الغيبة والفقدان
واثرهما في انهاء الرابطة الزوجية
"دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي"

حمزه كريم كامل
طالب دكتوراه في جامعة المصطفى العالمية - قسم القانون الخاص
hmzhk497@gmail.com

الأستاذ الدكتور محمد صادقي
أستاذ في جامعة معصومه في قم

Sub-Agency in Islamic Jurisprudence, Iraqi Law

Prof. Dr. Muhammad Sadeghi
Professor at Masoumeh University in Qom

Hamza Karim Kame
PhD student at Al-Mustafa International University

ألملخّص:

تتناول هذه الدراسة مدى التعويض عن الأضرار الناشئة عن إنهاء رابطة الزوجية حال إنهاء هذه العلاقة و ذلك من خلال التعريف بالإساءة الزوجية و كيفية إثباتها و وسائل التعويضة عن هذه الأضرار و صاحب الحق فيها من أجل توفير أقصى درجات الحماية القانونية للطرف المضرور، و يعرف الضرر المبيح للطلاق بأنه كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك و يختلف الضرر عن الإساءة كما تختلف الإساءة الزوجية بطبيعة الحال عن العنف الأسري فالعنف الأسري يشمل كل أنواع الإساءة الزوجية و تجيز التشريعات المختلفة للزوجة حق طلب التفريق للضرر إلا أن القوانين الحديثة أعطت للزوج أيضا حق طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف و لا يسقط حق أي منهما في ذلك و يكفي لوقوع الضرر ثبوت صورة من صورة التي تتحقق بها المضارة و لو لم يتكرر إيقاعي الإيذاء و لا بد أن يثبت الضرر من المضرور أو من قبل محكمين كم أيجوز إثبات الضرر بحجية الحكم الجنائي و لا بد من وجود علاقة سببية بين فعل الأضرار المتمثل بالإساءة الزوجية و الضرر الناتج و لا يشترط خطأ مرتكب الفعل الضار و هو ما يوفر أكبر قدر من الحماية للمضرور حيث يشترط إثبات الضرر و علاقة السببية دون إثبات خطأ المضرور و هو ما يسمى بالنظرية الموضوعية للضرر.و خلص الباحث إلى أن للزوجة كطرف ضعيف في العلاقة حق متعة الطلاق و إن كان طلاقا عاديا أما إن كان طلاقا تعسفيا فلها حق التعويض عن الطلاق التعسفي و عليها بدل إساءة إن كانت الإساءة من قبلها و طلبت التفريق للضرر فضلا عن أنه لأي من

Abstract:

This study deals with the extent of compensation for damages arising from the termination of the marital bond upon termination of this relationship, through the definition of marital abuse and how to prove it and the means of compensation for these damages and the right holder in order to provide the maximum levels of legal protection for the injured party, and define permissible damage Divorce is everything that causes harm or pain to the wife's body or herself or exposes her to death. Harm differs from abuse, and marital abuse differs naturally from domestic violence. The husband also has the right to ask for divorce for the harm that makes it impossible to continue the relationship in a reasonable manner, and neither of them forfeits the right of either of them in that. It is sufficient for the occurrence of the harm to prove one of the forms by which the harm is achieved, even if the abuse is not repeated, and the harm must be proven by the victim or by arbitrators How much can damage be proven with the authority of the criminal judgment, and there must

الزوجين طلب التعويض عن الضرر طالما توافرت أركانه وفقا لقواعد الفعل الضار أيا كان نوع هذا الضرر ماديا أو أدبيا.و أوصى الباحث بضرورة إحالة الطلب في التعويض للمحاكم المدنية لكونها الأقدر على تقدير التعويض لشعب الأضرار المدنية في عصرنا الحالي بين الزوجين بسبب وجود الشراكات المالية بين الزوجين في مشاريع متنوعة، و كذلك أوصى الباحث بتخفيف شرط الإثبات الناشئ عن علاقات الزوجين لصعوبته من الناحية العملية.

الكلمات المفتاحية : الغيبة-الفقدان- الرابطة الزوجية.

be a causal relationship between the act of damages represented by marital abuse and the resulting harm, and the fault of the perpetrator of the harmful act is not required, which provides the greatest degree of protection for the injured as it The proof of the harm and the causal relationship is implied without proving the wrongdoing of the victim, which is what is called the objective theory of harm. The researcher concluded that the wife, as a weak party in the relationship, has the right to the pleasure of divorce, even if it is an ordinary divorce. Abuse if the abuse was from her and she asked for a differentiation for the damage, in addition to the fact that any of the spouses requested compensation for the damage as long as its elements are available in accordance with the rules of the harmful act, whatever the type of this harm is material or moral. Compensation for the people of civil damages in our time between spouses due to the existence of financial partnerships between spouses in various projects, and the researcher also recommended easing the requirement of proof arising from the relations of spouse -

s because of its difficulty in practical terms.

keyword: alghibti-alfiqdan-alraabitat alzawjia

المقدمـــة

لقد خلق الله تبارك وتعالى الانسان على هذه الارض ، وجعل منه الزوجين الذكر والانثى وشرع لهما الزواج سبيلاً امثل ليتمكن كل منهما من تحقيق الهدف الاسمى ، والمقصد الاغلى الا هو حفظ وبقاء النوع الانساني في ظل حياة زوجية تغشاها المودة والرحمة لقوله تعالى : **((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ))**.

