مجلـــــة العلـــــوم التربـــــوية والدراســـــات الإنســـــانيــــة
ISSN: 2709-0302 (online)

Humanities and Educational Sciences Journal
ISSN: 2617-5908 (print)

ردُّ المهـر والتعويضـات المدنيــة في فسـخ الــزواج للكَرَاهِيَة في القانون اليمني والشريعة الإسلامية تأصيل شرعي وبيان الأساس القانوني(*)

د/ عبدالله محمد علي دبوان
أستاذ مساعد بكلية الحقوق - جامعة تعز

د/ أنس محمد شرف اليوسفي
أستاذ مساعد بكلية الحقوق - جامعة تعز

*) تاريخ تسليم البحث 16/9/2022 تاريخ قبوله للنشر 3/10/2022
*) موقع المجلة: http://hesj.org/ojs/index.php/hesj/index

ردُّ المهـر والتعويضـات المدنيـة في فسـخ الـزواج للكَرَاهِيَة في القانون اليمني والشريعة الإسلامية تأصيل شرعي وبيان الأساس القانوني

د/ عبدالله محمد علي دبوان
أستاذ مساعد بكلية الحقوق - جامعة تعز
د/ أنس محمد شرف اليوسفي
أستاذ مساعد بكلية الحقوق - جامعة تعز

ملخص البحث

فسخ عقد الزواج للكراهية حكم من القاضي بحل العقد بسبب بغض المرأة لزوجها لإضراره بها أو لتوسع الشقاق بينهما إلى الحد الذي تتعذر معه استمرار الحياة الزوجية أو لعدم توافق الطباع بينهما، وهو أمر جائز في القانون اليمني وفي مذهب بعض الفقهاء فيحق للزوجة طلب الفسخ ويحق للزوج أخذ عوض الفسخ بشرط الشقاق الذي تتعذر معه العشرة لإضرار من الزوج أو لنشوز وتمنع من الزوجة.

وقال أكثر فقهاء الشريعة والقانون المصري والمغربي لا يحل أخذ الزوج للعوض ديانة ولا قضاء إن كان سبب الشقاق من الزوج، ويجوز إذا كانت الزوجة هي الناشزة ولا تقصير من الزوج.

والزواج عقد مستمر وفسخه للكراهية يرتب إعادة الزوجين إلى ما كانا عليه، وهذا متعذر فلزم التعويض فيه، وذلك برد الزوجة المهر للزوج والذهب وتجهيزات العرس وما شرطه الولي، وتعويض الضرر المادي والمعنوي المحقق ولا يضاف عليه فارق العملة، كما لا ينقض الفسخ بعدم تمكن الزوجة من رد ما حكم عليها برده لتلفه أو لإعسارها؛ لتغليب المخارجة على المعاوضة، ويحكم القاضي بالرد للمهر المسمى ولو لم يطلب الزوج ولا يحكم بغيره إلا بطلب منه وتقديم دليل إثبات عليه. وأما النفقة السابقة فلا تسقط إن كان سبب الكراهية ضرار من الزوج وتسقط إن كان سببها نشوز الزوجة.

ولا ترد الزوجة شئياً مما سبق إن كانت الكراهية لسبب من الزوج وهذا السبب جعله القانون سبباً مستقلاً للفسخ، كعدم الانفاق أو الغيبة أو الحبس أو إدمان الخمر أو عدم الكفاءة في الدين والخلق أو عيب الجنون والجذام وعدم القدرة الجنسية.

والأصل الشرعي للفسخ أن الأمر من الله ورسوله صلى الله عليه وسلم يقتضي الوجوب، ولزوم سد ذريعة بقاء الزوجية برفع العقد لمنع اضرار ومفسدة بقائه، ولم يأخذ القانون بمذهب فقهي واحد وإنما جمع بين مذهب المالكية والزيدية والشافعية والإمام الشوكاني أخذ كل منها بطرف.

وأساس الفسخ القانوني هو استحالة التنفيذ لعدم وفاء الزوج بالتزامه بالعشرة الحسنة والكف عن الضرر أو لعدم طاعة الزوجة ونشوزها لعجزها عن التنفيذ في استمرار معاشرة من تبغضه ولا تطيقه، فلا تجبر على تنفيذ ذلك عيناً وإنما يلزمها التعويض.

الكلمات المفتاحية: ردُّ المهـر– التعويضـات المدنيـة– فسـخ الـزواج– تأصيل شرعي– الأساس القانوني

Returning the Dowry and Civil Compensations for Nulling Marriage Contract over Hatred in Yemeni Law and Islamic Shari'a: Legal Rooting and Legal Rooting Statement

Dr. Abdullah Mohammed Ali Dabwan
Associate Professor at College of Law - Taiz University

Dr. Anas Mohammed Sharaf Al - Yousofi
Associate Professor at College of Law - Taiz University

Abstract

The Marriage contract is nulled by a verdict issued by judge over hatred due to woman's aversion to her husband for harming her or for widening dissention between them to a degree that their marriage has become impossible or over disharmony of their temperaments. This issue is licit in Yemeni Law and in some religious sects. Accordingly, the wife has the right to ask for revoking the marriage contract. The husband has the right to take compensations for marriage termination provided that the dispute, which makes marriage impossible due to harm from the husband or disobedience and abstention from the wife.

Most of Shari'a jurists in Egypt and Morocco say it is illegal for husband neither to take compensation religiously or lawfully if the husband is behind dissention but it is legal if the wife is disobedient and there is no negligence from the husband.

Marriage is a lasting contract and its revocation requires making the couple return to their position before marriage. As this is impossible, compensation is obligatory; the wife shall give back the dowry, the gold and wedding costs to the husband and everything preconditioned by the wife's guardian. The husband shall be compensated for proved material and moral harm, yet exchanging rate is not included. However, wife's inability to repay what has been ruled to repay due to spoiled thing or her inability does not hinder revocation as making settlement better than compensation. The judge acts of returning the defined dowry even if the husband does not demand it and he may not get verdict other than it only by his request and must provide evidence. As for previous alimony, it is not omitted if reason of hatred is caused by impact from the husband but is omitted if the reason is wife's recalcitrance.

Yet, the wife is not obliged to give back anything of the aforementioned if it is due to the hatred of the husband. As a result of this, law makes this reason enough for nulling marriage such as the non-alimony, absence, wine addiction, inconformity of religion and morality, madness, leprosy or sexual inability.

Nevertheless, the legal fundamental of nullity is that the order of Allah and teachings of his messenger must be implemented as long as there is necessity of blocking the pretext of keeping the marriage. The contract should be revoked to avoid harms and blight of keeping it. The law did not consider one belief of any Jurist sect only but amalgamating rules from the doctrines of Maliki'ah, Zaidiah and Shafi'iah and the Scholar Shawkani took both of them distinctly.

The fundamental of legal nulling is the impossibility of implementation due to husband's negligence of honoring his pledges of conviviality and stopping harm or due to wife's disobedience for her inability on continuing cohabitation with the one whom she hates and cannot afford sleeping with him. She is not forced to do it in kind but she is obliged to compensate.

Keywords: Returning the Dowry, Civil Compensations, Nulling of Marriage, Legal Rooting, and Legal Rooting.

مقدمة:

يعد فسخ النكاح للكراهية أكثر أنواع الفسخ حدوثاً في اليمن وغيرها، بل من أكثر أسباب فرق الزواج، وقد تتبعنا من كتب في أحكام الأسرة بل من كتب بحوثاً في الفسخ أو التطليق القضائي لعقد الزواج بشكل خاص، لم يبين أحكام الرد للمهر والتعويضات المدنية فيه، ولم يبرز خصوصيته، وأساسه القانوني وتأصيله الشرعي(١).

فالفسخ لعقد الزواج قد يكون أمراً حتمياً، وكلا الزوجين متأكدان من ذلك؛ ولكن النزاع يطول ويبقى الأخذ والرد لأن الزوج يعتقد حقه في استرداد كل ما غرم وأن يعوض عن كل ضرر، والزوجة تعتقد أنه لا يستحق شيئاً أو يستحق المهر المسمى أو مهر المثل فقط، فيكثر الأخذ والرد وتطول الخصومة أمام المحاكم بدرجاتها، والنص القانوني ملغز غير مسعف في تفصيل ذلك، بل جمع نظام التفريق للضرر والتفريق للشقاق والتفريق للخلع القضائي في فسخ الكراهية في المادة (٥٤)، وأوجب رد المهر بشكل مطلق وعام، فاحتاج هذا الفسخ إلى تأصيل شرعي وبيان لأساسه بمقارنة مأخذ القانون والقضاء اليمني بالمذاهب الفقهية والقوانين الأخرى وخصوصاً القانون المصري والقانون المغربي.

فتتبعنا موضوع البحث من المراجع الفقهية الأصلية وفي البحوث الخاصة بالتعويضات والفسخ للعقد بشكل عام، وما كتب من إشارات في البحوث في التعويضات عن فسخ النكاح والتطليق القضائي، ونبني على ما أسسوه فيها، ونسقط ما قرروه، فندلو بدلونا، ونبذل جهدنا.

فنبيّن أحكام رد المهر والتعويضات المدنية في فسخ الكراهية تامة، وعناصرها، في القانون اليمني والفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة والزيدية والظاهرية، ونقارن ذلك بالقانون المصري والمغربي، ونورد أحكام القضاء اليمني في ذلك، ونبين سمات كل مذهب فقهي أو نظام قانوني أو قضائي.

ثم نبيّن التأصيل الشرعي والفقهي لفسخ الكراهية، بحسب قواعد أصول الفقه وأدلته، ووجه استمداد القانون اليمني منها، ومتى يكون فسخاً للضرر، ومتى يكون فسخاً للشقاق، ومتى يكون فسخاً بالخلع القضائي، ومستند ذلك من الأدلة والمذاهب الفقهية.

ونبيّن الأساس القانوني والآثار القانونية لهذا الفسخ، وفقاً للنظرية العامة لفسخ العقود وآثارها، ومدى انطباقها على فسخ الزواج للكراهية، والتعويضات المدنية عنه في القانون المدني، ونورد نتائجاً واضحة لما خلصنا منه، وتوصياتنا، ومن الله العون.

---

(١) مثل: رسالة فسخ الزواج في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، د توفيق شندارلي، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٢م، ورسالة "أحكام فسخ عقود الزواج في الفقه الإسلامي، د سليم محمودي، جامعة الجزائر، ٢٠١٨م.

والسبب أن القانون الجزائري والمغربي وكذلك المصري يجعلون الفرقة للكراهية والشقاق من أسباب التطليق القضائي؛ تبعاً للمذهب المالكي- كما سيأتي في موضعه.

وأسهم الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين في بحث خاص له في فسخ الزواج للكراهة في (١٧) صفحة، منشور في مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد السادس- المجلد الثاني، سبتمبر ٢٠١٨م، ولكنه لم يفصل رد المهر والتعويضات في هذا الفسخ؛ لكنه أهتم بإبراز المآخذ على القانون اليمني، وقارنه بالقانون المصري، واكتفى بأنه يرد المهر وفقاً لنص القانون م (٥٤) ونصف الشرط بحسب بعض أحكام القضاء، ولم يقارن بالمذاهب الفقهية، ولا أساس هذا الفسخ، وإن كان له اسهامات بارزة منثورة متفرقة في تعليقاته على الأحكام القضائية.

تنص المادة (٥٤): إذا طلبت المرأة الحكم بالفسخ للكراهية؛ وجب على القاضي أن يتحرى السبب؛ فإن ثبت له عين حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهلها؛ للإصلاح بينهما، وإلاَّ أمر الزوج بالطلاق؛ فإن امتنع حكم بالفسخ، وعليها أن ترجع المهر، وأخذ به القضاء السعودي مؤخراً في ١٧/ ذو القعدة /١٤٤٠هـ، ٢٠/ يوليو/٢٠١٩م[١].

وقد ميز قانون الأحوال الشخصية المصري الفسخ للضرر[٢] في م (٦)، ولم يجعل فيه رد من الزوجة، بشرط أن تثبت الضرر الناتج عن العمل غير المشروع الذي تتعذر معه الحياة الزوجية، فإن عجزت وتكرر شكواها سمع القاضي دعوى الشقاق، بحسب المواد: (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١)، وجعل نسبة التعويض بحسب مساهمتها في الشقاق، وكذلك القانون المغربي، وكذلك القضاء السعودي؛ ففسخ للكراهة وتعذر العشرة بنصف المهر، أو بالمهر كاملاً، بحسب نسبة الشقاق، كما سيأتي تفصيلاً.

خطة البحث:

قسم البحث إلى مقدمة ومطلب تمهيدي، ومبحثين، وخاتمة:

المقدمة: أهمية البحث، وأهدافه، والدراسات السابقة، وإشكالياته وأبعاده، وخطته.

مطلب تمهيدي – تعريف الفسخ للكراهية وأسبابه.

المبحث الأول – إلزام الزوجة برد المهر والتعويضات المدنية في فسخ الكراهية.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول – وقوع الخلع بدون تراض من الزوجين (الخلع القضائي)

المطلب الثاني – حكم العوض الذي تدفعه المرأة مقابل التفريق.

المطلب الثالث – مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة مقابل تخلية سبيلها.

المبحث الثاني – التأصيل الشرعي وبيان الأساس القانوني لفسخ الكراهية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول– التأصيل الشرعي والفقهي لفسخ الكراهية.

المطلب الثاني– بيان الأساس القانوني لفسخ الكراهية.

الخاتمة: النتائج والتوصيات:

مطلب تمهيدي: تعريف فسخ الكراهية وأسبابه:

وفيه فرعان: الفرع الأول – تعريف فسخ عقد الزواج للكراهية.

الفرع الثاني – أسباب الفسخ للكراهية.

---

(١) صفحة صحيفة عكاظ السعودية– OKAZ Newspaper في الفيسبوك ١٢/ يوليو/ ٢٠١٩م، وموقع صفحة Arabian Business، نفس التاريخ. وصدرت عدة أحكام منشورة في مجموعات الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، وزارة العدل– مركز البحوث، ١٤٣٦هـ، المجلد ١٠، قرر فسخ الزواج للكراهية، مثل الفسخ للكراهة ورد المهر كاملاً في حكم رقم (٣٤٣٨٤٤٧)، تاريخه ١٤٣٤/٢/١٦هـ، مصادق عليه من محكمة الاستئناف برقم (٣٤٢٠٩١١٢) بتاريخ ١٤٣٤/٥/٧هـ ص٩٣، وما بعدها.

(٢) راجع مثلاً: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، د عبدالعزيز عامر، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٤م، ص٣٢١.

الفرع الأول– تعريف فسخ عقد الزواج للكراهية:

فسخ الزواج[١] للكراهية: هو حكم القضاء بحل العقد ونقضه وإنهاء آثاره من يوم الحكم به، بسبب طارئ هو بغض المرأة لزوجها وعدم قدرتها على استمرار الحياة الزوجية معه[٢].

والْكَرَاهِيَةُ: سخط الشيء وعدم الرضا به، وكرهت المرأة زوجها: سخطته ولم ترض به، والكراهية بين الزوجين: نشوز كل منهما على الآخر[٣].

والضِّرَارُ: هو فعل ما لا يجوز شرعاً بالتعدي والظلم بسوء العشرة ونحوه، أو بمنع الحق الواجب كمنع النفقة[٤].

والشِّقَاقُ: التنازع والتباين والعداوة بالأقوال والأفعال، بما لا يحل شرعاً ولا يحسن عادة، والامتناع عن أداء الحقوق[٥].

والنشوز: الخروج عن الحق، ونشزت الزوجة: خرجت عن الطاعة الواجبة لزوجها وأبغضته، ونشز الرجل على زوجته: تركها وجفاها وضربها وأضرَّ بها، ونشوز الزوجين: كراهية كل منهما صاحبه[٦].

والكراهية شعور نفسي من الزوجة بالبغض والنفور اتجاه زوجها، وعدم القدرة على استمرار الزوجية معاً، إلى حد ألا تستطيع الزوجة أن تؤدي الحقوق التي عليها لزوجها. وتكون لتعدي الزوج عليها، أو لتقصيره في حقوقها، أو لاختلاف طباعهما ومشاعرهما أو لدمامة خلقه، أو حمق عقله، فيكون لها فراقه للضرر الصادر منه أو للشقاق؛ وهو الاختلاف الواسع الذي لا يمكن رتقه، أو للخلع القضائي، وسيأتي تفصيل كل هذا.

وعندما عبر القانون بالفسخ بسبب الكراهية عبر عن النتيجة الشعورية في الزوجة قِبَل زوجها، وإلا فسبب الفسخ هو سبب الكراهية، وهو إضرار من الزوج، أو شقاق منهما معاً، أو نشوز من الزوجة.

والسبب الأول – إضرار الزوج بزوجته موجب للتفريق بالضرر.

---

(١) عرفت م (٩٩) من القانون الكويتي: "فسخ الزواج هو: نقض عقده عند عدم لزومه، أو حيث يمتنع بقاؤه شرعاً، وهو لا ينقص عدد الطلقات".

(٢) لسان العرب لابن منظور، دار صادر بيروت، ٤٤/٣، وكشاف اصطلاحات الفنون، للتهانوي، مكتبة لبنان ناشرون، ط١، ٩٦م، ١٢٧٣/٢، وفسخ عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني، أ د عبد المؤمن شجاع الدين، مكتبة الصادق– صنعاء، ط ١، ٢٠٢٠م، ص٩، وفسخ عقد الزواج، توفيق شنداركي، ص٩، ١٠، وعرفه د عبدالمؤمن شجاع الدين في بحث فسخ عقد الزواج للكراهية في القانون اليمني، ص٤: إنهاء عقد الزواج وإعادة المهر بحكم القضاء لثبوت كراهية الزوجة لزوجها بناء على دعوى ترفعها الزوجة. وفيه دور لأنه عرف الكراهية بثبوت الكراهية.

(٣) الكراهية مصدر كَرِه كَرَاهة وكراهيةً: إذا سخطته ولم ترده ولم ترضه، فهي ضد الطواعية. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم القونوي الحنفي، دار الكتب العلمية– بيروت، ٢٠٠٤م، ص١٠٤، ولسان العرب ٥٣٤/٧، وشذا العرف في فن الصرف لأحمد الحملاوي، مكتبة الرشد– الرياض، ص٥٨.

(٤) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن)، لأبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي(٦٧١هـ)، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط ٢، ١٩٦٤م، ١٥٦/٣، وتفسير الرازي، دار الكتب العلمية بيروت، ط ١، ٢٠٠٠م، ٩٤/٦.

(٥) الأم للإمام أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، دار المعرفة– بيروت، ١٩٩٠م، ١٢٤/٥، وتفسير القرطبي ١٣٤/٢، ولسان العرب ١٨٣/١٠، والتوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد المناوي، عالم الكتب القاهرة، ط١، ١٩٩٠م، ص٢٠٦.

(٦) الشرح الكبير لمختصر خليل للسيد أحمد بن محمد الدردير المالكي (ت ١٢٠١هـ)، مع حاشية الدسوقي الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، دار الفكر – بيروت، ٣٤٢/٢، والمجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، ٤٤٥/١٦، ولسان العرب، ٤١٨/٥.

والسبب الثاني – الشقاق بين الزوجين موجب للتفريق للشقاق.

والسبب الثالث – النشوز من الزوجة موجب للخلع القضائي.

والفسخ للعقد بشكل عام: هو انقضاء الرابطة التعاقدية، بسبب عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه في العقد الملزم للجانبين، فيطلب الطرف الآخر فسخ العقد، أو لخيار الفسخ لأحد العاقدين، أو لاستحالة التنفيذ، وأثره هو اعتبار العقد كأن لم يكن، وإعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإن لم يمكن إعادتهما كذلك عوض من غرم[١]. م (٢١٩، وما بعدها) من القانون المدني اليمني.

والكره والكراهة والكراهية من الزوجة لزوجها محل البحث غير الإكراه، فالكراهية هنا طارئة بعد نشؤ العقد صحيحاً ووجود رضا المرأة به حين العقد، أو حين البلوغ لمن زوجت صغيرة أو حين الإفاقة لمن زوجت حال جنونها، فأما لو لم يوجد رضا عند العقد بالأمر من الثيب والأذن من البكر، فالعقد غير صحيح، وللمرأة المكرهة طلب إبطال العقد للإكراه. وفقاً لأحكام المواد (١٠، ٢٣). وهذا خارج البحث.

الفرع الثاني – أسباب الفسخ للكراهة:

سبب الفسخ للكراهية: هو الضرر والنشوز من الزوج، بما لا يجوز شرعاً[٢]، أو دمامة الزوج وعدم توافق طباعه مع الزوجة فكرهته. وهذا التفصيل للأسباب:

١- الإضرار المتعمد من الزوج بالهجر لغير تأديب، بقطع الكلام عنها وتولية وجهه عنها في الفراش، وبالإفراط في الشتم والتشهير المتواصل، أو سب أبيها، نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، أو بضربها، وبإكراهها على محرم كوطئها في دبرها، ويفعل ذلك إما لأن طبعه وخلقه السيء كذلك، أو لأنه يكرهها وينتقم منها، أو لأنه يريد أن تفتدي نفسها منه بمال[٣].

٢- إساءة تعامله مع الله، بترك المأمورات من صلاة وصيام، واقترافه المحظورات من شرب الخمر أو المخدرات، أو أن يكون لصاً أو قاطع طريق، فيضر بها ويهينها؛ فتصبح حياتها معه كالجحيم.

٣- ترك الزوج أو تقصيره في أداء حقوق الزوجة، كالنفقة والعلاج، ومعاشرة الفراش، فقد يتخلى الزوج عنها في مرض أصابها، أو يغترب أو يعزف عن فراشها، أو يعسر عن الإنفاق عليها أو يتمرد عن ذلك مع قدرته، ولا تستطيع الوصول إلى نفقتها، فتتضرر الزوجة، فتتولد الكراهة له والبغض.

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م، ٤٣٩/٤، والوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الإلتزام) د عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٦٨م، ٥٦٩/١، والنظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د حسن علي الذنون، رسالة دكتوراه، مطبعة نهضة مصر- القاهرة، ١٩٤٦، ص٢٤، ونظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، د جميل الشرقاوي، دار النهضة- القاهرة، ١٩٩٩م، ص١٦٥.

(٢) الشرح الكبير ٣٤٥/٢، ونص عليه قانون الأحوال الشخصية الجزائري م (١٠/٥٣)، وكذلك مدونة الأسرة المغربي، فنصت م (٥٢): بأن الأخلال بالحقوق الزوجية يعتبر شقاق يحق للطرف الآخر طلب الزام المخل بتنفيذها عيناً أو بالفسخ للشقاق، ونصت م (٩٩): الضرر المبرر لطلب التطليق هو كل إخلال بشرط في عقد الزواج وكل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، ونص القانون اليمني م (٤١) يجب على الزوج لزوجته: ٥- عدم إضرارها مادياً أو معنوياً.

(٣) مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، للدكتور عبدالرحمن الصابوني، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٩٦٨م، ص٧٨٢، وما بعدها.

٤- أن يكون فيه عيوب خَلْقِيَّة: كدمامة الخَلْق، وقصر مفرط في القامة، أو ضعف في العقل وحمق في التدبير، أو عدم التوافق في الطباع وعدم الانسجام بالأفكار؛ مما يسبب الشقاق والبغض(١).

