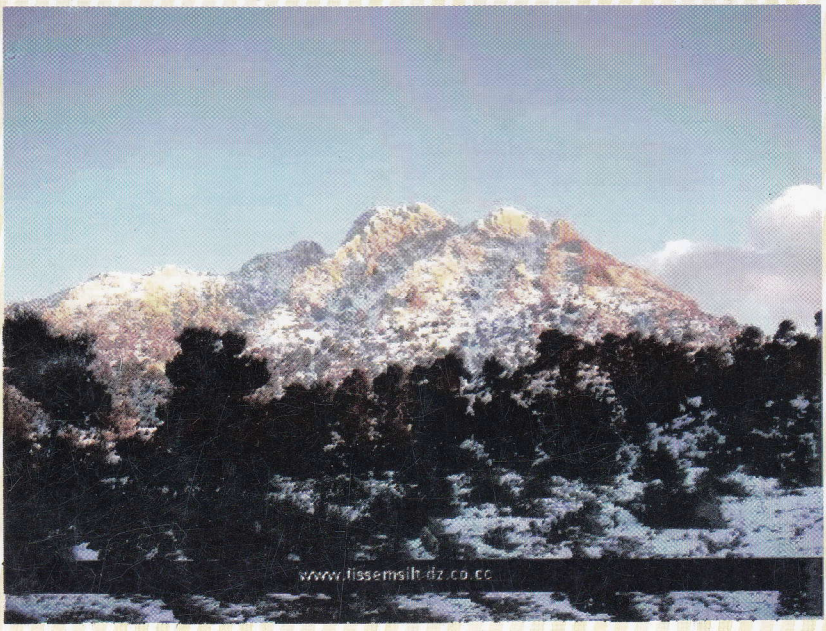
المعيار

مجلة دورية محكمة تصدر عن
المركز الجامعي تيسمسيلت



العدد : 02 - ديسمبر 2010

منشورات المركز الجامعي بتيسمسيلت-
الجزائر

المعيار

مجلة دورية محكمة تصدر عن
المركز الجامعي تيسمسيلت

العدد: 02: - ديسمبر 2010

منشورات المركز الجامعي بتيسمسيلت-
الجزائر

المعيار

مجلة دورية محكمة تصدر عن
المركز الجامعي تيسمسيلت
تعنى بالدراسات الأدبية والقانونية والاقتصادية باللغات العربية والفرنسية والإنجليزية.
العدد الثاني ديسمبر 2010

رئيس المجلة
د. الطيب بن جامعة

المدير المسؤول
د.محمد بلحسين

رئيس التحرير
أ.رشيد مرسي

رئيس هيئة التحرير
أ. بشير دردار

هيئة التحرير
أ. خالد تواتي
أ. خالد روشو
أ. قدوية يعقوبي
أ. دايري مسكين
أ. الحاج لونيس بلخياطي
أ. الجيلالي لعقاب

الهيئة العلمية
أ.د محمد عباس – جامعة تلمسان –
أ.د مختار حبار – جامعة وهران –
أ.د عبد الجليل مرتاض – جامعة تلمسان
أ.د محمد بلوحي – جامعة بلعباس -
د. بوسماحة الشيخ –جامعة تيارت -
أ.د شريط عابد – جامعة تيارت –
أ. رابحي عبد القادر – جامعة سعيدة -
د. كبريت علي – المركز الجامعي يسمسيلت

المراسلات
الأستاذ: رشيد مرسي
المركز الجامعي تيسمسيلت
الهاتف/ الفاكس: 18 56 49 046
البريد الإلكتروني: rachidmersi@yahoo.fr

شروط النشر بالمجلة

- المعيار مجلة علمية محكمة تنشر البحوث الأكاديمية والدراسات الفكرية ، العلمية، الأدبية التي لم يسبق نشرها من قبل.
- دورية تصدر مرتين في السنة عن المركز الجامعي بتيسمسيلت.
- تُقبل البحوث باللغات العربية و الفرنسية و الانجليزية.
- تخضع البحوث و الدراسات المقدمة للمجلة للشروط الأكاديمية المتعارف عليها.
- تخضع البحوث للتحكيم من طرف اللجنة العلمية للمجلة.
- تُقدم البحوث و الدراسات مكتوبة في ورقة على مقاس B5 بهامش 2.5 سم عن يسار الصفحة وأسفلها وأعلاها، وهامش 3 سم يمين الصفحة.
- تتم الكتابة بخط(Simplified Arabic) حجم(14)، وفي الهامش بالخط نفسه حجم (12).
- تتم كتابة البحوث كاملة أو الفقرات والمصطلحات والكلمات باللغة الأجنبية داخل البحوث المكتوبة باللغة العربية بخط (*Times new roman*)حجم (14)، و في الهامش بالخط نفسه حجم (12).
- تكون الهوامش والإحالات في آخر الدراسة ولا يقبل استعمال التهميش الأوتوماتيكي.
- يُقدم البحث مخزناً في ملفي word و pdf في قرص مضغوط وفي نسخة ورقية مطبوعة عليهما البيانات الضرورية الخاصة بالمقال وصاحبه.
- لا يقل حجم البحث عن08 صفحة ولا يزيد عن 20 صفحة.
- الأعمال المقدمة لا تُردّ إلى أصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
- المواد المنشورة تعبر عن آراء أصحابها، و المجلة غير مسؤولة عن آراك وأحكام الكتاب. كما أن ترتيب البحوث يخضع لاعتبارات تقنية و فنية.

