التفريق بين الزوجين للغيبة فقهاً وقانوناً

د. وليد مصطفى هجو

أستاذ مساعد بقسم الشريعة بكلية الشريعة والقانون جامعة الجوف – المملكة العربية السعودية

يصدرها قسم الدراسات الإسلامية ، كلية الآداب ، جامعة الخرطوم - قسم الثقافة الإسلامية بإدارة مطلوبات جامعة الخرطوم

(١-٢٧)

ملخص البحث :

تتناول هذه الدراسة مسألة التفريق بين الزوجين للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م. وقد تناولت تعريف الغيبة ، وآراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسببها ، والشروط الواجب توافرها للتفريق للغيبة ، وإجراءات التفريق للغيبة ، ثم صفة التفريق بين الزوجين للغيبة.

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن ، وذلك بإيراد آراء المذاهب الفقهية الثمانية فيما يتعلق بالتفريق للغيبة ، ومناقشتها وتحليلها ، ومقارنة كل ذلك بما ورد في قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة١٩٩١م ، مع بيان مقترحات الإصلاح.

ولعل أهم النتائج التي خلص إليها البحث أن الفقهاء اختلفوا في جواز التفريق بين الزوجين للغيبة على قولين : الأول يرى عدم الجواز ، وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية والإمامية والاباضية والثاني : يرى جواز التفريق وهو مذهب المالكية والحنابلة والزيدية وأن قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م أخذ برأي الفقهاء القائلين بالجواز ، وأن الفقهاء القائلين بجواز التفريق اختلفوا في بعض شروط التفريق وإجراءات التفريق وصفة التفريق بين الزوجين للغيبة فبينما يرى المالكية أنها طلاق بائن ؛ ذهب الحنابلة والزيدية إلى أنها فسخ للعقد. وأن قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م أخذ بمذهب المالكية واعتبر الفرقة الواقعة بين الزوجين بسبب غيبة الزوج طلاقا بأئناً.

في ضوء ما توصلت إليه من نتائج ، تقدمت الدراسة بتوصيات تتلخص في ضرورة تعديل المادة [١٩١] من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م بحيث تعتبر الفرقة التي يوقعها القاضي بين الزوجين للغيبة فسخاً للعقد وليست طلاقاً ، لأن الطلاق ملك للزوج دون غيره ، وهو صاحب الحق الشرعي في إيقاعه.

Abstract:

This study deals with the issue of separation of spoues for going missing under the Islamic jurisprudence in comparison with the Sudan Family Act 1991. The study sheds lights on the definition of absenteeism, and the opinions of jurists on differentiating between the spouses because of them, and the conditions that must be available to differentiate the absence, and the procedures of differentiation for absenteeism, and then the distinction between the spouses of absenteeism.

The comparative descriptive analysis research methodology is followed in this thesis , as the views of jurists of the eight Islamic jurisprudential schools with regard to judicial separation for absence are illustrated , critiqued , analyzed , and compared with the rules that are provided for in the 1991 Sudan Family Act , with proposals for reforms.

The most significant conclusion this thesis has reached is jurists have differed on the permissibleeness of separation when the husband goes missing and they have two opinions as they were presented in the study.

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ﷺ تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

الزواج أساس الأسرة ودعامتها ، والقاعدة التي يقوم عليها بناء المجتمع ، والأسرة هي اللبنة الأولى في بناء الأمة ، وتقوم العلاقة بين الزوجين في الإسلام على المودة والسكن وحسن العشرة بينهما ، قال تعالى : ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾ [الروم : ٢١] ، وتتحقق هذه الأمور بتحقق المساكنة والمؤانسة والرحمة بينهما ، والإقامة معاً في مسكن الزوجية ، فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة ، انقلبت المودة إلى تعاسة وشقاء ، والسكن إلى اضطراب ، والمؤانسة إلى وحشة ، وقد تتضرر الزوجة من هذه الغيبة وتخشى على نفسها الفتنة والوقوع في المحظور فهل يخول لها ذلك طلب التفريق بينها وبين زوجها ؟

هذا ما سأبينه في هذا البحث – إن شاء الله – وأدعو الله أن يكون خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ينفعني به يوم الدين ، وأسأله تعالى أن يجنبنا الزلل ، وأن يشملنا برحمته وغفرانه ، وأن يعفو عنا – عن أخطائنا – وأن يجعل في هذا البحث بعض الفائدة. وما توفيقي إلا بالله عليه توكلتُ وإليه أنيب. وصل الله على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين ، وصحابته المكرمين ، والحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه.

وقد تضمن هذا البحث ما يلي :

أولاً : تعريف الغيبة لغة واصطلاحاً وقانوناً.

ثانياً : آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة.

ثالثاً : الشروط الواجب توافرها للتفريق بين الزوجين بسبب الغيبة.

رابعاً : إجراءات التفريق بين الزوجين للغيبة.

خامساً : صفة التفريق بين الزوجين للغيبة.

ثم خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

أولاً : تعريف الغيبة لغة واصطلاحاً وقانوناً :

(١) **تعريف الغيبة في اللغة** : الغيبُ هو كل ما غاب عنك ، وهو ضد شهد وحضر ، يقال غاب فلان بَعُدَ ، وغاب فلان عن بلاده : سافر ، وغابت الشمس وغيرها غربت واستترت عن العين ، والجمع غُيّبُ وغُيّابُ والمرأة غاب عنها زوجها فهي مُغيب ومغيبة. جاء في مختار الصحاح : **" غيب – " الغيبُ " ما غاب عنك يقول " غاب " عنه من باب باع و" غَيبة " أيضاً و" غَيبُوبةً " وغُيوبا ، و" غَياب " بالفتح " ومَغيَب ". وجمع الغائب " غُيْبُ " وغُيّابُ "**.[1] وجاء في المعجم الوسيط : **" " غاب " غَيّباً ، وغَيْبة ، وغَيْبُوبة ، وغياباً ، خلاف شهد وحضر ، يقال : غاب فلان : بَعُدَ. وغاب فلان عن بلاده : سافر وغابت الشمس وغيرها ، غربت واستترت عن العين ، والشيء في الشيء توارى فيه المرأة : غاب عنها زوجها فهي مَغْيبُ ، ومغيبة "**.[2]

(٢) **تعريف الغيبة في الاصطلاح الفقهي** : لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب المذاهب الفقهية تعريفاً للغيبة[3] ولكن يظهر أو يتضح من خلال أقوالهم في أحكام الغائب أنهم يقصدون بها وجود الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه زوجته سواء كان معلوم الجهة أم مجهول الجهة.

---

(١) مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي ص ٤٨٥. المكتبة العصرية – الدار النموذجية ، بيروت – صيدا– الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ.