هذه الحياة التي ضبطها الاسلام ، وجعل لها نظاما متماسكا ، حيث رسم لها الطريق الامثل والاسلم ، والطريق الانجح لتبقى قائمة متماسكة متراصة تؤدي رسالتها السامية التي لأجلها تكونت ، وذلك من خلال سن الاحكام الشرعية المنظمة لها ، هذا ان التزمت وسارت على ماهو مرسوم لها .

الا انه قد تعتري وتطرا على هذه الاسرة امور تهز كيانها ، وتعصف بجذورها ، فتكون الى التشتت والزوال اقرب ، وعن اداء رسالتها ابعد،وهذا لا يعني ان الدين الاسلامي ترك الاسرة وشانها وغفل عن معالجة هذا الوضع الذي حل بها ، فقد بين الطريق المثلى للعلاج،ومن ذلك فض النزاع عن طريق انهاء العلاقة الزوجية كحل اخير .

ومن هذه الاحوال التي تطرا على الاسرة ، وتستجد على الحياة الزوجية حالة غياب الزوج عن زوجته ، حيث اصبحت هذه الحالة ظاهرة من ابرز الظواهر الاجتماعية التي تعاني منها المجتمعات العربية والاسلامية ، وذلك لعدة اسباب منها ماهو اجتماعي واقتصادي ومنها ماهو سياسي وهذا بعضها:-

١- كثرة الهجرة الى البلاد المتطورة ، وبخاصة الدول الاوربية بحثاً عن ظروف اجتماعية واقتصادية افضل ، وهذا ما يفرض على الزوج المهاجر المكوث في ذلك البلد فترة اطول قصد تسوية وضعيه الاقامة مما قد يدفعه الى الارتباط بزوجة اخرى واهمال زوجته الاولى .
٢- الهجرة غير الشرعية التي عرفتها دول شمال البحر المتوسط ، وغيرها.
٣- السفر الى البلدان المتطورة في مجال التكنلوجيا والابحاث العلمية بهدف الرفع من الكفاءة العلمية ، وكسب الخبرة وهذا ما يدفع بالأزواج الى التخلي عن ازواجهم لسنين طويلة كون هذه البلدان لا تسمح بنقل الزوجات اليها .

٤- ظاهرة الابادة العرقية التي اصبح يتعرض لها المسلمين فكثيراً ما نسمع عن العثور على جثث مجهولة تم التنكيل بها من قبل عصابات متطرفة او اجرامية وهذا ما زاد من عدد المفقودين .
٥- ترك الازواج لمقر الزوجية عمداً ، حيث يخرجون لجهة مجهولة وغير معلومة قصد التملص من اداء الواجبات العائلية ، حتى صار لها تسمية عند رجال القانون ب (الاهمال العائلي) .
٦- الاقتتال الداخلي في البد الواحد بسبب تغيير الحكم كما شهدته الكثير من بلدان العالم العربية في الآونة الاخيرة ، وما ترتب على هذا من الاعداد الهائلة للمفقودين.

وعلى هذا صارت مسألة الغيبة مثار اهتمام الباحثين في حقل المعرفة ، نظرا لارتباطها بمسائل متنوعه ، مثل اثرها على عقد الزوجية .

منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا المنهجية العلمية التحليلية الوصفية بين الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي ، وقسمنا البحث الى ثلاث مباحث ، تناولنا في المبحث الاول مفهوم التفريق للغيبة وكان المبحث الثاني حق الزوجة في طلب التفريق بسبب الفقد ، اما المبحث الثالث فكان للشروط الشكلية والاثار المتعلقة بالتفريق القضائي للغيبة الزوج او فقده .

المبحث الأول
مفهوم التفريق للغيبة

لبيان مفهوم التفريق للغيبة ، يتطلب التعرف على تعريف التفريق للغيبة ، فضلاً عن بيان مشروعيتها ، وهذا ما سنبحثه في مطلبين سنبين في المطلب الاول التعريف بالتفريق للغيبة ونترك المطلب الثاني لبيان مشروعيتها في الفقه الاسلامي والقانون وعلى النحو الاتي:-

المطلب الأول
التعريف بالتفريق للغيبة

لبيان التفريق للغيبة سنوضح تعريفها والتمييز بينها وبين حالات اخرى للتفريق وذلك على النحو الاتي:-

الفرع الاول
تعريف التفريق للغيبة

لغـةً: الفَرْقـة: خـلاف الـجمع، فَرَقـه يَفْرُقُـه فَرْقـاً، وفَرَّقـه، وقـيل: فَـرَقَ للصـلاح فَرْقـاً،وفَرَّق للإفساد تَفْرِيقـاً، وانْفَـرَقَ الشـيء وتَفَـرَّقَ وافْتَـرَقَ. والتَّفَـرّقُ والافْتِـراقُ سـواء، ومـنهم مـن يجعـل التَّفَـرّق للأَبـدان والافْتِـراقَ فـي الكـلام؛ يقـال فَرَقْـت بـين الكلامـين فافْترقا، وفَرَّقْتُ بين الرجلين فَتَفَرَّقا،وقوله تعالى :﴿ وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمْ الْبَحْرَ ﴾.

