

التفريق القضائي
بين الزوجين للغيبة والفقدان
دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال
الشخصية العماني وبعض القوانين العربية الأخرى
د.الغاوري محمد عبد الرحمن الفقي*

* مدرس بكليتي الشريعة والقانون بجامعة الأزهر في طنطا، وجامعة مسقط.

ملخص البحث:

(أ) التفريق لغياب الزوج

المقصود بغيبة الزوج هنا: انتقاله إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه زوجته وإقامته فيه مدة تتضرر زوجته فيها من بُعْدِهِ عنها، وحياته معلومة وأخباره موصولة ولو إجمالاً.

فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة من الزمان وقد ترك لها مالاً تنفق منه على نفسها أثناء غيابه، لكنها تضررت بغيبته وبعده عنها بحرمانها من تلبية رغباتها الجسدية والنفسية مما جعلها تتطلع إلى الرجال، وتخشى على نفسها الفتنة فهل لهذه الزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها بسبب ذلك؟ وهل على القاضي أن يجيبها إلى طلبها؟

الفقهاء - في هذا الصدد - بين مانع مطلقاً، ومجيز بضوابط، ثم إن الذين أجازوا لها طلب التفريق اختلفوا فيما بينهم في نوع الغيبة المجيزة للتفريق، وفي مدتها، وفي صفة الفرقة الحاصلة بذلك.

أما بالنسبة لنوع الغيبة المجيزة للتفريق ففيها رأيان:

الأول: يرى الحنابلة - في المعتمد عندهم - أن الغيبة التي تجيز التفريق بين الزوجين هي غيبة الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول شرعاً، أما غيابه عنها بعذر مقبول فلا تفريق به عندهم.

والثاني: يرى المالكية - في المعتمد - جواز التفريق؛ لتضرر المرأة من غيبة زوجها مطلقاً، أي سواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر، لأن المرأة تتضرر في الحالين، وبه قال العلامة أحمد الخليلي من الإباضية المحدثين.

وأما بالنسبة لمدة الغيبة التي يحق للمرأة بعدها طلب التفريق: فالمالكية - في المعتمد عندهم - يقولون: إنها سنة، والحنابلة يرونها ستة أشهر، ومن قال من الإباضية بالتفريق يرى أنها أربعة أشهر.

وأما بالنسبة لصفة الفرقة الحاصلة بغية الزوج: فالمالكية يقولون: إنها طلاق بائن، والحنبلة على أنها فسخٌ وليست بطلاق.

والمختار أن لها طلب التفريق بعد مضي سنة من غيبته، سواء أكانت الغيبة بعذر أم بغير عذر، وعلى القاضي أن يجيبها لكن بعد إجراءات معينة أشرنا إليها في البحث. وإلى هذا جنح المقنن العماني في المادتين (١١٠)، (١١١) من القانون، لكنَّ هاتين المادتين قد شابهما قصور في الصياغة وضحناه في موطنه من البحث، واقترحنا صياغة جديدة للمادتين، كما وضحنا أولوية القول بأن التفريق هنا فسخ وليس طلاقاً.

(ب) التفريق لفقدان الزوج:

المفقود هو من غاب غيبة منقطعة خفيت فيها أخباره، وجُهلَت فيها حياته، وأصبح أهله في حيرة من أمره، أحْيى هو أم ميت؟

فمن كانت حاله كذلك ثم طلبت امرأته التفريق لتضررها وخشيتها على نفسها الفتنة فقد اختلف الفقهاء في إجابة طلبها على مذهبين، كما في امرأة الغائب، لأنَّ المفقود هو غائب وزيادة^٥ والذي نميل إليه أن لزوجة المفقود ما لزوجة الغائب من التفريق عليه، بل هي أولى.

أما إذا لم تطلب زوجته المفارقة وانتظرتة وصبرت ولم تجزع من غيابه، فهل تكون على زوجيته عمرها كله؟

نقول: إن الأمر لا يخلو من حالين: إما أن يرفع أحد المستحقين في تركة المفقود الأمر إلى القاضي طالباً منه الحكم بوفاته، وإما لا.

فإذا لم تُرفع حال المفقود إلى القاضي: فزوجته باقية على زواجها منه حتى يأتيها يقين موته أو يأتيها هي أجلها، أو يصح طلاقه لها. وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم.

أما إذا رفع أحد المستحقين في تركته حاله إلى القاضي طالباً الحكم بموته، وقد حكم القاضي له به، فحينئذ تنحل زوجيتها منه، وتعتد وجوباً عدة

الوفاة، وتبين منه بانقضاء العدة؛ لأن القضاء حجة متعديّة، فتلزمها الفرقة به. وهو قول عامة أهل العلم، خلافاً لابن حزم الذي يرى أنه لا يجوز فسخ نكاح المفقود أبداً.

وهنا يثور تساؤل هام، وهو: متى يحكم القاضي بوفاة المفقود؟ ومن ثم تنحل زوجيته؟

هذه المسألة دار حولها خلاف كبير بين الفقهاء حسمه القانون العماني في مادته (١٩٤) الفقرة (ب) حيث قرر أن للقاضي أن يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد.

ولما كان تحديد هذه المدة في كل مفقود قد لا يكون مناسباً لظروف عصرنا فإنني اقترحت إعادة النظر في صياغة هذه المادة في ضوء ما ذكرته في الرأي المختار من هذه المسألة، والله أعلم.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وعلى آله ومن والاه
في مبدأ كل أمر ومنتهاه، وبعد:

فإن الإسلام قد جعل الطلاق في يد الرجل؛ لِحَكَمِ علمها اللطيف الخبير
ولم يخف بعضها على كل عاقل بصير، وجَعَلَهُ بيد الرجل ليس مطلقاً بغير قيد،
بل هو مقيد بقيود تنفق والحكمة التي دعت إلى تشريعه، وبما يمنع الإضرار
بالمرأة.

وإذا كانت حكمة التشريع قد اقتضت ذلك فإن عدالته قد أثبتت إلا أن يكون
للمرأة الحق في افتداء نفسها من زوجها إن كرهت البقاء معه في فرقة تسمى
خلعاً، وإلا أن يكون لها الحق في التفريق بينها وبين زوجها قضاءً إن تعذر
الطلاق بإرادة الزوج بعدما أبدت من الأسباب ما يصلح مسوغاً للتفريق.

وهنا يأتي هذا التساؤل: هل غيبة الزوج عن زوجته أو فقدانه يصلحان
سبباً للتفريق القضائي بينهما؟

وللإجابة عنه: كان هذا البحث المتواضع الذي حاولت فيه معالجة واحدة
من المشكلات الأسرية التي لها ارتباط وثيق بظروف عصرنا الحاضر، ذلك
العصر الذي انتشرت فيه ظاهرة الهجرة والسفر للعمل أو الدراسة في الخارج،
والذي انتشرت فيه - أيضاً - الحروب الطاحنة والغارات الشاملة، وحوادث
الطائرات والسفن، والكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات وغيرها، مما أدى
إلى كثرة حالات الغياب والفقْدان. فَبَيَّنْتُ موقف الفقه الإسلامي وبعض القوانين
العربية من التفريق بين الزوجين بسبب ذلك؛ ليتضح للقاصي والداني مثالية
شريعتنا الغراء وموضوعيتها في معالجة مثل هذه القضايا.

وقد سلكت في هذا البحث سبيل المقارنة، فجمعت أقوال الفقهاء من كتبهم
المعتمدة، وذكرت أدلتهم وتوجيهها، وما ورد عليها من مناقشات إن وجدت، وما
أجيب به عنها، كلما أمكن ذلك، ثم بينت الرأي المختار حسبما ظهر لي بالدليل
في ضوء التقدم والتطور الهائل الذي شهده عصرنا الحاضر في وسائل

الانتقال والاتصال الحديثة التي حولت العالم الفسيح إلى قرية صغيرة، ثم ذكرت موقف قانون الأحوال الشخصية العماني وبعض القوانين العربية الأخرى من موضوع البحث، معلقاً على ما يستحق التعليق منها، وقد راعيت في كل هذا الوضوح في الفكرة مع السهولة في التعبير وحسن الترتيب بقدر الإمكان.

هذا، وقد اقتضت طبيعة البحث في هذا الموضوع أن أقسمه إلى مبحثين تسبقهما مقدمة وتلحقهما خاتمة.

أما المقدمة: فقد ضمنيتها سبب الكتابة في هذا الموضوع، وخطة العمل فيه.

وأما المبحث الأول: فجعلته لبيان حكم التفريق للغيبة.

وأما المبحث الثاني: فخصصته للتفريق بسبب فقدان

وأما الخاتمة: فتحتوي أهم نتائج البحث وتوصياته، وملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية.

والله أسأل أن يخرجنا من ظلمات الوهم، وأن يكرمنا بنور الفهم، وأن يفتح لنا بمعرفة العلم، وأن يحسن أخلاقنا بالحلم، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم. اللهم آمين،

المبحث الأول

التفريق بين الزوجين بسبب غَيْبَةِ الزوج

ويتضمن أربعة مطالب:

- **المطلب الأول:** بيان المقصود بالغَيْبَةِ
- **المطلب الثاني:** آراء الفقهاء في التفريق لغيبه الزوج
- **المطلب الثالث:** صاحب الحق في الفرقة للغيبه، وصفتها
- **المطلب الرابع:** موقف قانون الأحوال الشخصية العماني وبعض القوانين العربية الأخرى من التفريق للغيبه.

المطلب الأول

بيان المقصود بالغيبه

لما كان الحكم على الشيء فرع عن تصوره كان لزاماً علينا قبل التصدي لبيان حكم التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الغيبه أن نبين المقصود بها حتى يجيء الحكم على شيء متصور في ذهن القاريء.

الغَيْبَةُ في اللغة: مصدر غاب الشيء يغيب أي بَعُدَ، وَبَطُنَ، وَخَفِيَ، ويقال أيضاً: غَابَ غَيْباً وَغَيْباً، وَغَيْبُوبَةً، وَمَغَاباً، وَمَغِيباً فهو غَائِبٌ، وجمعه: غُيُبٌ كَرُكْعٍ، وَغُيَّابٌ مِثْلُ كُفَّارٍ، وَغَيْبٌ مِثْلُ صَحْبٍ.

وغاب الرجل وتَغَيَّبَ أيضاً: توارى، وامرأة مُغَيَّبٌ، ومُغَيَّبٌ، ومُغَيَّبَةٌ: غاب عنها بعلها، أو أحد من أهلها^(١).

والمقصود بالغيبه في بحثنا: انتقال الزوج - اختياراً أو اضطراراً - إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه زوجته، وإقامته فيه مدة طويلة تتضرر زوجته فيها من بعده عنها، وحياته معلومة وأخباره موصولة ولو إجمالاً.

(١) يراجع/ لسان العرب لابن منظور ١٠/١٥١ وما بعدها، ط/دار إحياء التراث العربي، بيروت، المصباح المنير للفيومي ٢/٤٥٧ ط/المكتبة العلمية، بيروت، المنجد في اللغة والأعلام لبطرس البستاني ص ٤٢ ط/دار المشرق، بيروت.

ولا نقصد بإقامة الزوج في بلد آخر إقامته بدولة أخرى، وإنما تكفي إقامته في غير موطن الزوجة بإحدى المدن، أو القرى أو الشعاب^(١).

وقد عَرَّفَ المَقْنَن العُمَانِي الغَائِب في الفقرة الأولى من المادة (١٩٠) من قانون الأحوال الشخصية فقال: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته"

وأقول: هذا التعريف يمكن أن يعترض عليه بما يلي:

١ - أنه غير جامع لكل أفراد المعرف، حيث إنه لا يشمل الذي غاب عن وطنه إلى مكان آخر معلوم وأقام فيه وكانت إقامته معلومة، مع أنه غائب لغة وشرعاً وعرفاً.

٢ - هذا التعريف يتناقض مع ما ذكره المَقْنَن في المادة (١١٠) حيث جاء فيها ما نصه "للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته... إلخ" فهذا أنت تراه قد نص - هنا - على أن الغائب قد يكون معلوم الإقامة والموطن، بينما في المادة (١٩٠) قال: الغائب من كان مجهول الإقامة والموطن، وهذا تناقض بيّن.

٣ - تعريف الغائب بأنه (من لا يعرف موطنه ولا محل إقامته) لا يسعف في التفريق بين الغائب والمفقود، وذلك لأنه جعل مدار الحكم في الغائب على الجهل بالموطن ومحل الإقامة، والجهل بالموطن ومحل الإقامة يستلزم - غالباً - الجهل بالحياة أو الموت الذي هو مدار للحكم على الشخص بالفقد كما صرح المَقْنَن العُمَانِي نفسه بذلك في الفقرة الثانية من المادة (١٩٠)، حيث قال: المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته، ومن ثم فتعريف الغائب بهذا التعريف لا يُمْكِن من التفريق بين الغائب والمفقود.

(١) أما ترك الزوج منزل الزوجية وإقامته في منزل آخر في نفس البلد الذي تقيم فيه زوجته فهو هجر، وهو من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر والشقاق، وقد عالجها المَقْنَن العُمَانِي في سبع مواد، بدءاً من المادة (١٠١) من قانون الأحوال الشخصية، وانتهاء بالمادة (١٠٧) منه، فراجع إن شئت.

لذا أقترح أن يعرف الغائب بأنه:

من ترك وطنه - اختياراً أو اضطراراً- إلى مكان آخر وأقام فيه، وحياته معلومة، وأخباره موصولة، ولم تنقطع - بعد - ولو إجمالاً.^(١)

(١) لم أقف على تعريف للغائب عند الفقهاء إلا ما ذكره الشيخ أبو الحسن البسيوي الإباضي حيث قال: "وأما الغائب فإنه من غاب ولم يدر أين توجه، ولا ما كان من سببه"

يراجع /مختصر البسيوي ص ٢٣٠، ط/وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان. وهذا المعنى أشار إليه الإمام السالمي في جوهره ٣١٩/٢ ط/النهضة - سلطنة عمان حيث قال:

إِنَّ حَوَادِثَ الزَّمَانِ جَمَّةٌ وَكُلُّ حَادِثٍ فَيُعْطَى حُكْمُهُ
مِنْ ذَلِكَ الْغَائِبِ وَالْمَفْقُودِ حُكْمُهُمَا فِي كُثْبِنَا مَوْجُودٌ
إِلَى أَنْ يَقُولَ:

وَالْفَرْقُ بَيْنَ غَائِبٍ وَمَنْ فُقِدَ يُدْرَى لِأَنِّ الْأَصْلَ غَيْرُ مُتَّحِدٍ
فَغَائِبٌ مَنْ غَابَ دُونَ سَبَبٍ يُعْرَفُ إِلَّا بِاخْتِفَاءِ الْمَذْهَبِ
وَالْفَقْدُ أَنْ تَرَاهُ فِي الْحَرِيقِ أَوْ أَنَّهُ فِي الْمَاءِ كَالْغَرِيقِ
ومن هذا نفهم أن الإباضية يرون أن الغائب: من غاب وانقطع خبره واختفى أثره ولم يدر موضعه بسبب يُغَلَّبُ بقاءه على قيد الحياة، أما المفقود فهو من اختفى أثره بسبب أمر مهلك في الغالب.

وأقول: إن مصطلح الغائب بهذا المعنى عند الإباضية يرادف مصطلح المفقود الذي فقد في حال يغلب عليها السلامة عند غيرهم، يعني أن الغائب الذي تجري عليه أحكام الغياب عند الإباضية هو أحد نوعي المفقود عند غيرهم، فغير الإباضية يقسمون المفقود إلى مفقود في حال يغلب عليها السلامة، ومفقود في حال يغلب عليها الهلاك. يراجع / شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٦٨/٥ ط/دار إحياء التراث العربي، بيروت، التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله العبدري المعروف بالموافق بهامش مواهب الجليل للحطاب ١٥٦/٤ ط / دار الفكر، بيروت، الحاوي الكبير للماوردي ٣١٦/١١، تحقيق وتعليق الشيخين: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط/دار الكتب العلمية، بيروت، المغني لابن قدامة بأعلى الشرح الكبير ٩/ ١٣٢ ط/دار الفكر، بيروت.

وعلى أية حال لا مشاحة في الاصطلاح، وطالما أن الغائب عند الإباضية والمفقود في حال يغلب عليها السلامة عند غيرهم وجهان لشيء واحد فإن موقف زوجة كل منهما يأوي إلى مكانه المناسب في البحث، وهو المبحث الثاني الموسوم ب: التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج.

وهو نوعان: (أ) معلوم الإقامة (ب) مجهول الإقامة

أما المفقود فهو كما عرفته المادة ١٩٠ - من لا تعرف حياته ولا وفاته.

وبناء على ماسبق: يكون المدار في الفرق بينهما على الجهل بالحياة من عدمه، لا على الجهل بالمكان، أي إن جهلت حياته فهو مفقود، وإن علمت حياته فهو غائب.

ومن هنا: نستطيع أن نقول: بأن كل مفقود غائب، دون العكس، وأن الغيبة تزول بحضور الغائب أو موته موتاً حقيقياً، أما الفقد فيزول بحضور المفقود أو موته موتاً حكماً، كما سنبينه - إن شاء الله - فيما بعد.

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في التفريق لغيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة من الزمان وقد ترك لها مالاً تنفق منه على نفسها أثناء غيابه، لكنها تضررت بغيبته وبعده عنها بحرمانها من تلبية رغباتها الجسدية والنفسية مما جعلها تتطلع إلى الرجال وتطمح نفسها إليهم، وتخشى على نفسها من الانحراف، والسقوط في الفاحشة، فهل لهذه الزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب ذلك؛ كي تحل من بعده للأزواج؟ وهل للقاضي أن يجيبها إلى طلبها؟ اختلف الفقهاء في هذا الصدد على مذهبين^(١):

الأول: مذهب القائلين بجواز التفريق:

يرى المالكية والحنابلة - في المعتمد عندهما - أن الزوجة إذا غاب عنها زوجها غيبة طويلة تضررت منها بأن خشيت على نفسها الوقوع في الزنى جاز

(١) يرجع اختلافهم في ذلك إلى اختلافهم في حكم استدامة الوطء للزوجة فمن ذهب إلى أن استدامة الوطء قضاء وديانة حق للزوجة على زوجها كما هو حق له عليها، قال بجواز التفريق إذا غاب الزوج عن زوجته؛ لأنه يكون قد فوت عليها حقاً واجباً لها عليه، ومن قال: ليس للزوجة حق دوام الوطء لم يجز التفريق بسبب غيبة الزوج، لعدم وجود ما يبنى عليه هذا التفريق عندهم.

لها طلب التفريق بينها وبينه، حتى وإن كان قد ترك لها مالاً تنفق منه على نفسها، ويقبل قولها بيمينها في إدعائها هذا الضرر^(١)، لكن القاضى لا يجيبها إلى طلبها إلا بعد أن يكتب إلى زوجها - إن كان معلوم المكان وتصله الرسائل - ويخيره بين أن يرجع إلى زوجته أو ينقلها إليه حيث يقيم أو يطلقها، ويمهله مدة مناسبة بنظره، فإن اختار شيئاً مما ذكر ونفذه سقطت الدعوى، وإن أبى ذلك كله أو لم يرد بشيء وقد انقضت المدة المضروبة له أو لم يكن له مكان معروف أو كان مكانه لا تصل الرسائل إليه طلق عليه القاضى بطلبها التفريق منه^(٢).

(١) لأنها تدعى أمراً لا يعرف إلا من جهتها، ولا يتأتى لها إثباته، وليس من الضروري هنا أن تقول المرأة للقاضى في تبجح وبلا حياء: أطلقنى من قيد هذا الرجل الغائب وإلا زينت، بل يكفي أن تذكر في صحيفة دعواها أنها تضررت من غيبة زوجها، لأن تصريحها بالخوف من الوقوع في الزنا قد يمس سمعتها وشرفها، وربما يمنعها أصلاً من رفع دعواها، وعلى القاضى أن ينظر بعمق إلى سن المرأة التى جاءت تشكو إليه غياب زوجها، وإلى بيئتها التى تعيش فيها، وإلى المدة التى عاشتها انتظاراً لزوجها الغائب قبل رفع دعواها بالتفريق، وحينئذ يستطيع أن يقف على ما تعانيه المرأة من بعد زوجها عنها من غير تصريح منها.

(٢) قال أحد الباحثين المعاصرين مانصه: "لم أجد واحداً من أهل العلم من الصحابة أو التابعين أو الأئمة أجاز التفريق بسبب غيبة الزوج مادام حياً".
يراجع / الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنى د/ عمر سليمان الأشقر ص ٢٦٨ ط / دار النفائس - الأردن.
وفي ص ٢٧٠ من نفس الكتاب قال: "وقد توهم بعض الباحثين المعاصرين أن المالكية والحنابلة أجازا التفرقة بسبب غيبة الزوج مع تيقن حياته، وهذا غير صحيح".
وأقول:

إن التحقيق ما ذكرته في الصلب، وإليك طرفاً من نصوص المالكية والحنابلة من كتبهم المعتمدة:

جاء في حاشية الدسوقي ٢ / ٤٣١ ط / دار الفكر بيروت - مانصه: "لا يُطَلَّقُ على من ترك الوطاء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة؛ وذلك كسنة فأكثر عند أبى الحسن، وهو المعتمد، وقال الغريانى وابن عرفة: السنتان والثلاث ليست بطول، بل لا بد من الزيادة عليها، ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها، ويعلم ذلك منها وتصديق في دعواه حيث طالت مدة الغيبة، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها، ويزاد على هذين الشرطين شرط ثالث وهو: الإرسال إليه إن علم محله وأمكن الوصول إليه، وإلا فلا يعتد بهذا الشرط، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق عليه حالاً لعدم النفقة".

=

= وجاء مثل ذلك في شرح الزرقاني على مختصر خليل ٤ / ١٥٥ ط دار الفكر - بيروت - وحاشية البناني بهامش الزرقاني ٤ / ١٥٥ ط دار الفكر - بيروت.

وجاء في النوازل الجديدة الكبرى المسماة بـ (المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب) لأبي عيسى الوزاني ٤ / ١٢٦ ط / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب مانصه: "رجل اتهم بقتل آخر وصدر الحكم عليه بالخدمة الشاقة مدة عشرين سنة، وله زوجة، وهو مليء كلف من ينفق عليها ويقوم بشؤونها كما يليق بها إلى أن يسرح بعد انقضاء تلك المدة، ثم إن المرأة طلبت أن تطلق عليه بدعوى عدم صبرها على ترك النكاح هذه المدة، هل تجاب إلى ذلك لما يلحقها من الضرر؟ فأجيب: إن شكت المرأة ضرر ترك الوطء ولم تصبر عليه واختارت الطلاق فلها ذلك، كما نص عليه غير واحد.

قال اللخمي: للمرأة القيام بالطلاق لعدم الإصابة في حضور الزوج وغييبته، وقال المازري: لا.

وفي ص ١٢٣ من ذات المرجع ما نصه: "فالمعتمد والأقوى الذي يتعين القضاء والفتوى به هو تطليق المرأة بتضررها من ترك الوطء".

أما مغني ابن قدامة فقد جاء في ج ٧ ص ٣١ ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت - مانصه: "وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة، سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع، فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل له: كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال: ستة أشهر، يكتب إليه فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما؛ وإنما صار إلى تقديره بهذا بما رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال: بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه
وطال عليّ ألا خليل ألاعبه
والله لولا خشية الله وحده
لكرّك من هذا السرير جوانبه
فسأل عنها فقيل له: هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها.... الخ القصة، وسئل أحمد، كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال: يروى ستة أشهر. وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له، فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال بعض أصحابنا: يرأسه الحاكم فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه".

