حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي

د. حميد سلطان
جامعة بابل-كلية القانون

تمهيد

لقد اقرت الشريعة الاسلامية كما اقر القانون الوضعي بأن الانسان يكون اهلاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات منذ ولادته حياً بل حتى قبل ولادته وهو جنين في بطن امه وجعلا له اهلية ناقصة لاكتساب بعض الحقوق فقط .

وتنتهي هذه الاهلية بوفاته والمعروف ان المقصود بالوفاة هو الموت الذي يشاهد بالعيان او تقوم البينة عليه بحيث لايدع مجالاً لأي احتمال على بقاء الانسان على قيد الحياة ،لكن قد يغيب الانسان وتمضي على غيبته مدة ليست بالقصيرة في الغالب وتنقطع عن اهله اخباره ومن ثم يجهل مصيره من الحياة او الممات وقد لايجده اهله الى يوم التناد فيكون حينئذ مفقوداً.وقد اثار هذا الشخص (المفقود) اسئلة كثيرة في الفقه الاسلامي وكذلك في القانون وفي ساحة القضاء لاسيما في الدول التي ابتليت بالكوارث والحروب المدمرة ، فهو قد يكون متزوجاً ورب اسرة فما حكم زوجته في اثناء غيبته ، وكيف ينفق عليها وعلى من كان يعيلهم المفقود قبل فقده ؟

ومن الطبيعي انه قد يكون المفقود طرفاً من التصرفات القانونية المختلفة باعتباره عضواً في المجتمع ، فما مصير هذه التصرفات ؟ ثم ماذا يصنع بماله ؟ هل يوزع على المستحقين من الورثة وغيرهم بمجرد الفقد ام أن هناك نظام خاص يخضع له المفقود ، مما يترتب عليه احكاماً تضمن له حقوقه وتدفع عنه مفاسد الضرر باهله وماله .

كما ان الشخص لايفترض ان يبقى مفقوداً الى الابد بل لابد من وقت يفترض فيه وفاته كما هو حال سنة الله في خلقه من الحياة ثم الممات . ثم مالحكم لو ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته وما اثر ذلك على زوجته وماله ؟

والذي يهمنا من كل هذه الاسئلة هي تلك الاسئلة التي تتعلق بالزوجة التي قد تكون من اكبر المتضررين من فقد الزوج خصوصاً عندما تطول فترة الفقد وتطول فترة تعليق هذه الزوجة فلا هي متزوجة وتتمتع بما تتمتع به النساء المتزوجات ولاهي حرة مطلقة تستطيع التمتع بما تتمتع به المطلقات .لذلك ولاهمية هذا الامر أرتئينا ان نقصر بحثنا على موضوع حق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب فقد الزوج ، حيث اختلف الفقهاء فيما بينهم في تحديد اساس هذا التفريق ،فمنهم من اعتبر ان مجرد غياب الزوج هو المبرر للتفريق سواء كان للزوجة من اموال المفقود ماتستطيع الانفاق منه على نفسها ام لا .ومنهم من اعتبر ان اساس لهذا التفريق هو حرمان الزوجة من النفقة ، فأذا كان للزوج مال تستطيع الزوجة الانفاق منه او كانت هناك جهة تتبرع بهذا الانفاق فليس لها حق طلب التفريق.

وبناءً على ذلك يتطلب منا الامر تقسيم هذا البحث الى مبحثين نخصص الاول منهما لبيان مدى حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها ، فيما نخصص المبحث الثاني لبيان مدى حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب حرمانها من النفقة ونرى انه لابد قبل الدخول في تفاصيل هذين المبحثين من بيان تعريف المفقود لغةً وشرعاً وقانوناً .

اولاً :- تعريف المفقود لغةً : في اللغة يأتي لفظ المفقود بمعنى الضائع او المعدوم فيقال فقد الشيء : ضلهُ وضاع منه ويقال فقد الكتاب والمال ونحوه : خسرهُ وعدمهُ، ويقال فقد الصديق ، وفقدت المرأة زوجها فهي فاقد والمفعول مفقود وفقيد ، ويقال مثلاً : فقدت الشيء أي ضللتهُ وفقدته [1].

ثانياً : تعريف المفقود شرعاً

اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف المفقود بأنه الغائب الذي لايعرف مصيره احي هو ام ميت ، الا أنهم اختلفوا في اشتراط مجهولية المكان في تعريف المفقود ، وبناءً على هذا الاختلاف يمكن تقسيم تعاريف الفقهاء الواردة في كتب الفقه بشأن المفقود الى اتجاهين :

الاتجاه الاول : يذهب في تعريفه للمفقود الى ضرورة توافر شرطين هما مجهولية الحياة او الموت ومجهولية المكان ، وبناءً على هذين الشرطين فقد عرفوا المفقود بانه (الغائب الذي لايدرى مكانه ولاتعلم حياته ولا وفاته)[2].

---

[1] المعجم الوسيط : ابراهيم مصطفى ، واحمد حسن الزيات ، مطبعة مصر ،١٩٦٠ م ، ج٢ ، ص٧٠٤.

وعرفوه ايضاً بأنه (اسم لوجود حي باعتبار اول حاله ولكنه خفي الاثر كالميت باعتبار مآلهُ ، واهلهً في طلبه يجدون)[١].

الاتجاه الثاني: ويشترط اصحاب هذا الاتجاه في تعريف المفقود امراً واحداً هو مجهولية حياة الشخص او موته فهم يعرفون المفقود بأنه ((غائب لم يدرَّ موضعه ولم تدرَّ حياته ولاموته)) ومعنى لم يدرَّ موضعه أي لم تدر حياته ولاموته فالعبارة التي وردت في صدر التعريف هي تأكيد للعبارة التي في عجز التعريف [٢].

ويبدو لنا الاتجاه الثاني هو الاتجاه الاكثر منطقية من الاتجاه الاول اذ نرى انه لاعبرة بالجهل بالمكان في تعريف المفقود ، فالاسير مثلاً اذا لم يعلم مصيره ولم نعلم احي هو أم ميت ، يعتبر مفقوداً ، وان كان معلوم المكان ، كذلك الحال اذا قام شك في احتجاز عسكري في حرب ما فأنه يعتبر مفقوداً وليس محجوزاً[٣].

ثالثاً : تعريف المفقود في القانون :

عرف المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المفقود بانه (الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته او مماته)[٤].وقد أورد المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ تعريفاً للمفقود حيث نصت المادة (١/٣٦) منه على ان ((من غاب بحيث لايعلم احي هو ام ميت يحكم بكونه مفقود بناءً على طلب كل ذي شأن).ويبدو لنا ان التعريف الوارد في نص قانون رعاية القاصرين اقرب للدقة من التعريف الوارد في القانون المدني : اذ ان اشتراط طلب ذوي الشأن بأعتبار الشخص مفقوداً ، لايدخل في صلب التعريف فهو امرُ زائد كان الاولى بالمشرع عدم اشتراطه .ومن خلال التعريفات الفقهية والقانونية السابقة يبدو لنا انه لافرق بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني فكلا التعريفين الواردين في الفقه وفي القانون يصبان في معنى واحد يمكن ان نعرف المفقود من خلاله بأنه ((الغائب الذي انقطعت اخباره بحيث لايعرف مصيره من الحياة أو الممات)).

