تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة

"دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي"

إعداد

الدكتور/ زايد الهبي زيد العازمي

أستاذ مشارك بكلية التربية الأساسية

الهيئة العامة للعلوم التطبيقية

تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار بالنفقة «دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي»

زايد الهبي زيد العازمي
قسم الفقه ، كلية التربية الأساسية ، الهيئة العامة للعلوم التطبيقية، الكويت .
البريد الإلكتروني :za.alazemi@paaet.edu.kw

ملخص البحث :

يهدف الإسلام من تشريع الزواج إلى بناء مجتمع متكامل وإيجاد أسرة متماسكة، تسود بينهم المودة والرحمة، ويكون عقد الزواج إذا استوفى شروطه وأركانه صحيح لازم ولا يحصل له أي اختلال إلا إذا فقدَ ما يوجبه العقد ويقتضيه، ومنها النفقة الواجبة. فإذا فقدت نفقة الإعسار فهل للزوجة حق في طلب التفريق، فهذه المشكلة قد تحدث بين الزوجين ووضع التشريع الإسلامي حلاً لرفع هذا الضرر الذي يقع على المرأة بإعسار زوجها.

فنجد أن أصحاب القول الثاني وقانون الأحوال الشخصية الكويتي قالوا بأن للزوجة إذا تضررت ولم تصبر أو أرادت التفريق إذا أعسر زوجها عن نفقة المعسرين، كما وضحت ذلك في تحرير محل النزاع وأقوال العلماء، فلها حق في طلب التفريق على خلاف بينهم في نوع الفرقة هل هي رجعية أو بائنة.

وأما أصحاب القول الأول، وهو الراجح من الأقوال لقوة أدلتهم، لا سيما استصحاب عقد الزواج وأنه لا توجد أدلة صريحة صحيحة بالقول بالتفريق بين الزوجين.

الكلمات المفتاحية: القاضي، عقدالزواج، المعسرين، محل النزاع، اقوال العلماء.

The judge separated the spouses due to alimony insolvency
"A jurisprudential study compared to the Kuwaiti Personal Status Law"

Zayed Al-Habi Zaid Al-Azmi
jurisprudence department ,College of Basic Education, Public Authority for Applied Sciences, Kuwait.
E-mail: za.alazemi@paaet.edu.kw

Abstract:

Islam aims from legislating marriage to build an integrated society and create a cohesive family, between which affection and mercy will prevail. If the insolvency alimony is lost, does the wife have the right to request separation, as this problem may occur between the spouses and Islamic legislation has put in place a solution to remove this harm that occurs to the woman through the insolvency of her husband.

We find that the owners of the second opinion and the Kuwaiti Personal Status Law said that if the wife is harmed and is not patient or wants to separate if her husband is unable to provide for the insolvent, as it was explained in the liberation of the subject of the dispute and the sayings of the scholars, she has the right to ask for a separation in disagreement between them in the type of division. Is it retroactive? or dowry.

As for the owners of the first saying, which is the most correct of the sayings due to the strength of their evidence, especially the marriage contract and the fact that there is no clear and valid evidence to say that the spouses are separated.

Keywords: The Judge , The Marriage Contract , The Insolvent , The Subject Of Dispute , The Sayings Of Scholars.

مقـــدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهدِهِ الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم.

أما بعد:

هذه المسألة من المسائل المهمة التي اختلف الفقهاء قديمًا وحديثًا فيها، وكان سبب اختلافهم له أثر في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في هذه المسألة وغيرها، وذلك أن هذا القانون قد استد أحكامه من مذهب الإمام مالك ط، كما أخذ بآراء المذاهب الفقهية الأخرى، إذا رُئيَ أن المصلحة في ذلك، ولم يخرج عن المذاهب الأربعة إلا في أضيق الحدود، وكان في الخروج تحقيق مصلحة عامة، أو تيسير على الناس.

التفريق بين الزوجين بسبب إعسار الزوج عن النفقة من الأمور التي يتعرض لها كثير من الناس حيث ربما أنه يحصل للزوج أزمات مالية مختلفة أسبابها، فقد تكون راجعة إلى خسارة في تجارته وهلاك ماله، أو سرقته، بعد أن كان ينعم مع زوجته بعيش رغد أو متوسط، أو بسبب انقطاعه عن العمل أو تراكم ديون عليه، أو تكون راجعة إلى تصرفاته الخاطئة، وإلى غير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى إعساره عن نفقة زوجته التي هي واجبة عليه بموجب العقد، فقد تصبر المرأة على وضع زوجها المالي وتتحمل وذلك برضاها، فإذا حصل هذا منها فلا خلاف في أنه أمر محمود تؤجر عليه إذا كانت تستطيع ذلك، وأما إذا لم تصبر وضاقت ذرعًا لسوء وضعه المادي وعدم تملكه ما ينفقه عليها، فرفعت أمرها إلى القاضي طالبةً التفريق بينها وبين زوجها المعسر، فهل لها الحق في ذلك؟ وهل للقاضي حق التفريق بينهما؟

فقد بحث الفقهاء قديمًا هذه المسألة دراسة متفرقة لم يفردوا لها عنوان يبيِّن حق المرأة في طلب التفريق، ودور القاضي في التفريق، بسبب إعسار الزوج عن نفقة زوجته، ويمكن دراسة ذلك في هذا البحث دراسة مُلمة شاملة مقارنة بين أقوال العلماء وأدلتهم، وأيضًا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

فكانت الدراسة على النحو التالي:

مقدمة، وتمهيد وفيه عرَّفت الفرقة والإعسار.

وأيضًا أربعة مباحث:

المبحث الأول: ذكرت فيه أقوال الفقهاء وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وقارنت بينها مبينًا أوجه التوافق والاختلاف في مطلب مستقل.

والمبحث الثاني: كان فيه عرض للأدلة ووجه الدلالة.

والمبحث الثالث: مناقشة الأدلة.

والمبحث الرابع: ذكرت فيه سبب الخلاف، والراجح من الأقوال لديّ.
وخاتمة: ذكرت فيها نتائج البحث.

أهمية الموضوع:

أسباب اختياري لموضوع تفريق القاضي بين الزوجين بسبب الإعسار:

١- أهمية هذا الموضوع في واقعنا الاجتماعي، لا سيما وجود المحاكم الأسرية التي تحكم الشرع بين الزوجين، ومعرفة الحكم الشرعي وتوضيحه للمسلمين مقارنًا مع التشريع القانوني الذي يستمد الحكم من الفقه الإسلامي.

٢- أن الفرقة التي تكون بسبب إعسار الزوج عن واجب من واجباته وهو ما يقتضيه عقد الزواج من النفقة على الزوجة من الدراسات المهمة التي تحتاج إلى مزيد من البحث الدقيق المقارن بين الفقه والقانون.

٣- معرفة أقوال الفقهاء في مدى مشروعية حق المرأة في طلب الفرقة بسبب إعسار الزوج عن النفقة.

٤- توضيح معنى الفرقة التي تحصل بسبب إعسار الزوج عن النفقة هل هي رجعية أم فسخ وتكون بائنة بعدم حكم القاضي عند الذين قالوا بالتفريق بسبب الإعسار.

٥- الرغبة في إظهار ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومقارنته مع أقوال الفقهاء.

