دور القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النّفقة

Role of the judge in protecting the right of the absent man's wife to alimony

تواتي باسمة،
مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية،
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية (الجزائر)،
basma.touati@univ-bejaia.dz

تاريخ الإرسال: 2021/09/02 تاريخ القبول: 2021/11/26 تاريخ النشر: 2021/12/01

****

ملخص:
تسعى هذه الورقة البحثية إلى إبراز دور القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النّفقة، ويتجلى ذلك من خلال إعمال سلطته في فرض النفقة أو في التطليق على الغائب بسبب عدم الإنفاق عملا بما كرّسه الفقهاء، باعتبار أنّ حق النّفقة من الحقوق المادية والإنسانية التي ينبغي حمايتها، لاسيما أمام غياب النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة في القانون الجزائري، مقارنة بتجارب بعض الدول الأخرى التي سعت إلى تنظيمها في نصوص مفصّلة.

كلمات مفتاحية:
النّفقة، زوجة الغائب، قانون الأسرة، التّطليق، القاضي.

Abstract:
This research paper seeks to highlight the role of the judge in protecting the right of the absent man's wife to alimony, he is reflected in the implementation of his power in imposing alimony or divorce because of no-alimony pursuant that scholars have devoted, Considering that the right to alimony is a material and human rights that should be protected, especially in the absence of the legal provisions that organize this matter in Algerian law, compared to the experiences of some countries which sought to regulate them into detailed texts.

Key words:
Alimony, absent man's wife, family law, divorce, judge.

مقدمة:

إنّ الحقّ في النّفقة من أقدس الحقوق الإنسانية في الشريعة الإسلامية، ويظهر ذلك جليا في تحديدها له كأثر يترتب عن إبرام عقد الزواج أو انحلاله، إذ من مضامين هذا التحديد اعتبار الشريعة الإسلامية لهذا الحق التزام يقع على عاتق الزوج تُجاه زوجته دون العكس غنية كانت أم فقيرة.

والمشرع الجزائري من خلال العودة إلى المادة 74 من قانون الأسرة التي جاء فيها:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80

من هذا القانون"[1]، نجده قد أخذ بوجوب إنفاق الزوج على زوجته كما قررته الشريعة الإسلامية سواء كان الزوج حاضرا أم غائبا في مكان معلوم أو مجهول[2].

ومما لا شك فيه أن تكريس مبدأ وجوب النفقّة الزوجيّة في صلب القانون وفي ثنايا كتب الشريعة الغرّاء، هدفه هو حماية الزوجة من عوارض الحياة الزوجية وما تتطلبه من تكاليف عند إعسار الزوج الغائب أو امتناعه عمدا عن الامتثال بواجبه في الإنفاق على الأسرة. ذلك لأنّ حرمان الزوجة من النفقة أثناء الغياب يُشَكِّل إخلال بحسن المعاشرة والمودّة التي تتطلبها العلاقة الزوجية، وتجاوز خطير على مبدأ يعمل القانون على حمايته والمحافظة عليه كما خلّفته الشريعة الإسلامية.

ولِما كان هذا التجاوز يؤدي إلى التضييق على معيشة الزوجة في فترة الغياب ويُلحِق بها أضراراً بالغة لا يمكنها مجابهتها، ومن أجل ذلك يعتبر استجابة القاضي لطلبات الزوجة ودعواها بشأن إنفاق زوجها عليها ضروريا أمام الموقف السلبي للزوج تُجاه واجب الإنفاق، خصوصا أنّها تمثّل خطوة هامة في الحفاظ على استقرار الأسرة والانتقاص من مشاكل تفككها، وستكون هذه الدراسة مساحة نبيّن فيها موقف الفقه والمدونات التشريعية الوضعية ومنها قانون الأسرة الجزائري من مسألة الإنفاق على الزوجة وبالأخص زوجة الغائب، لنقيّم من خلالها مدى موافقة القانون الجزائري لأصول الفقه في الاعتراف للقاضي بسلطة التدخّل لوضع حد لظاهرة عدم ترك الغائب لموارد مالية تُنفِق منها الزوجة على نفسها في فترة الغياب ، الأمر الذي دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: **ما هي تجليّات تدخّل القاضي في حماية حق زوجة الغائب في النّفقة؟.**

وللإجابة على الإشكالية المطروحة تمّ إتباع منهج استقرائي تحليلي وفقا لخطة مقسّمة كما يلي: اختصاص الشريعة الإسلامية والقانون في تكريس مبدأ وجوب النّفقة الزّوجيّة **(مبحث أول)**، حِرص القاضي عملا بـ"مبدأ وجوب الإنفاق" على عدم تفويت الزوجة لحقّها في النّفقة مدّة الغياب **(مبحث ثاني)**.

المبحث الأول

اختصاص الشريعة الإسلامية والقانون في تكريس مبدأ وجوب النّفقة الزّوجيّة

إنّ وجوب نفقة الزوجة على زوجها مبدأ تسارع الفقهاء إلى الاهتمام به في العديد من الكتابات حيث نظّموه أحسن تنظيم، وهو ما دعا المشرعين إلى مسايرة خطاهم الثابتة في معالجة الجوانب التي تحكم العلاقة الزّوجيّة لاسيما الجوانب المادية، وباعتبار النّفقة الأساس الذي تنبني

---

[1]- القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع. 24، صادرة بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج. ر. ع. 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

[2]- الغائب هو الشخص الذي يترك موطنه أو محل إقامته من أجل العمل أو الدراسة أو التجارة ونحوها من الأسباب، يتّصف بأنّه معلوم الحال لأنّ أخباره تكون موصولة بالمجمل، لكن إذا تعذر معرفة حياته من موته وكذلك مكان تواجده فيعتبر بذلك مفقودا، وفي هذا الخصوص يجب أن ننوه إلى أنّ حقّ الزوجة في النّفقة يجب أن يكون مضمونا سواء كان الزوج غائبا أم مفقودا.

عليه الأسرة، فقد تناولوا تعريفها **(مطلب أول)** وتِبيان الأسس التي تجعل منها واجبة على الزوج تجاه أولاده وبالأخص زوجته موسرا كان أو معسرا، وسواء كان عاجزا أو مُمتنعا عن توفيرها **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: تعريف النّفقة الزّوجيّة

النّفقة في اللغة "اسم من الإنفاق وهي عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه"[1]. يُقال هي: "ما يُنْفَقّ من الدراهم ونحوها، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطّعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها"[2].