المبحث الاول

حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها

المفقود كما بينا هو غائب انقطعت اخباره فجهلنا مصيره أحي ام ميت ؟ وقد تطول غيبتهُ لفترة طويلة ، وقد لايعود لأهله ، مما تتضرر معهً زوجته من البقاء كالمعلقة ، لاهي زوجة تنعم بحقوقها ، ولاهي حرة من قيد الزوجية حتى تستطيع ان تمارس حقها الشرعي في الزواج بآخر ، وحمل الزوجة في غيبة زوجها على ان تحافظ على عفتها وشرفها امر لاتحتملهُ في الغالب الطبيعة اللبشرية وأن كان للمفقود مال تنفق منه او كانت هي موسرة ، فالمعاشرة حق لكل من الزوجين وواجب عليه نحو الاخر ، فللزوجة الحق في ان تعيش في ظل زوجها وتحتمي به وتعيش في كنفهِ وتزيل وحشتها بوجوده ، كما ان الزوج ملزم بالاتصال بزوجته مثلما هي ملزمة بتمكين زوجها منها[١].

وزوجة المفقود حرمت من كل ذلك مما يخشى عليها ان ترتكب خطيئة دينية لاسيما اذا كانت صغيرة في بداية حياتها الزوجية ، ولاننسى مغريات الحياة التي تحيط بالمرء في عصرنا هذا من كل جانب مع ضعف الوازع الديني والخلقي لدى البعض والشيطان لم يمت بعد ، من هنا يبرز التساؤل : هل يحق لزوجة المفقود ان تطلب التطليق من زوجها بسبب الفقد والغيبة لتنعم بحقها الشرعي في الحياة ، ام ليس لها ذلك ؟ وللاجابة على هذا التساؤل نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لبيان مدى حق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب

---

[٢] الشيخ عبدالكريم رضا الحلي ، الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ، مطبعة حجازي ، القاهرة ، مكتبة المثنى ، ص١٤٠ .

[١] شمس الائمة ، ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي ، المبسوط ، مطبعة السعادة ، مصر ، ج١١ ، ص٣٤.

[٢] علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط١ ، مطبعة السعادة ، مصر ،١٩١٠ ، ج٦ ،ص١٦٦ ، ينظر كذلك ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط١ ، المطبعة العلمية ، مصر ، ١٣١١، ج٥ ، ص١٧٦.

[٣] والى مثل هذا الرأي يذهب الاستاذ طارق قاسم حرب في شرحه للاحكام القانونية الخاصة بالعسكري ، ط١ ، ١٩٨٤ ، ص١٢.

[٤] ينظر المادة (٨٦) من هذا القانون

[١] تنشأ عن عقد الزواج حقوق وواجبات مختلفة منها ما تكون خاصة بالزوجة على زوجها كالنفقة والمهر ، ومنها ما تكون خاصة بالزوج على زوجته كطاعة الزوجة لزوجها ، ومنها ما تكون مشتركة بين الزوجين كحق المعاشرة ، واي حق لاحد الزوجين هو واجب على الاخر . د. محمد سلام زناتي ، حقوق وواجبات الزوجين ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ، العدد ٢ ، السنة ١٢ ، ١٩٧٠ ،ص٤٤٧ ومابعدها.

فقد زوجها في الفقه الاسلامي[٢]، فيما نخصص المطلب الثاني لبيان مدى حق الزوجة لطلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها في القانون .

المطلب الاول

حق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها في الفقه الاسلامي

اختلف بحث الفقهاء في مدى حق زوجة المفقود في التفريق قضاءً بين مانع ومجيز لها[١] ونخصص لكل اتجاه فرعاً مستقلاً .

الفرع الاول

الرأي القائل بأن زوجة المفقود ليس لها حق طلب التفريق

يرى انصار هذا الرأي بأن زوجة المفقود ليس لها حق التفريق بسبب فقد زوجها كما لاتبين منه حتى يتبين موت زوجها بطريق شرعي او يحكم القاضي بموته ، لان الغيبة عندهم لاتوجب الفرقة[٢] والى هذا الرأي ذهب فقهاء الامامية[٣] والحنفية[٤] ، والشافعية [٥]، والظاهرية[٦] ، والزيدية[٧] .وهو مذهب الامام علي بن ابي طالب (كرم الله وجهه) وابن مسعود وغيرهم[١] .وقد استدل اصحاب هذا الرأي بأدلة مستمدة من السنة ومن المأثور والمعقول وغيرها ، وعلى النحو الاتي :

١- **الدليل من السنة النبوية** : وهو مايروى عن النبي (ص) من أنه قال في الحديث الذي اخرجه الدار قطني في سننه عندما سأل عن امرأة المفقود (امرأته حتى يأتيها البيان) ، والبيان يحصل بأمور : اما بصحة طلاقه او موته ((بيقين او بينة او بالقرائن))[٢].

٢- **الدليل في الاثر :** فقد روي عن الامام علي (كرم الله وجهه) انه قال في امرأة المفقود : ((هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته او طلاقه[٣])).

---

[٢] عالج الفقهاء موضوع التفريق بسبب الفقد ضمن مسألة التفريق بسبب الغيبة ، والغيبة التي تحدثوا عنها هي كل غيبة تحرم الزوجة من التمتع بحضور زوجها ،سواء كانت غيبة قريبة ام غيبة بعيدة .

[١] الاحكام التي قال بها الفقهاء لايختص بها المسلمون فقط بل تسري ايضاً على غير المسلمين اذا ترافعوا امام القاضي المسلم ، ينظر د. عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستأمنين ، ط٢ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٧٦ ، ص٤٣١.

[٢] لايجيز اصحاب هذا الرأي التطليق للغيبة مطلقاً سواء كانت الغيبة منقطعة ام غير منقطعة.

[٣] لايجيز فقهاء الامامية التفريق للغيبة مطلقاً استناداً الى اخبار وردت عن ائمة ال البيت الاطهار ، اذ سئل ابو عبدالله (عليه السلام) عن امرأة المفقود اذا رفعت امرها الى القاضي فقال ((ليس لها ذلك ولاكرامة اذا انفق عليها)) ينظر ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، المكتبة المرتضوية ، النجف الاشرف ،ج٥،ص٢٧٨ ومابعدها ، ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني ، الفروع من الكافي ، ط١٣٧٩،١ هـ ،ج٦، ص١٤٨.

[٤] ينظر المبسوط للسرخسي ،ج١١، ص٣٥ ومابعدها ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص١٩٦ ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ،تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مطابع بولاق ، مصر ،١٣١٣هـ ، ج٣ ،ص٣١١.

[٥] ينظر عبدالله بن حجازي بن ابراهيم الشافعي ، الام ، ط١، شركة الطباعة الفنية ، مصر ، ١٩٦١ ، ج٥ ، ص٢٣٩.

[٦] لايفسخ النكاح عند الظاهرية سواء كان الزوج حاضراً ام غائباً الا بثمانية اوجه : ١- ان تكون الزوجة محرمة الرضاع ٢- ان يطأها ابوه او جده بجهالة او بقصد الزنا ٣- ان يتم التلاعن بينهما ٤- ان تكون امة فتعتق ٥- اختلاق الدين الا اذا أسلم الزوج وهي كتابية ٦- ان يملكها او بعضها ٧- ان تملكه او بعضه ٨- موته او موتها . ينظر ابو محمد بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى ، ط١ ، ادارة الطباعة المنيرية ، مصر ، ١٣٥٢ هـ ، ج١٠، ص١٣٢ ومابعدها .

