الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري

د: شامي أحمد
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون-تيارت-الجزائر.

ملخص باللغة العربية:

تعالج هذه الدراسة الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري؛ وذلك بتطرُقنا إلى شروط التفريق لعدم الإنفاق فقها وقانونا، وإلى مدى استجابة القاضي لمطالبة الزوجة بالتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي، وفي التشريعين الجزائري والمصري؛ ثم بعد ذلك نتكلم عن طبيعة التطليق لعدم الإنفاق من حيث اعتباره **فسخا** أم **طلاقا** في الفقه الإسلامي، وفي التشريعين الجزائري والمصري.

ملخص باللغة الفرنسية

Résumé en français

Cette étude portait sur la naturejuridique et jurisprudentielledu divorce pour défaut de paiement de la pension alimentaire dans la doctrine islamique et les législations algérienne et égyptienne, ainsi nous parlons des conditions de dissolution judiciaire du mariage (séparation) pour ne pas dépenser. En outre nous abordons le sujet de la nature juridique de ce type de ce divorce (Divorce ou nullité).

مقدمة:

إن الحياة الزوجية يترتب عنها حقوق والتزامات زوجية متبادلة، وإخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان الأسرة ككل، فإذا كان الإخلال من طرف الزوجة، جاز للزوج تطليقها باعتبار العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته والتزاماته الزوجية دون سبب شرعي أو جدي، كامتناع الزوج عن نفقة زوجته تعسفا أو عجزا؛ فهل تجبر الزوجة على الإقامة مع زوجها، أم يحق لها رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لدفع الضرر عما لحقها جراء إخلال الزوج بتلك الالتزامات؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التطرق لمدى جواز طلب التفريق لعدم الإنفاق فقها وقانونا وشروطه ونوع الفرقة التي يحكم بها القاضي، مع دراسة ما يقابل ذلك في التشريعين الجزائري والمصري؛ وسنتناول هذا الموضوع من خلال المباحث الآتية.

المبحث الأول: التفريق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري

سنتطرق في هذا المبحث للتفريق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي (أولا)؛ ثم بعد ذلك نتكلم عن التطليق لعدم الإنفاق في التشريعين الجزائري والمصري (ثانيا).

أولا ـ التفريق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي: إن فقهاء الشريعة الإسلامية تناولوا مسألة التطليق لعدم الإنفاق في ثلاثة آراء.

الرأي الأول الذي يجيز التفريق لعدم الإنفاق: يرى جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة)[1]، أنه يجب على القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة في التفريق بينها وبين زوجها متى

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

امتنع عن الإنفاق لعجزه عن ذلك أو ظلماً منه مع قدرته، وبهذا الرأي قال عمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وأبو هريرة من الصحابة– رضي الله عنهم.

ويرى جمهور الفقهاء ثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بسبب إعسار الزوج، فهي بالخيار: إما الإبقاء على الزوجية فتستدين لنفقتها أو تنفق من مالها إن كانت موسرة، على أن يتم بإذن القاضي وتكون نفقتها ديناً في ذمة الزوج إلى حين يساره، وإما أن تختار التفريق بينهما.

أما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، وادعى الإعسار ولم يثبته، أو لم يقل أنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق، فعند المالكية قولان: القول الأول: له أن يطلقها في الحين، والقول الثاني: له أن يؤجل مدة يسجن فيها لعله يعود للإنفاق[2].

كما ذهب الشافعية إلى أنه لا تطلق عليه لإمكان حصول النفقة منه ولو بالإكراه، وحجتهم في ذلك أن التفريق لعدم الإنفاق ثبت قياساً على التفريق للعيب، فكما لا يصح التفريق إلا بثبوت العيب، فكذلك لا تفريق إلا بتحقق الإعسار، ولا ثبوت له في هذه الحالة، إذا فلا تفريق، أما الحنابلة فيرون أنه إذا تعذر دفع النفقة من مال الزوج بأن غيّبه وصبر على الحبس ولم تجد الزوجة ما تأخذه واختارت فراقه طلق الحاكم بينهما، ولها ذلك إذا أعسر بنفقة المعسر.