كما قالت جميلة في زوجها ثابت بن قيس: يا رسول الله، ما أعتب عليه في خُلُق ولا دين، ولكنّي أكره الكفر في الإسلام(٢). وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: لولا مخافة الله إذا دخل عليّ لبصقتُ في وجهه، فقال: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال: فردت عليه حديقته، ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم(٣).

قال ابن حجر: أي أكره إن أقمتُ معه أن أقعَ فيما يقتضي الكفر؛ وكأنها أشارت إلى أنّها قد تحملها شدَّةُ كراهتها له على إظهار الكفر لينفسخَ نكاحُها منه، وهي كانت تعرف أنَّ ذلك حرامٌ لكنْ خشيت أن تحملها شدة البغض على الوقوع فيه، ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير، إذ هو تقصير المرأة في حق الزوج، فأخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حُكمه من نُشُوزٍ وفَرْكٍ وغيره مما يتوقع من الشَّابَّةِ الجميلة المبْغضة لزوجها إذا كان بالضّدّ منها، فأطلقت على ما ينافي مقتضى الإسلام الكفر، ويحتمل أن يكون في كلامها إضمارٌ، أي أكره لوازم الكفر من المعاداة والشقاق والخصومة. أهـ(٤).

فالحياة الزوجية من مقاصدها السامية بناء أسرة قوامها حسن العشرة م (٦) من قانون الأحوال الشخصية، تسودها المودة والرحمة، والتعاون على تربية الأطفال، وهذه الأسباب تجعل طابع الحياة الزوجية الشقاق والنفور الدائم المستمر، فيسود البغض والحقد، ولا يتأتى إقامة مقصود الزواج، فشرعت الفرقة.

ولا يجوز للمرأة أن تطلب الطلاق من زوجها أو الفسخ بغير سبب، قال صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها طلاقها في غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"(٥)(٦).

---

(١) الشرح الكبير ٣٤٥/٢، والمجموع ٣/١٧، والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى (ت ٨٤٠هـ)، مع كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، لمحمد بن يحيى بهران الصعدي (٩٥٧هـ)، وعليه تعليقات القاضي عبدالله بن عبدالكريم الجرافي، دار الحكمة اليمانية – صنعاء، ط ٢، ١٩٨٨م، ٨٩/٣، والأحوال الشخصية للقاضي محمد بن يحيى المطهر رئيس محكمة استئناف تعز اليمنية رئيس لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مجلس النواب اليمني، مكتبة خالد ابن الوليد– صنعاء، ودار الكتب المصرية– القاهرة، ٢٢٦/١، والتعليق على أحكام المحكمة العليا في المسائل الشخصية، أ د عبد المؤمن شجاع الدين، أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون – جامعة صنعاء، مكتبة الصادق – صنعاء، ٢٠٢٢م، ص٢١، ورسالة فسخ عقد الزواج، ص٧٠، وما بعدها.

(٢) أتت جميلة بنت سلول النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله إني لا أعتب على ثابت بن قيس خُلُق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أُطيقه بغضاً، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره صلى الله عليه وسلم أن يأخذ الحديقة ويطلقها تطليقة. رواه البخاري. وفي رواية النسائي: أنه ضربها فكسر يدها. وفي مسند عبدالرزاق: قالت لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبداً، إني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عِدَّةٍ فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً. انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي (ت ٨٥٢هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة– بيروت، ١٣٧٩هـ، ٤٠٠/٩، ونيل الأوطار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، دار الحديث – مصر، ط ١، ١٩٩٣م، ٢٩١/٦.

(٣) سنن ابن ماجه، لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة(ت٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، باب المختلعة، برقم (٢٠٥٧)، وضعفه الألباني، ٦٦٣/١، ومسند أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠١، برقم (١٦٠٩٥)، وقال المحقق شعيب الأرنؤوط: حسن لغيره، ١٨/٢٦.

(٤) فتح الباري ٤٠٠/٩.

(٥) سنن أبو داود، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العصرية– بيروت، باب في الخلع، برقم (٢٢٢٦)، وصححه المحقق، ٥٤٣/٣، وسنن ابن ماجه (٢٠٥٥)، ٦٦٢/١، والحديث صحيح. فتح الباري ٤٠٢/٩.

(٦) قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي– بمكة، رقم: ١٠٥ (١٧/٤)، بتاريخ ١٢/ ٨/ ٢٠٠٦م.

ويجب أن يلاحظ أن الأسباب أعلاه هي أسباب فسخ الكراهية في القانون م (٥٤)، والتي جمعت بين نظام التفريق للضرر، والتفريق للشقاق، والتفريق للخلع القضائي، والثلاثة الأولى أسباب للضرر والشقاق، وأما السبب الرابع فهو سبب للخلع القضائي.

المبحث الأول – إلزام الزوجة برد المهر والتعويضات المدنية في فسخ الكراهية:

وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول – حكم العوض الذي تدفعه المرأة مقابل التفريق وتخلية سبيلها وشروطه.

المطلب الثاني – مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة لتخلية سبيلها

المطلب الثالث – عناصر العوض الذي تدفعه المرأة في فسخ الكراهية.

المطلب الأول – حكم العوض الذي تدفعه المرأة مقابل التفريق وتخلية سبيلها وشروطه:

ونعني بحكم العوض: حكم وجوب دفعه على الزوجة والزامها به، وحل أخذه للزوج، وحكم رده للزوجة واسترجاعها له من الزوج، وفيه ثلاثة أقوال:

القول الأول– قال جمهور العلماء من الشافعية والمالكية والزيدية والحنابلة والظاهرية والقاضي المطهر[١]: يجوز أن يأخذ الزوج من زوجته فدية مقابل التفريق بينهما إذا كان النشوز من قِبَلِ الزوجة، بعدم أدائها الحقوق التي عليها، أو كرهته وخالعته بطيب نفس منها، أو أتت بفاحشة مبيّنة (الزنا عند قوم، والنشوز عند آخرين، أو هما معاً)[٢]، وقلة أجاز للزوج مضارتها إذا أتت بفاحشة مبيّنة للفدية[٣].

فإن كان سبب الشقاق منه، بأن منعها حقاً من حقوقها؛ واضطرها جبراً للدفع فلا يجوز أن يأخذ شئياً منه؛ فإن حصلت صيغة الخلع في هذه الحالة:

١– فعند الظاهرية: لا يصح الخلع به ولا فرقة، لأنه باطل منهي عنه، ويرد عوضه[٤].

٢– وعند الشافعية: إن ثبت بإقراره أو ببيّنة أنه ضارها لتخالعه؛ فإن الفرقة تقع ويكون طلاقاً رجعياً، إن تم بصيغة الطلاق أو بصيغة الخلع ونوى به الطلاق، ويرد ما قبضه منها؛ لأنه إذا سقط العوض فله عليها الرجعة[٥].

٣– وعند المالكية: إن ادعت أنها خالعته لدفع إضراره بها، وثبت ذلك ولو بشهود سماع، أو بشاهد من الخدم ممن لا تقبل شهادتهم أو امرأتين مع يمينها، فإن الخلع يقع طلاقاً بائناً ويلزمه رد العوض؛ لأن الفرقة أوقعها باختياره فتمضى عليه، والعوض يجب رده لأنه لا يستحقه[٦][٧].

---

(١) الأحوال الشخصية للمطهر ١/ ٢٣٠، وأحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د علي أحمد القليصي رحمه الله، كلية الشريعة والقانون– جامعة صنعاء، دار النشر للجامعات– صنعاء، ط ١٥، ٢٠١٤م، ١٤٥/٢.

(٢) تفسير القرطبي ٩٥/٥، وتفسير ابن كثير، دار طيبة، ط ١٩٩٩م، ٢٤١/٢.

(٣) المجموع ٣/١٧، والبيان والتحصيل لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي (ت ٤٥٠هـ)، دار الغرب الإسلامي– بيروت، ط ٢، ١٩٨٨م، ٦٢٢/١٧، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي المصري الشافعي (ت٩٧٤ هـ)، المكتبة التجارية الكبرى لمصطفى محمد– القاهرة، ط ١٩٨٣م، ٤٥٨/٧، وأحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، كلية الحقوق– جامعة عدن، مكتبة الصادق– صنعاء، طبعة ٢٠١٩م، ص٣١٤، ٣١٥.

(٤) المحلى بالآثار لأبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت ٤٥٦هـ)، دار الفكر – بيروت، ٥٢٣/٩.

(٥) الأم للشافعي ٢٠٩/٥، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي المصري الشافعي (ت١٠٠٤هـ)، وعليه حاشية الشبراملسي وحاشية الرشيدي، دار الفكر– بيروت، ط ١٩٨٤م، ٣٩٣/٦، وفتح الباري ٤٠٢/٩.

(٦) البيان والتحصيل ٦٢١/١٧، والشرح الكبير للدردير ٣٥٦/٢، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥ هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط ٤، ١٩٧٥م، ٦٧/٢.

(٧) أخذ بها مدونة الأسرة في المغرب، فنصت المادة (١١٧): للزوجة استرجاع ما خالعت به إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال.

لقوله تعالى: {وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ} (البقرة:٢٢٩)، وقوله: {لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ} (النساء:١٩)؛ فهو إكراه على بذل العوض بغير حق، لا يستحقه الزوج.

وفي القانون اليمني إذا خالعت الزوجة زوجها بالتراضي خارج المحكمة؛ وفقاً للمادة (٧٣) أحوال شخصية، ثم ادعت الإضرار بها من الزوج مما اجبرها على الخلع، وأقامت دليل على ذلك، قبلت دعواها للإكراه إذا كان مُلجئاً مُعدماً للتراضي وفقاً لقواعد العامة الواردة في المادة (١٠)[١] أحوال شخصية، وللمواد (١٧٥، ١٧٦، ١٧٧) من القانون المدني[٢]، ويلزم زوجها برد ما أخذ، ويسقط عنها ما التزمته له، ويمضى طلاقه، لكن هل يكون طلاقاً رجعياً كما قال الشافعية أو بائناً كما يقول المالكية؟ نرجح أنه يكون طلاقاً رجعياً؛ لأن العوض إن سقط بقي الطلاق رجعياً.

القول الثاني– وقال بعض الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والقانون اليمني م (٥٤): يجوز العوض عن التفريق للزوج مع الإضرار بالزوجة؛ لأن الفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل[٣].

ولهذا قال الحنفية وبعض الشافعية: يصح الخلع ويقع ولو كان سبب الشقاق والإضرار من الزوج، وينفذ قضاءً، ويجوز له أخذ عوض الخلع في الحكم، وإن كان لا يحل له ديانة ويأثم[٤].

حتى وإن تم الفداء بخلع بالتراضي وكان الزوج هو المضارر لها؛ إذا لم يكن الإكراه مُلجأً مُعدماً للتراضي؛ فلا تستطيع الزوجة الاسترداد للمهر؛ حتى وإن أثبتت أن الإضرار من الزوج، لأن عوض المخالعة يقرها القانون اليمني في م (٥٤).

ويعتبر ما أبرمته الزوجة – وفقاً للقانون المدني اليمني م (٦٦٨، ٦٧٧، وما بعدها) – صلحاً يجوز فيه الغبن والتنازل عن الحق المدعى به كله أو بعضه، أو الإبدال به غيره، ويصح مع الإقرار، وحتى مع الإنكار من الزوجة لأيّ استحقاق للزوج لشيء لديها، ويَلزم تنفيذه ويمنع تجديد أي ادعاء بخصوص ما حسمه.

وإن دفعت الزوجة العوض في دعوى فسخ للكراهية، فلا تستطيع استرداد ما دفعته، إلا أن تستأنف وتثبت أمام المحكمة الاستئنافية السبب الآخر الذي ذكرته في دعواها ويوجب الفسخ بدون أن ترد المهر، كإدمانه الإسكار، وعدم كفاءته ديناً وخلقاً وهجرها لسنتين – كما سيأتي قريباً.

القول الثالث: وقال بكر بن عبدالله المزني: لا يجوز (الخلع) الطلاق على عوض، لقوله تعالى: {وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا} [النساء:٢٠]،

---

(١) م (١٠) من قانون الأحوال الشخصية: كل عقد بني على إكراه الزوج أو الزوجة لا اعتبار له.

(٢) المادة (١٧٥): الإكراه هو حمل القادر غيره على ما لا يرضاه قولاً او فعلاً؛ بحيث لو خلي ونفسه لما باشره، ويكون بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو أو بعض عضو أو بإيذاء جسيم أو بالتهديد بما يمس العرض أو الشرف أو بإتلاف المال. المادة (١٧٧): لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه ويجب على من وقع منه الإكراه إرجاع ما كان الإكراه عليه.

(٣) بداية المجتهد ٦٨/٢، ومنح الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن أحمد بن عليش المالكي (ت ١٢٩٩هـ)، دار الفكر– بيروت، ١٩٨٩م، ٥٥٢/٣.

(٤) العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي (ت٧٨٦هـ)، دار الفكر– بيروت، ٢١٥/٤، ٢١٦، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت، ط ٢، ١٩٨٦م، ١٥٠/٣، وأحكام الاسرة لعطروش ٣١٤.

وأنها ناسخة لقوله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [البقرة:٢٢٩]، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ»(١)(٢).

وهذا قول شاذ مخالف لعامة العلماء، وأن الآية الأولى في عدم حل الأخذ إنما هي مخصصة لآية البقرة، فلا يجوز أخذ الزوج إن كان سبب الشقاق منه، كما هو القول الأول، وكذلك الحديث فهو خاص بمن سألت الطلاق دون أن تخشى ألا تقيم حدود الله (تعذر العشرة).

والراجح: القول الثاني، وهو حرمة أخذ العوض في الفدية ديانة عن التفريق إن كان الزوج هو المضر، ويجب على الزوج ردها والتحلل منها أو الوصية بها ديانة، لكنه يجوز له أخذها قضاءً إن حكم بها قاض في فسخ للكراهية، أو دفعت بخلع بالتراضي ولا يوجد فيه إكراه ملجئ؛ لجواز الصلح مع الإنكار لدفع الخصومة، وكف شر الزوج المبطل، وحله ديانة وقضاء إن كان النشوز منها. والله أعلم.

اشتراط الشِّقَاق للتفريق بالفدية بالخُلْع الرضائي:

لا خلاف بين العلماء على جواز التفريق مخالعة بالفدية إن خافا ألا يقيما حدود الله، بأن لا يؤدى أحدهما ما وجب عليه من حقوق للآخر، واختلفوا في جواز التفرق بعوض بالتراضي مع عدم وجود هذا الخلاف الشديد الذي لا يستطاع معه اداء الحقوق:

القول الأول: قال جمهور العلماء من الشافعية والحنفية والمالكية والحنابلة والمؤيد بالله من الزيدية: لا يشترط لمفاداة الزوجة نفسها مقابل تخلية سبيلها أن تكون ناشزة، ولا أن يوجد شقاق (الخلاف المستحكم) بعدم أداء الحقوق، ولا يشترط وجود شكوى الضرر بين الزوجين للخلع، بل يجوز أخذ العوض من الزوجة في حالة الوفاق مع الكراهة(٣)، بالتراضي وطيبة النفس، لقوله تعالى: {فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا} (النساء:٤).

وأما قوله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} (البقرة:٢٢٩)؛ فظاهر الآية اختصاص المفاداة بحالة الشقاق، ولكنه محمول على العرف الجاري والغالب في أن الزوجين لا يتخالعان حال المصافاة والموافقة، فلا مفهوم له؛ فيقع الخلع وإن لم يخافا، وفائدة شرط الخوف لطيب المال للزوج لا لوقوع الخلع(٤).

---

(١) سنن أبو داود، باب في الخلع، برقم (٢٢٢٦)، وصححه المحقق، ٥٤٣/٣، وسنن ابن ماجه (٢٠٥٥)، ٦٦٢/١، والحديث صحيح. فتح الباري ٤٠٢/٩.

(٢) المحلى ٥١٢/٩، والمغني لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ٣٢٤/٧، وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، للباحث عامر سعيد نوري الزيباري، رسالة دكتوراه، في كلية الشريعة – جامعة أم القرى– مكة، ١٩٨٢م، ص٥٠ وما بعدها.

(٣) الكراهة: خطاب الله تعالى بالاقتضاء غير الجازم بالترك، فيمدح تاركه ويثاب، ولا يعاقب فاعله. نهاية السول شرح منهاج الوصول للأسنوي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط ١، ١٩٩٩م، ص٢٥، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع، لحسن بن محمد العطار الشافعي(١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية– بيروت، ١١٣/١.

(٤) تفسير القرطبي ١٤٠/٣، والحاوي الكبير في فقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٤م، ٧/١٠، والمجموع ٣/١٧، ٦، ونهاية المحتاج ٣٩٣/٦، وبداية المجتهد ٦٨/٢، ورسالة أحكام الخلع ١٣٢، ورسالة مدى حرية الزوجين في التطليق ٥٧١، ودلالة قرائن الأحوال في القرآن الكريم عند الأصوليين وأثرها في الفروع الفقهية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق– جامعة أسيوط، ٢٠٢٠م، للمؤلف د عبدالله دبوان ص٥٧٢.

قال الإمام الشافعي: فيما يجوز به أخذ مال المرأة: "لو وهبته بلا ضرورة ثم طلقها فلا يرده؛ لأن ظاهره أنها طابت به نفساً"(١)، وبهذا أخذ القانون اليمني م (٧٣) إن تم الخلع بالتراضي.

القول الثاني – وقال الظاهرية والزيدية والجعفرية وابن المنذر والأزهري والنخعي وطاوس والشعبي وأحمد في رواية: لا يجوز أخذ المال إلا بوجود الكراهية والنشوز منها أو منهما معاً؛ لقوله تعالى: {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ} (البقرة:٢٢٩)(٢).

قال الزيدية: شرط الخلع أن تكون ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك، فالفعل نحو أن يدعوها للوطء إلى موضع فلم تجبه، والترك بأن يأمرها بترك مما يكرهه الزوج كأن ينهها عن الخروج إلى بيت أهلها فلا تتركه وتخرج، أو تأذيه بلسانها بشتم وغيره؛ لأن ترك أذاه يلزمها؛ لأن الله رتب حل الفدية على وجود الشقاق، بقوله: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [البقرة:٢٢٩](٣).

قال ابن حزم: "إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها أن تفتدي منه ويطلقها؛ ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما، فإن وقع بغيرهما فهو باطل، ويرد عليها ما أخذ منها ويبطل طلاقه"(٤).

وقال ابن قدامة: "الخلع والحال عامرة والأخلاق مُلتئمة؛ يحتمل كلام أحمد تحريمه؛ فإنه قال: الخلع مثل حديث سهلة تَكْرَه الرَّجل فتعطيه المهر، فلا يكون الخلع صحيحاً إلا في هذه الحال"(٥).

قال الجعفرية: "ولا يصح الخلع إلا مع كراهيتها؛ فلو طلقها والأخلاق ملتئمة ولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً"(٦).

وقال القاضي المطهر: "إذا تحكم النفور وتعمق البغض من جانب المرأة؛ بحيث أصبحت الزوجية بينهما غير مطاقة، فإن الحل المخارجة، كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس؛ فلولا أن ذلك حق للمرأة لم يلزم بإخلاء سبيلها، أما الكراهية التي لا مبرر لها فلا تكون مبرراً للفسخ"(٧).

القول الثالث– وقال أبو قلابة والحسن البصري: لا يجوز ولا يحل للرجل أخذ شيء مقابل تخلية سبيل زوجته حتى يشاهدها تزني، وحملوا الفاحشة في قوله تعالى: {وَلا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ} (النساء:١٩)، على الزنا(٨).

---

(١) الأم ٥/٢١٠.

(٢) تفسير الرازي ٦/٨٦، المحلى ٩/٥١١، والمغني ٧/٣٢٦، ونيل الأوطار ٦/٢٩٤، ٢٩٦.

(٣) شرح الأزهار المنتزع المختار من الغيث المدرار، للعلامة أبي الحسن عبدالله بن مفتاح، ونرمز له بطبعة ب، الطبعة القديمة ٤ مجلدات، ٢/٤٣٦، وطبعة أ، مكتبة التراث الإسلامي– صعده، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤م، ٥/٣٨٢، ومدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٧٢.

(٤) المحلى ٩/٥١١.

(٥) المغني لابن قدامه ٧/٣٢٦.

(٦) اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، لأبي عبدالله شمس الدين محمد بن محمد جمال الدين المطلبي الشهيد الأول (ت ٧٨٦)، تحقيق: محمد تقي مراويد وعلي أصغر، مطبعة حكمت، قم إيران، ط ١، ١٤٠٦هـ، ص ١٢٧، والروضة البهية ٢/١٦٥، ورسالة مدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٧٤.

(٧) الأحوال الشخصية ١/٢٣٣، ٢٣٤.

(٨) تفسير القرطبي ٥/٩٥، وبداية المجتهد ٢/٦٨.

اشتراط القانون اليمني في فسخ الكراهية:

الخلاف السابق إنما هو في الخلع الرضائي، أما الخلع القضائي الذي يُطلق القاضي عن الزوج بمقابل تدفعه الزوجة كما ذهب إليه بعض الفقهاء والقانون المصري، أو يفسخ نكاحها منه عند القانون اليمني وبعض الفقهاء، فإنه يشترط الشقاق التي تتعذر به العشرة واستمرار الزوجية – كما سبق.

وكذلك التفريق للشقاق والضرر من الحكمين أو القاضي كما سبق، فيشترط به تعدي الزوج وإضراره أو نشوزهما معاً حتى يتعذر الصلح ويتعذر استمرار الزوجية.

فأخذ القانون اليمني بالقول الثاني في الفسخ للكراهية م (٥٤)، فيشترط الشقاق، الذي يتعذر معه العشرة، ويكفي أن يكون الشقاق من المرأة بنشوزها عن زوجها.

وأوجب على القاضي عند طلب الزوجة فسخ الكراهية التحري عن سببها، فلا يكفي ادعاءها الكراهية للفسخ، فإن كانت الكراهية غير مستحكمة والزوجان يعيشان مع بعض ولو مع وجود كراهية من الزوجة لبعض تصرفات زوجها، فلا يكفي ذلك ليشرع القاضي في اجراءات الفسخ والفدية.

وقد قررت أحكام القضاء اليمني أن النشوز يعد مظهراً ودليلاً كافياً للكراهية، وقضى: "أن نشوز المرأة ظاهر في رفضها الرجوع إلى زوجها؛ والرفض يعني عدم الرغبة بالرجوع، مما يعني بأنها تكره زوجها ما لم يثبت أنها رافضة الرجوع لسبب آخر، وليس هناك دليل على السبب الآخر"(١).

ولكن لما كان القانون اليمني لم ينظم الفسخ لضِرَار، أي بنشوز الزوج، وإنما شمله فسخ الكراهية في م (٥٤)– إن لم يشمله فسخ آخر– فإن الكراهية قد تكون لنشوز الزوج وإضراره بها، فتكرهه وتنفر منه وتطلب مفارقته بفسخ الكراهية، وهو الذي عبر عنه المالكية بالتفريق للضرر إذا ثبت، أو يكون فسخ الكراهية للشقاق إذا لم يثبت إضراره بها لكن تكرر شكواها وطلبت التفريق، فإنه كاف في الحالتين لفسخ نكاحها.

وقرر القانون المصري المادة (٢٠) في التطليق بالخلع القضائي أنه يكون: بعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

وكذلك القانون المغربي م (٩٩، ١٠٠)، والقوانين الأخرى– كما سبق في تحري القاضي عن سبب الكراهية.