تمهـــــــيد

وفيـــه:

١- تعريف الفُرقة لغة واصطلاحًا:

الفُرقة لغة: (فَرَقَ) وهو أصل صحيح يدل على التمييز والتذييل بين الشيئين، ومن ذلك الْفَرْقُ: فرق الشعر، والفرق: القطيع من الغنم، والْفِرَقُ: الفلق من الشيء إذا انفلق، قال تعالى: ﴿فَانفَلَقَ فَكَانَ كُلُّ فِرْقٍ كَالطَّوْدِ الْعَظِيمِ﴾[١]، والفُرْقَانُ: (كتاب الله تعالى) فرق به بين الحق والباطل[٢]، والفُرْقَة بالضم: مصدر الافْتِراقِ؛ وهو اسم يوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق، وفارق الشيء مُفارَقةً: بايَنَهُ، وتفارق القوم: فارق بعضهم بعضا[٣].

والمقصود بالفرقة عند الفقهاء: فالفقهاء يذكرون هذه الكلمة ويريدون بها حلّ عقدة الزّواج، سواء أكانت فرقة بطلاق أم فرقة بفسخ. «ومعنى التفريق بين الزوجين، يُقال: فرق القاضي بين الزوجين: أي: حكم بينهما بالفرقة والانفصال عن بعضهما»[٤].

٢- تعريف الإعسار لغةً واصطلاحًا:

بأنه لغة: عَسَرَ (العين والسين والراء) أصل صحيح واحد يدل على صعوبة وشدة. فَالْعُسْرُ: نقيض اليسر. والإقلال أيضًا عسرة، لأن الأمر ضيق عليه شديد.

قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[٥].

وأعسر الرجل، إذا صار من ميسرة إلى عسرة[٦].

فالعسر هو الضيق الشديد والصعوبة ضد اليسار.

---

(١) سورة الشعراء، الآية ٦٣.

(٢) يُنظر: ابن فارس أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت٣٩٥هـ): «مقاييس اللغة»، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر- بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، (٤٩٤/٤).

(٣) يُنظر: الزَّبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزَّاق الحسيني، الملقّب بمرتضى، (ت١٢٠٥هـ): «تاج العروس من جواهر القاموس»، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية (٢٩٨/٢٦).

(٤) يُنظر: الدكتور سعدي أبو حبيب «القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا»، دار الفكر- دمشق، ط٢، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م، (٢٨٤/١).

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٨٠.

(٦) يُنظر: ابن فارس «مقاييس اللغة»، (٣١٩/٤).

وفي الاصطلاح: هو الإعسار بالنفقة، وقلة ذات اليد، والعجز الشرعي عن الإنفاق وعدم القدرة فِي الحال على أداء ما ترتب فِي الذمة من حقوق مالية لزوجته، فهو عدم القدرة على النفقة بمال ولا كسب، فبين الإعسار والإفلاس عموم وخصوص مطلق، فكل مفلس معسر، لا عكس، ويمكن القول إن المعسر بالنفقة الزوجية هو الشخص العاجز الذي لا يستطيع الوفاء لزوجته بما أوجبه الله لها من نفقة شرعية[1].

وإعسار الزوج إِنَّمَا يكون في ضربين:

١- الإعسار بالصداق.

٢- الإعسار بالنفقة، وهو موضوع بحثنا هذا.

(1) د. محمد يعقوب، أحكام النفقة الزوجية، ص٨٠. وانظر: النووي، روضة الطالبين (١٧٥/٩)، الخرشي، شرح مختصر خليل (١٩٨/٤).

المبحث الأول

الأقوال في المسألة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

أقوال الفقهاء

تحرير محل النزاع:

(أ) **صورة المسألة:** إذا أعسر الزوج بالنفقة الواجبة عليه فهل للزوجة حق في طلب التفريق؟ وهل للقاضي النظر في هذا الطلب وإعطائها حق التفريق؟

(ب) يمكن أن نحرر محل النزاع بما يلي:

١- اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة إذا تجمَّدت على زوجها- بأن أنفقت على نفسها- ثم طلبت منه تلك النفقة، وكان الزوج عاجز ولا يقدر على أدائها، لا يحق لها طلب الفسخ، وليس للقاضي فسخ عقد النكاح.

٢- واتفقوا أيضًا على أن الزوجين إذا كانا موسرين، وكان الزوج ينفق نفقة الموسرين، ثم عجز عن نفقة الموسرين، أو كان ينفق نفقة المتوسطين، ثم عجز عن نفقة المتوسطين فإنه لا حق للزوجة في طلب التفريق بسبب إعسار زوجها عن هذين النوعين من النفقة؛ لأن الواجب عليه نفقة المعسرين، والقدر الزائد عن نفقة المعسرين يسقط بالإعسار[١].

٣- واتفق الفقهاء على وجوب النفقة على الزوج لزوجته إذا كان قادرًا[٢].

٤- واتفقوا أيضًا على عدم التفريق بين الزوجين إذا رضيت الزوجة إذا لم ينفق عليها بسبب إعساره[٣].

٥- واختلف الفقهاء إذا أعسر وعجز الزوج عن نفقة زوجته، وكان عجزه على قدر نفقة المعسرين، فهل للقاضي أن يفرق بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك؟

---

(١) القرافي، الفروق (١٤٥/٣)، الخرشي، شرح الخرشي (١٩٦/٤)، الشربيني، مغني المحتاج (٤٤٢/٣)، الحجاوي، الإقناع (١٣٦/٤)، ابن قدامة، المغني (٣٦٢/١١). وانظر: أحكام الإعسار المالي في الفقه الإسلامي، فضل الرحيم بن محمد عثمان، ص٤٤٠-٤٤١.

(٢) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد (٥١/٢).

(٣) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (٥٠١/٩).

اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: عدم التفريق بسبب إعسار الزوج عن النفقة. وهو مذهب الحنفية، وقول للإمام الشافعي، ورواية عن أحمد اختارها ابن الخرقي وابن القيم وغيرهم، ومذهب ابن حزم الظاهري، وهو قول عطاء والزهري والثوري[١].

فالأحناف لا يثبتون هذا الحق للمرأة، بل إن أبا حنيفة كان يقول: إنّ الزوجة هي غريم من الغرماء لا يفرق بين بينهما ويؤخذ بالنفقة، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر.

جاء في الاختيار: ومن أعسر بالنفقة لم يفرق بينهما وتؤمر بالاستدانة وهي من التحّيل عليه؛ لأن في التفريق إبطال حقه وفي الاستدانة تأخير حقها، والإبطال أضرّ فكان دفعه أولى، فإذا فرض لها القاضي وأمرها بالاستدانة صارت دينًا عليه فيتمكن من الإحالة عليه والرجوع في تركته لو مات، ومعنى الاستدانة أن تشتري بالدين، وإذا قضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر تمم لها نفقة الموسر لأنها تختلف باختلاف الأحوال، وما فرض تقدير لنفقة لم تجب بعد فإذا تبدلت حاله فلها المطالبة بقدرها، وإذا مضت مدة ولم ينفق عليها سقطت إلا أن يكون قضي بها أو صالحته على مقدارها فيقضى لها بنفقة ما مضى لأن النفقة لم تجب عوضًا عن البضع، والمهر وجب عوضًا عنه[٢].

القول الثاني: يحق للزوجة المطالبة بفسخ النكاح. وهو قول جمهور العلماء، فهو قول مالك وعليه المذهب، وقول الشافعي وهو الأظهر في المذهب وقطع به الأكثرون، والمشهور عن الإمام أحمد وهو المذهب. وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، وأبي هريرة، وسعيد بن المسيب، وعبد الرحمن بن مهدي وإسحاق وربيعة[٣].

القول بالتفصيل:

المالكية أثبتوا حق اختيار الفرقة للمرأة إذا أعسر بالنفقة وأن يؤجل ثم يرفع ذلك للحاكم، وعلى الحاكم أن يجبها لذلك رفعًا للضرر، فيوقع له عليها طلقة واحدة رجعية.