ولا شك أن العلة في التفريق لعدم الإنفاق هو الضرر اللاحق بالمرأة من جراء بقائها مع من لا ينفق عليها، فسواء كان الزوج عاجزا عن النفقة أو ممتنعا عن أدائها مع عدم إمكان أخذها منه ولو بالإكراه، فالتفريق ضروري ولا بد منه دفعا للضرر الواقع، ولا يعجل عليه بالتفريق بمجرد الامتناع، وإنما يؤجل مدة مع التهديد والسجن لعله يرجع لما امتنع عنه من الإنفاق، فإذا رجع زال موجب التفريق، وإن امتنع قضى بالتفريق[3]؛ واستدل أصحاب جواز التفريق لعدم الإنفاق بما يلي:

1–من الكتاب:قوله تعالى:﴿ **الطلق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾[4]؛ أين الإمساك بالمعروف مع عدم القدرة على ما يقيم البدن به وتستمر الحياة؛ وقوله تعالى:﴿ **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه**﴾[5].

وجه الدلالة : هنا في منع الأزواج من الإبقاء على الزوجات في وضع يلحق بهن الضرر، وعدّ ذلك عدواناً عليهن وظلماً لهن، ولا شك أن إمساك الرجل زوجته مع الامتناع عن الإنفاق عليها إضرار بالغ بها، فكان عليه أن يفارقها وترك إمساكها إذا عجز عن الإنفاق عليها[6].

2. من السنة : ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أفضل الصدقة ما ترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إمّا أن تطعمني، وإما أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني"[7].

وجه الدلالة : أن الحديث يجيز للزوجة الحق في طلب التفريق إذا لم يف الزوج بحقها في النفقة[8].

3. من الإجماع : فالقول بالتفريق بين الزوجين لإعسار الزوج هو ما أخذ به عمر وعلى وأبو هريرة – رضي الله عنهم – فقد كتب عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن زوجاتهم: إما أن ينفقوا وإما أن يطلقوا ويبعثوا نفقة ما حبسوا[9].

وليس لهؤلاء الصحابة مخالف رغم شيوع قولهم بين الآخرين، فثبت بذلك أنه إجماع لا يجوز مخالفته[10].

4. من المعقول : – إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى[11].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الرأي الثاني لا يجيز التفريق لعدم الإنفاق: يرى الحنفية والظاهرية أنه ليس للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها إذا ما أعسر بنفقتها، وإنّما من حقها الاستدانة عليه، أو تنفق على نفسها إذا كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره، فإذا لم تجد من تستدين منه ولم يكن لها مال خرجت للعمل. وأمّا إذا لم تثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسه بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق[12].
وذهب ابن حزم –من الظاهرية– إلى أبعد من ذلك، بحيث يرى أنّه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنيّة كلفت هي بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أصبح موسرا[13]؛ واستدل أصحاب عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق من القرآن والسنة والآثار:

1. من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا**﴾[14]؛ وقوله تعالى: ﴿ **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾[15].

وجه الدلالة: فهذه الآيات تشير إلى أمرين: ـ الإنفاق حال الإعسار غير واجب، وترك غير الواجب ليس إثماً يكون سبباً في التفريق بين الزوج وزوجته؛ ـ إن الآيات القرآنية وضعت أصلا عاما في العلاقة بين الدائن والمدين أساسها الرفق بالمدين باعتباره الطرف الأضعف، وإمهال الدائن الغني مدينه الفقير حتى يرزقه الله واجب على كل دائن، وهو في حق الزوجة مع زوجها أولى بالرعاية لما بينهما من ميثاق غليظ.

واعترض الجمهور على هذه الاستدلالات بأن الآية الأولى إنما تفيد سقوط الوجوب على الزوج، فهو أمر لا خلاف فيه، أما الفسخ فهو زائد عن ذلك، وللمرأة الحق فيه لتدفع الضرر عن نفسها، أما الآية الثانية فهي في الدين، وإذا جاز قياس النفقة على الدين، فإنها تحمل على النفقة الماضية، وهذا مما لا خلاف فيه من أنه ليس للزوجة أن تطلب الفرقة لأجلها، أما النفقة الحاضرة فقد دلت نصوص أخرى على أن الزوج إذا عجز عنها طلقت عليه زوجته إن هي طلبت ذلك.

