

جامعة الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دروس في مادة قانون الأسرة الجزائري

مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق L.M.D

إعداد الدكتور:

جمال غريسي

المحور الأول: الخطبة

الدرس الأول: مفاهيم أساسية حول الخطبة

أولاً: تعريف الخطبة شرعا وقانونا

1-تعريف الخطبة شرعا

لغة: فالخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها-أي الخطبة- فهي الكلام الذي يلقي، ويقال خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة وخطبة، أي ألقى عليهم خطبة، وخطب فلان خطبة طلبها للزواج، ويقال: خطبها إلى أهلها طلبها منهم للزواج.

اصطلاحاً: هي اظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة واعلام المرأة أو وليها بذلك.

2- تعريف الخطبة قانونا

جاء في المادة الخامسة (5) من قانون الأسرة الجزائري أن: "الخطبة وعد بالزواج"، يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة، ولكنه اكتفى ببيان طبيعتها القانونية.

ثانيا: مشروعية الخطبة

-القرآن الكريم: قوله تعالى: "وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ" (سورة البقرة، الآية 235).

وقوله تعالى: " قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَنْكِحَكَ إِخْدَى ابْنَتِي هَتَيْسَ " (سورة القصص، الآية 27).

السنة النبوية: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إِذَا جَاءَكُمْ مِنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَأَنْكِحُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَظِيمٌ".

ثالثا: شروط الخطبة

1- الشروط الواجبة للخطبة

أ- أن لا تكون المرأة من المحرمات على الخاطب: والمحرمات نوعين وهما:

-**المحرمات المؤبدات:** والمقصود بها حرمة المرأة على الشخص مدى الحياة، وهذا كالمحرمات بالنسب أو بالرضاع أو بالمصاهرة، حيث يعتبر الزواج بمن ممنوع شرعا وعليه كانت خطبتهن أيضا غير جائزة باعتبار الخطبة من مقدمات عقد الزواج.

-**المحرمات المؤقتات:** والمقصود بهذه المحرمات هي حرمان الشخص بالزواج بمن لمدة زمنية لوجود المانع الشرعي، وإذا زال المانع لأي سبب من الأسباب تزول كذلك هذه الحرمة.

وأصناف هذه الحرمة كثيرة، كالمحصنة والمعتدة والمطلقة ثلاث والجمع بين الأختين، والمشاركة.

ب- **أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير:** نهت الشريعة الإسلامية خطبة الرجل على خطبة أخيه إذا تم الموافقة والقبول بين الخطيبين، وذلك لمنع التعادي والتباغض بين الناس، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله -صلي الله عليه وسلم - قال: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه، إلا بإذنه". (رواه أحمد بن حنبل في مسنده).

2- الشروط المستحبة للخطبة

الشريعة الإسلامية وضعت شروط مستحبة وبينت مقاييس للحصول على الزوجة الصالحة التي يمكن للإنسان أن يجد معها المودة والراحة والسكينة، وهذه الشروط هي:

أ- **أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق:** على الرجل أن يبحث على المرأة المتدينة العفيفة المتخلقة الطاهرة، وأن لا يندفع وراء المرأة ذات الجاه والجمال والمال، فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "تُنكحُ المرأةُ لأربعٍ: لِمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا وَوَلَدِهَا، فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ ، تَرَبَّتْ يَدَاكَ".

ب- **أن تكون المرأة المخطوبة بكرًا:** وهذا لأن الفتيات الأبقار تتوثق بمن الصلة وتدوم معهن العشرة لأنهن أعذب أفواها وأنتق أرحاما كما أخبر بذلك سيد الخلق صلى الله عليه وسلم بقوله: "عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ، فَإِنَّهُنَّ أَعْدَبُ أَفْوَاهًا، وَأَنْتَقَى أَرْحَامًا، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ". (رواه ابن ماجه في سننه).

وهذا لا يعني أن لا يتزوج الإنسان المرأة الثيب، حيث إذا اقتضت ظروف الحال أن يتزوج بها فلا ضير في زواجه، كمن توفيت له زوجته وعنده أولادا، أو يكون قد كبر في السن.

ج- **أن تكون المرأة المخطوبة من البعيدات عن الخاطب:** لأن في زواج كهذا تقل الصفات المتشابهة بين الخطيبين، بل الغالب أن تكون مختلفة، حيث تمتاز هذه الصفات فتنتج بها ثمارا أكثر اعتدالا.

وبالعكس لو كان الزوجان من الأقارب، حيث الأوصاف المتشابهة مما يؤدي إلى التطرف في إحدى الأمرين إما الحسن أو القبح.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية ناصحة بعدم الزواج من الأقارب فقال صلى الله عليه وسلم: " لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويًا ". أي نحيقًا لضعف الشهوة.

د- أن تكون المخطوبة من أسرة ذات أخلاق وشرف: وذلك لما للأسرة من تأثير على أخلاق المرأة باعتبارها الأساس الأول في التربية، فإذا كانت الأسرة تتصف بالأخلاق والشرف والتربية فإن ذلك يظهر جليا في تصرفات وطباع أبنائها.

رابعاً: النظر إلى المخطوبة

لم يتكلم قانون الأسرة الجزائري عن النظر إلى المخطوبة وكيفيته، بل ترك ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للأحاديث النبوية وأقوال الفقهاء.

لقد أباحَت الشريعة الإسلامية للخطاب النظر إلى المخطوبة التي ينوي الزواج بها في حدود شرعية معينة، وهذا ما كان نبي الرحمة صلى الله عليه وسلم يعلم به أصحابه قائلاً للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حينما جاءه فذكر له أنه خطب امرأة فقال له: " اذْهَبْ فَانظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أَوْحَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا » قَالَ: فَذَهَبَ فَانظَرَ إِلَيْهَا فَذَكَرَ مِنْهُ مُوَافَقَتَهَا".

في هذا الحديث دلالة على جواز النظر إلى المخطوبة، حتى إن لم تعجبه عدل عن رغبته وتركها من غير إيذاء، والرسول صلى الله عليه وسلم أراد بذلك التوجيه أن يكون الرجل على علم تام بالتي سيتزوجها، حتى لا ينفر منها ويسيء معاملتها بعد التزوج بها.

ورؤية المخطوبة يتم في حدود الشرع وذلك بالنظر للوجه والكفين لأنهما ليسا بعورة وما يظهر كالقدمين، وما قد يظهر من المرأة عند مجالسة الرجال، دون أن يحدث ذلك في خلوة، بل في جمع من الأسرة وفي جو من الاحترام والاحتشام.

خامساً: طبيعة الخطبة

1- طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخطبة هي وعد بالزواج ولا تكتسي صبغة عقدية، وهذا لأن الشارع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، ومن أدلة ذلك:

- أنه لا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية ولا يثبت بها نسب، ولا يكون ذلك إلا بالعقد.

- أن ما أتيح النظر إليه في الخطبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية.

2- طبيعة الخطبة عند فقهاء القانون:

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للخطبة إلى اتجاهين:

الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة هي عقد وليس وعد بالزواج وهذا بناء على سببين:

- حق الخاطبين في المطالبة بالزواج والتعويض في حال العدول عن الخطبة.
- تتضمن الخطبة التعبير عن إرادتين متطابقتين، حيث تتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج، وقبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة.

الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد بناء على سببين:

- للخاطبين الحرية الشخصية في الاختيار والرضا.
- كون الخطبة فترة اختبار لكل من الخطيبين مجردة من كل تعهد نهائي.

3- طبيعة الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

الخطبة من الناحية القانونية لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنها، لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد، ولا يترتب عليها ما يترتب على العقد من التزامات وأحكام وآثار، بل أقر لها صفتها الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين يجوز العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج وهذا وفقا للمادة (5) من قانون الأسرة التي تنص: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها" فهي ليست زواجا، وإنما مجرد إجراء تمهيدي ووعد بزواج لاحق قانوني.

الدرس الثاني: آثار العدول عن الخطبة

وتظهر آثار العدول عن الخطبة في أمور ثلاثة هي:

أولاً: الأضرار المادية والمعنوية

1- الفقه الإسلامي:

لقد انقسم الفقه الإسلامي المعاصر في مسألة تعويض الأضرار المادية والمعنوية إلى ثلاثة اتجاهات:

-الاتجاه الأول: عدم التعويض

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول في الخطبة سواء كان مادياً أو معنوياً، ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بعدم التعويض لأنه لا يتفق وطبيعة الخطبة، فالمفروض فيه أنه لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد أو فعل ضار، والخطبة ليست بعقد بل هي وعد ولا يترتب عليها أي أثر، ولأنه من المقرر شرعاً أن العدول حق من الحقوق المكفولة للطرفين في وقت لزومه ومشروعيته، ومن المقرر أيضاً طبقاً للقاعدة الفقهية: "الجواز ينافي الضمان" أي أن من يمارس حقاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما يترتب عليه من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية، وبالتالي فلا وجه للمطالبة بتعويض الضرر.

-الاتجاه الثاني: التعويض مطلقاً

يرى أصحاب هذا الاتجاه بوجوب التعويض مطلقاً، حيث يرون أنه إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر فإنه يعوض، وهذا طبقاً للمقرر في الشريعة من حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، والضرر يزال وطريقة إزالته التعويض.

-الاتجاه الثالث: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العدول يستوجب تعويضاً إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يعوض، ويمثل هذا الاتجاه الشيخ محمد أبو زهرة حيث قال: "إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي".

بعد عرض الاتجاهات الفقهية الثلاث في مسألة التعويض عن الضرر عند العدول عن الخطبة، فإن الاتجاه الأول والأجدر بالاتباع هو الاتجاه الثالث القائل بالتعويض للضرر الناشئ عن العادل، لا بمجرد العدول عن الخطبة وهو الذي يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

2- قانون الأسر الجزائري

نصت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض".

من خلال بيان الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد بالزواج، وأن العدول عنها مقرر لكلا الخاطبين، لكونه مباحا وجائز قانونا، ومن ثم فإن التراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته، لأن عقد الزواج مبني على التراضي والمودة، وليس على الاكراه والضغط.

وهذا الجواز في العدول تعارضه الفقرة الثانية من نفس المادة التي رتبت التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تنتج عن العدول ذاته، وهو يتنافى أيضا مع القواعد الفقهية التي تنص على أن "الجواز ينافي الضمان" ويتعارض أيضا مع المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تلزم المتسبب في الضرر بالتعويض.

وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة، بل تصرف أجازته القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية ومعنوية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عند العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي على أساس المسؤولية التقصيرية كسائر الأفعال غير المشروعة الأخرى.

ثانيا: الهدايا

1- الفقه الإسلامي:

لم يتفق فقهاء الشريعة في حكم استرداد الخاطب لهداياها للمخطوبة في حال العدول.

فذهب الحنابلة إلى أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء كانت قائمة أو هالكة، لأن للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة بعد قبضها، إلا الوالد فيما أعطى ولده.

ويرى الشافعية أن للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء أكان الرجوع من الخاطب أو من المخطوبة أو منهما معا، وسواء كانت الهدية باقية أم هالكة بشرط أن تكون الهدية مقدمة لأجل التزوج بها أو به.

ويرى الحنفية بأن ما قدمه من الهدايا يأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة جواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب قائما (كخاتم أو ساعة) فإن له أن يسترده، وإن كان قد هلك أو استهلك أو طرأ عليه تغيير فلا يحق له الاسترداد، وينطبق هذا على الخاطب والمخطوبة.

وذهب المالكية إلى التفرقة بين عدول الخاطب أو المخطوبة، فإذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إليها ولو كان موجودا، وإذا كان العدول من المخطوبة فللخاطب أن يسترد الهدايا سواء كانت قائمة بردها أو استهلك بردها، ما لم يكن شرط أو عرف يقتضي غير هذا فيعمل به، وهذا حتى لا يجمع الخاطب بين أئلين، ألم العدول عنه، وألم ضياع أمواله.

2- قانون الأسرة الجزائري:

أخذ المشرع الجزائري بتفصيل المالكية في مسألة العدول، إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (5) على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

ثالثا: مصير المهر بعد العدول عن الخطبة

أما ما يتعلق بالمهر، فالمعلوم أن المخطوبة ليس لها الحق فيه إلا عند إبرام العقد ويتأكد ذلك بالدخول.

1- الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجب المهر إلا عند العقد أو الدخول، وكذلك أجمعوا على استرداد الخاطب ما دفعه من مهر إلى مخطوبته إن كان موجودا بعينه، أو قيمته إن كان قيميا أو مثله إن كان مثليا، أو بدله إذا ما اشترت به مسوغات أو مجوهرات، دون النظر لمن كان فسخ الخطبة من جهته.

2- قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا تستحقه المرأة إلا بالعقد الصحيح أو الدخول به، أو بوفاة الزوج.

والمشرع لم يتعرض لهذه المسألة لعله يكون قد نظر إلى عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها، وهي أن دفع المهر يكون بعد أو أثناء العقد وليس في مرحلة الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرض لهذه المسألة، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع المهر أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج.

المحور الثاني: الزواج

الدرس الثالث: مفاهيم أساسية حول الزواج

أولاً: مفهوم عقد الزواج شرعاً وقانوناً

1-الفقه الإسلامي:

-تعريفه لغة:

الزواج يعرّف في اللغة بأنه مطلق الاقتران والارتباط، ومنه قوله تعالى: "وَرَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ" (سورة الطور، الآية 18). أي قرناهم بهن، وقوله تعالى: "وَإِذَا التُّفُوسُ زُوِّجَتْ" (سورة التكوير، الآية 7). أي قرنت بأبدانها.

- اصطلاحاً: عرّف عقد الزواج عدة تعاريف من بينها:

"هو عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة، بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك، إذا كانت المرأة غير محرّم بنسب أو رضاع أو صهر".

- وعرفه المالكية بأنه: "عَقْدٌ عَلَى مُجَرَّدِ مُتَعَةٍ التَّلَذُّذِ بِآدَمِيَّةٍ...".

2- تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الزواج هو عقد بين رجل وامرأة يبيح لكل منهما الاتصال بالآخر اتصالاً شرعياً وتكوين أسرة وتعاون في الحياة وإنجاب الولد.

