جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

أحكام الغائب بين الفقه والتشريع والاجتهاد القضائي

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالب :
- خضرة لطرش
-

إشراف الأستاذ:
-د. معيزة عيسى

لجنة المناقشة

-د/أ. بن مصطفى عيسى	رئيسا
-د/أ. معيزة عيسى	مقررا
-د/أ. داودي صحراء	ممتحنا

الموسم الجامعي 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

{رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي. وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي. وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانِي. يَفْقَهُوا قَوْلِي }

صدق الله العظيم

إهداء:

اهدي هذا العمل المتواضع الى روحي والدي و اختي رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه

إلى والدتي العزيزة أطال الله في عمرها

إلى من أشد بهم أزري إخوتي وأخواتي

إلى كل أولاد إخوتي وأولاد أخواتي

وأخص بالذكر أولاد أختي المتوفية رحمها الله "توفيق وانس ويونس"

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا يليق بجلال وجهه، وعظيم سلطانه، على توفيقه لي، وفضله العظيم علي، أن أمدني بالصبر على مشاق البحث ووفقني لإنجازه.

وإن كان التوفيق من الله تعالى، فان تحقيقه لن يأتي إلا بما سخره لي من أسباب، والتي وجدتها في شخص أستاذي المشرف الدكتور: "معيزه عيسى" الذي أشرف على هذا العمل، وتعهده بالتصويب في جميع مراحل إنجازه، وزودني بالنصائح والارشادات التي أضاءت أمامي سبيل البحث والعلم بصفة عامة، فجزاه الله عني خيرا.

كما أتوجه بالشكر إلى كل أساتذتي الذين رافقوني طيلة المشوار الدراسي.

إلى كل الطاقم الإداري لكلية الحقوق جامعة الجلفة

مقدمـــــــة

مقدمة:

الحمد لله الذي لا اله الا هو خالق الاكوان الذي لا تصادف سهام الاوهام في عجائب صنعه مجرى ولا ترجع العقول عن اوائل بدائعه الا والهة محيرا و لا تزال طوائف نعمه على العالمين تتوالى اختيارا و قهرا فسبحانه ذا الجلال و الاكرام الذي كتب الموت على عباده فأذلهم بها هدما وكسرا ثم بث بذور النطاف في اراضي الارحام وانشا منها خلقا لكسر الموت جبرا وتنبيها على أن بحار القادر فياضة على العالمين نفعا وضرا وخيرا وشرا وعسرا و يسرا وطيا ونشرا

و الصلاة على محمده الحبيب خاتم النبيين المبعوث بالإنذار و البشرى و على اله وصحبه صلاة لا يستطيع لها الحساب عدا و لا حصرا وسلم تسليما كثيرا

أما بعد:

نظرا للتطورات الحاصلة في وقتنا هذا التي فرضت اختلاف المصالح و تباعدها مما اقتضى ذلك السفر لقضاء ما يريده الانسان من تجارة و علم وغيرها فكثر على اثر هذا الفقد و الغياب اذ يخرج الشخص في هذه البلاد و قد لا يعود و يسمى غائبا فاصبح الناس في حيرة من امره و في حكم ميراثه واموالله وكذلك ما تفعله زوجاته.

و بغض النظر عن الظروف التي ادت الى الغياب سواء كانت عادية او استثنائية فان هذا الغياب يطرح العديد من المشاكل سواء تعلق الامر بالمصالح الشخصية للغائب او المالية اذ لا يعقل بقاء زوجته و اولاده دون معيل كما لا يعقل ترك امواله عرضة للضياع بدون استثمار او ادارة خاصة اذا لم يترك الغائب وكيلا يسيرها في غيابه كما قد يكون الغائب طرفا في العديد من المعاملات كان يكون شريكا او دائنا او مدينا و بالتالي لابد من تحديد مصير هذه المعاملات.

ان هذه المسائل تفرض علينا التدخل من أجل حسم مركزه الغامض و تحديد مركزه القانوني باتباع جملة من الاجراءات التي لا غنى عنها .

تبدء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته حقيقة اذ يعتبر الموت هو النهاية العادية لها وهذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني التي تنص على انه تبدا شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

و المقصود ان الموت الحقيقي هو الذي يشاهد بالعيان او تقوم البينة عليه بحيث لا يدع مجالا لأي احتمال على بقاء الشخص على قيد الحياة و به تزول الشخصية القانونية للإنسان كما تنتهي اهليته.

واذا كان الاصل ان الشخصية القانونية تنتهي بالموت الحقيقي للشخص الا ان مقتضيات الحياة العملية قد تفرض في ظروف معينة الخروج على هذ الاصل و تقرر انتهاء شخصية الانسان رغم عدم التيقن من موته حقيقة وهذا ما يعرف بالموت الحكمي وهو الذي يتقرر بناء على حكم القاضي بالنسبة للشخص الذي تحيط الشكوك حول حياته

فقد يغيب الشخص وتمضي على غيبته فترة طويلة وتنقطع اخبار فلا يستطاع الجزم بحياته او مماته كما لا يكون في الامكان اقامة الدليل على موته ويعرف هذا الاخير بالمفقود

فالمفقود شخص غاب عن وطنه بصفة دائمة او اختفى تحت ظروف معينة و انقطعت اخباره فلم يعد معروفا احي فيرجى او ميت فينعى و المفقود نصت عليه المادة 109 من قانون الاسرة الجزائري بقولها المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته او موته و لا يعتبر مفقودا الا بحكم.

و الغائب هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من العودة الى مسقط راسه وهو معلوم مكانه ونصت عليه المادة 110 من قانون الاسرة الجزائري بقولها الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته او ادارة شؤونه بنفسه او بواسطه مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود.

والفرق بين الغائب و المفقود هو ان الغائب معلوم مكانه لكن تمنعه ظروف قاهرة من الرجوع الى بيته كما حصل مؤخرا في ازمة كوفيد 19 بحيث سافر الكثير من

الاشخاص الى اوروبا للسياحة او العمل او العلاج لكن ونظرا لانتشار الوباء اقفلت

المطارات واصبح من الصعب العودة وتجاوزت المدة السنة وبالتالي انتشار الفيروس هو يعد ظرف قاهر منع هؤلاء الاشخاص من العودة الى أرض الوطن لكن المفقود هو الشخص الذي فقد في حرب أو زلزال او فيضانات اوفي غارات جوية خاصة على البلاد المسلمة وحوادث السفن و الطائرات وهو شخص غير معلوم مكانه وليس معروف حياته من مماته لكن تغلب فرضية مماته اكثر من حياته ولا يكون موته إلا بحكم ويجب ان تتجاوز مدة فقدانه اربع سنوات كاملة وهذا الاخير له اثار على امواله وزوجاته و غير ذلك من شؤونه التي بقيت معلقة.

لهذا كان اختيارنا لموضوع الغائب في الفقه و الشريعة و القانون و الاجتهاد القضائي والذي لم نتناوله اعتباطيا و انما هو راجع الى اختلاف الآراء الفقهية التي درست هذا الموضوع من الجهة الشرعية و اختلاف المشرعين القانونين من جهة اخرى.

ولمعالجة موضوع الغائب ارتأيت ان يكون عن طريق طرح الاشكالية التالية واخترتها اشكالية كلاسيكية لتوضيح الموضوع توضيح دقيق والتعريف به لفهمه واستيعابه وهي الاتي: ما تعريف الغائب وماهي الظروف المحيطة به وماهي احكام الغائب في ظل الفقه والشريعة والاجتهاد القضائي؟

أولا:

صعوبات البحث: واجهتنا مشاكل كبيرة وكثيرة في انجاز موضوع البحث وهي الصعوبات الاتية:

1/قلة المراجع خاصة التي تتكلم عن موضوع الغائب بصفة خاصة ذلك انه توجد مراجع تتكلم عن الغائب مع المفقود و كلامها عن الغائب مختصر جدا

2/قلة الوقت لإعداد المذكرة

مناهج الدراسة: وقد اعتمدت على المنهج الوصفي و التحليلي و المقارن:

1/المنهج الوصفي: وكان ذلك في وصف الغائب

2/المنهج التحليلي: في معرفة الغائب وكيف ان الظروف تنتج شخص غائب بالإضافة الى اثار هذا الغياب

3/المنهج المقارن: في مقارنة القانون الجزائري بالقانون المصري و القانون السوري في دراستهم للغائب

ثانيا:

اسباب اختيار الموضوع: هناك سببين اثنين لاختياري لموضوع الغائب:

اولا الاسباب الشخصية:

السبب الاول هو اني رأيت بان ظاهرة الغياب من الصعب التحكم فيها لأنها غالبا ما تنتج عن ظروف لا يمكن منع وقوعها

اهتمامي الكثير بقضايا الاسرة وكل ما يرتبط بها ولا شك ان هذا البحث يسمح لي بالتغلغل اكثر في هذا الاتجاه

الحذو حذو الباحثين الذين سبقوني في رسائل الماجستير و الدكتوراه من اجل التوغل في موضوع الغائب اكثر و التطرق الى المحاور التي لم يتطرق لها.

ثانيا الاسباب الموضوعية:

هو اني رأيت بان ظاهرة الغياب من الصعب التحكم فيها لأنها غالبا ما تنتج عن ظروف لا يمكن منع وقوعها.

رغبتي في ابراز اهمية هذا الموضوع من خلال تحديد وضعية الغائب القانونية ومعالجة

احكامه من قبل القانون

الظروف الراهنة التي جعلت من موضوع الغياب يتصدر الانشغالات محاولة ابراز اهمية موضوع الغائب وشرحه شرح دقيقا وتوضيح الفرق بينه وبين المفقود

اهمية الموضوع خصوصا وان الجزائر مرت بأزمات نتج عنها اشخاص غائبين عن مقر اقامتهم لظروف قاهرة منعتهم من العودة الى مسقط راسهم احدثها فيروس كوفيد 19

حاجة المكتبة القانونية لمثل هذه المواضيع خصوصا مع ندرة المراجع التي تتكلم عن الغائب بصفة خاصة.

من خلالي تحضيري لهذا البحث لاحظت ندرة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع بحيث لا توجد كتبا كثيرة تجمع جزئياته فبالرغم من ان الكثيرين كتبوا على الغائب الا ان ذلك بشكل مبسط ومختصر ولم يتوسعوا فيه وكل ما هو متوفر عن الغائب ففي المراجع مرتبط بالمفقود بالرغم من وجود اختلاف كبير بين الغائب و المفقود ولكل احكامه سواء على الجانب المالي لكل منهما او على الجانب الاسري لكل منهما ومصير زوجة كل من الغائب والمفقود

ثالثا:

أهمية الموضوع:

اما عن اهمية الموضوع فتتجلى في النقاط التالية:

- ان مسالة بقاء الشخص الغائب غائب عن زوجته و اولاده دون عذر او نفقة يسبب لهما ضرر كبير خاصة زوجته لذلك وجب معرفة الاجراءات الخاصة بتحديد وضعيته حتى يتسنى تسوية وضعية كل من الزوجة و الاولاد

-ان غياب الشخص عن ادارة امواله توجب الحفاظ عليها وفق اجراءات خاصة

رابعا:

الدراسات السابقة:

لم اقف على بحث بهذا العنوان الا اننا وجدنا بعض الدراسات تتناول موضوع الغائب و المفقود و يكون موضوع الغائب فيه بصفة عامة و من بينها: احكام المفقود في القانون الجزائري اعداد الطالبة شبايكي نزهة و هي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر كلية بن عكنون لسنة 2015/2014.

