جامعة محمد الصديق بن يحي-جيجل

كليـة الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

إشكالات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:

* سالمي فطيمة

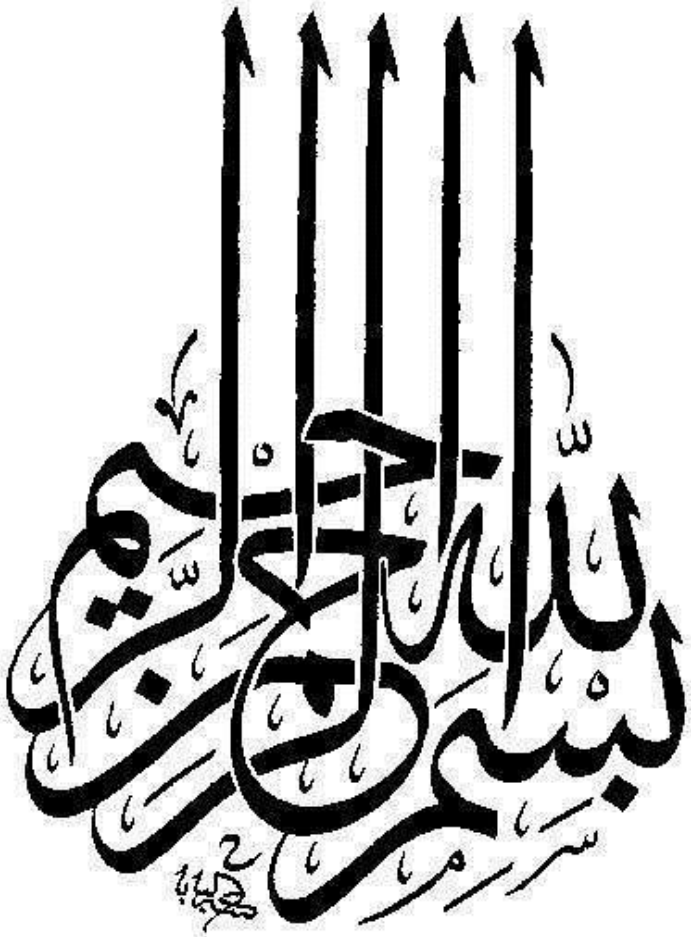
تحت إشراف الأستاذة:

د. بوزيرة سهيلة

أعضاء لجنـة المناقشـة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
د.بن غريب رابح	أستاذ محاضر-أ-	محمد الصديق بن يحيى/جيجل	رئيسا
بوزبرة سهيلة	أستاذة محاضرة-أ-	محمد الصديق بن يحيى/جيجل	مشرفا ومقررا
مليط ابتسام	أستاذة مساعدة-أ-	محمد الصديق بن يحيى/جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021-2022



"وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ".

سورة التوبة الآية: 104

"إِنِّي رَأَيْتُ أَنَّهُ لَا يَكْتُبُ إِنْسَانٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ؛ إِلاَّ قَالَ فِي غَدِهِ: لَوْ غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ، وَلَوْ زِيدَ هَذَا لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تُرِكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَلَ. هَذَا مِنْ أَعْظَمِ العِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِيلَاءِ النُّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ البَشَرِ."

"القاضي الفاضل عبد الرّحيم بن علي البيسانيّ"

عن كتاب "إعلام العابد بحكم تكرار الجماعة في المسجد الواحد"

لمؤلفه "أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان"

شكران وعرفان

أولا وقبل كل شيء أحمد المولى سبحانه وتعالى الذي ثبّت أقدامي

وشّد عزمي وزرع في ذواتي الصبر وزاد في نفسي عزما في الإقبال على هذا العمل لأخر حرف منه، مذللا كل العقبات ومهوّننا عليّا كل الصعاب، فالّلهم لك الحمد حمدا كثيرا طيّبا مبارك فيه ملىء السموات والأرض وما بينهما.

إلى أستاذتي الفاضلة " بوزبرة سهيلة" شكرا على قبولك متابعة هذه المذكرة المتواضعة ورعايتها بالمراقبة والنقد الكبيرين منذ أن كانت فكرة ورؤى مشتتة إلى أن تبلورت الفكرة واكتملت اليوم بفضل اقتراحاتك ونصائحك- حمد الله- بفضل الله وعونك، شكرا على كل شيء نقذك وإنتقاذك.

كما أتقدم بالشكر والتقدير الموصول إلى لجنة أعضاء المناقشة الموقرة الأستاذينالفاضلين "بن غريب رابح ومليط إبتسام"، على تحمل عبء مراجعة هذا الموضوع فلكما عظيم الشكر والامتنان.

الإهداء

كما أهدي ثمار جهدي إلى من قال فيهما الله عزوجل:

﴿ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

إلى اللذين يعرفون أنفسهم ومقابل اللاشيء يمنحون حق العطاء إلى:

" **الوالدين الكريمين**"

كما أهدي هذا العمل إلى كل من فتح يداه لتكون لي عونا، إلى من فتحوا قلوبهم فكانوا نعم الأصدقاء، إلى كل من قدم المساعدة ولو بالابتسامة الصادقة فقط.

كل الشكر والامتنان.

الإهــداء

كما أهدي ثمار جهدي إلى من قال فيهما الله عزوجل:

﴿ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾

إلى اللذين يعرفون أنفسهم ومقابل اللاشيء يمنحون حق العطاء إلى:

" الوالدين الكريمين "

كما أهدي هذا العمل إلى كل من فتح يداه لتكون لي عونا، إلى من فتحوا قلوبهم فكانوا نعم الأصدقاء، إلى كل من قدم المساعدة ولو بالابتسامة الصادقة فقط.

كل الشكر والامتنان.

ق.أ.ج..... قانون الأسرة الجزائري.

ق.م..... قانون المدني.

م.ج..... المجلة القضائية.

م.ع..... المحكمة العليا.

غ.أ.ش..... غرفة الأحوال الشخصية.

ج.ر..... الجريدة الرسمية.

ص.ص..... من الصفحة إلى الصفحة.

د. ب. ن..... دون بلد النشر.

د.د.ن..... دون دار النشر.

د.ط..... دون طبعة.

ص..... صفحة.

ع..... عدد.

د.س..... دون سنة.

م..... مجلد.

ج..... جزء.

ط..... طبعة.

مقدمة

إن الزواج هو الإطار الشرعي والقانوني الذي يؤسس للعلاقة بين كل من الرجل والمرأة والتي من خلالها تنشأ أسرة بينهما على أساس روابط المودة والرحمة، حيث تعتبر هذه العلاقة أقدس العلاقات.

ومع ذلك قد تتخلل هذه العلاقة مشاكل و التي تجعل من المستحيل الاستمرار في هذه الرابطة الزوجية، لذلك يتم اللجوء إلى حلها في صورة طلاق بمفهوم آخر انحلال الرابطة الزوجية التي أصبحت هي المحور الرئيسي لحل الخلافات القائمة بين طرفي العلاقة رغم أنها أبغض الحلال عند الله، لذلك نجد العديد من الدراسات سواء كانت هذه الدراسات "شرعية أو قانونية أو فقهية" أولتها اهتماما كبيرا خاصة عندما تثير إشكالات حول تطبيق النصوص القانونية من الناحية العملية والتي تكون معارضة ومخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ويرتب الطلاق عدة آثار بين الزوجين خاصة المرأة من بينها:"العدة والحضانة"، اللّتان تعتبران من أهم الآثار المترتبة عن انحلال الرابطة الزوجية الذي تدخل في نطاق الآثار غير المالية، في المقابل نجد الآثار المالية والمتمثلة في: "النفقة والميراث".

تعتبر النفقة واحدة من الالتزامات المالية للزواج وترتيبات بعد الطلاق، وهو أمر الذي نص عليه المشرع وبالمثل عندما يتعلق الأمر بالميراث فإن المشرع يأخذه على محل الجد خاصة فيما يتعلق بالقضايا التي تثيرها في واقع.

بالإضافة إلى الطلاق العرفي والنسب حيث لا تزال تصدر عدة أحكام في هذا الشأن نتيجة للإشكالات التي تطرح في القضاء عامة والواقع خاصة.

لذلك فهذا الموضوع يهدف إلى إلقاء الضوء على هذه القضايا والإشكالات التي يمكن أن تطرح، من خلال حصر هذه الدراسة في الإشكالات المترتبة عن الطلاق والتي نظمها القانون والتي جاءت تتعارض مع ما نصت عليه الشريعة الإسلامية في بعض الأحيان.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في حيويته التي تتجلى فيما يلي:

- ✓معرفة مدى قدرة المشرع على محاولة التوفيق بين نصوصه ونصوص أحكام الشريعة الإسلامية "التعارض".
- ✓تسليط الضوء على أهم الإشكالات التي يمكن أن تثار في موضوع الطلاق.
- ✓إبراز أهم الجوانب المختلفة الموجودة بين الشريعة وتقنين الأسرة.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد تم اختياري لهذا الموضوع انطلاقا من الاعتبارات التالية:

أسباب شخصية:

- ✓الاهتمام بموضوعات أسرة ككل والمطلقة خاصة.
- ✓الرغبة الملحة في معرفة الإشكالات التي تخص المطلقة والأبناء نظر لحساسية هذه المسائل.

أسباب موضوعية:

- ✓محاولة إظهار مختلف التعارض والاختلافات الموجودة بين القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية.
- ✓توجه إلى إبراز ومحاولة التوفيق بين أحكام القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية.

الهدف من اختيارالموضوع:

تهدف الدراسة إلى تبيان أهم الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة أثناء تطبيقه للنصوص القانونية المعارضة في بعض الأحيان لأحكام الشريعة ومحاولة التوفيق من الجانبين.

إشكالية الموضوع:

تبرز إشكالية الموضوع فيما يلي:

إلى أي مدى قد يثير الطلاق إشكالات أثناء تطبيق أحكام قانون الأسرة والمبادىء التي أقرتها الشريعة الإسلامية؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية قمت بطرح التساؤلات الفرعية التالية:

1- ماهي الإشكالات القانونية التي قد تثار للمطلقة في حالة انفصالها؟

2- هل وفق المشرع في تقليص دائرة الاختلافات الموجودة بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكامه لحل بعض إشكالات الطلاق؟

صعوبات الدراسة:

واجهتنا أثناء إعداد هذه الدراسة جملة من العراقيل لعل أهمها :

- ✓ نقص المراجع التي عنيت لهذا الموضوع بشكل دقيق، ما ألزمني التنقيب عنه في دراسات عامة.
- ✓ ضيق الوقت المخصص لإنجاز هذا الموضوع، فهذه الدراسة تتطلب وقتا أطول ورؤى أعمق.
- ✓ قلة الدراسات العلمية التي عالجت هذه المسألة.
- ✓ صعوبة ضبط المعلومة نتيجة الآراء المختلفة من جهة بالمقابل شساعة الموضوع.

المنهج المتبع:

تم الاعتماد عند معالجة هذا الموضوع على "المنهج الوصفي" قصد وصف عناصر ومفاهيم الموضوع والإلمام بها، وعلى "المنهج التحليلي" الذي يساعد بشكل معتبر على

الخوض في جوهر تحليل النصوص القانونية التي تتضمن أحكام الموضوع، وكذلك الاعتماد على المنهج المقارن للمقارنة بين أحكام الشريعة والاجتهادات القضائية والقانونية.

تقسيم الخطة:

محاولة الإلمام بجوانب الموضوع المختلفة قمت باعتماد على الخطة التالية التي قسمتها إلى فصلين، حيث جاء **الفصل الأول:** "حول إشكالات القانونية المتعلقة بالطلاق من حيث الآثار المالية وغير المالية"، استعرضت فيه مبحثين فتم التطرق في المبحث الأول إلى إشكالات القانونية المتعلقة بالأثار غير المالية المتمثلة في "العدة والحضانة"، أما المبحث الثاني فتم عرض "الآثار المالية" "النفقة والميراث".

أما بخصوص **الفصل الثاني** فتم تناول: "الإشكالات التي يثيرها الطلاق العرفي وما يترتب عنه من إشكالات إثبات النسب "والذي يتشكل من مبحثين، في المبحث الأول تم تناول "إشكالات الطلاق العرفي"، أما المبحث الثاني فتم التطرق إلى "إشكالات النسب".

الفصل الأول:

إشكالات القانونية المتعلقة بالطلاق من حيث الأثار المالية وغير المالية

قد تتخلل الحياة الزوجية بعض المعوقات والمشاكل التي تؤدي إلى ضياع معاني الزواج السامية، ولا خيار أمام طرفي العلاقة "الزوجان" سوى قطع الرابطة الزوجية، في هذه الحالة أباح الشرع الطلاق ولكن وفق ضوابط "الشرعية والقانونية".

فبمجرد انحلال الرابطة الزوجية، تنشأ العديد من التبعات المالية وغير المالية، ومن الآثار غير المالية "العدة والحضانة" التي أثيرت بشأنهم عدة إشكالات عملية وواقعية صدرت أحكام قضائية ولا تزال تصدر في هذا الشأن، أما الآثار المالية فتجلت في "النفقة والميراث"، لذلك فإن بداية الفصل الأول هي موضوع الدراسة يتم فيها معالجة هذه الإشكالات وذلك ضمن قسمين على شكل مبحثين، حيث يتضمن المبحث الأول: "إشكالات القانونية من حيث الآثار غير المالية"، أما المبحث الثاني فتم التطرق إلى "الإشكالات القانونية من حيث الآثار المالية".

المبحث الأول: إشكالات الطلاق من حيث الآثار غير المالية

تطرق المشرع بالتفصيل إلى موضوع العدة، في المواد" 58 إلى61" من قانون الأسرة وبما أن هذا الأخير يتطلب مؤهلات خاصة لأن مواده مرتبطة بعضها البعض، فهذا ما ألزم القاضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أثناء إيجاد حل للنزاعات سواء في حساب العدة أو الآثار الناتجة عنها على حد سواء هذا من جهة، وبالمقابل تناول قانون الأسرة في مواده "62 إلى 72"[1] الأحكام العامة للحضانة والإشكالات القانونية المثارة حولها، وهذا ما سيتم دراسته في هذا المبحث الذي قسم إلى مطلبين.

حيث تم التطرق في المطلب الأول: "إشكالية العدة"، ثم التطرق إلى موضوع "إشكالية الحضانة التي يمكن أن تثيرها"، والتي يمكن للقاضي الإصطدام بها أثناء تطبيق قراراته وأحكامه في "المطلب الثاني".

المطلب الأول: إشكالية العدة

تعتبر العدة من الأمور المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة وما تتضمنه من تعقيدات على مستوى الواقع، وبالتالي سنحاول إعطاء تعريف بسيط من جميع النواحي بالعدة "الفرع الأول"، ومشروعيتها "الفرع الثاني"، قبل الخوض في الإشكالات التي تثيرها هذه الأخيرة" الفرع الثالث".

[1]– الأمر02/05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 1، المؤرخ في 27 فبراير 2005، معدل ومتمم.

الفرع الأول: التعريف بالعدة

نحاول في هذا الفصل إعطاء مفهوم شامل للعدة وذلك بالاعتماد على تعريفها لغة واصطلاحا بالإضافة إلى التعريف القانوني.

أولا: تعريف العدة لغة

تعرف العدة على أنها المدة التي تنقضي بعد طلاق المرأة والبالغة 30 يوم قبل أن تعقد زواج ثانيا وذلك لإثبات نسب المولود فيما يتعلق والده وفي حالة وفاة الزوج تبدأ المهلة منذ تاريخ وفاته وفي حالة إبطال الزواج تبدأ منذ يوم اعتبار أن العلاقة بين الزوجين سابق أصبحت غير ممكنة أو من تاريخ حكم إبطال الزواج نهائيا.[1]

والعدة بكسر العين هو إحصاء الشيء، عده، يعد، وتعداده في قوله تعالى: "وأحصى كل شيء عددا"[2]، وكذلك عددته عدا من باب العدد أي المعدود قالوا والعدد هو الكمية المتآلفة من الوحدات، وعدة المرأة قبل أيام أقرئها مأخوذة من العد والحساب.[3]

ثانيا: تعريف العدة اصطلاحا

لم يختلف الفقهاء بأنها العدة ولكن ما تم الاختلاف فيه هي الألفاظ فقط وهذا ما سيتم تبيينه كالآتي:

---

[1]– موريس نخلة وروحي البعلكي وصلاح ممر، القاموس القانوني: قاموس قانوني موضوعي شامل ومفصل، الطبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002، ص 1143.

[2]– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنظور، لسان العرب، المجلد3، دار الصادرة لبنان، 1405، ص281.

[3]– أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الطبعة 2، دار المعرف، القاهرة، ص ص 395–396.

1- عرفها بعض الفقهاء الشريعة الإسلامية بأنها الفترة التي تكون بعد نهاية الطلاق من زواج صحيح بمعنى أخر أنها الفترة التي تنتظرها الزوجة بعد غياب الزوج سواء كان حي أو ميت ولا تستطيع إعادة الزواج إلى غاية نهاية الفترة المحددة.[1]

2- أما المالكية فاعتبروها المدة التي تأتي بعد الطلاق حيث تمكث في البيت بعد الطلاق أو الوفاة زوجها إلى غاية براءة الرحم أو الحزن عن المتوفى، أما الرجل فلا عدة له.[2]

3- أما رأي الجمهور فيقولون بأنها المدة التي تتربص المرأة لمعرفة براءة رحمها من أي تعبد أو لتفجعها على زوجها.[3]

ثالثا: تعريف العدة قانونا

نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى تعريف العدة بل اكتفى بإعتبارها أثر من أثار الطلاق في الفصل الثاني من خلال المواد "58 و59 و60 و61".[4]

الفرع الثاني: مشروعية العدة وأدلتها

سيتناول في هذا الفرع مشروعية العدة وأدلتها التي تنقسم إلى شقين على شكل أولا وثانيا، حيث يتضمن الجزء الأول مشروعية العدة "أولا"، أما الجزء الثاني فتم التطرق إلى أدلتها "ثانيا".