أمّا اصطلاحا فقد عُرّفت النّفقة عند الحنفية بأنّها:" الطعام والكسوة والسكن"[3]، غير أنّ هذا الأخير يعتبر ناقص لأنّه لا يشمل إلاّ على عدد مُحدّد من أنواع النّفقة دون التفصيل فيها، بينما ذهب بعض فقهاء المالكية إلى تعريفه بشكل أوسع بقولهم:" ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"[4] ومع ذلك لا يفي هذا التعريف بالغرض المقصود منه وهو توصيل معنى النّفقة إلى القارئ بشكل واضح وبسيط؛ إذ اقتصر على ما يحتاجه الشخص في العادة من أكل وشرب وسكن دون غيرها من الضروريات، كما وأخرج بقوله "معتاد حال الآدمي" قوام معتاد غير الآدمي كالبهائم[5].

وقيل بأنّ النّفقة هي الإخْراج ويكون في إطار ما هو خير[6]، وحسبهم _أي الشافعية_ يُراد بالنّفقة الزوجيّة ما يُفرض للزوجة على زوجها من مال مقدر للطعام والكسوة والسكن والحضانة ونحوهما مما تقوم به الضروريات[7]، أمّا الحنابلة فعرّفوا النّفقة بأنّها:" كفاية من يمونه خبزا، وأدما وكسوة، ومسكنا، وتوابعها"[8].

---

[1]- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، د. ب. ن، 1989، ص.628.

[2]- المفتي السيّد محمّد عميم الإحسان المجدّدي البركتي، التّعريفات الفقهيّة معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدّين، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.231.

[3]- محمّد أمين الشهير ابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية- الرياض، ص.278.

- أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف ب(حافظ الدّين النسفي)، زين الدّين إبراهيم بن محمود المعروف ب(ابن نجم المصري الحنفي)، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدّمشقي الحنفي، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق (في فروع الحنفيّة) والشرح "البحر الرائق" ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، الجزء الرّابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.293.

[4]- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان الحقائق، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993، ص.321.

[5]- أبي عبد الله محمد الخرشي، علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، الطبعة الثانية، الجزء الرّابع، المطبعة الأميرية، بولاق، 1317ه، ص.183.

[6]- أبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشّافعيّ، المجلّد الحادي عشر، دار المنهاج، د. ب. ن، د. س. ن، ص.185.

[7]- المرجع نفسه، ص.185.

[8]- أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرّابع، دار المعرفة للنشر، بيروت، د. ت. ن، ص. 136.

- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة، شمس الدين أبي فرج عبد الرحمان بن أبي عمر بن احمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء التّاسع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 1347، ص.229.

وبالنظر في تعريفات الفقهاء أعلاه؛ يتضح بأنّ تعريف النّفقة كان محطّ آراء مختلفة، ولعل القاسم المشترك بينهم هو تحديد النّفقة فيما يعتبر من الضروريات ألا وهي الطعام والكسوة والسكن، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة التي تنص:" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، وكذلك المحكمة العليا في العديد من القرارات نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 2011/01/13 الذي اعتبر مصاريف النفاس فضلا عن مصاريف العلاج والأدوية من مشتملات النفقة الواجبة على الزوج تجاه زوجته أثناء قيام الزوجية من خلال القضاء بما يلي:" تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النفساء وصحة طفلها ونظامها الغذائي، لمدة معينة، ولا تقتصر على العلاج والأدوية فقط"[1]، وبعد انحلالها وفق ما يجسدّه القرار التالي:" يحق للمرأة المطلقة المطالبة بمصاريف النفاس، باعتبارها من عناصر النفقة"[2]. أما بالنسبة للسكن أو بدل أجرته فقد اعتبره القضاء كذلك من مشتملات النفقة من خلال القضاء بما يلي:" يعد السكن أو بدل الإيجار من مشتملات النفقة..."[3].

ونرى أن عدم تعريف النّفقة في القانون والقضاء مردّه إلى كونه من اختصاص الفقه ومن ثمة وجب العمل بما أسفر إليه اجتهادهم، ومما سبق؛ يمكن تعريف النفقة الزوجية بأنّه ما يُفرض للزوجة على زوجها من طعام وكسوة وعلاج وسكن أو أجرته وما تعارف أو اعتاد الناس على كونه ضروري.

المطلب الثاني: أسس تكريس مبدأ وجوب الإنفاق على الزوجة

لم تفتقد النصوص القانونية المنظمة للنّفقة إلى نص صريح بوجوب نفقة الزوجة على زوجها، فبالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري في المادة 74 السالف ذكرها، نجده اعترف بوجوب النفقة للزوجة بالدخول أو بدعوة زوجها إليه ببينة دون أن يفرّق بين الزوجة أو الزوج الموسر أو المعسر وبين الزوج الغائب أو الحاضر، واكتفى فقط بالنص في المادة 74 مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 على سبب وجوبها ومشتملاتها وأيضا كيفية تقديرها واستحقاقها.

والجدير بالإشارة أنّ عدم أداء النّفقة أو أحد مشمولاتها ممن تقرر عليه هذا الالتزام، يشكّل جريمة يعاقب عليها القانون الجزائري بموجب المادة 331 من قانون العقوبات التي تنص:" يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم..."[4]. بالتالي يؤدي عدم تسديد بدل الإيجار المحكوم به لممارسة

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 594435، قرار بتاريخ 2011/01/13، قضية (ز م) ضد (ب ف) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة 2011، ص.266.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 502268، قرار بتاريخ 2009/06/10، قضية (ف ف) ضد (م ص) والنيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2010، ص.219.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 554808، قرار بتاريخ 2010/04/15، قضية (ش ب) ضد (ز ع) والنيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2010، ص.241.

[4]- قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 65-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 48، صادرة بتاريخ 2006/12/24.

الحضانة، باعتباره من مشمولات النّفقة، إلى قيام جريمة عدم دفع النفقة المنصوص والمعاقب عليها في المادة 331[1]، الأمر الذي أكّد عليه القضاء الجزائري أيضا في قرار له صادر بتاريخ 2016/11/17 يتضمن ما يلي:" يعد من مشتملات النفقة، مستحقات الماء والغاز والكهرباء، ويشكل عدم تسديدها جنحة عدم تسديد النّفقة"[2].

إن حكم الإدانة الصادر بحق المدين بالنفقة جراء عدم تسديده النفقة الواجبة عليه، يبقى قائما ولو ثبت عسره أو إعاقته، لأنّ هذا الأخير لا يعتبر عذرا معفيا من المسؤولية الجزائية الناجمة عن جريمة عدم تسديد النفقة[3].