اما الغيبة في اللغة فهي مصدر من غاب يغيب اي بعد وبطن وخفي ويقال غاب غياباً وغيبا وغيوبوبة ،ومغابا ومغيبا فهو غائب . وغاب الرجل وتعني ايضاً:توارى ، وامرا مغيب ومغيب ومغيبة : غاب بعلها او احد من اهلها.

اما اصطلاحاً:يستعمل الفقهاء كلمة الغيبة في غيبة الزوج عن زوجته وفيما يلي تعريف الغيبة عند فقهاء المذاهب الاربعة والمذهب الظاهري .

اولاً: تعريف الاحناف

المراد بالغائب عند الحنفية كل من بعد عن مجلس الحكم .

ثانياً: تعريف المالكية الغائب من غاب عن امراته فيعلم الموضع الذي فيه .

ثالثاً:تعريف الشافعية الغائب هو الذي يكون متصل الاخبار معلوم الحياة او تعلم زوجته مكانه .

رابعاً:تعريف الحنابلة الغائب من يعرف خبره ويأتي كتابة.

خامساً:تعريف الظاهرية يطلق الظاهرية الغيبة على كل من غاب فيدخل في ذلك الغائب والمفقود وغيرهم من الغائبين ، قال ابن حزم " وليس في العالم غيبة الا وهي طويلة بالإضافة الى ما هو اقصر منها في الزمان ، فمن غاب عامين الى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة الى من غاب نصف عام الى مصر ، وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة الى من غاب عشرة اعوام الى الهند،وهكذا في كل زمان وكل مكان.

❖ **تعريف المعاصرين**

تعريف وهبة الزحيلي : الغائب من تعذر احضاره الى المحكمة لسؤاله عن دعوى النفقة سواء اكان بعيداً او قريباً . تعريف عبد الكريم زيدان : هو المتواري والبعيد عن زوجته مع معرفة مكانه ، وامكان الاتصال به . اذن الغائب هو من غادر مكانه لسفر ولم يعد اليه وحياته معلومة. ويعرف ايضاً الغائب هو من لا يمكن وصول الرسائل اليه بان كان غير معلوم محل الاقامة او معلوما لكن لاسبيل الى مراسلته ومخاطبته .

وعرف ايضاً:الرجل الذي لا يسهل احضاره امام القاضي ومراجعته فيما تدعيه عليه زوجته سواء اكانت غيبته عن البلد مسافة قصر او كانت دونها. اذن تعرف الغيبة بانها الظرف المانع من عودة الشخص الى اهله ، فقولنا انتقال الزوج اختيارا او اضطرارا الى بلد غير البلد الذي تقيم فيه زوجته ، واقامته فيه مدة طويلة تتضرر زوجته فيها من بعده عنها ، وحياته معلومة واخباره موصولة ولو اجمالا.

ولا نقصد بإقامته في بلد اخر اقامته بدولة اخرى ، وانما تكفي اقامته في غير موطن الزوجة بإحدى المدن او القرى او الشعاب .

ولم يعرف قانون الاحوال الشخصية العراقي التفريق للغيبة اذا نصت المادة ٤٣ فقرة ٢ من القانون العراقي والذي تجيز لزوجة الغائب ان تطلب التفريق اذا كانت غيبة زوجها بدون عذر حيث تنص هذه المادة على انه اولا: للزوجة طلب التفريق عند توفر الاسباب التالية :

١- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنيتن فااكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه .

وما يلاحظ ان المشرع العراقي استعمل لفظ الهجر بدلا من لفظ الغياب في طلب التفريق للغيبة ولكن ما نلاحظه ان مفهوم الغياب اوسع من الهجر يكونه يشمل هجر الزوج لزوجته وغيابه هنا وهذا الغياب قد يكون بعذر او بدون عذر بخلاف الهجر الذي يكون بقصد الزوج هجر زوجته. وقد عرفه القانون العماني في الفقرة الاولى من المادة (١٩٠) من قانون الاحوال الشخصية فقال الغائب : الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل اقامته .

ويلاحظ على هذا التعريف:

١- انه غير جامع لكل افراد المعرف ، فهو لايشمل الذي غاب عن وطنه الى مكان اخر معلوم واقام فيه وكانت اقامته معلومة ، مع انه غاب لغة وشرعا وعرفا .

٢- هذا التعريف يتناقض مع ماذكره المشرع في المادة (١١٠) حيث جاء فيها ما نصه " للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه او محل اقامته ... الخ "

٣- تعريف الغائب بانه:(من لا يعرف موطنه ولا محل اقامته) ولا يسعف في التفريق بين الغائب والمفقود ، وذلك لانه جعل مدار الحكم في الغائب على الجهل بالموطن ومحل الاقامة والجهل بالموطن ، ومحل الاقامة يستلزم غالبا الجهل بالحياة او الموت الذي هو مدار الحكم على الشخص بالفقد

٤- لذا يقترح ان يعرف الغائب بانه :

من ترك موطنه – اختيارا او اضطرارا – الى مكان اخر واقام فيه وحياته معلومة واخباره موصولة ولم تنقطع بعد ولو اجمالاً . وهو نوعان أ- معلوم الاقامة / ب- مجهول الاقامة

اما المفقود فهو ((من لا تعرف حياته ولا وفاته)) .