وفي الفروع لابن مفلح ٥ / ٣٢٢ ط / عالم الكتب بيروت مانصه: "وإن سافر فوق نصف سنة وطلبت قومه فأبى بلا عذر فرق بينهما، قيل: إن وجب الوطء، وقيل: أو لا" وفي نفس الصفحة: "وخرج ابن عقيل قولاً: لها الفسخ بالغيبة المضرة بها، ولو لم يكن مفقوداً، كما لو كوتب فلم يحضر بلا عذر، وفي المغني في امرأة من علم خبره كأسير ومحبوس: لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله وإلا فلا".

وفي الإنصاف لعلاء الدين المرداوي ٨ / ٣٥٥ ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت ما نصه أيضاً: "وإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر، فإن أبي ولم يكن له عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما".

=

والقول بجواز التفريق للغيبة^(١) هو قول العلامة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي وهو من فقهاء الإباضية المحدثين.^(٢)

وهو قول بعض فقهاء الشيعة الزيدية^(٣).

= ويقول ابن تيمية في الاختيارات الفقهية ص ٢٤٧ ط / دار المعرفة - بيروت -: " وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال، سواء أكان بقصد من الزوج أم بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة أولى، للفسخ بتعذر في الإيلاء إجماعاً".
ومما سبق نعلم أن المالكية والحنابلة - في المعتمد عندهم - يرون جواز التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الرجل عن زوجته بالشروط المذكورة عند كل منهما، ونعلم أيضاً أنه لا عبرة بما قاله بعض الباحثين المعاصرين توهماً من أن المالكية والحنابلة لا يرون التفريق للغياب.

(١) بمعناها الذي أوردناه سابقاً وهو انتقال الزوج إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه زوجته وإقامته فيه مدة طويلة وحياته معلومة وأخباره موصولة ولو إجمالاً.

(٢) جاء في فتاوى النكاح لفضيلته ٢ / ٩٠ وما بعدها ط / الأجيال للتسويق - سلطنة عمان رداً على سؤال: هل الخروج لسنوات عديدة لطلب العلم أو غيره من الأمور المشروعة مقدم على حق الزوجة؟ قال: دل القرآن الكريم على أن المرأة لها حق الوقاع - حيث إن الله تعالى شرع مدة معينة لئلا تخرج المرأة بعدها من عصمة الزوج عندما يستمر على الامتناع عن مواقعتها.... " ثم ساق الأدلة الشرعية على ذلك، ثم قال نصاً: " ونحن استنتجنا من هذا بأن المرأة عندما يسافر زوجها هذه المدة، ويكون مستمراً في سفره، بحيث لا يعود إليها لها الحق بأن تطالب بالطلاق، وهي التي تعرف في الفقه الإسلامي بالمرأة المغيبة؛ دفعا للضرر، وعملاً بما يدل عليه قوله تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ وما دل عليه قوله سبحانه ﴿فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ والله أعلم.

وفي ٢ / ٧٨ رداً على سؤال: هل الوطء حق للزوج وحده؟ أم هو حق للزوجين معاً؟ قال ما نصه: " مذهب جمهور أهل العلم أن للمرأة حقاً في الوطء كالرجل وعليه أصحابنا كما هو ظاهر تفريعاتهم، وذهب الشافعي إلى أنه حق للرجل دونها، وقريب منه قول القاضي من الحنابلة كما في مغنى ابن قدامة حيث قال: " إنه لا يجب على الرجل إلا أن قصد بتركه الإضرار. والقول الحق في ذلك: هو أن لها حقاً فيه، ولا يجوز للرجل أن يمتنع منه لغير عذر...الخ ".

(٣) جاء في الروضة الندية للقنوجي شرح الدرر البهية للشوكاني ج ٢ ص ٥٦ ط / دار المعرفة - بيروت: إذا طالبت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز، وإذا جاز الفسخ لِلْعُتَّةِ فجوازه للغيبة الطويلة أولى، لأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الإمساك ضراراً، والنهي للأزواج عن الضرار، فوجب دفع الضرر عن الزوجة بكل ممكن، وإذا لم يمكن إلا الفسخ جاز ذلك، بل وجب.

وأصحاب هذا المذهب وإن اتفقوا على مبدأ التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج إلا أنهم اختلفوا في نوع الغيبة المجيزة للتفريق، وفي مدتها:

فالحنبلة - في المعتمد عندهم -: يرون أن الغيبة التي تجيز التفريق بين الزوجين هي غيبة الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول شرعاً، أي أنهم يفرقون بين الغيبة بعذر: كالسفر لطلب الرزق، أو لطلب العلم، أو الحج والغزو الواجبين، وبين الغيبة لغير عذر: كالسفر للسياحة، أو بقصد الإضرار بالزوجة^(١).

فإذا غاب عن زوجته وكانت غيبته بعذر فلا يجوز لزوجته أن تطلب التفريق مهما طال غيبته، لأن العذر دليل سقوط التكليف في كل الأحكام، وهذا معذور، فيسقط عنه التكليف بالوطء؛ ومن ثم لا يحق لها طلب التفريق حينئذ.

وإذا كانت غيبته بدون عذر ولمدة ستة أشهر أو يزيد ثم طلبت زوجته التفريق كاتبه القاضى بالحضور إن كان معلوم المكان ويصل إليه الكتاب، فإن أبى الحضور فرق بينهما^(٢).

وإنما قيدت الغيبة عندهم بستة أشهر عملاً بما روى عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه استفسر من السيدة حفصة أم المؤمنين - رضي الله عنها - عن أكثر ما تصبر فيه المرأة عن زوجها، فقالت: ستة أشهر أو أربعة، فقال - رضي الله عنه -: لا أحبس الجيش أكثر من هذا^(٣).

أما المالكية في المعتمد لديهم: فقد توسعوا في هذا حيث أجازوا التفريق بين الزوجين لتضرر المرأة من غيبة زوجها مطلقاً، أى سواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر؛ لأن المرأة تتضرر في الحاليتين، والمقصود بالتفريق رفع الضرر.

(١) خلافاً لابن تيمية، حيث يرى أن حصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتضى للفسخ بكل حال.

يراجع / الاختيارات الفقهية ص ٢٤٧.

(٢) يراجع / المغنى ٧ / ٣١، كشف القناع للبهوتي ٥ / ١٩٢ ط / عالم الكتب - بيروت، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للعلامة الرحيباني ٧ / ٢٦٨ ط / الثالثة ٢٠٠٠م، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣ / ٤٤ ط / عالم الكتب - بيروت.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٩ / ٢٩ ط / دار الفكر - بيروت.

كما أنهم جعلوا حد الغيبة المجيزة للتفريق سنة^(١) فأكثر على المعتمد، وفي قول الغرياني وابن عرفة أن السنتين أو الثلاث ليست بطول، بل لا بد من الزيادة عليها، وهذا مبني منهم على الاجتهاد والنظر بحسب تحرياتهم الخاصة في زمانهم، ولم يرد به نص شرعي^(٢).

وأما من صرح من الإباضية بالتفريق فلا فرق عنده بين أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر؛ لتضرر المرأة في الحالتين، وحدها بأربعة أشهر فأكثر^(٣)؛ لأن الله العليم بمقدار ما تصبر المرأة عن زوجها قد حدد هذه المدة في الإيلاء حيث قال جل شأنه: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ رُبُّصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ أَفْأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (٣٣) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٣٤).

ولأن عمر - رضي الله عنه - سأل أم المؤمنين ابنته حفصة - رضى الله عنها - عن مقدار ما تصبر المرأة عن زوجها، فأخبرته أن المرأة تصبر عن زوجها شهرين، ويشتد عليها ذلك بعد الشهر الثالث، وتفقد صبرها بعد أربعة أشهر، فأمر ألا يبقى في الغزو أحد أكثر من أربعة أشهر^(٥).

وأما بعض الزيدية الذين قالوا بجواز التفريق: فيرون أن تقدير المدة يرجع فيها إلى الحاكم، فله أن يقدر الوقت، وهو يختلف باختلاف الأزمان^(٦).

(١) السنة عند إطلاقها في التقديرات الشرعية تنصرف إلى السنة القمرية، وهي التي يكون احتساب أيامها بالأهلة، أما السنة الشمسية فهي التي يكون احتسابها بعدد طلعات الشمس، والفرق بينهما أن الشمسية أزيد من القمرية بأحد عشر يوماً وبعض الساعات.

(٢) يراجع / حاشية الدسوقي ٢ / ٤٣١، شرح منح الجليل للشيخ عlish ٢ / ٣١٣ نشر مكتبة النجاح بطرابلس - ليبيا -، الخرشي على مختصر خليل ٤ / ٩٣ ط / دار الفكر - بيروت، وحاشية العدوى بهامش الخرشي ٤ / ٩٤ ط / دار الفكر - بيروت، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم لأبي عبد الله محمد التاودي بأسفل البهجة شرح التحفة للتسولي ١ / ٥٢١ ط / دار الكتب العلمية - بيروت.

(٣) يراجع / فتاوى النكاح للشيخ أحمد بن حمد الخليلى ٢ / ٩١، ٩٢.

(٤) سورة البقرة الآية ٢٢٦، ٢٢٧.

(٥) يراجع / السنن الكبرى للبيهقي ٩ / ٢٩، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ٣ / ٢١٩، ٢٢٠ تعليق وتنسيق السيد عبدالله هاشم - المدينة المنورة.

(٦) يراجع / الروضة الندية للقنوجي ٢ / ٥٦.

وتأسيساً على ما سبق يمكن القول: بأن للتفريق بسبب الغيبة عند القائلين به شروطاً:

أولها: أن يغيب الزوج مدة طويلة تستوحش فيها المرأة وتتضرر فعلاً من تركه وطأها، بأن تخشى على نفسها الوقوع في الزنى، إذ الفرقة هنا بسبب الضرر الواقع لا الضرر المتوقع، وهذا الشرط متفق عليه عند القائلين بالتفريق لكنهم مختلفون في تحديد المدة الطويلة، فالمالكية - في المعتمد عندهم - يقولون: إنها سنة فأكثر من تاريخ غيابه^(١)، والحنابلة يقدرونها بستة أشهر فأكثر من وقت غيابه^(٢)، ومن قال من الإباضية بالتفريق قال: إنها أربعة أشهر فأكثر من تاريخ غيابه^(٣)، ومن قال من الزيدية بالتفريق يرى أن مرد ذلك إلى الحاكم^(٤).

ثانيها: أن تكون الغيبة لغير عذر، وبه قال الحنابلة^(٥)، فإن كانت الغيبة بعذر لم يكن للمرأة طلب التفريق بسببها عندهم، خلافاً لبقية القائلين بجواز التفريق للغياب، حيث لا يرون فارقاً بين أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر.

ثالثها: إذا كان الزوج الغائب معلوم المكان وتصله الرسائل كتب إليه القاضي بأن يعود إلى زوجته أو ينقلها إليه، أو يطلقها، ويضرب له أجلاً معيناً، ويبين له أنه إذا انقضى الأجل دون أن يستجيب لطلبه فرّق القاضي بينهما.

أما إذا كان الغائب مجهول المكان (بأن كان معلوم الحياة أو المكان إجمالاً) أو لا تصله الرسائل، فلا يشترط هذا الشرط، لعدم فائدته، وبهذا الشرط قال المالكية والحنابلة^(٦).

(١) تراجع / حاشية الدسوقي ٢ / ٤٣١، الخرشي على مختصر خليل ٤ / ٩٣.

(٢) تراجع / الفروع لابن مفلح ٥ / ٣٢٢، كشاف القناع ٥ / ١٩٢.

(٣) تراجع / فتاوى النكاح للخليلي ٢ / ٩١.

(٤) تراجع / الروضة الندية ٢ / ٥٦.

(٥) تراجع / المغني ٧ / ٣١، الإنصاف ٨ / ٣٥٥.

(٦) تراجع / حاشية الدسوقي ٢ / ٤٣١، المغني ٧ / ٣١.

الثاني: مذهب القائلين بعدم جواز التفريق

ذهب الحنفية والشافعية والإمامية وبعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية إلى أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته عنها وتركه مباشرتها مادام حياً معلوم الحياة، سواء أطالت غيبته أم قصرت، وسواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر^(١).
وبهذا قال ابن حزم من الظاهرية^(٢).

- (١) تراجع / البدائع للكاساني ٢ / ٣٣١ ط / دار الكتب العلمية بيروت، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٦ / ٣٥٧ ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق محمد صبحي حسن، وعامر حسين، المبسوط للسرخسي ١١ / ٣٧ ط / دار الكتب العلمية - بيروت، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن الشافعي، والأم للإمام الشافعي ٣ / ٢٣٩ ط / دار المعرفة - بيروت، المذهب للشيرازي ٢ / ٦٥ ط / عيسى الحلبي بمصر، الحاوي الكبير للمواردي ١١ / ٣١٦ ط / دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق الشيخين: على محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ٨ / ٤٠٠ ط / المكتب الإسلامي - بيروت -، إشراف: زهير الشاويش، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة لمحمد بن الحسن العاملي ٢٢ / ١٥٧ نشر وتحقيق مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد النجفي ٣٢ / ٢٨٨ ط / المكتبة الإسلامية - طهران -، تحقيق محمود القوحاني، البهجة شرح التحفة للتسولي ١ / ٥٢٢ ط / دار الكتب العلمية - بيروت -، تصحيح الفروع لأبي الحسن المرداوي، بهامش الفروع لابن مفلح ٥ / ٣٢٢ ط / عالم الكتب - بيروت، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحسين بن أحمد الصنعاني ٤ / ١٧٣ ط / دار الجيل - بيروت، التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسي ج ٢ / ٢٨٦ ط / الحلبي بمصر.
- (٢) نص ابن حزم في المحلى على عدم جواز فسخ نكاح امرأة الغائب أبداً، بل هي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي.

تراجع / المحلى ١ / ١٣٤ ط / دار الجيل، الآفاق الجديدة بيروت - تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.

وهذا منه عجيب؛ لأنه ممن يرى أن الوطاء حق واجب للزوجة على زوجها في كل طهر مرة على الأقل، وأنه إن أبى أجبر على ذلك حيث قال في ج ١٠ ص ٤٠: "وفرض على الرجل أن يجامع امرأته التي هي زوجته، وأدنى ذلك مرة في كل طهر إن قدر على ذلك، وإلا فهو عاص لله، برهان ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْتَ فَأَتُوهُنَّ

من حيث أمركم الله﴾ ثم يقول: "ويجبر على ذلك من أبى؛ لأنه أتى منكراً" وكان مقتضى هذا الكلام أن يقول بالتفريق إن غاب عنها بدون عذر مدة تتضرر بها؛ لأنه قد فوت عليها حقاً تضررت بفواته، وإجباره عليه غير متصور في حال غيبته، لكنه كما سبق يقول بعدم التفريق أبداً حتى يموت هو أو تموت هي.

الأدلة والمناقشة

أدلة المجيزين:

استدل القائلون بأن زوجة الغائب يحق لها طلب التفريق بينها وبين زوجها إن طالت غيبته عنها حتى تضررت بالكتاب والسنة والأثر والمعقول.

أما الكتاب:

(أ) فقول الله تعالى ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾^(١).

فهذه الآية خبرية لفظاً إنشائية معنى، فمعناها: أمسكوا النساء بمعروف أو سرحوهن بإحسان، ولما كان الإمساك بالمعروف متعذراً ممن طالت غيبته عن زوجته - لأنه ليس من المعروف قطعاً تعريض المرأة للفتنة والوقوع في التهلكة - تعين عليه التسريح بإحسان، فإن امتنع منه كان ظالماً لها، وكان لها رفع الأمر إلى القاضي للتفريق عليه، إذ القاضي منوط به رفع المظالم^(٢).

(ب) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّئَعْدُوا﴾^(٣)

فالله - تعالى - قد نهى في هذه الآية عن الإضرار بالزوجة، وأى ضرر أشد عليها من هذا الضرر الذى إما أن تبقى معه في حرمان مستمر وكبت دائم ومعاناة لا تقف عند حد، وإما أن تطيع هوى نفسها وتستجيب لشیطانها فتتغمس في الفحشاء وتبوء بأوزارها؟.

لا شك أنه ضرر بالغ، والضرر يزال شرعاً، وذلك بالعودة إليها أو نقلها

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) يراجع / الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣ / ١٢٩ ط / دار الحديث بالقاهرة، مراجعة وتعليق د/ محمد الحفناوى، وتخریج الأحاديث د/ محمود عثمان، سبل السلام للصنعانى ٣ / ٢٠٨ ط / دار الفكر بیروت-، الأحوال الشخصية لأبى زهرة ص ٣٦٧ ط / دار الفكر العربى بالقاهرة، نظام الأسرة في الإسلام د/ محمد عقلة ص ٢٠٦ ط / ١ نشر مكتبة الرسالة بعمّان الأردن.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣١.

إليه أو طلاقها، فإن أبى واحداً من هذا كان ظالماً، وكان لها رفع الأمر إلى القاضى ليفرق بينهما؛ رفعاً للظلم عنها^(١).

(ج) وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢)

فهو يفيد أن المعاشرة بين الزوجين يجب أن تكون بالمعروف، وليس من المعروف إبقاؤها معطلة لا تنتفع بثمره زواجها، لأن في هذا ضرراً نفسياً وعصبياً يزعجها^(٣).

(د) وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾^(٤)

فهو يفيد أن الله تعالى لا يرضى أن تبقى المرأة معلقة، لا هي ذات زوج، ولا هي مطلقة، وإذا كان لا يرضى هذا والزوج موجود معها فكيف إذا كان غائباً عنها؟^(٥).
وأما السنة: فمنها:

(١) ما رواه الشيخان وغيرهما عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال لي رسول الله ﷺ: يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ فقلت: بلى يارسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينيك عليك حقاً، وإن لزوجك عليك حقاً^(٦).

فالحق المشار إليه في قول النبي ﷺ: "ولزوجك عليك حقاً" والذي يفوت على المرأة بسبب متابعة زوجها الصيام والقيام هو الوطء، إذ هو المتبادر من

(١) يراجع/ فتاوى النكاح للشيخ/ أحمد بن حمد الخليلي ٢ / ٧٨، الروضة الندية للفتاوى ٢ / ٥٦.

(٢) سورة النساء الآية ١٩.

(٣) فتاوى النكاح للشيخ الخليلي ٢ / ٧٩.

(٤) سورة النساء الآية ١٢٩

(٥) يراجع/ أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٦٣٤ ط/ دار الفكر - بيروت - مراجعة وتعليق/ محمد عبد القادر عطا، حقوق الزوجين دراسة نقدية لقانون الأحوال الشخصية لأبى الأعلى المودودي ص ١٢٨ نشر الدار السعودية - جدة.

(٦) يراجع / صحيح البخارى بشرح فتح البارى لابن حجر العسقلانى ٤ / ١٧٦ ط/ دار إحياء التراث العربى - بيروت -، صحيح مسلم بشرح النووي ٨ / ٤٢ ط/ دار الفكر - بيروت -، سنن أبى داود ص ٤١٤ ط/ دار إحياء التراث العربى - بيروت -.

السياق وقرائن الحال، فإن صومه النهار وقيامه الليل دليل على عدم وطئها، فجاء النهي عنه. وإثبات هذا الحق لها على زوجها دليل وجوبه عليه، وإذا كان الوطء حقاً واجباً للمرأة على زوجها كان ظالماً بمنعها منه لغيبته عنها، وكان لها عندئذ رفع الأمر إلى القضاء للتفريق بينهما؛ دفعاً لضرره عنها، وعقاباً له على ظلمه في منعها حقها^(١).

ونوقش: بأن قول النبي ﷺ "ولزوجك عليك حقاً" ليس قاطعاً في أنه حق لها قضاء، يكون لها المطالبة به إذا منعت منه، فهو يحتمل أن يكون ذلك حقاً لها ديانة فقط، والفقهاء لم يختلفوا في جعل الوطء حقاً للزوجة ديانة، بل اتفقوا على أن الزوج يجب عليه ديانة أن يوطئ زوجته إذا لم يكن به عذر مانع من ذلك حفاظاً على عفتها وتوطيداً لأواصر المحبة والإلفة بينهما، وما دام الدليل يحتمل ذينك لم يبق فيه حجة، لأن الدليل إذا طرقة الاحتمال بطل به الاستدلال^(٢).

وقد يجاب: بأن هذا الاحتمال - أعني احتمال أن يكون الوطء حقها ديانة فقط - بعيد جداً؛ لأن قول النبي ﷺ: "ولزوجك عليك حقاً" إنما كان بعد شكوى زوجة عبد الله بن عمرو المبلغة لرسول الله ﷺ بواسطة أبيه عمرو بن العاص، كما في رواية النسائي من نفس القصة، حيث جاء فيها أن عبد الله بن عمرو قال: أنكحني أبي امرأة ذات حسب، فكان يأتيها فيسألها عن بعْلِها، فقالت: نعم الرجل من رجل، لم يوطئ لنا فِرَاشاً ولم يُفْتَشْ لنا كَنَفاً^(٣) منذ أتيناها، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ائتنى به، فأتيته معه... الخ الحديث^(٤).

(١) تراجع / شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور البهوتي ٣ / ٤٥، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية د/ حامد شمرخ ص ١٠ ط / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية مصر، فسخ الزواج د/ أحمد الحجى الكردي ص ٤٨٩ ط / اليمامة، بيروت.

(٢) تراجع / فسخ الزواج د/ أحمد الحجى الكردي ص ٤٩١.

(٣) قولها: "ولم يفتش لنا كنفاً" - بفتح الكاف والنون من الكنف - وهو الجانب، والمراد: أنه لم يقربها. تراجع / حاشية السندى بأسفل سنن النسائي ٤ / ٢١٠ ط / دار الحديث بالقاهرة.

وفي شرح الحافظ جلال الدين السيوطي: "ولم يفتش لنا كنفاً" أي: لم يدخل يده معها كما يدخل الرجل يده مع زوجته في دواخل أمرها، يعنى: لم يقربها. تراجع / شرح السيوطي على النسائي بهامش سنن النسائي ٤ / ٢١٠، ط / دار الحديث - القاهرة.

(٤) تراجع / سنن النسائي ٤ / ٢١٠.

فقول المرأة "لم يطاء لنا فراشاً ولم يفتش لنا كنفاً" شكاية منها، والباعث عليها ترك الجماع بسبب صيام النهار وقيام الليل، وصدور الحكم من النبي - صلى الله عليه وسلم - على هذا النحو عقيب الشكوى دليل دامغ على وجوب هذا الحق لها عليه قضاء وديانة.

(٢) وما رواه البخارى عن ابن أبى جحيفة عن أبيه قال: آخى النبي ﷺ بين سلمان وأبى الدرداء، فزار سلمان أبا الدرداء، فرأى أم الدرداء مُتَبَدِّلَةً^(١)، فقال لها: ما شأنك؟ قالت: أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا، فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاماً، فقال سلمان: كل، قال أبو الدرداء: فإنى صائم، قال سلمان: ما أنا بآكل حتى تأكل^(٢) قال سلمان: فأكل، فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء ليقوم، قال سلمان: نم، فنام، ثم ذهب يقوم فقال: نم، فلما كان من آخر الليل قال سلمان: قم الآن، فصلياً، فقال له سلمان: إن لربك عليك حقاً، ولنفسك عليك حقاً، ولأهلك عليك حقاً، فأعط كل ذى حق حقه، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال النبي ﷺ "صدق سلمان"^(٣).

فقد جعل النبي ﷺ بموافقته لسلمان حقاً للزوجة على زوجها، هذا الحق هو الجماع، إذ هو باعث الشكوى كما هو واضح من سياق القصة، فضلاً عن التصريح به في بعض الروايات، ففي الفتح: "فصم وأفطر، وصل ونم، واثت أهلك"^(٤)، وإذا كان الوطاء حقها عليه، كان لها طلب التفريق إن تضررت بتركه. وأما الأثر فممنه:

١ - ما روى عن زيد بن أسلم قال: كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يعس^(٥) بالمدينة فمر بامرأة في بيتها وهى تقول:

(١) أى: لابسة ثياب البذلة -بكسر الباء- وهى المهنة، والمراد: أنها تاركة للبس ثياب الزينة، أو رثة الهيئة.