وارتأيت لمعالجة هذا البحث وللإجابة على الاشكالية المطروحة في المقدمة وضع الخطة التالية:

مقدمة

الفصل الاول: مفهوم الغائب واحكام الغائب في الفقه الإسلامي

المبحث الاول: مفهوم الغائب والظروف المحيطة به

المبحث الثاني: احكام الغائب في الفقه الإسلامي

الفصل الثاني: احكام الغائب في القانون والاجتهاد القضائي

المبحث الاول: احكام الغائب في القانون

المبحث الثاني: احكام الغائب من خلال الاجتهاد القضائي

الخاتمة

الفصل الأول:

مفهوم الغائب و أحكام الغائب في الفقه الإسلامي

مقدمة :

إن موضوع الغائب لا يقل أهمية عن المفقود فهو بالإضافة الى وجود تشابه بينهما الا ان لكل واحد الاحكام الخاصة به من جهة القانون

فالغائب موضوع قائم بذاته

و ارتأينا في بحثنا هذا التطرق الى الغائب بصفة منفردة عن المفقود على عكس البحوث السابقة التي تتكلم عن الغائب مع المفقود في بحث واحد ومن اجل هذا يجب الالمام بكل ما يتكلم عن الغائب و لهذا وضعت فصلين في هذا البحث

ونبدأ بالفصل الاول الذي قسمته الى مبحثين :

المبحث الاول: مفهوم الغائب و الظروف المحيطة به

المبحث الثاني: احكام الغائب في الفقه الاسلامي

المبحث الأول: مفهوم الغائب والظروف المحيطة به

قبل ان نبدأ في الحديث او التوغل في موضوع الغائب يجب التطرق الى ماهيته ذلك انه لا يعقل ان نتحدث عن شيء بدون ان نشرح مفهومه و نعرفه تعريفا دقيقا ’ونحن بصدد الحديث عن الغائب في هذا المبحث ارتأينا ان نقسمه الى ثلاث مطالب:

1/المطلب الاول: مفهوم الغائب فاللغة

بالفتح مصدر غاب و هو البعد يقال غاب الشيء وغيبة و غيابا أي بعد و تستعمل بمعنى التواري يقال غابة الشمس اذا توارت عن العين[1]

غيب ’الشك و الغيب كل من غاب عنك و غاب عني الامر بطن و غاب الرجل غيبا و مغيبا و تغيب سافر او بان

و المغايبة خلاف المخاطبة وامرأة مغيب و مغيب و مغيبة غاب بعلها او احد من اهلها و يتغايبون أي يغيبون و اغاب القوم دخلوا في المغيب[2]

2/المطلب الثاني : الغائب في اصطلاح الفقهاء

معنى الغيبة عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي للغياب انتقال الزوج بدون زوجته الى موطن اخر غير الموطن الذي كان فيه بيت الزوجية وحياته معلومة ومكانه معروف ويمكن الاتصال به أي هو من سافر من بلده الى بلد اخر ولم يعد اليه لفترة حيث تكون غيبة غير منقطعة و الغائب هو من لا يمكن وصول الرسائل اليه بان يكون غير معلوم محل الاقامة او معلوما لكن لا سبيل لمراسلته او مخاطبته[3]

ويخرج مفهوم الغيبة من اقامته في بلده مع تركه لمنزل الزوجية و تدخل في مفهوم الهجر الذي يمكن على اساسه طلب التفريق للأبناء[4]

هذا ولقد اشار القانون الجزائري في مادته 110 قانون اسرة على ان الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته او ادارة شؤونه بنفسه او بواسطه مدة سنة و تسبب غياب في ضرر الغير كالمفقود

---

[1] الموسوعة الفقهية الجزء واحد وثلاثون 31 عموم غيلة وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية الكويت طبعة اولى 1414-1994م صفحة 319 .
[2] لسان اللسان تهذيب لسان العرب للإمام العلامة ابن منظور المتوفي سنة 711 ه صفحة 2
[3] احكام الزواج في الشريعة الاسلامية الدكتور احمد فراج حسن طبعة 2003 الدار الجامعية الجديدة للنشر صفحة 265
[4] احكام الاسرة في الشريعة للدكتور احمد فراج حسين و الدكتور محمد كمال دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية صفحة 129

فلا يعتبر الشخص غائبا وفقا للمادة 110 الا اذا توافرت مجموعة من الشروط التي نصت عليها وهذه الشروط هي:

1/عدم وجود الشخص في محل اقامته

2/وجود قوة قاهرة تمنع الشخص من الرجوع الى محل اقامته

3/عدم قدرته على تسيير شؤونه بنفسه او بواسطة

4/ ان تتجاوز مدة الغياب سنة

5/ان يتسبب غيابه ف ضرر للغير

ورعاية لمصالح الغائب المالية ومصالح غيره قرر المشرع اصدار الحكم بفقدانه بعد سنة و تعيين مقدم على امواله و يأخذ بعدها حكم المفقود و يشترط التفريق بين الزوجين بسبب الغياب وذلك لما يسببه الغياب من ضرر للزوجة كما نصت على ذلك المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري بقولها يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية: هناك عشرة اسباب من بينهم:

الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

كما عرفه كل من القانون المصري و السوري وهذا على سبيل المثال

عرف الفقه الغائب بانه هو من ترك وطنه راضيا او مرغما واستحال عليه ادارة شؤونه بنفسه او الاشراف على من يديرها نيابة عنه مما ترتب عليه تعطيل مصالحه او مصالح غيره يستوي في ذلك ان تكون حياته محققة او غير محققة [1]

3/<u>المطلب الثالث</u>: الظروف المحيطة به

هناك ظروف تحيط بالغائب بحيث لولاها لما كان في وضع الغائب حيث ان الغائب يجد نفسه مرغما على مسايرة الظروف و الرضوخ لها ذلك ان هذه الظروف تكون بمثابة ظروف قاهرة تؤدي به الى حالة الغياب و تكون قهوة قاهرة تمنعه من العودة الى مسقط راسه هذه الظروف قد تكون طبيعية زلازل وبراكين وفيضانات وقد تكون سياسية كالحروب و الاستعمار وقد تكون وبائية كمل يحصل الان انتشار فيروس كوفيد 19 او بما يعرف بال كورونا فالكثير من الاشخاص سافرو الى خارج الوطن لمواصلة الدراسة او السياحة او للعلاج لكن مع انتشار فيروس كورنا الخطير الذي بدا انتشاره بشكل سريع

[1] أطروحة دكتوراه في الحقوق قسم القانون الخاص لإرث بالتقدير و الاحتياط في قانون الاسرة الجزائري الطالب معيزه عيسى ص 24

ومفاجئ تم غلق المطارات وتوقيف الرحلات الجوية لمنع انتشار الفيروس وبالتالي اصبح الاشخاص الذين سافروا الى خارج الوطن ممنوعون بقوه قاهرة من الرجوع الى ارض الوطن والى مسقط راسهم وبالتالي تلعب الظروف دورا أساسيا في حالة الغياب ذلك ان الظروف تشكل مانع قاهر يمنع الشخص الغائب من العودة الى مسقط راسه ومزاولة نشاطه العملي وادارة امواله بالإضافة الى العيش وسط اسرته

المبحث الثاني: احكام الغائب في الفقه الإسلامي

بعد التطرق في المبحث الاول للغائب ومفهومه و ماهيته وتعريفه لغويا وفقهيا وتطرقنا الى الظروف المحيطة به بقي ان نتعرض لموضوع الغائب في الفقه الاسلامي في المبحث الثاني وقد قسمناه الى 3 مطالب:

المطلب الأول: التفريق للغيبة

لقد تناولت الشريعة الاسلامية احكام متعلقة بالغائب و منها التفريق للغيبة اي لغيبة الزوج ان الحياة الزوجية تعني الدفء و الاستقرار و تعني رب الاسرة ورعايته لها فاذا غاب الزوج دون عذر فان استقرار الحياة الزوجية يتلاشى وتصبح به الفرقة ثابته حيث ان الطبيعة البشرية تجعل فراق الزوج لزوجته مدة طويلة امر شديد الضرر فيما يتعلق بالأثار السلبية على الصحة النفسية وهو ايضا بالغ الضرر فيما تعلق بأثره على الكيان الاخلاقي[1]

و لذلك فان التفريق للغيبة اختلف فيه الفقهاء في جوازه و انقسمت آرائهم الى قوانين كما كان الاختلاف في اسباب و شروط هذه الغيبة و نوعها و هذا تحت عدة فروع:

الفرع الاول: الآراء الفقهية حول جواز او عدم جواز التفريق للغيبة

ان الاختلاف في هذه المسالة مبني اساسا على اختلافهم في حق دوام الوطء هل هو حق للرجل فقط وليس للزوجة فيه حق او انه حق للزوجة ايضا مثل ما هو حق للزوج.

اولا: عدم جواز التفريق بين الزوجة للغيبة مطلقا.

وهو قول ذهبت اليه الشافعية فهم يمنعون ان تكون الغيبة في التفريق بين المراة و زوجها سواء في ذلك ان تكون الغيبة بعذر او بغير عذر.

اما فيما يتعلق بالوطء فذهبوا الى انه حق للزوج فقط و ليس للزوجة فيه حق حيث قالو اذا ترك الزوج وطء زوجته مدة لم يكن ظالما لها امام القاضي واذا طلبت التفريق لتضررها

[1] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية الدكتور محمد سراج و الدكتور محمد كمال المرجع السابق القسم الثاني المتعلق بالطلاق عند المسلمين صفحة 127

بعدم الوطء لا يفرق القاضي بينهما سواء اكان حاضرا ام غائبا طالت غيبته او لا لكن لا يستحب عندهم ان لا يعطلها لا نه اذا عطلها لم يامن الفساد.

ولقد كانت ادلتهم في ذلك :

1/ان الوطء حق للزوج فلا يجب عليه كسائر حقوقه فيجوز له تركه كسكنى الدار المستأجرة.

2/ان الداعي الى الاستمتاع الى الشهوة و المحبة فلا يمكن ايجابه

لكن انتقدت هذه الادلة وكانت مناقشتها بمثابة ادلة للقول الثاني الذي خالف هذا القول اما بالنسبة لمناقشة الدليل الاول : فان التسليم به يكون فيما لو كان الوطء حقا من حقوق الزوج فقط و لكن الصحيح انه حق للزوجة ايضا كما هو حق للزوج كما سيتبين في ادلة القول الثاني.

اما بالنسبة للدليل الثاني: فيناقش بان الايجاب هنا من اجل تضرر الزوجة و الخشية عليها من الوقوع في الزنا فالإيجاب حماية للزوجة من الوقوع في المحرم وليس لمجرد الايجاب فلذا الذين يقولون بإيجاب الوطء واستمراره على الزوج يقولون اذا لم تضرر الزوجة من عدم الوطء و لم تطلب به فلن يلتزم الزوج به ولذلك شرع الزواج ومن مصالحه و اهدافه عفة الزوج و الزوجة من الوقوع في المحرم و قضاء فيما احله الله كما ان الزوج روعي فيه فالذين يقولون بإيجابه و استمراره على الزوج قيده مما اذا لم يكن بالزوج عذر يمنعه من الوطء.