[٧] شرف الدين الحسيني ، الروض النظير ، ط٢ ، مكتبة المؤيد ، المملكة العربية السعودية ، ج٤، ص٤٢٨-٤٣٠.

[١] ينظر ، المحلى ، ج١٠ ، ص١٤٠ ، ابو محمد عبدالله بن قدامة المقدسي ، المغني ، ط٣ ، دار المنار ، مصر ١٣٦٧ هـ ، ج٧، ص٤٨٨.

[٢] تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٣ ،ص٣١١ ، ينظر كذلك الهداية شرح بدية المبتدي ، برهان الدين ابي الحسن الميرغناني ، ط١ ، مطبعة الحلبي واولاده ، ج١٠ ، ص١٤٠ .

٣- **الدليل من العقل** : يقضي العقل السليم ان الزواج حق الزوج وهو حي في ابقاء حقه استصحاباً لثبوت حياته قبل فقده ، والموت في حيز الاحتمال والشك ، فلايزال النكاح بالشك[٤].

٤- **عدم وجود دليل :** حيث لايسوغ التفريق بين الزوجين من غير نص في القرآن والسنة النبوية او اجماع مستمد منهما حيث ان الفروج احلت بكلمة الله فكيف يقطع الحل من غير نص مسوغ ، وكيف يثبت حلها لغيره وقد افترقت عن زوجها بغير نص من الشرع الحكيم ، وان الطلاق بيد الزوج لابيد احد سواه ولايحل تحريم فرج احله الله تعالى للزوج وتحليله لمن حرمه الله تعالى من سائر الازواج بغير قرآن ولا سنة[٥].

٥- **عدم تحقق الضرر** : حيث يرى فقهاء الزيدية ان الزوج المفقود ان ترك لها مالاً يكفي لنفقتها فهو كالحاضر اذ لم يفتها الا الوطئ وهو حق له[١].

وبناءً على هذه الادلة قال اصحاب هذا الرأي بأن زوجة المفقود ليس لها حق طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها وانما عليها الصبر حتى يستبين امره من الحياة او الممات.

الفرع الثاني

الرأي القائل بان لزوجة المفقود حق طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها

يرى اصحاب هذا الرأي بان لزوجة المفقود حق رفع امرها الى القاضي ويحدد لها اجلاً لمدة اربع سنين تتربص خلالها ويبحث القاضي عن المفقود خلال مدة التربص فأن علم خبره فيها ، واذا لم يقف على خبره اعتدت الزوجة عدة الوفاة ، وحلت للزواج بغيره ، وهذا هو المعتمد عند المالكية ، حيث يرى فقهاء المالكية ان الغائبين عن زوجاتهم خمسة انواع[٢].

النوع الاول : غائب لم يترك نفقة ولم يلزم نفسه بشرط في صلب العقد ،فأن لزوجته ان ترفع امرها الى القاضي لتطلب التفريق لعدم الانفاق.

النوع الثاني : غائب لم يترك لزوجته نفقة ولها عليه شرط في المغيب ، فزوجته مخيرة بين طلب التفريق لعدم الانفاق او للغيبة .

النوع الثالث : غائب ترك لزوجته نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب فليس لزوجته الا ان تقوم بالشرط .

النوع الرابع : غائب ترك لزوجته نفقة وليس لزوجته شرط في العقد الا انه معلوم المكان ، فيكتب اليه القاضي اما ان يعود او يرسل الى طلب امرأته او يفارقها والا فرق بينهما القاضي .

النوع الخامس : غائب ترك لزوجته نفقة ولاشرط لها عليه الا انه مجهول المكان ، فهذا هو المفقود .

والمفقود عند المالكية يختلف عن الغائب حيث يرون ان للمفقود أربعة اقسام[١] :-

١- المفقود في بلاد الاسلام.

٢- المفقود في بلاد العدو وفي حكمه الاسير.

٣- المفقود في القتال بين المسلمين بعضهم مع بعض في الفتن.

٤-المفقود في القتال بين المسلمين والكفار.

فلزوجة المفقود في بلاد الاسلام ان ترفع امرها الى القاضي لطلب التفريق ، او ان تبقى في عصمته حتى يستبين امر زوجها . اما زوجة المفقود في بلاد العدو فلها ان تتربص بزوجها أربع سنوات ثم تعتد عدة الوفاة . مالم تخش على نفسها الفتنة والوقوع في الزنا فجاز لها حينئذ طلب التفريق.

اما زوجة المفقود في الفتن بين المسلمين بعضهم مع بعض فأنها تعتد من تاريخ التقاء الصفين مع بعضهما عدة الوفاة .

واما زوجة المفقود في القتال بين المسلمين والكفار فتعتد بعد سنة من انفصال الصفين في القتال بعد النظر من القاضي في امره والتفتيش عنه .

---

[٣] المحلى ، ج١٠ ، ص١٤٠.

[٤] تبين الحقائق ، ج٣، ص٣١١ ، الهداية شرح بدية المبتدي ، ج٢، ص١٨١.

[٥] المحلى ، ج١٠ ، ص١٤١.

[١] يوسف البحراني ، الحدائق الناظرة في شرح احكام العترة الطاهرة ، مطبعة النجف الاشرف ، بدون سنة طبع ، ص٢١١ ، تبيين الحقائق ، ج٣،ص٣١١.

[٢] ينظر في تفصيل هذه الانواع :ابو عبد الله الحطاب ،مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل ، مطابع دار الكتاب ، بيروت ، ج٤، ص١٥٥.

[١] ينظر في بيان هذه الانواع ، محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، المطبعة الازهرية ن مصر ، ١٩٢٧م ، ج٢،ص٤٧٩.

ويذهب فقهاء الحنابلة الى ان لزوجة المفقود حق طلب التفريق الا انهم يميزون بين الغيبة المنقطعة والغيبة غير المنقطعة ، اما في الغيبة غير المنقطعة فيعرف فيها خبر الزوج ويأتي خبره فليس للزوجة فيها ان تطلب التفريق . كما هو الحال بالنسبة لزوجة الاسير فليس لها ان تتزوج حتى تستبين وفاته ، اما الغيبة المنقطعة (وهو المفقود) فيميزون بين المفقود في ظروف يغلب عليها السلامة ، كالفقد في سفر وفي طلب العلم، فلاتزول الزوجية هنا حتى يثبت موته ، وبين المفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك كأن يفقد في معركة أو يغرق فيه مركب فيغرق جميع رفاقه ،فتتربص زوجته اربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتحل للازواج [٢] .

وقد استدل القائلون بحق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بأدلة من القرآن والاثر والقياس ، وكمايلي :

الدليل الاول : القرآن الكريم : حيث ورد في القرآن الكريم قوله تعتلى في سورة النساء ((فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة))[١]. والمعلقة تعني لافارغة فتتزوج ، ولاذات زوج ، وترك زوجة المفقود معلقة عليه مع عدم معرفة مصيره يعتبر من اشد انواع التعليق لانها اذا بقيت معلقة على عصمة المفقود بقيت لامطلقة ، ولامتزوجة ، وهذا ماتأباه الشريعة[٢].