(٢) مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي ص ٤٨٥. المكتبة العصرية – الدار النموذجية ، بيروت – صيدا– الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ.

(٣) المبسوط لشمس الدين السرخسي ج ٥ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ج ٢ ، تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي ج ٣ ، المدونة للإمام مالك بن أنس ج ٣ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي

(٣) **تعريف الغيبة في القانون** : لم يعرف قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م الغيبة لكن يمكن أن يستفاد من المادتين [١٨٦] ، [١٨٧] أن المقصود بالغيبة وجود الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه الزوجة سواء كان معلوم الجهة أم مجهول الجهة أما تعريف الغائب الوارد في المادة ٢٥٩ – [١] بأنه الشخص الذي لا يعرف محل إقامته ، أو لا يمكن وصول الإعلانات إليه ، فلا ينطبق على موضوع التطليق للغيبة لأن المادة [١٨٦] ؛ والمادة [١٨٧] بينتا أن الغائب يمكن أن يكون معلوم الجهة ويمكن وصول الإعلان إليه.

عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب م ٣ ، القوانين الفقهية لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي ، الأم للإمام ابو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ج ٢ ، المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف الدين النوري ج ١٥ ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربيني على متن المنهاج لأبي زكريا يحى بن شرف النووي ج ٣ ، المغنى لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ج ٦. منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار ج ٢ ، الإقناع في فقه الامامام احمد بن حنبل لشرف الدين ابو النجا موسى بن احمد بن سالم المقدس ، اللمعة الدمشقية لأبي عبد الله حمد بن الشيخ جمال الدين مكي المعروف بالشهيد الأول ج ٥ ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام لمحمد حسن النجفي ج ٣١ ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار لأحمد بن يحي بن المرتضى بن مفضل بن منصور الحسيني ج ٤ ، المنتزع المختار من الغيث المدرار لعبد الله بن مفتاح ج ٢ ، لمحلى لابن حزم محمد بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ج ١٠ ، ١١ ، كتاب النيل وشفاء العليل لضياء الدين عبد العزيز التميمي ج ٦ شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش ج ٦ ، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب للأستاذ على حسب الله ص ٣ ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية للأستاذ زكي الدين شعبان ص ٣٦١ ، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي للدكتور يوسف قاسم ص ٢٦٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ج ٧ ص ٣٤٧.

ثانياً : آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة :

اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين للغيبة على مذهبين :

المذهب الأول : عدم جواز التفريق للغيبة وهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والإمامية والإباضية.

الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن المرأة لا حق لها في طلب التفريق بسبب غيبة زوجها ؛ طالت هذه الغيبة أم قصرت ، وسواء أكانت بعذر أو بغير عذر ، وإن تضررت بسبب ذلك لعدم وجود ما يصلح أن يبنى عليه التفريق. جاء في شرح فتح القدير : **" الغائب لا يفرق بينه وبين امرأته "**.[٤]

الشافعية : ذهب الشافعية إلى القول بأن المرأة لا حق لها في طلب التفريق بسبب غيبة زوجها – مهما طالت غيبته – بعذر أم بغير عذر- و سواء ترك لها مالاً أم لا ، لعدم وجود ما يصلح أن يبنى عليه التفريق. جاء في الأم : **".. امرأة الغائب أي غيبةً كانت ...لا تعتد امرأته ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته "**.[٥] وجاء في تحفة المحتاج شرح المنهاج : **" لا فسخ بغيبة "**.[٦]

الظاهرية : يرى الظاهرية عدم جواز التفريق بين الزوجين للغيبة ، فإذا غاب الزوج عن زوجته لا يفسخ نكاحه ولا تطلق زوجته. جاء في المحلي : **" فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته ولا أن يطلق أحد من غيره "**.[٧]

الإمامية : ذهب الإمامية إلى القول بأن المرأة لاحق لها في طلب التفريق بسبب غيبة زوجها مهما طالت غيبته ؛ وان تضررت بسبب ذلك.[٨]

---

[٤] شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٦ ص ١٤٤. أنظر المبسوط للسرخسي ج ١١ ص ٣٤ ، ٣٥ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١٩٦.

[٥] الأم للإمام الشافعي ج ٥ ص ٢٢١.

[٦] تحفة المحتاج شرح المنهاج لعبد الحميد الشرواني ج ٣ ص ٣٧٣.

[٧] المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٤٢.

[٨] جواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٨٨.

الإباضية : يرى الإباضية – في القول المختار – عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة فمن غاب عن زوجته لا يحكم القاضي بموته ، ولا يفرق بينه وبين زوجته. جاء في شرح كتاب النيل : **" " لا يحكم بموت غائب بطول دهر على القول المختار " استصحاباً للأصل الثابت وهو الحياة فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته "**.[٩]

أدلتهم :

استدل الفقهاء القائلون بعدم جواز التفريق بين الزوجين للغيبة بالأدلة الآتية :

أولاً : عن المغيرة بن شعبة ﷺ قال قال رسول الله ﷺ : **" امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان "**.[١٠]

وجه الدلالة : أن هذا الحديث في امرأة المفقود فالتي غاب عنها زوجها أولى بالانتظار.

ثانياً : كل ما يخص الزوجين من أحكام الطلاق والتفريق قد فصلت ونص عليها ؛ أما التفريق للغيبة فلم ينص عليها كتاب ولا سنة.[١١]

ثالثاً : لا تعتد ولا تنكح المرأة أبداً إلا من وفاة زوجها أو طلاقه لها ، وهنا لا وفاة ولا طلاق فلا عدة ولا نكاح جديد ، بل تبقى الزوجة على عصمة زوجها.[١٢]

المذهب الثاني : جواز التفريق بين الزوجين للغيبة وهو مذهب المالكية والحنابلة والزيدية.

المالكية : يرى المالكية أن المرأة إذا غاب عنها زوجها سنة فأكثر – على المعتمد عندهم – وتضررت من غيبته بأن خشيت على نفسها الزنا ؛ كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التفريق بينها وبينه ويجيبها القاضي إلى طلبها. جاء في مواهب الجليل : **" غائب ... يكتب إليه السلطان إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه "**.[١٣] وجاء في حاشية الدسوقي : **" ... لا يطلق على من**

---

[٩] شرح كتاب النيل لاطفيش ج ٦ ص ٥٦٠ ، ٥٦١.

[١٠] السنن الكبرى للبيهقي، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، ج٧ص٤٤٥، حديث رقم [١٥٩٧٣].

[١١] بدائع الصنائع ج٥ص١٧٧، الأم ج٥ص٢٣٩.

[١٢] بدائع الصنائع ج٥ص١٧٧.

[١٣] مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ١٥٦.

ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد وقال الغرباني وابن عرفة السنتان والثلاثة ليست بطول بل لابد من الزيادة عليها وأن تخشى الزنا على نفسها ".[١٤]

الحنابلة : ذهب الحنابلة إلى القول بأن المرأة إذا غاب عنها زوجها ستة أشهر فأكثر غيبة بدون عذر ، وتضررت من غيبته ، كان لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب التفريق بينها وبينه ، جاء في المغني : " ... **فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر ، يكتب إليه ، فإن أبى أن يرجع ، فرق الحاكم بينهما** " [١٥]، وجاء في الروض الندى شرح كافي المبتدي : " **وغاب " فوق نصف سنة وطلبت قدومه " لزمه ذلك إن لم يكن له عذر** ..... **وإن " راسله الحاكم فإن أبى " أن يقدم " بلا عذر " بعد مراسلة الحاكم إليه " فسخ النكاح " أي فسخه حاكم " بطلبها "** ".[١٦]

الزيدية : ذهب الزيدية إلى القول بأن للمرأة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها للغيبة ؛ إذا طالت غيبته وتضررت من هذا الغياب. جاء في الروضة الندية : " **إذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز** ".[١٧]

أدلتهم :

استدل الفقهاء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة بالأدلة الآتية :

أولاً : النصوص الشرعية الواردة في الكتاب والسنة التي تُحَرِم إمساك الزوجة إضراراً بها. [١٨]

ثانياً : روي عن عمر بن عبد العزيز ﷺ أنه كتب لقوم غابوا بخراسان إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا.[١٩]

---

[١٤] حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٣١.

[١٥] المغني لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٤٠ ، أنظر المغني والشرح الكبير ج ٨ ص ١٤٢ ، ١٤٣.

[١٦] الروض الندى شرح كافي المبتدى لأحمد بن عبد الرحمن بن أحمد البعلي ص٣٨١ ، أنظر الكافي لابن قدامة ج٣ص٣١٣.

[١٧] الروض الندية للحسيني ج ٢ ص ٦٠.

[١٨] المصدر السابق ج٢ ص ٦٠.

ثالثاً : قياس الغيبة على العنة فالمرأة تتضرر من غيبة زوجها أكثر من تضررها إذا كان عنيناً فلما كان لها طلب فسخ النكاح للعنة فلأن يكون لها بالغيبة من باب أولى.[٢٠]

الموازنة بين آراء الفقهاء :

مما سبق يتبين أن الفقهاء اختلفوا في جواز التفريق بين الزوجين للغيبة ، ولهم في ذلك قولان : **أحدهما** يرى عدم جواز التفريق بين الزوجين للغيبة ؛ وهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية والإباضية ، **وثانيهما** : يرى جواز التفريق بين الزوجين للغيبة وهو مذهب المالكية والحنابلة والزيدية ؛ وهو الراجح عندي لأن المرأة قد تتضرر من غيبة زوجها ؛ وتخشى على نفسها الوقوع في الزنا ، فصيانة لها وحفاظاً عليها من الوقوع في الرذيلة ينبغي أن تمنح الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها الغائب إذا طالت غيبته وتضررت منها.

القانون :

جعل قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م للمرأة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا غاب عنها سنة فأكثر ، وتضررت من غيبته ، سواء أكان له مال تأخذ منه نفقتها أم لم يكن. حيث نص في المادة [١٨٥] على الآتي : **" يجوز للزوجة طلب التطليق لغيبة زوجها ، سنة فأكثر ، إذا تضررت من بعده ، سواء كان له مال تستطيع استيفاء نفقتها منه ، أم لا "** مما يعني أن القانون وافق المالكية والحنابلة والزيدية ، بأن المرأة إذا غاب عنها زوجها وتضررت من غيبته كان لها أن تطلب التفريق ويجيبها القاضي لما طلبت ، وقد حدد القانون مدة الغيبة بسنة أو أكثر أخذاً بالرأي المعتمد في مذهب المالكية.

ثالثاً : الشروط الواجب توافرها للتفريق بين الزوجين للغيبة :

(١) الشروط الواجب توافرها للتفريق بين الزوجين للغيبة في الفقه :

اشترط الفقهاء القائلون بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة شروطاً لابد من توافرها لجواز التفريق وذلك على التفصيل الآتي :

---

[١٩] الخرشي على مختصر خليل ج٤ ص ٩٤ ، البهجة للتسولي ج١ ص٣٣٧.

[٢٠] الروض الندية ج ٢ ص ٦٠.

المالكية : يشترط المالكية لجواز التفريق بين الزوجين للغيبة الشروط الآتية :

(١) أن تطول غيبة الزوج ، وحددوها بسنة فأكثر في القول المعتمد ، وذهب الغرباني وابن عرفة إلى أن السنتين والثلاث ليست بطول ، بل لابد من الزيادة عليها.

(٢) أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب غياب الزوج عنها ، والمراد بالضرر خشية الوقوع في الزنا ، وليس مجرد اشتهاء الجماع.

(٣) الكتابة إلى الزوج الغائب ، بأن يكتب القاضي إلى الزوج الغائب إذا كان له عنوان معروف ، وعلم مكانه وأمكن الوصول إليه ، يخيره بين الرجوع إليها ، أو نقلها إليه ، أو يطلقها ، فإن عاد إليها أو نقلها إليه أو طلقها فبها ، وإن أبى ذلك كله أو لم يرد بشيء أو لم يكن له عنوان معروف طلق القاضي عليه.

(٤) أن تكون غيبة الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه الزوجة.

(٥) أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي ، لأن القاضي لا يفرق بين المرأة وزوجها الغائب إلا إذا رفعت أمرها إليه وطلبت التفريق لأنه حقها فلم يجز بغير طلبها.

(٦) دوام النفقة ، بأن تكون الزوجة واجدة لنفقتها من زوجها الغائب أو من متبرع عنه ، فلو انقطعت نفقتها كان لها أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق لا للغيبة لأن عدم الإنفاق في ذاته كاف لطلب التفريق.

(٧) أن يكون التفريق بحكم القاضي.

جاء في حاشية الدسوقي : **" لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد وقال الغرباني وابن عرفة السنتان والثلاث ليست بطول بل لابد من الزيادة عليها ولابد أن تخشى الزنا على نفسها ويعلم ذلك منها وتصدق في دعواها 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 يعتبر هذا الشرط وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة وإلا طلق عليه حالاً لعدم النفقة "**[٢١] وجاء في البهجة : **" أن امرأة الغائب المعلوم الموضع إذا دامت نفقتها من مال الغائب أو من متطوع عليه وقامت بحقها في الوطء فقط لا تجاب لدعواها إلا إن طالت غيبته كسنة على ظاهر**

[٢١] حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٣١.

