جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة . بجاية .

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المصلحة والضّرورة في مسائل شؤون الأسرة بين النّص والتطبيق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:

- زديـــري ربيعـــة
- واشـــق ســـارة

تحت إشراف الأستاذة:

- نجـومـــن سنـــــاء

أعضاء لجنة المناقشة

. الأستاذ(ة): ..... رئيسا

. الأستاذة: نجـومـــن سنـــــاء.....مشرفا ومقررا

. الأستاذ(ة): ..... ممتحنا

السنة الجامعية 2020/2019

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ ۗ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ ۖ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾.

طه: 114.

شكـر وتقديــر

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصّالحات... الحمد لله ما تناهى درب، ولا ختم جهد، ولا تم سعي إلّا بفضله، الحمد لله على البلوغ، ثمّ الحمد لله على التّمام.

نشكر الله عزّ وجلّ الذي بتوفيق وبفضل منه تم إنجاز هذا العمل.

نتقدّم بالشّكر والعرفان إلى الأستاذة الدكتورة الفاضلة "نجومن سناء" حفظها الله وأطال في عمرها لتفضّلها الكريم بالإشراف على هذه المذكرة، وتكرّمها بنصحنا وتوجيهنا حتّى إتمامها.

كما نتوجّه بخالص الشّكر إلى كافّة أساتذتنا الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية على ما قدّموه لنا طيلة فترة دراستنا.

إهـــــــداء

إلى الذين أمر الله ببرّهما، و ما كنت لأصل ما وصلت إليه لولا توفيق من الله ودعوات منهما... الوالدين الكريمين.

إلى أبي الحنون الذي طالما ساندني، ووقف إلى جانبي بالنّصائح، وأمّي التّي سهرت اللّيالي من أجلي... حفظهما الله.

إلى كلّ من ساهم في إتمام هذا العمل، ولو بكلمة طيّبة.

أهدي إليهم جميعا ثمرة جهدنا المتواضع.

ربيعة.

أهدي هذا العمل إلى أعزّ النّاس إلى قلبي وروحي... أمّي وأبي أطال الله في عمريهما وحفظهما.

إلى زوجي الكريم الذي شجّع خطواتي، وكان لي السّند والعطاء.

إلى من شاركتهم كلّ حياتي، إخواني، وأختي العزيزة "ياسميـــن".

إلى كلّ عائلتي وعائلة زوجـي.

إلى كلّ الأشخاص الذين أحمل لهم المحبّة والتّقديـر.

سـارة.

قائمة أهم المختصرات

ج: الجزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ط: دون طبعة.

ص: الصفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: الطبعة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

مقدمة

ختم الله سبحانه وتعالى الشّرائع السّماوية بشريعة خالدة إلى يوم الدّين، وهي شريعة الإسلام التّي تعدّ منظومة متكاملة من الأحكام والقواعد الشّرعية التّي تنظّم كلّ تفاصيل حياة المسلم من عبادة معاملة وسلوك، وجميع هذه الأحكام جاء بها كلّ من القرآن الكريم والسّنة النّبوية الشّريفة، ويوجد من هذه الأحكام ما اجتهد فيها علماء الدّين.

فمن الأمور المقرّرة في التّشريع الحكيم أنّ كلّ ما جاء به من أحكام ونواهي وأوامر هدفها واحد، وهو تحقيق مصالح العباد في الدّنيا والآخرة وتكثيرها، والعمل على درء المفاسد منها وتقليلها، فجاء في قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ**﴾ [1] فلو كانت الشّريعة تحمل شيء خلاف المصلحة لما وصفها الله تعالى بأنّها رحمة للعالمين.

ومن المقرّر أيضا أنّ أحكامها جاءت على مبدأ التّيسير ورفع الحرج عن النّاس، بيّنت الضّوابط التّي تكون فيها الأوضاع على خلاف المعتاد، وحتّى لا يقع العبد في المشقّة والضّرر أجاز الله سبحانه وتعالى ارتكاب بعض الأفعال المحظورة شرعا في حالة ما كانت السّبيل الوحيد للخروج من الضيق الشّديد الذي قد يقع فيه الإنسان، وكلّ هذا يسمّى لدى فقهاء الشّريعة بحالة الضّرورة، فبالرّجوع إلى القرآن الكريم، نجد أنّ الله سبحانه وتعالى ذكر حالة الضّرورة في العديد من الآيات من بينها سورة النّحل في الآية 115 في قوله: ﴿**إِنَّما حَرَّمَ عَلَيكُمُ المَيتَةَ وَالدَّمَ وَلَحمَ الخِنزيرِ وَما أُهِلَّ لِغَيرِ اللَّـهِ بِهِ فَمَنِ اضطُرَّ غَيرَ باغٍ وَلا عادٍ فَإِنَّ اللَّـهَ غَفورٌ رَحيمٌ**﴾.[2] فهذه آية من بين الآيات التّي بيّنت أنّ الإسلام دين يسر وليس عسر.

فمن الفقهاء من قام بتفسير هذه الآيات وقياسها على بعض الأمور الأخرى التّي يعيشها الفرد داخل المجتمع، وذلك بناءا على حاجيات الأمّة ومستجدّات الوقائع والأحداث أين أقرّوا قواعد يمكن استعمالها عند العجز عن تطبيق النّصوص الشّرعية على هذه الأمور المستجدّة، وذلك طبعا بعد الجمع بين نصوص التّشريع الحكيم ومصالح النّاس التّي يجب أن لا تتعارض مع تلك النّصوص الشّرعية، ومن بين تلك القواعد نجد قاعدة المصلحة وقاعدة والضّرورة.

---

[1]– سورة الأنبياء، الآية 107.

[2]– سورة النحل، الآية 115.

وقد اقترن تطبيق هذين المبدأين بالعديد من المسائل التّي نظّمها المشرّع الجزائري في قانون الأسرة [1] خاصّة المسائل الحسّاسة منها، أين أولى لها الاهتمام البالغ وأرفقها بالعديد من الضّوابط.

فمن بين هذه المسائل نجد مسألة تعدّد الزّوجات التّي أخضعها لشروط قانونية كثيرة تماشيا بما جاء في الشّريعة الإسلامية، وكذا مسألة الحضانة التّي تعدّ من أهمّ آثار الطّلاق رعاية، وأخيرا مسألة الولاية في تزويج القصر وعلى أموالهم.

ومن الأسباب التّي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، الميول للمسائل التّي لها علاقة بأمور الدّين، كذلك احتياج هذا الموضوع للمزيد من البحث والتّرتيب لينتفع به طلاّب العلم، ضف إلى ذلك قلّة الدّراسات فيه حيث لم نصادف أيّ دراسة جامعية تناولت موضوع المصلحة والضّرورة في قضايا شؤون الأسرة لا من النّاحية الشّرعية ولا القانونية.

وتتجلّى أهميّة هذا الموضوع في كونه يتناول جانبا علميا وعمليا في كلّ من الشّريعة الإسلامية وكذلك قانون الأسرة الجزائري لما له من ارتباط كبير بواقع النّاس، وارتباطه الوثيق بالأسرة، كما أنّه يساعد النّاس على معرفة أحكام كلّ من المصلحة والضّرورة الشّرعية والقانونية لكي يحسن استعمالها أو العمل بها.

إنّ الهدف من دراستنا لهذا الموضوع هو سعينا لتبيان مدى اهتمام القانون والشّريعة بحالتي المصلحة والضّرورة، وكذلك جمع المسائل الشّرعية وتطبيقها على المسائل القانونية، وبيان دور القاضي وسلطته في تقدير حالة المصلحة والضّرورة في بعض مسائل شؤون الأسرة.

لم يتمّ دراسة هذا الموضوع من قبل، ولم نجد بحثا مستقلاّ بنفس عنوان بحثنا هذا إلاّ أنّه يوجد بعض الدّراسات التّي تناولت موضوع المصلحة والضّرورة بشكل عامّ فقط، ومن بين هذه الدّراسات نذكر منها:

- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، لحسن حامد حسان.

[1]– قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 يونيو 1984، ج.ر عدد 24، صادر في 12 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005، ج.ر عدد 43، صادر في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، صادر في 27 فبراير 2005.

- ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلامية، لمحمد سعيد رمضان البوطي.
- المصلحة وأنواعها وحجّيّتها، لعبد الرحمان بن عبد العزيز الجفن.
- حقيقة الضّرورة الشّرعية وتطبيقاتها، لمحمد بن حسن الجيزاني.
- نظرية الضّرورة الشّرعية مقارنة مع القانون الوضعي، لوهبة الزحيلي.

كما يوجد دراسة أخرى تناولت جزء من موضوعنا وهي تحت عنوان:

الضّرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة، دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون، وهي مذكرة ماستر، من إعداد الطّالبين مبارك بن بلخير ومحمّد لنصاري من جامعة أحمد دراية بأدرار.

لقد كان لبحثنا هذا نصيب من عوائق وصعوبات واجهناها خلال إعداد هذه الدّراسة منها افتقار مكتبة الجامعة للكتب والمراجع ممّا أدّى بنا إلى البحث في جامعات أخرى، وعدم وجود مراجع قانونية تناولت هذا الموضوع لتوجيهنا وإعطاءنا فكرة عنه، وكذا صعوبة وغموض أسلوب وعبارات الكتب الفقهية حيث يصعب على القانونيين الإلمام بالفهم التّامّ للدّراسات الفقهية لكثرتها وصعوبة الجمع بينها وبين القانون، خاصّة أنّ الموضوع له صلة بالدّين ممّا استلزم علينا التّدقيق والتّأكّد في كلّ جزئية منه.

إنّ المنهج المتبّع خلال دراستنا لهذا الموضوع يتمثّل في الاعتماد على منهجا مركّبا، المنهج الاستقرائي والتحليلي، ويظهر المنهج الاستقرائي من خلال استقراء أحكام الشّريعة الإسلامية والأحكام القانونية من مصدرها ومراجعها، أمّا المنهج التّحليلي هو من أكثر المناهج اعتمادا عند تحليل النّصوص القانونية، وهو منهج رأيناه مناسبا لهذه الدّراسة، الذي من خلاله قمنا بتحليل كلّ الموادّ المتعلّقة بكلّ مسألة تطرّقنا إليها.

ومن أجل تبيان أهميّة هذا الموضوع والوصول إلى الأهداف السّابقة، ارتأينا طرح الإشكالية التّالية: **كيف عالجت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري مبدأي المصلحة والضرورة في مسائل شؤون الأسرة؟**

ولمعالجة الموضوع بأكثر تفصيل ووضوح ارتأينا إلى طرح تساؤلات فرعية منها:

ما المقصود بالمصلحة والضّرورة وما تأصيلهما الشّرعي والقانوني؟.

ماهي المسائل الأسرية التّي اقترنت بحالتي المصلحة والضّرورة؟ وما مدى مراعاة المشرّع الجزائري لهاتين الحالتين؟.

ما مدى مراعاة الشّريعة الإسلامية والقانون لشروط تطبيق حالتي المصلحة والضّرورة؟.

وبناءا على ما سبق وبهدف الوصول إلى إحاطة الموضوع من كلّ جوانبه قمنا بالاعتماد على خطّة ثنائية حيث قسّمنا الموضوع إلى فصلين مستقلين:

تطرّقنا في **(الفصل الأوّل)** إلى الإطار المفاهيمي للمصلحة في مسائل شؤون الأسرة بتقسيمه إلى مبحثين: من خلال تحديد المقصود بكلّ من المصلحة والضّرورة وأقسامهما، وتأصيلهما الشّرعي والقانوني.

أمّا **(الفصل الثاني)** فدرسنا فيه تطبيقات المصلحة والضّرورة في بعض مسائل شؤون الأسرة، من خلال تقسيمه لمبحثين: حيث تناولنا تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألتي تعدّد الزّوجات والحضانة، وكذا في مسألة الولاية.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمصلحة والضّرورة في مسائل شؤون الأسرة

المصلحة والضّرورة هي مصطلحات عامّة، يستعملها العامّ والخاصّ دون معرفة حقيقتهما الأصلية، وهذا يعود إلى نقص في استيعاب معناها وسوء فهمها، لذلك اخترنا في موضوعنا هذا التّعرّف والتّقرّب على معناهما الأصلي، وإدراك حيثيتهما الشّرعية والقانونية لحسن استعمالهما في مواضيع مختلفة، وكذا إسقاطهما في مواضيع مستجدّة في وقتنا الحاضر التيّ تستدعي مراعتهما. وهذا ما سنتطرّق إليه في هذا الفصل والذي يضمّ مبحثين هما:

المبحث الأول: المقصود بكلّ من المصلحة والضّرورة وأقسامهما.

المبحث الثاني: التّأصيل الشّرعي والقانوني للمصلحة والضّرورة.

المبحث الأول

المقصودبكلّ من المصلحة والضّرورة وأقسامهما

تبرز كلّ من المصلحة والضّرورة بروزا واضحا في التّشريع الحكيم ويظهر ذلك في العديد من الآيات القرآنية، كما لهما أهميّة بالغة في قانون الأسرة الجزائري الذي راعى في العديد من مسائل شؤون الأسرة هاتين الحالتين (حالة المصلحة والضّرورة).

ولكي نستطيع الوقوف على معرفة حقيقة كلّ منهما يتطلّب الأمر التّطرّق إلى المقصود بكلّ من المصلحة والضّرورة **(المطلب الأول)** و تبيان أقسامهما **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

المقصود بكلّ من المصلحة والضّرورة

بما أنّ المصلحة والضّرورة هما محلّ اهتمام التّشريع الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري، فإنّه يستدعي تحديد مفهومهما، وتمييزهما عن المصطلحات الأخرى، لذلك قمنابتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتناول تعريف المصلحة والضّرورة **(الفرع الأول)** ثمّ تمييز المصلحة والضّرورة عن بعض المصطلحات الأخرى **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف المصلحة والضّرورة

باعتبار أنّ موضوعنا هذا يتمحور حول المصلحة والضّرورة، فإنّه يقتضي تقسيمه إلى شقّين أين سنقوم بتعريف المصلحة **(أولا)** ثمّ تعريف الضّرورة **(ثانيا)**.

أولا-تعريف المصلحة

1- تعريف المصلحة لغة

جاء في مختار القاموس:

صلح: الصّلاح: ضدّ الفساد.

صلح: كمنع وكرم ، وهو صالح.

وصليح. وأصلحه: ضدّ أفسده.

والصّلح: -بالضمّ-: السّلم. ويؤنّث.

وصالحة مصالحة، واصطلحا، واصّالحا، وتصالحا.

والمصلحة: واحدة المصالح.

واستصلح: نقيض إستفسد. وهذا يصلح لك: أي من بابتك.[1]

وجاء في معجم مقاييس اللّغة:

الصّاد واللاّم والحاء أصل واحد يدلّ على خلاف الفساد.

يقال صلح الشّيء يصلح صلاحا. ويقال صلح بفتح اللاّم. صلح وصلح. ويقال: صلح صلوحا.[2]

كما جاء في معجم الرّائد:

المصلحة (صلح) جمع مصالح.

---

[1]- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس مرتّب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، دار العربية للكتاب، تونس، د.س.ن، ص. 359.

[2]- أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج.3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 303.

1- ما يبعث على الصّلاح

2- ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النّفع.

3- المنفعة: "إنّه يعمل لمصلحته الشّخصية".[1]

2- تعريف المصلحة شرعا

المصلحة بما أصطلح إليه علماء الشّريعة الإسلامية يمكن أن تعرّف كما يلي:

عرّف الغزالي المصلحة بقوله: "أمّا المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرّة، ولسنا نعني به ذلك، فإنّ جلب المنفعة ودفع المضرّة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

لكنّنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشّرع، و مقصود الشّرع من الخلق خمسة: وهو أن يحافظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكلّ ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلّ ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعه مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا به هذا الجنس".[2]

أمّا الخوارزمي فقد عرّف المصلحة فقال: "والمراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشّرع بدفع المفاسد عن الخلق".[3]

أمّا الشّاطبي في تعريفه للمصلحة يقول: "أعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه، ونيله ما تقتضيه أوصافه الشّهوانية والعقلية على الإطلاق، حتّى يكون منعما على الإطلاق".[4]

---

[1]- جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، 1992، ص. 745.

[2]- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج.2، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن، ص.ص. 481- 482.

[3]- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، د.ط، مكتبة المتنبي، القاهرة، 1981، ص. 11.

[4]- مجيد حميد العنكبي، أثر المصلحة في التشريعات، ط.1، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص. 25.

المصلحة هي كلّ ما اتفق مع مقاصد الشّرع من جلب نفع أو دفع ضرر شاملة للنّفع في الجانبين الدّنيوية والأخروية، فالمصلحة هي مناقصة للفساد وموافقة للكتاب والسّنة ومثقّفة مع مقاصد الشّريعة.[1]

كذلك عرّف الرّازي المصلحة بأنّها: "جلب اللّذة مباشرة والحفاظ عليها بدفع المضرّة وأسبابها".[2]

3- تعريف المصلحة قانونا

رغم أنّ المشّرع الجزائري نصّ في عدة مواد على المصلحة لا سيما في مواد قانون الأسرة، إلاّ أنّه لم يعط أيّ تعريف صريح لها بل ذكرها كمصطلح فقط، فقد استعمل المشرّع الجزائري مصطلح المصلحة صراحة في مسألة الحضانة و كلّ المسائل المتعلّقة بالطّفل سواءً كانت مالية أو غير مالية و ذلك في مسألة الولاية ومسألة الزّواج.

حيث كان على المشرّع الجزائري أن يضبط و يحدّد مفهومًا موحّدًا و دقيقًا للمصلحة وهو ما لا نجده في مختلف النّصوص القانونية الجزائرية، بل ترك السّلطة التّقديرية في ذلك للقاضي في مراعاة هذه المصلحة وتقديرها، فهذا الفراغ القانوني الذي تركه المشّرع قد دفع القاضي للبحث عن المعايير الذّي يعتمد عليها لتقدير المصلحة و تأسيس أحكامه.

ثانيا-تعريف الضّرورة

1- تعريف الضّرورة لغة

جاء في معجم الوسيط: "الضّرورة: الحاجة والشدّة لا مدفع لها. والمشقّة، والضّروري: كلّ ما تمسّ إليه الحاجة، وكلّ ما ليس منه بد، وهو خلاف الكمالي".[3]

الضّرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول: حملتني الضّرورة على كذا وكذا، وقد اضطرّ فلان إلى كذا وكذا، بناؤه افتعل، فجعلت التّاء طاء لأنّ التّاء لم يحسن لفظه مع الصّاد.[4]

---

[1]- عبد الرحمان بن عبد العزيز الجفن، المصلحة أنواعها وحجيّتها، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن، ص.ص. 7-8.

[2]- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دمشق، د.س.ن، ص. 23.

[3]- عبد العزيز النجار، المعجم الوسيط، ط.4، مكتبة الشروق الدولية، د.ب.ن، 2004، ص. 532.

[4]- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 4، د.ط، دار صادر، د.س.ن، ص. 488.

2- تعريف الضّرورة شرعا

للضّرورة معنى عامّ ومعنى خاصّ، فالمعنى العامّ فهو ما لا بدّ منه في قيام مصالح الدّنيا والدّين.

والمقصود بذلك: المصالح الضّرورية، وهي الضّروريات الخمس.

ومن الأمثلة على ذلك: أنّ الصّلاة ضرورة لحفظ الدّين، والطّعام ضرورة لحفظ النّفس، والاحتجاج بالسّنة ضرورة شرعيّة، والعلم باللّغة ضرورة لمنصب الاجتهاد.

وهذا المعنى يتّفق مع المعنى اللّغوي، وهو: الحاجة والشدّة لا مدفع لها.

أمّا المعنى الخاصّ للضّرورة فهو: الحاجة الشّديدة الملجئة إلى ارتكاب محظور شرعي.

وجاء في قوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾.[1]

وهذا المعنى أخصّ من المعنى العامّ، حيث يراد بالضّرورة هنا ضرورة خاصّة، وهي تلك الحاجة الصّعبة التيّ يرتكب من أجلها شيء من المحرّمات الشّرعية.[2]

جاء في كتاب أصول الفقه لمحمد أبو زهرة: الضّرورة هو أن يكون الشّخص في حالة مخمصة ويخشى على نفسه الموت ولا يوجد ما يأكله إلّا الميتة فإنّه يكون له أكلها، بل يكون عليه أن يأكلها.[3]

وقال مصطفى أحمد الزّرقا: "الضّرورة أشدّ درجة ودافعًا من الحاجة، فالضّرورة: هي ما يترتّب على عصيانها خطر،كما في الإكراه الملجئ، وخشية الهلاك جوعًا.[4]

والاضطرار: هو دفع الإنسان إلى ما يضرّه وحمله عليه أو إلجاءه إليه، والاضطرار تكلّف ما يضرّ بملجئ يلجأ إليه. والملجأ إلى ذلك إمّا أن يكون من نفس الإنسان وحينئذ لا بدّ أن يكون الضّرر

---

[1]- سورة البقرة، الآية 173.