وشبيهه بهذا التعريف نجد نص المادة 4 من قانون الأسرة تعرفه بقولها: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

من هذه المادة نفهم بأنها تضمنت تعريفاً لعقد الزواج واعتبرته عقداً رضائياً، أي مبني على إرادة الطرفين وهما المرأة والرجل، وعبارة الرضائية لم تكن توجد في النص القديم للمادة 4 أعلاه، بل أضافها المشرع في التعديل ليبيّن بأن عقد الزواج مبني أساساً على الرضا وليس على الإكراه أو الجبر، وغايات الزواج نبيلة وتمثل في تكوين أسرة على أساس المودة والرحمة وكذا تضافر جهود الزوجين في القيام بشؤون الأسرة، والاحصان والمحافظة على النسب، فالزوجة

طرف أساسي وشريك للرجل في الحقوق والواجبات، ويتحمل الزوجان مسؤولية رعاية الأسرة وفق مقتضيات هذا القانون.

2- مشروعية الزواج والحكمة منه

أ- مشروعية الزواج

- القرآن الكريم: قوله تعالى: "بَانِكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْبُتٍ وَثَلَاثَ وَرُبْعًا" (سورة النساء، الآية 3). وقوله تعالى: "وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" (سورة الروم، الآية 21).

- السنة النبوية: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة، فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء" (رواه مسلم في صحيحه).

ب- الحكمة من الزواج: تظهر الحكمة من الزواج فيما يلي:

- إعفاف المرء نفسه وزوجه عن الوقوع في الحرام.

- حفظ النوع الإنساني من الزوال والانقراض، بالإنباب والتوالد، وبقاء النسل وحفظ النسب.

- إقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع، وإيجاد التعاون بين أفرادها، فمن المعروف أن الزواج تعاون بين الزوجين لتحمل أعباء الحياة، وعقد مودة وتعاضد بين الجماعات، وتقوية روابط الأسر، وبه يتم الاستعانة على المصالح.

ثانيا: أحكام الزواج في الفقه الإسلامي

الزواج تعثره على المشهور الأحكام الشرعية الخمسة من وجوب وكرامة وندب وإباحة.

وفقهاء المالكية منحوا للنكاح تلك الأحكام نظرا لحال الناكح كالاتي:

1- الوجوب: يكون عند مقدرة الشخص على الانفاق والحشية على نفسه من الزنا أو الوقوع فيه عند عدم الزواج،

ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وحت يكون الزواج واجبا لابد من توفر الشروط التالية:

- أن يخاف على نفسه الزنا أو الوقوع فيه.

- أن يكون عاجزا عن الصيام الذي يكفه عن الزنا، أو يكون قادرا ولكنه لا يكفه عليه.

- أن يكون قادرا على الزواج، والمقدرة هنا تشمل المقدرة على المعاشرة الزوجية من معاملة وجماع، والمقدرة على الصداق والانفاق.

2- الحرمة: وهو الحكم المقابل للوجوب، ويكون إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوج، بأن كان عاجزاً عن تكاليف الزواج، أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى؛ لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام.

3- الكراهة: يكره الزواج إذا خاف الشخص الوقوع في الجور والضرر خوفاً لا يصل إلى مرتبة اليقين إن تزوج، لعجزه عن الإنفاق، أو إساءة العشرة، أو فتور الرغبة في النساء.

4- الندب: وهو الحكم السائد عند الجمهور، وهو عندما لم تكن له رغبة في الزواج مع كونه قادرا على الانفاق ولا يخشى على نفسه الوقوع في الزنا.

5- الاباحة: وهي تكون في حق من ليست له رغبة في النساء مع مقدرته على الانفاق من حلال، ولم يخش به انقطاعه عن فعل الطاعات.

الدرس الرابع: أركان عقد الزواج

إذا كان الرضا ركنا جوهريا في كل العقود، فمن باب أولى أن يكون ذلك في عقد الزواج وهو رباط بالغ الأهمية، ومن ثمة جاءت نصوص الشريعة مؤسسة لركن الرضا، ونص قانون الأسرة الجزائري في المادة الرابعة على أن "الزواج هو عقد رضائي" كما نص في المادة (9) على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

أولاً- ركن الرضا في الفقه الإسلامي:

يعتبر ركن الرضا من الناحية الفقهية هو الركن الوحيد المتفق عليه بين فقهاء الشريعة، فإذا انعدم هذا الركن فلا ينعقد الزواج، أما الأركان الأخرى فنجد فيها اختلافات كثيرة بين الفقهاء.

أما فيما يخص رضا الزوجين، فقد اتفق الفقهاء على اعتبار رضا الزوج هو رضاه لأنه ولي نفسه، وكذا الثيب البالغ، إلا أنهم اختلفوا في اعتبار رضا البكر البالغ، فرأى الحنفية أن الرضا هو رضاها فقط، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط رضا الولي.

وقد استندوا فيما ذكروه على فهمهم للأحاديث، منها قوله صلى الله عليه وسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها"، وقوله أيضا: "لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن".

وذهب أكثر أهل العلم إلى أنه لا يصح عقد زواج البكر البالغ إلا بإذنها تمسكا بالحديث الشريف: "البكر يستأمرها أبوها" وكذا حديث الفتاة الأنصارية التي زوجها أبوها فكرهت ذلك فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها.

أ-الصيغة في عقد الزواج فقها:

الزواج من العقود الثنائية الطرف فتتم بإيجاب وقبول بين طرفي العقد، ولما كان عقد الزواج ذو أهمية بالغة فقد قصد الفقه الإسلامي التضييق في طرق التعبير عن إرادته بيانا ما لهذا العقد من خصوصية وتمييزا له عن سائر العقود. لقد اتفق فقهاء الإسلام على أن لفظي الزواج والنكاح يعقد بما يصاغ منهما لفظا الإيجاب والقبول، لأنهما اللفظان الموضوعان للدلالة على هذا العقد، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن والسنة المطهرة. وزاد المالكية في صياغة انعقاد العقد كل لفظ يدل على التملك كألفاظ المنح والهبة والتمليك بشرط اقتراحها بذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

ورأى الأحناف أن التعبير عن الإرادة في الزواج يكون بكل لفظ يفيد النكاح.

وأما صيغة العقد فيشترط فيها جملة من الشروط، منها أن تكون منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل، أما اشتراط التنجيز فلأن عقد الزواج يترتب عليه آثار في الحال، ولا بد أن تكون الصيغة المستعملة قاطعة في الانشاء في الحال غير منصرفة للمستقبل.

ومن الشروط أيضا أن تدل الصيغة في عقد الزواج على التأيد والدوام، لأن مقتضى العقد حل العشرة ودوامها، ويعني ذلك أن تنجحه إرادة المتعاقدين إلى انشاء عقد الزواج بلفظ يفيد الدوام، ولذلك فإن الفقهاء قد حكموا ببطان نوعين من العقود لتناقضهما مع التأيد والدوام، وهما نكاح المتعة والنكاح المؤقت.

ومن الشروط كذلك اتصال الإيجاب بالقبول وتوافقهما من كل وجه، وأن لا يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

ب-الاشتراط في عقد الزواج فقها:

اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تلائم مقتضى العقد، وعلى بطلان الشروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تخالف أحكام الشريعة، واختلفوا في الشرط الي لا تكون من مقتضى العقد ولا تخالف حكما من أحكام الزواج وفيها منفعة لأحد العاقدين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من دارها أو بلدها.

فالحنا بلة يرون أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها، والحنفية يروا أنها شروط ملغاة والعقد صحيح، والمالكية يقولون أنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها بل يستحب، والشافعية يرون أنها شروط باطلة ويصح الزواج دونها.
أما الشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد أو أحكام الشريعة، فالحنفية يرون أن الشرط لا يفسد العقد وإنما يلغى ويصح العقد، أما الشافعية فيرون أن الشرط الفاسد يفسد العقد، أما المالكية فيقولون أنه يجب فسخ العقد ما دام الرجل لم يدخل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد وألغى الشرط وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل.

ثانياً- ركن الرضا في قانون الأسرة الجزائري

اعتبر المشرع رضا الزوجين هو الركن الوحيد في الزواج، حيث نصت المادة (4) من قانون الأسرة على أن: "الزواج هو عقد رضائي"، ونصت المادة (9) منه على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".
وعليه إذا احتل ركن الرضا يترتب عليه البطلان، وفقاً للفقرة الأولى من المادة 33 التي تنص: "يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا".

ولقد أنهى قانون الأسرة أي دور للولي في مسألة الرضا بغض النظر عن كونه أباً أو جداً أو غيرهما، وهو ما وضحته المادة 11 بنصها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

كما اشترط القانون لزواج القصر وفقاً للمادة (7) من قانون الأسرة إذنا قضائياً، ومتى حصلت عليه فإن القانون يمنع الولي من إجبارها على الزواج، حيث تشترط المادة (13) موافقتها لإبرام الولي زواجها، فتتص على أنه: "لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

أ- الصيغة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

لقد سار المشرع الجزائري وفق مذهب الحنفية في جعل ركن الزواج الإيجاب والقبول المعبر عنهما بالصيغة التي ينشأ بها العقد، وهي الأسلوب الذي يلجأ إليه المتعاقدان للتعبير عن رضاهما بالعقد سواء جرى ذلك بطريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل.

ولقد جاء في نص المادة (10) من قانون الأسرة على مايلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً".

من هذه المادة يفهم من الإيجاب يصدر من أحد الطرفين في عقد الزواج، بمعنى أنه قد يصدر من الرجل أو المرأة، واشترط القانون في الإيجاب والقبول أن يكونا كل منهما بلفظ يفيد معنى النكاح شرعا، وألفاظ النكاح هي النكاح والزواج وما أخذ منهما من الأفعال.

ب- الاشتراط في عقد الزواج قانونا

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، وللمتعاقدين الحق في تعديل العقد وفق ما يريانه مناسباً، لكن قد يشترط أحد المتعاقدين في عقد الزواج ما لا يتناسب مع هذا العقد.

لقد نصت المادة (19) من قانون الأسرة على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يفهم من نص هذه المادة أن المشرع فتح الباب أما الزوجين ليشترطا في عقد الزواج كل شرط يريانه ضرورة، فتحديد الشروط خاضع لإرادة طرفي عقد الزواج، والضرورة التي يشترطان من أجلها خاضعة كذلك لإرادتهما، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، وهو ما نصت عليه المادة (32) من ق.أ.ج على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

والقانون ركز على شرطين هما شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، ولم يكتف القانون بأن تكون الشروط في عقد الزواج، وإنما أجاز لهما أن يشترطا شروطا تتعلق بالزواج بعد انعقاده، وتثبت هذه الشروط في عقد رسمي لاحق لعقد الزواج.

ولقد نصت المادة (35) منه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح"، ومثال ذلك كاشتراط المرأة على الرجل عدم الانجاب بعد الزواج.

ويعتبر المشرع الشرط الذي أذن به القانون في المادة (19) ملزما للمشترط عليه، ومخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا مجيزا لطلب التطليق من الزوجة.

الدرس الخامس: شروط عقد الزواج

أولاً: شرط الأهلية في عقد الزواج

1- شرط الأهلية في الفقه الإسلامي

لم يحدد الفقه الإسلامي سناً معينة للزواج، وربطها بمرحلة البلوغ، وهي تظهر بعلامات طبيعية كالاختلام بالنسبة للفتى والحيض بالنسبة للفتاة، ولقد تم تحديدها إجمالاً بالبلوغ لارتباط سائر التكاليف الشرعية به، استناداً للحديث النبوي الشريف: "رُفِعَ القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل".

ولما كان اشتراط البلوغ إنما وضع كشرط لوجوب التكاليف الشرعية لأنه يصاحبه غالباً نمو عقلي ونضج يؤهل صاحبه لتحمل المسؤولية فيشترط مع البلوغ العقل.

إلا أن أغلبية الفقهاء جوزوا زواج الصغير خاصة في أحوال معينة وقيده بعضهم بشروط، وقد استدلوا بإجازة الشرع على ذلك، بوروده في السنة الفعلية، وهو ما قام به النبي صلى الله عليه وسلم عندما تزوج السيدة عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، حيث قالت عائشة رضي الله عنها: "تَزَوَّجَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَنَا ابْنَةُ سِتِّ سِنِينَ وَدَخَلَ عَلَيَّ، وَأَنَا بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ، وَكُنْتُ أَلْعَبُ بِالْبَنَاتِ".

وجوز الفقهاء زواج الصغير بناء على المصلحة، أو في حالة ما تدعوا إليه الضرورة فلا تفوت بالمنع.

2- شرط الأهلية في قانون الأسرة الجزائري

ويقصد بأهلية الزواج صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، ولقد بينت المادة (7) من قانون الأسرة الجزائري أن سن الزواج لكل من الرجل والمرأة محدد بـ 19 سنة، وهو نفسه سن الرشد المحدد في القانون المدني، إذ تنص المادة (7) من ق.أ.ج على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

وقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 للرجل وسن 18 للمرأة، غير أنه وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين بتمام سن الرشد المدني وهو 19 سنة، وبالتالي أنهى المشرع التناقض الموجود سابقاً، حيث كان يجيز للمرأة الزواج في سن 18 سنة، أي دون سن الرشد في القانون المدني.

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج والمحددة بـ19 سنة فهو منطقي تماشياً مع سن الرشد المدني، وكون هذا السن يقترن عادةً بنضج عقلي ونفسي مؤهل للزواج، كما أنه سمح بالزواج دون السن المحددة كونه راعياً للعادات السائدة في بعض مناطق الوطن، واحتياطاً لبعض الحالات التي قد تكون الضرورة فيها دافعة إلى هذا الإعفاء.

ثانياً- شرط الصداق في عقد الزواج

1-الصداق في الفقه الإسلامي:

أ-تعريف الصداق: هو ما يعطيه الزوج للزوجة في عقد النكاح، وهو حق من حقوقها كرمز للمودة والتكريم، وسمي بالصداق لبيان صدق رغبة الزوج في التزوج بالمرأة، وهو عطية أو هدية لازمة من الرجل للمرأة تكريماً لها، وليحقق بذلك نوعاً من التقارب بين القلوب.

ب-مشروعية الصداق

*القرآن الكريم: قوله تعالى: " وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً " (سورة النساء، الآية 4)، وأيضاً قوله تعالى: " فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً " (سورة النساء، الآية 24).

* السنة النبوية المطهرة: قوله صلى الله عليه وسلم: " التَّمَسُّنُ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ ".