أولا: مشروعية العدة

العدة واجبة على المرأة المطلقة ولقد ثبت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع.[5]

---

[1]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص127.

[2]- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 165.

[3]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "حسب أخر تعديل له" قانون رقم 09/05المؤرخ في 4 مايو سنة2005"، الطبعة1، دار الخلدونية ، الجزائر، 2007، ص 327.

[4]- المواد 58 و59 و60 و61 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[5]- محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية: شرح مقارن لقانون أحوال الشخصية، الطبعة 3، دار الثقافة، 2005، ص356.

ثانيا: أدلة مشروعية العدة

أ- من الكتاب:

قال تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ﴾.[1]

قال تعالى:﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾.[2]

وقوله أيضا: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾.[3]

ب- من السنة: تظهر أدلة العدة في السنة في عدة أحاديث **حيث** قالت زينب:" دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب، فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة، خلوق أو غيره فدفعت منه جارية ثم هست بعارضيها ثم قالت: والله مالي بالطيب من حاجة، غير أني سمعت رسول الله صلى الله وعليه وسلم يقول: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الأخر أن تجد على ميت فوق ثلاث ليا، إلا على زوج أربعة أشهرا وعشرا".[4]

---

[1]- الآية 227 من سورة البقرة.

[2]- الآية 234 من سورة البقرة.

[3]- الآية 4 من سورة الطلاق.

[4]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بخاري، صحيح البخاري، الطبعة1، دار ابن الكثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص1359.

قالت زينب: "فدخلت على زينب ابنة جحش حين توفي أخوها، فدعت بطيب فمست منه ثم قالت :أما والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الأخر أن تحد فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا".[1]

ج- من الإجماع: أجمعوا على وجوب العدة واختلفوا في ترتيبها.[2]

الفرع الثالث: أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بالعدة

تعتبر العدة موضوعا حساسا لما لها أهمية كبيرة في الواقع، حيث لاحظنا أن المشرع والشريعة الإسلامية أعطتها وأولت بها عناية شديدة جدا حيث أن القاضي في مستوى المحاكم عند دراسته مجال العدة كأثر من أثار الطلاق يأخذ بالحسبان عدة اعتبارات فيصادف أمامه عدة عراقيل خاصة في حالة وجود تعارض بين الشريعة والقانون، لهذا يجد نفسه في إشكال هل يطبق أحكام قانون الأسرة أو ما جاءت به الشريعة وذلك نتيجة اختلاف الفقهاء في تفسير الألفاظ، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا الفرع حيث تم تناول عدة الأقرء ومختلف تفسيراتها" أولا" لنعرج بعدها إلى عدة الأشهر وما جاءت به مختلف تفسيراتها "ثانيا".

[1]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بخاري، المرجع السابق، ص1359.

[2]- ابن قدامه عبد الله ابن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين المغني، الجزء1، الطبعة 3، دار عالم الكتب للنشر، 1997، ص 397.

أولا: عدة الأقرء

قال الله تعالى:﴿**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**﴾[1]، وكلمة "قروء" تعني الطهر والمحيض للمرأة التي لها العادة الشهرية وهنا نلاحظ اختلاف الفقهاء في تفسير معنى لفظ "قروء"[2]، حيث يرى بعض الفقهاء منهم "أبو الحنفية" أن لفظ قروء تعني "حيض" هذا من جهة ومن جهة أخرى يرى بعض الأخر "المالكية" أن قروء تعني "طهر"[3]، بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فنلاحظ أنه لم يوضح ذلك من خلال مواده"58و59و60و61".[4]

يرى الفقهاء من بينهم" أبو الحنفية" أن المرأة تعتد بثلاث حيضات سواء كانت في طلاق أو طلاق رجعي أو طلاق بائن أو فسخ وبالتالي تعتد بثلاث أقرء في حالة كونها ممن يحضن.[5]

ويشترط لتحقيق ذلك من توفر عناصر مهمة لدى المرأة وهي:" أن يكون الزوج دخل بها، غير حامل، أن تكون من ذوات الحيض، أن يكون الزواج صحيح، في هذه الحالة عدتها تكون واجبة"[6]، أما في حالة كون الزوجة غير مدخول بها أو زواجها فاسد فلا تعتد ولا عدة لها[7]هذا من جهة، بالمقابل لو نأخذ برأي الحنفية بأن القرء هو الحيض فتكون العدة من الحيض فلو طلقها وهي في طهر فلا يحتسب ذلك الطهر من العدة، أو في حالة حصول طلاق وهي حائض فلا يحتسب ذلك لأنه حرام لأن الله عزو جل أمر بثلاث قروء وتكون

---

[1]– الآية228من سورة الطلاق.

[2]– رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص224.

[3]– سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص179.

[4]– المواد 58و59و60و61 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[5]– سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص179.

[6]– إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية: الزواج والفرقة وحقوق الأقارب– القسم الأول الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، الطبعة 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1999، ص281.

[7] –المرجع نفسه، ص 275.

المدة طويلة[1]، مثلا: في حالة رفع قضية على مستوى المحاكم للنظر في موضوع الطلاق سواء كانت من طرف الزوجة "التطليق والخلع"، أو من قبل الزوج "طلاق بإرادة منفردة" وتم الفصل في الدعوى بحكم الطلاق في هذه الحالة لا يجوز للزوجة أن تعيد زواج مرة أخرى إلا بعد مرور ثلاث قروء.[2]

مثلا: نفترض أن الزوجة تزوجت زواج صحيح قبل الدخول وطلقت، وبعدها بأسبوع تزوجت مرة أخرى ورفع الزوج الأول قضية عليها بعدم القيام بإجراءات العدة، هنا المحكمة ترفض طلب الطاعن "الزوج" بقرار فسخ الزواج الثاني والسبب أن الزواج أول تم قبل الدخول، وإقرار بزواج ثاني[3]، نفترض أنه لو رفعت قضية جديدة أمام المحكمة وصدرت حكم حكم بطلاق الزوجة، فإن هذه الأخيرة واجب عليها أن لا تتزوج إلا بعد أن تحيض وتظهر ثلاث مرات كاملة بعد التصريح بالحكم سواء كان طلاق أو فسخ عقد الزواج[4]، ومن هذا نستنتج أن الطلاق المشروع في حال تم الدخول على المرأة أن يكون طلاق طاهر بدون جماع لأن لو طلقها الزوج في طهر الذي تم الجماع فيه فلا يجوز ذلك إلى غاية تبيين حملها.[5]

---

[1]– رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون القضاء: دراسة لقوانين الشخصية، الطبعة2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص488.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد : أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة 4، دار هومه للنشر والتوزيع، 2010، ص 136.

[3]– قرار الملف رقم 137571 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في المجلة القضائية بتاريخ18 /1996/6، العدد الثاني، 1997، ص93.

[4]– بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، الطبعة3، ديوان المطبوعات الجزائري، 2006، ص286.

[5]– أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق: قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص73.

ثانيا: عدة الأشهر

تقدر مدة العدة بالنسبة للمرأة الصغيرة التي لم تحض أو الكبيرة التي بلغت سن اليأس هي ثلاثة أشهر كاملة في حالة الطلاق وصدور الحكم، أما في حالة وقوع الفرقة أثناء الأشهر هنا تكون العدة 90يوما، هذا من جهة ومن جهة أخرى في حالة طلاق المـرأة من طلاق فرا هنا تعتد ببعد الأجلين "الأقرء والأشهر".[1]

يرى بعض الفقهاء من بينهم "المالكية والشافعية" بأن لفظ "القرء" هي الطهر وتقوم المرأة باعتداد بثلاث أطهر في حالة طلاقها وبقي زمن من طهرها شيء ولو لحظة فتحتسب في هذه الحالة بقرء.[2]

قال الله تعالى:﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**﴾[3]

فلو نأخذ رأي المالكية والشافعية فبداية العدة تكون بعد الطلاق مباشرة أما في كونها حائض وحصل الطلاق فعدتها تبدأ في الطهر الذي يلي الحيضة الذي حصل فيها الطلاق وبالتالي فالعدة تنقضي برؤية الدم من الحيضة الثالثة[4]، مثلا: إذا صدرت المحكمة في حق الزوجة بطلاقها وهي في سن لا تحيض وبائسة من الحيض فإن عدتها ستكون ثلاث أشهر كاملة فلا يجوز لها خلالها أن تتزوج ثانية[5]، فالعدة بالأشهر تكون في المرأة الصغيرة التي لم تحض بعد سواء بلغت أو لم تبلغ أما المرأة الكبرى التي بلغت سن اليأس وانقطع حيضها بتاريخ الريبة وانقطاع الحيض الأشهر القمرية.[6]

---

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة– الخطبة– الزواج– الطلاق– الميراث– الوصية، الجزء1، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005،ص372.

[2]– رمضان علي سيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص488.

[3]– الآية 4 من سورة الطلاق.

[4]– محمد سماره ، المرجع السابق، ص362.

[5]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص136.

[6]– رمضان علي سيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص488.

نصت المادة "59" من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام"[1]، وتعني أن المرأة في حالة وفاة زوجها أن تعتد بأربعة أشهر وعشرا، ولم يفرق بين المد خول بها وغير المد خول بها بشرط أن يكون الزواج صحيح وذلك من خلال كون زواج فاسد فلا توجب العدة أصلا[2]، لهذا عدل القانون بين الفقهاء من خلال المرأة التي تحيض وارتفع حيضها فعدتها تكون سنة كاملة، أما بخصوص المرأة تسعة أشهر وبالنسبة للمرأة اليائسة فتكون ثلاثة أشهر[3].

فالعدة سواء كانت أقرء أو بأشهر خاصة بالزوجة فقانون أسرة الجزائري أقر بحساب العدة من تاريخ التصريح بالطلاق، في هذه الحالة لا يمكن ذلك لأنه عندما يتم صدور الحكم خارج المحاكم يكون في وقت سابق على التصريح، على عكس ما يتم إصداره من طرف القاضي فلا يحتاج إلى تصريح وإنما يعتد من تاريخ الحكم[4]، كما يمكننا أن نصادف أن الزوج يمكن أن يتلفظ بطلاق ليس أمام المحاكم، وتقوم المرأة بالعدة من تاريخ تلفظ الزوج إلا أن القاضي لا يعترف بهذا الحكم إلا بصدور الحكم بالطلاق، مثلا: لو نفترض أن الزوج أوقع الطلاق بزوجته وبعد فوات المدة الشرعية لها طالب بإصدار الحكم، وكما نعلم أن القاضي لا يصدر الحكم إلا بعد إجراء مدة الصلح وهي "بثلاثة أشهر" في هذه الحالة غير صحيح سواء من ناحيتين، كون أن العدة تختلف من إمرأة إلى أخرى.[5]

---

[1]– المادة59 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[2]– إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص282.

[3]بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص362.

[4]– الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص225.

[5]– ابتسام محاتقي، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة شهادة الماستر أكاديمي، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016/2017 ، ص44.

وبالرجوع إلى نص المادة "49" من قانون الأسرة تنص على محاولة الصلح تكون ثلاثة أشهر مع مراعاة العدة ولكن للعدة أنواع "عدة الأشهر...الخ"، وهنا ما يعاب على الصلح عدم احترام ذلك خاصة الزوجة الحامل إلى غاية وضع حملها.[1]

خالف الشرع القانون من خلال جواز خطبة المطلقة بعد انتهاء العدة الشرعية كما يظهر الاختلاف بينهما في جوازها في انتهاء عدتها، بإضافة إلى يحق للزوجة شرعا الصداق.[2]

المطلب الثاني: إشكالية الحضانة

تعتبر الحضانة من أهم القضايا المطروحة على مستوى المحاكم القضائية، نظرا لتعقيدها بين الزوجين خصوصا إذا كانوا أجانب مع بعضهم "الزواج المختلط" مما دفع بالمشرع والشريعة إلى إعطائها أهمية بالغة، وذلك من خلال تنظيم أحكامها في تقنين الأسرة، بالمقابل نجد أن الشريعة قررت لها عدة أحكام وذلك من خلال حماية مصلحة أبناء فكلاهما أولو بها اهتماما خاصا نظرا لحساسيته، ونظرا إلى الإشكالات التي يطرحها هذا الموضوع في الميدان خاصة وما ينتج عنه صعوبات لدى قضاة في تطبيق أحكامهم، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال التعريف بالحضانة" فرع أول"، ثم التطرق إلى إشكالاتها" فرع ثاني".

[1]– سعيد خنويش، التحكيم في قانون الأسرة الجزائري، "مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية أولى"، كلية الحقوق، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، العدد36، 2017، ص10.

[2]– نادية رواحنة، الفصل الأول ماهية انحلال الرابطة الزوجية، ألقيت على سنة أولى ماستر، قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021، ص10.

الفرع الأول: التعريف بالحضانة

سيتناول في هذا الفرع التعريف بالحضانة الذي ينقسم على شكل أجزاء حيث يتضمن الجزء الأول"التعريف اللغوي"، ثم في الجزء الثاني"التعريف الاصطلاحي"، ثم تطرق إلى التعريف القانوني" ثالثا".

أولا: تعريف الحضانة لغة

من الحضن الحضانة بالفتح والكسر اسم منه والحضن ما دون الإبط إلى الكشح واحتضنت الشيء جعلته في حضني والجمع أحضان، ورجل "حاضن" وإمرأة "حاضنة" لأنه وصف مشترك[1]، وحضن الصّبي حضنا وحضانة بالكثير، جعله في حضنه أو رباه، كاحتضانه الطائر بيضه حضنا وحضانا وحضانة بكسرهما وحضونا: رحم عليه للتفريخ.[2]

كما تعرف أيضا بأنها القيام بتربية من لا يستطيع الاعتناء بنفسه لصغر سنه "الطفل أو المريض أو المجنون...الخ"، من خلال رعاية جميع شؤونه "الطعام والملبس والنوم".[3]

ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا

– عرفها الشافعية بأن الحضانة هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقر بأمره من خلال تربيته ودفع الضرر عما يؤديه.[4]

– وعرفها المالكية بأنها رعاية العاجز من خلال القيام بمصالحه.[5]

---

[1]– أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المرجع السابق، ص14.

[2]– محمد بن يعقوب الفيروزا أبادي، القاموس المحيط، الجزء1، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص375.

[3]– المرجع نفسه، ص 375.

[4]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية، 2001، ص169.

[5]– فاطيمة عينار وليدية مساوي، أحكام الحضانة في الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص06.

ثالثا: تعريف الحضانة قانونا

عرفها المشرع في المادة "62" من قانون الأسرة بأنها: "هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[1]، بإضافة إلى تنظيمها ضمن المواد"62 إلى 72".

الفرع الثاني: حكم مشروعية الحضانة وأدلتها

سيتناول في هذا الفرع حكم مشروعية الحضانة وأدلتها الذي ينقسم إلى جزئين، حيث نتطرق في بداية الأمر إلى حكم مشروعية الحضانة "أولا"، ثم نبيّن أدلتها "ثانيا".

أولا: حكم مشروعية الحضانة

الحضانة واجبة على الحاضن لأن الوجوب يكون عينيا في بعض الأحيان وكفائيا بعض الأخر، فلو تركة الحضانة تضييع حقوق المحضون وهلاكه.[2]

ثانيا: أدلة مشروعية الحضانة

أ-من الكتاب:

قال تعال: ﴿۞ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾.[3]

---

[1]- المادة 62 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]- سامية بن قوية، أثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة، "المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية"، جامعة الجزائر، ص ص140.141.

[3]- الآية 233 من سورة البقرة.

ب- من السنة: "عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده:" أن إمرأة 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 بهم الم تنكحي".

وعن أبي هريرة:" أن إمرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي غبة، وقد نفعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به".[1]

الفرع الثاني: الإشكالات المطروحة في مسألة الحضانة

سيتناول في هذا الفرع الإشكالات المطروحة في مسألة الحضانة حيث سيتم التطرق إلى إشكالات مراعاة مصلحة المحضون" أولا"، ثم التطرق إلى إشكالات الحضانة الناتجة عن الزواج المختلط " ثانيا"، لنبين في الأخير موقف المشرع من هذه الإشكالات "ثالثا".

أولا: إشكالات مراعاة مصلحة المحضون:

تنص المادة "62" من قانون الأسرة على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"[2]، كما نصت المادة "66" من نفس القانون على أن: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون".[3]

[1]- عبد العظيم بدوي، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، الطبعة 3، دار إبن رجب للنشر والتوزيع، 2001، ص332.