وبناء على ما سبق : يكون مدار الفرق بينهما على الجهل بالحياة من عدمه ، لا على الجهل بالمكان ، اي ان جهلت حياته فهو مفقود وان علمت حياته فهو غائب.

ومن هنا : نستطيع ان نقول بان كل غائب مفقود دون العكس وان الغيبة تزول بحضور الغائب او موته موتا حقيقياً ، اما الفقد يزول بحضور الغائب او موته موتاً حقيقاً او حكمياً.

الفرع الثاني

تمييز التفريق للغيبة عما يشتبه به من اوضاع

يلتبس التفريق للغيبة مع اوضاع اخرى للتفريق اهمها التفريق للحبس والتفريق للضرر ، لذا سنبحث ذلك في فقرتين وعلى النحو الاتي:-

اولا:- تفريق التفريق للغيبة عن التفريق للحبس

يعرف التفريق للحبس : بانه حق الزوجة التي حبس زوجها في طلب التفريق وذلك لانتفاء حق من حقوقها الزوجية .

اما التفريق للغيبة: فيعرف بانه حق الزوجة التي غاب زوجها في طلب التفريق، وذلك لانتفاء حق من حقوقها الزوجية .

❖ **اوجه الشبة**

ان كل من الحقين يكون للزوجة دون الزوج، وانمهما من باب دفع الضرر عن الزوجة ، وانهما محل خلاف عند الفقهاء ، وكلاهما يخضع لسلطة القاضي ، وان الفرقة بينهما تكون بائنة قانوناً.

❖ **اوجه الاختلاف**

ان التفريق للحبس يتطلب اصدار حكم قضائي بالحبس مكتسب درجة البتات من محكمة مختصة اختصاصا نوعيا وفق مانصت عليه التشريعات ،اما التفريق للغيبة فلا يتطلب اصدار حكم قضائي للغياب .في التفريق للحبس ان الحكم الصادر بحبسه يكون بناء على شكوى من الغير او الحق العام ، اما التفريق للغيبة يكون بناء على طلب الزوجة فقط .

ثانيا:- تفريق التفريق للغيبة عن التفريق للضرر

لم تعرف التشريعات التفريق للضرر المؤدي الى فرقة الزوجين ، لذا عرفه الفقهاء المسلمين بانه : ايذاء الزوج لزوجته بالقول او بالفعل كالشتم والتقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرح والحمل على ماحرم الله والاعراض والهجر لغير التأديب مع اقامته في بلد واحد او ماشاكل ذلك لذا يمكن توضيح اوجه الشبه والاختلاف بينهما .

❖ **اوجه الشبه**

١- في كل من نوعين التفريق يكون الحق للزوجة في طلب الفرقة .
٢- في كلا النوعين تكون الفرقة بائنة قانونا .
٣- في كلا الفرقتين يوجد ضرر يلحق الزوجة .

❖ **اوجه الاختلاف**

١- في التفريق للضرر يكون السبب هو ايذاء الزوج لزوجته سواء بالقول او بالفعل ، بينما التفريق للغيبة يكون نتيجة ضرر تتعرض له الزوجة ويمكن ان يؤدي بها الى الفاحشة بسبب غياب زوجها .
٢- الضرر يكون واقعا عمديا من قبل الزوج اما الغيبة قد تكون عمدية او غير عمدية .
٣- لا يشترط في الغيبة صدور حكم بإدانة الزوج .
٤- في التفريق للضرر تكون سلطة القاضي اوسع منها في التفريق للغيبة .

ثالثاً:- تفريق التفريق للغيبة عن التفريق للهجر

الهجر لغة ضد الوصل ، والتهاجر التقاطع

اما اصطلاحا لم يعرف الفقهاء الهجر ولكن معنى لا يخرج عن المعنى اللغوي وقد جاء لفظ الهجر في قوله تعالى (واهجروهن في المضاجع)

ويعرف الهجر بانه ترك وطء الزوجة والمبيت عندها او الامتناع من احدهما في نفس البلد ، ومشروعية التفريق للهجر ترتكز على اثبات ترك المعاشرة الزوجية ، فقد راعت الشريعة الاسلامية مصلحة المراة لكونها الجانب الاضعف فليس من حق الجانب القوي ان يقهر الضعيف إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها أربعة أشهر فأكثر دون عذر، وكان محل إقامتـه معروفاً، فإن لها أن تطالبه بالمعاشرة

اعتبار الهجر من صور الضرر الذي يقع على المرأة، وتستحق بوقوعه طلب التطليق والغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل اقامته .

يدور الحديث في هذا الفرع حول بيان أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الهجر والغيبة، وذلك على النحو التالي : أولاً ـ أوجه الشبه : إن أبرز أوجه الشبه بين الهجر والغيبة يقع في أمرين

:١ ـ إباحة اتخاذ الهجر والغيبة وسيلةً لتأديب المرأة، وعلاج نشوزها.