الدليل الثاني : الاثر : حيث روي عن اصحاب رسول الله (ص) عن امرأة المفقود ان اجلها اربع سنين من تاريخ رفع امرها الى القاضي . والا فيطلقها القاضي بعد مضي هذه المدة وتعتد عدة الوفاة ثم لها بعد ذلك الزواج بآخر[٣].

الدليل الثالث : القياس : يرى الفقهاء انه اذا كانت الحاجة الى دفع الضرر عن زوجة العنيين موجودة فهي عند زوجة المفقود اولى[٤] اذ يفرق بين العنيين وزوجته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها . وضرر زوجة المفقود اكبر من ضرر زوجة العنيين، لان زوجها ليس قريباً منها ولاتعرف عودته من عدمها[٥].

واذا كانت هذه هي ادلة اصحاب الرأي الثاني فأن اصحاب هذا الرأي ردوا على اصحاب الرأي الاول بالادلة التالية :

١- ان حديث النبي(ص) في امرأة المفقود بأنها ((امرأته حتى يأتيها البيان)) ، هو من الاحاديث الضعيفة فقد ضعفه ابو حاتم في سننه والبيهقي في سننه[٦].

٢- ردوا على القول بأنه لايجوز التفريق للغيبة لعدم وجود نص في الكتاب او السنة او الاجماع ، بأن هذا الامر هو محل اجماع اصحاب رسول الله (ص) اجماعاً سكوتياً ولم يعرف له مخالف بينهم[٧].

٣- ردوا على القول بأن الزواج ثابت باليقين فلا يزول بالشك ، بأنه اذا لزم ان يفرق بين الزوجين بسبب العنة وفيها لاتفقد الزوجة الا الوطء ، فأن عذر زوجة المفقود اقوى لأنها تفقد الوطء والعشرة والنفقة غالباً[١].

وقد طعن القائلين بانه ليس لزوجة المفقود حق طلب التفريق بسبب الفقد بأدلة القائلين بالتفريق بالادلة التالية :

١- ردوا على استدلالهم بقوله تعالى (فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة)[٢]بأن الزوج هو المخاطب بالتكليف ولما كان الزوج مفقوداً فلا تكليف عليه لفقده وعدم قصده بحال زوجته فلا تبين زوجته منه لمجرد فقده[٣].

---

[٢] المغني ،ج٧، ص٤٨٨.

[١] سورة النساء/ الاية ١٢٩.

[٢] المحلى ، ج١٠ ، ص١٣٨.

[٣] مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، ط١ ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ١٣٢٤هـ ، ج٥،ص١٣٢.

[٤] العنة تعني عدم قدرة الزوج على اتيان زوجته ووطئها .

[٥] المبسوط ،ج١١،ص٣٥.

[٦] المبسوط ، ج١١، ص٣٥.

[٧] المغني ، ج٧ ، ص٤٩٠ .

[١] المدونة الكبرى ، ج٢ ، ص١٠١.

[٢] سورة النساء / الاية ١٢٩ .

[٣] بدائع الصنائع ، ج٦، ص١٩٦.

٢- قالوا بأن قياس حالة زوجة المفقود على حالة زوجة العنيين ، بأن التفريق في العنة يقع لرفع الظلم ولا ظلم في حالة المفقود اضافة الى ذلك ان المفقود يرجى عودته والعنة لايرجى زوالها بعد استمرارها سنة عادة فلم يجز القياس هنا[٤].

٣- قالوا بأن النكاح من حق المفقود وهو حي في ابقاء ما كان على ما كان عليه ولو مكنا زوجته من الزواج بغيره كان فيه حكم بموته لانها لاتحل لزوجين في آن واحد وهو امرُ غير جائز ما لم يقم الدليل على موته[٥].

ومن خلال عرض ادلة المجيزين للتفريق لزوجة المفقود بسبب الفقد وادلة المانعين يمكن القول ان كلا الطرفين ليس لديهما دليل قطعي يدل على صحة وثبوت رأيه بما لايقبل الشك ، من هنا كان على القاضي الرجوع الى القواعد العامة في الشريعة الاسلامية والتي توجب رفع الضرر عن الطرف المضرور بناءً على طلبه .

ومن هنا يكون الرأي الراجح لدينا هو الرأي الذي يقول بجواز التفريق اذا كانت زوجة المفقود تجد ما تنفق منه على نفسها من مال الزوج وفي الوقت نفسه تخشى على نفسها من أن تقع في الفتنة خصوصاً اذا كانت لاتزال شابة في مقتبل عمرها اذ غالباً ما تكون في هذه الحالة موضعاً لطمع الطامعين ، وقد تقع الفتنة بسبب ضعف الوازع الديني لديها .

المطلب الثاني

حق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها في القانون

لبيان موقف القانون من مسألة حق الزوجة في طلب التفريق بسبب فقد زوجها نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول منهما لبيان موقف القانون العراقي في حين نخصص المبحث الثاني لبيان موقف القوانين العربية من هذه المسألة .

الفرع الاول

موقف القانون العراقي من التفريق بسبب الفقد

عند الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ نجد ان هذا القانون لم يعالج مسألة مدى حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها بنص خاص ، الامر الذي يوجب على القاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون العراقي[١].

ويبدو ان الرأي الذي يتلائم مع نص القانون العراقي هو الرأي الذي يجيز لزوجة المفقود طلب التفريق على ان تتربص بنفسها أربع سنوات ثم تعتد عدة الوفاة وتحل بعد ذلك للأزواج وذلك قياساً على نص المادة (٤٣) فقرة (٢) من القانون العراقي والتي تجيز لزوجة الغائب ان تطلب التفريق اذا كانت غيبة زوجها بدون عذر حيث تنص هذه المادة على انه ((اولاً : للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية : ٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وأن كان الزوج معروف الاقامة ، وله مال تستطيع الانفاق منه))[٢].

وبموجب نص هذه المادة لزوجة الغائب حق طلب التفريق من زوجها اذا توفرت الشروط الاتية :

الشرط الاول : ان يهجرالزوج زوجته سنتين فاكثر . فلابد لتطبيق هذا النص ان يهجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر.

ويلاحظ هلى هذا الشرط مايلي :

١- ان المشرع العراقي استعمل لفظ (هجر) بدلاً من لفظ (غاب) وهو اللفظ الذي استعمله المشرع بعد التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨,

٢- ان لفظ الهجر الذي استعمله المشرع العراقي اعم من لفظ الغياب ، اذ قد يتحقق الهجر في الفراش والزوج غير غائب ، كما انه قد يكون غائباً او مفقوداً الا انه لايعد هاجراً وفقاً لمعنى لفظ الهجر[١].

---

[٤] تبيين الحقائق ، ج١١، ص٣١١.

[٥] المبسوط ، ج١١ ، ص٣٥.

[١] وذلك بدلالة نص المادة الاولى فقرة (٢) والتي تنص على انه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون).

[٢] ينظر في هذا العدد : قرار محكمة التمييز ١٧١٣ /شخصية/في ١٩٧٨/٩/٢٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨ ، ص١١.

[١] د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، التعليق على التعديل رقم ٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ١٠ ، السنة السابعة ، ١٩٧٩ ، ص١٤٠.

٣- ان المشرع العراقي لم يأخذ بالحد الادنى لمدة الغياب عند الفقهاء وهو ما قال به فقهاء الحنابلة (٦ اشهر) ويبدو ان المشرع العراقي اخذ بالرأي الاحوط الذي يجعل مدته سنتان[٢] ، تستطيع بعدها زوجة الغائب طلب التفريق لانه الاكثر حفظاً للحياة الزوجية .