[2]- المادة 62 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[3]- المادة 66 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

ويفهم من نص المادة "الأولى" أن الحضانة تكون من خلال التكفل برعاية الابن على الواجب المطلوب، في نفس الوقت في المادة الثانية لوحظ أن المشرع جعل للحضانة مدة زمنية معينة ومحددة بإضافة إلى تحدثه عن سقوطها في حالة الإخلال بشروط المنصوص عليها.[1]

فالحضانة ليست مؤبدة لصاحبها بل أداة يقتضيها القانون، فإذا تصرف الوصي وفقا لما يقتضيه القانون فستظل الحضانة له إلى أن يبلغ الطفل السن القانوني لنهاية الحضانة، وفي المقابل إذا أخل بواحد من واجباته أو فقد شرطا من شروط الوصاية تسقط الحضانة[2]، وسنبيّن فيما يلي أسباب سقوط الحضانة حسب ما هو منصوص في المواد "66 إلى72".

أ- حالة إعادة الحاضنة الزواج مرة أخرى:

يعتبر زواج المرأة للمرة الثانية من الأسباب الممنوعة والمحرمة والتي تؤدي إلى فقدانها لحضانة الأطفال، وتمنح للآخرين بناء على دعوى مرفوعة من قبل الأب أو أي شخص أخر فبموجب القانون تمنح حضانة الطفل له عندما يرى مصلحة المحضون في ذلك[3]، حيث تجاهل المشرع الحديث عن فقدان الحضانة بالنسبة للأب إذا تزوج من جديد على عكس كما ما فعله بالنسبة للأم عندما اشترط عليها فقدانها لحضانة الطفل إذا تزوجت مرة أخرى، على أساس أن زوج الأم لن يكون رحيما بابنها بالمقابل أن زوجة الأب لن تكون أرحم من الأم البيولوجية كما أن التخلي عن حضانة الأم وإعطائها للأب يعتبر إجحاف وغير وجود عدل من طرف المشرع، بإضافة للأب الحق في الزواج فللأم أيضا الحق في ذلك.[4]

[1]- رشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص ص260، 261.

[2]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص378.

[3]- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص300.

[4]- فاطيمة عينار وليديه مساوي، المرجع السابق، ص39.

ب-حالة تنازل عن الحضانة:

تنص المادة "66" من قانون الأسرة:".....، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون".[1]

من خلال هذه المادة نرى أن المشرع منح صراحة حق التنازل عن الحضانة، لكنه في نفس الوقت قيده بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 51894 يوم 1988/12/1:"ومن المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن أخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم- فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها-ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة[2]، كما جاء في قراراتها أيضا:" ومن المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون"[3]، فمثلا: لو أن الأم قامت بالتنازل عن ابنتها الرضيعة حديثة الولادة لأبيها أو أي شخص له حق في الحضانة القاضي في هذا الشأن يرفض قرار الأم بالتنازل لأنه فيه ضرر بطفلة الرضيعة.

فمثلا يمكن للقاضي الاعتماد فقط على التنازل الأم بل يمكن منحها الحضانة حتى ولو كانت تفتقر إلى بعض الشروط التي لا تضر ولا تمس بمصلحة المحضون.[4]

---

[1]- المادة 66 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]- قرار ملف رقم 51894 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1988/12/19، المنشور في المجلة القضائية، العدد4، وزارة العدل، 1990، ص70.

[3]- قرار ملف رقم189234الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية للاجتهاد القضائي بتاريخ 1988/4/21، المرجع السابق، ص175.

[4]- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص265.

ج-حالة سقوط الحضانة بإخلال بأحد الشروط:

تنص المادة"67"من قانون الأسرة:" تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه"[1]، فلو نعود إلى المادة "62" من نفس القانون نرى أن الشرط الذي حدده المشرع هو شرط "الأهلية" بإضافة على القدرة بالقيام على مسؤولية المحضون، وهذا ما إستقرت عليه قرارات المحكمة العليا في ملف 564787 بتاريخ2010/07/15: "يمكن إسناد الحضانة للأم، المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون"[2]، أن المشرع أعطى أولوية للطفل قبل كل شيء.

وفي قرار أخر بملف رقم 33921بتاريخ 1984/07/9الذي جاء مخالف لما هو في قرار الأول: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي".[3]

ومن خلال هذين القرارين نلاحظ أن قرارات المحكمة العليا في قراراتها القديمة كانت تساير ماجاء في القانون ومع تطور الحال عدلت قراراتها وأصبحت تراعي مصلحة المحضون.

[1]- المادة"67 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]- قرار ملف رقم564787 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2010/07/15، منشور في المجلة القضائية، العدد2، وزارة العدل، 2010، ص262.

[3]- قرار ملف رقم564787الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1984/07/9، منشور في المجلة القضائية، العدد 4، وزارة العدل، 1989، ص76.

د-حالة سقوط الحضانة لعدم المطالبة بها لمدة سنة كاملة:

جاء نص المادة "68" من قانون الأسرة: "إذا لم يطلب من له حق الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"[1]، يفهم من خلال نص المادة يتبين أن المشرع قيد مدة الحضانة وحددها عن مدة لا تزيد سنة وذلك بدون سبب، وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا: "من المقرر شرعا- وعلى ما إستقر عليه الاجتهاد القضائي- أن الحضانة تسقط عن مستحقيها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية".[2]

هـ-حالة سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي:

المادة "69" من قانون الأسرة الجزائري:" إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"[3]، أي في هذه الحالة منح المشرع للقاضي حرية ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون أيضا.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها:" تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الولد في الجزائر".[4]

---

[1]- المادة 68 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]- قرار ملف رقم 273526الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/7/9، المنشور في المجلة القضائية، العدد1، وزارة العدل، 2004، ص60.

[3]- المادة 69 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[4]- قرار ملف رقم 273526 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/12/26، المنشور في المجلة القضائية، العدد1، وزارة العدل، 2004، ص264.

ثانيا: الإشكالات الناتجة عن الزواج المختلط ونتج عنها أبناء

أبرمت الجزائر وفرنسا اتفاقية في 1988/06/21وذلك نتيجة الزواج بين الجزائريين والفرنسيين أو العكس ونتج عن ذلك أطفال وحماية لهم في حالة انفصال الوالدين أبرمت هذه الاتفاقية، وهذا ما سيتم التطرق إليه خلال هذا العنصر حيث سنتناوله في حالتين: في وجود الاتفاقية وفي حالة عدم وجودها.

أ- إشكالات الزواج المختلط في وجود الاتفاقية:

تنص المادة المبرمة بين الجزائر وفرنسا في مادتها "06": "يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها"[1]، وفي المقابل لو نعود إلى قانون الأسرة نجده اعتمد عليها في مادته"64".[2]

نلاحظ أن الاتفاقية تلزم القاضي بمنح الطرف الأخر الوقت حق الزيارة عند اتخاذ قرار التنازل عن الحضانة، وهذا ما وجد في التشريع وفق المادة "64" من القانون على الرغم من أن الاتفاقية الثنائية تتناول قضية الزيارة، فإن الشكل الذي يطهر عندما يقوم أحد الطرفين بالزيارة لا يعيد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن على الرغم ماجاء في المادة"11" من الاتفاقية[3]، وفي المقابل الاتفاقية لم تشر إلى مراجعة قرار الحضانة بعد فترة زمنية إلا إذا

---

[1]- المادة 6 من الإعلام العالمي لحقوق الإنسان الصادر1948/12/10الموقعة بتاريخ1988/06/21.

[2]- المادة 64 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[3]- نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008، ص160.

ظهرت الأسباب التي تدفع إلى مراجعة، وإذا حصل خطأ فيمكن للأب طلب المراجعة الحضانة التي أصدرت من المكلف الفرنسي الذي منحها للأم أمام القاضي ليحق له تربيته على معتقداته حسب ما جاء في المادة "62" من قانون الأسرة مع مراعاة ما تقتضيه المواثيق الدولية هنا القاضي لا يحكم لصالح الأب[1]، لذلك يؤدي إلى مسألة عدم مراجعة فنلاحظ أنها لم تتلقى الاهتمام اللازم خاصة إذا عرض النزاع على جهات قضاء جزائريّ، والعكس صحيح إذا عرض نزاع على قضاء فرنسا يحكم لصالحه.[2]

ب- إشكالات الزواج المختلط في حالة عدم وجود إتفاقية:

نص المشرع في مواده "14إلى 90" من القانون المدني لحل تنازع القوانين من حيث المكان في الفصل الثاني بصفة عامة، كما تطرق بصفة خاصة في المواد "10 إلى"16من نفس القانون الواجب التطبيق في حالة نزاع في قضايا الأحوال الشخصية نتيجة الزواج المختلط كاستثناء عدم وجود اتفاقية بين الجزائر وفرنسا[3]، وحسب قانون الأسرة الجزائري سواء كان قانونا مدنيا أو قانونا، فإن المشرع لا يعرف ما تعنيه الأحوال الشخصية ولكن من مضمون قانون الأسرة يتعلق بالقضايا الخاصة بأفراد الأسرة" الزواج و انحلاله وأثاره...الخ" وحضانة ضمن هذا المجال.[4]

[1]- عزيزة حسيني، الحضانة في قانون الأسرة: قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2001، ص97.

[2]- المرجع نفسه، ص97.

[3]- الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني،ج ر العدد78، الموافق30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

[4]- عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص98.

تنص المادة "12"من القانون المدني: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج... رفع الدعوى"[1]، بإضافة إلى نص المادة "13" من نفس القانون: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".[2]

يفهم من خلال المادتين أنه إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت إبرام عقد الزوج فأي قانون يتم تطبيقه خلال ذلك؟

حسب القانون المدني الجزائري أن القانون الجزائري هو الذي يطبق وحده في حالة فسخ الزواج أي يتم ربطه بقضية واحدة وذلك لو عرض النزاع على قاضي أجنبي، فيتم تطبيق ذلك القانون ولي القانون الجزائري والعكس صحيح فإذا كان تطبيق هذه القاعدة موجودة في القانون الأجنبي واستحالة تطبيق القانون الجزائري وكون الأم أجنبية وحصلت على الحضانة يؤدي إلى عدم تربية الابن على دين أبيه حسب ما تم النص عليه قانون الأسرة في مادته"62".[3]

ثالثا: موقف المشرع من الزواج المختلط:

بالعودة إلى قرار المحكمة العليا الذي ينص على:" من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحضانة صاحب حق في الزيارة على الأطفال المحضونين لا تكون أكثر من ستة برود، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ أن المسافة الفاضلة بين الحاضنة وولي المحضونين لا تكون أكثر من ست برد".

[1]– المادة 12 من الأمر58/75، معدل ومتمم.

[2]– المادة "13 من الأمر58/75، معدل ومتمم.

[3]– نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السابق، ص ص162.163.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المسافة الفاصلة بين الحاضنة وولي المحضونين تزيد على ألف كيلومتر فإن قضاة المجلس بإسنادهم حضانة الوالدين إلى أمهم يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون"[1]، وذلك نظرا لعدم تطرق المشرع لهذا الموضوع لذا لابد من العودة إلى قرار المحكمة.

والجدير بالذكر أن هذه القرابة حسب ما يقول الفقهاء، أن رؤية الرجل للابن ليس لذاته بل جزء منه لأن الرؤية هي من أجل تربية ابنه وتعليمه ولا يأتي أي شيء من هذا لفترة وجيزة ثم يعود إلى دياره، لذلك يجب على القضاة إعطاء الأولوية لمصالح الطفل قبل اتخاذ قرار بشأن القضية التي سيتم النظر فيها.[2]

[1]– قرار ملف رقم 43594 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1986/09/22 ، المنشور في المجلة القضائية، العدد4، وزارة العدل، 1992، ص41.

[2]– فاطيمة عينار وليديه مساوي، المرجع السابق، ص64.

المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من حيث الآثار المالية

يحدد قانون الأسرة عددا من الالتزامات المالية المرتبطة بعقد الزواج ونجد نموذجا منها "النفقة والميراث"، فهما من أثار انحلال الرابطة الزوجية نظرا لطبيعتهم الإنسانية لذا اتخذهم المشرع على محمل الجد بشكل خاص، فنظم أحكام النفقة في الفصل الثالث من المواد"79 إلى80"[1]، من القانون "للزواج والفسخ نظرا لأهميتها وإلحاح المشرع عليها، وذلك من خلال تخصيص للقضاة السلطة التقديرية الكاملة لتحديدها بهدف حماية حقوق المرأة ككل والطفل خاصة، في المقابل نجد تنظيم أحكام الميراث في الفصل الثاني من الكتاب الثالث في المواد"139إلى179"[2] ، نظرا لكثرة القضايا التي تثيرها هذه الأخيرة وتفاعل القضاة معها على مستوى المحاكم.

لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين حيث سنعرض في المطلب الأول إلى دراسة مسألة "إشكالية النفقة"، ثم نتطرق إلى "إشكالية الميراث التي قد تثار بشأنه" في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إشكالية النفقة

نظم المشرع أحكام النفقة في الفصل الثالث من المواد "79 إلى80"[3]، في الكتاب الأول بعنوان الزواج وانحلاله، حيث تعتبر مسألة النفقة مهمة للغاية نظرا لإلحاح المشرع عليها وأولى بها اهتماما خاصا لامتيازاتها بالطابع الإنساني، لهذا خصصوا للقضاة السلطة التقديرية لتحديدها بهدف حماية حقوق الزوجة أو المطلقة بشكل عام وحقوق الأولاد بشكل خاص، ونظرا إلى كثرة القضايا التي تثيرها النفقة وتفاعل القضاء معها عن بواسطة العدل وما إلى ذلك، بالمقابل المساواة في الوعد بالتزام بين الزوجين.

[1]– المواد 79إلى 80 من الأمر02/05، معدل ومتمم

[2]– المواد 139إلى 179 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[3]– المواد 79إلى 80 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

لهذا فسيتم التطرق خلال هذا المطلب إلى التعريف النفقة "الفرع الأول"، ثم تبيان الحكم من النفقة "الفرع الثاني"، ليتم التطرق بعدها إلى أنواع النفقة "الفرع الثالث"، ليتم بعدها الخوض في أهم الإشكالات التي يمكن أن تطرح بهذا الخصوص "الفرع الرابع".

الفرع الأول: التعريف بالنفقة

إن تعريف النفقة يقتضي عليا تعريفها من الناحية اللغوية "أولا"، ثم التطرق إلى تعريفها من الناحية الاصطلاحية "ثانيا"، لنتطرق بعدها إلى معناها من الناحية القانونية "ثالثا".

أولا: تعريف النفقة لغة

النفقة جمع نفقات ونفاق وأنفاق، ما ينفق من الدراهم وغيرها من الإنفاق، ونفقت الدراهم من باب تعب نفدت ويتعده بالهمزة أنفق، فيقال أنفقتها والنفقة إسم منه وجمعها نفاق مثل رقبة ورقاب ونفقات على لفظ الواحدة أيضا ونفق الشيء نفقا أيضا وأنفقته وأنفق ونفقت السلعة والمرأة نفاقا.[1]

ثانيا: تعريف النفقة اصطلاحا

عرفها "الحنفية"، بأنها الطعام والكسوة والمسكن على شيء بما فيه بقاؤه، كما عرفها "الشافعية"، بأنها صرف الشيء في غيره ويطلق على المال المصروف.[2]

وعرفها "محمد مصطفى شلبي"، بأنها ما تحتاج إليه المرأة في معيشتها من طعام وكسوة وخدمة، وكل مايلزم لها مما تعارف عليه الناس.[3]

---

[1]– مسعود جبران، الرائد الصغير: معجم أبجدي للمبتدئين، الطبعة1، دار العلم للملايين، بيروت، 1982، ص614.

[2]– إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية: دراسة مقارنة، الطبعة1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009، ص199.

[3]– مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء1، دار النهضة، بيروت، ص232.

ثالثا: تعريف النفقة قانونا

نلاحظ أن المشرع عند تناوله لموضوع النفقة في قانون الأسرة لم يتطرق إلى تعريف النفقة واكتفى بتنظيم أحكامها فقط.[1]

كما عرفها الأستاذ فضيل سعد عرفها:" بأنها الوسائل الضرورية في حياة الإنسان للحفاظ على كرامته وصحته".[2]

الفرع الثاني: مشروعية النفقة وأدلتها

سيتناول في هذا الفرع مشروعية النفقة وأدلتها، حيث تم التطرق "أولا" مشروعية النفقة، ثم أدلتها" ثانيا".

أولا: مشروعية النفقة

اتفق الفقه على أن النفقة واجبة، وهذا ما إستقرت عليها الشريعة الإسلامية وثبت وجوبها بالسنة والكتاب والإجماع.[3]

ثانيا: أدلة مشروعية النفقة

أ- من الكتاب:

- قال تعالى:﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[4]
وقوله أيضا:﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاآتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ .[5]

---

[1]- الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

[2]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص177.

[3]- جميل فخري محمد حاتم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة1، دار الحامد، 2009، ص244.

[4]- الآية 233 من سورة البقرة.

[5]- الآية 7 من سورة الطلاق.

ب- من السنة: "عن عائشة رضي الله عنها قالت: "أن هند بنت عتبة قالت:" يارسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك؟ فقال رسول صلى الله عليه وسلم:" خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وولدك بالمعروف".

ج- من الإجماع: وجوب النفقة على الأصول والفروع وهي أساس القرابة التي هي ثابتة بين الأصول والفروع.[1]

الفرع الثالث: أنواع النفقة

من الحقوق المالية المستقرة بعد انحلال الرابطة الزوجية الحق في النفقة بمختلف أنواعها، والتي تعتبر من أهم الحقوق التي يجب على الطرف الأخر المتأثر بانتهاء هذه العلاقة أن يضمنها، وذلك للحفاظ على حياته ورعايته.