2. من السنة: دخل أبوبكر يستأذن على الله صلى الله عليه وسلم فوجد الناس جلوسا ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن له فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالساً حوله نساؤه واجماً ساكناً، فقال لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأتُ عنقها، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال:" هن حولي كما ترى يسألنني النفقة"، فقام عمر إلى حفصة يجأُ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فَقُلنَ: والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبدًا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين"[16].

وجه الدلالة: لو كان التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة جائزاً لما ساغ لأبي بكر وعمر– رضي الله عنهما – أن يضربا ابنتيهما؛ في حضرة الرسول صلى الله عليه وسلم لمطالبتهما بالنفقة التي لا يستطيع إنفاقها.
واعترض على هذا الاستدلال بأن دلالة الحديث كالآية الأولى في سقوط الوجوب عنه صلى الله عليه وسلم، وليس في القصة ما يدل على أن أزواجه سألنه الطلاق أو الفسخ ولم يجبهن إليه، كيف وقد خيرهن – كما في سورة الأحزاب – بين البقاء معه وبين أن يسرحهن سراحا جميلا، فاخترن العيش معه رضوان الله عليهن. أما تأديب أبي بكر وعمر لابنتهما فلما علم من حق تأديب الآباء للأبناء إذا أتوا ما لا ينبغي.

3. من الآثار: كما استدلوا بواقع الصحابة رضي الله عنهم فكان أكثرهم على حاله من الفاقة والإعسار، ولو جاز ذلك لرفع إليه صلى الله عليه وسلم، ولو من امرأة واحدة وقد رفع إليه ما ضرورته دون ضرورة فقد النفقة من فقد النكاح، ومن الثابت أن هذا كان فيهم في غاية الندرة بالنسبة إلى الإعسار، فدل ذلك على عدم جواز عدم التفريق لهذا السبب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأجيب عن الاستدلال بواقع الصحابة بأنه لا حجة فيما ذكر، إذ لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة من زوجات الصحابة رفعت أمرها إليه وهو بين أظهرهم، وطلبت أن يفرق بينهما للفاقة والإعسار ولم يجبها إليه، فنساء الصحابة من الرعيل... الأول وما بعدهم صبروا على حياة الفاقة وعسر المعيشة، لأن مرادهن كان الآخرة.

ولذلك لما نوظر مالك، أدعت الناس يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته يفرق بينهما، فقيل له: قد كانت الصحابة رضي الله عنهم يعسرون ويحتاجون؛ فأجاب عن ذلك بقوله:" ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاء"[17].

كما استدلوا أيضاً بما روى عبد الرزاق قال:" أخبرنا ابن جريح قال: سألت عطاء عن المرأة لا تجد عند الرجل ما يصلحها من النفقة قال ليس لها إلا ما وجد ليس لها أن يطلقها"[18].

4.من المعقول: الاستدلال بالمعقول من عدة أوجه: . في إلزام الزوج الفسخ إبطال حقه بالكلية، وفي إلزاما لاستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى[19]؛

. المقصود بالزواج غير المال فكان المال زائداً. والعجز عن التبع لا يكون سبباً لرفع الأصل كما يقول" الإمام السرخسي".

. كما أن فوات النفقة هو فوات للمال، وهو أمر تابع في النكاح، أما فسخ الزواج بالإعسار، فيؤدي إلى فوات التناسل، وهو مقصود أصلي من الزواج، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي لتحقيق المقصود التبعي[20].

الرأي الثالث لا يجيز التفريق لعدم الإنفاق إلا في حالتين:

1. قدرة الزوج على الإنفاق وامتناعه عنه، ولم تقدر الزوجة على أخذ كفايتها من ماله بنفسها، أو عن طريق الحاكم.