المطلب الثاني – مقدار العوض الذي تدفعه الزوجة لتخلية سبيلها:

العوض هو: كل مال متقوم أو منفعة متقومة، تدفعه الزوجة لزوجها بمقابل تخلية سبيلها، قال العلماء: كل ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون عوضاً في الفدية، وهو نص المادة (٧٢) أحوال شخصية(٢). واختلفوا في مقداره:

أولاً– حكم زيادة مقدار الفدية في الخلع عن ما وجب لها بالعقد:

القول الأول– قال الزيدية والحنفية وبعض الحنابلة، وهو قول طاوس والزهري والشعبي وإسحاق ورواية عن علي ورجحه الشوكاني(٣): لا يجوز أن يزيد عن مقدار ما وجب لها بالعقد ودفعه الزوج؛ من مهر وتجهيزات العرس ونفقتها ونفقة أولادها، فإن زاد فيجب على الزوج رد ما أخذ من الزيادة على ذلك؛ لأنه لا يستحقه.

---

(١) حكم المحكمة العليا– الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٢/١٠/ ٢٠١٨م، في الطعن برقم (٦١٦٣٤). التعليق ١٤٨.

(٢) رسالة مدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٧٠، ٥٨٤، وأحكام الأسرة لعطروش ٣١٩، وفسخ عقد الزواج د الشجاع ٣٩٠.

(٣) الدرر المضيئة ٢٢٧/٢.

لقوله تعالى: {وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (البقرة:٢٢٩).

فحرم الله أخذ ما آتاه الرجل زوجته، ثم استثنى حل أخذه فدية عند خوف عدم إقامة الحقوق؛ فعاد الاستثناء لأول الآية، وأن هذه حدود الله، وتوعد على مخالفتها ووصفه بالظلم.

ولقوله صلى الله عليه وسلم للمختلعة وزوجها: "أما الزيادة فلا ولكن حديقته، وفي رواية: فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد"(١)؛ ولأنه عوض في مقابلة فسخ فلا يزد على قدره في ابتداء العقد(٢).

وقال سعيد بن المسيب: ما أحب أن يأخذ منها ما أعطاها ليدع لها شيئاً(٣). أي يكره له أن يأخذ جميع ما استحقته عليه، ويندب له ترك بعضه لها.

القول الثاني – وقال الجمهور، وهم: الشافعية، والمالكية، وقول للحنابلة، وقول للحنفية مع كراهته، وروي عن: عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وعكرمة، ومجاهد والنخعي، والثوري: يصح أن يكون أكثر من المهر وأكثر مما وجب لها بالعقد؛ لقوله تعالى: {فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} [البقرة:٢٢٩]، فأطلقه الله ولم يحدد، فلو اختلعت امرأة بجميع ما تملك حتى عقاص رأسها لكان ذلك جائزاً؛ وأن الرُّبَيِّعَ بِنْتَ مُعَوِّذٍ خلعت زوجها بجميع ملكها فأمضاه عثمان وجعل له ما دون عقاص الرأس(٤)(٥).

وأخذ بهذا القانون اليمني في الخلع الرضائي، المواد: (٧٢– ٧٤)؛ فيكون مقدار العوض ما قبلت به وهي جائزة التصرف بالمال (الزوجة أو غيرها) بالتراضي بالغاً ما بلغ، ويلزم الوفاء به.

ثانياً – مقدار الفدية في تفريق القاضي والحكمين وشروطها:

القول الأول – يقول جمهور العلماء، وهم: المالكية، والشافعية، والحنابلة، واختاره القاضي المطهر(٦): إن استحكم الشقاق وتعذر الصلح:

١– إن كان سببه الزوجة، ككراهيتها له وعدم طاعته، والخروج من غير إذنه، فرق بينهما بفدية تدفعها الزوجة للزوج، ولو زاد على المهر.

٢– وإن كان سببه الزوج، كضربها وسوء معاملتها، وشربه الخمر، فلا يلزم الزوجة دفع شيء له.

٣– وإن كان سبب الشقاق مشتركاً منهما أو جهل سببه؛ فإنه يفرق بينهما ببعض الصداق، ولا يصل إلى مقدار جميع المهر، وقدره بعضهم بالنصف، وقال بعضهم يكون بلا عوض.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت٤٥٨هـ)، تحقيق محمد عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط ٣، ٢٠٠٣م، باب الوجه الذي تحل به الفدية، برقم (١٤٨٤٤)، ٥١٣/٧، وصححه الشوكاني. نيل الأوطار ٢٩١/٦، والرواية الأخرى في سنن ابن ماجه، برقم (٢٠٥٦)، وصححه الألباني، ٦٦٣/١.

(٢) المبسوط لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي الحنفي (ت ٤٨٣هـ)، دار المعرفة– بيروت، ط ١٩٩٣م، ١٨٣/٦، وبدائع الصنائع ١٥٠/٣، والمغني ٣٢٥/٧، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ص٤١٥، وشرح الأزهار ٤٤٢/٢، ط أ ٣٩٥/٥، وأحكام الأسرة لعطروش ٣١٩.

(٣) فتح الباري لابن حجر ٤٠٢/٩.

(٤) مصنف عبدالرزاق ٥٠٤/٦، وغيره وصححه ابن حجر والشوكاني. فتح الباري ٣٩٧/٩، ونيل الأوطار ٢٩٦/٦.

(٥) الأم ٢٠٩/٥، ٢١٠، والمجموع ٨/١٧، وفتح الباري ٤٠٢/٩، والعناية شرح الهداية ٢١٦/٤، وبدائع الصنائع ١٥٠/٣، وبداية المجتهد ٦٧/٢، والمغني ٣٢٥/٧.

(٦) الأحوال الشخصية للمطهر ٢٢٩/١، ٢٣٠.

٤- فإن اشتركا بالإساءة وزاد سببه من أحدهما اعتبر الزائد في مقدار الرد من الزوجة؛ كأن يكون ثلثا الإساءة من قِبَلها والثلث منه فإنما تدفع ثلثا المهر(١).

وبهذا أخذ القانون المصري(٢)، والقانون المغربي(٣)، وكذلك القضاء السعودي فسخ للكراهية وتعذر العشرة بنصف المهر، أو بالمهر كاملاً، أو من دون رد بحسب نسبة الشقاق، فإن كان سببه من الزوج فسخ لها بدون عوض له، وإن كان سببه من الزوجة فسخ لها بعوض كامل للزوج، وإن كان سببه منهما ردت نصف المهر(٤).

القول الثاني – وقال الحنفية:

١- حكم الديانة إن كان سبب الشقاق منها فيأخذ منها قدر المهر فقط، وفي رواية أن الزيادة على المهر تجوز ولكن تكره.

٢- وإن كان بسبب الزوج فلا يأخذ منها شيء.

٣- لكن إن أخذ حيث لا يستحق أو أكثر مما يستحق بحكم قضائي جاز ذلك في الحكم والقضاء، ولزم بحيث لا يمكن استرداده(٥).

فيجوز عندهم أخذ الفدية حتى وإن أضر بها ومنعها حقها فيجوز قضاء لا ديانة؛ وهذا ما أخذ به القانون اليمني في م (٥٤) في وجوب رد المهر مطلقاً.

القول الثالث – وقال بعض المالكية: إن كان سبب الإساءة من الزوج فللحكمين المخالعة بمال بنظرهما، لكن لا يصل إلى جميع الصداق(٦).

---

(١) منح الجليل ٥٥١/٣، ٥٥٢، والشرح الكبير ٣٤٥/٢، والشرح الصغير لبلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ سيدي أحمد بن محمد الدردير المالكي (ت ١٢٠١هـ)، وعليه حاشية الصاوي، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، دار المعارف، ٥١٥/٢، والأم ٢٠٩/٥، والمغني ٣٢٢/٧، وكشاف القناع على متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢١١/٥، والأحوال الشخصية للمطهر ٢٦٦/١، وأحكام الأسرة للقليصي ١٢٤/٢، وأحكام الأسرة د عبدالحكيم عطروش ٣٧١.

(٢) نص القانون المصري في مادة (١٠): إذا عجز الحكمين عن الإصلاح: أ- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق. ب- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة. ج- إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة. د- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقاً دون بدل.

(٣) ينص مدونة الأسرة المغربي م (٩٧): في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد ٨٣، ٨٤، ٨٥، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. بينما المواد (٩٩، ١٠٠، ١٠١) تقرر إذا أثبتت الزوجة الضرر بأي وسيلة إثبات طلق لها القاضي ولا يحكم عليها بشيء؛ بل يحكم لها بتعويض الضرر، فإذا لم تستطع أن تثبت فلها أن تطلب التطليق للشقاق، وهنا يحدد مقدار مسؤوليتها في الشقاق، وتتحمل التعويض للزوج بحسب نسبة مساهمتها.

(٤) مجموعة أحكام المحاكم لعام ١٤٣٤هـ، المجلد العاشر: فسخ للكراهية برد المهر كاملاً في حكم رقم (٣٤٣٨٤٤٧)، تاريخه ١٤٣٤/٢/١٦هـ، مصادق عليه من محكمة الاستئناف برقم (٣٤٢٠٩١١٢) بتاريخ ١٤٣٤/٥/٧هـ ص٩٣، وفسخ لسوء العشرة من غير عوض في الحكم برقم (٣٣١٩٥٠٦)، بتاريخ ١٤٣٣/٦/٢٩هـ، ص١٩٢، ومصادق من محكمة الاستئناف برقم (٣٤٢٧٨٩٦٩)، بتاريخ ١٤٣٤/٧/٢٥هـ، وفسخ لسوء العشرة وتعذر الصلح برد نصف المهر بالحكم برقم (٣٣٤٨٣١٦٩) بتاريخ ١٤٣٣/١٢/٢٩، وصادقت عليه محكمة الاستئناف برقم (٣٤٥٧٢٣٩)، تاريخ ١٤٣٤/٣/٨هـ، ص٢٨٢، وغيرها من الأحكام.

(٥) العناية شرح الهداية ٢١٥/٤، ٢١٦، وبدائع الصنائع ١٥٠/٣، وأحكام الاسرة لعطروش ٣١٤.

(٦) قال ابن فتحون: إن لم يقدرا على الصلح فرقا بشيء من الزوجة له أو أسقطاه عنه، أو على المتاركة دون أخذ وإسقاط، ولا ينبغي أن يؤخذ لها منه شيء وتبعه أُتيطيُّ. منح الجليل ٥٥٢/٣.

والذي يعين مقدار الفدية هذه:

١- الحكمان عند المالكية.

٢- الزوجان أو وكيليهما بوكالة خاصة عند الشافعية والحنابلة.

٣- القاضي عند القانون اليمني م (٥٤)، والقانون المغربي (٩٧)، وعند من قال بالخلع القضائي، كما سبق.

٤- الحكمان والقاضي في القانون المصري م (١٠) والقضاء السعودي، حيث يقترح الحكمان ويصدر به حكم من القاضي.

ثالثاً – عوض فسخ الكراهية في القانون اليمني:

القانون اليمني في فسخ الكراهية نص في م (٥٤): يجب أن ترد الزوجة المهر، فأخذ القانون بوجوب رد المهر مطلقاً، سواء كان سبب النشوز والشقاق وتعذر العشرة من الزوج، أو من الزوجة، مع أن الزوج قد دخل بالزوجة واستوفى البضع؛ أخذاً بقول الحنفية بجوازه قضاء بحكم قاض ولو لم يستحقه ديانة، وبقول بعض المالكية الذين أجازوا للحكمين أخذ شيء بنظرهما للزوج مطلقاً ولا يجوز أخذ شيء من الزوج لها مقابل المخارجة.

والمراد بالمهر الذي يجب إرجاعه: هو المال الذي يجب في عقد الزواج على الزوج لزوجته في مقابلة منافع البضع، والأصل في الفسخ أن يكون برد هذا البدل.

قال علماء الشافعية: "الأصل أن الفسخ للنكاح يكون لسبب متقدم كالعيوب، ولا يجوز على غير الصداق، فيوجب استرجاع البدل، كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن؛ لكن المخالعة تكون لسبب طارئ، ويصح أن يكون العوض غير المهر"(١).

ويتكون من الآتي:

المطلب الثالث – عناصر العوض الذي تدفعه المرأة في فسخ الكراهية:

١- المهر:

المهر المسمى هو المتفق عليه في العقد، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى في العقد، وفقاً للمادة (٣٣) أحوال شخصية. ومهر المثل هو مثل مهر أمثالها نسباً وصفة، وهنّ قريبات أبيها، أخواتها وعماتها، أو مثل مهر الأسرة التي تناسب أبيها(٢).

فالأصل في المهر أنه المبلغ المسمى في العقد، والمذكور صراحة في وثيقة عقد الزواج، ما دفع منه حين العقد أو عند الدخول، أو ذكر أنه مؤجل. وهذا متفق عليه فقهاً وقضاءً وعرفاً، بلا خلاف.

واستقر قضاء المحكمة العليا اليمنية على وجوب رد المهر، ولا يستطيع القاضي انقاص ما ذكر صراحة في العقد أو الزيادة عليه؛ وينقض حكمه بذلك(٣)، ومن له دعوى بأنه أكثر من المذكور أو أقل فيقدمها، ويلزمه الإثبات.

وإن كان مؤجلاً في ذمة الزوج كله أو بعضه، فيقرر القاضي اسقاط المؤجل عن الزوج، وإلزام الزوجة برد المعجل المقبوض.

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٠، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٣٩/٤، والنظرية العامة للفسخ ٢٧٣.

(٢) نهاية المحتاج ٣٥١/٦.

(٣) حكم المحكمة العليا- الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٣م، في الطعن الشخصي برقم (٤٤٧١٧)، لسنة ١٤٣٢م، انظر: التعليق على أحكام المحكمة العليا، ص٢٠، ٢٢، وفسخ عقد الزواج لشجاع الدين ٣٤٧.

والرد للمهر يكون إما لعينه أو لقيمته أو لمثله:

١- فترد عينه إن كان معيناً بالذات، وكان موجوداً عند الزوجة لم يستهلك ولم تتصرف به، ولم يزد زيادة متصلة أو ينقص، فيقضى عليها بتسليمه للزوج بذاته؛ لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت أن يأخذ الحديقة من جميلة ويطلقها تطليقة(١). وكان قد تزوجها على حديقة نخل، فردتها عليه(٢).

٢- وترد قيمته وقت الطلب (رفع دعوى الفسخ) عند الزيدية، ووقت إيقاع الفرقة (حكم الفسخ) عند المالكية، إن كان معيناً بالذات واستهلكته، أو تصرفت به للغير ببيع أو هبة، أو زاد زيادة متصلة، وتحدد القيمة بما يترضيان عليه، فإن اختلفا فبما يقدره عدلان مختاران منهما.

٣- وترد مثله إن كان من المثليات المتساوية الآحاد، التي يحل بعضها محل بعض في الوفاء، كالنقود والجرامات الذهب، ونحوه(٣)؛ وفقاً للمادة (١١٧) مدني.

ويصح أن يكون الرد للمهر بالمنفعة المعلومة المباحة التي لها قيمة مالية، ووقع العقد على جعلها مهراً؛ ويستثنى حالة تعذر ردها عليه، وترد عندها مهل المثل، كتعليم القرآن إن كان مهراً لها، فيتعذر عليها أداء منفعة تعليمه القرآن لعدم جواز خلوتها معه(٤).

متى يرد المهر للزوج:

لم نجد من بحث هذه المسألة؛ وهي تسبب الاختلاف ولو بعد الحكم، إذا ما حصل تهرب من الزوجة عن رد المهر بعد فسخ عقد نكاحها، وحكمها الآتي:

أولاً- قال الفقهاء يرد على الزوج بعد الحكم، أثناء تنفيذ الحكم، ونص القانون م (٥٤) وإلا أمر القاضي الزوج بالطلاق، فإن امتنع حكم بالفسخ، وعليها أن ترجع المهر؛ فكأنه جعل رد المهر على الزوج بعد الحكم.

فيجوز أن يكون المهر ديناً يتعلق بذمة الزوجة أو ملتزم العوض في الخلع، وإن كان معيناً بالذات وهلك قبل رده للزوج فإن الفرقة تمضي، ويلزم قيمته أو بدله في ذمة الزوجة؛ فإن عجزت الزوجة عن رده لهلاكه وهو معين بالذات وأعسرت عن رد قيمته، أو أعسرت عن رد مثله إن كان معيناً بالنوع، فقال جميع الفقهاء أن حكم التفريق يمضي، ويسقط عنها المهر للإعسار(٥).

والمهر المعين بالذات المحكوم برده يكون مضموناً على الزوجة حتى يقبضه الزوج منها، ضمان يد، فيحق التصرف به من الزوج قبل القبض إن كان معيناً بالذات، ولا يحتاج إلى توفية بالفرز، ولا ينفسخ حكم التفريق بتلفه بل تجب قيمته. وقال البعض من الشافعية يكون مضموناً ضمان عقد، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، ويرجع عند هلاك المهر قبل القبض بمهر المثل لا بقيمته(٦).

---

(١) صحيح البخاري، دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢هـ، باب الخلع، برقم (٥٢٧٣)، ٤٦/٧.

(٢) فتح الباري ٤٠٠/٩.

(٣) مغني المحتاج ٤٣٥/٤، والمجموع ٢٨/١٧، والدر المختار ٤٤٦/٣، والعناية شرح الهداية ١٥٦/١٠، ومنح الجليل ١٥٧/٦، وشرح الأزهار ٢٨٥/٢.

(٤) مغني المحتاج ٤٣٥/٤.

(٥) مغني المحتاج ٤٣٣/٤، والمراجع الآتية.

(٦) المجموع ٢٨/١٧، ونهاية المحتاج ٣٩٥/٦، وروضة الطالبين ٥١١/٣، وتحفة المحتاج ٣٩٣/٤، ٤٦٠، والمغني ٨٧/٤، والعناية شرح الهداية ١٥٦/١٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٣.

ثانياً– ترد الزوجة المهر للزوج عند طلبها التفريق، فتعرض المهر له مقابل طلاقها، فإن قبله وطلق، وإلا أودعه القاضي عند عدل (خزينة المحكمة أو أحد المصارف) وفسخ لها.

ونص القانون المصري م (٢٠): (للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه). فجعل القانون المصري الحكم بالتطليق خلعاً بعد رد المهر.

وبهذا يقرر القضاء السعودي، فيلزم طالبة الفسخ للكراهية– بعد تقرير الحكمين بتعذر الصلح وضرورة التفريق– برد المهر بشيك باسم الزوج، ويقرر الفسخ بالعوض(١).

وهذا الحكم هو المعمول به قضاءً في المحاكم اليمنية في أكثر القضايا. وسنده الشرعي قوله صلى الله عليه وسلم لثابت: "اقْبَلْ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً"(٢)، فتدفع الزوجة المهر ثم يكون التفريق.

فتدفع المهر الزوجة المدعية بعد تقديم دعواها بطلب الفسخ للكراهية، لأن القاضي يأمره بأن يطلقها مع رد المهر (الخلع بالتراضي)، فإن استلمه الزوج وطلق كان صلحاً قضائياً على الخلع الرضائي، ويعتبر سنداً تنفيذياً قاطعاً للنزاع وفقاً للمواد (١٦٥، ٢١٤، ٤/٣٢٨) مرافعات.

فإن رفض الزوج استلامه أودعته الزوجة بأمر المحكمة خزينة المحكمة، فإن كان هناك خلاف في قدره أو تأجيله، فإن المحكمة تحقق في ذلك — بالقواعد الآتية – وتحكم في نهاية القضية بإلزام الزوجة برد ما ثبت أنها تسلمته من مهر، وتسقط ما لم تتسلمه عن الزوج.

الاختلاف في مقدار المهر:

إذا اختلف الزوجان فيه، فادعى كل منهما مهراً بأنه المسمى خلاف ما يدعي الزوج الآخر: أ)– فالشافعية وأبو حنيفة ومحمد أطلقوا الحكم عند الاختلاف في المهر بالتحالف والتفاسخ في المسمى، ووجوب مهر المثل.
ب)– لكن الزيدية وأبو يوسف والقانون م (٥٧)(٣) جعلوا الاختلاف في قدر المهر يوجب الأقل، فيكون القول قوله، وعلى مدعي الزيادة الإثبات، ولا يوجبون مهر المثل إلا إذا بيّنا معاً وتكاذبت البينتان(٤).

الحكم بإضافة فارق العملة:

إذا حكم القاضي على الزوجة برد المهر المسمى لزوجها في وثيقة العقد، أو حكم برد مهر المثل، فهل ترده الزوجة بعدده المذكور في العقد وبمثله زمن العقد فقط؛ أو أن القاضي يحكم بفارق العملة، فيضيفها إلى المسمى وإلى مهر المثل، أو يكون الرد لمهر المثل وقت التنفيذ؟

وهذا لا يثار إذا كان المهر محتفظاً بقيمته منذ وقت دفعه حتى رده للزوج لم يتغير، لكن الإشكال– خصوصاً في زمننا الحاضر في اليمن هو أن القيمة المالية تنقص للنقود وتزيد للذهب والأرض، ورد النقود بعددها على الزوج فيه هضم للزوج ورد الذهب بعدده جراماً فيه هضم للزوجة؛ فمثلاً المهر المسمى قبل خمسة عشر سنة بثلاثمائة ألف

---

(١) حكم برقم (٣٤٣٨٤٤٧)، بتاريخ ١٤٣٤/٢/١٦هـ مصادق عليه من محكمة الاستئناف برقم (٣٤٢٠٩١١٢) بتاريخ ١٤٣٤/٥/٧هـ. مجموعات الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، وزارة العدل، المجلد ١٠، ص٩٣.

(٢) صحيح البخاري ومسلم، وقد سبق تخريجه.

(٣) نصت م (٥٧): إذا اختلف الرجل والمرأة في تسمية المهر أو تعيينه أو قبضه أو زيادته أو نقصه؛ فالبينة على المدعي والقول للمنكر مع يمينه.

(٤) رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢هـ)، دار الفكر– بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، ١٣٠/٣، وبدائع الصنائع ٢٧٨/٢، ونهاية المحتاج ٣٦٦/٦، والمغني ٢٢٢/٧، وشرح الازهار ط ب ٣٤٩/٢.

ريال، إذا رد على الزوج حالياً في ٢٠٢٢م، وقد أصبح مهر الزوجة مليون ريال مثلاً؛ فأنه لا يساوي إلا أقل من الثلث فيظلم الزوج.

وإن حكمنا بفارق العملة، وقدرنا ما يساوي الثلاثمائة الألف جراماً ذهباً أو دولاراً وقت دفع المهر، ثم الزمنا الزوجة برد المهر بحسب قيمة الذهب حالياً؛ لكان ذلك إجحافاً في حق الزوجة لا تستطيع أداءه.

ومهر الزواج وعوض المخارجة في الخلع وفسخ الكراهية يتجاذبه قاعدتان:

١- المعاوضة المحضة، والتي تقضي باحتساب فارق العملة؛ كفسخ عقد البيع للأراضي، فإن القضاء اليمني قد أطردت أحكامه على أن الرد يكون للثمن وملحقاته، كأجور كتابة البصيرة وأجور الدلالة، ويضاف إليه فارق العملة بسعر زمن التنفيذ(١).