لذلك قسمت هذه الدراسة إلى جزئين، أين تناولت نفقة الإهمال العائلي "أولا" ثم تم تناول نفقة المتعلقة بالعدة" ثانيا".

أولا: النفقة المتعلقة بالإهمال العائلي

يمكن للقضاة منح المطلقة بنفقة الإهمال العائلي ويسري الحكم الأخير من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية الفصل في الطلاق، كما يسمح قانون الأسرة الجزائري للقضاة بالحكم بالنفقة بسبب الإهمال العائلي على أساس الأدلة بما لا يزيد عن سنة واحدة قبل رفع الدعوى، وتصدر هذه الأخيرة من تاريخ الحكم بمفهوم المخالفة لتكاليف الإهمال العائلي والتي تكون من تاريخ رفع الدعوى، مثلا رفع دعوى قضائية في جانفي 2016 وصدر الحكم في فيفري 2016 في هذه الحالة يجوز الحكم بنفقة الإهمال العائلي إبتداءا من شهر جانفي.

[1]- مصطفى سعيد الخن ومصطفى البغاوعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، الجزء4، الطبعة4، دار القلم، دمشق، 1992، ص ص 171.175.

ثانيا: النفقة المتعلقة بالعدة

في مسألة النفقة لابد من ذكر نفقة العدة، بعد انحلال الرابطة الزوجية بمختلف أنواعها "طلاق بإرادة منفردة للزوج، تطليق، الخلع...الخ"، فيحكم القاضي بنفقة العدة على المطلقة وحصرها في مدة العدة" أي مدة النفقة محددة بمدة معينة" بمفهوم المخالفة المرأة اليائسة منحها القاضي نفقة لمدة ثلاثة أشهر، أما بخصوص المرأة ذات حيض فحكم لصالحها بثلاثة قروء إلا أن السلطات القضائية طبقت حكم الإبقاء على النفقة لمدة ثلاثة أشهر في الحالتين، وتحسب مدة النفقة للمرأة المطلقة الحامل على أساس وقت الحمل وتقدير النفقة المستحقة تخضع لاختصاص القاضي مع مراعاة طبيعة الأطراف وسبل عيشهم في القضية.[1]

الفرع الرابع: أهم الإشكالات التي تطرحها النفقة

يعتبر نظام النفقة في الإسلام مثل نظام الميراث وغيره، لأن هذا الأخير مظهرا من مظاهر التآزر والتعاون بين الأقارب وهذا ماسيتم تناوله في هذا القسم من خلال دراسة نفقة مشكلة النفقة المتعلقة بطفل الحاضن "أولا"، ثم معالجة نفقة المرأة المطلقة "ثانيا".

أولا: النفقة المتعلقة بالطفل المحضون

يحرص القانون الجزائري في تأكيد نفقة على ولاية ولي الأمر، إذ يوسع نطاق مسؤوليته لتشمل الطفل المحضون، ويضع نفقة ولي الأمر على والده الذي لا يستطيع القيام بواجبه، في هذه الحالة يجب اتخاذ الخطوات من خلال تدخل صندوق النفقة لدفع مصاريف المالية لحين تسوية وضع الأب[2]، الرجوع إلى المادة "78": تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" هذا من جهة،

---

[1]– كل ما يتعلق بالنفقة: قانون الأسرة الجزائري–محاماة نت، 27 أغسطس 2017، تم الإطلاع بتاريخ2022/03/13على الساعة 14:00 مساء متوفرة على الموقع:.https//:ww.mohaman.net

[2]– هشام ذبيح، صندوق النفقة وعلاقته بالاستقرار الأسري، مجلة المفكر، العدد14، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص104.

بالمقابل راعا القاضي تقدير النفقة وذلك حسب نص المادة "79": يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".[1]

كما نصت أيضا المادة"75" من قانون الأسرة التي حددت مدة نفقة الطفل المحضون وذلك من خلال نص:" تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."[2]

كما تدخل نفقة الطفل المحضون في القضايا المستعجلة لاسيما إذا كان الطفل رضيع، في هذه الحالة لابد من اختصاص القضاء المستعجل أن ينظر في دعوى على أنها دعوى نفقة مؤقتة[3]، من خلال هذا سنعرض موقف الفقه وموقف المشرع من نفقة المحضون:

أ-موقف المذهب الحنفي:

وفي هذا صدد وجدنا أن نفقة الطفل المحضون على هدا النحو، سببها هو الأقارب المرتبطين بأحبائهم الذين لا يميزون بين الأولاد والبنات، لكنهم اعتقدوا أن نفقة الأب على الأولاد "الذكر-الأنثى" بشروط وهي: أن تكون الفتاة فقيرة وحرة، وأن يكون الابن فقيرا.

[1]- المادتين 78و79 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[2]- المادة 75 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[3]- عبد الحكيم، <<عدم المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة المنشأ بالقانون "15/01، "مداخلة ملقاة": "في الملتقى الوطني "المعنون بإشكالات توابع الحضانة توسع في قانون الجزائري"، جامعة 20أوث1955، سكيكدة، 2017، ص05.

ب- موقف المذهب المالكي:

يرى هذا المذهب أن النفقة لازمة فيحملونها على الوالدين والأبناء الصلبين، ويتم ذلك بشروط وهي كالآتي: عند ما يكونوا فقراء وليس لديهم مال وعندما يكون بالغا عاقلا بإضافة أن يكون الفتى حرا، أما بالنسبة لمشتملات النفقة فالمذهب المالكي يرى بأنها تشمل الخدمة.[1]

ج- موقف الشافعية:

يرون أن النفقة إلزامية للأقارب بالولادة، أي على الفروع والأصول فقط ولا توجد قيود على الحفاظ على الأصول في الفروع والشافعية في هذا الخصوص حددوها بشروط وهي: أن يكون الابن صغيرا وعندما يكون الولد بكرا بإضافة أن يكون حرا.[2]

د- موقف المشرع من نفقة المحضون:

تجب نفقة المحضون وفق قانون الأسرة على الأب أصلا إذا كان ليده المال ونص على ذلك صراحة خلال المادة "75" .

ثانيا: النفقة المتعلقة بالمرأة المطلقة

والنفقة الثانية هي نفقة المطلقة، وهي النفقة التي يحكمها قاضي شؤون الأسرة بعد حكمه بانحلال الرابطة الزوجية بحيث تقتصر على العدة بأنواعها، وتعتبر دين في عدة المطلقين.

[1]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقذيه مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2010، ص ص321.322.

[2]- المرجع نفسه، ص ص323.324.

فقد قرر القانون أن المطلق ملزم بتوفير سكن لائق لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار[1]، وبالتالي في هذه الحالة نميز بين حالات المطلقة المعتدة:

أ- نفقة المعتدة من طلاق:

لم يختلقوا الفقهاء في أن المطلقة قبل الدخول لاعدة ولا نفقة لها، كذلك بالنسبة للمطلقة من طلاق رجعي بعد الدخول وفي زمن العدة تكون النفقة واجبة لأن العلاقة الزوجية قائمة ويمكن أن تعود الأمور إلى نصابها، ولكن اختلف الفقهاء في شأن المطلقة من طلاق بائن وبدون حمل، إذ يعتبر المذهب الحنفي أن لها الحق في النفقة بل حتى في السكن، أما الطوائف الأخرى "كالمذاهب المالكية والشافعية والحنابلة" فيرون أنه لانفقة، أما بخصوص يتعلق بنفقات السكن اختلفوا لأنهم يرون أنه لها الحق في ذلك وبطريقة أخرى" مذهب الحنابلة" فيرون لا سكن لها.[2]

ب-نفقة المعتدة من وفاة:

وينقسم الفقهاء في هذه الحالة حول الالتزامات النفقة على من يتوفى أزواجهن، حيث لوحظ أن المذهب الحنفي أنه لا نفقة ولا سكن للمتوفى عنها زوجها سواء حاملا أو حائلا، لأن نفقة الحمل من تعتبر من شرط توريثه، أما بخصوص المالكي فيعتبر أنه لا نفقة ولاسكن للزوج المتوفى سواء كانت حاملا أو حائلا، و لها الحق في السكن إلا بدون نفقة إذا كانت حاملا، وهذا ماسار عليه المذهب الشافعي حيث اعتبروا أنه لا نفقة للزوج المتوفى عنها سواء حامل لاحائل، أما الحنابلة فيرون لا نفقة ولا سكن لأن النكاح ينتهي بالوفاة .

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص328.

[2]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 276.

ومنه يستنتج اتفاق الفقهاء على أن لا نفقة لمن مات زوجها إن كانت حائلا[1]، فالمشرع بحرمانه للمعتدة من وفاة ليس لها حق في نفقة فلأنه ساير الرأي المجمع وفقا لعدة تبريرات:

01- أن النفقة واجبة على الزوج حين انعدم هذا الأخير فلا يتصور ترتيب القانون لهذا الواجب على العدم.

02- على المعتدة أن تنفق على نفسها من سهمها الذي تناله، من تركة زوجها المتوفي أو عن طريق أموالها الخاصة خلال فترة العدة وما بعدها.[2]

المطلب الثاني: إشكالية الميراث

باعتبار الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول فقد أوضحت للمشرع أحكام الميراث، على هذا الأساس اعتبرت هذه الأخيرة جزءا من النظام العام، حيث تعتبر سببا للحفاظ على نقل الملكية الفردية للمستفيدين منها، وعدم تحويل الأموال إلى جهات أجنبية كما لا يجوز التحايل على أحكامها أمام الجهات القضائية فإذا حصل ذلك جاز للوارث الطعن فيه، وهذا مستمد من القانون لأن الأخير هو المختص بتنظيمه وعليه فإن القانون دائما يهدف إلى موازنة المصالح والميراث من أهم المشاكل التي يطرحها الطلاق في قانون الأسرة، وهذا ما سأحاول معالجته من خلال التعريف بالميراث "الفرع الأول" لنتطرق بعدها إلى أهم إشكالاته" الفرع الثاني".

[1]- جميل فخري، المرجع السابق، ص 279.

[2]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص ص361.362.

الفرع الأول: التعريف بالميراث

إن تعريف الميراث يقتضي تعريفه لغة "أولا" ثم التطرق إلى تعريفه اصطلاحا "ثانيا"

أولا: تعريف الميراث لغة

الميراث جمع مواريث: تركة أو الإجماع على أن الوارث لسبب خليفة للمورث حيث لا تركة ولذا لا يلزمه دين فإن لم يكن دين ولا وصية فهو خليفة إجماعا.[1]

ثانيا: تعريف الميراث اصطلاحا

هي قواعد فقهية وحسابية ويقصد بها توزيع التركات والحقوق المتعلقة بها وتبين كل من يستحق الميراث ممن لا يستحقها، من خلال أسباب وموانع الإرث.[2]

كما يمكن تعريفه بأنه السهم المقرر شرعا لكل وارث يستحق ذلك:" كالربع والنصف والثلث...الخ".[3]

وقوله تعالى: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ** ﴾.[4]

الفرع الثاني: الإشكالات التي تناولها موضوع الميراث

أطهرت مبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري أحكام الميراث، حيث نص المشرع في مواده أنه في حالة عدم وجود نص في القانون فلابد من العودة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي المقابل هذه التشريعات والقوانين في تطبيقاتها على أرض الواقع نتج عنها العديد من المشاكل من الناحيتين "النظرية العملية"، مما أدى إلى بيان العديد من الثغرات كانت عقبة أثناء محاولة التنفيذ هذا من جهة، من جهة أخرى فإنه يزيد من صعوبة

---

[1]– سعدي أبو حبيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الجزء3، الطبعة3، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1999، ص 1092.

[2]– أحمد محمد مومني وإسماعيل أمين، نواهضة الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، الطبعة1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009، ص198.

[3]– كمال راشد، محاضرات في تعريف بالميراث وبيان أحكامه وشروطه، مقياس علم الفرائض، ألقيت على سنة أولى ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021، ص 02.

[4]– الآية 11 من سورة النساء.

الباحثين وعمل القضاة....الخ، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع من خلال دراسة أهم الإشكالات التي تثار في قضايا الميراث.

أولا: إشكالات الميراث من حيث أسباب الإرث

نصت المادة "126" من قانون الأسرة:" أسباب الإرث: القرابة، والزوجية"، ويفهم من ذلك أن العلاقة التي تنشأ بين الرجل والمرأة يكون عن طريق عقد الزواج صحيح مستوفى كل الشروط المنصوص عليها في المادتين "9 و9 مكرر".[1]

كما نصت أيضا المادة "130": "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء".[2]

أجمع الفقهاء بأن الزواج سواء كان قائما حقيقيا أو قانونيا فإن المرأة في فترة انتظار من طلاق رجعي أو لا، أو حدوث الوفاة أثناء العدة من طلاق بائن فلا ميراث بين الزوجين وذلك نتيجة زوال الزواج مما يقتضي الإرث إلا الطلاق فرار وهو طلاق الزوجة واتصال بها الوارث لحرمانها من الميراث[3]، أما إذا كان النكاح باطلا فلا يصلح للإرث، وأيضا إذا فسد عقد الزواج ومات أحدهما فلا ميراث بينهما وإن كان بينهما الدخول أو الخلوة مثلا: إذا تزوج الرجل من إمرأة ثم تبينت أنها أخته بالرضاعة، أو الزواج بدون الشهود لأن الميراث من أثار الزواج ولا يترتب عليه إلا في حالة الزواج الصحيح[4]، وهوما يعمل به القضاء.[5]

---

[1]– المادتين"126 و9 و9مكرر من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]– المادة 130 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[3]– زبيدة إقروفة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، مخبر فعلية القاعدة القانونية، ص03.

[4]– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 63.

[5]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 3.

كما لا يشترط توثيق عقد الزواج لإثبات الإرث أو يبلغ الزوجان السن القانوني هو للفتاة 16سنة و18 بالنسبة للذكر، لأن التوثيق وبلوغ السن المشار إليها لقبول الدعوى الزوجية عند الإنكار، لأن الإنكار لا يوقع التوارث بينهما خاصة في حالة عدم توفر الشرطين السابقين مما يؤدي إلى عدم الوصول إلى حق الإرث.

ولكن إذا لم ينكر أحدهما ذلك فإن الميراث يقع.[1]

تنص المادة "132":" إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث"[2]، من خلال هذه المادة لوحظ أنها أكثر غموضا وذلك نتيجة مصطلح" الطلاق"، لأنه لم يتم تحديد نوع الطلاق، أما في حالة الوفاة أحدهما أثناء دعوى الطلاق يحق إلى أحدهما الحق في الميراث خاصة إذا لم يكن القاضي قد أصدر حكمه والنكاح مازال في عدتها من طلاق رجعي فقط.[3]

فمن الناحية القانونية فإن الميراث يقع بسبب وجود الرابطة الزوجية لعدم صدور حكم ويكون في العدة القانونية، أما إذا خرج من العدة فلا توارث بينهما ويجب على المشرع النظر فقط في الطلاق من تاريخ النطق به، وليس من تاريخ رفع دعوى قضائية مع الشهادة لضمان الامتثال لقانون الأسرة ومبادئ الشريعة الإسلامية.[4]

بإضافة إلى إدراج وثيقة الشهادة في ملف الالتماس حيث يتسنى للقاضي والمتخصصين في الأحوال الشخصية أن يميزوا بين الزوجة التي أنهت عدتها شرعا وأصدرت حكما بالطلاق بدعوتها لمراجعتها بعقد جديد، أما التي لم تنتهي عدتها بعقد

---

[1]– المادة 132 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص ص63.64.

[3]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص ص 3.4.

[4]– حميد زلافي، جوانب الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة، مجلة الشهاب، العدد 2، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، تاريخ النشر 15/07/2021، 2021، ص 180.

جلسات الصلح أثناء ذلك فيكون العودة دون عقد جديد، وفي حالة حصول وفاة أحدهم يكون هناك ميراث بينهم حتى ولو لم يتم الصلح وصدر حكم بانتهاء العدة القانونية.[1]

ثانيا: إشكالات ميراث الحمل

أجمع الفقهاء والقانون على إثبات حق الحمل في الميراث ما دام خلق الجنين وثبت الحمل قبل موت الموصي وثبوت القرابة، وفيمايلي إقرار بمبدأ قسمة التركة وليس نهائيا بوقف الحمل[2]، لكن ما يلاحظ أن الفقهاء اخلتفوا في ميراث الحمل بسبب الجهل بنوع الجنس وعدد الجنين، إذ يرى البعض أن حظ ذكرين مثل الأنثيين في المقابل يعتمد البعض الأخر على معيار الجنس.[3]

وهذا ما أكدته المادة "173":" يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"[4]، أما المولودان هنا ذكرين أو إناث فلا إشكال ويقسم الذكر والأنثى على ذكر، وتطبيق قاعدة "حظ الذكرين مثل الأنثيين".[5]

هنا المشرع لم يفرق بينهما، ويمكن إخراج الواجب" الفريضة" اقتراح بتقديم الحامل للخبرة الطبية لمعرفة نوع الحمل أولا وثانيا في حالة تكذيب حمل الورثة[6]، وهذا ماجاء تأكيده تأكيده من خلال المادة"174"من قانون الأسرة:" إذا دعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة43 من هذا القانون".[7]

---

[1]– إشكالات الميراث في الجزائر–المحاكم والمجالس القضائية، 2022/02/13، تم الإطلاع بتاريخ 2022/03/19على الساعة 20:00 ليلا، متوفرة على الموقع:https//:www.tribunaldz.com

[2]– حميد زلافي، مرجع سابق، ص 180.