.٢ ـ اشتراك الهجر والغيبة في المعنى الذي حرم لأجله وهو الضرر الواقع على المرأة بترك الوطء بيمين، أو هجرها بدون يمين .

٣- يكون حق طلب التفريق للزوجة ، ويخضع لسلطة القاضي التقديرية .

.ثانياً ـ أوجه الاختلاف : إن أهم أوجه الاختلاف تقع في أربعة بنود : ـ

١- الهجر : فهو امتناع عن الوطء، أو ترك المبيت عند الزوجة، أو الأمرين معاً، دون يمينٍ أو التزامٍ بما يشق على النفس.

٢- أما التفريق للهجر فقد دل على حكمه عمومات الكتاب؛ ، كما دل عليه القياس؛ كقياسه على الغيبة أو الإيلاء.

٢- ان الهجر يكون بارادة الزوج اما الغيبة فقد تكون بارادته او بدون ارادته.

٣- ان الغيبة لا يشترط فيها محل اقامة اما الهجر فيكون بعيدا عن الزوجة وقد يكون في محلها ولكنه هاجرها .

٤- سلطة القاضي في التفريق للغيبة اوسع منها في التفريق للهجر

المطلب الثاني
مشروعيـــة طلب التفريق للغيبة

ان المذاهب الاسلامية في الفقه الاسلامي اختلفت في مشروعية التفريق للغيبة ، ولبيان موقف الفقه الاسلامي يتطلب منا ان نوضح موقف التشريع القانوني ووفق اية اتجاه كان مساره وهذا ما سنبحثه على النحو الاتي:-

الفرع الاول
موقف الفقه الاسلامي

اذا غاب الزوج عن زوجته مدة من الزمن وقد ترك لها مالا تنفق منه على نفسها اثناء غيابه لكنها تضررت بغيبته وبعده عنها بحرمانها من تلبية رغباتها الجسدية والنفسية مما جعلها تخشى على نفسها من الانحراف والسقوط في الفاحشة ، فهل لهذه الزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب ذلك اختلف الفقهاء في هذا الصدد على مذهبين :-

اولاً: القائلون بالمنع وادلتهم:-

يرى المالكية في المعتمد عندهم ان الزوجة اذا غاب عنها زوجها غيبة طويلة تضررت منها بان خشيت على نفسها الوقوع في الزنا جاز لها طلب التفريق بينها وبين زوجها ، حتى وان كان لها مالا تنفق منه على نفسها ، ويقبل قولها بيمينها في ادعائها هذا الضرر ، لكن القاضي لا يجيبها الى طلبها الا بعد ان يكتب الى زوجها – ان كان معلوم المكان وتصله الرسائل – ويخيره بين ان يرجع الى زوجته او ينقلها اليه حيث يقيم او يطلقها ويمهله مدة مناسبة بنظره فان اختار شيئا مما ذكر ونفذه سقطت الدعوى ، وان ابى ذلك كله او لم يرد شيئا وقد انقضت المدة المضروبة له او لم يكن له مكان معروف او كان مكانه لاتصل الرسائل اليه طلق عليه القاضي بطلبها التفريق منه .

وذهب الى هذا القول العلامة الشيخ احمد بن حمد الخليلي من الاباضية المحدثين ، وهو قول الزيدية ايضا .

اصحاب هذا القول اتفقوا في التفريق للغيبة ولكنهم اختلفوا في نوع الغيبة المجيزة للتفريق وفي مدتها :-

فالحنابلة في المعتمد عندهم : يرون ان الغيبة التي تجيز التفريق بين الزوجين هيه غيبة الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول شرعا ، أي انهم يفرقون بين الغيبة بعذر كالسفر لطلب الرزق او العلم ، وبين الغيبة لغير عذر كالسفر للسياحة او بقصد الاضرار بالزوجة.

واذا كانت غيبته بدون عذر ولمدة ستة اشهر او يزيد ثم طلبت زوجته التفريق كاتبه القاضي بالحضور ان كان معلوم المكان ويصل اليه الكتاب ، فان ابى الحضور فرق بينهما .

وانما قيدت الغيبة بستة اشهر عما روى عن عمر بن الخطاب ، انه استفسر من السيدة حفصه ام المؤمنين عن اكثر ما تصبر المرأة عن زوجها ، فقالت : ستة اشهر او اربعة اشهر فقال (لا احبس الجيش اكثر من هذا).

اما المالكية في المعتمد لديهم ، فقد توسعوا في هذا حيث أجازوا التفريق لتضرر المرأة من غيبة زوجها مطلقاً سواء كانت بعذر او بغير عذر والمقصود من ذلك رفع الضرر عن الزوجة كما انهم جعلوا الغيبة مدة سنة فاكثر ، وهذا مبني على الاجتهاد ولم يوجد نص شرعي بذلك .

اما عند الاباضية فلا فرق بين ان تكون الغيبة بعذر او بدون عذر وحددوا مدة الغيبة بأربعة اشهر فاكثر لان الله العليم بمقدار ما تصبر المرأة عن زوجها قدد حدد هذه المدة في الايلاء حيث قال تعالى: (**لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**).