ج-صفة الصداق:

اختلف الفقهاء الشريعة حول صفة المهر في عقد الزواج إلى اتجاهين:

-الاتجاه الأول: وهو رأي الجمهور إذ لا يعتبرون المهر ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج، بل هو أثر من آثاره فيصح الزواج عندهم سواء سمي المهر أم لم يسمى في العقد، أم نفي المهر، لأنه عند عدم التسمية أو النفي يمكن الرجوع إلى مهر المثل.

-الاتجاه الثاني: وهو رأي المذهب المالكي إذ يعتبرون المهر ركناً من أركان العقد، ورتبوا بفساد الزواج في حالة الاتفاق على إسقاط المهر ووجوب فسخه قبل الدخول، أما بعده فيمضي العقد ويجب مهر المثل.

د- شروط الصداق

اتفق الفقهاء على بعض الشروط التي يصح بها المهر وهي:

*أن يكون مال أو متقوم بمال، ويجوز أن يكون منفعة إذا كانت متقومة بمال كسكنى الدار، أو مزرعة..الخ.

* أن يكون مشروعاً وذلك لأنه لاقيمة للمحرم في نظر الشرع.

* أن يكون خالياً من الغرر الشديد وهو الغرر الذي يترتب عنه عدم المهر، كجعل المهر ثمرة لم يبد صلاحها، أو تأجيله إلى أمد بعيد كوفاة أحد الزوجين، أما الغرر اليسير فلا يضر لأن الزواج مبني على المكارمة والتسامح.

* أن يكون معلوماً في حالة الصداق المسمى.

* أن يكون مقدوراً على تسليمه.

هـ- أنواع الصداق: المهر نوعان وهما: المهر المسمى ومهر المثل

* المهر المسمى: وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي.

* مهر المثل: هو الذي يراعى في تقديره عرف العصر والبلد وحال الزوج، وقد حدده الفقهاء بما يماثل قريباتها اللواتي يشابهن في الحال والسن والجمال والعقل.

و- موجبات الصداق: اتفق الفقهاء على أن الزوجة تستحق الصداق كله أو نصفه في الحالات التالية:

- العقد الصحيح: يجب به نصف المهر المسمى في حالة الطلاق لقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّفْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيَنْصِفْ مَا فَرَضْتُمْ" (سورة البقرة، الآية 237)، لأن الطلاق لا يكون إلا بعد عقد صحيح.

- الدخول بالعقد الصحيح: تستحق المرأة المهر بمجرد اتمام العقد، ويتأكد هذا المهر بالدخول الحقيقي بالزوجة والخلوة الصحيحة معها.

- وفاة الزوج: يتأكد المهر أيضاً في الزواج الصحيح بموت الزوج ولو قبل الدخول، وقبل الخلوة الصحيحة، ويصبح غير قابل للسقوط.

- النكاح الفاسد: ويكون عند الزواج بإحدى المحرمات فيجب فسخه قبل الدخول ولا مهر فيه ولو كان مسمى، أما بعد الدخول فيجب المهر المسمى.

2- الصداق في قانون الأسرة الجزائري:

أ- صفة الصداق:

المشرع الجزائري اعتبر الصداق هدية في تعريفه له بمقتضى المادة (14) من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما يباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

فالمشرع اعتبر الصداق شرطاً من شروط العقد ، وعليه إذا تم العقد بدون صداق أو تم الاتفاق على إسقاطه مع وجود الشروط الأخرى فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

ب-شروط الصداق:

المشرع الجزائري أشار في قانون الأسرة إلى بعض شروط للصداق، كذكره في نص المادة(14) من كونه نقود أو غيرها، وأن يكون مباحاً شرعاً، وذكر كذلك وجوب تحديد المهر في العقد من خلال نص المادة(15) بقولها: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً"، وفي حالة عدم تحديده تستحق الزوجة صداق المثل، وهذا ما نصت عليه المادة(2/15): "في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

ج-موجبات الصداق:

المشرع الجزائري قصر الحالات التي تستحق فيها الزوجة المهر إلى ثلاث:

- حالتين تستحق فيهما الزوجة المهر كاملاً وهما الدخول ووفاة الزوج لنص المادة(16) بقولها: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج...".
- حالة تستحق فيها الزوجة نصف المهر وهي عند الطلاق وقبل الدخول بها لنص المادة(16): "...وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

ثالثاً- الولاية في عقد الزواج:

1-الولي في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

الولاية في اللغة هي النصرة والتأييد، أما اصطلاحاً فقد عرفت الولاية في عقد الزواج بأنها القدرة على انشاء عقد الزواج لغيره بسلطة خولها له الشارع.

وقد اختلف الفقهاء في وجود الولي في عقد الزواج على قولين:

-**القول الأول:** وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة ومفاده أن المرأة ليس لها أن تتولى عقد زواج نفسها أو غيرها، وإنما الذي يزوجهها هو وليها، وقد استندوا في قولهم على ما يلي:

قوله تعالى: "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ" (سورة النور، الآية32)، وقوله تعالى: "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا" (سورة البقرة، الآية221)، فكان ذلك دليلاً على أن سلطة التزويج إليهم وليس إلى النساء.

-القول الثاني: وهو قول أبو حنيفة وأبو يوسف حيث قالوا بإثبات حف التزوج للمرأة العاقلة البالغة فلها أن تتولى عقد زواجها، كما لها أن تتولى عقد زواج غيرها، وقد استدلوا بما يلي:

قوله تعالى: " فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"، فقد نسبت هذه الآية التزويج للنساء.

والرأي الراجح الذي يتماشى مع طبيعة المجتمع هو لا بد من وجود الولي في عقد الزواج، وهذا لأنه في حقيقة الأمر لا يربط بين الزوجين فحسب، بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة، فلا يصح في عقد بهذه الأهمية أن يتغاضى فيه عن رأي الولي حفاظا على كيان ومصلحة الأسرة.

ويعتبر جمهور الفقهاء تخلف ركن الولي سببا لبطلان عقد الزواج، أما الأحناف فالعقد عندهم صحيح لأن الولي لا يعد ركنا ولا حتى شرطا في عقد الزواج.

2-الولي في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

المشعر الجزائري في قانون الأسرة نص في المادة(11) على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"، واضح من هذا النص أن المشعر قد أعطى للمرأة الحق في مباشرة عقد الزواج بنفسها، واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره، وهو ما يفتح الباب أمام التأويل.

أما بالنسبة للقصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد، وهو ما نصت عليه المادة(2/11) بقولها: " يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

أما بالنسبة لأثر تخلف عنصر الولي على صحة عقد الزواج باعتباره شرطا وليس ركنا حيث خالف رأي الجمهور وكذلك رأي الأحناف، فإن المشعر ميز بين حالتين من خلال نص المادة(2/33) بقولها: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

رابعا- شرط الاشهاد في عقد الزواج

1- الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على وجوب الشهادة في عقد الزواج، لكنهم اختلفوا في حكمها بالنسبة للعقد كمايلي:

-ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج فتلزم حين إجراء وقت العقد، وإن تم العقد بدون حضور الشهود وقع فاسداً، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍِّّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ".

-وذهب المالكية إلى أن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج سواء أكانت عند إبرام العقد أم بعده وقبل الدخول، ويستحب وقوعها عند العقد، لأن الشهادة تحمي الزوجين من التهمة وتحفظ حقوق الزوجة وأولادها من الجحود، فإن لم يشهد في العقد ولا قبل الدخول فُسِّخَ بطلقة، كما يُفسخ زواج السر بطلقة بائنة إن دخل الزوجان، وهو الذي يوصي الزوج فيه الشهود على كتمه.

- شروط الشهود:

***التكليف:** بأن يكون الشاهد بالغاً راشداً فإن كان صبياً ولو مميزاً ما صحت شهادته، بل لابد أن يبلغ سن الزواج.

***التعدد:** ويشترط لكي يصح عقد الزواج أو ليصير نافذاً أن يشهد شاهدان على العقد وفق رأي الجمهور.

***الذكورة:** وهو شرط عند الجمهور، باستثناء الحنفية الذين يجيزون شهادة المرأة في الحدود والزواج والطلاق.

***العدالة:** والمقصود بها الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف، ولقد اشترط المالكية العدالة وألحوا في طلبها بناءً على حديث النبي صلى الله عليه وسلم: " لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍِّّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ".

***الإسلام:** ويشترط في الشاهدين أن يكونا مسلمين، ذلك لأن الشهادة تعتبر ولاية، والولاية على المسلم لا تكون إلا لمسلم.

2-الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري اعتبر الشهادة شرطاً من شروط عقد الزواج آخذاً برأي الجمهور من خلال المادة(9) مكرر، إذ أوجب أن يتوافر في عقد الزواج شاهدان يشهدان في العقد حفظاً للحقوق التي لا تتعلق بالدخول.

والمشرع الجزائري اكتفى بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذكور فقط أو الاناث، أم يصح من كليهما، ولعله أغفل هذا لكون الأعراف في الجزائر لا تسمح بشهادة النساء في عقود الزواج.

والمشرع الجزائري عاد فحد من أثر تخلف الشهادة في المادة(2/33) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول

بصداق المثل"، وهو بهذا خالف رأي الجمهور الذين اعتمد قولهم في اشتراطه في العقد لأنهم يطلونه دونه، وخالف رأي المالكية الذين يحكمون بالفرقة بطلقة بائنة إذا تم الدخول دون إشهاد.

-شروط الشهود في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى شروط الشهود إلا ما ذكره فقط في المادتين (9) مكرر من ق.أ والمادة (33) من قانون الحالة المدنية.

***الأهلية:** وذلك باجتماع عنصري السن والعقل، وقد بين الأمر 20/70 المتضمن قانون الحالة المدنية في المادة (33) منه على أن سن الشاهد يجب أن لا يقل عن (21) سنة، حيث تنص هذه المادة: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين (21) سنة على الأقل...".

***التعدد:** وهو نصت عليه المادة (9) مكرر بلفظ "شاهدان" أي على الأقل اثنان فما فوق.

ولم يتعرض المشرع الجزائري لباقي الشروط الأخرى مما يضطرنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما جاء في المادة (222) من ق.أ.ج التي تحيلنا إليها.

خامسا- شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج

المحرمات من النساء نوعان: المحرمات المؤبدات والمحرمات المؤقتات، وهو ما نصت عليه المادة 23 من قانون الأسرة بقولها: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة".

1- المحرمات المؤبدات: وهو التحريم المرتبط بمانع ثابت لا يزول كالأم والبنات والأخت وغيرها...

وهي ثلاثة القرابة والرضاع والمصاهرة وهو ما نصت عليه المادة 24.

أ-**المحرمات بالقرابة:** وهي حرمة النسب، إذ حرمت الشريعة على الشخص سبعا من النساء تحريما أبديا، وقد عددتهن الآية القرآنية في قوله تعالى: " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ" (سورة النساء، الآية 23). وأعادتهن ذكرهن المادة (25) من قانون الأسرة الجزائري.

والحكمة من هذا التحريم هو في منع اختلاط الأنساب وزوال الأطماع من النفوس، حيث يؤدي عيش هؤلاء في ود ورحمة وحب خالص لا تشوبه رائحة الجنس.

ب-المحرمات بالمصاهرة: والتحریم بهذا النوع معناه التحريم بسبب الزواج، والزواج هذا قد يكون له أو لغيره، ولقد نص المشرع على هذه الأصناف في المادة(26) من ق.أ.ج وهذه الأصناف هي:

-أصول الزوجة(أم الزوجة) وتحرم بمجرد العقد عليها، لقوله تعالى: "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ" (سورة النساء، الآية23) .

-فروع الزوجة(بنت الزوجة) فتحرم عند الدخول بالأم، أما لو طلقت الأم قبل الدخول أو توفيت فيجوز لمن كان زوجها لها بالعقد أن يصير زوجها لإبنتها، وهو ما جاء ذكره في قوله تعالى: "وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمَّ" .

وهناك قاعدة حول هذا الأمر تقول: العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات.

-أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علو(زوجة الأب) والمقصود بهن من كن زوجات لهؤلاء الأصول، والتحریم لهذا الصنف جاء ذكره في قوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّن النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ بَلْحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا" (سورة النساء، الآية23)، والمقصود بالنكاح مجرد العقد لا يشترط فيه الدخول، فلو عقد عليها وحصلت الفرقة قبل الدخول أو الوفاة كان ذلك سببا من أسباب الحرمة المؤبدة.

وسبب التحريم هو تكريم الأصول واحترامهم والمحافظة على الأسرة بمنع التطلع إلى زوجة الأصل في حالة الاختلاط التي تحدث عادة بين الأباء والأبناء.

-أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا(زوجة الإبن) والمقصود بهن من كن حلالل للفروع، والفروع جمع فرع وهو الإبن وابن الإبن مهما نزلوا، وهذه الحرمة تكون أيضا بمجرد العقد ولا يشترط فيها الدخول.

ولقد جاء ذكر هذا النوع من التحريم في قوله تعالى: "وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنَ أَصْلَابِكُمْ" .

ج- المحرمات بالرضاع: لقوله تعالى: "وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّن الرِّضَاعَةِ" (سورة النساء، الآية23)، وهذه الآية صريحة في تحريم الأمهات والأخوات بسبب الرضاعة، كما أنها تشير بصورة ضمنية إلى الأصناف الأخرى، لأنها سمت التي أرضعت بالأم وأولادها بأنهم إخوة وأخوات، فدل ذلك على الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله، وعن الصفتين الأصل والفرع تتفرع سائر المحرمات رضاعا

ولقد جاءت السنة مؤكدة لهذا النوع من التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم: "يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ" (رواه البخاري في صحيحه).

ولقد جاء نص المادة(27) من قانون الأسرة الجزائري مجسدة لهذا المعنى دون ذكر للمحرمات بالرضاع، مما يدل على أن المشرع اكتفى بالتحريم بالرضاع ما حرم بالنسب أخذاً برأي في الفقه المالكي.

ويعتبر التحريم بالرضاع قاصراً على من رضع، لأنه حاصل بسببه فلا يتعدى إلى غير الرضيع، وهو مقتضى ما نصت عليه المادة(28) من قانون الأسرة عليه الجزائري بقولها: " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم وعلى فروعه"، نفهم من هذا النص أن التحريم لا يسري إلى إخوة وأخوات الرضيع بخلاف فروعه يسري عليهم التحريم.