(٢) أبى الضيف سلمان أن يأكل من طعام أبى الدرداء حتى يأكل معه؛ ليصرفه عن رأيه فيما يصنعه من جهد نفسه في العبادة وغير ذلك مما شكته إليه امرأته.

(٣) يراجع / صحيح البخارى بشرح فتح البارى ٤ / ١٧٠.

(٤) يراجع السابق ٤ / ١٧٢.

(٥) عسّ: من باب ردّ يعنى: طاف بالليل، يراجع مختار الصحاح ص ٢٥٨.

تطاول هذا الليل واسودَّ جانبُهُ وطال عليّ أن لا خليلُ الأعبِ
 ووالله لولا خشيةُ الله وحده لَحَرَّكَ من هذا السريرِ جَوَانِبُهُ^(١)
 فسأل عمر - رضى الله عنه - عنها، فقليل له: هذه فلانة زوجها غائب
 في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها فأقفله، ثم دخل
 على ابنته حفصة - أم المؤمنين رضى الله عنها - فقال: كم تصبر المرأة عن
 زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا فقال: لولا أنى أريد النظر
 للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر ستة أشهر، فوقت عمر رضى الله
 عنه للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر،
 ويرجعون في شهر^(٢).

(١) قال ابن كثير: رويت الأبيات في هذه القصة عن السائب بن جبير مولى ابن عباس
 أطول من هذا كما يلي:

تطاول هذا الليل وازور جانبه وأرقنى أن لا ضجيع ألا عبه
 ألا عبه طورا وطورا كأنما بدا قمرأ في ظلمة الليل حاجبه
 يسربه من كان يلهو بقربه لطيف الحشا لا يجتويه أقاربه
 فوالله لولا الله لا شىء غيره لا نقض من هذا السرير جوانبه
 ولكننى أخشى رقيباً موكلاً بأنفاسنا لا يفتّر الدهر كاتبه
 مخافة ربى والحياء يصدنى وإكرام بعلى أن تنال مراكبه
 قال: وروي هذا من طرق عديدة، وهو من المشهورات. يراجع / تيسير العلى القدير
 باختصار تفسير ابن كثير ١ / ١٨٥ ط / الفجالة بالقاهرة.
 وروى البيت الرابع هكذا:

فو الله لولا الله تخشى عواقبه لززع من هذا السرير جوانبه
 وهذه الأبيات من بحر الطويل، وقد وردت بلا نسبة في: خزانة الألب لعبد القادر
 البغدادى ١٠ / ٣٣٣، تحقيق عبد السلام هارون، نشر مكتبة الخانجي بالقاهرة
 ١٩٨٩م، رصف المباني في شرح حروف المعانى للمالقي ٢٤١، تحقيق أحمد
 الخراط ط / مجمع اللغة العربية بدمشق، المعجم المفصل في شواهد النحو الشعرية
 د / إميل يعقوب ١ / ٧٦، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.

(٢) يراجع / مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للعلامة الرحيباني ٧ / ٢٦٩، المغنى لابن
 قدامة ٧ / ٣١، المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجي ٤ / ٣١ ط / دار الكتاب العربي بيروت،
 أحكام القرآن للقرطبي ٣ / ١١١، فتاوى النكاح للشيخ الخليلي ٢ / ٩١.

فهذه القصة شاهد ودليل على ما نقول، وهو أن استدامة الوطاء حق للمرأة على زوجها، ولولا أن عمر رضى الله عنه فهم هذا ما كان ليسترد المجاهدين إذا مضت أربعة أشهر ويوجه بقوم آخرين، على أن هذه القصة من المشهورات، ولم يرو أن أحداً من الصحابة أنكر عليه، وحيث كان استمرار الوطاء حقاً للمرأة على زوجها فإن للقاضى أن يفرق بينهما إن طالت غيبته عنها متى رفعت أمرها للقاضى طالبة منه التفريق، شاكية إليه الضرر الذى لحقها، والأسى الذى تتجرعه بسبب فوات حقها عليه.

ونوقش هذا الأثر: بأن مصدره أصحاب المغازى، وليسوا بثقات، فضلاً عن أن توقيت الغزو بأربعة أشهر قد يقتضى عودة الجيش برمته من جهة العدو، وقد يكون الجيش متقدماً أو في حال التحام مع العدو الأمر الذى لا يمكن معه نفاذ هذا العمل وإجراؤه^(١).

والجواب: لا نسلم أن رواية هذا الأثر ليسوا بثقات، فقد رواه إمام دار الهجرة مالك بن أنس عن عبد الله بن دينار، وأخرجه البيهقى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، وقال: ابن حجر في تلخيص الحبير: ورواه ابن وهب عن مالك عن عبد الله بن دينار فأرسله وجزم بستة أشهر، قال: وقال ابن وهب: أخبرنى رجال من أهل العلم، منهم: ابن سمعان قال: بلغنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكره، قال: ورواه الخرايطى في اعتلال القلوب من طرق، منها: عن سعيد بن جبير، وفيها يقولون: إن هذه المرأة هى أم الحجاج بن يوسف، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريح، ورواه سعيد بن منصور من وجه آخر عن زيد بن أسلم^(٢).

وإذا علمت هذا علمت أن القول: بأن رواية الأثر ليسوا بثقات، قول غير سديد.

(١) تراجع / تكملة المجموع للمطيعى ١٧ / ٣٠١ ط / دار الفكر بيروت.
(٢) تراجع / شرح الموطأ للباغى ٤ / ٣١، سنن البيهقى ٩ / ٢٩، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر العسقلانى ٣ / ٢١٩، ٢٢٠.

وأما القول: بأن توقيت الغزو بأربعة أشهر قد يقتضى عودة الجيش برمته... الخ فيرد عليه: بأنه محض تحكم، لأن عمر رضى الله عنه كان إذا استرد قوماً من الغازين وجه قوماً آخرين، كما في المنتقى وغيره^(١).

٢ - وروى الشعبى أن كعب بن سور الأسدي كان جالساً عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فجاءت امرأة فقالت: يا أمير المؤمنين: ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي، والله إنه ليبيت ليله قائماً ويظل نهاره صائماً، فاستغفر لها وأثنى عليها، ثم قال لها: نعم الزوج زوجك، فجعلت تكرر هذا القول، ويكرر عمر عليها الجواب، ثم استحيت المرأة وقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين، هذه المرأة تشكو زوجها في مبادئه إياها عن فراشه، فقال له عمر: كما فهمت كلامها فاقض بينهما، قال كعب: فإنى أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن، فأقضى لها ثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيها، ولها يوم وليلة، ثم قال للزوج:

إن لها عليك حقاً يا رجل تصيبها في أربع لمن عدل

فأعطها ذاك ودع عنك العلل

فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إليّ من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة^(٢). فهذا الأثر يؤكد ما ذكرناه قبلاً من أن الوطء حق للمرأة على زوجها، فإن فوته عليها كان لها الرفع إلى القضاء.

ونوقش: بأن هذا الأثر لا يعدو أن يكون فتوى صحابى فيما هو محل للاجتهاد، وهى ليست بحجة، فضلاً عن أن عمر لم يقض لها بالوطء، بل قضى لها بالبيتوتة، وهى غير الوطء^(٣).

(١) يراجع / المنتقى شرح الموطأ ٤ / ٣١.

(٢) يراجع / شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣ / ٤٥، المغني ٧ / ٣٠، فتاوى النكاح للشيخ الخليلي ص ٧٩.

(٣) يراجع / فسخ الزواج د/ أحمد الكردى ص ٤٩١

ويرد: بأن هذه القضية انتشرت بين الصحابة فاشتهرت ولم تنكر من أحد منهم، فكان إجماعاً.

أما القول: بأن عمر لم يقض لها بالوطء، بل قضى لها بالبيتوتة، فيرد عليه: بأن السياق يدل على أن الحق الذي قضى به كعب للمرأة على زوجها بحضرة عمر هو الوطء وليس المبيت، ألا ترى أنها أخبرت بأن زوجها يبيت عندها لكنه قائم ليله، صائم نهاره؟ فلم تكن المشكلة - إذن - في المبيت، وإنما كانت فيما استحيت المرأة من الإفصاح عنه، وهو ترك الجماع، وهذا ما فهمه القاضي كعب من شكواها حيث قال لزوجها: تصيبها في أربع لمن عدل.

وأما المعقول: فمن وجوه:

أولها: أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، والوطء مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، إذ من المعلوم أن للمرأة من الرغبة في الوطء ما للرجل، فتساويا، فكان حقاً لهما جميعاً، وإذا ثبت أنه حقها فإن لها طلب التفريق إن تضررت بفواته^(١).

ثانيها: أن المرأة يجوز لها طلب التفريق بينها وبين زوجها لعدم إنفاقه عليها، وإذا ثبت لها ذلك فبخشية الزنى أولى؛ لأن ضرر ترك الوطء أشد من ضرر عدم النفقة، ألا ترى أن النفقة يمكن تحصيلها لها بتسلف أو سؤال بخلاف الوطء؟^(٢)

ثالثها: يجوز للمرأة طلب التفريق لتضررها بتعذر الوطء بسبب غياب زوجها، قياساً على جوازه لتضررها بتعذره بعُنة^(٣) زوجها

(١) يراجع / المغنى لابن قدامة ٧ / ٣٠، الجامع لابن بركة ٢ / ١٤٦، فتاوى النكاح للشيخ الخليلى ٢ / ٧٨، حق الاستمتاع بين الزوجين د / حامد شمروخ ص ١٠.

(٢) النوازل الجديدة الكبرى لأبي عيسى الوزاني ٤ / ١٣٠، الاختيارات الفقهية لابن تيمية ص ٢٤٧.

(٣) مجمل تفسيرات الفقهاء لِلْعُنَّة: أنها عدم القدرة على إتيان النساء أو اشتهاؤها؛ لعدم انتشار الذكر، أو لصغره، من حيث لا يسمح بالإيلاج، والمالكية يطلقون على العنة - بمعناها السابق - اسم الاعتراض.

وَجَبَّهِ^(١) إذ لا فرق^(٢).

ونوقش: بأن قياس الغائب على العنين غير مسلم، ذلك أن العنين إذا وصل إلى امرأته مرة واحدة لم يكن لها بعد ذلك خيار للفرقة، وإذا لم يسلم المقيس عليه لم يصح القياس^(٣).

ويرد عليه: بأننا لا نسلم القول: بأن العنين إذا أصاب امرأته مرة واحدة لم يكن لها بعد ذلك طلب الفسخ؛ لأنه قول لا سند له مقبول شرعاً، فضلاً عن مخالفته ما شرع الزواج من أجله، بل ويصادم الفطرة التي فطر الله الناس عليها، فإن اكتفاء نساء البشر العاديين بمباشرة الرجل مرة أو مرتين أو ثلاثة ثم يحرم منها بعدها بقية العمر ويعشن سعداء، ويحفظن شرفهن وعفتن من كافة أنواع المخاطر إن لم يكن مستحيلاً عليهن، فهو بلا ريب أمر شاق وصعب

= فالعنة - كما هو واضح - عيب بالزوج، قد تضرر المرأة به؛ لفوات حقها في المعاشرة الزوجية وإحصان نفسها بالاستمتاع الكامل، ويسمى صاحب هذا العيب عَنِئاً، لأن ذكره يسترعى، فيعن يميناً وشمالاً، ولا يقصد للمأتى من المرأة. يراجع / جامع أبي الحسن البسيوي ج ٣ ص ٢١، البحر الرائق لابن نجيم ٣ / ١٣٥ ط/دار المعرفة - بيروت، بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٥٠، ط/دار الفكر - بيروت، مغنى المحتاج للشربيني الخطيب ٣ / ٢٠٢ ط/دار إحياء العربي - بيروت، الروض المربع للبهوتي ٦ / ٣٣٥، لسان العرب ١٣ / ٢٩٠، المعجم الوسيط ٢ / ٦٣٢.

(١) الجب - بالفتح - القطع.

وهو عند الإباضية والحنفية يعنى: استئصال الذكر أو قلعه، وعند المالكية: قطع الذكر والأنثيين، أما الشافعية والحنابلة: فهو عندهم قطع الذكر كله أو بعضه مع بقاء مالا يمكن الوطء به.

يراجع / شرح النيل للشيخ أطفيش ٦ / ٣٨٧ ط/ مكتبة الإرشاد بجدة، شرح فتح القدير ٤ / ١٣١، شرح منح الجليل ٢ / ٨٠، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني الخطيب ٢ / ٨٣ ط/ السعادة بالقاهرة، شرح منتهى الإرادات ٣ / ٤٩، لسان العرب ١ / ٤٢٩

(٢) يراجع / مطالب أولى النهى ٧ / ٢٦٩، النوازل الجديدة الكبرى ٤ / ١٢٦، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية د/ محمد بن معجوز ١ / ٢٢٦ ط ١٩٩٨ م.

(٣) يراجع / فسخ الزواج د/ أحمد الكردى ص ٤٩١.

لللغاية ولا تحتمله الطبيعة البشرية، ولو فرضنا أن نصف النساء يقدرن على ذلك، فماذا يكون مصير الأخريات اللاتي لا تصل درجة صبرهن وقوة تحملهن وطهر أخلاقهن إلى هذه الدرجة؟ ألا تقع مسؤولية سقوطهن في الرذائل على عاتق من تبني هذا الرأي الذي أغلق في وجوههن أبواب الحلال؟^(١)

ثم إن الواقع يؤكد أن من ذاقت عسيلة الوطء مرة ضررها أشد ممن لم تذقه أصلاً، والضرر يجب أن يزال شرعاً، وذلك بالتفريق؛ كي تحل من بعده للأزواج، لكن بعد العلاج الكافي خلال المدة التي يحددها له القاضي.

أضف إلى ما سبق أن الشارع إنما ربط الأحكام بعزلها وجوداً وعدمًا^(٢)

وحيث كانت العلة في التفريق للعنة هي الضرر الناتج عن العجز، فإن هذه العلة متى تحققت - ولو بعد عدة مرات - يكون للمرأة حق المطالبة بالتفريق.

رابعها: القياس على الإيلاء، فإن الرجل إذا حلف على عدم وطء زوجته ثم مضت أربعة أشهر دون أن يطأها كان من حقها طلب التفريق بينها وبينه، فكذا زوجة الغائب يحق لها طلب التفريق بجامع الضرر الحاصل بترك الوطء في كل مرة^(٣)

ونوقش: بأن قياس الغائب على المولى قياس غير صحيح، لأنه مع الفارق، ذلك أن المولى مُصِرٌّ على ترك الوطء بيمينه، وفي هذا إضرار بالزوجة، بخلاف الغائب ليس منه إصرار، ثم إن الفرقة للإيلاء ثبتت بالنص على خلاف الأصل، والقاعدة: أن ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس. ثم إنه من المتفق عليه لدى الفقهاء أن المولى إذا أراد الرجوع إلى زوجته في مدة الإيلاء وكان عاجزاً عن وطئها لمرض أو غيره فإن رجوعه يكون بالقول فقط، وينحل بذلك

(١) تراجع / حقوق الزوجين لأبي الأعلى المودودي ص ١٢٢.

(٢) تراجع / نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول للإسنوى ٣ / ٦٨ ط / صبيح بمصر، الإحكام في أصول الأحكام للآمدى ٣ / ٢٧٥ ط / الحلبي بمصر، المستصفي من علم الأصول لأبي حامد الغزالي ٢ / ٨٠ ط / المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

(٣) تراجع / كشف القناع ٥ / ١٩٣، فتاوى النكاح ٢ / ٧٩.

الإيلاء، ولو لم يصل إليها فعلاً، وهذا دليل على أن الفرقة في الإيلاء إنما كانت للتصميم على عدم وطئها بيمينه، لا لترك وطئها دون تصميم، والغائب - هنا - لا تصميم منه على عدم الوطء، فافترقا^(١).

ويجاب: بأن قولكم: "المولي يقع منه الإضرار بزوجته أما الغائب فليس منه إضرار" محض تحكم، لأن الغائب إذا خيّر القاضى بين الأمور الثلاثة (العودة إلى زوجته، أو نقلها إليه، أو طلاقها) فلم يختّر واحدة منها في الوقت الذى تشكو فيه زوجته العنت الذى تكابده والأسى الذى تتجرعه بسبب بعده عنها، يكون إمساكه لها - بلا شك - ضرراً بها، ولا فارق في الضرر نفسه بين أن يكون بحلف أو بغير حلف، إذ لا أحد يتصور أن الرجل إذا امتنع عن مباشرة زوجته بعد قسم أقسمه كان ذلك ضرراً بها، وإن امتنع عنها دون حلف بسبب غيبته لم يكن ضرراً ولو بقى طول عمره لا يقربها^(٢)، وحيث كانت علة التفريق للإيلاء - وهى تضرر المرأة بترك الوطء مدة معينة، سواء أقصد هو بالترك ضررها أم لا - متحققة في غيبة الرجل عن زوجته صح القياس.

أما القول: بأن الفرقة للإيلاء مشروعة على خلاف الأصل... الخ، فيرد عليه: بأنها لما ثبتت بالنص القرأنى صارت أصلاً مستقلاً برأسه، ومن ثم يصح القياس عليها.

وأما الاستدلال على أن الفرقة في الإيلاء إنما هي للتصميم على ترك الوطء بالحلف لا ترك الوطء دون تصميم؛ بالمؤلى إذا أراد الرجوع إلى زوجته في مدة الإيلاء، وكان عاجزاً عن وطئها، وأن رجوعه إنما يكون بالقول فقط وادعاء الاتفاق على ذلك، فيرد عليه: بأنه تدليل غير سديد؛ لأمرين:

- الأول: أن دعوى الاتفاق على ما ذكر غير صحيحة، فبعض الفقهاء يرى: أن الفيء في الإيلاء لا يكون إلا بالجماع، يستوي في ذلك حال العذر وغيره، لأن الضرر بترك الوطء لا يزول إلا به^(٣).

(١) تراجع / فسخ الزواج ص ٤٩٢

(٢) تراجع / أحكام القرآن لابن العربى ١ / ١٧٨، حقوق الزوجين للمودى ص ٣٧.

(٣) تراجع / المغنى ٧ / ٣٢٧.

- والثاني: الأصل أن الفئدة في الإيلاء لا تحصل إلا بالوطء باتفاق أهل العلم جميعاً، إذ هو المحلوف على تركه، فإن كان المولي عاجزاً عنه لمرض أو غيره، فالمسألة محل خلاف، فمنهم: من يرى أن رجوعه يكون بالقول، ومنهم: من يرى أنه لا رجوع بغير الوطء، وإذا كانت المسألة كذلك فلا يحتج بها هنا، إذ لا يحتج بمختلف فيه على مختلف فيه.

وعلى القول: بأن رجوعه يكون باللسان، فإن ذلك منه على سبيل الوعد بالوطء يؤمر به متى قدر عليه، كمن كان عليه دين فحلف أن لا يوفيه ثم أعسر به، ويؤكد أنه ليس على من فاء بلسانه كفارة؛ لأنه لم يفعل المحلوف عليه.^(١)

خامسها: أن الوطء حق للمرأة على زوجها؛ لأنه لو لم يكن حقها لما وجب استئذانها في العزل^(٢) عنها كالأمة، لكن استئذانها فيه واجب؛ لما روي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها^(٣)، فكان - يعني استئذانها - دليلاً على أن لها حقاً في الوطء، وإذا ثبت أنه حقها جاز لها طلب التفريق بفواته^(٤).

ونوقش: بأن الاستدلال على أحقية المرأة في الوطء بعدم جواز العزل عنها إلا بإذنها استدلال غير مُسلم، لأن العزل لا يكون إلا بعد الإدخال والتهييج، فكان فيه ضرر كبير بالزوجة، بخلاف منع الوطء عنها ابتداء، فليس فيه تهييج وإضرار لها كالسابق، فلم يستو المقيس والمقيس عليه في العلة، فامتنع القياس^(٥).

(١) تراجع / السابق ٧ / ٣٣٠.

(٢) العزل: هو ترك صب المنى في فرج المرأة؛ خشية أن تحبل، كأن ينزع الرجل إذا قرب الإنزال فينزل خارج الفرج، ومنه: ما يعرف بالواقى الذكري الآن. تراجع / فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ١ / ١٥٦، ٩ / ٣٠٥ ط / دار المعرفة بيروت، سبل السلام للصنعاني ٣ / ١٤٥ ط / دار إحياء التراث العربي بيروت، الديباج للسيوطي ٤ / ٤٩ نشر دار ابن عفان - السعودية.

(٣) تراجع / سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٠ ط / عيسى الحلبي بمصر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

(٤) المغني ٧ / ٣٠.

(٥) تراجع / فسخ الزواج ص ٤٩٣.

ويجاب: باننا لا نسلم القول: بأن العزل ضرره أكبر من عدم الوطء ابتداءً، فإن ضرر العزل في نقصان قضاء الشهوة، أما عدم الوطء ابتداءً فضرره في عدم قضائها أصلاً، وما من شك في أن أذى عدم قضاء الشهوة أصلاً فوق أذى نقصانها، يعنى أن الجامع في الفرع أقوى منه في الأصل، ولذا فإننا نراه قياساً أولوياً.

ها هي الأدلة على جواز طلب المرأة التفريق إن غاب عنها زوجها غيبة طويلة استوحشت منها وتضررت بها حتى وإن تيسرت لها النفقة، لكن الحنابلة حملوها كلها على حال عدم العذر من الزوج، فإن كان معذوراً لم يكن لها حق المطالبة بالتفريق للغيبة؛ لعدم وجوب الوطء عليه آنئذ؛ لأن صاحب العذر يعذر لأجل عذره للعمومات الكثيرة في الشريعة الإسلامية، ومنها: "الخرج مرفوع"، و"الضرورات تبيح المحظورات"، وغيرها، وهذا معذور، فيسقط عنه التكليف بالوطء، وإذا كان الوطء غير واجب عليه حال العذر لم يبق ظالماً بمنعها منه، ومن ثم لا يكون لها حق التفريق بسبب ذلك حالة العذر.^(١)

أما عدم جواز التفريق إلا بعد أن يكتب القاضى إلى الزوج الغائب إن كان له مكان معلوم تصل إليه الرسائل: فلأنه قد يكون له عذر في غيبته كما قال الحنابلة- فإذا كتب إليه بيّنه، وحينئذ (يعنى إن أبدى عذراً مقبولاً لبعده عنها) لا يفرق القاضى بينهما عند الحنابلة؛ لما ذكره قبلاً، أو قد يكون غير عالم بتضرر زوجته من غيبته وبعده عنها فإذا علم رجع إليها أو نقلها إليه، وأنئذ لا تفريق عند كل القائلين بالتفريق؛ لعدم قيام سببه، لهذا وجبت الكتابة إليه.

وإن لم يعلم مكانه أو لم تكن الرسائل تصله سقط وجوب ذلك لتعذره، وطلق عليه القاضى، بناء على طلبها؛ لعدم جدوى التأخير.^(٢)

(١) تراجع / كشف القناع ٥ / ١٩٣، فسخ الزواج ص ٤٩٠.

(٢) تراجع / فسخ الزواج ص ٤٩٥، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامى د / محمد كمال الدين إمام ص ٢٦٩ ط / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت.

أدلة المانعين للتفريق بسبب الغيبة:

استدل القائلون بأن الزوجة لا يحق لها طلب التفريق إن غاب عنها زوجها - ولو سنين عدداً - مادام قد ترك لها ما تنفق منه على نفسها بما يلي:

أولاً: أن الزوج إذا دخل بزوجه مرة واحدة في العمر يكون قد وفاها حقها، والزيادة على هذه المرة غير واجبة على الزوج قضاء، بدليل أن زوجة العنين إذا دخل بها زوجها مرة واحدة لم يكن لها طلب الفرقة بعد ذلك بسبب عُنته، لحصول مقصود الزواج بالمرة الواحدة، ومادام استمرار الوطء ليس واجباً على الزوج لم يعد ظالماً بالامتناع عنه، سواء أكان حاضراً أم غائباً، ومن ثم لا يكون لها حق في طلب التفريق بسبب غيابه وبعده عنها^(١).