2. إذا غرر الزوج بزوجته بأنه ذو مال، فتزوجته على ذلك، والحال أنه معدم لا شيء له، وما سوى ذلك من حالات الإعسار التي تصيب الأزواج بعد يسارهم، فلا فرقة فيها. وفي هذا يقول **ابن القيم** من الحنابلة: "وإذا تزوجته عالمة بعسرته، أو كان موسراً فأصابته جائحة فلا فسخ"[21]؛ واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي.

. استدل ابن القيم بأدلة الرأي الأول من الكتاب وواقع الصحابة، ومن المعقول بأن الله تعالى جعل العسر واليسر مطيتين للعباد فيفتقر الرجل حينا ويستغنى أخرى، والناس لم تزل تصيبهم الفاقة بعد اليسار، فلو كان من افتقر فسخت عليه زوجته لعم البلاء وتفاقم الشر، وفسخت الأنكحة، وأصبح بذلك الطلاق بيد أكثر النساء، ضف إلى ذلك أن الفقر ليس عارا في الشريعة الإسلامية، وإنما العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها لأسباب المادية[22].

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء في هذه المسألة يظهر لي بأن الرأي الراجح هو الرأي الإمام **ابن** القيم من الحنابلة، وذلك لتحقيق مقاصد الشريعة السلامية وأحرصه على مكارم الأخلاق.

فقد ذهب **ابن القيم** إلى ما تقتضيه أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها في هذه المسألة، إذ أن الرجل إذا غرّ المرأة وأوهمها أنه ذو مال، وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما ادّعى، أو كام موسرا ولم ينفق عليها، ولم تقدر على تحصيله كفايتها منه، لا بنفسها، ولا عن طريق الحاكم (القاضي)، كان لها الفسخ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة **53/ 1** من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا ـ التطليق لعدم الإنفاق في التشريعين الجزائري و المصري:

إن نفقة الزوج على زوجته واجب الشرعي، فإذا تجاهل الزوج أو امتنع عن الإنفاق عليها، كان لها الحق في طلب التطليق، وقد منح المشرع الجزائري للزوجة الحق في جواز التفريق لعدم الإنفاق، مراعيا بذلك مصلحة الزوجة وواضعا الحد لعدم القيام الزوج بمسؤولياته المالية وتهاونه في الإنفاق على زوجته؛ حيث نصت المادة **53/ 1** من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قانون الأسرة الجزائري بقولها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: **1-** عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد **78** و**79** و**80** من هذا القانون..."[23].

فالملاحظ من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع الجزائري لا يجيز للزوجة في طلبها للتفريق بينها وبين زوجها لعدم الإنفاق، إلا بعد أن تتوفر جملة من الشروط التي يجب توافرها.

1. امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا، وذلك امتنع عن ذلك بقصد الإضرار بالزوجة.

2. صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها؛ فالزوجة لا يجوز لها التقدم أمام القاضي لطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا بعد استصدارها لحكم قضائي بوجوب النفقة وبكل مشتملاتها الواردة في أحكام المادة **78** من قانون الأسرة، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف العادة.

3. ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج، فإن كانت عالمة بحالته المالية حقها في التطليق لعدم الإنفاق، بسبب رضائها بحاله، ويقع عبء هنا على عاتق الزوج بكل وسائل الإثبات.

من هنا، وبعد امتناع الزوج عن تنفيذ حكم وجوب النفقة؛ وتوفر شروط التطليق لعدم الإنفاق، فهنا يجوز للزوجة بعد ذلك رفع دعوى أخرى مطالبة التفريق، وهو ما يعني أن الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية، تعفي من تقررت لمصلحته وهو الزوجة عن الإثبات، فينتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر[24].

وإن هذا لإجراء الذي انفرد به المشرع الجزائري كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق، يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصداً أو لإعساره، حيث تتحمل الزوجة عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، وبعدها تستصدر حكما قضائيا تلزم الزوج فيه بالإنفاق، وبعد مرور مدة معينة من صدور هذا الحكم يجوز لها رفع دعوى أخرى تطالب فيه التطليق لعدم الإنفاق.