الشرط الثاني : ان يكون الهجر بلا عذر مشروع : فيشترط ان يكون هجر الزوج بلا عذر مشروع لكي تستطيع الزوجة ان تطلب التفريق بسبب فقد زوجها ، وبخلاف ذلك اذا كان الغياب بعذر مشروع كالاسر او السفر او العلاج فلا يكون للزوجة الحق في طلب التفريق لان الغياب هنا ليس بقصد الضرر او الايذاء ، وهو ما ينسجم مع لفظ الهجر الذي يفهم منه ان يكون للغائب ارادة فيه.

ولايشترط في الزوج ان يكون معروف الاقامة ، وهو مايستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة المشار اليها ((وان كان الزوج معروف الاقامة)) أي سواء كان الزوج معروف المكان ام لا[٣].

الشرط الثالث : ان تتضرر الزوجة من غياب زوجها : فلابد لكي تستطيع الزوجة طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها ان يصيبها ضرر من هذا الغياب ، وضرر الزوجة بسبب الفقد (الغياب) امرٌ متحقق ، فلا تكلف الزوجة بأثبات هذا الضرر اذ يكفي لكي تستطيع استعمال حقها ان تتوفر الشروط الاخرى ، لأن مثل هذا الضرر ضررواضح ، كما ان تكليف الزوجة بأثبات هذا الضرر لايتلائم مع حياء الزوجة وحشمتها ، حيث ان المرأة الشريفة تأبى الاثبات بسبب الحرج من هذا الامر[١].

الشرط الرابع : ان ترفع الزوجة امرها الى القضاء لطلب التفريق اذ لايجوز للقاضي من تلقاء نفسه ان يحكم بالتفريق لمجرد غيبة الزوج او فقده وانما لابد من طلب الزوجة ذلك[٢] هذا ما لم يوكل الزوج زوجته حق تطليق نفسها بان يقول لها (طلقي نفسك اذا شئتي) فهنا لها حق تطليق نفسها دون حاجة لطلب التفريق[٣].

وهكذا اذا توافرت الشروط السابقة يكون للزوجة حق طلب التفريق وان كان للزوج الغائب (المفقود) مال تستطيع الزوجة الانفاق منه على نفسها لان التفريق بسبب غيبة الزوج وليس بسبب عدم الانفاق ، وهو حق تقرره للزوجة الفقرة (١) من المادة (٤٣) بقولها ((للزوجة طلب التفريق)).

ويقع التفريق بسبب الهجر (الفقد كذلك) طلاقاً بائناً بينونة صغرى وهو ماتقضي به المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي تنص على انه ((يعتبر التفريق في الحلات الواردة في المواد (الاربعين والحادية والاربعين والثانية والاربعين ، والثالثة والاربعين) طلاقاً بائناً بينونة صغرى)).

الفرع الثاني

موقف القوانين العربية من التفريق بسبب الفقد

تباينت قوانين الاحوال الشخصية فيما بينها في بيان الاحكام الخاصة بحق الزوجة في طلب التفريق بسبب فقد زوجها على النحو الاتي :

اولاً: القانون المصري : تناول المشرع المصري الاحكام الخاصة بحق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب فقد الزوج في نص المادتين (١٢ ، ١٣) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، الا انه لم يستخدم لفظ (الفقد) وانما استخدم لفظ (الغيبة) حيث نصت المادة (١٢) على انه ((اذا غاب الزوج سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كالن له مال تستطيع الانفاق منه)).

ويبدو من خلال هذا النص ان المشرع المصري اشترط نفس الشروط التي اشترطها المشرع العراقي لكي يكون للزوجة حق طلب التفريق وهذه الشروط هي :

١- ان تستمر غيبة الزوج سنة فاكثر.

٢- ان يكون غياب الزوج بلا عذر مشروع ، فاذا كان غياب الزوج بعذر مشروع كالعلاج او الدراسة فلا يحق للزوجة طلب التفريق .

---

[٢] وهو الرأي الاوسط عند فقهاء المالكية .

[٣] محمد ابراهيم الكرباسي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة بغداد ، ١٩٨٥ ، ص١٧٥.

[١] د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص١٤٠.

[٢] ينظر في هذا الصدد ، قرار محكمة التمييز رقم ١١٣ /شرعية /١٩٨٣ في ١٩٨٣/٣/١ ،قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثاني ، ١٩٦٨ ن ص١٧٨.

[٣] وهذا ما تؤكده المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بقولها ((اولاً : الطلاق – رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت .....))

٣- ان تتضرر الزوجة من غياب زوجها ، ولايقع عليها هنا عبء اثبات الضرر .
٤- ان ترفع الزوجة امرها الى القاضي لتطلب منه التفريق [١].
وقد اعتبرت المادة المشار اليها التفريق الذي يوقعه القاضي في هذه الحالة طلاقاً بائناً بينونة صغرى .
ونصت المادة (١٣) من القانون المصري على انه ((ان امكن وصول الرسائل الى الغائب ، ضرب له القاضي اجلاً وأعذر اليه بأن يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها ، فأذا انقضى الاجل ولم يفعل ، ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقه بائنة ، وأن لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اعذار اوضرب أجل))
وهنا فرق المشرع المصري بين الغائب الذي يعرف مكان اقامته وبين من لايعرف مكان اقامته ، فبالنسبة للغائب الذي يعرف مكان اقامته يرسل القاضي اليه رسائل يحدد له فيها اجلاً معيناً يطلق بعده القاضي زوجته منه اذا لم يحضر للاقامة معها او ينقلها للعيش معه او يقوم بتطليقها ، فأذا انقضى هذا الاجل ولم يقم الزوج بأي من هذه الامور طلقها القاضي عنه تطليقة بائنة ، اما اذا لم يعرف مكان اقامته ولم يمكن وصول الرسائل اليه فهنا لايشترط الاجل ولا الاعذار وانما يطلقها القاضي بعد مضي المدة المحددة .
ومن خلال هذين النصين يمكن القول ان المشرع المصري اخذ بالاحكام التي جاء بها الفقه الحنبلي باستثناء امرين اخذ بهما باحكام الفقه المالكي وهما :
١- جعل الحد الادنى لمد ة الغياب سنة فاكثر.
٢- اعتبر التفريق بسبب الغيبة طلاقاً بائناً بينونة صغرى[١].
ويلاحظ ان المشرع المصري في النصين السابقين اراد بغيبة الزوج الغيبة التي تكون في بلد غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة اما الغيبة عن منزل الزوجية مع الاقامة في بلد واحد فقد اعتبره المشرع المصري هجراً يجيز التطليق للضرر وسوء العشرة المنصوص عليه في المادة (٦) من القانون المذكور ، ويختلف الامر هنا عن التفريق بسبب الغيبة فلا يشترط الاجل ولا الاعذار قبل تطليق القاضي للزوجة[٢].
ثانياً : القانون السوري : تناول المشرع السوري الاحكام الخاصة بالتفريق في المادة (١٠٩) من الباب الثالث الخاص بالتفريق وفي فقرتين ، حيث نص في الفقرة الاولى على انه :-
((اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول او حكم بعقوبة السجن اكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب او السجن ان تطلب الى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه)).
وتنص الفقرة (٢) على انه ((هذا التفريق طلاق رجعي فأذا رجع الغائب او طلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها)).
ويستفاد من هذا النص الاحكام الاتية [٣]:
١- اشترط المشرع السوري ان يكون الغياب بلا عذر مقبول .
٢-جعل المشرع للزوجة الحق في طلب التفريق من زوجها الغائب او السجين بعد مضي سنة على غيبته او سجنه .
٣-اشترط ان ترفع الزوجة امرها الى القاضي لطلب التفريق عن زوجها المفقود ، فلا يجوز للقاضي الحكم بالتفريق من تلقاء نفسه .
ويلاحظ هنا ان المشرع السوري خالف الكثير من التشريعات العربية حيث اعتبر التفريق بسبب الغيبة طلاقاً رجعياً ، كما ان المشرع السوري في اتجاهه هذا قد خالف جميع المذاهب الفقهية الاسلامية التي تعتبر التفريق بسبب الفقد والغيبة فرقةً بائنة.
الا انه يمكن القول بأن المشرع السوري فيما عدا هذه الحالة الاخيرة قد اخذ بما ذهب اليه فقهاء الحنابلة فيما يخص شروط التفريق بسبب الفقد او الغيبة .
ثالثاً : القانون المغربي : يطابق موقف القانون المغربي فيما يخص الاحكام الخاصة بالتفريق لغيبة الزوج او فقده لموقف القانون المصري حيث تناول الاحكام الخاصة بهذا التفريق في الفصل السابع والخمسون تحت عنوان التطليق لغيبة الزوج حيث نص في هذا الفصل على انه :