البند الثاني: جواز التفريق بين الزوجين

قال بذلك المالكية و الحنابلة و شيخ الاسلام ابن تيمية و لقد ذهبوا الى انه الوطء حق للزوجة ايضا مثل ما هو حق للزوج و استدامة الوطء واجب للزوجة على زوجها قضاء اذا لم يكن عند الزوج عذر فقالوا اذا غاب الزوج عن زوجته مدة وتضررت من ترك الوطء وطالبت التفريق من القاضي فانه يفرق بينهما. [1]

غير انه:

اولا: في راي الحنابلة فانهم فرقوا بين الغيبة بعذر للتجارة او طلب العلم و بين الغيبة لغير عذر و جعلوا الغيبة بغير عذر سببا في طلب التفريق من القاضي اذا كانت غيبته ستة اشهر او يزيد و اعلنه القاضي بالحضور اذا كان معلوم المكان و يصل اليه الاعلان و انما قيدت مدة الغيبة عندهم بستة اشهر مما جاء في الاثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

[1] فتاوى اسلامية

استفسر من حفصة ام المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة اشهر او ستة اشهر

ثانيا: اما بالنسبة للمالكية فاعتبروه انه اذا غاب الزوج غيبة تضرر منها المرأة سواء كان هذا الغياب لعذر او لغير عذر ارسل القاضي اليه بان يحضر اليها او ينقلها الى البلد الذي يعيش فيه و الا طلق عليه ويعطيه القاضي اجلا فاذا امتثل لطلب القاضي بالحضور او نقل زوجته فلا تطليق و اذا امتنع و انتهى الاجل و اصرت امرأة على التطليق اجابها القاضي الى دعواها و حكم بالتطليق و اذا كان الزوج في مكان مجهول او لا يصل اليه الاعلان فان القاضي يطلقها دون امهال لعدم جدوى الاخير و اساس التفريق هنا هو الضرر الذي يصيب الزوجة [1]

وقد استدل اصحاب هذا القول بعدة ادلة:

اولا حديث عبد لله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم / يا عبد الله الم اخبرك انك تصوم النهار وتقوم اليل فقلت بلى يا رسول الله فقال فلا تفعل صم و افطر و قم ونم فان لجسدك عليك حق و ان لعينيك عليك حق و ان لزوجتك عليك حق/[2]

فبين الرسول علي الصلاة و السلام في هذا الحديث ان للزوجة على زوجها حق هذا ونجد في القران الكريم عدة ادلة شرعية جعل فيها الرجل و المرأة لباسا لبعضهما لقوله تعالى/ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة ورحمة ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون/[3]

و من ثم جعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الاخر يجب القيام بها و عدم التقصير فيها ومن اهم هذه الحقوق حق الوطء للزوجة حيث حرم الاسلام ومنع الرجل ان يحلف على ترك وطئ زوجته اكثر من اربعة اشهر لقوله تعالى /للذين يولون من نسائهم تربص اربعة شهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم/[4]

ثانيا: قصة المرأة التي جاءت تشكي زوجها الى عمر رضي الله عنه و عنده كعب بن سور رضي الله عنه و اخرج القصة عبد الرزاق بسنده عن الشعبي قال جاءت امرأة الى عمر فقالت زوجي خير الناس يقوم الليل ويصوم النهار فقال عمر لقد احسنت الثناء على زوجك

[1] احكام الاسرة للدكتور محمد سيراج ومحمد كمال امام المرجع السابق 128

[2] الراوي عبد اللهبن عمر و بن العاص خلاصة الدرجة صحيح المتحدث البخاري المصدر الجامع الصحيح الصفحة او لرقم 1153
[3] القران الكريم سورة الروم الاية 21
[4] القران الكريم سورة البقرة الاية 226

فقال كعب بن سور لقد اشتكت فأعرضت الشكية فقال عمر اخرج مما قلت فقال ارى ان تنزله بمنزلة رجل له اربع نسوة له ثلاثة ايام ولياليهن و لها يوم وليلة.[1]

هذا كما و ان النكاح شرع لمصلحة الزوجين و دفع الضرر عنهما و هو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه الى دفع الضرر عن الرجل فيجب تعليله بذلك و يكون النكاح حقا لهما جميعا كما انه لو لم يكن للمرأة في الوطء حق لما وجب استئذانها في العزل

هذا ويتبين ان القول الثاني مرجح على القول الاول كما هو راي الكثير من الفقهاء و ذلك لتوافقه مع التشريع الاسلامي الذي جعل من الرابطة الزوجية اسمى علاقة بين الرجل و المرأة و جعل من اهداف الزواج ومصالحه اعفاف الزوجية خاصة اذا الحق تركه ضررا بالزوجة و قد جاء الاسلام بدفع الضرر لقول صلى الله عليه وسلم لا ضرر و لا ضرار[2]

ولذلك فانه ينبغي القول بالتفريق بين الزوجين للغيبة اذا تضررت الزوجة من ذلك وطالبت بالفرقة و توفرت شروط التفريق

الفرع الثاني اسباب وشروط التفريق للغيبة

كما سبق التطرق في الفرع السابق الى اختلاف الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة الى قولين الجواز و عدمه فسيتم التطرق في هذا الفرع الى اسباب وشروط هذا التفريق عند من يقول بجوازه وهم المالكية و الحنابلة غير انه سيتم الحديث عن هذه الشروط مقسمة الى ثلاث حيث ان فيها ما هو متفق عليه بين المالكية و الحنابلة وهناك ما اشترطه الحنابلة فقط و منها اشترطه الحنابلة و المالكية و لكنهم اختلفوا فيه و لذلك سيتم تناول هذه الشروط وفقا لهذا التقسيم

البند الاول شروط و اسباب متفق عليها بين المالكية و الحنابلة

اول الاسباب

1/عدم الانفاق: فيجب على الزوج الغائب ان ينفق على زوجته من ماله حال غيابه و اذا لم ينفق وطلبت التفريق فانه يفرق بينهما لعدم النفقة. [3]

وعليه فانه حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب يجب ان يكون الزوج الذي غاب عن زوجته و لمدة تفوق السنة بدون عذر و لم يترك لها مالا تنفقه على نفسها او

[1] فتاوى اسلامية

[2] رواه مالك في الموطأ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي كتاب المكاتب باب لا يجوز من علق المكاتب حديث رقم 2213 صفحة 305 دار الكتاب طبعة 1 بيروت

[3] فتاوى اسلامية المرجع السابق

عليها وعلى من معها من الاولاد الناتجين عن زواجهما اما اذا غاب و ترك لها مالا يمكنها ان تنفق منه على نفسها و على اولادها فلا يجوز التطليق.[1]

2/ان تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة.

و الضرر هنا فسره المالكية بخشية الوقوع في الزنا و ليس اشتهاء الجماع فقط.

و الحنابلة اطلقوا الضرر و لكنهم يريدون به خشية الزنا كالمالكية و هذا واضح لان المرأة لا تطلب من القاضي الفريق الا اذل خافت على نفسها من الوقوع في الحرام.[2]

كما ان هذا الضرر مفترض بمجرد مرور سنة على الغيبة او الهجر دون حاجة الى اثبات على انه يكفي ان تثبته الزوجة وحدها لا نه لا يعرف الا منها الى ان يكذبها ظاهر الحال فتبثث انه قد مضى سنة على غيبته ليحكم لها بالتفريق.

ثانيا : الشروط

1/ الكتابة الى الزوج الغائب :هو ان يكتب القاضي اليه بالرجوع اليها او نقلها اليه او تطليقها و يمهله مدة مناسبة اذا كان له عنوان معروف فان عاد اليها او نقلها اليه او طلقها فبها و ان ابدى عذرا لغيابه لم يفرق عليه عند الحنابلة دون المالكية و ان ابى ذلك كله او لم يرد بشيء و قد انقضت المدة المضروبة او لم يكن له عنوان معروف او كان عنوانه لا تصل اليه الرسائل طلق عليه القاضي بما يطلقها.[3]

اي ان القاضي يقوم بالتفريق بين الزوجة و الزوج الغائب لكن بعد الكتابة اليه اولا و الطلب منه اما الرجوع الى زوجته او نقلها اليه او تطليقها ويمهله مدة و هذا في حالة ما اذا كان هذا الغائب معلوم المكان او كان لديه عنوان معروف يمكن ان تصله فيه الرسائل فان ابى او اعرض عن ذلك و لم يرد بشيء و كانت المدة التي حددها القاضي انقضت يقوم هذا الاخير بالتفريق بينهما كما هو الحال فيما اذا لم يكن للغائب مكان معروف.

2/ان تطلب الزوجة التفريق:

حيث انه لا يفرق القاضي بين الزوجة وزوجها الغائب الا اذا رفعت هذه الزوجة امرها الى القاضي و طلبت التفريق لا نه لمن حقها فهو لا يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة.[4]

---

[1] الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري للدكتور عبد العزيز سعد طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر صفحة 269

[2] فتاوى اسلامية

[3] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور على السيد الشرنباطي المرجع السابق الصفحة 135

[4] العنة بكسر العين عجز الزوج عن الوطء مشتقة عن الشيء اذا اعترض

البند الثاني: ما اشترطه الحنابلة فقط

1/ ان تكون الغيبة لغير عذر:

حيث اشترط الحنابلة للتفريق بين الزوجين للغيبة ان تكون غيبة الزوج بغير عذر فان كانت هذه الغيبة لعذر مثل الحج او الجهاد او التجارة او طلب العلم او طلب رزق للأولاد فانه لا يفرق بينهما.

قال صاحب الانصاف /قد صرح الامام احمد رحمه الله بما قاله فقال في رواية ابن هانئ و سأله عن رجل تغيب عن امراته اكثر من ستة اشهر قال اذا كان في حج او غزو او مكسب يكسب على عياله ارجو ان لا يكون به باس ان كان قد تركها في كفاية من النفقة و محرم رجل يكفيها. [1]

اما المالكية فلا يشترطون ذلك كما تقدم و للمرأة حق طلب التفريق عندهم اذا طالت غيبة الزوج لعذر ام غير عذر على السواء. [2]

اما المالكية فنجد ان نظرتهم كانت متركزة على ضرر الزوجة من الغياب و لو كان غياب الزوج لعذر حيث ان طلبها للتفريق حق لها و خشية عليها من الوقوع من الضرر و هذا عملا بالقواعد الفقهية /درء المفاسد مقدم على جلب المصالح/و الضرر يزال و ارتكاب اخف الضررين.

البند الثالث: ما اشترطه المالكية و الحنابلة واختلفوا فيه

ان تكون غيبة الزوج طويلة: حيث اشترطت كل من المالكية و الحنابلة للتفريق بين الزوجين للغيبة ان تكون هذه الغيبة طويلة و لكنهم اختلفوا في تحديد مدة هذه الغيبة:

اولا بالنسبة للمالكية:

فانهم حددوا مدة الغيبة عند الزوج بسنة فاكثر حيث ان هذه المدة تتضرر منها الزوجة و هي كافية سواء كانت لعذر او لغير عذر لطلب التطليق

غير انه في قول لابن عرفة وللفرياني من المالكية ان السنتين و الثلاث ليس بطوال بل لابد من الزيادة عليها و هذا مبني منهم على الاجتهاد والنظر[3]

[1] فتاوى اسلامية

[2] احكام الاسرة فالشريعة الاسلامية للدكتور على السيد الشرنباطي في المرجع السباق الصفحة 135

[3] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور على السيد الشرنباطي في المرجع السابق صفحة 134

ثانيا: بالنسبة للحنابلة

لقد ذهب الحنابلة الى توقيت المدة التي يغيب فيها الزوج على زوجته بستة اشهر فاكثر فاذا تعدت هذه الغيبة ستة اشهر و كانت بلا عذر كما يرجحون فاللزوجة طلب التفريق

ولقد استدل الحنابلة لهذا التوقيت بما اخرجه سعيد بن منصور و البهيقي عن زيد بن اسلم

قال بينما عمر بن الخطاب يحرص المدينة فمر بامرأة في بيتها و هي تقول:

تطاول هذا الليل و اسود جانبه و طال على ان لا خليل الاعبه

فو الله لولا خشيــة الله وحـــده لحـرك مـن هذا السرير جوانبه

فسال عنها عمر فقيل له هذه فلانه زوجها غائب في سبيل الله فارسل امرأة اليها امرأة تكون معها و بعث الى زوجها فاقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها فقالت سبحان الله مثلك يسال مثلي عن هذا فقال لولا اني اريد النظر للمسلمين ما سالتك قالت خمسة اشهر او ستة اشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة اشهر يسرون شهرا ويقيمون اربعة اشهر و يسرون شهرا راجعين.[1]

الفرع الثالث: حكم الفرقة للغيبة

لقد اختلف الفقهاء الذين قالو بجواز التفريق بين الزوجين في نوع الفرقة الى قولين :قول للملكية و اخر للحنابلة و كل حسب رايه

البند الاول: الفرقة للغيبة طلاق بائن

وهذا ما ذهب اليه المالكية حيث انهم يقولون انه كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا الا الفرقة للإيلاء او الاعسار بالنفقة فانه يكون رجعيا و السبب في كونه طلاقا بائنا عندهم انهم يقولون ان المراد رفع الضرر عن المرأة و هو لا يرتفع الا بالبينونة.[2]

وربما كان هذا الحكم الذي قال به المالكية باعتبار الفرقة للغيبة طلاق بائن فيه حماية للزوجة من زوجها الغائب و لاسيما ذلك الغائب بلا عذر و الذي يقصد الاضرار بها بغيابه كان يعود اليها ثم يغيب مرة اخرى وهذا فيه شيء من الاستهزاء و الاضرار بالزوجة

غير انه اوجب على هذا القول بان الضرر يرفع عن المرأة بغير البينونة مثل الفسخ.

