أحكام زوجة الغائب و المفقود

فقها وقانونا

د.عيسى فتح الله أحمد

أستاذ الشريعة – كلية القانون بني وليد

المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

إن من أهم غايات الزواج:- الأنس والسكن، قال تعالى ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها...)) وقال – مخاطبا للبشر- :-((اسكن أنت وزوجك الجنة)) وهو ما يقتضي الحضور والتلازم الغالب المؤدي إلى الاستقرار النفسي والمعيشي للأسرة ولا تعارض لهذا التلازم والحضور مع السعي في الأرض للابتغاء من فضل الله للقيام بواجب القوامة والإعالة لكن ما يتعارض مع التلازم المراد ، والسكن المبتغي، هو غياب الرجل لمدة طويلة من الزمن فضلا عن افتقاده أصلا مما يؤدي الإضرار المحقق بالزوجة ، سواء من حيث انعدام الإنفاق – إن لم يترك مالا – أو من حيث فقدانها الأنس والمساكنة .

وغيبة الزوج هذه قد تكون معلومة متيقن فيها حياته سواء عرفت محل إقامته أم لم تعرف ، وقد تكون غيبة منقطعة غير معلومة لا يعرف له خبر، ولا يوقف له على اثر، ولا يعلم فيها حاله، أمن الأحياء هو أم من الأموات؟.

ولقد عاشت بلادنا أحداثا جساما، ومعارك عظاما، ولا تزال – نسال الله تعالى – أن تنتهي عاجلا غير آجل،وان ينصر الحق وأهله، ويزهق الباطل وأتباعه،كما نسأله تقارب القلوب ومخافة الرب المعبود ،وكان مما أسفرت عنه هذه الأحداث الخسائر الكبيرة ماديا وبشريا، ومما كان أكثر تأثيرا واسعا على الناس ما جاء منها بعد إعلان التحرير ، لقد فقد عديد الشهداء والمفقودين نسال الله تعالى الرحمة للجميع .

وأحكام الشريعة تجاه هؤلاء أن من عُرفت وفاته فتقسم تركته ولا إشكال، لكن الإشكال إنما هو فيمن فقد ولم يعرف له خبر فكيف تتصرف زوجته من حيث البقاء في عصمته من عدمها، وما هو رأي الفقهاء في هذه الغيبة والفقد، ولأهمية هذه الدراسة فسنلقي الضوء وبإيجاز – غير مخل- عن هذه الجوانب الفقهية والقانونية والتطبيقات القضائية في البلاد الليبية المتعلقة بالمفقودين من حيث استمرارية الحياة الزوجية، ومن حيث مدي أحقية الزوجات المغيبات في طلب إنهاء العلاقة الزوجية ، وما يصاحب ذلك من أحكام شرعية وقانونية وفقا لاجتهادات الفقهاء وأدلتهم الشرعية وما جاء في هذا الباب من نصوص قانونية .

وقد رأيت أن نعنونه بـــ: أحكام زوجة الغائب والمفقود فقها وقانونا ، وأن يقسم على النحو التالي:

المطلب الأول: الغيبة المعلومة للزوج، وآراء الفقهاء في ذلك.

المطلب الثاني: الغيبة المنقطعة للزوج (الفقد).

المطلب الثالث: موقف القانون الليبي رقم (84/10) من غيبة الزوج أو فقده.

الخاتمة.

هذا و أسأل الله التوفيق و السداد، إنه ولي ذلك و القادر عليه.

الباحث

المطلب الأول

الغيبة المعلومة للزوج

عند غياب الزوج لسبب من الأسباب ، وتتضرر الزوجة بغيبته هذه ، وتخشى على نفسها الفتنة، وتطلب الزوج فلم تجده، أو وجدته وناشدته العودة فلم يستجب، فهل يجوز لها حينئذ أن تطلب التفريق لهذا السبب الذي هو الغيبة ، أم لا؟

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة على مذهبين، مذهب يجيز التفريق للغيبة إذا تضررت الزوجة، وآخر يرى أن الغيبة لا تكون سبباً للتفريق بين الزوجين.

فقد ذهب الأحناف[1] والشافعية[2] والظاهرية[3] إلى أنّه لا يجوز لامرأة الغائب أن يفسخ نكاحها ، طالت الغيبة أم قصرت، بعذر كانت أو بغير عذر، فعند الفقهاء الأحناف أن الزوج إذا دخل بزوجته مرة في العمر فقد أوفاها حقّها، وإن كانت تجب ديانة، ومن باب المعاشرة بالمعروف، وأيضاً لأنهم لا يجعلون الطلاق بيد القاضي إلاّ في حالات محدّدة ليس من بينها غيبة الزوج.

وثبت عند الإمام الشافعي قوله: ((لا يجوز لامرأة الغائب أن تعتدّ أو تنكح أبداً ؛ حتّى يأتيها يقين وفاته وترثه))[4].

وقال ابن حزم عن زوجة الغائب: ((لم يفسخ نكاح امرأته أبداً ؛ حتّى تصح موته أو تموت هي))[5].

بينما ذهب المالكية[1] والحنابلة[2] إلى جواز التفريق بين الزوجين، بسبب الغيبة الطويلة التي تتضرر منها الزوجة، حتى ولو كان الزوج قد ترك لزوجته مالا تنفق منه على نفسها مدة غيبته؛

(1) الهداية شرح بداية المبتدئ للإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي، مطبوع مع نصب الراية، 217/3.
(2) مختصر المزني على الأم 41/5، والأم للإمام الشافعي 221/5.
(3) المحلى بالآثار لأبي محمد علي ابن احمد الأندلسي، تحقيق د.عبد الغفار البنداري ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، (د.ت)، 316/9.
(4) مختصر المزني على الأم 41/5.
(5) المحلى لأبي حزم316/10.

لأن إقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر قد لا تحتمله الطبيعة البشرية، وهو ضرر يجب رفعه، وذلك بالتفريق بين الزوجين، إذا أبى الزوج أن يحضر إليها – بعد إعذاره بذلك – أو ينقلها إلى البلد الذي يقيم فيه.[3]

وهذا الفريق وإن اتفق من حيث المبدأ على جواز التفريق لغيبة الزوج إلا أنهم اختلفوا في نوع هذه الغيبة هل لعذر أو لغيره.

فإذا كانت لعذر مقبول، كالخروج للدراسة مثلا فلا يجوز عند الحنابلة طلب التفريق ، مهما طالت مدة الغيبة ما دامت نفقتها حاضرة.

فإذا كانت بدونه وتضررت المرأة فيجوز التفريق بناءً على طلبها.

وحدّد الحنابلة للغيبة غير المبررة مدة ستة أشهر، استنادا عمل الخليفة الراشد عمر –رضي الله عنه– من أنّه وقّت للنّاس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهراً ويقيمون أربعة، ويسيرون شهراً راجعين.[4]

أما المالكية[5] فيرون أن المرأة –إذا تضررت– فخشيت على نفسها الوقوع في الحرام فلها الحقّ في طلب التطليق سواءً كانت لعذر أو لغيره .