والسبب أن قصد المعاوضة المحضة هو الربح، فالبائع لما باع أرضية بخمسمائة ألف ريال قبل عشرين سنة، قام بالشراء بالثمن أرضاً أخرى أو بنى بيتاً، فعندما يحكم بفسخ البيع، فيجب على البائع أن يرد الخمسمائة حالياً لا لذاتها بل بسعرها دولاراً أو ذهباً وقت قبضها من البائع(٢).

٢- المكارمة وعدم قصد الزوجان المعاوضة المالية والكسب المادي، وإنما بناء أسرة سعيدة، فإذا ما قدر الله لهما الشقاق، فليتفرقا بإحسان، فيغلب فيها اسقاط الحقوق والتنازل عنها؛ دفعاً للضرر وإنهاءً للشقاق بالمخارجة، ولذلك اشتهر عند الفقهاء: "النكاح مبني على المكارمة، والبيع مبني على المكايسة والْمُشَاحَّةِ"(٣).

والمرأة غالباً لا تهدف الربح، فلا تعتاض بمهرها أرضاً أو ذهباً، ولا تضارب به، بل يبقى نقداً أو تصرفه لنوائب الدهر في مصالحها ومصالح زوجها وأبنائها، ويندر أن تشتري الزوجة بمهرها أرضاً أو ذهباً ويبقى حتى الفسخ، والحكم يناط بالغالب المعتاد، وليس بالنادر.

وهذا المعمول به قضاء في اليمن(٤)، إذ يقرر رد المهر ولو أصبحت قيمته حال الرد زهيدة لا تساوي عشر مهر المسمى، لكن إن كان ذهباً وكان باقياً فلا إشكال فيلزمها رده، وكذلك لو اشترت به أرضاً أو داراً، ولكن إذا استهلكته في حينها، وغالباً ما تعطيه للزوج أو أبنائها، والأصل الرد لمثله جراماً ذهباً؛ وقد يكون مرهقاً، فعندئذٍ يحكم القاضي بتعويض عادل عليها(٥)(٦).

---

(١) النظرية العامة للفسخ، د حسن الذنون، ص٥٧.

(٢) تنص المادة (٥٤٥) مدني: إذا استحق المبيع للغير فعلى البائع ضمان الرقبة بقيمتها المدفوعة، وضمان الغلة، وضمان ما غرمه المشتري، ويدخل في ذلك فرق العملة في غير الربويات.

(٣) مقاصد الشريعة لابن عاشور، وزارة الاوقاف- قطر، ٢٠٠٤م، ٤٤٥، والشرح الكبير ٢/٢٩٠، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/٤٤٥، وبداية المجتهد ٢/٢٢.

(٤) قضى حكم مصري في الطعن رقم (٨٨) لسنة ٦ ق: المبارأة والخلع أو الطلاق على مال ليس من المعاوضات المالية التي تطبق في شأنها أحكام القانون المدني بل هي من التصرفات التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية؛ فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها وحدها في تقرير ما يجب من مال. فسخ عقد الزواج د شجاع الدين ٤٠٦. بمعنى أن للخلع الرضائي وعوضه أحكاماً خاصة، فمثلاً: تلف العوض في الخلع أو كونه شيئاً محرماً لا يبطل الخلع- كما ذكرناه في المتن، والفوائد الربوية لا يجوز تطبيقها هنا، ولكن لا مانع من الأخذ بالقواعد العامة للفسخ في القانون المدني فيما لم يوجد فيه نص شرعي أو اجتهاد فقهي خاص به في الفقه الإسلامي.

(٥) قال المالكية: ويعجل للزوج المال المؤجل بأجل مجهول بقيمته حالاً؛ فإذا خالعته برد دراهم مؤجلة بمجهول، فإنها تدفعه حالاً للزوج، ويؤول مقداره معجلاً يوم الخلع بقيمته بالأجل المجهول؛ فيقوم المهر المؤجل بعرض ثمنه مؤجل ثم بعين حالة، ويرد قيمتها. الشرح الكبير ٢/٣٤٩، ومنح الجليل ٤/٨. وقال ابن حجر: إن الفدية في الخلع لا تكون إلا بما أعطى عيناً أو قَدْرَها. فتح الباري ٩/٤٠٢.

(٦) تنص المادة (٢١٩) مدني: يجوز فسخ العقد بخيار من الخيارات أو بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ طبقا للقانون؛ ويترتب على الفسخ إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد؛ فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض من غرم. وتنص المادة (٣٣٧) مدني: يجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً إذا كان ذلك ممكناً، فإذا كان ذلك غير مستطاع له جاز للحاكم الحكم عليه بتعويض عادل.

لكن إذا كان رد المهر غير مستطاع ومتعذر لتلفه أو لانعدامه فحكمه في الآتي:

تلف عوض الخلع أو جهالته أو عدم القدرة في تسليمه:

إذا طلبت المرأة المخالعة فقال زوجها: قد خلعتك، أو تقول: اخلعني على ما في يدي؛ فتبين أنه درهماً، أو لا شيء فيه، أو يتلف، أو يكون محرماً، أو لا تقدر المرأة عليه:

١- قال الحنفية والمالكية ومشهور الحنابلة: يجوز الخلع وينفذ وتبين به المرأة، ولا شيء عليها للزوج؛ لأنه قطع للنكاح وإسقاط للملك من جهة الزوج تدخله المسامحة، وهو من جهة الزوجة مخارجة للحاجة للفرقة عند كراهية الزوج وعدم الرغبة فيه؛ فيصح من غير عوض كالطلاق، وبمجهول كأن تخالعه على ما في يدها، وإن تلف فلا يجب شيء عليها وينفذ(١). فغلبوا الإسقاط للمخارجة.

٢- وقال الشافعية والزيدية عند جهالة العوض بتغرير: يمضي الخلع وينفذ ويجب عليها مهر المثل للزوج، يوم الخلع (يوم نطق القاضي بالفسخ)؛ لأنه معاوضة كالبيع، فإذا جهل العوض أو تلف أو كان محرماً فسدت تسمية العوض، ووجب مهر المثل للزوج(٢). فغلبوا المعاوضة.

وهذا الذي أخذ به القانون اليمني في المادة (٥٤)، حيث أوجب على الزوجة رد المهر في جميع الأحوال، فإن قضى الحكم بفسخ نكاحها ورد المهر ولم يعينه ولم يحقق في مقداره؛ فإنه يجب رد مهر المثل.

٣- وقال أبو بكر وأبو ثور وبعض الحنابلة: لا يصح الخلع، ولا يقع به فرقة؛ لأنه كناية طلاق إلا إن أقر الزوج أنه أراد الطلاق فيقع(٣).

٤- وقال الزيدية: لا يصح الخلع، ويقع طلاقاً رجعياً، إلا إن كان مجهولاً فوافقوا الشافعية في وجوب دفع مهر المثل للزوج(٤).

طلب الزوج استرداد المهر:

الرد للمهر في فسخ الكراهية يحكم به القاضي ولو لم يطلب الزوج استرداده؛ لأنه عوض عن المخارجة؛ فيكفي أن تطلب الزوجة الفسخ للكراهية ليحكم عليها للزوج بالمهر، وهو وإن كان خروجاً عن القاعدة العامة في قانون المرافعات م (٢٢١): بعدم جواز أن تحكم المحكمة بما لم يطلبه الخصوم، وبطلانه إن حكمت به؛ فإن له ما يبرره في القواعد العامة للفسخ للعقد في القانون المدني م (٢١٩)، فإن طلب البائع الفسخ لعدم تنفيذ المشتري المدعى عليه بدفع بقية الثمن يقتضي عليه أن يعرض رد ما قبضه من الثمن.

وهذا الحكم قاصر على المهر الثابت في وثيقة العقد، وكذا الحقوق الزوجية التي اقترح دفعها أو اسقاطها الحكمان، فيحكم بها القاضي دون طلب، فلا يشمل التعويضات والديون الأخرى؛ فإنها تحتاج إلى أن يطلبها صاحب المصلحة، والحكم بها دون طلب يعد باطلاً م (٣/٢٩٢) مرافعات.

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٧/٣، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٥٢٤/٢، والمغني ٣٣٣/٧، وأحكام الأسرة للقليصي ١٥٤/٢.

(٢) الحاوي ١٤/١٠، وتكملة المجموع ١٥/١٦، ونهاية المحتاج ٢٠٧/٥، ٤٢٢/٦، وشرح الأزهار ٤٤٥/٢.

(٣) المغني ٣٣٣/٧، وكشاف القناع ٢١٨/٥.

(٤) شرح الأزهار ٤٤٦/٢، والبحر الزخار ١٨٤/٣، وأحكام الأسرة د عطوش ٣١٧.

٢- الذهب أو الشبكة:

يضاف إلى المهر الذهب (ذهب الشبكة) الذي يدفعه الزوج عند العقد، أو (ذهب الدخلة) الذي يدفعه الزوج عند الدخول بالزوجة، فهذا وإن لم يرد ذكره في محرر العقد صراحة، فهو معروف عرفاً بأنه في مقابلة منافع البضع؛ والأصل الشرعي والقانوني لذلك: أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والعادة المطردة تنزل منزلة الشرط، والعادة محكمة(١).

ونص القانون المدني في القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون م (١٢): الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال، وإذا اجتمع التحليل والتحريم غلب جانب التحريم؛ وكل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة.

ويذهب بعض القضاة والمحامون: أن هذا صداق لا يرد؛ لأنه مقابل أرش البكارة(٢)؛ وصدرت بعض أحكام القضاء بذلك – ولا زالت محل طعن.

وهذا تأويل بعيد باطل؛ لأن الصداق والمهر مسميان لمعنى واحد، وهو ما يدفعه الزوج للزوجة مقابل منافع البضع م (٣٣)، فالصداق هو المهر نفسه الذي أوجب القانون رده، وأرش البكارة إنما تكون للمكرهة والمغلوط بها، أما الزوجة فهو مهر.

وهذا وإن كان يجد مستنده عند جمهور العلماء الذين يقررون أن الفسخ بعد الدخول لا يرد به المهر(٣)؛ ولكن ليس في الفسخ للكراهية؛ بل في الفسخ للعيب، بالجنون والجذام والعنة والطارئة، أو الفسخ لعدم اكتمال أركان وشروط العقد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا"(٤)، وهذا أخذ به القانون في الفسخ لعدم الكفاءة وعدم النفقة والغيبة والحبس وإدمان الخمر.

ولأنهم لا يجيزون الفسخ للكراهية والخلع القضائي، وإنما يجعلون سبيل التفرقة بين الزوجين الطلاق الخلعي المتراضى عليه فقط، وترد الزوجة للزوج المهر كاملاً أو أكثر، أو أقل إن قبل الزوج باتفاق متراض بينهما.

لكنه لا يطبق على فسخ الكراهية (الخلع القضائي) المنصوص عليه في المادة (٥٤)، بل يجب أن نعود لتكميلها للمذهب المجيز للخلع القضائي فقط، وهم الذين أوجبوا رد الحديقة للزوج، وهو ما وجب لها بالعقد على زوجها، ومنه الذهب.

ويذهب قول ثالث من القضاة والمحامين: أن الشبكة وذهب الدخلة هبة للزوجة جرى بها العرف، وليست من المهر، وهذا أقوى من سابقه؛ لكن إذا أصر الزوج أنه من المهر الذي اتفقوا عليه أو قضى به العرف فيطلب استرداده، وهي تقول إنه هبة تملكته، فلا يرد؟

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٩، ٨٤، وللسيوطي ٨٩، ٩٦.

(٢) من خلال مقابلات مع قضاة ومحامين.

(٣) فنص الشافعية والحنابلة وغيرهم: أن الفسخ بعد الدخول يجب به المهر المسمى أو مهر المثل؛ لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول. تحفة المحتاج ٣٥٠/٧، ٣٥١، والمغني ١٨٨/٧.

(٤) سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبدالباقي وأخرون، مكتبة مصطفى البابي الحلبي– مصر، ط ٢، ١٩٧٥م، (١١٠٢)، ٣٩٩/٣، والمستدرك للحاكم، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٩٩٠م، ١٨٢/٢، ومسند أحمد، وصححه المحقق، ٤٣٥/٤٠.

قال الشافعية: لو دفع لزوجته مالاً وزعم أنه صداق، فقالت: بل هدية، فإن اختلفا في كيفية لفظه صدق بيمينه، بقرينة وجود الدين مع غلبة قصد براءة الذمة تؤكد صدق الدافع(١)، وقال الحنفية: إن كان من جنس المهر فهو من المهر، وإلا فلا؛ بشهادة الظاهر(٢). أي أن الأصل قول الزوج الدافع إن ادعى أنه مهر، وهي تثبت خلافه.

٣- ما شرط في العقد للأب أو للأم:

يضاف للمهر المبلغ الذي يشترطه الولي لنفسه، أو للأم ويدفعه الزوج، وإلا تمنع الولي عن العقد، وتهرب بالحيل: ١- قال المالكية والزيدية والثوري وعطاء وعمر بن عبدالعزيز والقانون م (٣٣): بأنه من المهر، ولا يصح الشرط ويكون المشروط للزوجة، نصت م (٢/٣٣): المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيفما شاءت؛ ولا يعتد بأي شرط مخالف.

٢- وقال بعض الزيدية والفقهاء: إن الشرط يبطل ويصح العقد، ويسقط ما شرطه عن الزوج؛ فلا تستحقه المرأة لأنه زيادة على المهر، ولا يستحقه من شرطه لأنه رشوة عن القيام بحق.

وبعضهم فصّل، فقال: بأنه للزوجة إن شرط في العقد، ويكون للولي الذي شرطه إن شرطه بعد العقد(٣).

٣- والمعتمد في مذهب الشافعية: أن الشرط يبطل وتفسد به تسمية المهر، ويجب لها مهر المثل(٤).

وهذا ينصرف إلى ما يشترطه الولي لنفسه أو للأم ونحوه على الزوج، ليتملكه دون الزوجة، ولا يصرفه في تجهيزات العرس؛ فقرر القانون أنه مهر للمرأة تتملكه وتتصرف به كيف شاءت، وترده عند الفسخ للكراهية.

وإذا أخذه الولي وصرفه في مصالحه، فكيف تلزم الزوجة برد ما أخذه وليها بدون توكيل أو أذن خاص منها؟ فعند فسخ الكراهية على الزوج أن يطالب الولي بما دفعه له ويسترده منه. أما إذا استمرت الحياة الزوجية فإن الزوجة إذا لم تأذن لوليها بتملكه فإنها تطالب به الزوج، ويُلزم بدفعه للزوجة، ثم يعود الزوج على الولي بما قبضه. هذا ظاهر حكم المادة (٢/٣٣).

فإذا اقتنعت هي بما قبضته من مهر من زوجها، فيكون ما شرطه الولي وقبضه لنفسه بحكم الهبة من الزوج للولي، وله العودة عليه عند فسخ الكراهية؛ كون الهبة هنا بشرط الزواج واستمرار الزوجية؛ خصوصاً إذا لم يمض للزواج إلا وقت قصير؛ كشهر أو شهرين، ثم تنشز الزوجة على زوجها وتفسخ زواجها للكراهية، فأي عوض قبضه الزوج مقابل هبته هذه، والشرط قد تكون أكثر من المهر(٥).

---

(١) تحفة المحتاج ٤٤٢/٧، والفقه الشافعي الميسر د وهبة الزحيلي، دار الفكر- دمشق، ط ٢٠٠٨، ص١٠١، ١٠٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٥٣/٣.

(٣) واستدلوا بحديث: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حِبَاءٍ أَوْ عِدَةٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَهُ، وَأَحَقُّ مَا يُكْرَمُ عَلَيْهِ الرَّجُلُ ابْنَتُهُ وَأُخْتُهُ». مسند أحمد (٢٤٩٠٨)، وحسنه شعيب الأرنؤوط، ٣٩٤/٤١، وسنن أبي داود (٢١٢٩)، وضعفه الألباني، ٢٤١/٢. قال الشوكاني في نيل الأوطار ٢٠٧/٦: رواه الخمسة إلا الترمذي.

(٤) الأحوال الشخصية للقاضي المطهر، ٢٨٣/١، وشرح الأزهار ٢٧٤/٢، ونيل الأوطار ٢٠٧/٦، وأحكام الأسرة د علي القليصي، ١٢٧/١.

(٥) الأحوال الشخصية للمطهر ٢٨٣/١، وأحكام الأسرة للقليصي ١٢٧/١، والخلاصة في أحكام الأسرة ٦٧.

٤- مبلغ تجهيزات العرس:

أما الشرط (الجهاز) وهي تكاليف العرس، من ثياب وصالة ومكبرات صوت، وتكاليف الكوافير، وذبائح الوليمة التي يقيمها الزوج العريس، وما يقدم من مشروبات وأطعمة للضيوف الحاضرين الزفاف، وغير ذلك، وقد يدفعه الزوج أو يشترك مع ولي الزوجة، وقد يقيمها أب الزوجة، والذي يكون أضعاف المهر.

فإن اتفق الطرفان عند العقد على ما هو الشرط وما هو المهر، وما حكم الشرط من يلزمه دفعه وما وجه دفعه، فيطبق عليهم ما اتفقوا.

لكن إن دفع الزوج مبلغاً معيناً (مبلغ مقطوع) ولم يحدد منه المهر وما هو الشرط؛ فيكون مبلغ الشرط متضمناً في المهر- كما قررته المحكمة العليا اليمنية[١]. فيحصل هنا الخلاف: في تحديد مقدار المهر، وتحديد مقدار وحكم الشرط.

والقانون اليمني في المادة (٢٠٥) جعل حكم الشرط بحسب العرف[٢]. وأكثر العرف يجعل الزوج هو الملزم بدفعه، وبعض المناطق يكون مناصفة بين الزوج وولي الزوجة- كما في مصر، وقليل من المناطق يتحمله ولي

---

(١) جاء في حكم المحكمة العليا- الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٨/٣/٣م، في الطعن برقم (٦٠٦٠٧) لسنة ١٤٣٨هـ: وننوه إلى أنه كان الأحرى بمحكمة الموضوع القول إن المبلغ المسمى بالشرط داخلاً في المهر ومتضمناً له. التعليق ٢١٩.

(٢) **حكم الجهاز إذا لم يتفق عليه صراحة:**

القول الأول- قال أبو طالب وأبو مضر من الزيدية والحنفية والشافعية: إن كل ما وقع العقد عليه ودفعه الزوج فيكون جزءاً من المهر، وتملكه الزوجة، وهو المهر المعجل، وهو للمرأة ولو زاد على مهر المثل، ولا يلزمها تجهيز نفسها من مهرها. لكن إن اتفق على المهر صراحة، ودفع الزوج مبلغ للجهاز؛ فإنه يكون هبة من الزوج بشرط العوض في تجهيزها بما يليق بمثلها، فإن لم تزف بجهاز مثلها كان للزوج الحق في مطالبة وليها به. فإن ساعدت هي أو وليها ببعض الجهاز فهو تبرع منها ويكون ملكاً لها، وإن جهزها وليها وجرت عادتهم على أنه عارية فهو عارية استعمال يجب إرجاعه.

القول الثاني- وقال بعض المالكية وأكثر الزيدية وبعض الحنفية والقانون م (٢٠٥): أن ذلك يرجع لحكم العرف، فإن كان يدفعه الزوج ويعد جزءاً من المهر فيكون كذلك، كما يحصل في بعض مناطق اليمن، فيلزم الزوج دفعه، وتملكه المرأة، ويجب رده عند الخلع والفسخ للكراهة. وإن كان العرف يقضي بأن يدفعه الزوج ويعد هبة منه ومعونة لتجهيزات العرس؛ فيأخذ حكم الهبة بشرط تجهيزها بما تجهز به مثلها بمثل ما دفع، فإن دفعه غير الزوج كالأب كان له الرجوع على الزوج، وهذا معمول به كثيراً في تعز وكثير من مناطق اليمن. وإن كان العرف يلزم الأب أو الولي بدفعه، فيلزمه دفعه ويحق للزوج مطالبته به، أو كان العرف يقضي بأن يدفع الزوج نصفه والنصف الآخر على ولي المرأة، فإن طلقت كان للمرأة -كما هو العرف في مصر، فيطبق عليهم حكم العرف. وإن كان العرف على أن يقدمه الأب أو الزوج للعروس لغرض التجمل عارية، فيكون عارية لا تملكه، ويلزمها رده بعد الزفاف، كحزام الذهب وفستان العرس، ونحوه. وهذا المعمول به عرفاً وقضاءً، وهو قول كثير من الزيدية، مع أن قول الهادي والمؤيد بالله من الزيدية: أن الجهاز المسلم باق على ملك المجهِز دفعه عارية ويسترده بعد العرس ما لم يقض عرف أو لفظ أو قرينة بغير ذلك.

القول الثالث- وقال المالكية بأنه يجب الجهاز على المرأة من مهرها بقدر أمثالها إذا قبضت مهراً معجلاً من الزوج، أما إذا لم يعجل مهرها، أو عجله ولكنه مهر المثل، ووجد عرف أنه يلزم الزوج، فلا يلزمها حينها.

وكما ترى فالعمدة في من يلزمه دفع الجهاز وقدره، ومن يتملكه بعد ذلك هو حكم العرف الذي أخذ به القول الثاني، وهو الراجح، أما الأخرون فقرروا حكماً عاماً كأصل عام ما لم يتفق الطرفان أو كان العرف على خلاف أصلهم فيعمل بالاتفاق أو العرف، فالقول الأول جعل الأصل في أن الزوج هو الملزم بدفع الجهاز، والقول الثالث جعل الأصل أن تدفعه الزوجة من مهرها.

ينظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٥٨/٣، وإعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر عثمان بن محمد الدمياطي الشافعي(ت١٣١٠هـ)، دار الفكر، ط ١، ١٩٩٧م، ١٧٠/٣، والحاوي الكبير ٤٣٣/٩، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٢٣/٢، وحاشية الصاوي ٤٥٧/٢، وشرح الازهار ٤٤٩/٣، ١٤٧/٨، ط أ، والأحوال الشخصية للمطهر ٢٨٤/١، والفقه الإسلامي وأدلته، د وهبة الزحيلي، ط٤، دار الفكر دمشق، ٦٨٢٤/٩، والخلاصة في أحكام الأسرة، دار السلام تعز، ٢٠٢٢م، للمؤلف د عبدالله محمد علي ص٦٩.

الزوجة، والعرف في اليمن أنه لا يعد من المهر الذي تتملكه الزوجة مقابل البضع، وأكد ذلك القضاء اليمني[١]، وإنما يلحق به ويدفع بسببه؛ فهو هبة بمقابل تجهيزها وزفافها بما يليق لمثله من مثلها، فإن فسخ العقد ولزم رد المهر فإنه يأخذ حكم استرداد الهبة التي لم يتحقق عوضها.

فإذا فسخ العقد قبل الزفاف والدخول للكراهية أو لغيره بسبب من الزوجة وجب رد جميعه؛ فتلزم الزوجة ووليها بإعادته.

فإن كان الفسخ للكراهية بعد الزفاف، وكان معظمه صرف في تكاليف الزفاف، وقد زفت العروس ودخل بها الزوج ليلة الزفاف، فإنه يكون قد تحقق بعض عوض الشرط، وهو أن زفت إليه بما يليق بمثلها لمثله، ولكن قصد الزوج استمرار الزوجية، ولم يتحقق بسبب طلب الزوجة الفسخ، وقد تحمل تكاليف الشرط التي تبلغ أضعاف المهر، وإذا أراد التزوج زوجة أخرى يحتاج مثل ذلك.