2-المحرمات المؤقتات (الموانع المؤقتة): والمقصود بالتحريم المؤقت ما كان سببه أمراً يمتثل الزوال، فيبقى التحريم ما بقي السبب قائماً، ويزول بزوال السبب، والتحريم المؤقت نصت عليه المادة(30) من قانون الأسرة الجزائري ويكون في الحالات التالية:

أ-المحصنة(المتزوجة): لا يجوز للإنسان أن يعقد زواجه على امرأة متزوجة من غيره.

ب-المعتدة من طلاق أو وفاة: وسواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً فتحرم الزواج بها حتى تنقضي عدتها.

ج-المطلقة ثلاثاً: أي المبتوتة فإنه لا يجوز لمن طلقها ثلاثاً أن يعقد عليها مرة أخرى، إلا إذا تزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها باختياره أو مات عليها.

د-الجمع بين المرأة وأختها والمرأة وعمتها والمرأة وخالتها: منعت الشريعة الجمع بين المرأة وأختها وبين عمتها أو خالتها في الزواج، وذلك مخافة قطيعة الرحم عند جمع الضرتين في عصمة واحدة.

هـ-زواج الزوجة مع غير مسلم: لا يجوز لامرأة مسلمة أن تتزوج برجل غير مسلم وهذا بإجماع الفقهاء، ولقوله تعالى: " وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا"، ولهذا إن تزوجت فإن زواجها لا ينعقد.

و-الخامسة فوق الرابعة: أي من كانت في عصمته أربع نسوة وأراد الزواج بأخرى فلا يجوز له ذلك حتى يخرج واحدة ممن في عصمته وتنتهي عدتها أو تتوفى، فيجوز له ذلك لأن مانع الزواج زال بزوال السبب.

3-حكم الزواج الواقع خلافا لهذه الموانع وأثره:

نصت المادة(34) من قانون الأسرة الجزائري على البطلان المطلق لكل زواج بهذه المحرمات كما يلي: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

الدرس السادس: آثار عقد الزواج

أولاً: حق الزوجة في النفقة

1- مفهوم النفقة

أ- تعريف النفقة في الفقه الاسلامي:

-لغة: اسم من الانفاق وهو ما ينفقه الشخص أو يخرجه من مال، وجمعها نفاق ونفقات، وقيل الكلمة مأخوذة من النفق وهو الهلاك، فقيل: نفق الطعام إذا فني، لهذا أطلقوا المال الذي ينفق على الأولاد بالنفقة. -اصطلاحاً: هي كل ما يحتاج إليه المرء لإقامة حياته من ضروريات الحياة، أما النفقة الزوجية فهي كفاية الزوج لزوجته إلى كل ما تحتاج إليه من مأكّل وملبس ومسكن وعلاج...وكل ما يلزمها لإقامة حياتها.

ب-تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري:

المشروع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف النفقة وإنما تطرق بالتفصيل إلى مشتملاتها من خلال نص المادة(78) كما يلي: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

2- أدلة مشروعية النفقة وحكمها

أ-أدلة مشروعية النفقة:

- القرآن الكريم: قوله تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ"، وهذه الآية خاصة بالمطلقة إذ أوجب الله لها النفقة وهي في العدة بوضع الحمل، فمن باب أولى أن تكون النفقة لغير المطلقة.

- السنة المطهرة: ما روي عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت: "يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ"

ب-حكم النفقة:

هي واجبة شرعاً بنصوص القرآن والسنة النبوية، وهي حق قانوني للزوجة من خلال نص المادة(74) من قانون الأسرة بقولها: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة".

ويشترط للمطالبة بالنفقة أن لا يمر على وجوبها سنة، وذلك لنص المادة(80) من قانون الأسرة على أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

3- سبب وجود النفقة وشروط استحقاقها

أ-سبب وجود النفقة: العقد الصحيح موجب للنفقة على أي حال كانت عليها المرأة مادامت مستعدة للاحتباس بدعوتهما إذا دعاها الزوج إلى ذلك، أو هي محتبسة فعلا، وهذا ما نصت عليه المادة(74) بقولها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة"، ومن ثم فلا نفقة لمن كان زوجها فاسدا لأن الفاسد ينعلم الوجوب فيه لانعدام حق الاحتباس الواجب في العقد الصحيح، كما لا نفقة أيضا لمن كان عقد زواجها صحيحا وفقدت شرط وجوبها وهو الاحتباس.

ب-شروط استحقاق النفقة:

-أن لا تفوت الزوجة على زوجها حق الاحتباس المعتبر شرطا للنفقة في العقد الصحيح.

-التسليم التام لزوجها وتمكينه من معاشرتها المعاشرة الحسنة، جاء في التاج: "النكاح يوجب النفقة بشروط التمكين".

-أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة، وصالحة لتحقيق أغراض الزواج وواجباته، وأن لا تضيع حق زوجها.

4- تقدير النفقة:

أ- حال اليسر والعسر: يراعى في تقدير النفقة عادة حال الزوج والزوجة معا من الناحية المالية، فإن كان الزوج موسرا فرض لها نفقة اليسر، وإن كان معسرا فرض لها نفقة الإعسار، وإن كان متوسط الحال فرض لها نفقة متوسطة بين الأمرين، لقوله تعالى: " لِيُنْفِقُوا ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآءَاتِيهَا"،(سورة الطلاق، الآية7).

ب- حد الكفاية من الضروريات: أي أن يراعى في تقدير النفقة حد كفاية الزوج لزوجته في ضروريات الحياة والتي تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وهو المعنى المفهوم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ".

أما المشرع الجزائري فقد اتجه نفس الاتجاه في تقدير النفقة وترك أمر تقديرها للقاضي وذلك من خلال المادة(79) من قانون الأسرة التي تنص: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

5- نفقة الأصول والفروع:

1-نفقة الفروع

نفقة الأولاد هي من نفقة الفروع، والفروع هم أولاد الشخص وأولاد أولاده وإن نزلوا سواء كانوا ذكورا أم إناثا، والقانون بنصه في المادة(75) من قانون الأسرة: "تجب نفقة الولد على الأب...." أخذ بقول الإمام مالك الذي حدد الأولاد بالأولاد المباشرين دون غيرهم.

أ-شروط استحقاق الفروع للنفقة:

-أن يكون الولد فقيرا وعاجزا عن الكسب: يشترط لوجوب نفقة الأب على ولده أن يكون هذا الأخير فقيرا لا مال له، وأن يكون عاجزا عن الكسب، أما إذا كان قادرا على الكسب فلا تجب له النفقة على أبيه وحتى ولو لم يكن له مال، أما إذا كان عاجزا عن الكسب ولا مال له فتجب نفقته على أبيه متى كان قادرا على النفقة ليسره.

-قدرة الأب على الكسب: حتى ينفق الأب على أولاده يجب أن يكون موسرا وقادرا على الكسب، أما إذا كان معسرا وله القدرة على الكسب فلا يجب عليه التكسب لينفق على أولاده المعسرين ولو كان له صنعة.

ونفقة الأب على ولده إلى أن يبلغ سن الرشد القانوني وهو محدد بتسعة عشر سنة، وتستمر هذه النفقة إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو كان طالب علم يمارس الدراسة.

أما نفقة البنت فستمر على الأب إلى أن تتزوج ويدخل بها الزوج، والنفقة سواء للولد أو للبنت تسقط بالاستغناء عنها بالكسب، وهذا ما نصت عليه المادة(57) من قانون الأسرة الجزائري.

ب-النفقة تجب على الأم بحكم القانون:

إذا لم يكن للأب مال ولا يستطيع الانفاق على أولاده، فإن القانون جعل نفقتهم على الأم لعجز الأب عن الانفاق عليهم، ولا تجب نفقة الأولاد على الأم إلا إذا كانت قادرة على الانفاق عليهم، وهذا ما نصت عليه المادة(76) من قانون الأسرة بقولها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

2- نفقة الأصول

-شروط استحقاق الأصل للنفقة على فرعه:

-أن يكون الأصل فقيراً لا مال له: وهذا باتفاق الفقهاء، ولكن شرط العجز عن الكسب فمحل خلاف، فالمالكية يقولون إذا كان الأب قادراً على الكسب تجب عليه نفقة ابنه ويجبر على الكسب حتى ينفق، أما جمهور الفقهاء فلا يشترطون أن يكون الأب عاجزاً عن الكسب.

-أن يكون الفرع موسراً: ومعناه أن يكون الفرع في حالة يسر، وقادراً على الكسب حتى ينفق على أصله.

ويبقى أن نشير أن المادة (77) من قانون الأسرة تقضي بوجوب النفقة من الفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة، ومضمون هذا النص يحقق الحماية الشكلية للأبوين.

6- مسقطات النفقة

أ- إعسار الزوج: الأصل أن الزوج ينفق على زوجته من تلقاء نفسه ولا يقصر في هذا الحق، لكن إذا كان الزوج معسراً وغير قادر على الانفاق فلا نفقة عليه، بل تسقط في حقه النفقة الزوجية.

ب- الزوجة الناشز: والنشوز معناه الخروج عن طاعة الزوج وعدم الامتثال لأوامره بدون حق شرعي، فالزوجة إذا خرجت عن طاعة الزوج ولم تستجب إلى ما تقتضيه الحياة الزوجية بغير مبرر شرعي فلا تستحق النفقة، وكذلك الأمر إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية بغير مبرر شرعي وكان البيت مستوفياً للشروط الضرورية، ذلك أنها تعد قد فوتت حق الزوج بغير مسوغ شرعي.

ج- الزوجة المرتدة: أي التي خرجت عن دين الإسلام، فارتدادها حسب رأي الفقهاء سواء كان قبل الدخول أو بعده يسقط نفقتها على زوجها ولو كانت مستعدة لتسليم نفسها لزوجها.

د- الزوجة العاملة بدون رضا زوجها: إذا لم يكن الزوج راضياً عن عمل الزوجة وخرجت للعمل سقطت النفقة في حقها، لأنها ضيقت حق الاحتباس على الزوج سواء كان عملها كل اليوم أو جزءاً منه فقط، لأنه ولو بهذا الأخير ينقص التسليم والاحتباس، أما إذا اشترطت المرأة قبل الزواج أو بعده أن تعمل خارج البيت ورضي الزوج بذلك، فإن نفقتها لا تسقط لأنه رضي بالاحتباس الناقص، لكن يشترط أن لا تسيء الزوجة استعمال حقها في الخروج للعمل، بحيث تضر بمصلحة الأسرة، فإن أساءت فللزواج الحق أن يمنعها عن العمل، فإن لم تستجب سقطت نفقتها.

الدرس السابع: النسب

ثانيا: الحق في النسب

من أهم مقاصد الزواج في الشريعة هو المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها ولولاه لتفككت الأسرة وذابت أواصر الصلات بينها ولما بقي هناك أثر للحب والحنان.

1- مفهوم النسب:

أ- تعريف النسب

- لغة: النسب مفرد الأنساب، ويعني القرابة وهي صلة الدم، ويكون في الآباء خاصة.

- شرعا: يطلق النسب على القرابة من جهة الآباء باعتبار أن الإنسان ينسب إلى أبيه فقط ولا ينسب إلى أمه إلا في حالتي الزنا واللعان، ويعني النسب أيضا القرابة التي سببها الولادة، والولد ينسب لأبيه كما ورد في القرآن لقوله تعالى: "أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ..." (سورة الأحزاب، الآية 5)، والنسب يختلف عن التبني الذي حرّمته الشريعة الإسلامية، حيث لا ينتمي إلى الأسرة من ليس من أصلابها.

- قانونا: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يعرف النسب بل تحدّث عن طرق ثبوته من خلال المادة (40) منه وما يليها.

ب- الحكمة من إثبات النسب

- المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها.

- المحافظة على كيان الأسرة كخلية أساسية لتكوين المجتمع.

من أجل ذلك منع الزواج في العدة لقوله تعالى: "وَلَا تَعْرُضُوا غُدَّةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"، ولأجله أمرت المعتدة بالإقرار بما في رحمها في قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ بِهِمْ مِنْ أَرْحَامِهِمْ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ" (سورة البقرة، الآية 228).

ومن أجل ذلك حرّم على المسلم أن يُنكِرَ نسب ابنه الذي من صلبه لقوله صلى الله عليه وسلم: "أَيُّ امْرَأَةٍ أَدْخَلْتُ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ، وَأَيُّ رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ

إليه احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين". أو أن يدعي نسب من ليس ابنا له، أو ينسب الولد نفسه إلى من هو ليس أبا له أو أما لقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ" (رواه البخاري في صحيحه).

لأجل ذلك حرّم المشرع الجزائري التبني في قانون الأسرة من خلال المادة(46) منه، واهتم بالنسب وطرق ثبوته وشروطه في المواد من (40) إلى(45) منه.

ثانيا: طرق ثبوت النسب

نصت على هذه الطرق وعددها المادة(40) من قانون الأسرة الجزائري وهي كآلاتي:

1- الزواج الصحيح: إن الزواج إذا كان كامل الشروط والأركان عد صحيحا وصالحا لإثبات النسب دون اشتراط بيعة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد منه، وهذا متى كان تصور محيي الولد من هذه الزوجية القائمة ممكنا، وهذا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ" (رواه البخاري في صحيحه)، وهذا الفراش حتى يكون صالحا لثبوت النسب به ومحیی الولد منه لا بد من توافر الشروط التالية التي تضمنتها المادتين(41و42) من ق.أ.ج.

- أن يكون الاتصال ممكنا: أي امكانية التقاء واتصال الزوجين فعلا وعادة، فإذا كان الاتصال غير ممكن (مثلا كان أحد الزوجين غائبا في بلد بعيد امتدت إلى أكثر من مدة الحمل أو كان سجيناً فينتفي النسب دون لعان في رأي الجمهور.

- أن لا ينفه بالطرق المشروعة: لكي يثبت نسب الولد من أبيه اشترط المشرع أن لا ينفى نسب هذا المولود بالطرق المشروعة والمتمثلة في اللعان، والذي هو انكار الزوج نسب ابن زوجته التي في عصمته متى علم به، فإن أنكره فُرق بينهما وينسب الإبن إلى أمه.

- أن يكون لمدة يتصور محيي الولد منها: ولكي ينسب الولد لأبيه لا بد أن يكون المولود قد وضعت زوجته الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

أما أقل مدة الحمل فقد أجمع الفقهاء على ألا تقل عن ستة(6) أشهر وهي أقل مدة الحمل، وهو ما نصت عليه المادة(42) من ق.أ.ج.