---

[١] د. عبد الناصر توفيق العطار ، الاسرة وقانون الاحوال الشخصية ، المؤسسة العربية للنشر ، ١٩٨٥ ، ص٢٠٨-٢٠٩.
[١] معوض عبد التواب ، موسوعة الاحوال الشخصية ، دار الثقافة ، مصر ، ١٩٨٤ ، ص٣٩٦.
[٢] عبد الناصر توفيق العقار ، المصدر السابق ، ص٢٠٩.
[٣] محمد فهر شقفة ، قانون الاحوال الشخصية السوري ، ط١ ، ١٩٨٢ ، ص٦١.

((١-اذا غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد على سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائناً اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه. ٢- ان امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي اجلاً واعذر اليه بأن يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها فأذا انقضى الاجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً تأكد القاضي من استمرارها على طلب الفراق ثم قضى بينهما بتطليقه بائنة ، وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب عين القاضي عنه وكيلاً وتلوم له باجتهاده فأن حضر والا طلقها القاضي بلا اعذار وضرب اجل)).

ويلاحظ على هذا النص انه منقول من نص المادتين (١٢ و ١٣) من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث جاء بذات الاحكام التي اخذ بها المشرع المصري مع بعض الاختلاف في صياغة النص[١].

رابعاً : القانون الاردني : تناول المشرع الاردني الاحكام الخاصة بالتفريق لفقد الزوج في قانون الاحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة (١٩٧٦) في الفصل الثاني عشر وتحديداً في المادة (١٣١) حيث نصت هذه المادة على انه :((اذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها فأذا يئس من الوقوف على خبر حياته او مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الامر أربع سنوات من تاريخ فقده فأذا لم يمكن اخذ خبر عن الزوج المفقود ، وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حالة الامن وعدم الكوارث ، اما اذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة او اثر غارة جوية او زلزال او ماشابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لاتقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري عليه))[١].ويلاحظ على هذا النص مايلي :

١- ان المشرع الاردني فرق بين المفقود في حالة الامن وعدم الكوارث وبين المفقود في حالة عدم الامن فبالنسبة للحالة الاولى يفرق القاضي بين المفقود وزوجته بعد أربع سنوات من فقد الزوج وعدم وصول أي خبر عنه ، اما في الحالة الثانية وهي حالة فقد الزوج في ظروف يغلب معها الظن بهلاكه كحالة الحروب والكوارث فيفرق القاضي بين الزوجين بعد مضي سنة من تاريخ الفقد .

٢- اشترط المشرع الاردني في الحالتين البحث والتحري عن المفقود لغرض الوقوف على خبر حياته او مماته.

٣- يلاحظ ان المشرع الاردني من خلال الاحكام التي جاء بها في هذا النص قد اخذ بمذهب فقهاء المالكية فيما يخص الاحكام الخاصة بالتفريق بين المفقود وزوجته .

خامساً : اخذ المشرع الكويتي بذات الاحكام التي اخذ بها المشرع المصري فيما يخص التفريق بين المفقود وزوجته ، وذلك في نص المادة (١٠٦) من قانون الاحوال الشخصية رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣[٢].

ونستنتج مما تقدم ان التشريعات العربية ومنها العراقي تعطي للزوجة حق طلب التفريق بسبب فقد زوجها متى ما توافرت الشروط لذلك مع بعض الاختلافات البسيطة بينها .

المبحث الثاني

حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب عدم الانفاق

لبيان مدى حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب حرمانها من النفقة من زوجها المفقود نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول لبيان هذا الحق في الشريعة الاسلامية فيما نخصص المطلب الثاني لبيانه في القانون

المطلب الاول

حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب عدم الانفاق في الشريعة الاسلامية

تعتبر النفقة من اهم الحقوق التي تجب للزوجة على زوجها وتثور المشكلة عندما يفقد الزوج دون ان يترك لزوجته مالاً تستطيع الانفاق منه على نفسها ، ولا تجد الزوجة من تستدين منه للانفاق في هذه الحالة هل يحق للزوجة ان ترفع امرها الى القاضي لطلب التفريق عن زوجها بسبب حرمانها من النفقة ام لا؟

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في حكم المسالة على اتجاهين :

الاتجاه الاول : يرى انصار هذا الاتجاه بأن زوجة المفقود اذا لم يترك لها زوجها مالاً تستطيع الانفاق منه لايحق لها طلب التفريق القضائي لهذا السبب ، ويرون بان الزوجة في مثل هذه الحالة تؤمر عن طريق القاضي بالاستدانة من أي شخص يقبل ذلك ، فأذا لم يوجد من تستطيع الاستدانة منه فأن على القاضي ان يأمر لها بالنفقة

---

[١] ينظر مدونة الاحوال الشخصية المغربية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٧ .

[١] ينظر عطا الله الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ط٣،١٩٨٣ ، ص٨٥.

[٢] ينظر د. حسن صبحي احمد ،تقييد الطلاق ، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون ، العدد٢، السنة٤، ١٩٧٣، ص٢٣.

من بيت مال المسلمين على اعتبار أن الاموال الموجودة في هذا البيت خصصت للانفاق على مثل هذه الحالات[١].وقد ذهب الى هذا الرأي فقهاء الحنفية[٢] والظاهرية[٣]، والى مثل هذا الرأي ايضاً ذهب فقهاء الامامية حيث يرون بأن الزوجة في هذه الحالة تؤمر بالاستدانة على زوجها الغائب ولا يحكم القاضي بفسخ نكاحها لعدم تحصيلها للنفقة ، وللقاضي ان يؤجلها أربع سنين ويبحث عن المفقود فأن لم يعرف خبره يلزم ولي المفقود بالانفاق عليها ، فان فعل فبها وأن امتنع ولم يجد متبرعاً بنفقتها الزمه القاضي بتطليقها ، وان امتنع طلقها القاضي عنه[١].