[2]- محمد بن حسين الجيزاني، حقيقة الضّرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط.1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1428، ص.ص. 25- 26.

[3]- محمد أبو زهرة، أصول الفقه ، د.ط، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 51.

[4]- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.1، ط.2، دار القلم، دمشق، 2004، ص. 1005.

حاصلا ومتوقّعًا يلجئ إلى التخلّص منه ممّا هو أخفّ منه، وإمّا أن يكون الملجئ من غير نفس الإنسان كإكراه القويّ ضعيفاً على ما يضرّه.[1]

من خلال التّعريفات السّابقة للضّرورة نلاحظ أنّهم حصروا الضّرورة في المخمصة وأكل المحظور، في حين أنّها أشمل من ذلك.

والتّعريف الأعمّ والأشمل للضّرورة هو تعريف وهبة الزّحيلي الذّي مسّها في كلّ الجوانب، والذي جاء فيه:"الضّرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقّة الشّديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنّفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال و توابعها، ويتعيّن أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضّرر عنه في غالب ظنّه ضمن قيود الشّرع.[2]

3- تعريف الضّرورة قانونا

عرّف فقهاء القانون الجنائي الضّرورة بأنّها: حالة يضطرّ فيها الشّخص إلى ارتكاب جريمة وقاية لنفسه أو غيره من خطر جسيم محدق، أو هي حالة تلجئ شخصا لكي يدرأ خطرا شديدا، إلاّ أنّه يسبّب ضررا للغير أقلّ خطورة.[3]

يفهم من خلال هذا التّعريف أنّ فقهاء القانون ركّزوا في تعريفهم على الجانب الميداني منها فقط، أمّا قانون الأسرة الجزائري لم يتطرّق إلى تعريف أو معنى الضّرورة بشكل صريح وإنّما ذكره كمصطلح فقط في بعض المسائل نجد منها مسألة تعدّد الزّوجات وكذا مسألة الولاية على مال القاصر وتزويجه، وترك للقاضي سلطة تقدير حالة الضّرورة للفصل في أحكامه.

---

[1]- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم، تفسير المنار، ج.3، ط.2، دار المنار، مصر، ص. 1367.

[2]- وهبة الزحيلي، نظرية الضّرورة الشّرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط.4، مؤسسة الرّسالة، بيروت، 1985، ص.ص. 67- 68.

[3]- مبارك بن بلخير، محمد لنصاري، الضّرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة، دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون، مذكرة مقدّمة لإستكمال متطلّبات شهادة الماستر في الشّريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإنسانية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019، ص. 21.

الفرع الثاني

تمييز المصلحة والضّرورة عن بعض المصطلحات الأخرى

للمصلحة والضّرورة مصطلحات أخرى لها صلة وعلاقة بها، وقد تكون قريبة المعنى منها، ولدراسة هذه المصطلحات قمنا بتمييز المصلحة عن بعض المصطلحات الأخرى **(أولا)**، ثمّ تمييز الضّرورة عن بعض المصطلحات الأخرى **(ثانيا)**.

أولا- تمييز المصلحة عن بعض المصطلحات الأخرى

سنقوم بتمييز المصلحة عن الضّرورة، ثمّ عن هوى النّفس، ثمّ تمييز المصلحة الحاجيّة والتّحسينية عن الضّرورية.

1- تمييز المصلحة عن الضّرورة

تشترك كلّ من المصلحة والضّرورة كونهما سببا من أسباب التّسيير ورفع المشقّة إلاّ أنّها تختلف في العموم والخصوص، كون الضّرورة جزءا من المصلحة وقسما من أقسامها، يوجد ما هو في رتبة الضّروريات وهي من المصالح الضّرورية ثمّ يليها المصالح الحاجيّة ثمّ المصالح التّحسينية، وبالتّالي فالمصالح الضّرورية هي أقوى أنواع المصالح، ضف إلى ذلك أنّ المصلحة قد تقع في الأحوال العادية كتناول الطيّبات وقد تقع في الأحوال غير العادية، كأكل الميتة وهذا ما يسمّى بالاضطرار أي حالة الضّرورة، فبهذا يمكن القول أنّ المصلحة أعمّ من الضّرورة، فكلّ ضرورة مصلحة، وليس كلّ مصلحة ضرورة.[1]

2- تمييز المصلحة عن هوى النّفس

المصلحة مصدرها هوى الشّرع وليس أهواء النّفس أو شهواتها، بل من مقاصد الشّرع إخراج الإنسان من داعية هواه والشّهوات.

واختلاف المصلحة عن الهوى لا يعني أنّ المصلحة الشّرعية تتنافى رغبات العباد وميولهم ومنافعهم بل المقصد الأساسي لوضع الشّريعة هو رعاية مصالح العباد ورغباتهم، فالإسلام دين الفطرة، فمجيء الشّريعة هو إقامة العباد على فطرتهم دون إفراط أو تفريط.

[1]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص.ص. 61-62.

إلاّ أنّ الاختلاف يكمن أنّ هوى نفس الإنسان قد يملي في بعض الأحيان عليه بمصلحة ما وهي في حقيقتها مفسدة، وقد يفسد مزاج الإنسان فيرى المفاسد مصالح والمصالح مفاسد، وطبعا ذلك بتأثّر الهوى، كما قد يؤثر مصلحة لنفسه يترتّب عليها إيقاع الضّرر على الآخرين.

لهذه الأسباب جاءت المصلحة بحسب أمر الشّارع لا على مقتضى أهواء النّفوس وشهواتها لكي تأتي المنفعة للإنسان بأكمل صورها.[1]

3- تمييز المصلحة الحاجيّة والتّحسينية عن المصلحة الضّرورية

إنّ المصلحة الحاجيّة والتّحسينية والضّرورية هي المراتب الثلاثة لأصل المصالح التّي جاءت الشّريعة الإسلامية لتحقيقها.

فالمصالح الضّرورية هي أصل للمصالح الحاجيّة والتّحسينية، فيفهم أنّ المصالح الحاجيّة تابعة ومكمّلة لها، أمّا التّحسينية فهي مكمّلة وتابعة للحاجيّة، والمكمّل للمكمّل مكمّل للأصل، فإذا تعارضت المصالح الضّرورية مع الحاجيّة والتّحسينية فإن أمكن الجمع دون تفويت مصالح أحدها وجب الجمع بينها، وإلاّ فإذا تعارضت المصالح التّحسينية مع الحاجيّة، فلا تؤخذ بالتّحسينية إذا أدّى ذلك للإخلال بالحاجيّة، ولا يؤخذ بالحاجيّة والتّحسينية إذا تعارضت مع الضّرورية.

ويأخذ ممّا سبق أنّ جميع الأحكام التّي تقع في مرتبة الضّروريات لا يجوز إهمالها، بل يجب مراعاتها في جميع الأحوال إلاّ إذا كان التّعارض بين ضروريّ وضروريّ أهمّ منه.[2]

ثانيا- تمييز الضّرورة عن بعض المصطلحات الأخرى

للتّقرّب إلى معنى الضّرورة أكثر قمنا بتمييزها عن الرّخصة، ثمّ عن الحاجة، وأخيرا تمييزها عن المشقّة.

---

[1]- محمد أحمد المبيض، مصلحة حفظ النفس في الشريعة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص.ص. 35-36.

[2]- محمد أحمد المبيض، المرجع نفسه، ص.ص. 109-110.

1- تمييز الضّرورة عن الرّخصة

تشترك كلّ من الضّرورة والرّخصة في كون كلّ منهما سببا شرعيّا للتّسهيل والتّيسير ورفع المشقّة، إلاّ أنّ التّسهيل في الضّرورة يكمن بالحاجة الشّديدة، بينما التّسهيل في الرّخصة يختلف، فهو أعمّ، إذ يشمل الحاجة الشّديدة وكذا غيرها من الأعذار.

وللرّخصة أسباب كثيرة منها: النّسيان، السّفر، المرض، الجهل والاضطرار، فمن هنا يظهر أنّ الضّرورة هي سبب من أسباب الرّخصة فيمكن القول أنّ الرّخصة أعمّ من الضّرورة، فكلّ ضرورة رخصة وليس كلّ رخصة ضرورة.

فالعلاقة بين الضّرورة والرّخصة هي العموم والخصوص.[1]

2- تمييز الضّرورة عن الحاجة

تشتركان الضّرورة والحاجة في كونهما يدلاّن على معنى لغوي متقارب، كلاهما يطلق على ما يفتقر إليه، ويوجد بعض أهل العلم قرّر أنّ الضّرورة قد تطلق على الحاجة من باب المجاز، كذلك لهما أثر متقارب في تغيير الأحكام أو تبديلها فإذا كانت الضّرورة تبيح الأمر المحرّم فإنّ مقدار هذه الإباحة راجع إلى الحاجة.

إلاّ أنّهما يختلفان نوعا ما كون الضّرورة هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا، أمّا الحاجة هي الافتقار إلى الشّيء لأجل رفع الضيّق والمشقّة، كذلك أنّ الضّروري مقدّم على الحاجيّ، ولا شكّ أنّ الأصل يجب تقديمه على ما هو من توابعه فمثلا: الغذاء بالنّظر إلى أصله ضروري من أجل الحفاظ على الإنسان، وكون هذا الغذاء من الحلال حاجيّ، فإذا لم يجد الإنسان إلاّ غذاءً محرّما فإنّه قد يتعارض عنده الضّروري والحاجيّ، والمقدّم في هذه الحالة، الضّروري والحاجيّ، لأنّه أهمّ وأولى.[2]

---

[1]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص.ص. 57- 58.

[2]- أحمد بن عبد الرحمان بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام: دراسة نظرية تطبيقية، ج.1، ط.1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 2008، ص.ص. 81- 90.

3- تمييز الضّرورة عن المشقّة

تشترك كلّ من الضّرورة والمشقّة في معانيها اللّغوية إذ تأتي معنى الضّرورة في اللّغة بمعنى المشقّة، فهما مترادفان، أمّا بالنّظر إلى المعنى الشّرعي فنجد أنّ المشقّة أعمّ من الضّرورة، فالمشقّة تكون على مراتب المشقّة العظيمة الفادحة، ثمّ المشقّة الخفيفة، ثمّ المشقّة المتوسطة، أمّا الضّرورة فتطلق على مرتبة واحدة من هذه المراتب، وهي المشقّة العظيمة الفادحة، فمنه يفهم أنّ العلاقة بين الضّرورة والمشقّة هي العموم والخصوص، إذ المشقّة أعمّ من الضّرورة، فكلّ ضرورة مشقّة وليس كلّ مشقّة ضرورة.[1]

المطلب الثاني

أقسام المصلحة والضّرورة

للمصلحة والضّرورة أقسام عديدة ومختلفة، ولكلّ واحدة منها بحسب معيارها في التّقسيم،ولمعرفتها ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول أقسام المصلحة **(الفرع الأوّل)** ثمّ أقسامالضّرورة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

أقسام المصلحة

تنقسم المصلحة إلى عدّة أقسام هي:

أولا- بالنّظر إلى اعتبار الشّرع لها:

تنقسم بدورها إلى ثلاث **(03)** أقسام: المصلحة المعتبرة، المصلحة الملغاة، والمصلحة المرسلة.

1- **المصلحة المعتبرة:** هي المصلحة التّي شهد لها الشّارع باعتبارها كمصلحة قطع اليد، ومصلحة النّظر إلى المخطوبة.

2- **المصلحة الملغاة:** هي المصلحة التّي شهد لها الشّارع بالبطلان، مثل: المصلحة الموجودة في الخمر والميسر.

[1]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص.ص. 59- 60.

3- **المصلحة المرسلة:** هي المصلحة التّي لم يشهد لها الشّارع بالاعتبار ولا بالإلغاء، مثل: جمع القرآن في عهد الصّحابة.[1]

ثانيا- بالنّظر إلى قوّتها في ذاتها

1- **مصالح ضروريّة:** وهي خمسة: الدّين، النّفس، العقل، النّسل، المال، فلابدّ منها في قيام مصالح الدّنيا والدّين.

2- **مصالح حاجيّة:** هي المصالح التي تحتاجها النّاس لرفع الضّيق والحرج الذي قد يصيبه مثلا:

- ❖ في العبادات: كرخصة الفطر للسّفر والمرض.
- ❖ في المعاملات: إباحة القرض، الإجازة.
- ❖ في العادات: إباحة الصّيد.

3- **مصالح تحسينية:** وهي ما لا يرجع إلى ضرورة ولا حاجة لكن تقع موقع التّحسين مثال ذلك: كلّ ما فيه جمال وكمال، كلّ أدب حسن وحميد.[2]

ثالثا- بالنّظر من جهة نفعها: تنقسم إلى قسمين:

1- المصلحةالعامّة: هي ما في صلاح لعموم الأمّة[3] أي تتعلّق أثرها بالنّاس كافّة مثل حفظ الدّين من الزّوال.

2- المصلحة الخاصّة: وهي ما تعلّق أثرها من شخص معيّن[4] مثل: حفظ المال من السرف بالحجر على السّفيه خلال مدّة سفهه.[5]

---

[1]- محمد خلفي العطوي، موقف الحداثين من المصلحة الشرعية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد 27، العدد 2، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2019، ص. 193.

[2]- أحمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الإسلامية والفكر الوضعي، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد السابع والعشرون، العدد 1، 2000، ص. 191.

[3]- محمد خلفي العطوي، المرجع السابق، ص. 193.

[4]- أحمد العوضي، مرجع سابق، ص. 191.

[5]- محمد خلفي العطوي، المرجع السابق، ص. 193.

الفرع الثاني

أقسام الضّرورة

تنقسم الضّرورة إلى عدّة أقسام منها:

أولا- بالنّظر إلى أسباب وقوعها: تنقسم إلى قسمين:

1- ضرورة سببها أمر سماوي مثلا: المجاعة والحيوان الصّائل.

2- ضرورة سببها أمر غير سماوي مثلا: الإكراه الملجأ.

ثانيا-بالنّظر إلى محافظتها على الضّروريات الخمسة:

فهي بدورها تنقسم إلى خمسة **(05)** أقسام منها:

1- ضرورة سببها حفظ الدّين.

2- ضرورة سببها حفظ النّفس والعقل، مثلا: تناول المحرّم في المخمصة (الجوع الشّديد) أو المرض.

3- ضرورة سببها حفظ النّسل، مثلا: دفع المال للمعتدي حفظا لفرض امرأة مسلمة.

4- ضرورة سببها حفظ المال، مثلا: إفساد قليل المال حفظا للأكثر.[1]

ثالثا- بالنّظر إلى مستند ثبوتها: فهي بدورها تنقسم إلى قسمين هما:

1- ضرورة ثابتة بنصّ، أي جاء لفظ الضّرورة في القرآن الكريم[2] ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**مَن كَفَرَ بِاللَّـهِ مِن بَعدِ إيمانِهِ إِلّا مَن أُكرِهَ وَقَلبُهُ مُطمَئِنٌّ بِالإيمانِ وَلـكِن مَن شَرَحَ بِالكُفرِ صَدرًا فَعَلَيهِم غَضَبٌ مِنَ اللَّـهِ وَلَهُم عَذابٌ عَظيمٌ**﴾.[3]

2- ضرورة ثابتة باجتهاد: وأمثلة عن ذلك نجد:

- تناول الدّواء المحرّم قياسا على تناول الطّعام المحرّم حفظا للنّفس.
- قياس الإكراه على قول الباطل على الإكراه على النّطق بكلمة الكفر.

---

[1]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص.ص. 33- 35.

[2]- مبارك بن بلخير، محمد لنصاري، المرجع السابق، ص. 41.

[3]- سورة النحل، الآية 106.

- قياس دفع المفسدة وتحصيل المصلحة على الإكراه، كشهادة الزّور حفظا للنّفس.[1]

رابعا-بالنّظر إلى شمولها: تنقسم إلى قسمين:

1- **ضرورة عامّة:** يعني تمسّ عامّة المسلمين كالوقوع في الحروب، أو الكوارث الطبيعية كالزّلازل والأعاصير.

2- **ضرورة خاصّة:** أي تمسّ شخص واحد أو جماعة معيّنة، كالوقوع في المخمصة.

خامسا- بالنّظر إلى حكم العمل بها: ينقسم إلى قسمين:

1- ضرورة يجب العمل بها، كتناول الميّتة.

2- ضرورة يباح العمل بها، كالنّطق بكلمة الكفر.

أمّا الضّرورة التّي يحرّم فعلها فهي لا تدخل ضمن الضّرورة الشّرعية.[2]

المبحث الثاني

التّأصيل الشّرعي والقانوني للمصلحة والضّرورة

تستمدّ كلّ من المصلحة والضّرورة اعتبارها في الشّريعة والقانون من عدّة نصوص وقواعد، ولمعرفتهما قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، أين خصّصنا دراسة التّأصيل الشّرعي للمصلحة والضّرورة **(المطلب الأوّل)** و كذا التّأصيل القانوني لكلّ من المصلحة والضّرورة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأوّل

التّأصيل الشّرعي للمصلحة والضّرورة

لمعرفة الأدلّة والشّواهد على مراعاة كلّ من المصلحة والضّرورة، قسّمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيهما التّأصيل الشّرعي للمصلحة **(الفرع الأوّل)** والتّأصيل الشّرعي للضّرورة **(الفرع الثاني)**.

[1]- مبارك بن بلخير، محمد لنصاري، المرجع السابق، ص. 42.

[2]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص.ص. 38- 40 .

الفرع الأوّل

التّأصيل الشّرعي للمصلحة

راعت الشّريعة الإسلامية مصلحة العباد وذكرتها في الكثير من الآيات القرآنية وكذا الأحاديث النّبوية، فمن خلال هذا الفرع نتطرّق إلى معرفة أدلّتها وذلك من القرآن الكريم **(أولا)**، ثمّ من السّنة النّبوية الشّريفة **(ثانيا)** وكذا من قواعد الشّريعة العامّة **(ثالثا)**.

أوّلا–من القرآن الكريم

قوله سبحانه وتعالى: ﴿**يا أَيُّهَا النّاسُ قَد جاءَتكُم مَوعِظَةٌ مِن رَبِّكُم وَشِفاءٌ لِما فِي الصُّدورِ**﴾.[1]

من خلال الآية نجد أنّ الله سبحانه وتعالى، راعى مصلحة المكلّفين أين يعدهم فيهابمصالحهم، إذ في الوعظ كفّهم عن الأذى وإرشادهم إلى الهدى، ووصف القرآن الكريم بالشّفاء من كلّ شكّ وهو مصلحة عظيمة.[2]

كذلك أشار عزّ وجلّ إلى المصلحة في آيات أخرى كقوله تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ**﴾.[3]

وقوله أيضا في سورة المائدة: ﴿**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا**﴾.[4]

وفي سورة النّور: ﴿**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ**﴾.[5]

من خلال هذه الآيات يفهم أنّ الله سبحانه وتعالى راعى مصلحة النّاس في نفوسهم وأموالهم وأعراضهم، فما من آية من كتاب الله عزّ وجلّ إلاّ وهي تشمل على مصلحة أو على مصالح العباد.[6]

---

[1]– سورة يونس، الآية 57.

[2]– الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة، ط.1، الدار المصرية اللبنانية، 1993، ص. 26.

[3]– سورة البقرة، الآية 179.

[4]– سورة المائدة، الآية 38.

[5]– سورة النور، الآية 02.

[6]– الطوفي، المرجع السابق، ص. 30.

كذلك قال الله عزّ وجلّ في سورة الأنبياء: ﴿**وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ**﴾.[1]

من خلال قول الله سبحانه وتعالى يفهم أنّ إرسال الرّسول هو رحمة لهم، فالشّريعة التيّ بعث بها إليهم وافية بمصالحهم ومتكفّلة بإسعادهم، فكأنّه يقول الله تعالى لنبيّه إنّ ما بعثت به سبب لسعادة الدّارين في الدّنيا والآخرة، ومنشأ لانتظام مصالحهم، فمن قبل هذه الرّحمة وشكر النّعمة نسعد في الدّنيا والآخرة، ومن ردّها خسر الدّنيا والآخرة.[2]

وكذا آيات كثيرة أخرى رعت مصالح العباد مثل قوله تعالى: ﴿**يُرِيدُ اللَّـهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾.[3]

وقوله: ﴿**مَا يُرِيدُ اللَّـهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَـكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ**﴾.[4]

وقوله عن الخمر: ﴿**قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا**﴾.[5]

من خلال ما سبق نفهم أنّ الله سبحانه وتعالى لم ينزّل آية من آياته إلاّ وهو يحثّ على رعاية مصالحنا فالله تعالى رفع العسر والحرج على أحكام ألزم بها عبده واقتضى أن تكون هذه الأحكام دائرة بين مصالحهم وسعادتهم، وكلّ ما حرّمه الله عزّ وجلّ على عبده فهو مفسدة يجب عليه درءها، وكلّ ما أحلّ الله على عبده فهو مصلحة وجب عليه جلبها.