المدونة أو أكثر من ثلاث سنين على ما للغرباني وابن عرفة وحينئذ يكتب له الحاكم إن كان ممن تبلغه الكتابة إما أقدم أو رحل زوجتك إليك أو طلق كما كتب عمر بن عبد العزيز بذلك إلى قوم غابوا بخرسان فإن لم يفعل طلق عليه بعد التلوم له بالاجتهاد ولا يطلق على غائب قبل الكتابة إليه إلا إذا كانت بحيث لا تبلغه الكتابة لانقطاع الطرق أو كانت تبلغه ولكن لا يتمكن من معرفة الخط ".[٢٢]

الحنابلة : يشترط الحنابلة للحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الغيبة الشروط التالية :

(١) أن تطول مدة غيبة الزوج عن زوجته ، وذهبوا إلى توقيت هذه المدة بستة أشهر مستدلين بما رواه زيد بن أسلم عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه بينما كان عمر بن الخطاب ﷺ يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على أن لا خليل ألاعبه

فوالله لولا خشية الرحمن ربي لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله ، فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقفله ، ثم دخل على حفصة ، فقال : يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك. قالت خمسة أشهر ، ستة أشهر.

فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر ، يسيرون شهراً ، ويقيمون أربعة ، ويسيرون شهراً راجعين.[٢٣]

(٢) أن تكون غيبة الزوج ببلد غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة.

(٣) أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر من غيبة زوجها.

(٤) أن تكون الغيبة بغير عذر ، فإن كانت غيبة الزوج بعذر مثل الحج ، والجهاد ، وطلب الرزق له والأولاد ، والعلم فإنه لا يفرق بينهما.

(٥) الكتابة إلى الزوج الغائب ، بأن يكتب القاضي إلى الزوج الغائب يخيره بين الرجوع إلى زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإن أبى ذلك كله فسخ القاضي نكاحه.

---

[٢٢] البهجة للتسولي ج ١ ص ٣٣٧ ، أنظر مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ١٥٦.

[٢٣] المغنى ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١.

(٦) أن يكون التفريق بحكم القاضي لأنه مختلف فيه.
(٧) أن تكون المرأة واجدة للنفقة في مال زوجها.
(٨) أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي.

جاء في المغنى : **" وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة ، سقط حقها في القسم والوطء ، وإن طال سفره ، ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة ، وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع ، فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر ، فإنه قيل : كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال ستة أشهر ، يكتب إليه ، فإن أبى أن يرجع ، فرق الحاكم بينهما وإنما صار إلى تقديره بهذا لحديث عمر ، رواه أبو حفص ، بإسناده عن زيد بن أسلم قال : بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر .... وسأل أحمد : كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال : يروى ستة أشهر. وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لغير عذر ، فقال بعض أصحابنا : يراسله الحاكم ، فإن أبى أن يقدم ، فسخ نكاحه ومن قال لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فهنا أولى. وفي جميع ذلك ، لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم ، لأنه مختلف فيه "**.[٢٤]

الزيدية : يشترط الزيدية لجواز التفريق بين الزوجين للغيبة الشروط الآتية :

(١) أن تطلب الزوجة التفريق.
(٢) أن تطول غيبة الزوج عن زوجته.
(٣) أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها.
(٤) الكتابة إلى الزوج الغائب إذا كان معلوم المكان.
(٥) أن تكون الزوجة واجدة للنفقة.
(٦) أن يكون التفريق بحكم القاضي.
(٧) أن تكون غيبة الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه الزوجة.

جاء في السيل الجرار : **" فالغائب إن حصل مع زوجته التضرر بغيبته جاز لها أن ترفع أمرها إلى حكام الشريعة وعليهم أن يخلصوها من هذا الضرر البالغ هذا على تقدير أن الغائب ترك لها ما يقوم بنفقتها وأنها لم تتضرر من هذه الحيثية بل من حيثية كونها لا مزوجة و لا أيمة أما إذا كانت متضررة بعدم وجود ما تستنفقه مما تركه الغائب فالفسخ لذلك على انفراد**

[٢٤] المغني لابن قدامة ج ١٠ ص ٣٤٠ ، ٣٤١ ، أنظر كشاف القناع للبهوتي ج ٥ ص ١٩٥.

جائز ... فإن قلت هل تعتبر مدة مقدرة في غيبة الغائب قلت لا بل مجرد حصول التضرر من المرأة مسوغ للفسخ بعد الإعذار إلى الزوج إن كان في محل معروف لا إذا كان لا يعرف مستقره فإنه يجوز للحاكم فسخ النكاح بمجرد حصول التضرر ".[٢٥]

الموازنة بين آراء الفقهاء :

مما سبق يتضح أن الفقهاء القائلين بجواز التفريق للغيبة اختلفوا في الشروط الواجب توافرها لجواز التفريق ، فمن الشروط ما هو متفق عليه بينهم ، ومنها ما هو مختلف فيه ، فالشروط المتفق عليها هي :

(١) أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي.

(٢) أن تطول مدة غيبة الزوج عن زوجته ، وحددها المالكية بسنة فأكثر في القول المعتمد وقدرها الحنابلة بستة أشهر فأكثر ، ولم يحددها الزيدية بمدة معينة.

(٣) أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة ، والمراد بالضرر عند المالكية هو خشية الوقوع في الزنا ، وليس اشتهاء الجماع فقط ، أما الحنابلة والزيدية فإنهم وإن أطلقوا الضرر إلا أنهم يريدون به خشية الوقوع في الزنا كالمالكية.

(٤) أن يكتب القاضي للزوج الغائب يخيره بين الرجوع إلى زوجته أو نقلها إليه أو يطلقها فإن أبى ذلك كله فرق القاضي بينهما.

(٥) أن يكون التفريق بحكم القاضي.

(٦) أن تكون غيبة الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه الزوجة.

(٧) أن تكون الزوجة واجدة للنفقة.

أما الشروط المختلف فيها فهي شرط أن تكون الغيبة بغير عذر ، وهو شرط عند الحنابلة ، فهم يفرقون بين الغيبة للعذر والغيبة لغير العذر فإذا كانت غيبة الزوج بعذر كطلب الرزق ، و العلم ونحو ذلك لا يفرق بينه وبين زوجته. وان طلبته الزوجة ، أما إذا كانت غيبته بغير عذر كالسفر بغير حاجة للسياحة مثلاً فإن الزوجة تجاب إلى طلب التفريق لأنه ليس له عذر في غيابه ، أما المالكية والزيدية فلم يفرقوا بين الغيبة بعذر والغيبة بدون عذر ، فإذا غاب الزوج عن زوجته – ولو كان غيابه بعذر – وطلبت التفريق فإنها تجاب إلى طلبها.