وكلا الفريقين يشترط مكاتبة الزوج وإعداده غيبته مادام معروفاً أن يحضر إلى زوجته أو ينقلها إليه، أو يطلّقها، وإلا فرق القاضي بينه وبينها في خلال مدة معينة، يحدّدها.

(1) ينظر: الشرح الكبير 431/2، وحاشية الدسوقي 2/ 431، للشيخ الدردير ،ط دار الكتب العربية مصر ، (د.ت).
(2) ينظر المغني لابن قدامة ، تحقيق: د.عبدالله التركي و د. عبد الفتاح الحلو ،دار الهجر ، القاهرة ، 1984م ، 717/9.
(3) ينظر: حاشية الدسوقي 431/2، والمغني 716/9، 717.
(4) المغني والشرح الكبير 713/9، فقد روي أن سيدنا عمر –رضي الله عنه– كان يحرس بالمدينة فمر بامرأة سمعها تقول:
تطاول هذا الليل واسود جانبه ... وطال علّي أن لا خليل ألاعبه
والله لولا خشية الله وحده ... لحرك من هذا السرير جوانبه.
وحين سأل عنها قيل له: إن زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقفله وسأل: كم تصبر النساء عن أزواجهنّ، فقيل له: خمسة أشهر أو ستة، فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر .
ينظر: تفسير القرطبي: 108/3، والمنتقى 31/4.
(5) المغني والشرح الكبير 710/9، وتفسير القرطبي 106/3.

وقد اشترط المالكية– أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع في المحرّم؛ وأن لا تقل غيبة الزوج عن سنة على المعتمد، وقيل: السنتان والثلاث لَيْستْ بطول بل لابد من الزيادة عليها[1]، والمعتمد الأول.[2]

ودليل هذا الفريق على ما ذهبوا إليه من جواز التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة – بما يلي:

– حديث عبد الله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – من أن النبي –ﷺ– قال له: ((يا عبد الله ألم أُخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ قلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم، وأفطر، وقم، ونم، فإن لجسدك عليك حقّاً، وإن لعينك عليك حقّاً وإن لزوجك عليك حقّاً))[3].

– وما رُوِيَ من أن امرأة جاءت تشكو زوجها عمر بن الخطاب –ﷺ– في صورة مدح له، من أنه يبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً، وما فهمه منها كعب بن سوار – الذي كان جالساً عند عمر –ﷺ– فقال له عمر: إقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم، فقضى لها بيوم وليلة من أربعة أيام بلياليها، وهي قضية اشتهرت، فلم تنكر.[4]

ومرجع ذلك إلى قاعدة نفي الضرر، ورفعه، المعبر عنه بقول الرسول –ﷺ– ((لا ضرر ولا ضرار))[5].

بينما كانت حجة الفريق الآخر – فقهاء الحنفية والشافعية – القائلين: بأن لا حق للزوجة في طلب التطليق لغيبة زوجها وإن طالت غيبته، هي:

– عدم قيام دليل شرعي يدل على جواز التفريق بين الزوجين للغيبة، والأصل بقاء الحال واستصحابه، إذا لم يوجد دليل على جواز التفريق، استصحاباً للحال.[1]

(1) الشرح الكبير 431/2، وقيل: حكمه حكم المولى، المنتقى: 36/4.
(2) حاشية الدسوقي 431/2.
(3) فتح الباري، لابن حجر العسقلاني ت:عبد العزيز بن باز واخرون ، المكتبة السلفية ، القاهرة ،ط3، 1407هـ كتاب النكاح، باب: لزوجك عليك حق، 210/9، حديث رقم 5199.
(4) ينظر: بدائع الصنائع للكساني ت:علي محمد عوض و عادل احمد، دار الكتب العلمية ط1 بيروت 1997م،ج 612/3، والمغني مع الشرح الكبير 711/9، والمبسوط للسرخسي 193/3.
(5) رواه الدار القطني في سننه جـ4، 228 ، و تنوير الحوالك لشرح الموطأ للسيوطي،المكتبة الثقافية، بيروت، 1973م ،ج2/ 218.

– وأن الأصل أن: لا طلاق إلا لمن أخذ بالساق، فلا طلاق للقاضي إلا في عيوب محددة.

والأدلة التي ساقها الفريق الأول– المالكية والحنابلة – هي الأقوى، فكان رأيهم الأرجح – في نظرنا–.

وما ذهب إليه الفريق الثاني من عدم جواز التطليق حتى يحضر الزوج أو يحكم القاضي بموته، ولا يصدر هذا الحكم إلا بعد أن تبلغ الزوجة من العمر عتياً، بأن تبلغ الثمانين سنة أو التسعين، فهو إجحاف ظاهر، وضرر فادح، يقع على المرأة، فانتظارها للزوج هذا العمر الطويل يصل بها إلى الموت أو على الأقل استحالة زواجها – إن أرادته –وقد كان ممكناً قبل ذلك.

ومعلوم أن حق الزوجة في طلب التطليق للغيبة لا يسقط أو يمتنع ولو مع وجود مال للزوج الغائب، تستطيع المرأة أن تنفق منه؛ لأن الفرقة هنا بسبب في الغيبة نفسها من الضرر على الزوجة، لا لعدم الإنفاق.

ولذا كان ما ذهب إليه الفريق الأول (المالكية والحنابلة) من عدم جواز التفريق بين الزوجين للغيبة، علّته المحافظة على شرف الزوجة وعفتها، وغيبة الزوج عنها أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعمّ الأغلب، وكذلك منع مسبّبات الرذيلة ودرئها في المجتمع المسلم (وسداً للذرائع) فإن هذه العلة متحققة في مطلق الغياب، سواءكان غياب الزوج لعذر أو لغير عذر؛ لأن الزوجة تتضرر في الحالتين.

وهذا ما يجعلنا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه فقهاء المالكية في هذا السبيل، الذي لم يفرق بين الغيبتين – كما رأينا – طالما رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء، وتحققت الشروط التي أسس عليها فقهاء المالكية رأيهم هذا، والمذكورة آنفاً.

(1) وتطبيقاً لقاعدة: ((والأصل بقاء ما كان على ما كان)) المادة (5) من مجلة الأحكام العدلية، ينظر: شرحها المسمى درر الحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411 هـ – 1991م 25/1.

المطلب الثاني
الغيبة المنقطعة (الفقد)

الغيبة المنقطعة (غير معلومة): هي لا يعلم فيها مكان الزوج، ولا يمكن الاتصال به، ولا يعلم حاله حي أم ميت[1]، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بـ(الفقد).[2]

وقد سبق الكلام عن الغيبة المعلومة وندرس في هذا المطلب : الغيبة المنقطعة (الفقد) فهي أيضاً اختلف الفقهاء في التفريق بسببها ما بين قائل بجواز التفريق وبين مانع له، مع اتفاقهم على ضرورة وجود مال تنفق منه الزوجة، والا فحكمه في باب آخر، هو التفريق لعدم الإنفاق.