خلافا للتجربة الجزائرية، كرست المنظومة القانونية الأردنية حق الزوجة في النفقة بسبب الزوجية من خلال قانون الأحوال الشخصية في فصل خاص يحمل عنوان النّفقة الزّوجيّة، إذ راعا فيه جملة من الجوانب منها ما تعلق بعسر الزوج أو يسره، وكذلك ما تعلّق بعمل المرأة ومدى استحقاقها للنفقة وغيرها من التفصيلات[4]، وكرّس المشرع المغربي هو الآخر وجوب نفقة الزوجة على زوجها في الباب الثاني من مدونة الأسرة تحت عنوان نفقة الزوجة من خلال المادة 194 التي تنص على أنّه:" تجب نفقة الزوجة بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها"[5].

إن مقتضى وجوب الإنفاق على الزوجة من طرف زوجها في النصوص القانونية أعلاه راجع في الأصل إلى اختصاص الشريعة الإسلامية برعايته سواء في كتاب الله الكريم لقوله تعالى:﴿ وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهنَّ بِالمَعْرُوفِ"﴾[6]، أو من السنّة كما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "اتَّقوا الله في النِّساء، فإنَّكم أخَذْتُموهنَّ بأمانة الله، واستحلَلْتُم فُرُوجَهنَّ بكلمةِ الله، وإنَّ لكم عَليهِنَّ ألاَّ يَوطِئْنَ فُرُشَكم أحدًا تَكْرَهُونَهُ، فإنْ فَعَلْنَ ذلك، فاضْرِبُوهُنَّ ضرْباً غيرَ مُبَرِّحٍ، ولَهُنَّ عليكم رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهنَّ بالمعروفِ"[7]، وكذلك عن معاوية بن حيدة رضي الله عنه قال: قلت يا رسول الله، ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال:" تطعمها إذا

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 380958، قرار بتاريخ 2006/04/26، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2007، ص.585.

[2] - المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 0998466، قرار بتاريخ 2016/11/17، قضية النيابة العامة ضد (م ب)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2016، ص.415.

[3]- المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 0815675، قرار بتاريخ2019/01/10، قضية (د م) ضد النيابة العامة و(ب ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2019، ص.155.

[4]- أنظر المواد 59 إلى 81 من القانون رقم 15 لسنة 2019، يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الهاشمية الأردنية، متوفر على الموقع:
https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/Jordainianlegislation/

[5]- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المملكة المغربية، ج. ر. ع. 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004، متوفر على الموقع التالي:
http://www.sgg.gov.ma/arabe/CodesTextesLois/code_famille.aspx

[6]- الآية 233 من سورة البقرة.

[7]- ابن الحجاج القشيري النيسابوري، أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، تلخيص صحيح الإمام مسلم، كتاب الحج، باب في حجة النبي صلى الله عليه وسلم، الطبعة الثّانية، الجزء الأوّل، دار السلام للطباعة والنشر، د. ب. ن، 1993، الحديث رقم:(46)، ص.484، 485.

طعِمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تقبح الوجه، ولا تضرب، ولا تهجر إلا في البيت"[1]، أمّا عن رأي أهل الفقه فقد أجمعوا على وجوب نفقة الزوجة على زوجها[2] رغم اختلافهم في سبب وجوبها، حيث قال الحنفية باستحقاق الزوجة للنّفقة بالعقد والاحتباس بينما قال الجمهور بالتمكين.

إذا كانت النفقة وفقا لما تقدّم، واجبة على الزوج لزوجته سواء كان حاضرا أم غائبا أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انتهائها، فإنّنا نبحث في إطار هذا المقال عن النّفقة المقررة للزوجة أثناء فترة الغياب، وكيفية فرضها، وجزاء عدم أدائها، الأمر الذي سنفصّله في العنصر التالي.

المبحث الثاني

حِرص القاضي عملا ب"مبدأ وجوب الإنفاق" على عدم تفويت الزوجة لحقّها في النّفقة مدّة الغياب

لا جدال في أنّ القضاء هو أهم جهاز في الحكومة، حيث لا يُغني في مجمل المبادئ التي كرّسها عن حماية حقوق الإنسان ضد متجاوزيها، ومن ثمة فهو الملجأ الحقيقي لحماية حقوق وحريات الأفراد من كل أشكال التعسف أو الاستهتار لاسيما في مواجهة الزوج التارك لواجب النفقة حاضرا كان أو غائبا، لذلك ورغم الأهمية البالغة التي تكتسيها النّفقة الزّوجيّة في مجال الفقه والقانون، فهي بحجم الأضرار التي تُخَلّفها إن قرّر الزوج تركها لسنوات بداعي الغيبة، ولهذا حاول القضاء قدر الإمكان حماية حقّ الزوجة في النفقة باعتباره حقّ شرعي لها ثابت على زوجها دون غيره، من خلال تفعيل دوره في فرض النّفقة للزوجة خلال الغياب من مال زوجها**(مطلب أول)**. ونظرا للنتائج السلبية الناجمة عن تقصير الزوج في واجب الإنفاق، أصبح من الضروري تدخل القاضي لمواجهة هذه الظاهرة واستعمال سلطته في ضمان حق الزوجة في النفقة تجاه تعنت الزوج الغائب في النّفقة من خلال التطليق عليه لعدم النّفقة **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: تدخل القاضي في فرض النّفقة لزوجة الغائب

يساهم القاضي في حماية حقّ زوجة الغائب في النّفقة من خلال تفحصه لمدى أحقّية الزوجة للنّفقة ومدى تضررها من الترك، وبالتالي سنحاول أن نتناول ببعض من التحليل كيفية فرض القاضي لنفقة زوجة الغائب من مال زوجها في الفقه **(فرع أول)**، ثم نستعرض بعدها موقف القانون الجزائري والمقارن من ذات المسألة**(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: في فرض النفقة لزوجة الغائب من منظور فقهي

---

[1]- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزديّ السّجستاني، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، الجزء الثالث، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، الحديث رقم:(2142 و2143)، ص.476، 477.

[2]- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطّالبين، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص.570.

- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الخامس، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1961، ص.87، 88.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص.470.

- رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم العتيقي أبي عبد الله بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المدونة الكبرى، المجلّد الخامس، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية، د. س. ن، ص.133، 134.