---

[٢٥] السيل الجرار للشوكاني ج ٢ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧.

والراجح عندي ما ذهب إليه المالكية والزيدية بأن المرأة إذا غاب عنها زوجها وتضررت من غيبته – سواء كانت بعذر أم بغير عذر – لها حق طلب التفريق عملاً بالقواعد الفقهية : **" درء المفاسد مقدم على جلب المصالح "** ، **" والضرر يزال "** و **" ارتكاب أخف الضررين "** ، خاصة وأن المالكية يرون أنه لا يفرق بين الرجل وامرأته للغيبة إلا إذا كانت الغيبة طويلة وحددوها في المعتمد عندهم بسنة وهذا كاف للزوج في قضاء مصالحه في غيبته ، فإذا زادت عن ذلك فيكون التفريق مراعاة لمصلحة المرأة ودفع الضرر عنها.

الشروط الواجب توافرها للتفريق بين الزوجين للغيبة في القانون :

اشترط قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م لثبوت حق التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة الشروط الآتية :

(١) أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي.

(٢) أن تطول مدة غيبة الزوج عن زوجته سنة فأكثر.

(٣) أن تكون غيبة الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه الزوجة.

(٤) أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها بأن تخشى على نفسها الزنا ، وهي مصدقة في تضررها من غيبة زوجها وخوفها على نفسها الفتنة بعد حلف اليمين على ذلك.

(٥) أن يكتب القاضي إلى الزوج الغائب إذا كان معروف الجهة ، يخيره بين الرجوع إلى زوجته ، أو نقلها إليه ، أو يطلقها ، ويضرب له أجلاً باجتهاده ، فإن عاد إليها أو نقلها إليه أو طلقها رفضت دعواها ، أما إذا انقضى الأجل ولم يفعل أحد من الثلاث طلقها القاضي عليه بعد أداء اليمين لحق الغائب ، وإذا كان الزوج مجهول الجهة فإن القاضي يطلقها عليه بغير تأجيل ولا إعذار بعد أداء اليمين لحق الغائب.

(٦) أن يكون التفريق بحكم القاضي.

وهذه الشروط وردت في المواد [١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، ١٨٨] ، والتي تنص على الآتي :

المادة [١٨٥] : " يجوز للزوجة طلب التطليق لغيبة زوجها ، سنة فأكثر إذا تضررت من بعده سواء كان له مال تستطيع استيفاء نفقتها منه أم لا ".

المادة [١٨٦] : " إذا طلبت الزوجة التطليق للغيبة ، وأثبتت دعواها ، وكان الزوج معروف الجهة ، فيضرب له القاضي أجلاً ، ويعذر إليه بأن يطلقها ، إن لم يحضر للإقامة معها ، أو

ينقلها إليه ، فإذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، فيطلقها عليه ، بعد أداء اليمين لحق الغائب ".

المادة [١٨٧] : " إذا طلبت الزوجة التفريق للغيبة ، وأثبتت دعواها ، وكان الزوج مجهول الجهة ، فتطلق عليه بغير تأجيل ، ولا إعذار بعد أداء اليمين لحق الغائب ".

المادة [١٨٨] : " تصدق الزوجة بيمينها ، في تضررها من غيبة زوجها ، وخوفها الفتنة ".

الموازنة بين الفقه والقانون :

مما سبق يتبين أن المشرع السوداني وافق رأي فقهاء المالكية والحنابلة والزيدية في الشروط الآتية :

(١) أن تطلب الزوجة التفريق.

(٢) أن يكون التفريق بحكم القاضي.

(٣) أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها.

(٤) أن تطول غيبة الزوج عن زوجته.

(٥) أن تكون غيبة الزوج ببلد غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة.

(٦) أن يكتب القاضي للزوج الغائب يخيره بين الرجوع إلى زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها.

أما الشروط التي اتفق عليها الفقهاء ولم ينص عليها القانون فهو شرط أن تكون الزوجة واجدة للنفقة. وحسناً فعل المشرع السوداني لأن الغياب إذا تحقق بشروطه لا يهم وجود نفقة للزوجة أو لا ، لأن التضرر من خشية الزنا وليس للإعسار أو لعدم الإنفاق.

رابعاً : إجراءات التفريق بين الزوجين للغيبة

(١) **إجراءات التفريق بين الزوجين للغيبة في الفقه :**

المالكية : ذهب المالكية إلى القول بأن المرأة إذا رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها للغيبة ، فإنه إما أن يكون للزوج مكان معلوم يمكن وصول الرسائل إليه ، أو له مكان معلوم ولكن لا تصل الرسائل إليه أو يكون مكانه مجهولاً ، فإن كان مكان الزوج معلوماً ويمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضي يكتب إليه ويخيره في فعل أحد أمور ثلاثة وهي : إما أن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه حيث يقيم ، أو يطلقها ، فإذا امتنع الزوج عن فعل أحد هذه الأمور الثلاثة أمهله القاضي مدة

باجتهاده تتناسب ومكان وجود الزوج لعله يعود خلالها ، أو ينقل زوجته إليه ، فإذا انقضى الأجل المضروب ولم يظهر للزوج أثر أو خبر وأصرت الزوجة على طلبها التفريق فإن القاضي يطلقها عليه. أما إذا كان مكان الزوج مجهولاً أو معلوماً ولكن لا تصل الرسائل إليه ، فإن القاضي يطلق عليه في الحال دون إمهال أو كتابة.جاء في حاشية العدوي بهامش شرح الخرشي : **" ... فيكتب له إن كانت تبلغه المكاتبة إما قدم أو ترحل امرأته إليه أو يطلق عليه ولا يجوز أن يطلق على أحد قبل الكتابة إليه فإذا امتنع من القدوم والتطليق تلوم الحاكم له بحسب اجتهاده ثم إن شاء طلق عليه حينئذ واعتدت فإن لم تبلغه المكاتبة طلقها عليه لضررها بترك الوطء "**.[٢٦] وجاء في البهجة : **" إن امرأة الغائب المعلوم الموضع ... يكتب له الحاكم إن كان ممن تبلغه الكتابة إما أقدم أو رحل زوجتك إليك أو طلق ... فإن لم يفعل طلق عليه بعد التلوم له بالاجتهاد ولا يطلق على غائب قبل الكتابة إليه إلا إذا كان بحيث لا تبلغه الكتابة "**.[٢٧]

الحنابلة : يرى الحنابلة أن المرأة إذا غاب عنها زوجها ستة أشهر فأكثر دون عذر ، وتضررت من غيبته بأن خشيت على نفسها الوقوع في الزنا. ورفعت أمرها إلى القاضي تطلب التفريق فإن زوجها الغائب إما أن يكون معروف الجهة أو مجهول الجهة فإن كان زوجها معروف الجهة ويمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضي يكتب إليه ويأمره بالحضور إلى زوجته فإن حضر انتهت الدعوى لانتهاء السبب الذي من أجله طلبت التفريق ، وإن امتنع عن الحضور فإن القاضي يفرق بينهما. أما إذا كان الزوج الغائب في مكان مجهول أو في جهة لا يمكن وصول الرسائل إليها فإن القاضي لا يفرق بينه وبين زوجته لأنه يمكن أن يكون له عذر في غيبته. جاء في المغني مع الشرح الكبير : **" وإن سافر عن امرأته ..... يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما "**.[٢٨] جاء في الروض الندي شرح كافي المبتدي : **" وغاب ... " راسله الحاكم " فإن أبى أن يقدم " بلا عذر " بعد مراسلة الحاكم إليه " فسخ النكاح " أي فسخه**

---

[٢٦] حاشية العدوي بهامش شرح الخرشي ج ٤ ص ٩٤.