فذهب الأحناف[3] والشافعية[4] في الجديد ، والظاهرية[5] إلى القول بعدم جواز التفريق بسبب فقد الزوج، إلى أن يرجع، أو يُحكم بموته، ولا يحكم بموته إلا بموت أقرانه الذين هم من سنه، واختلفوا في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود فقدّرها بعضهم بسبعين سنة تبدأ من يوم ميلاده، وأوصلها آخرون إلى مائة وعشرين.[6]

وذهب فقهاء المالكية والحنابلة، وفي قول مرجوح للشافعية، بجواز التفريق لفقد الزوج[7]، وذلك لما رُوِيَ عن جمع من الصحابة – رضوان الله عليهم – ، منهم: عمر وعثمان وابن مسعود وابن

---

(1) الأحوال الشخصية لأبي زهرة، دار الفكر العربي ، القاهرة،ط3 (د.ت) ص491، وينظر: أحكام الأسرة للجليدي مطبعة عصر الجماهير ،الخمس،ليبيا،ط2، 1998م ،ج174/2 ((وهو من انقطع خبره ولا يعلم هل هو حي أم ميت)) ، وجاء في الفواكه الدواني لشرح رسالة القيرواني أن المفقود: ((من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فالأسير ونحوه لا يمكن الكشف عنه، فلا يسمّى مفقوداً في اصطلاح الفقهاء))، 43/2.

(2) قال السرخسي: ((المفقود: الحي باعتبار أول حاله، والميت باعتبار مآله ... انقطع خبره، واستتر أثره)). المبسوط 30/6، وجاء في الدر المختار: ((هو غائب لم يدر أحيّ أم ميت)) 482/4.

(3) جاء في الهداية : ((ولا يفرّق بينه وبين امرأته)) مطبوع مع نصب الراية 717/3.

(4) ينظر إلى أحكام الأسرة، محمد شلبي، ص587، والأم 40/5، وكتاب المجموع 442/19، 445.

(5) ينظر: المحلّى 316/9 مسألة 1937 قال: ((ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف في حرب فقد أو في غير حرب ... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ...)).

(6) المبسوط 31/6، وحاشية ابن عابدين 487/4 بل قيل: تتربّص إلى مائتين، سُبل السلام 207/3.

(7) ينظر: الشرح الصغير 693/2، والمغني 75/11 وما بعدها، والمجموع شرح المهذب 442/19.

عمر وعن جمع من التابعين، منهم: النخعي وعطاء، والزهري – في إحدى الروايتين عنه – واختاره ابن المنذر؛ لاتفاق خمسة من الصحابة عليه.[1]

وأصحاب هذا الرأي – وإن اتفقوا على جواز التفريق للفقد، لكنهم اختلفوا في المدة التي يؤجل فيها لامرأة المفقود الحكم بعدها بالتفريق.

فالمالكية قسموا المفقود إلى خمسة أقسام، هي على النحو الآتي:

1) مفقود في بلاد المسلمين في غير زمن وباء: يبحث عنه بشتى الطرق ، فإن عجز عن خبره، يحكم بموته بعد أربع سنوات، وتعتد زوجته عدة وفاة ، وتحل للأزواج، ولا تمس أمواله إلا بانتهاء مدة التعمير، ووفاة أقرانه.[2]

2) مفقود في أرض العدو، وكذلك الأسير، وتمكث الزوجة في هذه الحالة لمدة التعمير، وهي سبعون سنة على المشهور عندهم.[3]

3) مفقود في المعترك بين المسلمين، تعتد زوجته من حين انتهاء القتال على الأرجح إن شهدت بينة أنه حضر القتال، والا فكالمفقود في بلاد الإسلام.[4]

4) مفقود في المعارك بين المسلمين والكفار، تعتد زوجته بعد سنة[5]، من النظر والتفتيش حتى يغلب على الظن وفاته.

5) مفقود زمن الطاعون وما حكمه في حكم الأوبئة: تعتد زوجته بانتهاء فترة هذا الوباء؛ لغلبة الظن بموته.[6]

---

(1) ينظر: سُبل السلام 207/3، وينظر: فتح الباري 339/9، 340، والمنتقى 949/4، والشرح الكبير للدردير 479/2، والمغني 77/11، 78، والمجموع 445/19.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي 479/2.

(3) ينظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي 698/2، وبداية المجتهد 90/2.

(4) ينظر: الشرح الصغير 699/2.

(5) ينظر: بداية المجتهد لأبي الوليد ابن رشد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المحتهد، شرح وتحقيق: د. عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، ط1، 1990م، 1353/3، وقيل: حكمه حكم الأسير والمفقود في أرض العدو، نفس المصدر والصفحة، وينظر: الأحكام للقاضي أبي المطرف، عبد الرحمن بن قاسم المالقي (ت : 402 – 497هـ) ، تحقيق: د. الصادق الملوى، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1992م، ص439 .

(6) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي 483/2، والشرح الصغير 699/2.

والحكم بموت المفقود فيما عدا الحالتان الأولى والثانية يشمل الزوجة والمال على السواء عند المالكية[1]، وهناك رأي بالتلوم لزوجة المفقود باجتهاد القاضي.[2]

وذهب الشافعي في مذهبه القديم إلى أنّه يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده، وفي الجديد تتربص حتى يتيقن موته.[3]

وذهب الحنابلة إلى تقسيم ظروف الفقد المنقطع[4] إلى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون ظاهر الفقد السلامة كسفر التجارة ، وانقطعت أخباره، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته.[5]

الحالة الثانية: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك، كمن يفقد في المعركة، فانقطع خبره، فهذا تتربص زوجته أربع سنين، ثم تعتد للوفاة، وتحل للأزواج.[6]

وقد استدل القائلون بعدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الفقد – وأنه لا يحكم بوفاته قبل موت أقرانه، إلا بأن توجد بينة بالوفاة – بما يلي:

1- حديث المغيرة بن شعبة عن رسول الله -ﷺ- قال: ((امرأة المفقود، امرأته حتى يأتيها البيان))[7].

2- قول الإمام علي -رضي الله عنه- في امرأة المفقود: ((هي امرأةٌ ابتليت فلتصبر حتّى يأتيها موت أو طلاق)) وفي رواية: ((تتربّص حتّى تعلم أحيٌّ هو أم ميّتٌ))[8].

3- الاستصحاب، وهو حجة دالّة على أن الغائب حي، وهي الأصل، في حين أن وفاته محتملة، ومحل شك، والنكاح ثابت، والغيبة لا توجب الفرقةوالموت في حيّز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك[1].