---

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٣٤٩/٤)، العيني، البناية (٥٠٥/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٤٤٢/٣)، ابن قدامة، المغني (٣٦٤/١١).

(٢) يُنظر: ابن مودود الموصلي، عبد الله بن محمود البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت٦٨٣هـ): «الاختيار لتعليل المختار»، تعليقات: محمود أبو دقيقة، ط الحلبي- القاهرة، ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م، (٦/٤).

(٣) ابن جزي، القوانين الفقهية (ص٣٥٦)، الخرشي، شرح مختصر خليل (١٩٦/٤-١٩٨)، الشربيني، مغني المحتاج (٤٤٢/٣)، الإمام الشافعي، الأم (١٣٠٩/٥، ابن قدامة، المغني (٣٦١/١١)، البهوتي، كشاف القناع (٤٧٦/٥)، البيهقي، السنن الكبرى (٤٧١/٧).

قال ابن عبد البر: أمَّا إِذَا لو أعسر بالنفقة بعد الدخول أو بعد أن دعي إلى البناء فلم يجد شيئًا ينفق منه عليها وطلبت التفريق فُرّق بينهما إن طلبت ذلك، بعد أن يؤجله وبحسب ما يراه الحاكم، ولا يكون ذلك إلا أيامًا ثلاثة، أو جمعة، وقيل ثلاثين يومًا، وقبل شهرين، والتوقيت فيه يرجع إلى اجتهاد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها، والجوع لا صبر عليه، والفرقة بينهما تطليقة رجعية، فإن أيسر في عدتها فله رجعتها عن كان قد دخل بها ولا تلزمه نفقة ما أعسر فيه ولا تصح رجعته إلا باليسار[١].

أما الشافعية فقد اتفقوا مع الملاكية: وقوع الفرقة مع الإعسار لكنه يوجدُ هناك اختلافات بينهما، وذلك في بعض التفاصيل: كنوع الفرقة والأجل المضروب، وكما لو غاب الزوج فأثبتت المرأة إعساره، أوقع القاضي الفسخ.

قال صاحب البيان: وإذا ثبت إعسار الزوج، خُيرت بين ثلاثة أشياء: بين أن تفسخ النكاح، وبين أن تقيم معه وتمكنه من الاستمتاع به، ويثبت لها في ذمته ما يجب على المعسكر لا يلزمها أن تمكنه من نفسها، بل تخرج من منزله؛ لأن التمكين إنما يجب عليه ببذل النفقة[٢].

قال في المهذب: إِذَا ثبت لها الفسخ بالإعسار في النفقة واختارت المقام معه؛ ثبت لها في ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والأدم والكسوة ونفقة الخادم؛ فإِذَا أيسر طولب بها لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها، فإِذَا قدر طولب بها كسائر الديون ولا يثبت لها في الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر؛ لأنه غير مستحقه، وإن اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم؛ لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم، كالفسخ بالتعنين، وفي وقت الفسخ قولان: أحدهما: أن لها الفسخ في الحال لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت في الحال كفسخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن.

والثاني: أن يمهل ثلاثة أيام لأنه قد لا يقدر في اليوم ويقدر في غد ولا يمكن إمهاله أبدًا لأنه يؤدي إلى الإضرار بالمرأة والثلاث في حد القلة فوجب إمهاله وعلى هذا لها أن تخرج في هذه الأيام من منزل الزوج لأنها لا يلزمها التمكين من غير نفقة[٣].

ومذهب الحنابلة: أنها في حالة الإعسار بالنفقة تخير بين الفسخ والمقام معه.

قال ابن مفلح: إن أعسر الزوج بنفقتها، أو ببعضها، أو بالكسوة خُيرت بين فسخ النكاح، والمقام، وتكون النفقة دينًا في ذمته، فإِذَا اختارت المقام، ثم بدا لها الفسخ فلها،

---

(١) يُنظر: ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم (ت٤٦٣هـ): «الكافي في فقه أهل المدينة»، تحقيق: محمد محمد أحيد، الرياض الحديثة- الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، (٦/٤).

(٢) يُنظر: سالم العمراني، «البيان في مذهب الإمام الشافعي»، (٢٢٤/١١).

(٣) يُنظر: الشيرازي، «المهذب في فقه الإمام الشافعي»، (١٥٤/٣).

وإن غاب ولم يترك لها نفقة، ولم تقدر على مال له، ولا الاستدانة عليه، فلها الفسخ إلا عند القاضي، فيما إذَا لم يثبت إعساره، ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم[1].

الاستنتاجات في اختلاف المذاهب في الفُرقة:

أولاً: الأحناف:

١- لا يذهبون إلى اختيار الفرقة؛ فليس لها الحق عند الإعسار فسخ.
٢- يأمرها القاضي أو الحاكم فقط بالاستدانة على زوجها إلى أن يوسر.

ثانيًا: المالكية:

١- للمرأة حق الاختيار في الفرقة بالإعسار.
٢- تقع الفرقة بإذن الحاكم أو القاضي.
٣- الفرقة تكون طلاقًا رجعيًا وليس فسخ.
٤- لا يفرق الحاكم بينهما حتى يضرب الأجل وهو سنة أو حسب ما يراه.

ثالثًا: الشافعية:

١- يذهبون إلى وجوب الفرقة بالإعسار بالنفقة والمهر، وأن لها خيار الفسخ.
٢- الفرقة بالإعسار تقع عندهم فسخًا وليس طلاقًا.
٣- لا تقع الفرقة عندهم إلا بأمر الحاكم.
٤- للقاضي أن يمهله ثلاثة أيام أو يعجل بالفرقة وذلك حسب التعذر.

رابعًا: الحنابلة:

١- إذَا أعسر بالنفقة تخير بين الفسخ أو المقام معه.
٢- تقع الفرقة فسخًا ولا تقع طلاقًا.
٣- لا تقع الفرقة إلا بحكم الحاكم في كل الأحوال.

---

(١) يُنظر: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: ٨٨٤هـ): «المبدع في شرح المقنع»، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، (١٦٠/٧).

المطلب الثاني

موقف القانون الكويتي من التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج

أ – أخذ القانون الكويتي بمذهب الجمهور- المالكية والشافعية والحنابلة- في جواز التفريق بين الزوجين إذا أعسر الزوج عن النفقة بناءً على طلب الزوجة.

جاء في المادة (١٢٠) ما نصه:

«إذا أثبت الزوج إعساره، أو كان غائبًا في مكان معلوم، أو محبوسًا، وليس له مال ظاهر، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر، ولا تتجاوز ثلاثة أشهر، مضافًا إليها المواعيد المقررة للمسافة، ليؤدي النفقة المذكورة، فإن لم ينفق طلقها عليه»[١].

ب- وجاء في المادة (١٢١) ما يلي:

أن تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا.

وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت للمحكمة إيساره، بحيث يقدر على مداومة نفقتها، واستعد للإنفاق[٢].

ج- وجاء في المادة (١٢٢) أنه:

إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الإنفاق أكثر من مرتين، وطلبت الزوجة التطليق للضرر طلقها القاضي عليه بائنًا[٣].