ويرد عليه: بأننا لا نسلم أن حق الزوجة في الوطء يسقط بالدخول بها مرة واحدة، إذ هو قول بالرأى في مقابلة النصوص الدالة على أحقية المرأة في استمرار الوطء، والتي منها -فوق ما ذكرناه قبلاً عند حديثنا عن أدلة المجيزين من السنة - قول الله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾^(٢) أي: لهن عليهم من حقوق الزوجية مثل الذي عليهن لهم، واستمرار الوطء من الحقوق التي عليها لزوجها بالاتفاق، فيكون بمقتضى هذه الآية حقاً لها على زوجها، أما درجة الرجال عليهن فهي درجة القوامه.

هذا، وإن من أقوى الأدلة دلالة على دحض القول: بأن المرأة يسقط حقها في الوطء بالمرة الواحدة، أن الله تعالى قد جعل للزوج أجلاً محدوداً إذا حلف أن يمتنع من وطئها، حيث قال جل شأنه: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾^(٣) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ^(٤).

(١) يراجع / شرح فتح القدير ٢ / ٥١٨ ط / مكتبة المثنى ببغداد، البدائع ٢ / ٣٣١،

الحاوي الكبير للماوردي ٩ / ٣٧٤، تكملة المجموع للمطيعي ١٦ / ٤١٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

(٣) سورة البقرة: الآيتان: ٢٢٦، ٢٢٧.

فلو لم يكن دوام الوقاع حقاً واجباً لها لم يصر باليمين على تركه واجباً كسائر ما لا يجب، ولَمَّا جازلها طلب التفريق إذا انتهى هذا الأمد المنصوص عليه في الآية.^(١)

أما قولهم: إن زوجة العنين إذا دخل بها زوجها مرة واحدة لم يكن لها طلب الفرقة بعد ذلك لعنته، فقد سبقت مناقشته فلا داعي للتكرار.

ثانياً: لا يفرق بين الغائب وزوجته ما دام له مال تنفق منه على نفسها، ولا يسامح بحل العصمة لخوف الضرر اللاحق من جهة عدم وطئها؛ لأن خوف المرأة على نفسها من الزنا أمر باطني موكل إلى أمانتها، ولم يجعل له الشارع أمارة يستدل بها عليه ويظهر بها صدقها من كذبها، ولو فتح هذا الباب للنساء، ولا سيما نساء هذا الزمان لادعت كل واحدة غاب عنها زوجها مع إجراء النفقة عليها أنها تخاف على نفسها من الزنا، فلا تبقى امرأة غائب إلا طلقت عليه إن شاءت، وفي ذلك من الضرر على الأزواج ومن المفساد ما لا يخفي على نوى الألباب.^(٢)

ويرد عليه بما يلي:

١ - إن هذا الكلام فيه تدافع ظاهر، فإن أوله يقتضي أن المرأة تصدق إذا ادعت خوف الزنا على نفسها، لأنها أمانة على فرجها، وآخره يقتضي أنها لا تصدق، وأي معنى لكونها أمانة ثم لا تصدق؟ ما هذا إلا تهافت.

٢ - إننا لا نقول بالتفريق بمجرد غيبة الرجل عن زوجته حتى يقال: إن في التفريق ضرراً على الأزواج الغُيَّاب، بل نقول: إن غاب عنها غيبة طويلة يغلب على الظن أنها تضررت منها فرق القاضي بينهما بطلبها، لكن بعد مراسلته -إن كانت الرسائل تصله وتخيره بين أن يقدم أو ينقلها إليه أو يطلق، فإن

(١) يراجع/ المغني لابن قدامة ٧/ ٣٠، الجامع لابن بركة ٢/ ١٤٦ ط / المطبعة الشرقية بمسقط، تحقيق عيسى يحيى الباروني، فتاوى النكاح للشيخ الخليلى ص ٧٨.

(٢) يراجع / النوازل الجديدة الكبرى لأبي عيسى الوزاني ٤/ ١٢٦.

أبى واحداً من الخيارات الثلاثة كان ظالماً لزوجته، لأن إقامتها من غير زوج مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف - وبخاصة إن كانت شابة - مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتمالها، وما يكون من ضرر عليه ساعته فهو - مهما يكن - أخف من ضرر ترك زوجته، إذ ضرره لا يعدو أن يكون مجرد التزامات مالية، أما ضررها فأشد، إذ هو الانحراف والسقوط في الهاوية، وربما نجم عن ذلك مفاسد لا يقتصر أثرها على هذه المرأة وحدها، بل قد يطلال المجتمع بأسره، ومعلوم أن الضرر الأعلى يدفع بارتكاب الضرر الأدنى؛ عملاً بقاعدة ارتكاب أخف الضررين، و يختار أهون الشرين، و إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (١)

ثالثاً: قالوا: إن الأصل في عقد الزواج عدم وجوب وطء الزوجة، لأنه عقد معاوضة أو شبيه به، للزوجة فيه المهر، وللزوج حق الانتفاع بالبضع مقابل ذلك، ولو كان الوطء واجباً للمرأة بالإضافة إلى المهر لكانت جامعة بين البديلين، وهذا لا يصح؛ لأن عقود المعاوضة تقتضى الشركة بين المتعاقدين دون انفراد أحدهما بالبديلين، وإذا كان الوطء ليس واجباً لها عليه لم يكن لها التفريق بسبب منعها منه. (٢)

ويرد على هذا من وجهين:

(أ) قولكم: الأصل في عقد الزواج عدم وجوب وطء الزوجة، قول تنقضه آية الإيلاء وهى قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (٣) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ (٣) فقد أمر الله تعالى الذين يؤلون من نسائهم ألا يبقوا على عهدهم أكثر من أربعة أشهر، ولو كان وطء الزوجة غير واجب في الأصل لما كان لهذه الآية معنى.

(١) تراجع / الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٧ ط / دار الكتب العلمية - بيروت.

(٢) تراجع / فسخ الزواج د / أحمد الكردى ص ٤٨٨.

(٣) سورة البقرة: الآيتان ٢٢٦، ٢٢٧.

كما أنه قول تعوزه المعقولة، إذ لو كان كذلك فما الذى يجعل المرأة تخرج من بين أبويها، من عشاها الذى فيه درجت، وبيئتها التى فيها نشأت، مع أن أبويها أبر بها وأرحم، وأحنى وأرم؟ فما الذى يجعلها ترغب وتصر على انتقالها عنهما إلى كنف رجل لم تعده من قبل، ولا تربطها به رابطة دم أو قرابة إلا الرغبة في الاستجابة لدواعى الفطرة، وإشباع نهم الغريزة، وقد تضحى في سبيل هذا براحتها، وتتحمل مسؤوليات كان لها بُدٌّ منها، فما بالها يقال لها: لا حق لك أصلاً في الاستمتاع بشمارك كله؟ أليس في هذا تجاهل لمشاعرها، وكبت لغريزتها، وإضرار بها؟^(١)

(ب) قولكم: عقد الزواج عقد معاوضة... الخ قول مردود، فإن الزواج عقد ذو طبيعة خاصة نظراً للمقاصد الشرعية التى توخاها الشارع الحكيم من مشروعيته، والمهر فيه وإن كان واجباً لكنه ليس ثمناً أو عوضاً عن ملك الانتفاع بالبضع، وإنما هو نحلة أى: عطية دون مقابل كما أخبر بذلك جل شأنه في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾^(٢)، فهو عطاء مقرر شرعاً على الزوج إبانة لشرف المحل، ورمزاً منه لإكرام المرأة، ودليلاً على صدق رغبته في الاقتران بها، ولو كان المهر عوضاً كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة لوجب تسميته في العقد، وليس كذلك، فإن العقد إذا تم بدونه صح ووجب للمرأة مهر مثلها، يدل على هذا قول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٣) فقد رفع سبحانه الجناح عن من طلق في نكاح لا تسمية فيه، والطلاق لا يكون إلا بعد نكاح صحيح، فدل على جواز النكاح بلا تسمية.

ويؤكد ما رواه أبو داود من حديث عقبة بن عامر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم.

(١) يراجع فتاوى النكاح ٢ / ٧٨.

(٢) سورة النساء الآية ٤.

(٣) سورة البقرة ٢٣٦.

وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها الرجل، ولم يفرض لها صداقاً، ولم يعطها شيئاً، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة - يعني امرأته - ولم أفرض لها صداقاً، ولم أعطها شيئاً، وإنى أشهدكم أنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخير، فأخذته فباعته بعد موته بمائة ألف^(١).

فهذا النكاح قد خلا من تسمية الصداق، فدل على أنه لم يشرع بدلاً، وأنه ليس ركناً في العقد ولا شرطاً من شروط صحته، وإنما هو أثر من آثاره، وإلا لوجب تسميته في العقد^(٢).

أيضاً: ثبت عن علقمة أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق مثل ما قضيت، ففرح ابن مسعود^(٣).

فالمراة - هنا - لم يُسم لها مهراً، وقد استحققت مهر مثلها والإرث، وهذا يدل على صحة العقد بدون تسمية المهر، إذ لو كان باطلاً ما استحققت مهراً ولا ميراثاً، وحيث إنه لا يلزم تسميته في العقد فهو ليس بدلاً.

(١) تراجع / عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي عبد الرحمن شرف الحق ٢ / ٢٠٢ ط / دار الكتاب العربي - بيروت.

(٢) القول بأن المهر ليس ركناً ولا شرطاً، هو قول جمهور الفقهاء.
تراجع / كتاب النكاح للجناوني ص ٨٤ نشر مكتبة وهبة بالقاهرة، تبين الحقائق للزيلعي ٢ / ١٣٦ ط / دار المعرفة. بيروت، المذهب ٢ / ٥٦، المبدع ٧ / ١٣١.
أما المالكية: فبعضهم يرى: أن المهر ركن، وبعضهم يعده شرطاً، وبعضهم: لا يعده ركناً ولا شرطاً، والجميع على أنه لا تشترط التسمية عند العقد؛ لصحة نكاح التفويض عندهم، وهو عقد بلا تسمية المهر. تراجع / بداية المجتهد ٢ / ٢٥، الدسوقي ٢ / ٢٩٤.

(٣) رواه الترمذى في سننه ٣ / ٤٥٠ ط / دار الحديث بالقاهرة - تحقيق. محمد فؤاد عبد الباقي.

ثم إن هذا الاستدلال - أعنى كون الزواج عقد معاوضة - يمكن رده من طريق آخر وهو: أن الفقهاء مختلفون في توصيف عقد النكاح، ولا يحتج بمختلف فيه على مختلف فيه.

الرأي المختار

وبعد، فيبدو لي أن القول بجواز التفريق بين الزوجين إن طالت غيبة الرجل حتى تضررت زوجته منها بأن خشيت على نفسها الفتنة، هو الأولى بالاعتبار من غيره، حتى وإن تيسرت لها النفقة، لأن مطالب الجسد لا تنحصر في السكن والغذاء والكساء، فالحياة الزوجية تعنى الدفء والاستقرار، وتعنى المودة والرحمة، ومن مقاصدها: إعفاف كل من الزوجين الآخر، وهذه أمور لا يحققها إلا الاستقرار ورعاية رب الأسرة لها.

فإذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة فإن غيابه بالنسبة لها بحكم الطبيعة البشرية. أمر شديد الضرر، بالغ الخطر، أما ضرره فيتعلق بآثاره السلبية على الصحة النفسية، وأما خطره فيكمن في أثره على الكيان الأخلاقي، إذ إن المُنْغِيَّة^(١) حينئذ، إما أن تبقى في حرمان مستمر وكبت دائم، ومعاناة لا تقف عند حد، وإما أن تطيع هوى نفسها وتستجيب لشیطانها فتتغمس في الفحشاء، وتبوء بأوزارها، لا سيما وأن هذا الزمان يعج بأسباب الانحراف وفساد الأخلاق^(٢)، وهنا قد لا يقتصر الضرر على المرأة وحدها بل ربما انتشر في أوصال المجتمع بأسره، وقد ذكرنا في ثنايا البحث أن النصوص الشرعية والقواعد الكلية قد أكدت على النهي عن إمساك المرأة ضرراً، وعلى أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وأن الضرر يجب أن يزال، وإزالته - هنا - تكون بواحد من ثلاثة أمور: إما أن يعود الرجل إلى زوجته، وإما أن ينقلها إليه، وإما أن

(١) يعنى: التي غاب عنها زوجها.

(٢) فهناك الصور العارية، وقصص العشق والغرام، والأغاني الخليعة المثيرة، وغير ذلك مما أطلق بعض الناس من الأربطة والخیوط التي نسجها الإسلام لضبط شهوات النفس والتحكم في غرائزها.

يطلقها؛ كي تحل من بعده للأزواج، فإن أبى الزوج ذلك كله، كان ظالماً، وكان للقاضي أن يفرق بينهما بناء على طلبها، إذ القاضي منوط به رفع المظالم.

كما يبدو لى أن حصول هذا الضرر للزوجة يجيز لها طلب التفريق بينها وبين زوجها مطلقاً، أى سواء أكان غيابها عنها بعذر أم بغير عذر - كما هو مذهب المالكية وظاهر تفريعات الإباضية - لأن أثر الغياب - وهو حصول الضرر النفسى والجسدى من ترك الجماع - لا يرتفع عنها فيما إذا كان للزوج عذر في غيابها، بل هو واقع ومتحقق في كل من حالي عذر الزوج وعدم عذره، فلم يبق معنى للتفريق بين الغياب بعذر والغياب بغيره في الحكم، ولأن العنة لا تكون إلا جبراً عن الزوج، والزوج معها معذور في عدم الوطء، ومع هذا فإن عامة أهل العلم على أن للمرأة الحق في طلب التفريق بسببها.

أما القول: بأن المعذور يعذر لأجل عذره، فصحيح، لكن هذا في حقوق الله تعالى، أما حقوق العباد فالعذر فيها لا يسوغ إسقاطها، وإنما يرفع المؤاخذة والمحاسبة في الآخرة، ألا ترى أن النسيان - وهو عدم القدرة على استحضار الشيء عند الحاجة إليه - عذر شرعى وسبب من أسباب التخفيف والتيسير، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(١) لكنه عذر لا تترتب عليه المؤاخذة الآخروية، أما ضمان الفعل الذى ارتكبه الناسي، فيفرق فيه بين أن يكون مما يتعلق بحقوق الله تعالى أو بحقوق العباد، فإن كان مما يتعلق بحقوق العباد فلا يعد النسيان معذرة في إسقاطه، فلو أتلف إنسان مال غيره ناسياً وجب عليه ضمانه بمثله إن كان له مثل، وإن لم يكن له مثل ضمنه بقيمته^(٢).

وكذلك الخطأ - سواء أكان في القصد أم في الفعل - عدّه الشارع عذراً في عدم ترتب الإثم والعقاب في الآخرة، أما بالنسبة للحكم الدنيوى: فإن كان

(١) سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٩، وصححه الألبانى في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ١ / ١٢٣ ط / المكتب الإسلامى - بيروت.

(٢) يراجع / الموافقات في أصول الشريعة للشاطبى ١ / ١٠٣ ط / دار المعرفة - بيروت، المنتور في القواعد للزركشى ٣ / ٢٧٢ ط / ١ مؤسسة الخليج ١٩٨٢م.

الخطأ في حق من حقوق الأدميين فقد تحتم على المخطيء أن يعرض عما ارتكبه من خطأ، كما لو قتل مسلماً خطأً، فإن عليه الدية والكفارة بالنص القرآني، وهو قول ربنا عز وجل: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾... الآية. (١)

فأنت ترى أن عذر الخطأ لم يؤثر سلباً في حقوق العباد (٢)، فكذلك عذر الرجل في غيابه عن زوجته يجب ألا يكون سبباً في ضياع حقها عليه.

على أنه يمكن الاستئناس هنا بقاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير" (٣)؛ يعني: إذا كان الزوج مضطراً للسفر أو الغياب عن زوجته، فإن ذلك لا يكون سبباً لضياع حقوقها عليه.

أما قاعدة "الضرورات تبيح المحذورات" وما مائلها، فالمقصود من الإباحة في قضيتنا هذه: جواز غياب الزوج عن زوجته وعدم ترتب المؤاخذه الأخروية إن كان له عذر في غيابه، لا أن تكون الإباحة سبباً لضياع الحقوق على نوبها.

أيضاً، أميل بغلبة الظن إلى أولوية القول: بأن مدة الغياب التي يحق للمرأة بعدها طلب التفريق سنة من تاريخ غياب زوجها، لأن الزوج إذا كان معيماً بعبير يرجى البرء منه أجله القاضى سنة، وهو مبدأ يكاد يكون متفقاً عليه، عملاً بما روى عن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولاً، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها، فاختارت نفسها ففرق بينهما (٤)، ولأن التحديد بسنة فيه تحقيق مصلحة الجانبين، وبيانه:

(١) سورة النساء الآية ٩٢.

(٢) يراجع / الموافقات ٢ / ٣٩٧.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام للأستاذ على حيدر ١ / ٤٢ ط / دار الجيل بيروت المادة رقم ٣٣.

(٤) هذا الأثر أخرجه عبدالرزاق في مصنفه ٦ / ٢٥٣، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣ / ٥٠٣ نشر مكتبة الرشد - الرياض، وكذا ذكره الزيلعي في نصب الراية لأحاديث الهداية ٣ / ٢٥٤ ط / ٣ - دار إحياء التراث العربى عام ١٩٨٧م.

أن الزوجة تتضرر من غياب زوجها، وبخاصة إن كانت شابة، وقد يطول بها الحال إذا انتظرت، فكان في اجتهاد الفقهاء بخصوص رفع الضرر عنها عين الحكمة والمصلحة للمرأة والمجتمع، والفقهاء الحسن: لقواعد الشريعة التي تنص على رفع الحرج وإزالة الضرر، إلا أن الحكم بالتفريق بين الغائب وزوجته بعد مدة بسيطة يلحق الضرر بالغائب، فقد يعود فيجد زوجته قد تزوجت بغيره، وفي هذا ضياع لماله وأسرته، والضرر لا يزال بضرر مثله، فكان في تحديد السنة مراعاة للجانبين، فهي مدة كافية للأزواج الذين يسافرون خارج بلادهم - للدراسة أو للعمل أو لغيرهما - لإنهاء معاملاتهم دون كبير ضرر عليهم، فكان عليهم عدم تجاوزها، إذ إن في تجاوزها زيادة المصرة على زوجاتهم، وفي نفس الوقت الزوجة الصالحة عليها أن تقدر ظروف زوجها، وتتحمل بعض الأذى في سبيل المحافظة على زوجيتها وبناء مستقبل أسرتها، فكان عليها الصبر والاحتساب حتى نهاية السنة.

تنبيهات:

- الأول: حق طلب التفريق لغيبه الزوج يكون للزوجة غير المدخول بها أيضاً
- بنفس الضوابط السابقة - لأن ضرر الغياب متوافر في حقها كالمدخل بها، والقول بغير ذلك يعنى أن تبقى معطلة لا تنتفع بثمره زواجها، وفي هذا من الضرر ما لا يخفي.
- والثاني: إن قال قائل: قلت بجواز طلب المرأة التفريق بسبب غيبة الزوج رفعاً للضرر عنها، فهل يجوز له ذلك إن غابت زوجته عنه قياساً؟
- والجواب: لا يصح قياس الرجل على المرأة في هذا الصدد، لأن الرجل يمكنه دفع الضرر عن نفسه - يعنى إن خشى على نفسه الفتنة - بالزواج من أخرى، بخلاف المرأة فلا يمكنها ذلك إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق بينها وبينه؛ كى تحل من بعده للأزواج، فضلاً عن أن الرجل يملك إنهاء علاقة الزوجية بالطلاق، أما المرأة فليست كذلك.
- والثالث: يجوز لزوجة المحبوس أو الأسير طلب التفريق بينها وبين زوجها

بعد مضي سنة من تاريخ حبسه أو أسره إن تضررت من ذلك بأن خشيت على نفسها الفتنة، لأن الحبس والأسر غياب فعلاً^(١)، وهذا مبني على ما تقدم عند المالكية من أن المناط في ذلك هو تضرر الزوجة من بُعد زوجها عنها وتركه وطأها وخشيتها على نفسها الفتنة، وأنه لا دخل لكون بُعد زوجها عنها باختياره أو قهراً عنه.

وعلى القاضي أن يجيب طلبها ويحكم بالتفريق دون مراسلة زوجها، لأن المحبوس لا يستطيع أن يخرج على تنفيذ الحكم، وكذلك الأسير لا يمكنه الخروج، ومن ثم لا فائدة من المراسلة، وبهذا جاءت بعض القوانين العربية مع إضافة بعض الضوابط.^(٢)

(١) إذ المحبوس - في أكثر الأحوال - لا يكون في نفس البلد الذي يقيم فيه، والأسير لا يكون في بلده أصلاً.

(٢) ففي المادة (١١٢) من القانون العماني ما نصه: "لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا إذا مضى على حبسه مدة لا تقل عن سنة".

وفي المادة (١٤) من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م ما نصه: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلق عليه بائناً للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

وجاء نصاً في المادة (١٣٠) من القانون الأردني: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطلق عليه بائناً، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

كما جاء في المادة (١٣٨) من القانون الكويتي ما نصه: "إذا حبس الزوج تنفيذاً لحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنين فأكثر جاز لزوجته أن تطلب التطلق عليه بائناً بعد سنة من حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". ولعل الحكمة في اشتراط هذه القوانين أن يكون الحكم بالحبس نهائياً وأن تكون مدته ثلاث سنوات فأكثر: أن تكون المرأة يائسة من عودة قريبة لزوجها فيستحكم ضررها إن بقيت إلى نهاية هذه المدة. يراجع/ المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي نقلاً عن كتاب الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت د/ أحمد الغندور ص ٥١٩ نشر مكتبة الفلاح - الكويت.

المطلب الثالث

صاحب الحق في الفرقة للغيبة، وصفتها

أولاً: صاحب الحق في الفرقة

اتفق القائلون بالتفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج على أن هذه الفرقة حق للمرأة وحدها، لأنها تثبت لرفع الضرر عنها، فلا يقضي بها إلا بناء على طلبها، قياساً على التفريق بالعنة، فإنه لا يكون إلا بطلبها^(١).

وعلى هذا: لو أثرت المرأة الصبر والبقاء على الزوجية مع تضررها من غيبة زوجها فإن أحداً لا يملك التفريق بينها وبين زوجها، لأنه إنما كان لحقها.

كما اتفقوا على أن هذه الفرقة متوقفة على قضاء القاضي، لأنها فصل مجتهد فيه، فلا تنفذ بغير قضاء، ثم إن الاعتداد بالعدر في الغيبة وعدم الاعتداد به فيها (على رأي من يفرق بين الغيبة بعذر والغيبة بغيره) أمر يحتاج إلى بحث وإمعان نظر للتثبت منه والوقوف عليه، وهذا لا يكون إلا عن طريق القضاء^(٢).

ثانياً: صفة الفرقة الحاصلة بسبب غيبة الزوج

اختلف القائلون بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة في توصيف الفرقة الحاصلة بسببها:

فالمالكية نصوا على أنها طلاق؛ لأنها فرقة من نكاح صحيح، ولم تثبت بها حرمة مؤبدة، وما كان كذلك فهو طلاق عندهم^(٣)، لكن هل هو طلاق رجعي أم بائن؟ الحقيقة أنهم لم يصرحوا بذلك، لكن مقتضى إطلاقاتهم تفيد أنها طلاق بائن، فقد جاء في الجواهر المضية بشرح المقدمة العزية للآبي "كل طلاق

(١) تراجع/ حاشية البناي بهامش الزرقاني ١٥٥/٤، الفروع لابن مفلح ٣٢٢/٥، الروضة الندية شرح الدرر البهية ٥٦/٢، فتاوي النكاح للخليلي ٧٨/٢.

(٢) تراجع/ المراجع السابقة نفس الصفحات.