اما عند الزيدية قالو بجواز التفريق وان تقدير المدة يرجع فيها الى الحاكم ، فله ان يقدر الوقت ، وهو يختلف باختلاف الازمان .

- **ادلة القائلين بالجواز**

استدل هذا الراي بان يحق للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها وان طالت غيبته بالكتاب والسنة والاثر والمعقول :-

- **اما من الكتاب**

فقوله تعالى: ((فإمساك بمعروف او تسريح باحسان)).

وذلك لانه ليس من المعروف قطعا تعريض المرأة للفتنه والوقوع بالتهلكة – تعين عليه التسريح بإحسان ، فان امتنع عنه كان ظالما لها ، وكان لها رفع الامر للقاضي للتفريق عليه فالقاضي يرفع المظالم .

وقوله تعالى : ((لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا)).

فالله نهى في هذه الآية عن الاضرار بالزوجة ، واي ضرر اشد عليها من هذا الضرر الذي اما تبقى معه بحرمان مستمر ، وكبت دائم ومعاناة لا تقف عند حد ، وما ان تطيع هوى نفسها والضرر يزال شرعا ، وذلك بالعودة اليها او نقلها اليه او طلاقها ، وكان للقاضي يفرق بينهما رفعا للظلم عنها.

وقوله تعالى : ((وعاشروهن بالمعروف)).

وهو يفيد ان المعاشرة بين الزوجين يجب ان تكون بالمعروف ، وليس من المعروف ابقائها معطلة ، لا تنتفع بثمرة زواجها ، لان في هذا ضرر نفسيا وعصبيا لها .

قوله تعالى : ((لا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة)).

فهو يفيد ان الله تعالى لا يرضى ان تبقى المرأة معلقة ، لا هي بذات زوج ولا هي مطلقة،واذا كان لا يرضى هذا والزوج موجود معها فكيف اذا غاب عنها .

❖ **اما السنة منها :-**

ما رواه البخارى عن ابي جحيفة عن ابيه قال : آخي النبي بين ال سليمان وابي الدرداء ، فزار سليما ابي الدرداء فرأى ام الدرداء متبذلة ، فقال لها : ما شأنك قالت : اخوك ابو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا ، فجاء ابو الدرداء فصنع له طعاما ، فقال سلمان : كل ، قال ابو الدرداء : فاني صائم : ما انا باآكل حتى تاكل قال سليمان فاكل ، فلما كان الليل ذهب ابو الدرداء ليقوم ، قال سليمان نم ، فنام ، ثم ذهب يقوم فقال : نم فلما كان اخر الليل قال سليمان قم الان فصليا فقال سليمان ، ان لبرك عليك حقا ، ولنفسك عليك حقا ، ولأهلك عليك حقا ، فأعط كل ذي حق حقه فاتى النبي فذكر ذلك له فقال النبي صدق سلمان .

فجعل النبي بموافقته لسمان حقا للزوجة على زجها وهو المعاشرة الزوجية كما هو واضح من سياق القصة ، فضلا عن لتصريح به في بعض الروايات ففي الفتح (فصم وافطر وصل ونم وئت اهلك).

❖ **اما الاثر فمنه**

روى الشعبى ان كعب بن سور الاسدي كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امراة وقالت ياامير المؤمنين : ما رائيت رجلا قط افضل من زوجي ، والله انه ليبيت ليلة قائما ويظل نهاره صائما ، فاستغفر لها واثنى عليها ، ثم قال لها : نعم الزوج زوجك ، فجعلت تكرر هذا القول،ويكرر عمر عليها الجواب ، ثم استحيت المراة وقامت راجعة فقال كعب : ياامير المؤمنين هذه المراة تشكو زوجها في مباعدته اياها عن فراشه ، فقال له عمر : كما فهمت كلامها فاقض بينهما ، قال

كعب : فاني ارى كانها امراة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن فاقضى لها ثلاثة ايام ولياليهن يتعبد فيها ، ولها يوم وليلة ، ثم قال للزوج : ان لها عليك حقا يارجل تصيبها في اربع لمن عدل فاعطها ذاك ودع عنك العلل .

ونوقض : بان هذا الاثر لا يعدو ان يكون فتوى صحابي فيها هو محل للاجتهاد ، وهي ليست بحجة ، فضلا عن ان عمر لم يقض لها بالوطء ، بل قضى لها بالبيتوته وهي غير الوطء .

ويرد : بان هذه القضية انتشرت بين الصحابة فاشتهرت ولم تنكر من احد منهم فكان اجماعا .

اما القول بان عمر لم يقض لها بالوطء ، بل قضى لها بالبيتوته ، فيرد عليه : بان السياق يدل على ان الحق الذي قضى به كعب للمراءة على زوجها بحضرة عمر هو الوطء وليس المبيت الا ترى انها اخبرت بان زوجها يبيت عندها لكنه قائم ليله صائم نهاره ؟ فلم تكن المشكلة اذن في المبيت وانما كانت فيما استحيت المراة الافصاح عنه وهو ترك الجماع ، وهذا ما فهمه القاضي كعب من شكوها حيث قال لزوجها : تصيبها في اربع لمن عدل .