[1] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور رمضان على السيد الشرنباطي المرجع السابق صفحة 134

[2] الفقه الاسلامي و ادلته للدكتور وهب الوحيلي الجزء السابع/الاحوال الشخصية/دار الفكر بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق صفحة 533.534

البند الثاني :الفرقة للغيبة للفسخ

قال بهذا الحنابلة حيث ذهبوا الى ان الفرقة للغيبة فسخ لا نها فرقة من جهة الزوجة و الفرقة من جهتها فسخا و الفسخ عند الحنابلة بينونة صغرى لان الزوج ترك حقا عليه تضررت منه الزوجة فيفرق بينهما بالفسخ لأنه يحقق المقصود و لا يحسب الطلاق.

على ان الفرق بين الطلاق و الفسخ:

ان الطلاق: انهاء الزواج واحتسابه من الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته.

اما الفسخ: فهو منع استمرار العقد و لا يحتسب من عدد الطلقات.

و الفرق بين التفريق و الطلاق

فالطلاق: من المعروف انه يقع باختيار الزوج وارادته.

اما التفريق: فيقع بحكم القاضي لتمكن المرأة من انهاء الرابطة الزوجية جبرا على الزوج اذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق او خلع

غير ان هناك من رجح نوع الفرقة للغيبة الى راي الحنابلة باعتباره فسخا لا طلاقا و اعتبروه اقرب الى روح التشريع و مقاصده على السهولة و التيسير و المصلحة و رفع الحرج وذلك اذا عاد الزوج الغائب الى زوجته بعد وقوع الفرقة التي اعتبرها الحنابلة فسخ لم يحتسب طلقة و هذا يعطي الزوج الغائب الفرصة الكافية ليعود الى زوجته مرة ثانية لأنه لو كان قد طلق امراته تطليقتين ثم فرق القاضي بينهما للغياب ثم عاد و اراد ان يتزوجها لان اعتبار التفريق للغياب فسخا لم يضاف الى الطلقتين و لم يحسب طلقة و في هذا محافظة على بناء الحياة الزوجية و استمرارها

في حين راوا انه راي المالكية القائل بان التفريق للغيبة طلاق ليس للزوج في هذه الحالة حق مراجعتهما حتى تنكح زوجا غيره لأنه في التفريق كملت الطلقات الثلاث فيجب عليه الامتثال لقوله تعالى/فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره/[1]

و بالتالي في هذا تفكك للأسر و تشريدا للأطفال و ضياعهم و ما الى ذلك من امور ليست في مصلحة احد الزوجين.

المطلب الثاني: غيبة الولي في النكاح

لا يصح النكاح بغير ولي عند الجمهور و ينعقد نكاح الحرة البالغة برضاها و ن لم يعقد عليها ولي و يراعى في النكاح ولاية الاقرب فالأقرب و اختلفوا فيها اذا غاب الاقرب

[1] القران الكريم الآية 230 من سورة البقرة

فانقسم القول بين الحنفية و الحنابلة و المالكية و الشافعية

الفرع الاول: راى الحنفية و الحنابلة

فقال الحنفية عدا زفر و الحنابلة انه اذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لم هو ابعد منه ان يزوج دون السلطان لقول صلى الله وسلم/السلطان ولي من لا ولي له/[1]

وهذه لها ولي كما قال البهوتي ولان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه لان التفويض الى الاقرب ليس لكونه اقرب بل لان فالاقربية زيادة مظنة للحكمة و هي الشفقة الباعثة على زيادة اتقان الراي للمولية فحيث لا ينتفع برايه اصلا سلبت الى الابعد كما قال الحنفية فاذا غاب الاب مثلا زوجها الجد و هو مقدم على السلطان كما اذا مات الافرب [2]

وقال زفر لا يجوز ان يزوجها الابعد في غياب الاقرب لان ولاية الاقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته وحد الغيبة المنقطعة عند الحنفية هو ان يكون في بلد لا تصل اليها القوافل في السنة الا مرة واحدة و هو اخيار القدوري و قيل ادنى مدة للسفر لآنه لا نهاية لأقصاه و قيل اذا كان بحال يفوت الخاطب الكفء باستطلاع راي الولي.

وذهب الحنابلة الى ان الغيبة المنقطعة هي مالا تنقطع الا بكلفة ومشقة قال البهوتي نقلا عن الموفق هذا اقرب الى الصواب فان التحديد بابه التوقيف ولا توقيف و تكون الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر لان من دون ذلك في حكم الحاضر.

وقالوا ان كان الاقرب اسيرا او محبوسا في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فيها او تتعذر فزوج الابعد صح لأنه صار كالبعيد كما يصح اذا كان الاقرب غائبا لا يعلم محله أقريب المسافة او بعيدها او لم يعلم مكانه.

الفرع الثاني: راي المالكية

لقد نص المالكية على ان الولي المجبر الاقرب اذا كان غائبا غيبة بعيدة زوج الحاكم ابنة الغائب المجبرة دون غيره من الاولياء و لا يجوز تزويجها في غيبة قريبة لا للحاكم و لا لغيره من الاولياء بغير اذن الولي المجبر وبدون تفويضه حتى انهم قالوا يفسخ النكاح ابدا اذا زوج الحاكم او غيره من الاولياء و لو اجاز المجبر بعد علمه و لو ولدت الاولاد.

وهذا اي تحتم الفسخ اذا كان النفقة جارية و لم يخش عليها الفساد و كانت الطريق مأمونة و لم يتبين اضراره بها بغيبته بان قد تركها من غير زواج فان تبين ذلك كتب له الحاكم اما ان

[1] الراوي عائشة خلاصة الدرجة صحيح المتحدث يحي بن معين المصدر السنن الكبرى للبيهقى
[2] الموسوعة الفقهية المرجع السابق صفحة 322

تحضر تزويجها او توكل وكيلا يزوجها و الا زوجناها عليك و لا يفسخ سواء كانت بالغة او لا. [1]

وحد الغيبة القريبة عند المالكية مسافة عشرة ايام ذهابا وحد البعيدة ثلاثة اشهر او اربعة اشهر على اختلاف القولين اما الغيبة المتوسطة فبين هذين الحدين فالظاهر ان ما قارب الشيء يعطي حكمه كما قال الدسوقي ثم قال و يبقى الكلام في النصف و الظاهر انه يحتاط فيه و يلحق بالغيبة القريبة فيفسخ .

وهذا كله في غياب الولي المجبر اما غيبة الولي غير المجبر الاقرب فحدها الثلاث فما فوقها فاذا غاب غيبة مسافتها من بلد المرأة ثلاث ايام ونحوها ودعت لكفء و اثبتت ما تدعيه من الغيبة و المسافة و الكفاءة فان الحاكم يزوجها لا الابعد فلو زوجها في هذا الابعد صح.

الفرع الثالث: راي الشافعية

قالو لو غاب الولي الاقرب نسبا ا ولاء و لا وكيل له بالبلد و من دون مسافة القصر زوج السلطان بلد الزوجة او نائبه لا سلطان غير بلدها و لا الابعد على الاصح لان الغائب ولي و التزويج حق له فاذا تعذر استيفاءه منه ناب عنه الحاكم كما قالو انه الاولى للقاضي ان يأذن للأبعد ان يزوج او يستأذنه فيزوج القاضي للخروج من الخلاف و ذلك في غيبة بعيدة و من دون ذلك فلا يزوج الا بإذن الولي الاقرب في الاصح لقصر المسافة فيراجع ليحضر او يوكل كما لو كان مقيما و مقابل الاصح يزوج لئلا تتضرر لفوات الكفء الراغب كالمسافة الطويلة و على القول لو تعذر الوصول اليه لفتنة او خوف جاز للسلطان ان يزوج بغير اذنه فلو زوجها الحاكم لغيبة وليها ثم قدم و قال كنت زوجتها في الغيبة قدم نكاح الحاكم.[2]

المطلب الثالث : اثر نفقة زوجة الغائب

لقد اختلف الفقهاء في فرض القاضي النفقة لزوجة الغائب او عدم فرضها و ذلك على التفصيل الاتي: الفرع الاول قول الحنفية: وفيه قولان لابي حنيفة

الاول: للقاضي فرض النفقة لها عليه اذا طلبتها

الثاني: ليس له ذلك لعد جواز القضاء على الغائب

[1] الموسوعة الفقهية المرجع السابق صفحة 323

[2] الموسوعة الفقهية المرجع السابق 323-324

وهذا اذا كان القاضي عالما بالزوجية او كان للغائب مالا عند اخر من جنس النفقة وهو مقر بالمال و الزوجية فاذا لم يكن كذلك فعدم جواز القضاء عليه بها. [1]

اي لا تفرض لها النفقة و لا يسمع لها بينة

وقال زفر: تسمع الدعوى منها وتطلب منها بينة على ما انكر /اي عدم اقرار الزوج بالزوجية او المال او بهما معا/فاذا اقامتها قضى لها بالنفقة لكنه لا يحكم بالزوجية على الغائب بل يكتفي بفرض النفقة سدا لحاجة الزوجة و لا ضرر على الزوج لأنه يحتاط له بأخذ كفيل منها بما اخذت بعد تحليفها.