فكان من الإجحاف والظلم تحميل الزوج له، ويبعد أن نقوّله ونحتج عليه بأنه دفعه برضاه هبة لتجهيزات الزفاف، وليس مهراً، وقد حصل الزفاف، فلا يسترده؛ لأنه دفعه لاستمرار الزوجية وليس المقصود فيه احتفال يوم العرس فقط، والجهاز وإن لم يكن مهراً في مقابل البضع فهو ملحق له ومتمم له، ولا ينتفع بالبضع بمقابلة المهر لوحده، وخصوصاً بعد المبالغة في الشرط بأضعاف المهر.

ومن الظلم على الزوجة أن نعتبره كله مهراً للزوجة، لأنه وإن صرف عليها إلا أنها لم تتملكه، وأنفق في تجهيزات العرس، وهي قد زفت إليه ودخل بها، ومهرها الذي سلم لها زهيد بالنسبة لمبلغ التجهيزات، والمسكينة قد عاشت معه في الزوجية، وحاولت الانسجام معه إلا أنها وصلت إلى حد الكره التام له.

فكان من العدل أن ترد الزوجة نصفه للزوج مقابل تخلية سبيلها عند فسخ الكراهية؛ تعويضاً عادلاً عما تكلفه، وليتمكن من إنشاء حياة زوجية جديدة، يكتب الله لها التوفيق بالاستمرار؛ وبهذا استقر قضاء المحكمة العليا اليمنية.

فصدرت الأحكام على وجوب رد المهر[٢]، وأوجب على الزوجة تعويض الزوج وأن ترد نصف الشرط مع المهر، حيث قضت: "إذا لم يمكن رجوع الزوجة بوجه من وجوه الإصلاح فعلى الزوجة تعويض الزوج كما أن عليها دفع المهر ونصف الشرط (جهاز العرس) المدفوع"[٣]. وقررت بطلان الحكم ونقضه عند تجاهله الحكم برد ذلك[٤].

---

(١) قضى حكم المحكمة العليا اليمنية– الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١١/٢/٢م في الطعن الشخصي برقم (٤١١٣١) لسنة ١٤٣١هـ: أن المحكمة الاستئنافية أخطأت في توصيف موضوع الدعوى وهو طلب تسليم الشرط وغرامة العرس وليس المهر، وقد تبين أن الطاعن (والد الزوجة) طلب في دعواه بتسليم المدعى عليه (الزوج) شرط الزواج بحسب عرف المحل، ويظهر منه أن العريس هو الذي يتحمل تكاليف حفل زفاف العروس ونحوه بحسب ذلك العرف؛ فإنه كان المتعين على محكمة الاستئناف الوقوف على صحة الشرط أو بطلانه، وحيث ظهر أن الطاعن لم يأت في دعواه على ذكر المهر؛ فإنه لم يكن بحاجة إلى توكيل من ابنته حتى تتوفر له الصفة والمصلحة في رفع دعواه. انظر: التعليق ص١١١.

(٢) حكم المحكمة العليا– الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٣م، في الطعن الشخصي برقم (٤٤٧١٧)، لسنة ١٤٣٢م، انظر: التعليق على أحكام المحكمة العليا، ص٢٠، ٢٢.

(٣) حكم المحكمة العليا– الدائرة الشخصية، بتاريخ ١٩٩٩/١١/٦م، وكذلك الحكم في الطعن رقم (٣٥٠) لسنة ١٤٢٠هـ بتاريخ ١٩٩٩/١٠/٣م: انظر: المبادئ والقواعد القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني، ٢٠٠٤م، والتعليق على أحكام المحكمة العليا، ص٣٠، ص١٣٢، وبحث فسخ الزواج للكراهة ص٦.

(٤) حكم المحكمة العليا– الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩م، في الطعن الشخصي برقم (٦٠٧٧٠)، لسنة ١٤٣٢م: والذي قضى: فقد وجدت الدائرة أن الحكم الاستئنافي موافق من حيث النتيجة لأحكام القانون فيما علل به وأستند إليه؛ عدا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في حكمها بتعديل الفقرة الثانية من منطوق الحكم الابتدائي، وذلك بانقاص المهر المحكوم بإعادته؛ إذ لا اجتهاد مع النص، فقد خالفت محكمة الاستئناف المادة (٥٤) من قانون الأحوال الشخصية؛ فإن ما أثاره الطاعن في هذه الجزئية مقبول موضوعاً؛ وعليه فقد تعين نقض التعديل الوارد في حكم الاستئناف، وإقرار ما قضى به الحكم الابتدائي بشأن إرجاع المهر وفقاً للمادة المذكورة من قانون الأحوال الشخصية. انظر: التعليق على أحكام المحكمة العليا، ص٤٣.

٥- تعويض الزوج في فسخ الكراهية:

أوجب القانون م (٥٤) إلزام الزوجة برد المهر فقط، المتفق عليه في العقد، أو مهر المثل وفقاً م (١/٣٣)، ونص على أن الشرط المقتطع مبلغاً للولي يعتبر مهرًا ويأخذ حكمه م (٢/٣٣).

وقرر إضافة إلى ذلك القضاء رد نصف الشرط (تجهيزات العرس) في فسخ الكراهية لتمنع الزوجة من الرجوع للزوج، وألزم بالتعويض للزوج عما غرم فوق ذلك، فقضى حكم المحكمة العليا- الدائرة الشخصية، بتاريخ ١٩٩٩/١١/٦م: إذا لم يمكن رجوع الزوجة بوجه من وجوه الإصلاح **فعلى الزوجة تعويض الزوج**، كما أن عليها **دفع المهر ونصف الشرط** (جهاز العرس) المدفوع[١].

فترك القانون اليمني وأحكام المحكمة العليا اليمنية التعويضات الأخرى- مما لم يسبق ذكره- للقواعد العامة في القانون المدني: بما لحقه من ضرر مادي ومعنوي وما فاته من كسب، وفقاً لنص م (٣٥١، ٣٥٢) مدني.

ونص القانون المصري لإجراءات التقاضي م (١١): إن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين؛ وتبيّن لها استحالة العشرة بينهما، وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى.

ومعلوم أن فسخ الزواج للكراهة يكون طارئاً بعد الدخول غالباً، وأثره هو وجوب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد قبل الحكم بالفسخ، وإرجاع المتعاقدين فيها إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وهذا متعذر أو مرهق، فالمشاعر التي وضعها الزوج في زوجه الآخر والثقة به، واطلاعه على أسراره وغيرها أمور لا يمكن إعادة المتعاقدين فيها إلى ما قبل العقد، فلزم التعويض عنها؛ وفقاً لنص القانون المدني اليمني المادة (٢١٩) بقوله: يترتب على الفسخ إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد؛ فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض من غرم.

وهذه أهم الأضرار والتعويضات عنها:

١- الأضرار المادية المحققة: وهي كل عين أو منفعة ذو قيمة مالية يفقدها الزوج أو تقل قيمتها أو لم يستطع استعمالها بسبب فسخ الزوجة لعقد نكاحه، كقيمة بناء الزوج لشقة فوق منزل والدها أو في حوش منزله، وكان موطن الزوج بعيداً عنهم، فإذا فسخت الزوجة للكراهية وجب تعويض الزوج عن ذلك بإلزامها ووليها بقيمة البناء، وكتعويض أضرار فسخ شراكة في مشروع تجاري بني على أساس شخصي بين الزوجين، ورتب فسخ الزواج تعذره لما يقتضي من الخلوة.

٢- الأضرار الأدبية والمعنوية: وتتمثل بالمساس بالسمعة والكرامة والخصوصية، فإذا ما سبب فسخ الزواج مساساً بسمعة الزوج ونشر لخصوصيته بدون وجه حق، كان له طلب منع ذلك والتعويض عما لحقه من ضرر الإساءة.

٣- ما فات من كسب: وتتمثل بالفوائد التي فاتت بسبب الفسخ، وفي فسخ الزواج لا يستجيب القاضي لها، لأن القصد منه منافع شخصية دينية وليست مادية، كما أن التعويض عن فوات الكسب من الفوائد الربوية المحرمة، ولا مجال لبحثها هنا.

ويجب على الزوج لاستحقاق هذه التعويضات: ١- أن يثبت خطأ الزوجة في عدم تنفيذ التزاماتها ببقاء الزوجية وعدم وجود مبرر من جهته في طلبها الفسخ. ٢- أن يثبت حصول الضرر عليه. ٣- أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لفسخ الزوجة لعقد الزواج. ٤- أن يطلب المضرور من القاضي الحكم له بذلك. فإذا تحققت هذه

(١) انظر: التعليق على أحكام المحكمة العليا، ص١٣٢، وقد ذكر د عبد المؤمن شجاع الدين أن هذا التعويض للزوج بنصف الشرط اجتهاد قضائي من المحكمة العليا، ولم يذهب أحد من الفقهاء إلى القول به.

الأركان استحق المضرور التعويض، وكلما ظهر في سلوك محدث الضرر جسامة الخطأ أو التعسف في استعمال حق الفسخ كان القضاء أكثر استجابة للحكم عليه بالتعويضات(١).

وهذه الأحكام مقررة كتعويض قضائي في القواعد العامة للمسئولية، والذي قد يكون المضرور الزوج وقد يكون المضرورة الزوجة أيضاً؛ إلا أن التعويض للزوجة في فسخ الكراهية يوجد فيه تحفظ في القضاء اليمني لوجوب التعويض القانوني في المادة (٥٤) على الزوجة بإلزامها برد المهر وأن مخالعة الزوجة لزوجها يقتضي التنازل منها على حقوقها، فكيف يحكم لها بالتعويض- كما سيأتي في المسألة الآتية في سقوط النفقة، ولذا وجدنا القضاء اليمني يفصل في دعوى الفسخ للكراهية وفي التعويض القانوني بالمهر وعناصره السابقة، ويعرض عن التعويضات القضائية أو يرفضها.

رابعاً- حكم النفقة السابقة للمفسوخ لها للكراهية:

قد يكون للزوجة التي طلبت فسخ نكاحها نفقات سابقة في ذمة الزوج، فتطالب بها، وتطالب بالفسخ للكراهية، وفي ذلك ثلاثة أراء:

القول الأول- أن الزوجة إما أن تطالب بالحقوق الزوجية عيناً، وإما أن تطالب بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى، ولا يجمع بين طلب التنفيذ العيني للعقد والفسخ للعقد؛ لأنهما متناقضان، فالمطالبة بالفسخ تعني إنهاء للعقد ورفع آثاره ومنها النفقة؛ كما أن الفسخ للكراهية والشقاق يعد مخالعة قضائية، به تفتدي المرأة نفسها، بما وجب لها بعقد الزواج من رد المهر، وإسقاط النفقة، بل الإسقاط أولى من الرد للمهر، فإن كان القانون أوجب رد المهر في المادة (٥٤) صراحة، فإنه أسقط النفقة السابقة بدلالة مفهوم الموافقة من باب الأولى.

ويجد مستنده هذا الاتجاه عند فقهاء الحنفية الذين يسقطون النفقة الماضية؛ لأنها من الصلات وقد حصل لها الاستغناء بغيرها، ولا تعتبر ديناً لازماً إلا إذا حددت باتفاق الزوجين أو بحكم قاض(٢).

وصرح به بعض فقهاء الزيدية؛ جاء في الاضرار بعدم الانفاق: وقال في الانتصار: للمرأة ثلاثة خيارات: أن تمكنه من الاستمتاع ونفقتها في ذمته، أو أن تمنع نفسها ولا تستحق النفقة، أو الفسخ، وذهب إليه علي عليه السلام وعمر وأبو هريرة والحسن وابن المسيب وحماد وربيعة ومالك وأحمد وهو المشهور للشافعي، قال في الانتصار وهو المختار، وقال القاسمية والحنفية وقول للشافعي: لا يفسخ النكاح(٣). فجعل للزوجة الخيار بين طلب الفسخ، أو طلب النفقة، دون جمع بينهما.

أو يستند سقوطها لنشوز الزوجة وكراهيتها لطاعة زوجته، جاء في شرح الأزهار: "إذا كان الفسخ لأمر يقتضي النشوز من المرأة لم تستحق النفقة للعدة، وذلك: إما ذنب نحو أن ترتد أو يسلم الزوج وتبقى على الكفر، أو أرضعت ضرتها وهي لا تخشى عليها الهلاك أو الضرر، وأما العيب فنحو أن يفسخها الزوج بأحد العيوب المتقدمة، فإن ذلك يتضمن النشوز، بخلاف ما لو فسخته بعيبه فإن الفسخ هنا لا يتضمن النشوز فتستحق النفقة"(٤).

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني، (آثار الإلتزام) د عبدالرزاق السنهوري ٨٤٣/٢، وما بعدها، والنظرية العامة للفسخ د حسن الذنون ٢٧٣، وما بعدها، وأحكام الالتزام والإثبات د سمير عبد السيد تناغو، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص٢٤٨، والتعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، د مسعودة نعيمة إلياس، رسالة دكتوره في القانون الخاص، كلية الحقوق- جامعة أبي بكر بلقائد- تلمسان، الجزائر، ٢٠١٠م، ص٢٤٥، وما بعدها.

(٢) المبسوط ١٨٤/٥، ١٩٥، وبدائع الصنائع ٢٩/٤، وشرح الأزهار ٥٣٩/٢.

(٣) شرح الأزهار أ ٥٩٣/٥.

(٤) شرح الأزهار ٥٧٦/٥.

وقد نص على ذلك صراحة القانون المغربي م (٥٢): إذا أصر أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات الزوجية، فيمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المواد (٩٤- ٩٧). وهي المواد المنظمة للتطليق للشقاق إذا تعذر الصلح. فجعل الخيار بين المطالبة بالتنفيذ للحقوق، أو التفريق للشقاق.

ونص عليه القانون المصري في الخلع م (٢٠) فقرر: إذا لم يتراضيا على الخلع وطلبته الزوجة وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

وحكمت المحكمة العليا اليمنية بعدم جواز الجمع بين الفسخ لعدم الإنفاق مع الحكم بالنفقة، ونقضت حكم الاستئناف الذي خالف ذلك[١].

وينص عليها القانون المدني في القواعد العامة لفسخ العقود المادة (٢٢١)، بقوله: عقود المعاوضة الملزمة للعاقدين إذا لم يفِ أحدهما بالتزامه؛ جاز للأخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد، أو بفسخه مع تعويضه بما غرم في الحالتين.

القول الثاني– أن النفقة السابقة لا تسقط إلا بالإبراء من الزوجة، وهي لازمة للزوج، لأنها حق ثابت عن فترة سابقة للحكم بالفسخ، طالما كانت مطيعة له غير ناشزة، وهذا مذهب جمهور الفقه الإسلامي[٢]. وصدرت به أحكام من القضاء اليمني؛ حيث قضي بفسخ عقد نكاح المدعية للكراهية والزام الزوجة برد المهر للزوج وقدره مائتين واثني عشر دولاراً أمريكياً، وعلى الزوج المدعى عليه دفع مخاسير العلاج للمدعية مبلغ مائتان وإحدى عشر ألف ريال يمني[٣].

القول الثالث– التوسط بين القولين السابقين: فإن كان سبب الفسخ للكراهية والشقاق من الزوجة فتسقط، وإن كان سببه من الزوج فلا تسقط، والسلطة للحكمين اقتراحاً وللقاضي حكماً، وأخذ به قانون تنظيم اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري م (١١)، والتي تنص: إن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبيّن لها استحالة العشرة بينهما، وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى.

فجعلت الإسقاط لحقوق الزوجة أثراً للتفريق للشقاق، وأعطت سلطة للقاضي في مقدار ما يسقطه منها كلها أو بعضها، بحسب سبب الشقاق التي جعله محدداً للإسقاط والتعويض، والمنصوص عليها في التي قبلها برقم (١٠)، والتي نصت: بأن الإساءة إن كانت من جانب الزوج فيقترح الحكمان تطليق الزوجة طلقة بائنة دون مساس لشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

وهذا القول هو الراجح، وحتى وإن كانت المادة (٥٤) أوجبت على الزوجة رد المهر للفسخ للكراهية، مما يدل أن حقها في النفقة السابقة تسقط من باب أولى؛ لأنه خلع قضائي، لكن تنص م (١٥٣): لا يسقط حق الزوجة في النفقة في الماضي بالمطل ولا في المستقبل بالإبراء. وقد صدر حكم قضائي أيدته المحكمة العليا اليمنية جمع بين الحكم بنفقة سنة ماضية وفسخ عقد النكاح[٤].

---

(١) حكم الدائرة الشخصية بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٢٤م في الطعن برقم (٦١٧٧٧). التعليق على الأحكام الشخصية ص٩٤.

(٢) الحاوي ٤٩٣/١١، والمبسوط ١٨٤/٥، ١٩٥، وبدائع الصنائع ٢٩/٤، وشرح الأزهار ٥٤١/٢، والتعليق ص٩٤.

(٣) حكم المحكمة العليا اليمنية– الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٠/٢/١٣م، في الطعن الشخصي رقم (٤٤٧١٧) لسنة ١٤٣٢هـ المؤيد للحكم الابتدائي والاستئنافي.

(٤) حكم المحكمة العليا– الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٧/٤/٩م بالطعن رقم (٥٩١٣٠): بإقرار حكم الإستئناف المؤيد للحكم الابتدائي الذي قضى بفسخ نكاح المدعية من زوجها وإلزامه بدفع نفقة سنة سابقة مبلغ ثمانمائة ألف ريال، لعدم الإنفاق وعدم الوفاء بشرط إكمال تدريسها وتوفير مسكناً مستقلاً لها.

أما الحقوق الأخرى التي لم تنشأ عن عقد الزواج، كدين القرض، أو ثمن مبيع، ونحوه، فالأصل عدم تأثرها من حكم الفسخ، فتبقى ملزمة للزوج، ويقاصص بها مع ما يجب له من مهر وغيره، وينظرها القاضي تبعاً لدعوى الفسخ إن طلبتها الزوجة؛ لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وفقاً للمادة (٩٩، ١٩٨، ١٩٩) مرافعات.

خامساً– حالات الفسخ مع عدم رد الزوجة المهر في القانون اليمني:

يلاحظ أن الزوجة وفقاً للمادة (٥٤) إذا تقدمت بدعوى تطلب فيها فسخ عقد زوجها للكراهية، ولم تذكر أسباباً أخرى توجب الفسخ، فإن ذلك إقرار منها بعدم وجود نشوز من الزوج وعدم وجود سبب صدر منه يوجب الفسخ، ويعد إقرار ضمني منها بالتزامها برد المهر لزوجها المدعى عليه، لأنه إقرار بفرع الثبوت وفقاً لنص المادة (٨٣) إثبات.

فالأصل العلم بالقانون، ولا يقبل الاحتجاج بالجهل بالقانون إلا في ظروف خاصة يصعب على المدعية الاحتجاج بها والاستفادة منها، لتخلصها من الإقرار بفرع الثبوت برد المهر وأن سبب الشقاق منها.

ولا ترد الزوجة المهر إذا تحقق الآتي: ١– إذا كان طلب الزوجة الفسخ للكراهية والضرر ٢– وثبت الضرر الذي ادعته صدوره من الزوج. ٣– وكان الضرر مما جعله القانون سبباً للفسخ، وهي أحد الأسباب الآتية:

١– الفسخ لإعسار الزوج في النفقة، أو لتمرده عن دفعها ولم تتمكن الزوجة من الوصول إلى ماله لأخذ نفقتها م (٥٠، ٥١، ٥٣)، وكذلك يحق لزوجة المتزوج أكثر من واحدة الفسخ لعدم القدرة على النفقة أو السكن، فإن كان له القدرة على نفقة وسكن البعض خيره القاضي في إمساك من يقدر وطلاق الباقي، فإن امتنع فسخ القاضي زواج من طلبت، م (٥٣).

٢– الفسخ للهجر والغيبة لسنتين ولو مع النفقة، أو سنة من دون نفقة، أو للحكم بحبسه ثلاث سنوات، ومضت منها سنة م (٥٢).

٣– الفسخ للإدمان على الخمر م (٥٥).

وكذلك يجوز فسخ العقد بناء على طلب الزوجة أو بطلب الزوج:

٤– الفسخ لوجود أحد العيوب من جنون أو برص أو عنة، أو لعدم القدرة على الوطء م (٤٧).

٥– الفسخ لعدم الكفاءة في الدين والخلق م (٤٨)، بالفسق والفجور والمجاهرة فيها.

كما للزوجة طلب التطليق بالآتي:

٦– التطليق بالظهار بأن يقول الرجل لزوجته أنت كظهر أمي ونحوه؛ ليمتنع من وطئها، وتجب به كفارة قبل الوطء، وإلا فللزوجة طلب التطليق بسببه، فينذره القاضي بالتكفير (بعتق رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً) خلال أربعة أشهر؛ فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق. م (٩٠، ٩٧، وما بعدها).

٧– التطليق في الإيلاء، وهو حلف الزوج ألا يطأ الزوجة؛ فللزوجة بعد الأربعة الأشهر طلب التطليق لعدم الرجوع لوطء الزوجة في الإيلاء، م (١٠٠، وما بعده).

٨– التفريق باللعان، وهي أيمان خمسة من الزوج وخمسة من الزوجة بنظر المحكمة عند رمي الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسبة الولد، ويكون تفريقاً مؤبداً، م (١٠٨، وما بعدها).

فالفسخ هنا أو التطليق يحل به المهر المؤجل ويتأكد، فالمهر يجب بالعقد ويتأكد بالدخول (الوطء) ويحل أجله ويلزم بالفسخ؛ لأن المهر المؤجل برضى الزوجة يحل بحلول أحد الآجلين الموت أو الطلاق، ويلحق به الفسخ؛ لأن الفسخ إنهاء للعقد وإعادة الطرفين لما كانا عليه قبل العقد، وهذا لا يمكن بعد الدخول بالزوجة، فقد استوفى الزوج البضع، فليزمه عوضه المقابل له وهو المهر.

وقد قضى القضاء اليمني: بفسخ عقد نكاح المدعية من عصمة زوجها وعليها أن تعتد العدة الشرعية، وإلزام المدعى عليه بتسليم المهر أربعة جنيهات ذهبية للمدعية، ومخاسير التقاضي، لثبوت هجر الزوج لزوجته وعدم الإنفاق عليها وتركها في بيت أهلها لمدة سنتين وأربعة أشهر(١).

فإذا ذكرت المدعية سبباً مما يوجب الفسخ لها في القانون دون رد المهر- السابقة، وذكرت الكراهية كأثر لهذه الأسباب، فتقول: فصرت أكرهه بسبب ذلك كراهية يتعذر عليَّ عشرته وأداء حقوقه، فلا أطيق العيش معه بعد هذا، فإن ثبت سبب أو أكثر منها فإن القاضي لا يحكم عليها برد المهر، ولا بتعويض الزوج؛ بل قد يحكم على الزوج بالتعويض لها إن وجد موجبه، كاعتدائه عليها بالضرب المبرح، ونحوه.

والعمدة في ذلك بالبرهان الذي تقدمه المدعية على هذه الأسباب، فإذا أنكرها الزوج المدعى عليه؛ ألزمها القاضي بإثبات ما جاء في دعواها(٢)، فإن عجزت رفض القاضي الدعوى لذلك السبب الأخر(٣)، ونظر الفسخ بناءً على سبب الكراهية.