[٢٧] البهجة ج ١ ص ٣٢٧ انظر مواهب الليل : الحطاب ج ٤ ص ١٥٦ حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٣١.

[٢٨] المغني مع الشرح الكبير ج ٨ ص ١٤٣.

حاكم "بطلبها "".[٢٩] وجاء في كشاف القناع : **" " وإن غاب " زوج " غيبة ظاهرها السلامة " كتاجر وأسير عند من ليس عادته القتل " ولم يعلم خبره " أي حياته ولا موته " وتضررت زوجته بترك النكاح " مع وجود النفقة عليها " لم يفسخ نكاحها " لتضررها بترك الوطء لأنه يكون له عذر "**.[٣٠]

الزيدية : ذهب الزيدية إلى القول بأن المرأة إذا رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها الغائب عنها ، فالزوج الغائب إما إن يكون في مكان معروف ويمكن وصول الرسائل إليه أو في مكان مجهول فإذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم فإن القاضي لا يفرق بينه و بين زوجته إلا بعد إعذاره ، أما إذا كان الزوج مجهول المكان فإن القاضي يفرق بينه وبين زوجته دون إعذار. جاء في السيل الجرار : **" .... فإن قلت هل تعتبر مدة مقدرة في غيبة الغائب قلت لا مجرد حصول التضرر من المرأة مسوغ للفسخ بعد الإعذار إلى الزوج إن كان في محل معروف إلا إذا كان لا يعرف مستقره فإنه يجوز للحاكم أن يفسخ النكاح بمجرد حصول التضرر منها "**.[٣١]

الموازنة بين آراء الفقهاء :

مما سبق يتضح أن الفقهاء اتفقوا على اعذار الزوج الغائب إذا كان مكانه معلوماً ويمكن وصول الرسائل إليه قبل تطليق زوجته عليه ، على اختلاف بينهم فيما يعذر به الزوج الغائب فبينما اكتفى الزيدية بذكر الإعذار دون تفصيل ذهب المالكية إلى أن الزوج يخير بين ثلاثة أمور إما أن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، وإلا طلقها القاضي عليه ، وأعطى الحنابلة الزوج الخيار فقط في الرجوع إلى زوجته وإلا طلقت عليه ، ولم يصرحوا بتخيير الزوج في نقل زوجته إليه أو طلاقها. وكان الأولى أن يعطوه الخيار كما فعل المالكية لأن الغرض من التفريق للغيبة هو إزالة الضرر الواقع على المرأة وقد يزول هذا الضرر بقدوم الزوج إلى زوجته أو بنقلها إليه حيث يقيم أو بطلاقها.

---

[٢٩] الروض الندي شرح كافي المبتدي لأحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي ج ٣ ص ٧٣.

[٣٠] كشاف القناع للبهوتي ج ٥ ص ١٩٣.

[٣١] السيل الجرار للشوكاني ج ص ٢٥٧.

واتفق المالكية والزيدية على أن الزوج الغائب إذا كان مجهول المكان أو في مكان معلوم ولكن لا تصل الرسائل إليه ، فإن القاضي يفرق بينه وبين زوجته دون إعذار أو إمهال ، وخالفهم في ذلك الحنابلة حيث ذهبوا إلى أن الزوج الغائب إذا كان مكانه مجهولاً أو في مكان معلوم ولكن لا يمكن وصول الرسائل إليه ، لا يفرق بينه وبين زوجته لأن غيابه يمكن أن يكون بعذر. ورأى الحنابلة هذا هو خلاف الأولى في نظري لأن المرأة تتضرر من غيبة زوجها سواء أكان غيابه بعذر أم دون عذر.

(٢) إجراءات التفريق بين الزوجين في القانون :

ذهب قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م إلى أن المرأة إذا رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها للغيبة ، فإنه إما أن يكون للزوج مكان معلوم يمكن وصول الرسائل إليه ، أو له مكان معلوم ولكن لا تصل الرسائل إليه ، أو يكون مكانه مجهولاً ، فإن كان مكان الزوج معلوماً ويمكن وصول الرسائل إليه وأثبتت الزوجة دعواها فإن القاضي يكتب إلى الزوج يخيره في فعل أحد أمور ثلاثة وهي : إما أن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ؛ ويضرب له أجلاً باجتهاده. فإذا انقضى الأجل المضروب ولم يفعل الزوج ما أمر به طلق القاضي عليه بعد تحليف الزوجة اليمين لحق الغائب. أما إذا كان مكان الزوج مجهولاً أو معلوماً ولكن لا يمكن وصول الرسائل إليه ، فإن القاضي يطلق عليه دون إمهال أو إعذار ؛ بعد تحليف الزوجة اليمين لحق الغائب. وهذه الأحكام وردت في المادتين [١٨٦] و [١٨٧] اللتين نصتا على الآتي :

المادة [١٨٦] : " إذا طلبت الزوجة التطليق للغيبة. وأثبتت دعواها ، وكان الزوج معروف الجهة ، فيضرب له القاضي أجلاً ، ويعذر إليه بأن يطلقها ، إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه ، فإذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، فيطلقها عليه ، بعد أداء اليمين لحق الغائب ".

المادة [١٨٧] : " إذا طلبت الزوجة التطليق للغيبة ، وأثبتت دعواها ، وكان الزوج مجهول الجهة ، فتطلق عليه بغير تأجيل ، ولا إعذار بعد أداء اليمين لحق الغائب ".

(٣) الموازنة بين الفقه والقانون :

مما سبق يتبين أن القانون أخذ برأي المالكية بأن الزوج الغائب إذا كان مكانه معلوماً ويمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضي لا يطلق عليه إلا بعد إعذاره وتخييره بأن يحضر إلى

زوجته أو ينقلها إليه ، أو يطلقها وإمهاله مدة يحددها القاضي باجتهاده ، وإذا كان الزوج الغائب مجهول المكان أو في مكان معلوم ولكن لا يمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضي يطلق عليه زوجته دون إمهال أو إعذار ، وأضاف القانون أن القاضي لا يفرق بين الغائب وزوجته إلا بعد أدائها اليمين لحق الغائب.