المطلب الثالث

المقارنة بين أقوال الفقهاء وما أخذ به القانون الكويتي

المقارنة بين أقوال الفقهاء وقانون الأحوال الشخصية الكويتي في الإجراءات التي نصوا عليها في حال طلب الزوجة التفريق بسبب إعسار زوجها عن النفقة وعلى اختلاف بينهم بتطبيق الإجراءات على النحو التالي:

أولاً: أن أصحاب القول الأول، وهم الحنفية ومن معهم من الفقهاء، قد انتهجوا منهجًا خاصًا في الإجراءات الواجب اتباعها، وبيان ذلك:

١- أنه إذا أعسر الزوج بالنفقة على زوجته ورفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق لم يُفرق بينهما[٤].

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي، ص٤٤.
(٢) المصدر السابق، ص٤٤.
(٣) المصدر السابق، ص٤٥.
(٤) فتح القدير لابن الهمام (٣٤٩/٤)، البناية للعيني (٥٠٥/٥).

٢- تؤمر الزوجة بالاستدانة على الزوج، ويُقصد بالاستدانة أن تشتري الزوجة طعامًا على أن يؤدي الزوج ثمنه[١].

٣- بل إن الظاهرية- وهم ممَّن قال بهذا القول- لم يقفوا على هذه الإجراءات بل نصوا على أن الزوجة إذا كانت غنية وأعسر زوجها عن النفقة كُلِّفت بالإنفاق عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر[٢].

- وجه المقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي:

أنه لا وجه للمقارنة بين هذا القول، وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وذلك واضح من نص المادة (١٢٠) حيث نصت على أنه إذا ثبت إعسار الزوج عن النفقة فإن للقاضي حق التفريق.

ثانيًا: أما أصحاب القول الثاني، وهم المالكية والشافعية والحنابلة، فنجد أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد أخذ بقولهم بالجملة على اختلاف في بعض الشروط والقيود التي يمكن عقد الإجراءات بالمقارنة بما يلي:

١- أن يجوز للمرأة طلب التفريق بسبب إعسار الزوج عن النفقة، ويحق للقاضي إجابة طلبها والتفريق بينهما، وهذه الفقرة موطن اتفاق بين أصحاب هذا القول وما أخذ به القانون الكويتي. إلا أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد وضع شروطًا واضحة من نص المادة (١٢٠) على هذا الحق، وهي كالتالي:

أ – أن يثبت إعسار الزوج، أو كان غائبًا في مكان معلوم، أو محبوس، وليس له مال ظاهر.

هذه المادة قد اتفق عليها أصحاب القول الثاني، إلا أن المالكية والحنابلة ذهبوا إلى أنه بمجرد الامتناع عن النفقة، حتى لو كان الزوج موسرًا وممتنع عن النفقة، فلها الحق في طلب التفريق. وأما الشافعية فنجد أنهم يشترطون ثبوت إعسار الزوج عن النفقة، فالتفريق عندهم الإعسار والعجز، فأما الممتنع عن الإنفاق مع القدرة عليه ليس بمعسر عندهم. فاختلفوا عن المالكية والحنابلة بأن علة التفريق هي ذات الامتناع، وأما ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي وقول الشافعية فالعلة ذات الإعسار، فإن لم يثبت عسره فلا تفريق بينهما[٣].

ب- اشتراط عدم وجود المال الظاهر للزوج:

---

(١) المصدرين السابقين.
(٢) المحلى لابن حزم (٩٢/١٠).
(٣) مواهب الجليل للحطاب (٥٦٤/٥)، مغني المحتاج للشربيني (٤٤٢/٣)، المغني لابن قدامة (٣٦١/١١).

وهذا الشرط لا خلاف بين أصحاب القول الثاني وما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي من اشتراط عدم المال الظاهر للزوج، فإذا كان عنده مال ظاهر أخذت النفقة منه.

ج- أن القاضي يمهل الزوج مدة لا تقل عن شهر، ولا تتجاوز ثلاثة شهور:

وهذا الشرط بناءً على مذهب المالكية حيث يجري على التلوم والانتظار للمعسر باجتهاد القاضي، مدة لينفق على زوجته وتُقدر بشهر أو شهرين ويُزاد له في المدة إلى ثلاثة أشهر[١].

وأما الشافعية فقد اختلفا في وقت الفسخ على قولين:

القول الأول: أن لها الفسخ في الحال قياسًا على البيع.

والقول الثاني: أنه يُمهل ثلاثة أيام[٢].

وأما الحنابلة فلم يحددوا مدة معينة بل نصوا بأن يُمهل مدة يسيرة، وهم بهذا يوافقون المالكية بأن الأمر يرجع إلى القاضي[٣].

د – نص قانون الأحوال الشخصية في المادة (١٢١) أن التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيًا:

وهذا موافق لقول المالكية الذي أصل قانون الأحوال الشخصية الكويتي يستمد منه مواده[٤].

وأما الشافعية والحنابلة فإنه خلاف ما نصت عليه المادة (١٢١) حيث أن الفُرقة عندهم تقع فسخًا وليس طلاقًا.

هـ - علم الزوجة بإعسار الزوج قبل العقد:

وهذا الشرط أخذ به المالكية، وقول عند الحنابلة اختاره ابن القيم الجوزية[٥]، ولم يتعرض القانون الكويتي لهذه المسألة مع أنه استمد أحكامه فيها من المذهب المالكي، وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة ولم يشترطوا هذا الشرط، وعليه فرضى الزوجة أو علمها بإعسار الزوج لا يُسقط حقها في طلب التفريق[٦].

---

(١) المدونة للإمام مالك (١٨٠/٢)، مواهب الجليل للحطاب (٥٦٤/٥).
(٢) المهذب للشيرازي (١٩٥/٢)، أسنى المطالب للأنصاري (٤٤٠/٣).
(٣) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى للبهوتي (٢٥٢/٣).
(٤) القوانين الفقهية لابن جزي، ص٣٥٦.
(٥) مواهب الجليل للحطاب (٥٦٤/٥)، زاد المعاد لابن القيم (٢١٧/٤).
(٦) مغني المحتاج للشربيني (١٨١/٥)، أسنى المطالب للأنصاري (١٤١/٣)، الإنصاف للمرداوي (٣٨٧/٩).

المبحث الثاني
أدلـة الأقــوال

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

أدلة أصحاب القول الأول

استدل أصحاب القول الأول بأدلة من المنقول والمعقول، منها:

١- استدلوا بقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾[١].

فقوله: (لا يكلف الله نفسًا إلا ما آتاها) يدل على أن من لم يقدر على نفقة زوجته إنه غير مكلّف بالإنفاق في هذه الحالة، وإذا كان غير مكلف بالإنفاق لم يجز التفرق بينه وبين زوجته لأجل عجزه عن شيء لم يوجبه الله على الزوج.

ومما يقوي ذلك قوله تعالى بعد ذلك: (سيجعل الله بعد عسر يسرًا) فإنه يدل على أنه لا يُفرّق بين الزوجين لأجل الإعسار بالنفقة، لأن المعسر يُرجى له اليسار[٢].

٢- حديث جابر بن عبد الله- رضي الله عنهما- قال: (دخل أبو بكر يستأذن رسول الله ج فوجد الناسَ جلوسًا ببابه، لم يُؤذن لأحد منهم، قال فأُذن لأبي بكر فدخل، ثم أقبل عمر فاستأذن فأُذن له، فوجد النبيَ ج جالسًا حوله نساؤه، واجمًا[٣] ساكتًا قال: فقال: لأقولن شيئًا أُضْحِك رسول الله ج فقال: يا رسول الله: لو رأيتُ بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فوجأت[٤] عنقها، فضحك رسول الله وقال: هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن والله لا نسأل رسول الله شيئًا أبدًا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرًا... الحديث)[٥].