ثانيا– من السّنة النّبوية الشّريفة

بما أنّ السّنة النّبوية هي بيان الكتاب، وقد بيّنا سابقا اشتمال كلّ آية منه على مصلحة، وبالتّالي فالبيان يكون وفق المبين، أي السّنة كذلك راعت مصالح العباد، نجد قوله صلّى الله عليه وسلّم: "لا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا بيع حاضر لباد، ولا تنكح المرأة على عمّتها أو خالتها، إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم".[6]

وقوله صلّى الله عليه وسلّم أيضا: "الخلق كلّهم عيال الله فأحبّهم إلى الله أنفعهم لعياله".

---

[1]– سورة الأنبياء، الآية 107.

[2]– محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 75.

[3]– سورة البقرة، الآية 185.

[4]– سورة المائدة، الآية 06.

[5]– سورة البقرة، الآية 219.

[6]– الطوفي، المرجع السابق، ص. 30.

من خلال الحديث أوضح رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّ مناط قرب الإنسان إلى الله تعالى هو مدى تقديمه النّفع والخدمة لعباده وذلك برعاية مصالحهم وتوفير سعادتهم.[1]

ثالثا–من قواعد الشّريعة العامّة (القواعد الفقهية)

ضبط أهل العلم المسائل الشّرعية بقواعد فقهية عديدة ومن بين هذه القواعد المهمّة نجد قاعدة "**جلب المصالح ودرء المفاسد**" أو بعبارة أخرى "**درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح**" والتيّ تعدّ من أعظم قواعد الفقه الإسلامي المتعلّقة بمقاصد الشّريعة الإسلامية من حفظ الدّين والنّفس والمال والعرض والعقل.

1– شرح ألفاظ قاعدة "درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح":

- **درء:** هو الدّفع وأهل العلم صرّح أنّ معنى درء في القاعدة هي الدّفع وكثير منهم استعمل لفظ (الدّفع) عوض الدّرء.[2]
- **المفاسد:** هي المضار وهي الإخلال بمقصود الشّرع تجلب مضرّة ودفع منفعة.[3]
- **مقدّم:** أي القدم وهو السّابقة في الأمر، يدلّ على السّبق وكثير من أهل العلم استعمل لفظ (أولى) عوض (مقدّم).
- **جلب:** بمعنى الإتيان بالشّيء، وقد استعمل أهل العلم أثناء التّعبير عن القاعدة ألفاظا أخرى منها (حصول المصالح)، (تحصيل النّفع)، (إيصال النّفع).[4]
- **المصالح:** هي المنافع، والمحافظة على مقصود الشّرع تجلب منافع أو دفع مضرّة.

---

[1]– محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص.ص. 78– 79 .

[2]– محمد بن عبد العزيز المبارك، قاعدة درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح وتطبيقاتها الطبيّة، د.ط، د.د.ن، د.ب،ن، د.س.ن، ص. 08.

[3]– أسامة عدنان عيد الغنميين، عبد الله محمد سعيد ربابعة، عبد الله عيسى السلامة، الموازنة في المصالح والمفاسد طريقا إلى التمكين في السياسة الشرعية، دراسات علوم الشّريعة والقانون، المجلد 41، الملحق 3، 2014، ص. 1000.

[4]– محمد بن عبد العزيز المبارك، المرجع السابق، ص. 10.

أسامة عدنان عيد الغنميين، عبدالله محمد سعيد ربابعة، عبد الله عيسى السلامة، المرجع السابق، ص. 1000.

2- المعنى الإجمالي لقاعدة "درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح":

معناه إذا تعارض عند المكلّف مفسدة ومصلحة في أمر من أمور دينه أو دنياه، فإنّه عليه بدفع المفسدة وإنّ ذلك مقدّم على طلب تحصيل المصلحة[1] فاعتناء الشّرع بترك المنهيات أشدّ من اعتنائه بفعل المأمورات[2] لما يترتّب على المفاسد من أضرار.[3]

وهذه القاعدة مستوحاة من قوله صلّى الله عليه وسلّم: "لا ضرر ولا ضرار"، والضّرر هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو غيره، والضّرار أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، كما تعتبر كقاعدة كبرى أغلق بها رسول الله عليه وسلّم منافذ الضّرر والفساد أمام المسلمين.[4]

3- أمثلة من بعض تطبيقات هذه القاعدة في الشّرع:

- ❖ حالة ما وجب على المرأة الغسل ولم تجد سترة من الرّجال تؤخّر الغسل، لأنّ في كشف المرأة على الرّجال مفسدة، بخلاف الرّجل إذا لم يجد سترة من الرّجال يغتسل ولا يؤخّره.
- ❖ منع التّجارة في المحرّمات من خمر ومخدرات وخنزير، ولو كان فيها أرباحا ومنافع اقتصادية.
- ❖ حالة ما اشتبه لبن البقر بلبن أتان، أو ماء وبول، فلا يجوز تناول شيء منها.[5]

الفرع الثاني

التّأصيل الشّرعي للضّرورة

تواترت الأدلّة والشّواهد على مراعاة حالة الضّرورة في أحكام الشّريعة الإسلامية وذلك في الكثير من الآيات القرآنية **(أولا)** وكذا في الأحاديث النّبوية الشّريفة **(ثانيا)** والقواعد الشّرعية **(ثالثا)**.

---

[1]- محمد بن عبد العزيز المبارك، المرجع السابق، ص. 12.

[2]- محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص. 265.

[3]- محمد بن عبد العزيز المبارك، المرجع السابق، ص. 12.

[4]- محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 79.

[5]- محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو، المرجع السابق، ص.ص. 266- 267.

أولا- من القرآن الكريم

ورد ذكر لفظ الاضطرار في القرآن الكريم في خمس آيات كلّها جاءت في سياق واحد وهو ذكر ما يحرّم من الأطعمة[1]ومن بين هذه الآيات يوجد آية خاصّة نصّ فيها الله سبحانه وتعالى صراحة على إباحة أكل المحرّمات في حالة الضّرورة المتعلّقةبالمخمصة الواردة في سورة المائدة الآية الثالثة حيث جاء في قوله تعالى:﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّـهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾.[2]

والآيات الأربع الأخرى هي:

1- وقوله تعالى:﴿ **إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّـهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾.[3]

2- وقوله عزّ وجلّ:﴿**قُل لا أَجِدُ في ما أوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلى طاعِمٍ يَطعَمُهُ إِلّا أَن يَكونَ مَيتَةً أَو دَمًا مَسفوحًا أَو لَحمَ خِنزيرٍ فَإِنَّهُ رِجسٌ أَو فِسقًا أُهِلَّ لِغَيرِ اللَّـهِ بِهِ فَمَنِ اضطُرَّ غَيرَ باغٍ وَلا عادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفورٌ رَحيمٌ**﴾.[4]

3- وقوله سبحانه وتعالى:﴿**وَما لَكُم أَلّا تَأكُلوا مِمّا ذُكِرَ اسمُ اللَّـهِ عَلَيهِ وَقَد فَصَّلَ لَكُم ما حَرَّمَ عَلَيكُم إِلّا مَا اضطُرِرتُم إِلَيهِ وَإِنَّ كَثيرًا لَيُضِلّونَ بِأَهوائِهِم بِغَيرِ عِلمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعلَمُ بِالمُعتَدينَ**﴾.[5]

---

[1]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص. 13.

[2]- سورة المائدة، الآية 03.

[3]- سورة البقرة، الآية 173.

[4]- سورة الأنعام، الآية 145.

[5]- سورة الأنعام، الآية 119.

4- وأيضا في قوله تعالى:﴿ **إِنَّما حَرَّمَ عَلَيكُمُ المَيتَةَ وَالدَّمَ وَلَحمَ الخِنزيرِ وَما أُهِلَّ لِغَيرِ اللَّـهِ بِهِ فَمَنِ اضطُرَّ غَيرَ باغٍ وَلا عادٍ فَإِنَّ اللَّـهَ غَفورٌ رَحيمٌ**﴾.[1]

من خلال هذه الآيات نجد أنّها تضمّنت كلّها على استثناء حالة الضّرورة حفاظا على النّفس من الهلاك[2] ومن خلالها الله سبحانه وتعالى أباح المأكولات المحرّمة عند الاضطرار[3].

ثانيا- من السّنة النّبوية الشّريفة

أمّا الأحاديث النّبوية المرويّة في حالة الضّرورة نجد منها ما يلي:

1- فعن أبي واقد اللّيثي قال:"قلت يا رسول الله، تصيبنا مخمصة، فما يحلّ لنا من الميّتة؟ فقال: إذا لم تصطحبوا، ولم تغتبقوا، ولم تختفؤوا بها بقلا، فشأنكم بها".[4]

ومعنى الاصطباح هو أكل الصبوح، وهو الغذاء، والغبوق هو العشاء، وأصلهما في الشّرب ثمّ استعمالا في الأكل، أي ليس لكم أن تجمعوهما من الميتة.[5]

2- قصّة عمّار بن ياسر رضي الله عنه حينما أخذه المشركون، وأكرهوه عل سبّ النّبي صلّى الله عليه وسلّم، فشكى ذلك إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم. فسأله رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:"كيف وجدت قلبك؟". قال: مطمئنّا بالإيمان. فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: فإن عادوا فعد".[6]

واستشهادا لهذه الحادثةأنزل الله سبحانه تعالى هذه الآية: ﴿ **مَن كَفَرَ بِاللَّـهِ مِن بَعدِ إيمانِهِ إِلّا مَن أُكرِهَ وَقَلبُهُ مُطمَئِنٌّ بِالإيمانِ وَلـكِن مَن شَرَحَ بِالكُفرِ صَدرًا فَعَلَيهِم غَضَبٌ مِنَ اللَّـهِ وَلَهُم عَذابٌ عَظيمٌ**﴾.[7]

---

[1]- سورة النحل، الآية 115.

[2]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 59.

[3]- محمّد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص. 15.

[4]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 59.

[5]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص. 16.

[6]- مبارك بن بلخير، محمد لنصاري، المرجع السابق، ص. 31.

[7]- سورة النحل، الآية 106.

3- قصّة الرّجل الذي نزل الحرّة فنفقت عنده ناقة فقالت له إمرأته: انحرها فأبى فنفقت، فقالت: اسلخها حتّى نقدّد شحمها ولحمها ونأكله. فقال: حتّى أسأل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فأتاه فسأله فقال صلّى الله عليه وسلّم: (هل عندك غنى يغنيك؟) قال: لا. قال: (فكلوها).[1]

4- عن أبي سعيد الخدري عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال في الجنين: "ذكاته ذكاة أمّه" فالجنين وإن خرج ميّتا يحلّ أكله، لأنّ ذكاة أمّه أي -ذبحها- تنسحب عليه للضّرورة، هذا ما قرّره جمهور العلماء إلاّ أبا حنيفة.[2]

ثالثا-من قواعد الشّريعة العامّة (القواعد الفقهية)

من بين القواعد الفقهية التي تتعلق بالضرورة نجد قاعدة "**الضّرورات تبيح المحظورات**" التّي تعدّ نصّا في التّرخيص للاضطراب[3] وتعدّ إحدى القواعد الفقهية المعتبرة التّي بنيت عليها عدّة أحكام فقهية جزئية.[4]

1- شرح ألفاظ قاعدة "الضّرورات تبيح المحظورات":

❖**الضّرورات:** بمعنى الضّرر والإلجاء إلى الشّيء[5] وهي الضّيق والمشقّة، كما عرفها السّيوطي:"هي بلوغ الإنسان حدّا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب".[6]

❖**تبيح:** الإباحة بمعنى الحلّ والحوار [7] ويراد بالإباحة في قاعدة "الضّرورات تبيح المحظورات" فهي إثم المحظور المرتكب، كما قد يراد بها وجوب فعل المحظور لدفع الضّرر الأكيد أو درء هلاك النّفس.[8]

---

[1]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص.ص. 15- 16.

[2]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 62.

[3]- محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص. 234.

[4]- نور الدّين مختار الخادمي، القواعد الفقهية، جامعة الزيتونة، تونس، 2007، ص. 112.

[5]- طالب بن عمر أحمد بن حيدرة الكثيري، قاعدة الضّرورات تبيح المحظورات، دراسة تأصيلية تطبيقية، مسابقة الأبحاث العلمية بجامع عمر، دار الألوكة، اليمن، 2008، ص. 09.

[6]- إسماعيل غازي مرحبا، أثر قاعدة الضّرورات تبيح المحظورات في بيان حكم القضايا الفقهية المعاصرة، النوازل الطبيّة نموذجا، دار القلم، الرياض، 2010، ص.ص. 277- 278.

[7]- طالب بن عمر أحمد بن حيدرة الكثيري، المرجع السابق، ص. 13.

[8]- نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص. 112.

❖**المحظورات:** مفردها محظور أي ممنوع[1] ومثاله شرب الخمر، قتل الغير وإحباط معنوياته، أكل الميتة ولحم الخنزير.[2]

2- المعنى الإجمالي لقاعدة "الضّرورات تبيح المحظورات":

بعد توضيح ألفاظ القاعدة يتسنّى لنا معرفة المعنى الإجمالي لها، فتعني هذه القاعدة حالات الضّرر الشّديد أو الموت المحقّق الذي يصيب الإنسان وفي هذه الحالات يجيز فعل المحرّم أو الممنوع، وذلك لدفع الضّرر والموت.[3]

ويقول الدّكتور البورنو: "إنّ الممنوع شرعا يباح عند الحاجة الشّديدة وهي الضّرورة".[4]

فيتبيّن إذن من هذه القاعدة أنّ العبد إذا اضطرّ إلى محظور أبيح في حقّه، دفعا للمشقّة ورفعا للضّرر.[5]

لكن الشّافعية استثنوا من هذه القاعدة فقالوا: ليخرج عن هذه القاعدة لو كان الميّت نبيّا فإنّه لا يحقّ أكله للمضطرّ، لأنّ حرمته في نظر الشّرع أعظم من مهجة المضطرّ.[6]

3- أمثلة عن بعض تطبيقات هذه القاعدة في الشّرع:

- جواز لمن اضطرّ أكل الميّتة عند المخمصة.
- جواز لمن اضطرّ إساغة اللّقمة بالخمر.
- جواز لمن اضطرّ التلفّظ بكلمة الكفر للإكراه.[7]
- جواز لمن اضطرّ إلى شرب الخمر لجوع أو عطش.
- كذلك المرأة الحائض في الحجّ التّي عليها طواف الإفاضة، فهي لا تستطيع فعله وهي على طهارة لأيّ سبب شرعي قاهر مثلا لعدم قدرتها على تأجيل السّفر، فإنّ هذه المرأة

---

[1]- طالب بن عمر أحمد بن حيدرة الكثيري، المرجع السابق، ص. 14.

[2]- نور الدّين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص. 112.

[3]- المرجع نفسه، ص. 112.

[4]- محمد صدقي بن أحمد بن محمّد البورنو، المرجع السابق، ص. 235.

[5]- طالب بن عمر أحمد بن حيدرة الكثيري، المرجع السابق، ص. 09.-

[6]- محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو، المرجع السابق، ص. 238.

[7]- زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذاهب أبي حنيفة النعمان، ط.1، دار الكتب العلمية، 1999، ص. 73.

تعدّ مضطرّة لفعل الطّواف وهي حائض، لكن عليها أن تغتسل وتستحفظ أي تتحفّظ بشدّة وإحكام حتّى لا ينزل الدّم منها.[1]

المطلب الثاني

التّأصيل القانوني للمصلحة والضّرورة

للمصلحة والضّرورة تأصيل وأساس قانوني تستمدّ منه مشروعيتها، ولمعرفة هذا التّأصيل قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نبيّن التّأصيل القانوني للمصلحة **(الفرع الأوّل)**، ثمّ التّأصيل الشّرعي للضّرورة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل

التّأصيل القانوني للمصلحة

استعمل المشرّع الجزائري في قانون الأسرة مصطلح المصلحة في بعض المسائل، أين أولى لها الاهتمام البالغ، ودليل هذا الاهتمام يكمن في خروجه عن القواعد العامّة فمثال ذلك نجد مراعاته لمصلحة المحضون في مسألة الحضانة وذلك في الموادّ **(62 إلى 72)** أين كرّس فيها حماية للطّفل معتبرا مصلحته ركيزة أساسية فوق كلّ اعتبار، فألزم القاضي مراعاة مصلحة الطفل وخروجه على القاعدة العامّة إذا دعى الأمر إلى ذلك.

كذلك نفس الشّيء بالنّسبة لمسألة الولاية في تزويج القاصر والولاية على ماله، فالمشرّع ربط هاتين المسألتين بضابط المصلحة وذلك في المادّة **السّابعة (07)** ق.أ.ج أين ذكر هذا المصطلح بشكل صريح فيما يخصّ زواج القصر، وخروج المشرّع عن القاعدة العامّة التّي هي اكتمال أهلية الرّجل والمرأة في الزّواج هو **(19)** سنة مراعاة لمصلحتهم إذ رأى أنّ الزّواج قبل ذلك يعود بالمصلحة عليهم، ضف إلى ذلك المادّة **(89)** ق.أ.ج التّي تتعلّق ببيع عقّار المولى عليه الذي يستلزم إذن قضائي ويجب على القاضي أن يراعي في ذلك الإذن حالة المصلحة أي بيع ذلك العقّار يعود بالمصلحة على المولى عليه.

[1]– نور الدين مختار الخادمي، المرجع السابق، ص. 114.

الفرع الثاني

التّأصيل القانوني للضّرورة

إنّ المشرّع الجزائري منح للقاضي حقّ الخروج عن القواعد العامّة في بعض مسائل قانون الأسرة، وذلك عند وجوب مراعاة حالة الضّرورة التّي تعدّ ركيزة يعتمد عليها القاضي حتّى يتمكّن من الخروج عن القاعدة العامّة، فمصطلح الضّرورة ذكرها المشرّع في مسألة زواج القصر في المادّة **(07)** أينوجب على القاضي مراعاة حالة الضّرورة لمنح الإذن بتزويجه، إلاّ أنّه لم يذكر أو يحدّد هذه الحالات بل ترك للقاضي مهمّة التّحقيق والتّأكّد من وجودها، كما ذكر أيضا هذا المصطلح في مسألة الولاية على مال القاصر في المادّة **(89)** ق.أ.ج أين استعمل المشرّع مصطلح الضّرورة صراحة، وأعطى للقاضي سلطة التّأكّد من وجود حالة الضّرورة في بيع عقّار المولى حتّى يمنح الإذن بذلك، ضف إلى ذلك مسألة تعدّد الزّوجات التّي نصّ عليها المشرّع في الموادّ **(08)**، **(08) مكرّر**، **(08) مكرّر (01)** لكن في هذه المسألة لم يذكر مصطلح الضّرورة صراحة، بل كان ذلك ضمنيا وقيّدها بقيود أخرى لتضييق اللّجوء إليها.

الفصل الثاني

تطبيقات المصلحة والضّرورة في بعض مسائل شؤون الأسرة

بعدما تعرّفنا في الفصل الأوّل من هذا البحث على المعنى الحقيقي للمصلحة والضّرورة واعتباراتها الشّرعية نقوم الآن بإسقاطها على بعض مسائل شؤون الأسرة.

وهذا ما سنبيّنه من خلال هذا الفصلوالذّي يضمّ مبحثين هما:

- **المبحث الأوّل:** تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألتي تعدّد الزّوجات والحضانة.
- **المبحث الثاني:** تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الولاية على القاصر.