❖ **واما المعقول : فمن وجوه :**

اولها : ان النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما ، والوطء مفض الى دفع الضرر الشهوة عن المراة كافضائة عن الرجل ، اذ من المعلوم ان للمراة من الرغبة فكان حقا لهما جميعا واذا ثبت حقها فان لها طلب التفريق ان تضررت بفواته .

اما عدم جواز التفريق الا بعد ان يكتب القاضي الى الزوج الغائب ان كان له مكان معلوم تصل اليه الرسائل ، فلانه قد يكون بعذر في غيبته – كما قال الحنابلة – فاذا كتب اليه بينه وحينئذ (يعنى ان ابدى عذرا مقبولا لبعده عنها) لا يفرق القاضي بينهما عند الحنابلة لما ذكروه قبلا ، او قد يكون غير عالم بتضرر زوجته من غيبته وبعده عنها فاذا علم رجع اليها او نقلها اليه ، عندئذ لا تفريق عند كل القائلين بالتفريق لعدم قيام سببه ، لهذا وجبت الكتابة اليه .

وان لم يعلم مكانه او لم تكن الرسائل تصله سقط وجوب ذلك لتعذره وطلق عليه القاضي بناء على طلبها لعد جدوى ذلك التأخير .

❖ **القائلين بعدم بالجواز**

ذهب الحنفية والشافعية والامامية وبعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية الى انه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته عنها وتركه مباشرتها،مادم حيا معلوم الحياة ، سواء اطالت غيبته او قصرت ، وسواء كانت غيبته بعذر او بغير عذر .

❖ **ادلة القائلين بعدم بالجواز**

استدل القائلون بان الزوجة لا يحق لها طلب التفريق من غاب عنها زوجها ولو سنين عددا مادام قد ترك لها ما تنفق منه على نفسها .

قالو ان الاصل في عقد الزواج عدم وجوب وطء الزوجة لانه عقد معاوضة او شبيه به للزوجة فيه المهر للزوج حق الانتفاع بالبضع مقابل ذلك ، ولو كان الوطء واجبا للمراة بالاضافة الى المهر

لكانت جامعة بين البدلين ، وهذا لا يصح لان عقود المعاوضة تقتضي الشركة بين المتعاقدين دون انفراد احدهما بالبدلين واذا كان الوطء ليس واجبا لها عليه لم يكن لها التفريق بسبب منعها منه .
ويرد على هذا من وجهين :
قولكم : الاصل في عقد الزواج عدم الوطء ، قول تنقضه آية الايلاء وهو قول الله تعالى: **ل((لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رحيم)).**
فقد امر الله تعالى الذين يولون من نسائهم الا يبقوا على عهدهم اكثر من اربعة اشهر ، ولو كان الوطء غير واجب في الاصل لما كان لهذه الآية معنى .
كما انه قول تعوزه المعقولية ، اذ لو كان كذلك فلما الذي يجعل المراة تخرج من بيت ابوها من عشها الذي فيه درجت فيه ، فما بالها يقال لها لا حق لك اصلا في الاستمتاع بثمار ذلك كله ؟ اليس في هذا تجاهل لمشاعرها وكبت لغريزتها واضرار بها .
قولكم : ان عقد الزواج عقد معاوضة ...الخ ، قول مردود ، فان الزواج عقد ذو طبيعة خاصة نظرا للمقاصد الشرعية التي توخا الشارع الحكيم من مشروعيته ، والمهر فيه وان كان واجبا لكنه ليس ثمنا او عوضا من ملك الانتفاع بالبضع وانما هو نحلة أي عطية دون مقابل كما اخبر بذلك جل شانه:(واتوا النساء صدقاتهن نحلة) فهو عطاء مقرر شرعا على الزوج ابانه لشرف المحل ، ورمزا منه لاكرام المراة ودليلا على صدق رغبة في الاقتران بها .
الراي المختار ان القول بجواز التفريق بين الزوجين ان طالت غيبة الرجل حتى تضررت زوجته منها بان خشيت على نفسها الفتنه هو الاولى بالاعتبار من غيره ، حتى وان تيسرت لها النفقة لان مطالب الجسد لا تنحصر في السكن والغذاء والكساء فالحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار وتعني المودة والرحمة ومن مقاصدها اعفاء كل من الزوجين الاخر ، وهذه امور لا يحققها الا الاستقرار ورعاية رب الاسرة لها ،فان غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة فان غيابه بالنسبة لها امر شديد الضرر بالغ الخطر اما ضرره فيتعلق بآثاره السلبية على الصحة النفسية اما خطره فيكمن في اثره على الكيان الاخلاقي ، اذ ان المغيبة حينئذ اما ان تبقى في حرمان مستمر وكبت دائم ومعاناة لاتقف عند حد واما ان تطيع هوى نفسها وتستجيب لشيطانها فتنغمس في الفحشاء وتبوء في اوزارها لا سيما وان هذا الزمان يعج باسباب الانحراف وفساد الاخلاق وهنا قد لايقتصر الضرر على المراة وحدها بل ربما انتشر في اوصال المجتمع باسره .