وهذا القول هو المفتي به في هذا المذهب لحاجتها و لا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر و صدقها فقد اخذت حقها و ان جحد يحلف فان نكل فقد صدقها و ان برهنت فقد ثبت حقها و ان عجزت يضمن الكفيل او المرأة.[2]

اما اذا ترك الغائب مالا ليس من جنس النفقة كالعقارات المبنية او الاراضي الزراعية فلا خلاف بين الحنفية على ان تباع في سبيل نفقتها شيء منها بل تكون نفقتها في اجرة ما يؤجر منها لان المال المدين انما يباع اذا امتنع عن الاداء و لم يثبت الوجوب على الغائب كما لم يثبت امتناعه

و اذا لم يترك مالا اصلا من جنس النفقة و لا من غيره قضى القاضي لها بالنفقة و امرها ان تستدينها ممن تجب نفقتها من اقاربها لو لم تكن متزوجة و لو طلبت تطليقها منه لإعساره لا يجاب لطلبها.[3]

الفرع الثاني: قول المالكية

قالوا انه للزوجة مطالبة زوجها عن ارادة الصفر بنفقة المستقبل الذي اراد الغيبة فيه قبل سفره لمدة غيابه عنها او يقيم لها كفيلا بدفعها لها و اذا سافر الزوج و لم يدفع نفقة المستقبل و لم يقيم لها كفيلا بها و رفعت امرها للحاكم و طلبة نفقتها فرض الحاكم لها النفقة في مال الزوج الغائب ولو وديعة عند غيره و كذا في ديته الثابت على مدينه و بيعت داره في نفقتها بعد حلفها باستحقاقها للنفقة في مال زوجها الغائب.[4]

[1] قال به ابو يوسف واجازه زفر كما في الموسوعة الفقهية المرجع السابق صفحة 326 و ما بعدها
[2] احكام الزواج في الشريعة الاسلامية للدكتور فراج حسين المرجع السابق صفحة 266

[3] احكام لزواج في الشريعة الاسلامية دكتور فراج حسين مرجع سابق صفحة 267
[4] الموسوعة الفقهية المرجع السابق صفحة 327

الفرع الثالث : قول الشافعية

فعند الشافعية النفقة التمكين و يحصل بالفعل اوان تبعث اليه تعرض نفسها و تخبره انني مسلمة نفسي اليك فلو غاب عن بلدها قبل عرضها اليه ورفعت الامر الى الحاكم مظهرة له التسليم كتب الحاكم لحاكم بلده ليعلمه الحال فيجيء الزوج لها يتسلمها او يوكل من يجيء له بها او يحملها اليه فان لم يفعل شيئا من الامرين مع امكان المجيء او التوكيل و مضى زمن امكان وصوله لها فرض القاضي لها نفقة في ماله من حين امكان وصوله وجعل كالمتسلم لها لان المانع منه اما اذا لم يمكنه ذلك فلا يفرض عليه شيئا لأنه غير معرض.

وهذا كله اذا علم مكان الزوج فان جهل ذلك كتب الحاكم الى الحكام الذي ترد عليهم القوافل من بلده عادة لينادي باسمه فان لم يظهر اعطاها القاضي نفقتها من ماله الحاضر و اخذ منها كفيلا بما يصرف لها لاحتمال موته او طلاقه اما اذا غاب بعد عرضها عليه و امتناعه من تسلكها فان النفقة تقرر عليه و لا تسقط بغيبته.

الفرع الرابع: قول الحنابلة

قالو ان غاب الزوج مدة و لم ينف فعليه ما مضى سواء تركها لعذر او لغير فرضها حاكم او لم يفرضها كما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان عمر كتب الى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم ان يأخذوهم بان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا قال ابن المنذر هو ثابت عن عمر رضي الله عنه و لأنه حق لها وجب عليه بحكم العوض فرجعت به عليه كالدين و قال هذه النفقة و جبت بالكتاب و السنة و الاجماع و لا يزول ما وجب بهذه الحجج الا بمثلها و الكسوة و السكن كالنفقة و اذا انفقت الزوجة في غيبته من ماله فبان الزوج ميتا رجع عليها الوارث بما انفقته منذ مات فلا تستحق ما قبضته من النفقة بعد موته و ان فارقها الزوج في غيبته فأنفقت من ماله رجع الزوج عليها بما بعد الفرقة[1]

[1] الموسوعة الفقهية المرجع السابق صفحة 327

مقدمة:

كما سبق و تطرقنا باننا قسمنا هذا البحث الى فصلين

حيث تعرضنا في الفصل الاول الى الغائب من ناحية مفهومه لغويا وفقهيا و الغائب في الفقه الاسلامي

وجدنا ان هذا لا يكفي للإلمام بالغائب و لذلك وضعنا فصل ثاني يتطرق الى الغائب في القانون و الاجتهاد القضائي و قد قسمنا هذا الفصل الى مبحثين شرحنا فيهما الغائب في القانون و في الاجتهاد القضائي:

المبحث الاول: احكام الغائب في القانون

المبحث الثاني: احكام الغائب في الاجتهاد القضائي

الفصل الثانى:

احكام الغائب في القانون و الاجتهاد القضائي

المبحث الاول: احكام الغائب في القانون

لما كانت الغيبة من اهم المواضيع التي تترتب عليها احكام هامة تناولت القوانين الوضعية احكام الغائب في نصوص قانونية و هذا على غرار الشريعة الاسلامية التي اقتبست منها غالبية هذه الاحكام و ذلك باعتبارها مصدر من مصادر التشريع لا كثرية هذه القوانين و لا سيما منها العربية و لهذا سنتناول بض النصوص القانونية التي تناولت بعض الاحكام المتعلقة بالغائب كالقانون المصري و السوري و القانون الجزائري بطبيعة الحال و نأخذ هذه النماذج على سبيل المثال لا على سبيل الحصر و قد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب :

1/المطلب الاول :احكام الغائب في القانون المصري

لقد احال القانون المدني المصري في مادته 34احكام الغائب و المفقود الى القوانين الخاصة

فان لم يوجد فعلى احكام الشريعة الاسلامية و القوانين الخاصة هي قوانين الاحوال الشخصية

و نجد ان المشرع المصري تطرق الى احكام الغائب في مادتين من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 في المادتين 12و 13 و لقد جاءت هذه الاحكام فيما يتعلق بالتفريق للغيبة [1]

الفرع الاول: المادة 12

فالمادة 12 من القانون 25 لسنة 1929 تنص انه اذا غاب الزوج سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب تطليقها طلاقا بائنا اذا تضررت من بعده عنها و لو كان له مال تستطيع الانفاق منه.[2]

و الضرر المشار اليه في النص و ان كان يستوجب المعنى العام للأضرار الا انه يختلف عن الضرر الواقع على الزوجة بسبب ايذاء الزوج او عدم انفاقه عليها فالزوج لا يعذر عن ايذائه و قد يعذر عن اعساره بالنفقة و لكن الضرر الذي يوجب التفريق للغيبة لا يتحقق الا اذا كانت الغيبة بلا عذر مقبول.[3]

---

[1] الاحوال الشخصية في الاهلية و الوصية و التركات للدكتور مصطفى السباعي و الدكتور عبد الرحمان الصابوني الطبعة الخامسة الطبعة الجديدة دمشق /1397-139 ه-77-197 م/صفحة 169

[2] المادة 12 من القانون المصري 25 لسنة 1929 من الاحوال الشخصية

[3] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور مصطفى السباعي و الدكتور عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق صفحة 119

و من هنا نلاحظ ان المشرع المصري سار على درب الحنابلة فيما يتعلق بالتفريق لغير عذر حيث انه و بمفهوم المخالفة يمكن القول ان التفريق للغيبة لا يكون اذا كان الزوج معذورا في غيبته كطلب علم او تجارة او البحث عن رزق و بالتالي لا يحق للمرأة اللجوء الى القضاء وطلب التفريق في هذه الحالة.

فحين اذا لم يكن للزوج عذرا يبرر غيابه و كان هذا العذر شرعيا فيمكن للزوجة طلب التفريق من القاضي حتى و لو كان لها مال تستطيع الانفاق منه

ونلاحظ ان نص المادة 12 ذكرت /مال تستطيع الانفاق منه/و لم تحدد لنا ان كان هذا المال تركه الزوج قبل غيابه ام انه يبعثه في فترة غيابه ام انه مال خاص بالزوجة

و في كل الاحوال و كما راينا في المبحث السابق انه من بين شروط و اسباب التطليق للغياب عدم الانفاق و هذا ما اتفق عليه الحنابلة و المالكية في حين يجيز نص المادة التطليق حتى و ان كانت هناك نفقة.

اما فيما يتعلق بمدة الغياب و المقدرة بسنة فاكثر فانه سار إلى درب المالكية

الفرع الثاني: المادة 13

لقد ذهبت المادة 13 من ذات القانون السابق الى انه اذا امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضي اجلا و اعذر اليه بان يطلقها و ان لم يحضر للإقامة معها او ينقلها اليه او يطلقها فاذا انقضى الاجل و لم يفعل و لم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة و ان لم يكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اعذار و ضرب اجل.[1]

هذا ونجد ان المشرع المصري في هذه المادة تعرض الى شرط من شروط التفريق للغيبة و هو الكتابة الى الزوج الغائب من طرف القاضي بالرجوع الى امراته او نقلها اليه او يطلقها و يعطيه اجلا لذلك فاذا انقضى الاجل دون ان يبد شيئا طلقها القاضي عليه.

و نجد ان هذا الشرط اتفق عليه كل من الحنابلة و المالكية و تم التطرق اليه غير انه نجد ان المشرع المصري اضاف /..او لم يبد عذرا مقبولا../وهذا ما اشرنا اليه سابقا و هو ما ذهب اليه الحنابلة في عذر الزوج الغائب.

كما نجد ان المشرع اشار الى انه اذا لم تتوفر هذا الاسباب و الشروط طلق القاضي زوجة الغائب عليه بتطليقة بائنة و هذا ما ذهب اليه المالكية في اعتبار نوع الفرقة للغيبة هي طلاق بائن و عليه نلاحظ ان المشرع المصري استعرض احكام المادتين 12 و 13 من

[1] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور مصطفى السباعي و الدكتور عبد الرحمن الصابوني المرجع السابق صفحة 119

تلفيق بين المذهبين المالكي و الحنبلي مخالفا بذلك المذهب الحنفي الذي كان يجرى به العمل بالمحاكم قبل صدور القانون رقم 25 لسنة 1929. [1]

و بالتالي و بمقتضى نص هاتين المادتين:

فالغائب من تطول غيبته لأكثر من عام فالغياب دون سنة لا يعد به الزوج غائبا و صنفت هاتين المادتين الغائب الى نوعين:

اولا: غائب معلوم الاقامة

و يمكن وصول الرسائل اليه وهذا الغائب يضرب له القاضي اجلا و يعلمه بثلاث خيارات هي اما الحضور للإقامة مع زوجته او نقلها اليه حيث يقيم او ان يطلقها فاذا اختار احدهما فلا يطلق القاضي عليه و اذا امتنع عن الاختيار لم يرد خلال الاجل الذي حدد له طلق القاضي عليه بعدما يتحقق من وصول الاعلان اليه و لا يجوز التطليق بغير الكتابة الى الغائب و انتظاره مدة الامهال و الا وقع الحكم باطلا و الكتابة الى الغائب التي يعتمد بها في حكم هذه المواد هي التي تتم من القاضي اما المراسلات بينه و بين زوجته او من اهله و اصدقائه فليست من الامهال القانوني في شيء ولا يترتب عليها اي اثر.

ثانيا: غائب مجهول الاقامة

ويلحق به من يستحيل وصول الرسائل اليه و في هذه الحالة يطلق عليه القاضي دون امهال فلا فائدة من ضرب الاجل و الامتناع عن التطليق فورا هو ضرب من الاضرار بالزوجة و مهمة القاضي رفع التعدي و ازالة الضرر.

ولقد نصت هاتين المادتين على شروط لا بد من توافرها حتى يصح التطليق للغيبة وهي:

1/ان يغيب الزوج في بلد غير البلد الذي تقطن فيه الزوجة و يستوي في ذلك البلد القريب و البلد البعيد اما الغيبة من بيت الزوجية مع الاقامة في البلد نفسه لا تدخل في مفهوم النص و يرفض طلب التطليق.

2/ان تكون الغيبة سنة فاكثر و لا يقبل دعوى التطليق للغيبة قبل مضي هذه المدة و السنة المقصودة في هذه المادة هي السنة الشمسية و عدد ايامها 365 يوما طبقا لنص المادة 22 من قانون رقم 25 لسنة 1929. [2]

ومضى السنة اجراء جوهري لقبول الدعوى و اغفاله يؤدي الى بطلان الحكم.