---

(١) سورة الطلاق، الآية ٧.
(٢) ابن القيم، زاد المعاد (٥١٨/٥).
(٣) الواجم: هو الذي اشتد حزنه حتى أمسك عن الكلام، شرح النووي على صحيح مسلم ٨١/١٠.
(٤) وجأ يجأ بمعنى طعن يطعن، أي طعنت عنقها. المرجع السابق ٨١/١٠، ٨٢.
(٥) صحيح مسلم ٨٠/١٠، ٨١، كتاب الطلاب باب بيان أن تخييره امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية.
حفصة هي: أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب العدوية، وُلدت قبل المبعث بخمس سنين، هاجرت إلى المدينة، وتزوجها رسول الله ج سنة ثلاث من الهجرة على الراجح، روت عن النبي ج أحاديث وعن عمر، توفيت في جمادى الأولى سنة (٤١هـ) يوم بايع الحسن بن علي معاوية، وقيل غير ذلك. يُنظر: أسد الغابة لابن الأثير ٤٢٥/٥، ٤٢٦، والإصابة لابن حجر ٥٨١/٧-٥٨٣.

قالوا: فهذا أبو بكر وعمر يضربان ابنتيهما بحضرة رسول الله ج إذ سألتاه نفقة لا يجدها، ومن المحال أن يضرب أبو بكر وعمر طالبتين الحق، ويُقِّرهما رسول الله على ذلك، فدل ذلك على أنه لا حق لهما فيما طلبتاه من النفقة حال الإعسار، وإذا كان طلبهما لها باطلاً كيف تُمكَّن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه، ولا يحل لها[١].

٣- إن الصحابة رضوان الله عليهم كان فيهم الموسر والمعسر، بل إن معسريهم كانوا أكثر من موسريهم ومع ذلك فلم يثبت عن النبي ج أنه فرّق بين زوجين بسبب إعسار الزوج عن النفقة فدل ذلك على عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب إعسار الزوج بالنفقة اقتداءً بالصحابة رضوان الله عليهم[٢].

٤- استدلوا باستصحاب الحال، وذلك أن عصمة الزوج لزوجته ثبت بالإجماع، فلا تنحل إلا بالإجماع، أو بدليل من الكتاب أو السنة لا القياس[٣].

٥- سُئل عطاء بن أبي رباح عمن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة فقال: ليس لها إلا ما وجدت، ليس لها إلا ما وجدت، ليس لها أن يطلقها.

وروى حماد بن سلمة عن جماعة عن الحسن البصري أنه قال فِي الرجل يعجز عن نفقة امرأته قال: تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها ما استطاع.

وعن سفيان الثوري فِي المرأة يعسر زوجها بنفقتها، قال: هي امرأة ابتليت فلتصبر ولا تأخذ بقول من فرق بينهما.

وقال معمر: بلغني عن عمر بن عبد العزيز مثل قول الزهري- أي عدم التفريق بين المعسر وزوجته-[٤].

ووجه الدلالة من هذه الآثار أنها لكبار التابعين حيث لا يجيزون التفريق بين الزوج المعسر وبين زوجته بل يرون أن على الزوجة أن تصبر حتى تتيسر حال زوجها فوجب اتباعهم رضي الله عنهم[٥].

---

(١) زاد المعاد لابن القيم ٥١٨/٥، ٥١٩، نيل الأوطار للشوكاني ١٣٤/٧.
(٢) زاد المعاد ٥١٩/٥.
(٣) تهذيب الفروق للشيخ محمد علي ١٨٢/٣، أحكام الإعسار المالي، ص٤٤٦.
(٤) مصنف عبد الرزاق الصنعاني ٩٥/٧ وما بعدها.
(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير (٣٥١/٤-٣٥٢).

المطلب الثاني

أدلة أصحاب القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة من المنقول والمعقول، منها:

١- استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[١]. قالوا قد جعل الله الزوج في حق الزوجة أحد الأمرين: إما أن يُمسك زوجته بالمعروف، وذلك بالإنفاق عليها وحُسن المعاشرة وعدم الإضرار بها، أو يتركها ويخلي سبيلها، وقد تعذّر الإمساك بالمعروف عند إعسار الزوج بنفقة زوجته، فتعين التسريح بإحسان وهو الفرقة بين الزوجين[٢].

٢- حديث أبي هريرة ط عن النبي ق قال: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، قال: ومن أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك تقول: أطعمني وإلا فارقني، خادمك يقول: أطعمني واستعملني، ولدك يقول إلى من تتركني»[٣].

موضع الشاهد في الحديث قوله ق: «امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني» فقد قال ذلك ق حكاية عن المرأة، وقد أقرّ ذلك، فدل على أنه تُشرع للمرأة الفرقة عند إعسار زوجها بالنفقة، وهي سنة تقريرية[٤].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٢) الفروق للقرافي ١٤٦/٣ ومعه تهذيب الفروق للشيخ محمد علي ١٨٢/٣، الإقناع للشربيني ١٩٢/٣، مغني المحتاج للشربيني أيضًا ٤٤٢/٣، الكافي لابن قدامة ٣٦٧/٣، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٧/٦.

(٣) المسند لأحمد ٥٢٧/٢، ط: المكتب الإسلامي، وسنن الدارقطني ٢٩٥/٣-٢٩٧ برقم ١٩٠ كتاب النكاح باب المهر، واللفظ له، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٧٠/٧-٤٧١، كتاب النفقات باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، وحسّنه الحافظ في بلوغ المرام ص٢٤١، وصححه المجد في المنتقى ٦٦٧/٢، ثم اختلف علماء الحديث في قوله: (امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني.. هل هو من قوله ق أو من قول أبي هريرة، فرواه الدارقطني مرفوعًا إلى النبي ق ورواه أحمد والبيهقي مرة مرفوعًا من قول النبي ق ومرة من قول أبي هريرة موقوفًا، ورواه البخاري في صحيحه من قول أبي هريرة، فمن العلماء من رجح رفعه واستدل به على جواز الفرقة بالنفقة، ورجح الآخرون- منهم الحافظ- إلى أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة استنادًا إلى رواية البخاري، وهذا أظهر. انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر ٤١٠/٩-٤١١، وزاد المعاد لابن القيم ٥٢٠/٥، سبل السلام للصنعاني ٤٢٢/٢، والتعليق المغني على سنن الدارقطني لأبي الطيب ٢٩٦/٣.

(٤) الفروق للقرافي ١٤٦/٣، ومعه تهذيب الفروق للشيخ محمد علي ١٨٢/٢-١٨٣، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٧/٦، كشاف القناع للبهوتي ٤٧٦/٥.

٣- حديث أبي هريرة ط أن النبي ق (قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يُفرَّق بينهما)[١].

٤- ما رواه الإمام الشافعي قال: أخبرنا مسلم بن خالد بن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب ط كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا[٢].

ووجه الدلالة من فعل عمر ط أنه لم يجد لهم أموالاً يأخذ عنها كنفقة لنسائهم فكتب إلى أمراء الأجناد أن يطلبوا منهم النفقة إن وجدوها وإن لم يجدوا فيطلبوا منهم أن يطلقوا، فهذا يدل على أن للحاكم أو القاضي أن يفرق بين الزوجين إذا لم يجد الزوج ما ينفقه على زوجته وطلبت هذه الزوجة التفريق[٣].

٥- بما روى سعيد بن منصور عن سفيان بن عيينة عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت: سُنَّة؟ قال: سُنَّة[٤].