أما أقصى مدة الحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده بين (9) أشهر وامتدت إلى (7)سنوات لدى البعض، لكن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تعتمد سوى على الأقوال التي تتفق مع العلم والطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد عن سنة كاملة.

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة(42) فقد أخذ بمدة أقل وهي (10) أشهر، ولا ندري هل اعتمد على رأي فقهي معين أم استند إلى الخبرة الطبية، لأنه قد تحدث متاعب صحية للمرأة فتتأخر ولادتها بعض الشيء إلى ما بعد (10) أشهر.

وقد قرر المشرع الجزائري ثبوت نسب الإبن من أبيه إذا ولد خلال(10) أشهر من الانفصال أو الوفاة في نص المادة(43) بقولها: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

2- الإقرار: يعتبر الإقرار الطريق الثاني لثبوت النسب، ولذلك يقول الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة أي لا يسري إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والأمومة، وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه وهو ما نصت عليه المادتين(44و45) من قانون الأسرة الجزائري، والإقرار نوعان:

أ-الإقرار بالنسب على النفس(الاستلحاق): فقهاء الشريعة كانوا يطلقون على هذا النوع اسم الاستلحاق لا الإقرار، ولقد عرّف الإقرار بالنسب على النفس أو الاستلحاق بأنه ادعاء المدعي بأنه أب لغيره، وقد نصت المادة(44) من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

وبناء عليه فإن الإقرار على النفس يثبت بإقرار الأب أو الأم أو الابن المستلحق وهذا قصدا لحفظ الأنساب إلا أنه اشترط لذلك:

- أن يكون المقر له مجهول النسب، فإن كان معلوم النسب لا يعتد بالإقرار.

- أن لا يكذبه العقل أو العادة كفارق السن القليل الذي لا يسمح بالأبوة لمدعيها، أو العقم الذي لا يسمح بالأمومة لمدعيها.

والاستلحاق بهذا المعنى خلاف التبني، لأن الاستلحاق نسب حقيقي أظهره الإقرار بخلاف التبني فهو علاقة صورية مبنية لأبوة وبنوة غير حقيقتين، ولهذا أجاز المشرع الاستلحاق ولو في مرض الموت حرصا على المحافظة على الأنساب رغم ما فيه من شبهة إدخال وارث، بينما منع التبني في نص المادة(46) من قانون الأسرة بقوله: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

ب-الإقرار بنسب محمول على الغير: هو حمل نسب على الغير، كأن يقول شخص هذا أخي فقد حمل النسب إلى أبيه، ويشترط فيه تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء وفق ما جاء في نص المادة(45) من قانون الأسرة على أن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

وبناء عليه فإن النسب على الغير لا يملكه المقر ولا يلزم غيره إلا بالتصديق له، كما أن آثار هذا التصديق منصرفة إلى المقر دون غيره من الأقارب، فإذا أقر شخص بأخوة مجهول النسب فلا يسري هذا الإقرار إلا عليه فقط شريطة أن يصدقه المقر له، وإذا عارض باقي إخوة المقر فلا يسري في حقهم هذا الإقرار.

3- البينة: تعتبر البينة الطريق الثالث من طرق ثبوت النسب، وهي الشهادة عند جمهور الفقهاء، ورأى بعضهم أنها كل ما تقوم به الحجة والأدلة من طرق الاثبات، وهي أقوى من الإقرار من حيث الاثبات، ذلك أنه لو أقر انسان بثبوت بنوة شخص ثم ادعى ثاب بعد ذلك وأقام البينة ثبت نسبه بها ولو كان متأخرا، ولا يعتبر هذا فسخا للنسب الأول، إذ النسب لا يقبل الفسخ وإنما بإقامة البينة المقبولة تبين كذب المقر.

4- نكاح الشبهة: وهو دخول الشخص على امرأة لا تحل له أصلا عن غير علم، معتقدا أنها تحل له ثم تبين أمره وعلم حاله بعد ذلك، فيكون هذ الشخص وقاعه لتلك المرأة بشبهة، وهي مثبتة للنسب ومدرئة للحد.

فلو أتت امرأة بولد لسته أشهر فأكثر من تلك الفعلة عُدّ ابنا للواطئ لتأكد الحمل منه، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لا يثبت منه نسب لتأكد أن الحمل حمل به قبل ذلك إلا إذا أثبتته بطريق آخر.

وكثيرا ما يضرب الفقهاء أمثلة عن نكاح الشبهة بمن يعقد على امرأة دون رؤيتها ثم تزف إليه ثانية، أو جماع المطلقة ثلاث من مطلقها وهي في عدتها عن جهل.

5- النكاح الباطل: وهو الذي حكم القانون بفسخه بعد الدخول لكون المرأة من المحرمات، أو اختل ركن الرضا، فيثبت به النسب إذا توافرت الشروط الواجب توافرها في الزواج الصحيح

والملاحظ أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وجعله مثبت للنسب الناشئ عنه، واشترط لهذا التلقيح شروطا لا بد منها حددتها المادة (45 مكرر) كالتالي:

- أن يكون الزواج شرعيا.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

- أن لا يتم التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

وقد أجاز المشرع الجزائري كذلك في قانون الأسرة من خلال المادة(40) السابقة الذكر اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، مع ملاحظة أن المشرع لم يحدد الطرق العلمية وترك أمر تحديدها للقاضي .
والطرق العلمية لإثبات النسب كثيرة ومتعددة نذكر من أهمها: البصمة الوراثية، ونظام تحليل فصائل الدم.

ثالثا: الآثار المترتبة على النسب

النسب الشرعي والصحيح يلحق الإبن بأبيه مما ينتج عنه آثار من بينها:

1- الميراث: التوارث واجب بين المسلمين وهو حق شرعي ثابت بالنصوص لقوله تعالى: " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيهِ وَأُوَدِّكُمْ لِلَّذِكْرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ " (سورة النساء، الآية11)، والميراث هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية، وبإثبات النسب الشرعي الصحيح بين الأباء والأبناء يتبين استحقاق الميراث بينهم، وإذا كان النسب مجهول أو غير ثابت لا يكون هناك توارث.

2- موانع الزواج: وهي المحرمات من النساء اللاتي تحرم على الأنسان الزواج بهن لوجود مانع من الموانع، سواء كان مؤبدا كالقربة أو المصاهرة، أو كان مؤقتا كالمعتدة والمحصنة وغيرها...، ولإثبات النسب الصحيح نتعرف على هذه الموانع المحرمة من الزواج، والحكمة من هذا التحريم هو في منع اختلاط الأنساب وزوال الأطماع من النفوس، حيث يؤدي عيش هؤلاء في ود ورحمة وحب خالص لا تشوبه رائحة الجنس.

3- حقوق وواجبات أبوية وأبنوية: من خلال النسب الشرعي الثابت بين الأباء والأبناء، تكون هناك واجبات وحقوق شرعية على الأبناء تجاه الأباء كحبهم وطاعتهم وعدم معصيتهم، وكذلك تكون واجبات وحقوق شرعية على الأباء تجاه الأبناء وذلك في تربيتهم التربية الحسنة، وتعليمهم والنفقة عليهم وغيرها.

المحور الثالث: الطلاق

الدرس الثامن: مفاهيم أساسية حول الطلاق

أولاً: مفهوم الطلاق

1- تعريف الطلاق والحكمة منه

أ- تعريف الطلاق

-تعريفه لغة: يقال طَلَّق الرجل امرأته أي سرحها وفك الرابطة الزوجية بينهما، ويقال أيضاً: هو حل القيد والرابطة حسية كانت أو معنوية.

-تعريفه شرعاً: للطلاق عدة تعاريف وهي في معظمها متماثلة:

- "الطلاق هو حل الرابطة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمناً"، وعرفته المذاهب كما يلي: فالمالكية عرّفوه بأنه: " حل العصمة الزوجية المنعقدة بين الزوجين".

- تعريفه قانوناً: لقد ورد انحلال الزواج في الفصل الأول من الباب الثاني من قانون الأسرة، حيث تطرق للطلاق وصوره وبيّن الآثار المترتبة عليه، فقد نص المشرع الجزائري في المادة(48) على أنه: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

ويفهم من هذا أن المشرع استعمل كلمة حل عقد الزواج التي تشمل طرق انحلاله وصور ايقاعه، دون أن يعطي تعريفاً واضحاً للطلاق تاركاً ذلك كعادته للفقهاء.

ب- الحكمة من الطلاق

-انتهاء النزاع الدائم بين الزوجين.

-منع الضرر الغالب المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة، أو حالة مرض أحدهما يستحيل معه دوام العشرة بينهما.

-إعطاء فرصة حياة جديدة لكلا الزوجين.

ثانياً: مشروعية الطلاق وحكمه

1- مشروعية الطلاق

أ- القرآن الكريم: قوله تعالى: "يَتَأْتِيهَا النَّجِيُّ إِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلْفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ" (سورة الطلاق، الآية 1)، وقوله تعالى: "إِطَّلَعُوا مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَاكَبَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ" (سورة البقرة، الآية 229).

ب- السنة النبوية المطهرة: توجد أحاديث كثيرة نذكر منها:

-قوله صلى الله عليه وسلم: " ما أحلَّ الله شيئاً أبغضَ إليه من الطلاقِ "، وفي رواية أخرى: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق "، وقوله صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدُّهنَّ جدُّ وهزُّهنَّ جدُّ: النكاحُ، والطلاقُ، والرَّجعةُ ".

2- حكم الطلاق

الطلاق تعزيره الأحكام التكليفية الخمسة من وجوب وحرمة وكرهة وندب واستحباب كالاتي:

أ- الوجوب: يكون الطلاق واجبا في حال الشقاق المستمر الذي يستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية.

ب- الحرمة: يكون الطلاق محرما إذا وقع من غير الحاجة إليه، ولما فيه من إضرار بالزوجة وتشتيتا للأسرة.

ج- الكراهة: يكون الطلاق مكروها في حق الزوجة المستقيمة الحال، لأن فيه كفرا لنعمة الزواج.

د- الندب: يكون الطلاق مندوبا في حق الزوجة السيئة الأخلاق ويخاف منها الوقوع في الحرام.

هـ- المستحب: يكون الطلاق مستحبا في حال تقصير الزوج في حق زوجته وعجزه عن القيام بحقوقها.

ثالثا: أركان الطلاق وأقسامه

1- أركان الطلاق:

أ- المطلق "من يقع منه الطلاق":

المطلق هو الزوج، وهو صاحب الحق الأصيل في إيقاع الطلاق، فليس من غير الزوج سواء كان ولي أو وصي أن يوقع الطلاق، حتى ولو كان هو الذي تولى عقد الزواج.

وعلى الرغم من أن الشرع جعل الطلاق بعصمة الزوج، إلا أنه لم يمنحه هذا الحق مطلقا وقيده بشروط وضوابط، وراعى أيضا جانب الزوجة وجعل لها الحق في طلب التطليق أما القضاء عند وقوع الظلم عليها لأي سبب من أسباب التطليق، كما لها أن تغدي نفسها بمال تدفعه للزوج مقابل تركها وهو ما يسمى بالخلع.

ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع اشترط الفقهاء توافر شروط لا بد منها في المطلق حتى يتمكن من إيقاع الطلاق وهي:

- أن يكون المطلق زوجا: أي أن يكون زوجا حقيقيا للمطلقة أو مفوضا لها، لأن التفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه، فمن غيرهما فلا يقع الطلاق، وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة ابنه لأن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره.

- أن يكون الزوج بالغا عاقلا: يشترط في الزوج أن يكون بالغا وعاقلا حتى يقع منه الطلاق، لأنه لا طلاق من الصبي والمجنون والمعتوه، لأن العقل هو أداة التفكير وشرط أهلية التصرف، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك إلا ما روي في مذهب الإمام أحمد من جواز طلاق الصبي إذا كان يعقل معنى الطلاق.

3- أن يكون قاصدا للطلاق: بمعنى أن يكون الزوج مختارا غير مكروه، بحيث يكون إقدامه على الطلاق بحرية كاملة وإرادة واعية حرة، على علم تام بكل ما يترتب على هذا القرار من نتائج وآثار.

ب- المطلقة "من يقع عليها الطلاق":

كأصل عام المرأة هي التي يقع عليها الطلاق، ويشترط فيها أن تكون:

- أن تكون زوجة للمطلق حقيقة أو حكما: والمراد بكونها زوجة حقيقية أن تكون الزوجية قائمة فعلا بعقد صحيح، فتكون محلا للطلاق، أما الزوجية القائمة حكما فهي حالة المعتدة من طلاق رجعي.

- أن تكون الزوجة في حالة طهر لم يمسه فيها، أي طاهرة من الحيض، فإذا طلقها الزوج وهي حائض كان طلاقه مخالفا للشرع واعتبر طلاقه بدعة عند الفقهاء.

- أن تكون الزوجة المطلقة محددة ومعينة لغرض معرفة الزوجة المقصودة في حالة تعدد الزوجات.

وعليه فإن الطلاق من حيث من يقع عليه وهي المطلقة يكون موجها أساسا للزوجة التي تكون محل الزوجية من زواج صحيح.

ج- الصيغة "ما يقع به الطلاق":

ويقصد بالصيغة العبارة التي ينطق بها الرجل للدلالة على إنهاء الرابطة الزوجية وحلها وإيقاعها بالفعل، سواء كانت باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، ولا يقع بمجرد النية أو حديث النفس.

ويكون الطلاق باللفظ الصريح الدال على انهاء الرابطة الزوجية (كأنت طلاق، أو طلقتك...)، ويكون أيضا باللفظ الكنائي غير الدال صراحة على الطلاق ولكن يدل عليه عن طريق الكناية (كأن يقول: أنت بائن، أو خلعت سبيلك، أو اذهبي إلى بيت أهلك...).

وقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بهذه الصيغة، فذهب الظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق، أما الحنفية فاعتبروا الطلاق واقع بهذه الألفاظ بدلالة الحال أو نية الزوج.

أما المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروا أن النية هي الأساس في بيان المقصود من هذه الألفاظ، فإذا كان المتلفظ بما يقصد الطلاق يقع، أما إذا لم يقصد بها ذلك فإنه لا يقع الطلاق.

2- أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق في الشريعة الإسلامية إلى أربعة أقسام على النحو التالي:

أ- الطلاق باعتبار الزمن: وينقسم هذا الطلاق إلى ثلاثة أنواع وهي:

-الطلاق المنجز: وهو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال، كأن يقول لزوجته: أنت طالق، فبمجرد التلفظ به تترتب عليه جميع آثاره.