---

[1] احكام الزواج في الشريعة الاسلامية للدكتور فراج حسين طبعة 2003 الدار الجامعية الجديدة الاسكندرية صفحة 267

[2] احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور محمد احمد سراج ومحمد كمال امام المرجع السابق صفحة 131/130

3/ان يكون الغياب بغير عذر مقبول فاذا كان بعذر شرعي كالسفر لطلب العلم او الغيبة لتجارة فلا يجوز التطليق و لم يحدد الفقهاء الاعذار الشرعية على سبيل الحصر فتحذير العذر موكل الى قاضي الموضوع لا رقابة عليه من محكمة القانون -محكمة النقض- طالما كان تقديره سائغا.

4/ان تضرر الزوجة من الغيبة فتطلب التطليق ذلك لان الضرر هو سبب الدعوى فلا بد من ثبوته ولان التطليق حق للزوجة فلا بد من طلبه فلا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه.[1]

هذا و لقد جاء في المادة 5 من قانون رقم 25 لسنة 1920:

اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة و ضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها او لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل.

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه او كان مجهول المحل او كان مفقودا وثبت انه لا مال تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي.[2]

وهنا هذه المادة جاءت بأحكام ففرقت بين من كانت غيبته قريبة و بين من كانت غيبته بعيدة

اولا من غيبته قريبة

الحالة الاولى: ان يكون له مال ظاهر او كفيل بالنفقة وطلبت الزوجة تطليقها منه لعدم الانفاق اجابها القاضي و تعين عليها ان تعذر اليه بالطرق المعروفة و يضرب له القاضي اجلا يحدده له كي يرسل الى زوجته ما تنفق منه على نفسها او يحضر هو ليتولى الانفاق فاذا مضى الاجل و لم يرسل ما تنفق منه زوجته او لم يحضر للإنفاق عليها و تحققت المحكمة من وصول الاعذار اليه طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل.

ثانيا: من غيبته بعيدة

فاذا ثبت عدم وجود مال له تنفذ عليه زوجته نفقتها و طلبت تطليقها فان القاضي يطلقها دون اعذار و لا ضرب اجل و ذلك بعد ثبوت الزوجية و غيبة الزوج او جهل مكانه او فقده

والغيبة القريبة: هي ان يكون الزوج بمكان يسهل وصول قرار المحكمة اليه بإعذاره في مدة لا تتجاوز تسعة ايام.

[1] نفس الرجع صفحة 131
[2] نفس المرجع 129

و الغيبة البعيدة: ان تكون المسافة فيها عشرة ايام فاكثر او كان الشخص غير معلوم المكان او فقد و لم يعلم احد احي هو او ميت او كان بمكان لا يمكن الرسائل الوصول اليه.[1]

2/المطلب الثاني: احكام الغائب في القانون السوري

كان المعمول به في سوريا قبل صدور قانون حقوق العائلة العثماني هو مذهب ابي حنيفة فيما يتعلق بأحكام الغائب و المفقود سواء في الاموال ام في الزوجات

و لم صدر قانون حقوق العائلة في عام 1334 ه ويقع في 157 مادة و هو خاص بأحكام الزواج و الطلاق و اثارهما اجاز للزوجة ان تطلب التطليق اذا غاب عنها زوجها و لقد جاءت هذه الاحكام في مادتين:

الفرع الاول المادة **203**

لقد عرفت المادة 203 من قانون الاحوال الشخصية السوري الغائب و اعتبرته كالمفقود في قولها /يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى مقامه او ادارة شؤونه بنفسه او بوكيل معتمد عنه مدة اكثر من سنة و تعطلت بذلك مصالحه او مصالح غيره/

نلاحظ ان نص هذه المادة يشبه الى حد كبير نص المادة 110 من قانون الاسرة الجزائري في تعريفها للغائب

فالغائب في القانون السوري كل شخص كانت غيبته لأكثر من سنة حيث منعته ظروف قاهرة من العودة او الرجوع الى محل اقامته و تسببت هذ الغيبة بالأضرار بمصالحه او مصالح غيره

فإذن اذا مضت السنة على غياب الشخص و تعطلت بذلك مصالحه فان ترك وكيلا يشرف على شؤون امواله فان المحكمة ثبت هذا الوكيل اذا توافرت فيه شروط الوصي اما اذا لم يترك الغائب هذا الوكيل فالمحكمة هي التي تقوم بتعيين سائر الاوصياء و يسمى وكيلا قضائيا.[2]

وقد جاء في نص المادة 204 من قانون الاحوال الشخصية اذا ترك وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي و الا عينت له وكيلا قضائيا.

---

[1] احكام الزواج في الشريعة الاسلامية للدكتور احمد فراج حسين المرجع السابق صفحة 268

[2] الاحوال الشخصية في الاهلية و الوصية و التركات للدكتور مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني مرجع سابق صفحة 164-165

حيث جاء في قرار محكمة النقض السورية بتاريخ 1955/10/31 و يعود للقاضي وحده نصب الوكيل القضائي عن الغائب.

هذا و تنتهي مهمة الوكيل القضائي:

اما بعودة الغائب فيستلم اعماله و يتصرف في شؤون امواله.

اما بعزل هذا الوكيل اذا وجدت فيه اسباب عزل الاوصياء كالخيانة او سوء التصرف.

حيث جاء في قرار اخر لمحكمة النقض السورية بتاريخ 1957/10/2 ان الوكالة القضائية عن الغائب لا تنتهي الا بحضوره او موته حقيقة او حكما او بخيانة الوكيل و ان الخصم في اثبات حضور الغائب او كونه معروف الاقامة هو الغائب نفسه او وكيله.[1]

الفرع الثاني المادة *101*

جاء فيها:

الفقرة الاولى: اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول او حكم بعقوبة سجن اكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب او السجن ان تطلب الى القاضي التفريق و لو كان له مال تستطيع الانفاق منه.

الفقرة الثانية: وهذا التفريق طلاق رجعي فاذا رجع الغائب او اطلق السجين و المرأة في العدة جاز له مراجعتها.[2]

يلاحظ من نص هذه المادة ان المشرع السوري استقى احكامه من المذهب المالكي و الحنبلي.

حيث انه قال بقول الحنابلة فيما يتعلق بغياب الزوج لغير عذر حيث جعل طلب التفريق للزوجة من القاضي في حالة غياب زوجها في غير عذر اما اذا كان له عذر شرعي فلا يجوز لها طلب ذلك.

كما ذهب الى تحديد مدة الغياب بسنة واحدة و هذا على راي المذهب المالكي الذي يرى بذلك كما انه اذا غاب الزوج في حرب فيحكم لقاضي بالتفريق اذا امضت سنة واحدة على رجوع الفرقين المتحاربين الى بلادهم وجاء ذلك في المادة 127 من هذا القانون /...اذا

[1] الاحوال الشخصية في الاهلية و الوصية و التركات للدكتور مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني مرجع سابق صفحة 165

[2] نفس المرجع صفحة 173

كان الزوج غائب في دار الحرب يفرق الحاكم بينهما بعد مرور سنة اعتبارا من رجوع الفريقين المتحاربين واسراهم الى البلاد.../[1]

اما بالنسبة لنوع الفرقة فالقانون السوري جعل الطلاق للتفريق رجعيا بينما مذهب مالك و هو المصدر الذي استقى منه القانون حكم التفريق للغيبة طلاق بائن بينما عند احمد فهو فسخ.

و القانون المصري رقم 20 لسنة 1929 اعتبر هذا التطليق طلقة بائنة ايضا فيكون القانون السوري قد ذهب في اعتبار التطليق للغياب طلقة رجعية مذهبا لا تقره المذاهب الاجتهادية

هذا ويكون اعتبار الطلاق رجعيا في حق المسجون امر معقول لأنه لم يكن منه تعنت و لا قصد لإيذاء الزوجة و من المحتمل خروجه قبل انتهاء المدة المحكوم بها اما بالنسبة للغائب بغير عذر مقبول و الذي لم يعرف مكانه او امتنع عن ابداء عذر للقاضي بعد ان اعطاه اجلا معينا لعودة او ضم زوجته اليه مما يؤكد غيابه لقصد الاضرار بالزوجة او لإيذائها بالغياب عنها فالواجب ان يكون التطليق عليه طلاقا بائنا لان جعله رجعيا يفتح باب للزوج لإضرار المرأة من جديد بان يعلن عن رغبته في العودة اليها ثم يعود فيبيت معها ليلة واحدة ثم يغيب عنها مرة اخرى

3/المطلب الثالث: احكام الغائب في القانون الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري احكام الغائب و المفقود في الفصل السادس من الكتاب الثاني/النيابة الشرعية/ من قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 لسنة 1984 و المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

و لقد تطرق المشرع لأحكام الغائب في المادتين 110-112 والمادة 53 من قانون الاسرة الجزائري

الفرع الاول المادة 110

لقد عرفت المادة 110 من قانون الاسرة الجزائري **الغائب بانه الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته و ادارة شؤونه بنفسه او بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير كالمفقود**

وعليه فان المشرع الجزائري ذهب الى اعتبار الغائب هو الشخص الذي تجاوز غيابه مدة سنة نظرا لظروف قاهرة منعته من الرجوع الى محل اقامته او ممارسة شؤونه و بالتالي

[1] شرح الاحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي المجلد الاول المكتب الاسلامي /الزواج و انحلاله/ الطبعة السابعة /1417 ه 1997م / سورية صفحة 238

يفهم من نص المادة انه لا يعتبر غائبا كل من كان باستطاعته العودة الى بلاده اي لا تمنعه اي ظروف من ذلك و بالتالي جعل من الظروف القاهرة شرط لاعتبار الشخص غائبا هذا بالإضافة الى مدة الغياب التي قدرها بسنة فاكثر و الضرر الذي يسببه للغير بغيبته

وهكذا و لقد اعتبر المشرع الغائب كالمفقود غير انه لكل منهما تعريف خاص به و احكام متعلقة بظروفه كما ان المشرع في تعريفه للغائب لم يحدد لنا نوع الغيبة ان كانت قريبة او بعيدة في نفس البلد التي تقيم فيه زوجته او بلد اخر غيره بل اكتفى بالإشارة الى ان الغيبة هي التي تمنع الشخص من الرجوع الى محل اقامته.

اما بالنسبة للمدة التي قدرها بسنة و هي المدة التي يعتد بها للغياب فترى ان المشرع قد قال بما قاله المالكية

الفرع الثاني: المادة 112

لقد جاء في نص المادة 112 من قانون الاسرة الجزائري **لزوجة المفقود او الغائب ان تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.**[1]

وهنا نجد ان المشرع الجزائري جعل لزوجة الغائب حق طب التطليق منه و تسمع المحكمة نداءها و تجيبها الى طلبها و ذلك متى توافرت شروط ثلاثة تضمنتها الفقرة الخامسة من المادة 53 من ذات القانون بإحالة من المادة 112 وهي:

اولا: ان يتغيب الزوج عنها غيبة طويلة تفوق السنة ابتداء من يوم غيابه الى يوم رفع الدعوى عليه لأنه لا يجوز لها ان ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها اذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن.[2]

و يجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية و لكن القانون لم يحدد ذلك فيصبح اعتماد السنة الميلادية طالما ان العمل يجري بها يوميا و هي عادة التقييم الزمني و هذا موقف مالك الذي جعل الغيبة من سنة الى ثلاث سنوات.[3]

ثانيا: ان يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي وعقلاني مقبول ذلك انه لو غاب الزوج عن زوجته كما لو سافر بمجرد السفر و لم يعد يعتبر على انه انسان طائش ومهمل لعائلته بخلاف الامر لو غاب سنة فاكثر من اجل اتمام دراسته او كان في مهمة وطنية تستدعي بقائه في الخارج لمدة اكثر من سنة او لأي سبب جدي اخر لا يقبل منها في مثل هذه الحالات ان ترفع امام القضاء و تطلب الحكم لها بالتطليق منه.