(٣) تراجع/ حاشية الدسوقي ٣٦٤/٢، الذخيرة للقرافي ٣٢٠/٤ ط/دار الكتب العلمية

- بيروت.

يوقعه الحاكم طلاق بائن، إلا طلاق المولى وطلاق المعسر بالنفقة^(١)، وجاء في رسالة ابن أبي زيد القيرواني مثل هذا أيضاً^(٢).

فهذا العموم يدل على أن الطلاق للغيبة طلاق بائن، ثم إن التفريق للغيبة إنما هو لرفع الضرر عن المرأة وهو لا يرتفع إلا بالبائن^(٣).

وقيل: إنها طلاق رجعي استنباطاً من ذكر هذه الفرقة في باب الإيلاء، فقد أوردها الدردير في الشرح الكبير ضمن حديثه عن الفرقة بسبب الإيلاء^(٤)، والفرقة للإيلاء عند المالكية طلاق رجعي^(٥)، فاحتمل أن تكون الفرقة بسبب الغيبة طلاقاً رجعياً كالفرقة بسبب إيلاء الزوج من زوجته^(٦)، لكن الاحتمال الأول عندي أرجح؛ لدخوله في عموم النص المذكور في الجواهر المضية.

والقول بأن الفرقة بسبب غيبة الزوج طلاق بائن هي وجهة نظر من قال بالتفريق من الإباضية؛ بناء على قولهم: كل طلاق يوقعه الحاكم يقع بائناً^(٧).

أما الحنابلة وبعض الزيدية الذين يقولون بجواز التفريق بسبب الغيبة فيرون أنها فسخ؛ لأنها فرقة لم تصدر من الزوج بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو كناية، وكذا لم يصدر بتفويض منه^(٨) ومن ثم لا يكون طلاقاً^(٩).

(١) تراجع / الجواهر المضية بشرح المقدمة العزية للشيخ صالح الآبي ص ١٦٠، ط. مكتبة القاهرة.

(٢) تراجع / شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ١٠١/٢.

(٣) تراجع / القوانين الفقهية ص ٢٢٧.

(٤) تراجع / الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤٣١/٢.

(٥) تراجع / السابق.

(٦) تراجع / فسخ الزواج ص ٤٩٦، الفرقة بين الزوجين للأستاذ / علي حسب الله، ص ١٤٥، طدار الفكر العربي.

(٧) تراجع / شرح النيل ٤٨٣/٦.

(٨) تراجع / كشف القناع ١٩٣/٥، المغني ٣١/٧، الروضة الندية ٥٦/٢.

(٩) تجدر الإشارة هنا إلى أن الفسخ يغير الطلاق في أمور منها:

أ) الفسخ نقض للعقد وإزالة للحل الذي كان مترتباً عليه بالكلية بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو طراً عليه ما يمنع بقاءه واستمراره شرعاً، أما الطلاق فهو إنهاء للعقد بلفظ خاص قد يترتب عليه زوال الحل إن كان بائناً بينونة كبرى، وقد يترتب عليه نقصان الحل إن كان الطلاق رجعياً أو بائناً بينونة صغرى.

ويبدو لي أن القول: بأنها فسخ أولى بالنظر من القول: بأنها طلاق، وذلك لأن الطلاق ملك للزوج دون غيره، والقاضي عندما يقوم بالتفريق بين الزوجين إنما يقوم بناء على ولايته العامة في رفع الضرر عن الناس، لا بكونه نائباً عن الزوج (إذ الزوج لم يُنب القاضي عنه في التطليق، بل قد لا يرضى بتطليقه أصلاً) وهذا لا يبيح له أن يتعدى على حق الزوج الشخصي في الطلاق ما دام هناك طريق آخر لرفع الضرر وهو الفسخ.

ثم إن القول: بأن تفريق القاضي طلاق يعني أنه يحسب على الزوج طلاقاً من غير إرادته وهو صاحب الحق الشرعي فيه، وقد يكون مسبوقاً بطلاقين فتحرم المرأة عليه حتى تتزوج زوجاً غيره، ومن ثم يتضرر الزوجان لعدم العودة، وكذلك الأولاد إن كان بينهما أولاد، أما إذا عديناه فسحاً فإن باب إعادة

-
- = (ب) فرقة الفسخ لا يترتب عليها نقصان عدد الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته لأن الفسخ نقض للعقد كما سبق، بخلاف فرقة الطلاق فإنها تنقض العدد.
- (ج) الطلاق يقبل التعليق والإضافة إلى الزمن المستقبل، أما الفسخ فليس كذلك.
- (د) الطلاق إما رجعي وإما بائن، والرجعي منه يملك الزوج فيه أن يعيد المرأة إلى عصمته بدون عقد ما دامت في العدة، بخلاف الفسخ فهو نوع واحد لا يملك فيه الزوج أن يراجع زوجته ولو في العدة.
- (هـ) الطلاق لا يملكه شرعاً غير الزوج، وله أن ينيب فيه، أما الفسخ فهو حق لكل من الزوجين، وليس وقفاً على أحدهما دون الآخر.
- (و) التوارث بين الزوجين قائم في الطلاق إن كان رجعياً وكانت المرأة في عدتها، بخلاف الفسخ، فلا توارث فيه، وإن كانت المرأة في العدة.
- (ز) يكون للمرأة في الطلاق قبل الدخول نصف المهر المسمى، أما الفسخ قبل الدخول فليس للمرأة فيه شيء من المهر.
- (ح) تستحق المطلقة رجعياً النفقة ما دامت في العدة، وكذلك البائن الحامل حتى تضع حملها، أما في حالة الفسخ فلا نفقة لها. يراجع/ بحوث في فرق النكاح الدائرة بين الفسخ والطلاق لأستاذنا الدكتور المرسى السماحي، ص ٥ وما بعدها، ط/ الفجر الجديد-القاهرة، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع لأستاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان، ص ٧٥ وما بعدها، ط/ دار الطباعة المحمدية، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية للدكتور زكريا البري ص ١٤٥، ط/ منشأة المعارف بالإسكندرية.

الزوجية يبقى مفتوحاً، وبهذا تضيق دائرة الطلاق من جهة، ويرتفع الظلم عن المرأة من غير إضرار بغيرها من جهة أخرى.

هذا إلى أن الطلاق الذي لا مناص من حسابانه على الزوج إنما هو الذي تنبعث دواعيه من نفسه، فيوقعه عن رغبة واقتناع بضرورته، ولهذا قلنا: إنه حق شخصي، أما أن يقع الزوج في ظروف معينة لا يرضاها غالباً، ثم تتضرر بها المرأة، فيقال له: طلق وإلا طلقنا عنك، فإننا نراه تحكماً في دخيلة نفسه، وإكراهاً له على ما لا يرضى، وطلاق المكره لا يقع كما قال الأكثرية، لذا نقول: فَلْيُفَسِّخِ الْقَاضِي الزَّوْجَ دَفْعاً للضرر الظاهر عن المرأة، وَلْيَدْعُ للزوج حقه الخالص في الطلاق^(١).

وإني لأرجو الله - تعالى - أن يوفق القائمين بإصلاح قوانين الأسرة إلى تقرير ذلك، فيجعلون تفريق القاضي فسخاً في جميع أحواله، لتنال الأسرة ما وراء هذا من نفع وخير في ظل الشريعة الخالدة.

المطلب الرابع

موقف قانون الأحوال الشخصية العماني وبعض القوانين العربية الأخرى من التفريق للغيبة

موقف القانون العماني

انطلاقاً من مبدأ رفع الضرر، ورفع المفسدة التي قد تتعرض لها المرأة إذا طالت غيبة زوجها عالج المقنن العماني مسألة التفريق للغيبة في ثلاث مواد قانونية:

أولها: المادة (١١٠) حيث جاء فيها ما نصه: "للزوجة طلب التطلق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة "

(١) تراجع / الفرقة بين الزوجين للأستاذ / علي حسب الله ص ١١٨، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام د/ محمد سلام مذكور، ص ٢١٢ نشر دار النهضة العربية - القاهرة.

وثانيها: المادة (١١١) حيث نصت على أنه "لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا محل إقامته طلب التطلاق للضرر، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو فقدان"

وثالثها: المادة (١١٥) حيث جاء فيها ما نصه: "يعتبر التطلاق بموجب المواد....(١١٠)، (١١١).... بائناً"

فقه النص:

واضح من هذه النصوص أن القانون جنح للقول بجواز التفريق لغيبة الزوج، واتجه تحديداً إلى المعتمد في المذهب المالكي، حيث لم يفرق بين غيبة الزوج لعذر وغيبته لغير عذر، وقد أحسن صنعاً إذ فعل ذلك؛ لما قلناه - من قبل - في الرأي المختار، ونص على أن مدة الغيبة التي تجيز الحكم بالتفريق سنة من تاريخ غياب الزوج، ومضي السنة - هنا - إجراء جوهري، وإغفاله يؤدي إلى بطلان الحكم، وبيّن إجراءات القضاء بالتفريق للغيبة، مفرقاً في ذلك بين الغائب الذي يعرف موطنه أو محل إقامته ويمكن وصول الرسائل إليه، وبين الغائب مجهول الإقامة، وهذه الإجراءات نص عليها المالكية في كتبهم، وهي:

إن كان الزوج الغائب معلوم الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه، ورفعت زوجته دعوى تفريق للغيبة فحينئذ يجب على القاضي أن يكتب إليه ويطلب منه أن يفعل أحد أمور ثلاثة: أن يحضر ليقم مع زوجته في بلدها، أو ينقلها إليه حيث يقيم، أو يطلقها، ويحدد له أجلاً يفعل فيه واحداً من هذه الأمور ويذكر له أنه إن انقضى الأجل ولم يفعل واحداً منها طلق عليه زوجته طلاقاً بائناً.

فإن اختار الزوج أحد هذه الأمور الثلاثة^(١) فالأمر ظاهر، وهو رفض الدعوى لعدم وجود سببها، وإن امتنع عن الاختيار وقد انقضى الأجل الذي

(١) إذا أظهر الزوج استعداده لنقلها إليه ثم امتنعت كان هذا مسوغاً لعدم سماع دعواها، لأنها المتسببة في عدم إقامة زوجها معها، إلا أن تكون قد اشترطت عليه في عقد الزواج أن لا ينقلها من بلدها فهذا شرط صحيح، يجب الوفاء به وحينئذ يكون زوجها مخيراً بين أمرين: أن يعود إليها أو يطلقها، فإن امتنع فرق القاضي بينهما على نحو ما سلف.

حدده القاضي له طلق عليه بعد أن يتحقق من وصول الإعلان إليه تطليقة بائة طبقا للمادة (١١٥)، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه؛ لأن التفريق هنا ليس لعدم الإنفاق، وإنما هو لتضرر المرأة بحرمانها من تلبية رغباتها النفسية والجسدية.

ويراعى أن القانون لم يحدد وسيلة معينة لإعلان الزوج، ومن ثم يجوز إعلانه بواسطة المحضرين، أو كتاب مسجل، أو كتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، إذ المقصود هو اتصال علمه بالإعلان.

ولا يجوز التطليق في هذه الحال بغير الكتابة إلى الزوج الغائب وانتظار مدة الإمهال وإلا وقع الحكم باطلاً.

على أن الكتابة التي يعتد بها - هنا - هي التي تتم عن طريق القاضي، أما المراسلات التي تكون بين الزوج وزوجته أو التي تكون من أهله أو أصدقائه فليست من الإمهال القانوني في شيء.

وإن كان الزوج الغائب غير معلوم الإقامة، ويلحق به من كان معلوم الإقامة لكن مكاتبته غير ممكنة لعدم وصول الرسائل إليه، ففي هذه الحال يطلق القاضي عليه بعد مضي سنة من تاريخ غيابه رفعاً لضرر الغيبة عنها دون إمهال؛ إذ لا فائدة منه حينئذ، وهذا التطليق يقع طلاقاً بائة كما أشار إليه القانون من قبل؛ لأنه إنما كان لرفع الضرر عن المرأة وهو لا يرتفع إلا بالبائن.

هذا باختصار خلاصة القول فيما نص عليه القانون العماني في المواد الثلاث سالفة الذكر، بيد أن لنا مع القانون هنا وقفات:

أما الأولى: فهي أن المادة (١١٠) وقع فيها إشكال - أرى ضرورة العمل على إزالته عند وضع المذكرة التوضيحية^(١) - وبيانه: يكون من خلال طرح هذا التساؤل: قول المقنن: [على أن يمهل لأجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة] شرط لماذا؟ هل هو شرط للحكم بالتفريق؟ أم هو شرط لرفع

(١) لا توجد مذكرة إيضاحية لقانون الأحوال الشخصية العماني إلى الآن.

الدعوى؟ أم هو شرط يتضمن تحديد المدة التي يجب على الزوج أن يختار خلالها واحداً من الأمور الثلاثة المذكورة؟

فإن كان المراد أنه شرط للحكم بالتطليق: فهذا يعني أنه أغفل تحديد المدة التي يجوز للمرأة بعدها أن ترفع دعوى تفريق للغيبة.

وعليه: يجوز للمرأة أن ترفع دعواها طالبة التفريق بسبب غياب زوجها ولو بعد أسبوع واحد من غيابه، وهذا لم يقل به أحد أبداً من أهل العلم، ولا جاء في أي قانون قط، لأنه يتنافى مع المبدأ الذي شرع من أجله التفريق للغياب، وهو رفع الضرر الواقع على المرأة بالفعل لا الضرر المتوقع، فلا بد إذن من أن تمضي مدة تستوحش فيها المرأة وتتضرر فعلاً من غيبة زوجها عنها حتى يحق لها رفع الدعوى، إذ هو - كما قلنا - تفريق لرفع الضرر الواقع لا الضرر المتوقع.

وإن كان المراد أنه شرط لبيان المدة التي يجب على الزوج أن يختار فيها واحداً من الأمور الثلاثة: فهذا أعجب؛ لأنه يعني أن الزوج لو اختار واحداً من الأمور الثلاثة قبل مضي أربعة أشهر لا يقبل منه، ألا تراه قال: "لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز سنة"؟

هذا فضلاً عن أنه حينئذ يكون قد أغفل بيان مدة الغيبة المجيزة لطلب التفريق والحكم به.

وإن كان المراد أنه شرط لرفع الدعوى: - وهذا أغلب الظن - فإن ظاهر النص لا يسعفه ولا يعين عليه، إذ لم يرد فيه ولو من طرف خفي ما يشير إلى هذا.

فالمادة - إذن - فيها إيهام. وإنني أقترح إعادة النظر في صياغتها بعبارة ترفع هذا الإيهام، وفي نفس الوقت لا تتناقض مع المبدأ الذي وجدت المادة من أجله، وحبذا لو كانت كما يلي:

"للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه إذا مضى على غيابه سنة، ولا

يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره إن كان معلوم المكان: إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل يحدده له القاضي، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل فرق بينهما"

وعلى هذا: تكون مدة السنة شرطاً لرفع الزوجة دعواها ويكون الأجل الذي يحدده القاضي - باجتهاده - للزوج لاختيار أحد الأمور الثلاثة^(١).

أما المادة (١١١) فتكون على النحو التالي:

"لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا محل إقامته طلب التفريق للضرر إذا مضت على غيابه أو فقدته مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو فقدان"

وأما الثانية: فهي أن القانون قد قرر في المادة (١١٥) أن التفريق للغيبة يحسب طلاقاً بائناً، وهذا - فيما يبدو لي - على خلاف الأولى شرعاً، فالأولى أن يكون هذا التفريق فسخاً لا طلاقاً، وهي وجهة نظر الحنابلة، وقد بيّنت ذلك سابقاً عند حديثي عن صفة الفرقة الحاصلة بسبب غيبة الزوج.

أيضاً: جعل التفريق للغيبة طلاقاً على خلاف المنهج الذي رسمه القانون لنفسه في تقنين الفرقة بين الزوجين (وهو ما يعرف في لغة القانونيين بـ سياسة التشريع) وهو تحاشي إيقاع الطلاق، وعدم احتسابه على الزوج كلما أمكن ذلك، فالمتتبع للمواد القانونية التي تحدثت عن الفرقة بين الزوجين يستطيع أن يقف على هذا المنهج دون عناء.

وأما الثالثة: فإن المادة (١٩٠) في فقرتها الأولى عرفت الغائب فقالت: "هو

(١) وهذا الأجل ليس من قبيل مواعيد المرافعات التي يتعين مراعاتها عند القيام بالإجراء المطلوب، يعني لا يتعين على الزوج تنفيذ أي من الخيارات الثلاثة خلال هذا الأجل، بل هو مجرد مهلة يقصد بها حث همة الزوج الغائب على العودة إلى زوجته أو نقلها إليه، بحيث إذا فعل ذلك بعد انقضاء المهلة أو في أي مرحلة من مراحل الدعوى قبل الحكم انتفى موجب التطبيق. وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٣ لسنة ٤٨ قضائية أحوال شخصية جلسة ٢٠ يناير سنة ١٩٨١م.

الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته " وهذا التعريف أراه يتناقض مع ما ذكر في المادة (١١٠) حيث إنها قررت كما سبق أن الغائب قد يكون معلوم الإقامة والموطن، وأن على القاضي آنذاك أن يرأسه... إلخ، بينما المادة (١٩٠) تفيد أن الغائب هو من كان مجهول الإقامة والموطن، وهذا تناقض بين أرى ضرورة العمل على إزالته.

أيضاً: تعريف الغائب بأنه (من لا يعرف موطنه ولا محل إقامته) لا يسعف في التفريق بين الغائب والمفقود، فضلاً عن أنه غير جامع لكل أفراد المعرف، وقد بيّنت ذلك - أيضاً - عند الحديث عن المقصود بالغيبة، واقترحت تعريفاً للغائب، فراجع إن شئت.

موقف القانون المصري

كان العمل في مصر يجري على مذهب الحنفية الذي يرى عدم التفريق بالغيبة مهما طال، إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م، حيث أخذ هذا القانون بحكم ملفق من مذهبي المالكية والحنابلة في المادتين ١٣، ١٢، منه.

أما المادة (١٢) فقد نصت على أنه "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها منه إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"

وأما المادة (١٣) فقد جاء فيها: "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطبيقه بئنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل"^(١).

هذا هو المعمول به في مصر الآن. ونحن نعيب عليه أنه فرق بين غيبة

(١) يراجع / موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية للمستشار/محمد عزمي البكري ص ٤٠١ نشر دار محمود بالقاهرة.

الزوج بعذر وبين غيبته بغير عذر، حيث أجاز التفريق في حالة غياب الزوج بغير عذر فقط، أما الغياب بعذر فمهما طال لا يكون للمرأة الحق في المطالبة بالتفريق بسببه، وقد أوضحنا سابقاً أن هذا غير سديد، ولا داعي للتكرار. كما نعيب عليه أنه عدّ الفرقة بسبب الغياب طلاقاً بائناً، وقد أسلفنا أن هذا على خلاف الأولى.

القانون السوري

اتجه القانون السوري في المادة (١٠٩) منه إلى ما اتجه إليه القانون المصري حيث أجاز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها بعد مضي سنة من غيبته إن كانت غيبته عنها لغير عذر مقبول، لكنه خالفه في صفة الفرقة الحاصلة بذلك، حيث عدها طلاقاً رجعيّاً، وهذا الاتجاه هو محتمل قول المالكية كما تقدم، وهاك نص المادة ١٠٩:

١ - إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

٢ - هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق سراح السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها^(١).

القانون الأردني

أجاز القانون الأردني للزوجة التي غاب عنها زوجها أو هجرها^(٢) مدة لاتقل عن سنة من غير عذر مقبول أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبينه لتضررها من غيبته عنها أو هجره إياها، وعلى الزوجة أن تقدم الدلائل التي

(١) يراجع / الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبة الزحيلي ٥٣٤/٧ ط / دار الفكر بيروت.

(٢) ذكرنا من قبل أن الهجر هو أن يمتنع الزوج عن معاشرة زوجته أو مساكنتها، لكنه يقيم في نفس البلد الذي تقيم فيه زوجته، أما الغياب فهو انتقال الزوج من البلد الذي تقيم فيه زوجته إلى بلد آخر وإقامته فيه.

تثبت دعواها، وطلبها التفريق حينئذ لا يتوقف على عدم ترك الزوج لها نفقة تعيش منها، وفرق القانون في الإجراءات المتعلقة بالتفريق بين الغائب معلوم الإقامة والغائب مجهول الإقامة، وهذه المعاني كلها قد تضمنتها المواد ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥ القانون.

ففي المادة (١٢٣) ما نصه: "إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"

وفي المادة (١٢٤) جاء ما نصه "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب القاضي له أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها إذا لم يحضر للإقامة معها أو نقلها إليه، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين."

أما المادة (١٢٥) فقد نصت على أنه "إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه، أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواه بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى، طلق القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل، وفي حالة عجزها الإثبات أونكولها عن اليمين ترد الدعوى."^(١)

القانون الكويتي

ذهب المقنن الكويتي في الغائب إلى ما ذهب إليه المقنن المصري تماماً حيث جاء في المادة (١٣٦) ما نصه: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب تطليقها بائناً إذا تضررت من غيبته ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"

(١) يراجع / الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني د/عمر سليمان الأشقر ص ٢٧٣، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني د/محمود السراطوي ص ٤٦٩ ط/دار الفكر الأردن.

وفي المادة (١٣٧) جاء النص:

- (أ) إن أمكن إعلان الغائب ضرب له القاضي أجلاً، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بتطبيقه بئنة.
- (ب) وإن لم يمكن إعلان الغائب فرق القاضي بلا إعذار ولا أجل^(١).

(١) يراجع/ الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت د/أحمد الغندور ص ٦٧٦ نشر مكتبة الفلاح - الكويت.

المبحث الثاني

التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج

ويحوي عدة مطالب:

- المطلب الأول: بيان المقصود بالفقدان.
- المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بسبب فقدان الزوج.
- المطلب الثالث: صاحب الحق في الفرقة للفقد، وصفتها.
- المطلب الرابع: موقف القانون العماني وبعض القوانين العربية الأخرى من التفريق للفقد.

المطلب الأول

بيان المقصود بالفقدان

الفَقْدَانُ في اللغة (بكسر الفاء وضمها) وَالْفَقْدُ (بفتح الفاء وسكون القاف) والفُقُودُ (بالضم) من فَقَدَ الشيءَ يَفْقِدُهُ إذا غاب عنه وعدمه، وهو فقيد ومفقود يعني معدوم. أما الفَقْدُ (بفتح الفاء والقاف) فهو شراب يتخذ من الزبيب والعسل، وقيل: هو نبات ينبذ في العسل، فيقويه ويجيد إسكراره.

والفاقد من النساء: التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها، وقال اللحياني: هي التي تتزوج بعدما كان لها زوج فمات.

والتَّفَقُّدُ: طلب الشيء عند غيبته، ومنه قول الله تعالى على لسان سيدنا سليمان ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ﴾ (١).

وافتقدت الشيء: طلبته، وافتقدته: لم أجده أيضاً، ومنه قول أبي الدرداء: "مَنْ يَتَفَقَّدُ يَفْقِدُ، وَمَنْ لَا يُعِدُّ الصَّبْرَ لِفَوَاجِعِ الْأُمُورِ يَعْجِزُ"، ومعناه: من يطلب أحوال الناس ويتعرفها فإنه لا يجد ما يرضيه.

(١) سورة النمل الآية ٢٠

وهذا يعني أن لفظة "فقد" من ألفاظ الأضداد، فتقول: فقدت الشيء إذا ضلته أو غاب عنك، وفقدته أي طلبته، وكلا المعنيين متحقق في المفقود، فهو قد غاب عن أهله وضل عنهم وهم في طلبه ساعون^(١).

والخلاصة: أن فقدان (بضم الفاء وكسرهما) في لغة العرب يعني أن تطلب الشيء فلا تجده.

والمفقود شرعاً كما قال السرخسي من الحنفية: اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، لكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يَجِدُون لخفاء أثر مستقره لا يَجِدُون، قد انقطع عنهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد^(٢).