-الطلاق المضاف: هو ما أضيف حدوثه إلى وقت في المستقبل، ويقع بمجيء الزمن المضاف إليه ولا يقع قبله وتبقى المرأة زوجة له إلى حلول هذا الوقت، كأن يقول لزوجته أنت طالق غدا.

-الطلاق المعلق: وهو ما ترتب حدوثه على حصول أمر في المستقبل محتمل الوقوع أو عدمه، كأن يقول لزوجته إن خرجت من الدار بدون إذن فأنت طالق، فمتى تحقق الشرط تحقق المشروط.

ب- الطلاق باعتبار اللفظ: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين:

-الطلاق باللفظ الصريح: وهو الطلاق الذي يتم بلفظ صريح يدل على حل الرابطة الزوجية وإنهاءها كلفظ أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك وغيرها.

-الطلاق بلفظ الكناية: ويقصد به أن يكون الطلاق بلفظ غير دال صراحة على إرادة الطلاق، ولكن يدل عليه عن طريق الكناية، وذلك بأن يريد المتكلم إثبات معنى من المعاني، كأن يقول: أنت بائن، أنت مسرحة، أمر بيدك، ألحقي بأهلك، حبلك على غاربك، ولا يكون إلا بنية.

ج- الطلاق باعتبار موافقته للسنة من عدمها: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين:

-الطلاق السني: وهو الطلاق الموافق للسنة، ويجب أن تتوفر فيه الشروط الأربعة التالية:

-أن يكون طليقة واحدة.

-أن تكون المرأة في حالة طهر من غير حيض ولا نفاس.

-أن تكون المرأة في حالة طهر لم يمسه فيها.

- أن لا يتبع الزوج طلاقاً ثانياً وهي في عدتها من طلاق سابق.

-الطلاق البدعي: وهو الطلاق المخالف للسنة، وهو الذي اختل فيه أحد شروط الطلاق السني أو أكثر، ويختلف من حيث الحكم، فيحرم طلاق الحائض والنفساء، ويكره في باقي الحالات.

ويترتب على طلاق المرأة في غير طهر وجوب إرجاعها شرعاً ما لم يستوف المطلق ثلاث تطليقات، وأصل هذا الحكم والأحكام السابقة المتعلقة بالشروط حديث ابن عمر الذي طلق زوجته وهي حائض، فذكر سداً عمر-رضي الله عنه- ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: " مره فليرجعها ثم يمسه حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء".

واتفق جمهور الفقهاء على أن طليقة البدعة تقع وتحسب، والدليل من الحديث لفظ "فليرجعها"، إذ لا مراجعة إلا بطلاق.

د- الطلاق باعتبار أثره: وينقسم هذا الطلاق إلى نوعين:

-الطلاق الرجعي: وهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة دون حاجة إلى عقد جديد ولا إذن الزوجة، ويكون في الطلاق الأول أو الثاني.

-الطلاق البائن: وهو الذي يرفع قيد الزواج في الحال، ولا يجوز لمن قام به أن يعيد الحياة الزوجية إلا بعد أن يعقد عقداً جديداً ويقدم لها مهراً، ويضمن رضا الزوجة الطليقة، وهذا النوع له صورتان:

***الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الذي يرفع قيد الزواج في الحال، ولا يملك الرجل بعده على مطلقته حق الرجعة إلا بإذنها ورضاها في العقد ومهر جديدين كأنه يريد تزويجها، هذا إذا لم يكمل الطلقات الثلاث، فالمطلقة بائناً تعد أجنبية عن المطلق.

***- الطلاق البائن بينونة كبرى:** وهو الطلاق الذي يطلق فيه الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها، وتنقطع به جميع الصلات بين الزوجين، ولا يملك فيه المطلق مراجعة الزوجة لا في العدة ولا بعدها، إلا إذا تزوجت

زوجا آخر في نكاح صحيح ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم تطلق منه على نحو طبيعي أو يموت عنها بعد البناء، وهو الذي وضحته الآية الكريمة في قوله تعالى: " فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ؛ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا " (سورة البقرة، الآية 230).

أما المشرع الجزائري في قانون الأسرة فقد تطرق فقط إلى قسم الطلاق باعتبار أثره من خلال المادتين (50، 51) منه، حيث نص في المادة (50) على الطلاق الرجعي، حيث يستطيع الزوج أثناء محاولة الصلح إرجاع زوجته دون عقد، أما مراجعتها بعد صدور الحكم بالطلاق فيحتاج إلى عقد جديد وإذنها، وهو الطلاق البائن بينونة صغرى، وهو ما ذكرته هذه المادة بقولها: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

أما المادة (51) فقد نصت على الطلاق البائن كبرى، والذي لا يستطيع فيه المطلق مراجعة زوجته إلا بعد أن تتزوج من غيره وتطلق أو يتوفى عنها، بقولها: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ومما يجب ملاحظته أن الطلاق الذي يحكم به القاضي بطلب من الزوجة في إحدى الحالات المذكورة في المادة (53) يعتبر بائنا بينونة صغرى، بينما الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهو طلاق رجعي لأن القاضي نزل عند رغبة الزوج، ولأن الطلاق في القانون لا يثبت إلا بحكم قضائي وفق ما نصت عليه المادة (49) من قانون الأسرة، بينما الطلاق بناء على عوض تدفعه المرأة لزوجها فهو بائنا بينونة صغرى، وكذا المرأة غير المدخول بها، لأن الرجعية مرتبطة بالعدة وهي لا عدة عليها.

الدرس التاسع: طرق ايقاع الطلاق

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المادة (48) على طرق ايقاع الطلاق، والمتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والطلاق بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة (التطليق أو الخلع).

أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

الأصل أن العصمة الزوجية بيد الزوج وهو من يملك انهاءها، وبالتالي فهذا النوع يصح عليه لفظ الطلاق دون تقييد، ونصوص الشريعة إنما نسبت الطلاق إلى الزوج وحده من باب التغليب لحال الإرادة المنفردة في إيقاعه. ويلجأ الزوج إلى هذ الطلاق حينما يجد في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، فأباحت له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها بعد استنفاد جميع الوسائل التأديبية قبل الطلاق.

وعليه فإن الشريعة وإن أباحَت الطلاق للزوج، فإنها جعلته في نطاق ضيق وبناء على مبررات مشروعة، وإلا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، وهذا التعسف يسبب ضررا للزوجة، ومن ثم تستطيع أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقها، وفقا للمادة(52) من قانون الأسرة الجزائري.

1- الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج:

- أن الزوج بمقتضى نصوص الشريعة والقانون هو من يتحمل مسؤولية الزواج والنفقة وتبعات الطلاق، وبالتالي فهو أحق بانتهاء العلاقة الزوجية متى شاء.

- الرجل أشد تماسكا أمام عواطفه ومشاعره حال الظروف الطارئة بينما المرأة أشد انفعالا في الغالب.

2- إجراءات ايقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

يتقدم الزوج إلى المحكمة ويطلب من القضاء إنهاء الرابطة الزوجية والحكم بالطلاق استنادا إلى أسباب معينة مضمنة رفقة الطلب في عريضة يودعها لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة، وبعد المرور بالجلسة السرية للمصالحة وتعيين حكّامين لمحاولة الصلح بينهما في أجل لا يتجاوز شهرين طبقا للمادة(65) من قانون الأسرة الجزائري، فإن فشل الصلح أدرج دعواهما في جلسة مستقبلية لإصدار الحكم بالطلاق.

وقد بيّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن دور القاضي في هذه الحالة هو التأكد من إرادة الزوج في ايقاع هذا الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة (450) منه على أنه: " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق".

ثانيا: الطلاق بالتراضي

1- تعريف الطلاق بالتراضي:

وهو الطلاق الذي يتم بناء على رغبة الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية بالتراضي بينهما، وهو ما ذكرته المادة(48) من قانون الأسرة الجزائري، ويحدد الزوجان الراغبان في هذا الطلاق سائر بنود الاتفاق التي تكون محل مراقبة من القضاء دون إحلال بمحاولة الصلح التي يجريها القاضي وفق ما نصت عليه المادة(49).

وهذا الطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكنوا من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاد جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين واتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي فلهما ذلك.

والمشروع الجزائري تطرق إلى تعريف الطلاق بالتراضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة(427) منه بنصها على أن: "الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

2- إجراءات ايقاع الطلاق بالتراضي:

في حالة الطلاق بالتراضي، فإن على القاضي أن يسمع كل طرف على حدا، ثم يسمعهما مجتمعين حتى يتأكد من رضائهما بهذا الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة(1/431) بقولها: "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين يتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا".

ويفهم من نص هذه المادة أن الحكمة من هذا الإجراء هو التأكد من رضا الزوجين بإيقاع هذا الطلاق، وبما تضمنه هذا الاتفاق من بنود، احتياطا لما يمكن أن يكون قد وقع فيه أحد الطرفين-خاصة الزوجة- من حرج وإكراه من الطرف الآخر أو من الأهل.

وحتى في حال التأكد من رضا الطرفين ببنود هذا الاتفاق، فإن سلطة القاضي لا تمنعه من تعديل في بنود هذا الاتفاق إذا قدر أن ما تم الاتفاق عليه يخالف النظام العام أو يتعارض مع مصلحة الأولاد، وهو ما أشارت إليه المادة(2/431) بنصها: " ينظر مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

ثالثا: التطلق (الطلاق بطلب الزوجة)

إذا كان الطلاق بيد الزوج وفق مبررات وضوابط تكلم الفقه والقانون عنها، إلا أن الشريعة والقانون راعا جانب الزوجة، ومنحها الحق في طلب التطلق من زوجها إذا تضررت منه، وذلك بإثباتها لأسباب الضرر أمام القاضي، ويجب على القاضي أن يطلقها إذا تبين له صحة ما تدعيه الزوجة.

1- تعريف التطلق:

-التطلق هو " الحكم القضائي بالفرقة بين الزوجين بناء على طلب من الزوجة لأسباب معينة".

- ويعرف التطلق أيضا بأنه: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب من الزوجة، لوجود سبب من أسباب التطلق.

2- الحكمة من التطلاق

- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الانسانية.

- تهديب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق عليهن حيث أوصى الرسول بالنساء خيرا.

- تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء بمختلف صوره من عدم انفاق أو عيب مستحکم أو غياب أو حبس أو فاحشة، وبالتالي تحطم طغيان الرجل عندما يعلم أن لها حق طلب التطلاق.

3- أسباب التطلاق:

لقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة أسباب طلب التطلاق من أحكام الشريعة الإسلامية وذكرها على سبيل في المادة (53)، وهذه الأسباب هي:

أ- التطلاق لعدم الإنفاق:

التطلاق لعدم الإنفاق أقره جمهور الفقهاء، أما الأحناف فيرون عدم استحقاق المرأة لطلب التطلاق لعدم النفقة، والمشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء فأجاز للزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق متى توفرت الشروط التي نصت عليها المادة (1/53) من قانون الأسرة الجزائري.

ب- التطلاق للعيوب:

أقر الفقهاء وكذا القانون لكلا الزوجين معا الحق في طلب الطلاق إذا تبين وجود عيب في أحد الزوجين من شأنه أن يؤثر على الحياة الزوجية، وهذه العيوب تنقسم إلى نوعين:

- عيوب جنسية تمنع من الدخول، وسواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة، والقاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية.

- عيوب مرضية لا تمنع من الدخول لكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأمراض المزمنة أو المعدية أو المنفرة، كالجدام والبرص والجنون والصرع والسل ويضاف إليه أمراض الوقت كالإيدز، وهذه الأمراض دون شك تؤثر على الحياة الزوجية.

ذهب جمهور الفقهاء إلى التفريق بسبب وجود العيب، والمشرع الجزائري اعتد بهذا الرأي فأجاز للزوجة طلب التطلاق إذا وجدت في زوجها عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وحسنا فعل لأنه لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مشترطا فقط تأثيرها على الحياة الزوجية وتقدير القاضي.

أما فيما يخص نوع الطلاق الواقع بالتطلاق للعيب، فالمالكية والأحناف رأوا بأنه طلاق بائن، أما الشافعية والحنابلة فعندهم فسخ للنكاح وليس طلاق، أما المشرع الجزائري فلم يحدد بدقة كونه طلاقا بائنا أو رجعيا، مما يستوجب الأخذ برأي المالكية الذي يقولون بأن التطلاق للعيب هو طلاق بائن، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته، لأنه يفوت عليها بالمراجعة هدفها من التطلاق.

ج- التطلاق للهجر:

هجر الزوجة في المضجع أي عدم المبيت معها في الفراش، وقد أباحت الشريعة الإسلامية للزوج هجر فراش الزوجية في حالة عصيان الزوجة بهدف تأديبها وإصلاحها لا بقصد إضرارها لمدة لا تزيد عن أربعة أشهر، لكن إذا هجر الزوج زوجته ومنعها من الحصول على ما تدعو إليه من المعاشرة فوق أربعة أشهر كان ذلك ضرا لا تستقيم به الحياة الزوجية ويعطي للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي طالبة التطلاق للضرر الذي لحقها من جراء الهجر، فإذا استعملت حقها في طلب التطلاق فإن الأمر يستدعي من القاضي التفريق عند ثبوته.

والمشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها إذا هجرها لمدة تفوق أربعة أشهر من خلال نص المادة (3/53)، والهجر المقصود لطلب التطلاق إذا توفرت فيه ثلاث شروط:

- أن يهجرها فعلا في الفراش الزوجية (الامتناع عن الاتصال بها).

- أن يدوم هذا الهجر مدة تفوق أربعة أشهر متتالية.

- أن يكون هذا الترك عمدا بقصد النكاية بالزوجة والإضرار بها دون مبرر شرعي كمرض أو غيره.

وبناء عليه فإن الزوجة إذا رفعت دعوى التطلاق بسبب الهجر، فإن على القاضي ألا يستجيب لدعواها إلا بعد أن يتأكد من صحة وجود الهجر بغير سبب شرعي مقبول تجاوز مداه المحدد، فإذا لم يتأكد لديه هذه الشروط فإنه لا يجوز له أن يحكم لها بالتطلاق، إلا أن القاضي يجد صعوبة في إثبات واقعة الهجر، إلا إذا كانت الزوجة بكرا أو بإقرار الزوج.

د- التطلاق للحكم على الزوج بجريمة

أجاز المشرع في قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطليق إذا حكم على الزوج بجرمة متى توفرت هذه الشروط:

- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة

- استحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية مع الزوج مرتكب الجريمة.

- أن يصدر من القاضي حكم يجرم الفعل وينزل عليه العقوبة.

ولعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية الماسة بالسمعة والشرف وجرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها، هذا ويقع الاشكال في عبء اثبات أن الجريمة تمس بالسمعة العائلية على الزوجة أم القاضي.

هـ - التطليق للغيبة:

إذا غاب الزوج مدة طويلة تفوق السنة عن زوجته أجاز لها بعض الفقهاء طلب الطلاق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان، لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها.

وللفقهاء رأيين في التطليق إذا غاب الزوج عن زوجته:

الرأي الأول: قال به الحنفية والشافعية أنه ليس للزوجة الحق في طلب التطليق بسبب غيبة الزوج عنها.

الرأي الثاني: رأى المالكية والحنابلة جواز التطليق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها ولو ترك لها النفقة.

أما المشرع الجزائري فقد أجاز للزوجة الغائب عنها زوجها طلب التطليق وفق ما نصت عليه المادة (5/53) من قانون الأسرة الجزائري.

هذا ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن التطليق للغياب يقوم على أساس الضرر، فغيابه بدون عذر يسبب ضررا للزوجة، ويفوت عنها أعراض الزواج، فيجب معاقبته بإيقاع الطلاق عليه لدفع الضرر عن الزوجة .

و - التطليق لمخالفة شروط القانون عند تعدد الزوجات:

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها عند مخالفته الأحكام الواردة في المادة (8) من قانون الأسرة والتي تتعلق بالتعدد حسب الضوابط الشرعية، فإذا أحل الزوج بهذا الواجب دون عذر مقبول جاز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا بالزواج بأخرى دون ترخيص قضائي منها.

كذلك إذا لم يحترم الزوج ضوابط التعدد المنصوص عليها في القانون يجوز للزوجة طلب التطليق للضرر، ويجب عليها اثبات ما تدعيه حتى يقضي لها بالطلاق، والمسألة تبقى خاضعة لتقدير القاضي.

ز- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة:

يصعب تعريف الفاحشة بدقة، ولكن يمكن استنباط مفهومها من خلال مدلولها اللغوي، فالفحش والفحشاء والفاحشة هو ما عظم من الأفعال والأقوال، والإسلام دين يهدف إلى تطهير مجتمعه من الفاحشة.

والمشرع الجزائري استنادا للمادة(7/53) من قانون الأسرة أجاز للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق من زوجها إذا ارتكب فاحشة مبينة، وعلى القاضي أن يتحقق من ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة اعتمادا على معيار الدين والعقل السليم وإرادة المجتمع.

ومتى قام الدليل وثبت للقاضي ارتكاب الزوج للفاحشة وكان الفعل اخلالا جسيما وخطيرا يؤدي إلى استحالة العشرة الزوجية، فإنه يستجيب لطلبها ويقضي بالتطليق ويكون طلاقا بائنا.

ح- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين:

الشقاق بين الزوجين يقصد به الشقاق الذي لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفسد شتى.

والمشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها للشقاق إذا استمر بينها وبين زوجها، وذلك حماية لأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده التوتر وعدم الاستقرار، هذا فضلا عن ابقاء الصلة بين علاقة أهل الزوجين.

وبجرد رفع دعوى الطلاق للشقاق بينهما يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والاصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تعيينهما.

فإذا لم يفلح الحكمان في الاصلاح بينهما بعد أن يقدمتا تقريرهما وتبين ألا فائدة ترجى من هذا الصلح قضى القاضي بالطلاق بينهما، وهو ما نصت عليه المادة(56) من قانون الأسرة الجزائري.

ط- التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

مما يتصل بالحقوق الزوجية الوفاء بما تضمنه عقد الزواج من شروط فيها مصلحة لأحد الطرفين، ولا تنافي مقاصد الزواج، وليس فيها ما يخالف النظام أو الآداب العامة.

وأجاز المشرع الجزائري بمقتضى المادة(19) من قانون الأسرة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج شروطا تكون فيها فائدة لا تحل حراما أو تحرم حلالا، وما دامت لا تنافي أو تناقض مقاصد الزواج، فإذا تضمن العقد شرطا من

هذه الشروط وكان الشرط لصالح الزوجة، فإن لها أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطلق لمخالفة الزوج للشرط بمقتضى المادة(9/53).

ي- التطلق لكل ضرر معتبرا شرعا:

أجازت الشريعة الإسلامية وكذا القانون للزوجة أن تطلب التطلق للضرر ، والمقصود بالضرر هو مضايقة الزوجة بما لا يجوز شرعا ولا يشمل عادة كإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي.

والضرر الذي وصفه المشرع بمقتضى المادة(10/53) يدخل فيه الضرر المعنوي والضرر النفسي أي كل ما يلحق نفسية الزوجة من ألم بسبب قول غير لائق بها، أو حتى تشببها بما لا يليق من الأمور، كما أن ترك الكلام مع الزوجة يعتبر ضررا، والقضاء الجزائري في أحكامه اعتبر من الضرر أن لا يوفر الزوج لزوجته سكنا منفردا بعد الحكم عليه وطلت فترة الخصام بين الزوجين بسبب ذلك، كما اعتبر كل الخلاف بين الزوجين لعدم الإنفاق ضررا، والضرب الواقع من الزوج على زوجته يعتبر ضررا.

والضرر الذي يقع على الزوجة من طرف الزوج بسببه تطلب التطلق يجب إثباته أمام القضاء بكافة الطرق، وحسنا فعل المشرع في توسعه في مفهوم الضرر، لأن الأضرار عديدة ولا يمكن حصرها، غاية ما في الأمر أنه تطلب أن يكون هذا الضرر معتبرا شرعا أو عرفا.

4- الآثار المترتبة على التطلق:

سبق وأن قلنا بأن التطلق الذي يكون بحكم القاضي في الحالات التي نصت عليها المادة(53) من قانون الأسرة يقع طلاقا بائنا، وعليه تترتب الآثار الشرعية والقانونية، والمتمثلة في العدة والحضانة والنزاع في متاع البيت والنفقة والسكن إلى جانب تعويض الضرر.

أ- العدة: تجب على الزوجة وتختلف تبعا لاختلاف حال المرأة أثناء الحكم بالتطلق من حيث المدة، ففي حال التطلق بالحمل تكون عدتها عند وضع حملها، وإن كانت غير حامل ومن ذوات الحيض فعدتها تنتهي بثلاثة أجراء، وإن كانت ليست من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، وهذا ما نصت عليه المواد(58و59و60) من قانون الأسرة الجزائري.

ب- التعويض عن الضرر: ورد في المادة(53 مكرر) من قانون الأسرة ما نصه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يتضح من المادة أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالتطلق أن يردف مع ذلك حكم بالتعويض للمطلقة عما لحقها من ضرر، ويعني ذلك أن الحكم على الزوج

بالتعويض لزوجته المطلقة الناتج عن الضرر الذي تعرضت له وبسببه طلبت التطليق بواسطة القاضي، وهذا الأخير له السلطة التقديرية لتحديد حجم الضرر ومنه تحديد قيمة التعويض الذي لا يمكن حصره بالاعتماد على مدخول الزوج أو وضعه المادي وإنما بالنظر إلى مقدار الضرر الذي لحق بالزوجة.

ج- نفقة وسكن المعتدة: المشرع الجزائري أعطى للمطلقة حق النفقة والسكن أثناء العدة، وذلك بمقتضى المادة (61) من قانون الأسرة بنصها: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

د- الحضانة: تعتبر الحضانة من أهم الآثار الناشئة عن انحلال عقد الزواج لأنها تتعدى نطاق المطلقين إلى الأولاد استنادا إلى ما قرره الشرع والقانون بكون أن الأم أولى بحضانة ولدها.

الدرس العاشر: الخلع

رابعاً: الخُلع

1- تعريف الخُلع

أ- لغة: الخُلع بفتح الخاء بمعنى النزع والإزالة، يستعمل في الأمور الحسية فيقال: خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه، وفي الأمور المعنوية كقولهم: خلع البيعة، أي تنصل منها، والخُلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا، إلا أنه حقيقة في إزالة الزوجية، إلا أن العرف خص استعمال الخُلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخُلع بالضم في إزالة الزوجية.

ب- اصطلاحاً: عرّف فقهاء الشريعة الخلع بأنه: " حل لعقد الزواج في مقابل عوض تلتزم به المرأة"، وعرّفه المالكية بأنه: " طلاق بعوض"، أي إزالة الزوجية على مال تبذله له فيصير عقد معاوضة تملك به الزوجة نفسها، وعرّف أيضا بأنه: " فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع".

ج- قانوناً: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتطرق إلى تعريف الخلع، وإنما أقره وجعله طريقة من طرق ايقاع الطلاق بطلب من الزوجة عند كراهيتها لزوجها، وذلك من خلال المادة (54) بنصها: " يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

2- مشروعية الخلع وحكمه

1- مشروعية الخلع

أ- القرآن الكريم: قوله تعالى: "إِن خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ" (سورة البقرة، الآية 229). فقد دلت الآية على مشروعية الافتداء، وإنما يكون حال الخلع إذ لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما أعطاها إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله، والمقصود هنا حقوق الزوج، فيجوز للزوجة أن تخلع زوجها بمقابل تدفعه له فيسرحها.

ب- السنة النبوية المطهرة: ما رواه البخاري عن ابن عباس قال: جَاءَتْ امْرَأَةٌ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا أَنْقَمُ (أَعْتَب) عَلَيَّ ثَابِتٍ فِي دِينٍ وَلَا خُلُقٍ، إِلَّا أَنِّي أَخَافُ الْكُفْرَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَتَرَدِّيْنَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَرَدَّتْ عَلَيْهِ، وَأَمَرَهُ فَفَارَقَهَا، من هذا الحديث دليل على مشروعية الخلع، حيث قضى النبي صلى الله عليه وسلم بفرقتهما، لأنه أدرك أنه لا يليق بالرجل أن يمسك امرأة لا تريد العيش معه رغما عنها ففيه إضرار بها، وهذا الخلع هو أول خلع حدث في الإسلام لكنه نادر ما حدث بعد ذلك في العهود الأولى للإسلام.

2- حكم الخلع

الشرع الإسلامي أباح للزوجة التخلص من حياتها الزوجية إذا كرهت زوجها، أو نشأ بينها وبينه خلاف وخصومات، فالشقاق شرط في إيقاع الخلع، وقيل يجوز عند تضرر الزوجة.

أما رأي المالكية في الخلع فإنهم يميزونه عندما توجد عند الزوجة حالة نفسية قاهرة تؤدي إلى سوء العشرة وإلى اختلال نظام الأسرة، لكنهم يشترطون أن تكون المرأة المخالعة مختارة وغير مكرهة على الفراق.

3- طبيعة الخلع ونوع الطلاق الواقع به

اختلف فقهاء الشريعة حول طبيعة الخلع من حيث كونه فسخا أو طلاقا، فرأى جمهور الفقهاء أن الخلع طلاق لقوله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، ولأن الزواج لا يحتل الفسخ ما دام قد نشأ صحيحا، وقال بعضهم أنه فسخ واستدلوا بقوله تعالى: "الطلاق مرتان" ثم قال: "فلا جناح عليهما فيما افتدت به" ثم قال: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"، فذكر تطليقتين والخلع بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، وقد أجمع الفقهاء على أن الزوج لا يملك فيه حق المراجعة.

أما المشرع الجزائري فقد عدّه طلاقا، ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ، حيث أورد أحكامه وفق المادة (54) في الفصل المعنون بالطلاق.

4- أحكام الخلع

وتتلخص هذه الأحكام في اشتراط رضا الزوج، وقيمة بدل الخلع.

أ- اشتراط رضا الزوج: اختلف الفقهاء حول اشتراط رضا الزوج لإمكانية المخالعة، بمعنى هل يكون للخلع صفة العقد يستلزم قبول الزوج، أم هو مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي؟ أم هو حق إرادي تمارس من خلاله الزوجة حقها في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة؟

اعتبره البعض عقداً ومن ذلك تعريف الدكتور محمد أبو زهرة بقوله: "عقد ينعقد بالإيجاب والقبول"، وبالتالي فإن دور القاضي ينحصر في تثبيت ما اتفق عليه الزوجان، وهو بهذا صورة من صور الطلاق بالتراضي، بينما اعتبره البعض الآخر مكنة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ومنهم من اعتبره حق إرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة ودون اشتراط رضا الزوج لكن بمقابل تدفعه للزوج، لأنها هي التي ترغب في إنهاء الحياة الزوجية، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري.

ولكن لم يكن المشرع الجزائري واضحاً في ظل قانون 1984 حول اشتراط رضا الزوج أو عدمه، فإن تعديل قانون الأسرة في 2005 قطع الشك باليقين صراحة على أنه لا يشترط رضا الزوج عند الخلع، إذ تنص المادة (1/54) على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي".

ب- قيمة بدل الخلع: اتفق الفقهاء أنه إذا كان البديل مساوياً لما دفع للزوجة من مهر أو أقل حل للزوج أخذه في الخلع، أما إذا كان البديل أكثر مما قدم إليها من مهر فقد اختلفوا:

-فقال بعضهم أخذ الزيادة جائز لا شيء فيه، لإطلاق الآية السابقة: "فلا جناح عليها فيما افتدت به"، ولأن الخلع معاوضة والبديل فيه يرجع إلى تراضي الطرفين.

-وقال البعض الآخر إن أخذ الزيادة مكروه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق عندما قال للمرأة: "أتردين عليه حديثه؟" فقالت: "نعم وزيادة"، فقال: "أما الزيادة فلا"، وبذلك نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الزيادة مع كون طلب الطلاق من قبلها.