[3]– زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص12.

[4]– المادة 173 من الأمر02/05، معدل و متمم.

[5]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 12.

[6]– إشكالات الميراث في الجزائر–المحاكم والمجالس القضائية، https//:www.tribunaldz.com

[7]– المادة 174 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

ثالثا: إشكالات ميراث الخنثى

لم يختلف اجتهاد الفقهاء في إعطاء حق الميراث للولد الذي يبان جنسه على النحو المنصوص عليه في العرف، لكنهم اختلفوا في حالة الصبي ثنائي الجنسي "رجل إمرأة أو إمرأة رجل" حيث كانت هناك خلافات ومشاكل في توزيع الميراث.[1]

يرى المذهب الشافعي ومذهب الحنابلة أنه إذا كان الخنثى وريثا" ذكرا كان أو أنثى"، وتم توزيع الحصص في هذه الحالة فإن الميراث يوزع على الورثة ويأخذ المخنث أدنى الحصتين[2]، أما المذهب المالكي فيرى عكس ذلك حيث يرون أن الخنثى يأخذ نصف نصيب الذكر أو الأنثى في حال ورثة من الجهتين" ذكر وأنثى"، أما إذا كان يرث الذكر فقط أو الأنثى فقط فيكون له نصف نصيبه وفي حالة كان نصيبه متحدا" أخ أو أخت الأم " يعطون نصيبه كاملا.

وبالعودة إلى المشرع فلم يتطرق إلى هذه المسألة " ميراث الخنثى" وكيفية تحديد نصيبه من الميراث في تطبيق نص المادة "222" من قانون الأسرة، ليس حلا حاسما لأن القضية غير متفق عليها بين الفقهاء مما يجعل من الصعب على القاضي اختيار الرأي المناسب، لذلك فإن اختيار مذهب معين لتوريث الخنثى أمرا مطلوب لتسهيل عمل القاضي وفض الخلاف الفقهي.[3]

[1]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص15.

[2]– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 272.

[3]– زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص15.

رابعا: إشكالات ميراث المفقود

تنص المادة "113": "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات لاستثنائية بمضيي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات"[1]، يفهم من خلال نص هذه المادة أن الإنسان يعتبر ميتا حتى يصدر حكم بوفاته ومرور أربع سنوات، وبالتالي لا يتم تقسيم المفقود إلا بعد التحقق من الوفاة وصدور الحكم لحين الانتهاء من التحقيقات اللازمة التي توحي بوفاته وفي حالة بيانه حيا بعد قسمة التركة لا يتبقى إلا في أيدي الورثة[2]، وذلك وفق حالتين:

أ- توريث غيره منه:

ولا تكون وصية حتى يتبين أمره، إذا حكم القاضي بوفاته في ميعاد معين بدليل ثبوت ذلك يعتبر ميتا في هذه الحالة وقسم الميراث على الأصول المعروفة.

- أما في حالة حكم القاضي بالموت بناء على قرائن وظروف وبعد التحقيق وحكم بوفاته من خلال تقديره دون توفر دليل مادي وأعتبر ميتا من وقت الحكم، فإنه يرث للحاضرين من ورثته وقت الحكم دون أن يموتوا قبل ذلك وحتى، حتى أثناء النظر في الدعوى لعدم توفر شرط الإرث لهم وهو موت المورث حقيقة أو حكما. [3]

[1]- المادة 113 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر الإشهار، الجزائر، 2000، ص 187.

[3]- علام ساجي، الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة1، المركز الديمقراطي العربي برلين، ألمانيا، 2021، ص 98.

ب- إرث المفقود من غيره:

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته وقيم ماله، في هذه الحالة يأخذ ما وجد واقفا مع الورثة أما ما تم استهلاكه أو التصرف فيه وتركه في الحيازة فلا يعود لهم، لأن سلوكهم كان نتيجة حكم قضائي صحيح وبالتالي فلا ضمان لهم.[1]

[1]- محمد محده، التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النشر الأوراسية، باتنة، 1982، ص 191.

خلاصة الفصل

نظم المشرع إشكالات الطلاق من حيث الآثار غير المالية والمالية بموجب قانون الأسرة، الذي يستمد أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تم ملاحظة اختلافات أو بأحرى تناقضات أو تعارض بين ما جاءت به مبادئ الشريعة وما نص عليه القانون والذي صعّب من مهام القضاة على مستوى المحاكم والمجالس القضائية في تطبيق أحكام تطبيقا صحيحا.

لهذا سهل المشرع من عملهم من خلال تخصيص مادة في قانونه التي تحيل العودة إلى الشريعة في حالة ما جاءت نصوص القانون مخالفة ومناقضة للشريعة.

الفصل الثاني:

الإشكالات التي يثيرها الطلاق العرفي وما يترتب عنه من إشكالات إثبات النسب

الفصل الثاني: الإشكالات التي يثيرها الطلاق العرفي وما يترتب عنه من إشكالات إثبات النسب

سيتم دراسة في هذا الفصل الإشكالات التي يثيرها الطلاق على ضوء قانون الأسرة، حيث يعتبر الطلاق أبغض الحلال عند الله لكن عند الضرورة لابد منه، ونميز في هذا الشأن الطلاق بصيغتين فقد يقع الطلاق داخل ساحة القضاء وهنا لا إشكال فيه، لكن يمكن أن يقع الطلاق خارج دائرته وهو ما يعرف " بالطلاق العرفي" مما يؤدي إلى طرح عدة إشكالات قانونية خاصة في حالة عدم وجود وثيقة تبين ذلك، وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث الأول الذي قسم على شكل مطلبين فتم التطرق في المطلب الأول إلى "المقصود بالطلاق العرفي"، أما المطلب الثاني فقد خصص إلى" الإشكالات التي يمكن أن يطرحه".

وفي المقابل نجد موضوع النسب الذي يعتبر هو أيضا مسألة عويصة موجودة على مستوى القضاء عامة والمجتمع خاصة، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه خلال المبحث الثاني الذي تم تناوله على شكل مطلبين حيث في المطلب الأول تم التطرق إلى " التعريف بالنسب"، أما المطلب الثاني فتم معالجة" أهم إشكالاته التي يمكن أن يواجهها القضاة".

المبحث الأول: إشكالات الناتجة عن الطلاق العرفي

يتعامل المشرع مع الطلاق الذي يقع داخل دائرته ومجاله أما خارج ذلك لا يعترف بوجوده أساسا، مما يؤدي إلى بيان بعض الإشكالات على مستوى المجتمع ككل وعلى مستوى المحاكم القضائية خاصة لكنه في نفس الوقت يعيدنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لحل مثل هذه الصعوبات.

لذلك يعتبر الطلاق العرفي من بين المسائل التي تثار فيها إشكالات هامة، خاصة في اختلافات التي تقع بين القانون والشريعة أو بين الفقهاء في حد ذاتهم، حيث لوحظ أنهم اختلفوا في تفسير وتحليل نصوص المواد القانونية.

فقد رجح أو رأى البعض أن المشرع لا يعترف صراحة بطلاق يقع خارج دائرته، وبالمقابل يرى بعض الأخر بأنه يعترف بذلك بطريقة غير مباشرة وغير صريحة بذلك.

ومن هنا كان موضوع الدراسة "إشكالية الطلاق العرفي" مسألة بالغة الأهمية نظرا لحساسيته، وقبل الخوض في هذا الإشكال التي يحتويه هذا الموضوع سنتطرق قبل ذلك إلى تعريف الطلاق العرفي" المطلب الأول"، ثم نتطرق إلى معالجة أهم الإشكالات التي يمكن أن يطرحها الطلاق العرفي" المطلب الثاني".

المطلب الأول: التعريف الطلاق العرفي

المشرع لم ينص صراحة إلى مسألة الطلاق العرفي أو بمفهوم المخالفة لا يعترف بطلاق الذي يتم خارج دائرته، وهذا ما تم تأكيده خلال من خلال نصوصه وقوانينه بإضافة على نصه صراحة أن معظم الأحكام لا تثبت إلا عن طريق حكم قضائي، وذلك تماشيا مع ما نصت وأحاطت به الشريعة الإسلامية من جهة وبالمقابل مع ما ينسجم من الناحية الواقعية وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال تعريف الطلاق العرفي" الفرع الأول"، ثم بيان موقف المشرع من مسألة الطلاق العرفي "الفرع الثاني".

الفرع الأول: تعريف بالطلاق العرفي

إن تعريف الطلاق العرفي يقتضي قبل كل شيء تعريف الطلاق "أولا"، ثم التطرق إلى تعريف الطلاق العرفي" ثانيا".

أولا: تعريف الطلاق

أ-تعريف الطلاق لغة

التي طلقت في المرعي وهي التي يدل على الحل والانحلال، يقال أطلقت الأسير إذا حللت أي أرسلته من غير قيد ولا شرط طلق الرجل امرأته تطليقا فهو مطلق فإن كثر تطليقه للنساء قيل مطلق وطلاق وطلقت هي تطلق

وقال ابن فارس أيضا: امرأة طالق طلقها زوجها و طالقة غدا فصرح بالفرق لأن الصفة غير واقعة.[1]

ب- تعريف الطلاق اصطلاحا

اختلف فقهاء في تعريف الطلاق حيث عرفها المذهب الحنفي بأنه: " رفع قيد النكاح الصحيح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص".

أما المذهب المالكي فتم تعريفه: " رفع حلية تمتع الزوج بزوجته"، ومن هذا نستخلص بأن الطلاق هو: رفع قيد الزواج في الحال أو المآل بلفظ مخصوص، ويكون بثلاث في الحال أما الطلاق الذي يكون في المآل أو المستقبل فهو الذي يتم بالطلاق الرجعي.[2]

[1]- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المرجع السابق، ص ص141.142.

[2]- سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص136.

ثانيا: تعريف العرف

أ-تعريف العرف لغة

عرفه يعرفه بالكسر معرفة وعرفانا بالكسر، والعرف الريح طيبة كانت أو منتية والمعروف ضد المنكر و"العرف" أيضا من الاسم الاعتراف، وقيل أرسلت بالعرف أي بالمعروف.[1]

ب- تعريف العرف اصطلاحا

هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول.[2]

ثالثا: تعريف الطلاق العرفي

بعد أن تم التطرق إلى تعريف كل من الطلاق والعرف على حدا يمكن القول بأن الطلاق يقع بإرادة الزوج دون تدخل القاضي كأصل عام إلى أن اليوم أصبحت التشريعات وقوانين تلزم الناس بإتباعها فمخالفها وإن كان قد اتبع طريقة صحيحة بحسب الأصل في إيقاع الطلاق، غير أنه لم يتقيد بالتشريعات والقوانين فإنه يطلق على تصرفه بأنه تصرف عرفي مثل الطلاق العرفي وعليه عرف الطلاق العرفي بأنه: " هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج دائرة القضاء".[3]

رابعا: تعريف الطلاق العرفي قانونا

- تنص المادة "47" من قانون الأسرة:" تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، وبالتالي فالمشرع لم يعرف الطلاق العرفي الذي يقع خارج دائرته فهو لا يعترف به بأساس.[4]

---

[1]- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986، ص 179.

[2]- حمد بوجمعة، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد10 2018، ص766.

[3]- المرجع نفسه، ص766.

[4]- المادة 47 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من الطلاق العرفي

سنتطرق في هذا الفرع إلى إبراز موقفين مهمين في مسألة الطلاق العرفي، حيث سيتم التطرق إلى بيان موقف الشريعة الإسلامية من موضوع الطلاق العرفي "أولا" ثم إبراز موقف القانون من هذه المسألة "ثانيا".

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق العرفي

لو نعود إلى الشريعة الإسلامية فإنها تعترف بالطلاق العرفي كما هو الحال في الزواج العرفي، ولو لم يتم تسجيله في المحكمة ويتم تصحيحه وتسجيله في المحكمة لدعم وحفاظ حقوق كلا الطرفين" الزوجين" بإضافة إلى حفظ النسب "إثبات النسب".[1]

ثانيا: موقف القانون من الطلاق العرفي

في المقابل القانون لا يعترف سواء بالطلاق أو الزواج العرفي الذي يتم خارج دائرته طالما لا تتوفر توثيق رسمي لإثبات ذلك، بإضافة أن الزوجة أو المطلقة لا تتمتع بحقوقها الكاملة مادام لا توجد وثيقة من المحكمة تثبت صحة ذلك.[2]

المطلب الثاني: إشكالات الطلاق العرفي

يطرح الطلاق العرفي عدة إشكالات من عدة جوانب أهمها الناحية الواقعية والناحية القانونية، وذلك نتيجة لغموض المواد القانونية من جهة بالمقابل عدم بيان صراحة المعنى من نص المادة مما أدى إلى وقوع الاختلافات والتناقضات التي تحدث عند إصدار الأحكام القضائية وما يواجهه القاضي من صعوبة في إيجاد حل للنزاع المعروض أمامه وتطبيق القانون على الوجه الصحيح من جهة أخرى.

---

[1]– ابتسام محا تفي، المرجع السابق، ص 48.

[2]– المبروك المصري، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائرية: دراسة فقهية مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2010، ص199.

وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب بعنوان "إشكالات الطلاق العرفي" الذي ينقسم إلى ثلاثة أقسام على شكل ثلاثة فروع، حيث يتضمن الفرع الأول" عدم تسجيل عقد الزواج"، أما الفرع الثاني فتم التطرق إلى" زواج أحد الزوجين" الذي ينقسم بدوره إلى " زواج الزوج و زواج الزوجة".

الفرع الأول: عدم تسجيل عقد الزواج

نصت المادة "9" من نفس القانون: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

- كما نصت المادة" 22"من قانون الأسرة:" يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

من خلال المادتين يتبين بأن اعتراف المشرع بالزواج سواء كان تم تسجيله على مستوى المصالح المدنية وفي حالة عدم تسجيله يوجد حكم قضائي.[1]

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك المتوجب رفض الطعن".[2]

- من خلال هذا القرار لوحظ أن التطبيقات القضائية جاءت مخالفة لما نص عليها القانون، بحيث أن القانون لا يعترف بوجود طلاق خارج دائرته أما المحكمة العليا فتعترف بوجود طلاق خارج المحاكم مدى توافر أدلة تثبت ذلك.

---

[1]- المادتين 22 و9 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[2]- قرار ملف رقم216850الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1999/02/06، المنشور في المجلة القضائية، العدد خاص، وزارة العدل، 2001، ص100.

– السؤال الذي يطرح نفسه: إذا كان هناك طلاق عرفي، فكيف يحصل الأبناء على حقوقهم بسبب هذه العلاقة؟.

حتى يتم ذلك يستحيل رفع دعوى طلاق عرفي قبل التقدم بطلب للحصول على شهادة الزواج لأنه من أجل إنشاء حق الأبوة" إلحاق النسب"، وحق الأولاد في النفقة لذا لابد من إثبات الزواج العرفي أولا ثم يتم رفع دعوى الطلاق.[1]

وقد جاء في قرار المحكمة العليا: " إن الطلاق العرفي الموقع من الزوج والمثبت فضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها".[2]

ويطبق المجال القضائي على التقديم المتزامن لشهادة الزواج والطلاق العرفي مما يثبت أن حكم الزواج ابتدائي غير نهائي، أما بخصوص حكم الطلاق نهائي بمفهوم أخر إثبات إمكانية الطعن في الحكم من قبل الزوج أو إلغائه من قبل المجلس وبالتالي نواجه قضية طلاق بدون زواج، وهذا ما جاء في القرار الصادر 1995/10/24 الذي رفعت دعوى إثبات زواج وطلاق في نفس الوقت.[3]

الفرع الثاني: زواج أحد الزوجين

نلاحظ في هذا العنصر أن الإشكال لا يقع إلا في حالة إعادة أحدهما الزواج مرة جديدة بأحد المحرمات، وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفرع بعنوان" زواج أحد الزوجين" بحيث يتم التطرق إلى زواج الزوج "أولا"، ثم بيان زواج الزوجة " ثانيا".

[1]– حدة قسنطيني، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية: دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2004/2001، ص14.

[2]– قرار ملف رقم288322الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2002/09/25، المنشور في المجلة القضائية،العدد1، وزارة العدل، 2003، ص37.

[3]– ابتسام محا تفي، المرجع السابق، ص 50.

أولا: حالة إعادة الزوج الزواج

وتكمن الصعوبة التي يواجهها القاضي هو زواج الزوج مرة أخرى في أحد المحرمات التي لا يجوز المساس بها مؤقتا، كزواج الرجل من أخت زوجته حيث تعتبر من الناحية الشرعية التي تتم فيها واقعة صحيحة حال استيفائها الشروط اللازمة، أما من الناحية القانونية في حالة عدم إثبات الطلاق لا يعتبر صحيحا ويعتبر زواجا فاسدا وبالتالي فسخه قبل الدخول، وينصح القضاة بإثبات الطلاق الرجعي بأثر رجعي لتجنب مثل هذه الحالة.[1]

ثانيا: حالة إعادة المطلقة الزواج

في حالة تم إعادة المطلقة زواج مرة أخرى أدى إلى طرح عدة إشكالات من جوانب مختلفة، منها على المستوى القضائي وعلى المستوى الشرعي وبالتالي فتح المجال على الجانبين،" حالة طلاق الزوجة من طلاق عرفي"، وفي حالة " طلاق الزوجة من طلاق عرفي مسجل"، وهذا ما سيتم دراسته في هذا الجزء.