المدير المسؤول عن النشر

شارك في هذا العدد

الأستاذ: الحاج لونيس بلخياطي

الأستاذ: عبد القادر رابحي

الأستاذ : عبد القادر شريف حسني

الأستاذ : بلمصابيع خالد

الأستاذ : قاسم قادة

الأستاذ :عبد القادر بن عزّة

الأستاذ : درار بشير

الأستاذ : فايد محمّد

الأستاذ : بن علي خلف الله

الأستاذ : قلايلية العربي

الأستاذ : مبطوش الحاج

الأستاذ : عبد الله عابدي

الأستاذ : طاهري بلخير

الأستاذ : مقني بن عمار

الأستاذ : خيثر هواري

الأستاذ : عبد الرزاق بن صالح

الأستاذة: فرطاسي حفيظة

محتويات العدد

- كـــــلـــمـــة

• مقالات اللغة والأدب العربي

- إشكالية الأدب الجزائري المكتوب باللغة الفرنسية.....09
- منحنيات السؤال الإبداعي في ديوان (توشيحُ الذّاكرة) للشاعر مجدوب العيد المشراوي.....20
- إشكالات النص المترابط.....33
- التأويل وأثره في نشأة الفرق.....54
- الشُّروحات المجازية في مُعجم أساس البلاغة دراسة في المنهج والمحتوى.....73
- مستويات اللّغة الصوفية عند محي الدّين بن عربي.....88
- الهاجس الإبستمولوجي في رسائل الجاحظ.....101
- الرّواية المغاربية المكتوبة بالعربية..في النشأة والتطوّر.....124
- سمات القصيدة المعاصرة.....143
- البعد الإنساني في شخصية الأمير عبدالقادر الجزائري.....163

• مقالات العلوم القانونية والإدارية

- المركز القانوني للصحفيين أثناء الحروب وحمايتهم من أثاره.....185
- منهج المقارنة بين الشريعة و القانون.....207
- حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق.....227
- المسؤولية الجنائية الداخلية لرؤساء الدول.....243

• مقالات العلوم الاقتصادية والتجارية

- واقع وآفاق التنمية السياحية في ظل التحديات الراهنة في الجزائر 265
- دور تطبيق مفهوم التسويق بالعلاقات في بناء و تدعيم المزايا التنافسية للمؤسسة.....285
- إستراتيجية تطوير المنتجات كأداة لتحقيق التميز للمؤسسة 316

كلمة

" الإبداع نقد، والنقد إبداع "

أوكتافيو باث

هذه المجلة المعيار

تهفو في عددها الثاني إلى تأسيس رؤيا نقدية وفكرية حول مجموعة من المفاهيم والقضايا والظواهر التي تشكل محوراً إشكالياً في ميادين أدبية واقتصادية وقانونية وفكرية.

كما تحاول تجاوز الطروحات السابقة بآليات ومفاهيم تتماشى وطبيعة التحول والمغايرة، والاستمرارية الزمنية، وما تفرزه من مفارقات معرفية وفكرية. في شتى الميادين.

لذلك فإن المعيار تفتح أفقها للنقاد والباحثين للمساهمة في إثراء مدونتها النقدية والفكرية.

د. بلحسين محمد

حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق

عبد الله عابدي
جامعة وهران

حرصت الشريعة الإسلامية على استقرار الحياة الزوجية إلى أقصى حد ممكن، وجعلت ذلك غاية ومقصدا من مقاصدها، سنت من أجل المحافظة عليه كثيرا من الأحكام والتنظيمات، إلا أنه لما كان سد باب الفرقة من كل وجه وحسم أسباب التوصل إليها بالكلية ينتج أضرارا أشد مما ينجم عن فك رباط الزوجية أقر الإسلام نظام الطلاق، وجعل لكل واحد من الزوجين حظا في هذا النظام، يمارسه بأسلوب خاص.

فحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية حق معترف به شرعا وقانونا، من حيث أنه يستند إلى أدلة شرعية راجحة وقوية، تثبته وفق ما بينه فقهاء الشريعة الإسلامية، وأكد عليه المشرع الجزائري في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة. ويقوم في شرعيته على أساس مقاصدي معتبر، يتمثل في رفع الضرر في حالات التطليق لضرر، وفق قوله تعالى:"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" [البقرة 229]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضر ولا ضرار " ويتمثل في المماثلة لحق الزوج في الطلاق في حالة التطليق بالخلع، وفق قوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" [البقرة228].

ومن أهم القرائن التي اعتبرها المشرع أمارة على تضرر الزوجة ومنحها بموجبها حق طلب التطليق عدم الإنفاق، فما مدى مشروعية حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق؟ وما شروطه في القانون الجزائري وفي الفقه الإسلامي؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا الموضوع من خلال الفقرتين الآتيتين:

الفقرة الأولى: مشروعية حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق.

الفقرة الثانية: شروط التطليق لعدم الإنفاق.

الفقرة الأولى: مشروعية حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 1 من ق أ على أنه:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"

لقد نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في حالة عدم الإنفاق .وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/11/19، في التطليق لعدم الإنفاق .حيث جاء فيه":من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها..."(1)

ولقد توافق المشرع الجزائري في تقرير هذه الحالة مع ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة (مالك وأحمد والشافعي) في التفريق لعدم الإنفاق(2) .جاء في المدونة":قال : وسمعت مالكا يقول :كان من أدركت يقولون :إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما"(3) وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل ":إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها فسخ النكاح، لقوله تعالى:"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، وقد تعذر الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان(4)"، وفي مغني المحتاج":إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته فإن صبرت صارت دينا عليه،وإن لم يفرضها القاضي، وإلا بأن لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر"(5)

ولقد استدل الجمهور على مذهبهم بأدلة عديدة يمكن اعتبار كل واحد منها سندا شرعيا لحق الزوجة في التفريق في مثل هذه الحالة.

فمن ذلك قوله تعالى:" فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[البقرة229]قالوا :"وإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها ليس إمساكا بمعروف فيتعين التسريح"(6).

ومنها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال :قال النبي صلى الله عليه وسلم " :أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ

بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني... (7) "وما أخرجه البيهقي والدارقطني من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل لايجد ما ينفق على امرأته، قال : يفرق بينهما(8) .وأيضا ما روي عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال :يفرق بينهما، وسئل هل هو سنة، فقال سنة(9). وجاء في سبل السلام، حول هذا الأثر":وهذا مرسل قوي، ومراسيل سعيد معمول بها، لما عرف أنه لا يرسل إلا عن ثقة .قال الشافعي :والذي يشبه أن يكون قول سعيد سنة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأما قول ابن حزم لعله أراد سنة عمر فهو خلاف الظاهر..."(10)

كما ذهبوا إلى أنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل من ضرر عدم الإنفاق، فَلَأن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى، لأن العجز عن الوطء إنما هو فقد لذة وشهوة، ويبقى البدن بدونها(11).

ولعل بعضا من هذه الأدلة كان مستند عمر-رضي الله عنه -في كتابه إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، يأمرهم أن يخبروهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا(12). بل يمكن اعتبار هذا الأثر العمري سندا آخر لحق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق.

وأما ما نقل عن الحنفية(13) والظاهرية(14) من مخالفتهم لقول الجمهور، وعدم اعترافهم للزوجة بحق الفرقة لعدم الإنفاق، فقد رد المحققون من العلماء ما استدلوا به على ذلك من الأدلة .يذكر من ذلك ما أورده الشوكاني(15) في السيل الجرار":وأما استدلال المانعين من الفسخ بقوله سبحانه":لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله "...فيجاب عنه بأنا لا نكلفه بأن ينفق زيادة على ما آتاه، بل دفعنا الضرار عن المرأة وخلصناها من حباله لتذهب تطلب لنفسها رزق الله عز وجل بالتكسب أو تتزوج آخر يقوم بمطعمها ومشربها"(16)

بل إن الذي يظهر بعد الدراسة والبحث أن خلاف الحنفية نظري أكثر مما هو عملي، فقد جاء في حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي " :قال في غرر الأذكار :ثم اعلم أن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبا عنه ممن مذهبه التفريق

بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى عن الطلاق، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها، وغنى الزوج مآلا أمر متوهم، فالتفريق ضروري إذا طلبته"(17)

وعليه فإن حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق يجد سنده الشرعي في الأدلة التي ساقها الجمهور وسنده القانوني في المادة53 / 1من ق أ ج . وعلى غرار هذه المادة نصت أغلب القوانين العربية على حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق، من ذلك(18) القانون التونسي **في ال**فصل 39 من المجلة التونسية، والمشرع المغربي في الفصل 53 من الباب الثاني من المدونة المغربية، و المشرع السوري في المادة 110 من ق أ ش، والمشرع العراقي في المادة 45 من ق أ ش.

الفقرة الثانية : شروط التطليق لعدم الإنفاق:

وتتمايز الشروط في هذه الحالة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بشكل يوجب طرحها كما يلي:

أولا :الشروط التي نص عليها قانون الأسرة:

نصت المادة 53 فقرة 1 من ق أ على أنه" :يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ل...عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون ." وهي المواد المتعلقة بمشمولات النفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها.

وعليه فإنه يشترط في التطليق لعدم الإنفاق الشروط الآتية:

1- أن يكون قد صدر حكم من المحكمة بوجوب نفقة الزوجة على زوجها(19) وهذا يعني أن يكون الزوج قد امتنع عن الإنفاق على زوجته مدة معلومة، فأقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة ضده، وأثبتت امتناعه عن النفقة، واستصدرت حكما على الزوج بأنه يجب عليه أن ينفق عليها.

وبمقتضى هذا الشرط في قانون الأسرة الجزائري فإنه يلزم الزوجة للوصول إلى حقها في التفريق لعدم الإنفاق أن تقيم دعويين متباينتين .الأولى تطالب فيها الزوج

بالإنفاق، ثم تنتظر حتى ما إذا صدر الحكم بذلك وامتنع الزوج عن تنفيذه مدة معينة رفعت دعوى أخرى تطالب فيها بالتفريق .مستصحبة الحكم السابق.

أما في الفقه الإسلامي–ونظرا لعدم الحاجة إلى مثل الحكم الأول فيه، لاعتبار أن النفقة تجب فيه بمجرد تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها(20) .ومن ثم عدم اشتراط صدور الحكم بوجوب النفقة –فإنه لا يلزم الزوجة في سبيل الحصول على حقها في التفريق عند عدم إنفاق زوجها عليها إلا دعوى واحدة، تطلب فيها مباشرة بالتطليق.

فالفرق واضح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في خصوص هذه النقطة .ففي الأول، وباشتراط صدور الحكم، استهلاك للجهد والوقت والمال، بشكل غير مرغوب فيه .حيث إن الزوجة لا تكاد تعتزم أن تطلب حقها في التفريق لعدم الإنفاق، إلا ونجدها تتراجع أمام تلك الإجراءات المعقدة، والقيود المضيقة .فهي توازن بين ما يحتمل أن تحصل عليه من تطليق وبين ما ستخسره-مؤكدا -من مال وجهد ووقت في استصدار حكم بإلزام الزوج بالنفقة، ثم إثبات عدم تنفيذه له .مما يجعلها تقلع عن فكرة التطليق أساسا .ومن ثم العيش في كنف زوج لا قوامة له .وبذلك يضيع – باشتراط مثل هذا الشرط – حقها في طلب التطليق .ولذا يرجى من المشرع الجزائري تعديل الفقرة الأولى بإلغاء هذا الشرط.

2– ألا تكون عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج، ومفهوم ذلك أنه إذا استطاع الزوج أن يثبت أن الزوجة كانت عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج ورضيت بحاله الذي هو عليه إلى أن دخل بها فإن حقها في طلب التطليق يكون قد سقط برضاها بحاله(21)

ويتوافق المشرع الجزائري في هذا الشرط مع المذهب المالكي .فقد جاء في حاشية الدسوقي: "وحاصل فقه المسألة أنها إذا علمت عند العقد فقره فليس لها الفسخ، إلا أن كان مشهورا بالعطاء وانقطع"(22) وجاء في التاج والإكليل":ويثبت لها حق الفسخ بالعجز عن النفقة الحاضرة لا الماضية، حرين أو عبدين أو مختلفين، ما لم تكن علمت فقره، ورضيت به قبل العقد، أو عرفت أنه من السؤال..."(23)

وهو نفسه ما ذهب إليه ابن القيم (24) من الحنابلة، حيث يقول":والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غر المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك، فظهر معدما لاشيء له، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته، ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ .وإن تزوجته عالمة بعسرته أو كان موسرا ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك .ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرق بينهم وبينهن"(25).

ويأتي هذا الشرط مخالفا لما ذهب إليه جمهور الحنابلة والشافعية من ثبوت حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق ولو كانت عالمة بعسرته وقت العقد، وعدم تقيد حق الزوجة بمثل هذا الشرط .حيث جاء في كشاف القناع في الفقه الحنبلي " :فإن اختارت المقام ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو رضيت بعسرته ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو تزوجته عالمة به، أي بأنه معسر، وفي نسخة أي بعسرته بالنفقة، ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، أو تزوجته معسرا، أو شرط ألا ينفق عليها أو أسقطت النفقة المستقبلة ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك .لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك"(26). وجاء في المهذب في الفقه الشافعي":وإن اختارت المقام معه على الإعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها أن تفسخ .لأن النفقة يتجدد وجوبها في كل يوم فيتجدد حق الفسخ .وإن تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ، لأن حق الفسخ يتجدد بالإعسار بتجدد النفقة "(27).

والذي قد يترجح في هذه النقطة قول الشافعية والحنابلة .لأن حق الزوجة في النفقة يتجدد كل يوم فيتجدد معه ضرر الامتناع عن أدائها، ويثبت تبعا لذلك للزوجة حقها في التفريق .جاء في فتح الوهاب في الفقه الشافعي " :ولو رضيت قبل النكاح أو بعده بإعساره فلها الفسخ، لأن الضرر يتجدد، ولا أثر لقولها رضيت به أبدا، لأنه وعد لا يلزم الوفاء به..."(28).

فكون الزوجة تعلم بإعسار زوجها قبل العقد وإن كان يختلف عن عدم علمها بذلك، فإنه لا يمكن أن يصل أثر هذا الاختلاف – مادام الضرر موجودًا –إلى إسقاط

حق الزوجة في التطليق . فقد تكون تزوجته على ذلك وهي ترجو أن يحسن حاله، ويتيسر أمره .فلما طال عسره، وضاقت بها عشرته، ولم تقدر على مواصلة تحمل الضرر الناشئ من عدم الإنفاق، بان لها أن تطلب التطليق على أساسه، فتجاب إلى طلبها

.

أما الاختلاف بين العلم بالإعسار قبل العقد وعدم العلم به فإنه قد يجد أثره في حالة ما إذا طالبت الزوجة بحقها في التطليق بعد مدة قليلة من الزواج، وكانت عالمة راضية بإعسار الزوج .فإنه يمكن للقاضي – بسلطته التقديرية –أن يزيد في أجل التلوم للزوج المعسر .إلا أنه لا يمكن– بأي حال من الأحوال –أن يسقط حق الزوجة في التطليق، وذلك للضرر الناشئ من عدم الإنفاق مطلقا، على ما ترجح من قول الحنابلة والشافعية.

ولهذا كان من الأحسن لو ألغى المشرع الجزائري هذا الشرط، لا سيما في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة.

ثانيا :الشروط التي اختص بها الفقه الإسلامي:

إضافة إلى الشروط السابقة التي يتفق فيها الفقه الإسلامي مع المشرع الجزائري اشترط الفقه الإسلامي في التطليق لعدم الإنفاق مجموعة من الشروط الأخرى التي تقيد حق الزوجة في ذلك، ومن هذه الشروط ما هو متفق عليه بين المذاهب الفقهية، ومنها ما هو مختلف فيه:

1-المتفق عليها : وهي الشروط الآتية:

أ) امهال الزوج مدة معينة قبل التطليق عليه .وذلك في حالتين:

– حالة ثبوت عسرته

فقد ذهب فقهاء الشريعة إلى أنه إذا أثبت الزوج عجزه عن الإنفاق بالبينة الشرعية، وطلبت الزوجة التطليق، تلوم له القاضي .أي أمهله مدة مناسبة .فإن عاد إلى الإنفاق على زوجته خلال مدة الامهال سقط حق الزوجة في التفريق، وإن ظل ممتنعا عن الإنفاق لعجزه عنه ومضت مدة الإمهال طلق القاضي عليه طلقة رجعية.

وأما إذا لم يثبت العجز بالبينة الشرعية المعتبرة قال القاضي :طلق أو أنفق عليها. فإن امتنع عن الطلاق و الإنفاق طلق عليه فورا، من غير إمهال، على المعتمد في مذهب المالكية .كما إذا سكت، ولم يثبت عجزه عن الإنفاق ولا قدرته عليه، فإن القاضي .يطلق عليه حالا بلا إمهال.(29)

– حالة يساره مع عدم الظهور على ماله:

وفي هذه الحالة ذهب فقهاء الحنابلة(30) وقول عند المالكية(31) إلى أن الزوج يحبس، فإن لم يرجع إلى الإنفاق وصبر على الحبس طلق عليه القاضي، إن طلبت الزوجة ذلك. وفي القول الآخر عند المالكية أن يطلق عليه فورا ولا يؤجله بالحبس.(32) أما عند الشافعية(33)، فإنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق والحال أنه موسر لم يثبت للزوجة الحق في التفريق، سواء كان له مال ظاهر أم لم يكن له .بل تأخذ من ماله إن استطاعت، وإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القضاء ليحصل لها نفقتها بأن يضيق عليه بالحبس لحمله على الإنفاق، ولا يطلق عليه بأي حال من الأحوال .وذلك لانتفاء وصف الإعسار الموجب لحق الزوجة في التفريق عندهم .ولا شك أن في هذا القول نقض ظاهر لأساس حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق، المتمثل في رفع الضرر عنها، والموجود بصورة جلية وواضحة في حالة عدم الظهور على مال الزوج الموسر والممتنع عن الإنفاق .وهو الأمر الذي استند إليه المالكية والحنابلة في اعترافهم للزوجة بحقها في التفريق في الحالة المذكورة، بشكل يترجح معه مذهبهم.

ب) عدم وجود مال ظاهر للزوج الممتنع عن الإنفاق:

ويلزم عنه أنه إذا كان للزوج الموسر الممتنع عن الإنفاق مال ظاهر يمكن أن تصل إليه الزوجة أو يصل إليه القضاء سقط حقها في التطليق لعدم الإنفاق .وذلك باتفاق الفقهاء من مالكية وحنابلة وشافعية(34) حيث أنه إذا استطاعت الزوجة أن تصل إلى مال زوجها فلها أن تأخذ منه ما يكفيها بالمعروف .استنادا إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان عندما جاءت تشتكي إليه شح أبي سفيان وبخله وتقصيره في واجب الإنفاق فقال لها صلى الله عليه وسلم":خذي ما

يكفيك وولدك بالمعروف"(35) أما إذا لم تستطع الزوجة أن تصل إلى مال زوجها، وهو ظاهر، رفعت أمرها إلى القضاء لينفذ عليه.إما بجبر الزوج على الإنفاق و حبسه، أو التنفيذ على ماله مباشرة، حسب ما يراه القاضي.