خامساً : صفة التفريق بين الزوجين للغيبة :

(١) **صفة التفريق بين الزوجين للغيبة في الفقه** : إذا توافرت شروط التفريق للغيبة فهل تكون صفة الفرقة طلاقاً أم فسخاً ؟

اختلف الفقهاء الذين قالوا بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة في صفة هذه الفرقة على قولين :

القول الأول : أن الفرقة طلاق بائن وهو مذهب المالكية. جاء في مواهب الجليل : **" غائب .. يكتب إليه السلطان ... وإلا طلق عليه "**.[٣٢] وجاء في البهجة : **" إن امرأة الغائب ... يكتب إليه الحاكم ... وإلا طلق عليه "**. [٣٣] وجاء في حاشية الدسوقي : **" كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة "**.[٣٤]

القول الثاني : أن الفرقة فسخ وهو مذهب الحنابلة والزيدية.

جاء في المغني **" فإن غاب أكثر من ذلك بغير عذر ... فسخ نكاحه "**.[٣٥] وجاء في الروض الندية : **" إذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز "**.[٣٦]

الموازنة بين آراء الفقهاء :

مما سبق يتضح أن للفقهاء رأيين في صفة الفرقة التي يوقعها القاضي بين الزوجين للغيبة ، فذهب المالكية إلى أن هذه الفرقة طلاق بائن – لأنهم يقولون – إن كل فرقة يوقعها

---

[٣٢] مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ١٥٥.

[٣٣] البهجة ج ١ ص ٣٢٧.

[٣٤] حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥١٩ ، انظر شرح منح الجليل ج ٢ ص ٣٨٥.

[٣٥] المغني لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٤١ ، انظر المغنى والشرح الكبير ص ١٤٢ ، ١٤٣.

[٣٦] الروض الندية للحسينى ج ٢ ص ٦٣.

القاضي تكون طلاقاً بائناً إلا الفرقة للإيلاء أو الإعسار بالنفقة فإنه يكون رجعياً ، بينما يرى الحنابلة والزيدية أن هذه الفرقة فسخ للعقد وليس طلاقاً ، لأنها فرقة من جهة الزوجة والفرقة من جهة الزوجة عندهم فسخاً.

والذي أراه راجحاً في صفة التفريق للغيبة هو قول الحنابلة والزيدية حيث يقع فسخاً لا طلاقاً لأنه أقرب إلى روح التشريع ومقاصده ، ذلك التشريع القائم على السهولة والتيسير والمصلحة ورفع الحرج وهذا يظهر واضحاً جلياً فيما إن عاد الزوج الغائب إلى زوجته بعد وقوع الفرقة فمن قال أنها فسخ – وهم الحنابلة والزيدية – لم يحتسبه طلقة وهذا يعطى الزوج الغائب الفرصة الكافية ليعود إلى زوجته مرة ثانية ، لأنه لو كان قد طلق امرأته تطليقتين ثم فرق القاضي بينهما للغياب ثم عاد وأراد أن يتزوجها فله ذلك ، لأن اعتبار التفريق للغيبة فسخاً لم يضف إلى الطلقتين ، ولم يحسب طلقة وفي هذا محافظة على بناء الحياة الزوجية واستمرارها ، أما من قال إنه طلاق بائن – وهم المالكية – فليس للزوج حق مراجعتها ، مما يؤدي إلى تفكك الأسرة وتشريد الأطفال وضياعهم ، وما إلى ذلك من أمور ليست في مصلحة أحد من الزوجين.

(٢) **صفة التفريق بين الزوجين للغيبة في القانون** : جعل قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م صفة الفرقة التي يوقعها القاضي للغيبة طلاقاً بائناً حيث نص في المادة [١٩١] على الآتي : **" يقع الطلاق للغيبة ، أو الفقد ، أو الحبس بائناً "**.

(٣) **الموازنة بين الفقه والقانون** : مما سبق يتبين أن القانون وافق مذهب المالكية في اعتبار الفرقة التي يوقعها القاضي بسبب الغيبة طلاقاً بائناً ، وكان الأولى الأخذ برأي الحنابلة والزيدية واعتبار الفرقة فسخاً لا طلاقاً لما ذكرته من أسباب آنفا.

النتائج والتوصيات :

من أهم النتائج والتوصيات التي توصلت لها الدراسة :

(١) أن الغيبة يقصد بها وجود الزوج ببلد غير الذي تقيم فيه زوجته ، سواء كان معلوم الجهة أو مجهول الجهة.

(٢) اختلف فقهاء المذاهب الثمانية في جواز التفريق بين الزوجين للغيبة ، فذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والإمامية والاباضية إلى عدم جواز ذلك. بينما ذهب المالكية والحنابلة والزيدية إلى جواز ذلك وهو ما ذهبتُ إلى ترجيحه.

(٣) أخذ قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م برأي الفقهاء القائلين بالجواز وأعطى المرأة حق طلب التفريق للغيبة بموجب المادة [١٨٥] منه.

(٤) اختلف الفقهاء المجيزون للتفريق للغيبة في مدة الغياب التي تعطي المرأة حق طلب التفريق فبينما حددها المالكية بسنة فأكثر في القول المعتمد ، قدرها الحنابلة بستة أشهر فأكثر ، ولم يحددها الزيدية بمدة معينة.

(٥) أخذ قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م بالقول المعتمد عند المالكية وجعل مدة الغياب التي تعطي المرأة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها سنة فأكثر في المادة [١٨٥] منه.

(٦) اختلف الفقهاء المجيزون للتفريق في مسألة العذر بأن كانت غيبة الزوج بعذر كطلب الرزق أو العلم ونحو ذلك ، فذهب الحنابلة إلى عدم جواز التفريق في هذه الحال مهما طالت المدة ، وذهب المالكية والزيدية إلى جواز التفريق سواء أكانت الغيبة بعذر أم بدون عذر.

(٧) أخذ قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م بمذهب المالكية والزيدية وأعطى الزوجة الحق في طلب التفريق إذا غاب عنها زوجها سنة فأكثر سواء أكانت بعذر أم بدون عذر.

(٨) اتفق الفقهاء المجيزون للتفريق على وجوب إعذار الزوج الغائب إذا كان مكانه معلوماً ويمكن وصول الرسائل إليه قبل تطليق زوجته عليه ، كما اتفق المالكية والزيدية على أن الزوج إذا كان مجهول المكان أو لا يمكن وصول الرسائل إليه فإن القاضي يطلق عليه دون إعذار.