اتّفق الفقهاء كما أسلفنا الشرح على وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء كان حاضرا أم غائبا لجهة معلومة أو مجهولة، وذلك باعتبارها من الضروريات التي تفرضها العلاقة الزوجية بسبب العقد أو التمكين، حيث سمحوا للزوجة التي لم يخلف لها زوجها مالا لتنفق منه بعد غيابه أن تُطْلِق يدها وتأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف، لكنهم اختلفوا بين حاجتها وعدم حاجتها في هذه الأخيرة إلى حكم قضائي، وأيضا بين الحالة التي يكون الزوج قد ترك مالا ظاهرا في يد الزوجة أو في يد غيرها وبين عدم تركه مالا ظاهرا، كما يلي:

أولا: نفقة زوجة الغائب عند الحنفية:

تستحق الزوجة النفقة في الفقه الحنفي بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه، كما لا يختلف بالحضور أو الغيبة[1]، وقد رُصِد لها هذا الحق لضمان عدم بقائها بدون نفقة، فيتولى القاضي الإنفاق عليها من مال زوجها؛ لأنّ الأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حالة حضوره بغير قضاء القاضي يعتبر مستحقا لها عند غيابه[2]، وذلك استنادا إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان عندما جاءت تشتكي إليه شح أبي سفيان في واجب الإنفاق، فقال لها عليه الصلاة والسلام "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، وظاهر الحديث دلّ على أنّ النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ذلك يكون قد فرض لها النفقة على زوجها الغائب، وعند الأحناف ليس هذا بقضاء على الغائب وإنّما هو بمثابة فتوى بدليل أنه لم يقدر لها ما تأخذه من مال زوجها[3]، بل أعانها القاضي للوصول إلى حقّها المستحق ولو تمكنت من أخذه بنفسها[4].

انطلاقا مما سبق؛ متى خلّف الغائب مالا ظاهرا من جنس النفقة في يد زوجته، وعملا بحديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم، فللمرأة أن تنفق منه على نفسها وعلى ولدها بالمعروف دون الحاجة لأمر القاضي، كذلك إذا رفعت أمرها إلى القاضي ليفرض لها النفقة، فأمرها أن تستوفي حقّها حسب ما تقدّم مما يقع تحت يدها على سبيل الإعانة.

وإن كان مال الزوج الغائب في يد شخص آخر غير الزوجة، كأن يكون في يد مودعه أو مضاربه أو كان في ذمة مدينه، أمام هذه الوضعية استلزم الأمر أن يُقِر من عنده المال بالمال _سواء كانت وديعة أو دين_ وبالزوجية حتى ينفق منه عليها[5]، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه[1]،

---

[1]- شمس الدين السرخسي، المبسوط، جزء 11، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص.38.

[2]- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف ب(ابن الهمام الحنفي)، شمس الدين أحمد المعروف ب(قاضي زاده)، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني وآخرون، شرح فتح القدير مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية شرح بداية المبتدي وبهامشه شرح العناية على الهداية، الجزء 4، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1316ه، ص.441.

[3]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 4، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص.26.

- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، شمس الدين أحمد، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني وآخرون، المرجع السابق، ص.442.

[4]- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.11.

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.27.

[5]- ويتعلق هذا الأمر بالمال والزوجية غير المعلومين للقاضي، أما إذا كانا بخلاف ذلك فعِلمُ القاضي بهما أقوى من إقرار المودع والمديون، وبالتالي فإنّ دَفْع المديون المال للزوجة بغير أمر القاضي فإنّ ذلك لا يُبَرِأه من الضمان، لأنّه قام بدفع مال الغير إلى الغير دون إذنه، أمّا إذا دفع بأمر القاضي فالأمر هنا مختلف؛ لأنّ أمر

بينما قال زفر (رحمه الله) تأمر الزوج بالاستدانة؛ لأنّ المودع مأمور بالحفظ دون الدفع[2]، وبالتالي لا تفرض النفقة في مال الغائب لأنّ إقرار المودع ليس حجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب إذا لم يكن عن خصم حاضر[3]، وردّ على هذا القول بعض أئمة المذهب الحنفي كما يلي:" بأن المودع مقر بأنّ في يده ملك الغائب وإن للزوجة والولد حق الإنفاق منه وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده فيتعدى القضاء منه إلى المفقود، وكذلك الدين يكون للمفقود على الرجل وهو مقر به فهو والوديعة سواء والكلام في الدين أظهر لأن إقرار المديون يلاقي ملك نفسه فإن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها"[4]، كما وردّ الكساني هو أيضا قائلا:" ولنا أن صاحب اليد وهو المودع إذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقر لها حق الأخذ والاستيفاء منه لحديث امرأة أبي سفيان فلم يكن القاضي فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء بل كان إعانة لها على أخذ حقّها"[5].

إن الفروض السابقة تتعلق بالمال الذي يتركه الغائب في يد زوجته أو الغير من جنس النفقة كالدنانير والدراهم أو الثياب من جنس كسوتها[6] أو الطعام وكذلك إن كانت من الذهب أو الفضة[7]، أما إذا كانت من غير جنس هذه النفقة كالعقار أو العروض، فلا يفرض القاضي النفقة فيه لأنّه مما يستلزم البيع، ولا يباع العقار أو العروض في النفقة ما لم يتسارع إليها الفساد[8]؛ لأنّ في بيع ذلك في النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه[9].

هذا ولعله من المفيد أن نشير إلى أنّه على القاضي أن يحتاط لحق المفقود عند فرض النفقة لزوجته[10]، فلا يكون لها الحق في أخذ شيء من أموال زوجها ما لم تقدم كفيلا تستوثق بها أو تحلف اليمين بأن زوجها تركها بدون نفقة وأنها ليست ناشزا أو مطلقة وانقضت عدّتها، وهو القول الراجح عند الحنفية[11].

القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع إلى حفظ ملكه. راجع في هذا الخصوص: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.41.

[1]- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شهاب الدين أحمد الشلبي، من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق على هذا الشرح الجليل، الطبعة الأولى، الجزء 3، المطبعة الأميرية، مصر، 1313ه، ص.59.

-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.27.

- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.40.

[2]- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.59.

[3]- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.40.

[4]- المرجع نفسه، ص.41.

[5]- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.27.

[6]- المرجع نفسه، ص.27.

[7]- محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية مع البحث بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، د. ب. ن، 1990، ص.101.

[8]- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.42.

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.27.

- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.59.

[9]- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.41.

[10]- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، دار دجلة، عمان، 2010، ص.100.

[11]- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.39.

ثانيا: نفقة زوجة الغائب عند المالكية

قالوا بأنّ نفقة المرأة تكون على زوجها إن مكّنته من نفسها، ولم يختلفوا أنّ من غاب عن امرأته غيبة بعيدة أو قريبة قبل الدخول يوجب النفقة من ماله حتى ولو أظهرت استعدادها فقط للتمكين وهو المشهور في المذهب[1]، وإذا رفعت أمرها تطلب النفقة فإنّ الحاكم أو جماعة المسلمين عند عدمه يفرضون لها المال بقدر وسعه سواء كانت مدخولا بها أو لا[2]، شريطة أن تحلف أنّه لم يخلف لها نفقة ولا كسوة، ولا بعث لها بشيء سوى ما اعترفت به إن كانت قد أقرت بشيء ما من قبل[3].