---

(1) المرجع السباق 698/2، 699، وتبيين المسالك للشنقيطي 203/3.
(2) حاشية الدسوقي 483/2.
(3) ينظر: المجموع 442/19.
(4) أي الذي انقطع خبره ولا يعلم له موضع.
(5) ينظر: المغني 75/11، 76.
(6) ينظر: المرجع السابق،11- 77.
(7) سبل السلام 207/3، والمغني 79/11، وفيه رواية: ((حتى يأتيها زوجها)).
(8) نصب الراية 718/3، 719، وسبل السلام 207/3.

واستدل الفريق الثاني – القائلون: بجواز التفريق بسبب فقد الزوج – بما يلي:

1- ما رُوِيَ عن عمر -رضي الله عنه- في امرأة المفقود، من أنها: ((تتربّص أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحلّ))[2].

2- وما رُوِيَ عن علي -رضي الله عنه- من أنّه قال في امرأة المفقود: ((أنّها تعتد أربع سنين ثم يطلّقها وليُّ زوجها))[3].

3- ما جاء في كتاب المغني: من أن الخليفة عثمان وابن الزبير -رضي الله عنهم- قضيا بهذا، فكان قضاءً مشتهراً بين الصحابة، ولم ينكر، فكان إجماعاً منهم – رضي الله عنهم -.[4]

4- والغيبة ضَرَرٌ ، والضَّرَر تجب إزالته في الإسلام؛ لقوله -ﷺ-: ((لا ضرر ولا ضرار))[5].

ويتضح مما سبق من عرض أدلّة الفريقين، أن حجج المالكية ومن معهم هي الأقوى نقلاً، والأرجح عقلاً.

فرواية المغيرة بن شعبة التي استدل بها الفريق الأول، قد طعن فيها العلماء[6]، ورواية علي – رضي الله عنه- عارضتها رواية أخرى استدل بها المالكية ومن معهم، إضافة إلى مبدأ وجوب رفع الضرر في شريعة الإسلام عن كل متضرر.

ثم إنالتقدم الهائل في وسائل الاتصالات ، يجعل من الركون لمسألة ما يُعرف بـ(التعمير) أمر بعيد جداً ، بعد أن هيأت تقنية الاتصالات سهولة الوصول إلى معرفة حال الغائب، في أي مكان على الكرة الأرضية، أو إن كان في عداد الأموات.

---

(1) ينظر: نصب الراية 719/3، والمغني 79/11.
(2) موطأ مالك مع شرح المنتقى للباجي 90/4، وتنوير الحوالك للسيوطي 95/2، كتاب الطلاق، ولهذا الأثر قصة، وهي: أن رجلاً استهوته الشياطين فغاب عن زوجته أكثر من أربع سنين، فجاءت امرأته إلى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فحكم بما ذكر أعلاه، فلما جاء زوجها خيّره عمر: إن شاء امرأته، وإن شاء الصداق . ينظر: المغني: 79/11 وما بعدها، ونصب الراية 716/3 وما بعدها، والمنتقى 90/4.
(3) المغني 79/11.
(4) المرجع السابق 80/11.
(5) الحديث سبق تخريجه
(6) ينظر: سبل السلام 207/3، وفيه: ((ضعفه أبو حاتم، والبيهقي، وابن القطان، وعبد الحق، وغيرهم)).

لذلك فإنا نرجّح الرأي المُجيز للتفريق بسبب فقد الزوج من حيث الأصل، للأدلة السابق ذكرها.

ثم ينظر في حالة الفقد، فإن كان يغلب عليها الهلاك، ورفعت الزوجة أمرها للقاضي – فيجب الايتربّص بها – بعد البحث والتقصي – أكثر من سنة، ثم يحكم لها بالتفريق.

وإن كان يغلب عليها السلامة – فبعد البحث بكافة السبل – يحكم بالتفريق بعد أربع سنوات من تاريخ الفقد.[1]

وقد تكون الحالة لا تستدعي أسابيع أو أياماً ، ثم ينتهي اجتهاد القاضي إلى اعتقاد ما يحكم بموجبه.[2]

وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الواحدة والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة في شهر محرم 1434هـ الموافق لشهر ديسمبر 2012 م أنه: ينتظر في المفقود فلا يحكم بموته حتى يثبت ما يؤكد حاله من حياة أو موت، ويترك تحديد المدة للقاضي بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد عن أربع سنوات من تاريخ فقده، ويستعين في ذلك بالوسائل المعاصرة في البحث والاتصال، ثم يحكم بما يغلب عن ظنه فيها.

كما قرر للزوجة إذا تضررت من مدة الانتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق[3].

المطلب الثالث

موقف القانون رقم (84/10) وتطبيقاته القضائية من المفقود

نصت المادة (32) مدني ليبي على أنه : ((يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية))

(1) وأصل هذا التأجيل عمل سيدنا عمر السابق الإشارة إليه، وربما كذلك؛ لأن أقصى مدة الحمل عند بعضهم أربع سنوات.

(2) إذ أن كثيراً من الفقهاء جعلوا مآل الأمر إلى اجتهاد القاضي، وبحسب ما يظهر له من الوقائع أمامه.

(4) مكة المكرمة الفترة 8-12-2012 م القرار رقم (2)

ومن القوانين الخاصة ذات العلاقة القانون رقم 15 لسنة 1991م القاضي بإنشاء الهيئة العامة للأوقاف، الذي نص في المادة (8) منه على إدارة أموال الغائبين، وكذا القانون رقم 84/10 م الذي تعرض في المادة (41) منه على بعض أحكام الغائبين، ونص فيها على ما يلي:

أ- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، وتضررت زوجته، جاز لها أن تطلب التطليق ولو كان لها مال تنفق منه على نفسها.

ب- إذا كان الغائب معلوم الإقامة وأمكن إعلانه ضربت له المحكمة أجلاً، إما أن يحضر إلى زوجته، ولما أن ينقلها إليه، ولما أن يطلقها.

ج- فإذا انتهى الأجل ولم يبد الزوج عذراً مقبولاً، فرّقت المحكمة بينهما بدون إعذار أو ضرب أجل، ويعتبر هذا التفريق طلاقاً رجعياً، حيث نص على أحكام الزوج الغائب بشيء من التفصيل ، فنجده أخذ برأي الفريق القائل:- بجواز التطليق للغيبة، وهم فقهاء (المالكية والحنابلة)، فأجاز التطليق للغيبة، ولكنها ليست الغيبة المطلقة – أي مجرّد غيبة – كما في المذهب المالكي، بل الغيبة المشروطة بأن تكون بدون عذر، كما هو رأي فقهاء الحنابلة، وسبق أن رأينا اتجاه المذهبين.

واشترط القانون لجواز التطليق أيضاً، أن تتضرّر الزوجة من غيبة الزوج، وهذا يعني إخراج الزوجة المسنّة وأمثالها ممن وصلن إلى حالة ليس معها لغياب الزوج أو حضوره – بالنسبة إليهن – فرقٌ ذو بال، طالما وجد مال تنفق منه على نفسها، ((فحيث تنتفي مظنّة هذا الضرر، ينتفي حق الزوجة في طلب التفريق))[1].