ووجه الدلالة من هذا الأثر أن قول سعيد بن المسيب ط أن التفرق سُنَّة إذَا لم يجد الزوج ما ينفقه على زوجته فإن هذا القول ينصرف إلى سُنَّة رسول الله ق، فإذَا كانت سُنَّة الرسول ق التفرق بين الزوج المعسر وبين زوجته فإنه وجب الامتثال لسُنَّة الرسول ق[٥].

٦- أن الإجماع منعقد على أنه للقاضي أن يفرق بين الزوجين عند ثبوت عيب من العيوب في الزوج كالعنة والجب إن طلبت الزوجة هذا التفريق وذلك للضرر الذي يلحقها من وجود هذا العيب في زوجها والمتمثل في نقص الاستمتاع بالعجز عن الوطء، ولا شك أن في عدم إنفاق الزوج على زوجته من الضرر للزوجة ما يوفق بكثير الضرر الذي يلحقها من وجود أحد العيوب المذكورة لأن البدن يبقى بلا وطء ولا

---

(١) سنن الدارقطني ٢٩٧/٢، كتاب النكاح باب المهر برقم ١٩٤، والسنن الكبرى للبيهقي ٤٧٠/٧، كتاب النفقات باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، وقد اختلف في رفع هذا الحديث إلى النبي ق فرفعه البيهقي وابن الجوزي اعتمادًا منهما على سياق الدارقطي، وذلك أنه روى الدارقطني بسنده عن أبي هريرة مرفوعًا: (المرأة تقول لزوجها أطعمني أو طلقني...) ثم روى بسنده عن سعيد بن المسيب أنه قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما، ثم أخرج الدارقطني بسنده عن أبي هريرة عن النبي ق بمثله). فظن البيهقي وابن الجوزي أن المراد بمثله هو رواية سعيد بن المسيب.

(٢) يُنظر:

(٣) الأم ٩١/٥.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٩٦/٧.

(٥) المغني مع الشرح ٢٤٤/٩، مغني المحتاج ٤٤٢/٣.

يبقى بلا قوت فإن وجود العيب في الزوج لا يفوت إلا المتعة أو كمالها، أما عدم الإنفاق فإنه يفوت الكل لن الإنسان لا يستطيع العيش بدون النفقة التي توفر له الأكل والشرب، فلما كان الضرر من عدم الإنفاق أشد منه في العيوب فإن التفريق بسببه يكون أَوْلى[1].

٧- القياس على الحيوان والرقيق فإن من أعسر بالنفقة أُجبر على بيعها اتفاقًا حتى لا يموتا جوعًا تحت يده، فيقاس عليهما الزوجة بان يفسخ نكاحها حتى لا تتعرض إلى الموت تحت يده لعدم قدرته على الإنفاق عليها[2].

(١) المغني مع الشرح ٢٤٤/٩، بداية المجتهد ٣٩/٢.
(٢) فتح الباري ٤١٣/٩.

المبحث الثالث

المناقشة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول

١- مناقشة ما استدلوا به من النصوص الشرعية:

- النصوص الشرعية التي استدل بها أصحاب القول الأول نصوص قرآنية وأحاديث نبوية، فأما النصوص القرآنية فقد استدلوا بثلاث آيات قد أجاب عن وجه الاستدلال بها أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- أجابوا عن استدلال أصحاب القول الأول بقوله تعالى: «لينفق ذو سعة من سعته...» الآية، وقالوا: إن الآية في غير محل النزاع، فإنها فيمن له رزقًا، إلا أنه قليل، بدليل قوله: «فلينفق مما آتاه الله» فهذا عنده ما ينفقه؛ ولذا قوبل به من وسع عليه رزقه بقوله: «لينفق ذو سعة من سعته» فالآية تصلح حجة على من طلبت من الزوجات أن ينفق الزوج المقتر عليها، نفقة الموسع عليه، فهذه لا تجاب إلى مطلوبها، وليست الآية فيمن نحن فيه، فأين الدليل فيها على أن المرأة إذًا لا طلب نفقة ولا طلاقًا، فهذا لا تدل عليه الآية لا مطابقة ولا تضمنًا ولا التزامًا[١].

٢- مناقشة ما استدلوا به من السنَّة:

١- نوقش حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف لا يُحتج به؛ فإنه من رواية أبو الزبير عن جابر وهو مدلس وقد عنعن ولم يُصرح بالسماع فِي هذا الحديث[٢]. ولذا رده ابن حزم رحمه الله تعالى: «وأما نحن فلا نحتج عن رسول الله ج بما رواه أبو الزبير عن جابر ولم يقل فيه: سمعته منه»[٣].

الوجه الثاني: بأن زجر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ابنتيهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله ج لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الإعسار، وأيضًا ليس فِي الحديث أنهن طلبن الفُرقة ولم يُجبن إليها، وهذا ليس داخل فِي محل النزاع، بل محل النزاع هل يجوز فسخ عقد النكاح بسبب إعسار الزوج ومطالبة الزوجة بذلك أم لا[٤].

---

(١) الصنعاني، المسألة الثاقبة الأنظار في تصحيح أدلة فسخ امرأة المعسر بالإعسار، ص٥١٩.
(٢) ابن حزم، المحلى (٢٦١/٩)، الإشبيلي، الأحكام الوسطى (١٨٠/٣).
(٣) ابن حزم، المحلى (٢٦١/٩).
(٤) الشوكاني، نيل الأوطار (١٣٤/٧)، المطيعي، تكملة المجموع للنووي (٢٧٠/١٨).

مناقشة الدليل الثالث:

نوقش بأن عدم النقل عن الصحابة ليس نقلاً للعدم، فإِذَا لم يصح أن امرأة طلبت الفسخ لإعسار زوجها، ومنعها من ذلك، فلا يصح استدلالهم بهذا[١].

مناقشة الدليل الرابع:

أجابوا عنه بأننا لم نقل بحل عصمة الزوج الثابتة بالإجماع إلا بدليل من الكتاب والسُّنَّة، منها قوله تعالى: ، والإمساك على الجوع ليس من المعروف فيتعين التسريح[٢].

مناقشة الدليل الخامس: مناقشة ما استدلوا به من الآثار:

نوقش ما استدل به أصحاب القول الأول من أقوال التابعين بأنه وُجدت أقوال تخالفهم فسقط الاستدلال لأن الحجة فيما اجتمعوا عليه لا ما اختلفت أقوالهم فيه، كما أن هناك من الصحابة من نسب لهم القول بجواز التفريق كما مرَّ معنا فِي عرض الأدلة[٣].

المطلب الثاني

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مناقشة ما استدلوا به من القرآن والسنة:

أجاب أصحاب القول الأول عن أدلة أصحاب القول الثاني بما يلي:

أ – نوقشت الآية من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن هذه الآية ليست فيها دلالة على التفريق بين الزوجين عند إعسار الزوج بنفقة زوجته؛ فهي لم تتعرض للتفريق بين الزوجين بسبب إعسار الزوج[٤].

الوجه الثاني: أنه ليس فيها دلالة على أن إمساك الزوج المعسر لزوجته إمساك بغير معروف أو أنه فيه إضرار للزوجة لأن الزوجة بإمكانها أن تستدين على زوجها فيرتفع الضرر[٥].

---

(١) الصنعاني، المسألة الثاقبة، ص٥٢١.
(٢) تهذيب الفروق للشيخ محمد علي (١٨٢/٣)، أحكام الإعسار المالي، ص٤٤٦.
(٣) ابن القيم، زاد المعاد (٥١٦/٥).
(٤) د. أحمد بن عبد الله اليوسف، أسباب انحلال العقود غير المالية، (٤٦٥/١).
(٥) السرخسي، المبسوط (١٨٧/٥).