وإذا كانت مقتضيات العدل تقتضي أن تقدر النفقة بحال الزوجين يسارا وإعسارا، وأخذ ظروف الزوج بعين الاعتبار، فإنها تقتضي أيضا عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومعقدة.

ولكن ما هي المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه؟

فهناك من يرى[25]أن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التفريق هي شهرين **(2)** قياسا على المدة التي وردت في المادة **331/ 1** من قانون العقوبات الجزائري[26]، والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين، وتبقى هذه المدة استنتاجا من المادة المذكورة أعلاه، لأن المشرع الجزائري لم يبين ذلك في قانون الأسرة، كما أن هذه المدة تخص الشروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزئيا لامتناعه عن تقديم نفقة مقررة قضاء، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ **19/ 11/ 1984** بقولها:" من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدّة تزيد على شهرين متتابعين، يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله: الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أنّ المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن"[27].

وبالرجوع إلى أحكام المادة **331/ 1** من قانون العقوبات نجدها تخص المتابعة الجزائية للزوج الممتنع عن تسديد النفقة عن جريمة الهجر المالي للأسرة، هذا من الجانب النظري، أما من الناحية العملية فإنه يتم اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة للتنفيذ؛ فبعد صدور الحكم بالنفقة فإنه على الزوجة أن تبلغه للزوج على يد محضر قضائي لتنفيذه في أجل

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أقصاه خمسة عشر **(15)** يوما طبقا لأحكام المادة **612** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[28]؛ فإذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدة حرّر المحضر القضائي محضرا بامتناع الزوج عن تنفيذ النفقة، وهنا يجوز للزوجة بعد ذلك المطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق، وهذه المدة قد تكون أطول إذا استعمل الزوج حقه في الاستئناف وأيد المجلس القضائي حكم النفقة.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد نصت المادة **04** من القانون رقم **25** لسنة **1929** المعدل بالقانون رقم **100** لسنة **1985** بقولها:"إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته؛ فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال. وإن ادعى العجز فإن لم يثبته طلق عليه حالا، وإن أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك"[29].

وباستقرائنا لنص المادة السالفة الذكر يتضح لنا أنه متى رفعت الزوجة دعواها بطلب التفريق لعدم الإنفاق وكان الزوج حاضرا، فينظر أولا في ثبوت مسألة الإنفاق من عدمها.

1. حيث يسأل القاضي الزوج عن دعواها، فإن أقر بعدم الإنفاق حكم القاضي بذلك.

2 ينكر الزوج ذلك، فتكلف الزوجة إقامة البينة فإن أقامتها قضى لها بعدم الإنفاق، وأن لم تقمها حلف الزوج وسقط حق الزوجة في طلب التفريق.

3. أما إذا نكل الزوج عن حلف اليمين الموجهة إليه فيقضي عليه بالنكول، ويثبت بذلك عدم إنفاقه على الزوجة.

4. ومتى ثبت عدم الإنفاق بالوسائل المذكورة: الإقرار، البينة، النكول عن اليمين، فينظر:

أ. إن كان للزوج مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله.

ب ـأما إن لم يكن له مال ظاهر ولم يدّعِ العسر أو اليسر، ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، أما إذا أثبته أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

وما تجدر الإشارة إليه أن القانون المصري أخذ برأي المالكية في الادعاء بالنفقة، فاعتبر الزوجة مدعية، ولا يحكم بامتناع الزوج عن الإنفاق إلا بحجة شرعية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى في ادعاء الزوج للعسرة –متى ثبت عدم الإنفاق– وإنكارها من طرف الزوجة، فحمّل الزوج عبء إثباتها هذا بالرغم من أن الأصل – وهو عدم اليسار– يشهد له، وذلك سدا للطريق أمام الزوج في إسقاط النفقة الواجبة.

أما إذا كان الزوج غائبا، وطبقا لأحكام المادة **05** من نفس القانون التي تنص على:"إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر اعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي؛ وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة".