وهذا التعريف وإن كان جميل لفظه بديع نسقه إلا أنه طويل.

وعرّفه آخرون بأنه: غائب لم يدر أحي هو فيتوقع (يعني قدومه) أم ميت أودع اللحد البلقع؟^(٣)

وعرّفه صاحب تمهيد قواعد الإيمان بأنه: من وقع من بني آدم في شيء خطر محتمل لنجاة الواقع فيه وهلاكه به، ثم لم يصح عليه أحد الأمرين^(٤).

والتعاريف السابقة تفيد أن المدار في المفقود على الجهل بحياته وموته لا

(١) يراجع / لسان العرب ٢٩٨/١٠، القاموس المحيط للفيروزآبادي ٣٣٥/١ ط/ الثانية مصطفى الحلبي مصر، مختار الصحاح لأبي بكر الرازي ص ٢٩٩ ط/ دار إحياء التراث العربي - بيروت، المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة ص ٤٧٧ ط/ وزارة التربية والتعليم ١٩٩٣م.

(٢) يراجع / المبسوط للسرخسي ٣٤/١١.

(٣) البلقع: الأرض القفر التي لا شيء بها، وجمعه: بلاقع،
ويراجع / رد المحتار على الدر المختار ٣٢٨/٣، مغني المحتاج ٣٩٧/٣، شرح منتهى الإرادات ٦١٧/٢.

(٤) يراجع / تمهيد قواعد الإيمان لأبي محمد سعيد بن خلفان الإباضي ٢٤٧/١١ ط/ وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان.

على الجهل بمكانه، ومن ثم فيدخل فيه من أسره العدو وقد انقطع خبره، ولا يدرى أحي أم ميت، وإن علم مكانه.

وعرّفه قانون الأحوال الشخصية العماني فقال: هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته^(١)، وهو عين المعنى السابق.

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في التفريق بسبب فقدان الزوج

ذكرنا آنفاً أن المفقود هو من غاب غيبة منقطعة خفيت فيها أخباره، وجهلت فيها حياته، وأصبح أهله في حيرة من أمره، أحي هو أم ميت؟

فمن كانت حاله كذلك ثم طلبت امرأته التفريق بينها وبينه لتضررها من غيبته وبعده عنها وخشيته على نفسها من الفتنة والانخراط في الرذائل والمهالك، فهل تجاب إلى طلبها؟

الفقهاء في ذلك على فريقين - كما تقدم في امرأة الغائب المعلوم الحياة - ذلك لأن المفقود غائب وزيادة، ومن ثم فإننا نميل إلى أن زوجة المفقود لها ما لزوجة الغائب من التفريق عليه إن طلبته بعد مضي سنة من يوم فقده؛ لتضررها بترك الوطء، وخشيته على نفسها الفتنة، بل هي أولى، لأنها لا تعلم حياته من وفاته، فلا هو حي ترجو عودته فتصبر، ولا ميت فتعتد له ثم تنقضي علاقتها به بانقضاء عدتها، وقد يطول بها الحال على ذلك فيكون ضررها أشد، وقد تكون شابة فتذهب نضارتها وتمضي حياتها بدون زوج، وفي هذا من الحرج ما لا يخفى، لذا كانت إجابتها بالتفريق إن طلبته عين الحكمة والمصلحة لها وللمجتمع، والفقهاء الحسن لقواعد الشريعة التي تنص على رفع الحرج وإزالة الضرر.

أما إذا لم تطلب زوجته المفارقة وانتظرت وصبرت ولم تجزع من غيابه فهل تكون على زوجيته عمرها كله؟

(١) يراجع / قانون الأحوال الشخصية العماني الفقرة الثانية من المادة (١٩٠).

والجواب: أن الأمر لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يرفع أحد ورثة المفقود أو أحد المستحقين في تركته^(١) الأمر إلى القاضي طالباً الحكم بوفاته، وإما لا. فإذا لم يرفع حال المفقود إلى القاضي فزوجته باقية على زواجها منه حتى يأتيها يقين موته، أو يأتيها هي أجلها، أو يصح طلاقه لها، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم.

أما إذا رفع أحد ورثته أو أحد المستحقين في تركته حاله إلى القاضي طالباً الحكم بموته، ثم اجتهد القاضي وحكم بموته بعد مرور مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها فساعتئذ تنحل زوجيتها منه، وتعد وجوباً عدة الوفاة وتبين منه بانقضاء العدة، وليس لها أن تختار البقاء على الزوجية بعد الحكم بوفاته زوجها المفقود^(٢)، لأن القضاء حجة متعديّة، فتلزمها الفرقة بالحكم بوفاته، وهو قول أكثر أهل العلم^(٣)، خلافاً للظاهرية، حيث لا يعترفون بما يسمى بالموت الحكمي، وخلافاً للحنابلة في رواية فيمن فقد في غيبة ظاهرها السلامة، حيث يقولون فيها: لا يحكم بموته مهما طال الزمان، وتظل امرأته على زوجيته أبداً حتى يصح موته أو تموت هي^(٤).

(١) كالموصى لهم أو الغرماء.

(٢) إلا أن تظهر حياته بعد الحكم بوفاته ولم تكن تزوجت بغيره ودخل بها الثاني، فإنها حينئذ تعود لزوجية الأول بالعقد الأول؛ نظراً لبطلان الحكم بالوفاة آنذ، إذ من المعلوم أن القضاء ينفذ ظاهراً فقط.

(٣) يراجع / شرح النيل ٣٣/٩، كتاب النكاح للجنائوني ص ٢٢٢، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٧٨/٥، المبسوط ٣٨/١١، شرح الخرشي ١٤٩/٣، بداية المجتهد ٥٢/٢، تكملة المجموع شرح المذهب ٢٣٩/١٩، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لأبي العباس الرملي ١٤٨/٧، ط / دار الفكر بيروت- الشرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج بن قدامة بأسفل المغني لأبي محمد بن قدامة ١٢٨/٩، ط دار الفكر بيروت- الروض المربع للبهوتي ٣٥٣/١، ط / دار الكتب العلمية بيروت- جوهر الكلام في شرح شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي ٢٩٣/٣٢، تحقيق محمود القوچاني ط / المكتبة الإسلامية بطهران، وسائل الشيعة ١٥٧/٢٢، الروض النضير ١٧٢/٤، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ٢٥٧/٢ ط / دار الكتب العلمية بيروت.

(٤) جاء في المحلى ١٤٢/١٠: "من فقد في حرب أو في غير حرب وله زوجة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، ولا يفرق ماله ولكن ينفق منه على أهله"

وعلى رأي الأولين القائلين بجواز الحكم بموت المفقود يتأتى هذا التساؤل:
متى يحكم القاضي بوفاة المفقود ومن ثم تنحل زوجيته؟

وللإجابة عن هذا نقول:

إن المفقود إما أن يفقد في حالٍ ظاهرها السلامة كمن يخرج للتجارة في غير مهلكة أو لطلب العلم أو السياحة مع أمن الطريق، أو نحو هذا، ثم لا يعود، وقد خفيت أخباره وانقطعت.

وإما أن يفقد في حالٍ ظاهرها الهلاك كمن يفقد أثناء العمليات الحربية في ميدان المعركة أو إثر غارة جوية، أو وقوع كارثة كحريق وفيضان وهدم بناء، أو كمن يكون في طائرة سقطت، أو على ظهر سفينة غرقت، وقد نجا بعض رفاقه، وكمن يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ثم لا يظهر له خبر، ولا يدرى أحي هو أم ميت؟

فإن كان ظاهر غيبته السلامة ثم انقطعت أخباره وجهلت حياته:

فقد ذهب الإباضية والحنفية والشافعية - في الجديد - وأحمد - في رواية والإمامية - في قول - إلى أن هذا الشخص حي قضاء، ومن ثم لا تنحل زوجيته، ولا يحكم بموته إلا بعد التعمير الغالب أو بموت أقرانه.

ثم اختلفوا في تقدير ذلك:

فقليل: سبعون سنة، وقليل: ثمانون سنة، وقليل: تسعون سنة، وقليل: مائة سنة، وقليل: مائة وعشرون سنة، وقليل: مائة وثلاثون سنة، وقليل: الأقيس ألا يقدر بشيء؛ لأن نصب المقادير لا يكون بالرأي ولا نص فيه، والأرفق أن يقدر بتسعين^(١).

= وجاء في الشرح الكبير بأسفل المغني ١٢٧/٩ "من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وطلب العلم والسياحة فإن امرأته تبقى أبداً حتى تتيقن موته".

(١) يراجع / شرح النيل ٣٨/٧، جوهر النظام ٣١٨/٢، الهداية للمريناني ١٨١/٢ ط/المكتبة الإسلامية، البحر الرائق ١٧٨/٥، مغني المحتاج ٣٩٧/٣، الحاوي الكبير ١٠/٢٤٩، ٢٥٠، الشرح الكبير بأسفل المغني ١٢٨/٩، كشف القناع ٤٢٣/٥، وسائل الشيعة ١٥٧/٢٢، الخلاف للطوسي ٦٠/٣.

والقول: بأن القاضي لا يحكم بموته إلا بعد مضي العمر الذي جرت العادة غالباً أن لا يعمر أحد أكثر منه في ذلك الوقت هو قول ابن شبرمة وعثمان البتي وسفيان الثوري وغيرهم^(١).

وزهد الشافعي - في القديم - والإمامية - في قول - إلى أن القاضي يحكم بوفاته بعد مرور أربع سنين من وقت انقطاع خبره، وساعتها تعتد زوجته للوفاة، ثم تحل بعدها للأزواج^(٢).

وإن كان ظاهر غيبته الهلاك:

فالأباضية والشافعية في القديم وأحمد في الظاهر من مذهبه يرون أن القاضي يحكم بوفاته بعد مضي أربع سنين من يوم فقده، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة^(٣).

بيد أن أكثر الإباضية والحنابلة في رواية يقولون: إن المرأة - هنا - لا تحل للأزواج إلا بعد أن تعتد للوفاة، ثم يطلقها الولي^(٤) بعد عدة الوفاة، فتعتد للطلاق^(٥).

وهذا القول - أعني أن المرأة تتربص أربع سنين ثم يحكم القاضي بوفاته - هو قول عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء بن أبي رباح، والأوزاعي، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيدة وغيرهم^(٦).

(١) يراجع / الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٨٦/١ ط/ دار الفكر، الروض النضير ١٧٣/٤.

(٢) يراجع / روضة الطالبين ٤٠٠/٨، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح الجلال المحلي على المنهاج ٥١/٤ ط/ دار الفكر - بيروت، جواهر الكلام ٢٩٣/٣٢.

(٣) يراجع / شرح النيل ٣٨/٧، الحاوي الكبير ٣١٦/١١، الشرح الكبير بأسفل المغني ١١٨/٩، الروض المربع ٣٥٣/١.

(٤) عند بعض الإباضية: ولي المرأة، وعند الحنابلة وبعض الإباضية: ولي المفقود.

(٥) يراجع / شرح النيل ٤٣/٧، الشرح الكبير بأسفل المغني ١٢١/٩، والرواية الثانية عند الحنابلة: لا يشترط طلاق الولي؛ لأن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته.

(٦) يراجع الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٨٥/١، الحاوي الكبير ١١/١١، المحلى لابن حزم ١٣٤/١٠.

بينما ذهب الحنفية والشافعي في الجديد وأحمد في رواية^(١) وبعض الإمامية إلى أن القاضي لا يحكم بوفاة المفقود في هذه الحال - أيضاً - إلا بعد التعمير الغالب، يعني لا فرق عندهم في ذلك بين أن يكون ظاهر غيبته السلامة أو الهلاك وإن فقد بعد بلوغه سن التعمير الغالب اجتهد القاضي في الأجل الذي يحكم بعده بموته^(٢).

أما المالكية: فلهم تقسيم خاص للمفقود، حيث فرقوا في الحكم بموته بين أربع حالات:

الأولى: إن فقد في بلاد الإسلام أو بلاد الشرك في حال السلم وفي غير زمن الوباء فإنه لا يحكم بموته إلا بعد مضي مدة التعمير الغالب (وهي عندهم سبعون سنة من يوم ولادته، وقيل: ثمانون، وقيل: غير هذا).

ويرى بعضهم: أنه يحكم بموته في هذه الحال بمرور أربع سنين من وقت فقده، فتعتد زوجته ويقسم ماله.

والثانية: إن فقد في بلاد الإسلام أو الشرك في حال السلم، لكن في زمن الوباء، فيحكم بموته بعد زهاب الوباء؛ لغلبة الظن بموته.

والثالثة: إن فقد في حال الحرب، وكانت الحرب بين طائفتين من المسلمين فيحكم بموته من يوم انفصال الصفين وانتهاء القتال إن شهدت بيعة بأنه حضر صف القتال، وإلا فكالحال الأولى.

والرابعة: إن فقد في حال الحرب بين المسلمين والكفار، فيحكم بموته بعد

(١) هذه الرواية رواها أحمد بن أصرم عند الإمام أحمد، يراجع / المغني مع الشرح الكبير ١٣٢/٩.

(٢) يراجع / البدائع ١٩٧/٦، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لدامدا أفندي/ ٧١٢، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت، مغني المحتاج ٣/٣٩٧، الحاوي ١١/٣١٦، المغني بأعلى الشرح الكبير ٩/١٣٢، والشرح الكبير بأسفل المغني ٩/١١٩، وسائل الشريعة ٢٢/١٥٧.

سنة من يوم فقده، لكن بعد التفتيش عنه والسؤال عليه، لغلبة الظن على عدم حياته حينئذ^(١).

صفوة القول في الموضوع^(٢): يمكن القول من خلال ما سبق أن الفقهاء في هذا الصدد على فريقين:

الفريق الأول: يرى عدم جواز الحكم بموت المفقود أبداً، ومن ثم تبقى امرأته في عصمته حتى يثبت موته بالدليل^(٣)، أو يصح طلاقه لها، وكذلك الحال بالنسبة لماله، حيث يبقى على ملكه حتى يثبت موته.

ويلحق بهذا الفريق الذين يقولون بعدم الحكم بوفاته إلا بعد التعمير الغالب، لأن قولهم في معنى قولهم، غاية الأمر أن الذين يقولون بالتعمير الغالب يرونه دليل إثبات موته.

والفريق الثاني: يرى جواز الحكم بوفاته بعد انقضاء أربع سنين في بعض الحالات^(٤)، وبعد انقضاء سنة واحدة في بعضها الآخر، وساعتها تنحل زوجيته وتعتد زوجته وجوباً عدة الوفاة، ويقسم ماله بين المستحقين له قسمة الميراث.

(١) تراجع / الشرح الصغير ٦٩٣/٢، وما بعدها، شرح الزرقاني ٢١٢/٢، مواهب الجليل ١٥٦/٤، حاشية العدوي على شرح الخرشي بهامش شرح الخرشي ٤/ ١٤٩، ط/دار صادر-بيروت، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٤٨/٤.

(٢) يعني في جواز الحكم بموت المفقود وعدم جوازه، وعلى رأي المجيزين كم تكون المدة التي يحكم القاضي بعدها بموت المفقود ومن ثم تنحل زوجيته، ولا يكون لامرأته بعد الحكم بوفاته أن تختار البقاء على الزوجية؟

(٣) إذا ثبت موته بالدليل تقرر موته به، ولا يعد مفقوداً ساعتئذ، ولا يحتاج موته إلى حكم من القاضي إلا إذا كان ثمة نزاع في هذا الدليل.

(٤) وقد علل هذا الفريق تحديد المدة بأربع سنين بما يلي:
١. بأن هذه المدة هي أقصى مدة الحمل بالاستقراء، فضربت حتى تتحقق فيها براءة الرحم.

٢. الأغلب أنه يسمع فيها خبر من كان حياً مع البحث والسؤال عنه.

٣. هذه المدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته يغلب على الظن هلاكه.

أما ابتداء حساب هذه المدة فهم فيه على خلاف: =

الأدلة والمناقشة

استدل الفريق الأول على دعواه بما يلي:

(١) ما رواه الدارقطني عن سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة ابن شعبة أن النبي ﷺ قال " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر " (١) وفي رواية " حتى يأتيها البيان ".

فهذا الحديث يدل على أن امرأة المفقود تبقى على زواجها منه حتى يأتيها الخبر أو البيان، وهو يحصل بأمرور، هي: صحة طلاقه، أو رَدِّته، أو موته بيقين أو ببيينة، أو مضي العمر الذي جرت العادة في الغالب أن لا يعمر أحد أكثر منه في ذلك الوقت (٢).

ونوقش: بأن هذا الحديث ضعيف (٣)، وقيل: منكر، لأن في رواته محمد بن شرحبيل، وسوار بن مصعب، وهما متروكا الحديث، قال ابن أبي حاتم: سألت أبا عن هذا الحديث فقال: هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة مناكير أباطيل.

= فبعضهم يرى أنها تبدأ من يوم فقده وانقطاع خبره، لأن الظاهر أنه مات من يوم أن انقطع خبره، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان، وهو ما قاله الإباضية والحنابلة في رواية وابن عبد الحكم من المالكية.
يراجع / شرح النيل ٣٨/٧، المدونة الكبرى للإمام مالك ٤٥٠/٢، ط / السعادة، المغني بأعلى الشرح الكبير ١٣٦/٩.
وبعضهم يرى أنها تبدأ من يوم حكم القاضي بها، لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب القاضي كمدة العنة، وبهذا قال المالكية والشافعية وأحمد في الرواية الثانية عنه.

يراجع / حاشية الدسوقي ٤٧٩/٢، المذهب ١٤٦/٢، الإنصاف ٣٣٦/٧.

(١) يراجع / سنن الدارقطني ٣١٢/٣ ط / عالم الكتب - بيروت.

(٢) يراجع / نصب الراية لأحاديث الهداية ٤٧٣/٣.

(٣) يراجع / التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد شمس الحق آبادي بهامش الدارقطني ٣١٢/٣ ط / عالم الكتب بيروت، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٤٥/٧.

وقال ابن القطان: وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين من ابن شريحيل^(١)، وإذا كان كذلك فلا تقوم به حجة.

(٢) ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه^(٢)

وروى الحكم وحماد عن علي بن أبي طالب قوله: "لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه"^(٣)

ونوقش هذا الأثر: بأنه قول صحابي فيما هو محل الاجتهاد، ومن ثم فلا إلزام فيه.

ثم إن الجوزجاني وغيره قد روى بإسناده عن علي - رضي الله عنه - في امرأة المفقود: أنها تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته^(٤)

وما دامت الروايتان قد تعارضتا عن علي - رضي الله عنه - فلا أقل من أن يقال: إنهما تساقطتا، وسقط الاحتجاج بهما، إلا أن يقال: إن رواية الجوزجاني ليس فيها تصريح بوجوب الحكم بالوفاة بعد مرور أربع سنين، بل هي تصرح بأن ولي زوجها يطلقها بعد ذلك، والمفهوم لهذا اللفظ أن ولي الزوج إذا لم يطلق لم تقع الفرقة، فتكون هذه الرواية قد أفادت أن ولي الزوج إذا طلق وقع طلاقه على الزوجة وحلت للأزواج وإلا فلا، وهو غير موطن الخلاف، وعلى

(١) تراجع / نصب الراية لأحاديث الهداية ٤٧٣/٣، سبل السلام ٢٠٩/٣، شرح العناية على الهداية ٣٧٢/٥.

(٢) تراجع / مصنف عبد الرزاق ٩٠/٧ باب المرأة التي تفقد زوجها تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ط ١٩٧٠م

(٣) تراجع / السابق، سنن سعيد بن منصور ٤٠٢/١ تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي ط ١٩٨٥، الروض النضير ١٧٢/٤.

(٤) تراجع / المغني بأعلى الشرح الكبير ١٣٥/٩.

هذا فلا تعارض بين الروایتين، وتبقى الرواية الأولى (التي أفادت استمرار الزوجية حتى يتبين أمره) قائمة، لكنها على أية حال قول صحابي فيما هو مختلف فيه، فلا تقوم به حجة^(١).

(٣) إن حياة المفقود أمر ثابت بيقين استصحاباً للحال، أما وفاته فمشكوك فيها، ومعلوم أن اليقين لا يزول بالشك، لذا فإن المفقود يبقى حياً في الحكم ما لم يتم بوفاته دليل، وهو أن تثبت وفاته بالبينة الشرعية، أو يموت كل أقرانه، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته؛ لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع إلى أمثاله، كقيم المتلفات ومهر النساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر، وهو لا عبرة به، إذا الأحكام تبنى على الأغلب الأعم^(٢).

ونوقش قولهم: إن وفاة المفقود مشكوك فيها أما حياته فمتيقنة بأنه غير مسلم، لأن الشك ما تساوى فيه الأمران، ومع مرور أربع سنين على فقد الشخص وانقطاع كل أخباره بعد البحث والتحري عنه، لا يكون الأمر متساوياً، بل تترجح الوفاة، فصارت ظناً، ولم تبق شكاً، والظن معمول به في الأحكام العملية، وهذا منها، فيقطع به حكم اليقين، ألا ترى أن الأصل براءة الذمة، ثم إذا قامت بينة على شغلها حكم القاضي بذلك؟ والبينة ليست إلا ظناً، إذ إن احتمال الكذب فيها قائم، لكنه مرجوح، وهنا كذلك^(٣).

أما قولهم بموت جميع الأقران: فقد يرد عليه بأن التفحص عن حال الأقران جميعاً أنهم ماتوا أو لا غير ممكن عادة، وبخاصة إذا قلنا بذلك في جميع البلدان.

(١) تراجع / الشرح الكبير بأسفل المغني ١٢١/٩، فسخ النكاح ص ٤٨٣.

(٢) تراجع / شرح العناية على الهداية للبابوتي ٣٧٢/٥، البحر الرائق ١٧٨/٥، الحاوي الكبير ٣١٧/١١، شرح جلال الدين المحلي على المنهاج بهامش قليوبي وعميرة ٤/٥١.

(٣) تراجع / المغني بأعلى الشرح الكبير ١٣٦/٩، فسخ النكاح ص ٤٨٤.

واستدل الفريق الثاني على ما ادعاه بما يلي:

أولاً: استدلوا على الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنين في بعض الأحوال كما سبق بالآتي:

(١) ما رواه مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل" (١).

(٢) وما رواه الأثرم والجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له، فقال: انطلقى فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم أتته فقال: انطلقى فاعدي أربعة أشهر وعشراً، ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها، ففعل، فقال عمر لها: انطلقى فتزوجي من شئت (٢).

قال الإمام أحمد: يروى هذا الأثر عن عمر من ثلاثة وجوه، ولم يعرف في الصحابة له مخالف (٣).

(٣) وما أخرجه ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالا في امرأة المفقود: تتربص أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً (٤).

(٤) ومارواه البيهقي وغيره عن جابر بن زيد قال: تذاكر ابن عباس وابن عمر المفقود فقالا جميعاً: تتربص امرأته أربع سنين، ثم يطلقها ولي زوجها، ثم تتربص أربعة أشهر وعشراً (٥).

(١) إراجع / الموطأ بشرح المنتقى للباجي ٩٠/٤.

(٢) إراجع / المغني بأعلى الشرح الكبير ١٣٥/٩.

(٣) إراجع / السابق ذات الصفحة، وإراجع - إن شئت - وجوه هذا الأثر في: السنن الكبرى للبيهقي ٤٤٥/٧ وما بعدها، سنن سعيد بن منصور ٤٠٠/١ وما بعدها، مصنف عبد الرزاق ٨٨/٧.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٣٥٣/٣، ط/دار الفكر بيروت.

(٥) إراجع / السنن الكبرى للبيهقي ٤٤٥/٧.

وجه الدلالة: تفيد هذه الروايات - المتعددة الطرق - أن ما قضى به عمر بن الخطاب في امرأة المفقود (من أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد ثم تحل بعدها للأزواج) قد ثبت عنه، وأنه وافقه فيه عدد من كبار الصحابة، فكان حجة على أنه يحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنين من فقده؛ لأن أمر زوجته بالاعتداد بعد هذه المدة عدة الوفاة، ثم تمكينها من التزوج هو حكم بالموت ضرورة، إذ المرأة لا تحل لزوجين في وقت واحد، ولأن الموت هو مقصود التقدير بهذه المدة.