وهل مجرد غيبة الزوج الطويلة تعتبر دليلاً على ضرر الزوجة، طالما طلبت التطليق، ودون أن يطلب منها إثبات الضرر، مراعاة لحياء المرأة[2]، أم إن ذلك يتوقف على طول غيبة الزوج، وكذلك سنّ الزوجة، نقول: نعم الأمر منظور فيه إلى ذلك، وهذا الذي نرجّحه؛ لأن الفقهاء اشترطوا –حتى يتم التطليق – خشية المرأة على نفسها .

وتقدير كون الغياب لعذر مقبول، أو لغير عذر، تركه القانون لاجتهاد القاضي.

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للقطرين المصري والسوري، (دار القلم، دمشق، والشامية، بيروت، ط1، 1416هـ-1996ف)، ص208.

(2) ينظر: أحكام الأسرة للجليدي، 174/2.

وأيضاً تقدير المدة التي يحق للزوجة أن ترفع بعدها أمرها للقاضي، تركها القانون للقاضي يقدرها بحسب ما يظهر له من ملابسات القضية التي أمامه، فهو لم يأخذ لا برأي الحنابلة، ولا برأي المالكية، فسنّ بذلك حكماً لا مصدر فقهي له، وأجاز الحكم بالتطليق ولو بعد غياب الزوج الشهر أو أقل، ولا قائل بذلك من الفقهاء.

والقانون لم يعالج مسألة الغائب مجهول الإقامة، أو المفقود بشكل صريح ، وان كان بعض الشراح[1] أن الفقرة (أ) من نفس المادة تشمل أيضاً حكم الغائب – الذي لا يعرف موطنه – وتشمل كذلك المفقود – الذي لا تعرف حياته أو وفاته؛ لأنّها أجازت طلب التطليق للغيبة مطلقاً (الغيبة والفقد) وفي هذه الحالة يتم التطليق دون إعذار أو طلب أجل، بخلاف ما جاء في الفقرة (ب) من ضرورة الإعذار والتخيير بين فعل واحدة من الثلاث، والا طلّقها عليه القاضي.

وبما أن القانون قد أخذ برأي الحنابلة -في اشتراط أن تكون الغيبة بلا عذر؛ حتّى يتم التطليق – فهو لم يأخذ بجواز التفريق للغيبة بسبب الحبس؛ لأنّ غيبة المحبوس، إنما تكون لعذر، وليست إخلالاً بواجب المساكنة، قياساً على الغائب بعذر.

واعتبر القانون التطليق للغيبة، طلاقاً رجعياً، فاقتضى بذلك أثر القانون السوري، وخالف المذهب المالكي، وغيره من المذاهب الأخرى[2]

وكان الأولى بالقانون أن ينص على بينونة الطلاق لا رجعيته، حتّى يكون له مسوغاً فقهياً؛ إذ لا قائل من الفقهاء برجعية الطلاق للغيبة – فيما اطلع عليه الباحث من آراء الفقهاء.

وقد نصّ القانون على وجوب الإعذار، وضرب الأجل، للزوج معلوم الإقامة، فإذا كان غير معلومها، فلا إعذار ولا ضرب أجل؛ إذ لا معنى لهما حينئذ.

تطبيقات قضائية للقانون وتقييم بعضها :

(1) ينظر: د. الجليدي في كتابه أحكام الأسرة 174/2.
(2) التطليق للغيبة بائن عند المالكية، وفسخ عند الحنابلة، وهو بائن أيضاً في القوانين: المصري والأردني والسوداني، وفسخ في القانون اليمني (م52)، وسبق القول إن فقهاء الحنفية والشافعية، وكذلك الظاهرية، لا يجيزون التطليق للغيبة والفقد أصلاً.

من ذلك: رفعت المرأة ((... المسماة ... دعوى ضد زوجها المدعو ... لمغادرته بيت الزوجية بتاريخ 2001/11/5ف، ولم يعد حتّى تاريخ رفع هذه الدعوى 2002/3/18ف.

وأضافت المدعية: أنّه لم يترك لها كفيلاً، وأنّها لا تعرف إن كان داخل ليبيا أو خارجها، أو أنّه حيّ أم ميت، وهي تخشى على نفسها من الوقوع في الفتنة، وطلبت تطليقها للغيبة، وفقاً للمادة (41) من القانون، مع كافة حقوقها.

وحكمت المحكمةبتطليقها طلقة رجعية واحدة، اعتباراً من صيرورة الحكم نهائياً، وتأمرها بالدخول في العدة من ذات التاريخ، وأن يدفع لها الزوج نفقة العدة، والمتعة.

ومما جاء في الحيثيات: ((وحيث أن استمرار الزوجة هكذا يوقعها في العنت، و... وهي أمور تعتبر من الضرر ... لأنها من غير المعقول أن تبقى معلقة، لا هي زوجة ... ولا هي مطلقة ... وقد نص الفقهاء على جواز أن تطلب الزوجة التفريق إذا غاب عنها زوجها ... وحيث أن المدّعي لم يقدم عذراً مقبولاً يبرر غيابه ... فإنه يتعين القضاء بتطليق المدّعية طلقة رجعية ... وفقا للمادتين (30 ، 41) من القانون ...))[1].

ويستبين من هذه الدعوى والحكم ما يأتي:

1) أن رفع الدعوى تم بعد غياب الزوج بثلاثة أشهر فقط، بينما لم ترفع الزوجة دعواها – في المثال السابق إلا بعد مرور أكثر من أربع سنوات من غيبة الزوج.
2) الحكم بتطليق الزوجة للغيبة في مدة لا تزيد عن خمسة أشهر من بداية غيبة الزوج أو أقل من ذلك، والتطليق في هذه المدة لم يقل به أحد من الفقهاء، فأقل ما نصّ عليه الفقه الحنبلي هو ستة أشهر من يوم رفع الدعوى على المعتمد، والفقه المالكي لم يجزه لأقل من سنة، وكثير من فقهاء المذهب المالكي يقول:إن ثلاث سنوات قليل حتّى يتم تطليق الزوجة للغيبة، كما سبق القول، فهم لا يجيزونه إلا بعد إيحاش المرأة وتضررها فعلا من غياب زوجها.

(1) حكم محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، رقم (2002/47ف) الجلسة المنعقدة بتاريخ 2002/4/11ف، في الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم (2002/60ف).

3) الحكم برجعية الطلاق للغيبة، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء –كما ذكرنا آنفاً –، لكن القاضي هنا محكوم بالنص القانوني، ولا يستطيع الخروج عنه، ونص المادتين (30 ، 41) صريح برجعية هذا النوع من الطلاق.