فالملاحظ من خلال نص هذه المادة أنه يجب على القاضي أن يطلب من الزوجة إثبات غيبة زوجها، كما يأمرها بأن تحلف بأن زوجها لم يترك لها نفقة، وهذا إذا لم يكن له مال ظاهر، أما إن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطريق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفقه منه زوجته على نفسها، أو أن يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل؛ هذا إن كان غيبته قريبة، أما إن كانت بعيدة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال تنفق منه الزوجة على نفسها طلق عليه القاضي[30].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني: نوع الفرقة في التطليق لعدم الإنفاق

سنتطرق في هذا المبحث على نوع الفرقة للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي (أولا)؛ أما (ثانيا) سنتكلم على نوع الفرقة للتطليق لعدم الإنفاق في التشريعين الجزائري والمصري.

أولا ـ نوع الفرقة للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي: اختلف آراء الفقهاء حول نوع الفرقة لعدم الإنفاق ويمكن حصر هذا الاختلاف في رأيين.

الرأي الأول: يرى المالكية بأن الفرقة لعدم الإنفاق **طلاق رجعي**، يجوز للزوج أن يراجع زوجته إذا أيسر بالنفقة قبل انقضاء العدة، وإلا بانت زوجته، فلا يعود إليها إلا بعقد ومهر جديد.

واستدل المالكية بأن الفرقة لعدم الإنفاق تشبه الفرقة بالإيلاء، لأن كلتيهما لمنع المضارة، والفرقة بالإيلاء طلاق رجعي[31]؛ وفي هذا يقول **ابن جزي:**" الطلاق بالإعسار بالنفقة رجعي"[32].

الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة لعدم الإنفاق **فسخ لا طلاق**، فهي لا تحسب من عدد الطلقات؛ وفي هذا يقول **البهوتي:**"وإن أعسر الزوج بنفقتها الواجبة أو أعسر الزوج ببعضها فلها الفسخ"[33]؛ ويقول **الشافعي** أيضاً:" إذا لم يجد ينفق عليها أن تخيّر المرأة بين المقام معه وفراقه، فإن اختارت طلاقه فهي فرقة بلا طلاق لأنها ليست شيئاً أوقعه الزوج ولا جعل لأحد إيقاعه"[34]؛ ويقول ابن قدامة:" فإن فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه"[35].

واستدل أصحاب هذا الرأي أن التفريق للإعسار لم يقع من الزوج بل بحكم القاضي، فلا ينبغي أن يحسب من عدد الطلقات، والقول بأن الفرقة للإعسار فسخ فيه تضييق وتوسعة في آن واحد، فيه تضييق لأن الفسخ لا رجعة فيه، بينما قول المالكية يتيح للزوج الرجعة متى أيسر الزوج بالنفقة، والقول بأنه فسخ فيه توسعة، لأنه فرقة لا تحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، والفسخ هنا يتم بحكم قضائي، وفي هذا يقول **الشيرازي:**" وإن اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلا يصح بغير الحاكم"[36]؛ وهو قول الحنابلة:" ولا يجوز الفسخ في ذلك إلا بحكم حاكم"[37].

الترجيح: بعد عرض آراء الفقهاء حول نوع الفرقة للتطليق لعدم الإنفاق، يتضح لنا بأن الرأي الذي يعتبر التطليق لعدم الإنفاق **فسخ** لا طلاق، وذلك رعاية لمقاصد الزواج، لأن الأصل بقاء العقد، والفرقة بعدم الإنفاق جاءت لعارض، والأصل في الصفات العارضة العدم، فإذا أيسر الزوج بالنفقة جاز له إعادة زوجته، وإعادتها بعقد جديد لا يحول دونه عدد الطلقات التي يملكها الزوج وهو ما لا يتوافر إلا في قول **بالفسخ**، وهو رأي (الشافعية والحنابلة).