أما المشرع الجزائري فقد أشار في المادة (2/54) من قانون الأسرة على أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، يفهم من هذه المادة أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مقابل مالي حسب الاتفاق، ويمكن أن يزيد على المهر مهما بلغ،

5- آثار الخلع:

- التفريق بينهما يعتبر طلاقاً بائنة على المشهور في المذهبين المالكي والحنفي، خلافاً للحنابلة يعتبرونه خلعاً.
- الخلع يسقط كل ما نشأ قبله من حقوق بين الزوجين مثل المهر المؤجل والنفقة الواجبة، إلا حق نفقة العدة فيبقى في ذمة الزوج، لأنه نشأ بعد وقوع الطلاق بواسطة الخلع.
- لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع، وإذا وقع اتفاق الزوجين على أن يطلقها مقابل تنازلها عن حقها في حضانة الأولاد، فإن الخلع سيكون صحيحاً وملزماً، أما التنازل فسيكون باطلاً لأن الحضانة فيها حق للطفل وحق للحاضنة.
- إذا اتفق الطرفان على أن يكون مقابل الخلع التزام الأم بنفقتهم لمدة محددة أو غير محددة وتم الطلاق جاز ذلك.

الدرس الحادي عشر: آثار الطلاق

- العدة

1- تعريف العدة:

أ- لغة: لفظ العدة مأخوذ من الاعتداد، إذ يقال عدت الشيء إذا أحصيته، أي معنى العدة هو العد والاحصاء والاحتساب، وهي مصدر كالعِد.

ب- اصطلاحاً: العدة هي: "هي مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة"، وعرفت أيضاً بأنها: "الأجل الذي أوجبه الشرع الإسلامي على الزوجة التي فارقتها زوجها أو توفي عنها لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فلا تتزوج بغير زوجها الأول حتى تنقضي عدتها".

ج- قانوناً: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتطرق إلى تعريف العدة، وإنما أقرها وجعلها من آثار الطلاق في الفصل الثاني منه، وتطرق إلى أنواع العدة المفروضة على المرأة بمقتضى المواد (58 و59 و60) من قانون الأسرة.

2- مشروعية العدة:

أ- القرآن الكريم: قوله تعالى: "يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ" (سورة الطلاق، الآية 1)، وقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا" (سورة البقرة، الآية 234).

ب- السنة النبوية المطهرة: ما روي عن السيدة عائشة-رضي الله عنها أنها قالت: "أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض".

3- الحكمة من العدة: وتظهر الحكمة من وجوب العدة على المرأة على النحو الآتي:

- معرفة استبراء الرحم حتى لا تختلط الأنساب

- إظهار الأسف على نعمة الزواج، وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وإصلاح شؤونهما بعيدا عن الانفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق، وإرجاع الحياة الزوجية لطبيعتها.

- صون سمعة المرأة وكرامتها.

- تمكين الزوجة المتوفى عنها زوجها من إظهار التأثير لفقد زوجها، وهذا ضرب من الوفاء له.

4- أنواع العدة

تختلف العدة تبعا لاختلاف حال المرأة أثناء الحكم بالطلاق، وتجب العدة على المرأة وقد بين الشرع والقانون أنواعها وهي عدة الإقراء وعدة الأشهر وعدة وضع الحمل.

أ- عدة الإقراء: تكون إذا كانت المرأة ممن تحيض، وكانت الفرقة في زواج صحيح بعد الدخول حقيقة أو في زواج فاسد بعد الدخول، والقرء لفظ مشترك يطلق على الحيض و الطهر، ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض أي التي تعتربها العادة الشهرية.

والمشرع الجزائري أشار إلى عدة القروء في المادة(58) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "تعد المطلق المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..."

ب- عدة الأشهر: وتحتسب العدة هنا بمددة محددة بصورة واضحة، وتعد بالأشهر من النساء:

- من ليست من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة ولم تر الحيض مطلقا، أو الكبيرة التي يئست من الحيض وهي ثلاثة أشهر، والمشرع الجزائري أشار إلى عدة اليائس من الحيض بمقتضى المادة(58) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "... واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، أما الصغيرة فلا يجوز التزوج بها من الناحية القانونية إلا للضرورة أو المصلحة، لأن سن الزواج محدد بنص قانوني.

- المتوفى عنها زوجها في زواج صحيح، فإن عدتها متى كانت غير حامل وقت وفاة زوجها تكون أربعة أشهر وعشرة أيام، وإن كانت من ذوات الحيض، والمشرع الجزائري أقر عدة المتوفى عنها زوجها وكذا زوجة المفقود بمقتضى

المادة(59) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

ج-عدة المرأة التي غاب عنها زوجها(زوجة المفقود) وكان مصيره مجهولان فهذه تنتظر مدة أقصاها أربع سنوات ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج.

ج-عدة وضع الحمل: تعتد بها المرأة التي وقعت الفرقة بينها وبين زوجها وهي حامل، سواء كانت الفرقة هذه الفرقة بالطلاق أو الوفاة، وذلك لقوله تعالى: "وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ" (سورة الطلاق، الآية4). ومعناه أن النساء الحوامل عند الفرقة تكون عدتهن ما بقي من مدة الحمل.

والمشرع الجزائري أشار إلى هذه العدة بمقتضى المادة(60) من قانون الأسرة بنصها على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

5- أحكام المرأة المعتدة

للرأة أحكام مختلفة بعضها حقوق وبعضها واجبات تجب عليها شرعا ومن هذه الأحكام:

أ- الحقوق: للمرأة المعتدة عدة حقوق وهي في فترة العدة:

-ثبوت نسب الولد الذي تلده إلى أبيه خلال فترة العدة.

-ثبوت الميراث بينها وبين زوجها السابق وهي في فترة العدة إذا كان الطلاق رجعيا، أما إذا كان بائنا فلا ميراث بينهما، إلا إذا كان الزوج فارا من الميراث.

-لزوم النفقة على المرأة المعتدة من طلاق.

ب- الواجبات: إذا كان للمرأة المعتدة أثناء فترة العدة حقوق مختلفة، فإن عليها واجبات عديدة لا بد من الالتزام بها وهي:

-عدم حل زواجها أو خطبتها أثناء فترة العدة.

-وجوب لزومها بيت الزوجية حتى تنقي العدة ولا تخرج منه إلا لقضاء حاجة مشروعة ثم تعود إليه.

-حدادها على زوجها إذا كانت العدة لوفاته بالحزن عليه، وهذا ضرب من ضروب الوفاء له ولأهله.

الدرس الثاني عشر: الحضانة

1-تعريف الحضانة

أ-لغة: الحضانة لغة من حضن الصغير حضنا وحضانة، جعله في حضنه، والحضن هو ما دون الإبط، واحتضنت الشيء جعلته في حضني.

ب-اصطلاحا: الحضانة في الاصطلاح الشرعي تربية الطفل والقيام بشؤونه في فترة معينة من عمره، ودفع الأذى عنه حتى يبلغ سنا معينة، وعرفت الحضانة بأنها: "هي تربية الصغير والقيام بشؤونه خلال مدة معينة ممن له الحق في التربية والرعاية".

ج-قانونا: المشرع الجزائري في قانون الأسرة تطرق إلى تعريف الحضانة بمقتضى المادة(62) التي تنص على أن: "الحضانة هي رعاية الولد الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

2- شروط الحضانة:

المتتبع لأحكام الشريعة الإسلامية يجد أن الفقه قد رعى فيها مقدرة كل من الأبوين على القيام بهذه المهمة وبالتناوب بينهما، أما الشروط التي يجب أن تتوفر في الشخص الحاضن حسب فقهاء المسلمين فهي:

- أن يكون شخصا عاقلا: لأنه لا يمكن اسنادها إلى مجنون أو معتوه ولو كان ممن يستحقونها ويطلبونها.

- أن يكون شخصا راشدا: لأنه لا يمكن اسناد الحضانة إلى شخص صغير هو نفسه في حاجة إلى عناية.

- أن يكون شخصا قادرا: ونعني هنا القدرة المادية والجسمانية التي تكفل للمحضون ضمان حفظه صحة وخلقا وضمان السهر على تربيته وتعليمه.

- أن يكون شخصا آمينا ومسلما: أي أن يكون الحاضن آمينا على المحضون في خلقه وسلوكه وأمينا في الاهتمام به ورعاية مصالحه، وأن يكون مسلما لأنه لا يجوز أن تسند الحضانة لغير المسلم.

- أن يكون الحاضن قريب للطفل: أي ذات محرم منه.

المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يفرد فصلا محمدا عن شروط الحضانة وأشار فقط في المادة(2/62) بنصها إلى: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، أي أن يكون قادرا ماديا وقانونيا على توفير كل الأمور لمصلحة المحضون.

3- مراتب الحاضنين (أصحاب الحق في الحضانة)

إن أصحاب الحق في الحضانة وفقا لقواعد الشريعة والقانون أشخاص عديدون لهم مراتب ودرجات محددة في الشريعة والقانون، وتقدم جهة النساء على الرجال في الحضانة هي قاعدة شرعية تقتضيها طبيعة الحياة في المراحل الأولى للصغار.

والحكمة في تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير، لأنها أحن قلبا عليه، وأكثر قدرة على احتماله، إذا توافرت فيها شروط الحضانة، وهذا استنادا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبو داود من: " أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، لأن المرأة بحكم الفطرة والتكوين هي الأقدر على رعاية الطفل وتلبية احتياجاته المتنوعة في هذا السن.

وفيما يتعلق بمراتب الحاضنين في قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع أعطى الأولوية للأم لأنها أكثر عطفًا ورحمة بالطفل، وذلك بمقتضى المادة (64) بنصها: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

من هذه المادة يتضح أن الأم أولى الحاضنات لأنها أشفق وأحن من غيرها على صغيرها، ثم يليها الأب في الحضانة، وبعده يأتي دور الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربين درجة.

وتبقى مصلحة المحضون فوق كل اعتبار، فمصلحة الصغير قد تغير ترتيب المستحقين للحضانة الوارد ترتيبهم في المادة (64)، إذ يشترط النص مراعاة مصلحته قبل مراعاة ترتيب الحواضن، إذ نصت نفس المادة: " مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

وعليه فالحضانة وإن كانت تعتبر حقا للأشخاص المذكورين أعلاه حسب الترتيب الذي وضعهم فيه، فإن هذا الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة وليس من النظام العام.

4- أحكام الحضانة:

أ- مدة الحضانة:

المشرع الجزائري في نص المادة (65) حدّد مدة حضانة الذكر ببلوغه سن العاشرة من عمره، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وهو طبقا لنص المادة (7) تسعة عشر سنة، وأجاز القانون أن يمدد حضانة الذكر إلى 16 سنة بشرط أن

تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، وهذا مؤداه أن مجرد زواج الأم مرة ثانية كاف لعدم تمديد حضانتها بالنسبة لولدها إلى سن السادسة عشر، وهذا هو الراجح عند مذهب المالكية إذ يقولون: لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق، أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد.

وحكم القاضي بانتهاء مدة الحضانة مقيد بمصلحة المحضون استنادا للفقرة الثانية من المادة(65) التي تنص: "على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".

ب- نفقة المحضون وسكناه:

عند انفصال الزوجين فإن نفقة المحضون تكون واجبة على أبيه أو على من تلزمه نفقته وتستمر النفقة على الأنتى حتى تتزوج.

المشرع الجزائري لم يتحدث على نفقة المحضون، لكنه ركز على وجوب توفير السكن الملائم للحاضنة لضرورته ولأنه يأوي الأبناء وأمهم، وفي حقيقة الأمر فالنفقة تكون على الأب بداهة لأنه هو المسؤول عنهم.

ولقد نصت المادة(72) من قانون الأسرة على أن: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"، بالنظر للنص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير السكن يتوجب عليه دفع بدل الإيجار للممارسة الحضانة، وهذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل تنفق على نفسها به، لأن توفير السكن يحقق النفع للصغار، والنفقة قد تكون لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة المطلقة التي ليس لها الحق في النفقة من طرف الأب.

أما الفقرة الثانية من المادة(72) من قانون الأسرة فقد نصت على أنه: "تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، يتضح من هذه الفقرة أن هذا الإجراء استحدثه المشرع لدفع الزوج إلى تنفيذ الالتزام بتوفير السكن لممارسة الحضانة، خصوصا عندما لا تجد الأم المطلقة وبعد انتهاء العدة مكانا تلجأ إليه ولو مؤقت ريثما يوفر الزوج مسكن الحضانة.

5- أسباب سقوط الحضانة وعودتها إلى مستحقيها

تسقط الحضانة لأسباب محددة في القانون، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها

أ- أسباب سقوط الحضانة

تسقط الحضانة بقوة القانون، كما تسقط إراديا على النحو التالي:

-سقوط الحضانة بقوة القانون:

*يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير غريب محرم وفقا للمادة (66) من قانون الأسرة الجزائري ، ومؤدى هذا أن الحاضنة إذا كانت متزوجة بأجنبي فلا حق لها في الحضانة وسبب ذلك أن الزواج أسقط حقها للحضانة، وهذه الأخيرة شرعت لمصلحة المحضون، وزواجها يشغلها عنه.

*تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط الحضانة وفقا للمادة (67) من قانون الأسرة الجزائري، وهذه الشروط هي:

- القدرة على الحضانة، أي القدرة على رعاية المحضون وتعليمه والقيام على تربيته.

- أن تكون الحاضنة متوافرة فيها شروط تربية المحضون على دين أبيه.

-القدرة على السهر على حماية المحضون وحفظه صحيا وخلقيا.

*-تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم وفقا للمادة 70

*-تسقط حق الحضانة بتقدير القاضي ومراعاة لمصلحة المحضون إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي وفقا للمادة(69) من قانون الأسرة الجزائري.

*-تسقط الحضانة إذا لم يطلبها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر وفقا للمادة (68) من ق.س.ج.

-سقوط الحضانة إراديا:

*تسقط الحضانة بالتنازل عنها من طرف الحاضن وفقا للمادة (66) من قانون الأسرة الجزائري.

ب- عودة الحضانة إلى مستحقيها

لقد أقر المشرع الجزائري بعودة الحضانة إلى مستحقيها في حال سقوط السبب القانوني، وذلك بمقتضى المادة(71) من قانون الأسرة بنصها على أن: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، يفهم من هذا النص أنه إذا كان لشخص ما الحق في الحضانة وسلب منه هذا الحق أو سقط عنه لسبب من الأسباب القانونية، فإن هذا الحق سيعود إليه حتما إذا زال السبب.

أما إذا كان سبب سقوط الحضانة ناتجا عن تصرف من مستحق الحضانة وبناء على رغبته واختياره فإن حق الحضانة سوف لا يعود إليه أبدا بعد سقوطه إذا كان السقوط مترتب عن تنازله الصريح الطوعي أو مترتب عن إهماله لحقه في الحضانة لمدة أكثر من عام لأن مصلحة المحضون متوفرة لدى غيره.