(٩) ذهب المالكية إلى اعتبار الفرقة التي يوقعها القاضي بسبب الغيبة طلاقاً بائناً ، بينما ذهب الحنابلة والزيدية إلى اعتبارها فسخاً.

(١٠) أخذ قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م بمذهب المالكية واعتبر الفرقة التي يوقعها القاضي بسبب غيبة الزوج عن زوجته طلاقاً بائناً وفقاً لنص المادة [١٩١].

(١١) ذهبتُ إلى ترجيح رأي الحنابلة والزيدية بأن تكون الفرقة التي يوقعها القاضي بين الغائب وزوجته فسخاً لا طلاقاً لما ذكرته من أسباب آنفا ، لذا أرى ضرورة تعديل

المادة [١٩١] من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م ، بحيث تكون صفة التفريق بين الزوجين للغيبة فسخاً لا طلاقاً.

المراجع

بحسب الترتيب التاريخي

(١) كتب الفقه الإسلامي

(أ) **المذهب الحنفي :**

- المبسوط – محمد بن أحمد بن سهل السرخسي [٤٣٨هـ] دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني [٥٨٧هـ] – مطبعة دار الكتاب العربي – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – فخر الدين عثمان بن على الزيلعي [٧٤٢هـ] – المطبعة الأميرية الكبرى بولاق – مصر – الطبعة الأولى – ١٣١٣هـ.
- فتح القدير – شرح الهداية – كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي [٨٦١هـ] – مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر – الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ.

(ب) **المذهب المالكي :**

- المدونة الكبرى – رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم – مالك بن أنس الأصبحي [١٧٩هـ] مطبعة السادة – مصر – الطبعة الأولى ١٣٢٣هـ.
- القوانين الفقهية – أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي [٧٤١هـ] مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع -– الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل – محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب [٩٥٤هـ] مطبعة دار الفكر – الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.
- شرح على مختصر خليل – أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي [١١٠١هـ] المطبعة الكبرى بولاق الطبعة الأولى ١٣١٧هـ.

- حاشية على الشرح الكبير – محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي [١٢٣٠هـ] – طبع بمطبعة دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر - الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ.
- البهجة في شرح التحفة – أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي [١٢٥٦] – مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر- الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ.

(ج) المذهب الشافعي :

- الأم – أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي [٢٠٤هـ] المطبعة الأميرية ببولاق الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ.
- المهذب – إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي [٤٧٦هـ] – مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ.
- المجموع شرح المهذب – أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي [٦٧٦هـ] – بمطبعة دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابى الحلبي وشركاه بمصر - الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ.
- روضة الطالبين – أبو زكريا يحيى بن شرف النووي [٦٧٦هـ] – المكتب الإسلامي للطباعة والنشر – بيروت- لبنان –الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – شمس الدين محمد بن أحمد ابن الشربيني [٩٧٧هـ] مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر- الطبعة الأولى ١٣٧٧هـ.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الرملي [١٠٠٤هـ] مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر- الطبعة الثانية ١٣٥٧هـ.

(د) المذهب الحنبلي :

- المغني – أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي [٦٢٠هـ] دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع – الرياض – المملكة العربية السعودية – الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

- المغني – أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة [٦٢٠هـ] ويليه الشرح الكبير على متن المقنع – شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي [٦٨٢هـ] - طبعة دار الكتاب العربي – بيروت- لبنان الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.
- منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات – تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار [٩٧٢هـ] ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت – لبنان- الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ..
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل – شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد ابن سالم المقدسي الحجاوي [٩٦٨هـ] ، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- كشاف القناع عن متن الإقناع – منصور بن يونس البهوتي [١٠٥١هـ] – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.
- الروض الندي شرح كافي المبتدى في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي [١١٨٩هـ]. دار عالم الكتب – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

(هـ) مذهب الشيعة الإمامية :

- المبسوط في فقه الإمامية – شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي [٤٦٠هـ] ، مطبعة دار العالم الإسلامي – بيروت – الطبعة الثانية ١٤١١هـ.
- اللمعة الدمشقية – أبو عبد الله محمد بن الشيخ جمال الدين مكي الجزيني المعروف بالشهيد الأول [٧٨٦هـ] – دار العالم الإسلامي ببيروت – لبنان- الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ.
- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية – الإمام زين الدين بن الإمام نور الدين على بن أحمد بن محمد بن جمال الدين الجبعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني [٩٦٥هـ]. مطبعة دار إحياء التراث العربي-بيروت – لبنان- الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام – محمد حسن النجفي [١٢٦٦هـ] ، مطبعة دار إحياء التراث العربي- الطبعة الأولى ١٣٧٧هـ.

(و) **مذهب الشيعة الزيدية :**

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار – أحمد بن يحيى بن المرتضى بن مفضل بن منصور الحسيني [٨٤٠هـ] – دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة – مصر- الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ.
- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير – شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين الصنعاني [١٢٢١هـ] ، مطبعة دار الجيل – بيروت – الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار – محمد بن علي بن محمد الشوكاني [١٢٥٠هـ] – دار الكتب العلمية ببيروت – لبنان ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ.

(ز) **مذهب الظاهرية :**

- المحلى – أبو محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري [٤٥٦هـ] ، طبع بالمطبعة المنيرية بالقاهرة –مصر- الطبعة الأولى ١٣٥٢هـ.

(ح) **مذهب الإباضية :**

- شرح كتاب النيل وشفاء العليل – محمد بن يوسف بن أطفيش الحفصي العدوي الجزائري [١٣٣٢هـ] ، الناشر مكتبة الإرشاد - جدة ، ودار الفتح – بيروت ، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.

(٢) **المراجع الحديثة : " مرتبة أبجدياً ".**

- الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والمجالس الحسبية – للأستاذ معوض محمد مصطفى سرحان ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر- الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ.
- الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب – للأستاذ على حسب الله ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر- ، الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ.

o الفقه الإسلامي وأدلته – للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، مطبعة دار الفكر – دمشق –سوريا – الطبعة الرابعة ١٤٣٢هـ

(٣) كتب اللغة العربية :

o محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية ، بطرس البستاني- مطبعة دار الفكر – بيروت – الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.

o مختار الصحاح : أبو عبد الله محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦هـ) ، المكتبة العصرية – الدار النموذجية ، بيروت – صيدا- الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ.

o المعجم الوسيط : نخبة من العلماء هم : [إبراهيم أنيس - عبد الحليم منتصر - عطية الصوالحي - محمد خلف الله أحمد] – أصدره المجمع اللغوي بمصر – مطبعة دار الفكر – بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤٢٤هـ.

(٤) **القانون** :

قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م.