ولتتقي الله الزوجة في سبب ادعائها الفسخ، فلا تفتري على زوجها بما ليس فيه، فإن ذلك بهتان محرم، قال تعالى: {وَمَن يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا} (النساء:١١٢)، وقال:{وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا} (الأحزاب:٥٨)، ولتقل كما قالت جميلة بنت سلول للنبي صلى الله عليه وسلم: والله إني لا أعتب على ثابت بن قيس خُلُق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أُطيقه بغضاً(٤).

وإن كان السبب لطلب الفسخ حقاً بسبب صادر من الزوج بظلمها وعدم أداء حقوقها، فليتقي الله، ويقر به، ولا ينكر ليسترد المهر ونصف الشرط، فيجب عليه ديانة طلاقها ويؤدي ما بقي عليه من المهر، أو يستمهلها للميسرة، وعليها وعلى القضاء إنظاره أو كف مطالبته(٥). قال تعالى: {وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلاَ تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً مُّبِيناً} (النساء:٢٠).

وعلى القاضي أن يقرر سبب الفسخ بوضوح ويعتمد على ما ثبت في ملف القضية، ويسأل ثقة مجار عن المضر لصاحبه، ويأخذ بتقرير الحكمين إن اتفقا، ويسبب حكمه بإدانة أحدهما بسبب الفسخ، فإن كان سبب الفسخ صادر عن الزوج بشرط أن يكون مما جعله القانون سبباً للفسخ، فيحكم بفسخ عقد الزواج ولا يحكم على الزوجة برد أي شيء للزوج، وإن كان من الزوجة لمجرد كراهيتها فقط، وتكرر طلبها وأصرت ولم يستطع لا هو ولا الحكمان الصلح حكم بفسخ نكاحها، والزمها برد المهر المقبوض واسقاط ما بقي منه، والزمها تعويض الزوج برد نصف الشرط (تكاليف العرس)، وليكن نصب عينه أمر الله تعالى في قوله: {إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ

(١) حكم المحكمة العليا اليمنية- الدائرة الشخصية، بتاريخ ٢٠١٨/٧/٢٩م، في الطعن رقم (٦١٥٥٤). التعليق ٤١.

(٢) تنص م (٢) من قانون الإثبات: على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر. م (٣): المدعي هو من معه أخفى الأمرين، وهو من يدعي خلاف الظاهر، والمدعى عليه هو من معه أظهر الأمرين.

(٣) تنص م (١٧٦) من قانون المرافعات: إذا اعترف المدعى عليه أو أنكر أو سكت وأثبت المدعي ما أنكره أو لم يثبته وطلب يمين المدعى عليه ونكل عنها قُضي للمدعي، وإن عجز المدعي عن إثبات دعواه أو اعُتبر عاجزاً أو لم يطلب يمين المدعى عليه أو طلبها وحلفها حكم برفض الدعوى.

(٤)صحيح البخاري، وقد سبق تخريجه.

(٥) تنص م (٣٦٣) من القانون المدني: من كان ظاهر حاله الإعسار قبل قوله بيمينه، ويحلف كلما ادعى إيساره ومضت مدة يمكن فيها الإيسار عادة. المادة (٣٦٤): إذا التبس الأمر بين إيسار الشخص وإعساره تسمع البينة على إيساره او إعساره؛ ويرجح الحاكم، وتقدم البينة المثبتة على النافية. المادة (٣٦٥): إذا ثبت بحكم القضاء إعسار المدين حيل بينه وبين دائنة إلى أن يثبت إيساره.

بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا وَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنْفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ خَوَّانًا أَثِيمًا} (النساء:١٠٥، ١٠٦، ١٠٧). وقوله صلى الله عليه وسلم: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»(١).

وإلى هنا نكون قد انتهينا من بيان التعريف بفسخ الزواج للكراهية (الضرار والشقاق والخلع القضائي)، وبيّنا مراحله وجميع أحكامه، وأثره، ونخلق في رحلة أخيرة في تأصيل فسخ الكراهية وبيان أساسه، وأوجه النقد التي ذكرها الباحثون للقانون اليمني، والرد عليها.

المبحث الثاني– التأصيل الشرعي وبيان الأساس القانوني لفسخ الكراهية:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول– التأصيل الشرعي والفقهي لفسخ الكراهية.

المطلب الثاني– الأساس القانوني لفسخ الزواج للكراهية.

المطلب الأول– التأصيل الشرعي والفقهي لفسخ الكراهية:

نبين في هذا المطلب تأصيل شرعي أصولي فقهي لمأخذ قانون الأحوال الشخصية اليمني في فسخ الكراهية، وأي المذاهب وأقوال الفقهاء قنن عنها المادة (٥٤)، وذلك في فرعين: الفرع الأول– الأصل الشرعي والقواعد الأصولية لفسخ الكراهية. الفرع الثاني– ما قننه القانون اليمني من المذاهب وأقوال الفقهاء.

الفرع الأول– الأصل الشرعي والقواعد الأصولية لفسخ الكراهية:

(أ)– الأصل الشرعي لفسخ الكراهية:

أصله الشرعي مستمد من الآتي:

١– نصوص القرآن والسنة، قال تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا} (النساء:٣٥). فأوجب الله بعث الحكمين عند الشقاق، وسماهما حكمين ليقضيا بالجمع أو التفريق(٢).

٢– وقول الله تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا} (البقرة:٢٣١). فأمر الله بالإمساك للزوجة بالمعروف وحرم الإمساك ضراراً، والإضرار ينافي الإمساك بالمعروف، كإمساك المعسر لزوجته من غير نفقة مضر بها(٣).

٣– قوله تعالى: {وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ} (الطلاق:٦)، فالآية صريحة في تحريم الإضرار بالزوجات، والفسخ للضرر وسيلة لرفع هذا الضرر إن لم تجدِ مع ذلك الوسائل الأخرى(٤).

٤– حديث أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: والله إني لا أعتب على ثابت بن قيس خُلُق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أُطيقه بغضاً، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فأمره صلى الله عليه وسلم أن يأخذ الحديقة ويطلقها تطليقة(٥).

---

(١) صحيح البخاري برقم (٤٥٥٢)، ٣٥/٦، وصحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي– بيروت، واللفظ له، برقم (١٧١١)، ١٣٣٦/٣، والجمع بين الصحيحين للحميدي ١٨/٢.

(٢) الشرح الكبير ٣٤٤/٢، وبداية المجتهد ٩٩/٢، والمجموع ٤٥٣/١٦، والدراري المضيئة ٢٢٧/٢.

(٣) الأحوال الشخصية للمطهر ٢٣٢/١، والتعليق على الأحكام د شجاع الدين ص٩٥.

(٤) الأحوال الشخصية للمطهر ٢٣٢/١، وفسخ الزواج للكراهة ١٣.

(٥) صحيح البخاري، باب الخلع، برقم (٥٢٧٣)، ٤٦/٧.

وأمره صلى الله عليه وسلم بأخذ الحديقة وتطليقها دال على وجوب المخالعة؛ لأن الأمر يقتضي الوجوب عند جمهور الأصوليين(١)؛ ولم توجد قرينة صارفة له عن الوجوب(٢).

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: كانت حبيبة بنت سهل تحت ثابت بن قيس بن شماس، وكان رجلاً دميماً، فقالت: يا رسول الله، والله، لولا مخافة الله إذا دخل عليّ لبصقتُ في وجهه، فقال: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال: فردت عليه حديقته، ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم"(٣).

وعن عمرة بنت عبدالرحمن أن حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم: خرج إلى الصبح فوجد حبيبة عند بابه في الغلس، فقال: "ما شأنك"؟ قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس، كل ما أعطاني عندي، فقال عليه الصلاة والسلام: خذ منها فأخذ منها وجلست هي في أهلها"(٤).

فالحديثان يرويان قرائن حالية لمدى كره حبيبة لزوجها، تؤكد أن الأمر بالخلع للوجوب، حتى أنه صلى الله عليه وسلم لم يبعث حكمين؛ لأن سبب الكراهية من صفات خَلْقية لا يستطيع الحكمان إزالتها(٥).

قال الإمام الشوكاني: "إذا كان إمساكه لها مع عجزه عن أن يعفها ويكسر سورة شهوتها فذلك من الامساك لها ضراراً، وقد قال الله سبحانه: {وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً} [البقرة:٢٣٠]، وهو أيضاً من المضارة لها، وقد قال تعالى: {وَلا تُضَارُّوهُنَّ} [الطلاق:٦]. وهذا مضار لها؛ **وفي الشريعة المطهرة ما يدل على جواز الفسخ بمجرد الكراهة كما في حديث: "أتردين عليه حديقته"**(٦)(٧).

فالحديثان يدلان على جواز التفريق لكراهة الزوجة لزوجها وإن كان لم يصدر منه نشوز وإضرار بها. وأنه مأمور به؛ إذ صيغة الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتفريق وذلك بأمر الزوجة برد الحديقة وأمر الزوج بالطلاق.

فالأمر حقيقة في الوجوب إلا مع قرينة تحمله على الإرشاد(٨) ولا قرينة هنا، وقد دلّ أنه إذا تحكم النفور وتعمق البغض من جانب المرأة بحيث أصبحت الزوجية بينهما غير مطاقة، فإن الحل المخارجة، فلولا أن ذلك حق

---

(١) البرهان في أصول الفقه ١/١٥٩، ونفائس الأصول ٣/١١٧٨، ١١٧٩، والمسودة ١٠، والقواعد والفوائد ٢٢١، والبحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين الزركشي، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢٠٠٠م، ٢/١٠٤، ١٠٨، وإحكام الفصول ١/٧٩.

(٢) قال بأن الأمر في الحديث الوجوب من قالوا بالخلع القضائي، سابقاً، وقال بأنه للإرشاد الجمهور. انظر: فتح الباري ٩/٤٠٠، ونيل الأوطار ٦/٢٩١، والأحوال الشخصية للمطهر ١/١٣٣.

(٣) سنن أبن ماجه، باب المختلعة، برقم (٢٠٥٧)، وضعفه الألباني، ١/٦٦٣، ومسند أحمد برقم (١٦٠٩٥)، وقال المحقق شعيب الأرنؤوط: حسن لغيره، ٢٦/١٨.

(٤) سنن أبي داود، باب في الخلع، (٢٢٢٧)، وصححه الألباني، ٢/٢٦٨، وسنن النسائي (المجتبى من السنن)، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي (ت ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، ط ٢، ١٩٨٧م، ٦/١٩٦، ومسند أحمد ٤٥/٤٣٢. وهو صحيح. فتح الباري ٩/٣٩٩.

(٥) الأحوال الشخصية للقاضي المطهر ١/٢٣٤، وانظر القرائن المؤكدة لدلالة الأمر على الوجوب في: دلالة قرائن الأحوال في القرآن الكريم عند الأصوليين وأثرها في الفروع الفقهية، رسالة دكتوراه، في قسم الشريعة بكلية الحقوق- جامعة أسيوط، ٢٠١٩/ ٢٠٢٠م، للمؤلف د عبدالله محمد علي دبوان، ص٣٦٠.

(٦) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، ط ١، ص٣٥٠.

(٧) النقل الوارد في المتن عن الإمام الشوكاني من النصوص النادرة التي تعطي المرأة الحق بالفسخ للكراهة، ويوجد نص آخر عن الأحناف سيأتي.

(٨) وهو قول جمهور علماء الأصول من الحنفية وأحمد وأصحابه، والشافعي في قول كما حكاه الجويني عنه واختاره، وكذا اختاره الرازي والبيضاوي، وعامة المالكية وصححه ابن الحاجب، وجماعة من المعتزلة، كأبي الحسين البصري وحكاه عن الأشعري. ٢) وقال الأشعري والباقلاني والغزالي، وصححه الآمدي وجمهور المتكلمين بالتوقف في دلالة صيغة (افعل)؛ لأنها مشترك بين الوجوب والندب والإباحة والتهديد. ٣) وذهب جماعة من الفقهاء وأبو هاشم والشافعي في قول وعامة المعتزلة: إلى أنه حقيقة في الندب مجاز فيما سواه. وهناك أقوال وتفصيلات أخرى. انظر: البرهان في أصول الفقه ١/١٥٩، ونفائس الأصول ٣/١١٧٨، ١١٧٩، والمسودة ١٠، والقواعد والفوائد ٢٢١، والبحر المحيط ٢/١٠٤، ١٠٨، وإحكام الفصول ١/٧٩، وكشف الأسرار للبخاري ١/١٠٨، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ)، تحقيق: أحمد عناية، دار الكتاب العربي-، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ١/٢٤٧، ودلالة قرائن الأحوال في القرآن عند الأصوليين، ص٣٥٦.

للمرأة لم يلزم بإخلاء سبيلها[١]. وحمل ابن حجر العسقلاني وغيره أمره صلى الله عليه وسلم بقبول الحديقة وطلاقها على الإرشاد لا الحتم[٢]، ولا دليل لهم على ذلك.

فإن أبى الخلع، فيفسخ لها القاضي وترد المهر، ففي رواية الرّبيع بنت معوذ: أن ثابت ضرب جميلة فكسر يدها، فقال صلى الله عليه وسلم: "خذ الذي لها عليك وخل سبيلها، قال: نعم، فأمرها أن تتربص بحيضة واحدة[٣] فتلحق أهلها"[٤].

قال شراح الحديث: في هذا أقوى دليل لمن قال إن الخلع فسخ وليس طلاق[٥]، وهو قول طاووس وروي عن ابن عباس وقول لأحمد وأكثر الشافعية[٦]، وأن الفدية لا تكون إلا بما أعطى عيناً أو قَدْرها[٧].

وهذا ما أخذ به القانون في المادة (٥٤)، والنظام السعودي[٨]؛ حيث جعل التفريق للكراهة مع رد المهر فسخاً من القاضي، وليس تطليقاً كما ذهب إليه القانون المصري م (٢٠) والمغربي م (٩٧).

(ب)– القواعد العامة الأصولية والفقهية لفسخ الكراهية:

فسخ الكراهية مبني على سد الذرائع[٩]؛ إذ يؤخذ من قوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا} الآية، ومن حديث: "خذ الحديقة وطلقها"– السابقين– العمل بسد الذرائع؛ لأن الله تعالى أمر ببعثة الحكمين عند خوف الشِّقاق قبل وقوعه[١٠]. فالزواج مباح بل مندوب، لكن إن خيف عدم إقامة حدود الله فيه، أصبح وسيلة إلى كفر الزوجة، فإن طلبت الفرقة لزم إجابتها، وسد استمرار الزوجية؛ لإفضائه إلى التقاتل والكفران.

فإن وقع الشقاق فإنه يبنى على إزالة الضرر ورفع الحرج، ومن القواعد العامة في الشريعة رفع الضرر، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)[١١]؛ لأنه يحتمل أن يكون المراد بالخوف في الآية وجود علامات الشقاق المقتضي لاستمرار النكد وسوء العشرة؛ فألحقوا تطليق القاضي عنه بالعنين والمولي، فإن الحاكم يطلق عليهما،

---

(١) الشرح الكبير ٣٤٣/٢، والأحوال الشخصية للقاضي المطهر ٢٣٣/١، ٢٣٤.

(٢) فتح الباري ٤٠٠/٩.

(٣) بهذا أخذ القانون اليمني في م (٨٣) في عدة المخالعة، فجعلها حيضة واحدة.

(٤) سنن النسائي، باب عدة المختلعة، برقم (٣٤٩٧)، وصححه الألباني، ١٨٦/٦، وصححه الشوكاني في السيل الجرار ٤١٧.

(٥) قال الشوكاني في الدراري المضيئة ٢٢٩/٢: الأحاديث تدل على أنه فسخ؛ لأن عدة الطلاق ثلاث حيض، وأيضاً تخلية السبيل هي الفسخ لا الطلاق". وقال في السيل الجرار ٤١٧: ومن جملة ما استدلوا به على أنه فسخ لا طلاق قوله عز وجل: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ} [البقرة: ٢٢٩]، ثم ذكر سبحانه الافتداء، ثم عقبه بقوله: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} [البقرة:٢٣٠]، قالوا: ولو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع.

(٦) وقال الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية وعند الحنابلة بأن الخلع طلاق. الدر المختار ٤٤٤/٣، ومغني المحتاج ٤٣٩/٤، والمغني ٣٢٨/٧.

(٧) فتح الباري ٤٠٢/٩، ونيل الأوطار ٢٩٥/٦.

(٨) أحكام عديدة صدرت بالفسخ للكراهية وتعذر العشرة: انظرها مجموعات الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤هـ، وزارة العدل– مركز البحوث، ١٤٣٦هـ، المجلد ١٠، حكم رقم (٣٤٢٦٣٤٠) تاريخ ١٤٣٤/١/٢٨هـ، ومصادقة الاستئناف ص١٤٠، والحكم برقم (٣٤١٧٧٧٩٧)، بتاريخ ١٤٣٤/٤/٢هـ، ومصادق عليه من محكمة الاستئناف برقم (٣٤٢٣٨٤٤٨)، بتاريخ ١٤٣٤/٦/١٢هـ، ص٢٠٤، ٢١٩، والحكم برقم (٣٣٤٢٢٢٩٣)، بتاريخ ١٤٣٢/١٠/١٠هـ، ومصادقة الاستئناف برقم (٣٤٢٩٥٠٣) بتاريخ ١٤٣٢/٢/٤هـ، وغيرها .

(٩) سد الذرائع: أي منع الوسائل المباحة التي تفضي إلى فعل محظور. وقال به المالكية والحنابلة، ونفاه أبو حنيفة والشافعي. البحر المحيط في أصول الفقه ٣٨٢/٤، والموافقات ٥٢٧/٢، وإرشاد الفحول ١٩٣/٢، وإعلام الموقعين ١٣٥/٣، ومقاصد الشريعة لابن عاشور ٣٠٥/٢.

(١٠) فتح الباري ٤٠٤/٩.

(١١) سنن ابن ماجة، (٢٣٤٠)، وصححه الألباني، ٧٨٤/٢، ومسند أحمد ٥٥/٥.

فكذلك هذا؛ فالأسرة تبنى على الألفة والمودة؛ فإذا تحولت المودة إلى بغض وخصام، وانقلبت الألفة إلى سوء عشرة وهجر، وما يلتقيان إلا على تنازع وعداء فيكيد كل زوج للثاني بما يضره ويلحق به الأذى؛ فالفرقة أولى وأوجب، قال تعالى: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا} (النساء:١٣٠)[١].

ورفع الضرر ودفعه أحد جانبي المصلحة الشرعية المقصودة في الشريعة، إذ المصلحة جلب منفعة أو دفع مضرة ومفسدة على مقاصد الشرع المعتبرة من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال وحاجياتها وتحسينياتها المكملة[٢]. والمضرة هي الألم أو ما يكون وسيلة إليه[٣]. وإذا اجتمع في الفعل الواحد كونه مصلحة ومفسدة، قدم جانب دفع ضرر المفسدة على جلب المفسدة[٤].

حتى قرر الأصوليون قاعدة: الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع والتحريم[٥].

وبتطبيق ذلك يكون فسخ النكاح للكراهية التي يتعذر معها العشرة من المصالح والمعاني المعتبرة المنصوص عليها بالأدلة السابقة.

والمعنى المناسب المعتبر عند الأصوليين هو ما علم اعتباره من الشرع بنص أو إجماع؛ ورتب الحكم على وفقه[٦]؛ وهو متحقق هنا لقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...} (النساء:٣٥)، وقوله عليه الصلاة والسلام لثابت لما قالت زوجته: ولكنّي أكره الكفر في الإسلام، لا أُطيقه بغضاً، قال له: "خذ الحديقة وخل سبيلها"[٧].

فرتب بعث الحكمين على الشقاق، ورتب الأمر بتخلية سبيلها على كراهيتها له وتعذر عشرتها له مع رد المهر؛ فهو من باب ترتيب نوع الحكم على نوع الوصف، فالحكم وهو الفراق بالخلع رتبه على الكراهية الشديدة وتعذر العشرة، فكذلك يعدى بالمناسب المعتبر ويرتب الفراق بالحكم بالفسخ القضائي على وجود علة الكراهية الشديدة وضرر بقاء الزوجية.

ويقدم دفع ورفع الضرر على بقاء الزواج وما يحققه من مصالح؛ لأن دفع مفاسد بقاء الزوجية مع اتساع الشقاق والتعادي بين الزوجين مقدم على مصالح بناء الأسرة وإعفاف النفس وتربية النشء.

---

(١) فتح الباري ٤٠٤/٩، والنظرية العامة للفسخ د الذنون ص٧١، ٧٢، وأحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، أ د محمد كمال الدين إمام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط ٢٠٠١م، ١٣٨/٢، ١٣٩.

(٢) المستصفى في علم الأصول لأبي حامد الغزالي، مؤسسة الرسالة- بيروت، الأولى، ١٩٩٧م، ص٤١٦، والموافقات للشاطبي، دار ابن عفان، ١٩٩٧م، ٩/٢، ٥٢٠، ٥٣/٣، ومقاصد الشريعة لابن عاشور، طبع وزارة الأوقاف القطرية، ص٢٠١، والضرر في الفقه الإسلامي، د أحمد موافي، دار ابن عفان- السعودية، ط ١، ١٩٩٧م ١٠٣/١، ٤٢٢.

(٣) المحصول في أصول الفقه لفخر الدين الرازي ط جامعة الأمام محمد بن سعود- الرياض، الأولى، ١٤٠٠هـ، ١٨٧/٥، ونفائس الأصول للقرافي، مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٩٩٥م، ٣٢١٥/٧، وإرشاد الفحول للشوكاني ١٨٤/٢.

(٤) البحر المحيط ١٩٩/٤، والموافقات ٥٨/٣، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج الحنفي شرح التحرير للكمال ابن الهمام، دار الكتب العلمية- بيروت، ط ٢، ١٩٨٣م، ٢١/٣.

(٥) البحر المحيط ٣٢٢/٤، والموافقات ١٨٥/٣، وشرح الجلال على جمع الجوامع مع حاشية العطار ٣٩٤/٢، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ٤٨٧، لجمال الدين الإسنوي الشافعي (ت٧٧٢هـ)، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط ١، ١٤٠٠هـ، ونهاية السول ٣٦٠.

(٦) شرح الجلال لجمع الجوامع مع حاشية العطار ٣٢٤/٢، والتقرير والتحبير، ١٥٢/٣، وإرشاد الفحول للشوكاني ١٣٢/٢.

(٧) الحديث في صحيح البخاري وغيره وتقدم تخريجه، ورواية "لا أطيقه بغضاً" في سنن ابن ماجة ٦٦٣/١، والسنن الكبرى للبيهقي ٥١٢/٧، انظر: فتح الباري ٤٠٠/٩، ونيل الأوطار ٢٩٣/٦.

ويبنى على قاعدة سد الذرائع؛ بمنع زيادة الشقاق حتى لا يصل إلى التقاتل، فالضرر يزال، وذلك باتخاذ الوسائل الوقائية قبل وقوعه بسد الذريعة والطريق والسبب المؤدي إليه، أو باتخاذ التدابير اللازمة لإزالة آثاره بعد وقوعه (رفع الضرر الواقع)، فقد يحصل ضرر بالزوجة من استمرار الزواج، ولا يمكن رفع الضرر عنها إلا برفع العقد وفسخه(١).

وتنص المادة (٤) مدني على بناء الأحكام في إزالة الضرر وسد الذرائع، فقررت: الضرر يجب أن يزال؛ ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض.