أ- حالة طلاق المطلقة عرفيا من زواج عرفي

في حالة زواج الزوجة مرة أخرى، يجب ربط نسب الأبناء قبل إثبات الطلاق العرفي والحكم عليه خاصة إذا كان للزوج الأول أطفال وإلحاق نسبهم به بحيث يتوجب رفع دعوى الإثبات الزواج وتسجيله وإظهار أن الزوجة على ذمة رجل أخر، يتم رفع دعوى قضائية لإثبات الطلاق العرفي.[2]

---

[1]- نادية كماش والجوهر عزوزة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2015/2016، ص35.

[2]- حدة قسنطيني، المرجع السابق، ص 15

ب- حالة طلاق المطلقة عرفيا من زواج عرفي مسجل

نحن هنا في صدد التعامل مع قضية مطلقة أعادت الزواج من زواج مسجل أو رسمي بشكل اعتيادي، فالقضية محاطة بتناقض لا يمكن إلا لقسم الأحوال الشخصية أن يبرر حدوث الطلاق بأثر رجعي لكن لو نعود إلى الناحية القانونية يمكن متابعة الزوجة بجريمة الزنا، وذلك طبقا لقاعدة:" المشرع لا يعترف بوقوع الطلاق خارج ساحته".

حيث يمكن للزوج ملاحقة الزوجة في هذه الحالة بجريمة الزنا وهذا ما استقرت عليه محكمة الجلفة.[1]

وفي هذا الصدد، نلاحظ التضارب بين أحكام الجهات القضائية حيث دفعت الزوجة لحدوث الطلاق العرفي وشرعية زواجها الجديد وهنا لا يعترف به قاضي كما لا يمكن اعتبار قراره غير صحيح لأن قراره مبني على عدة ضوابط، وهذا ما تم النص عليه في المادة"40".[2]

كما وجدنا أن محاكم الأحوال الشخصية قد تحركت في اتجاه إثبات الطلاق بأثر برجعي، لهذا السبب يحتاج القاضي الجزائري إلى حذف القضية من دائرة الإدانة الجنائية.[3]

وقد أكدت المحكمة العليا ذلك في عدة قرارات بهذا صدد، حيث نصت في إحداها على أنه إذا تزوجت الزوجة مرة أخرى دون قرار من الزوج الأول فإنها تعتبر حالة زنا لأن المحكمة رأت أنها زانية وتم عقد الزواج بدون حكم نهائي.

بإضافة إلى أنه في إحدى قراراتها أنه فيه حكم استشهدت فيه الزوجة بحكم الطلاق على أساس الزنا باعتبار أن زواجها من زوجها الأول قد انحلت الرابطة، لذلك ادعى الزوج

[1]- سيد علي محمدي وتوفيق أوبلغة، إشكالات إثبات الزواج العرفي وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2016، ص45.

[2]- حدة قسنطيني، المرجع السابق، ص 15.

[3]- حمد بوجمعة، المرجع السابق، ص 771.

بأنه يمكن استئناف الحكم لذا لابد على المجلس قبل الفصل في القضية بإدانة المتهمة بالزنا التأكد من الحكم لم يصبح نهائي وإلا أصبحت قراراتها غير قانونية ويجب نقضها.[1]

ج-عدة المطلقة من طلاق عرفي

إذا تم إثبات الطلاق العرفي، فإن معظم القضايا التي يمكن طرحها في المحاكم بصفة عامة وخاصة القضاة فيما يتعلق بإشكالية العدة حيث أنه من الناحية القانونية يرى أن تعتد من تاريخ التصريح بالطلاق أما لو نعود إلى الناحية الشرعية نجد أن المطلقة تعتد من تاريخ وقوع الطلاق.[2]

لو نعود إلى المادة "50" من قانون الأسرة الذي ينص على أن:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

كذلك نصت المادة"58" من نفس القانون على أن: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قرء، واليائس من المحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".[3]

من خلال المادتين يفهم منهما أن المشرع نص صراحة على أن العدة تحسب من تاريخ التصريح بحكم الطلاق وبالتالي الطلاق الذي يقع داخل دائرته.

[1]- حدة قسنطيني، المرجع السابق،ص16.

[2]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1996، ص286.

[3]- المادتين 50 و58 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

أما بخصوص الطلاق العرفي فالزوجة لا تعتد في العدة من تاريخ النطق بحكم الطلاق، لأنه مخالف للشريعة لذا لابد من صدور قرار يتماشى مع ما جاءت بها الشريعة[1] وفي المقابل يحكم القاضي في العدة من تاريخ حادثة الطلاق المثبت بتوجيه القاضي سؤال للزوجة "إذا طلقت من خارج أسوار القضاء أولا"؟، فمتى تبين له يثبت ذلك[2]، من تاريخ وقوعه بمعنى أخر من تاريخ النطق.[3]

[1]– نادية كماش والجوهر عزوزة، المرجع السابق، ص37.

[2] حدة قسنطيني، المرجع السابق، ص16.

[3] نادية كماش والجوهر عزوزة، المرجع السابق، ص37.

المبحث الثاني: إثبات النسب في المسائل المتعلقة بالطلاق العرفي

يعتبر النسب أقوى الدعائم التي تبني عليها الأسرة عن طريق رابطة الدم، لهذا نجد مبادئ الشريعة الإسلامية أولت عناية كبيرة نظرا لحساسية هذا الموضوع فتم بإحاطته بسياج منيع وذلك لضمن ثباته وحفظه من الاختلاط، من خلال ضبط وتفصيل أحكامه.

وفي المقابل نجد أن المشرع "القانون" سار على نفس درب ما سارت عليه مبادئ الشريعة حيث خص مواد في قانونه تتعلق بهذه المسألة وذلك لمنع تنازع الأنساب من جهة ومن جهة أنساب الأطفال.

– لكن رغم كل هذا نجد من الناحية الواقعية انتشار الرهيب ظاهرة الأطفال المجهولين النسب أو فأحرى تهرب الوالدين من مسؤولية أبنائهم، كل هذا أدى إلى ظهور عدة إشكالات بخصوص هذا المجال وكيفية إثبات نسبهم إلى أصلهم الحقيقي.

ومن هنا كان موضوع الدراسة " إشكالية النسب "مسألة بالغة الأهمية من الناحيتين الواقعية والعملية، وقبل الخوض في الإشكالات التي تحتويها هذه سنتطرق إلى معرفة معنى النسب "مطلب الأول"، ثم نعالج في المطلب الثاني "إشكالاته".

المطلب الأول: التعريف بالنسب

تناول المشرع مسألة النسب في الكتاب الأول المعنون بالزواج وانحلاله في الفصل الخامس منه في المواد "40 إلى 46"منه[1]، حيث يعتبر أقوى الدعائم التي تبنى عليها الأسرة لذا سنتطرق في المطلب إلى تعريف النسب من خلال تعريفه لغة "فرع الأول"، ثم التعريف اصطلاحي" ثانيا"، لنتطرق بعدها إلى تعريفه فقهيا "فرع الثالث"، ثم تعريفه قانونا "فرع الرابع"

[1]– المواد 40 إلى46 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

الفرع الأول: تعريف النسب لغة

النّسب، نسب القرابة، وهو واحد من الأنساب، ابن السيد، النّسبة، والنّسبة والنّسب، القرابة، وقيل: هو في الآباء خاصة وقيل النّسبة، مصدر الانتساب، والنّسبة، الاسم، التهذيب، النّسب يكون بالآباء ويكون إلى البلاد، ويكون في الصناعة.[1]

الفرع الثاني: تعريف النسب اصطلاحا

هو إلحاق الولد بوالديه أو بأحدهما، أي يسمى الولد لوالديه فيقال: فلان ابن فلان أو ابن فلانة، وتكون القرابة بصلة الدم وليس عن طريق التّبني أو الإدعاء

وعرفه الدكتور أحمد حمد النسب بأنه:" سلالة الدم أّو رباط سلالة الدم الذي تربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه".[2]

وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾.[3]

الفرع الثالث: تعريف النسب فقهيا

هي القرابة التي سببها الولادة ويثبت بالأب كما يثبت بالفراش القائم قبل الولادة.[4]

كما عرفه الفقهاء بأنه عبارة عن علاقة دم أو رابطة السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بفروعه وأصوله وحواشيه.[5]

---

[1]– أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ص 755.

[2]– مسعود جبران، المرجع السابق، ص603.

[3]– الآية54 من سورة الفرقان.

[4]– طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ص 3.4.

[5]– سمية بوحادة، إشكالات إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة: البصمة الوراثية نموذجا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد راية، أدرار، ص 217.

الفرع الرابع: تعريف النسب قانونا

بالعودة إلى قانون الأسرة الجزائري نجد بأن المشرع تطرق إلى موضوع النسب من خلال النص على طرق إثباته من خلال تخصيص فصل يتناوله وهو فصل الخامس، أما تعريفة فلم يتطرق إلى تعريف[1]،وبالتالي يمكن حصر تعريف النسب بما جاء تعريفه من طرف الفقهاء والتعاريف اللغوية والاصطلاحية.[2]

المطلب الثاني: إشكالات النسب

مسألة إثبات النسب لها أهمية كبيرة لأنها ذات أهمية بالغة داخل المجتمع بشكل عام من جهة، وداخل الأسرة بشكل خاص فإثبات نسب الولد إلى والديه يحميه من ضياع حقوقه بإضافة إلى منع الاختلاط في الأنساب والمشاكل التي تثيرها هذه المسألة على مستوى المحاكم في حال حرمان الشخص من طرف والديه وعدم الاعتراف، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال هذا المطلب حيث سيتناول طرق الإثبات بالوسائل التقليدية" الفرع الأول"، ثم يتم تناول طرق الإثبات بالوسائل العلمية الحديثة" الفرع الثاني".

[1]– الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

[2]– سمية بوحادة، مرجع سابق، ص 217.

الفرع الأول: إشكالات النسب عن طريق وسائل الإثبات بالطرق التقليدية

سيتم في هذا الفرع وسائل الإثبات بالطرق التقليدية على شقين، حيث يتضمن الجزء الأول الطرق المنشئة لإثبات النسب" أولا"، تم التطرق في الجزء الثاني إلى الطرق الكاشفة لكيفية إثبات النسب" ثانيا".

أولا: الطرق المنشئة لإثبات النسب

يتم تناول في هذا الجزء الطرق المنشئة لإثبات النسب، بحيث تم التطرق إلى الزواج الصحيح ثم اللعان، ثم نتطرق بعدها إلى الطلاق بمختلف حالاته والنكاح الفاسد لنتناول في الأخير الوطء بشبهة.

أ- الزواج الصحيح

- تنص المادة "40" من قانون الأسرة: "يثبت النسب بالزواج الصحيح....".[1]

من خلال هذا اتفق الفقهاء ومنهم " الجمهور" على أن العقد في الزواج الصحيح سبب في إثبات الولد بالفراش الصحيح وأنه إذا أحضرته أمه في فترة حمل لا تقل عن "ستة أشهر" من تاريخ الدخول، أما بخصوص "المذهب الحنفي" فيرى من وقت العقد وذلك من خلال الزواج القائم[2]، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قراراتها التي نصت على:" من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد".[3]

---

[1]- المادة 40 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[2]- جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 61.

[3]- قرار ملف رقم34046 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/11/19، منشور في المجلة القضائية، العدد1، وزارة العدل، 1990، ص67.

القانون لا يعترف ولا يسمح بإثبات نسب الطفل غير الشرعي "ولد زنى" عن علاقة خارج إطار الزواج أو قبل الزواج، وذلك تطبيقا لقاعدة: " الولد للفراش وللعاهر الحجر".[1]

وبالتالي الولد ينسب إلى والديه في حالة قيام العلاقة بشكل صحيح عن طريق الفراش الزوجية الصحيحة[2]

وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في اجتهاداتها في دعوى إثبات ونفي النسب:" فإن قضاة الموضوع طبقوا قاعدة:" الولد للفراش وللعاهر الحجر"، تطبيقا صحيحا للقانون".[3]

وذلك طبقا للمادتين "40" من قانون الأسرة والمادة "41" :"ينسب الولد لأبيه من كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"[4]، ومنه إذا ولد الولد من زواج صحيح ولا يوجد سبب التي يمكن للزوج أن يفي نسبه فإنه ينسب إليه شرعا وقانونا ولا يجوز له أن يتبرأ منه.[5]

أما مدة الحمل المفروضة قانونا فيلاحظ أن المشرع حددها في المادة "42":" أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر."[6]

[1]– جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 61.

[2]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص470

[3]– قرار ملف رقم204821صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1998/10/20، منشور في المجلة القضائية، عدد خاص، وزارة العدل، 2001، ص82.

[4]– المادتين 40 و41 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[5]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص ص 470.471.

[6]– المادة 42 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

وذلك لأن هذه الفترة هي أقل فترة يجب أن يولد فيها الجنين حيا، فإذا ولد الابن قبل مضي المدة وحملت الزوجة قبل زواجها فلا تسمع دعوى إثبات نسب الولد من الزوج[1] وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها لأن المدة غير متوفرة.[2]

ب-عدم نفي الزوج الولد بالطرق الشرعية" اللعان"

لم ينص المشرع صراحة على لفظ "اللعان" في مادته "41" منه ما لم ينفه بالطرق المشروعة، على أنه الوسيلة الوحيدة للحرمان من النسب من جهة ومن جهة أخرى ترك الباب مفتوحا لتقدير القضاء في اختيار الوسائل المناسبة المطلوبة للقضية لإثبات الإنكار.[3]

كما أشار في مادته "38"من نفس القانون على أن:" يمنع من الإرث اللعان والردة".[4]

وبذلك ينسب الابن إلى أبيه في حالة عدم نفيه بالطرق الشرعية وبالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، نجد أنه لا يتم إنكار النسب بعد ثبوتها بغض النظر عمن هو لحاملها أو دواعيها بطريقة واحدة وهي اللعان.[5]

[1]- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، الطبعة 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2015، ص240.

[2]- قرار ملف رقم 210478صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1998/11/17، منشور في المجلة القضائية، المرجع السابق، ص 85.

[3]- طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص 23.

[4]- المادة 138 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[5]- دليلة رحمي، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة 2015، ص12.

ويكون اللعان في حالة اتهام الزوج لزوجته بالزنا أو إنكار نسب ابنها له ولم يكن لديه دليل على دعواه وزوجته لم تصدقه وطلبت إثبات حذف القذف.[1]

يأمر القاضي في هذه الحالة إذا أصر الزوج على أقواله وأراد نفي المولود بين الحد الأدنى والحد الأقصى لمدة الحمل أثناء العلاقة الزوجية، هنا يتم رفع دعوى اللعان أمام المحكمة حيث يأمر الزوج أن يلعن زوجته في جلسة سرية بالقول: "أشهد بالله أنني من الصادقين فيما رميته به"، ويكرر قوله أربع مرات وهو الأمر المعمول به بالنسبة للزوجة بقولها: "أشهد بالله أن من الكاذبين"، فيثبت القاضي حكمه وينفي نسب الولد إلى أبيه.[2]

وهذا ما اتبعه الفقه القضائي من خلال اجتهادات المحكمة العليا وذلك من خلال:

قرار رقم 172379بتاريخ1997/10/28:" ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز 8أيام...".

القرار رقم 04821 بتاريخ1998/10/20:" ومن المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها....".[3]

ج-ثبوت نسب الولد بعد الطلاق:

ويختلف أحكام النسب في هذه الحالة حيث نميزها كالآتي:

[1]- بومجلاف سلاف: إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005/2008، ص 12.

[2]- المرجع نفسه، ص 13.

[3]- القراراين172379و 204821 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص ص 70.82.

01-ثبوت نسب ابن المطلقة قبل الدخول

في حالة طلاق الزوجين قبل حدوث الدخول، ثم أتت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر لليقين من ابنها من زوجها السابق فيثبت النسب، في المقابل إذا جاءت به أكثر من ستة أشهر فلا يتم إثبات الولد للزوج لأن النكاح بالطلاق قبل الدخول ولا تلزم عدة وأنها أتت بولد لمدة حبل تام بعد الطلاق.[1]

02-ثبوت نسب الابن بعد الطلاق وتم الدخول

نصت المادة"43" من قانون الأسرة:" ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"[2]، ومنه إذا حصل الطلاق بعد الخلوة يثبت النسب الابن لوالده.[3]

03-ثبوت النسب الولد المعتدة من طلاق رجعي:

لثبوت نسب الولد لأبيه في هذه الحالة لابد من توفر بعض الشروط:

- يثبت نسب الولد لوالده المطلق وانقضاء عدتها إذا جاءت به خلال فترة العدة.
- بعد انقضاء عدتها وتم الإقرار بانتهائها من طرفها هنا إذا أتت به أقل من ستة أشهر من يوم الإقرار بانقضاء العدة يثبت النسب، أما إذا أتت بالولد أكثر من ستة أشهر من تاريخ الإقرار في هذه الحالة لا يثب النسب من المطلق.[4]

[1]- ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر، الإسكندرية، ص42.

[2]- المادة 43 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[3]- ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص42.

[4]- المرجع نفسه، ص43.