الوجه الثالث: أن لفظ التسريح من صيغ الطلاق، والطلاق يكون بيد الزوج لا بيد الزوجة، ولا يقال له فسخ، فالآية لا يصح الاستدلال بها في هذه المسألة، لأن الفُرقة هنا طلب يكون من قِبَل الزوجة لا من قِبَل الزوج[١].

ب- أجابوا عمَّا استدلوا به من السنة بما يلي:

١- حديث أبي هريرة ط أن النبي ق قال: «خير الصدقة ... ... أطعمني أو فارقني...».

نوقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن موضع الشاهد في الحديث «امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني...» ليس من كلام النبي ق، بل ذلك من قول أبي هريرة ط والدليل على ذلك رواية البخاري في صحيحه، عن أبي هريرة ط قال: قال النبي ق: أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما تطعمني، وإما تطلقني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني؟ قالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا عن رسول الله ق ؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة»[٢].

فهذه الرواية صريحة في أن هذه الزيادة- تقول المرأة... التي هي موطن الشاهد، ليست مرفوعة للنبي ق بل هي من قول أبي هريرة ط، فبطل الاحتجاج به[٣].

الوجه الثاني: لو سلمنا بصحة رفع هذه الزيادة فإنه ليس فيه دلالة على التفريق بسبب إعسار الزوج وذلك أن أبا هريرة ط حكى قول المرأة، ولم يقل أن ذلك هو الواجب في الحكم[٤].

الوجه الثالث: ولو سلمنا بصحة رفع هذه الزيادة أيضًا، فإن الحديث وارد فيمن لا ينفق على زوجته، ولديه قدرة على النفقة، ولا خلاف أن الفُرقة في هذه الصورة غير مستحقة[٥].

٢- مناقشة الحديث الثاني:

أجابوا عنه بأنه حديث ضعيف منكر فبطل الاستدلال به[٦].

---

(١) تقرير الشيخ عوض على الإقناع للشربيني (١٩٢/٢)، فضل الرحيم بن محمد، أحكام الإعسار، ص٤٤٧.
(٢) صحيح البخاري (٤١٠/٩).
(٣) ابن حزم، المحلى (٢٥٧/٩)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٣٠٩/٣).
(٤) المصدرين السابقين.
(٥) ابن التركماني، الجوهر النقي (٤٧١/٧).
(٦) ابن القيم، زاد المعاد (٥٢٠/٥).

قال ابن عبد الهادي / تعالى: «هذا حديث لم يخرجه أحد من أصحاب الكتب الستة، وهو حديث منكر»[١].

الفرع الثاني: الإجابة عن آثار الصحابة والتابعين:

١- نوقش ما وري عن عمر بن الخطاب ط: بأن خطاب عمر ط في حق الموسر القادر على النفقة، وليس في قول عمر ط بيان حكم المعسر بنفقة الزوجة، ومما يدل على أنه خاطب بذلك القادرين على النفقة: أمره بأن يرسلوا بالنفقة الماضية إِذَا طلقوا نسائهم، والمعسر لا يقدر على إرسال النفقة، فبطل الاستدلال بهذا الأثر[٢].

٢- نوقش أثر سعيد بن المسيب / من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: لا نسلم بصحة هذا الأثر عن سعيد بن المسيب فيمن عجز عن نفقة زوجته وذلك أنه قد اضطرب المروي عنه في ذلك، فقد روي عنه قولان:

أحدهما: يجبر على مفارقتها، **والثاني:** يُفرّق بينهما، وهما قولان مختلفان، فأيهما كان هو السنة، كان الثاني خلال السنة بلا شك، وعلى هذا يبدل قوله سنة، لاضطرابه ومخالفة بعضه بعضًا[٣].

الوجه الثاني: أنه مرسل، الحديث المرسل ليس بحجة، فسقط الاستدلال به[٤].

الوجه الثالث: أن قول سعيد بن المسيب سُنَّة ليس المراد منه سُنَّة النبي ق، فإن السُّنَّة تطلق أيضًا على سُنَّة الصحابة ن ، وهنا لم يصرح سعيد بن المسيب بأنها سُنَّة رسول الله ق وهو تابعي، فيكون قصده من قوله سُنَّة أن الحكم بهذه الصورة سُنَّة المتقدمين وطريقتهم، وليس قصده سُنَّة النبي ق فبطل الاستدلال بهذا أيضًا[٥].

الفرع الثالث: مناقشة ما استدلوا به من المعقول:

أ – نوقش قياس الإعسار على الجب والعنة في التفريق بين الزوجين، بأنه قياس مع الفارق، من وجهين:

الوجه الأول: أن الاستمتاع والتناسل أمران مقصودان من النكاح أصالة، بخلاف المال فإنه ليس مقصودًا لذاته في النكاح بل هو تابع، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود، جوازها بالعجز عن التابع هو النفقة[٦].

---

(١) تنقيح التحقيق (٢٥٢/٣).
(٢) ابن حزم، المحلى (٢٥٧/٦)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٣٠٩/٣-٣١٠).
(٣) ابن حزم، المحلى (٢٥٨/٩)، ابن الهمام، فتح القدير (٣٤٩/٤-٣٥١)، العيني، البناية (٥٠٥/٥-٥٠٦).
(٤) ابن حزم، المحلى (٢٥٨/٩)، ابن القيم، زاد المعاد (٥١٢/٥)، العيني، البناية (٥٠٥/٥).
(٥) ابن حزم، المحلى (٢٥٨/٩)، العيني، البناية (٥٠٥/٥)، ابن القيم، زاد المعاد (٥١٢/٥).
(٦) السرخسي، المبسوط (١٩١/٥، ١٩٢)، ابن الهمام، فتح القدير (٣٥١/٤)، العيني، البناية (٥٠٥/٥).

الوجه الثاني: أن النفقة تصير دينًا على الزوج، أما حق الاستمتاع فلا يصير دينًا على الزوج[١].

ب- نوقش القياس على الرقيق والحيوان بأنه قياس مع الفارق حيث أن إلزام المعسر ببيع الحيوان أو الرقيق اللذان يملكهما فيه إبطال حقه إلى خلف وهو الثمن فيستفيد من ثمنها بالبيع، أما التفريق بينه وبين زوجته ففيه إبطال لحقه كليةً لن هذا التفريق يكون بلا بدل أو ثمن يعوضه عن هذا الفرق ويستفيد منه[٢].

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق (٣٠٩/٣).
(٢) ابن الهمام، فتح القدير (٣٥١/٤)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٣١٠/٣).

المبحث الرابع

سبب الخلاف والترجيح

أولاً: سبب الخلاف في المسألة:

يمكن إرجاع الخلاف في المسألة إلى ثلاثة أسباب، وهي:

السبب الأول: تعارض الأدلة المثبتة للتفريق بين الزوجين بسبب إعسار الزوج عن النفقة والأدلة التي تدل على عدم التفريق بينهما بسبب إعسار الزوج عن النفقة، واختلافهم في العمل بها ورفع أوجه التعارض الظاهري بينها، من جهة ثبوتها ومن جهة دلالتها، كما هو واضح في المناقشة وعرض الأدلة.

السبب الثاني: أن أصحاب القول الثاني، وهم المالكية والشافعية والحنابلة، اعتبروا نفقة الزوجات واجبة بطريق المعاوضة عن الحبس، ولهذا قالوا: إن الإعسار بالنفقة يثبت للمرأة حق الفسخ تحقيقًا للعوضية[1].