الفرع الثاني
موقف التشريع القانوني

انطلاقا من مبدا رفع الضرر ، ورفع المفسدة التي قد تتعرض لها المراة اذا طالت غيبة زوجها عنها عالجت القوانين مسالة التفرق للغيبة ، لذا سنبحث موقف القوانين منها وعلى النحو الاتي :-

- ❖ موقف القانون العراقي

نصت المادة ٤٣ فقرة ٢ من القانون العراقي والذي تجيز لزوجة الغائب ان تطلب التفريق اذا كانت غيبة زوجها بدون عذر حيث تنص هذه المادة على انه اولا: للزوجة طلب التفريق عند توفر

الاسباب التالية :١-اذا هجر الزوج زوجته مدة سنيتن فااكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه

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

أ- ان يهجر الزوج زوجته سنيتين فاكثر فلا بد لتطبيق هذا لنص ان يهجر لزوج زوجته مدة سنتين فاكثر ويلاحظ على هذا الشرط مايلي :

اولا: ان المشرع العراقي استعمل لفظ هجر بدلا من لفظ غاب وهو اللفظ الذي استعمله المشرع بعد التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.

ثانياً: ان لفظ هجر الذي استعمله المشرع العراقي اعم من لفظ الغياب اذا قد يحقق الهجر في الفراش والزوج غير غائب كما انه قد يكون غائبا او مفقودا الا انه لا يعد هاجرا وفقا لمعنى لفظ الهجر .

ثالثاً: ان المشرع العراقي لم ياخذ بالحد الادنى لمدة الغياب عند الفقهاء وهو ماقال به الحنابلة (٦) اشهر ويبدو ان المشرع العراقي اذ اخذ بالراي الاحوط الذي يجعل المدة سنتان ، تستطيع بعدها زوجة الغائب طلب التفريق لانه الاكثر حفظا للحياة الزوجية .

الشرط الثاني ان يكون الهجر بلا عذر مشروع : فيشترط ان يكون بلا عذر مشروع لكي تستطيع الزوجة ان تطلب التفريق بسبب 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 .

اما اذا كان مشروع فلا يحق لها طلب التفريق وهذا ماجاء في احد قرارات محكمة التمييز بقولها: اذا كان هجر الزوجة بعذر مشروع فلا يحق للزوج طلب التفريق حتى لو كان الهجر لمدة تزيد على السنتين.

نص الحكم

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون وذلك لان المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها الاصولية في الدعوى وصولاً الى الحكم العادل والصحيح فيها . اذ ان المميز عليها / المدعية طلبت التفريق من زوجها المميز / المدعى عليه للهجر وحيث ان للزوجة طلب التفريق اذا هجرها مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه عملاً بحكم المادة ٤٣ / أولاً / ٢ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل . عليه فان الهجر الذي يترتب عليه حق الزوجة بطلب التفريق هو قيام زوجها بهجرها في الفراش بلا عذر مشروع للمدة المذكورة لذلك اذا كان الهجر بعذر مشروع فليس من حق طلب التفريق لهذا السبب حتى لو كان هذا الهجر لمدة تزيد على سنتين لذلك كان على المحكمة

ان تتحقق عن سكن الزوجة قبل هجرها من قبل زوجها فاذا تبين انها كانت تسكن مع زوجها في دار مستقلة فعلى المحكمة التحقق من اسباب تركها لهذه الدار والانتقال الى دار أهلها فاذا تبين للمحكمة ان المميز عليها قد تركت الدار الشرعية بدون اذن زوجها او عذر شرعي يكون هجرها في الفراش من **قبل**

قائمه المصادر والكتب

(١) فريد فتيان ، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز ، مطبعة دار واسط لندن ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٦ ، ص١٤٧ .

(٢) القرار التمييزي المرقم ٤٢٨/شخصية أولى/٢٠٠٩ – ت /٤٥٣ في ٢٠٠٩/٣/٣ غير منشور .

(٣) والتي نصها (يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به ، مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققه ، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الإدعاء بحق مؤجل على أن يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى).

(٤) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، مطابع الإسكندرية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٨٩ .

(٥) ينظر نص المادة المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

(٦) فقد اعتبرت المادة (٩٣) من القانون المدني كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها ، واعتبرت المادة (١٠٦) من القانون المدني سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة ، واستثناءً من هذه السن اعتبرت المادة (٣/آ) من قانون رعاية القاصرين من أكمل الخامسة عشرة من عمره وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية ويجب على المحكمة التحقق من أهلية الخصوم حتى ولو لم يرد دفع بعدم صحتها ، ويجوز للخصم إيراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى لأن تخلف شرط الأهلية في أحد الخصوم من شأنه أن يبطل الحكم الصادر في الدعوى ، ويكون حضور وكيل عنه في الدعوى باطلاً إذ أن فاقد الأهلية لا يملك حق توكيل الغير على اعتبار أن فاقد الشيء لا يعطيه.

(٧) حيث نصت المادة ٤ بما يلي (يشترط أن يكون المدعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه ، وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى ، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف ، وخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا ينفذ فيها إقراره).

(٨) والتي نصها (يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به ، مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققه ، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر

بذوي الشأن ويجوز كذلك الإدعاء بحق مؤجل على أن يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى).

(٩) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، مطابع الإسكندرية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٨٩ .