ويفرض لها الحاكم أو جماعة المسلمين النفقة من مال زوجها الغائب سواء كان ذلك المال حاضرا أو غائبا أو كان وديعة أو دين له في ذمة شخص آخر حالا كان أو مؤجلا، وفي الوضع الأخير ينفق عليها الحاكم من عنده أو من قرض وإن حل الدين أخذ منه، ويكفي في ذلك أن يُقِّر المدين بالدين دون الحاجة إلى حلف الزوجة بوجوده[4].

وهذا كله يتعلق فيما إذا كان المال الذي تركه الغائب من جنس النفقة، أما إذا كان عقارا أو عروضا أو غير ذلك، فيجوز للقاضي عند المالكية أن يبيعها لكي يفرض فيها النفقة للزوجة، وقد جاء نصه هذا في شرح الخليل:" قال أصبع سألت ابن قاسم عن الذي يغيب ويحتاج أبواه وامرأته وله مال حاضر فيرفعانه إلى السلطان: قال يباع ماله وينفق عليهما، فإن لم يكن له مال أيؤمران أن يتداينا عليه ويقضي لهما بذلك قال: أما الزوجة فنعم"[5].

ثالثا: نفقة زوجة الغائب عند الشافعية

قال الشافعية ليس على الرجل نفقة إمرته حتى يدخل بها وتمكّنه من نفسها، وإذا غاب عنها كان على السلطان إن طلبت نفقتها من ماله أن يعطيها إن وُجِد[6]، فهي واجبة على الزوج تجاه زوجته غنية كانت أو فقيرة لأنّها مُسَلِّمة لنفسها[7]، وإن لم يجد له مالا فرض لها النفقة وكانت دينا عليه[8].

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.27.
- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.59.
إنّ إجماع علماء المذهب الحنفي على أخذ القاضي كفيل من الزوجة لا يُعتبر أمر وجوبي، فإن أخذ منها القاضي كفيلا أو لم يأخذ فهو أمر مستقيم عندهم، إلاّ أنّه من لأحوط اتّخاذه، نفس المراجع.

[1]- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف ب(الحطاب الرعيني)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص.578.

[2]- شمس الدّين محمد عرفة الدسوقي، أبي بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمّد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الإحياء للكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن، ص.520.

[3]- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، المرجع السابق، ص.597.

[4]- شمس الدّين محمد عرفة الدسوقي، أبي بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمّد عليش، المرجع السابق، ص.520.

[5]- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، المرجع السابق، ص.603.
- رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم العتيقي أبي عبد الله بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المرجع السابق، المجلّد الرابع، ص.261.

[6]- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.107.

[7]- أبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، المرجع السابق، ص.239.

[8]- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.107.

إعمالا بوجوب التمكين لاستحقاق النفقة؛ فإنّه على المرأة إذا دخل زوجها بها ثم غاب عنها وطلبت أن ينفق عليها، أن تحلف أنّه لم يدفع لها نفقة ولم يفرض لها في ماله[1]؛ لأنّها لم تمنع نفسها منه، فإن منعت سقط حقّها في النفقة.

أمّا إذا غاب الزوج قبل عرض امرأته عليه ورفعت إلى الحاكم طلبا تظهر من خلاله التسليم؛ فإنّ الحاكم يأمر الزوج بالمجيء لتَسَلُّمِها أو توكيل من يحملها إليه وتجب النفقة من وقت التسليم، لكن إذا لم يفعل أحد الأمرين رغم إمكانية المجيء، فرض القاضي للزوجة النفقة من ماله من حيث إمكان الوصول لأنه هو الممتنع، وكذلك إذا غاب بعد عرضها عليه وامتناعه عن تَسلمها، ويقع على الزوجة إن أعطاها القاضي إمكانية أخذ نفقتها من زوجها أن تقدّم كفيلا بما يصرف إليها كما هو الأمر عند الحنفية[2].

رابعا: نفقة زوجة الغائب عند الحنابلة

لم يخرج الحنابلة عما راح إليه الجمهور في أن النفقة تجب للزوج على زوجته فترة غيابه بالتمكّين[3]، سواء سلمها أو لا لأنّ المانع منه، أما إذا كان الامتناع صادر منها أو من أهلها فلا نفقة لها[4].

وتفريعا لما سبق، إذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم وكان لزوجها مال حاضر رخّص لها أن تأخذ من ماله ما يتمِّم كفايتها وكفاية ولدها بالمعروف لأنّه موضع حاجة، وإن لم تقدر على أخذه أخبره بأن يُنفق أو يُحبس، وأنفق القاضي من ماله على مستحقيه _الزوجة وأولاده_ إن أبى الإنفاق، أما إذا لم يجد الحاكم في أموال الغائب ما ينفق منه على زوجته إلا عروضا أو عقارا، باعه وأنفق عليها[5].

الفرع الثاني: في فرض النفقة لزوجة الغائب من منظور قانوني

عمد المقنّن الجزائري إلى تنظيم العديد من الالتزامات المالية المرتبطة بالزواج والطلاق لاسيما النفقة وذلك في الفصل الثالث من الكتاب الثاني المتعلق بانحلال الزواج ضمن المواد 74 إلى 80 من قانون الأسرة[6].

إنّ المُتمَعِن في ثنايا هذه المواد يجد أنّ المشرع الجزائري أولى للنفقة اهتماما خاصا نظرا للطابع الإنساني والمعيشي الذي تمتاز به؛ إلاّ أنّه يُلاحظ عليها القصور لعدم اعترافها صرّاحة للقاضي بممارسة سلطته في فرض النفقة لزوجة الغائب إذا ناشدته، لذلك فإنّ تفعيل دوره يتوقف

والجدير بالإشارة أن فرض النفقة من السلطان يكون من يوم الطلب، وليس قبل ذلك ما يبرر النفقة، بمعنى لو سكتت الزوجة عن طلب النفقة مدّة زمنية معينة، فلا يكون للزوجة نفقة في هذه المدّة لأنها لم تطلبها.

[1]- المرجع نفسه، ص.89.

[2]- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص.571.

[3]- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 24، هجر للطباعة والنشر، د. ب. ن، 1996، ص.347.

[4]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص.471.