4) الحكم أجاب طلب المدّعية بتطليقها، لكنه منعها من الدخول في العدة إلا بعد أن يصير الحكم نهائياً، فهو بذلك جعل من المدّعية معلقة مطلّقة، وزوجة في آن معاً، وهذه وضعية شاذة انتقدها الحكم في حيثياته المذكورة أعلاه، لكن المرجع بالدرك في هذا على القانون ذاته، وليس على الحكم، فهو قد جعل الزوجة في وضعية شاذة وغريبة فعلاً، يجب على المقنن تداركها بالتعديل، بحيث يكون الحكم بالتطليق نهائياً، لا يجوز استئنافه، يخرج من هذا الشذوذ.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية أيضاً: الحكم رقم (97/105) الصادر من محكمة مصراته الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية)[1] الزوجة التي أقامت دعواها ضد زوجها الذي تغيب عنها لمدة سنتين – بعد أكثر من عشر سنوات من زواجهما – والمحكمة بعد أن ثبت لديها صحة الدعوى قررت: ((الحكم بطلبات الزوجة، وتطليقها طلقة بائنة للضرر ... عملاً بنص المادة (39) من القانون رقم (91/22) بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (84/10) بشأن الزواج والطلاق وآثارهما))[2].

وظاهر أن هذا الحكم قد عدل عن تطبيق المادة (41) المتعلقة بالتطليق للغيبة، إلى تكييف الواقعة بأنها تطليق للضرر.

وهذا اجتهاد من المحكمة نرى أنه غير صائب – في نظرنا–، حيث إنها آثرت تفسير الضرر بمعناه العام، دون الخاص، وهذا اجتهاد مع النص؛ لأن المادة (39) من القانون المذكور تشترط تطبيق نصّ المادة (36) بضرورة إحالة الزوجين على حَكَمَيْن، في حالة عدم توصلهما إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق بالاتفاق، وفقا لنص المادتين (35، 48) من القانون.

والتكييف الصحيح إذاً لهذه الدعوى هو التطليق للغيبة، ووفقاً لنص المادة (41) وليس نص المادة (39) من القانون، ونوع الطلاق رجعي، قانوناً، وليس بائناً كما جاء في منطوق الحكم.

(1) الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم (1997/5) الجلسة المنعقدة بتاريخ 1997/3/23م.
(2) نصت الفقرة (أ) من المادة (39) على أنّه: ((إذا عجز الحَكَمان عن الإصلاح بين الزوجين، تولت المحكمة الفصل في النزاع بالإصلاح بينهما، فإن تعذر حكمت بالتطليق ...)).

وقد نحت هذا المنحى أيضاً في بعض أحكامها محكمة بني وليد الجزئية، فقد جاء في حيثيات بعض أحكامها:

((... وحيث إن التطليق للغياب هو تطليق للضرر، فإن الطلاق يكون منه بائن بينونة صغرى ...) ، وقد جاءت على نفس المنوال أحكام أخرى، اعتبرت التطليق للغيبة طلاقاً بائناً بالمخالفة للمادة (41) من القانون.[1]

وكُيِّفت دعوى التطليق للغيبة في أحكام أخرى تكييفاً قانونياً سليماً من حيث موافقتها لنص المادة (41) من القانون.[2]

والقانون لم ينظم –أيضاً – أحكام المفقودين والأسرى، وهل عدم تنظيمه لها اعتماداً واكتفاء منه بنص المادة (41/أ) من القانون؟ أم إحالةً على المادة (39) المنظمة لأحكام التطليق للضرر؟

ففيما يتعلق بالاحتمال الأول، فقد اتجه إليه بعض شراح القانون، وذكر أن الفقرة (أ) من المادة (41) من القانون تشمل حكم المفقود – وهو الذي لا تعرف حياته ولا وفاته، كما تشمل الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته.[3]

لكن التطبيق القضائي للقانون ذهب في بعض أحكامه إلى غير هذا الرأي، بل ذهب إلى تطبيق نص المادة (29) بدلاً من نصّ المادة (41/أ).

فقد جاء في حيثيات حكم لمحكمة مصراته الجزئية ما يلي: ((... قد ثبت أن زوجها قد فقد في أحداث حرب الجنوب سنة 1987ف، بموجب الشهادة الصادرة من مكتب الشهداء والأسرى والمفقودين، وأنها قد تضررت من غياب زوجها لمدة تجاوزت التسع سنين، مما يتعين والحال كذلك – الحكم لها بتطليقها من زوجها للضرر الذي لحقها من جراء الغياب الغير معروف المكان والعنوان، عملاً بالمادة (39) من القانون رقم (91/22) بتعديل بعض أحكام القانون رقم

(1) الدائرة الثانية، جلسة يوم 1996/5/27، الدعوى رقم 1995/85، أحوال شخصية.
(2) مثل الأحكام ذات الأرقام (2000/7) ، (2001/107) محكمة مصراته الجزئية، والحكم رقم (2000/133) محكمة باب بن غشير الجزئية.
(3) ينظر: أحكام الأسرة للجليدي، 174/2.

(84/10) بشأن الزواج والطلاق ،...)) وفي المنطوق: ((حكمت المحكمة غيابياً بتطليق المدّعية ... من زوجها المدّعى عليه ... طلقة بائنة للضرر من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً ...))[1].

وهذا اجتهاد من المحكمة – يرى الباحث أنّه غير صائب؛ لأنه القانون – كما سبق القول – قد حدد للحكم بالتطليق وفقاً لهذه المادة، إجراءات لابد من اتباعها قبل الحكم، تبدأ بتكليف حكمين، مروراً بمحاولة الإصلاح بين الزوجين بجلسة سرية، وانتهاء بالفصل في الخصومة.

والمفقود لا تتأتى في شأنه هذه الإجراءات، بداهة؛ لأنّه مفقود، وغير موجود.

وكما لا يجوز – قانوناً – تطبيق نص المادة (39) المذكورة آنفاً على المفقود، فكذلك نص المادة (41/أ) لا ينسحب عليه أيضاً – كما يرى الباحث – ؛ لأن مصدر هذا القانون الفقه الإسلامي، وقد مرت بنا تفصيلاً أحكام المفقود، وأن حالاته تختلف – في الفقه الإسلامي – من حالة إلى أخرى، وبحسب الأحوال.

ولم ينظم القانون – أيضاً – أحكام التطليق بسبب الحبس، والمادة (41) منه – بفقراتها الثلاث – والتي تنظم أحكام التطليق لغيبة الزوج – يرى الباحث – أنها لا تشمل أحكام المحبوس؛ لأنّه معلوم الحياة، ومعلوم الإقامة في الغالب، ويمكن الوصول إليه، بل ويزار من قبل زوجه وذويه وفوق ذلك أعطت له كثير من التشريعات الحق في التمتع بإجازة يصبح خلالها طليقاً[2]، وقد يفرج عنه بعفو عام، والمفقود غير ذلك تماماً.