الاتجاه الثاني : يرى انصار هذا الاتجاه بأن زوجة المفقود لها الحق في طلب التفريق القضائي بسبب تعذر حصولها على النفقة من زوجها المفقود ، والى هذا الرأي ذهب فقهاء المالكية[٢]والشافعية [٣]، والحنابلة[٤].

وقد اختلف الفقهاء هنا في نوع التفريق حيث اعتبره فقهاء الحنابلة فسخاً لايحق للزوج بعده مراجعة زوجته اذا ما ظهر حياً الا بعقد جديد ، واعتبره فقهاء المالكية فرقة رجعية يحق للزوج عند ظهوره حياً مراجعة زوجته ، وكذلك الحكم عند فقهاء الامامية اذا طلق القاضي زوجة المفقود حيث يقع الطلاق عندهم رجعياً ، وقد استند انصار هذا الاتجاه الى ادلة وحجج لايتسع المجال لذكرها[٥].

المطلب الثاني

حق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب عدم الانفاق في القانون

تناولت قوانين الاحوال الشخصية الحكم الخاص بحق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب عدم الانفاق على النحو الآتي :

اولاً : القانون العراقي : تناول المشرع العراقي الحكم الخاص بحق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي بسبب عدم الانفاق في المادة (٤٣) فقرة (٨) حيث نص في هذه المادة على انه ((اولاً : للزوجة حق طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية : ٨- اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة))[١].وبموجب هذا النص يحق لزوجة المفقود ان تطلب التفريق من زوجها عند فقده ، وعدم استطاعتها الحصول على النفقة بأن لم يكن الزوج قد ترك لها مالاً تستطيع الانفاق منه او لم يكن هناك من تستطيع الزوجة الاستدانة منه وقد اعتبر المشرع العراقي بموجب المادة (٤٥) التفريق الذي يوقعه القاضي في هذه الحالة طلاقاً بائناً بينونة صغرى حيث نص في هذه المادة على انه ((يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الاربعين والحادية والاربعين ، والثانية والاربعين والثالثة والاربعين) طلاقاً بائناً بينونة صغرى)).

ثانياً : القانون المصري : تناول المشرع المصري الاحكام الخاصة بالتفريق بسبب عدم الانفاق في حالة غيبة الزوج او فقده في المواد (٥، ٦) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ حيث نص في المادة (٥) على انه ((اذا كان الزوج غائب غيبة قريبة ، فأن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله . وان لم يكن له مال ظاهر ، اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة ، وضرب له اجلاً ، فأن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، او لم يحضر للانفاق عليها ، طلق القاضي بعد مضي الاجل ، فأن كان بعيد الغيبة لايسهل الوصول اليه ، او كان مجهول المحل ، او كان مفقوداً وثبت انه لامال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي ، وتسري احكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة)).وبموجب هذا النص فرق المشرع المصري بين الغائب غيبة قريبة والغائب غيبة بعيدة ، فبالنسبة للأول اذا كان له مال تستطيع الزوجة الانفاق منه تأخذ الزوجة نفقتها من هذا المال وبخلافه اذا لم يكن له مال ظاهر ينذره القاضي ويحدد له اجلاً بأن يحضر للانفاق على زوجته او يرسل لها ماتستطيع

---

[١] الشيخ احمد ابراهيم ، نظام النفقات ، بحث منشور في مجلة المحاماة الشرعية ، العدد السابع ، ١٩٧٨ ، ص٥٦١.

[٢] الشيخ نظام الدين ، الفتاوي الهندية ، ط٢ ، المطبعة الاميرية ، مصر ، ١٣١٠هـ ، ج٢، ص٣٠٠.

[٣] المحلى ، ج١٠ ، ص٩٣.

[١] الفروع من الكافي ، ج٦، ص١٤٩ ومابعدها .

[٢] مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل ، ج٤، ص١٥٦.

[٣] الام ، ج٧، ص٢٣٢.

[٤] المغني ، ج٧، ص٤٨٨.

[٥] مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ط٤، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٢ ، ج١ ، ص٢٦١ومابعدها.

[١] يلاحظ ان المشرع العراقي في هذه المادة لم يضع معياراً للتمييز بين الفقد والاختفاء ، اذ يصعب في الواقع التمييز بين الحالتين .

الانفاق منه فان لم يفعل يطلقها القاضي عنه بعد مرور الاجل المحدد. اما بالنسبة للغائب غيبة بعيدة بحيث لايسهل الوصول اليه او يكون مجهول الاقامة ولم يكن له مال تنفق منه الزوجة يطلق عنه القاضي بلا اعذار أو أجل[١].

وقد اعتبر المشرع المصري حكم القاضي بالتفريق بين المفقود وزوجته تفريقاً رجعياً يجوز للزوج مراجعة زوجته بعد ان يصبح مستعداً للانفاق عليها ، وبخلافه اذا لم يثبت استعداده للانفاق على زوجته يعتبر التفريق بائناً بينونة صغرى وهذا الحكم نصت عليه المادة (٦) بقولها ((تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً ، وللزوج ان يراجع زوجته اذا ثبت أيساره واستعد للانفاق في اثناء العدة ، فأن لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة)).

ثالثاً : القانون السوري : اجاز المشرع السوري في قانون الاحوال الشخصية رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ لزوجة المفقود ان تطلب التفريق من زوجها المفقود بسبب عدم الانفاق الا انه الزم القاضي بامهال الزوج المفقود مدة مناسبة حددها المشرع بأن لاتتجاوز ثلاثة اشهر يطلب من الزوج خلالها الانفاق على زوجته فأن انفق عليها فلا اشكال وبخلافه يحكم القاضي بالتفريق بينهما[٢].

وهذا الحكم نص عليه المشرع السوري في الفقرة (٢) من المادة (١١٠) والتي جاء فيها ((ان ثبت عجزه او كان غائباً امهله القاضي مدة مناسبة لاتتجاوز ثلاثة اشهر فأن لم ينفق فرق القاضي بينهما)).

وكما هو الحال عند المشرع المصري اعتبر المشرع السوري تفريق القاضي في هذه الحالة تفريقاً رجعياً اجاز فيه للزوج مراجعة زوجته بشرط استعداده للانفاق عليها وذلك في نص المادة (١١١) والتي تنص على انه ((تفريق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج ان يراجع زوجته في العدة بشرط ان يثبت يساره ويستعد للانفاق)).

رابعاً : القانون المغربي : سبق لنا ان بينا بأن المشرع المغربي اجاز لزوجة الغائب (المفقود) حق طلب التفريق بسبب فقد زوجها وأعطى للزوجة هذا الحق حتى لو كان للزوج مال تستطيع الانفاق منه على نفسها ، فيكون المشرع المغربي قد اعطى لزوجة المفقود من باب اولى حق طلب التفريق اذ لم يكن للزوج مال تستطيع الانفاق منه ، حيث نص في الفصل (٥٧) على انه ((اذا غاب الزوج في مكان معروف مدة تزيد على سنة بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائناً اذا تضررت من بعده ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه)).وقد اعتبر المشرع المغربي تفريق القاضي في مثل هذه الحالة طلاقاً بائناً لايجوز للزوج مراجعة زوجته فيه خلال فترة العدة[١].