ثانيا ـ نوع الفرقة لعدم الإنفاق في التشريعين الجزائري و المصري: إن المشرع الجزائري وصف انحلال الرابطة الزوجية سواء كانت بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة على أساس المادة **53** و**54** من قانون الأسرة بأنها طلاق، وهذا ما جاء في المادة **48** من قانون الأسرة:" مع مراعاة أحكام المادة **49** أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين **53** و**54** من هذا القانون"؛ فالمشرع من خلال أحكام هذه المادة يكون قد حسم رأيه ولم يعتبر التطليق لعدم الإنفاق فسخا؛ لكنه لم يشر مباشرة إلى طبيعة الطلاق الذي يحكم به الطلاق القاضي لعدم الإنفاق أو لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة **53** من قانون الأسرة، وإنما أطلق حكما عاما على الطلاق بكل أنواعه؛ وهذا ما يستنتج من المادة **50** التي تنص:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أنّ إجراء محاولة الصلح تخص كل أنواع الطلاق المذكوره أعلاه، والدليل على ذلك أنّ المشرع الجزائري ذكر في المادة **48** على أنه:" مع مراعاة أحكام المادة **49** أدناه" ثم تحدث عن طرق الطلاق، وأحكام المادة **49** تنص على إلزامية إجراء محاولة الصلح، حيث نصت على:" لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم إلا بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة أشهر..".

وبالرجوع إلى المادة **50** من قانون الأسرة يتضح لنا بأن الحكم الصادرة بالتطليق لعدم الإنفاق يقع طلقة بائنة لأن الزوج إذا أراد استرجاع زوجته بعد صدور الحكم لا بدّ له من عقد جديد.

وما يؤكد موقف المشرع الجزائري على أنه اعتبر التطليق لعدم الإنفاق طلاقا لا فسخا، وذلك لأنه تطرق إلى أحكام بطلان عقد الزواج وفسخه من خلال أحكام المواد **32 - 35** من قانون الأسرة في الباب الأول ولم يتكلم عن أسباب التطليق؛ بينما تطرق إلى ذلك في الباب الثاني المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية في المواد **47 - 55** من قانون الأسرة.

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد خالف ما أخذ به الفقه المالكي باعتبار التطليق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا بشرط استعداد الزوج الذي يريد الرجعة للإنفاق وقدرته عليه؛ وهو ما أكدته المحكمة في قرار لها بتاريخ **10/ 02/ 1986:**"من المتفق عليه فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي، وإن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته، إنما نزل على طلب الطلاق؛ أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها"[38].

بخلاف **المشرع المصري** الذي يعتبر التطليق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا من خلال أحكام المادة **06** من القانون رقم **25** لسنة **1920** بقولها:" تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعدّ للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة".

ومن هنا يتضح لنا بأن المشرع المصري أخذ بالمذهب المالكي القائل بأنّ الفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعي وليس فسخ، وأنّ الرجعة لا تتم إلاّ بتوافر شرطين أساسين:

1. أن يثبت الزوج يساره وقدرته غلى الإنفاق على زوجته، ويُشترط في اليسار أن يكون بقدر ما يجب من نفقة لمثلها على مثله وليس الحد الأدنى الموجب للتفريق.

2. التزام الزوج لهذا الإنفاق أثناء فترة العدّة.

وهو نفس الشيء بالنسبة **للمشرع المغربي** الذييعتبر التطليق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا من خلال أحكام المادة **122** من مدونة الأسرة بقولها:"كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق". فالمشرع المغربي أخذ برأي المالكية اللذين يعتبرون أنّ التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعي لإمكانية زوال سبب التطليق وهو الإعسار أو إرادة الامتناع عن الإنفاق؛ ولم يشر المشرّع إلى شروط الرجعة التي اشترطها المالكية، ومن المنطقي ألاّ تكون هذه الرجعة خاضعة للإرادة المطلقة للزوج، وإلا فما هو الداعي لإقرار هذا الحق للمرأة.

خـاتـمـة

ومن خلال هذه الدراسة التي حاولنا فيها تبين الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري؛ خلصنا لأهم النقاط:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1. إن الزوجة التي لا ينفق عليها زوجها لا تجبر على رفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق، وإنما هي مخيرة في ذلك، حيث لها أن تطالب بالنفقة وحدها أو تطالب بالتطليق لعدم الإنفاق أو تطالب بهما معا، أو أن تصبر على ما أصابها.