ونوقش: بأن عبد الرحمن بن أبي ليلى قد حكى رجوع عمر بن الخطاب عن هذا القول إلى قول علي بن أبي طالب وهو أنها تنتظر إلى أن يتبين أمره ولو طالَّت المدة^(١).

ويجاب: بأن الإمام أحمد قد أكد نفي رجوع عمر بن الخطاب عن رأيه، وقال: من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ على ما حكاه ابن قدامة^(٢).

وقد يرد عليه: بأنه على فرض التسليم بصحة ما روى عن عمر بن الخطاب وعدم الرجوع عنه فإنه لم يخرج عن أنه قول صحابي فيما هو محل الاجتهاد، وقد خالفه فيه غيره من الصحابة: كعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، ومن ثم فليس فيه حجة^(٣).

ثانياً: واستدل المالكية على الحكم بوفاة المفقود بمضي سنة في بعض الحالات بالقرائن التي تفيد غلبة الظن، فإنَّ فَقْدَ الشخص في المعركة ثم لا يظهر له خبر بعد مرور سنة من وضع الحرب أوزارها مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب فيها بأمره - قرينة تفيد غلبة الظن بموته، والعمل بالقرائن معتبر شرعاً^(٤).

(١) يراجع / الكفاية على الهداية ٣٧٢/٥، المبسوط ١١/١٣٥.

(٢) يراجع / المغني لابن قدامة بأعلى الشرح الكبير ٩/١٢٣.

(٣) يراجع / المحلى ١٠/١٣٨، فسخ النكاح ص ٤٨٤.

(٤) يراجع / المنتقى للباجي ٩١/٤.

الرأي المختار:

اتضح لنا مما تقدم أن المسألة لم يرد بخصوصها نص شرعي صحيح، وأن فقهاء الصحابة ومن بعدهم لم يجمعوا فيها على رأي واحد، بل اختلفوا كما سبق، إذن لا مناص من الرجوع في حكمها إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة في ضوء التقدم والتطور الهائل الذي شهده عصرنا الحاضر في وسائل الانتقال والاتصال الحديثة التي حولت العالم الفسيح إلى قرية صغيرة.

ولا ريب أن القول: بأنه لا يحكم بوفاة المفقود أبداً، أولاً يحكم بوفاته إلا بعد موت أقرانه الذين هم من سنه، قول فيه من الضرر الكبير والحرص الشديد على المستحقين في تركته ما لا يخفى، وبخاصة في هذا الزمان الذي تطورت فيه أساليب التحريات وانتشرت فيه القنصليات والسفارات في أنحاء العالم الأمر الذي سهل البحث عن المفقودين، ومكن من سرعة اتخاذ قرار بحسب غلبة الظن في شأنهم، ثم إن موت جميع أقرانه يصعب الوقوف عليه، وفي الوقت ذاته لا دليل عليه، يقول صاحب سبل السلام - معقّباً على اختلاف الفقهاء في تحديد السن التي يحكم بعدها بموت المفقود-: "وهذا كما قال بعض المحققين: قضية فلسفية، يتبرأ الإسلام منها، إذ الإعمار قسم من الخالق الجبار"^(١).

وفي المقابل الحكم على المفقود بالوفاة بعد مدة قصيرة فيه تفويت منافع كثيرة عليه، وإلحاق أضرار كبيرة به، فقد يعود فيجد أمواله قد قسمت على ورثته، وزوجته قد حلت لغيره بعد اعتدادها، ولم يبق دليل قاطع على الوفاة حتى تترتب هذه الآثار.

لذا فإنني أميل إلى ما يلي:

أولاً: إن ثبت فقدته في حال يكون هلاكه فيها ظناً غالباً كمن يفقد في عرض البحر نتيجة لسقوط طائرة أو غرق سفينة أو يفقد أثناء العمليات الحربية في ميدان المعركة، ولم تسفر إجراءات البحث بالوسائل الحديثة عن

(١) يراجع / سبل السلام شرح بلوغ المرام ٢٠٨/٣.

العثور على المفقود، ففي مثل هذه الأحوال قد يكون من المناسب أن يحكم بوفاته بعد مضي سنة من تاريخ فقدته، لأن هلاكه حينئذ يكاد يكون مؤكداً، لاستبعاد أن يظل من نجا حياً مجهول النجاة في أي موقع لمدة أطول من سنة.

نعم قد لا يتطلب حصول غلبة الظن بهلاك المفقود في حال الغرق في البحر إلا بضعة أسابيع، لتعذر العثور على الجثة صالحة للتعرف عليها بعد مضي بضعة أسابيع، نظراً لسرعة تحللها في المياه المالحة، فضلاً عن تعرضها للأسماك المفترسة، لكننا قلنا: لا يحكم بوفاته إلا بعد سنة احتياطاً، فالغائب يحتاط له^(١).

وهذا القول ذهب إليه التابعي المعروف سعيد بن المسيب منذ قرون، حيث روى الإمام البخاري عنه في باب حكم المفقود في أهله وماله أنه قال: "إذا فقد في الصف عند القتال تتربص امرأته سنة"^(٢)، وهو قول المالكية في المفقود في حالة الحرب كما سبق بيانه.

ثانياً: إن فقد في حال يظن فيها هلاكه كمن يختفي إثر وقوع كارثة حريق أو زلزال أو فيضان فإنني أرى أن يحكم بوفاته بعد مضي أربع سنين من تاريخ فقدته، وذلك بعد القيام بكل التحريات الممكنة ثم العجز عن الوقوف على أثره، عملاً بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وهو ما عليه أكثر الفقهاء، ولأن موته حينئذ لم يبق مجرد شك، بل يصبح أمراً مظنوناً أو غالباً على الظن، والظن يقطع به حكم اليقين الثابت باستصحاب الحال في الأحكام العملية، وهذا منها.

وتحديد المدة هنا بأربع سنين فيها مراعاة لحال المفقود والنظر إليه، وهي مدة كافية جداً لتحقيق غلبة الظن بوفاته، لا سيما في هذا الزمان، وفي نفس الوقت لا يوجد ضرر كبير في اعتقاد بقاء حياته في حق غيره هذه المدة، فإن قيل: إن زوجته تتضرر بفقدته وبعده عنها هذه المدة، قلنا: لها أن ترفع

(١) تراجع / المذكرة الإيضاحية للقانون المصري رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م

(٢) تراجع / صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢٤٩/٩.

أمرها إلى القاضي إن خشيت على نفسها الفتنة؛ ليفرق بينها وبين زوجها كما أوضحناه من قبل، وهي فرقة غير الفرقة لفقد الزوج.

ثالثاً: إن فقد في حال يظن فيها بقاءه سالماً كمن يسافر لطلب العلم أو الرزق في بلد آمن ثم ينقطع خبره، فهنا ظن السلامة شاهد لليقين، وهو الحياة، ومن ثم أرى أن يفوض أمد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى القاضي، وعلى القاضي أن يأمر بإجراء بحث دقيق عنه بجميع الوسائل الممكنة لدى الهيئات المختصة بالبحث عن المفقودين، فإذا لم يظهر له أثر حدد مدة باجتهاده على ألا تقل عن أربع سنوات من يوم فقده، فإذا انصرمت هذه المدة دون ظهور أثر للمفقود حكم بموته حينئذ، وعلى القاضي عند تقدير هذه المدة أن يراعي سن المفقود حين فقده، وحاله الصحية آنذاك، والظروف والأحوال التي أحاطت بفقده.

وإنما قيدنا هذه المدة بشرط ألا تقل عن أربع سنين من يوم فقده: لأننا قلنا بذلك فيمن فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، فكان التقييد بهذه المدة فيمن فقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك من باب أولى.

تنبيهان:

الأول: أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته في حق زوجته.

إن ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته وكانت زوجته في أثناء عدتها، أو بعدها ولم تتزوج من غيره فهي على زوجيته بنفس العقد السابق؛ لبطلان الحكم بالوفاة بظهوره حياً، وهذا باتفاق.

وإن ظهر حياً فوجد امرأته قد تزوجت من غيره بعد انتهاء عدتها لكن الثاني لم يدخل بها فالجمهور على أنها تكون على زوجية الأول؛ لبطلان النكاح الثاني، لأنه صادف امرأة ذات زوج^(١).

(١) يراجع / المبسوط ٣٧/١١، المدونة الكبرى ٤٥٠/٢، الحاوي الكبير ٣٢٠/١١، الإنصاف ٢٩٢/٩.

وذهب المالكية - في رواية - إلى أنها تكون للثاني؛ لأنها قد خرجت من نكاح الأول بالتربص والاعتداد^(١).

وعند الإباضية: إن ظهر حياً خيراً فيها وفي أقل الصداقين، صداقه هو وصداق الأخير^(٢).

ولعل الأول أولى؛ لأن النكاح الثاني بني على اجتهاد القاضي في الحكم بوفاة المفقود، وقد تبين خطؤه بظهوره حياً، فكان النكاح الأول بحاله، وهنا ليس على الثاني صداق؛ لأنه نكاح فاسد، ولم يتصل به دخول.

والقول بالتخير في النفس منه شيء؛ لأنها إما أن تكون زوجة للأول ومن ثم لا يجوز أن تبقى مع الثاني، وإما أن تكون زوجة للثاني ومن ثم لا يجوز أن ينتزعا الأول.

وإن ظهر المفقود حياً وقد دخل بها الثاني فهنا أربعة أقوال للفقهاء:

- الأول: أن الزوج الثاني أحق بها، وهو قول المالكية^(٣).
 - والثاني: أن الزوج الأول (المفقود) هو الأحق بها، وهو مذهب الحنفية والشافعي في الجديد^(٤).
 - والثالث: يخير الزوج الأول (المفقود) بينها وبين صداقها الذي أصدقها إياه، وإليه ذهب أكثر الحنابلة، وهو مذهب الشافعي القديم^(٥).
 - والرابع: تخير المرأة، فإن اختارت الزوج الثاني كانت عنده، وإن اختارت الأول فرق بينها وبين الثاني ثم عادت إلى الأول، لكن بعد انقضاء عدتها من الثاني، وهو لبعض الحنابلة^(٦).
- وهذه الأقوال كلها مبنية على النظر والاجتهاد، وقد أخذ المقنن العماني

(١) تراجع / المدونة الكبرى ٤٥١/٢، المنتقى شرح الموطأ ٩٣/٤.

(٢) تراجع / شرح النيل ٥٣/٧.

(٣) تراجع / مواهب الجليل ١٥٧/٤، حاشية الدسوقي ٤٨٠/٢.

(٤) تراجع / المبسوط ٣٧/١١، الحاوي الكبير للماوردي ٣٢٠/١١، ٣٢١.

(٥) تراجع / الإنصاف ٢٩١/٩، روضة الطالبين ٣٨٠/٦.

(٦) تراجع / الإنصاف ٢٩٢/٩.

بالقول الأول منها، حيث جاء في الفقرة (ب) من المادة (١٩٧) ما نصه "تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها"، وإليه أميل؛ حتى لا تقل الرغبة - أو تنعدم - في الزواج بهذه المرأة، فمن ذا الذي سيقبل الزواج من امرأة يعيش معها في قلق، يرتقب عودة زوجها الأول لينتزعها منه ويشرد أولاده منها؟

التنبيه الثاني: أثر فقدان الزوجة على زوجها.

يظهر أثر فقدان الزوجة على زوجها إن كان متزوجاً من أربع هي إحداهن، ففي هذه الحال على الزوج أحد أمرين:

الأول: أن ينتظر إلى حين الحكم القضائي بموت الزوجة المفقودة، وحينئذ يكون له الحق في إرثها لوجود سبب الإرث وهو الزوجية، كما يجوز له أن يتزوج من أخرى بعد الحكم مباشرة؛ لأنه لا عدة عليه، ولأن الحكم بوفاة المفقودة كطلاقها بائناً في عدم وجوب انتظار الزوج انتهاء عدتها.^(١)

فإن تزوج من أخرى ثم ظهرت المفقودة حية بعد الحكم بموتها فعلى الزوج أن يطلق إحدى الزوجات الأربع اللائي تحت يده، أو يطلق تلك التي كانت مفقودة، وفي كلتا الحالتين عليه أن يرد لمن كانت مفقودة ما أخذه من مالها على سبيل الإرث، عدا ما استهلكه منه، لأنه أخذه بحكم شرعي، واستهلكه على أساس أنه مالك له، وهذه وجهة نظر الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة.^(٢)

ويرى بعض الحنابلة أن عليه رد كل ما ورثه منها، وإن استهلك شيئاً منه ضمنه، لبطلان ملكه بظهور المفقودة حية.^(٣)

ولعل الأول أولى، لأن ما استهلكه كان مأنوماً له فيه شرعاً، وتصرف فيه على أنه مالكة بناء على حكم قضائي بوفاة المفقودة، والإنسان إذا تصرف في ملكه لا يضمن.

(١) يراجع / شرح النيل ٧ / ٤٨، ٤٩.

(٢) يراجع / البحر الرائق ٨ / ١٧٨، مغني المحتاج ٣ / ٢٧٨، الإنصاف ٧ / ٣٣٩.

(٣) يراجع / كشف القناع ٤ / ٤٦٦، الإنصاف ٧ / ٣٣٩.

والثاني: لا ينتظر الحكم بوفاة المفقودة ويطلقها، وحينئذ له أن يتزوج غيرها ولا يرث له من المفقودة إن حكم بوفاتها لعدم وجود سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة وهو الزوجية.

المطلب الثالث

صاحب الحق في الفرقة للفقد، وصفتها

قلنا آنفاً: إن زوجة المفقود إن تضررت من فقدانه بأن خشيت على نفسها الفتنة، ثم طلبت من القاضي التفريق من أجل ذلك بعد مضي سنة من تاريخ فقده، وقبل مضي المدة التي تخول القاضي الحكم بوفاته أجابها القاضي، لأن المفقود غائب وزيادة، فيكون لها ما لزوجة الغائب من التفريق عليه، لكنها لا حظ لها من ميراث المفقود يوم الحكم بوفاته لوقوع الفرقة قبل الحكم بوفاته.

أما إن صبرت ولم تجزع من فقدانه ولم تطلب المفارقة وفي ذات الوقت لم يطلب أحد من المستحقين في تركته الحكم بوفاته لأجل ماله فهي باقية على زوجيته حتى يأتيها البيان، يعني أن الفرقة لا تقع بدون طلبها وقضاء القاضي بها^(١).

فإن طلب أحد المستحقين في تركته الحكم بوفاته لأجل تقسيم ماله وأجابه القاضي بعد انقضاء المدة المقررة بحسب ما تقدم، فحينئذ تنفك زوجيتها منه حكماً، وتبين منه من تاريخ الحكم بالوفاة، وتعتد للوفاة جبراً، وهي بينونة وفاة لا بينونة طلاق أو فسخ، لأنها أثر من آثار الحكم بوفاته، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء^(٢).

(١) وعلى هذا: لو كان للمفقود أكثر من زوجة فطلبت إحداهن التفريق لتضررها من فقدانه بعد انقضاء سنة من يوم فقده وقبل الحكم بوفاته، وحكم القاضي لها بالتفريق فعلاً، فإن الأخريات تبقى في عصمته إلى حين صدور حكم بوفاته، وعندئذ تنحل زوجية الجميع.

(٢) يراجع / البدائع ١٩٧/٦، حاشية الدسوقي ٤٧٩/٢، الحاوي ٣١٦/١١، الشرح الكبير بأسفل المغني ١١٩/٩، جواهر الكلام ٢٩٣/٣٢، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكانى ٢٥٧/٢.

وتأسيساً على هذا يمكن القول: بأن زوجة المفقود ليست وحدها صاحبة الحق في هذه الفرقة، حيث إن الحكم بوفاة المفقود الذي هو سبب وقوع الفرقة حق لكل من له مصلحة في الحكم بوفاته من وارث أو غريم أو موصى له، وأن هذه الفرقة لا يمكن وصفها بأنها طلاق أو فسخ، وأنه لا بد لحصولها من قضاء القاضي بموت المفقود^(١) وإلا فهي على زوجيته حتى يأتيها يقين موته أو يأتيها هي أجلها.

وقد ذهب بعض الإباضية إلى أن القاضي إذا حكم بموت المفقود طلقها وليها طلاقاً واحداً ثم تعتد بعد الطلاق للوفاة ولا عدة طلاق عليها، ولو مكثت بعد الحكم بالوفاة سنين عدداً بلا طلاق من وليها لم تتزوج حتى يطلقها الولي ثم تعتد للوفاة^(٢).

أما أكثرهم فيرون أنها بعد الحكم بالوفاة تعتد للوفاة، ثم يطلقها الولي^(٣) بعد عدة الوفاة، فتعتد للطلاق^(٤)، وبهذا قال الحنابلة في رواية لـكنهم يقصرون ذلك على ولي الزوج المفقود^(٥).

والمفهوم من هذا - وبخاصة قولهم: طلقها وليها طلاقاً واحداً وقولهم: لا تتزوج حتى يطلقها الولي - أن الفرقة هنا فرقة طلاق.

ولعل الأولى ما ذكرناه من قبل من أنها فرقة وفاة، وأنه لا يُعتد أن يطلقها الولي، سواء أقلنا وليها أم ولي زوجها، لأن ولي المرأة أو ولي الرجل لا ولاية له في طلاق المرأة.

(١) صرح المالكية بأنه محل القاضي في الحكم بالوفاة - هنا - عند الحاجة والي البلد، وإن لم يكن فجماعة المسلمين.

يراجع / مواهب الجليل ١٥٦/٤، الدسوقي ٤٧٩/٢.

(٢) يراجع / شرح النيل ٤١/٧، ٢٢.

(٣) ولي المرأة عند بعضهم، وولي الزوج المفقود عند بعضهم الآخر.

(٤) يراجع / شرح النيل ٤٣/٧.

(٥) يراجع / المغني بأعلى الشرح الكبير ١٣٦/٩.

المطلب الرابع

موقف القانون العماني وبعض القوانين العربية الأخرى من التفريق للفقدان

موقف القانون العماني

عرف قانون الأحوال الشخصية العماني المفقود في الفقرة الثانية من المادة (١٩٠) فقال نصاً: "المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته" وهو تعريف ينسجم مع ما قرره الفقهاء في هذا الصدد.

ثم بيّن أحكام الفرقة الاختيارية بسبب فقدان الزوج^(١)، فقال في المادة (١١١) ما نصه: "لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا محل إقامته طلب التطليق للضرر، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان".

فهذه المادة كما هو واضح - أجازت التفريق لفقدان الزوج إن طلبته الزوجة؛ لتضررها من فقدته وبعده عنها، قياساً على ما قيل في زوجة الغائب المعلوم الحياة، لأن المفقود غائب وزيادة، ومن ثم فإن التفريق هنا أولى، لأنها لا تدري حياته فترجو عودته فتصبر، ولا تدري موته فتعتد له ثم تنهي العلاقة بينهما، وقد يطول بها الحال على ذلك، فكان ضررها أشد.

ولأن هذا التفريق لرفع الضرر عن المرأة، فكان لا بد من حصوله، لذا اشترط القانون مضي سنة على الأقل من تاريخ الفقدان للحكم به.

ولأن التفريق - هنا^(٢) - حق للزوجة، فكان لا بد من طلبها إياه، فلا يقضي القاضي به من تلقاء نفسه إن كان على علم بفقد الزوج.

(١) الفرقة الحاصلة بسبب فقدان الزوج نوعان:

١. اختيارية: وهي التي تكون بناء على طلب المرأة واختيارها.

٢. إجبارية: وهي التي تكون بسبب الحكم بوفاة المفقود إن طلب ذلك أحد الورثة كما بيناه سابقاً، وقلنا: إجبارية؛ لأنها تكون جبراً عن الزوجة.

(٢) يعني في هذه المادة.

ولا أثر في التفريق هنا لترك الزوج مالا تنفق المرأة منه على نفسها، لأنه ليس لعدم الإنفاق، وإنما هو لرفع ضرر الوحشة والخشية من الوقوع في الفتنة لبعد الزوج عنها.

هذا بإيجاز ما تضمنته هذه المادة من أحكام، لكن لنا عليها تحفظ وهو أنها عدت مضي مدة سنة على الأقل شرطاً للحكم بالتفريق، وكان الأولى أن يكون مضي السنة شرطاً لرفع الدعوى، حتى يمكن تلافي الانتقاد الذي وجه من قبل إلى المادة (١١٠)^(١)، وقد اقترحنا صياغة جديدة لها وللمادة (١١١) من قبل^(٢)، ولا داعي للتكرار.

ثم تتطرق المقنن العماني للفرقة الحاصلة جبراً عن الزوجة بسبب فقدان زوجها، وهي تلك التي تكون نتيجة الحكم بوفاته إن طلبه أحد المستحقين في تركته، فحدد المدة التي تخول القاضي الحكم بوفاة المفقود بأربع سنين من تاريخ فقدان في الفقرة (ب) من المادة (١٩٤) حيث جاء فيها ما نصه: "للقاضي أن يحكم بموت الغائب أو المفقود إذا مرت على الغياب أو الفقد أربع سنوات".

وفي المادة (١٩٧) قال: "إذا حُكم باعتبار الغائب أو المفقود ميتاً....الخ".

والنص على هذا النحو يبدو مستغرباً؛ لأنه يجيز للقاضي أن يحكم على الشخص الغائب بالوفاة بعد مرور أربع سنين من تاريخ غيابه بعدما علمت من قبل من أحكام المادتين (١١٠، ١١١) أن الغائب شخص انتقل من بلده إلى بلد آخر، وأقام فيه، وحياته معلومة وأخباره موصولة ولو في الجملة، وأنه إما معلوم الإقامة، وإما مجهول الإقامة.

لكن هذا الاستغراب قد يزول عندما تعلم أن القانون يقصد بالغائب في المادتين (١٩٤، ١٩٧) ما اصطلح عليه الإباضية بشأته، وهو أن الغائب مَنْ

(١)، (٢) يراجع ما ذكرناه سابقاً عن هذا الموضوع.

غاب وانقطع خبره وخفي أثره ولم يدر موضعه بسبب يغلب بقاءه على قيد الحياة.

وقد سبق أن قلنا: إن مصطلح الغائب بهذا المعنى يرادف المفقود الذي فقد في حال يغلب عليها السلامة عند غير الإباضية، وقلنا أيضاً: إنه لا مشاحة في الاصطلاح^(١)، لكن الذي نأخذه على القانون هنا: أنه لا يصح أن يأخذ في تأصيل مسألة معينة بمذهب معين ثم يفرع في ذات المسألة على مذهب آخر يغاير المذهب الأول (يعني أنه لم يراع قاعدة التأصيل والتفريع)، فهو في المادتين (١١٠، ١١١) أخذ في مفهوم الغائب بمذهب المالكية والحنابلة، ثم هو في المادتين (١٩٤، ١٩٧) أخذ في مفهوم الغائب بمذهب الإباضية، ومفهوم الغائب عند هؤلاء يختلف عنه عند هؤلاء.

والحقيقة: أن هذه إشكالية من شأنها أن توقع القاريء في حيرة، لذا أرى ضرورة وضع تعريف للغائب لا يلتبس بالمفقود، ثم يكون التفريع عليه في كل المواد، وقد اقترحنا تعريفاً فراجع - إن شئت - في بيان المقصود بالغيبة في صدر البحث.

أيضاً: تحديد مدة أربع سنوات للحكم بوفاة كل مفقود فيه نظر، فإن من المفقودين: من يكون هلاكه شبه مؤكد كمن يفقد في عرض البحر نتيجة سقوط طائرة أو غرق سفينة، ومنهم: من يفقد في حال يظن فيها هلاكه، كمن يختفي إثر وقوع كارثة حريق أو فيضان أو نحوهما، ومنهم: من يفقد في حال يظن معها بقاءه سالماً، كمن يسافر لطلب العلم أو الرزق في بلد آمن ثم ينقطع خبره، فإعطاء حكم واحد للجميع لا أراه مناسباً، لذا أقترح إعادة النظر في صياغة المادة (١٩٤) في ضوء ما ذكرته - آنفاً - في الرأي المختار من هذه المسألة.