ج) أن يكون الإعسار بنفقة المعسر لا ما زاد عنها:

وهذا الشرط صرح به فقهاء الحنابلة والشافعية، واعتبره أيضا فقهاء المالكية . حيث ذهبوا إلى أن الإعسار الذي يوجب للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق هو ما كان في حدود نفقة المعسر .أما إذا أعسر الزوج بما زاد على نفقة المعسر، وكان قادرا على نفقة المعسر وغير ممتنع عنها، فإنه لا يقوم بذلك أي حق للزوجة في التطليق لعدم الإنفاق .جاء في الكافي في فقه ابن حنبل " : إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها فسخ النكاح...وإن أعسر ببعضها فلها الفسخ لأن البدن لا يقوم بدونها، وإن أعسر بكسوة المعسر فلها الفسخ لأن البدن لا يقوم بدونها فأشبهت القوت، وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها، لأنها تسقط بإعساره، ولأن البدن يقوم بدونها"(36) وجاء في المهذب في الفقه الشافعي " :إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح... وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ، لأن ما مستحق مع الإعسار"(37) وجاء في كفاية الطالب في الفقه المالكي " :وإن اتسع أي أيسر الزوج فعليه وجوبا إخدام زوجته الشريفة التي لا تخدم نفسها لخدمة الباطنة ...ولا تطلق بالعجز عنه"(38).

وعليه فإن حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق يتقيد بكون النفقة الممتنع عنها هي نفقة المعسر، لا ما زاد عنها .ونفقة المعسر هي التي يقوم بها البدن من طعام وكسوة ومسكن وغيرها.

إلا أن الإشكال يطرح فيما لو أنفق الزوج على زوجته نفقة المعسر ولكن دون نفقة مثيلات هذه الزوجة .حيث إن ما يلزم الرجل من النفقة على امرأته يكون بعادة أمثال هذه الزوجة تحت مثل هذا الزوج، على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي(39)، وكذا المشرع الجزائري(40). فهل يقوم للزوجة الحق في التطليق

لعدم الإنفاق إذا ما امتنع الزوج عن الإنفاق عليها كما ينفق على مثيلاتها، وكان موسرا ؟

لعل هذا الإشكال هو الأكثر تمثلا في الواقع المعيش، من حيث أننا لا نجد الزوج يمتنع عن نفقة المعسر في الغالب، ولكن قد يمتنع عما زاد عن ذلك إلى نفقة أمثال الزوجة(41).

فيقال: إن عدم إنفاق الزوج الموسر على زوجته كما ينفق على مثيلاتها وإن كان يعكس إخلال الزوج بما هو واجب عليه، إلا أنه لا يمكن أن يخول للزوجة الحق في التطليق لعدم الإنفاق .وذلك لأنه لم يذكر بأن أساس حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق هو عدم أداء الزوج لواجبه في النفقة، حتى يظهر وكأن إجابة الزوجة لطلبها في التطليق هو عقاب للزوج . بل إن الأساس هو رفع الضرر، وضرر عدم الإنفاق منتف بوجود نفقة المعسر .وأقصى ما يمكن للزوجة أن تفعله في مثل هذه الصورة هو أن تطالب بحقها في زيادة النفقة إلى الحد القانوني والشرعي.

على أنه يستثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها بين حد نفقة المعسر وحد نفقة مثيلات الزوجة فارق كبير، وبإصرار الزوج المتكرر على عدم زيادة النفقة إلى الحد الواجب عليه، وهو قادر على ذلك، بعد مطالبته قضائيا بها، قد يحصل للزوجة ضرر من نوع آخر، لا يلحق بالبدن، ولكنه يؤثر على نفسية الزوجة ومعنوياتها، بحيث تحس بالنقص والازدراء أمام مثيلاتها، وهنا يقوم للزوجة الحق في التطليق، لا لعدم الإنفاق، وإنما للضرر المعنوي، تستند في ذلك إلى قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " في الفقه الاسلامي وإلى المادة 10/53 من ق أ ج.

2- اختلاف الفقه الإسلامي في اشتراط عدم وجود من يتبرع بالنفقة عن الزوج:

ذهب فقهاء المالكية– وهم القائلون بهذا الشرط – إلى أن وجود من يتبرع على الزوجة بالنفقة يسقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق .فإذا رفعت الزوجة دعوى طلب التطليق لعدم الإنفاق وقبل الحكم لها وجد من يتبرع عليها بالنفقة المطلوبة من أقارب الزوج أو من غيرهم فليس لها إلا قبولها، ويسقط حقها في طلب

فك الرابطة الزوجية .جاء في مواهب الجليل ":ولو تطوع رجل بأدائها لم يفسخ ..."(42)، ولأن عدم النفقة الذي أوجب لها القيام قد انتفى.