04- ثبوت نسب ولد المطلقة من طلاق بائن

إذا أتت المرأة بولد من طلاق بائن ولم تقر بانقضاء العدة وجاء الولد بعشرة أشهر أو أقل من سنة واحتمال إمكانية وجود الحمل قبل الطلاق وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن المطلقة التي لم تقر بانقضاء عدتها يثبت النسب.[1]

05-ثبوت النسب من زواج فاسد

والنكاح الفاسد هو الذي يفقد شرطا من شروط صحة النكاح، وعلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي فإن المرأة في هذه الحالة لا تعتبر فراشا لزوجها بل بالدخول الحقيقي في حال دخولها وولادة الطفل في مدة ستة أشهر فأكثر من وقت الدخول يثب نسب الابن إلى الزوج.[2]

- أما إذا أحضرته بعد الفراق لمدة تقل عن سنتين يثب نسبه وفي حالة إحضاره أكثر من سنتين لا يثبت ذلك ويشترط لثبوت النسب في نكاح الفاسد أن يكون هناك عقد زواج فاسد ودخول حقيقي....الخ.[3]

06- ثبوت النسب بالوطء الشبهة

وهو إمكانية الجماع بدون زنا وليس في عقد النكاح سواء كان صحيحا أو فاسدا، مثلا كأن يجد امرأة في الفراش واعتقاد الزوج بأنها زوجته أو إمكانية الاتصال الجنسي مع المطلقة ثلاث مرات في عدتها باعتقاده تحل له وعرضت "زفت" إليه بالخطأ.[4]

---

[1]- طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 54.

[2]- ممدوح عزمي، مرجع سابق، ص 44.

[3]- المرجع نفسه، ص 45.

[4]- رمضان علي الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص572.

وفي هذه الحالة إذا أنجبت المرأة الولد في ستة أشهر أو أكثر بعد الجماع يثبت النسب إلى أبيه، أما في حالة التي أنجبت فيها المرأة قبل ستة أشهر كان من المستحيل إثبات نسبها لأن الحمل قد حدث قبل ذلك، ولكن إذا تبين أنه يمكن إثبات نسبه فإمكانية حدوث اتصال جنسي معها قبل ذلك الوقت.[1]

وهذا ما نص عليها المشرع في مادته"41" من قانون الأسرة[2]، بالإضافة إلى عقد الزواج الصحيح يجب أيضا تحديد إمكانية لقاء الزوجين بعد إبرام العقد أي إمكانية الجماع وهذا ما أكده "جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية...الخ"، ومن وجود عقد النكاح لابد من توفر وتحقق شرط الدخول حتى يتم إثبات النسب.[3]

ثانيا: الطرق الكاشفة لإثبات النسب

بعد أن تم التطرق إلى الطرق المنشئة لإثبات النسب والمتضمنة في الزواج صحيح واللعان والطلاق بمختلف حالاته إضافة إلى وطء الشبهة والنكاح الفاسد، سنعرض فيما يأتي الطرق الكاشفة والمتمثلة في الإقرار والبينة.

أ- ثبوت النسب بإقرار

- تنص المادة"44" من قانون الأسرة:" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".[4]

[1]- رمضان علي الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 572.

[2]- المادة 41 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[3]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 471.

[4]- المادة 44 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

من خلال هذه المادة لاحظنا أن المشرع أقر بثبوت النسب بواسطة الإقرار عن طريقين " الأمومة والأبوة".

كما نص في المادة"45" من نفس القانون:" الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"[1]، بإضافة أنه أقر بثبوت النسب خارج مجال الأبوة والأمومة وإعطائها للغير.

01- ثبوت النسب بالبنوة أو الأمومة أو الأبوة

ويكون باعتراف ذكر مكلف أنه أب لمجهول نسب حيث لا يثبت بالفراش أو النكاح الفاسد وإنما بنيت عن طريق الإقرار دون تبين المقر، والإقرار جائز في حالة الصحة والمرض ويثبت النسب به من غير حاجة إلى بيان نسب ويشترط في ذلك:

- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب.
- أن يكون فرق السن بين المقرر والمقر له يحتمل البنوة.
- أن لا يكون ابن الزنا.[2]

02- ثبوت النسب بإقرار تحميل الغير

ويكون كإقرار بالأخوة والعمومة فلا يثبت النسب بهذا الإقرار إلا إذا صدقه المقر عليه مثلا: قال شخص مجهول النسب هذا أخي لابد من أن يصدق والد المقر ذلك، وإذا لم يصدقه فلا يثبت النسب.[3]

[1]- المادة 45 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[2]- عثمان التكروري، المرجع السابق، ص244.245.

[3]- المرجع نفسه، ص246.

03- ثبوت النسب بالبيّنة

يثبت النسب بالبينة سواء كانت في الدرجة الأولى" الأبوة والبنوة"، أو الدرجة الثانية "الأخوة والعمومة" ويجب أن تستوفي دعوى النسب كسائر الأحوال الشروط القانونية، حيث لابد أن يقدم المدعى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك حسب المذهب الحنفي.[1]

- إذا أثبت إدعاء المدعى أمام القاضي وصدر حكم النسب، وهذا في حالة وجود المدعى عليه تكون الدعوى مجرد إثبات للنسب فقط أما إذا مات المدعى عليه فلا تسمع دعوى النسب بسبب المدعى عليه غير حاضر، ولا يمكنه الحضور لذلك يجب تقديم الدعوى عن طريق الميراث من المدعى على الورثة ثم يلزم تقديم دليل من المدعى عليه بأنه ابن المتوفى ليثبت نسبه.[2]

الفرع الثاني: إشكالات إثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة

سيتناول في هذا الفرع الوسائل الحديثة لإثبات النسب على شكل شقين، حيث يتضمن الشق الأول" البصمة الوراثية و موقف القانون والقضاء منها"، ثم في الشق الثاني سيتم التطرق إلى "التلقيح الاصطناعي".

أولا: البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب

تعد مسألة البصمة الوراثية ومدى الاعتماد عليها في إثبات النسب بواسطتها من القضايا التي ظهرت مؤخرا والتي اختلف فيها الفقهاء والذي انقسموا على رأيين مختلفين:

[1]- محمد سماره، المرجع السابق، ص378.

[2]- المرجع نفسه، ص 378.

الرأي الأول: ذهب العلماء المعاصرين بجواز إثبات البصمة الوراثية وذلك خلافا ما ذهب إليه الجمهور الفقهاء الذين يقولون بجواز القافية عند التنازع، لذلك يمكن القول أن البصمة الوراثية صالحة للإثبات لأنها تفوق جميع الطرق للوصول إلى الحقيقة بصفة قطعية.[1]

الرأي الثاني: إذا كانت البصمة الوراثية قطعية الدلالة على محتواها فيجوز الحكم بإنكار النسب دون إثبات من الوالد، لأن مطابقة الجنيات بين الولد وأبيه قد تسمح بعلاقة غير شرعية وبالتالي فهي ليس دليل على إثبات أو نفي النسب.[2]

فالقول عند هؤلاء أن البصمة الوراثية لا تعتبر أحد أسباب إثبات النسب وذلك من خلال تأثرهم بالمذهب الحنفي، بأنه لا يجوز إثبات النسب بالقافية لأن الشّرع حصر دليل النسب على الفراش.[3]

أ- موقف قانون الأسرة الجزائري من إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية

نص المشرع في المادة "40 ف1:"من قانون الأسرة على أن الوسائل التقليدية لإثبات النسب: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد"32 و33 و34" من هذا القانون".[4]

و لكنه أحدث تعديل على هذه المادة بإضافة فقرة أخرى أجاز فيها اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب:" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".[5]

[1]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص ص 185.186.

[2]- المرجع نفسه، ص187.

[3]- المرجع نفسه، ص 187.

[4]- المادة 40 الفقرة 1 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

[5]- المادة 40 الفقرة 2 من الأمر02/05، معدل ومتمم.

ومن هذا لاحظنا أن المشرع نص صراحة للجوء إلى الطرق العلمية وعدم الاكتفاء بالوسائل التقليدية في حال عجز هذه الأخيرة عن إثبات النسب، وبالتالي فالمشرع قد وجد حلول كانت موجودة على مستوى القضاء الذي كان رافضا لها في المادة السابقة في الفقرة الأولى[1]، وساير التوجهات الجديدة التي تجيز استعمال الطرق العلمية التي تبقى استثنائية مع البقاء والاعتماد على الأدلة والوسائل القديمة.[2]

ب- موقف القضاء الجزائري من إثبات النسب بالبصمة الوراثية:

قبل تعديل قانون الأسرة فالقضاة سايروا ذلك من خلال رفض إثبات النسب إلا بالطرق التي حددها وفق المادة"40" من نفس القانون، وهذا ما جاء في قرارات المحكمة العليا الذي نص:" من المقرر قانونا أيضا أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32و33و34 من هذا القانون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالف للقانون.[3]

ومتى تبين- من قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي يتعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلاف للقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".[4]

---

[1]- لعلى سعادي ووردة سعادي، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والتشريع وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الجزائري، كلية الحقوق، قسم علم النفس، جامعتي الجزائر1و2، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد5، 2021، ص ص875.876.

[2]- المرجع نفسه، ص ص875.876.

[3]- قرار ملف رقم222674صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1999/06/15، منشور في المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص88.

[4]- قرار ملف رقم222674 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1999/06/15، المرجع السابق، ص88.

– أما بعد التعديل فالمحكمة اتجهت في نفس المسار الذي سار به القانون وجاءت عدة قراراتها موافقة لها وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 2005/03/05الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية.[1]

وبالتالي يستنتج أن المادة التي عدلها وأضاف إليها القانون سمحت للقضاة للاعتماد على البصمة الوراثية لإثبات النسب ومع مرور الوقت لجأ إليه القضاة وأخرها القضية المشهورة لطفلة "صفية"، التي أثير نزاع حول نسبها هل هي من أب جزائري أو فرنسي؟ ومع نتائج اختبار الحمض النووي أثبت نسبها للأب الجزائري.[2]

إثر هذا الإشكال يدفعنا إلى طرح الإشكال: هل يجوز نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية أم لا بد من وجود اللعان لذلك؟.

في هذا الصدد اختلف الفقهاء في الاعتماد بالنسبة كبيرة على البصمة الوراثية في صحة نفي دون الحاجة إلى اللعان حيث انقسموا إلى أراء مختلفة منها:

الرأي الأول: النسب الذي ينتج عن طريق الفراش والزواج صحيح لا ينفي إلا بواسطة اللعان ولا يجوز اعتماد على البصمة الوراثية.

الرأي الثاني: إذا تأكد الزوج من أن الولد ليس من صلبه يجوز اعتماد على البصمة الوراثية دون الحاجة إلى اللعان.[3]

[1]– لعلى سعادي ووردة سعادي، المرجع السابق، ص 878.

[2]– أم الخيرة بوقرة، دور البصمة الوراثية في حماية النسب، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص88.

[3]– العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، الطبعة1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 215.

الرأي الثالث: البصمة الوراثية جاءت للتحقق مما يحتمل وقوعه أو عدم وقوعه وهي من الأدلة التي اعتبرتها الشريعة صالحة لتكون دليل لنفي أو إثبات النسب.[1]

ثانيا: التلقيح الاصطناعي لإثبات النسب

جاء هذا الأخير لحل بعض إشكالات الإنجاب التي تعترض الزوجين في حالة عدم القدرة على الإنجاب، ونتيجة تطور علم الأبحاث الأجنة في الآونة الأخيرة لحل صعوبات العقم إلا أن المشرع لم يتناوله آنذاك إلى غاية التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الذي تناوله وفق شروط[2]، حيث نصت المادة"45" مكرر:" لا يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، ويخضع للشروط:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلةّ".[3]

أ- موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي:

لم تتناول الشريعة الإسلامية هذا الأمر نتيجة أنه كانت غير معروفة من قبل، حتى أن الفقهاء لم يتطرقوا إليها وذلك باعتبارها تدخل في إرادة الله عزوجل وأن هذه المسألة تؤدي إلى كشف عورة كل من الرجل والمرأة للطبيب المختص، وكون هذا الأخير غريب عنهم.[4]

---

[1]- العربي بختي، المرجع السابق، ص 215.

[2]- أحمد شامي، المرجع السابق، ص 164.

[3]- المادة 45 من الأمر 02/05، معدل ومتمم.

[4]- أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 166.

ويتحتم من خلال ذلك وضع إجراءات خاصة بهذا الخصوص تقوم على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية وتتوافق معا، بواسطة وضع معايير واضحة لجميع الحالات التي يمكن أن تكون من أجل الوقوف عليها من حيث الناحية الشرعية "حلال، حرام، مباح"، بإضافة إلى الآثار التي يمكن أن تترتب عليها "النفقة، الرضع، الميراث".[1]

ب- موقف قانون الأسرة من التلقيح الاصطناعي:

لم يتناول المشرع التلقيح الاصطناعي في تقنينه القديم، أما بعد التعديل فتم تناوله في المادة "45 مكرر" وفق شروط وأحكام يتماشى مع المجتمع بصفة عامة ومبادئ الشريعة بصفة خاصة، بالمقابل لو نعود إلى مستوى القضاء فقضايا في هذه المسألة نادرة جدا نظرا لكون الموضوع حديث بإضافة إلى نقص الإمكانيات وأطباء مختصين في هذا المجال ولهم احترافية، زد إلى ذلك أن المواطن الجزائري يحترم دينه ويتماشى مع مبادئه وتجنب الوقوع في الحرام.[2]

بإضافة أن المشرع من نفس المادة أنه لا يجوز التلقيح بتدخل الغير باعتبار ذلك خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية بصفة خاصة ومخالف للآداب العامة، وذلك للمشاكل التي قد تحصل نتيجة هذا الأمر خصوصا أن المشرع لم يتناول هذه المسألة بعقوبات جزائية لمخالفها ولكنه ركز على عدم جواز ذلك فقط.[3]

---

[1]- أحمد شامي، مرجع سابق، ص167.

[2]- أمباركة والعاج، إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص ص56.57.

[3]- يعقوب بلبشير ومحمد طيب عمور، إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية: دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية،العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر، 2020، ص225.

ومنه نرى أن المشرع لم يوضح موقفه صراحة من نسب الطفل عن طريق الأم البديلة، رغم أن المادة "45" وضحت أن التلقيح يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة لا غير وبالتالي الولد الناتج لا ينسب لصاحب الفراش.[1]

[1]– يعقوب بلبشير ومحمد طيب عمور، المرجع السابق، ص ص225.226.

خلاصة الفصل

وفي ختام دراسة هذا الفصل المتعلق بالإشكالات التي يثيرها الطلاق على ضوء قانون الأسرة، لوحظ أن المشرع لم يتناول أو فأحرى لم يتطرق إلى مسألة الطلاق العرفي بصراحة على غرار الشريعة الإسلامية، فهو لا يعترف بشيء يكون خارج ساحته أصلا.

هذا أدى إلى صعوبة من مهام القضاة ولكنه في نفس الوقت أحالهم إلى مبادئ الشريعة، ما جعل جل القضاة الذين يصادفون مثل هذه القضايا إلى العودة إلى الشريعة وذلك تطبيقا لما نص عليه القانون.

وفي المقابل نجد أن المشرع أجاز للقضاة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات ونفي النسب إضافة إلى الطرق التقليدية، بحيث سمح إلى اللجوء إليها في حالة كون الوسائل الشرعية التقليدية لم تجد نفعا في ذلك.

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة يمكن القول أن المشرع حاول جعل نصوصه وفق ما نصت عليه الشريعة الإسلامية وما يتقاضى مع الواقع من جهة، بالمقابل أقر في حالة وجود تعارض خصص مواد للجوء إلى مبادئ الشريعة لإيجاد حل للإشكالات ومن هذا كله تعتبر إشكالات الطلاق أحد القضايا العديدة التي يمكن أن تثير تساؤلات قانونية، سواء من الناحية النظرية من خلال إغفال المشرع تفاصيل بالغة أهمية حول الإشكالات التي يمكن أن تثار بعد انحلال الرابطة الزوجية، بالمقابل وجود العديد من الثغرات القانونية التي أدت إلى فتح المجال للفقه القضائي خاصة بسبب خصوصية الموضوع في مختلف القضايا التي تثار على مستوى المجالس القضائية.

✓ **النتائج المتوصل إليها:**

1. إغفال المشرع العديد من القضايا بالرغم من أهميتها لم يتم التطرق إليها، وجاءت مخالفة عن تلك أحدثتها مبادئ الشريعة الإسلامية.

2. إغفال المشرع لموضوع العدة وإمكانية ازدواجيتها، بالمقابل يلاحظ أن ما جاء به القانون مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص حيث أن الشريعة الإسلامية تنص على حساب العدة من تاريخ التلفظ وترتيب تبعاتها من خلال ذلك، أما لو نعود إلى نصوص تقنين الأسرة من خلال مواده فقد نصت بأن حساب العدة يتم من تاريخ التصريح بطلاق.

3. إغفال المشرع لحالات المختلفة للمرأة في فترات العدة.

4. أعطى المشرع من خلال نصوصه حماية بالغة للطفل المحضون من خلال جميع نواحيه " رعاية شؤونه"، في نفس الوقت نلاحظ إغفاله بشكل كبير في تنظيم مكان ووقت الزيارة للطرف الذي فشل في حصول على الحضانة.

5. إجحاف المشرع في حق المرأة التي أسقط عنها حق الحضانة في حالة زواجها مرة أخرى ومنح الحضانة للأب أو لأي شخص له الحق في ذلك، بالمقابل أنه ليس له أي

إشكال بالنسبة للأب الذي تحصل على الحضانة بالزواج مرة أخرى وبالتي لم يعدل في هذا الأمر.