خامساً: لاختلف الاحكام التي جاء بها كلاً من القانون الاردني[٢] و الكويتي[٣] عن الاحكام التي جاءت بها القوانين التي اشرنا اليها الا من حيث الصياغة.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا المتواضع هذا يتبين لنا مدى الاهمية التي اولاها فقهاء المسلمين للحالة التي تمر بها زوجة المفقود بعد فقده أذ تعاني اولاً من فراق زوجها وتحرم من عشرته والعيش في كنفه وتحت رعايته ثم تحرم بعد ذلك غالباً من مصدر عيشها الا وهو النفقة التي كان الزوج ملزماً بها حال وجوده معها .

وكذلك تصبح هذه الزوجة مطمعاً للطامعين من ضعاف النفوس الامر الذي قد لاتقوى معهُ الزوجة على التحمل خصوصاً اذا كانت في مقتبل شبابها اذ قد تقع في الخطيئة مع الاخذ بنظر الاعتبار ضعف الوازع الديني وغلبة الطبع البشري في حب الشهوة وهو الامر الذي اصبح من السمات المميزة لمجتمعنا ، لذلك نجد فقهاء المسلمين اجتهدوا كثيراً في وضع الاحكام الخاصة بمعالجة حال الزوجة ، فنجدهم والحال هذه بالنسبة للزوجة قد اختلفوا في مسألة حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها المفقود بسبب فقده او بسبب حرمانها من النفقة على النحو الذي عرضناه .وقد استمدت قوانين الاحوال الشخصية المعاصرة الكثير من احكامها من آراء الفقهاء واجتهاداتهم وتبنى بعضها صراحة اراء بعض الاتجاهات الفقهية بخصوص المسالة موضوع البحث .وقد كانت معالجة فقهاء المسلمين لهذه المسألة اكثر دقة وشمولاً من معالجة قوانين الاحوال الشخصية وهو امرُ طبيعي اذ غالباً ما يعمد

---

[١] د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص٢١١.

[٢] ينظر محمد فهر شقفة ، المصدر السابق ، ص٦٠١.

[١] مدونة الاحوال الشخصية المغربية لسنة ١٩٥٧.

[٢]ينظر المادة (١٢٨ و ١٢٩) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.

[٣] ينظر المادة (١٠٩) من مشروع قانون الاحوال الشخصية الكويتي .

المشرعون الى وضع قواعد عامة ويتركون لأهل الفقه مسؤولية التفصيل والاجتهاد .ومن خلال البحث يمكن القول بان حق الزوجة في طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها او بسبب حرمانها من نفقته هو حق ثابت للزوجة عند اغلب الفقهاء وكذلك اغلب قوانين الاحوال الشخصية ومنها القانون العراقي مراعين بذلك كما اشرنا الحالة الخاصة التي تمر بها الزوجة بعد فقد زوجها .وقد تبين لنا ايضاً ان قوانين الاحوال الشخصية لم تتقيد بمذهب معين من المذاهب الفقهية وانما اختلفت فيما بينها في الاخذ بهذه المذاهب على النحو الذي يراه المشرع في كل دولة مناسباً لحال الناس وطبيعة المجتمع الذي يعيشون فيه .

المراجع

*** القرآن الكريم**

اولاً :المراجع اللغوية

- المعجم الوسيط ، ابراهيم مصطفى ، واحمد حسن الزيات ، مطبعة مصر، ١٩٦٠ ، ج٢.

ثانياً : مراجع الفقه الاسلامي

٢- ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي ، المبسوط ، مطبعة السعادة ، مصر ، ج,١١

٣- ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط١ ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٣١١هـ ، ج٥ .

٤- ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، المكتبة المرتضوية ، النجف الاشرف ، ج٥ .

٥- ابو جعفر محمد بن يعقوب الكليني ، الفروع من الكافي ، ط١ ، ١٣٧٩هـ .

٦- ابو محمد بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى ، ط١، ادارة الطباعة المنيرية ، مصر ، ١٣٢٥ ، ج١٠ .

٧- ابو عبدالله محمد بن عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ط٣ ، دار المنار ، مصر ، ١٣٦٧ هـ ج٧ ، ج,٣

٨- ابو عبدالله الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، مطابع دار الكتاب ، بيروت،ج,٤

٩- برهان الدين ابي الحسن الميرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ط١، مطبعة الحلبي وأولاده ، مصر ، ج,٢

١٠- عبد الكريم رضا الحلي ، الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ، مطبعة حجازي ، القاهرة ، مكتبة المثنى.

١١- علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط١ ،مطبعة السعادة ، مصر ، ج١١،ج,٦

١٢- عبدالله بن حجازي بن ابراهيم الشافعي ، الام ، شركة الطباعة الفنية ، مصر ، ١٩٦١ ، ج,٥

١٣- شرف الدين الحسيني ، الروض النضير ، ط٢ ، مكتبة المؤيد ، المملكة العربية السعودية ، ج٤

١٤- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مطابع بولاق ، مصر ، ١٣١٣هـ ،ج٣ .

١٥- مالك بن انس ، المدونة الكبرى ، ط١ ، المطبعة الخيرية ، مصر ، ١٣٢٤هـ ، ج٥ .

١٦- محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ،المطبعة الازهرية ، مصر ، ١٩٢٧ م ، ج,٢

١٧- نظام الدين ، الفتاوي الهندية ، ط٢ ، المطبعة الاميرية ، مصر ، ١٣١٠هـ ، ج٢ .

١٨- يوسف البحراني ، الحدائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة ، مطبعة النجف الاشرف ، بدون سنة طبع .

ثالثاً : مراجع الفقهاء المحدثين

١٩- طارق قاسم حرب ، شرح الاحكام القانونية الخاصة بالعسكري ، ط١ ، ١٩٨٤ .

٢٠- عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستأمنين ، ط٢ ،مؤسسة الرسالة ، بيروت، ,١٩٧٦

٢١- محمد ابراهيم الكرباسي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة بغداد ، ,١٩٨٥

٢٢- عبد الناصر توفيق العطار ، الاسرة وقانون الاحوال الشخصية ، المؤسسة العربية للنشر ، ,١٩٨٥

٢٣- معوض عبد التواب ، موسوعة الاحوال الشخصية ، دار الثقافة ، مصر ، ,١٩٨٤

٢٤- محمد فهر شقفة ، قانون الاحوال الشخصية السوري ، ط١، ,١٩٨٢

٢٥- عطا الله الظاهر ، التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، ط٣ ، ,١٩٨٣

٢٦- مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ط٤ ، مطبعة جامعة دمشق .

رابعاً : البحوث والمقالات

٢٧- احمد ابراهيم ، نظام النفقات ، بحث منشور في مجلة المحاماة الشرعية ، العدد ٧ ، ,١٩٧٨

٢٨- حسن صبحي احمد ، تقييد الطلاق ، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون ، العدد ٢ ، السنة ٤ ، ١٩٧٣م.

٢٩- محمد سلام زناتي ، حقوق وواجبات الزوجين ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ، العدد ٢ ، السنة ١٢ ، ١٩٧٠ .

٣٠- مصطفى ابراهيم الزلمي ، التعليق على التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ لقانون الاحوال الشخصية ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد ١٠ ، السنة ١٩٧٩ .

خامساً : القوانين

١ - قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٢ - قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

٣ - قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣.

٤ - قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.

٥ - قانون الاحوال الشخصية المغربي رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٧.