زكريا عميرات.
59. مسند الامام الشافعي - دار الكتب العلمية - بيروت.
60. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - لأحمد بن محمد المقرئ - المكتبة العلمية - بيروت
61. مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، (ت: 235هـ) - مكتبة الرشد - الرياض ط 1/1409، تحقيق: كمال يوسف الحوت.
62. مصنف عبدالرزاق بن همام الصنعاني، - المكتب الإسلامي - بيروت - 1403/ ط 2، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
63. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى السيوطي الرحباني (ت 1243هـ) - المكتب الإسلامي - دمشق 1961م.
64. المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى ومجموعة - دار الدعوة - تحقيق: مجمع اللغة العربية.

65. المغرب في ترتيب المعرب لأبي الفتح ناصر الدين المطرز - مكتبة أسامة بن زيد - حلب - ط1/ 1979م - تحقيق: محمود فاحوري و عبد الحميد مختار.
66. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربيني - دار الفكر - بيروت.
67. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - دار الفكر - بيروت - ط1/ 1405هـ
68. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان - مؤسسة الرسالة - ط1/ 1413هـ - 1993م.
69. منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، محمد عlish - دار الفكر - بيروت - 1409هـ.
70. المهذب في فقه الإمام الشافعي: لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: 476 هـ) بيروت.
71. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني (ت: 954هـ) تحقيق: زكريا عميرات - دار عالم الكتب - طبعة خاصة 1423هـ.
72. الموسوعة الفقهية الكويتية - صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت.
73. الموطأ - رواية يحيى الليثي: لمالك بن أنس أبي عبد الله الأصبحي - دار إحياء التراث العربي - مصر - تحقيق: محمد فؤاد.
74. الهداية شرح بداية المبتدي لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني (ت: 593هـ) - المكتبة الإسلامية.