المبحث الأول

تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألتي تعدّد الزّوجات والحضانة

أولت كلّ من الشّريعة الإسلامية والقانون أهمية بالغة لمبدأين أساسيين هما المصلحة والضّرورة أين تمّ تقييدها في العديد من مسائل الأسرة خاصّة ما تعلّق منها بالزّواج وآثاره وركّزنا على مسألة تعدّد الزّوجات والحضانة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهذا ما سنتناوله بالتّفصيل في المبحث الأول بتقسيمه إلى مطلبين، نتناول فيه تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة تعدّد الزّوجات **(المطلب الأوّل)**، ثمّ تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الحضانة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة تعدّد الزّوجات

إنّ الإسلام ليس أوّل من شرّع تعدّد الزّوجات فقد كان موجودا في الأمم الأخرى القديمة عند اليونان، الصّين، الهند، البابليين والمصريين، كما كان مباحا عند اليهود دون حدّ، و كان العرب قبل الإسلام يعدّدون الزّوجات دون قيد، بعد مجيء ديننا الحنيف، عالج هذه المسألة الهامّة والحسّاسة، فإنّ هذا الأخير هذّب وعدّل هذا النّظام ووضع له أسسا تنظّمه وتحدّ من مساوئه وأضراره التّي كانت موجودة في المجتمعات البشرية التّي انتشر فيها التّعدد، ونزل به إلى حدّ أربع زوجات كحدّ أقصى، كما أباح هذا النّظام وشرّعه لحكمة ثانية ومصلحة عامّة وضرورات اجتماعية وشخصيّة كان لابدّ من سدّها لتخليص البشريّة من المشكلات الاجتماعية والمفاسد الأخلاقية، لكن مقابل ذلك أوجب العدل بين الزّوجات منعا للظّلم و التّعدي، وقياسا على ما جاء في أحكام

الشّريعة الإسلامية أجاز القانون بدوره مسألة التّعدد وضبطها بشروط معيّنة تناولها ضمن المادّة الثّامنة وما يليها من قانون الأسرة.

لذلك سنقسّم دراستنا لمسألة تعدّد الزّوجات إلى فرعين، مسألة تعدّد الزّوجات في الشّريعة بدراسة مشروعيّة تعدّد الزّوجات في القرآن والسّنة **(الفرع الأول)**، ثمّ مسألة تعدّد الزّوجات في القانون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعدّد الزّوجات في الفقه الإسلامي

دلّ على مشروعية تعدّد الزّوجات كلّ من القرآن الكريم و السّنة النّبوية المطهّرة.

ولذلك ستكون دراستنا على شقّين، شقّ سنتطرّق فيه إلى دليل مشروعيّة تعدّد الزّوجات من القرآن الكريم والشقّ الآخر سنخصّصه بدراسة دليل مشروعيّة تعدّد الزّوجات من السّنة النّبوية.

أولا–دليل مشروعيّة تعدّد الزّوجات من القرآن الكريم

ورد تشريع تعدّد الزّوجات في القرآن الكريم في عدّة مواضع، الدّليل الأوّل هو الآية الثالثة من سورة النّساء: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**﴾.[1]

و المقصود بهذه الآية كما فسّرها النّبي صلّى الله عليه و سلّم والصّحابة وكذا جمهور المسلمين أنّ:

1– دلالة هذه الآية الكريمة على إباحة تعدّد الزّوجات، فللرّجل أن يتزوّج بواحدة أو أكثر و حدّد له الشّرع أربع زوجات كحدّ أقصى، فله أن يتزوجهنّ و يجمعهنّ في وقت واحد.[2]

2– وذكر ابن كثير رحمه الله في تفسيره للآية الكريمة أنّ للرّجل إن شاء أن يتزوّج اثنتين وإن شاء ثلاث أو أربع ومعناه التّخيير، وذلك لورود واو العطف في الآية.[3]

---

[1]– سورة النساء، الآية 03.

[2]– محمد بن سفير بن حسين الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، د.ط، دار أم القرآن، د.ب.ن، 2004، ص. 03.

[3]– ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج.2، د.ط، دار الأندلس للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1986، ص. 197.

3- وقال الفخر الرّازي: "أنّه إباحة لاثنين إن شاء ولثلاثة ولأربع على أنّه مخيّر أن يجمع في هذه الأعداد من شاء، فإن خاف أن لا يعدل اقتصر من الأربع على الثّلاث، فإن خاف ألاّ يعدل اقتصر على الاثنين، فإن خاف ألاّ يعدل اقتصر على الواحدة".[1]

أمّا الدّليل الثاني على إباحة تعدّد الزّوجات قوله تعالى: ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّـهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾.[2]

هذه الآية الكريمة تبيّن للمخاطبين التّخيير بين الزّواج بواحدة أو أكثر وإن خافوا ظلم النّساء أو ظلم اليتامى أو ظلم أنفسهم فواحدة، فلو كان المقصود على سبيل الوجوب لما كان هناك خيار.[3]

فالزّواج هنا كما هو مذكور في الآية الكريمة لو كان أمرا ملزما لما قال الله تعالى في الآية الكريمة: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً**﴾ فالشّرط الوحيد الذي ألزمه الله تعالى هو العدل بين الزّوجات و العدل المشروط هو العدل المادّي في المسكن و المأكل و المبيت، أي أنّ الرّجل إن لم يكن واثقا من قدرته على توفير هذا الشّرط فلا يجوز له أن يتزّوج بأكثر من واحدة.[4]

قال ابن كثير[5] في تفسيره لهذه الآية: إذا كان تحت حجر أحدكم يتيمة و خاف أن لا يعطيها مهر مثلها، فليعدل إلى ما سواها من النّساء، فإنهنّ كثير، ولم يضيّق الله عليه، ثمّ بيّن سبب نزولها بالحديث الذي رواه البخاري[6] أنّ عروة سأل عائشة رضي الله عنهما عن هذه الآية فقالت:"هي اليتيمة تكون في حجر وليّها تشركه في ماله، ويعجبه، مالها و جمالها، فيريد وليّها أن يتزوّجها، بغير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهنّ إلاّ أن

---

[1]-علوان فتيحة، تعدد الزوجات بين المصالح والقيود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، ص. 09.

[2]- سورة النساء، الآية 129.

[3]- عدادي شمس الدين، تعدد الزوجات بين الإطلاق و التقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016، ص. 16.

[4]- زيدان عبد الباقي، المرأة بين الدّين والمجتمع، د.ط، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1977، ص. 145.

[5]-ابن كثير، المرجع السابق، ص. ص. 197- 202.

[6]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب التفسير، سورة النساء، باب وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى، حديث رقم 4574، ط.1، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002، ص. 1124.

يقسطوا لهنّ، ويبلغوا لهنّ أعلى سنتهنّ في الصّداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهنّ"، قال عروة: قالت عائشة: "وأنّ النّاس استفتوا رسول الله صلى الله عليه و سلّم بعد هذه الآية، فأنزل الله تبارك و تعالى: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّـهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّـهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا**﴾.[1]

قال أبو جعفر: وأولى القولين بتأويل الآية قول من قال. معنى ذلك وترغبون عن أن تنكحوهنّ، لأن حبسهم أموالهنّ عنهن مع عضلهم إيّاهنّ، إنّما كان ليرثوا أموالهنّ دون زوج إن تزوّجن، ولو كان الذين حبسوا عنهنّ أموالهنّ إنّما حبسوها عنهنّ رغبة في نكاحهنّ، لم يكن للحبس عنهنّ وجه معروف، لأنّهم كانوا أولياءهنّ، ولم يكن يمنعهم من نكاحهنّ مانع، فيكون به حاجة إلى حبس مالها عنها، ليتّخذ حبسه عنها سببا إلى إنكاحها نفسها منه.[2]

أمّا بالنّسبة لبعض المفسّرين و فقهاء الدّين الآخرين، فبعضهم يرى أنّ الشّريعة الإسلامية أباحت تعدّد الزّوجات إلى أربع، والبعض الآخر نظر إليها نظرة مقاصدية إلى غايات التشريع، حيث يرون أنّه لا يمكن إباحة تعدّد الزّوجات إلاّ إذا دعت الضّرورة إليه وبالتّالي يمكن حصر أقوالهم إلى قولين هما:

❖ **القول الأول: إباحة تعدّد الزّوجات إلى أربع**

اعتمد على هذا القول جمهور الفقهاء، فلقد أباحت الشّريعة التّعدد عموما على أن لا يتجاوز أربع زوجات في آن واحد [3]، وذلك بنصّ القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا**

---

[1]– سورة النساء، الآية 127.

[2]– أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، ج.7، ط.1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص. 544.

[3]– سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية (دراسة مقارنة)، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 1، 2020، ص. 468.

فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾.[1]

وعند التأمّل في هذه الآية نجدها قد أباحت التعدّد لكن بشرط عدم تجاوز أربع زوجات، وبشرط العدل بينهنّ، وبيّن القرآن الكريم أفضلية الزّوجة الواحدة بقوله تعالى: ﴿**ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**﴾[2]، أي ذلك أقرب للعدل وأبعد عن الظّلم.

ويتّضح كذلك أنّ سبب ورود إباحة التّعدد في سورة النساء هو معالجة حقوق الضّعفاء من النّاس كاليتامى والنّساء والسّفهاء، وأمرت بالإحسان إليهم.

❖ **القول الثاني: منع تعدّد الزّوجات ما لم تدع إليه ضرورة**

اعتمد القائلون بهذا الرّأي من أصحاب مدرسة المنار في التّفسير، أمثال: الشّيخ محمد عبده، وتلميذه محمّد رشيد رضا، أنّهم نظروا نظرة مقاصدية إلى غايات التّشريع وأهدافه حيث جمعوا بين آيتين كريمتين هما:

1- قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**﴾.[3]

2- قوله تعالى: ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّـهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾.[4]

وذكر الإمام المفسّر محمد رشيد رضا في كتابه تفسير المنار فقال:"فمن تأمّل الآيتين علم عن إباحة تعدّد الزّوجات في الإسلام أمر مضيّق فيه أشدّ التّضييق كأنّه ضرورة من الضّرورات التي تباح لمحتاجها شرط النّفقة وإقامة العدل".[5]

---

[1]- سورة النساء، الآية 03.

[2]- سورة النساء، الآية 03.

[3]- سورة النساء، الآية 03.

[4]- سورة النساء، الآية 129.

[5]- سعيد خنوش، المرجع السابق، ص. 468.

ثانيا-دليل مشروعيّة تعدّد الزّوجات من السّنة النبويّة الشّريفة

جاءت السّنة النّبوية بأحاديث تدلّ على مشروعيّة تعدّد الزّوجات خاصّة فيما روي عن عمر بن عبد الله بن عمر أن غيلان الثّقفي أسلم و تحته عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النّبي صلّى الله عليه و سلّم أن يختار منهنّ أربعا ويفارق سائرهنّ.[1]

وروي عن الحارث بن قيس قال: "أسلمت و تحتي ثماني نسوة فأتيت النبي صلّى الله عليه و سلّم فقلت له ذلك فقال اختر منهنّ أربعا ".[2]

وروي عن النّقراوي أنه يجوز للحرّ والعبد المسلم نكاح أربع حرائر مسلمات أو كتابيات وتحرم الزيادة عن أربع بإجماع أهل السّنة وهو ما ثبت عن النّبي صلّى الله عليه و سلّم وممّا لا شكّ فيه أنّ إقراره أصل من أصول الشّريعة.[3]

وعن عائشة رضي الله عنها في تفسير قوله تعالى: ﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا**﴾[4] قالت: "هي المرأة التي تكون عند الرّجل لا يستكثر منها، فيريد طلاقها، ويتزوّج غيرها، تقول له: أمسكني ولا تطلّقني، ثم تزوّج غيري فأنت في حلّ من النّفقة عليّ والقسمة لي".

كما جاء في صحيح البخاري على أفضليّة الزّواج بأكثر من واحدة وذلك أنّ سعيد بن جبيرة قال: (وقال لي ابن عباس: هل تزوّجت؟ فقلت: لا. قال: فتزوّج فإنّ خير هذه الأمّة أكثرها نساء).[5]

كما بيّن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في السّنة المطهّرة على حقّ المرأة على زوجها إذا تزوّج عليها أن يكون عادلا في المعاملة، عن أبي هريرة – رضي الله عنه – أنّ رسول الله صلّى

---

[1]– مالك بن أنس، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، د.ط، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص. 320.

[2]– ابن رسلان، شرح سنن أبو داوود، كتاب الطلاق، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع، حديث رقم 2241، المجلد 10، ج.2، ط.1، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر، 2016، ص. 36.

[3]– عدادي شمس الدين، المرجع السابق، ص. 17.

[4]– سورة النساء، الآية 128.

[5]– مقران طارق عزيز، إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص. 07.

الله عليه وسلّم قال: "من كانت عنده امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقّه ساقط " رواه التّرمذي.

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "إنّ المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرّحمان – عزّ وجلّ – وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم و أهليهم وما ولوا". رواه مسلم. [1]

نستنتج ممّا سبق أنّ الشّريعة الإسلامية ربطت مسألة تعدّد الزّوجات بالمصلحة على أساس أنّ هذه المسألة تجلب المنافع المرجو منها و تدفع مفاسد كثيرة، إذ بالتّعدد يحفظ المجتمع نظامه الأخلاقي ويغلق على ذوي الشّهوات أبواب الفساد، كما يتّضح أيضا أنّها قيّدت هذه المسألة بشرط واحد ألا وهو العدل فقط، أي أعطت الاختيار والحرّية الكاملة للرّجل في الزّواج بأكثر من زوجة واحدة، شرط أن يعدل بينهنّ، والمقصود بالعدل هنا هو العدل الظّاهر وليس العدل في المودّة والمحبّة، وإن لم يكن واثقا في قدرته على ذلك، فلا يجوز له أن يتزوّج بأكثر من واحدة.

الفرع الثاني

تعدّد الزّوجات في القانون

بما أنّ الشّريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي الذي يعتمد عليها المشرّع الجزائري لسنّه لمواد قانون الأسرة، فإنّه قد أباح مسألة تعدّد الزّوجات، وأقرّ مجموعة من المواد المنظمة لها سواء قبل أو بعد تعديله لقانون الأسرة.

وهذا ما سنحاول إيضاحه من خلال هذه الدراسة الموجزة، أين نتطرّق فيها إلى كلّ من التعدّد في ظلّ قانون الأسرة **11/84 (قبل التعديل)**، وكذا التعدّد في ظلّ القانون **02/05 (بعد التعديل)**، وبعض الانتقادات الموجّهة لهما.

أولا– التعدّد في ظلّ قانون الأسرة 11/84 (قبل التعديل)

تناول قانون **11/84** مسألة تعدّد الزّوجات ضمن المادة **الثامنة (08)** منه التي جاء فيها: "**يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشّرعي**

[1]– عبد الحميد كشك، في رحاب التفسير، ج.28، د.ط، المكتب المصري الحديث، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 72.

وتوفّرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كلّ من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحقّ في رفع دعوى قضائية ضد الزّوج وفي حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

من خلال تحليل ما تضمّنته هذه المادة نستخلص الأحكام التّالية:

- الإبقاء على حدود العدد المسموح به في الشّريعة الإسلاميّة في مسألة تعدّد الزّوجات.
- أنّ المشرع وضع شروط وقيود تحدّ من حقّ الرّجل في التعدّد وهي:
  - أن يكون هناك مبرّر شرعي.
  - أن تتوفّر نيّة العدل.
  - أن يخبر الزّوجة السّابقة و اللاّحقة قبل إبرام عقد الزّواج الثاني.[1]

وهذا يعني أنّه لا يجوز للرّجل أن يتزوّج بأكثر من امرأة واحدة إن لم يكن هناك مبرّر شرعي، وأهمّ هذه المبرّرات:

- ✓ مرض المرأة مرضا مزمنا أقعدها عن الواجبات الزّوجية وأفقدها وظيفة الأمومة.
- ✓ عقم الزّوجة أي لا تلد.[2]

كما لا يجوز للرّجل أن يتزوّج على زوجته ولو توفّر المبرّر الشّرعي ونيّة العدل، إلاّ بعد أن يكون قد أخبرها مسبقا بأنّه عازم على الزّواج بامرأة أخرى وأعطاها معلومات عن ظروفه وأن يخبر الزّوجة اللاّحقة بأنّه متزوّج وأعطاها معلومات عامّة عن وضعيته العائليّة، ولكن بالمقابل نجد أن المشرع الجزائري لم يضع جزاء عند مخالفة قيود التعدّد كما قرّر للزّوجة الأولى الحقّ في رفع دعوى قضائيّة في حالة غشّ الزّوج والمطالبة بالتّطليق في حالة عدم رضاها بالزّواج الثاني[3]، وهذا ما أكّده قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشّخصية بتاريخ 2005/01/19 قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر **02/05** الذي أقرّ بأنه: "**لا يكفي، لرفض دعوى التّطليق من**

---

[1] – مقران طارق عزيز، المرجع السابق، ص. 40.

[2] – بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهادات القانونية والاقتصادية، العدد 2 ، 2012، الجزائر، ص. 39.

[3] – شفيق بوهزيلة، حكيم حزير، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحيى، 2018، ص. 53.

أجل الضّرر، علم الزّوجة (السّابقة) بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج".[1]

من خلال هذه الأحكام يتبادر للذّهن التّساؤل عن ما إن تقيّد حقّا المشرّع الجزائري بالشّريعة الإسلامية التي جعلها المصدر الأوّل والأساسي عند سنّه لنصوص قانون الأسرة، أو أقرّ شروطا أخرى تتلاءم مع طبيعة المجتمع الجزائري؟

بالرّجوع إلى الشّريعة الإسلاميّة نجدها منحت للرّجل حقّ الزّواج بأربع نسوة ولم تقيّده في ذلك إلاّ بالعدل بينهنّ، وهذا يعني أنّ فرض قيود أخرى على التعدّد عن طريق التّشريع تحول دون حقّ الرّجل في الزّواج بأكثر من زوجة.[2]

لقد أثار قانون **11/84** مجموعة من الانتقادات المتعلّقة بتعدّد الزّوجات، فهناك من اعتبره قانون يعترف بالزّواج العرفي الذي عادة ما تكون له آثار وخيمة على المجتمع، إذ يسهّل على الرّجل هجر المرأة وأولاده، واعتبر الرّضا في هذا القانون مجرّد إجراء شكلي في إبرام عقد الزّواج، وهناك من اعتبره القانون الذي يكرّس هيمنة الرّجل على المرأة بالاعتراف بتعدّد الزوجات، ومبدأ عدم المساواة بينهم.

فعلى الرّغم من حفاظه على نظام التعدّد إلاّ أنّه وضع مجموعة من الشّروط أهمّها:

أ- اشتراط وجود مبرّر شرعي لممارسة التعدّد دون أن يحدّد نوع هذا المبرّر أو شكله.

ب- اشتراط بدل العدل نيّة العدل على الرّغم أنّها مكبوتات نفسية يصعب قياسها دون أن يبيّن إذا كان وجوب توفرها قبل أو بعد إبرام العقد.

ت- اشتراط وجوب إخبار الزّوجة السّابقة واللاّحقة دون أن يعيّن كيفية ذلك أو الإجراءات اللاّزم إتّباعها لكي يصل الخبر للزّوجتين.

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 334060، بتاريخ 2005/01/19، قضية (ش-ع) ضد (ع- و)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2005، ص. 325.

[2]- عمر بوعلالة، تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغاربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 11، 2015، أدرار، ص. 46.

ثانيا- التعدد في ظل قانون 02/05 (بعد التعديل)

بعد الانتقادات التي تلقّاها المشرّع الجزائري في القانون **11/84**، دفعت المشرّع إلى تعديله لتغطية بعض الثّغرات والنّقائص، وهذا أدّى إلى إلغاء وتعديل بعض المواد من بينها المادة **(08)** من القانون **11/84** التيتتعلّق بمسألة تعدّد الزّوجات، والتّي تمّ صياغتها ونصّها في المواد **(08)**، **(08) مكرّر** و**(08) مكرّر1** من القانون **02/05**.

إنّ قانون الأسرة الجزائري الجديد فسح المجال لمسألة التعدّد واعتبرها رخصة ممكنة برغم وجود الكثير من المعارضين لها، فهو لم يحضر ما شرّعه الله بل أبقى على حقّ الرجل في تعدّد زوجاته، كما أدرك أنّه قد تطرأ على المجتمع ضرورات تدفعه إلى التعدّد كالكوارث الطبيعيّة والأمراض والعقم.[1]

فقد تمّ تنظيم موضوع تعدّد الزّوجات في التعديلات الجديدة بالمواد التالية:

المادة **الثامنة (08)** من قانون الأسرة الجزائري التي تنصّ على أنّ: "**يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى توفرت شروط ونية العدل.**

يجب على الزّوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".[2]

كما نصّت المادة **الثامنة (08) مكرر**: "**في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق**".

أمّا المادة **الثامنة (08) مكرر01**: "**يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشّروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه**".[3]

---

[1]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص. 51.

[2]- المادة 08 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[3]- المادة 08 مكرر01 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

نستخلص من هذه النّصوص القانونية أنّ المشرّع الجزائري بعد التعديل قد أحدث بعض الإضافات إلى النصّ القديم فأضاف إلى ذلك ما يلي:

- اشتراط الحصول على ترخيص من القاضي حتى يتمكّن الزّوج من الزّواج بالثّانية وإلاّ فسخ هذا الزّواج قبل الدّخول والبناء، والقاضي لا يرخصّ إلاّ إذا تأكدّ من توفّر الشّروط الضّرورية للحياة الزّوجية، وهذه إشارة إلى أنّ المشرّع منع الزّواج العرفي الذّي يتمّ خارج القضاء.
- استبدل المشرّع مصطلح الغش بمصطلح التّدليس والذي يجب أن تثبته المرأة حتى تتمكّن من طلب التطليق.[1]

من خلال ما سبق نستشف الشّروط الواجب توفرها للتعدّد على حدا:

1- وجود المبرّر الشّرعي: عبّر المشرّع عنها بعبارة عامة لم يحدّد المقصود بالمبرّر الشّرعي والمبرّرات التّي نراها مقبولة هي حالة العقم أو الأمراض المزمنة التي تأثّر على سير الحياة الزّوجية.