وأما أصحاب القول الأول، وهم الحنفية، فاعتبروا أن النفقة واجبة بطريق الصلة لنفقة القريب، ولهذا قالوا: إنه ليس لها حق في فسخ عقد النكاح، ولا يثبت به إلا القدرة على مفارقة المنزل، والخروج للاكتساب أو الاستدانة على الزوج[2].

السبب الثالث: عارضة استصحاب الحال للقياس، فأصحاب القول الثاني استدلوا بالقياس ووجهه بأن قاسوا الإعسار بالنفقة على العجز عن الوطء بسبب العنّة، في حكم هو جواز الفسخ باختيار الزوجة، بجامع الضرر الواقع على الزوجة في كل منهما.

وأما أصحاب القول الأول فاستدلوا باستصحاب حال العقد قبل الإعسار بالنفقة- وثبوته بالإجماع- فكذا بعد الإعسار يكون ثابتًا، ما لم يرد دليل من كتاب أو سُنَّة أو إجماع يقتضي فسخه[3].

ثانيًا: الترجيح بين الأقوال:

الذي يترجح عندي بعد عرض الأدلة ومناقشتها، هو القول بعدم التفريق بسبب الإعسار بالنفقة؛ لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، لا سيما دليل استصحاب الحال، وهو استصحاب حال العقد قبل الإعسار بالنفقة، لا سيما أن أدلة أصحاب القول الثاني القاضية بالتفريق بين الزوجين غير ناهضة لإثبات هذا الحكم فبعضها غير ثابت، والبعض الآخر غير صريحة في الدلالة على التفريق، كما بيَّنا ذلك عند مناقشة أدلتهم، ولهذا يتضح ترجيح القول الأول لا سيما وأن معهم الأصل وهو أن لا يحل تحريم فرج أباحه الله للزوج، بغير دليل صريح صحيح، والله أعلم وأحكم، سبحانه العزيز العليم.

---

(1) تخريج الفروق على الأصول للزنجاني، ص٢٩٧، ٢٩٨.
(2) المصدر السابق.
(3) بداية المجتهد لابن رشد (٥٠/٢).

خاتمـــة

الحمد لله العليم الحكيم الذي وفقني لخدمة العلم والإسلام، ووفقني بأن أنتسب إلى العلم وأنظر إلى أقوالهم وأدلتهم التي يحتار القول لقوة حججهم وعلمهم وصلاحهم، فأسأل الله أن يجزيهم عنا خير الجزاء. فحينما كنت أجمع هذه المادة وأنظر إلى أدلتهم وأقوالهم أحمد الله على فضله عليّ فكانت السعادة تغمرني حينما أقضي الساعات المتتالية في النظر والكتابة في هذا البحث المتواضع، وها أنا أكتب بعد الانتهاء منه بتوفيق من الله وحده خاتمة مفصلة لهذا البحث التي جاءت على النحو التالي:

١- الفرقة بين الزوجين هي أن يحكم القاضي بين الزوجين بالانفصال وحل عقد النكاح.

٢- معنى إعسار الزوج عن النفقة هو عجزه عن ما أوجبه الله عليه من نفقة على زوجته.

٣- اتفق الفقهاء على وجوب النفقة إذا كان الزوج قادرًا.

٤- واتفقوا أيضًا على عدم التفريق بين الزوجين إذا رضيت الزوجة بعدم الإنفاق عند إعساره.

٥- واختلفا إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته، وكان عجزه على قدر نفقة المعسرين، والراجح عدم التفريق.

٦- واختلف الذين قالوا بالتفريق في نوع الفرقة لعدم الإنفاق؛ فالمالكية قالوا بأنها طلاق رجعي، وأما الشافعية والحنابلة فقالوا إنها فسخ فتكون بائنة منه.

٧- من عرض الأدلة والأقوال يتضح أن هذه المسألة مع أهميتها لم يرد بها نص صريح صحيح بالتفريق وأن أقوى ما يستدل لها هو ما استدل به أصحاب القول الأول من استصحاب عقد الزواج والله أعلم.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى ٨٨٤هـ): «المبدع في شرح المقنع»، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة والعشرون، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
- ابن الهمام، شرح فتح القدير، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
- ابن جزي الكلبي المالكي، القوانين الفقهية، تحقيق: محمد مولاي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، ط. الأولى، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م.
- ابن حجر، فتح الباري، دار المعرفة- بيروت، ١٣٧٩هـ.
- ابن حزم، المحلى، تحقيق: عبد الغفار البنداري، دار الكتب العلمية- بيروت.
- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥هـ): «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، دار الحديث- القاهرة، د. ط، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، المكتبة العصرية- بيروت، ط. الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م.
- ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم (ت٤٦٣هـ): «الكافي في فقه أهل المدينة»، تحقيق: محمد محمد أحيد، الرياض الحديثة- الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.
- ابن فارس أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت٣٩٥هـ): «مقاييس اللغة»، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر- بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م، (٤/٤٩٤).
- ابن قدامة، المغني، تحقيق: التركي والحلو، دار هجر، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.
- ابن مفلح، المبدع، دار عالم الكتب- الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

- ابن مودود الموصلي، عبد الله بن محمود البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (ت٦٨٣هـ): «الاختيار لتعليل المختار»، تعليقات: محمود أبو دقيقة، ط الحلبي- القاهرة، ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م.
- أحمد بن عبد الله بن محمد اليوسف، أسباب انحلال العقود غير المالية، دار التدمرية- الرياض- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- البهوتي، كشاف القناع، طبعة دار الكتب العلمية- بيروت، وطبعة عالم الكتب- بيروت.
- الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة- بيروت- لبنان.
- الخرشي، شرح الخرشي لمختصر خليل، دار الفكر- بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، طبعة دار الفكر- بيروت، وطبعة دار الكتب العلمية ١٤٢١هـ.
- الزَّبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزَّاق الحسيني، الملقّب بمرتضى، (ت١٢٠٥هـ): «تاج العروس من جواهر القاموس»، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، ط. الخامسة، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- سعدي أبو حبيب «القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا»، دار الفكر- دمشق، ط٢، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- الشافعي، الأم، دار المعرفة- بيروت، ١٩٩٠م.
- شرح الزركشي على مختصر خليل، دار الأفهام، تحقيق: الشيخ عبد الله بن جبرين، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.
- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر- بيرت، بدون طبعة، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

- الصنعاني، المجموع من رسائل الصنعاني، خرجه أحاديثه: أبو عبد الله إسماعيل ابن إبراهيم آل عضامي، مكتبة أولاد الشيخ للتراث- الجيزة- مصر، الطبعة الاولى، ٢٠٠٩م.
- الصنعاني، سبل السلام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الرابعة، ١٣٧٩هـ/١٩٦٠م.
- علي بن زكريا المنبجي، اللباب في الجمع بين السُّنَّة والكتاب، تحقيق: الدكتور محمد فضل، دار القلم- دمشق، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
- العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر- بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١١هـ/١٩٩٠م.
- فضل محمد عثمان، أحكام الإعسار المالي في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود- الرياض، ١٤١٤-١٤١٥هـ.
- قاسم النوري (محقق)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج- جدة- المملكة السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.
- القرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط. دار الكتاب العربي- القاهرة.
- الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي معض والشيخ عادل أحمد، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٠م.
- محمد بن الحسن الشيباني، كتاب الحجة على أهل المدينة، عالم الكتب، ط. الثالثة، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.
- محمد يعقوب طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية، دار الفضيلة، ط. الأولى، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٤م.
- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ط. الأولى، ١٤١٨هـ.
- النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى.
- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية.