التطليق قبل البناء في التشريع الجزائري

Divorce before construction in Algerian legislation

زمورة داود*
جامعة عباس لغرور خنشلة
zemouradaoud@gmail.com

تاريخ الإيداع:2021/10/20	تاريخ المراجعة:2022/01/16	تاريخ القبول:2022/01/17

ملخص:

الأصل أنه لا يجوز إرغام الزوجة على إتمام إجراءات الزواج لأنه عقد رضائي ولها الحق في التراجع عنه عن طريق التطليق قبل الدخول. الا أن المشرع الجزائري لم يعالج هذه الحالة بنص صريح يوضح فيه ما للزوجة من حق وما عليها من واجب اتجاه زوجها، ما أدى الى تضارب في أحكام القضاء الناتج أصلا عن الضبابية في النصوص القانونية و غياب اجتهاد قضائي صادر عن الغرف مجتمعة للمحكمة العليا يكون ملزما لقضاة المحاكم و المجالس القضائية، وهو ما حاول الباحث بيانه واقتراح الحلول التي يعتقد بصحتها في هذا المقال.

الكلمات المفتاحية: الطلاق ؛ التطليق ؛ الخلع؛ الصداق ؛البناء ؛الدخول.

Abstract:

The principle is that the wife may not be compelled to complete the marriage procedures because it is a consensual contract and she has the right to withdraw it through divorce before consummation. However, the Algerian legislator did not address this situation with an explicit text clarifying the wife's right and duty towards her husband, which led to a conflict in the rulings of the judiciary originally resulting from the ambiguity in the legal texts and the absence of a jurisprudence issued by the collective chambers of the Supreme Court that is binding on judges Courts and judicial councils, which is what the researcher tried to explain and suggest solutions that he believes are correct in this article.

Keywords : dislocation; Divorce ; construction; divorce; friendship

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

حدد المشرع الجزائري الطرق التي يتم بها حل رابطة الزواج وهي الطلاق بإرادة منفردة للزوج أو بتراضي الطرفين سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده؛ فأما قبل الدخول فتستحق المطلقة نصف الصداق كأثر للطلاق الذي بادر به الزوج والصداق كله متى كان بعد الدخول مع نفقة العدة.

أما بالنسبة للزوجة فقد كان المشرع دقيقا في حصر طرق حل رابطة الزواج بالنسبة لها حيث جعلهما سبيلين هما الخلع الوارد بالمادة 54 من نفس القانون وهو ما يقابل الطلاق بإرادة منفردة بالنسبة للزوج، والتطليق للضرر الوارد حصراً بالمادة 53 من نفس القانون التي لم يشر فيها المشرع بوضوح ما إذا كانت أسباب التطليق جائزة بعد الدخول أو قبله ،كما لم يفعل بالنسبة للخلع حتى تطبق الأحكام الخاصة بكل حالة، خاصة ما تعلق منها بالصداق (كله أو نصفه.

و عليه يمكن تلخيص إشكالية الموضوع في سؤال رئيسي هو : كيف يمكن للزوجة بعقد صحيح قبل البناء أن تحل هذه الرابطة متى تراجعت عن إتمام إجراءات البناء؟

الإجابة عن هذا السؤال الرئيسي يجرنا الى ضرورة الإجابة عن أسئلة فرعية ملازمة له هي:

هل تستحق الزوجة نصف الصداق متى بادر الزوج بحل رابطة الزواج وتفقده متى كانت المبادرة منها؟

أم أن الزوجة لا تملك ذلك الحق أصلا إلا إذا بررت طلب تطليقها بأسباب يقبلها القاضي وإلا ألزمها في المقابل بإتمام إجراءات الزواج وإرغامها على الدخول بها بالرغم من رفضها وعزوفها عن إتمامه؟

الا يشكل هذا مخالفة لركن الرضا في الزواج؟ أم أن ركن الرضا يعتد به في مجلس العقد عند انعقاد الزواج فقط ولا يعتد بالعدول عنه بعده إلا بمبرر يقبله القضاء؟

هل الزوجة مضطرة لرفع دعوى الخلع للعدول عن عقد الزواج قبل الدخول كطريق وحيد لإعلان عدم رغبتها في إتمام إجراءات الزواج والبناء؟

هل هي مجبرة في هذه الحالة على إرجاع الصداق كله، بالرغم من الإشارة إلى الحكم بكونه طلاق قبل البناء؟ أم أنها تكون ملزمة برد كل الصداق أو صداق المثل تطبيقاً لأحكام الخلع بالإضافة إلى نصفه تطبيقاً لأحكام الطلاق قبل الدخول؟

أم أن الزوجة تستحق نصف الصداق في جميع الحالات سواء بادرت هي إلى طلب التطليق أو طلقها زوجها قبل البناء اعتباراً لتضررها المؤكد من هذا الطلاق كونها الطرف الأضعف وتحملها المؤكد لجزء من مصاريف التجهيز للزواج، وعليه لا يمكن تحميلها كل أعباء تلك التحضيرات، ومن ثمة كان اقتسام تلك الأعباء بين الطرفين حكم عادل ومنصف مهما كانت أسباب التطليق ودوافعه؟

ولتناول هذا الموضوع و الإجابة على هذه التساؤلات رأينا تقسيم البحث إلى محورين أساسيين هما:

أحكام التطليق قبل البناء في قانون الأسرة ويتم فيه تسليط الضوء على اجتهادات المحكمة العليا والتطبيقات القضائية وربما آراء الفقه القانوني فيها، والمحور الثاني أحكام التطليق قبل البناء في الشريعة الإسلامية باعتباره المصدر الثاني للتشريع في قانون الأسرة.

1-التطليق قبل البناء في قانون الأسرة

تجدر الإشارة بداية أن مصطلح التطليق قبل البناء لا وجود له في نصوص قانون الأسرة وأن المشرع الجزائري لم يورد حلا قانونيا واضحا بالنسبة لمبادرة الزوجة إلى طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء ،غير أن إطلاق هذا المصطلح بهذه الصورة له مبرراته، أولها أن الزوجة لا تملك حق فك عصمة الزواج بإرادة منفردة مثل الزوج وإنما يطلقها القاضي ،لذلك كان طلب فك الرابطة الزوجية من قبلها تطليقاً وليس طلاقاً، أما قبل البناء فذلك تمييزاً له عن الحالات المعروفة المتعلقة بالزواج التام الذي مكنها فيه القانون من الخلع الذي تخلع فيها الزوجة الزوج مثلما يخلع الثوب ،مع ضرورة الإشارة الى أن المشرع الجزائري لم يجعل تطبيق أحكام الخلع والتطليق قصرا على المدخول بها بالضرورة.

1-1 الأساس القانوني لطلب التطليق قبل البناء:

إن البحث عن الأساس القانوني لطلب فك الرابطة الزوجية ضروري من حيث المبدأ قبل البحث في آثاره، ذلك أن ثبوت هذا الحق من عدمه هو من سيفتح المجال للبحث عن الحلول التي يتطلبها تجاوزاً للعقبات التي تحول دون استيفائه.

عرف المشرع الجزائري الزواج بأنه عقد رضائي تم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب [1]،كما نص على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين[2] كركن وحيد للزواج، هذا يعني أن غياب الإرادة في الزواج يجعل منه عقداً باطلاً لغياب هذا الركن الوحيد المؤسس له[3] .

إذا كان توافر ركن الرضا عند انعقاد عقد الزواج مسألة واضحة وحكم غيابه واضح أيضاً فهل يمكن التمسك بغياب الإرادة في الاستمرار في بناء العقد أو الاستمرار في الحياة الزوجية بعد البناء مبررة؟ أم أن العبرة بالرضا فقط عند انعقاده وليس بعده وبالتالي تكون المرأة مجبرة ومكرهة على الاستمرار في إجراءات وتجهيزات البناء والدخول بها حتى وإن لم يعد لها الرغبة والرضا في استكمال مشروع الزواج؟

[1] - المادة 4 من قانون 84- 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الاسرة.

[2] - المادة 09 من نفس القانون.

[3] - راجع نص المادة 33 من نفس القانون.

إذا كان الأصل عدم إمكانية إجبار المرأة على الزواج من الرجل رغم إرادتها بحيث يكون ذلك سبباً في إبطاله فإن إكراهها على الاستمرار فيه غير ممكن كذلك، بدليل تنظيم القانون لأحكام الخلع الذي يجيز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.[1]

وإذا كان للزوجة المدخول بها التي يكون قد نتج عن زواجها أبناء وربما أحفاد الحق في فك رابطة الزواج كان الأولى للزوجة التي لم يدخل بها الحق في فك هذه الرابطة خلعاً، طالما لم تخصص أحكامه للزوجة المدخول بها حصراً من جهة، وعموم الصياغة الواردة بنص المادة 48 من قانون الأسرة: "....يحل عقد الزواج .....أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 (المتعلقة بالتطليق للضرر) و54 (المتعلقة بالخلع) من هذا القانون "، فصفة الزوجة تطلق على التي دخل بها والتي لم يدخل بها[2] وهو نفس المعنى الذي قالت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16 مارس 1999 بقولها: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج بمقابل مالي تعرضه عليه".[3]

إذا يمكن القول أن عنصر الرضا في عقد الزواج ضروري لصحته عند العقد وكذلك بعده، حيث يؤدي في المرحلة الأولى إلى إبطاله في حالة غيابه باعتباره ركنا فيه ،ويعتبر بعد العقد ضروريا لاستمرار الحياة الزوجية بحيث لا يمكن إجبار الزوجة على الاستمرار في تلك العلاقة قهرا وكرها، كما لا يجوز أيضا إلزام الزوجة بإتمام إجراءات الزواج كرها متى أعلنت عدم رغبتها فيه قبل البناء ،ولا إكراه الزوجة على الرجوع ومواصلة العشرة الزوجية قصرا أيضا[4]،وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 12 مارس 2008 [5]، حيث جاء فيه أن المبدأ لا يمكن للقاضي حتى بعد إبرام عقد الزواج إجبار الزوجة على إتمام مراسيم الدخول بها ..... رغم معارضتها أو عدم رضاها به مما يستلزم معه رفض الوجه وبالتبعية رفض الطعن". وإنما يثبت نشوزها بعد رفضها لحكم الرجوع والطاعة فقط الذي يكون سببا ربما في تحميلها مسؤولية الطلاق والضرر الناشئ عنه اتجاه الزوج وتبعات ذلك المادية ليس إلا.

وإذا كان للزوجة المطالبة بتطبيق أحكام الخلع حتى قبل البناء فإن لها أيضاً الحق في المطالبة بالتطليق قبل البناء للضرر متى ثبت توافر أحد الأسباب الواردة فيها، منها على سبيل المثال الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 جويلية 2014 المبدأ: يحق للزوجة طلب التطليق قبل الدخول بها بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة

[1] - المادة 54 من نفس القانون.

[2] - الأستاذ فضيل سعد " شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق .الجزء الأول يدون عدد طبعة ولا سنة ، المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر – صفحة 305.

[3] - قضية رقم 216239 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 ص 138.

[4] - يعثوبي عبد الرزاق " قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد. دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- دون عدد الطبعة سنة 2018 ص 33 .

[5] - قرار رقم 415123 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول سنة 2008 ص 275.

واستحالة تحقيق الهدف من الزواج[1]، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة بالمادة 8 من نفس القانون المتعلقة بإجراءات إعادة الزواج، ارتكاب فاحشة مبينة، وكل ضرر معتبر شرعاً[2].

وعليه فإن الفرق بين الطريقين أن الخلع لا تلزم الزوجة بتبرير طلبها وليس للقاضي مناقشة إرادتها في عدم الدخول بها واستكمال إجراءات البناء، أما في طلب التطليق قبل البناء أو بعده تكون الزوجة مطالبة بتبرير طلبها وإثباته بالطرق الشرعية التي تخضع لقناعة القاضي في الاستجابة لطلبها أو رفضه، كما أنهما يختلفان من حيث الأثار الناتجة عن كل واحد منهما؛ فأما الخلع فللزوجة المطالبة بإرجاع كامل الصداق أو ما يعادل صداق المثل كاملاً للزوج دون نفقة العدة لثبوت عدم البناء الذي يستحق بالدخول الفعلي أو الحكمي فقط. أما بالنسبة للتطليق قبل البناء فإن تطبيق أحكامه يطرح عدة إشكالات منها :هل تستحق الزوجة كامل الصداق إذا تمكنت من تبرير طلبها وتسببه وربما استحقاق التعويض عن الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية التي اضطرت إلى حلها[3]، فإذا كان استحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر الناتج عن التطليق ثابتاً فالأولى أن تكون مستحقة لكامل الصداق، غير أن هذا الاستحقاق قد يتعارض مع نص المادة 16 من القانون التي تلزم الزوجة بإرجاع نصف الصداق في حال الطلاق قبل الدخول، مع ضرورة الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام التطليق قبل الدخول بنص صريح، فمتى تلزم برد نصف الصداق ومتى يحق لها الاحتفاظ به كاملا؟

أمام عدم وجود نصوص صريحة تنظم حالة المطالبة بالتطليق قبل الدخول وحكم الصداق فيها هل يرد كله متى كان بطريق الخلع مثلاً أو تحتفظ به كله متى استجيب لطلبها في التطليق للضرر أم أنها تحتفظ بنصفه وتلزم برد النصف الآخر في كلا الحالتين تطبيقا لأحكام الطلاق قبل الدخول من حيث المبدأ، فإن البحث في الأحكام القضائية قد يدلنا إلى حل لهذه الإشكالات من خلال التطبيقات القضائية المعتمدة في هذا الشأن.

2-1 رأي القضاء في طلب التطليق قبل البناء:

بالرغم من قلة الأحكام والاجتهادات الصادرة في هذه المسألة إلا أن هناك من تناول الموضوع وأصدر فيها حكما نحاول من خلال هذا العنصر تقدير اتجاه القضاء فيه.

أ – عدم جواز التطليق قبل البناء:

المبدأ أن طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول. هكذا قضت المحكمة العليا في إحدى القضايا التي طرحت عليها بمناسبة نزاع قضائي بخصوص جواز الحكم بالخلع لفائدة الزوجة قبل البناء، حيث اعتبرت أن: "الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب الخلع لا يمكن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول،

[1] - قرار رقم 0952658 منشور بمجلة المحكمة العليا. العدد الثاني سنة 2014 ص 282.

[2] - راجع المادة 53 الفقرة 4، 5، 6، 7 و 10 من نفس القانون.

[3] - راجع أحكام المادة 55 من نفس القانون.

بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول وعند بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يجعل الحكم -محل الطعن- عرضة للنقض والإبطال."[1]

تعليقا على هذا القرار فإن اعتبار المحكمة العليا الخلع حق للزوجة المدخول بها قصراً دون بيان الأساس القانوني أو حتى الفقهي لذلك يجعل التساؤل مفتوح للمناقشة، فالمحكمة العليا لم تبين لماذا وكيف وصلت إلى هذا الحكم إلا ما تعلق بحالة الكراهية والنفور الذي يتعذر معها مواصلة العشرة الزوجية، وكأن أسباب الخلع مقتصرة على مبرر النفور والكراهية الذي لا يمكن كشفه إلا بعد العشرة الزوجية.

الواقع أن الخلع باعتباره حقاً للزوجة في فك الرابطة الزوجية لم يطالبها المشرع بتبرير استعمالها لهذا الحق ولا تأسيسه على عنصر النفور والكراهية حصراً حتى يستلزم البحث في مدى توافر هذا السبب من عدمه بعينه، ولو كان شرطاً له فعلاً لكان نص عليه صراحة مثلما فعل عندما حدد أسباب التطليق، فقد يكون لهذه الزوجة أسباب خاصة لا تعيب فيها زوجها في شيء ولا تريد الإفصاح عنها حتى لا تسيء إلى نفسها وتحب الاحتفاظ به لنفسها. هذا من جهة، ومن جهة ثانية وحتى على فرض صحة لزوم الكراهية والنفور لطلب الخلع حتى يكون مبررا ومفسرا له فإن هذا النفور قد يتحقق حتى قبل البناء ذلك أن فترة احتكاك الزوجين ببعضهما البعض بمناسبة الترتيبات والتحضيرات للزفاف قد تكشف عن جانب من شخصية الزوج، يكون سببا في النفور منه فتهتدى الزوجة إلى عدم المغامرة في مشروع الزواج فتقرر التخلص منه.

وعليه فإن الكشف عن الأسباب الدافعة إلى إنهاء علاقة الزواج متنوعة ومختلفة وقد تتجاوز مسألة الكراهية أو النفور وتتعداه إلى أسباب موضوعية تتعلق بالعمل وظروفه أو الأهل أو السكن أو الدخل أو العائلة أو العادات أو..... غيرها مما يكشف لأحد الطرفين أن مشروع الزواج هذا فاشل ولم يعد مغريا.

وبالتالي لا يجب البحث عن عنصر الكراهية والنفور بالضرورة لتبرير طلب الخلع كما لا يجب البحث عنه في المرحلة التي تلي البناء بالضرورة للكشف عنه بل لا يجب البحث في سبب طلب الخلع من أساسه لأن القانون لم يطالبها بتبريره، مما يتعين معه القول أن قرار المحكمة العليا في قضائها كما فعلت يفتقر للأساس القانوني الذي يبرر اعتماده كمبدأ يعتمد عليه للفصل في مسألة ثبوت حق الزوجة في المطالبة بفك الرابطة الزوجية قبل البناء.

ب– الخلع قبل الدخول جائز:

عكس قرار المحكمة العليا السابق التعليق عليه أقرت إحدى المحاكم الابتدائية حق الزوجة في طلب الخلع حيث ورد في حيثياته: " أن المادة 48 من قانون الأسرة نصت على أن طلب حل عقد الزواج قد يكون بطلب من الزوجة ولم تفرق المادة بين الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها .....وأنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فلا جناح على الرجل فيما أخذ مقابل الخلع والخلع بالزيادة على المهر مكروه."[2]

[1] - ملف رقم 258613 صادر بتاريخ 2006/06/14 .مجلة المحكمة العليا العدد 02 سنة 2006 ص 421.

[2] - حكم صادر عن قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2011/02/14 غير منشور

يتبين من خلال حكم المحكمة الابتدائية ميولها نحو تفسير استحقاق الزوجة لطلب الخلع أو التطليق استنادا إلى صفة العموم التي وردت في المادة 48 من قانون الأسرة التي أعطت ذلك الحق للزوجة دون تخصيص حكمها لتلك التي دخل بها من عدمه، وعليه كانت عبارات النص تفيد بشمول حكمه على تلك غير المدخول بها أيضا.

وتأسيساً على ذلك ألزمت الزوجة المدعية بأن تدفع للمدعى عليه مبلغ الخلع الذي يساوي مبلغ المهر المعترف به من كليهما.

وتعليقا على اتجاه المحكمة وتأسيس حكمها على عموم نص المادة 48 من قانون الأسرة أنه منطقي وصحيح إلى حد بعيد حتى وإن لم يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية أمام وجود النص القانوني.

وتدعيما لهذا الحكم أصدرت محكمة ابتدائية أخرى حكما يشرح فيه الأساس القانوني والشرعي لاستحقاق الزوجة لطلب الخلع قبل الدخول، حيث جاء فيه:".....ولما كان طلب الزوجة المتعلق بالخلع يتعلق بمرحلة ما قبل الدخول والتي لم يفصل فيها المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة تعين على المحكمة معاينة الوقائع التي تستند عليها المدعية في طلب الخلع وتكييفها حسب ما تقتضيه أحكام المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .....من جهة وفي ظل غياب نص قانوني صريح من جهة أخرى تعين على المحكمة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاُ للمادة 222 من قانون الأسرة .....، حيث أنه بالرجوع إلى كتاب المدونة الكبرى للإمام مالك ابن أنس الأصبحي في رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي يتضح بأنه يمكن أن يتم الخلع بعد إبرام عقد الزواج وقبل الدخول، فضلا على أنه لم ينكر ذلك أحد فقهاء الشريعة الإسلامية وأن الاختلاف الوحيد ينصب حول تقدير بدل الخلع فيه واستحقاق نصف المهر من عدمه، ولما كان الحال كذلك تعين اعتبار الخلع مؤسسا ،.... حيث أن المدعى عليه دفع بواسطة محاميه بأن طلب الخلع غير مؤسس وقد استند هذا الأخير إلى قرار المحكمة العليا رقم 258613 الصادر بتاريخ 2006/06/14 ،الذي جاء فيه بأن طلب الزوجة للخلع قبل الدخول غير ممكن قانونا .....وإن كان يضم جانبا صحيحا فيما يتعلق بنظرة المحكمة العليا للخلع وأسبابه إلا أنه ووفقا للوقائع المطروحة على المحكمة يتبين لها بأن الأسباب المعروضة في القضية الحالية هي أسباب موضوعية بحيث كشفت الفترة ما بين مراسيم الزفاف عن ظهور حقائق للمدعية بخصوص المدعى عليه لا سيما ما تعلق منه بسوابقه بالمخدرات، مما جعلها تطلب الخلع، وهذا ما جعل المحكمة لا تستجيب لطلب المدعى عليه الأصلي المتعلق برفض طلب الخلع ورفض طلب إتمام مراسيم الزواج باعتباره أنه بالدرجة الأولى عقد رضائي وأنه بدون موافقة أحد الطرفين على ذلك لا يمكن بأي حال من الأحوال إرغامه على مواصلة إتمام مراسيم الزواج."[1]

تعليقا على هذا الحكم فإن المحكمة قد أفاضت في شرح وتحليل الأساس القانوني والشرعي للخلع قبل البناء أولهما عدم إمكانية إجبار الزوجة على إتمام إجراءات الزواج لمخالفته مبدأ الرضائية وهو الركن الأساسي في عقد الزواج، كما رجعت إلى المنطق في الكشف عن الأسباب الموضوعية التي قد تبرر طلب فك الرابطة الزوجية بعيدا عن فكرة الكراهية واستحالة استمرار الحياة الزوجية بعد الدخول بالضرورة ،ثم رجعت إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي أقرت بحق الزوجة قبل البناء بالافتداء لنفسها وطلب الخلع مقابل المهر أو صداق المثل الذي لم يعارضه الفقهاء. وعليه كان

[1] - حكم ابتدائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2015/11/05 غير منشور

تسبيبه وافياً ومفصلا بما لا يدع مجالا للشك في استحقاق الزوجة للمطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بالرغم من عدم التفصيل في المسألة المختلف فيها المتعلقة بآثار ذلك على استحقاقها للصداق كله أو نصفه كما سيتم بيانه.

ج – التطليق قبل البناء جائز:

بنفس المنطق الذي أجيز فيه للزوجة طلب التطليق قبل البناء خلعاً فإن لها أن تؤسس طلبها على أحد الأسباب الواردة حصراً بالمادة 53 من قانون الأسرة، فالمشرع لم يميز بين الزوجة المدخول بها والتي لم يدخل بها في طلب التطليق متى توافرت أسبابه وهو الاتجاه الذي سايرته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 2014/07/10، حيث جاء فيه المبدأ:" يحق للزوجة طلب التطليق قبل الدخول، بسبب الحكم على الزوج من أجل جريمة ماسة بشرف الأسرة واستحالة تحقيق الهدف من الزواج"[1]و بالتالي يعكس هذا القرار مبدأ إمكانية المطالبة بالتطليق قبل البناء للأسباب المشروعة الواردة حصرا بالمادة 53 من قانون الاسرة.

د– الزوجة ملزمة برد كامل الصداق ونصفه في حال الخلع قبل البناء:

إذا كانت مسألة استحقاق الزوجة لطلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء سواء بأسباب التطليق الواردة بالمادة 53 من قانون الأسرة أو الخلع طبقا للمادة 54 من نفس القانون كمبدأ باتت واضحة إلا أن آثار ذلك على التبعات المالية لا تزال تشكل تباينا في التطبيقات القضائية، حيث صدر عن أحد المجالس القضائية قرارا يلزم فيه الزوجة برد كامل الصداق المحكوم به من قبل محكمة أول درجة تأسيسا على نص المادة 54 من قانون الأسرة بالإضافة إلى مبلغ ثانٍ يمثل نصف الصداق تأسيساً على نص المادة 16 من نفس القانون[2].

وقد صدر هذا القرار بعد رفع دعوى تفسيرية لقرار كان صدر في شأن النزاع من قبل يقضي بالمصادقة على الحكم المستأنف مبدئيا وتعديلا له إلزام المستأنف عليها برد نصف الصداق للمستأنف، حيث ورد في حيثيات القرار الأخير المفسر للأول أن:" المبلغ المحكوم برده هو نصف الصداق المدفوع لها تأسيسا على المادة 16 من قانون الأسرة، ذلك أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق وتعيد النصف الآخر للزوج. حيث بخصوص مقابل الخلع المحكوم به والذي هو العوض المالي الذي حكم به قاضي الدرجة الأولى، فذلك مبلغ آخر يخضع لنص قانوني آخر هو 54 من قانون الأسرة، وهو المال الذي تدفعه المرأة مقابل مخالعة نفسها وفديتها .....حيث أن الفصل في مسألة المبلغين المحكوم بهما، الأول من طرف المحكمة والثاني من طرف المجلس، تبقى مسألة قانونية هي من أسباب الطعن بالنقض وليس توضيح مدلولها".

وبهذا الشكل يكون المجلس القضائي قد فصل في النزاع بين الزوجين بأن ألزمت الزوجة بمبلغين يعكس كل واحد منهما أساسين قانونيين متباينين ،الأول يعكس حالة الطلاق قبل البناء وأساسه المادة 16 من قانون الاسرة و الثاني متعلق بنص المادة 54 من نفس القانون، إلا أن الاعتماد على الأساسين يعكس عدم تحكم القضاء في مفهوم كل منهما

[1] - ملف رقم 0952658 مؤرخ في 2014/07/10 مجلة المحكمة العليا. العدد الثاني 2014.

[2] - قرار صادر عن غرفة شؤون الأسرة بتاريخ 2012/06/21 غير منشور.

والحالات الخاصة بكل منهما، فلم يميز بين التطليق قبل البناء الذي تبادر إليه الزوجة والطلاق قبل البناء الذي يبادر إليه الزوج، وبالتالي اعتبر المجلس أن فك الرابطة الزوجية قبل البناء يعني استحقاق الزوجة لنصف الصداق والتزامها برد نصفه في كل الحالات ومهما كانت أسبابه بالإضافة إلى الخلع المعروفة أحكامه.

حيث يبدو جليا عدم تمكن المجلس من التوفيق بين أحكام المادة 16 والمادة 54 من قانون الأسرة إلى حد القول بتطبيقهما على نفس الحالة ودعوة الأطراف إلى مناقشة هذه المسألة القانونية على مستوى المحكمة العليا وكأنه يرغب في بسط المحكمة العليا لرقابتها عليه وتوجيه القضاء إلى الحل القانوني الذي يكفل التوفيق بين أحكام الطلاق والتطليق قبل الدخول وتبعات ذلك على الصداق والعدة.

للأسف لم يطعن بالنقض في قرار المجلس ولكنه يبقى مثالا على تنوع وتضارب التطبيقات القضائية في شأن أحكام التطليق قبل البناء ما يعكس جدية المشكلة وضرورة تدخل المشرع لمعالجتها بشكل واضح وصريح.

هـ- الزوجة تستحق كل الصداق مع التعويض:

هناك حالات يكون فيها لطلب الزوجة قبل البناء مبرراته القانونية والشرعية فتكون مستحقة بالاحتفاظ بالصداق كاملا لأنه مهرا وهو من حقها باعتباره أحد شروط صحة العقد، أما عن طلب التطليق فهو مؤسس على أحد الأسباب المذكورة بالمادة 53 من قانون الأسرة ،ما يجعلها بالضرورة الطرف المتضرر من هذا الطلاق الذي اضطرت إلى المطالبة به، بل تستحق تعويضا إضافيا متى ثبت الضرر وهو الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1999/03/16، حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون".[1]

وعليه فطالما ثبت السبب الشرعي في طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء من قبل الزوجة لا يمكن إلزامها في المقابل برد كل الصداق لأن ذلك تطبيق لأحكام الخلع وليس التطليق كما لا تلزم قانونا برد نصفه لأن في ذلك تطبيق لأحكام الطلاق قبل البناء الذي يكون بمبادرة من الزوج وليس الزوجة، وإنما تحتفظ بكامل الصداق باعتباره حقا ناتجا عن زواج صحيح وليس عليها الافتداء به مقابل تطليقها.

أما التعويض فهو نظام آخر متعلق أساسا بثبوت الضرر ومسؤولية المتسبب فيه، حيث قرره المشرع الجزائري حقا للزوجة في حال التطليق للضرر طبقا للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة أو تعسف الزوج في الطلاق طبقا للمادة 52 أو لأحد الزوجين في حال تعسف الآخر طبقا للمادة 55 من نفس القانون.

و- استحقاق الزوجة لنصف الصداق حتى في حال كان العدول من جانبها:

[1] قرار رقم 96801 .بتاريخ 1999/03/16 مجلة الاجتهاد الفضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص. 1999 المحكمة العليا .الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 ص264 .

هناك اتجاه يذهب إلى القول باستحقاق الزوجة المطلقة لنصف الصداق سواء أكان طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء بمبادرة من الزوج أو الزوجة، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/10/16 أن : من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 من قانون الاسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أن العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة رغم أن عقد الزواج قد تم بين الطرفين ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون [1].

وبهذا القرار يتضح جليا أن المحكمة العليا أسقطت حكم الطلاق قبل البناء على التطليق قبل البناء ولم تعر أهمية للطرف الذي عدل عن الزواج وكأنها قاعدة تلزم الحالتين.

يمكن ملاحظة التباين الكبير بين الاحكام القضائية في الفصل في أحكام فك الرابطة الزوجية قبل البناء سواء ما تعلق بأساس الحق أو الاثار المترتبة عنه، خاصة ما تعلق بالصداق أو نصفه ما يجرنا للبحث عنه في أحكام الشريعة الإسلامية في الجزء الثاني من هذا المقال.

2- التطليق قبل البناء في الشريعة الإسلامية:

قبل الخوض في تحليل جواز التطليق قبل البناء وأحكامه في الشريعة الإسلامية وجب بداية التعريف بأنواع الطلاق فيها؛ حيث يحق للزوج فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة دون وجوب تبرير ذلك وينجر عنه نفاذ الطلاق الذي يأخذ ثلاثة صور؛ رجعي أو بائن بينونة صغرى بعد نفاذ مدة العدة دون إمساك أو بائن بينونة كبرى بعد الطلقة الثالثة وتستحق فيها المطلقة نفقة العدة والسكن والمتعة مع احتفاظها بصداقها. مصداقا لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا" [2] ، وقوله تعالى : " وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا " [3] وقوله تعالى: "وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " [4].

كما قد يكون الطلاق قبل البناء وفي هذه الحالة تستحق الزوجة المطلقة نصف الصداق مثلما تملك إسقاطه عنه إن لم تكن قبضته أصلاً أو أن يعفيها هو عن إرجاع النصف الآخر عفواً وفضلاً منه وذلك لقوله تعالى: " وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ [5].

[1] قرار رقم 96801 بتاريخ 1993/10/16 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001

[2] سورة الطلاق الآية 1

[3] سورة النساء الآية 20

[4] سورة البقرة الآية 241.

[5] سورة البقرة الآية 237.

فالآية الكريمة تبين أن الطلاق جائز قبل البناء على نصف الصداق أو كله أو دونه متى تراضا على ذلك، كما أن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا "[1].

فلم يفرض على من طلقت قبل الدخول العدة وهذا دليل انتهاء عقد النكاح وزواله ورفعه في الحال.

كما يمكن أن يكون الطلاق بتراضي الزوجين لقوله تعالى: "..... فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا....."[2].

2-1 مشروعية التطليق قبل البناء:

هذا وقد شرع أيضاً للزوجة حل رابطة الزواج، فأباح لها أن تفتدي نفسها منه برد ما دفعه الزوج لها من مهر، قال تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آَتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ" [3].

فجملة ذلك أن الشارع منح للرجل الطلاق مطلقاً من غير حاجة إلى القضاء، وأعطى المرأة حق التطليق أو التفريق بشرط القضاء، قال ابن رشد رحمه الله: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل.[4]

2-1-1 الخلع وأحكامه:

الخلع هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمالٍ تدفعه إليه ليتخلى عنها لقوله تعالى: " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ..."[5].

والخلع جائز إذا استوفى شروطه، لقوله ﷺ لامرأة ثابت بن قيس وقد جاءته تقول عن زوجها: يا رسول الله ثابت ابن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: " أتريدين عليه حديقته؟ قالت نعم ،قال رسول الله ﷺ " اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة".[6]

والخلع لغة مأخوذ من خلع الثوب إذا أزاله، وفي طلاق المرأة مجازاً لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس لها، قال الله تعالى: " ...هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ..."[7].

قال ابن رشد الحفيد: " واسم الخلع والفدية والمباراة كلها تؤول إلى معنى واحد، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها، والصلح ببعضه والفدية بأكثر والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه.[1]

---

[1] سورة الأحزاب الآية 49

[2] سورة البقرة الآية 233.

[3] سورة البقرة الآية 229

[4] - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2004، ج 3، ص90.

[5] سورة البقرة الآية 229

6 - أخرجه الامام البخاري في الصحيح ، رقم الحديث: 5273

[7] سورة البقرة الآية 229

من شروطه:

1 – أن يكون البغض من الزوجة فإن كان الزوج هو الكاره فليس له أن يأخذ منها فدية وإنما عليه أن يصبر عليها أو يطلقها إن خاف ضررا.

2 – ألا يطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر، تخاف معها ألا تقيم حدود الله تعالى في نفسها أو في حقوق زوجها.

3- ألا يتعمد الزوج أذية الزوجة حتى تخالع نفسها منه، فإن فعل فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا أبدا، وهو عاصٍ.

وأما أحكامه فهي:

1 – يستحب ألا يأخذ منها أكثر مما مهرها به.

2 – إن كان الخلع بلفظ الخلع اعتدت المخالعة بحيضة واحدة كالمستبرأة لأمره ﷺ امرأة ثابت أن تعتد بحيضة، وإن كان بلفظ الطلاق فإن الجمهور على أنه تعتد بثلاثة قروء.

3 – لا يملك المخالع مراجعتها في العدة لأنه ينفذ طلاقا بائنا فلو أراد مراجعتها لا تحل له إلا بعد عقد جديد.[2]

2-1-2 مشروعية التطليق

قد تتحقق أسباب أخرى تدعو إلى التفرقة بين الزوجين بطلب من الزوجة حيث أعطى الشارع الحكيم للمرأة في طلب فك رابطة الزواج بواسطة القضاء، فيجوز للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب الإيلاء أو الظهار أو اللعان أو بسبب الضرر، أو الخلع، أو للعيوب المانعة من الاستمتاع أو بسبب إسلام أحد الزوجين أو ردته، أو التفريق لفقدان الزوج أو عدم الانفاق.

يقول الإمام الإبراهيمي .....العصمة بيد الزوج.....وهو حق في أصل الشريعة ولكن الإسلام لا يعطي هذه الحقوق أو هذه الامتيازات إلَّا للمسلم الصحيح الإسلام القوي الإيمان، فهو يكل إليه عهدا ويستحفظه على أمانة، اعتمادا على رشده وثقة بإيمانه.....إن عقدة الزواج عقدة مؤكدة يحافظ عليها الأحرار ويتلاعب بها الفجار، وإن العصمة امتياز لرجالكم، مالم تطغوا فيه، فإذا طغيتم فيه وجردتم عن القصد، انتزع القضاء الإسلامي العادل".[3]

وأسباب التطليق في الشريعة الإسلامية كثيرة منها التطليق لعدم الإنفاق لمذهب المالكية أن للمرأة الخيار بين البقاء مع زوجها المعسر أو تطلب التفريق واستدل بالآية: " فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ "[4] ، وقوله تعالى: " ... وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا.... "[5].

يمكن أن تكون الغيبة الطويلة سببا في طلب التطليق أيضاً فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة تخشى معها الفتنة على نفسها والضرر ضرراً شديداً جاز لها طلب التفريق، وحد الغيبة عند مالك سنة فأكثر، فإذا مضت هذه المدة فلها أن تطلب التفريق للضرر من الغياب ولو ترك لها مالا.[1]

---

[1] - ابن رشد بداية المجتهد ، المرجع السايق، ج 3، ص89.

[2] - عن الشيخ علي احمد عبد العال الطهطاوي المرجع السايق ص 13.

[3] - الإبراهيمي، آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، تقديم وجمع نحله أحمد طالب الابراهيمي، دار الغرب الاسلامي،بيروت، ط 1، 1997، ج3، ص 299.

[4] سورة البقرة الآية 229

[5] سورة البقرة الآية 231

التطليق جائز أيضاً بسبب فقد الزوج وأسره، والمفقود هو من جهلت حياته من موته يضرب لامرأته أربع سنين من يوم رفع أمرها إلى القاضي فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته وجهل ذلك، ضرب لها القاضي الأجل فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحلت للزواج.[2]

التطليق مشروع أيضاً للعيوب الموجبة للتفريق ومنها الجنون، الجذام والبرص وغيرها من الأمراض والعيوب التي قد تصيب الرجل أو المرأة بحيث تحول دون ممارسة حياة طبيعية لا خطر فيها للواحد على الآخر ولا تحول دون العشرة بينهما وقد توسع المذهب الحنبلي في ذكر العيوب الموجبة لخيار التفريق منها بخر الفم واستطلاق البول وعللوا ذلك بمنع الاستمتاع المقصود.[3]

يمكن أيضاً التفريق بين الزوجين للضرر وسوء المعاشرة، كهجرة الزوج زوجته بلا موجب شرعي وضربها وسبها وسب أهلها وحبسها ومنع زيارتها وكل ما يضيق عليها ويسيء عشرتها.

والتطليق للضرر هو طلاق بائن إعمالا لقاعدة كل طلاق يوقعه القاضي فهو طلاق بائن.

2-2 أحكام التطليق قبل البناء:

القاعدة أنه لا يقع الطلاق قبل النكاح، أي نفي اللزوم والنفوذ، فلا طلاق قبل النكاح والمراد بالنكاح "عقد النكاح" وهو عقد الزواج وليس الدخول أو البناء مصداقا لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا "[4].

وتعتبر المرأة زوجة بالعقد دخل بها أم لم يدخل، فتجري عليها أحكام الطلاق من حيث العقد، ويجوز بالتالي أن يطلقها زوجها قبل الدخول بها، كما يجوز لها أيضاً أن تخالعه أو أن تطلب التطليق منه قبل البناء إلا أن أحكام التطليق قبل البناء خلعا أو بأمر القاضي يخضع لقواعد وآثار أخرى تختلف عن أحكام الطلاق وآثاره وهذا لكون العصمة بيد الزوج، كما أن توقيع أحكام التطليق من جانب الزوجة يحتم علينا التفصيل في أحكام الخلع وآثاره وتمييز ما يصلح تطبيقه على المدخول بها من غيره.

2-2-1 بالنسبة للخلع قبل البناء:

اختلف العلماء في الخلع هل هو طلاق أو فسخ؛ فروي عن عثمان وعلي وابن مسعود وجماعة من التابعي: هو طلاق وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليه، فمن نوى بالخلع طليقتين أو ثلاثاً لزمه ذلك عند مالك وقال أصحاب الرأي : إذا نوى ثلاثا كان ثلاثاً وإن نوى اثنين فهو واحد بائنة، وقال الشافعي في أحد قوليه: إن نوى بالخلع طلاقا وسماه فهو طلاق وإن لم ينو طلاقاً ولا سمى لم تقع فرقة. وقال أبو ثور إذا لم يسم الطلاق فالخلع فرقة وليس بطلاق.

وقال ابن عباس: فمن طلق امرأته تطليقتين ثم خالعها ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك وإن لم تنكح زوجا غيره، لأن ليس له غير طلقتين والخلع لغو ومن جعل الخلع طلاقا قال: لم يجز أن يرتجعها حتى تنكح زوجا غيره، لأنه بالخلع كملت

---

[1] - الحطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر، ط 3، 1992، ج4ص156.

[2] - ابن رشد بداية المجتهد ، المرجع السايق، ج 3، ص75.

[3] - البهوتي: كشاف القناع عن الاقناع، الناشر وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط1، 2008، ج 11، ص107.

[4] **سورة الأحزاب الآية 49**

الثلاث وهو الرأي الغالب. قال القاضي إسماعيل بن إسحاق: كيف يجوز القول في رجل قالت له امرأته طلقني على مال، فطلقها إنه لا يكون طلاقاً وهو لو جعل أمرها بيدها من غير شيء فطلقت نفسها كان طلاقاً.[1]

معرفة طبيعة الخلع أهو طلاق أم لا مهمة جداً لجواز إسقاط أحكام الطلاق عليه من عدمه، فهناك من اعتبر الخلع بمثابة طلاق ويأخذ حكمه فتستحق بالتالي المطلقة نصف الصداق عند الطلاق قبل البناء، فكون الزوجة المختلعة لم تستلم الصداق برمته ولا نصفه فإن العوض في الخلع هو إعفاء الزوج من نصف الصداق، لأن نصف الصداق دين على الزوج لزوجته، وبالتالي فإن القاضي يحكم بالخلع مقابل إبراء الزوج من ذلك الدين أو إسقاطه عنه، لأن الخلع قبل الدخول يسقط نصف الصداق.[2]

الواقع أن هذا الحكم يستدعي الوقوف عنده وتحليله لأنه حكم ربما من المبكر التسليم بصحته خاصة وانه اعتمد على نص المادة 16 من قانون الاسرة المتعلق بالطلاق قبل البناء وليس التطليق قبل البناء، كما استدل على راي الأستاذ بدران أبو العينين الذي قال:" الخلع على المهر قبل الدخول أو بعده، فاذا كان المهر غير مقبوض سقط عن الزوج وان كان مقبوضا ردته على الزوج" وهو قول لم يرد فيه الإشارة الى نصف الصداق أبدا.

وعليه فان المسالة تحتاج الى التفصيل والعودة الى أحكام الخلع وشروطه واثاره على الطرفين وحكم بدل الخلع بالنسبة الى الصداق أو بديل الخلع الذي يمكن أن يكون أقل أو أكثر من المهر وحكم تمسك الزوج بذلك البدل أو إكراه الزوجة على إرجاع الصداق حتى تفتدي به لنفسها.

إذا كان من شروط الخلع وأحكامه ألا يجوز للزوج أن يأخذ منها فدية إن كان هو الكاره لها، فلا يجوز له مطالبة الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر تخاف فيها الا تقيم حدود الله في نفسها، فان تعمد الزوج أذية الزوجة حتى تخالعه فلا يحل له أن يأخذ منها شيئا أبدا فان فعل فهو عاص، لقوله تعالى:" وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ".[3].

ففي الآية الكريمة خطاب للأزواج تنهوا من أن يأخذوا من أزواجهم شيئا على وجه المضارة وهذا هو الخلع الذي لا يصح إلا بالا ينفرد الرجل بالضرر وهو قول الجمهور على ان اخذ الفدية على الطلاق جائز وأجمعوا على حضر أخذ مالها الا ان يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها[4] ،وعليه فالآية الكريمة تحرم على الرجل أخذ مال الزوجة إن كان الضرر من جانبه ، فالخلع يكون من جانب الزوجة التي لا تعيب على زوجها شيء لقوله ﷺ لامرأة ثابت بن قيس وقد جاءته تقول عن زوجها: يا رسول الله ثابت ابن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام، فقال رسول الله صل الله عليه وسلم: " أتريدين عليه حديقته؟ قالت نعم ،قال رسول الله ﷺ " اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحد".[5]

2-2-2 بالنسبة للتطليق قبل البناء:

[1] - الشيخ علي احمد عبد العال الطهطاوي المرجع السابق ص 21.

[2] - لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دار هومه للطباعة والشر والتوزيع الجزائر 2013 ص 178.

[3] **سورة البقرة الآية 229**

[4] الشيخ علي احمد عبد العال الطهطاوي المرجع نفسه ص15

[5] - أخرجه الامام البخاري في الصحيح ، رقم الحديث: 5273

[5] **سورة البقرة الآية 229**

إذا كان الزوج هو المتسبب في احداث الضرر لدفع الزوجة للعدول عن الزواج وطلب الخلع منه قصد رد الصداق المدفوع اليها أو إبرائه منه طمعا فيه واضرارا لها كأن تتوفر أسباب التطليق المعروفة كالغيبة لأكثر من سنة وأحيانا لسنوات فيذر زوجته كالمعلقة أو يقع هو في فاحشة مبينة أو إهانتها أو ضربها أو كل ضرر معتبر شرعا، فالأصل أنه لا يحل له اخذ مالها بصريح نص الآية 229 من سورة البقرة.

ومتى اتفق الفقهاء على ان ليس للزوج اخذ مال الزوجة ظلما وبهتانا كثمن افتداء نفسها منه متى كان هو سبب الشقاق بعد الدخول فقد اختلفوا من حيث نفاذ احكام الخلع من عدم نفاذه، وحكى ابن المنذر عن النعمان انه قال: اذا جاء الظلم والنشوز وفساد العشرة من قبله (الزوج) وخالعته (الزوجة) فهو جائز ماض وهو آثم ولا يحل له ما صنع ولا يجبر على رد ما اخذ. وقال ابن المنذر: وهذا من قوله خلاف ظاهر كتاب الله تعالى وخلاف الخبر الثابت عن النبي صلى الله علبه وسلم وخلاف ما أجمع عليه اهل العلم من ذلك [1] وهو بذلك لا يوافقه الراي.

و اذا سلمنا جدلا بخطأ الرأي الذي قال بنفاذ الخلع رغم انه لا يحل له ما صنع فالأولى ان يرد عليها ما اخذ منها ،قال مالك :لم ازل اسمع ذلك من اهل العلم وهو الامر المتفق عليه عندنا وهو ان الرجل اذا لم يضر بالمرأة و لم يسئ اليها و لم يؤت من قبله واحبت فراقه فانه يحل له ان يأخذ منها كل ما افتدت به، كما فعل النبي صل الله عليه و سلم في امرأة ثابت ، وان كان النشوز من قبله يضيق عليها و يضرها رد عليها ما اخذ منها.[2]هذا يعني نفاذ الخلع ووجوب رد المال الى الزوجة التي افتدت به، أي نفاذ الخلع بدون مقابل .

وطالما جازت التفرقة بين الزوجين بدون مقابل متى ثبت اضرار الزوج بزوجته فالأولى الا يطبق الخلع كسبيل لهذه التفرقة وانما التطليق للضرر، ذلك لان الخلع يقتضي ان تفتدي الزوجة لنفسها بمال فان لم يكن ببدل لم يكن خلعا، فحق لها طلب التفرقة للضرر متى ثبت دون حاجة للخلع الذي يكون أول شروطه ان يكون البغض من الزوجة والا يتعمد الزوج أذيتها، فان كان كارها لها فعليه ان يصبر عليها أو يطلقها ان خاف ضررا والا أن يأخذ بعض مالها أو كل الصداق أو صداق المثل لعدم جوازه بصريح الآية 229 من سورة البقرة.

أما إن كان طلب الخلع من طرف الزوجة قبل البناء وتوفرت كل شروطه، كأن يكون البغض من الزوجة دون الزوج وتخاف فيها الا تقيم حدود الله ولم يتعمد الزوج اذيتها ردت عليه الصداق مثل ما جاء في المنتقي شرح الموطأ للإمام مالك الباجي ما يلي:" ولو خلعها قبل البناء على دار أو ثوب أو عبد وكان قد أصدقها مائة دينار قبضتها او لم تقبضها، فانه ترد المائة..."[3]

إذا كان حكم الخلع ينطبق على الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها فان الخلاف في نفاذه من عدمه على الحالة التي يتسبب فيها الزوج بإضرار زوجته ودفعها الى طلب الخلع قائم ،فالزوجة التي تطول مدة زواجها دون دخول لأشهر وربما لسنوات أو الغيبة لأكثر من سنة أو إعادة الزواج أو الإهانة وربما الضرب أو قيامه بفاحشة مبينة وغيرها من الأسباب الشرعية التي تستحق فيها الزوجة طلب التطليق للضرر، فهل تلزم برد الصداق المدفوع اليها لتفتدي به نفسها

[1] الشيخ علي احمد عبد العال الطهطاوي نفس المرجع والصفحة

[2] القرطبي .الجامع لأحكام القرآن تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1964، ج3، ص139.

[3]الامام الباجي. المنتقي .الجزء الرابع ص 65-66 مشار اليه في مؤلف لحسن ين شيخ آث ملويا المرجع السابق ص 240

حتى تتحلل من عقدة الزواج هذه ونكون أمام تطبيق أحكام الخلع الذي أجمع العلماء عدم جواز أخذ الزوج من مالها متى كان الضرر من جانبه، وأنه يصح أن تطلق للضرر قبل البناء فلا ترد منه شيئا.

ويزيد بعض الفقهاء في تعقيد المسألة حين ذهب بعضهم الى القول بأكثر من ذلك، حيث يقول الامام نصر الدين السامري:" وإذا كان الخلع قبل الدخول رجع اليه نصف المهر مع عوض الخلع، فان كانت قد قبضت المهر رجع عليها بنصفه وان لم تكن قبضته سقط عنه نصفه واعطاها الباقي وأخذ مال الخلع".[1]

انطلاقا من مبدأ جواز طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء وعدم جواز اكراه الواحد على معاشرة الاخر متى تحققت أسباب الفرقة سواء من جانب الزوج او الزوجة وقررنا بحق الزوجة في طلب التفرقة بينهما خلعا أو تطليقا، خلعا بأن ترد الزوجة للزوج المهر المدفوع اليها المسمى إن كانت قبضته منه أو إبراءها له متى لم تتسلمه دون زيادة، فلا يضار أحدهما من هذا العقد، فانه متى توافرت للزوجة أسباب جدية تسبب فيها الزوج وكانت الدافعة الى طلب التطليق للضرر فلا يجب عليها شيء بحيث تطبق في هذه الحالة أحكام التطليق لا الخلع، فهي لا تلزم بإفتداء نفسها بمال وانما تلزم بتبرير طلب التفرقة واثباتها، فلا تضار ولا يكون عليها تحمل مسؤولية خطأ الزوج في إفساد مشروع الزواج وتحمل أذية الفرقة وتزيد عنها بتحمل مشاق رد قيمة الصداق أو بدله، خاصة إن كان صرف في تجهيز وتحضير دخولها .بل قد يوجب لها التعويض عن الضرر متى كان ثابتا وبسبب تصرف الزوج مثل طول مدة الغيبة بدون عذر أو إعادة الزواج او ارتكاب فاحشة مبينة. فإن ثبت استحقاقها للتعويض المالي عن الضرر الثابت الذي تسبب فيه الزوج كان الأولى ألا تتحمل عناء رد قيمة الصداق وإنما الاحتفاظ به، إما باعتباره حقها شرعا لا يجوز للزوج أن يأكل منه ظلما وبهتانا بالإضافة الى التعويض عن الضرر اللاحق بها الناتج عن التطليق الذي اضطرت للمطالبة به، أو على الأقل اعتبار المهر تعويضا لها عنه.

ولعل خير دليل على مشروعية احتفاظ الزوجة المطلقة قبل البناء بكامل الصداق في حال تقدير تضررها هي من هذه الفرقة وتسبب الزوج فيها هي فتح الشارع باب العفو عن الصداق كاملا لصالح الزوجة في حال الطلاق قبل البناء متى قدر الزوج أنه هو المتسبب في تلك الفرقة أو تنازل الزوجة أو وليها عن الصداق كاملا لفائدة الزوج متى قدرت الزوجة أنها هي المتسببة في هذه الفرقة وعليها تحمل مسؤوليتها، فتعفو هي أو وليها أو يعفو الزوج تحقيقا لهذه الغاية، فلا يكون حكم استحقاق نصف الصداق ثابتا في حق كليهما إلا في حال رمى كلاهما المسؤولية على الاخر فيتقاسمان الأعباء بينهما، فلا يضار كلاهما بأكثر مما تضرر الاخر ، أما متى ثبت أن سبب التفرقة غير الزوج فان احكام الخلع هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة والله أعلم.

خاتمة:

من خلال تحليل موضوع التطليق قبل البناء والوقوف على تباين الاحكام القضائية والفقهية في مسألة استحقاق الزوجة غير المدخول بها لطلب التطليق خلعا أو للضرر وآثار ذلك على الذمة المالية لكليهما من صداق ونفقة متعة وتعويض عن الضرر، يمكن تلخيص نتائجها في النقاط التالية:

[1] الامام نصر الدين محمد عبد الله السامري الحنبلي. المستوعب. دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط2، ، ج2 مكتبة الاسدي 2003مكة المكرة ،ص173.

1- المبدأ أنه لا يمكن إجبار الزوجة على إتمام إجراءات الزواج.

2- أن حق الزوجة في طلب فك الرابطة الزوجية قبل البناء أو بعده ثابت.

3- أن للزوجة طلب الخلع قبل البناء إن كان العدول من جانبها ولم تكن تعيب على الزوج شيء التزمت برد الصداق كاملا أو صداق المثل.

4- أن للزوجة طلب التطليق قبل البناء متى توافرت أسبابه دون الالتزام برد الصداق كاملا ولا نصفه لأنه حق لها عن عقد القران ولم تتسبب هي في تحقق أسباب التطليق بل الزوج.

5- للزوجة طلب التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق للضرر بالإضافة الى احتفاظها بكامل الصداق.

6- لا حرج في تنازل أحد الزوجين للآخر عن الصداق كله أو نصفه في حال الطلاق أو التطليق قبل البناء فظلا بينهما.

كما يحق الإشارة بأنه يجدر بالمشرع الجزائري التدخل بوضع نص صريح يفصل في الاشكال المتعلق بالتطليق قبل البناء ويوضح تبني المشرع لحق الزوجة في التطليق قبل البناء وأنواعه وكذا الآثار القانونية له على العقد والعدة والصداق والمتعة والتعويض إن وجب، بشكل مفصل ينهي به الخلاف ويؤسس لقضاء أكثر وضوحا وتحكما في هذه المسألة الخاصة.

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الاسرة.
- لحسين بن شيخ آث ملويا" رسالة في طلاق الخلع" دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة. دار هومه. بدون عدد الطبعة – الجزائر2013.
- الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي" تنبيه الانوار بأحكام الخلع والطلاق والظهار" منشورات محمد علي بيضون – دار الكتب العلمية. الطبعة الاولى2002 بيروت لبنان.
- الأستاذ فضيل سعد " شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق. الجزء الأول بدون عدد طبعة ولا سنة ، المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر
- يعقوبي عبد الرزاق " قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد. دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- دون عدد الطبعة سنة 2018
- المجلة القضائية للمحكمة العليا الاعداد: عدد خاص باجتهاد المحكمة العليا في مسائل شؤون الاسرة 2001 ، العدد الثاني 2006 ، العدد الأول 2008 ،العدد الثاني 2014 .
- ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2004، ج 3.

- الإبراهيمي، آثار الإمام محمد البشير الإبراهيمي، تقديم وجمع نحله أحمد طالب الابراهيمي، ج3 ،دار الغرب الاسلامي،بيروت، ط 1، 1997.
- محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح الامام البخاري، دار ابن كثير بيروت لبنان 1 يناير 2018.
- البهوتي: كشاف القناع عن الاقناع، الناشر وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، ط1، 2008، ج 11 .
- الحطاب. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، دار الفكر، ج4 ،ط 3، 1992 .
- القرطبي .الجامع لأحكام القرآن تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية، القاهرة، ج3 ،ط 2، 1964.
- الامام الباجي. المنتقي .الجزء الرابع ص 65-66 مشار اليه في مؤلف لحسن ين شيخ آث ملويا المرجع السابق
- الامام نصر الدين محمد عبد الله السامري الحنبلي. المستوعب. دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ج2 ،ط2،مكتبة الاسدي 2003 مكة المكرة.