(١) تراجع / المطلب الأول من المبحث الأول.

موقف القانون المصري من فقد الزوج

جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م الصادر في ١٢ يوليو ١٩٢٠م، بمزيج من مذهبي مالك وأحمد في الظاهر عنه، ففُضِيَ في المادة السابعة أنه إذا لم يسفر التحري عن المفقود ومضت أربع سنوات من تاريخ رَفْعِ الأمرِ إلى القاضي أعلن القاضي الزوجة لتعتد بمدة وفاة ثم تحل بعدها للأزواج، ولم يفرق هنا القانون بين المفقود في حال يغلب فيها عليه الهلاك وبين المفقود في حال يغلب فيها عليه السلامة، وعد بدء مدة الأربع سنوات من تاريخ رفع الدعوى.

ثم جاء القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م والصادر في ١٠ مارس ١٩٢٩، ففرق بين حالي السلامة والهلاك، وعاداً بدء الأربع سنوات من تاريخ الفقد وذلك في المادة (٢١) منه، وهاك نصها:

"يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها على القاضي، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً"

أما المادة (٢٢) من هذا القانون فقد نصت على "بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم"

ثم جرى على المادة (٢١) سאלفة الذكر تعديل بالقانونين رقمي (١٠٣) لسنة ١٩٥٨م، (٣٣) لسنة ١٩٩٢م.

أما القانون (١٠٣) لسنة ١٩٥٨م فقد أضاف أفراد القوات المسلحة واكتفى بالنسبة لمن فقد منهم في العمليات الحربية بصور قرار من وزير الحربية بعدّه ميتاً بعد مضي الأربع سنوات، ويقوم هذا القرار مكان الحكم بالوفاة.

أما القانون (٣٣) لسنة ١٩٩٢م فقد استثنى من حكم المادة (٢١) المشار

إليها - آنفاً - المفقودين الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت، أو في طائرة سقطت، أو من أفراد القوات المسلحة ثم فقدوا أثناء العمليات الحربية، ونص على عدّ كل منهم ميتاً بعد مضي سنة من تاريخ فقدته، كما نص على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قراراً بأسماء المفقودين من هؤلاء، عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية، فإن رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال يصدر قراراً بأسمائهم، ويقوم القرار في الحالين مقام الحكم بموت المفقود^(١).

القانون السوري

عرف القانون السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م المفقود بأنه كل شخص لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان.

كما ألحق بالمفقود في الأحكام مَنْ منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى وطنه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وتعطلت بذلك مصالحه.

ولم يجز هذا القانون في المادة ٢١٥ منه الحكم بوفاة المفقود - بحسب المفهوم السابق - قبل بلوغ عمره ثمانين عاماً^(٢).

واللافت للنظر في هذا القانون أنه ألحق بالمفقود ما ليس منه بحسب ما اصطلاح عليه الفقهاء، ولست أدري مصدر القانون في هذا.

القانون الأردني

نص القانون الأردني في المادة (١٣١) على أنه "إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة، وطلبت

(١) يراجع / موسوعة الفقه والقضاء للمستشار محمد عزمي البكري ٣/ ٥٩٠، موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار/ معوض عبد التواب ١/ ٣٧٦ نشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

(٢) يراجع / فسخ الزواج د/أحمد الكردي ص٥٠١.

منه تفريقها؛ لتضررها من بعده عنها، فإن يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته - بعد البحث والتحري عنه - يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده.

فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حال الأمن وعدم الكوارث، أما إذا فقد في حال يغلب على الظن هلاكه فيها: كفقده في معركة، أو إثر غارة جوية، أو زلزال، أو ماشابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده، وبعد البحث والتحري عليه" (١)

ويبدو لي أن صدر هذه المادة وتحديدًا قوله "وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها... إلخ قوله: يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده" يتعارض مع ما قرره القانون الأردني في المادة (١٢٣) بشأن التفريق للغيبة رفعاً للضرر عن المرأة^(٢)، ذلك أن قوله في المادة (١٣١): "وطلبت منه التفريق لتضررها" صريح الدلالة على أن طلب المرأة هو التفريق؛ رفعاً للضرر عنها بسبب بعده، وليس طلب الحكم عليه بالموت حتى يؤجل الأمر أربع سنوات.

القانون الكويتي

اتجه المقنن الكويتي في المادة (١٤٦، ١٤٧) إلى أن المفقود الذي غلب عليه الهلاك يحكم عليه بالموت -ومن ثم تنحل زوجيته ويقسم ماله- بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض أمر المدة إلى القاضي، وذلك بعد التحري عنه؛ لمعرفة إن كان حياً أو ميتاً^(٣).

ولما كانت هذه القوانين - في جملتها - قد فرقت في المدة التي يُحكم

(١) تراجع / الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني د/عمر الأشقر ص ٢٧٤، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني د/محمود السرطاوي ص ٤٧٠.

(٢) فقد قرر في المادة (١٢٣) أن زوجة الغائب يجوز لها أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بُعده عنها سنة فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه. تراجع / ص ٥١ من البحث.

(٣) تراجع الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت د/أحمد العندور ص ٦٧٩.

بعدها بموت المفقود بين مَنْ يُفقد في حال يغلب فيها عليه الهلاك وبين مَنْ
يفقد في حال يغلب فيها عليه السلامة، وكان قانون الأحوال الشخصية العماني
متأخراً في الصدور عنها، فقد كنا نأمل أن يحذو حذوهم في هذا الصدد، والله
أعلم.

الخاتمة

الحمد لله في البدء والختام، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير الأنام، وعلى آله وصحبه الذين قاموا بأمر هذا الدين خير قيام.

وبعد... فقد بذلت في إعداد هذا البحث غاية وسعي، وقصوى طاقتي، وقدمت فيه أحسن ما عندي، فإن كنت قد وفقت فيه فذاك فضل الله يؤتيه من يشاء، وإن كانت الأخرى فعذري أنني بشر وأستغفر الله العظيم، وحسبي أنني لم ألو جهداً، وأني فتحت الموضوع للنقاش.

ثم لما كانت العادة في البحوث العلمية إبراز أهم نتائج البحث وتوصياته، وكذا تقديم ملخص للبحث، فإني سأشير إلى هاتين النقطتين فيما يلي:

أولاً: أهم نتائج البحث وتوصياته

(أ) أهم نتائج البحث:

من خلال تطوافي بين جنبات هذا الموضوع ومعايشتي لجزئياته يمكنني الخلوص إلى ما يلي:

١ - أن المدار في الفرق بين الغائب والمفقود إنما هو على الجهل بالحياة من عدمه، لا على الجهل بالمكان، فإن جهلت حياة الشخص فهو مفقود، وإن علمت حياته فهو غائب، ومن ثم فإن الغيبة تزول بحضور الغائب أو موته موتاً حقيقياً، أما الفقد فيزول بحضور المفقود أو موته موتاً حكماً.

٢ - أن الشريعة الإسلامية قد راعت حاجة المرأة النفسية والجسدية، فجعلت من حقها على زوجها ألا يغيب عنها مدة طويلة تتضرر منها وتخشى بسببها على نفسها الفتنة حتى ولو كان غيابها مما يعذر به، إذ إن الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار، وتعني المودة والرحمة، ومن مقاصدها: إعفاف كل من الزوجين الآخر، وهذه أمور لا يحققها إلا الاستقرار ورعاية رب الأسرة لها.

٣ - إذا غاب الزوج غيبة طويلة ثم تضررت منها زوجته وخشيت على نفسها الفتنة كان من حقها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبينه حتى وإن كان قد ترك لها مالا تنفق منه على نفسها، فإن ألم غيابها عنها قد يهون أمامه عدم الإنفاق.

٤ - أن حق المرأة في طلب التفريق بسبب غيبة زوجها يستوي فيه أن تكون غيبته عنها بعذر مقبول شرعاً أو بغير عذر، لأن أثر الغياب وهو حصول الضرر النفسي والجسدي من ترك المباشرة لا يرتفع عنها فيما لو كان للزوج عذر في غيابها، بل هو واقع ومتحقق في كل من حالي عذر الزوج وعدم عذره.

٥ - أن مدة الغياب التي يحق للمرأة بعدها طلب التفريق بسبب غيبة زوجها سنة من تاريخ غيابها، إذ إن التحديد بسنة فيه تحقيق مصلحة الجانبين، وقد بينا ذلك في ثنايا البحث.

٦ - أن التفريق للغيبة حق للمرأة وحدها، فلو آثرت الصبر والبقاء على الزوجية مع تضررها من غيبة زوجها فإن أحداً لا يملك التفريق بينها وبينه، لأنه إنما كان لحقها.

٧ - أن الفرقة الحاصلة بسبب الغيبة فسخ للعقد، وليست طلاقاً، إذ الطلاق ملك للزوج وحده، والقاضي عندما يقوم بالتفريق لغيبة الزوج إنما يقوم ببناء على ولايته العامة في رفع الضرر عن الناس، لا باعتباره نائباً عن الزوج - إذ الزوج لم ينب القاضي عنه في التطليق، بل قد لا يرضى بتطليقه أصلاً - وهذا لا يبيح له أن يعتدي على حق الزوج الشخصي في الطلاق ما دام هناك طريق آخر لرفع الضرر عن المرأة وهو الفسخ.

٨ - لزوجة المفقود ما لزوجة الغائب من التفريق عليه إن طلبته بعد مضي سنة من تاريخ فقده؛ لتضررها بترك الوطء، بل هي أولى بالتفريق؛ لأنها لا تدري أحياً هو فترجو عودته فتصبر، أم ميت فتعتد له ثم تنقضي علاقتها به بانقضاء عدتها؟ وقد يطول بها الحال على ذلك فكان ضررها أشد.

٩ - إذا لم تطلب زوجة المفقود التفريق وانتظرت وصبرت ولم تجزع من غيابه فهي باقية على زوجيته حتى يأتيها يقين موته، أو يصح طلاقه لها، أو يحكم القاضي بموته بناء على طلب أحد المستحقين في تركته، أو يأتيها هي أجلها.

١٠ - إن ثبت فقد الشخص في حال يكون هلاكه فيها ظناً غالباً، كمن يفقد في عرض البحر نتيجة سقوط طائفة أو غرق سفينة، ثم لم تسفر إجراءات البحث بالوسائل الحديثة عن العثور عليه، فإن من المناسب أن يحكم القاضي بوفاته بناء على طلب أحد المستحقين في تركته بعد مضي سنة من تاريخ فقدته، لأن هلاكه حينئذ يكاد يكون مؤكداً، لاستبعاد أن يظل من نجا حياً مجهول الحياة في أي موقع لمدة أطول من سنة.

أما إن فقد في حال يظن فيها هلاكه كمن اختفي إثر وقوع كارثة حريق أو فيضان أو نحوهما، فإن المناسب أن يُحكم بوفاته بعد مضي أربع سنين من تاريخ فقدته، وذلك بعد القيام بكل التحريات الممكنة ثم العجز عن الوقوف على أثره، عملاً بقضاء سيدنا عمر - رضي الله عنه - ولأن موته حينئذ يصبح ظناً غالباً، وهو يُقطع به حكم اليقين الثابت باستصحاب الحال في الأحكام العملية، وهذا منها.

وأما إن فقد في حال يظن فيها بقاءه سالماً كمن سافر لطلب العلم في بلد آمن ثم انقطع خبره، فهنا ظن السلامة شاهد لليقين وهو الحياة، ومن ثم يفوض أمد المدة التي يحكم بعدها بموته إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات من يوم فقدته، وعلى أن يأمر بإجراء بحث دقيق عنه بجميع الوسائل الممكنة لدى الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين.

١١ - إذا حكم القاضي بوفاة المفقود فإن امرأته تبين منه من تاريخ الحكم بالوفاة، وتعتد لوفاته جبراً، وهي بينونة وفاة لا بينونة طلاق أو فسخ، لأنها أثر من آثار الحكم بوفاته.

١٢ - ليست زوجة المفقود وحدها صاحبة الحق في الفرقة الحاصلة بسبب فقدان، لأن الحكم بوفاة المفقود الذي هو سبب وقوع الفرقة حق لكل من له مصلحة في الحكم بوفاته من وارث أو غريم أو موصى له.

١٣- إن ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته تعود إليه زوجته بنفس العقد السابق مالم تتزوج ويقع الدخول بها، لئلا تقل الرغبة - أو تنعدم - في الزواج بهذه المرأة إن قلنا بغير ذلك، فمن ذا الذي سيقبل الزواج من امرأة يعيش معها في قلق، يرتقب عودة زوجها الأول ليتنزعها منه ويشرد أولاه منها؟.

(ب) التوصيات

أوصي القائمين على قانون الأحوال الشخصية العماني بما يلي:

- ١ - إعادة النظر في صياغة المواد (١١٠، ١١١، ١٩٠، ١٩٤ الفقرة أ، ١٩٤ الفقرة ب، ١٩٧) من هذا القانون في ضوء ما هو مبين قرين كل مادة من هذه المواد في صلب البحث^(١).
- ٢ - احتساب الفرقة الحاصلة بالغيبة فسخاً، بدلا من احتسابها طلاقاً بائناً^(٢) حتى تنال الأسرة ما وراء هذا من نفع وخير كما بيّناه في موطنه من البحث عند حديثنا عن صفة الفرقة الحاصلة بسبب الغيبة.
- ٣ - ضرورة الإسراع في وضع مذكرة توضيحية لهذا القانون لنقف من ورائها على غرض المقنن في النصوص التي وقع فيها إيهام شديد، ولمعالجة ما وقع في صياغة بعض المواد من عيوب.

(١) يراجع من البحث مواضع الكلام عن هذه المواد.

(٢) الذي عليه القانون العماني في المادة (١١٥) أن التفريق للغيبة طلاق بائن.

مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: من كتب التفسير:

- ١ - أحكام القرآن لابن العربي، ط / دار الفكر - بيروت، مراجعة وتعليق: محمد عبد القادر عطا.
- ٢ - تيسير العلي القدير باختصار تفسير ابن كثير، ط / دار الفجالة - القاهرة.
- ٣ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ط / دار الحديث بالقاهرة، مراجعة وتعليق: د / محمد الحفناوي، د / محمود عثمان.

ثالثاً: من كتب الحديث النبوي:

- ٤ - تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، تعليق وتنسيق: السيد عبدالله هاشم - المدينة المنورة.
- ٥ - سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٦ - سنن ابن ماجه، ط / عيسى الحلبي بمصر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٧ - سنن أبي داود، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٨ - سنن الترمذي، ط / دار الحديث بالقاهرة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٩ - سنن الدار قطني، ط / عالم الكتب - بيروت.
- ١٠ - سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
- ١١ - السنن الكبرى للبيهقي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ١٢ - سنن النسائي، ط / دار الحديث بالقاهرة.
- ١٣ - صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.

- ١٤- صحيح مسلم بشرح النووي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ١٥- عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي عبد الرحمن شرف الحق، ط / دار الكتاب العربي - بيروت.
- ١٦- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٧- مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط / ١ سنة ١٩٧٠م.
- ١٨- نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي، ط / دار إحياء التراث العربي.

رابعاً: من كتب اللغة العربية:

- ١٩- خزانة الأدب لعبد القادر البغدادي، نشر مكتبة الخانجي بالقاهرة، تحقيق: عبد السلام هارون.
- ٢٠- رصف المباني في شرح حروف المعاني للمالقي، ط / مجمع اللغة العربية بدمشق، تحقيق: أحمد الخراط.
- ٢١- القاموس المحيط للفيروز آبادي، ط / مصطفى الحلبي بمصر.
- ٢٢- لسان العرب لابن منظور، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٢٣- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٢٤- المصباح المنير للفيومي، ط / المكتبة العلمية - بيروت.
- ٢٥- المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط / وزارة التربية والتعليم.
- ٢٦- المنجد في اللغة والأعلام لبطرس البستاني، ط / دار المشرق - بيروت.

خامساً: من كتب أصول الفقه:

- ٢٧- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ط / الحلبي - مصر.

٢٨- المستصفي في علم الأصول لأبي حامد الغزالي، ط / المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

٢٩- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، ط / دارالمعرفة - بيروت.

٣٠- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول للإسنوي.

سادسا: من كتب الفقه الإسلامي.

(أ) من كتب الفقه الحنفي:

٣١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ط / دار المعرفة - بيروت.

٣٢- بدائع الصنائع للكاساني، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.

٣٣- تبیین الحقائق للزيلعي، ط / دار المعرفة - بيروت..

٣٤- رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد صبحي حسن، وعامر حسين.

٣٥- شرح فتح القدير لابن الهمام، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت ومكتبة المثنى - بغداد.

٣٦- العناية على الهداية للبابرتي، مطبوع بهامش شرح فتح القدير، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٣٧- الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي بأسفل شرح فتح القدير، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٣٨- المبسوط للسرخسي، ط / دار الكتب العلمية - بيروت، تحقيق: أبي عبدالله محمد حسن الشافعي.

٣٩- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدا مدا أفندي.

٤٠- الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني بهامش شرح فتح القدير، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(ب) من كتب الفقه المالكي:

- ٤١- البهجة شرح التحفة للتسولي، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٤٢- التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبدالله العبدري المعروف بالمواق بهامش مواهب الجليل، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٤٣- حاشية البناني بهامش الزرقاني، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٤٤- حاشية الدسوقي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٤٥- حاشية العدوي بهامش الخرشي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٤٦- حلي المعاصم لفكر ابن عاصم لأبي عبدالله محمد التاودي بأسفل البهجة شرح التحفة، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٤٧- الخرشي على مختصر خليل، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٤٨- الذخيرة للقرافي، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٤٩- شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٥٠- الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٥١- شرح منح الجليل للشيخ عlish، نشر مكتبة النجاح بطرابلس - ليبيا.
- ٥٢- المدونة الكبرى للإمام مالك، ط / دار السعادة سنة ١٣٢٣هـ.
- ٥٣- المنتقى شرح الموطأ للإمام الباجي، ط / دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٥٤- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبدالله المعروف بالحطاب، ط / دار الفكر - بيروت.

- ٥٥- النوازل الجديدة الكبرى المسماة ب (المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب) لأبي عيسى الوزاني، ط / وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب.

(ج) من كتب الفقه الشافعي:

- ٥٦- الأشباه والنظائر للسيوطي، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٥٧- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني الخطيب، ط / السعادة - القاهرة.

- ٥٨- الأم للإمام الشافعي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٥٩- تكملة المجموع للمطيعي، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٦٠- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح الجلال المحلي على المنهاج، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٦١- الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق وتعليق الشيخين: على معوض، وعادل عبد الموجود، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٦٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، ط / المكتب الإسلامي - بيروت، إشراف: زهير الشاويش.
- ٦٣- شرح جلال الدين المحلي على المنهاج بهامش قليوبي وعميرة، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٦٤- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٦٥- المذهب للشيزاوي، ط / عيسى الحلبي - مصر.
- ٦٦- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لأبي العباس الرملي، ط / دار الفكر - بيروت.

(د) من كتب الفقه الحنبلي:

- ٦٧- الاختيارات الفقهية لابن تيمية، ط / دار المعرفة - بيروت.
- ٦٨- الإنصاف لعلاء الدين المرداوي، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٦٩- تصحيح الفروع لأبي الحسن المرداوي بهامش الفروع لابن مفلح، ط / عالم الكتب - بيروت.
- ٧٠- الروض المربع للبهوتي، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٧١- الشرح الكبير على متن المقنع لأبي الفرج بن قدامة بأسفل المغني لأبي محمد بن قدامة، ط / دار الفكر - بيروت.
- ٧٢- شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط / عالم الكتب - بيروت.

- ٧٣- الفروع لابن مفلح، ط / عالم الكتب - بيروت.
- ٧٤- كشف القناع للبهوتي، ط / عالم الكتب - بيروت.
- ٧٥- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للعلامة الرحيباني، ط / الثالثة ٢٠٠٠م.
- ٧٦- المغني لأبي محمد بن قدامة، ط / دار إحياء التراث العربي - بيروت، وبأعلى الشرح الكبير، ط / دار الفكر - بيروت.
- (هـ) من كتب الفقه الظاهري:**
- ٧٧- المحلى لابن حزم، ط / دار الجيل، والآفاق الجديدة - بيروت، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.
- (و) من كتب الفقه الإباضي:**
- ٧٨- تمهيد قواعد الإيمان لأبي محمد سعيد بن خلفان، ط / وزارة التراث القومي والثقافة - سلطنة عمان.
- ٧٩- الجامع لأبي عبدالله محمد بن بركة، تحقيق: عيسى الباروني، ط / الشرقية - مسقط.
- ٨٠- جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام للإمام السالمي، ط / النهضة - سلطنة عمان.
- ٨١- شرح النيل وشفاء العليل للشيخ أطفيش، ط / مكتبة الإرشاد - جدة.
- ٨٢- فتاوى النكاح للعلامة أحمد بن حمد الخليلي، ط / الأجيال للتسوق - سلطنة عمان.
- ٨٣- كتاب النكاح للعلامة الجناوني، نشر مكتبة وهبة - القاهرة.
- ٨٤- مختصر الشيخ أبي الحسن البسيوي، ط / وزارة التراث القومي والثقافة - سلطنة عمان.

(ز) من كتب الفقه الإمامي:

- ٨٥- جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام لمحمد النجفي، ط / المكتبة الإسلامية بطهران - تحقيق: محمود القوحاني.
- ٨٦- شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلي، ط / دار الحياة - بيروت.
- ٨٧- وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة لمحمد بن الحسن العاملي، نشر وتحقيق: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.

(ح) من كتب الفقه الزيدي:

- ٨٨- التاج المذهب لأحمد بن قاسم العنسي، ط / الحلبي بمصر.
- ٨٩- الدرر البهية للشوكاني، ط / دار المعرفة - بيروت.
- ٩٠- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحسين بن أحمد الصنعاني، ط / دار الجيل - بيروت.
- ٩١- الروضة الندية شرح الدرر البهية للقنوجي، ط / دار المعرفة - بيروت.
- ٩٢- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني، ط / دار الكتب العلمية - بيروت.

سابعاً: من الدراسات الشرعية والقانونية الحديثة:

- ٩٣- الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، د / أحمد الغندور، نشر مكتبة الفلاح الكويت.
- ٩٤- الأحوال الشخصية لأبي زهرة، ط / دار الفكر العربي بالقاهرة.
- ٩٥- بحوث في فرق النكاح الدائرة بين الفسخ والطلاق لأستاذنا الدكتور / المرسي عبد العزيز السماحي، ط / الفجر الجديد - القاهرة.
- ٩٦- حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية د / حامد شمروخ، ط / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية - مصر.

- ٩٧- درر الحكام شرح مجلة الأحكام للأستاذ / علي حيدر، ط / دار الجيل - بيروت.
- ٩٨- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، د / محمد كمال إمام، ط / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت.
- ٩٩- سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع لأستاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان، ط / دار الطباعة المحمدية.
- ١٠٠- الفرقة بين الزوجين للأستاذ / علي حسب الله، ط / دار الفكر العربي.
- ١٠١- فسخ الزواج " بحث مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية " د / أحمد الحجي الكردي، ط / اليمامة - بيروت.
- ١٠٢- قانون الأحوال الشخصية العماني.
- ١٠٣- موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار / معوض عبد التواب، نشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ١٠٤- موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية للمستشار / محمد عزمي البكري، نشر دار محمود بالقاهرة.
- ١٠٥- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأدرني، د / عمر سليمان الأشقر، ط / دار النفائس - الأردن.
- ١٠٦- الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام د / محمد سلام مذكور، نشر دار النهضة العربية - القاهرة.