الفرع الثاني– ما قننه القانون اليمني من المذاهب وأقوال الفقهاء:

لم نجد من نظم (الفسخ للكراهية) لكره الزوجة لزوجها على نحو ما نظمه القانون اليمني في أي مذهب فقهي(٢)، وإنما نظموا التفريق للشقاق من الحكمين باعتبارهما قاضيين عند المالكية ومن معهم، أو من الحكمين باعتبارهما وكيلين بالمخالعة– إن وجدت الوكالة الخاصة عند الجمهور من الشافعية والحنفية والزيدية، فإن لم يرضَ الزوجان اقتصرت مهمة الحكمين على الصلح، وأما القاضي فيُلزم المسيء لصاحبه بعدم الإساءة ويعزره ولا يفرق بينهما إلا بالخلع الرضائي، أو حصل التفريق من قاض يجيز مذهبه الخلع القضائي؛ فإنه ينفذ عندهم(٣).

وزاد المالكية ومن معهم: (التطليق للضرر والتعدي) إذا ثبت صدوره من الزوج، وكان مما لا يحتمل العشرة معه، ولا يحتاج ندب الحكمين ولا تكرر الإضرار(٤)– وهذا أخذ به القانون في الفسخ لعدم النفقة م (٥٠– ٥٣)، وللغيبة م (٥٢)، ولإدمان الخمر م (٥٥)، ولوجود عيب محدد منفر م (٤٧)، ولعدم الكفاءة م (٤٨)، والتطليق بالإيلاء م (١٠٥)، والتطليق بالظهار م (٩٧)، والتفريق باللعان م (١٠٩، ١١٠). مع وجوب اثبات أحد هذه الإضرار.

فإن لم يكن أحدها أو كان أحدها ولكن لم تستطع الزوجة إثباته، فتفسخ للكراهية للضرر، ويلزمها رد المهر وفقاً للمادة (٥٤).

ويجد فسخ اللكراهية أساسه بالخلع القضائي، فجميع العلماء متفقون: على جواز الخلع بالتراضي عند الشقاق وتعذر العشرة؛ إذا كرهت الزوجة زوجها، ولم تستطع أن تؤدي حقوق الله(٥)، م (٧٢، ٧٣).

---

(١) فتح الباري ٤٠٤/٩، والضرر في الفقه الإسلامي د أحمد موافي، ص٤٩٦.

(٢) نسب الدكتور عبدالمؤمن شجاع الدين في بحثه فسخ الزواج للكراهة ص١٤: القول بالفسخ للكراهية للزيدية، وأن القانون أخذها منه، وقد بحثت في كتبهم ولم أجده؛ وإنما هم كالجمهور يقولون بالخلع الرضائي عند الشقاق فقط، وأن الحكمين وكيلان. انظر: شرح الأزهار ٢٤٤/٢– ٢٤٨، ط أ ٥٥٢/٤– ٥٦٧، ٣١٠/٢– ٣٢٧، أ ٥٩٣/٥، والبحر الزخار ٢١/٣، ٢٨، ٥٦، ٨٨، ٩٠.

(٣) قال ابن حجر: في باب الشقاق: وهل يشير بالخلع عند الضرورة والضرر: أجمع العلماء أن المخاطب بقوله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا} الآية: هم الحكام، واختلفوا في تفريق الحكمين: فقال مالك والأوزاعي وإسحاق ينفذ بغير توكيل، وألحقوه بالعنين والمولي؛ فإن الحاكم يطلق عليهما، فكذلك هذا، وقال الكوفيون والشافعي وأحمد يحتاجان إلى الإذن؛ جرياً على الأصل، وهو أن الطلاق بيد الزوج فإن أذن في ذلك وإلا طلق عليه الحاكم: فتح الباري ٤٠٣/٩، ٤٠٤.

(٤) الشرح الكبير ٣٤٣/٢، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٥١٢/٢، والأحوال الشخصية للمطهر ٢٣١، وأحكام الأحوال الشخصية لعبد الوهاب خلاف، دار الكتب المصرية– القاهرة، ط ٢، ١٩٣٨م، وأحكام الأسرة د القليصي ١٢٥/٢، وأحكام الأسرة د عطروش ٣٦٩.

(٥) المحلى ٥١٤/٩، وفتح الباري ٣٩٦/٦، وبداية المجتهد ٩١/٣، والمغني ٣٢٤/٧، ورسالة الخلع ص١٨٩، ورسالة مدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٨٧.

وزاد الحسن البصري وابن سيرين والشوكاني وابن تيمية والقاضي المطهر، وغيرهم: الخلع القضائي، بأن يأمر القاضي الزوج بالطلاق بفدية إذا طلبته الزوجة لخوفها ألا تؤدي حقوق الله، فإن امتنع عن طلاقها فرق القاضي بينهما بفدية[١]، م (٥٤).

فالقانون في المادة (٥٤) لم يأخذ بمذهب فقهي مستقل، بل جمع بينها جميعها كل من وجه– كما سنقرره. ولذا تجد بعض الاختلافات في تطبيق هذا الفسخ في القضاء اليمني، وهذا البحث يقدم بياناً كافياً إن شاء الله لهذا الفسخ.

ولم يوافق القانون والقضاء اليمني أحد من القوانين المصري والمغربي والجزائري وغيرها، وإنما قالوا بالتطليق القضائي للضرر، أو للشقاق، وليس فسخاً، ويشترط ثبوت الضرر، ولا يوجبون الفدية إذا ثبت إضرار الزوج، ويوجبونها في التطليق للشقاق إذا ثبت أن سببه من الزوجة كله أو بعضه[٢].

ووافق القضاء السعودي القانون اليمني مؤخراً، حيث قررت وزارة العدل السعودية في ٢٠١٨م: أن كره المرأة لزوجها وعدم إطاقتها العيش معه سبب شرعي لفسخ النكاح، ولا تجبر الزوجة على العودة لبيت الزوجية وهي تكره ولا تطيق العيش معه وخشيت ألا تقيم حدود الله وأداء الحقوق الزوجية. حتى وإن صدر حكم بإلزامها بالعودة فإنه لا ينفذ عليها جبراً، وتتخلص منه بطلب الفسخ للكراهية التي لا يطاق معها العيش[٣].

فالقانون اليمني أخذ في معالجة الشقاق والإضرار في المادة (٥٤) وسماه بنتيجته النفسية الفسخ للكراهية، أو أن الكراهية هي الشقاق بالاختلاف الواسع الذي تتعذر منه العشرة[٤]، وأخذ بوجوب الصلح وندب الحكمين للصلح فقط من ظاهر الآية برأي الجمهور من الشافعية والحنفية والزيدية– كما سبق، وأخذ بأمر الزوج بالطلاق ولزوم التفريق إن لم يتم الصلح ولا الخلع بالتراضي بالحديث وبالمذهب المالكي وقول للشافعية وقول للحنابلة– كما سبق تفصيله.

ثم أخذ بلزوم رد المهر (الحديقة) بظاهر رواية حديث: "خذ الذي لها عليك (الحديقة) وخل سبيلها"، وهو مذهب بعض المالكية الذي يلزمون الزوجة بالرد للمهر مطلقاً في الشقاق[٥]، وقول الحنفية أن الفدية لكراهة أحد الزوجين للأخر تجوز وإن كان سبب الشقاق من الزوج؛ فيجوز لها دفعها بما لا يزيد عن المهر، وتجوز أخذها للزوج قضاء لا ديانة. وإن كان سبب الشقاق منها فيجوز ولو بأكثر من المهر[٦].

وأخذ بأن التفريق للكراهية الناتجة عن الشقاق يكون بالفسخ، ولا يكون إلا بحكم من الحاكم؛ ولا يكفي التراضي بين الزوجين، إلا إن طلق رضاء، بقول الشافعية ومن معهم؛ ممن لم يعطوا الحكمين حق التفريق وإنما جعلوه للحاكم، أما كونه فسخاً وليس طلاقاً فأخذ بقول طاوس والضحاك وابن عباس ورواية عن أحمد وقول لبعض الشافعية[٧].

---

(١) المغني ٣٢٤/٧، وسبل السلام ٢٤٥/٢، ونيل الأوطار ٢٩٤/٦، ٢٩٥، وفقه السنة ٢٩٩/٢، ورسالة أحكام الخلع ٦١، ورسالة مدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٩٠، ٦١٨، ومجموع فتاوى ابن باز، جمع وطبع محمد بن سعد الشويعر، ٦٠/٢١، وبحث فسخ الزواج للكراهة ٩.

(٢) انظر: سابقاً في حكم إلزام الزوجة برد المهر في القانون اليمني ص٨٤.

(٣) انظر: صحيفة عكاظ العدد، وموقع صحيفة المرصد، وبحث فسخ الزواج للكراهة ١٤.

(٤) كما سبق بالتعريفات بداية البحث.

(٥) قال ابن فتحون: إن لم يقدرا على الصلح فرقا بشيء من الزوجة له أو أسقطاه عنه، أو على المتاركة دون أخذ وإسقاط، ولا ينبغي أن يؤخذ لها منه شيء وتبعه أُتيطيُّ. منح الجليل ٥٥٢/٣.

(٦) العناية شرح الهداية ٢١٥/٤، ٢١٦، وبدائع الصنائع ١٥٠/٣.

(٧) روى ابن جرير الطبري في تفسيره ٣٢٨/٨، عن الضحاك في قوله: "وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها"، يكونان عَدْلين عليهما وشاهدين. وذلك إذا تدارأ الرجل والمرأة وتنازعا إلى السلطان، جعل عليهما حكمين: حكمًا من أهل الرجل، وحكمًا من أهل المرأة، يكونان أمينين عليهما جميعًا، وينظران مِن أيهما يكون الفساد. فإن كان من قبل المرأة، أجبرت على طاعة زوجها، وأُمِرَ أن يتقي الله ويحسن صحبتها، وينفق عليها بقدر ما آتاه الله، إمساكٌ بمعروف أو تسريح بإحسان. وإن كانت الإساءة من قبل الرجل، أُمر بالإحسان إليها، فإن لم يفعل قيل له: "أعطها حقها وخَلِّ سبيلها". وإنما يلي ذلك منهما السلطان.

فلا يوجد تطابق بين أخذ القانون وأي مذهب فقهي. إضافة إلى أن أحكام المحكمة العليا اليمنية لها إضافات تكميلية على المادة، ولها تفسير لبعض مصطلحاتها، فقد أضافت إلزام الزوجة دفع نصف الشرط (تكاليف العرس) مع المهر الذي ورد في القانون.

ومن حيث التفسير فإنها اعتبرت تكليف الحكمين واجب إلزامي لا يصح فسخ الكراهة بدونة، بينما وجوب كونهما من الأهل وأن يتفقا على ضرورة التفريق بين الزوجين وإن كان مأمور بهما في ظاهر المادة (٥٤)؛ إلا أنها لا تنقض الحكم لمخالفته.

فاحتاج المتخصصون للعلم بجميع هذه التفصيلات المختلفة لدى جميع المذاهب الفقهية وأحكام المحكمة العليا ليفهم النص ويطبقه التطبيق الصحيح، وهذا البحث يكرس الجهد لتوفير ذلك.

ونصوص الفقهاء لفسخ الكراهية عزيزة، وإن وردت في بعض عبارات بعض الفقهاء فلا يراد بها ما يقصده القانون اليمني والقضاء السعودي، فمن ذلك:

ما جاء عن الحنفية: "نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة إذا استعصت عليه أو أبغضته، وعن الزجاج: النشوز يكون من الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه"(١). لكن تفصيلهم لأحكام النشوز يجعلونه سبباً للخلع الرضائي لا الفسخ ولا التطليق للضرر والشقاق، ووافقوا القانون في أن الفدية يجوز للزوج أخذها ولو كان هو سبب الشقاق والضرر للزوجة قضاء لا ديانة، إن بذلتها الزوجة. بينما القانون جعلها لازمة بحكم القانون، ويصدر بها حكم من القاضي دون رضا من الزوجة.

ووافقوا القضاء اليمني، فقالوا إن كان سبب الشقاق منها فيجوز أن تزيد الفدية على المهر، والقضاء أوجب رد نصف الشرط مع المهر إن كان الفسخ لمجرد الكراهية من الزوجة وامتناعها الرجوع للعيش معه، لكن الحنفية جعلوه عوضاً للخلع الرضائي المتفق عليه، بينما جعله القضاء اليمني تعويضاً للزوج بما غرم؛ ملزماً للزوجة بحكم القضاء دون رضا منها.

والنصوص الفقهية التي يصح اعتبارها أصلاً لفسخ الكراهية في المادة (٥٤) هي كتب المالكية في التفريق بالضرر، وتفريق الحكمين في النشوز، وبعض كلمات للإمام محمد بن علي الشوكاني، ولفقهاء الجعفرية.

قال المالكية: "إذا نشزت الزوجة وعظها زوجها، ثم يهجرها ثم يضربها إن أفاد، وإلا تعين رفع أمرها للقاضي ليعظها ثم يزجرها ثم يلزمها بترك نشوزها ويأدبها، فإن لم يفد بعث الحكمين بينهما؛ ليصلحا بينهما؛ فيقوم الحكمان أولاً بتحري سبب الشقاق، وممن النشوز والظلم، ثم يقوما بالصلح بكل وجه أمكنهما، وإن لم يتمكنا من الصلح بكف نشوزها أو بصبر الزوج عليها فرق بينهما الحكمان بمال ولو زاد على المهر.

وإذا المرأة ادعت اضرار زوجها بما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي أو ضربها أو شتمها، وأثبتت وعظ القاضي الزوج وأدبه بالضرب، هذا إذا لم ترد التطليق منه، فإن تكرر شكواها فرق بينهما، فإن طلبت التفريق فللزوجة التطليق على الزوج بالضرر متى ثبت أصل الضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره. وتفريق القاضي يعد طلاقاً فيأمره القاضي بالطلاق وإلا طلق عنه طلقة بائنة"(٢).

وقال الشوكاني: "قال الله سبحانه: {وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً} [البقرة:٢٣٠]، وهو أيضاً من المضارة لها، وقد قال تعالى: {وَلا تُضَارُّوهُنَّ} [الطلاق:٦]. وهذا مضار لها؛ **وفي الشريعة المطهرة ما يدل على جواز الفسخ بمجرد الكراهة كما في حديث: "أتردين عليه حديقته"**(٣).

---

(١) العناية شرح الهداية ٤/٢١٥.

(٢) الشرح الكبير ٢/٣٤٤، ٣٤٥، والشرح الصغير ٢/٥١٢، وشرح مختصر خليل ٤/٧.

(٣) السيل الجرار، ص٣٥٠. وإن كان ورد كلامه للتعليق على نص الأزهار في الفسخ لعدم قدرة الزوج على الوطء، وهذا من العيوب الذي يجوز فسخ النكاح به عند عامة الفقهاء؛ لكن نستطيع القول بأن العبرة بعموم لفظه لا بخصوص سبب وروده- كما تقرره القاعدة الأصولية.

وأيد الشوكاني أن التفريق للشقاق فسخ لا طلاق؛ قال في رواية خل سبيلها: "الأحاديث تدل على أنه فسخ؛ لأن عدة الطلاق ثلاث حيض، وأيضاً تخلية السبيل هي الفسخ لا الطلاق، وقوله عز وجل: {الطَّلاقُ مَرَّتَانِ} [البقرة:٢٢٩]، ثم ذكر سبحانه الافتداء ثم عقبه بقوله: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} [البقرة:٢٣٠]، فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع"(١).

ثم إن هذا الفسخ للكراهية والضرار، يعطي لها الحق في الفرقة، فإن أبى الزوج فسخ لها الحاكم.

فقال ردا على الزيدية(٢) في عدم الفسخ للعجز عن النفقة: "الحق الفسخ كما ذهب الجمهور لقوله تعالى: {وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً} [البقرة:٢٣١]، وأي ضرار أعظم من أن يبقيها في حبسه وتحت نكاحه بغير نفقة، فهو ممسك لها مع أشد أنواع الضرار؛ فإن قوام الأنفس لا يكون إلا بالطعام والشراب، ولقوله تعالى: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} [البقرة: ٢٢٩]، فخير الأزواج بين الأمرين، فليس لهم فسحة في المعاملة للزوجات، فمن لم يمسك بمعروف كان عليه التسريح بإحسان؛ فإن لم يفعل كان على حكام الشريعة أن يوصلوا الممسكة ضراراً بحكم الله عز وجل فيفسخون نكاحها. وأيضاً قد شرع الله سبحانه بعث الحكمين بين الزوجين عند مجرد الشقاق، وفوض اليهما ما فوضه إلى الأزواج؛ فإذا كان لهما التفرقة بمجرد وجود الشقاق فكيف لا يكون لحاكم الشريعة الفسخ بعد وصول المرأة إليه تشكو إليه ما مسها من الجوع ونزل بها من الفاقة الشديدة"(٣).

ولم يجعل الشوكاني وكذلك القانون اليمني الفسخ للعيوب ولعدم الكفاءة بالتراضي بين الزوجين، بل بحكم القاضي(٤).

وقال الجعفرية: "ولا يصح الخلع إلا مع كراهيتها فلو طلقها ولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً؛ فلو طلقها والأخلاق ملتئمة بطل البذل ووقع رجعيا"(٥). مع أنهم كالشافعية والزيدية يجعلون الخلع عقداً بالتراضي ولا يفرقون بالضرر.

ووجدت نقلاً عن الزيدية في وجوب الفسخ من القاضي بالإضرار إن امتنع الزوج الطلاق في التباس الطلاق، فقال الإمام المرتضى: "لو التبس الطلاق بتحقق شرطه أو تعيين من وقع عليها، كقوله: إحداكن طالق، أو إن كان الطائر غراباً فأنت يا فلانة طالق وإن لم يكن فأنت يا فلانة طالق، فيجب اعتزاله للجميع ولا يخرجن من نكاحه ويتزوجن إلا بطلاق وعدة؛ **فيجبر الإمام الممتنع من طلاقهن أو مراجعتهن فإن تمرد فالفسخ؛ لأن في ذلك إضرار بالنساء، وقد قال الله تعالى: {وَلَا تُضَارُّوهُنَّ}** (الطلاق:٦)"(٦).

---

(١) الدراري المضيئة ٢٢٩/٢، والسيل الجرار ٤١٧.

(٢) جاء في شرح الأزهار: ولا يجوز للحاكم فسخ النكاح بينهما عندنا، لأنه إن كان ذلك لتمرده عن النفقة مضارة، وهو قادر عليها فلا ينفسخ بينهما بالإجماع؛ والعلة أنه يمكن إجباره. قال في الانتصار: فإن لم يمكن إجباره فسخ على قول من أثبت الفسخ. شرح الأزهار أ ٥٩٣/٥، وما بعدها.

(٣) وقال: "وأين الامساك بمعروف من رجل ترك زوجته في مضايق الجوع ومتألف المخمصة وعرضها للهلاك وحبسها عن طلب رزق الله عز وجل، وأراد ان تكون له فراشاً وهي بهذه الحالة المنكرة والصفة المستشنعة، وكل من يعرف الشريعة يعلم أن هذا منكر من منكراتها ومحرم من محرماتها؛ ولقوله عز وجل: {ولا تضاروهن} وهذا من أعظم أنواع الضرار وأشدها كما سلف. السيل الجرار ص٤٢٦، ٤٢٧.

(٤) السيل الجرار ص٣٧٤.

(٥) اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، لأبي عبدالله شمس الدين محمد بن محمد جمال الدين المطلبي الشهيد الأول (ت ٧٨٦)، تحقيق: محمد تقي مراويد وعلي أصغر، مطبعة حكمت، قم إيران، ط ١، ١٤٠٦هـ، ص ١٢٧، والروضة البهية ١٦٥/٢، ومدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٧٤.

(٦) شرح الأزهار لابن مفتاح ٤١٣/٢.

وقول سعيد بن جبير في الخلع القضائي: "لا يكون الخلع حتى يعظها، فإن اتعظت وإلا هجرها، فإن اتعظت وإلا ضربها، فإن اتعظت وإلا ارتفعا إلى السلطان؛ فيبعث حكماً من أهلها وحكماً من أهله، فيرفعان إلى السلطان ما سمعا؛ فإن رأى بعد ذلك أن يفرق فرق، وإن رأى أن يجمع جمع"(١).

لذلك نرى أن الفسخ للكراهية في القانون اليمني أقرب أن يكون مصدره الفقهي كتب الإمام الشوكاني– كما سبق– وكذا المالكية إلا أنهم جعلوا التفريق في هذه الحالة طلاقاً من الحكمين أو تطليقاً من القاضي، والقانون والشوكاني جعلاه فسخاً من الحاكم، وكذا وجوب الفدية في كل حال وإن كان سبب الشقاق من الزوج؛ وذلك برد المهر الذي أوجبه القانون اليمني ونصف الشرط الذي قرره القضاء اليمني لم يقله إلا بعض المالكية بحكم الحكمين، أو الحنفية بالتراضي مخالعة.

المطلب الثاني– الأساس القانوني لفسخ الزواج للكراهية:

يتعدد الأساس لفسخ عقد الزواج للكراهية، بالآتي:

١– الفسخ لعدم الوفاء بالالتزامات الناتجة عن عقد الزواج: فعقد الزواج ينتج عنه التزامات متقابلة على عاتق الزوجين لبناء أسرة تقوم على حسن العشرة والمودة والتعاون، فيلزم الزوجان وخصوصاً الزوج أن يمسك زوجته بهذا المعروف المقصود، وأن يمتنع عن أي ضرر مادي أو معنوي، فإن أخل بذلك ولم يؤدِ ما عليه، وارتكب ما يلزمه الامتناع من فعله، فقد أخل بالتزاماته الناتجة عن العقد، وحق للزوجة الفسخ للعقد.

وهذا ما أخذ به القانون اليمني في م (٦): الزواج هو ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعاً، وغايته تحصين الفروج وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة. فإذا لم يتحقق المقصود الأهم من العقد ببناء الأسرة بحسن العشرة فقد تحقق سبب الفسخ(٢).

فالفسخ للكراهة يبدأ بدعوى الزوجة الفسخ للإضرار بها وظلمها ومنعها حقوقها، أو هجرها أو غيبته عنها مدة لا تبلغ السنتين مع الإنفاق، أو لا تبلغ سنة مع عدمها، وهي مدة لا يجوز الفسخ بسببها من غير أن تبني دعواها للكراهية، فيقابلها الزوج غالباً بدعوى إرجاع الزوجة لبيت الزوجية وإلزامها بالطاعة وينكر إضراره بها، أو قد تبدأ القضية بدعوى من الزوج بنشوز الزوجة ويطلب إلزام الزوجة بالطاعة وإرجاعها لمنزل الزوجية، فترد عليه بدعوى مقابلة تطلب فيها فسخ النكاح للكراهية، وقد تبدأ القضية بدعوى الزوجة بحقوق زوجية من نفقة وسكن وعشرة ومنع الإضرار بها من نحو شتم وإهانة أو ضرب، ثم يرد الزوج المدعى عليه قد تغير طلبها إلى طلب الفسخ للزواج للكراهية(٣).

٢– بناء أساس فسخ عقد الزواج للكراهية على عدم الرضا: إن لم يتوفر أي إخلال من الزوج، ووجدت مع ذلك الكراهية الشديدة المستقرة في قلب الزوجة؛ فإن فسخ العقد يبنى عندها على عدم الرضا باستمرار العقد باستمرار الحياة الزوجية، وعدم الرضا بالمعقود عليه (الزوج)، فكان كخيار الرؤية للمشتري، الذي يعتمد على المزاج والقناعة الذاتية، فله الفسخ بناء عليه ولو وجدت كل الأوصاف والشروط في المبيع، وكان محققاً للغرض الذي قصده بتمامه، ومع ذلك له الفسخ.