وفي جميع الأحوال السّلطة التّقديرية للقاضي في هذا الشّأن.[2]

2- توفّر نيّة العدل: فالعدل المطلوب هو العدل الظّاهر الذي يقدر عليه الزّوج، وليس هو العدل في المودّة والمحبّة فذلك لا يستطيع أن يتحكّم فيه أحد[3]، أي يجب على الزّوج إثبات قدرته على توفير العدل من النّاحية المادّية كالنّفقة والمسكن وغير ذلك[4]، إلاّ أنّ القانون لم يحدّد الطّريقة التّي يتمّ بها إثبات نيّة العدل.

---

[1]- عيسات اليزيد، تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة بجاية، العدد 1، 2018، ص. 444.

[2]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، د.ط، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2008، ص.ص. 110 -111.

[3]- مقران طارق عزيز، المرجع السابق، ص. 51.

[4]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.ص. 111-112.

3- وجوب إخبار الزوج لكل من الزّوجة السّابقة واللاّحقة: أكّد المشرّع الجزائري على ضرورة إخبار الزّوجة السّابقة التّي هي في عصمته برغبته في الزّواج بالثّانية، كما يجب أن يحيط الزّوجة الثّانية علما بوجود ضرّة لها وموافقتهما على الزّواج.[1]

4- مجرّد الكتمان يعتبر تدليسا وفقا للمادة **(08) مكرر** من قانون الأسرة الجزائري،فيجوز للزّوجة الثّانية طلب إبطال عقد الزواج بسبب التّدليس، كما أنّه في حالة عدم رضا الزّوجة السّابقة واللاّحقة بهذا الزّواج حقّ لهما طلب التّطليق لمخالفة الزّوج لأحكام المادة **(08)** من قانون الأسرة الجزائري[2]، إلاّ أنه ما يلاحظ في هذا المجال أن القانون لم يحدد الكيفية التي بواسطتها يتمّ إخبارهما هل بشكل شفوي أو برسالة أو عن طريق الجهات التي يبرم العقد أمامها.

5- الحصول على التّرخيص القضائي بالتعدّد: إذا توفرت الضّوابط والشّروط السّابقة جاز لرئيس المحكمة أن يرخصّ بالزّواج، ولا يتحقّق ذلك إلاّ بعد التّأكد من موافقة الزّوجة السّابقةواللاّحقة، إضافة إلى ذلك المبرّر الشّرعي وقدرة الزّوج على توفير العدل، من النّاحية المادية، وفي حالة عدم حصول الزّوج على التّرخيص من القاضي يفسخ الزّواج الجديد قبل الدّخول وهذا ما نصّ عليه القانون، فنفهم أنّ في حالة الدّخول لا يمكن فسخ الزّواج فلا يكون للزّوجة السّابقة واللاّحقة في هذه الحالة إلاّ المطالبة بالتّطليق والتّعويض عن الضّرر اللاّحق بها وفقا للقواعد العامّة.

لقد وجّهت بعض الانتقادات للمشرّع الجزائري في مسألة التعدّد على أساس يصعب تحقيق ما جاء به من النّاحية الواقعية، خاصّة ما يتعلّق بالحصول على الموافقة المسبقة من طرف الزّوجتين.[3]

وهذا قد يؤدي بالرّجال إلى التّعدد العرفي الذي لا يمكن معرفته ولا الإطّلاع عليه ولا معاقبة مرتكبيه [4]، لأنّ المشرّع الجزائري لا يزال يسمح بالزّواج خارج الدّوائر الرّسمية استنادا للمادة **(22)**

---

[1]- مقران طارق عزيز، المرجع السابق، ص. 54.

[2]- يحياوي لعلى، تعدد الزوجات بين الفقه والقانون والقضاء، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 1، 2015، مسيلة، ص. 314.

[3]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 113.

[4]- بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص. 42.

من قانون الأسرة الجزائري[1]، ومنه في حالة اللّجوء للزّواج العرفي يقوم المعنيّ بتنبيه بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله ليصبح أخيرا واقعا ورسميا.

كذلك أيضا قبل التّعديل كان القانون يتطلّب فقط ضرورة إخبار الزّوجة الأولى والثّانية إلاّ أنّ بعد التّعديل اشترط كذلك حصول الموافقة، وبالتّاليكيف يمكن لرئيس المحكمة أو القاضي الموازنة بين المبرّر الشّرعي مثلا (كعقم الزّوجة) وعدم الحصول على موافقة الزّوجة الأولى؟.[2]

لا شكّ أنّ رئيس المحكمة لا يمكن له بأيّ حال من الأحوال الموازنة بين المبرّر الشّرعي والموافقة، لأنّه يمكن أن تكون عقيمة وترفض التعدّد، وبالتالي يصعب عليه الموازنة بينهما.

وللأسف من النّاحية الواقعية، القاضي لا يأخذ بعين الاعتبار موافقة الزّوجة بل ينظر فقط إن كانت على علم بذلك، وبعدها يرخّص للزّوج بالزّواج.

لذلك ينبغي إعادة النّظر في هذا الموضوع لتحقيق التّوازن بين جميع الأطراف لأنّ الزّوجة تتعسّف في ذلك.

ضف إلى ذلك أن تقييد مسألة التعدّد من طرف المشرّع الجزائري سيؤدّي حتما إلى ارتفاع معدل الطلاق لأن الرّجل سيجد نفسه مضطرّا باسم القانون بتطليق زوجته الأولى من أجل الثانية أو الثانية من أجل الثالثة إلاّ أنّ الإسلام لم يشرّع التّعدد لحصول الطلاق[3]، إنّما شرّع التّعدد لجلب المصالح ودرء المفاسد لأنّه لا يوجد مسألة حثّنا الإسلام عليها إلاّ وفيها مصلحة للعباد.

نلاحظ ممّا سبق أنّ المشرّع الجزائري رخصّ مسألة التعدّد وأبقى على حقّ الرّجل الزّواج بأكثر من زوجة واحدة، إلاّ أنّه لم يأخذ بنفس القيود التي أخذت بها الشّريعة الإسلامية، بل ربط هذه المسألة بالضّرورة أكثر من المصلحة، وقيّدها بعدّة شروط صارمة مقارنة بالشّريعة الإسلامية، في حالة ما تحقّقت هذه الشّروط يلجأ الرّجل للتعدّد وإلاّ تعذّر عنه ذلك.

---

[1]– المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، المرجع السابق.

[2]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 114.

[3]– بن عومر محمد الصالح، المرجع السابق، ص. 42.

فينبغي إعادة النّظر في هذه المسألة والتّقليل من شدّة القيود التي وضعها المشرّع حتىّ يتمّ التّوازن بين مصالح الطّرفين، كما ندعو السّلطات المعنيّة بشؤون الأسرة إلى إقامة ندوات ومحاضرات حول هذا الموضوع وشرحه وتبيان ايجابياته حتى يستوعب المجتمع محاسنه لتغيير نظرته حول هذه المسألة.

المطلب الثاني

تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الحضانة

تعتبر الحضانة من أهمّ المسائل التي أوّلتها الشّريعة الإسلامية والقانون اهتماما وعناية لما تخلّفه من آثار ايجابيّة وسلبيّة في حياة الفرد والمجتمع، لأنّها تختصّ بالصّغير الذّي يعتبر اللّبنة الأولى من أسر المجتمع، فهذه المسألة لا تطرح في حالة ما كان الأبوين يشرفان على تربية أولادهم معا بشكل مباشر بل تطرح في حال طلاق الأبوين وبالتّالي قد يكثر النّزاع حول الحقّ في حضانة ولدهما، ولهذا السّبب نظّمت الشّريعة الإسلامية هذا الموضوع من خلال نصوص شرعيّة وكذا القانون من خلال المواد **(62 إلى 72)** من قانون الأسرة الجزائري حتى لا يتحمّل الطّفل تبعة النّزاع بين الأبوين.

وعليه سنتطرّق في مطلبنا هذا لمسألة الحضانة في الشّريعة **(الفرع الأول)** ثمّ لمسألة الحضانة في القانون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الحضانة في الفقه الإسلامي

لقد جاءت العديد من الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة تحثّ على رعاية الطّفل الصّغير وحمايته وتدبير شؤونه.

أولا- دليل مشروعيّة الحضانة من القرآن الكريم

دلّت الكثير من الآيات القرآنية على مشروعيّة الحضانة منها:

1- قوله تعالى: ﴿**ذَٰلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ**﴾.[1]

أنّ هذه الآية الكريمة تتحدّث عن كفالة مريم، وأنّ الأحبار اختلفوا فيما بينهم فيمن يقوم بكفالتها عندما كانت صغيرة لنيل الأجر والثّواب من الله عزّ وجلّ، ويقابل الكفالة الحضانة فهذا دليل شرعي على مشروعيّة الحضانة وعلى الثّواب الجزيل الذي يناله صاحب الحضانة.

2- وقوله تعالى: ﴿**وَقَضى رَبُّكَ أَلّا تَعبُدوا إِلّا إِيّاهُ وَبِالوالِدَينِ إِحسانًا إِمّا يَبلُغَنَّ عِندَكَ الكِبَرَ أَحَدُهُما أَو كِلاهُما فَلا تَقُل لَهُما أُفٍّ وَلا تَنهَرهُما وَقُل لَهُما قَولًا كَريمًا ﴿٢٣﴾ وَاخفِض لَهُما جَناحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحمَةِ وَقُل رَبِّ ارحَمهُما كَما رَبَّياني صَغيرًا**﴾.[2]

تدلّ الآية الكريمة على أنّه يجب على الأبناء الإحسان إلى آبائهم ورعايتهم حقّ الرّعاية وعدم إهانتهم وذلك مقابل رعايتهم له وحضانتهم له عندما كان ضعيفا لا يملك شيئا، وإلاّ لما طلب الله سبحانه وتعالى مجازاة الوالدين بالمثل عند الكبر[3].

3- وقوله أيضا: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾.[4]

في هذه الآية يأمر الله عزّ وجلّ الأزواج بالإنفاق على المطلّقات طالما كان أولادهم في حضانتهنّ وهذا دليل على مشروعيّة الحضانة.

4- وقوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾.[5]

في هذه الآية يفهم أن الأمّ هي الأحقّ برضاعة ابنها والحضانة هي من لوازم الرّضاع فدلّت الآية على مشروعية الحضانة وأنّ نزع الابن الصّغير من الأمّ هو إضرار بهما.

---

[1]- سورة آل عمران، الآية 44.

[2]- سورة الإسراء، الآيتين 23 و24.

[3]-ابن كثير، المرجع السابق، ج.4، ص.ص. 298- 300.

[4]- سورة البقرة، الآية 233.

[5]- سورة البقرة، الآية 233.

ثانيا- دليل مشروعيّة الحضانة من السّنة النّبوية الشّريفة

ما ورد عن الرّسول صلّى الله عليه وسلّم وعمل به الصّحابة والتّابعون من الأقوال والأفعال، قوله: "ما من مولود إلاّ يولد على الفطرة، فأبواه يهوّدانه أو ينصّرانه" وما روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جدّه أثبت النّبي صلّى الله عليه وسلّم فقالت: إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم:"أنت أحقّ به ما لم تنكحي".[1]

يفهم من هذا الحديث أنّ المرأة تأكّد للنّبي صلّى الله عليه وسلّم أنّ بطنها كان وعاءا لولدها وقت ما كان جنينا، وأنّ حجرها أي حضنها كان يضمّه وهو صغير وهذه الصّفات تنفرد بها الأمّ وهذه الحيثيات التي قدّمتها جعلت النّبي صلّى الله عليه وسلّم يحكم لها بأحقيّتها في حضانة ولدها في حالة ما وقع الطلاق وتنازع الأبوين وهذا دليل قاطع على مشروعيّة الحضانة من السّنة النّبوية وأنّ الأمّ هي التّي تستحق حضانة ولدها أوّلا ودليل أيضا على تقديم النّساء على الرّجال في حضانة الصّغير.

اختلف الفقهاء في مسألة تحديد مراتب أهل الحضانة، واستدلّوا بنصوص القرآن والسّنة، ولم يجتمع عليها على معنى واحد، وهذا الاختلاف في الطّريق الأسلم، هدفه تحقيق الرّعاية والمصلحة المتكاملة للطّفل.[2]

كما اختلف في شروط ممارسة الحضانة ومدّتها، حيث يرى الشّافعية والحنابلة أنّ الإسلام شرط لممارسة الحضانة، غير أنّ مدّتها بقيت وجه اختلاف ويكمن ذلك في بلوغ الصّبي أو البنت سنّ التّمييز وهو عشر **(10)** سنوات، عند الشّافعية، و سبع **(07)** سنوات للذّكر والأنثى لحدّ سواء، عند الحنابلة.

---

[1]- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.ص. 15- 16.

[2]- المرجع نفسه، ص. 77 .

أمّا المالكية والأحناف فلا يرون الإسلام شرطا لممارستها، فالمالكية اعتبروا مدّة الحضانة حدّ البلوغ للذّكر، بينما البنت حتّى تتزوّج، أمّا الحنفية سبع **(07)** سنوات للذّكر وتسع **(09)** سنوات للأنثى.[1]

من خلال استقراء نصوص الشّريعة الإسلامية يتّضح أنّها نظمت مسألة الحضانة، وقيّدتها بمبدأ واحد ألا وهو مصلحة الطّفل المحضون وذلك في جميع الأحوال، وأوْلتها عناية كبيرة، فما من أمرٍ أمر به الشّارع إلاّ ووجدت فيه مصلحة واضحة، وما من أمر نهى عنه إلاّ وفيه مضرّة بارزة.

الفرع الثاني

الحضانة في القانون

خصّ المشرّع الجزائري موضوع الحضانة في عشر **(10)** مواد كرّس بموجبها مجموعة من الحقوق للطّفل المحضون معتبرًا مصلحته ركيزة أساسيّة وفوق كلّ اعتبار، وعلى القاضي عند البثّ في مسائل الحضانة مراعاة وترجيح مصلحة الطّفل المحضون على غرار بقيّة المصالح الأخرى.

ففيما يخصّ الشّروط الواجب توفّرها في الحضانة، فقانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أو بعده أشار إليها في نصّ المادة **(62)** التّي تنصّ على ما يلي: "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.**

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".[2]

من خلال المادة سالفة الذّكر في فقرتها الأولى يتّضح أنّ المشرّع تطرّق إلى أهداف الحضانة وكل ما يتعلّق بحاجيات الطّفل الدينيّة والدنيويّة [3]، من تربية ورعاية وطعام وملبس، أمّا في فقرتها الثانية، اشترط صفات معيّنة حتى تعود على الطفل بالمنفعة، فاشترط أن يتحقّق في

---

[1]– حسين رجب محمد مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة التقني، العدد 10، 2011، العراق، ص. 147.

[2]– المادة 62 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[3]– ربيحة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دوليات، العدد 27، 2015، الجزائر، ص. 38.

الحاضن العقل فلا حضانة لمجنون، البلوغ وهو **(19)** سنة حسب المادة **(40)** من القانون المدني[1] القدرة أي الاستطاعة على رعاية الصّغير، ضِف إلى ذلك الأمانة والاستقامة فلا حضانة للمرأة الفاسدة، وأخيرا أن يكون الحاضن قريب للطّفل ذو رحم محرم منه.[2]

فعلى القاضي أن يراعي شروط مصلحة المحضون في كلّ الأحوال، وهذا ما صرّحت به المادة **(67)** في فقرتها الثانية[3] فمثلا في حالة ما أسندت الحضانة للأمّ، وثبت فساد أخلاقها، يُعدّ خرقا للقانون لأنّ من شروط الحاضن أن يكون أمينا[4]، في حين إذا تبيّن للقاضي أنّ مصلحة المحضون لا تتحقّق إلاّ إذا كان معها، فهنا لا يتقيّد القاضي بالنّص، وإنّما ينظر لمصلحة الطّفل المحضون، وبالرّجوع إلى قرار المحكمة العلياالصّادر بتاريخ 2010/07/15 الذّي أقّر بأنّه: "**يمكن إسناد الحضانة للأمّ، المدانة بجريمة الزّنا متى تحققت مصلحة المحضون**".[5]

أولا- الحضانة في ظلّ القانون 11/84 (قبل التعديل)

راعى المشرّع قبل التّعديلجملة من المسائل من بينها نصّ المادة **(64)** ق.أ.ج أين أعطى الأولوية للأمّ وللأقارب من جهة الأمّ، ثمّ الأب وأقارب جهة الأب[6]، لكنّه لم يجعل هذا التّرتيب إلزاميّ بل مع مراعاة مصلحة المحضون، فالسّلطة التّقديرية تعود للقاضي في هذا الشّأن.

حيث يتبيّن من خلال هذه المادة أنّ حقّ الحضانة يثبت للنّساء أصلا لكونهنّ أقدر وأصبر من الرّجال في تربية الأطفال، كما أنّ القانون الجزائري بعد أن أعطى حقّ الحضانة للأمّ رتّب المستحقين لها مبتدئا من جهة الأمّ ثمّ من جهة الأب.

كما أنّ المادّة **(72)** قرّرت حقّ المحضون في السّكن لممارسة حضانته وعلى الأب أن يوفّره.

---

[1]- أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

[2]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج، الطلاق)، ج.1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 380.

[3]- المادة 02/67 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4]-حيدرة محمد، مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص. 11.

[5]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 164787، بتاريخ 2010/07/15، قضية (ب- ب) ضد (ر - ز ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2010، ص. 261.

[6]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 255.

أمّا فيما يخصّ الموادّ الأخرى فلم يمسّها التّعديل حيث أبقى المشرع على نفس الأحكام بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر **02/05** وهذا ما سنراه لاحقا.

ثانيا- الحضانة في ظل قانون الأسرة الجديد 02/05 (بعد التّعديل)

ظهرت في القانون **11/84** عدة نقائص خاصة منها المتعلقة بالجانب الموضوعي للحضانة نظرا لحساسيته وشدة ارتباطه بحياة الطّفل، أدّى المشرّع الجزائري إلى إعادة النّظر في قانون الأسرة وذلك بضرورة تعديل بعض المواد منها المواد **(64- 67- 72)** حتى تتحقق مصلحة المحضون بعد الطلاق.

فبالنسبة لمستحقي الحضانة، نصّت عليها المادة **(64)** من الأمر **02/05** كما يلي: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي إسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".[1]

من خلال تحليلنا لنصّ المادّة أعلاه تبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري قدّم الأمّ عن غيرها لأنّها أقدر النّساء على رعاية ولدها وأكثر شفقة عليه، كما نلاحظ أنّه بعد التعديل تقدّم الأب على الحاضنات منالنّساء، ثمّ بعد ذلك أسند الحضانة إلى الجدّات لأنّ الطّفل نجده واثق الصّلة بجدّاته، ثمّ تأتي مرتبة الخالة والعمّة وأخيرا منحها للأقربون درجة، فبعدما عددّ المشرّع الجزائري مستحقي الحضانة أضاف عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون".[2]

وعلى هذا الأساس يتبيّن لنا أنّ احترام ترتيب الحواضن ليس من النّظام العامّ، بل هو مرهون بمدى مراعاة مصلحة المحضون، فمتى وجدت هذه المصلحة أسندت الحضانة للشّخص، ومتى فقدت سُلبت منه وانتقلت إلى من يليه في الرتبة إذا كان يحقّق مصلحة المحضون، وقد أكّدت ذلك عدّة قرارات المحكمة العليا منها القرار الصادر في 2011/03/10، بأنّه: "**تراعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، يخضع**

[1]- المادة 64 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 256.

تقدير مصلحة المحضون للسّلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[1] وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا الصّادر بتاريخ 2008/02/13 أنّه يجب عند إسناد الحضانة للجدّة من الأمّ تبيان معايير مصلحة المحضون، فالعبرة إذن لمصلحة المحضون لا للترتيب الوارد في المادّة **(64)** فإن رأى القاضي أنّ مصلحته لا تتحقّق مع أبيه جاز له الخروج عن هذا التّرتيب وإسناد الحضانة لمن هو أجدر بها.[2]

أمّا بالنّسبة لمدّة الحضانة فنصّ عليها المشرّع في المادة **(65)** ق.أ.ج التي تنصّ: "**تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون**".[3]

من خلال هذه المادة نلاحظ أنّ المشرع حدّد مدّة الحضانة فهي تنتهي بحسب إذا كان المحضون ذكرا أو أنثى، بحيث إذا كان المحضون ذكرا فتنهي حضانته ببلوغه **(10)** سنوات أمّا الأنثى فحضانتها تنتهي ببلوغها سن الزواج **(19)** سنة.