[5]- المرجع نفسه، الجزء الخامس، ص.497.

[6]-القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

من الناحية الإجرائية على ضرورة مبادرة الزوجة بإخطاره عن كل الأضرار التي لحقتها بفعل غياب زوجها دون ترك نفقة، وذلك برفع دعوى لتمكين المحكمة من مباشرة مهامها في مراقبة مدى مشروعية الطلب من خلال البحث في حقيقة الزواج والغياب وأيضا في مصادر الزوج الظاهرة وغير الظاهرة للعيان، ومدى قدرة الزوجة على أخذ كفايتها منها.

ونظرا لافتقاد قانون الأسرة الجزائري إلى نص صريح على مسألة فرض النفقة لزوجة الغائب؛ فإنّه وبالرجوع إلى أحكام نص المادة 222 منه، نجده قد أحال فيما خلى النص عليه في القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والمذاهب الفقهية كما رأينا قد فصّلوا في هذه المسألة أيّما تفصيل، لكن ومع ذلك حبذا لو اجتهد المشرع الجزائري ووضع نص ينظّم من خلاله هذه المسألة بدقّة ووضوح، مراعاةً للأنسب من أحكام الفقه والأصلح لمصالح الفرد.

هذا وحسم التشريع الأردني موقفه بشأن وجوب نفقة الزوجة على زوجها الغائب أو الحاضر حسب المذهب المختار، إذ نص في المادة 69 من قانون الأحوال الشخصية بأنّه:" يفرض القاضي من حين الطلب نفقة لزوجة الغائب أو المفقود في ماله أو على مدينه أو على مودعه أو من في حكمهما إذا كانوا مقرّين بالمال والزوجية أو منكرين لهما أو لأحدهما بعد إثبات مواقع الإنكار وبعد تحليفها في جميع الحالات اليمين الشرعية المنصوص عليها في المادة (68) من هذا القانون"، وكذلك المادة 117 منه التي قضت بما يلي: "إذا كان الزوج غائبا وكان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة في ماله..."[1].

من خلال هذه المواد يقع على القاضي باعتباره حامي الحقوق والحريات، أن يلتزم إذا ناشدته الزوجة بشأن غياب أو فقدان زوجها دون ترك نفقة، بدوره في فرض النفقة من مال زوجها المتوفر تحت يدها أو في يد الغير متى أقرّوا به وبالزوجية، وعلى الزوجة أن تحلف في جميع الأحوال اليمين الشرعية على استحقاقها للنفقة[2].

أخذ القانون المغربي هو الآخر بما ذهب إليه القانون الأردني في وجوب نفقة زوجة الغائب على زوجها؛ إلاّ أنّه لم ينص على كيفية تنفيذ النفقة عليه، وإنّما تقرر المحكمة ذلك حسب تقديرها، وهذه الأحوال تتعلق بالزوج الحاضر والغائب على السواء وفقا لما تقضي به المادتين 102 و103 من المدونة[3]، بالتالي إذا رضيت الزوجة بإخلال زوجها في النفقة واختارت الصبر فلها ذلك، أمّا إن رفضت الوضع الذي تركها فيه الزوج، فيجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بحقها الشرعي[4].

أولا: إجابة القاضي لطلب المرأة الرامي إلى التطليق لعلّة عدم توفر النفقة عند الغياب

---

[1]- قانون رقم 15 لسنة 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الهاشمية الأردنية، المرجع السابق.

[2]- تنص المادة 68:" إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة وسافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يحكم القاضي بنفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزا ولا علم لها بأنها مطلقة انقضت عدتها"، المرجع نفسه.

[3]- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المملكة المغربية، المرجع السابق.

[4]- زهير بن حناشي، النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغربي العربي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي، 2011/2010، ص.28.

تحدثّنا في هذا البحث عن أسباب الإلزام القانوني بالنفقة على زوجة الغائب، من خلال إبراز كيفية فرض القاضي لهذه النفقة من مال الزوج الغائب سواء كان هذا المال ظاهرا عنده أو عند شخص آخر أو كان غير ظاهر، لكن ذلك لا يُعفينا من الحديث عن الحالة التي لم تستطع فيها الزوجة أو القضاء الوصول إلى مال الزوج الغائب رغم كونه ظاهرا بسبب العنت أو العسر أو كان غير ظاهر وكذلك إن لم تجِد من تستدين منه الزوجة، وفي هذا الوضع خوّل الشرع والقانون للزوجة حق التّطليق لعدم النفقة، حيث اتفق المالكية[1] والحنابلة[2] وكذلك الشافعية[3] بسقوط حق الزوجة في التّطليق لعدم النفقة متى كان بمقدورها أن تصل إلى مال زوجها سواء بأمر القاضي أو بدونه؛ ذلك أنه لو استطاعت إطلاق يدها وأخذ ما يسد كفايتها وأولادها بالمعروف عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند بن عتبة المتقدم، لما تقرّر لها الحق في التّطليق، كذلك لو رفعت أمرها إلى القاضي بعد تعذر وصولها إلى المال، وتنفيذ القاضي على مال الزوج مباشرة أو بإجباره على الإنفاق وحبسه[4].

والممتنع عن النفقة عند المالكية والحنابلة قد يكون معلوم المكان، وهذا الشخص يراسله الحاكم ويأمره إمّا بالإنفاق على زوجته أو الطلاق، وإن لم يقم بأحد الأمرين، طلق عليه القاضي بناء على طلب الزوجة؛ أمّا إذا كان مكان الزوج مجهولا، فيضرب القاضي له مدّة حسب تقديره، وإذا مضت هذه المدة ولم يعلم مكانه طلق عليه مباشرة[5].

بينما اختلف فقهاء الشافعية حول نفس المسألة بين قولين؛ أحدهما يقول بعدم ثبوت حق الفسخ للزوجة، لأنّ الفسخ لا يثبت إلا في حال إعسار الزوج بالنفقة، ولم يثبت إعساره هنا لغيبته وعدم الوقوف على حاله، وفي قول آخر بأن حق الفسخ يثبت للزوجة لتعذر النفقة كالإعسار[6]، وهذا استنادا لرواية الشافعي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلّقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا[7].

وعلى نقيض الجمهور، ذهب الأحناف إلى اتجاه مُغاير، وقالوا بعدم جواز فسخ النكاح في حال إعسار الزوج حاضرا كان أو غائبا، بل على الزوجة الاستدانة بأمر القاضي ممن كان عليهم إلزامية نفقتها كابنها من غير الزوج الغائب إن كان موسرا أو أخوها، وإن امتنعوا ردعهم القاضي عن طريق الحبس[8].