---

(١) المحلى ٥١٤/٩، وأحكام القرآن للجصاص ٩٤/٢، ورسالة أحكام الخلع ١٨٩، ورسالة مدى حرية الزوجين في الطلاق ٥٨٧.

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ، مصطفى الزرقاء، دار القلم دمشق، ط ١، ٩٨، ٤٨٩/١، وفسخ عقد الزواج شجاع الدين ٤٢. وفي مراجع القانون المدني انظر: نظرية بطلان التصرف د جميل الشرقاوي، ص١٦٦.

(٣) كل هذا جائر وفقاً لأحكام قانون المرافعات اليمني المواد: (١٩٧، وما بعدها).

فإذا كان الإجبار على الزواج عند بدء العقد يجعل العقد باطلاً في حق الرجل العاقل والمرأة العاقلة الثيب وكذا البكر البالغة العاقلة في القانون اليمني، وإن عبر عنه بالوقف في المادة (٣١)؛ فكذلك عدم الرضا باستمرار الحياة الزوجية يقرر فيه فسخ العقد.

وفي هذه الحالة يكون فسخ الكراهة عبارة عن خلع قضائي يحل قرار المحكمة مقام الاتفاق الرضائي بالمخالعة- وإن عبر القانون عنه بالفسخ- بجامع وجوب الفدية من الزوجة مقابل التفريق برد المهر؛ حتى أن المتشارعين يقولون: خالعت فلانة زوجها، وخلعته من المحكمة، وتبرأت منه.

وأكثر الفقهاء يجعلون الخلاف بين الزوجين يبدأ بالنشوز من أحدهما أو كليهما، ثم قد يحل ويصطلح الزوجان، وقد يتعمق إلى شقاق بينهما، والقاضي عندما يرتفع إليه الأمر يبدأ بمعالجته باعتباره نشوزاً؛ فيعمد إلى التحري عنه، ويعمل على إنهائه ومنع من صدر منه، ويستعين لذلك بثقة مجاور كما قال الشافعية والحنابلة أو يسكنهما عند أناس صالحين إن لم يوجد الثقة المجاور كما قال المالكية، أو يسكنهما بجوار عدلة أو عدل من المحارم كما قال الزيدية. فإن لم يحل النشوز ويصلح الأمر ووصل إلى شقاق بعث الحكمين، فإن عجز الحكمان على الإصلاح فسخ القاضي العقد.

٣- الفسخ للعيب في المعقود عليه (الزوج)، وهذا العيب ليس لفوات وصف أو عدم تحقيق الغاية[١]، ولا بعيب عدم القدرة على الوطء والجنون والجذام والبرص الذي أجاز الفسخ بها عامة العلماء[٢] والقانون م (٤٧).

بل عيب خفي خاضع لتقدير شخصي للزوجة، بحيث لا يحقق مرادها من الزواج. وهذا واضح من قول جميلة: لا أعتب على ثابت خلق ولا دين، ولكني لا أطيقه بغضاً، وواضح من الفسخ للعيب في المعاملات أو في الزواج في العيوب المنصوصة السابقة إنما كان لعدم تحقق الغاية المقصودة من العقد للعاقد، فيسبب النفور للزوجة وعدم قدرة العيش معه، فرب حمق أو طبع في الزوج لا تطيق الزوجة تحمله فتنفر بسببه وتكره الزوجية بسببه، فيحدث البغض والكره وعدم القدرة على التعايش خلافاً لمقصد الشارع في بناء الأسرة بالمودة والرحمة والتعاون.

وواضح عندما قرر الفقه المالكي والقانون المصري أن القاضي إذا رفض دعوى الزوجة لفسخ الإضرار لعدم ثبوتها، ثم تكررت شكواها قبلها القاضي وسار بإجراءات التفريق بالشقاق، وندب الحكمين للصلح وإلا فرق بينهما.

وكذلك نهج القضاء اليمني- وكذا السعودي- عندما قرر أن الرفض المستمر لرجوع الزوجة لمنزل الزوج دون سبب، وطلبها الفسخ للكراهية دال على تحقق الكراهية العميقة له، وإن لم يثبت سببها بإخلال الزوج، ويعد سبباً كافياً لرفض دعوى الزوج بإلزامها بالرجوع وموجب لندب الحكمين والفسخ لها مع رد المهر ونصف الشرط.

٤- الفسخ لتعذر التنفيذ واستحالته: فالفسخ للكراهية سواء كان لامتناع الزوج من تنفيذ التزاماته (فسخ الضرر) أو لنشوز الزوجة وكراهيتها للزوج إلى حد تعذر استمرار العشرة (الخلع القضائي)، فإننا نكون أمام حالة استحالة التنفيذ وتعذره، خصوصاً أن الالتزامات الزوجية واردة على عمل، وشخصية المتعاقد محل اعتبار خاص، ويؤدي الالزام بتنفيذها عينياً إلى إكراه المدين بدنياً والمساس بحريته الشخصية؛ والقاعدة العامة في القانون المدني أنه يصار إلى وقف التنفيذ العيني وفسخه، ويلزم الالزام بالمقابل بالتعويضات التي وضحناها في محلها[٣].

---

(١) وهي القاعدة العامة في المعاملات المدنية لضابط العيب المنصوص عليها في القانون المدني م (٢٤٥).

(٢) سبل السلام ١٩٨/٢.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات وآثار الالتزام، للدكتور عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٦٨م، ٧٦٠/٢، ٨٢٣، وأحكام الالتزام والإثبات، د سمير عبد السيد تناغو، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٩م، ص ٢٣٠، وما بعدها، ونظرية بطلان التصرف، د جميل الشرقاوي، ص١٦٥ وما بعدها.

وإن كان عقد الزواج له خصوصية وتنظيمه القانوني لها أحكام خاصة، تقدم على القاعدة العامة في تنفيذ الالتزام السابقة، فآثار عقد الزواج والتزاماته ترد أصلاً على البدن: بحل الاستمتاع المتبادل بين الزوجين، ووجوب الطاعة من الزوجة وتمكينه منها، ووجوب المبيت والعشرة الحسنة من الزوج، فكلها التزامات عمل واردة على البدن، وشخصية العاقد محل اعتبار، لكن القاعدة العامة لها صدى هنا نستطيع البناء عليها، لتفسر لنا أساس فسخ عقد الزواج بطلب الزوجة من زوج لم يثبت أنه أخل بالتزاماته اتجاهها، بل لمجرد كراهيتها له المطلقة التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية.

وفي هذه الحالة بالذات نستطيع أن نفسر إيجاب المحكمة العليا اليمنية للفسخ وجوب رد المهر وتعويض الزوج بدفع الزوجة نصف الشرط، وهي تكاليف العرس والزفاف وما دفعه لأبيها وأهلها من أجل زواجها، فهذا تنفيذ بالتعويض بحيث كأن القضاء مكنه أن يحصل على زوجة أخرى تعيش معه على حسابها.

ويفسر كذلك موقف الفقه المالكي والقانون المصري بإيجاب دفع مقابل من الزوجة للزوجة ولو زاد على المهر المسمى بينهما في حالة ما يكون سبب الشقاق وتعذر العشرة كله بسبب نشوز الزوجة وتمنعها عن طاعة الزوج، دون سبب صدر منه.

الخاتمة: النتائج والتوصيات:

أولاً– يجد الباحثان أن فسخ الكراهية في القانون اليمني م (٥٤) جمع بين ثلاثة أنظمة للتفريق: ١– التفريق للضرر. ٢– التفريق بالشقاق. ٣– التفريق بالخلع القضائي. ولم يميز إلا الخلع الرضائي في تنظيم مستقل في المواد (٧٢– ٧٤).

١– التفريق للضرر، يكون عند طلب الزوجة التفريق لحصول الإضرار بها من الزوج، ويلزمها اثباته، فإن ثبت قضى القاضي بالتفريق بطلاق عند المالكية والقانون المصري م (٦)، والمغربي (٩٩)، ولا ترد المهر ولا يحتاج إلى ندب الحكمين.

ويوافقهم القانون اليمني إن ثبتت أحدى أسباب الفسخ الأخرى (عدم النفقة، الغيبة، الإدمان على المخدرات ...)، وإن ثبت ضرر بما دونها فيجب ندب الحكمين ويجب أمره بالطلاق، وإلا فرق لها القاضي بفسخ ويجب أن ترد المهر. وقال جمهور العلماء لا يفرق للضرر وإنما يأمر القاضي بمنع الضرر ويعزره، ولا يفرق بينهما إلا بالخلع الرضائي.

٢– التفريق للشقاق، ويكون إذا جهل من المضر بصاحبه، ولم تستطع الزوجة أن تثبت صدور الضرر غير المشروع عليها من الزوج، وفيه يجب ندب الحكمين في الفقه الإسلامي والقانون المصري م (١٠) والمغربي م (٩٤) واليمني م (٥٤)، لكن عند المالكية يكون التفريق للحكمين، وعند الجمهور والقانون اليمني ليس لهما إلا الصلح، إلا إن كان لهما وكالة خاصة بالتفريق مخالعة، ويرفعان الحال للقاضي.

إن تعذر الصلح من الحكمين، واستمر الشقاق، وتعذرت الحياة الزوجية رفعا تقريرهما للقاضي متحداً بذلك، وتعيين المسيء المسبب للشقاق، واقتراح بالرد والاسقاط بالحقوق، فإن كانت هي المسيئة فيسقط كل حق لها، ويلزمها رد المهر المتفق عليه، وما يلحق به، مع التعويض.

وإن كان هو سبب الشقاق فلا يرد عليه شيئاً، ويلزم بأداء حقوقها. فإن اشتركا بالإساءة وسبب الشقاق أو جهل، ردت نصف المهر، وقال البعض يرد بحسب نسبة الاساءة والتسبب في الشقاق. إلا عند بعض الفقهاء والقانون اليمني م (٥٤) فيلزمها رد المهر، ولا يؤخذ لها من الزوج شيء. وتفريق القاضي تطليق طلقة بائنة في الفقه المالكي والقانون المصري والمغربي، وفسخ لا يحسب من عدد الطلقات ولا يهدمها في القانون اليمني.

٣- الخلع القضائي: وهو طلاق يوقعه القاضي مقابل فدية وعوض تدفعه الزوجة لزوجها مقابل مخارجتها منه، ويكون عند كراهية الزوجة وبغضها لزوجها ونفورها عنه ونشوزها بلا إضرار صدر منه، وأن الحال يمكن أن تلتئم بينهما لولا كراهية الزوجة المطلقة الذي لا تستطيع معها أن تعيش معه وتؤدي حقوقه. والجمهور والقانون اليمني م (٧٣) أن الخلع عقد يتم بتراضي الزوجين، ولا يجبرهما القاضي عليه ولا يحل محلهما فيه. وقال بعض الفقهاء: يأمره القاضي بالطلاق مخالعة وإلا طلق عنه (فسخ نكاحه في القانون اليمني م (٥٤)، وترد للزوج المهر والذهب ونصف تكاليف العرس، والتعويض لكل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

ثانياً– فسخ الكراهة هو نشوز بين الزوجين تطور إلى شقاق، ويبحث في كتب الفقه الإسلامي بمباحث النشوز والشقاق بين الزوجين، وسماه المالكية بحق الزوجة في طلب التطليق للضرر، أو تطليق الحكمين للشقاق.

سادساً– أكثر الفقهاء يجعلون الخلع اتفاقاً يقع بالتراضي، ووافقهم القانون في الخلع م (٧٣)، وقلة قالوا أنه لا يكون إلا عند القاضي، وقله قالوا إن القاضي يجبر على الخلع وإلا يخلع لها ويخل سبيلها؛ وبه أخذ القانون في الفقرتين الأخيرتين من م (٥٤).

ثالثاً– جمهور الفقهاء يقولون لا يجوز أن تدفع الزوجة الفدية وعوض الخلع للزوج إن كان سبب الشقاق منه، ولا تحل له، ولا تلزم بها، وإن تم فتستردها منه، وتجب عليها الفدية إن كان سبب الشقاق منها بنشوزها عنه، وقال الحنفية وقول لبعض المالكية بأن الزوجة تفتدي نفسها في كل حال، وبهذا أخذت الفقرة الأخيرة من م (٥٤)؛ إذا لم يوجد سبب آخر للفسخ المنظمة في م (٤٦- ٥٣، ٥٥) غير الكراهية أو وجد ولكنها لم تستطع إثباته.

والزواج عقد مستمر وفسخه للكراهية يرتب إعادة الزوجين إلى ما كانا عليه، وهذا متعذر فلزم التعويض فيه، وذلك برد الزوجة المهر للزوج والذهب وتجهيزات العرس وما شرطه الولي، وتعويض الضرر المادي والمعنوي المحقق ولا يضاف عليه فارق العملة، كما لا ينقض الفسخ بعدم تمكن الزوجة من رد ما حكم عليها برده لتلفه أو لإعسارها؛ لتغليب المخارجة على المعاوضة، ويحكم القاضي بالرد للمهر المسمى ولو لم يطلب الزوج ولا يحكم بغيره إلا بطلب منه وتقديم دليل إثبات عليه. وأما النفقة السابقة فلا تسقط إن كان سبب الكراهية ضرار من الزوج وتسقط إن كان سببها نشوز الزوجة.

رابعاً– إن فسخ الكراهية في م (٥٤) هو خلع قضائي إذا لم يوجد إضرار من الزوج أو لم تستطع إثباته، وأحكام القضاء اليمني تؤكد هذا التكييف، وهو كذلك تفريق للشقاق.

خامساً– الفرق بين كون الفسخ للكراهية فسخ للضرر أو خلعاً قضائياً، هو في اختلاف الاجراءات والشروط والتعويض والرد في كل منهما. فيتفق الفسخ للكراهية للضرر والفسخ للكراهية للخلع القضائي، باشتراط استحكام الخلاف وتعذر العشرة وفشل الصلح عند الجميع، ويشتركان برد المهر والتحكيم في القانون اليمني.

فالكراهية للضرر يشترط إثبات صدور الضرر الذي تتعذر معه العشرة من الزوج وإلا رفضت، ولا يحتاج تكرره ولا تكرر الدعوى به، ولا يحتاج فيه ندب حكمين في الفقه المالكي والمصري والمغربي، ولا تلزم الزوجة بدفع فدية عند عامة من قال به. إلا القانون اليمني أوجب رد المهر إذا لم يكن الضرر مما جعله القانون سبباً مستقلاً للفسخ من غير رد المهر، وكذلك أوجب التحكيم.

بينما الكراهية للخلع القضائي لا يشترط فيها ثبوت إضرار الزوج بالزوجة، لكن يشترط فيها نشوز الزوجة بتمنعها عن حقوق واجبة عليها، وكراهيتها التي يتعذر معها العشرة مع الزوج، وإصرارها على المفارقة له وتعذر الصلح ببقاء الزوجية، وهنا يجب تعيين الحكمين وتجب الفدية، بتعويض الزوج، برد المهر، أو أكثر، وأوجب القضاء اليمني رد نصف الشرط (تكاليف وتجهيزات العرس)، وتعويض الزوج عما غرم وفقاً للقواعد العامة.

ففي المادة (٥٤) فإن الكراهية تستوي في كونها للضرر الذي لم يجعله القانون سبباً للفسخ من دون رد المهر، أو الكراهية للخلع القضائي، إلا أنها في الضرر تلزم برد المهر المسمى فقط، بينما إذا لم يثبت أي ضرر غير مشروع صدر من الزوج فيكون فسخ الكراهية خلعاً قضائياً، وهنا يكون ما تدفعه المرأة فدية أكثر من المهر، وذلك برد المهر المسمى مع نصف الشرط، مع التعويض لما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

سادساً– القانون المصري: فرق بين دعاوى تمر بمراحل ثلاث: ١– دعوى التطليق للضرر، فأوجب على الزوجة إثباته، فإن ثبت طلقها من غير حكمين ومن دون رد المهر، وإن لم يثبت الضرر قرر رفض الدعوى. ٢– التطليق للشقاق وجعله الطريق الثاني التي تلجأ إليه الزوجة إن رفض طلبها التطليق للضرر، وفيه يجب ندب حكمين، والرد والإسقاط بحسب سبب النشوز ونسبته. ٣– للزوجة أن تسلك الطريق الثالث وهو الخلع، وله مرحلتان خلع بالتراضي، فإن لم يتراضيا وأصرت الزوجة فتدفع المهر وتسقط كل حقوقها ويندب القاضي حكمين للصلح وإلا طلقها طلقة بائنة.

التوصيات:

– نوصي بسلوك القانون اليمني للمراحل الثلاث التي سلكها القانون المصري– المبينة في متن البحث والخاتمة، وهو في الحقيقة سلك مرحلتين: ١– التطليق للضرر، عند الفسخ للعيب وعدم النفقة والكفاءة ... ٢– دمج الفسخ للشقاق مع الفسخ للخلع القضائي إذا لم يتم رضاء في مادة واحدة م (٥٤)، فنوصي بفصلهما على نحو ما نظمهما القانون المصري.

قائمة أهم المراجع:

أهم مراجع الفقه وأصوله:

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ)، تحقيق: أحمد عناية، دار الكتاب العربي–، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.

البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى (ت ٨٤٠هـ)، مع كتاب جواهر الأخبار والأثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، لمحمد بن يحيى بهران الصعدي (٩٥٧هـ، وعليه تعليقات القاضي عبدالله بن عبدالكريم الجرافي، دار الحكمة اليمانية – صنعاء، ط ٢، ١٩٨٨م، ٥ مجلدات.

البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي (٧٩٤هـ)، تحقيق: د محمد تامر، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥ هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي– مصر، ط ٤، ١٩٧٥م.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية– بيروت، ط ٢، ١٩٨٦م، ٧ أجزاء.

تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي المصري الشافعي (ت٩٧٤ هـ)، المكتبة التجارية الكبرى لمصطفى محمد– القاهرة، ط ١٩٨٣م، ١٠ أجزاء.

التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام الحنفي (٨٦١هـ)، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن محمد ابن أمير الحاج، المعروف بابن الموقت الحنفي (٨٧٩هـ)، دار الكتب العلمية– بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

حاشية ابن عابدين على رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢هـ)، دار الفكر– بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، ٦ أجزاء.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، والشرح الكبير لمختصر خليل للسيد أحمد بن محمد الدردير المالكي (ت ١٢٠١هـ)، دار الفكر – بيروت، ٤ أجزاء.

حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع، لحسن بن محمد العطار الشافعي (١٢٥٠هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت.

الحاوي الكبير في فقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٤م، ١٨ جزءاً.

شرح الأزهار لعبدالله بن مفتاح، ٤ أجزاء، ونرمز له بطبعة ب، ط ب. والجزء المستخدم منها الثاني؛ فحيث كان ٢/ فهي الطبعة القديمة.

شرح الأزهار، المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الازهار، للعلامة أبو الحسن عبدالله بن مفتاح، مكتبة التراث الإسلامي- صعده، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤، ١٠ أجزاء.

العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي الحنفي (ت٧٨٦هـ)، دار الفكر- بيروت، ١٠ أجزاء.

كشاف القناع على متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت١٠٥١هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ٦ أجزاء.

المبسوط، لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي الحنفي (ت ٤٨٣هـ)، دار المعرفة- بيروت، ط ١٩٩٣م، ٣٠ جزءاً.

المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، ٢٠ جزءاً.

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، ١٩٩٤م، ٦ أجزاء.

المغني لابن قدامة لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ١٠ أجزاء، ١٩٦٨م.

منح الجليل شرح مختصر خليل لأبو عبدالله محمد بن أحمد بن عليش المالكي (ت ١٢٩٩هـ)، دار الفكر- بيروت، ١٩٨٩م، ٩ أجزاء،

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي المصري الشافعي (ت١٠٠٤هـ)، وعليه حاشية الشبراملسي وحاشية الرشيدي، دار الفكر- بيروت، ط ١٩٨٤م، ٨ أجزاء.

مراجع فقه مقارن وقانون مدني وأحوال شخصية وقضاء وبحوث حديثة:

أحكام الأحوال الشخصية للقاضي محمد بن يحيى المطهر رئيس محكمة استئناف تعز اليمنية رئيس لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مجلس النواب اليمني، مكتبة خالد ابن الوليد- صنعاء، ودار الكتب المصرية- القاهرة، ٣ أجزاء.

أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، أ د علي أحمد القليصي رحمه الله، كلية الشريعة والقانون- جامعة صنعاء، دار النشر للجامعات- صنعاء، ط ١٥، ٢٠١٤م.

أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية اليمني، أ د عبدالحكيم محسن عطروش، كلية الحقوق- جامعة عدن، مكتبة الصادق- صنعاء، طبعة ٢٠١٩م.

أحكام الالتزام والإثبات، د سمير عبد السيد تناغو، مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، للباحث عامر سعيد نوري الزيباري، رسالة دكتوراه، في كلية الشريعة- جامعة أم القرى- مكة، ١٩٨٢م.
التعليق على أحكام المحكمة العليا في المسائل الشخصية، أ د عبد المؤمن شجاع الدين، أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون- جامعة صنعاء، مكتبة الصادق- صنعاء، ٢٠٢٢م.
السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، دار ابن حزم، الطبعة الأولى.
الضرر في الفقه الإسلامي، د أحمد موافي، دار ابن عفان- السعودية، ط ١، ١٩٩٧م.
فسخ عقد الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، للباحث توفيق شنداريلي، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، ٢٠١٢م.
فسخ عقد الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني والقوانين العربية، أ د. عبد المؤمن شجاع الدين، مكتبة الصادق- صنعاء، ط ١، ٢٠٢٠م.
فسخ عقد الزواج للكراهية في القانون اليمني، أ د عبدالمؤمن شجاع الدين، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية- المجلة العربية للعلوم ونشر الأبحاث، العدد السادس، المجلد الثاني، سبتمبر ٢٠١٨م، (١٧) صفحة.
قانون الأحوال الشخصية المصري برقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠، المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م، المعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م.
قانون الأحوال الشخصية اليمني الصادر برقم (١٧- ٥) لسنة ١٩٩٦م، بالموافقة على القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، والمعدل بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، والقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٩م، والقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٣م.
القانون المدني اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.
قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني، برقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، وتعديله من حكومة صنعاء برقم (١) لسنة ٢٠٢١م، ويعمل بالتعديل من المحاكم التي تتبع حكومة صنعاء فقط، ولا تعمل به المحاكم التابعة لحكومة الشرعية في عدن.
قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، برقم (١) لسنة ٢٠٠٠، المعدل بالقانون رقم (٩١) لسنة ٢٠٠٠م.
قانون مدونة الأسرة المغربي، الصادر في ٣/ فبراير/ ٢٠٠٤م، بتنفيذ القانون برقم ٧٠،٠٣.
المحلى بالآثار لأبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري (ت ٤٥٦هـ)، دار الفكر – بيروت، ١٢ جزءاً.
مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه، للدكتور عبدالرحمن الصابوني، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٩٦٨م.
النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د حسن علي الذنون، رسالة دكتوراه، في الحقوق بجامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر- القاهرة، ١٩٤٦م.
نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، د جميل الشرقاوي، دار النهضة- القاهرة، ١٩٩٩م.
الوسيط في شرح القانون المدني، (مصادر الإلتزام) الجزء الأول، وكذلك (الإثبات وآثار الالتزام) الجزء الثاني، للدكتور عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٦٨م.