غير أنّه يمكن للقاضي أن يمدّد الحضانة للذّكر إلى سن **(16)** سنة لكن بشرطين:

- أن تكون طالبة الحضانة هي الأم.
- أن تكون غير متزوّجة.

نلاحظ أنّ الأمّ فقط من لها الحقّ في تمديد سن الحضانة إلى **(16)** سنة أمّا إذا تزوّجت لا يمكن لها طلب التّمديد.

أمّا بالنّسبة للفتاة فهي بحاجة إلى أمّها على أساس أنّ الأمّ هي التّي تقوم بتربيتها، أمّا الذّكر فهو بحاجة إلى الأب،فهنا عندما تنتهي الحضانة تحلّ محلّها الولاية.

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، قضية (م– ي) ضد (ع– ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011، ص. 285.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 424292، بتاريخ 2008/02/13، قضية (ب – ع) ضد (أ –ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008، ص. 267.

[3]– المادة 65 من الأمر رقم 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

رغم أنّ المشرع حدّد مدّة الحضانة للذّكر والأنثى إلاّ أنّه يجب أن يراعي مصلحة الطّفل مهما كان الأمر، فالقاعدة إذا هي بلوغ السن المحدّد قانونا أمّا الاستثناء فهي مصلحة المحضون.[1]

وفيما يخصّ سقوط الحضانة، تناولها المشرّع الجزائري في المادة **(66)** ق.أ.ج التي تنصّ: "**يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون**".

وكذلك المادة **(67)** التي أورد المشرع لها تعديلا وتنصّ على ما يلي: "**تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) أعلاه.**

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحقّ عنها في ممارسة الحضانة.

غير أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".[2]

من خلال المادتين **(66)** و**(67)** يتبيّن لنا أنّ المشرّع نصّ على الحالات التي يسقط فيها حقّ الحضانة عن صاحبه وهي:

- سقوط الحضانة بالتّزويج بأجنبي عن المحضون وكذلك في حالة ما تنازل عنها صاحب الحضانة، في هذه الحالة المشرّع أحسن صنعا عندما خوّل للقاضي حقّ اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون الذي ركّز عليها كثيرا، وبالتّالي يمكن للمحكمة عدم الاستجابة للتّنازل إذا رأى أنّ ذلك قد يضرّ بمصلحة المحضون وبالتّالي يجبر الأمّ على الحضانة رغما عنها، وهذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 1998/04/21: "**بالحكم بإسناد الحضانة للأمّ رغم تنازلها عنها – مراعاة مصلحة المحضون – (المادة 66 من قانون الأسرة) من المقرّر قانونا أنّه لا يعتدّ بالتّنازل عن الحضانة إذا أضرّ بمصلحة المحضون، ومن ثمّ فإنّ القضاة لما قضوا بإسناد حضانة**

[1]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 385.

[2]– المادتين 66 و 67 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

الولدين لأمّهما رغم تنازلها عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنّهم طبّقوا صحيح القانون".[1]

- سقوط الحضانة عند اختلال أحد الشّروط المنصوص عليها في المادة **(62)** ق.أ.ج سواء تعلّقت بأهلية الحاضن، أم اتّصلتبالالتزامات المتعلّقة بالحضانة وهذا ما نصّت عليه المادة **(67)** ق.أ.ج.[2]

كما أنّ الفقرة الثانية من المادة **(67)** ق.أ.ج استحدثها المشرّع الجزائري بموجب التّعديل الجديد 2005 لقانون الأسرة وقد استمدّ هذا التعديل من اجتهاد المحكمة العليا حيث قضت بقرارها الصّادر بتاريخ **2000/07/18**[3] بأنّ عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، حيث جاء في هذا القرار بأنّ: "**قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني عندما اعتبروا أنّ عمل الطّاعنة يمنعها من ممارسة الحضانة، مع أنّها كانت تعمل قبل طلاقها من المطعون ضدّه والذي قضي عليه جزائيا بسبب الإهمال العائلي ويدعي اليوم بأنّ الطّاعنة هي المهملة لأولادها خاصّة أنّه لا يوجد أيّ نصّ يقضي بالمنع من الحضانة عند العمل، ممّا يستوجب نقض القرارات المطعون فيه**".

من خلال كلّ هذا تبيّن لنا أنّ "مراعاة مصلحة المحضون" هي جملة تكرّرت في أغلب المواد الخاصّة بالحضانة، تدلّ على أنّها محور القضيّة ومادام الأمر كذلك فإنّ أيّ أمر يتعارض مع مصلحة المحضون وجب أخذه بعين الاعتبار.

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 189234، بتاريخ 1998/04/21، نقلا عن مرار كريمة مزاري صبرينة، حماية القصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 19.

[2]– مزيان محمد، دعوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 2، 2008، الجزائر، ص.ص. 76– 78.

[3]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 245156، بتاريخ 2000/07/18، نقلا عن: إقروفة زبيدة ونجومن قندوز سناء، أثر الإجتهاد القضائي في مسائل شؤون الأسرة: بين التعديل والتفسير، مداخلة ملقاة ضمن الملتقى الوطني حول دور الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في حركة التشريع، المنعقد يوم 11 جويلية 2019 بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص. 06.

والجدير بالذّكر أنّ المشرّع الجزائري أخذ العديد من أحكام الحضانة من الشريعة الإسلامية مراعيا الظروف المحيطة بالحاضن عند الحُكم بإسناد الحضانة أو إسقاطها، ومن ثمّ يمكن القول أنّ أغلب الأحكام الصّادرة في مسألة الحضانة هي من اجتهاد القضاة لهذا كان واجب علينا دمج بحثنا هذا ببعض اجتهادات المحكمة العليا.

وأهمّ شيء نستنتجه ممّا سبق، أنّ الشّريعة الإسلامية والقانون الجزائري لم يربط مسألة الحضانة بالضّرورة وإنّما توافقا على ربطها بمبدأ واحد ألا وهو "مصلحة المحضون".

المبحث الثاني

تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الولاية

اقتضت كلّ من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري استثناء القاصر من التكاليف الشرعية لنقص أهليته، وطالما ناقص الأهلية يتعذر عليه التّصرّف في ماله ونفسه، فكان لابدّ من فرض الولاية عليه حتّى يقوم الوليّ بحفظه وصيانته وتزويجه أي الولاية على نفسه، ومن جهة أخرى يقوم بإدارة أمواله أي ما يسمّى بالولاية على مال القاصر، فبالرّجوع لأحكام الشّريعة الإسلامية، نجد أنّها اشترطت في الوليّ أن يكون بالغا عاقلا، وأن تكون هناك رابطة دمويّة بينه وبين الصّغير (القاصر)، ويكون قادرا على أداء هذه الولاية، وأخيرا اشترطت أن يكون هناك إتّحاد في الدّين بينه وبين المولى عليه، أمّا القانون الجزائري لم يقدّم نصّ صريح حول هذه الشّروط إلّا أنّه طبّق نفس أحكام الشّريعة الإسلامية.

فالتّشريع الحكيم وقانون الأسرة الجزائري قيّدوا هاتين المسألتين بضابط المصلحة والضّرورة التّي قمنا بإسقاطها في مسألة تزويج القاصر التّي تدخل ضمن الولاية على نفس القاصر **(المطلب الأوّل)** ومسألة الولاية على مال القاصر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة تزويج القاصر

الزّواج حقّ طبيعي أقرّته الشّريعة الإسلامية ونظّمته القوانين الوضعية، إلاّ أنّه عندما نتحدث عن زواج الصّغير أو القاصر نجد أنّها مسألة حسّاسة نوعا ما، فهي تتعلّق بالفئة الأضعف

في المجتمع وبالتّالي تكون غير قادرة على تحمّل نتائج هذا الزّواج، لكون الطّفل غير مميّز لا يفرّق بين ما يعود عليه بمصلحة أو مضرّة، إلاّ أنّ الشّريعة والقانون أباحوا له بالزّواج لكن بشرط تعيين وليّا على نفسه لحمايته وصيانته ورعايته وكذا مشاركة المولى عليه (الطّفل) في حسن اختيار شريك حياته في حالة تزويجه.

الفرع الأول

تزويج القاصر في الفقه الإسلامي

دلّ على مشروعية تزويج القاصر كلّ من القرآن الكريم والسّنة النبويّة الشّريفة.

أولا- دليل مشروعية تزويج القاصر من القرآن الكريم

دلّت العديد من الآيات القرآنيّة على مشروعيّة تزويج القاصر منها:

قوله تعالى: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّـهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا** ﴾.[1]

جاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى جعل عدّة الأيسة أي التّي انقطع عنها الحيض، وكذا عدّة الصّغار اللاّئي لم يبلغن سنّ الحيض نفسها نفس الأولى وهي مدّة ثلاثة **(03)** أشهر ولهذا قال: ﴿**وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾.[2]

حدّثنا يونس، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: قال ابن زيد في قوله: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**﴾. قال: إن ارتبتم أنّها لا تحيض وقد ارتفعت حيضتها، أو ارتاب الرّجل، وقالت هي: تركتني الحيضة. فعدّتهنّ ثلاثة أشهر إن ارتاب فخاف أن تكون الحيضة قد انقطعت، فلو كان الحمل، انتظر الحمل حتى تنقضي تسعة أشهر، فخاف وارتاب هو وهي أن تكون الحيضة قد انقطعت، فلا ينبغي لمسلمة أن تحبس، فاعتدّت ثلاثة أشهر، وجعله الله جلّ ثناؤه أيضا التّي لم تحض الصّغيرة ثلاثة أشهر.[3]

---

[1]- سورة الطلاق، الآية 04.

[2]- تفسير ابن كثير، ج.7، المرجع السابق، ص. 45.

[3]- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ج.23، المرجع السابق، ص. 50.

هذا دليل على صحّة زواج الصّغيرة، فلو لم يكن النكاح لما كانت العدّة، ولو كانت هذه المسألة محرّمة لما ذكرها الله تعالى بنصّ صريح في القرآن الكريم لأنّ التّحريم في الإسلام لا يكون إلاّ بنصّ صريح.

وقوله تعالى أيضا: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّـهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّـهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا**﴾.[1]

في هذه الآية عاتب الله عزّ وجلّ من كان يعضل أو يمنع اليتيمة أي الصّغيرة التّي لم تبلغ بعد التّي تكون تحت ولايته في الزّواج من غيره وذلك بغيةإنفراده بمالها فلا هو يتزوّجها ولا يتركها تتزوّج، فلو كان الزّواج جائزا منها وهي صغيرة لما عاتب الله تعالى وليّها.[2]

ثانيا- دليل مشروعية تزويج القاصر من السنّة النّبوية الشّريفة

من أهمّ الأحاديث النّبوية التّي جاءت في مسألة تزويج القاصر نجد منها:

ما حدّثنا به محمّد بن يوسف، حدّثنا سفيان عن هشام عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنّ النّبي صلّى اللّه عليه وسلّم تزوّجها وهي بنت ستّ سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا.[3]

وقد ذكر التّرمذي في سننه أنّ أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهوية قالا: "إذا بلغت اليتيمة تسع سنين فزوّجت ورضيت بالنّكاح، فالنّكاح جائز، ولا خيار لها إذا أدركت، واحتجّا بحديث عائشة المذكور.[4]

---

[1]- سورة النساء، الآية 127.

[2]- بوعجل مريم، لقريوي شهلة، المركز القانوني للقاصر في الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2017، ص. 11.

[3]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، حديث رقم 5133، المرجع السابق، ص. 1359.

[4]- هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة استكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص. 74.

أمّا فقهاء الدّين، اختلفت آرائهم في مسألة تزويج القاصر، فبعضهم ذهب للقول بعدم جواز زواج الصّغير أمثال ابن شبرمة وعثمان البتّي وأبي بكر الأصمّ واعتبروه باطلا لأنّ القرآن الكريم جعل النّكاح للبالغين، وبعضهم ذهب للتّفريق بين الصّغيرة والصّغير من بينهم الإمام ابن حزم الظّاهري، وحسب رأيهم يجوز للوليّ أن يزوّج ابنته الصّغيرة، لكن لا يجوز له إنكاح الصّغير حتّى يبلغ، ففي حالة ما زوّجه يعتبر زواجه مفسوخ وحجّته في ذلك أنّ الأدّلة التّي أباحت إنكاح الصّغار كانت تخصّ الأنثى فقط، أمّا قياس الصّغيرة على الصّغير فقياس غير صحيح.[1]

أمّا البعض الآخر من فقهاء الحنفية والمالكية والشّافعية والحنابلة أجازوا تزويج الصّغار من طرف وليّهم ذكورا كانوا أو إناثا، واستدلّوا ببعض الآثار منها أنّ قدامة بن مظعون تزوّج بنت الزبير يوم ولدت وقال:إذا متّ فهي خير ورثتي، وإن عشت فهي بنت الزّبير، كذلك عليّ رضي الله عنه زوّج ابنته أمّ كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب رضي الله عنه.[2]

من خلال ما سبق يتّضح لنا أنّ الشّرع الحكيم أجاز تزويج الصّغار لكن قيّد هذه المسألة بالمصلحة، أي أن يكون هذا الزّواج يعود بالمصلحة على الصّغير، مثلا نفترض أنّ الخاطب كفئ ورجل صالح وأنّ الوليّ كبير السنّ ويخشى أن يموت وتبقى البنت تحت ولاية إخوتها، أي يخشى أن يتلاعبوا بها أو يزوّجوها حسب أهوائهم،في هذه الحالة إذا رأى المصلحة في تزويجها به فلا بأس بذلك، لكن لها الخيار إذا كبرت.

الفرع الثاني

تزويج القاصر في القانون

الزّواج هو حقّ إنساني مكفول للشّخص لذلك المشرّع الجزائري اشترط للتّمتّع بهذا الحقّ الأهلية القانونية الكاملة طبقا لنصّ المادة السّابعة **(07)** من قانون الأسرة الجزائري إلاّ أنّه استثنى من هذه القاعدة حالة خاصّة وهي زواج القصر الذين لم يبلغوا سنّ الرّشد وذلك حماية لهم إذا تبيّن أنّ هناك مصلحة وضرورة في ذلك، فأسند المشرّع مهمّة تزويج القصر لوليّ أمرهم، وهذا ما

[1]– بوفنش خديجة، فيالة هاجر، الأهلية في عقد الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحيى، جيجل، 2017، ص.ص. 76– 77.

[2]– هشام عبد الجواد العجلة، المرجع السابق، ص.ص. 73– 74.

سنحاول إيضاحه من خلال دراستنا، أين نتطرّق فيها إلى كلّ من ولاية تزويج القاصر في ظلّ القانون **11/84**، وولاية تزويج القاصر في ظلّ القانون **02/05**.

أولا- تزويج القاصر في ظلّ القانون 11/84 (قبل التّعديل)

تناول قانون الأسرة **11/84** ولاية تزويج القاصر في المادة **(07)** التّي جاء نصّها كما يلي:"**تكتمل أهلية الرّجل في الزّواج بتمام (21) سنة، والمرأة بتمام (18) سنة، وللقاضي أن يرخّص بالزّواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة**".[1]

يفهم من نصّ المادّة أعلاه أنّ المشرّع في أهلية الزّواج لم يوحّد بين سنّ المرأة والرّجل فلقد ساير مطالب الحياة الزّوجية ومسائل النّموّ الديموغرافي في الجزائر في ذلك الوقت، كما قدّر الأوضاع والعادات في البلاد فأجاز للقاضي في نفس المادّة بالتّرخيص بالزّواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ضمانا لمصلحة الشّباب والمجتمع.[2]

أمّا فيما يتعلق بمن لديه صفة تزويج المرأة، فهو أبوها أو أحد أقاربها الأوّلين والقاضي وليّ لمن لا وليّ له، وهذا ما جاء في المادّة **(11)** التي جاء نصّها كما يلي: "**يتولّى زواج المرأة وليّها وهو أبوها وأحد أقاربهم الأوّلين، والقاضي وليّ من لا وليّ له**".[3]

نستخلص من نصّ هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري أولى أمر تزويج المرأة لوليّ أمرها الذي هو أبوها، وفي حالة غياب الأب أو وفاته يتوّلى ذلك أقاربها الأوّلين، وفي حالة عدم وجود وليّ لها يتولّى تزويجها القاضي.

إلاّ أنّ المشرّع لم يشر في هذه المادّة إلى زواج القصر، وإنّما ذكر ولاية التّزويج عامّة بعبارة "يتولّى زواج المرأة"، فالمرأة في هذه الحالة هل يقصد بها المرأة الرّاشدة أم القاصرة؟ أو يقصد الرّاشدة والقاصرة معا؟.

بما أنّ الشّريعة الإسلامية مصدر أصلي أين استوحى منها المشرّع الجزائري نصوص قانون الأسرة فإنّ هذه الأخيرة أجازت تزويج القصر من طرف وليّ أمرهم، وبالتّالي يفهم أنّ المشرّع

---

[1]- المادة 07 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 62.

[3]- المادة 11 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

يقصد بعبارة "المرأة" المرأة الرّاشدة والقاصرة معا، فوليّ أمرهما هو الذي يتولّى تزويجهما لأنّ الوليّ يعدّشرط من شروط عقد الزّواج.

أمّا فيما يخصّ إجبار الوليّ المولى عليها الزّواج فنصّت عليها المادّة **(13)** والذي جاء نصّها كما يلي: "**لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها**".[1]

نستخلص من نصّ هذه المادّة أنّه لا يجوز لمن أسندت له الولاية أن يجبر المولى عليها بالزّواج، فيجب أن يأخذ موافقتها أوّلا، فالمشرّع في هذه المادّة يقصد موافقة المرأة الرّاشدة والقاصرة.

ثانيا- تزويج القاصر في ظلّ القانون 02/05 (بعد التّعديل)

بعد تعديل قانون **11/84** بموجب القانون **02/05** حدث تغيير للموادّ **(07- 11- 13)** التّي خصّصها المشرّع لولاية تزويج القاصر.

بالرّجوع إلى نصّ المادّة **(07)** بعد التّعديل التّي جاء نصّها كما يلي: "**تكتمل أهلية الرّجل والمرأة في الزّواج بتمام (19) سنة، وللقاضي أن يرخّص بالزّواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطّرفين على الزّواج**".[2]

نجد أنّ المشرّع الجزائري اعتبر الزّواج من التّصرّفات التّي تقتضي توفّر الأهلية وهي **(19)** سنة كاملة للذكر والأنثى كقاعدة عامّة، لكنّه لم يأخذ كلّ النّاس على مأخذ واحدا، وإنّما أعطى للقاضي السّلطة التّقديرية بالسّماح والإذن بالزّواج لمن استدعت ظروفه ذلك قبل اكتمال هذا السّن القانوني متنما رأى هناك مصلحة وضرورة لذلك، وهذا ما أشارت إليه نصّ المادّة **(07)** في فقرتها الثّانية: "**يكتسب الزّوج القاصر أهلية التّقاضي فيما يتعلّق بآثار عقد الزّواج من حقوق والتزامات**".

والحكمة من ذلك هو عدم اللّجوء إلى الزّواج العرفي.[3]

---

[1]- المادة 13 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]- المادة 07 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[3]- ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص.ص. 30-31.

لكن المشرّع قيّد إباحة زواج القصر بضابطين في حالة توفّر إحدى الضّابطين يمنح الإذن بالزّواج، فالضّابط الأوّل هو المصلحة طبقا للقاعدة الفقهية "جلب المصالح ودرء المفاسد"، فالمشرّع اعتبر المصلحة من الدّوافع الأساسية لطلب الإذن بالزّواج وللقاضي سلطة تقدير هذه المصلحة [1]مثلا حالة الخوف من وقوع القاصر في الزّنا أو الانزلاق إلى الفساد، إذا تبيّن للقاضي أنّ الزّواج يجنّبه هذه الأفعال يمنح له الإذن بالزّواج باعتبار ذلك الزّواج يعود عليه بالمصلحة.

وعلى اعتبار القاعدة الفقهية التّي تقضي بأنّ "الضّرورات تبيح المحظورات"، فإنّ المشرّع الجزائري أباح زواج القصر بقيد آخر وهو الضّرورة، فالقاضي يرى إذ دعت هناك ضرورة في هذا الزّواج مثلا حالة ما تبيّن للقاضي أنّ الفتاة القاصر تمّ اغتصابها، فمن الضّروري في هذه الحالة منح لها الإذن بالزّواج فذلك صيانة وحفظا لعرضها وشرفها.

أمّا فيما يخصّ شرط الوليّ لانعقاد عقد الزّواج، نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادّة **(11)**، وجاء نصّها كالآتي: "**تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص آخر تختاره.**

دون الإخلال بأحكام المادّة (07) من هذا القانون، يتولّى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوّلين والقاضي وليّ من لا وليّ له".[2]

يتّضح من خلال الفقرة الأولى من المادّة **(11)** أنّ المشرّع بمقتضى التّعديل الجديد كرّس حقّ المرأة الرّاشدة في مباشرة عقد الزّواج بنفسها، واشترط حضور الوليّ في مجلس العقد، فيتّضح أنّه لم يشترط الولاية في الزّواج من خلال إلزاميّة حضور الوليّ في عقد الزّواج وإنّما حضر بصفته مفوّضا منها بمباشرة عقد الزّواج بدلا عنها.[3]

[1]– بوعجل مريم، لقريوي شهلة، المرجع السابق، ص. 46.

[2]– المادة 11 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[3]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 66.

وهذا عكس ما جاء به المشرّع قبل تعديله لهذه المادّة أين كانت المرأة الرّاشدة تتساوىمع القاصرة في مسألة التّزويج فوليّهما هو الذي يتولّى تزويجهما لكن المشرّع يرى أنّه يوجد أولياء يتعسّفون في استعمال هذه السّلطة وهذا ما أدّى إلى تعديلهلهذه المادة.[1]

أمّا فيما يخصّ الفقرة الثانية من المادة **(11)** استحدثها المشرع الجزائري بعد التّعديل أين منح سلطة تزويج القاصر للأب ثمّ الأقارب الأوّلين نيابة عن القاصر بشرط موافقتها وإصدار ترخيص بزواجها من القاضي، ويبطل زواجها إذا لم ترض به، وعليه فسلطة تزويج القاصر موزّعة بين الوليّ والقاضي، لأنّه لا يمكن أن يباشر ذلك إلاّ إذا استصدر ترخيصا بذلك بحكم نصّ المادّة **(07)** ق.أ.ج فيفهم أنّ تزويج الوليّ للقاصر يخضع لرقابة القاضي.[2]

بعد تعديل نصّ المادّة **(13)** أصبح نصّها كالآتي: "**لا يجوز للوليّ، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التّي هي في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها**".[3]

من خلال نصّ هذه المادّة نجد أنّ المشرّع الجزائري يمنع الوليّ ولو كان أبا من إجبار القاصرة على الزّواج، وألزمه بضرورة الرّجوع إليها لأخذ رأيها في الموضوع، وعليه فالوليّ ملزم باحترام رغبة القاصرة في الزّواج، فليس له أن يجبرها بمن لا ترضى لها زوجا، وعليه فسلطة الوليّ في العقد مقيّدة، لا يمكن أن يمارسها إلاّ بترخيص من القاضي، وهذا ما يضفي حماية أكبر لحقّ القاصرة في الزّواج ويمنع أيّ تعسّف من طرف وليّها. [4]

من خلال ما سبق يمكن القول أنّ المصلحة والضّرورة ركيزة أساسية ذات أهميّة بالغة لدى المشرّع الجزائري حيث أرسى عليها أحكام التّرخيص بالزّواج، وأنّ هذان الضّابطان هما ذات معيار نسبي يتغيّران بتغيّر الزّمان و المكان والأشخاص، فما على القاضي إلاّ أن يدرس القضايا المطروحةعليه حالة بحالة، وأن يكون حذرا في تقدير هذه المصلحة والضّرورة، ويجب عليه أن لا

---

[1]– بوعجل مريم، لقريوي شهلة، المرجع السابق، ص.ص. 38–39.

[2]– بوفنش خديجة، فيالة هاجر، المرجع السابق، ص.ص. 79–80.

[3]– المادة 13 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4]– بوفنش خديجة، فيالة هاجر، المرجع السابق، ص. 80.

يعطي التّرخيص إلاّ إذا توفّر أحد الضّابطين كما عليه أن لا يتعسّف في استعمال هذه السّلطة المخوّلة له.

المطلب الثاني

تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الولاية على مال القاصر

بالرّجوع إلى الشّرع الحكيم نجد أنّ الله سبحانه وتعالى لا يخلق وضعا حقوقيا إلاّ ليرتّب عليه أحكاما تقوم عليها وتعود بالمصلحة على عباده، فما وضع الولاية على المال إلّا تحقيقا للعدل وجلبا للمصالح ودرءا لأضدادها من المفاسد، فأولى سبحانه هذه المهمّة لوليّ الطّفل الصّغير غير المميّز نظرا لنقص قدراته في مباشرة المعاملات المالية، وهذا ما سار عليه المشرّع الجزائري في قانون الأسرة الذي خصّص مجموعة من الموادّ القانونية وذلك في الفصل الثاني تحت باب (النّيابة الشّرعية) أين أولى مهمّة الولاية على أموال القاصر لوليّه، فأجاز له القيام ببعض التّصرفات القانونية نيابة عن المولى عليه كما قيّده في بعض التّصرّفات الأخرى التّي لا تكون إلاّ بإذن من القاضي.

وعليه سنتطرّق في مطلبنا هذا لدراسة مسألة الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي **(الفرع الأول)** ثمّ دراسة مسألة الولاية على القاصر في القانون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي

دلّ على مشروعية الولاية على مال القاصر كلّ من القرآن الكريم والسّنة النّبوية الشّريفة، فبالرّجوع إليهما نجد أنّ الله سبحانه وتعالى أجاز للوليّ التّصرّف في أموال المولى عليه (الصّغير) حماية لمصالحه وصيانة لأمواله من التشتّت والضّياع في غير مصلحة.

أولا- دليل مشروعية الولاية على مال القاصر من القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿**وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا**﴾.[1]

[1]- سورة النساء، الآية 02.

بمعنى أعطوا اليتامى الذين مات أبوهم وهم صغار أموالهم إذا بلغوا، أي يخاطب الله سبحانه وتعالى الأولياء بحفظ أموال اليتامى وتسليمها لهم عند رشدهم.[1]

فجاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية أنّ الله تعالى أمر بدفع أموال اليتامى إليهم إذا بلغوا الحلم كاملة موفّرة، وينهى عن أكلها وضمّها إلى أموالهم.[2]

قال أبو جعفر: يعني بذلك تعالى ذكره أوصياء اليتامى، يقول لهم: وأعطوا يا معشر أوصياء اليتامى أموالهم، إذا هم بلغوا الحلم، وأونس منهم الرّشد، ﴿**وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ**﴾ يقول: ولا تستبدلوا الحرام عليكم من أموالهم بأموالكم الحلال لكم.[3]

كذلك قوله سبحانه وتعالى في سورة النساء: ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا**﴾.[4]

فالخطاب هنا للأولياء الذين نهاهم الله سبحانه وتعالى بأن يتركوا للذين لا رشد لهم أن يتصرّفوا في أموالهم ويضيّعوها بل أمرهم بتركها تحت تصرّفهم.[5]

وجاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية الكريمة أنّ الله نهى عن تمكين السّفهاء من التّصرّف في الأموال التّي جعلها الله للنّاس قياما، أي:تقوم بها معايشهم من التّجارات وغيرها، ومن هنا يؤخذ الحجر على السّفهاء، وهم أقسام: فتارة يكون الحجر للصّغير، فإنّ الصّغير مسلوب العبارة، وتارة يكون الحجر للجنون، وتارة لسوء التّصرّف لنقص العقل أو الدّين.[6]

أمّا فيما يخصّ صيانة المال، جاء في قوله تعالى في سورة الحديد: ﴿**آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَأَنفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ**﴾[7]، والاستخلاف دليل

---

[1]– العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010، ص. 27.

[2]– تفسير ابن كثير، ج.2، ص. 197.

[3]– أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ج.6، المرجع السابق، ص. 351.

[4]– سورة النساء، الآية 05.

[5]–العيد ابراهامي، المرجع السابق، ص. 28.

[6]– تفسير ابن كثير، ج.2، ص. 197.

[7]–سورة الحديد، الآية 07.

أنّ المال هو ملك الله سبحانه وتعالى فمنعت إساءة التّصرّف فيه لما جاء في ذلك إهدار لحقّ الله، لذلك أوجب الله تعالى صيانة وحماية أموال القاصر من الضّياع.[1]

أمّا الفقهاء فأجمعوا على جواز ثبوت الولاية على مال القاصر، لكن اختلفوا لمن تكون هذه الولاية بعد وفاة الأب.

فالمذهب الحنفي والشّافعي أقرّوا بأنّ الولاية تعود للجدّ بعد وفاة الأب وليّا شرعيا لتوافر شفقته وعطفه على أحفاده، أمّا الفقه الحنبلي والمالكي لا يقرّ بولاية الجدّ على مال أحفاده، وإنّما تكون الولاية عندهم للأب ثمّ وصيّه ثمّ للقاضي.[2]

من خلال ما سبق يتّضح لنا أنّه لو لم تشرّع الولاية لتضرّر الصّغير وما عرف التّصرّف بما يفوته من مصلحة، كما يتضّح أيضا أنّ الشّرع الحكيم ربط هذه المسألة بالمصلحة وهي مصلحة المولى عليه (الصّغير) وذلك صيانة وحماية لأمواله ودرءا لأضدادها من المفاسد طبقا لقاعدة "جلب المصالح ودرء المفاسد"، فكلّما كان الوليّ حريصا على أموال صغيره عادت عليه بالمصلحة وكلّما تصرّف فيها بغير وجه حقّ تضرّر المولى عليه وتعود عليه بالمفسدة لأنّ اللّه عزّ وجلّ حرّم أخذ الأموال إلاّ بأسبابها ولا يجوز أخذ شيء منها إلاّ بحقّه ولا صرفه إلاّ لمستحقّه.

ثانيا- دليل مشروعية الولاية على مال القاصر في السّنة النبويّة الشّريفة

حدّثنا محمّد بن إسماعيل، قال: حدّثنا إبراهيم بن موسى، قال: حدّثنا الوليد بن مسلم، عن المثنى بن الصّباحي، عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جدّه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم خطب النّاس، فقال:"ألا من وليّ يتيما له مال فليتّجر فيه ولا يتركه حتّى تأكله الصّدقة".[3]

---

[1]- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، د.ط، دار إفريقيا الشرق، د.ب.ن، 1996، ص. 40.

[2]- موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2006، ص.ص. 28-30.

[3]- الحافظ أبي عيسى محمّد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، الزكاة – البيوع، حققه وأخرج أحاديثه وعلّق عليه بشار عواد معروف، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، حديث رقم 141، المجلد 2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، ص. 25.

كما جاء عن أبي هريرة عن الرّسول صلّى الله عليه وسلّم:" إذا ضيّعت الأمانة فانتظر السّاعة".

في الحديثين دلالة على أنّ الولاية أمانة في أيدي الأولياء يجب عليهم أداؤها، كذلك يجب على الوليّ صيانة أموال المولى عليه من الضّياع، كما منعت الشّريعة إساءة التّصرّف فيه لما في ذلك إهدار لحقّ الله وقد قال عليه السّلام:"وإنّ الله حرّم لكم القيل والقال وكثرة السّؤال، وإضاعة المال".[1]

الفرع الثاني

الولاية على مال القاصر في القانون

بما أنّ الله سبحانه وتعالى أوصى على مال اليتيم (الصّغير)، فكان على القانون الجزائري أيضا أخذ أموال الصّغير (القاصر) بعين الاعتبار وحمايتها، هته الأموال التّي قد يكون مصدرها كحقّ من الإرث أو من الوصيّة أو من مصدر آخر، بالتّالي أعطى الحقّ للغير بإدارة أمواله حماية من سوء استغلالها، وذلك بإخضاعها لنظام الولاية التّي نظّمها في الموادّ **(87- 90)** وهذا ما سنحاول التّطرّق إليه من خلال دراستنا لكلّ من الولاية على مال القاصر في ظلّ القانون **11/84 (أولا)**، والولاية على مال القاصر في ظلّ القانون **02/05 (ثانيا)**.

أولا- الولاية على مال القاصر في ظلّ القانون 11/84 (قبل التّعديل)

كان نصّ المادّة **(87)** قبل تعديل 2005 يقضي بأنّ: "**يكون الأب وليّا على الأولاد القصر، وبعد وفاته تحلّ الأمّ محلّه قانونا**".[2]

أقرّ المشرّع الجزائري في هذه المادة الولاية على مال القاصر للأب باعتباره ربّ أسرته لكن في حالة وفاة الأب منح المشرّع الولاية للأمّ محلّ الأب، وجعل هذه الولاية ولاية قانونية أي بمجرّد وفاة الأب تنتقل للأمّ مباشرة بقوّة القانون.[3]

---

[1]- عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص.ص. 38-40 .

[2]- المادة 87 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق .

[3]- إيمان حيدوسي، ولاية الأم على أبنائها القصر (قراءة في المادّة 87 من قانون الأسرة)، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق لجامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، المجلد 1، العدد 50، 2018، ص.ص. 333-334 .

أمّا فيما يتعلّق بتصرّفات الوليّ في أموال القاصر فنصّت عليها المادّة **(88)** في فقرتها الأولى التّي جاء نصّها كالآتي: "**على الوليّ أن يتصرّف في أموال القاصر تصرّف الرّجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العامّ**".[1]

من خلال نصّ هذه المادّة يتّضح لنا أنّ سلطة الوليّ ليست مطلقة لأنّه عليه أن يتصرّف وفق الحدود التّي رسمها له القانون [2] وأن يكون حريصا وآمنا على حماية أموال المولى عليه.

وقد منح المشرع للوليّ نوعين من السّلطات، سلطات له الحرّية بالتّصرّف فيها دون حاجة إلى إذن قضائي منها أعمال الإدارة والانتفاع وكذا أعمال الحفظ والصّيانة، وسلطات أخرى مقيّدة بإذن قضائي[3]، وهذا ما جاء في نصّ المادّة **(88)** في فقرتها الثّانية: "**وعليه أن يستأذن القاضي في التّصرّفات التّالية:**

1-بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2-بيع المنقولات ذات الأهميّة الخاصّة،

3-استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،

4-إيجارعقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".[4]

نستنتج من خلال المادّة المذكورة أنّ المشرّع وضع بعض التصرّفات تحت رقابة القضاء، واشترط من الوليّ الحصول على الإذن من القاضي للقيام بها.

والغاية من هذا الإذن هو توفير أكبر ما يمكن من الضّمانات لحماية الذّمة المالية للقاصر.[5]

---

[1]- المادة 88 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]- بيبية بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق لجامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 31، العدد 1، 2020، ص. 267.

[3]- المادة 02/88 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[4]- بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص. 267.

[5]- بلجراف سامية، الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسي لجامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 11، العدد 2، 2019، ص. 456.

وبالتّالي فرض المشرّع الجزائري استئذان القاضي في كلّ تصرّف يمسّ بالعقّار بيعا كان أو قسمة أو رهنا وكذلك نفس الأمر بالنّسبة للمصالحة لأنّها تعتبر من أخطر التّصرّفات التّي يمكن للوليّ القيام بها لأنّها قد تعود وتأثّر على القاصر بشكل سلبي، لذا ألزم المشرّع خضوعها لرقابة قضائيّة واشترط إذن القاضي في إجرائها.[1]

كذلك نفس الشّيء بالنّسبة لأعمال الإدارة من بيع منقولات وإيجار واقتراض أموال القاصر، قيّدها أيضا المشرّع الجزائري بالحصول على الإذن القضائي في حالة ما رأى أنّه يوجد مصلحة أو ضرورة في ذلك، نفس الشّيء بالنّسبة لاستثمار أموال القاصر والإنفاق منها، لأنّها تعتبر من التّصرّفات الدّائرة بين النّفع والضّرر والتّي يمكن أن تعطّل من مال القاصر وتضرّ بمصلحته لذا وجب طلب الإذن فيها.[2]

عموما عندما يتعلّق الأمر بالإذن في التّصرّف في مال الولد القاصر، فإنّهيتعيّن على القاضي قبل منح الإذن للأب في التّصرّف بالمال الخاصّ بولده أن يراعي حالة الضّرورة والمصلحة، والسّلطة التّقديرية تعود للقاضي في منح أو عدم منح هذا الإذن.

أمّا إذا كان التّصرّف يتعلّق ببيع عقّار مملوك للمولى عليه، فإنّه يجب أن يقع بيع هذا العقّار في المزاد العلني[3] وهذا ما قضت به المادّة **(89)** ق.أ.ج في نصّها: "**على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتمّ بيع العقّار في المزاد العلني**".[4]

لأنّ القاضي هو الذّي يشرف بنفسه على عملية البيع لصالح القاصر.

---

[1]– عليواش هشام، اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 2، العدد 9، 2016، ص. 59.

[2]– نجومن قندوز سناء، الرقابة القضائية عل امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 13، العدد 1، 2016، ص. 157.

[3]– بلجراف سامية، المرجع السابق، ص. 456.

[4]– المادة 89 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

أمّا في حالة ما تعارضت مصالح القاصر مع مصالح الأب خصّ المشرّع الجزائري المادّة **(90)** من قانون الأسرة لهذه الحالة حيث جاء نصّها كما يلي: "**إذا تعارضت مصالح الوليّ ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرّفا خاصّا تلقائيّا أو بناءا على طلب من له مصلحة**".[1]

فمن خلال المادّة يفهم أنّ المشرّع أشار إلى إمكانية وجود تعارض بين مصالح الوليّ ومصالح المولى عليه في حين أنّه لم يوضّح معنى التّعارض وماهي حالاته، وهذا ما يلزم القاضي في استعمال سلطته في تقدير ذلك.[2]

فبالرّجوع لقرار المحكمة العليا المؤرّخ في 1998/03/24 [3] الذي جاء فيه: "**من المقرّر أنّهإذا تعارضت مصالح الوليّ ومصالح القاصر يعيّن القاضي متصرّفا خاصّا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة**".

وقد أقر القضاء الجزائري أنّ اعتداء الأب على أبنائه هي حالة من حالات التّعارض، فإذا ثبت للقاضي وجود تعارض بيّن له أنّ الوليّ أخلّ بالتزاماته نحو القاصر، يقوم بتعيين متصرّف من طرفه أو من طرف من له مصلحة في ذلك لكي يدير شؤونه نيابة عن والديه، كما على القاضي عند اختيار المتصرّف التّأكّد من توفّره على الشّروط المطلوبة في النّائب الشّرعي.[4]

ثانيا-الولاية على مال القاصر في ظلّ القانون 02/05 (بعد التّعديل)

عدّل قانون الأسرة بموجب الأمر **02/05** فأدّى إلى تغيير نصّ المادّة **(87)** التّي تعدّ المادّة الوحيدة المعدّلة في القانون الجديد فيما يخصّ مسألة الولاية على مال القاصر حيث أصبح نصّها كالآتي: "**يكون الأب وليّا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحلّ الأمّ محلّه قانونا.**

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحلّ الأمّ محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلّقة بالأولاد.

وفي حالة الطّلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".[5]

---

[1]- المادة 90 من الأمر 11/84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

[2]- نجومن قندوز سناء، المرجع السابق، ص. 158.

[3]- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1998/03/24، نقلا عن نجومن قندوز سناء، المرجع السابق، ص. 158.

[4]- نجومن قندوز سناء، المرجع السابق، ص. 159.

[5]- المادة 87 من الأمر 02/05، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

يتّضح من خلال هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري قدّم الأب على غيره والهدف من ذلك هو شفقته ومحافظته على مال ولده القاصر فلا يجوز لأيّ شخص أن ينوب على القاصر مادام الأب حيّا، إلاّ أنّ الأمّ تحلّ محلّه في حالة وفاته، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 17 ماي 1998 [1] "**ومن المقرّر قانونا يكون الأب وليّا على أولاده القصر وبعد وفاته تحلّ الأمّ محلّه قانونا**".

ولمّا كان في قضيّة الحال، أنّ القضاة لمّا قبلوا استئناف أمّ المطعون ضدّها وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أنّ المطعون ضدّه لا زال قاصرا وأمّا أباه هو وليّا عنه حسب القانون ولم يتوف بعد لكي تنوب عنه الأمّ. ومن ثمّ فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون ممّا يستوجب نقض القرار.