---

[1]- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، المرجع السابق، ص.119.

[2]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، الجزء 3، ص.312.

[3]- أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التّهذيب في فقه الإمام الشّافعيّ، الجزء السّادس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.357.

[4]- عبد الله عابدي، "حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق"، مجلة المعيار، العدد 02، ديسمبر 2010، منشورات المركز الجامعي بتسمسيلت، الجزائر، ص.234، 235.

[5]- م. م. أركان عبد اللطيف محمود، "كيفية استيفاء حق الزوجة في الإعسار"، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 02، سنة 2009، كلية الشريعة، جامعة تكريت، ص.93.

[6]- المرجع نفسه، ص.93.

[7]- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، المرجع السابق، ص.91.

[8]- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شهاب الدين أحمد الشلبي، المرجع السابق، ص.54،55.

أما من الناحية القانونية، فقد منحت معظم التشريعات العربية للزوجة المتضررة من إعسار الزوج بالنفقة حق التّطليق لعدم الإنفاق[1]، من بينهم القانون الجزائري في الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الأسرة[2]، التي اشترط فيها ضرورة صدور حكم من القاضي بوجوب النفقة على الزوجة وامتناع الزوج عن التنفيذ، وكل ذلك بشرط أن تكون الزوجة غير عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، بمعنى لو تزوجت به وهو معسر وعلمت بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق استنادا إلى أحكام هذه المادة.

وهذا النص يتعلق بالشخص الممتنع عن تنفيذ الحكم القاضي بوجوب النفقة، دون تفصيل إذا كان يخص الزوج الحاضر أو الغائب أم كلاهما كما فعل المشرع الأردني، حيث فرّق بين عدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج الغائب والحاضر وهو ما تؤكده المادة 117 والتي تنص: "إذا كان الزوج غائبا وكان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة في ماله نفذ حكم النفقة في ماله وإن لم يكن له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه وطلبت الزوجة التفريق تطبق الأحكام التالية:

أ- إن كان معلوم محل الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه أعذر القاضي إليه وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق الزوجة منه على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل.

ب- إن كان مجهول محل الإقامة أو لا يسهل وصول الرسائل إليه وأثبتت المدعية دعواها طلق عليه القاضي بلا إعذار ولا ضرب أجل..."[3].

ونرى أنّ الإدعاء الذي أسست عليه الزوجة طلبها في التّطليق استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 53، يتعلق بالزوج الحاضر الذي أصدر القاضي في حقّه حكما بوجوب النّفقة بعد أن كان قد امتنع عنها بسبب عسره أو يسره.

أمّا عن الحكم بالتّطليق لعدم النفقة على الزوج الغائب الذي لم يترك لزوجته مالا تستنفق منه، فلم يكن محل تفصيل، ومع ذلك يمكن للزوجة متى أثبتت بالوسائل المقررة قانونا أمام المحكمة غيبة زوجها أو فقده، وأصدرت المحكمة حكما يقضي بثبوت غياب أو فقدان الزوج، أن تطلب من القاضي فرض نفقة لها على زوجها الغائب طالما كانت متضررة من تركها بدون نفقة، وما دامت لا تزال في عصمته، وإذا تعذّر ذلك طلّق بينهما القاضي لعدم النفقة وليس للغيبة.

خاتمة:

في خلاصة ما تعرضنا له في مسألة فرض النفقة لزوجة الغائب غيبة معلومة أو مجهولة في الفقه والقانون، تبلور لدينا ما يأتي:

- إن القانون الجزائري لم يتطرق في المادة 78 من قانون الأسرة إلى تعريف دقيق للنّفقة، وإنّما تطرق إلى النّفقة بشكل عام، وبَيَّنَ ما يشتمل عليه لفظ النّفقة بقوله "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة

---

[1]- انظر في ذلك: المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية، وأيضا المواد 115 و116 و117و 118 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[2]- تنص الفقرة 1 من المادة 53 على أنّه:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،..."، من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[3]- قانون رقم 15 لسنة 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الهاشمية الأردنية، المرجع السابق.

والعلاج.."، وبذلك جرى العمل في المحكمة العليا عملا بأقوال الفقهاء الذين فصّلوا في تعريفها واتّفقوا على تحديدها فيما يعتبر من الضروريات اللازمة لإدامة حياة الإنسان.

- إن غالبية الفقهاء جعلوا النفقّة حقّ مالي يتقرّر للزوجة على زوجها أثناء قيام الزوجية أو بعد تفكّكها نظير الاحتباس والتمكين؛ باستثناء الأحناف الذين اكتفوا بالعقد، وقد أخذت القوانين بأقوال جمهور الفقهاء كالقانون الجزائري بموجب المادة 74 من قانون الأسرة.

- إن الفقهاء لما أوجبوا النّفقة الزوجيّة، لم يميّزوا بين الزوج الحاضر أو الغائب لجهة معلومة أو مجهولة، وعلى هذا كان إجماع القوانين كذلك كالقانون الأردني والمغربي دون القانون الجزائري.

- اعتراف الفقه بسلطة القاضي في التدخّل لتمكين الزوجة المفتقرة إلى النّفقة أثناء الغياب، مِن أخذ ما يكفيها من مال زوجها إذا كان له مال حاضر سواء بنفسها أو بأمر القاضي، إلاّ أنّهم اختلفوا في الحالة التي تكون النفقة حاضرة لكن لم تستطع الزوجة أخذها، كما اختلفوا بالنسبة للمال الذي يكون من غير جنس النفقة، وظاهر بعض أقوالهم أنّها تباع لينفق منها على الزوجة، وقد أخذ القانونين الأردني والمغربي دون القانون الجزائري بأصول الفقه الإسلامي في فرض النّفقة على الغائب.

- لا يتوقف دور القاضي على مجرد إحكام مسار الإنفاق على زوجة الغائب، وإنّما اعترف له الفقه والقوانين العربية ومنها القانون الجزائري بسلطة فك وثاق الزوجية في حال تعنت الخاضع للنفقة في تنفيذ الالتزام المفروض عليه، والتي تعد بمثابة ضمانة لاحقة لاحترام الزوج لمبدأ وجوب الإنفاق على الزوجة في الحضور والغياب على السواء.