ولذلك فمعالجة هذا الوضع مهمة جدا بتنظيم قانوني يُستقى من المذهب المالكي– باعتباره المذهب السائد بهذه البلاد– أو من مجمل المذاهب الأربعة التي تدين الله بها جماهير امة الإسلام ، ورضيت بها.

ولقد نظمت كثير من القوانين العربية للأحوال الشخصية أحكام السجين[3]، واعتبرته في حكم الغائب، وقياساً على ذلك، يجوز لزوجته أن تطلب التفريق منه، بغضّ النظر عن الفعل، أو الجرم

(1) الحكم رقم (1990/441ف) الصادر من محكمة مصراته الجزئية، (دائرة الأحوال الشخصية) جلسة يوم 1995/5/21، في الدعوى المقيدة تحت رقم (95/229).
(2) وقد سبقت الإشارة إلى القانون رقم (2005/5ف) بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل في ليبيا.
(3) القانون المصري رقم (29/25) (م14)، السوداني (م190)، الأردني (م130)، اليمني (م52).

المسبب لعقوبة السجن أو الحبس[1]، ودوافعه، تأسيساً على أن كلاً من الغيبة، والحبس يلحقان ضرراً بالزوجة، وبهما تكون علة خوف الفتنة وغيرها، قائمة.

ويرجع بعض الشراح إلى أن حكم التطليق بسبب حبس الزوج، أصله مذهب الإمام مالك – رحمه الله –.[2]

وبالرجوع إلى مصادر المذهب، لم نجد – فيما اطلعنا عليه منها – من يقول: بأن حكم المحبوس هو كحكم الغائب سواء بسواء تطلّق عليه زوجته بعد سنة من حبسه، بل إنك تجد ما يفيد أن فرقاً في الحكم بين السجين الذي يستطاع الكشف عنه، كالأسير معروف المكان مثلاً، وبين السجين الذي لا يستطاع الكشف عنه[3]، وقد سبق توضيح ذلك.

وغيبة الزوج – التي قيس عليها الحبس – في جواز أن تطلب الزوجة الطلاق بسببها: إما أن تكون بعذر أو بغير عذر، فبعض القوانين[4] العربية، اشترطت أن تكون الغيبة بلا عذر حتى يحق للزوجة أن تطلب الطلاق، ومصدرها في ذلك الفقه الحنبلي، وبعضها الآخر[5] أجازت التطليق لمجرد الغيبة، سواءٌ أكانت لعذر، أو لغير عذر؛ لأن علّة خوف الفتنة قائمة في الحالتين، ومصدرها في ذلك الفقه المالكي.

وهذا القياس الذي أسست عليه هذه القوانين – المشار إليها – أحكامها المتعلقة بغياب الزوج بسبب الحبس، رآه بعض الباحثين[6] أنّه متحقّق في القانون رقم (84/10) أيضاً (م41).

ولكن لما اشترط القانون لجواز التطليق للغيبة، أن تكون غيبة الزوج بلا عذر مقبول، ولما قسنا الحبس على الغيبة لاتحاد العلة في كلٍّ قلنا: إن المحبوس غائب، ولما كان لا يستطيع الخروج والعودة إلى أسرته، فهو معذور، وعذره مقبول؛ لأنّه ((لا تكليف إلا بمستطاع))؛ لذلك فإن

(1) كثير من القوانين تفرق بين السجن والحبس، بالنظر إلى نوع ومدة العقوبة، ومنها ق.ع الليبي (م 17) منه.
(2) ينظر: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر، ط1، 1990، ص234، ود. عبدالحكيم عطروس، أحكام الأسرة في القانون اليمني، (دار جامعة عدن للنشر، ط2، 2002ف)، ص152.
(3) الشرح الكبير 479/2.
(4) القانون المصري (م12/ ق رقم 1929/25)، والأردني (م123).
(5) القانون السوداني (م185)، اليمني (م52).
(6) د. سعيد الجليدي، أحكام الأسرة، 175/25.

القانون المذكور[1] ((لم يأخذ بجواز التفريق للغيبة بسبب الحبس؛ لأنه أخذ برأي الحنابلة في اشتراط أن تكون الغيبة بلا عذر مقبول، ولو أخذ برأي المالكية في عدم اشتراط العذر، واعتبار الغيبة الطويلة مطلقاً سبب للتفريق لشمل التفريق للغيبة، الغائب المحبوس وغيره))[2].

وما سبق يظهر مدى أهمية وضرورة وضع تنظيم لأحكام التطليق بسبب حبس الزوج، خاصة إذا علمنا أن نص المادة (41) لا ينسحب على المفقود والمحبوس والأسير، وبالتالي فلا مناص من معالجة هذه الحالات بنصوص واضحة وجلية، حتى لا يذهب القضاء بتطبيقاته فيها كل مذهب.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية في التطليق بسبب الغيبة للحبس، واجتهادات رجال القانون من محامين وقضاة، في مثل هذه الحالة، الحكم في الدعوى الآتية[3]:

((... ارتكب الزوج جرائم مشينة أدت به إلى أن يسجن لمدة ستّ سنوات، وتضررت الزوجة من هذا الوضع، ورفعت ضده دعوى مطالبة بتطليقها منه وفقا لنص المادة (39) من القانون المذكور، وفي إحدى جلسات المحكمة، طالب محامي الزوجة بتطليق موكلته وفقا لنص المادة (41) من القانون المذكور، والمحكمة حين أخذت تؤسس لحكمها وتسبب له، ذكرت في حيثيات حكمها: ((إن القانون رقم (84/10ف) في شأن الزواج والطلاق لم ينظم أحكام التطليق بسبب سجن الزوج أو أسره، وبالتالي فإنه لا مناص أمام المحكمة إلا تطبيق نص الفقرة (ب) من المادة (72) من ذات القانون، التي تقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وحيث أن فقهاء المالكية قد نصوا على أن سجن الزوج أو حبسه أو اعتقاله يعتبر من الغيبة التي تبيح للزوجة طلب الطلاق للضرر، وأن التطليق بسبب حبس الزوج يأخذ نفس حكم التطليق للغيبة، وهذا الرأي هو الأكثر ملاءمة لأحكام القانون، على اعتبار أن الفقه المالكي هو الفقه السائد في ليبيا، وهو الذي به العمل بين الناس وبالتالي فإن المحكمة تقضي في هذه النازلة بمقتضاه، وتعتبر سجن المدّعى عليه لمدة ستّ سنوات غيبة طويلة يبيح للمدّعية طلب تطليقها.

([1]) القانون (84/10).

([2]) المرجع السابق، ن.ص.

([3]) الحكم رقم (2002/114) الصادر من محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية في الدعوى رقم (2002/127) بتاريخ 2002/7/25.

وحيث أن القانون (84/10ف) قد نظم أحكام التطليق للغيبة (م41)، وحيث أن سجن المدّعى عليه على جريمة شرب وتصنيع الخمر، لا يصلح أن يكون عذراً له؛ ... وتأسيساً على جميع ما سبق فإن المحكمة تقضي بتطليقها طلقة رجعية واحدة ... لأن التطليق للغيبة يقع رجعياً، وفقا لحكم المادتين (30، 41/ج) من القانون ... لذلك: حكمت المحكمة بتطليق المدّعية ... من زوجها ... طلقة رجعية، وتأمرها بالدخول في العدة من صيرورة الحكم نهائياً))[1]

وواضح أن المحكمة لم تجد في نصوص القانون ما يحكم الدعوى المعروضة أمامها فالتجأت اجتهاداً منها إلى تطبيق المادة (72 فقرة ب) نتيجة الفراغ الواقع في القانون ولن كانت في نهاية الأمر قد اعتبرت الحبس غيبة، ولكنها غيبة بدون عذر حتى تصل إلى غايتها من رفع الضرر عن الزوجة، بتطليقها من زوجها المُضَار.

والحق أن هذه الواقعة التي تفصح عن تصرفات الزوج السيئة، وأخلاقه المشينة، تُعطي للزوجة الحق في طلب التطليق منه، حتى لمجرد شربه للخمر أو بيعه له، ولو لم يحبس أصلاً، وذلك للضرر الذي يلحق بالزوجة، من جراء سلوكه السيئ، والذي لا يمكن أن تحتمله امرأة مسلمة سوية.

الترجيح وخلاصة وخاتمة البحث

بعد الحمد لله ، والصلاة على الرسول الله.

وبعد دراستنا للموضوع من جميع جوانبه نخلص ونرجح ونختم بالآتي:-

اتفق الفقهاء على عدم جواز الحكم بوفاة الغائب ما لم يصبح مفقودا فلا توزع أمواله أو تفرق عليه زوجته حتى تثبت وفاته أو يُعد مفقودا وتطبق عليه أحكام المفقود

فقد ذهب الأحناف والشافعية إلى انه لا يجوز لزوجته أن تطلب التفريق للغياب، فلا تبين منه حتى تثبت وفاته ،إلا إذا لم يترك لزوجته مالا فتطلق عليه لعدم الإنفاق.

والمالكية والحنابلة أجازوا التفريق ولو ترك لها مالا بشرط أن تطول المدة، ويلحقها الضرر، وكانت الغيبة دون عذر ، فإن كان عذر فلا تفريق عند الحنابلة .

([1]) الحكم رقم (2002/114ف) المشار إليه سابقاً.

وحيث أن أصل هذه المسألة اجتهادية لخلوها من نص شرعي صحيح ، فقد اختلف في تحديد هذه المدة التي يتم بعدها الحكم بتفريق زوجته ، من حالة إلى أخرى، ومن سنة إلى ما يزيد على المائة سنة.

ومن حيث أن من مقاصد الشريعة حفظ الدين والعرض، وأن من قواعدها رفع الضرر وإزالة العنت ، ومن حيث إبقاء الزوجة السنين الطوال في عصمة زوج غائب لا يُدري حياته أو مماته، ومن حيث إن مراعاة الوسائل العلم الحديثة يجب أن تكون عاملا أساسيا يبني عليه القاضي اجتهاده في تبيين حقائق هذه الوقائع .

فإنا نصل إلى أن الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة من جواز التفريق رفعا للضرر، وتأكيدا لما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي المذكور في ثنايا هذا البحث من ضرورة رفع الضرر ،حيث ما كان، وجواز التفريق بعد الطلب ومراعاة ما توصل إليه العلم الحديث في التحقق من حال حياة المفقود أو موته ، وإعطاء القاضي السعة في قراره بما يراه مناسبا من رفع الضرر وإزالة العنت .

وأخيرا إن كنت قد أصبت فبتوفيق من الله سبحانه وإن أخطأت فمن نفسي.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أهم المراجع

1. الهداية شرح بداية المبتدئ للإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي، مطبوع مع نصب الراية.
2. مختصر المزني على الأم للإمام الشافعي .
3. المحلى بالآثار لأبي محمد علي ابن أحمد ، ابن حزم الأندلسي.
4. الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي للشيخ الدردير .
5. المغني للإمام ابن قدامه(ت630) ويليه الشرح الكبير للإمام ابن قدامه المقدسي(ت682) تحقيق : محمد خطاب ، والسيد محمد السيد، نشر دار الحديث ، القاهرة ط1،416 هـ..
6. تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد القرطبي (دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965م).
7. فتح الباري للحافظ أحمد ابن حجر العسقلاني ، تحقيق: عبد العزيز بن باز وآخرون ، (المكتبة السلفية ، القاهرة ، ط3 ، 1407هـ)
8. بدائع الصنائع لعلاء الدين الكساني، تحقيق:علي محمد عوض ، وعادل أحمد ، (دار الكتب العلمية ،بيروت ، ط1، 1997م).
9. مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411 هـ – 1991م .
10. الأحوال الشخصية لأبي زهرة دار فكر العربي،القاهرة ،ط3 (د.ت).
11. أحكام الأسرة د.سعيد محمد الجليدي،مطبعة عصر الجماهير ،الخمس،ليبيا،ط2، 1998م.
12. أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد مصطفى شلبي،دار النهضة العربية ،بيروت، 1393هـ.
13. حاشية ابن عابدين ،دار الفكر،بيروت،1421هـ –2000م.
14. سُبل السلام شرح بلوغ المرام ،محمد إسماعيل الصنعاني ،دار الفكر،بيروت ،(د.ت).
15. المجموع للسراجي ، حقيق : محمد المطيعي ،مكتبة الارشاد ، السعودية (د.ت).
16. الشرح الصغير للدردير ، خرج أحاديثه د.مصطفى كمال وصفي ، نشر دار المعارف،مصر ، (د.ت).
17. حاشية الصاوي مطبوع مع الشرح الصغير ، دار الكتب العلمية،بيروت ،ط1 1997م،
18. بداية المجتهد لأبي الوليد ابن رشد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المحتهد، شرح وتحقيق: د. عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، ط1، 1990م،

19. تبيين المسالك للشنقيطي.
20. تنوير الحوالك،شرح الموطأ الإمام مالك للامام جلال الدين السيوطي،المكتبة الثقافية، بيروت، 1973م.
21. الموسوعة الفقهية الميسرة، د. إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان ، المنصورة ،مصر(د.ت).
22. مجموع فتاوى النكاح وأحكامه لابن تيمية: ت: نشر الدار المصرية اللبنانية، تحقيق: أبو المجد حرّك، ط6، 1422 هـ - 2001م.
23. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للقطرين المصري والسوري، دار القلم، دمشق، والشامية، بيروت، ط1، 1416هـ-1996ف.
24. فتح العلي المالك، في الفتوى على مذهب الإمام مالك -ﷺ-، لأبي عبد الله الشيخ محمد عليش، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة، 1378 هـ - 1958م
25. الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر، ط1، 1990.
26. القانون المدني الليبي رقم 84/10.