---

[1] المادة 53 فقرة: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

[2] الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري للدكتور عبد العزيز سعد طبعة ثالثة دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ص 269

[3] شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق الاستاذ فضيل سعد الجزء الاول المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر صفحة 293

فالعادة و المنطق و الاخلاق ان الزوجة تتقاسم اعباء الحياة مع زوجها فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها و تصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها و بلوغه مأمن شانه ان يعود بالفائدة عليها و على مستقبل اسرتها فان لم تتبين هذه الحقيقة و غالبتها نفسها و تقدمت لطلب التطليق كان لولي الزوج ووكيله ان يثبت للمحكمة عذر الغياب فترفض المحكمة طلبها لان القانون يبيح لها ذلك عند غياب العذر الشرعي.

ثالثا: واخيرا يجب لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب ان يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها مالا تنفقه على نفسها او عليها و على من معها من اولادهما اما اذا غاب لمدة سنة فاكثر بعذر او غاب بدون عذر و لكن ترك لها مالا يمكنها من ان تنفق منه على نفسها و على اولادهما فلا يجوز لها ان تطلب من المحكمة ان تحكم بتطليقها من زوجها.[1]

و الحالة هذه تعود الى السلطة التقديرية للقاضي و يتأكد منها بجميع الطرق حيث ينظر في الاسباب التي دفعته الى الغياب و البلد الذي يوجد فيه و الوضعية التي ال اليها خلال الغياب و الاجراءات الادارية و السياسية المحيطة به و ما اذا كان التحويل النقدي ممكنا فان كان عدم بلوغ الزوج ما يرسله هو نتيجة خطا مادي في الحساب البريدي الجاري او في العنوان فيكون ذلك عذرا شرعيا و لو لم تحصل منه على النفقة خلال سنة لان ذلك ليس امتناعا عن اداء واجبه و لكن يقع تحت اسباب قاهرة اما اذا كانت الوضعية المالية حسنة و له مصادر في الداخل دون ان يترك للزوجة ما تنفقه فان القاضي يحفظ مصير الاسرة و متى رفعت اليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجا الى التأكد من مصادر النفقة و يحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها او تحت حيازة الغير و تكون الاحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.

و الغيبة التي عناها المشرع هي ما نصت عليه المادة 110 قانون الاسرة الجزائري التي وضحت الغائب و الفقرة الخامسة من المادة 53 الي حددت شروط طلب التطليق للغياب على ان الطلب يكون ماله الرفض ان لم تجتمع كلها ذلك ان عدم اجتماعها لا يكون مبررا لطلب التطليق بسبب الغياب المنصوص عليه في الفقرة الخامسة و انما لسبب اخر فلو كان الغياب داخل الوطن بان وجد الزوج في تمنراست و الزوجة في الجزائر بدون نفقة فهذا التطليق يجب ان يؤسس على الضرر لا على الغياب لعدم توفر شروط الغياب و الغياب بلا عذر اهمال عائلي و التطليق للغيبة لم يتفق عليه فقهاء المسلمين كما سبق وراينا و المشرع الجزائري اخذ براي احمد ومالك في ذلك.[2]

[1] الزواج و الطلاق لعبد العزيز سعد المرجع السابق ص 269
[2] شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق لفضيل سعدي المرجع السابق صفحة 294-295

هذا ورغم اختلاف اراء الفقهاء حول الغائب و احكامه و مهما تباينت القوانين في وضعها الا انها في النهاية تصب في نتيجة واحدة يتم الاخذ بها و السير على حذوها و اتخاذها احكاما يتم الوقوف عليها

الفرع الثالث: المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري

تنص المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري :

يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية:

1/عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79و 80 من هذا القانون

2/العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

3/الهجر في المضجع فوق اربعة اشهر

4/الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل مواصلة العشرة و الحياة الزوجية

5/**الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**

6/مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 اعلاه

7/ارتكاب فاحشة مبينة

8/الشقاق المستمر بين الزوجين

9/مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

10/كل ضرر معتبر شرعا

هذه المادة التي سنها قانون الاسرة الجزائري بينت الاسباب التي تطلب من اجلها الزوجة التطليق وعددت عشرة اسباب وكان من بينها هذه الآساب الغياب حيث اكدت في السبب الخامس انه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق في حالة الغياب لأكثر من سنة بدون عذر ولا نفقة تنفق بها على نفسها حيث انه لو كان الزوج مسافر من اجل شغل ليعيلها لا يجوز لها طلب التطليق ذلك انه يجب ان تطلب التطليق في حالة الغياب بدون عذر ومبرر شرعي وبدون نفقة فالمادة كانت صريحة وواضحة .

المبحث الثاني: احكام الغائب في الاجتهاد القضائي

مقدمة :

في هذا المبحث سلطنا الضوء على الاجتهاد القضائي حيث توجد احكام للغائب من خلال الاجتهاد القضائي يجب على الباحث التطرق اليها و معرفتها و قد قسمنا هذا المبحث الى ثلاث مطالب:

1/المطلب الاول: تعريف الاجتهاد القضائي

الاجتهاد هو المثابرة و بذل الوسع و للاجتهاد جملة من التعريفات و المعاني حسب المواضيع و المجالات التي تضمه

و الاجتهاد لغة: اصله من مادة جهد اصله المشقة ثم يحمل عليه ما يقاربه و الجهد يحتمل عدة معاني حسب معاجم اللغة منها: المشقة

الطاقة وقد جاء بهذا المعنى في الآية 5 و 6 /الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين في الصدقات و الذين لا يجدون الا جهدهم فيسخرون منهم سخر الله منهم و لهم عذاب اليم/

المبالغة و الجد في الشيء ومنه قوله عز وجل /ويقول الذين امنوا أهؤلاء الذين اقسموا بالله جهد ايمانهم انهم لمعكم حبطت اعمالهم فاصبحوا خاسرين /و يقصد بجهد ايمانهم اي بالغوا في اليمين و اجتهدوا فيه.

الاشراف و الظهور قال الفراء ارض فضاء و جهاد و براز بمعنى واحد و يقال اجهد لك الطريق و اجهد لك الحق اي برز و ظهر ووضح

وقد اتى الفقه وعرف الاجتهاد بانه: اسفراغ الوسع في تحقيق امر من الامور و لا يستعمل الا فيما فيه كلفة ومشقة فيقال اجتهد في حمل الرحى و لا يقال اجتهد في حمل خردلة او نواة و المراد به في اصطلاح علم الاصول هو استخراج الاحكام من شواهدها الدالة عليها بالنظر المؤدي اليها.

فالاجتهاد معناه بذل الطاقة و العناية للوصول الى الغاية و غاية القاضي الوصول الى حكم عادل في نزاع عرض عليه في اثناء عمله.

2/المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في القانون

الاجتهاد في القانون مجموعة الاحكام القضائية او قرارات المحاكم التي يستخرج منها قواعد عامة لحل قضايا مشابهة و يقصد به غالبا الراي الذي يتوصل القاضي في مسالة قانونية و الذي يقضي به و على هذا يقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي اخذت بها

هذه المحاكم في احكامها و للاجتهاد القضائي اهمية و اثر بالغين لا يكادان يقلان في اهميتهما عن دور التشريع نفسه فالاجتهاد القضائي هو ما يمنح القانون طابعه العملي الحي وهو الذي يوضح مداه و ابعاده و قد تباينت مكانة الاجتهاد القضائي حسب التشريعات و الازمنة.

الفرع الاول: القانون الروماني:

ظهر الاجتهاد القانوني لدى الرومان مع احداث منصب البريتور سنة 367 ق م و مع انتخابه كان يصدر منشورا يبين فيه برنامج عمله خلال حكمه و نظرا لصرامة وضيق قواعد القانون المدني الروماني كان البريتور يطور احكام القانون من خلال وضع المبادئ و القواعد الي سيتبناها اثناء ممارسته لمنصبه القضائي في منشوره مما يمكنه من التعامل بمرونة مع القضايا المستجدة و يحتفظ بما اصدره سلفه في المنصب و هكذا صارت اجتهادات البر يتور مصدرا للتشريع الروماني.

الفرع الثاني: القوانين الحديثة

اختلفت نظرة التشريعات الحديثة بين من يرى ان الاجتهاد القضائي مصدر من مصادر التشريع وبين من يرى بان دور القاضي مصدر من مصادر التشريع وبين من يرى بان دور القاضي يقتصر على تطبيق القانون فروبسبير يرى بان كلمة الاجتهاد القضائي يجب ان تمحى من اللغة ففي دولة لها دستور و تشريع الاجتهاد القضائي هو التشريع نفسه.

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي كمصدر للتشريع

وقد غلب هذا الطابع على الدول ذات النزعة الانجلوساكسونية كإنجلترا والولايات المتحدة و استراليا ففي انجلترا الاجتهاد الصادر عن احدى المحاكم في قضية ما يعتبر سابقة ملزمة للمحكمة التي اصدرته و المحاكم التي تليها رتبة بالسير عليه في القضايا المماثلة.

الفرع الرابع: الاجتهاد القضائي مصدر تفسيري

معظم القوانين الحديثة تعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا تفسيريا يعتمد عليه للاستئناس لا غير و هذا الموقف تبناه رجال الثورة جراء التفسير الخاطئ لمبدا فصل السلطات الذي لا يجيز للسلطة القضائية ان تتدخل في الشؤون التشريعية و التنفيذية الا ان الواقع العملي ابان عن قصور هذا الراي اذا ان القاضي كثيرا ما ينحو الى الاجتهاد حتى يصل الى حل يطبق على النزاع ثم تتواتر هذه الاحكام و يأخذ بها غيره لحل الحالات المماثلة فتنشا بذلك القاعدة القانونية

3/المطلب الثالث: احكام الغائب في الاجتهاد القضائي

يتمثل الاجتهاد القضائي في الغائب في مجموعة اجتهادات وقرارات

قاعدة 1201 الوافي في قضاء الاحوال الشخصية 1970-1991 على المحكمة بوصفها الولي العام على الغائبين و القاصرين ان تتحرى من تلقاء نفسها عن الاصلح من طرفي الدعوى للوكالة القضائية و الوصاية فتقرر تثبيته على ذلك و تلغي الوثيقة الاخرى :

كان يتعين على المحكمة ان تلحظ وجود وثيقتي وصاية وقوامة لكل من الطاعنة و المطعون ضدها وكل منهما صحيحة قانونا

وكان وجود الوثيقتين على الوجه المبين اعلاه فيه ضرر كبير بمصلحة الغائب و القاصرين لان حقوقهما قد اصبحت بتصرف شخصين و مختلفين.

الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة

الغرفة الخامسة

رقم القرار:208766

تاريخ القرار:2001/1/30

موضوع القرار: تنازل عن املاك الدولة

محل تجاري المالك اجنبي غائب تطبيق المادتين 109 و 111 من قانون الاسرة تطبيق قانون وطن الغائب

حيث يتبين من الملف ان المستأنف عليهم قاموا برفع دعوى ضد المستأنفين امام الغرفة الادارية لمجلس قضاء الجزائر من اجل الغاء قرار لجنة الطعون الولائية التي رفضت طعنهم المرفوع ضد قرار لجنة الدائرة التي باعت الى المستأنف المحل التجاري الكائن ب 18 نهج ديدوش مراد

حيث ان المجلس قضى بإلغاء القرارين الصادرين عن لجنة الدائرة و لجنة الطعون الولائية بسبب ان شركة ش المنشاة في سنة 1950 قد قامت بكراء المحل المتنازع من اجله و بسبب ان واحد من الشركاء قد وهب املاكه الى زوجته المستأنفة الحالية و كذا بسبب ان المستأنفين والي ولاية الجزائر ومدير الترقية و التسيير العقاري لم يثبتا ادماج المحل في املاك الدولة و كان عليهما ان يقوما بتطبيق اجراءات المواد 109 و 111 من قانون الاسرة و المتعلقة بالغائبين و هذا قبل بيع المحل المتنازع من اجله

وتوجد الكثير من الاجتهادات القضائية في احكام الغائب حيث يتضح جليا من خلال هذي القرارين ان دعاوى الغائبين عديدة و بالتالي يستوجب تطبيق القانون من خلال المواد التي تنص على الغائب والتي تضمنها قانون الاسرة الجزائري لا سيما في المواد 109 و 110 و 53

الخاتمة

الخاتمة:

وفي خاتمة البحث نستخلص الاتي:

لقد سوى المشرع بين الغائب و المفقود في الحكم و اعتبر الغائب كالمفقود في حين ان الغياب اوسع معنى من الفقد فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود كما ان الشخصية القانونية للغائب تبقى قائمة و لا يؤثر الغياب فيها و يكون المدار في الفرق بينهما على الجهل بالحياة من عدمه كما اخلط المشرع بين كل من مصطلح الغائب و المفقود في بعض المواد كالمادة 115 و111

كما سوى المشرع في المادة 112 من قانون الاسرة الجزائري بين زوجة الغائب وزوجة المفقود بحيث صرح من خلال هذه المادة ان يجوز لهما ان يطلبا الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري

كما سوى المشرع في المادة 110 من قانون الاسرة الجزائري بين الغائب و المفقود حيث صرح من خلال هذه المادة بان الغائب من منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته او ادارة شؤونه بنفسه او بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير ويعتبر كالمفقود

المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري كانت قد تطرقت الى الشروط التي يجب ان تتوفر لتطلب الزوجة التطليق وكان من بين هذه الشروط و في الفقرة الخامسة منها ان الغيبة لمدة سنة بدون عذر او نفقة

من خلال هذه النتائج المتوصل اليها راينا اعطاء اقتراحات لعلها تشد بعض النقائص المتعلقة بهذا البحث و المتمثلة في:

بداية بالتعريف فالمشرع عند تعريفه للغائب يربطه بالمفقود حيث عند تعريفه للمفقود في المادة 109 من قانون الاسرة الجزائري اقر بان المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا تعرف حياته او موته و لا يعتبر مفقودا الا بحكم و هو تعريف خاطئ لان هذين المصطلحين المفقود و الغائب لا يجب ان يجتمعا في جملة واحدة و بالتالي يجب على المشرع اعادة صياغة المادة لان الغائب ليس كالمفقود

ينبغي على المشرع ان يجتهد في سن نصوص قادرة على استيعاب كل حالات الغياب و في اي ظرف كان و الابتعاد عن سن قوانين خاصة

كان على المشرع ان يفصل بالتوضيح اكثر في كثير من احكام قانون الاسرة لتوحيد احكام القضاء و لا يقعوا في خلط ولبس

كان من الاجدر على المشرع ادراج المادة 115 من قانون الاسرة في الكتاب الثالث الخاص بالميراث بدلا من موضعها الحالي لأنها تتحدث عن ميراث المفقود

كان من الاجدر على المشرع ان يسن في المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري بحق زوجة المفقود في طلبها للتطليق مع مراعاة احكام الشريعة الاسلامية وليس ان يجعلها كزوجة الغائب في طلب التطليق

ينبغي على المشرع الجزائري ان يتعمق في مختلف الاجراءات المتعلقة بدعاوى قسم شؤون الاسرة عامة و دعاوى الغياب خاصة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

اولا:

الكتب العامة و المتخصصة:

1/ الدكتور احمد فراج حسن احكام الزواج في الشريعة الاسلامية طبعة 2003 الدار الجامعية الجديدة للنشر ص 265

2/ الدكتور احمد فراج حسين و الدكتور محمد كمال احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية امام دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية صفحة 129

3/ الامام العلامة ابن منظور لسان اللسان تهذيب اللسان

4/القران الكريم

5/مسائل الاحوال الشخصية الخاصة بالزواج و النفقة وحقوق الاولاد في الفقه والفتوة و القضاء منشورات الحلمي الحقوقية

6/فتاوى على موقع من الانترنت

7/قانون الاسرة الجزائري

8/ الدكتور وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وادلته الجزء الثامن دار الفكر الجزائر

9/ الأستاذ الدكتور احمد فراج حسين و محمد كمال الدين نظام الارث و الوصايا والاوقاف في الفقه الاسلامي امام منشورات الحلي الحقوقية بيروت لبنان 2002

10/ الدكتور محمد احمد سراج و الدكتور محمد كمال احكام الاسرة في الشريعة امام المرجع السابق 128

11/الراوي عبد الله بن عمرو بن العاص خلاصة الدرجة صحيح المتحدث البخاري المصدر الجامع الصحيح الصفحة او الرقم 1153

12/رواه مالك في الموطأ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي كتاب المكاتب دار الكتاب طبعة 1 بيروت

13/ الدكتور عبد العزيز الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري سعد طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر صفحة 269

14/ الدكتور علي السيد الشرنباطي احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية المرجع السابق صفحة 134 وصفحة 135

15/ الدكتور وهب الوحيلي الفقه الاسلامي وادلته الجزء السابع الاحوال الشخصية دار الفكر بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق صفحة 534-533

16/معيزه عيسى الارث بالتقدير و الاحتياط في قانون الاسرة الجزائري مذكرة دكتوراه

17/الراوي عائشة خلاصة الدرجة صحيح المتحدث يحي بن معين المصدر السنن الكبرى للبهيقي

18/الموسوعة الفقهية الجزء واحد و ثلاثون 31 عموم غيلة وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية الكويت طبعة اولى 1414-1994 م صفحة 319

19/المادة 12 من القانون المصري 25 لسنة 1929 من الاحوال الشخصية

20/ الاستاذ فضيل شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق سعد الجزء الاول المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر

21/ الامام ابو زهرة الاحوال الشخصية دار الفكر

22/المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري

23/ شبايكي نزهة فرع العقود و المسؤولية في القانون فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر سنة 2015 مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجيستير

24/ محلو يوسف عطا محمد احكام المفقود في الشريعة الاسلامية مذكرة ماجيستير جامعة النجاح الوطنية فلسطين سنة 2003

25/ شرابين ابتسام المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص العقود و المسؤولية جامعة بومرداس سنة 2009-2010

26/بلحاج العربي الوجيز في التركات و المواريث و في قانون الاسرة الجزائري الجديد دار هومة الجزائر سنة 2013

27/ ايمان عبادي احكام المفقود في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل الماستر في الحقوق تخصص قانون الاسرة جامعة الشهيد حمى لخضر الوادي سنة 2018/2017

ثانيا:

المقالات:

براف دليلة احكام المفقود مقال منشور في الموقع :

www.droit.dz

زعلاني عبد المجيد تعليق على الامر المتضمن الاحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ج 37 رقم 04-1999 الديوان الوطني للأشغال التربوية 2002

ثالثا:

القوانين:

قانون الاسرة الجزائري:

-المادة 110

-المادة 112 و المادة 53 فقرة /5

قانون الاحوال الشخصية المصري: المادة 12 و المادة 13

قانون الاحوال الشخصية السوري: المادة 203 و المادة 101

فهرس الموضوعات:

مقدمة	7-6-5-4-3-2
الفصل الاول: مفهوم الغائب واحكام الغائب في الفقه الاسلامي	
المبحث الاول: مفهوم الغائب و الظروف المحيطة به	11
المطلب الاول: مفهوم الغائب فاللغة	11
المطلب الثاني: الغائب في اصطلاح الفقهاء	11
المطلب الثالث: الظروف المحيطة به	12
المبحث الثاني: احكام الغائب في الفقه الاسلامي	13
المطلب الاول: التفريق للغيبة	13
الفرع الاول: الآراء الفقهية حول جواز او عدم جواز التفريق للغيبة	13
البند الاول: عدم جواز التفريق بين الزوجة للغيبة مطلقا	14
البند الثاني: جواز التفريق بين الزوجين	14
الفرع الثاني: اسباب و شروط التفريق للغيبة	15
البند الاول: شروط و اسباب متفق عليها بين المالكية و الحنابلة	16
البند الثاني: ما اشترطه الحنابلة فقط	17
البند الثالث: ما اشترطه المالكية و الحنابلة و اختلفوا فيه	18
الفرع الثالث: حكم الفرقة للغيبة	19
البند الاول: الفرقة للغيبة طلاق بائن	19
البند الثاني: الفرقة للغيبة للفسخ	19
المطلب الثاني: غيبة الولي في النكاح	20

لفرع الاول: راي الحنفية و الحنابلة	20
الفرع الثاني :راي المالكية	21
الفرع الثالث: راي الشافعية	23
المطلب الثالث: ا ثر نفقة زوجة الغائب	22
الفرع الاول: قول الحنفية	22
الفرع الثاني: قول المالكية	23
الفرع الثالث: قول الشافعية	23
الفرع الرابع: قول الحنابلة	24
الفصل الثاني: احكام الغائب في القانون و الاجتهاد القضائي	27
المبحث الاول: احكام الغائب في القانون	27
المطلب الاول: احكام الغائب في القانون المصري	27
الفرع الاول:المادة12	28
الفرع الثاني:13	29
المطلب الثاني: احكام الغائب في القانون السوري	30
الفرع الاول :المادة 203	31
الفرع الثاني:101	32
المطلب الثالث: احكام الغائب في القانون الجزائري	32
الفرع الاول: ا لمادة 110	33
الفرع الثاني: المادة 112	35-34
الفرع الثالث: المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري	35

المبحث الثاني: احكام الغائب في الاجتهاد القضائي	37
المطلب الاول: تعريف الاجتهاد القضائي	37
المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في القانون	37
الفرع الاول: القانون الروماني	38
الفرع الثاني: القوانين الحديثة	38
الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي كمصدر للتشريع	38
الفرع الرابع :الاجتهاد القضائي مصدر تفسيري	38
المطلب الثالث: ا حكام الغائب في الاجتهاد القضائي	40-39
الخاتمة	43-42
قائمة المراجع	

ملخص:

بعد تطرقنا لموضوع الغائب وجدنا بان الغائب هو من منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته ,و ادارة شؤونه بنفسه او بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر للغير كالمفقود حسب نص المادة 110 من قانون الاسرة ,و للغياب احكام سواء في الجانب المالي او الجانب الاسري 'في الجانب المالي ورعاية لمصالح الغائب المالية و مصالح غيره قرر المشرع اصدار الحكم بفقدانه بعد سنة و تعيين مقدم على امواله و يأخذ بعدها حكم المفقود و في الجانب الاسري ,يجوز التفريق بين الزوجين عن طريق طلب التطليق من الزوجة للضرر بعد غيبة الزوج لمدة سنة بدون مبرر و بدون نفقة حسب نص المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري.

Summary:

After we dealt with the issue of the absentee, we found that the absentee is the one who is prevented by force majeure from returning to his place of residence, and managing his affairs by himself or for a period of one year. In the financial aspect and taking care of the absentee's financial interests and the interests of others, the legislator decided to issue a judgment of losing him after a year and appoint a presenter over his money and then take the ruling of the missing. On the family side, it is permissible to separate the spouses by requesting divorce from the wife for harm after the husband's absence for a year Without justification and without expense, according to the text of Article 53 of the Algerian Family Code.