من خلال ما سبق، يمكن القول بأنّ اعتراف النصوص القانونية الجزائرية بمبدأ وجوب نفقة الزوجة على زوجها مسايرة للشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، كان دون ضمان حماية لازمة للزوجة، إذ لم تسع إلى تكريس نص صريح لاختصاص القاضي بالنظر في طلب الزوجة المقدم ضد زوجها الغائب التارك لها دون مال؛ إلاّ أن ذلك لا يمنع القاضي من استعمال سلطته التقديرية وذلك استنادا إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، ومع ذلك نقترح على المشرع التدخّل لاستدراك الإغفال المسجّل، وذلك بالنص على كيفية فرض النفقة لزوجة الغائب من خلال تبني المذهب الفقهي المناسب، نظرا لاختلاف الاجتهاد الفقهي حول هذه المسألة مما يخلق صعوبة في العمل بالمادة 222؛ أو انتقاء منها كل ما هو في صالح الفرد والجماعة، وعليه نقترح على المشرع إضافة الفقرات التالية إلى المادة 74 لتنص على ما يلي:**" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،**

يلتزم الزوج الغائب بالنّفقة كما يلتزم بها الحاضر بقدر وسعه،

يفرض القاضي لزوجة الغائب أو المفقود النّفقة من تاريخ الطلب، في مال زوجها أو مال مودعه أو مدينه إذا كان ماله ظاهرا ومن جنس النفقة، أما إذا لم يجد له مالا، فرض لها القاضي النّفقة وكانت دينا عليه،

وإذا كان المال من غير جنس النّفقة، باعه القاضي وفرض منه النّفقة على الزوجة،

وفي جميع الأحوال تؤدي الزوجة اليمين على عدم إنفاق الزوج عليها وعلى استحقاقها لها ".

كما ندعو المشرع إلى النص على كيفية التّطليق على الغائب أو المفقود لعدم النّفقة، أخذًا بقول المالكية والحنابلة في هذا الشأن، لما له من قيمة في الحفاظ على حقوق الزوجين.

قائمة المصادر والمراجع

I. قائمة المصادر

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: كتب الحديث

1. ابن الحجاج القشيري النيسابوري، أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي، تلخيص صحيح الإمام مسلم، كتاب الحج، باب في حجة النبي صلى الله عليه وسلم، الطبعة الثّانية، الجزء الأوّل، دار السلام للطباعة والنشر، د. ب. ن، 1993، الحديث رقم:(46).

2. أبي داود سليمان بن الأشعث الأزديّ السّجستاني، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، الجزء الثالث، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، الحديث رقم:(2142 و2143).

ثالثا: المعاجم والقواميس

1. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، د. ب. ن، 1989.

2. المفتي السيّد محمّد عميم الإحسان المجدّدي البركتي، التّعريفات الفقهيّة معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدّين، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

II. المراجع:

أوّلا: الكتب

1. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الخامس، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1961.
2. أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف ب(حافظ الدّين النسفي)، زين الدّين إبراهيم بن محمود المعروف ب(ابن نجم المصري الحنفي)، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدّمشقي الحنفي، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق (في فروع الحنفيّة) والشرح "البحر الرائق" ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، الجزء الرّابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

3. أبي الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشّافعيّ، المجلّد الحادي عشر، دار المنهاج، د. ب. ن، د. س. ن.

4. أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرّابع، دار المعرفة للنشر، بيروت، د. س. ن.

5. أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان الحقائق، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993.

6. أبي عبد الله محمد الخرشي، علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، الطبعة الثانية، الجزء الرّابع، المطبعة الأميرية، بولاق، 1317ه.

7. أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف ب(الحطاب الرعيني)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الجزء 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

8. أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التّهذيب في فقه الإمام الشّافعيّ، الجزء السّادس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

9. رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم العتيقي أبي عبد الله بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية، د. س. ن.

10. شمس الدين السرخسي، المبسوط، جزء 11، دار المعرفة، بيروت، 1989.

11. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطّالبين، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1997.

12. شمس الدّين محمد عرفة الدسوقي، أبي بركات سيدي أحمد الدردير، سيدي الشيخ محمّد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الإحياء للكتب العربية، د. ب. ن، د. س. ن.

13. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 4، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

14. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، شهاب الدين أحمد الشلبي، من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق على هذا الشرح الجليل، الطبعة الأولى، الجزء 3، المطبعة الأميرية، مصر، 1313ه.

15. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف ب(ابن الهمام الحنفي)، شمس الدين أحمد المعروف ب(قاضي زاده)، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني وآخرون، شرح فتح القدير مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية شرح بداية المبتدي وبهامشه شرح العناية على الهداية، الجزء 4، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1316ه.

16. محمّد أمين الشهير ابن عابدين، ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.

17. محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية مع البحث بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، د. ب. ن، 1990.

18. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1983.

19. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الجزء 24، هجر للطباعة والنشر، د. ب. ن، 1996.

20. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمود بن قدامة، شمس الدين أبي فرج عبد الرحمان بن أبي عمر بن احمد بن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء التّاسع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د. ب. ن، 1347.

21. هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، دار دجلة، عمان، 2010.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1. زهير بن حناشي، النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغربي العربي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي، 2011/2010.

ثالثا: المقالات العلمية

1. عبد الله عابدي، "حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق"، مجلة المعيار، العدد 02، ديسمبر 2010، منشورات المركز الجامعي بتسمسيلت، الجزائر.

2. م. م. أركان عبد اللطيف محمود، "كيفية استيفاء حق الزوجة في الإعسار"، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 02، سنة 2009، كلية الشريعة، جامعة تكريت.

رابعا: الاجتهاد القضائي

1. المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 380958، قرار بتاريخ 2006/04/26، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2007.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 502268، قرار بتاريخ 2009/06/10، قضية (ف ف) ضد (م ص) والنيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2010.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 554808، قرار بتاريخ 2010/04/15، قضية (ش ب) ضد (ز ع) والنيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2010.
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 594435، قرار بتاريخ 2011/01/13، قضية (ز م) ضد (ب ف) بحضور النيابة العامة، مجلة المحكمة العليا، العدد2، سنة 2011.
5. المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 0998466، قرار بتاريخ 2016/11/17، قضية النيابة العامة ضد (م ب)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2016.
6. المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 0815675، قرار بتاريخ2019/01/10، قضية (د م) ضد النيابة العامة و(ب ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2019.

خامسا: النصوص القانونية

1. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ع. 24، صادرة بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، ج. ر. ع. 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

2. قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 65-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 48، صادرة بتاريخ 2006/12/24.

3. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، المملكة المغربية، ج. ر. ع. 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004، متوفر على الموقع التالي:
http://www.sgg.gov.ma/arabe/CodesTextesLois/code_famille.aspx

4. قانون رقم 15 لسنة 2019 يتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الهاشمية الأردنية، متوفر على الموقع:

https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/Jordainianlegislation/%D9%