6. يرتب الزواج والطلاق النفقة التي تعتبر من أهم الآثار المالية التي يتكفل بها الزوج، من جهة يلاحظ أن المشرع أغفل مسألة بغاية الحساسية هو حالة انفصال الزوجين وعدم تصريح الأب لدى الجهات المختصة بعمله لدى الخواص أو لأحد الأقارب لتهرب من دفع النفقة، فإشكال الذي يقع في هذه الحالة هي كيف يتعامل القاضي بخصوص هذه المسألة؟، وبالتالي فتح من جديد إشكال بهذا الموضوع.

7. كما تظهر الاختلافات الموجودة بين القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية هو حول ميراث ونسب الطفل الناتج عن ابن الزنا، فلو نعود إلى الشريعة الإسلامية فهذا الابن الناتج عن العلاقات الخارج نطاق العلاقة الشرعية كما هو منصوص عليها لايرث ولا يثبت نسبه، أما القانون في حالة اعتراف الأب بابنه وإلحاقه باسمه فهو يرث ويلحق به النسب، كما لجأ المشرع إلى الطرق العلمية الحديثة للإثبات النسب في حالة حجز الطرق التقليدية في تحديد ذلك.

8. عدم تبيان المشرع موقفه خاصة من موضوع ميراث الخنثى.

9. عدم اعتراف المشرع بالطلاق الذي يقع خارج ساحته القضائية "الطلاق العرفي"، نظرا لحساسية هذا الموضوع و انتشاره في المجتمع عامة والأسرة خاصة.

✓ **الاقتراحات:**

بناء على ما سبق فيمكن الخروج باقتراحات لهذه الدراسة المتمثلة في:

1. لابد على المشرع من إعادة صياغة المادتين "49 و 50" من تقنينه التي يتضمنان موضوع العدة، وذلك من خلال مراعاة عدة المرأة التي تختلف من امرأة لأخرى.

2. لابد على المشرع من وضع نصوص قانونية تمنح الأب زيارة المحضون لفترات أطول، من أجل تربيته على دينه كما هو منصوص في الشريعة الإسلامية.

3.لابد من على المشرع من وضع هيئات مختصة أو بأحرى مؤسسات تتكفل بمراقبة الآباء الذي يتهربون من دفع النفقة خاصة في حالة تصريحهم للجهات المختصة بعدم عملهم وهم في الأصل يعملون لدى الخواص أو أحد الأقارب.

4.من تطور التكنولوجيا لابد من اللجوء إلى الطب الحديث لمعرفة الجنين هل هو خنثي أو لا؟ وذلك لمعالجة القضايا الخاصة بميراثه.

5.لابد على المشرع من إعادة صياغة قانونه في مسائل الطلاق العرفي مع ما يتماشى مع مبادئ الشريعة.

قائمة المراجع

أولا: قائمة المصادر:

أ- القرآن الكريم برواية حفص.

ب: كتب السنة النبوية

01-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مجلد1، الطبعة1، دار أبن الكثير لطابعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.

ج: كتب الفقه

01- ابن قدامه عبد الله بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي أبو محمد، موفق الدين، المغني، العدد 1، الطبعة 3، دار عالم الكتب للنشر، 1997.

02-عبد العظيم بدوي، الوجيز في الفقه والسنة والكتاب العزيز، الطبعة3، دار ابن رجب للنشر والتوزيع، 2001.

03- سعدي أبو حبيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الجزء3، الطيعة 3، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1999.

ثالثا: القواميس

01-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادرة لبنان 1405.

02- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ابن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، لبنان.

03-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المجلد1، الطبعة 2، دار المعارف، القاهرة.

04- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مجلد 1، مكتبة لبنان،1986.

05- موريس نخلة وروحي البعلكي وصلا ممر، القاموس القانوني الثلاثي: قاموس قانوني موضوعي شامل مفصل، الطبعة1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

06- محمد بن يعقوب الفيروزي أبادي، القاموس المحيط، الجزء1، دار الحديث، القاهرة 2008.

07-مسعودان جبران، الرائد الصغير: معجم أبجدي للمبتدئين، الطبعة1، دار العلم للملايين بيروت، 1982.

ثانيا: قائمة المراجع

أولا: الكتب

01-إبراهيم عبد الرحمان، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية: الزواج والفرقة وحقوق الأقارب: القسم الأول الزواج والفرقة وحقوق الأولاد، الطبعة1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999.

02- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.

03-بختي العربي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، الطبعة1، مؤسسة كنوز للحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

04-بختي العربي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، الطبعة1 مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

05- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/85 ومعلق عليه لمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، الطبعة3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

06-بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-مقدمة-الخطبة- الزواج- الطلاق-الميراث- الوصية، الجزء1، الطبعة4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.

07-بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له" قانون رقم09/05 المؤرخ في 4 مايو سنة2005"، الطبعة1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

08-بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

09- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث في الفقه والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005.

10-جميل فخري محد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، الطبعة1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009.

11-ذيب أحمد، قواعد الطلاق وضوابط الفراق: قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2015.

12-ولد خسال سليمان، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة3، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

13-محمد محده، التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النشر والطباعة الأوراسية الجزائر، 1994.

14-محمد كمال الدين وإمام جابر عبد السالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003

15-المصري المبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2010.

16- ساجي علام، الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة1 المركز الديمقراطي العربي، برلين ألمانيا، 2021.

17- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

18- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة4، دار هومه للنشر والتوزيع، 2010.

19-سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986.

20-سماره محمد، أحكام وأثار الزوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، الطبعة3 دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

21- العمراني محمد، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار، الجزائر، 2000.

22-عزمي ممدوح، دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

23-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء: دراسة لقوانين الأحوال الشخصية الطبعة2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

24-رمضان علي سيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الإسكندرية 2001.

25-شلبي مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنّية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1997.

26-شامي أحمد، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات: دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

27-الربيع وليد خالد، الإلزام في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة1، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

28-التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية وفق لأحدث التعديلات، الطبعة6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-رسائل الماجستير

01-حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة قضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي رسالة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2001/200.

02-عبد عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقا يد، تلمسان، 2008/2009.

ب- مذكرات الماستر

01-محا تفي إبتسام، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، محمد بوضياف، مسيلة، 2017/2016.

02-والعاج أمباركة، إثبات النسب بين الطرق التقليدية والطرق الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

03-محمدي سيد علي وأوبلغه توفيق، إشكالات إثبات الزواج العرفي وانحلاله، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2015.

04-كماش نادية وعزوة الجوهر، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها الحضانية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016/2015.

05-عينار فاطيمة ومساوي ليديه، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

06-رحمي دليلة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

ج- مذكرات تكوين المدرسة العليا للقضاء

01-بومجلان سلاف، إثبات النسب ونفيه وفق لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005/2008.

02-قسنطيني حدة، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية: دراسة تطبيقية لمجلس قضاء الجلفة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة12، الجزائر، 2004/2001.

رابعا: المجلات والمداخلات

أ- المجلات

01-أكلي نعيمة،" إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الدراسات وأبحاث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 12، العدد3 2020.

02-بوحادة سمية، اشكالات اثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة-البصمة الوراثية نموذجا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد راية، أدرار، تم الاطلاع: بتاريخ 29 ماي 2022 على الساعة15.00سا متوفرة على الموقع: https// :www.asjp.cerist.dz

03-بن قوية سامية، "آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر.

04-بوجمعة حمد، "إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد2، العدد10، 2018.

05-بلبشير يعقوب ومحمد طيب عمور، "إشكالية نسب الطفل الناتج عن التلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية: دراسة مقارنة"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية

والإنسانية، المجلد12، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر، 2020.

06-زلافي حميد، "جوانب الفراغ التشريعي في أحكام الميراث من خلال قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة"، مجلة الشهاب، المجلد7، العدد2، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، 2021.

07-ذبيح هشام، "صندوق النفقة وعلاقته باستقرار الأسري"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد14، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

ب- المداخلات

01-بوجاني عبد الحكيم،" عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة المنشأ بالقانون"01/15"، "مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني المعنون بإشكالات توابع الحضانة في القانون الجزائري"، جامعة 20أوث 1955، سكيكدة، 2017.

02-خنويش سعيد، "التحكيم في قانون الأسرة الجزائري"، "مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الندوة الوطنية أولى كلية الحقوق"، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، العدد 36 2017.

خامسا: الاتفاقيات الدولية

01-الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط في حالة الانفصال المؤرخة في 1988/06/21المصادق عليها بالمرسوم144/88، المؤرخ في 1988/06/26الجريدة الرسمية، العدد30-28، 1988.

سادسا: النصوص القانونية

أ: النصوص التشريعية

01-أمر رقم58/75المؤرخ في 26سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 30ديسمبر1975، العدد78، الجريدة الرسمية، معدل ومتمم.

02-قانون رقم11/84مؤرخ في 09رمضان عام1404 الموافق 09يونيو سنة1984، من أمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد24، المؤرخ في 27 فبراير 2005، معدل ومتمم.

سابعا: القرارات القضائية

01-قرار ملف رقم33921 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1984/07/09 منشور في المجلة القضائية، العدد4، وزارة العدل، 1989.

02-قرار ملف رقم51894الصادر عن غرفة الأحوال الشخصيةبتاريخ1988/12/19 منشور في المجلة القضائية، العدد4، وزارة العدل، 1990.

03-قرار ملف رقم 189234 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/04/21، المنشور في المجلة القضائية، العدد4، وزارة العدل، 1990.

04-قرار ملف رقم32829 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ1984/7/9 المنشور في المجلة القضائية، العدد1، 1990.

05-قرار ملف رقم 43594 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1986/09/22 العدد04، وزارة العدل، 1992.

06 -قرار ملف رقم 172379 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1997/10/28، المنشور في المجلة القضائية، العدد02، وزارة العدل، 1997.

07-قرار ملف رقم 137571الصادر عن غرفة الأحوال الشخصيةبتاريخ1996/06/18 المنشور في المجلة القضائية، العدد خاص، وزارة العدل، 2001.

08-قرار ملف رقم 788322 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/09/25، منشور في المجلة القضائية، العدد1، وزارة العدل، 2003.

09-قرار ملف رقم 288322 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/09/25، منشور في المجلة القضائية، العدد01، وزارة العدل، 2004.

10- قرار ملف رقم 273526 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/12/26، المنشور في المجلة القضائية، العدد1، وزارة العدل، 2004.

ثامنا: المواقع الإلكترونية

01-كل ما يتعلق النفقة- قانون الأسرة الجزائري، محاماة نت، 27أغسطس 2017، تم الإطلاع بتاريخ2022/03/13 على الساعة 14:00مساءا متوفرة على الموقع: https //: www.mohaman.net.

02-إشكالات الميراث في الجزائر، المحاكم والمجالس القضائية، 13 فيفري2022، تم الإطلاع بتاريخ19مارس2022 على الساعة20:00ليلا، متوفرة على الموقع:

https//:www.tribunaldz.com

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العـــنوان	الصفحة
شكر والعرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	**02-05**
الفصل الأول: إشكالات القانونية المتعلقة بالطلاق من حيث الآثار غير المالية والمالية	
تمهيد	**07**
المبحث الأول: إشكالات الطلاق من حيث الأثار المالية	**08**
المطلب الأول: إشكالية العدة	**08**
الفرع الأول: التعريف بالعدة	**09**
أولا: تعريف العدة لغة	**09**
ثانيا: تعريف العدة اصطلاحا	**09**
ثالثا: تعريف العدة قانونا	**10**
الفرع الثاني: مشروعية العدة وأدلتها	**10**
أولا: مشروعية العدة	**10**
ثانيا: أدلة مشروعية العدة	**11**
الفرع الثالث: أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بالعدة	**12**
أولا: عدة الأقرء	**13**
ثانيا: عدة الأشهر	**15**
المطلب الثاني: إشكالية الحضانة	**17**
الفرع الأول: التعريف بالحضانة	**18**
أولا: تعريف الحضانة لغة	**18**
ثانيا: تعريف الحضانة إصطلاحا	**18**
ثالثا: تعريف الحضانة قانونا	**19**

الفرع الثاني: حكم مشروعية الحضانة وأدلتها	**19**
أولا: حكم مشروعية الحضانة	**19**
ثانيا: أدلة مشروعية الحضانة	**19**
الفرع الثاني: الإشكالات المطروحة في مسألة الحضانة	**20**
أولا: إشكالات مراعاة مصلحة المحضون	**20**
ثانيا: الإشكالات الناتجة عن الزواج المختلط ونتج عنها أبناء	**25**
ثالثا: موقف المشرع من مسألة الزواج المختلط	**27**
المبحث الثاني: إشكالات الطلاق من حيث الأثار المالية	**29**
المطلب الأول: إشكالية النفقة	**29**
الفرع الأول: التعريف بالنفقة	**30**
أولا: تعريف النفقة لغة	**30**
ثانيا: تعريف النفقة إصطلاحا	**30**
ثالثا: تعريف النفقة قانونا	**31**
الفرع الثاني: مشروعية النفقة وأدلتها	**31**
أولا: مشروعية النفقة	**31**
ثانيا: أدلة مشروعية النفقة	**31**
الفرع الثالث: أنواع النفقة	**32**
أولا: النفقة المتعلقة بالإهمال العائلي	**32**
ثانيا: النفقة المتعلقة بالعدة	**33**
الفرع الرابع: أهم إشكالات التي تطرحها النفقة	**33**
أولا: النفقة المتعلقة بالطفل المحضون	**33**
ثانيا: النفقة المتعلقة بالمرأة المطلقة	**35**
المطلب الثاني: إشكالية الميراث	**37**
الفرع الأول: التعريف بالميراث	**38**
أولا: تعريف الميراث لغة	**38**

ثانيا: تعريف الميراث إصطلاحا	**38**
الفرع الثاني: الإشكالات التي تناولها موضوع الميراث	**38**
أولا: إشكالات الميراث من حيث أسباب الإرث	**39**
ثانيا: إشكالات ميراث الحمل	**41**
ثالثا: إشكالات ميراث الخنثى	**42**
رابعا: إشكالات ميراث المفقود	**43**
خلاصة الفصل	**45**
الفصل الثاني: الإشكالات التي يثيرها الطلاق العرفي وما يترتب عنه من إشكالات إثبات النسب	
تمهيد	**46**
المبحث الأول: الإشكالات الناتجة عن الطلاق العرفي	**47**
المطلب الأول: إشكالية الطلاق العرفي	**47**
الفرع الأول: التعريف بالطلاق العرفي	**48**
أولا: تعريف الطلاق	**48**
ثانيا: تعريف العرف	**49**
ثالثا: تعريف الطلاق العرفي	**49**
رابعا: تعريف الطلاق العرفي قانونا	**49**
الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من الطلاق العرفي	**50**
أولا: موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق العرفي	**50**
ثانيا: موقف القانون من الطلاق العرفي	**50**
المطلب الثاني: الطلاق العرفي وأهم إشكالاته	**50**
الفرع الأول: عدم تسجيل عقد الزواج	**51**
الفرع الثاني: زواج أحد الزوجين	**52**
أولا: حالة إعادة الزوج الزواج	**53**

ثانيا: حالة إعادة المطلقة الزواج	**53**
المبحث الثاني: إثبات النسب في المسائل المتعلقة بالطلاق العرفي	**57**
المطلب الأول: التعريف بالنسب	**57**
الفرع الأول: تعريف النسب لغة	**58**
الفرع الثاني: تعريف النسب إصطلاحا	**58**
الفرع الثالث: تعريف النسب فقهيا	**58**
المطلب الثاني: إشكالات النسب	**59**
الفرع الأول: إشكالات النسب عن طريق وسائل الإثبات بالطرق التقليدية	**59**
أولا: الطرق المنشئةلإثبات النسب	**60**
ثانيا: الطرق الكاشفة لإثبات النسب	**66**
الفرع الثاني: إشكالات إثبات النسب بالوسائل العلمية	**68**
أولا: البصمة الوراثية كوسيلة لإثبات النسب	**68**
ثانيا: التلقيح الإصطناعي كوسيلة لإثبات النسب	**72**
خلاصة الفصل	**75**
الخاتمة	**77**
قائمة المراجع	**81**
الفهرس	**101**

ملخص:

يعتبر الطلاق شكلا من أشكال انحلال الرابطة الزوجية، حيث تم تنظيمه من طرف المشرع بموجب القانون الذي يستمد هذا الأخير أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية، رغم ذلك لو نعود إلى الناحية الواقعية فعند تطبيق هذه النصوص وفق لمبادئ الشريعة الإسلامية فسوف نلقي الضوء على بعض الإشكالات، والتناقضات التي يمكن أن تثار بعد الطلاق فقد يتكون عن هذه الإشكالات ذات أثار غير المالية مثل " العدة والحضانة"، وكذلك المالية" النفقة والميراث"، بالمقابل نجد الإشكالات التي يثيرها الطلاق على ضوء قانون الأسرة، وتتجلى في " الطلاق العرفي" الذي لا يتم الاعتراف به عن طريق المشرع بإضافة إلى إشكالية النسب.

Resume:

Le divorce est considéré comme une forme de dissolution du lien conjugal, car il a été réglementé par le législateur en vertu de la loi, dont celle-ci tire ses dispositions des principes de la loi islamique. Il peut être invoqué après le divorce, car il peut consister en ces des problèmes aux effets non financiers tels que : « préparation et garde » ainsi que financiers : « pension alimentaire et héritage » par le législateur en plus des proportions problématiques.