أما عند الشافعية والحنابلة فإن حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق لا يمكن أن يسقط بوجود من يتبرع بالنفقة عليها، إذا لم تقبله .بل يبقى حقها قائما بنطاقه، وتجاب إلى التفريق إذا طلبته .أي أن نطاق حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق لا يتقيد بعدم وجود من يتبرع بالنفقة .معللين ذلك بما يلحق الزوجة من منة في قبول التبرع .جاء في الإقناع للشربيني":ولو تبرع شخص بها عن زوج معسر لم يلزمها القبول بل لها الفسخ لما فيه من المنة .نعم لو كان المتبرع أبا أو جدا والزوج تحت حجره وجب عليها القبول"(43) وجاء في كشاف القناع":وإن أعسر بنفقتها فبذلها غيره لم تجبر على قبولها من غيره، لما يلحقها من المنة .إلا إن ملكها الزوج لها أو دفعها إليها وكيله فإنها تجبر على القبول منه، لأن المنة إذن على الزوج دونها"(44) والذي قد يترجح في ضوء الأساس الشرعي لحق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق القائم على رفع الضرر هو قول المالكية .ذلك أنه بوجود من يتبرع بالنفقة على الزوجة يرتفع الضرر الذي منحت على أساسه حق طلب التفريق لعدم الإنفاق، فيسقط بذلك حقها في هذا التفريق .وأما عدم إلزام الزوجة بقبول النفقة من المتبرع دفعا للمنة عليها- كما قال به الشافعية والحنابلة – فإنه تعليل لا ينهض في وجه حرص الشارع على إبقاء الرابطة الزوجية وعدم قطعها، أضف إلى ذلك أن المنة- وكما ذهب إليه الغزالي(45) على الزوج لاعليها(46).

لكن هل يجوز للقاضي أن يبحث عن من يتبرع بالنفقة على الزوجة في أقارب الزوج أو أصدقائه قبل أن يجيبها إلى التطليق ؟ بل هل يمكن – بدعوى الحفاظ على بقاء الرابطة الزوجية – أن يلزم بذلك ؟

والحاصل أن المشرع الجزائري قد نص على التفريق لعدم الإنفاق بشكل عام ومفتقر إلى كثير من التفصيل الضروري. مما كان له أثر سلبي على رسم نطاق حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق. و هو الأمر الذي لم يوجد عند أغلب التشريعات العربية، إذا استثنينا التشريع التونسي الذي اتبع أسلوب المشرع الجزائري .فقد اتجهت

أغلب التشريعات العربية وجهة الفقه الإسلامي في التفصيل في عدة أمور، مما انعكس إيجابا على تحديد نطاق حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق. نذكر كمثال على ذلك نص المشرع المغربي في الفصل 53 من الباب الثاني من المدونة المغربية : - "يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها الحاضر إذا امتنع من الإنفاق عليها .فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله .فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل إنه موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال. وإن ادعى العجز وأثبته أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق طلقها عليه، فإن لم يثبت أمره بالإنفاق أو الطلاق، فإن لم يفعل طلق عليه. -التطليق من أجل الإنفاق يقع رجعيا، وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يسره ويظهر استعداده للإنفاق(47).

فالمشرع المغربي انتهج في الفقرة الأولى من هذا النص التفصيل الذي ذكره الفقيه الدسوقي في حاشيته .حيث جاء فيها " :فينبغي فقه المسألة :أن الزوج إذا امتنع عن النفقة وطولب بها فإما أن يدعي الملاء ويمتنع من الإنفاق، وإما أن لا يجيب بشيء، وإما أن يدعي العجز .فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا .وإن قال أنا موسر ولكن لا أنفق فقيل يعجل عليه الطلاق وقيل يحبس، وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه . وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر، وإلا أخذ منه .وإن ادعى العجز، وهي مسألة المصنف، فإما أن يثبت العجز أو لا، فإن لم يثبت العجز فيقال له طلق، فإن امتنع عن الطلاق والإنفاق فقيل يتلوم له ثم يطلق عليه، وقيل لا يتلوم له بل يطلق عليه حالا، والثاني هو المعتمد .وإن أثبت عسره تلوم له على المعتمد ثم يطلق عليه(48). مما يسر على المشرع المغربي– ومن خلال هاتين الفقرتين – أن يضع نظاما قانونيا متكاملا لحق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق، بشكل تنتفي معه كل التخوفات على مستوى التطبيق القضائي .وعلى المنوال نفسه سار المشرعين السوري والمصري(49).

❐❐❐

الهوامش

(1)المحكمة العليا. غ أ ش. 1984/11/19. ملف رقم 34791، م ق 1989، ع3، ص76.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دط، 1999 ، ديوان المطبوعات الجامعية، ج1 ، ص276

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، درط، د ت ط، دار صادر، بيروت، ج4 ، ص263

(4) ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ط5، 1998، المكتب الإسلامي، بيروت،ج3، ص367.