2. يجوز للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق بشرط ألا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج، وأن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي ويمتنع رسميا عن ذلك.

3. إن طلاق الذي يوقعه القاضي على الزوجة بسبب عدم إنفاق الزوج عليها، هو طلاق بائن في التشريع الجزائري بخلاف المشرع المصري الذي يعتبره طلاقا رجعيا.

أما في الفقه الإسلامي فيعتبره المالكية طلاقا رجعيا، بخلاف الشافعية والحنابلة فيعتبرونه **فسخا** لا طلاقا.

الـهـوامـش و الـمـراجع

1ـ الحطاب، مواهب الجليل، ج 05، 564 - 565؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 442؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 230.

2- الخرشي، شرح الخرشي، ج 03، ص 336؛ الحطاب، مواهب الجليل، ج 05، 565.

3- الشربيني، مغني المحتاج، ج 03، ص 442؛ ابن قدامة، المغني، ج 09، ص 243.

4- سورة البقرة، الآية 229.

5- سورة البقرة، الآية 231

6- الشوكاني، السيل الجرار، ج 02، ص 452.

7- العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 09، ص 500.

8- الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06، ص 872 – 873.

9- البيهقي، السنن الكبرى، ج 11، ص 481.

10- ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 383؛ ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 253.

11- وفي هذا يقول الشافعي:" ليس في الجماع أكثر من فقد لذة وولدة وذلك لا يتلف نفسها وترك النفقة والكسوة يأتيان على إتلاف نفسها وقد وجدت الله عز وجل أباح في الضرورة من المأكول ما حرم من الميتة والدم وغيرهما منعاً للنفس من التلف ... ولا أجده أباح للمرأة ولا للرجل شيئاً مما حرَّم الله عليهما"؛ الشافعي، الأم، ج 05، 96؛ ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 384.

12- وفي هذا يقول **ابن الهمام** بأنه:" ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرقه، ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها، فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ"؛ فتح القدير، ج 03، ص 227 - 229.

13- ابن حزم، المحلي، ج 10، ص 92.

14- سورة الطلاق، الآية07.

15- سورة البقرة الآية 280.

16- النووي، شرح صحيح مسلم، ج 10، ص 80 - 81.

17- ابن حزم، المحلى، المحلى، ج 09، ص 95.

18- عبد الرزاق، المصنف، ج 07، ص 95.

19- ابن همام، فتح القدير، ج 04، ص 315.

20- المرغياني، الهداية، ج 02، ص 322؛ محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 م، ص 80.

21- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج 04، ص 56.

22- ابن القيم، زاد المعاد، ج 04، ص 56 - 57.

23- المادة 1/53 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84 – 11 الصادر بتاريخ 1984/06/09؛ المعدل بموجب الأمر رقم 05 – 02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27/ 02/ 2005.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

24- محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المصري والجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2007، ص 398.

25- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 05، ج 01، ص 278.

26- تنص المادة 1/331 من قانون العقوبات الجزائري بقولها " يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (02) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجة أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

27- المحكمة العليا، غ – أ – ش، قرار بتاريخ 19/ 11/ 1984، ملف رقم 34791، مجلة القضائية، عدد 03، 1989، ص 76.

28- تنص المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 – 09 على أنه "يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر (15) يوما...".

29- المادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1920، الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

30- محمد حجاري، المرجع السابق، ص 396.

31- الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج 02، ص 518.

32- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 221.

33- البهوتي، كشاف القناع، ج 05، ص 476.

34- الشافعي، الأم، ج 05، ص 81.

35- ابن قدامة، المغني، ج 07، ص 577.

36- الشيرازي، المهذب بشرح المجموع، ج 02، ص 175.

37- أبي البركات عبد الرحمان الأنباري، الإنصاف في مسائل الخلاف، ج 09، ص 39.

38- المحكمة العليا، غ – أ – ش، قرار بتاريخ 10/ 02/ 1986، ملف رقم 38463، مجلة القضائية، عدد 01، 1989، ص 115.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com