أضاف المشرّع لنصّ المادّة **(87)** فقرتين جديدتين، ففي فقرتها الثانية أعطى الحقّ للأمّ أن تحلّ محلّ الأب في الأمور المستعجلة رغم وجوده، لكن الحقّ يبقى الأب محتفظا به، أمّا الحقّ الذي منحه المشرّع للأمّ فما هو سوى ولاية مؤقّتة.[2]

أمّا في فقرتها الثالثة أين أعطى للمشرّع الولاية على مال القاصر لمن أسندت له الحضانة في حالة الطّلاق، كما نلاحظ أنّ القانون قدّم الأمّ على غيرها من الولاية على أولادها في القيام بالأمور المستعجلة، خلافا للشريعة الإسلامية التّي قدّمت الجدّ.[3]

من خلال ما سبق يتضّح لنا أنّ المشرّع أولى العناية الكبيرة لمال القاصر، والدّليل على ذلك أنّه قيّد بعض التّصرّفات بضرورة الحصول على الإذن القضائي، وأنّه في حالة تعارض مصالح الوليّ ومصالح القاصر تسقط الولاية عنه، لأنّ مصالح المولى عليه أولى من كلّ اعتبار.

---

[1]– قرار المحكمة العليا، بتاريخ 17 ماي 1998، نقلا عن بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص. 264.

[2]– بيبية بن حافظ، المرجع السابق، ص. 264.

[3]– العربي بختي، المرجع السابق، ص. 190.

خاتمة

بعد توفيق العزيز الحكيم، وعلى ضوء دراستنا لهذا الموضوع الذي له أهميّة بالغة من الناحية الشّرعية والقانونية لتأثيره وارتباطه المباشر بحياة الفرد والمجتمع، تمكّنا من الوصول إلى توضيح هذه الدّراسة في صورتها النّهائية واستخلاص أهمّ النّتائج والتّوصيات التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

– لم يتمّ تعريف مصطلح المصلحة في القانون لا سيما قانون الأسرة الجزائري، بل أوردها المشرّع كمصطلح فقط وترك تقديرها لسلطة القاضي.

– أمّا الضّرورة فقد عرّفت في القانون الجنائي على أنّها: حالة يضطرّ فيها الشّخص إلى ارتكاب جريمة وقاية لنفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق، بينما في قانون الأسرة الجزائري لم يتمّ تعريف حالة الضّرورة بل ذكرها المشرّع كمصطلح فقط وترك سلطة تقديرها للقاضي قياسا على المصلحة.

– يوجد بعض المصطلحات التّي لها صلة بالمصلحة منها: مصطلح الضّرورة، هوى النّفس والمصلحة الضّرورية، أمّا الضّرورة فلها صلة بالرّخصة، المشقّة والحاجة.

– من حيث الأقسام تنقسم المصلحة إلى عدة أقسام منها تلك المتعلقة: بالنّظر إلى اعتبار الشّرع لها، وبالنّظر إلى قوّتها في ذاتها، وأخيرا بالنّظر من جهة نفعها، أمّا الضّرورة فبدورها تنقسم إلى أقسام مختلفة منها: بالنّظر إلى أسباب وقوعها، وبالنّظر إلى محافظتها على الضّروريات الخمس: من دين ونفس وعقل ونسل ومال، كذلك بالنّظر إلى مستند ثبوتها وشمولها، وأخيرا بالنّظر إلى حكم العمل بها.

– تستمدّ كلّ من المصلحة والضّرورة اعتبارها من النّصوص الشّرعية (القرآن الكريم والسّنة النّبوية) وكذا من قواعد الشّريعة العامّة.

– بالرّجوع إلى قواعد الشّريعة العامّة نجد أنّ علماء الدّين ضبطوا المصلحة والضّرورة بقواعد فقهية هي: "قاعدة درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح" التّي لها علاقة بالمصلحة، وقاعدة أخرى لها علاقة بالضّرورة هي: "الضّرورات تبيح المحظورات".

– بالرّجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّ للمصلحة والضّرورة تأصيل وأساس قانوني، فكلا المصطلحين نظّمهم المشرّع في عدّة مسائل منها مسألة تعدّد الزّوجات وذلك في الموادّ **(08)**،

(08) مكرّر، و**(08)** مكرّر **(01)**، وكذا مسألة الحضانة التّي نصّ عليها في الموادّ **(62-72)** ومسألة الولاية في تزويج القصر في المادّة **(07)**، والولاية على ماله التّي نصّ عليها في الموادّ **(87-89)**.

- مسألة تعدّد الزّوجات ربطتها الشّريعة الإسلامية بمبدأ المصلحة وشرط العدل، بينما المشرّع الجزائري قيّدها بحالة الضّرورة وقيود أخرى صارمة نوعا ما لتضييق اللّجوء إليها.

- تعدّ مسألة الحضانة من المسائل التّي أولت لها الشّريعة الإسلامية والقانون أهميّة بالغة لأنّ لها علاقة بالطّفل فنجد أنّهما توافقا في ربطها بمبدأ واحد هو المصلحة وذلك بمراعاة مصلحة المحضون.

- أجازت الشّريعة الإسلامية للوليّ تزويج من كان تحت ولايته في حالة ما كان له مصلحة في ذلك، أمّا المشرّع في قانون الأسرة قيّد هذه المسألة بمبدأ المصلحة والضّرورة معا، فإذا تبيّن للقاضي في هذا الزّواج مصلحة أو ضرورة منح الإذن بالزّواج.

أمّا أهمّ التّوصيات التّي نقدّمها فهي:

- على المشرّع الجزائري أن يحدّد ويضبط مفهوما دقيقا للمصلحة والضّرورة في قانون الأسرة.

- على المشرّع الجزائري إعادة النّظر في الفراغ القانوني الذي تركه عند عدم قيامه بتحديد ووضع المعايير التي قد تسهّل على القاضي تقدير مبدأ المصلحة وحالة الضّرورة لتأسيس أحكامه.

- على المشرّع مواكبة القضايا المعاصرة وفي نفس الوقت الاستفادة من الأبحاث والدّراسات الفقهية المعاصرة حتّى يصلح تطبيق قانون الأسرة في كلّ زمان، وتتحقق بالتالي أفضل فعالية لإعمال مبدأي المصلحة والضّرورة.

- على المشرّع إعادة النّظر في مسألة تعدّد الزّوجات، خاصّة ما تعلّق بالحصول على موافقة الزّوجتين، لأنّه يصعب تطبيقها من النّاحية الواقعية، وبالتّالي يفتح المجال للزّوج أمام الزّواج العرفي.

- على المشرّع إعادة النّظر في نصّ المادة **(11)** على نحو يسمح بتأكيد دور الوليّ في عقد تزويج موليته، كما عليه أيضا تحديد القاضي المختصّ الذي يتولّى تزويج من لا وليّ لها.

قائمة المراجع

أولا- القرآن الكريم

ثانيا- الكتب

1- ابن رسلان، شرح سنن أبو داوود، المجلد 10، ج.2، ط.1، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر، 2016.

2- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج.2، د.ط، دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، د.س.ن.

3- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدّين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 4، د.ط، دار صادر، د.س.ن.

4- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج.2، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.

5- أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، الجزء السابع، ط.1، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، 2003.

6- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.

7- أحمد بن عبد الرحمان بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام: دراسة نظرية تطبيقية، ج.1، ط.1، دار كنوز اشبيليا للنّشر والتوزيع، الرياض، 2008.

8- إسماعيل غازي مرحبا، أثر قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في بيان حكم القضايا الفقهية المعاصرة، النوازل الطبية نموذجا، د.ط، دار القلم، الرياض، 2010.

9- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج، الطلاق)، ج.1، د.ط، ديوان المطبوعاتالجامعية، الجزائر، 1999.

10- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، د.ط، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2008.

11- الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، المجلد 2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996.

12- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، د.ط، مكتبة المتنبي، القاهرة، 1981.

13- زيدان عبد الباقي، المرأة بين الدين والمجتمع، د.ط، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1977.

14- زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشّهير بابن نجيم، الأشباه والنّظائر على مذاهب أبي حنيفة النّعمان، ط.1، دار الكتب العلمية، 1999.

15- طالب بن عمر أحمد بن حيدرة الكثيري، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، دراسة تأصيلية تطبيقية، مسابقة الأبحاث العلمية بجامع عمر، دار الألوكة، اليمن، 2008.

16- الطوفي، رسالة في رعاية المصلحة، ط.1 ، الدار المصرية اللبنانية، 1993.

17- عبد الحميد كشك، في رحاب التفسير، ج.28، د.ط، المكتب المصري الحديث، د.ب.ن، د.س.ن.

18- عبد الرحمان بن عبد العزيز الجفن، المصلحة أنواعها وحجيتها، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.

19- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، د.ط، دار إفريقيا الشرق، د.ب.ن، 1996.

20- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

21- مالك بن أنس، كتاب الطلاق، باب جامع الطلاق، د.ط، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.

22- مجيد حميد العنكبي، أثر المصلحة في التشريعات، ط.1، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنّشر والتّوزيع، الأردن، 2002.

23- محمد أبو زهرة، أصول الفقه ، د.ط، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

24- محمد أحمد المبيض، مصلحة حفظ النفس في الشريعة الإسلامية، ط.1، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

25- محمد بن حسين الجيزاني، حقيقة الضرورة الشّرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط.1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1428.

26- محمد بن سفير بن حسين الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، د.ط، دار أم القرآن، د.ب.ن، 2004.

27- محمد بن عبد العزيز المبارك، قاعدة درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح وتطبيقاتها الطبية، د.ط، د.د.ن، د.ب،ن، د.س.ن.

28- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم، تفسير المنار، ج.3، ط.2، دار المنار، مصر.د.س.ن.

29- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، د.ط، مؤسّسة الرّسالة، دمشق، د.س.ن.

30- محمد صدقي بن أحمد بن محمّد البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط.4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

31- محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

32- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.1، ط.2، دار القلم، دمشق، 2004.

33- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ط.4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.

ثالثا- القواميس و المعاجم

1- أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج.3، د.ط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن،د.س.ن.

2- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، د.ط، دار العربية للكتاب، تونس، د.س.ن.

3- جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، ط.7، دار العلم للملايين، بيروت، 1992.

4- عبد العزيز النجار، المعجم الوسيط، ط.4، مكتبة الشروق الدولية، د.ب.ن، 2004.

رابعا-المذكرات الجامعية

أ- مذكرات الماجستير

1-العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010.

2- موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2006.

3- هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة استكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، 2014.

ب- مذكرات الماستر

1- بوعجل مريم، لقريوي شهلة، المركز القانوني للقاصر في الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2017.

2- بوفنش خديجة، فيالة هاجر، الأهلية في عقد الزواج، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص7 قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحيى، جيجل، 2017.

3- ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

4- شفيق بوهزيلة، حكيم حزير، تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحيى، 2018.

5- عدادي شمس الدين، تعدّد الزوجات بين الإطلاق و التقييد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2016.

6- علوان فتيحة، تعدد الزوجات بين المصالح والقيود، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014.

7- مبارك بن بلخير، محمد لنصاري، الضرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة، دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون، مذكّرة مقدّمة لإستكمال متطلّبات شهادة الماستر في الشّريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإنسانية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019.

8- مقران طارق عزيز، إجراءات تنظيم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

خامسا-المقالات العلمية

1- أحمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الإسلامية والفكر الوضعي، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 27، العدد 1، 2000.

2- أسامة عدنان عيد الغنميين، عبد الله محمّد سعيد ربابعة، عبد الله عيسى السلامة، الموازنة في المصالح والمفاسد طريقا إلى التمكين في السياسة الشرعية، دراسات علوم الشّريعة والقانون، المجلد 41، الملحق 3، 2014.

3- إيمان حيدوسي، ولاية الأمّ على أبنائها القصر (قراءة في المادّة 87 من قانون الأسرة)، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق لجامعة الإخوة منتوري قسنطينة01، المجلد 1، العدد 50، 2018.

4- بلجراف سامية، الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسي لجامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 11، العدد 2، 2019.

5- بن عومر محمد الصالح، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهادات القانونية والاقتصادية، العدد 2، 2012، الجزائر.

6- بيبية بن حافظ، الولاية الأصلية على مال القاصر، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق لجامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01، المجلد 31، العدد 1، 2020.

7- حسين رجب محمد مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة التقني، العدد 10، 2011، العراق.

8- حيدرة محمد، مراعاة مصلحة المحضون في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، المجلد 4، العدد 2، 2018.

9- ربيحة الغات، الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دوليات، العدد 27، 2015، الجزائر.

10- سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية (دراسة مقارنة)، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 1، 2020.

11- عليواش هشام، اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 2، العدد 9، 2016.

12- عمر بوعلالة، تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغاربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، 2015، أدرار.

13- عيسات اليزيد، تعدد الزوجات بين التقييد والإطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة بجاية، العدد 1، 2018.

14- محمد خلفي العطوي، موقف الحداثين من المصلحة الشرعية، مجلة الجامعة الإسلامية للدّراسات الشرعية والقانونية، المجلد 27، العدد 2، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 2019.

15- مزيان محمد، دعوى الحضانة وموقف القضاء الجزائري، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، العدد 2، 2008، الجزائر.

16- نجومن قندوز سناء، الرقابة القضائية عل امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 13، العدد 1، 2016.

17- يحياوي لعلى، تعدد الزوجات بين الفقه والقانون والقضاء، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد1، 2015، مسيلة.

سادسا-النصوص القانونية

1- أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 يونيو 1984، ج.ر عدد 24، صادر في 12 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005، ج.ر عدد 43، صادر في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، صادر في 27 فبراير 2005.

سابعا-الإجتهادات القضائية

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 334060، بتاريخ 2005/01/19، قضية (ش-ع) ضد (ع- و)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2005.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 424292، بتاريخ 2008/02/13، قضية (ب - ع) ضد (أ -ف)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2008.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 164787، بتاريخ 2010/07/15، قضية (ب- ب) ضد (ر - ز ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2010.

4- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 613469، بتاريخ 2011/03/10، قضية (م- ي) ضد (ع- ز)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011.

الفهرس

شكـــــر وتقديـــــر

إهـــــــداء

قائمة المختصرات

مقدمة 01

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمصلحة والضّرورة في مسائل شؤون الأسرة

المبحث الأول: المقصود بكلّ من المصلحة والضّرورة وأقسامهما..... 05

المطلب الأول : المقصود بكلّ من المصلحة والضّرورة 05

الفرع الأول : تعريف المصلحة والضّرورة..... 06

أولا- تعريف المصلحة 06

ثانيا- تعريف الضّرورة 08

الفرع الثاني: تمييز المصلحة والضّرورة عن بعض المصطلحات الأخرى..... 10

أولا- تمييز المصلحة عن بعض المصطلحات الأخرى..... 11

ثانيا- تمييز الضّرورة عن بعض المصطلحات الأخرى..... 12

المطلب الثاني: أقسام المصلحة والضّرورة..... 14

الفرع الأول: أقسام المصلحة..... 14

أولا- بالنّظر إلى اعتبار الشّرع لها:..... 14

ثانيا- بالنّظر إلى قوّتها في ذاتها 14

ثالثا- بالنّظر من جهة نفعها..... 15

الفرع الثاني: أقسام الضّرورة 15

أولا- بالنّظر إلى أسباب وقوعها 15

ثانيا- بالنّظر إلى محافظتها على الضّروريات الخمسة 15

ثالثا- بالنّظر إلى مستند ثبوتها 16

رابعا- بالنّظر إلى شمولها 16

خامسا- بالنّظر إلى حكم العمل بها 16

المبحث الثاني: التّأصيل الشّرعي والقانوني للمصلحة والضّرورة..... 17
المطلب الأوّل: التّأصيل الشّرعي للمصلحة والضّرورة 17
الفرع الأوّل: التّأصيل الشّرعي للمصلحة..... 17
أوّلا– من القرآن الكريم..... 17
ثانيا– من السّنة النّبوية الشّريفة 19
ثالثا– من قواعد الشّريعة العامّة (القواعد الفقهية) 19
الفرع الثاني: التّأصيل الشّرعي للضّرورة 21
أولا– من القرآن الكريم..... 21
ثانيا– من السّنة النّبوية الشّريفة 22
ثالثا– من قواعد الشّريعة العامّة (القواعد الفقهية) 23
المطلب الثاني: التّأصيل القانوني للمصلحة والضّرورة..... 25
الفرع الأوّل: التّأصيل القانوني للمصلحة 25
الفرع الثاني: التّأصيل القانوني للضّرورة..... 26

الفصل الثاني: تطبيقات المصلحة والضّرورة في بعض مسائل شؤون الأسرة

المبحث الأول: تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألتي تعدّد الزّوجات والحضانة 28
المطلب الأول: تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة تعدّد الزّوجات 28
الفرع الأول: تعدّد الزّوجات في الفقه الإسلامي 29
أولا– دليل مشروعيّة تعدّد الزّوجات من القرآن الكريم..... 29
ثانيا– دليل مشروعيّة تعدّد الزّوجات من السّنة النبويّة الشّريفة 32
الفرع الثاني: تعدّد الزّوجات في القانون..... 34
أولا– التعدّد في ظلّ قانون الأسرة 11/84 (قبل التعديل)..... 34
ثانيا– التعدد في ظل قانون 02/05 (بعد التعديل)..... 36
المطلب الثاني: تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الحضانة..... 40
الفرع الأول: الحضانة في الفقه الإسلامي 41

أولا– دليل مشروعيّة الحضانة من القرآن الكريم 41
ثانيا– دليل مشروعيّة الحضانة من السّنة النّبوية الشّريفة 42
الفرع الثاني: الحضانة في القانون 43
أولا– الحضانة في ظلّ القانون 11/84 (قبل التعديل) 45
ثانيا– الحضانة في ظل قانون الأسرة الجديد 02/05 (بعد التّعديل) 45
المبحث الثاني: تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الولاية 49
المطلب الأول: تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة تزويج القاصر 50
الفرع الأول: تزويج القاصر في الفقه الإسلامي 50
أولا– دليل مشروعية تزويج القاصر من القرآن الكريم 50
ثانيا– دليل مشروعية تزويج القاصر من السنّة النّبوية الشّريفة 51
الفرع الثاني: تزويج القاصر في القانون 52
أولا– تزويج القاصر في ظلّ القانون 11/84 (قبل التّعديل) 53
ثانيا– تزويج القاصر في ظلّ القانون 02/05 (بعد التّعديل) 54
المطلب الثاني: تطبيقات المصلحة والضّرورة في مسألة الولاية على مال القاصر 57
الفرع الأول : الولاية على مال القاصر في الفقه الإسلامي 57
أولا– دليل مشروعية الولاية على مال القاصر من القرآن الكريم 57
ثانيا– دليل مشروعية الولاية على مال القاصر في السّنة النبويّة الشّريفة 59
الفرع الثاني: الولاية على مال القاصر في القانون 60
أولا– الولاية على مال القاصر في ظلّ القانون 11/84 (قبل التّعديل) 60
ثانيا– الولاية على مال القاصر في ظلّ القانون 02/05 (بعد التّعديل) 63
خاتمة 66
قائمة المراجع 68
فهرس المحتويات 75
ملخص

ملخص

يكتسي موضوع المصلحة والضّرورة في مسائل شؤون الأسرة أهميّة بالغة في الشّريعة الإسلامية، فكلا المبدأين لهما مكانة خاصّة في العديد من الآيات القرآنية، الأمر الذي دفع بفقهاء الدّين إلى إعطاء حيّز واسع لهما بربطهما بقواعد فقهية وقياسهما على مسائل مستجدّة يعيشها الفرد في الوقت الحاضر.

ولم تكن الشّريعة الإسلامية الوحيدة التّي اهتمت بموضوع المصلحة والضّرورة في مسائل شؤون الأسرة، وإنّما حتّى المشرّع الجزائري اهتمّ به، وذلك يتبيّن من خلال تناوله لهما في العديد من الموادّ في قانون الأسرة، حيث أدرجهما في بعض المسائل المختلفة كمسألة الحضانة وتعدّد الزّوجات وكذا مسألة الولاية، وأعطى لهما الأولوية عند الفصل في أيّ نزاع يتعلّق بهذه المسائل، حيث فوّض للقاضي الخروج عن القواعد العامّة، متى ما تبيّن لهتحقّق حالات وشروط المصلحة والضّرورة ومنح له السّلطة في تقديرهما.

Résumé

Le sujet de la nécessité et l’intérêt dans les affaires familial entre le texte et l’application a une grande importance dans "la chariaa islamique", les deux principes apparaitre dans les différents versets coranique, ce qui a poussé les doctes religieux a les donné un espace vaste dans la jurisprudence et les mesuré sur les affaires actuel que l’individu vie.

C’était pas seulement la chariaa qui a tenté au sujet de l’intérêt et la nécessité dans les affaires familial, même le législateur algérien s’intéressait, et apparait son influence sur ces principes dans le droit de la famille, ou il les a aborder dans certains sujet comme les droit de garde, la polygamie et aussi la tutelle, il les a accorder une priorité dans les contentieux qui correspond a ces sujets ou il a charger le juge de sortir des règles généraux si y’avait l’un de ces deux principes en appliquant la discrétion du juge.