(5) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، درط، د ت ط، دار الفكر، بيروت، ج3 ، ص442

(6)ينظر: ابن قدامة، المغني، ط1405،1، دار الفكر، ج8 ، ص163

(7) البخاري، الجامع الصحيح، ط3، 1987، دار ابن كثير، بيروت، ج5، ص2084، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، رقم5040.

(8) الدار قطني، سنن الدار قطني، ط4، 1986، عالم الكتب ، بيروت، ج3، ص297، رقم 194.

(9) البيهقي، سنن البيهقي، درط، . 1994 مكتبة دار الباز .ج7 ، ص 469 ، باب الرجل لا يجد نفقة.

(10) ، الصنعاني، سبل السلام، ط4، 1397، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج3، ص224.

(11) ابن قدامة، المصدر السابق، ج8 ، ص163

(12) البيهقي، السنن الكبرى، ج7 ، ص 49 ، باب الرجل لا يجد نفقة

(13) ينظر :المرغيناني، بداية المبتدي، ط1، 1355، مطبعة علي محمد الصبيح، ج1، ص89.

(14) ينظر :ابن حزم، المحلى، درط، د ت ط، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج 10 ، ص94

(15) هو محمد بن علي بن محمد فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن بصنعاء، نشأ بصنعاء وولي قضاءها .سنة 1229 ه ومات بها سنة 1250 هـ[الشوكاني، البدر الطالع، ج2 ، ص214]

(16) الشوكاني، السيل الجرار، ط1، 1405، تحقيق محمد ابراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص452.

(17) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ط2 ، 1386، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج3، ص590.

(18) ذكرت نصوص هذه القوانين ليلى جمعي في " التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري " ، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 1994 ، ص147 .

(19) مما يمكن ملاحظته حول هذا الشرط هو وجود خطإ في صياغته، حيث أنه جعل حق الزوجة في الإنفاق ووجوبه في المقابل على الزوج يثبت بالحكم .وهو خلاف ما نصت عليه المواد 37 و 74

من ق أ ج، والتي تعتبر أن وجوب الإنفاق على الزوج يثبت بمجرد الدخول من زواج صحيح، ولا يتوقف على حكم المحكمة به.

(20) ينظر :عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربع ة، ط3 ، د ت ط، مطبعة ا لاستقامة، .القاهرة .ج4 ، ص571 -572

(21) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص256.

(22) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ، ص 518

(23) المواق أبو عبد الله العبدري، التاج والاكليل، ج4 ، ص195

(24) هو شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي إمام الجوزية وابن قيمها ولد سنة إحدى وتسعين وستمائة وسمع الحديث واشتغل بالعلم وبرع في علوم متعددة توفي ليلة الخميس سنة إحدى وخمسين وسبعمائة .ودفن عند والدته بمقابر الباب الصغير.[ابن كثير، البداية والنهاية، درط، د ت ط ، الدار الذهبية، مصر ج 14 ، ص550]

(25)ابن القيم، زاد المعاد، ط14، 1986، مؤسسة الرسالة، بيروت. ج5، ص521.

(26) البهوتي، كشاف القناع، درط، 1402 ، ج5 ، ص477 .

(27) الشيرازي، المهذب، ج2 ، ص163 .

(28) أبو يحي زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، ط1، 1418، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص208.

(29) ينظر :الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ، ص518

(30) ينظر :محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، درط، د ت ط، دار الفكر، بيروت، ج3 ، ص442

(31) ينظر :الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ، ص519

(32) المصدر نفسه، ج3 ، ص519

(33) ينظر :الشيرازي، المصدر السابق، ج2 ، ص13

(34) تنظر :المصادر المذكورة في الشرط السابق

(35) رواه ابن ماجة، ج2 ، ص . 769 كتاب التجارات .باب ما للمرأة من زوجها .رقم2293

(36)ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ط5، 1988، المكتب الإسلامي، بيروت، ج3، ص367.

(37) الشيرازي، المهذب، ج2 ، ص163

(38) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، درط، 1412 ، دار الفكر، بيروت، ج2 ، ص175

(39) ينظر :الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4 ، ص563

(40) تنظر المادة 79 من ق أج.

(41) يشير إلى نحو هذا المعنى بلقاسم شتوان، في :امتناع الزوج عن الإنفاق، بحث منشور بمجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع1 ، نوفمبر 2001 ، ص159

(42) الحطاب، مواهب الجليل، ج 4 ص199-200

(43) الشربيني، الإقناع، ج2 ، ص488

(44) البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص477.

(45) الغزالي :أبو حامد محمد بن أحمد الغزالي الطوسي .صاحب المؤلفات الجليلة .ولد في طوس سنة 450 هـ وتوفي سنة 505 [التاج المكلل ، ص388]

(46) ينظر الشربيني، مغني المحتاج، ج3 ، ص367

(47) نقلا عن :ليلى جمعي، المرجع السابق، ص146

(48) الدسوقي، المصدر السابق، ج2 ، ص518

(49) ذكر نصوص هذه القوانين :محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص248