وزارة التـعليم العالي و البـحث العلمي
جامعة أكلي محند اولحاج ـ البويرة ـ
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

المصلحة كمعيار في قيام الرابطة الزوجية
– دراسة فقهية قانونية –

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة.

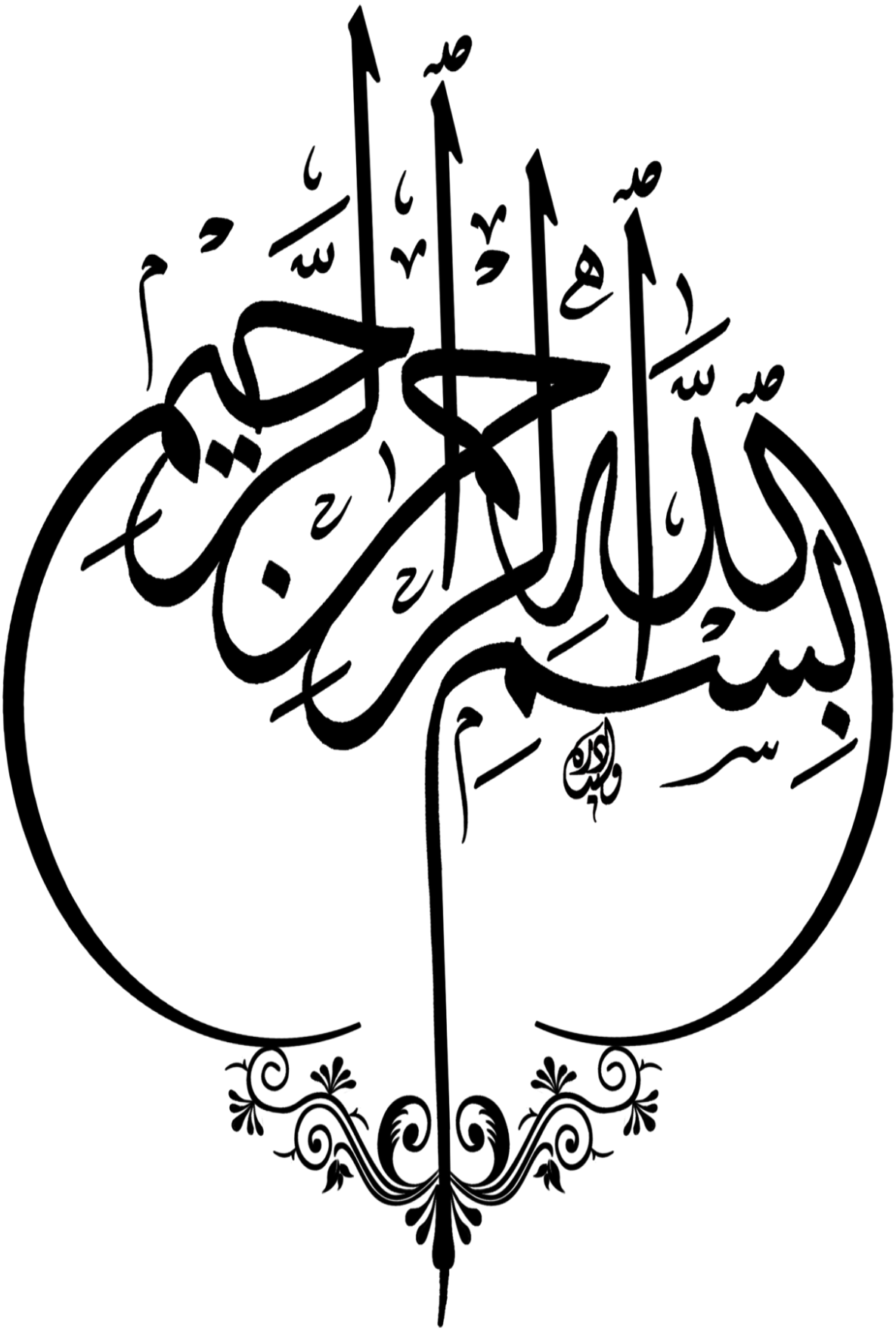
إعداد الطالبة :
- كمال دنيا فرح .

إشراف الدكتور: غجاتي فؤاد

لجنــة المــناقــشــة

د. غازي خديجة ..... رئيسا.
د. غجاتي فؤاد ..... مشرفا و مقررا.
د. لعميري ياسين ..... ممتحنا.

السنة الجامعية :2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها
صدق الله العظيم

الإهـــداء

لطالما كان يا إلهي معتمدي فيك و تصبري و بفتحك اللهم دنا مـرادي

للذي كلله الله بالهيبة و الوقار، إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار، أبي

إلى مفرحتي و ملاذي إلى ميلادي، ماستي و مقلة عيني، أمي

إلى سر السعادة و الوفاء أختي و أخواي

سارة وريدي اذا تأذى قلبي

اشرف و رامي ظلي و سندي

جدي الغالي رابحي لحاج

زوج اختي الوافد الجديد في عائلتي

الى جميع الأهل و الأصدقاء

إلى أساتذتي الأفاضل

وكل من ساندني ، ووقف الى جانبي ، وكانت لهم بصمات في مشواري

اهدي لكم ثمرة جهدي

فرح

شكر و تقدير

أتوجه بكامل الشكر و التقدير ، لاستاذي الفاضل الدكتور غجاتي فؤاد ، لتفضله بالاشراف على هذه المذكرة ، و الذي لم يبخل عليا بالمساعدة و التوجيه و النصيحة ، أسال الله أن يمد في عمره و ان ينفع بعلمه .

كما يمتد شكري للاساتذة الافاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة مذكرتي .

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله و صحبه أجمعين وبعد .

إقتضت حكمة الله تعالى أن يكون الدين الإسلامي آخر الرسالات السماوية و أن يكون نبي هذه الأمة خاتم الرسل ﴿**مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ۗ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا** ﴾[1].

و قد جمع الله في هذا الشرع من الأحكام و الآداب ما يضمن له أن يكون خالدا باقيا و صالحا لكل زمان و مكان، مقدرا للأمة مصالحها كافلا لها السلامة و السعادة إن تمسكت به و حرصت عليه و رجعت إليه في كل أمر ينوب هذا الدين القيم الذي قال الله تعالى فيه : ﴿**فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ**﴾[2].

والجزائر من بين البلدان العربية المسلمة التي تأخذ بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقوانين بأنواعها،

فقد نص القانون المدني الجزائري في مادته الأولى فقرة 2 " واذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية " [3]، بحيث انه يحكم القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية بحيث ان المبادئ شاملة لكل المجالات و تخص الحكم في جميع القوانين.

---

[1] سورة الأحزاب ، الاية 40.

[2] سورة الروم ، الاية 30.

[3] الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج.ر، عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

أما ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية "[1]، و هنا خص المشرع الجزائري هذا النص بمصطلح أحكام الشريعة التي تنصب فقط على مجال الأسرة و هذه الاحكام تتمثل في المصادر التبعية والاحتياطية، المذاهب المختلفة و القواعد الفقهية المتعددة ...الخ .

و لقد ثبت بالإستقراء أن الشريعة الإسلامية التي يستفاد منها الأحكام ترجع الى أدلة أربعة هي (الكتاب و السنة و الاجماع و القياس) أما الأدلة التي إختلف العلماء في الاستدلال بها هي المصادر التبعية فمنها سبعة، و من المتفق عليه بين علماء المسلمين أن الاحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق المصالح سواء أكانت على مستوى الأفراد أم على مستوى الجماعات، و لما كان من الأدلة الشرعية التي ذكرها علماء الأصول المصالح المرسلة التي تزايد الإهتمام بها في العصر الحالي نظرا للمستجدات الحديثة و التطور العلمي الذي تسارعت وتيرته في الآونة الأخيرة، فالحق الأخذ بمبدأ المصلحة قديم فقد دعا إليه القرآن الكريم.

لذا وجبت العناية بهذه الأخيرة وتحقيقها تحقيقا علميا وعمليا لما لها علاقة بمجالات الأسرة المختلفة و مدى تطرق المشرع الجزائري للمصلحة في العديد من المناسبات في الأحوال الشخصية و من أهم المسائل تأثرا بالمصالح المرسلة المسائل التي تأتي قبل الزواج كالفحص الطبي والترشيد و توثيق الزواج و أيضا المسائل التي تأتي بعد الزواج كمسألة التلقيح الإصطناعي و مسألة تعدد الزوجات ... الخ فأغلبيتها تقتضي المصلحة فيها .

فالحاجة ماسة الى التوسع في تطبيق نظرية المصالح المرسلة في القانون – وبالخصوص قانون الأسرة – التي هدانا اليها الفقه الإسلامي في عصرنا الحديث، و لقد كانت مصدرا هاما للتشريع الإسلامي في أطواره المختلفة كما كانت عونا للمجتهدين في مجال القانون . مما

[1] الامر رقم امر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الاسرة،ج.ر،عدد 15، 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 م

جعل الحاجة ماسة الى البحث في الموضوع و التوسع فيه مع التحقيق و الإهتمام و التطبيق على الأمور المستحدثة، ومنه نطرح الإشكالية :

كيف يسهم إعتبار المصلحة في الفقه الإسلامي و التشريعات المتعلقة بالأسرة في القانون الجزائري في حماية الطرف الضعيف في الرابطة الزوجية ؟

سبب إختياري لهذا الموضوع:

يرجع سبب إختياري لموضوع (المصحلة كمعيار في قيام الرابطة الزوجية – دراسة فقهية قانونية –) الى:

1-رغبتي الشخصية في معرفة مدى إستعانة المشرع الجزائري لنظام المصلحة و أين أخفق في عدم الإستعانة بها .

2-الإشارة الطيبة لأستاذي المشرف للكتابة في هذا الموضوع .

3-عدم تناول موضوع المصالح المرسلة في الرسائل الجامعية لطلبة قانون الأسرة .

4-قلة الدراسات في هذا الموضوع مما يجعل صعوبة في إيجاد المادة العلمية و بدوره يعد إجتهاد من نوع خاص .

5-تضارب المصالح في العديد من الحالات و كيف رجح المشرع مصلحة على مصلحة و ما أساسه في ذلك .

6-تعلق الموضوع بوجه من وجوه علم أصول الفقه، و جانب من جوانب القانون .

7-يبرز الشكل العملي الذي يوضح إخلاف المذاهب الفقهية في الكثير من الأحكام و أي هذه المذاهب أخذ بها المشرع الجزائري .

8-جدة الكثير من المسائل و إستحداث وسائل مختلفة في هذا العصر و هي تخدم مصالح العباد في بعض الأحيان، و لم تكن موجودة من قبل .

أهداف الدراسة :

1-تبيان دور قاضي شؤون الأسرة و كيف منح له المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة وقائية و علاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع أو بنية الإضرار مع إنتفاء وجه المصلحة المطلوبة من إستعمال الحق .

2-إستثمار التراث الفقهي الكامن في علم القواعد الفقهية بإعتبارها أحكاما كلية وأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في العديد من المسائل التي هي الميدان الخصب لتنزيل القواعد الفقهية عليها .

3-تبيان المواضيع التي أسقط عليها المشرع الجزائري نظام المصلحة.

4-توضيح فكرة تغير الأحكام بتغير الزمان و بالتالي تتغيير المصالح .

الدراسات السابقة للموضوع :

نظرا لقلة المراجع القانونية حول موضوع المصالح و صعوبة البحث في المراجع الفقهية لكونه مجال صعب و يتوجب التعمق فيه لإستعابه و مع ذلك سأشير الى بعض الدراسات المتعلقة بالمضوع كالأتي :

– مدى إعتبار المصلحة المرسلة في قانون الأسرة القطري (الزواج و آثاره)من إعداد شمة بنت علي عبد الله بوعيسى الكواري قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية للحصول على درجة الماجستير في الفقه و أصوله، الباحثة كانت موفقة في هذه الدراسة الا أن الدراسة خالية من الوقائع المستجدة .

– المصالح المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي – مسائل السياسة الشرعية أنموذجا – لسمية قرين، وهي عبارة عن رسالة قدمتها لنيل درجة الماجستير بجامعة الحاج لخضر بباتنة حصرت التطبيقات في المجال السياسي فقط .

– حجية القواعد الفقهية ومدى إمكانية إستثمارها في الإجتهاد القضائي دراسة تطبيقية على قانون الأسرة الجزائري من إعداد الدكتور عليان بوزيان أستاذ محاضر، جامعة ابن خلدون

تيارت هي من أغنى المراجع من حيث المعلومات التي تكون معالجة من الجانب الفقهي والقانوني ولكن لم يتم التطرق فيها الى الوقائع المستجدة .

المناهج المتبع في الدراسة:

– المنهج المقارن: من خلال مقارنة الدراسة الاصولية والدراسة القانونية للمصلحة و تبيان موقف كل من الفقه والقانون في بعض مسائل الأسرية.

– المنهج الإستقرائي: من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتب فقهاء الشريعة والقانون، ونقلها، و الاستدلال بها ؛ لبيان صحة الإستنتاج و سلامة الفكرة.

– المنهج التحليلي: و هو ضروري بعد ما تم استقراءه بحيث يتم تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الدراسة.

المصادر و المراجع المعتمدة و طبيعة التعامل معها :

لقد احتوى هذا البحث مزيج غني ومتنوع من المصادر و المراجع و الوثائق المختلفة و المتمثلة في : القران الكريم برواية ورش، كتب السنة الاصلية و الشارحة، بحيث حاولت جاهدة للحصول على الاحاديث الصحيحة من الكتب المعتمدة و غيرها الكثير، و يكون تهميش الاحاديث كالتالي: حسب المنهجية المعتمدة في تخريج الحديث اما المراجع التي اخذت منها الحديث فاكتفي بتهميش المرجع ؛ مع كتابة اسم المؤلف والكتاب اذا اعدت الاستعانة به مجددا، إضافة الى كتب الفقه، اعتمدت أيضا على كتب القانون باتباع المنهجية الخاصة بالتهميش و أيضا بالنسبة لمذكرات الماستر و رسائل الماجستير و الدكتوراه، المقالات و النصوص القانونية، الاجتهادات القضائية ...الخ

و في اخر البحث خصصنا قائمة للمراجع و فهرس للايات الكريمة (غير مرتبة حسب ترتيب القران الكريم) و الاحاديث الشريفة و المواضيع .

الفصل الأول : ماهية المصلحة ومراعاتها في قيام الرابطة الزوجي.

المبحث الأول: تأصيل الاعتبار بالمصلحة في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: المصلحة في القانون الجزائري.

المطلب الثالث:علاقة المصلحة ببعض المصطلحات في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

المبحث الثاني: الزواج والمصالح المعتبرة في قيامه

المطلب الأول: مفهوم الزواج و المصلحة منه.

المطلب الثاني: مشروعية الزواج.

المطلب الثالث: حكم الزواج و المصالح المعتبر فيه.

الفصل الثاني: اعتبار المصالح في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري.

المبحث الأول: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية قبل الزواج .

المطلب الأول: مسألة الفحص الطبي قبل الزواج.

المطلب الثاني: مسألة توثيق الزواج.

المطلب الثالث: مسالة أهلية الزواج (زواج القصر).

المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية بعد الزواج.

المطلب الأول: مسالة التلقيح الاصطناعي.

المطلب الثاني: مسالة تعدد الزوجات.

المطلب الثالث: مسالة النفقة بين الزوجين.

اهم المختصرات:

تح : تحقيق

ج : جزء

د.ب.ن: دون بلد نشر

د.د.ن: دون دار نشر

د.ر.ط: دون رقم الطبعة

د.س.ن: دون سنة نشر

ص ص: الصفحتان

ص: الصفحة

ط: رقم الطبعة

ع.خ: عدد خاص

ع: عدد

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

ق.أ.ج: قانون الاسرة الجزائري

م.ع: محكمة عليا

م.ق: مجلة قضائية

مج:مجلد

الفصل الأول

ماهية المصلحة ومراعاتها في قيام الرابطة الزوجية قيامه

تمهيد

إن أحكام الشريعة الاسلامية قائمة على جلب المصالح ودرء المفاسد وان كل حكم شرعي نزل لتأمين احدى المصالح أو لدفع احدى المفاسد أو لتحقيق الامرين معا، فقد وردت نصوص القرآن الكريم وآياته القطعية مبينة ذلك. وجلب المصالح للناس يكون في دنياهم وهي كل ما فيه نفعهم وفائدتهم وصلاحهم وخيرهم، وكل ما يساعد على تجنب الأذى والضرر، اما مصالحهم في اخرتهم وهي الفوز بالجنة والنجاة من النار. وبما ان للمصلحة مكانة هامة في الموقف الشرعي أيضا لها مكانة في القانون بحيث انها شرط من شروط رفع الدعوى، فهي الضابط الضامن لجدية الدعوى وبقائها تحت سلطة القانون، وفي هذا الصدد يراجع هذا الفصل ماهية المصلحة ومراعاتها في قيام الرابطة الزوجية في (المبحث الأول)، اما الجانب الذي نخصص الدراسة فيه المصلحة في قيام الزواج يتناوله (المبحث الثاني) تحت عنوان الزواج والمصلحة المعتبرة في قيامه.

المبحث الأول: تأصيل الاعتبار بالمصلحة في الفقه الإسلامي والقانون

سأتطرق في هذا المبحث الى مفهوم المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي وحجيتها وضوابط العمل بها، في المطلب الأول تحت عنوان المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي، ثم المفهوم القانوني للمصلحة في المطلب الثاني، اما المطلب الثالث معنون ب علاقة المصلحة ببعض المصطلحات.

المطلب الأول: المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي

سأتناول في هذا المطلب مفهوم المصلحة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم الى حجيتها في الفرع الثاني اما الفرع الثالث سنعرض فيه الى ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة.

الفرع الأول: مفهوم المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي

لقد تم تقسيم هذا الفرع الى عنصرين، العنصر الأول تعريف المصلحة المرسلة **أولا**، ثم تبيان اقسام المصلحة في الفقه الإسلامي **ثانيا**.

أولا: تعريف المصلحة المرسلة

1_ المصلحة لغة:

الصَاد والحَاء أصلٌ واحدٌ يَدلُ على خلاف الفساد [1].

يقال: صَلحَ: صَلاحًا صلوحًا: زال عنه الفساد و صلح الشئ، كان نافعا او مناسبا يقال هذا الشيء يصلح لك[2].

فالمصلحة: واحدة المصالح و الصلاح نقيض الفساد [3]

---

[1] ابي الحسين احمد بن فارس بن زكي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق و ضبط عبد السلام محمد هارون، ج3، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، مادة صلح، ص 303.

[2] إبراهيم مصطفى، المعجم الوسط، ج 1، باب الصاد ، د.ط، دار الدعوة، د.ب.ن، د.ت.ن، ص522، المكتبة الشاملة الحديثة تم الاطلاع عليه يوم، 20 جوان ، على الساعة 16:00

[3] ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج2، باب الصاد، فصل الحاء، دار صادر، ص517.

وقد استعمل القرآن الكريم والسنة الافساد في مقابلة الإصلاح في مواضع عديدة ومن امثلته في القرآن،

قوله تعالى: ﴿ **وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ** ﴾ [1]

وقوله تعالى: ﴿ **الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ**﴾[2]

وقوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ**﴾[3]

وقوله: ﴿ **وَإِلَىٰ مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا ۗ قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَٰهٍ غَيْرُهُ ۖ قَدْ جَاءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ ۖ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ** ﴾ [4]

ومن أمثلته في السنة منها: قوله صلى الله علية و سلم: ﴿ **ان الدين بدا غريبا و يرجع غريبا فطوبى للغرباء الذين يصلحون ما افسد الناس من بعدي من سنتي** ﴾ [5]

2_ تعريف المرسلة لغة:

اما تعريف المرسلة لغة، فهي من ارسل يرسل ارسالا فالمرسلة في اللغة اسم مفعول مشتق من الارسال، والارسال هو الاطلاق.[6] يقال وهي مرسلة لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع او الغائه [7]

---

[1] سورة النمل اية 48.

[2] سورة الشعراء اية 152.

[3] سورة البقرة اية 11.

[4] سورة الأعراف 85.

[5] أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1996 بيروت، الحديث رقم 2629 كتاب الايمان، باب ماجاء ان الإسلام بدا غريبا و سيعود غريبا، ص 18 .

[6] مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 29، تح: محمود محمد الطناحي، طبعة المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الاداب، دار الهداية، 2004، ص 72.

[7] ينظر عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة طباعة نشر توزيع، ط6، العراق، 1976، ص 237.

3_ المصلحة المرسلة اصطلاحا:

لعلماء الأصول عبارات مختلفة في تعريف المصلحة وهذه بعض تعريفات العلماء للمصلحة.

تعريف الغزالي رحمه الله:

يقول المصلحة في الأصل انها عبارة عن: "جلب منفعة او دفع مضرة"[1]. ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة و دفع المضرة مقاصد الخلق في تحصيل مقاصدهم. لكنا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، و مقصود الشرع من الخلق خمسة و هو ان يحفظ عليهم: دينهم و نفسهم و عقلهم و نسلهم و مالهم، و يكمل في قوله فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة، فهو مصلحة و كل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة و دفعها مصلحة.[2]

تعريف العز بن عبد السلام:

جاء في تعريف المصلحة حيث انه قسمها الى أربعة أنواع مع ذكر معناها على وجه العموم حيث قال:

" المصالح أربعة أنواع اللذات و أسبابها، والافراح واسبابها، و المفاسد أربعة أنواع الالام و أسبابها، والغموم و أسبابها" [3]، و قال أيضا، و يعبر عن المصالح و المفاسد بالخير و الشر، و النفع و الضر، و الحسنات و السيئات، لان المصالح كلها خيور نافعات حسنات، و المفاسد باسرها شرور مضرات سيئات، وقد غلب في القرآن استعمال الحسنات في المصالح و السيئات في المفاسد.[4]

---

[1] ابو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، المدينة المنورة، (505، 450 ه)، ص 481.

[2] ينظر الغزالي، المستصفى، المرجع نفسه، ص 482.

[3] عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، قواعد الاحكام في مصالح الانام، ج1، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، 1411-1991، ص 12.

[4] عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، المرجع نفسه، ص 14.

و يفهم من ما سبق ان العز بن عبد السلام عرف المصلحة بانها: اللذة و الافراح و الخير والنفع و الحسنات و هذه المعاني هي المنفعة و هو ما قصده الرازي بقوله: " و المنفعة هي اللذة او ما كان وسيلة اليها " [1]

و نلاحظ من تعريف المصلحة للعز بن عبد السلام انه قدم تعريفا عاما يحتوي العديد من المعاني منها معاني الخير و النفع و الحسنات.

تعريف البوطي:

عرف المصلحة بقوله: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و أموالهم طبق ترتيب معين في ما بينهم "[2].

و هذا التعريف مطابق نوعا ما لتعريف الامام الغزالي.

تعريف الشاطبي:

عرفها بقوله: " "المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال "[3].

و جاء في كتابه الموافقات " العادة تحيل استقلال العقول في الدنيا بادراك مصالحهم و مفاسدهم على التفصيل [4]، و هنا يتبين من تعريف الشاطبي ان المصالح لا تستقل عقول الناس بإدراكها، بل لابد ان تكون تحت مظلة مقاصد الشرع.

---

[1] فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج6، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ب ب ن، 1209/1149 م، ص 133.

[2] محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دكتوراه في أصول الشريعة الإسلامية، من جامعة الازهر، مؤسسة الرسالة، 1965، ص 27.

[3] ابي إسحاق الشاطبي، الاعتصام، المدقق محمد رشيد رضا، ج 2، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ب.ت.ن، ص 113.

[4] ابي إسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات، ضبط، أبو عبيدة مشهور بن حسن ال سليمان، مجلد 2، دار ابن عفان، ص35.

وخلاصة هذه التعريفات ان المصلحة لابد من ان تكون راجعة الى قصد الشارع، ومبينة على معنى أراده الشارع. و انها كل منفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و عقولهم و نسلهم و أموالهم، او كانت ملائمة لمقصوده وفق شروط معينة.[1]

ثانيا: اقسام المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي.

سنعتمد في بيان اقسام المصلحة المرسلة باعتبار قوتها في ذاتها و باعتبار العموم و الخصوص.

01: أقسام المصلحة المرسلة باعتبار قوتها في ذاتها

و هي تنقسم بهذا الاعتبار الى ضرورية و حاجية و تحسينية.

أ –المصلحة الواقعة في رتبة الضرورات:

المصالح الضرورية و هي التي لابد منها في قيام مصالح الدين و الدنيا، بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد و تهارج و فوت حياة، و في الاخرة فوت النجاة و النعيم و الرجوع بالخسران المبين [2]

وهي اقوى المراتب في المصالح و تتضمن حفظ الأصول الخمسة "الدين، النفس، العقل، النسل، المال " [3] و نخص بالقول، مقصد النفس فقد شرع لأجل المحافظة عليه من جانب الوجود الزواج لاستمرار النوع الإنساني، و كذلك اوجب تناول المأكولات و المشروبات و اتخاذ الملبوسات بالقدر الذي يقيمها و يحفظها من الهلاك [4]، وهكذا.

---

[1] محمد احمد بوركاب، المصالح المرسلة و اثرها في مرونة الفقه الإسلامي، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية و احياء التراث، 2002، ص 30.

[2] الشاطبي، الموافقات، ج 2، مرجع سابق، ص 7.

[3] عزيز محمد علي الخطري، المصلحة المرسلة عند الامام الغزالي، مجلة كلية الآداب و العلوم الإنسانية علمية دورية محكمة المجلد العدد (34) ابريل 2012 ص 21.

[4] سمية قرين، المصلحة المرسلة ضوابطها و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي –مسائل السياسة الشرعية انموذجا– مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص فقه و أصول، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2010–2011 ص 55.

اما مقصد النسل فلإيجاده شرع الزواج الشرعي، ولحفظه من جهة العدم حرم الزنا و القذف، و اوجب العقوبة على كل مرتكبيها [1].

و قد لاحظ بعض علماء الأصول [2]، ان هذه الضروريات مشار اليها بقوله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِينَكَ فِي مَعْرُوفٍ ۙ فَبَايِعْهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [3]

ب- المصلحة الواقعة في رتبة الحاجيات:

المصالح الحاجية هي المصالح المفتقر اليها من حيث التوسعة، و رفع الضيق المؤدي الى الحرج و المشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع، دخل على المكلفين على الجملة الحرج و المشقة، و لكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة [4]

و من امثلتها:

- ما يعود على حفظ الدين كتشريع الرخص المخففة للمشقة على بعض الاعمال كالفطر بالنسبة للمسافر و المريض.

- ما يعود على حفظ النفس كاباحة الصيد و التمتع بالطيبات مما زاد على اصل الغذاء.

- ما يعود على حفظ المال كالتوسعة في تشريع القرض و المساقاة والسلم و الاجارة و غيرها[5].

---

[1] سمية قرين، المرجع نفسه، ص 55.

[2] ينظر محمد الطاهر ابن عاشور، تقديم حاتم بوسمة، مقاصد الشريعة الاسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2011، ص 302.

[3] سورة الممتحنة الاية 12.

[4] ينظر ابي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، كتاب الموافقات، تحقيق الحسين ايت سعيد، المجلد الثالث، القسم الثالث، منشورات البشير بن عطية، ط 1، المغرب، 2017.

[5] مشهور حاتم الحارثي، المصلحة المرسلة مفهومها، وحجيتها، و ضوابطها –مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاداب و العلوم الإنسانية، م 26 ،ع 1 ، 2018 ،ص 5 .

ج- المصلحة الواقعة في رتبة التحسينات:

المصالح التحسينية و معناها الاخذ بما يليق من محاسن العادات و تجنب الأحوال المدنسات التي تانفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الاخلاق [1]

و جاء الامام الغزالي بقوله: " هي ما لا يرجع الى الضرورة و لا الى حاجة و لكن تقع موقع التحسين و التزيين و التيسير للمزايا و رعاية احسن المناهج في العادات و المعاملات[2] و هذا ما يجعلها في الرتبة الثالثة بعد الحاجيات، بحيث لو اجتمعت كلها قدم الضروري على الحاجي ثم الحاجي على التحسيني، اذا فالتحسينات هي ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم، وهذا مقصد من مقاصد مبعث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم في إتمام المكارم، وإظهار جمال الأمة، وحسن أخلاقها، ومحاسن عاداتها، سواء كانت عادات عامة كستر العورة أم خاصة ببعض الأمم كخصال الفطرة واللباس وإعفاء اللحية [3]

وفي الأخير تتضح أهمية اقسام المصلحة بحيث انها تكمل بعضها البعض، فان الحاجي مكمل للضروري و التحسيني مكمل للحاجي و أيضا مكمل للضروري وبذلك ينبغي مراعاة الجميع.

02: اقسام المصلحة المرسلة باعتبار العموم والخصوص

هذا التقسيم يأتي فيه اعتبار تعلق المصالح بعموم الامة او جماعتها او افرادها، فتنقسم بهذا الاعتبار الى كلية وجزئية.[4]

- فالمصلحة الجزئية:

هي مصلحة الفرد او افراد قلائل، هي مراتب وأنواع، وقد تكلفت بحفظها احكام الشريعة في المعاملات.

---

[1] ينظر الموافقات للشاطبي، مرجع سابق، ج2، ص9.

[2] ينظر الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج 2، ص 485.

[3] عبد الاله احمد أبو رحمة، المصلحة المرسلة في احكام السياسة الشرعية في عهد النبي، ماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة الإسلامية و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010 م/1431 هـ، ص 15.

[4] ينظر محمد الطاهر ابن عاشور، مرجع سابق، ص 147ص148.

– اما المصلحة العامة:

فهي جميع الامة، مثل حماية العقيدة، وحفظ الجماعة من التفرق، و حفظ الدين من الزوال، و حماية الأماكن المقدسة، مثل حرم مكة و حرم المدينة، وبيت المقدس من الوقوع في ايدي غير المسلمين، و حفظ القرآن من التلاشي العام، و التغيير بانتقاء حفاظه، و تلف مصاحفه معا، و حفظ علم السنة، من دخول الموضوعات، و نحو ذلك مما صلاحه و فساده يتناول جميع الامة، و كل فرد من افرادها و بعض صور الضروري و الحاجي مما يتعلق بجميع الامة [1].

– و اما المصلحة التي تعود على الجماعة العظيمة، فهي الضروريات و الحاجيات، و التحسينات المتعلقة بالامصار و القبائل و الأقطار على حسب مبلغ حاجتها: مثل التشريعات القضائية لفصل النوازل.[2]

و بهذا يمكن القول بأن المصالح المرسلة اذا كانت في مرتبة الضرورة قال العلماء فيها انه لا ينبغي ان يقع فيها خلاف، وبعضهم حكى الاتفاق عليها، و قال الغزالي في هذا السياق " اذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصد الشارع فلا حاجة للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة، و اذا ذكرنا خلاف فذلك تعارض مصلحتين و مقصدين " ثم صرح بان المصلحة الحاجية لا تعتبر حجة، الإ اذا عضدها اصل معين، او بلغت الحاجة مبلغ الضرورة[3]

الفرع الثاني: حجية المصلحة في الفقه الإسلامي

يحتوي هذا الفرع على المثبتون والمنكرون لحجية المصلحة المرسلة و ادلتهم في ذلك:

أولا: المثبتون لحجية المصالح المرسلة

01–من العلماء القائلين بحجية المصالح المرسلة:

مع تفاوت بينهم في قدر الاعتماد عليها و شروط الاخذ بها: أبو حنيفة، الطوفي، مالك و الشافعي و ابن حنبل و هو مذهب مالك و مذهب الامام احمد و أيضا المحكي عن الشافعي.

---

[1] ينظر، ابن عاشور مقاصد الشريعة ص 899 و أيضا عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصالح المرسلة في المعاملات، دار كنوز اشبيليا، ط1، السعودية، 1431هـ –2010 م، ص 116.

[2] عبد العزيز، مرجع سابق، ص 116 .

[3] عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 117.

اشترط الغزالي في المستصفى للعمل بالمصلحة المرسلة ثلاثة شروط[1]:

- ان تكون المصلحة المرسلة من الضروريات و هي حفظ الدين، و النفس، و العقل، والنسب، والمال.
- ان تكون المصلحة المرسلة قطعية.

ان تكون المصلحة المرسلة كلية تعم فائدتها عامة المرسلين و يعدون الحنابلة المصالح أصلا من أصول الاستنباط، و ينسبون ذلك الأصل الى إمامهم[2]،

وقال الطوفي الحنبلي: ان رعاية المصلحة اقوى من الاجماع، و يلزم من ذلك انها من ادلة الشرع، لان الأقوى اقوى [3]

02-ادلة القائلين بحجية المصالح المرسلة:

والأدلة كثيرة منها،

- ان الحياة في تطور مستمر، و مصالح الناس تتجدد و تتغير في كل زمن، فلو لم تشرع الاحكام المناسبة لتلك المصالح، لوقع الناس في حرج، و تعطلت مصالحهم في مختلف الأزمنة و الأمكنة، ووقف التشريع عن مسايرة الزمن و مراعاة المصالح و التصورات، و هذا مصادم لمقصد التشريع في مراعاة مصالح الناس و تحقيقها [4]
- قول الله تعالى: ﴿ **وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ**﴾[5] و قال سبحانه: ﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ**﴾[6]
- روعيت المصلحة بنحو أوسع من القياس في اجتهادات الصحابة والتابعين و أئمة الاجتهاد، حتى كان ذلك بمنزلة الاجماع على رعايتها، بدليل جمع ابي بكر القرآن في مصحف واحد من الصحف المتفرقة بإشارة من عمر رضي الله عنه، قائلا: "انه و الله خير و مصلحة للإسلام "، وحارب أبو بكر مانعي الزكاة، و استخلف من بعده عمر،

---

[1] الغزالي، المستصفى، ج1 ص 296 .

[2] أبو زهرة، ابن حنبل، دار الفكر العربي، ط 1، مصر، د.س.ن، ص 345 .

[3] الطوفي، رسالة المصلحة، الدار المصرية اللبنانية، ط 1، 1993، ص 25.

[4] وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، ط 1، بيروت، 1999، ص 94.

[5] سورة الأنبياء:الاية 107.

[6] سورة البقرة: الاية 185 .

و لم يسبق في ذلك شيء مماثل يدل على الاخذ به، و لا سند لذلك الا المصلحة، و حرم عمر المرأة على من تزوجها في العدة من رجل آخر و دخل بها، زجرا له عن هذا الفعل و معاملة له بنقيض مقصوده و حجر الحنفية على الطبيب الجاهل و المفتي الماجن و المكاري المفلس [1].

وهذا كله عمل بالمناسب المرسل او المصلحة المرسلة، لأنها مصلحة مجردة ملائمة لمصالح احكام الشريعة [2]

ثانيا: المنكرون لحجية المصالح المرسلة

01- من العلماء المنكرون باعتبار المصالح المرسلة للاستدلال بها:

الآمدي وابن الحاجب، ابي بكر الباقلاني، وهو مذهب الحنفية والشافعية وبعض الأصوليين.

قال ابن الحاجب المالكي: " ان المناسب المرسل لا يعتبر لأنه اما غريب او معلوم الإلغاء، و لا نزاع في عدم اعتبارهما، و اما المناسب الملائم فالمختار رده" [3] و قال الآمدي من الشافعية: " ان المناسب المرسل قد اتفق الفقهاء من الشافعية و الحنفية و غيرهم على امتناع التمسك به، و هو الحق " [4]

02- أدلة المنكرون بحجية المصالح المرسلة:

اما المنكرون فلهم ادلة موجزها وجوب الحفاظ على وحدة الشريعة فلا تختلف الاحكام بين جيل وجيل، و الحفاظ على قدسية الشريعة، فلا يقال فيها شيء بالأهواء و الأغراض و المآرب، و لان الشرع لم يعتبرها ببعض وجوه الاعتبار، واجيب عنها بان تغير وجه الحكم او المصلحة يقتضي تغير الحكم و هذا امر حسن شرعا، و ان العمل بها عمل بمصلحة راجحة،

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 94 .

[2] الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج1، ص 143 .

[3] عبد الرحمن الايجي عضد الدين، شرح مختصر المنتهى لابن الحاجب، ج2، المحقق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004، ص 555.

[4] علي بن محمد الآمدي، الاحكام في أصول الاحكام، ج 4، دار الصميعي، الرياض، 2003 ص 494 .

وليست هي من قبيل التشريع بالهوى، لأنه يشترط العمل نها وجود الملاءمة بينها و بين مقاصد الشرع [1]

الفرع الثالث: ضوابط العمل بالمصلحة

العمل بالمصلحة المرسلة كدليل تستقى بواسطتها الاحكام الشرعية ليس على اطلاقه، بل منوط بضوابط تضبطها من الخروج عن مقاصد الشريعة العامة، ومتى ما تخلفت احد هذه الشروط اهدر العمل بالمصلحة [2]، وهذا ما سنراه في هذا الفرع، أولا الملائمة لمقاصد الشرع، ثانيا عدم معارضتها لنص او اجماع كقياس صحيح، ثالثا: لا تكون مفوتة لمصلحة مساوية لها او اهم منها.

أولا: الملائمة لمقاصد الشرع

عندما اشترط الشاطبي ملاءمة المصلحة لمقاصد الشرع، أراد عدم معارضتها للنصوص حيث قال " بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من دلائله " [3]بان تكون المصلحة مندرجة فيما قصده الشارع من مراعاة مصالح الناس، و مقاصد الشارع تنحصر في حفظ خمس أمور: الدين، النفس، العقل، النسل، المال. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول او بعضها فهو مفسدة و دفعها مصلحة و هي واقعة في ثلاث مراتب الضروريات و الحاجيات و التحسينات، و عليه فمن خالف هذه المقاصد بأن تكون وسيلة لهدم روح تلك المقاصد فانه يدخل ضمن نطاق المفاسد و يكون خارجا عن نطاق المصالح [4]، فلن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع إلا إذا كانت لا تعارض دليلاً من أدلته كما شرط الغزالي مع أنه لم يشترط ذلك في شفاء الغليل ولا في المنخول، وإنما اشترط، ملائمة المقاصد، وعدم تغيير النصوص[5].

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 93 ص 94.

[2] عامر خليل إبراهيم، المصلحة المرسلة عند ابن عاشور من خلال تفسيره، الجامعة العراقية، العدد (201) لسنة 1433 هـ – 2012 م، ص 324 .

[3] البوطي، ضوابط المصلحة، ص ص 202 –215 .

[4] البوطي، المرجع نفسه، ص 100 ص 111.

[5] البوطي، المرجع نفسه، ص 215، مثاله ص13 هامش 4.

ثانيا: عدم معارضتها لنص او اجماع كقياس صحيح

عدم معارضة المصلحة للأدلة الشرعية، لان معرفة مقاصد الشريعة انما تمت استنادا الى الاحكام الشرعية المأخوذة من ادلتها التي هي الكتاب، السنة و الاجماع و القياس[1]، فان مرجع المجتهد في معرفة احكام النوازل التي يبنيها على هذه القواعد هو مدى المامه بنصوص الشارع و قواعده العامة، فهو ملزم في اجتهاده بعدم الخروج عما تقتضيه النصوص الشرعية[2]. والمدلول لا يقوى على معارضة دليله، فان عارضت منها شيئا فهي باطلة يجب ردها و تقديم النص عليها، لان معيار الاخذ بالمصلحة هو الاعتبار الشرعي لها [3].

ثالثا: لا تكون مفوته لمصلحة مساوية لها او اهم منها

إذا شهد للمصلحة دليل من النص او الاجماع او القياس او كانت موافقة لمقاصد الشرع كانت معتبرة في ذاتها، فان تعارضت ولم يمكن الجمع بينهما كان ترجيح احداهما على الاخر محل نظر في قيمة المصالح في حد ذاتها فنقدم ما يراه الشارع حسب أهميته من تقديم ما يحفظ العقل الى اخره و كذا بالنسبة لتعارض الضروري مع الحاجي و مع التحسيني فاننا نقدم ما هو ضروري على غيره من الحاجي و التحسيني عند التعارض [4].

المطلب الثاني: المصلحة في القانون الجزائري

سندرس في هذا المطلب المصلحة من ناحية القانون وسنتطرق الى مفهومها في الفرع الأول، اقسامها في الفرع الثاني، اما الفرع الثالث سنتناول أثر زوال المصلحة في الدعوى.

الفرع الأول: المفهوم القانوني للمصلحة

يحتوي هذا الفرع على تعريف المصلحة في القانون وأوصافها عند رجال القانون

---

[1] محفوظ بن صغير، التشريع المصلحي بين النظرية و التطبيق، مجلو البحوث و الدراسات، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد 04، يناير، 2007، ص 41 .

[2] سمية قرين، مرجع سابق، ص 110 .

[3] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 41 .

[4] ينظر محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص 41 ص 42.

أولا: تعريف المصلحة في القانون

لقد جاء المشرع الجزائري بالمصلحة كشرط لقبول الدعوى في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحيث نص عليها في نص المادة 13 الفقرة الأولى من نفس القانون " لا يجوز لاي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون " [1]

و قد عرفها عبد الحكم فوده ان: المصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من إلتجائه للقضاء فهذه المنفعة هي الدافع لرفع الدعوى، و هي الهدف من تحريكه و يقال عادة في هذا الصدد الا دعوى بغير مصلحة فالمصلحة مناط الدعوى[2].

و عرفت أيضا بانها المنفعة او الفائدة التي تعود على المدعي من رفع الدعوى امام القضاء او التي يسعى الى تحقيقها، سواء كانت هذه الفائدة هي حماية حقه او اقتضائه او الاستيثاق له او الحصول على تعويض مادي او ادبي منه.[3]

او هي الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدى عليه او المهدد بالاعتداء عليه او المنفعة التي يحصل عليها المدعي لتحقيق هذه الحماية او طلب حماية القانون بتدخل القضاء لتطبيقه[4] ومن ثم نستطيع ان نعرف المصلحة بانها هي الحاجة الى حماية القانون للحق المعتدى عليه، و المهدد عليه... و المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقق هذه الحماية [5] و هي الهدف من تحريكه للدعوى.

---

[1] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429 ﻫ، الموافق ل 23 ابريل سنة 2008 م، ص 4.

[2] عبد الحكم فودة، الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية، منشاة المعارف، ب، ط، الإسكندرية، 2007، ص 53.

[3] بشير صياح مروي الخريشة، طبيعة شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الاسراء ص 6 .

[4] ينظر الشرقاوي، نظرية المصلحة، ب د ر، ط 1، ب ب ن، 1947، ص 54.

[5] الشرقاوي، المرجع نفسه، ص 56.

وغني عن البيان فان شرط المصلحة، لا يجب توافره في الدعوى القضائية فحسب بل يجب توافره في كل طلب او دفع او طعن او أي اجراء من إجراءات الخصومة، ومن ثم تكون الدعوى غير مقبولة اذا كان لا يرجى منها تحقيق اية فائدة او منفعة تعود على رافعها.

ثانيا: اوصاف المصلحة عند رجال القانون:

01-المصلحة القانونية:

بمعنى ان المصلحة تستند الى حق او مركز قانوني بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق او المركز القانوني بتقريره اذا توزع فيه او دفع العدوان عليه او تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك و يستوي ان تكون المصلحة مادية او أدبية او جدية او تافهة.[1]

و يجب الإشارة الى ان القاضي لا يملك سلطة اثارة انعدام المصلحة من تلقاء نفسه مثلما هو مقرر لانتفاء الصفة، انما عليه ان ينظر في مدى توفر المصلحة حينما يدفع الخصم بذلك، و القول بعدم جواز اثارة غياب المصلحة من القاضي تلقائيا لا يعني قبول أي مصلحة حتى و ان كانت غير مشروعة، فالقانون لا يحمي المصلحة المخالفة للنظام العام و الآداب كتثبيت نسب فاسد... [2]

والقاضي عندما ينكب حول دراسة اية قضية فهو يطرح سؤالا على نفسه و هو اذا ما اذا كان ما يدعيه المدعي من حقوق او المراكز القانونية هل يحميها القانون ام لا؟ فاذا تبين له ان ما يدعيه المدعي لا يحميه القانون و لا يقره فيقضي في الدعوى بعدم قبولها لكون المصلحة غير قانونية دون ان يفصل في وقائع القضية ثبوتا او نفيا.[3]

02- المصلحة القائمة:

حسب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابقة الذكر انه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن لديه مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون، هذه الجملة تحمل عبارات لم تكن موجودة في النص المادة 459 من ق ا م القانون الملغى التي كانت

---

[1] عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 54.

[2] ينظر بوربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، ط 2، الجزائر، 2009، ص38.

[3] زودة عمر، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء اراء الفقهاء و احكام القضاء، دار Encyclopedia، ط 2، الجزائر، 2015، ص 66 .

تنص "لا يجوز لاحد ان يرفع دعوى امام القضاء مالم يكن حائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك..."، التي يتوفر فيها عنصر المصلحة سواء كانت قائمة او محتملة و يقصد بالمصلحة القائمة هو وقوع الاعتداء او حصول نزاع حول الحق الموضوعي المدع به

و حينئذ تتولد المصلحة في الدعوى حيث يترتب عليه حرمان الشخص من المنافع التي كان يتمتع بها من قبل [1] فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء الى القضاء [2]

03- المصلحة المحتملة:

اما اذا كان الضرر محتملا <<préjudice évantuel>>: او بعبارة أخرى اذ كانت المصلحة محتملة فالأصل ان الدعوى لا تقبل، و انما هناك دعاوى معينة جرى القضاء على جواز قبولها بالرغم من ان المصلحة في رفعها محتملة [3] فقد تتولد مستقبلا و ربما لن تتولد ابدا و المصلحة المحتملة التي يقرها القانون وفقا لنص المادة 13 أعلاه هي التي يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجر عليه وفقا للمادة 101 و ما يليها من قانون الاسرة في ماله اضرارا بالورثة نتيجة اصابته بالجنون او العته او السفه. فمصلحة ذوي الحقوق هنا احتمالية الا ان رجحان كفة الاضرار بهم، تمنحهم الحق في قيد دعوى الحجر [4]

الفرع الثاني: أقسام المصلحة

فقد جاء في القاموس القانوني لكابتان << ان المصلحة في الدعوى، او في الحق هي المنفعة المادية، او الأدبية التي تكون للشخص في مباشرة الدعوى >> [5].

وبهذا تنقسم المصلحة في الدعوى او استنادا الى الحق الذي تعتمد عليه، الى مصلحة مادية او مصلحة أدبية وهذا كالتالي:

---

[1] زودة عمر، المرجع نفسه، ص 69.

[2] عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 55.

[3] أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشاة المعارف، ط6، الإسكندرية، 1990، ص 128 .

[4] عبد الرحمن بوربارة، مرجع سابق، ص 39 .

[5] الشرقاوي، مرجع سابق، ص54.

أولا: المصلحة المادية

وهي تلك التي تستند الى حماية الحقوق المكونة للذمة المالية، و هذه الحقوق هي منفعة مادية يحميها القانون قد تكون عينية كما قد تكون شخصية. وقد تختلف المصلحة المادية عن المصلحة الاقتصادية التي لا تستند في أساسها الى أي حق او مركز قانوني يقره القانون ما يجعلها غير كافية لقبول الدعوى [1]، إذا المصلحة المادية كافية لقبول الدعوى ما دامت مستندة الى المصلحة القانونية اما اذا كانت هذه الأخير لا تستند الى حق أي ان تكون مجرد مصلحة اقتصادية لا تكون كافية لقبول الدعوى.

حيث نجد مثال عن ذلك من خلال اصدار المحكمة العليا، ملف رقم 1179435 قرار بتاريخ 2018/22/03 [2]، انطلاقا من المبدأ القانوني الذي يقر ان يرجع تقدير المسؤولية عن الاضرار المادية الناتجة عن حادث مروري مادي محل طلب التعويض لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، وذلك من خلال تحليل دقيق لمحضر المعاينة الودي للحادث الذي يعد وسيلة لتوضيح ظروف الحادث و كذا تقرير الخبرة القضائية و المرجع القانوني لهذا القرار، المادة 21 من الامر رقم 74-15 [3]، فالحادث المرور المادي أخلق مصلحة مادية كافية لضرورة توفر الحماية لها و رفع دعوى وقبولها.

ثانيا: المصلحة الأدبية (المعنوية)

المقصود بالحقوق الأدبية التي تكون محل حماية القانون الحقوق الفردية التي تتعلق بالشخصية، أي ما يكتسبه الانسان من حقوق بكونه انسان مثل حق الحياة وهو ما يتضمن الحريات العامة كحق الشرف كذلك يدخل فيها الحقوق التي يكتسبها الشخص بوصفه عضوا في اسرة وهي حقوق الاسرة، و اذا كان المشرع لم يهتم بالنص على حماية تلك الحقوق في غير ما يعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، كجرائم القتل و الضرب و الجرح.. او

---

[1] بن طاع الله زهيرة، شرط المصلحة و اثر زواله اثناء السير في الدعوى، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12 – العدد 02، 20 أكتوبر 2020، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 395.

[2] قرارا صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1179435 قرار بتاريخ 2018/22/03، قرارات المحكمة العليا، اطلع عليه يوم السبت على الساعة 10:00 رابط الصفحة، https://www.coursupreme.dz.

[3] الامر رقم 74/ 15، مؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق ل 30 يناير سنة 1974، المتضمن الزامية التامين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور، و صدر بعده قانون رقم 31/88 المعدل و المتمم للامر رقم 15/74، الجريدة الرسمية ،العدد 29.

جرائم السب و القذف، فان القضاء قد تولى تكملة هذا النقص وفقا للقواعد العامة في القانون.[1] و الدعاوى التي ترفع على أساس المصلحة الأدبية، كدعوى التعويض التي يرفعها الابوين على الألم النفسي الذي اصابهما بقتل ابنهما الوحيد، ودعوى التعويض عن الضرر الادبي الذي اصاب الشخص جر السب او القذف [2]، التي هي من الاضرار المعنوية التي نصت عليها المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري و التي استحدثها المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/07/20 و هي الاضرار الناجمة عن المساس بالحرية و الشرف و الاعتبار.[3]

و صدور قرار يوضح المصلحة الأدبية او المعنوية من مجلس قضاء الجزائر العاصمة قضي بتاريخ 11/16/ 1976 (ملف رقم 10511) بمبلغ 5000 دج كتعويض عن الاحزان التي شعرت به ام فقدت ابنتها البالغة من العمر 6 سنوات اثر حادث جاء في قرار المجلس " ان الضرر المعنوي هو الشعور بالألم " [4]، ومن خلال القرار المصلحة الأدبية هي مصلحة الام و ما عانته من آلام اثر فقدها لابنتها.

الفرع الثالث: أثر زوال المصلحة في الدعوى المدنية

طبقا لما تم تحليله فيما سبق فان شرط المصلحة في الدعوى المدنية شرط استمرارية، ويمكن اثارتها من طرف كل شخص او حتى القاضي لأنها من النظام العام، وسنرى ذلك فيما يلي:

---

[1] ينظر عبد المنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، مرجع سابق، ص 97 ص 98 و ينظر أيضا، اشرف مصطفى سدر، شرط المصلحة في الدعوى المدنية، ماجستير في القانون من كلية الحقوق و الإدارة العامة في جامعة بيرزيت، 2001، ص 20

[2] حامد بن مطلع بن حمود، مرجع سابق، ص 55

[3] عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 03 ديسمبر 2016، الجزائر، 2016، ص 166

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 168

أولا: الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة

لقد تضمن الفصل الثالث من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري احكام الدفع بعدم القبول فنصت المادة 67 منه ان الدفع بعد القبول يقصد به الدفع الذي يرمي على التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي و مثال ذلك انعدام المصلحة [1]

باستقراء احكام هذه المادة نجد المشرع الجزائري قد أورد الدفع بانعدام شرط المصلحة ضمن الدفوع بعدم القبول، و هو دفع لا يوجه الى الإجراءات (دفع شكلي) و لا الى حق المدعي به (دفع موضوعي) و تنما هو دفع ذو طبيعة خاصة، يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه، و ما اذا كان من الجائز استعمالها مختلف عنها.[2]

و عليه متى انتفى شرط المصلحة يقضي القاضي بعدم قبول الدعوى لانعدام الشرط، و وانعدام شرط المصلحة من النظام يثيره القاضي من تلقاء نفسه كما سبق و ان ذكرنا، و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام جهة الاستئناف.[3]

و قد جاء اجتهاد المحكمة العليا مأكدا ذلك فأقر: " ان الدفع بعدم القبول يمكن التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأي مرة امام جهة الاستئناف، ذلك ان الحق في الدفع بعدم القبول لا يسقط و لو سبق لصاحب المصلحة ان خاض في الموضوع " [4].

ثانيا: طبيعة الحكم الصادر بعدم القبول

و لقد ثار جدل حول طبيعة الدفع بعدم القبول و نرى ذلك أيضا عند المشرع الجزائري، بحيث انه لم يبين طبيعة الحكم الصادر بعدم القبول عما اذا كان حائزا للشيء المقضي فيه تستنفذ المحكمة ولايتها بصدوره من عدمه، ومن ثم لما كان الحكم الفاصل في الموضوع حائز لقوة الشيء المقضي فيه، و من ثم لا يجوز رفع الدعوى من جديد بنفس الأطراف و نفس الأسباب و الا قضي برفضها لسبق الفصل فيها، لما كان الحكم الفاصل في الدفع الشكلي

---

[1] مادة 67 من القرار رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، السالف الذكر .

[2] بن طاع الله زهيرة، مرجع سابق، ص 400

[3] ينظر المادتين 68 و 69 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجزائري ، مرجع سابق .

[4] قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/12/06 تحت رقم 238442، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، عدد 02 لسنة 2001.

يمثل عائقا مؤقتا لرفع الدعوى يقتصر على الغاء الإجراءات فقط و تجديد دعوى صاحب المصلحة ما دامت لم تسقط لسبب من الاسباب.

ومن هنا حسب نص المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1]، من خلالها يجب على القاضي ان يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول اذا كان من النظام العام، ومن هنا يعود التقدير الى القاضي الذي يحدد ان كانت قاعدة ما تمس الاحكام الأساسية للنظام العام ام لا، و يستعين في ذلك بملكته القانونية و ثقافته الفكرية و الاجتماعية و خبرته العملية في النطاق القضائي، و هذا تحقيقا للعدالة التي يسعى الى تحقيقها[2]

المطلب الثالث: علاقة المصلحة ببعض المصطلحات في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

من خلال هذا المطلب سنرى بعض المصطلحات وعلاقة المصلحة بها وذلك بمعرفة بماذا تتميز عنها في كل من الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، و هذه المصطلحات تتمثل في الاستحسان، الصفة، الحق.

أولا: علاقة المصالح المرسلة بالاستحسان

01-الاستحسان لغة:

الحُسْنُ ضِدُ القُبحِ و نَقيضُه، و الحُسنُ نَعتٌ لِمَا حَسن و يَسْتحسنُ الشيء أي يَعدهُ حَسنا[3].

[1] مادة 69 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية " يجب على القاضي ان يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول اذاكان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن او عند غياب طرق الطعن "

[2] ينظر بن طاع الله زهيرة، مرجع سابق، ص 400 و ينظر أيضا لؤي سمير الحسيني، النظام القانوني للدفع بعم القبول في الدعوى المدنية، مجلة العدالة و القانون، المجلد 2009، العدد، 13- 31ديسمبر كانون الأول 2009 – فلسطين الضفة، ص 53 ص 54

[3] لسان العرب: ابن منظور، ج1، ص 638-639، مادة –حسن-

و يُحَسِنَ الشَيء: أي يَعْمَله، ويَسْتَحْسِنَهُ: يَعده حسناً، و الحَسَنَة: خِلاف السَيئة، و المَحاسِنُ: خِلافُ المسَاوِي، و الحُسنى: خلاف السُوأى [1].

02-الإستحسان اصطلاحا:

في تعريف الأصوليين للإستحسان قيلت فيه العديد من التعاريف، و سنذكر منها تعريف الشاطبي. فعرفه بقوله:" هو الاخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي " [2].

من خلال ما سبق و بالأخص من تعاريف المصطلحين يمكن القول ان الاستحسان هو صورة من صور المصالح المرسلة، و يؤيد هذا ما قاله الشاطبي في كتابه الاعتصام: ان المالكية " صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة [3]،

و مفاد هذا الكلام ان المصالح المرسلة منها ما هي استحسان، و منها ما ليس كذلك، فما كان على سبيل الاستثناء فهو استحسان، و ما لم يكن كذلك فهو مصلحة فقط [4]

يتضح ان العلاقة بين المصلحة المرسلة و الاستحسان هي من قبيل العموم و الخصوص، فدليل المصلحة المرسلة اعم و الاستحسان اخص، فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خولِف فيه القياس، و ليس كل ما يبنى من الاحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعد استحسانا [5]

---

[1] الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1407هـ -1987 م، ج5، ص 2099.

[2] الموافقات، الشاطبي، ج4، مرجع سابق، ص 205

[3] تومي حبيب طهراوي جمال الدين، المصالح المرسلة و تطبيقاتها الفقهية المعاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الفقه و اصوله، كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية، قسم الشريعة، جامعة اكلي محند اولحاج، 2019/2018، ص 41

[4] ينظر، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان حقيقته انواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى الرياض، 1828هـ -2007م، ص 29

[5] حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1971، ص 268

ثانيا: علاقة المصلحة بالصفة

01- تعريف الصفة لغة:

على انها جمع صفات و هي الحالة التي يكون عليها الشيء[1]

02- تعريف الصفة اصطلاحا:

كما عرفها عبد الرحمن بوربارة هي الحق في المطالبة امام القضاء [2]، أو أنها السلطة التي يمارس بمقتضاها شخص معين الدعوى اما القضاء، او هي القدرة القانونية التي يملكها شخص معين لإقامة دعوى امام القضاء، و هي السند الذي يجيز الشخص معين ان يطلب من القضاء البت بأساس النزاع [3]، وهناك من عرفها بانها: تعني من له الحق في الخصومة، فهي عبارة صريحة في انه يشترط في المخاصم ان يكون ذا صفة بحيث يحق له الخصومة دون غيره [4]، اما المصلحة فلقد تم تعريفها سابقا في الفرع الأول من المطلب الثاني.

وإذا كان الأصل العام أن تجتمع الصفة و المصلحة في شخص المدعي، إلا أنه قد يتعذر على صاحب المصلحة إقامة دعواه بنفسه، فعندها تقام الدعوى من خلال الممثل القانوني، وهنا لا يستطيع صاحب المصلحة أن يقيم دعواه من غير ممثله القانوني، فالقاصر لا يستطيع أن يقيم دعواه دون وليه أو وصية مع أن له مصلحة في إقامة الدعوى، والصفة إما أن تكون مستمدة من الحق نفسه أو من القانون [5]، فعلاقة الاندماج بين كل من المصلحة والصفة هي ان المصلحة شرط من شروط الشخص المدعي به و هو الحق في الدعوى، والصفة شرط من شروط الشخص المدعى او المدعى عليه، و هو صاحب الحق او نائبه في الدعوى [6]

---

[1] ابراهيم مدكور، المعجم الوسيط ج1، دار المعارف، ط2، مصر، 1972، ص 473

[2] بوربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 34، ينظر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سابق الذكر .

[3] عبد الله احمد احمد عبد القادر الملحاني، الصفة القانونية في الدفاع امام القضاء المدني (دراسة تحليلية) جامعة الحديدة 2021، ص 11

[4] محمد صبحي حسن العايدي، شرط الصفة في اطراف الدعوى القضائية و تطبيقاتها المعاصرة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا الأردن، 2015، ص، 28

[5] عبد الله احمد احمد عبد القادر الملحاني، مرجع سابق، ص11

[6] محمد صبحي حسن العايدي، مرجع سابق، ص 68

ثالثا: علاقة المصلحة بالحق

01-تعريف الحق لغة:

قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة: " الحاء والقاف اصل واحد و هو يدل على احكام الشيء و صحته فالحق نقيض الباطل، ثم يرجع كل فرع اليه بجودة الاستخراج و حسن التلفيق و يقال حق الشيء وجب " [1] و قوله تعالى﴿ **وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ** ﴾ [2]

وجاء في الصحاح للجوهري: "الحق واحد الحقوق... على حقائق وسقط فلان على حاق رأسه أي وسط رأسه وجئته في حاق الشتاء أي في وسطه والحاقة القيامة سميت بذلك لأن فيها حواق الأمور " [3]

02-تعريف الحق اصطلاحا:

عرف الأستاذ مصطفى الزرقا الحق بانه: " اختصاص يقر به الشرع سلطة او تكليفا"[4] و عرفه الدكتور فتحي الدريني تعريفا مشابها و قريبا من تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا. بحيث يقول: " الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء او اقتضاه أداء من اخر تحقيق لمصلحة معينة " [5] بالإضافة الى التعريف الاصطلاحي للحق فقد ثار الخلاف بين الشراح و لا يزالون في ذلك مع اختلاف الاتجاهات ومن بين هذه الاتجاهات الاتجاه الشخصي في تعريف الحق (نظرية الإرادة)، الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق (نظرية المصلحة)، الاتجاه المختلط في تعريف الحق، الاتجاه الحديث في تعرف الحق [6].

---

[1] أبي الحسين أحمد بن فارس زكريا، معجم مقاييس اللغة،، ج2، مادة حق، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة، 1399هـ - 1979م، ص 15

[2] سورة البقرة الاية، 42

[3] إسماعيل بن حماد للجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج4، مادة حقق، ت: أحمد عبد الغفور 2 - عطار، ط 3، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، 1404 هـ - 1984م، ص 1460

[4] احمد مصطفى الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، 1420 هـ -1999 م، ص 19

[5] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ت: عبد الرحمان النجدي، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ - 1984م، ص193

[6] احمد محمد الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع، ط1، مصر 1423هـ - 2003 م، ص 21 ص 26.

أما عن علاقة المصلحة بالحق، فما من شك ان هناك ترابطا بينهما، على الرغم من ان كلا منهما يختلف بمفهومه عن الاخر فالمشرع لم يضف الحماية القانونية على الحقوق الا من أجل حماية مصالح معينة جديرة بالحماية، اذن فالمصلحة هي الغرض العملي من الحق وانها ليست الحق في ذاته، وحقيقة ان كل حق ينطوي على مصلحة، ولكن ليست كل مصلحة توجد ضمن حق، فهناك مصالح يحميها القانون، دون ان يعطي صاحب المصلحة الوسيلة الى تحقيق هذه الحماية، فحماية الدولة للنظام العام شانها حماية مصالح خاصة للافراد، كما لو فرضت الدولة ضريبة على نوع معين من الواردات بقصد زيادة ايراداتها فيترتب على ذلك حماية المنتج المحلي[1].

[1] علي احمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون في جامعو الموصل، تخصص فلسفة في القانون العام، 1425هـ – 2004م، ص 69

المبحث الثاني: الزواج والمصالح المعتبرة في قيامه

دائما ما تجعل قدسية الزواج فريدا من نوعه بين سائر العقود الأخرى، في مفهومه (المطلب الأول)، او في مشروعيته (المطلب الثاني)، و أيضا في حكمه و خاصة المصالح المعتبرة فيه (المطلب الثالث)، وهذا ما سنراه في هذا المبحث

المطلب الأول: مفهوم الزواج و المصلحة منه

ينقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع، اما الفرع الأول تعريف الزواج لغة واصطلاحا وقانونا، الفرع الثاني اركان الزواج، اما الفرع الثالث شروط الزواج

الفرع الأول: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يتضمن هذا الفرع تعاريف مختلفة للزواج في مجالي الفقه والقانون وسيكون الترتيب بينهم عشوائي وفي نفس الوقت مختصر للتخفيف على القارئ وإعطائه الأهم فيما يتعلق بالموضوع

أولا: تعريف الزواج لغة

الزواج في اللغة هو مصدر من الفعل زَوجَ يُزَوِجُ زَواجاً، و أصْله (زَوَجَ)، و هو خلاف الفرد[1]، قال تعالى﴿ **قُلْنَا احْمِلْ فِيهَا مِنْ كُلٍّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ** ﴾ [2]، و المعنى الذي يدور عليه لفظ الزواج و ما اشتق منه عند العرب هو الإقتران و الارتباط، ويطلق لفظ الزوج على الرجل و المرأة اذا اقترنا ببعضهما كما يطلق على كل واحد منهما فيقال: الرجل زوج المرأة و المرأة زوج بعلها [3]، قال تعالى: ﴿ **وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى**﴾[4]،و قوله تعالى ﴿ **وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ**﴾[5]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق ، (1884/3)

[2] سورة هود الاية 40

[3] ينظر، الفيومي، المصباح المنير، ج1، ص 258، ينظر انيس و اخرون: المعجم الوسط، ج 1، ص 406

[4] سورة النجم الاية 45

[5] سورة البقرة: الاية 35

ثانيا: تعريف الزواج اصطلاحا

سنقتصر على تعريف واحد في كل مذهب وذلك لكثرة ما جاء في أمهات الكتب و المصادر المتعلقة بالمذاهب الأربعة و ما قدموه علماؤها في شان المعنى الفقهي للزواج. ثم نتطرق الى تعريف الزواج في القانون الجزائري.

01- تعريف الزواج في المذاهب الأربعة

- تعريفه في المذهب المالكي:

عرفه الدردير بأنه: "عقد لحل التمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج، او راج نسلا " [1]

-تعريفه في المذهب الشافعي:

عرفه الامام الشربيني النكاح لغة وشرعا فقال: " النكاح لغة: الضم و الجمع، و شرعا: عقد يتضمن اباحة وطء بلفظ انكاح او تزويج او ترجمته، و العرب تستعمله بمعنى العقد و الوطء جميعا " [2]

-تعريفه في المذهب الحنفي:

عرفه ابن الهمام بانه: " عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا "[3]

-تعريفه في المذهب الحنبلي:

و عرف عبد الرحمن النجدي الحنبلي النكاح شرعا بقوله: " عقد يعتبر فيه لفظ النكاح او تزويج في الجملة و المعقود عليه منفعة الاستمتاع " [4]

و التعريف الأقرب و الاوضح في نظري هو تعريف أبو زهرة، حيث قال: و اذا كانت تعريفات الفقهاء لا تكشف عن المقصود من هذا العقد في نظر الشارع الاسلامي فانه يجب

---

[1] أبي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، خرج احاديثه ، مصطفى كمال وصفى ، ج2، دار المعارف ، د .ط، مصر ،1119 ، ص ص 332-334.

[2] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، ص200 .

[3] بن الهمام، شرح فتح القدير، ج3، 177.

[4] النجدي، حاشية الروضة المربع، ج6، ص 224.

تعريفه بتعريف كاشف عن حقيقته، و المقصود منه عند الشارع الحكيم، و التعريف الموضح لذلك ان نقول: " انه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة، و تعاونها، و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات " [1]

02 – تعريف الزواج في القانون

عرف المشرع الجزائري الزواج في قانون الاسرة الجزائري في مادته الرابعة بانه:" عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين اسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و احصان الزوجين و المحافظة على الانساب " [2]، و اعتبر المشرع الجزائري الزواج عقد رضائي– وكذلك القرارات القضائية تؤكد ذلك –[3]، بمعنى انه لا يجوز الاكراه فيه، وهذا أمر مسلم به، اما اعتباره ركنا يقوم عليه الزواج، بمعنى ان الرضا هو الأصل الذي يدور حوله اركان العقد، كما انه صرح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج و هما الرجل و المرأة، كما نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، و بالنظر الى محتوى المادة و تعريفه للزواج لم يأتي المشرع بموضوع العقد الا و هو الاستمتاع فقد جاء فقد بالغاية و التي هي تكوين اسرة أساسها المودة والرحمة، و التعاون و احصان الزوجين و المحافظة على الانساب، فان كل عقد لابد له من محل يرد عليه و اثره الذي يترتب عليه، فموضوع الزواج هو الاستمتاع و المعاشرة، اثره هو حل الاستمتاع على الوجه المشروع، و اغفال ذلك من القانون قصور [4]

---

[1] أبو زهرة، كتاب الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 4، ب ب، 1948، ص 17.

[2] الامر 84–11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] المكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، العدد 2، ص 69، يبطل الزواج بانعدام الرضا؛ 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، العدد 2، ص 267. و لا يجوز للقاضي اجبار الزوجة على إتمام مراسيم الزواج أي الدخول بها، رغم معارضتها له او عدم رضاها به، حتى بع ابرام عقد الزواج، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، 2008، العدد 1، ص 275 .

[4] ينظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (وفق اخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج1، احكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، الجزائر، 2010، ص 56 ص 57، ينظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه و اصوله، جامعة الحاج لخضر كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة 2008–2009 ص 289 ص 290 .

الفرع الثاني: اعتبار المصلحة في ركن الزواج

تنص المادة 9 من قانون الاسرة على اركان الزواج و التي تكتفي بجملة تلخص ذلك "ينعقد الزواج بتيادل رضا الزوجين" [1]

لقد اختزلت المادة 9 سابقة الذكر اركان الزواج في ركن واحد و هو الرضا خلافا على ما كانت عليه قبل التعديل في قانون 84-11 و التي كانت تنص على أربعة اركان و التي أصبحت ضمن شروط صحة الزواج و يكون التراضي بايجاب من احد الطرفين و قبول من الطرف الاخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح و هذا ما جاءت به المادة 10 من قانون الاسرة.

انفراد الرضا في قائمة الأركان يظهر مكانته في قيام الرابطة الزوجية، و ان الرضا عنصر جوهري بانعدامه يبطل عقد الزواج، فاعتبار المصلحة هنا في الزاميته لدرء المفاسد و حماية قداسة الزواج .

الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في شروط الزواج

تنص المادة 9 مكرر على شروط موضوعية او أساسية، فرضها القانون لإقامة عقد الزواج الصحيح و الشروط هي:

أولا: أهلية الزواج

اعتبر القانون الجزائري الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الاهلية الكاملة، لما يترتب عليه من الالتزامات المالية و الواجبات الاجتماعية العائلية، ذلك انه ليس من المصلحة الخاصة و العامة السماح لكل فرد الاقدام عليه من غير نضج فكري، او قدرة مالية، و معرفة بشؤون الحياة و الأعباء الزوجية و على الأساس، حددت المادة 7(ق.أ) المعدلة بالأمر 02/05، سنا محددا للزواج، وهو تسعة عشر سنة كاملة للرجل و المرأة، و هو ذات الوقت سن الرشد القانوني[2] المادة (2/40 ق.م) [3]

---

[1] امر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الاسرة، ج.ر، عدد 15، الصادر في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 م، ص 19.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 116 ص 117.

[3] الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج.ر، عدد 78، مؤرخ في 30سبتمبر 1975، ص 992 .

ثانيا: الصداق

لقد جاء الصداق أيضا ضمن شروط صحة الزواج في المادة 9 مكرر اما بالنسبة لتعريف الصداق فقد جاء في نص المادة 14 من قانون الاسرة بانه: " هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود او غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ".

و قد نصت المادة 15 المعدلة بالأمر 05-02 في الفقرة الثانية على انه: "اذا تم الزواج بدون شاهدين او صداق او ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و ثبت

بعد الدخول بصداق المثل " و هو ما اشارت البه المحكمة العليا في قرار حديث لها بان عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل [1].

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 33 على انه: «اذا تم الزواج بدون شاهدين او صداق او ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".[2]

وهو ما جسده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ /09/ 03 1987 والذي جاء فيه:" المقرر شرعا أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق" [3]

ثالثا: الولي

جاء ذكر شرط الولي في نص المادة 9 مكرر سابقة الذكر و قبل ذلك تأتي المادة 7 التي جاء في مضمونها ان القصر يزوجهم اوليائهم و القاضي ولي لمن لا ولي له ثم تأتي المادة 13 من نفس القانون التي اشارت انه على الولي ان لا يجبر القاصر التي في ولايته و بهذا تتناقض المادتين مع بعض، و بهذا التناقض لم يقل المشرع بولاية الاجبار التي تكون

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 202

[2] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 346

[3] قرار المحكمة العليا، ملف رقم 45301، العدد الثالث، 1992

على القصر [1]، اما ولاية الاختيار فقد أشار اليها في المادة 11 التي تنص " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو ابوها او احد اقاربها او أي شخص اخر تختاره " و اكمل في الفقرة الثانية "... يتولى زواج القصر اولياؤهم وهم الاب، فاحد الأقارب الاولين و القاضي ولي لمن لا ولي له " إضافة الى ذلك انه من المقرر قانونا ان لا يجوز للولي ان يمنع من في ولايته من الزواج اذا رغبت فيه و كان اصلح لها، و اذا وقع المنع، فللقاضي ان ياذن به، مع مراعاة احكام المادة 09 من قانون الاسرة [2]

رابعا: شاهدان

ليس الرضا وحده كافيا في نظر المشرع الجزائري لصحة العقد، بل لابد من حضور الشاهدين، لاخراج الزواج من حدود السرية ة إعلانه و اشهاره (م 9 مكرر و 2/33 ق.أ)، و ذلك لان عقد الزواج له خطره القانوني و الاجتماعي، لما يترتب عليه من مصالح دينية و دنيوية، وحقوق و التزامات متبادلة بين الزوجين، فكان من الواجب إعلانه للناس، و إخراجه من حدود الكتمان حتى لا يلبس بالزنا، و لا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة او سوء ضن[3]. بالإضافة الى القرارات القضائية العديدة التي جاءت في شأنه [4]

خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج

من المعلوم أن شرط انعدام الموانع الشرعية، والمقصود به على وجه الدقة ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا، فلا تكون المرأة صالحة للزواج أو محلا للعقد إلا إذ كانت خالية من الموانع الشرعية للزواج، وهذه الموانع إما أن تكون سببا في حرمتها حرمة مؤبدة بحيث لا تصلح محلا صحيحا للعقد، واما تكون الموانع سببا في حرمتها حرمة مؤقتة بحيث لو زالت أصبحت المرأة محلا صحيحا للعقد [5]، ونص قانون الاسرة في الفصل

---

[1] بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة اكاديمية مدعمة بالادلة الشرعية و قانون الاسرة الجزائري، دار الفجر، ب ط، الجزائر، ص 183ص184

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30، ملف رقم 90468، عدد خاص، 47، ينظر بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات ن و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع و أربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، ب ت ن، ص 69

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة، مرجع سابق، ص 252

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27 ن ملف رقم 35272، مجلة قضائية، 1990، عدد 3، ص 82، ينظر بلحاج العربي، قانون الاسرة، مرجع سابق، 66

[5] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 448

الثاني عن موانع الزواج في المادة 23 و المادة 24، 25،....، 30 وقد نص على موانع النكاح المؤبدة (م 24 ق.أ): و هي القرابة و المصاهرة و الرضاع و خصص لكل مانع مادة على التوالي: مادة 25، مادة 26، مادة 27....29، اما موانع النكاح المؤقتة فقد نص عليها في المادة 30 [1]

و جاء في مضمونها يحرم من النساء مؤقتا:

- المحصنة،

- المعتدة من طلاق او وفاة،

- المطلقة ثلاث،

كما يحرم مؤقتا:

- الجمع بين الاختين او بين المرأة وعمتها او خالتها، سواء كانت شقيقة او لاب او لام او من رضاع،

-زواج المسلمة من غير المسلم.

و في الأخير لابد من استنتاج ما توصلنا اليه من خلال دراسة شروط الزواج، التي تعتبر فيه، و بصفة مطلقة المصلحة، في كل شرط من شروطه و هي واضحة – خلافا على ما سندرسه في الفصل الثاني من مسائل و مدى اعتبار المصلحة فيها –، فان المشرع الجزائري من خلال نصوصه في قانون الاسرة عمل على ربط كل شرط من شروط الزواج بمصلحة تفيد الطرف الواحد او كلا الطرفين في العقد.

[1] قرار رقم 84-11 ، متضمن قانون الاسرة الجزائري .

المطلب الثاني: مشروعية الزواج

إن لعقد الزواج في الشريعة الإسلامية أهمية بالغة، وقد ورد في القرن الكريم والسنة النبوية المطهرة الكثير من الآيات والأحاديث في مشروعية الزواج وبيان أحكامه، واعتنى الفقهاء بذلك في مصنفاتهم أيما عناية، فقد خصصوا للنكاح وأحكامه مكانا رحبا، فصلوا فيه أحكامه، واوضحو مقاصده و اثاره [1]

الفرع الأول: أدلة مشروعية الزواج من الكتاب

قال الله تعالى ﴿ **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ**﴾[2].

قال الله تعالى: ﴿ **وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ**﴾[3].

قال الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً**﴾[4].

قال الله تعالى: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ** ﴾[5].

---

[1] عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، مشروعية الزواج، شبكة الالوكة، تم الاطلاع عليه في ماي 17 ماي 2022 على الساعة 22:12 ينظر الى code QR في صفحة المراجع للتمكن من التقاطها بالهاتف

[2] سورة البقرة، الاية 221

[3] سورة البقرة، الاية 235

[4] سورة النساء، الاية 1

[5] سورة النساء، الاية 3

قال الله تعالى: ﴿ **وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا** ﴾[1].

قال الله تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون** ﴾[2].

قال الله تعالى: ﴿ **وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى** ﴾[3].

قال الله تعالى: ﴿ **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ** ﴾[4].

قال الله تعالى: ﴿ **{وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً** ﴾[5].

الفرع الثاني: ادلة مشروعية الزواج من السنة

قال صلى الله عليه وسلم: ﴿**يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإنه له وجاء**﴾[6]، والحديث دليل واضح في مشروعية النكاح، والحث عليه.

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم﴿ **لا نكاح الا بولي و شاهدي عدل** ﴾[7] ما رواه الصحابي الجليل انس بن مالك رضي الله عنه حيث قال: ﴿ **جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي –صلى الله عليه وسلم– يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أُخبروا كأنهم تقالوها فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم، قد غفر له ما تقدم**

[1] سورة النساء، الاية 20

[2] سورة الروم، الاية 21

[3] سورة النجم، الاية 45

[4] سورة النور، الاية 32

[5] سورة الرعد، الاية 38

[6] البخاري: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب قول النبي: من استطاع منكم الباءة، ج1302/3، حديث 5065)

[7] علي أبو الصل، ادلة مشروعية الزواج، شبكة الالوكة تم الاطلاع عليه بتاريخ 17 ماي 2022 بتاريخ 23:30

من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدًا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدًا، فجاء رسول الله –صلى الله

عليه وسلم– إليهم فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني ﴾[1]

وفي حديث اخر، عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿ **من تزوج فقد استكمل نصف الايمان فليتق الله في النصف الثاني** ﴾ [2]

عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله(صلى الله عليه وسلم):﴿ **ثلاثة حق الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والمكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف**﴾[3]

المطلب الثالث: حكم الزواج و المصالح المعتبر فيه

سنعرض في هذا المطلب الذي يعتبر الأخير في هذا الفصل على حكم الزواج بحيث يختلف حكم الزواج باختلاف الظروف، بحيث لا يكون حكما واحدا في جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس و طباعهم في الفرع الأول اما اعتبار المصلحة فيه فكثيرة و متنوعة و لها أهمية بالغة تظهر عند الحديث عنها و هذا ما سنتناولها في الفرع الثاني

الفرع الأول: حكم الزواج

باختلاف الظروف التي تحيط بالزوجين، بحيث منهم من لا يخشى على نفسه الوقوع في الحرام و منهم من لا يستطيع ضبط نفسه عن فاحشة ما، و الكثير من الحالات باختلاف الطباع تختلف الاحكام و على ضوء تلك الظروف حكم الزواج كالتالي:

---

[1] البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ج 3 / 1302، حديث 5063

[2] أنس بن مالك، الكافي الشاف، الصفحة أو الرقم 201، الدرر السني، تم الاطلاع عليه يوم 18 ماي 2022 على الساعة 13:00

[3] محمد ناصر الدين الألباني (2000م) صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف الرياض، ط 6، الفصل، رقم 67، – كتاب النكاح وما يتعلق به، الترغيب في النكاح، رقم الحديث (1917)، ج2، ص405

أولا: يكون الزواج واجبا

عند توفر المقدرة المالية والبدنية للرجل، اذا كان يخشى عليه الوقوع في جريمة الخطيئة مع التأكد في انه لا يظلم الزوجة قيامه بالواجبات و الالتزامات الزوجية [1]. فاذا كان واجب ففعله الانسان فقد التزم الامر و امن عقاب الله، و اذا كان مندوبا فقد فاز بثواب الله، فكان القول بالواجب على هذا الوجه اخذا بالأفقه و الاحتياط، و احترازا عن الضرر بالقدر الممكن و انه واجب شرعا و عقلا [2]

ثانيا: يكون الزواج حراما

وهذا اذا كان المكلف غير قادر على تكاليف الزواج او تيقن انه سيظلم زوجته و لا يقوم بحقوق الزوجية وواجباتها اذا تزوج، و سبب كون الزواج حراما هنا ان فيه اضرارا بالزوجة، و الحديث يقول ﴿ **لا ضرر و لا ضرار** ﴾، فالإضرار بالزوجة حرام و من ثم يكون ما يوصل اليه حراما، لكن حرمة الزواج هنا ليست لذاته بل لغيره لأنه يؤدي للحرام [3]

ثالثا: يكون الزواج مكروها

في حق المسلم لعدم حاجته اليه لوجود زوجة [4]، او اذا غلب على ضنه انه لا يقدر على ان يفي بالالتزامات الزوجية لعدم قدرته المالية او البدنية او لانه لا يستطيع ان يضبط ارادته ليمنع نفسه من التجاوز على حقوق الزوجة [5]

رابعا: يكون الزواج الزواج مباحا

القول بالاباحة استنادا الى انه امر دنيوي يقصد به قضاء الشهوة، لان التخلي للعبادة افضل، ترده الأدلة القطعية من القرآن و السنة، ذلك لان الزواج فيه اعفاف للنفس عن الفاحشة،

---

[1] مصطفى إبراهيم الزلمي، احكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، نشر احسان للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، العراق، 2014 ص 24

[2] و هذا ما قاله بعض المالكية، ينظر عبد اللطيف محمد عامر، احكام الاسرة في الإسلام، ج 1، ط 2، ب د ن، ب ب، 2004، ص 41

[3] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (الزواج)، دار الفكر العربي، ط1، السعودية، 1984، ص 14

[4] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 106

[5] مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 25

و القيام بشؤون الأسرة وتربية الأولاد، مما يثاب عليه الشخص فيكون عبادة تشمل المتعبد بها و غيره، و تحقق قصد الشارع من تشريع النكاح [1]

خامسا: يكون الزواج مستحبا

على المسلم الذي قدر عليه و لم يخف على نفسه الزنا [2]، أي يكون في حالة اعتدال بمعنى كما سبق القول، انه لا يقع في الزنى اذا لم يتزوج و لا يخشاه، كما انه لا يظلم اهله اذا تزوج و لا يخشى ذلك [3]

الفرع الثاني: المصالح المعتبرة في الزواج

ولعل من المصالح المعتبرة في الزواج كثيرة، وهذا لأهميته البالغة لما يحقق من اشباع فطري للإنسان بالطريقة الشرعية بعيدا عن الانحراف و ما يتعلق بحفظ النوع الإنساني و تحقيق المودة والرحمة و السعادة للفرد و المجتمع، و مع هذا و لكثرة هذه المصالح، ارتأينا ان نختار من المصالح ما تتماشى مع البحث لسهولة وصول الفكرة و عدم التشتيت على القارئ

أولا: تحقيق السكينة و المودة والرحمة

بداية بقول الله تعالى: ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [4]

حيث ينبغي ان يكون لنفوس المتقين استراحات بالمباحات، و حتى لا تنحصر العلاقة بين الزوجين في صورة جسدية مادية بحتة، فقد جعلت الشريعة من مقاصد الزواج ان يسكن كل من الزوجين الى الاخر، و ان تكون بينهما مودة و رحمة [5]، و تأتي المعاشرة بالمعروف ضمن ذلك لقوله تعالى: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ [6] و لتحقيق كل ذلك لابد من حسن

---

[1] ينظر، مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الإسلام، الدار الجامعية، ط 4، بيروت، 1983، ص 63

[2] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 107

[3] ينظر عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 14

[4] سورة الروم الاية 21

[5] سمية عبد الكريم جعبير، تقييد الزواج بالمصلحة الشرعية، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013، ص 35

[6] سورة النساء الاية 19

اختيار الزوجة لتصح الاسرة والابناء، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: ﴿ **تنكح المراة لاربع: لمالها و لحسبها و لجمالها و لدينها، فاضفر بذات الدين تربت يداك** ﴾[1]

ثانيا: حفظ النسل و النسب

إن المصلحة الاصلية هي المحافظة على النسل و النسب ايجادا و بقاءا. و يذكر الغزالي ان حد الزنا يحصل به حفظ النسل و النسب، و النسب مكمل لحفظ النسل لانه لا يتم مقصود النسل الا به [2]، و نتيجة الحفاظ على هذين المقصدين، يحقق علاقة بين جنسين مختلفين، هي السبيل الوحيد المؤدي الى الانجاب و إعمار الأرض.

لتحقيق مقصد الشارع في حفظ النسل فقد شرع احكاما عدة منها [3]:

تحريم العلاقة الشاذة بين افراد الجنس الواحد،

تحريم تحديد النسل ووضع حد نهائي للانجاب،

اباحة تعدد الزوجات - بشروطه – كوسيلة لرفع الحرج عن الرجال و النساء على حد سواء،

وضع قواعد الزواج الشرعي الصحيح وتحريم بل و تجريم الزنا و ايجاب الحد فيه،

تحريم التبني وكتم ما في الارحام و جحد النسب.

وفي الأخير ان اعتبار المصالح في الزواج يساعد على قيامه بشكل صحيحة، بعيد عن البدع، و أيضا تحيقيقا للمنفعة و الهدف و المآل الذي يراد تحقيقه من الزواج، من نسب و نسل و مودة و رحمة، والكثير من المصالح التي لا بد من وجودها عند قيام الرابطة الزوجية، بحيث يصبح مصلحة شرعية بحد ذاته.

---

[1] البخاري، صحيح البخاري (كتاب النكاح)، ج 3، حديث 5090، ص 346

[2] عمر محمد جبه جي، مقاصد الشريعة الإسلامية (تعريفها –أهميتها–ادلتها–تاريخها–اقسامها–و طرق الكشف عنها–و قواعدها–و تطبيقاتها)، ص 335

[3] سمية عبد الكريم جعبير، مرجع سابق، ص 34

ملخص الفصل الأول

لقد تضمن هذا الفصل تأصيل المصلحة في الفقه الاسلامي و القانون بحيث ان المصلحة هي المنفعة عند اغلب فقهاء الشريعة الإسلامية و انها مناط الدعوى عند اغلب فقهاء القانون و الملاحظ ان المصلحة تقتصر على الجانب الاجرائي فقط بحيث انها شرط من شروط الدعوى و لا نراها في الجانب النظري و لهذا حاولنا ربط المصلحة مع مسالة قيام الزواج لمعرفة اعتبار المصلحة فيه و كيف اعتبرها المشرع الجزائري و القضاء في الجانب النظري مثلما تطرق اليها في الجانب الاجرائي على خلاف الفقه الإسلامي الذي تبناها في الجانب النظري و بشكل واضح .

الفصل الثاني:

اعتبار المصالح في قيام الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

تمهيد

تغير الاحكام بتغير الزمان، لا سيما بظهور المستجدات، يؤدي ذلك لاختلاف الناس في عاداتهم و اخلاقهم و أوضاع حياتهم المعيشية عما كانت عليه، لذا لابد من اتخاذ طريق الاستصلاح باستحداث الاحكام التي يترتب على تشريعها تحقيق الأصلح و الانفع لأفراد المجتمع، و خاصة الاسرة الجزائرية، بحيث بان معالم الاخذ بالمصلحة في قانون الاسرة واضحة وتجدر الإشارة اليها ودراستها، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا الفصل المعنون بـ: اعتبار المصلحة في المسائل الاسرية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، بحيث ينقسم الى مبحثين المبحث الاول يتناول: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية قبل الزواج، اما المبحث الثاني يتناول: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية بعد الزواج.

المبحث الأول: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية قبل الزواج

ان لاعتبار المصالح دور مهم وفعال لتفعيل المنفعة والمصلحة في قيام الرابطة الزوجية وهذا ما استنتجناه من خلال دارستنا الفصل الأول وعليه لابد من اظهار هذه المصلحة في المسائل الاسرية المستجدة منها والمستحدثة، وعليه خصصنا هذا المبحث لدراسة مدى اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية قبل الزواج في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

المطلب الأول: مسألة الفحص الطبي قبل الزواج

من بين المسائل الاسرية المستجدة، مسالة الفحص الطبي، فينقسم هذا المطلب الى الفرع الأول: مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج، الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج، الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج.

الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج

في هذا الفرع سنتطرق الى تعريف الفحص الطبي قبل الزواج لغة واصطلاحا ، أولا تعريف الفحص الطبي لغة ، ثانيا تعريف الفحص الطبي قبل الزواج اصطلاحا .

أولا: تعريف الفحص الطبي لغة

الفحص لغة: شدةُ الطلب خِلالَ كل شيء ؛فَحَص عنه فَحْصًا: بَحَثَ، و كذلك تَفَحصَ و افْتَحَصَ[1].

و يعني البسط و الكشف و الحفر، يقال: فاحصني فلان بمعنى كان كلا منهما يفحص، أي يبحث عن عيب صاحبه و عن سره [2].

الطبي لغة: نسبة الى الطب وهو ما طب فلان طبا ؛ أي مهر و حذق، و طب المريض أي دواه و علاجه [3]

---

[1] ابن منظور، مرجع سابق، ج 7، ص 63

[2] الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق، عبد الكريم العزباوي، 1979 م، ج18، ص63

[3] ابن منظور، مرجع سابق، ج 29، ص 2631

ثانيا: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج في الاصطلاح

يقصد بالفحص الطبي قبل الزواج، مجموعة الفحوصات التي تجري للمقبلين على الزواج قبل العقد، للتحقق من خلوهما من جملة من الامراض، التي تؤثر على الزوجين او على ذريتهما مستقبلا [1].

الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون وادلتهم في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

ان مسالة الفحص الطبي من المسائل المعاصرة والحديثة التي نشأت مع التطور و التقدم الذي هو عليه المجال الطبي لذلك لا نجد للفقهاء القدامى راي في الموضوع، اما الفقهاء المعاصرون فلهم مواقف عديدة حول هذه المسالة و معظمها تتجه الى ضرورة اجراء الفحص الطبي قبل الزواج و سنرى في هذا الفرع موقف الفقهاء في الفقه الإسلامي و في الجهة الأخرى موقف الفقهاء في التشريع الجزائري.

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وادلتهم من الفحص الطبي قبل الزواج

من المعلوم انه لم تكن هناك حاجة للبحث في الموضوع من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لما كانت صفات الأمانة والثقة تميزهم؛ وأيضا عدم توفر الإمكانيات العلمية اللازمة، مع ذلك فان العلماء المعاصرون لهم مواقف تدور بين التأييد وعدمه، وسنقتصر على المؤيدين فيهم تماشيا مع تأييد الجانب القانوني للفحص الطبي، بداية مع موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مسالة الفحص الطبي ثم ادلتهم من الكتاب و السنة .

01-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

موقف الدكتور محمد القضاة حيث يقول أن الفحص الطبي قبل الزواج ضمانة أكيدة لصحة الفرد وان الوسائل تأخذ حكم الغايات، و إذا كانت الغاية هي سلامة الإنسان العقلية و الجسمية فان الوسيلة المحققة لذلك مشروعة أيضا، بل ترتفع إلى رتبة الوجوب إذا وجدت أسباب أدت إلى التخوف من وجود نسل مريض بسبب الإمراض الوراثية الناجمة عن ذلك

[1] أسامة الأشقر، مستجدات فقهية، في قضايا الزواج دار النفائس، ط1، الأردن، 2000، ص83

ويقول أيضا:(واخذ من النصوص فانه يجوز إجراء الفحص الطبي بين الزوجين و التأكد بالفحوصات السريرية و الشعاعية و المخبرية من خلو الجسم من الإمراض الوراثية و السارية و المعدية التي تؤثر على النسل)[1]

موقف الدكتور ناصر عبد الله الميمان في بحثه الارشاد الجيني أهميته، اثاره، محاذيره حيث في الحكم الارشاد الجنيني قبل الزواج استنادا للفوائد المترتبة على هذه الوسيلة، و بناءا عل ما فيها من دفع للضرر قبل وقوعه، و لتحقيقها للمقاصد الشرعية في الاحكام من صيانة النفس و النسل، فان عمل هذا الفحص جائز، مع اشتراط الوسيلة المباحة الامنة[2]

موقف الدكتور محمد الزحيلي في بحثه " الارشاد الجيني " حيث يقول: وان الفحوصات المخبرية و الكشف الطبي قبل الزواج، حتى في البلاد التي لا تطلبه، و لا تشترطه في عقد الزواج، فانه لا باس به شرعا، و لا غضاضة في ممارسته، فان امر به الحاكم للمصلحة اصبح واجبا. ثم يشير الى وجوب تطبيق الفحوصات الطبية قبل الزواج و تحميل الأطباء مسؤولية أي تقصير او اهمال او مجاملة او رشوة لاعطاء " شهادة لائق صحيا " [3]

02-ادلة فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

و من الأكيد اهتمام الشريعة الإسلامية بالنفس البشرية كونه من المقاصد الخمس الجوهرية و الأساسية التي تقوم عليها و يتبين ذلك من خلال الأدلة التالية من الكتاب و السنة:

أ-من الكتاب:

قوله تعالى ﴿**وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** ۛ﴾ [4] أي على الانسان ان لا يورد نفسه موارد الهلاك، فتجنب الامراض يقي الانسان من التهلكة و هذا ما يهدف اليه الفحص الطبي.

---

[1] رقيات محمد، الفحص الطبي قبل الزواج –دراسة تحليلية – في منظور الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، الجلفة، 2014/2013 ص 9

[2] ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل الطبية، نظرة فقهية، للإرشاد الجيني، دار ابن الجوزي، ط1، السعودية، 1430 هـ، ص 31

[3] صفوان محمد عضيبات، نظرة فقهية الفحص الطبي قبل الزواج –دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 1، الأردن، 2009، ص 101

[4] سورة البقرة: الاية 195

وقوله تعالى: ﴿**وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰ أَن تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ ۖ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا** ﴾[1] دل على وجوب الحذر من جميع ما فيه الضرر الظني [2]

وقال تعالى على لسان زكريا عليه السلام: ﴿**دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ ۖ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ۖ إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ**﴾[3] فمن بين اهم ماتعدو اليه الشريعة الإسلامية المحافظة على النسل باعتياره احد الكليات الخمس، فلا مانع من حرص الانسان على ان يكون نسله المستقبلي صالحا غير معيب.

و قد دعا المؤمنون ربهم قائلين: ﴿ **وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا** ﴾ [4] و لا تكون الذرية قرة اعين اذا كانت مشوهة الخلقة، ناقصة الأعضاء، متخلفة العقل. [5]

ب–من السنة

نجد السنة النبوية لها باع كبيرا في هذا الشأن وسنرى ذلك فيما يلي:

المغيرة بن شعبة " رضي الله عنه قال: ﴿ **اتيت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت له إمرأة اخطبها فقال اذهب فانظر اليها فانه اجدر ان يؤدم بينكما...** ﴾[6].

---

[1] سورة النساء : الاية 102.

[2] ايمن محمد علي حتمل، الفحص الطبي قبل الزواج طبيا و شرعيا و قانونيا، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات –العدد 40 (2) – كانون الأول، 2016، ص 304 .

[3] سورة ال عمران : الاية 38 .

[4] سورة الفرقان : الاية 74 .

[5] ينظر ايمن علي حتمل، مرجع سابق، ص 304.

[6] المغيرة بن شعبة، الالباني، صحيح ابن ماجة، ص 1524، الدرر السنية، الموسوعة الحديثة، https://www.dorar.net/hadith/sharh/81466، اطلع عليه يوم25 ماي 2022، الساعة 14:30.

و في حديث ابي هريرة – رضي الله عنه – ان رجلا جاء الى رسول الله عليه و سلم فاخبره انه تزوج امراة من الأنصار، فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم: ﴿ **أنضرت اليها قال: لا، فقال: فاذهب فانظر اليها، فان في اعين الأنصار شيئا** ﴾ [1].

من خلال الحديثين نستنتج ان النبي صلى الله عليه و سلم حث الرجلين عل ان ينظر كل منهما، و ذلك لان النظر الى الخطيبة فحص عن العيب الظاهر، و الفحص الطبي الحديث فحص عن العيوب الخفية التي لا تعلم الا بوسائل الفحص الحديثة و كلا الفحصين وسيلة لاستمرار المودة والرحمة بين الزوجين [2].

قول صلى الله عليه و سلم: ﴿ **تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الأمم** ﴾ [3].

ووجه الدلالة من هذا الحديث الحث على حسن اختيار الزوجة التي تتصف بالولود و الودود و ذلك يعرف من صفات أهلها في الغالب، و الفحص الطبي قبل الزواج يساهم في التخير الحسن الصحيح بالنسبة للرجل و بالنسبة للمراة [4].

ثانيا: موقف فقهاء القانون من مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

أ-موقف المشرع الجزائري من مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

موقف المشرع الجزائري، واضح و مباشر في مسالة الفحص الطبي و ذلك من خلال نص المادة 7 مكرر التي تنص على: " يجب على طالبي الزواج ان يقدما وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) اشهر تثبت خلوهما من أي مرض او أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج " [5]. و كذا بموجب مضمون المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق احكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 [6] بحيث يحدد الشهادة

---

[1] أبو هريرة، مسلم، صحيح مسلم، ص 1424، https://dorar.net/hadith/sharh/69805،

[2] رقيات محمد، مرجع سابق، ص 14

[3] معقل بن يسار، الالباني، صحيح ابي داود، ص 2050، حسن صحيح، اخرجه أبو داود 2050، واللفظ له، و النسائي 3227.

[4] صفوان محمد عضيبات، مرجع سابق، ص 106

[5] قانون رقم 05-02 ، يتضمن قانون الاسرة الجزائري .

[6] المرسوم التنفيذي رقم 06-154 ، مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427، الموافق لـ 11 مايو سنة 2006 ، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق احكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 ، ص6

و الفحوصات الواجب اجراؤها من خلال المادة 2 منه [1] و أيضا يحدد شروط و كيفيات تطبيق احكام المادة السابعة (7) مكرر من قانون الاسرة.

و هذا معناه ان المشرع قد اشترط لإبرام عقد الزواج شهادة طبية توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين، وذلك من باب اتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة او الوقائية، للتأكد من سلامة الزوجين من الامراض الوراثية[2]، او المعدية،او الجنسية، التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين المؤهلين او على الأطفال عند الانجاب [3].

اما الفقرة الثانية من نفس المادة " يتعين على الموثق او ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم " [4]

وعليه فإنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير عقد الزواج عند عدم تقديم الشهادة الطبية من أحدهما أو كليهما، والتي تثبت فحصهما وخلوهما من أي مرض يشكل خطرا على الزواج، وفي حال تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط وقام بتحرير عقد الزواج فإنه يتحمل مسؤوليته عن مخالفته القانون، ويمكن أن يتعرض للعقاب الإداري والعقاب الجزائي طبقا للمادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالب الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم " [5].

ومع ذلك فإنه إذا لم يمتثل ضابط الحالة المدنية أو الموثق لحكم القانون وقام بتحرير عقد الزواج دون تقديم الشهادة الطبية فإن العقد يكون صحيحا شرعا، ولا يمكن اعتباره عقدا

---

[1] كريم زينب، كريم كريمة، النظرة المقاصدية للفحص الطبي قبل الزواج المستحدث بالأمر 05-02 المعدل لقانون الاسرة الجزائري، جامعة الجيلالي ليابس، الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2020، ص 104.

[2] مادة 4 من المرسوم التنفيذي 06-154 .

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 126 .

[4] نص المادة 7 مكرر فقرة 2 من الامر رقم 05-02 ، متضمن قانون الاسرة الجزائري .

[5] المرسوم التنفيذي رقم 06-154 سابق الذكر .

باطلا أو فاسدا قانونا لعدم النص على ذلك في المرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر [1].

ب-تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

صدر عن المحكمة العليا قرار يفيد ان مرض احد الأطراف لا يعتبر عيبا في ابرام العقد[2]، و ذلك راجع لكون المشرع لم يتطرق لصحة الزوجين كشرط من شروط عقد الزواج [3]

اما اذا كانت صحة احد الطرفين تؤثر بشكل مباشر في قيام الزواج و أيضا على رضا الطرف الاخر فهنا يصبح من الضروري اعتبار الفحص الطبي شرط، مثل مرض العقم عند الزوج [4]، الذي يأثر مباشرة على رضا الطرف الاخر.

الفرع الثالث: المصالح المعتبرة في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج

-من المصالح التي يحققها الفحص الطبي هو إمكانية منع الزواج او تأجيله على الأقل حتى يزول خطر العدوى من الطرف المصاب الى الطرف السليم اذا افضت نتائج الفحص لوجود احدى الامراض التي تندرج ضمن طائفة الامراض المعدية [5].

-كما انه بالنسبة للفحص الطبي للامراض الوراثية، و ان كانت غير معدية و لا منفرة في التواصل الا ان لها اضرارا على النسل، فالزواج ممن الأمور التي تقتضيه ضرورة الحياة، و بقاء النوع الإنساني السوي، فلو لم يرد به الشرع لاقتضته الضرورة [6].

---

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 431 ص 432

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/02/23، مجلة قضائية، عدد2، 1996، ملف رقم 88856 -مرض احد الزوجين ليس عيبا في عقد الزواج، ص 69.

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، 127.

[4] ينظر، بلحاج العربي، المرجع نفسه، 128.

[5] موسى مرمون، الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 41، مجلد ب، الجزائر، جوان 2014، ص 494.

[6] ايمن محمد علي حتمل، مرجع سابق، ص 308.

-اعتبار المصلحة في الفحص الطبي و ذلك من خلال التخفيف من أعباء المؤسسات القضائية و يظهر ذلك جليا في محاولة الحد من المشكلات الناتجة عن زواج المصابين بالامراض و التي غالبا ما تؤدي للطلاق و التفكك الاسري [1].

-و المصلحة منه، صحية و إنسانية ايضا، لحماية الصحة العمومية للمجتمع من باب الوقاية العامة لا غير، لان الزواج لا يمكن حصره في الجانب الاجتماعي فقط بل هو حق يحميه القانون، وعنصر من العناصر الأساسية للحرية الشخصية [2].

-تخفيض نسبة المعاقين في المجتمع، لما لهذا الأخير من تأثير مالي و إنساني كون متطلباتهم أكثر من حاجة الأفراد الاخرين.

المصلحة المعتبرة الأكثر أهمية في مسالة الفحص الطبي والتي اعتمدها المشرع الجزائري من خلال نصوصه هي المحافظة على النسل و ذلك واضح جليا في نصوصه و كانت المصلحة تفيد الطرفين الرجل و المرأة. ومثال ذلك ان المشرع لم يقيد عمل الطبيب، بل ترك له السلطة التقديرية والحرية في اجراء الفحوصات التي يراها ضرورية و التي قد تشكل عائقا في الزواج، خاصة اذا تعلق الامر بالسوابق العائلية و الوراثية.

المطلب الثاني: مسألة توثيق الزواج

ان من الأمور المستحدثة في هذا العصر توثيق العقود لما أصبح من الضروري في جميع المجالات لتغير الأحوال و تراجع القيم و ان الشهادة الشفهية غير كافية لانعدام الامنة و فساد النوايا فالأخذ بالتوثيق امر مسلم به و خاصة توثيق عقود الزواج ومنه سنرى في هذا المطلب مفهوم توثيق الزواج من خلال تعريفه، و شروطه؛ الفرع الاول أيضا موقف الفقهاء من الشريعة الإسلامية و القانون منه؛ الفرع الثاني، و مدى اعتبار المصالح فيه؛ الفرع الثالث.

[1] هشام حضري، اثار الفحص الطبي على انعقاد عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015، ص 27.

[2] ينظر، أسامة الأشقر، مرجع سابق، ص 84.

الفرع الأول: تعريف توثيق الزواج

سنتناول في هذا الفرع مفهوم توثيق الزواج من خلال تعريفه لغة واصطلاحا اولا و شروطه ثانيا.

أولا: تعريف التوثيق لغة

مصدر للفعل وثق، و الواو و الثاء و القاف كلمة تدل على عقد و احكام، ووثقت الشيء: احكمته [1]، قال تعالى: ﴿ **فَشُدُّوا الْوَثَاقَ** ﴾[2] و قال سبحانه وتعالى﴿ **وَلَا يُوثِقُ وَثَاقَهُ أَحَدٌ** ﴾[3] و يطلق على معاني عدة أهمها: الائتمان و الاحكام و العهد [4]

و التوثيق: هو ترتيب و اختصار و تدوين مادة مطبوعة كمرجع، و فَن التوثيق:هو تسجيل المعلومات حسب طرق علمية متفق عليها، و الوثيقة: جمعها وثائق: و هي مستند مكتوب او مصور او مسجل ذو أهمية رسمية او تاريخية يستدل به لدعم دين او حجة او ما جرى مجراهما [5]

ثانيا: تعريف توثيق عقد الزواج اصطلاحا

عند الحديث عن توثيق العقود فان المعنى المراد بالتوثيق هنا ينصرف الى الاحكام خصوصا، و لا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى [6]

اما توثيق عقد الزواج رسميا في الإصلاح: وهو " ربط و احكام عقد الزواج بالكتابة، و تسجيله في و ثيقة رسمية حتى يرجع اليها عند الحاجة للاثبات و إقامة الحجة " [7]

---

[1] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6،مرجع سابق ، ص 85

[2] سورة محمد: الاية 4

[3] سورة الفجر:اية 26

[4] ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 4764

[5] احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج3، عالم الكتب، ط 1، القاهرة، 2008، ص 2398

[6] سمية عبد الكريم جعبير، مرجع سابق، ص 141

[7]تومي حبيب، طهراوي جمال، مرجع سابق، ص 75

الفرع الثاني:موقف الفقهاء من توثيق الزواج

يتضمن هذا الفرع موقف الفقهاء المعاصرون من مسالة توثيق عقد الزواج لانها نازلة من نوازل هذا العصر في كل من الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم في مسالة توثيق الزواج

01- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من توثيق الزواج

بداية بموقف أسامة الأشقر، اذا كان التوثيق بالشهود سببا لاشهار الزواج و إعلانه فان توثيقه بالكتابة سبب أيضا لاشهاره و إعلانه. و لا مراء في ان هذا التوثيق ادعى في هذا العصر الذي تعقدت فيه المشكلات، و تعددت فيه أسباب النزاع مما يقتضي توثيق العقود بالكتابة [1].

يقول عبد الفتاح عمرو ان الزامية تسجيل عقود الزواج هو من باب السياسة الشرعية التي يمكن لولي الامر الزام رعيته بها لما يراه من ذلك من مصالح، فالتوثيق لدى الماذون او الموظف المختص نظام اوجبته اللوائح و القوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية، خشية الجحود و حفظا للحقوق، و حذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة من النكران [2]

كذلك راى الدكتور حسام الدين عفانة توثيق عقد الزواج بالكتابة رسميا واجب شرعا، فقال "أرى ان تسجيل عقد الزواج في المحاكم الشرعية واجب شرعا، فيجب كتابة عقد الزواج خطيا، و تسجيله في المحاكم الشرعية واجب شرعا، فيجب كتابة عقد الزواج خطيا، و تسجيله في المحاكم الشرعية، ولا يكتفي بالإيجاب و القبول الشفويين، كما انه لا يكتفي بكتابة ورقة، و لو كان ذلك بحضور الولي و الشهود " [3]

[1] أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، دار النفائس، ط1، الأردن، 2000، ص 134

[2] عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، ط1، 1998، الأردن، ص 43

[3] تومي حبيب، جمال طهراوي، مرجع سابق، ص 77

02-ادلة فقهاء الشريعة الإسلامية من توثيق الزواج:

أ-من الكتاب:

قوله تعالى عن نبيه يعقوب عليه السلام: ﴿ **قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ۖ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ** ﴾[1]. في هذه الاية يتبين لنا الاستيثاق بحلف اليمين.

وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ**﴾[2] ففي هذه الاية الكريمة حث على توثيق الدين لعدم ضياع المال و لكن من باب أولى كتابة عقد الزواج حفاظا للفروج والانساب.

ب-من السنة:

ما ورد ان النبي صلى الله عليه و سلم وثق بالكتابة في معاملاته و من امثلة ذلك: ما رواه عبد المجيد بن وهب قال:" **قال لي العداء بن خالد بن هوذة:الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه و سلم ؟ قال، قلت: بلى، فاخرج لي كتابا " هذا ما اشترى بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله، اشترى منه عبدا او امة لا دواء و لا عائلة و لا خبثة بيع المسلم من المسلم** "[3]

وفيما يرتبط بالزواج فان التوثيق زمنه صلى الله عليه وسلم و ان لم يكن يوثق بكتابته، فانه في حقيقة الامر كان يوثق بالاشهاد عليه، فالشهود بمثابة توثيق له، و به يفهم قوله صلى الله عليه و سلم: ﴿**لا نكاح الا بولي و شاهدي عدل**﴾ [4]

وقد وثق رسول الله صلى الله عليه وسلم الكثير من معاملاته و مراسلاته، و امر بالكتابة في الصلح مع المشركين، وتوالى التوثيق بالإشهاد و الكتابة منذ عهده، و عهد من بعده عليه السلام استشعارا منهم لأهميته [5].

---

[1] سورة يوسف: اية 66

[2] سورة البقرة: ايه 282

[3] الترميذي: سنن الترميذي، (317/17)، (كتاب البيوع، باب ما جاء في كتابة الشروط، حديث 1216، و قال حديث حسن، وحسنه الالباني في كتاب: سنن الترميذي للالباني (290/1).

[4] كافي احمد، تقديم احمد الريسوني، توثيق الزواج فقها وقانونا، دار الكلمة، ط1، المنصورة، 2019، ص 13

[5] أسامة الأشقر، مرجع سابق، ص 133

ثانيا: موقف فقهاء القانون في مسالة توثيق عقد الزواج

أوجب المشرع الجزائري عملية توثيق الزواج في الدوائر الرسمية المخصصة لذلك، وهذا مبدأ لا يتنافى مع الشريعة الإسلامية، ونفس الامر بالنسبة للقرارات القضائية، وسنرى فيما يلي موقف المشرع الجزائري و تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة توثيق عقد الزواج.

01-موقف المشرع الجزائري في مسالة توثيق عقد الزواج

جاء في الكتاب الأول من الباب الأول من القسم الثالث مسالة توثيق الزواج في المواد 18،19،..،22. اما المادة 18 نصت على: "يتم عقد الزواج امام الموثق او امام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون "[1]. و عليه فلا يمكن لاي علاقة بين ذكر و انثى ان تكتسي صفة الزوجية الا اذا كانت بعقد رسمي مسجل بالطرق المذكورة [2].

اضافة الى توثيق عقد الزواج هناك ضرورة توثيق شروط الزواج كما جاء في نص المادة 19 من قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 05-02:" للزوجين ان يشترطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المراة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع احكام هذا القانون ". فيقول المشرع " ان يشترطا في عقد الزواج او في عقد رسمي لاحق" دليل على وجوب التوثيق، وانه الوسيلة الوحيدة المقررة قانونا لاثبات الشروط في حال التنازع حولها [3].

02-تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة توثيق عقد الزواج

ان للاجتهاد القضائي دور فعال بامتياز في مسالة توثيق عقد الزواج و سنرى ذلك في مجموعة القرارت الاتية:

---

[1] مادة 18من الامر 05-02 .

[2] جلال عليان، وثيقة عقد الزواج بين الفقه المالكي و القانون الجزائري، مجلة الاحياء ، مج ، 19 ، ع، 23 ، ديسمبر 2019، 446

[3] سعيد خنوش، التوثيق و اثره في اثبات الحقوق بين الزوجين، مجلة معارف، عدد23، ديسمبر 2017، ص 19

من المقرر شرعا و قانونا، اذا ابرم عقد الزواج صحيح و تأكدت الخلوة بين الزوجين، اصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة و كامل صداقها، حتى و لو لم يقع احتفال بالدخول. من ثم، فان النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد [1].

من المقرر قانونا ان الزواج، ينعقد في أي مكان من الأرض، ذلك ان مكان عقد لا يدخل ضمن اركان و شروط الزواج طبقا للقانون –م.ع.غ.ا.ش، 1993/09/28، ملف رقم 96238، (غير منشور) [2]

من المقرر قانونا، بانه لا يسوغ لأي شخص ان يدعي الزوجية، مالم يثبت بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية –م.ع.غ.ا.ش، 1975/04/21، ملف رقم 20805 (غير منشور)[3]

الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في توثيق الزواج

أولى المصلحون المحدثون عناية خاصة لموضوع توثيق الزواج في سجلات موثقة تشرف عليها أجهزة إدارية، و ذلك لمنع ادعاء الزواج او جحده و انكاره بعد اتساع المجتمعات و المدن و صعوبة تحقق القاضي من صحة دعاوى الزواج، والنسب و التوارث و النفقة في هذه الظروف و خطورة ضياع الحقوق في هذه المجالات، فمست الحاجة الى نظام للتوثيق[4]و خاصة بعد معرفة اتجاء الشريعة الإسلامية المؤيد لتوثيق العقود بالاعتماد على الكتابة في هذا التوثيق، و هذه نظرة استصلاحية اهتم بها المشرع الجزائري، واولاها عناية فائقة نظرا لاهميتها في ضمان الحقوق و اثبات الدعاوى لحماية مصالح الناس.

اما المصالح المعتبرة فيها كالتالي:

اثبات الحقوق المتعلقة بالانساب و الأموال و غيرهما:

[1] محكمة عليا، غرفة أحوال شخصية 1991/06/18، ملف رقم 74375، م.ق، 1993، عدد 1، ص 61.

[2] بلحاج العربي، قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 95.

[3] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 100 .

[4] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 414 .

وذلك لان الوثيقة الرسمية الصادرة عن الدولة، و التي شهد فيها الطرفان على مالهما و ما يجب في حقهما، فان التخاص منها يتعذر تعذرا بالغا. فالوثيقة تحاصر المتلاعيبين بحقوق الناس، و تحفظها لهم من الضياع بالغفلة و حسن الظن،

تيسير القضاء (لقيامه أساسا على البيانات و الاثباتات):

و حتى يتيسر القضاء الحكم بيسر بناءا على مابين أيديهم من البينات فالوثيقة الرسمية وحدة من كبرى البينات المعتمدة في هذا العصر، و تجعل النزاعات ميسورة الفض، بخلاف انعدام البينة، و التي تحوج الى البحث عن بينات أخرى، مهما تكن فانها لن تصل الى مصادقة الدولة رسميا على وثيقة من الوثائق، والتي لا تقبل الطعن او الانكار،

محاصرة تهور الأزواج:

هناك من تتزوج ثانيا و هي لا تزال في عصمة الأول وهذه ظاهرة شاذة بدأت تطل براسها في العلاقات الزوجية، و يمكن للباحثين الاجتماعيين، و المساعدين في مجال الاسرة وغيرهم، النظر في أسبابها مع ما يمكنهم من اقتراح لحلولها. و في انتظار ذلك، فالوثيقة الرسمية تمنع زواج امرأة الا بعد ان ينتهي العمل بالوثيقة الأولى بطلاق او وفاة [1].

من خلال ما سبق ان امر توثيق عقد الزواج يحقق المصلحة العامة و يتماشى و مقتضيات فساد الزومان و تكون المصلحة محقق لكلا الطرفين الرجل و المرأة.

المطلب الثالث: مسالة أهلية الزواج (زواج القصر)

عقد الزواج اهم تصرف يبرمه الشخص في حياته و ان الاهلية عنصر جوهري لصحته، فمن حق أي رجل و امراة متى بلغا سن الزواج في تكوين اسرة على ضوء ما ورد في النصوص القانونية، و الشريعة الإسلامية من احكام تضبط عقد الزواج، و لكل قاعدة استثناء فهناك من لم يبلغ السن القانوني للزواج لذا سنرى مفهوم أهلية الزواج (زواج القصر) و موقف الفقهاء من الجانب الفقهي و القانوني و كذا المصلحة المعتبرة فيه.

[1] احمد كافي، مرجع سابق، ص 17ص18

الفرع الأول: تعريف مسالة أهلية الزواج (زواج القصر)

أولا: تعريف أهلية الزواج (زواج القصر) لغة

كما ذكر ابن منظور في لسان العرب: يقال اهل الدار، و اهل الرجل عشيرته و ذوي قربانه،و الجمع اهلون و اهال و اهال واهلات و اهلات، و اهل الإسلام: من يدين به، و اهل الامر: ولاته، و هل البيت سكانه، و يقال بان فلان به أهلية أي صلاحية للامر [1].

و للأهلية عدة تعاريف و معان، و كلها ترجع الى معنى صلاحية الامر للشيء.

ثانيا: الاهلية في الاصطلاح

هي صفة يقدرها الشارع تجعل الشخص محلا صالحا للخطاب التشريعي [2]، او هي عبارة عن صلاحية الانسان لان تثبت له حقوق من قبل الغير، و تثبت في ذمته التزامات نحوهم، و صلاحيته لاستعمال هذه الحقوق و أداء هذه الالتزامات [3].اما فيما يخص زواج القصر فيقصد به من الناحية الشرعية زواج الفتى او الفتاة قبل البلوغ، ومن الناحية القانونية هو زواج الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني [4].

الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون من مسألة أهلية الزواج(زواج القصر)

تختلف مواقف الفقهاء في مختلف المسائل، اما بالنسبة لمسالة أهلية الزواج فموقفهم واحد على غرار بعض المنكرين من فقهاء الشريعة الاسلامية سواء بالنسبة لتحديد سن الزواج او إعطاء الاذن لزواج القاصر و سنقتصر على المؤيدين منهم تماشيا مع موقف المشرع الجزائري

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج 11، حرف الام، فصل الالف، ص 28ص29

[2] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 783

[3] الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، ص 416

[4] حاجي صليحة، زواج القاصر، فعاليات اليوم السادس: عشر سنوات من تطبيق مدونة الاسرة –الحصيلة و الافاق جامعة محمد الأول – الكلية متعددة التخصصات بالناظور، المنظومة، 2018، ص 9

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وادلتهم من أهلية الزواج(زواج القصر)

01-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من أهلية الزواج(زواج القصر)

بالرجوع إلى الشريعة الاسلامية لا نجد أي نص أو دليل على تحديد سن معينة للزواج، سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، لكنه اشترط على من يريد الزواج القدرة البدنية والمادية للقيام بواجبات الزواج[1]،و يجوز تحديد السن الأدنى للزواج، وهو ما ذهب اليه جماعة من العلماء، من بينهم: محمد الخضري بك، محمد رشيد رضا، محمد بن صالح العثيمين [2].

02-ادلتهم من مسالة أهلية الزواج(زواج القصر)

أ-من الكتاب:

قوله عز وجل﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا** ﴾[3]. فلو كان زواج الصغير او القاصرة غير جائز و مفروض فلما تكلمت الآية عن ضرب عدة لها في حال طلاقها، والطلاق لا يكون الا من زواج صحيح [4]

ب- من السنة

أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج السيدة عائشة رضي الله عنها وهي صغيرة، ولا دليل على خصوصية ذلك بالنبي صلى الله عليه وسلم، بل ورد ما يدل على عدم الخصوصية، وقد نقل عن عدد من الصحابة ما يدل على أن زواج الصغار كان جائزا عندهم، فقد زوج – كرم الله وجهه – ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – ووجه الدلالة أن وقوع ذلك من الصحابة دليل على جوازه، ولو كان غير جائز لما فعلوه [5].

---

[1] لمين لبنة، زواج القصر بين المفهوم القانوني و المصلحة المعتبرة شرعا دراسة على ضوء تعديل قانون الاسرة و التطبيق القضائي له مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مجلد 5، عدد 2، سنة 2020، ص 509

[2] بوخاري فاطمة، حزاب ربيعة، تحديد سن الزواج بين الفقه الإسلامي و قوانين الأحوال الشخصية، المجلد 11، العدد 11، مارس 2020، ص251

[3] سورة الطلاق: الاية 4

[4] لمين لبنة، مرجع سابق، ص 509

[5] ابن الحزم، المحلى، ج 9، ص459

ثانيا: موقف فقهاء القانون من أهلية الزواج(زواج القصر)

01-موقف المشرع الجزائري من أهلية الزواج (زواج القصر)

نصت المادة 7 من قانون الاسرة الجزائري بقولها:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات."

فالمشرع من خلال أحكام الأمر 05 – 02 حدد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة بتسعة عشر 19 سنة، وغايته من وراء ذلك هو بناء مؤسسة الزواج على أسس متينة، فبغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح خصوصا في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج، لهذا وجب تنظيم السن الذي تتحقق من ورائه أهداف الزواج، وذلك لتحقيق سلامة الفرد والمجتمع [1].

فإذا كانت القاعدة التي ارتضاها المشرع الجزائري هو بلوغ الرجل والمرأة سن تسعة عشر 19 سنة، و هو نفس سن الرشد القضائي [2]، الا أن لكل قاعدة استثناء، حيث خول المشرع للقاضي سلطة في منح الترخيص بزواج القاصر [3].

لهذا، فإنه يجوز للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة، إذا تأكد من قدرة الطرفين على الزواج. وباعتبار أن القاضي هو المكلف بالإذن بزواج الفتى والفتاة دون السن المسموح به قانونا بقرار مسبب يبني فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك[4].

---

[1] احمد شامي، فيروز بن شنوف، المرسوم الرئاسي رقم 16- 254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 2، 2020/12/27، ص 608

[2] حسب المادة 40 من القانون المدني الجزائري الامر رقم 75-58.

[3] شامي أمحد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بني الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014، ص 39.

[4] احمد شامي، مرجع سابق، ص 610

02-تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة أهلية الزواج (زواج القاصر):

قضت المحكمة العليا، في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/17 بقولها " من المقرر قانونا أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محمله قانونا " [1].

يجوز للقاضي أي رئيس المحكمة، ان ياذن بالزواج قبل بلوغ السن لمصلحة او ضرورة، يقدرها وفقا لسلطته التقديرية بعد موافقة الولي و هذا ما قضته المحكمة العليا [2].

المطلب الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة أهلية الزواج (زواج القصر)

تحصين الفتاة و الفتى من الوقوع في الزنا، وخاصة الفتاة التي تكون ماكثة في البيت و لم تستكمل دراستها اين يكون جل فكرها في الزواج مقارنة بمثيلاتها،

يحصل زواج المبكر للفتى والفتاة الذين يمتلكون نوعا ما قدرات عقلية ونفسية تفوق سنهم تأثير إيجابي، يكمن في تحمل المسؤولية والابتعاد عن اللهو، ما يمكنهم من تربية أبنائهم بعقلانية وتفهم آرائهم، لاعتبار علمي إيجابي وهو قصر فارق السن بينهم، عكس ما يمكن أن يكون عند الزيجات المتأخرة، أين تبتعد بفكرها وسنها عن استيعاب متطلبات أطفالها في المستقبل ما قد يخلف آثار سلبية عديدة،

و يُحصِل الزواج المبكر للفتاة ذات القدرة الجسدية فرصة جيدة للانجاب، عكس ما يكون في حال ما دخلت مرحلة العنوسة والتي تقل فيها فرص الحمل كثير [3].

و يظهر اعتبار المصلحة من طرف المشرع الجزائري جليا و خاصة انه ربط زواج القاصر بمصلحته في ذلك، بحيث يجب ان تكون المصلحة اكيدة و ان تكون هي الدافع الأساسي لطلب الاذن بالزواج و تبقى السلطة التقديرية للقاضي في معرفة ذلك.

و الواضح في اعتبار المصلحة في زواج القاصر ينفع كل من الرجل و المرأة .

---

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار بتاريخ 17 / 05 /1998، ملف رقم 167835، المجلة القضائية، العدد 02، 1997، ص 77.

[2] المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1966/12/07، مجلة جزائرية، 1968، العدد 1، ص 139.

[3] لمين لبنة، مرجع سابق، ص 514 .

المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية بعد الزواج

يتضمن هذا المبحث اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية بعد الزواج منها المستجدة كالتلقيح الاصطناعي في(المطلب الأول و أخرى) مستحدثة(كتعدد الزوجات) في المطلب الثاني و (النفقة) في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مسالة التلقيح الاصطناعي

سنتطرق في هذا المطلب الى تعريف التلقيح الاصطناعي في الفرع الأول و موقف الفقهاء منه في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري في الفرع الثاني، اما الفرع الثالث سنتناول فيه اعتبار المصلحة في مسالة التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

يتضمن تعريف التلقيح الاصطناعي لغة واصطلاحا كما يلي:

أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي لغة

التلقيح لغة: هو مصدر لقح الرباعي بتضعيف القاف للمبالغة و التكثير، واللام و القاف و الحاء اصل صحيح، وهو يدل على احبال ذكر لانثى، ثم يقاس عليه ما يشبه [1]

اما الصناعي لغة: " صَنَعهُ يَصْنعُة صُنعًا فهو مصنوع و اسْتصنَعَ الشيء دعا الى صُنعه، و الصناعة حرفة الصانع و عمله الصَنعة، و اصطنع خاتما أي امر ان يصْنعَ له"[2]

ثانيا: تعريف التلقيح الاصطناعي اصطلاحا

أطلقت عدة تعاريف على التلقيح الاصطناعي نذكر منها:

هو نقل المواد المنوية صناعيا من الذكر إلى مهبل الأنثى[3]

---

[1] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 5، ص 261

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 208

[3] عامر قاسم احمد قيسي، المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع،، 2ط، الأردن، 2001، ص12

كما يقصد به الإنجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها [1]

تعريف التلقيح الاصطناعي باعتباره لقبا: " هي كل طريقة يتم بموجبها التلقيح بين الحيوان المنوى للرجل، و ببيضة المراة من غير الطريق المعهود ".[2]

الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون من مسالة التلقيح الاصطناعي

يتناول هذا المطلب موقف فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون من مسالة التلقيح الاصطناعي و ينقسم الى الفرع الأول موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم من مسالة التلقيح الاصطناعي، الفرع الثاني موقف فقهاء القانون من مسالة التلقيح الاصطناعي.

أولا : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم من مسألة التلقيح الاصطناعي

01_ موقف فقهاء الشريعة من مسالة التلقيح الاصطناعي

مرونة الشريعة الإسلامية ساهمت في اعتماد الكثير من المسائل المستجدة و منها التلقيح الاصطناعي الذي لا بد من اعتباره لانه يخص تحسن احدى الضروريات الخمس التي دلت القواعد الشرعية على حمايتها و هي النسل و بسبب جدية هذه المسالة لم يتعرض له الفقه قديما لذلك يصعب وجود الاحكام الفقهية لهذه المسالة خلاف لبعض الاحكام التي يمكن استنباط احكام شرعية تخص هذه المسالة.

حدد علماء الفقه الإسلامي طرق التلقيح الصناعي، و قرروا ان الطريقة الشرعية الجائزة تتمثل، حينما يكون مصدر الحيوان المنوي للزوج، و مصدر البويضة هي زوجته التي تعاني من العقم لانسداد قانون فالوب لديها [3].

[1] لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص 8

[2] ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، التلقيح الاصطناعي من منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، ص 372

[3] بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 406

و من بين المواقف الواضحة والمؤيدة للتلقيح الاصطناعي، يقول فضيلة الشيخ محمد شلتوت شيخ الازهر الأسبق رحمه الله:" من المعلوم ان تخلق الولد انما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل الى الرحم المستعد للتفاعل " يتخلق الولد من هذا السائل متى وصل الى الرحم المستعد للتفاعل، و ان لم يكن وصوله عن طريق الاتصال الجسماني المعروف، و هذا قد عرفه الناس جميعا، و عرفه فقهاؤنا، و جاء في كلامهم " ان الحمل قد يكون بإدخال الماء للمحل دون اتصال، عرفوه هكذا و رتبوا عليه وجوب العدة، و هي مدة يبعد فيها الزوج عن زوجته حتى تعرف براءة رحمها من الحمل [1]

02_ ادلة فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة التلقيح الاصطناعي

أ-من الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿ **فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ۞ خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ۞ يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ۞**﴾[2] . و الماء الدافق هو ماء الرجل و ماء المرأة اللذان يتكون منهما الولد، و اذا تعذر التلقيح الطبيعي، فانه يلجا الى التلقيح الاصطناعي بأخذ السائل المنوي من الرجل و يدفع داخل الرحم عند انعدام قدرة الزوج او انعدام إمكانية التقاء الحيوان المنوي بالبويضة بعد معالجته و حقنها الى رحم الزوجة [3] و قال عز و جل: ﴿ **إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا** ﴾ [4].

قال تعالى: ﴿ **وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ** ﴾[5]

---

[1] سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص،، جامعة أبو بكر بلقايد، 2016-2017، ص 35

[2] سورة الطارق: الاية 5،6،7.

[3] علي جمعة عبد الله، الاحكام الشرعية لصور التلقيح الاصطناعي، المجلة الليبية للدراسات، عدد 9، مجلد 2، 2015، دار الزاوية، ص 48.

[4] سورة الانسان: الاية 2

[5] سورة الحجر: الاية 22

ب-من السنة النبوية:

أورد الإمام احمد و المقدسي و بزار عن انس رضي الله عنه قال:﴿ **قال رسول الله صلي الله عليه و سلم: ﴿ لو أن الماء الذي يكون منه الولد أهرقته على صخرة، لأخرج الله منها ولدا، و ليخلقن الله تعالى نفسا هو خالقها﴾**[1].

أيضا اقتران التلقيح الاصطناعي بالتداوي، فان العقم يستوجب العلاج، فقد حث الرسول صلى الله عليه و سلم على التداوي، ففي صحيح ابن حبان عن أسامة بن شريك قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: ﴿ **تداووا، فان الله لم ينزل داء الا و قد انزل له شفاء، الا السام و الهرم ﴾ (الدرامي،1993/1414،ص 428،رقم: 6064)** [2].

02_ موقف فقهاء القانون من مسالة التلقيح الاصطناعي

أ_موقف المشرع الجزائري من مسالة التلقيح الاصطناعي

لاستقراء موقف المشرع الجزائري فيما إذا كان يجيز اللجوء إلى استعمال تقنية الإنجاب الاصطناعي من نص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة الجزائري بحيث أجازت مكرر صريحة اللجوء إلى استعمال تقنية الإنجاب الاصطناعي، حيث جاء فيها ما يلي:

" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :

- أن يكون الزواج شرعيا،

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة " [3].

---

[1] العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي، إجازة المدرسة العليا، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص 16

[2] احمد بورزق، للا عائشة عدنان، الاسرة والمستجدات الطبية بين الثابت و المتغير التلقيح الصناعي نموذجا، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة ام البواقي عدد 2، مجلد 5 – ديسمبر 2018، ص 114

[3] الامر رقم 05-02 متضمن قانون الاسرة الجزائري

إن ما يمكن ملاحظته انه أصبح واضحاً بأن استعمال هذه التقنية لا يتم إلا بين الزوجين، وبالتالي يشترط في هذا الزواج أن يكون صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه. ويستلزم ذلك أيضا أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما ومن ثم رفض مشرعنا رفضا قاطعا الاستعانة بماء رجل آخر أو بويضة امرأة أخرى أو حتى استئجار رحم امرأة أخرى. وفيما يخص مسألة الرضا وبالنظر إلى أهمية الموضوع فإنه يجب أن تكون إرادة الزوجين سليمة وغير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة طبقا للقواعد العامة[1].

وأخيراً فقد أكد المشرع الجزائري على أن اللجوء إلى استعمال هذه التقنية يجب أن يكون أثناء حياة الزوجين، وفي الحقيقة أن هذا الشرط وضع أساساً حتى لا يلجأ الناس إلى استعمال بنوك المني المجمدة.

ب_ تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة التلقيح الاصطناعي

تجدر الإشارة – في دائرة بحثي عن الموضوع – انه لم يتم العثور على أي اجتهادات قضائية تخص هذه المسالة وهو تقصير فعلي من طرف قضاة الموضوع، للحاجة الماسة التي تقتضيها هذه المسالة من تفسير فقد اقتصر الحديث عن التلقيح الاصطناعي في نص المادة 45 مكرر على غرار باقي الدول، و أيضا الاجتهاد فيه من طرف فقهاء الفقه فقط.

ثالثا: اعتبار المصلحة في مسالة التلقيح الاصطناعي

– لو نظرنا الى المصلحة المعتبرة في هذه المسالة هي تحقيق رغبة الابوة و الامومة، و معلوم ان الزوج يحب ان يكون له ولد و هذا امر فطري اودعه الله فيه.

–حل مشكلة العقم و تأخر الانجاب الذي كثر في زمننا هذا فبفضل الله ثم بفضل التلقيح الاصطناعي يرزق الناس بالابناء وذلك يبقى تحت اتباع الشروط المنصوصة قانونا و عدم مخالفتها.

[1] مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري، مجلة دراسات و أبحاث، العدد 24، سبتمبر 2016، ص 66

– حفظ مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية و هو حفظ النسل.

– فالمصلحة تتحقق في اجراء هذا التلقيح الاصطناعي بشرط اتباع الصورة التي اجازها العلماء فقط و مع الشروط و الضوابط التي ذكروها وحسب.

المطلب الثاني: مسالة تعدد الزوجات

ان مبدا تعدد الزوجات كان ممارسا منذ القدم و متبعا قبل الإسلام في الحضارات و الثقافات القديمة و عند مختلف الأمم و الشعوب لذلك فانها مسالة سبق التطرق اليها و لكن الامر الذي لم يسبق الحديث عنه هو المصلحة من تعدد الزوجات و هل اعتبرها الشارع و المشرع ام لا ؟ لذا لابد من ذلك لاهميته بعد التطرق لمفهوم تعدد الزوجات(الفرع الأول) و موقف الفقهاء فيه(الفرع الثاني) ثم المصالح المعتبرة في تعدد الزوجات(الفرع الثالث) كالتالي:

الفرع الأول: تعريف تعدد الزوجات

أولا: تعريف تعدد الزوجات لغة

العين و الدال اصل صحيح واحد لا يخلو من العد الذي هو الإحصاء ، و من الاعداد الذي هو تهيئة الشيء [1]

يقال عددت الشيء عدا اذا حسبته ، و احصيته [2].

و يقال التعدد: يقصد به الكثرة [3]

ثانيا: تعريف تعدد الزوجات اصطلاحا

هو اباحة الله تعالى للرجل بتعدد الزوجات و الجمع بأكثر من زوجة واحدة في عصمته،حددت الشريعة الإسلامية له شروطا لا يجوز الاخذ به دونها و هي العدل بين الزوجات و القدرة على النفقة و عدم الزيادة على اربع [4].

---

[1] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ص 29

[2] ابن فارس ، نفس المرجع ، ص 30

[3] الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، مرجع سابق، ج 7، ص 353

[4]فتحي مفلح صالح الصقر، تقييد المباح في قانون الأحوال الشخصية و تطبيقاته القضائية، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، عمادة البحث العلمي و الدراسات العليا، جامعة جرش، 2013، ص 25

الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون وادلتهم في مسالة تعدد الزوجات

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم من مسالة تعدد الزوجات

01- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مسالة تعدد الزوجات

لقد اتفق فقهاء المسلمون على ان نكاح الحر البالغ العاقل العفيف الصحيح غير المحجور المسلم، أربعة حرائر مسلمات غير زوان، و اتفقوا على ان نكاح اكثر من أربعة زوجات لا يحل لاحد بعد رسول الله صلى الله عليه و سلم [1].

02-ادلة فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة تعدد الزوجات

أ-من الكتاب:

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** ﴾ [2] وهذه الاية الكريمة دليل واضح على اباحة زواج الرجل، و صيغة الامر و ان كان الأصل انها للوجوب، الا انها في هذه الاية محمولة على الاباحة [3].

و قاله تعالى: ﴿ **وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا** ﴾ [4] تفيد هذه الاية ان العدل في الحب و الميل القلبي بين النساء غير مستطاع، و انه يجب على الزوج الا ينصرف كلية عن زوجته فيذرها كالمعلقة، فلا هي ذات زوج و لا هي مطلقة، بل عليه ان يعاملها بالحسنى حتى يكسب مودتها، وان الله لا يؤاخذ على بعض الميل الا اذا افرط في الجفاء، و مال كل الميل عن الزوجة الأولى [5]

---

[1] امينة عبيشات، عماري براهيم، إشكالية تعدد الزوجات بين الاباحة و التقييد في تشريعات الاسرة المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4، نوفمبر 2017، ص 150

[2] سورة النساء: الاية 3

[3] فتحي مفلح صالح الصقر، مرجع سابق، ص 126

[4] سورة النساء: الاية 129.

[5] مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، المكتب الإسلامي، ط 7، بيروت، 1999، ص 97 ص98

، وهنا تشير هذه الاية للعنصر الجوهري في مسالة تعدد الزوجات و هو العدل اما الهدف الرئيسي هو المصلحة منه.

ب_ من السنة:

ان المصدر التشريعي لتعدد الزوجات من السنة النبوية الشريفة التي أوضحت هذا النظام من خلال الاحاديث الشريفة حينما امر الرسول صلى الله عليه و سلم أصحابه بعد تجاوز عدد معين من الزوجات فقد ثبت في عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم ان كثيرا من النساء و قبل ان يدخلوا الإسلام كان لديهم العديد من النساء وقد فاق ذلك الأربع و عندما اقبلوا على الإسلام امرهم رسول الله صلى الله عليه و سلم بان يتقيدوا بالحد العددي و هو أربعة نسوة، و هو ما يعتبره نحن المسلمين تشريعا من السنة النبوية الشريفة، و بطبيعة الحال هو تنفيذ لما امر به الله سبحانه و تعالى في كتابه العزيز[1]. وحديث النبي صلى الله عليه وسلم:" **امسك اربعا و فارق سواهن** " [2]

ثانيا: موقف المشرع الجزائري و تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة تعدد الزوجات

ان موقف المشرع الجزائري واضح بالنسبة لتعدد الزوجات في نصوصه القانونية بحيث اباح تعدد الزوجات بنص صريح، وكذا الاجتهاد القضائي الذي كان له دور فعال في تبيان احكام هذه المسالة وسنرى ذلك فيما يلي:

01-موقف المشرع الجزائري من مسالة تعدد الزوجات

من خلال قراءة المادة الثامنة 08 من قانون الاسرة الجزائري نجد ان المشرع الجزائري لم يكن ان يخالف احكام الشريعة الإسلامية، و لا يتحول عن النهج الذي سارت عليه معظم التشريعات في بلاد الإسلامية، في مجال الإبقاء على نظام تعدد الزوجات دون تحريمه و المعاقبة عليه.

لذلك وقع النص في الفقرة الأولى من المادة الثامنة المعدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 على انه: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة

[1] مصطفى كاضم محمود المشهداني، المصلحة و اثرها في تعدد الزوجات، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد 61، 7 /شعبان/1441 هـ، 31/اذار/2020 م، كلية العلوم السياسية قسم الشريعة، جامعة بغداد، ص 59

[2] الامام مالك، الموطأ، ج2، ص 586

الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل "، فقد اشترطت هذه المادة ان يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، و يقصد بهذه العبارة انه يجوز للرجل ان يتزوج اربع نساء كحد اقصى وهو المسموح به شرعا كما سبق الحديث عنه عند موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، و الزواج فوق الرابعة يعتبر زواجا غير شرعي و غير مقبول شرعا و ممنوع قانونا [1].

و الإضافة التي جاء بها المشرع الجزائري تقع في الفقرة الثانية من نص المادة 8 سالفة الذكر. انه يجب اشعار الزوجة الأولى بالرغبة في التزوج عليها، و الثانية بانه متزوج بغيرها، وان ياذن له القاضي المختص بالتعدد و في جميع الحالات، اذا خيف عدم العدل بين الزوجات، او انعدمت القدرة على الانفاق من جانب الزوج، او عدم وجود المبرر الشرعي للتعدد، لا يأذن القاضي بالتعدد (م3/8 ق.أ المعدلة) [2].

إضافة الى انه يفسخ الزواج قبل الدخول اذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 ق.أ حسب نص المادة 8 مكرر1 ق.أ المضافة بالامر 05-02 اما في المادة التي تسبقها (م 8 ق.أ) فانه في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتعويض، وعلى كل حال، فإن قانون الاسرة الجزائري الجديد سلك طريقا وسطا في مسالة التعدد [3].

02_ تطبيقات الاجتهاد القضائي من مسالة تعدد الزوجات

حيث ان قضاة الموضوع، اشارو في حيثياتهم بان طلب المطعون ضدها مبرر، نظرا للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاسعه في العدل بينها و بين ضرتها و الاعتداء عليها، وهو ما يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة ال 6 من المادة 53 من ق.أ... و تبعا لذلك يرفض الطعن [4]

[1] ينظر، عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009، ص85ص 86

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 190

[3] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 190ص191

[4] محكمة عليا، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد2، ص 446.

لا يكفي، لرفض دعوى التطليق من اجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امراة أخرى، ويجب اثبات رضاها بهذا الزواج [1].

و يجوز طلب التطليق عند مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 من ق.أ، و المتعلقة بمانع التعدد (م6/53 ق.أ المعدلة) [2]

الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة تعدد الزوجات

ان الإسلام لم ينشئ التعدد انما ضبطه وحدده، و لم يأمر بالتعدد انما رخص فيه و قيده لمواجهة واقعيات الحياة البشرية و ضرورات الفطرة الإنسانية، كي يضمن تهذيب النزوات و النزعات بعيدا عن الافراط و التفريط.

ان اباحة التعدد من الجانب الشرعي و اجازت القانون ذلك، ليس ليكون سلاحا للجرح و سوء المعاملة بل شرع لتلبية الحاجة ووقاية المجتمع و القضاء على الرذيلة.

فالمصلحة في ترخيص التعدد هو مواجهة واقعيات الحياة البشرية، وضرورات الفطر الإنسانية.

ففي تعدد الزوجات مصلحة للرجل و المرأة و مصلحة الجنسين معا ف بالنسبة لمصلحة الرجل مثال ذلك: اذا كانت الزوجة عقيما او قد تكون مريضة مرضا مزمنا.

اما مصلحة المرأة فانه يتيح لها فرص زواج امام كثرة العنوسة و الطلاق و أيضا الترمل فإنها تكون بدون زواج اشد ضررا من عيشها متزوجة بنصف، او ثلث، او ربع زوج، اما المراة كونها زوجة عند عجزها بسبب عقم مثلا، تكون في حال يستوجب اما الطلاق او الزواج عليها بزوجة ثانية فلا بل شك التعدد ارحم لها من الفراق.

اما مصلحة الجنسين من جانب الزوج التعدد اصلح له من اللجوء الى المعاصي و للزوجة يزيد عليها بدلا من بقائها بلا زواج و اتخاذ طريق الحرام.

---

[1] محكمة عليا، غ.أ.ش، 2005/01/19، ملف رقم 334060، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 1، ص 325.

[2] بلحاج العربي، الوجيز مرجع سابق، ص 190

المطلب الثالث: مسالة النفقة بين الزوجين

ان مسالة النفقة من المسائل المستحدثة التي تندرج من المسائل الاسرية بعد الزواج و تتعدد أنواع النفقة فمنها تكون اثناء الزواج والتي هي محل دراستنا وهناك نفقة تأتي بعد الزواج أي بعد انتهاء الرابطة الزوجية و ينقسم هذا المطلب الى الفرع الأول: تعريف النفقة لغة و اصطلاحا، الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري من مسالة النفقة بين الزوجين، الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة النفقة بين الزوجين

الفرع الأول:تعريف النفقة بين الزوجين

أولا: تعريف النفقة لغة

" النون و الفاء و القاف اصلات صحيحان، يدل احدهما على انقطاع شيء و ذهابه، والأخر على إخفاء شيء و اغماضه، و متى حصل الكلام فيهما تقارب " [1]

و النفقة: ما انفقت و استنفقت على العيال و على نفسك [2].

ثانيا: تعريف النفقة اصطلاحا

اسم لما يصرفه الانسان على زوجته و عياله و اقاربه و مماليكه من طعام و كسوة و مسكن و خدمة، والمراد بنفقة الزوجة ماتحتاج اليه لمعيشتها من الطعام و الكسوة و السكن و الخدمة، وكل ما يلزم من فرش و غطاء و أدوات منزلية بحسب المتعارف بين الناس [3]

---

[1] ابن فارس، مقاييس اللغة، ج5، ص 454.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج14، ص 242.

[3] رتيبة عياش، احكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الخاص، 2006-2007، ص17

الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري من مسالة النفقة بين الزوجين

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم في مسالة النفقة بين الزوجين

01-موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة النفقة بين الزوجين

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة الزوجية بالكتاب و السنة، باعتبارها حكما و اثرا من اثار عقد الزواج الصحيح وحقا من حقوقه الثابتة للزوجة على زوجها بمقتضى عقد النكاح المعتبر شرعا

02-ادلة فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة النفقة بين الزوجين

أ-من الكتاب

قال تعالى: ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا** ﴾ [1] .تدل هذه الاية الكريمة على وجوب انفاق الزوج على زوجته مهما كانت حاله يسرا او عسرا [2].

و قوله تعالى: ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ [3].

و أيضا في قوله تعالى: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ** ﴾ [4].

و قوله عز وجل: ﴿ **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**﴾ [5]

---

[1] سورة الطلاق: الاية 7

[2] محمد يعقوب طالب عبيدي، النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة، الرياض، 2004، ص 22

[3] سورة البقرة: الاية 232

[4] سورة الطلاق: الاية 6

[5] سورة النساء: الاية 34

ب-من السنة

اما من السنة فدلالتها على وجوب النفقة الزوجية واضحة وكثيرة نذكر منها ما يلي: حديث جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجة الوداع: " **فاتقوا الله في النساء، فانكم اخذتموهن بامان الله...** " فقد نص الحديث على وجوب نفقة الزوجة و كسوتها [1].

وجاءت هند الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي. فقال: " **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**". قال ابن قدامة: (وفيه دلالة على وجوب النفقة على زوجها، وأن ذلك مقدر بكفايتها، وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم، وأن ذلك بالمعروف، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه[2]).

ثانيا: موقف فقهاء القانون من مسالة النفقة بين الزوجين

01-موقف المشرع الجزائري في مسالة النفقة الزوجية

يفرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة و الأولاد حسب المواد (36،74،77،78،79،80 ق.أ)، و في حالة عجز الاب تجب نفقة الأولاد على الام، اذا كانت قادرة على ذلك (76 ق.أ)، وحكم النفقة الزوجية انها واجبة على الزوج، و تكون ثابتة سواء كانت الزوجة مسلمة ام غير مسلمة فقيرة كانت او غنية، ومن المعلوم ان النفقة الزوجية لا تجب الا بزواج صحيح شرعا (م 74 من ق.أ) [3].

و النفقة تشمل: نفقة الغذاء و الكسوة و العلاج،و نفقة المسكن واجرته [4].

---

[1] خالد بن زيد الوذيناني، عمل الزوجة واثره في النفقة دراسة فقهية، حوليات مركز البحوث و الدراسات الإسلامية، العدد 23، ص 486.

[2] خالد بن زيد الوذيناني، المرجع نفسه، ص 487.

[3] بلحاج العربي، الوجيز، مرجع سابق، ص 341.

[4] نويوة بلال، احكام النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاسرة، جامعة محمد خيضر –بسكرة– كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015، ص 38ص39.

02-تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة النفقة الزوجية

ان دور الاجتهاد القضائي في مسالة النفقة الزوجية فعال وذلك من خلال تطبيقاته في مختلف المناسبات المتعلقة بالنفقة و من بينها:

اشارت المحكمة العليا في قراراتها المشهورة الى انه يشترط لاستحقاق الزوجة النفقة الشرعية ان يكون هناك زواج ناتج عن عقد صحيح [1]

ان نفقة الزوج ثابتة سواء كان موسرا او فقير، (ملف رقم 51596) [2].

بالنسبة لمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد، من النفقات التي تدخل ضمن النفقة الزوجية (ملف رقم 136604) [3].

الاجتهاد القضائي بالنسبة لسقوط حق الزوجة في النفقة في حالة النشوز، (ملف رقم 39394)[4].

و يتبن لنا ان موقف القضاة قد برز جليا من خلال الاحكام و القرارات التي وردت في هذا الموضوع

الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة النفقة بين الزوجين

ان تنظيم النفقة مصلحة في حد ذاتها، فلا بد من احاطة هذه المسالة بشروط و احكام تنظمها فمن اجل الحصول على حق النفقة يجب ان تتوفر شروط في كل من المنفق و المنفق عليه لضمان مصلحة كل من الطرفين.

و تتضح اعتبار المصلحة حين يترتب العقاب على مانع النفقة بدون سبب معلوم و يكون العقاب سواء من الله عز وجل او من طرف القانون.

---

[1] المحكمة العليا، غ.ق.خ، 1971/02/10، ن.ق، 1972، العدد 2، ص 66.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/11/07، ملف رقم 51596، ن.ق، العدد 45، ص 58.

[3] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 136604، م.ق، 1997، عدد 2، ص 89.

[4] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/10، ملف رقم 39394، م.ق، 1989، عدد 1، ص 111.

و ابعاد الضرر عن الزوجة خاصة، وذلك بالزام الزوج بالانفاق عليها، مصلحة معتبرة، لإندراجها ضمن مقاصد الشرع في حفظ النفس، لان الامتناع عن النفقة هدر لهذا المقصد الضروري، و حفظه لا يكون الا بالالتزام بالنفقة.

ملخص الفصل الثاني

لقد تضمن هذا الفصل عدت دراسات محاولين استنتاج راي كل من الفقه و القانون و حتى القضاء في المسائل المستجدة في الاسرة الجزائرية و تحديدا قبل الزواج و بعد الزواج – التي هي في حماية القانون– ، و معرفة اذا كان هناك اعتبار للمصلحة ام لا ، و هذه الاخيرة كانت بارزة في كل المسائل من فحص طبي و توثيق للزواج و أهلية الزواج ، و أيضا التلقيح الاصطناعي و تعدد الزوجات و أخيرا النفقة الزوجية بحيث ان المصلحة تكون للطرفين او للطرف الواحد و أيضا ما تكون المصلحة لطرف اخر غير الزوجين و هم الأولاد فقد راعى كل من الفقه و القانون و القضاء اعتبار المصلحة و يتبين ذلك من خلال المواقف و النصوص و القرارات التي توضح ذلك .

الخـــــاتـــــمة

نحمد الله جل و علاه على ما يسر لنا من إتمام هذا البحث، و نساله تعالى ان يتقبله و يبارك فيه و ينفع به و يجعله حجة لنا لا علينا، و صل الله عليه و على اله و صحبه اجمعين .

في ختام هذا البحث– المصلحة كمعيار لقيام الرابطة الزوجية – و بعد ان كانت طيلة دراسته تزاوج بين نصوص القانون و احكام الفقه و اجتهادات القضاء لابد من التوصل الى نتائج و هي كالتالي :

1– ان المصلحة مقصد اصيل في التشريع الإسلامي
2– ان المصلحة لا تقتصر كشرط في الدعوى فقط بل انها متبنات في غير الدعوى مثلما تطرقنا اليه في بحثنا
3– ان اعتبار المصلحة في قيام الرابطة الزوجية تخدم جميع الناس باختلافاتهم و اختلاف احوالهم و طباعهم
4– ان اعتبار المصلحة من طرف المشرع الجزائري في مسائل الزواج سواء بعد العقد او قبله تحقق مقاصد الشرع، من حفظ النسل و حفظ النسب و حفظ النفس ...الخ
5– ان المشرع الجزائري راعى مصلحة الطرف الضعيف سواء كان الرجل و المرأة او الزوج و الزوجة و حتى الأطفال
6– معرفة اعتبار المصلحة من طرف كل من الفقه و القانون و الاجتهاد القضائي في المسائل التي تطرقنا اليها في هذا البحث، عدا موقف الاجتهاد القضائي في مسالة التلقيح الاصطناعي .
7– ان القانون راعى مصلحة القاصر في التزويج و ذلك بجعل الترخيص من عند القاضي و ان له السلطة التقديرية في معرفة اذا كان هناك مصلحة في الزواج ام لا .
8– خالف المشرع المصلحة عند عدم تقريره عقوبات لمخالفي القيام بالفحص الطبي

9- خالف المشرع عدم التطرق الى احكام مفصلة تخص التلقيح الاصطناعي و جعله محل تأويلات منها من يصيب و منها من يخطا .

التوصيات و الاقتراحات :

1- بالنسبة لموضوع تعدد الزوجات توصي الباحثة على إضافة شرط معرفة سبب إعادة الزواج من طرف الزوج و ان يكون السبب منطقيا و التأكد من قدرته على العدل و الانفاق و ان يكون السبب .

2- بالنسبة للفحص الطبي توصي الباحثة على إضافة فحوصات أخرى اكثر أهمية و حتى اخطر من الامراض الوراثية وهي الامراض النفسية و الادمانات المختلفة، كالادمان على الكحول و المخدرات ...الخ

3-توصي الباحثة على انه لابد من توضيح اكثر لاعتبار المصلحة من طرف المشرع الجزائري خاصة، و ذلك بتاليف كتب خاصة او حتى ادراج موضوع المصلحة في برامج الدراسة في كليات الحقوق .

الملاحق

ملحق **01**

شـــهادة طبـــيـــة مـــا قبـــل الـــزواج

(معدة تطبيقا لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11)

أنـــا الممـــضي أســـفلـــه ، الدكـــتـــور:.....

الاســم و اللـقـــب :.....

دكتـور في الطـب :.....

المـمـــارس فـــي :.....

الـعـنـــوان :.....

أشـهـد أنـني فحـصـت لـغـرض الـــزواج :.....

الـمولـــود (ة) في :.....

الساكـــن (ة) بـــ:.....

بطاقة التعريف الوطنية رقم:..... الصادرة في .....

أعـــددت هـــذه الشهـــادة بعـد فحـــص عيـادي شامـــل وبعـــد الإطـــلاع علـى نتـــائج الفحـــوص الآتيـــة :

- فصيلة الدم (ABO + Rhésus) . A Rh ⊕ positif

أصـــرح كذلك أنـــني :

- أعـلـمـت المعنـــي (ة) بنتـــائـج الفحـوصـات الطبية الـتي خضـع (ت) لهـا و بكل مـا مـن شأنـه أن يقـي أو يقـلل الخطـر الـذي قـد يلحـق بـــه أو بزوجتـــه أو بذريتـــه .

- لفـت انتبـاه طالبـة الـزواج الى مخـاطـر مـرض الحميـراء الـذي يمكـن أن تتعـرض له أثنـاء فتـرة الحمـل .

- أكـددت على عوامـل الخطـر بالنسبـة لبعـض الأمـراض .

سلمـت له هذه الشهـادة للمعني (ة) شخصيـا لاستعمـالها و الإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون .

حـرر بـ: ..... في: 15 MAI 2022

الحكيم مصطفى كمال
Dr. KAMEL MOSTEFA
Médecin Assistanté
Médecine Générale
Bir Ghbalou - Souira
N°: 08.02 31

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء
محكمة
رئيس قسم شؤون الأسرة
رقم :

أمر إعفاء من شرط سن الزواج

بتاريخ :
نحن رئيس قسم شؤون الأسرة .
- بعد الإطلاع على الطلب المقدم من السيد : الساكن ب :
و الرامي إلى إعفاء إبنته القاصرة من شرط سن الزواج .
- بعد الإطلاع على الوثائق المتمثلة في :
- وصل أداء الرسم القضائي رقم : المؤرخ في : .
- شهادة ميلاد أصلية للقاصرة مؤرخة في
- شهادة ميلاد أصلية لوالد القاصرة مؤرخة في
- شهادة ميلاد أصلية للزوج مؤرخة في
- شهادة طبية للقاصرة من الطبيب الأخصائي تثبت القدرة على الزواج مؤرخة في
- شهادة طبية للقاصرة من الطبيب الأخصائي تثبت عدم الحمل مؤرخة في
- شهادتين طبيتين لما قبل الزواج للقاصرة و الزوج المؤرختين في 06 .
- رخصة الإستغلال المؤرخة في.
- بعد الإطلاع على المواد 09 ،9 مكرر 18/13/11 من قانون الأسرة .
- بعد الإطلاع المواد 1/310 ، 311، 312، 1/460 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
و تم التأكد من قبول المعنية بالزواج و نظرا لأن الزواج يهدف إلى تكوين أسرة و إحصان الزوجين.
- حيث أن السيد أعلن قبوله بزواج إبنته القاصرة .

لهذه الأسباب

ترخص للبنت : المولودة في : .
بنت : و .
بالزواج مع السيد : المولود في . .
إبن : و.
أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق مع القول بالرجوع إلينا في حالة إشكال .
بذا صدر الأمر و وقع على أصله رئيس قسم شؤون الأسرة .

حرر في :
رئيس قسم شؤون الأسرة/

ملحق 03

الأستاذ ....في:2013/10/13 محكمة .....

محام معتمد لدى المجلس مكتب السيد رئيس المحكمة

شارع .....

إلى السيد رئيس محكمة تلمسان

طلب ترخيص بالزواج (إعفاء من سن الزواج)

طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة.

لفائدة:.....، الساكن بـ:.. عمارة ".." حي ....، في حقه الأستاذ:.....

يتشرف العارض أن يعرض على مقامكم مايلي:

- حيث أن السيد: ..... هو والد القاصرة الآنسة ..... و ولي أمرها.....وثيقة 01 مرفقة.
- حيث أن القاصرة الآنسة: ..... المولودة بتاريخ: ../../.... ب..... مؤهلة طبيا و بدنيا، و قادرة على ممارسة الحياة الزوجية .....وثيقة 02 مرفقة.
- حيث أن الآنسة: ..... ترغب في الزواج من السيد:..... المولود بتاريخ: ../../..... .....وثيقة 03 مرفقة.
- حيث أن السيد: .....موظف ومستقر في حياته و يرغب هو الآخر في الزواج من الآنسة: .....وثيقة 04 مرفقة.
- حيث أن أب الآنسة: ..... و ولي أمرها السيد: ..... ، يرى مصلحة إبنته في هذا الزواج و هو موافق عليه و يلتمس من سيادتكم ترخيص لها و إعفائها من شرط بلوغ سن الزواج.

*****لهذه الأسباب ومن أجلها*****

***يلتمس العارض من جنابكم الموقر:**

//**في الشكل:** قبول الطلب لتقديمه طبقا للقانون.

//**في الموضوع:** الترخيص للآنسة: ..... بالزواج من السيد: ..... طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة.

لكم واسع النظر فيما ترونه سيدي

تحت سائر التحفظات

عن العارض وكيله

أ.....

قائمة المراجع و المصادر

المصادر :

- القران الكريم ، برواية ورش
- **أولا : كتب الاحاديث**

1. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي،ط 1، بيروت، 1996 الحديث رقم 2629 كتاب الايمان، باب ماجاء ان الإسلام بدا غريبا و سيعود غريبا.
2. أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي: سنن الترميذي، (317/17)، (كتاب البيوع، باب ما جاء في كتابة الشروط، حديث 1216، و قال حديث حسن، وحسنه الالباني في كتاب: سنن الترميذي للالباني (290/1).
3. البخاري: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب قول النبي: من استطاع منكم الباءة، ج1302/3، حديث 5065)
4. البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ج 3 / 1302، حديث 5063
5. أنس بن مالك، الكافي الشافي، الصفحة أو الرقم 201، الدرر السني، .
6. البخاري، صحيح البخاري (كتاب النكاح)، ج 3، حديث 5090
7. معقل بن يسار، الالباني، صحيح ابي داود، ص 2050، حسن صحيح، اخرجه أبو داود 2050، و اللفظ له، و النسائي 3227.

ثانيا : المعاجم

1. إبراهيم مدكور، المعجم الوسيط ج1، دار المعارف، ط2، مصر، 1972.
2. ابي الحسين احمد بن فارس بن زكي، معجم مقاييس اللغة، مادة صلح، تحقيق و ضبط عبد السلام محمد هارون، ج3، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع،
3. إبراهيم مصطفى، المعجم الوسط، ج 1، باب الصاد ، د.ط، دار الدعوة، د.ب.ن، د.ت.ن، ص ، المكتبة الشاملة الحديثة تم الاطلاع عليه يوم 20 جوان ، على الساعة 16:00.

4. ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج2، باب الصاد، فصل الحاء، دار صادر.
5. مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 29، تح: محمود محمد الطناحي، طبعة المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الاداب، دار الهداية، 2004.
6. إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج5، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ -1987م.
7. أبي الحسين أحمد بن فارس زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج2، مادة حق، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة، 1399هـ - 1979م.
8. إسماعيل بن حماد للجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج4، مادة حقق، تح: أحمد عبد الغفو عطار، ط 3، دار العلم للملايين، بيروت – لبنان، 1404 هـ-1984م.
9. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، تح: علي محمد معوض ،عادل احمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 2000.
10. احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج3، عالم الكتب، ط 1، القاهرة، 2008.
11. محمد ناصر الدين الألباني (2000م) صحيح الترغيب والترهيب، ج2، مكتبة المعارف الرياض، ط 6، الفصل، رقم 67، - كتاب النكاح وما يتعلق به، الترغيب في النكاح، رقم الحديث (1917).

المراجع :

أولا : الكتب الأصولية و الفقهية

1. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، ج1، المدينة المنورة، (505، 450 هـ).
2. أبو زهرة، ابن حنبل، دار الفكر العربي، ط 1، مصر، د.ت.ن.
3. أبو زهرة، كتاب الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 4، د. ب، 1948.
4. ابي إسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات، ضبط، أبو عبيدة مشهور بن حسن ال سليمان، مج 2، دار ابن عفان، د.ب.ن، د.ت.ن.
5. ابي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، كتاب الموافقات، تحقيق الحسين ايت سعيد، مج3، القسم الثالث، منشورات البشير بن عطية، ط 1، المغرب، د.ت.ن.
6. ابي إسحاق الشاطبي، الاعتصام، المدقق محمد رشيد رضا، ج 2، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ب.ت.ن.
7. أبي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، خرج احاديثه ، مصطفى كمال وصفى ، ج2، دار المعارف ، د .ط، مصر 1119.
8. احمد محمد الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع، ط1، مصر 1423هـ – 2003 م .
9. احمد مصطفى الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، 1420 هـ –1999 م .
10. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية،1971.
11. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق، عبد الكريم العزباوي، ج18، 1979م.
12. الشرقاوي، نظرية المصلحة، ب د ر، ط 1، د ب ن، 1947.

13. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (الزواج)، دار الفكر العربي، ط1، السعودية، 1984.
14. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة طباعة نشر توزيع، ط6، العراق، 1976.
15. عبد اللطيف محمد عامر، احكام الاسرة في الإسلام، ج 1، ط 2، د. د. ن، د. ب.ن، 2004.
16. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، قواعد الاحكام في مصالح الانام، ج1، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، 1411-1991.
17. علي بن محمد الآمدي، الاحكام في أصول الاحكام، ج 4، دار الصميعي، الرياض، 2003.
18. عمر محمد جبه جي، مقاصد الشريعة الإسلامية (تعريفها –أهميتها–ادلتها–تاريخها–اقسامها–و طرق الكشف عنها–و قواعدها–و تطبيقاتها) ،
19. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ت: عبد الرحمان النجدي، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ - 1984م.
20. فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه،ج6 ، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ب ب ن، 1209/1149 م.
21. محمد احمد بوركاب، المصالح المرسلة و اثرها في مرونة الفقه الإسلامي، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية و احياء التراث، 2002.
22. محمد الطاهر ابن عاشور، تقديم حاتم بوسمة، مقاصد الشريعة الاسلامية، دار الكتاب المصري، القاهرة، 2011.
23. محمد يعقوب طالب عبيدي، النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة، الرياض، 2004
24. مصطفى إبراهيم الزلمي، احكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، نشر احسان للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، العراق، 2014.
25. مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الإسلام، الدار الجامعية، ط 4، بيروت، 1983 .

26. ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل الطبية، نظرة فقهية، للإرشاد الجيني، دار ابن الجوزي، ط1، السعودية، 1430 هـ.
27. ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل الطبية، نظرة فقهية، للإرشاد الجيني، دار ابن الجوزي، ط1، السعودية، 1430 هـ.
28. وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، ط 1، بيروت، 1999 .
29. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الاستحسان حقيقته انواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى الرياض، 1828هـ -2007م.
30. العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار، المصالح المرسلة في المعاملات، دار كنوز اشبيليا، ط1، اللسعودية، 1431هـ -2010 م
31. الطوفي، رسالة المصلحة، الدار المصرية اللبنانية، ط 1، 1993
32. عبد الرحمن الايجي عضد الدين، شرح مختصر المنتهى لابن الحاجب، ج2، المحقق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004

ثانيا : الكتب القانونية

1. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشاة المعارف، ط6، الإسكندرية، 1990.
2. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، دار النفائس، ط1، الأردن، 2000.
3. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (وفق اخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، ج1، احكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، الجزائر، 2010.
4. بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع و أربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، د. ت. ن
5. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة اكاديمية مدعمة بالادلة الشرعية و قانون الاسرة الجزائري، دار الفجر، د ط، الجزائر،د.ت.ن.

6. بوربارة عبد الرحمن ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، ط 2، الجزائر، 2009.
7. زودة عمر، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء اراء الفقهاء و احكام القضاء، دار Encyclopedia، ط 2، الجزائر، 2015 .
8. صفوان محمد عضيبات، نظرة فقهية الفحص الطبي قبل الزواج –دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 1، الأردن، 2009.
9. عامر قاسم احمد قيسي، المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع،، 2ط، الأردن، 2001 .
10. عبد الحكم فودة، الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية، منشاة المعارف، ب ط، الإسكندرية، 2007.
11. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط2، دار هومة، الجزائر، 2009.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
13. عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، ط1، الأردن ،1998.
14. كافي احمد، تقديم احمد الريسوني، توثيق الزواج فقها وقانونا، دار الكلمة، ط1، المنصورة ، د.ت.ن.
15. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، المكتب الإسلامي، ط 7، بيروت، 1999.

ثالثا : الدراسات الجامعية

أ-اطروحات الدكتوراه

1. شامي أمحد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة " دراسة مقارنة بني الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013-2014.

2. علي احمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون في جامعو الموصل، تخصص فلسفة في القانون العام، 1425هـ - 2004م.
3. العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي، إجازة المدرسة العليا، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008.
4. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دكتوراه في أصول الشريعة الإسلامية، من جامعة الازهر، مؤسسة الرسالة، 1965.

ب-رسائل الماجستير

1. اشرف مصطفى سدر، شرط المصلحة في الدعوى المدنية، ماجستير في القانون من كلية الحقوق و الإدارة العامة في جامعة بيرزيت، 2001.
2. بشير صياح مروي الخريشة، طبيعة شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الاسراء، د.ت.ن.
3. رتيبة عياش، احكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الخاص، 2006-2007.
4. سكيريفة محمد الطيب، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، 2016-2017.
5. سمية عبد الكريم جعبير، تقييد الزواج بالمصلحة الشرعية، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013 أسامة الأشقر، مستجدات فقهية، في قضايا الزواج دار النفائس، ط1، الأردن، 2000.
6. سمية قرين، المصلحة المرسلة ضوابطها و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي -مسائل السياسة الشرعية انموذجا- مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص فقه و أصول، كلية العلوم الاجتماعية و اعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2010-2011.

7. عبد الاله احمد أبو رحمة، المصلحة المرسلة في احكام السياسة الشرعية في عهد النبي، مذكرة انيل شهادة ماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة الإسلامية و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010 م/1431هـ.
8. فتحي مفلح صالح الصقر، تقييد المباح في قانون الأحوال الشخصية و تطبيقاته القضائية، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، عمادة البحث العلمي و الدراسات العليا، جامعة جرش ، د.ت.ن.
9. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه و اصوله، جامعة الحاج لخضر كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، قسم الشريعة 2008-2009.
10. محمد صبحي حسن العايدي، شرط الصفة في اطراف الدعوى القضائية و تطبيقاتها المعاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا الأردن، 2015.

ج- مذكرات الماستر

1. تومي حبيب طهراوي جمال الدين، المصالح المرسلة و تطبيقاتها الفقهية المعاصرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الفقه و اصوله، كلية العلوم الاجتماعية و الإنسانية، قسم الشريعة، جامعة اكلي محند اولحاج، 2019/2018.
2. رقيات محمد، الفحص الطبي قبل الزواج –دراسة تحليلية – في منظور الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، الجلفة، 2014/2013 .
3. نويوة بلال، احكام النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاسرة، جامعة محمد خيضر –بسكرة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014-2015.
4. هشام حضري، اثار الفحص الطبي على انعقاد عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.

رابعا : المقالات

1. احمد بورزق، (للا عائشة عدنان، الاسرة والمستجدات الطبية بين الثابت و المتغير التلقيح الصناعي نموذجا). **مجلة العلوم الإنسانية لجامعة ام البواقي**، عدد 2، مجلد 5 – ديسمبر 2018.
2. احمد شامي، فيروز بن شنوف، (المرسوم الرئاسي رقم 16– 254 وأثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصر في التشريع الجزائري). **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، المجلد 06، العدد 2، 2020/12/27 .
3. ايمن محمد علي حتمل،(الفحص الطبي قبل الزواج طبيا و شرعيا و قانونيا). **مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات** –العدد 40 (2) – كانون الأول، 2016.
4. بن طاع الله زهيرة،(شرط المصلحة و اثر زواله اثناء السير في الدعوى). **مجلة الاجتهاد القضائي**، المجلد 12 – العدد 02، 20 أكتوبر 2020
5. بوخاري فاطمة، حزاب ربيعة،(تحديد سن الزواج بين الفقه الإسلامي و قوانين الأحوال الشخصية)، المجلد 11، العدد 11، مارس 2020 .
6. جلال عليان، (وثيقة عقد الزواج بين الفقه المالكي و القانون الجزائري). **مجلة الاحياء** ، مج ، 19 ، ع، 23 ، ديسمبر 2019 .
7. خالد بن زيد الوذيناني، (عمل الزوجة واثره في النفقة دراسة فقهية)، **حوليات مركز البحوث و الدراسات الإسلامية**، العدد 23 .
8. سعيد خنوش،(التوثيق و اثره في اثبات الحقوق بين الزوجين).**مجلة معارف**، عدد23، ديسمبر 2017 .
9. عامر خليل إبراهيم،(المصلحة المرسلة عند ابن عاشور من خلال تفسيره)، **الجامعة العراقية**، العدد (201) لسنة 1433 هـ – 2012 م.
10. عبوب زهيرة، (طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي). **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، العدد 03 ، الجزائر، ديسمبر 2016 .
11. عزيز محمد علي الخطري، (المصلحة المرسلة عند الامام الغزالي). **مجلة كلية الآداب و العلوم الإنسانية علمية دورية محكمة** ،المجلد العدد (34) ،ابريل 2012.

12. علي جمعة عبد الله، (الاحكام الشرعية لصور التلقيح الاصطناعي). **المجلة اليبية للدراسات**، عدد 9، مجلد 2، 2015.
13. عماري براهيم،(إشكالية تعدد الزوجات بين الاباحة و التقييد في تشريعات الاسرة المقارنة)، **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، العدد 4، نوفمبر 2017
14. كريم زينب، كريم كريمة، (النظرة المقاصدية للفحص الطبي قبل الزواج المستحدث بالأمر 05-02 المعدل لقانون الاسرة الجزائري). **مجلة الدراسات الحقوقية**، المجلد 7، العدد 2، الجزائر ،جوان 2020 .
15. لمين لبنة،(زواج القصر بين المفهوم القانوني والمصلحة المعتبرة شرعا دراسة على ضوء تعديل قانون الاسرة و التطبيق القضائي له)**.مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية**، مجلد 5، عدد 2، سنة 2020.
16. لؤي سمير الحسيني،(النظام القانوني للدفع بعم القبول في الدعوى المدنية). **مجلة العدالة و القانون**، المجلد 2009، العدد، فلسطين، 13 -31 ديسمبر كانون الأول 2009 .
17. محفوظ بن صغير،(التشريع المصلحي بين النظرية و التطبيق). **مجلة البحوث و الدراسات**، معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، العدد 04، يناير، 2007.
18. مسعودي يوسف،(التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة الجزائري). **مجلة دراسات و أبحاث**، العدد 24، سبتمبر 2016.
19. مشهور حاتم الحارثي،(المصلحة المرسلة مفهومها، وحجيتها، و ضوابطها)**.مجلة جامعة الملك عبد العزيز**، الاداب و العلوم الإنسانية، م 26 ،ع 1 ، 2018.
20. مصطفى كاضم محمود المشهداني،(المصلحة و اثرها في تعدد الزوجات). **مجلة كلية العلوم الإسلامية**، العدد 61، 7 /شعبان/1441 هـ، 31/اذار/2020م.
21. موسى مرمون،(الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة 11/84 لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم له). **مجلة العلوم الإنسانية**، عدد 41، مجلد ب، الجزائر، جوان 2014.

خامسا : النصوص القانونية

أ-التشريعات

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج.ر، عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 21، مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429 ﻫ، 23 ابريل سنة 2008م.
- امر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الاسرة،ج.ر،عدد 15، 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 م.
- الامر رقم 74/ 15، مؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق ل 30 يناير سنة 1974، المتضمن الزامية التامين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور، و صدر بعده قانون رقم 31/88 المعدل و المتمم للامر رقم 15/74، الجريدة الرسمية العدد 29.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 ، مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427، الموافق لـ 11 مايو سنة 2006 ، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق احكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11.

ب-قرارات المحكمة العليا

- المحكمة العليا، غ.ق.خ، 1971/02/10، ن.ق، 1972، العدد 2 .
- المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 1966/12/07، مجلة جزائرية، 1968، العدد1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/02/10، ملف رقم 39394، م.ق، 1989، عدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/11/07، ملف رقم 51596، ن.ق، العدد 45 .

- محكمة عليا، غرفة أحوال شخصية 1991/06/18، ملف رقم 74375، م.ق، 1993، عدد 1 المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القرار بتاريخ 17 / 05 /1998، ملف رقم 167835، المجلة القضائية،1997، العدد 02،.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 45301، 1992 ،العدد 3.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/02/23، مجلة قضائية، 1996، ملف رقم 88856 ، عدد2.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/03/30، ملف رقم 90468، ع خ، 47 قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27 ن ملف رقم 35272، مجلة قضائية، 1990، عدد 3.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، العدد2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 136604، م.ق، 1997، عدد2.
- المحكمة العليا،غ.أ.ش،2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، العدد2.
- قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 2000/12/06 تحت رقم 238442، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، عدد 02 لسنة 2001.
- محكمة عليا، غ.أ.ش، 2005/01/19، ملف رقم 334060، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 1.
- محكمة عليا، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 356997، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد2 .
- المحكمة العليا،غ.أ.ش،2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، 2008، العدد1.
- قرارا صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1179435 قرار بتاريخ 2018/22/03، قرارات المحكمة العليا

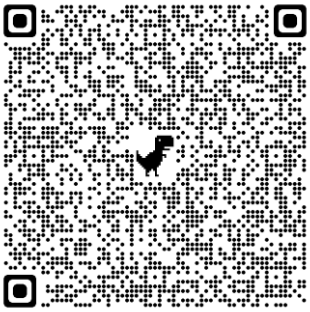
سادسا :دراسات فقهية قانونية

1. حاجي صليحة، (زواج القاصر). **فعاليات اليوم السادس: عشر سنوات من تطبيق مدونة الاسرة –الحصيلة و الافاق جامعة محمد الأول – الكلية متعددة التخصصات بالناظور**، المنظومة، 2018.
2. عبد الله احمد احمد عبد القادر الملحاني، **الصفة القانونية في الدفاع امام القضاء المدني (دراسة تحليلية)**. جامعة الحديدة 2021.
3. ياسر عبد الحميد جاد الله النجار، **التلقيح الاصطناعي من منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة.**

سابعا : المواقع الالكترونية

ينظر الى code QR في صفحة المراجع للتمكن من التقاطها بالهاتف .

عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، مشروعية الزواج، شبكة الالوكة، تم الاطلاع عليه في ماي 17 ماي 2022 على الساعة 22:12 .	
علي أبو الصل، ادلة مشروعية الزواج، شبكة الالوكة.	
المغيرة بن شعبة، الالباني، صحيح ابن ماجة، الدرر السنية،الموسوعةالحديثة. https://www.dorar.net/hadith/sharh/81466	
أبو هريرة، مسلم، صحيح مسلم، https://dorar.net/hadith/sharh/69805	
عمر محمد جبه جي، مقاصد الشريعة الإسلامية (تعريفها –أهميتها–ادلتها–تاريخها–اقسامها–و طرق الكشف عنها–و قواعدها–و تطبيقاتها).	
رابط المحكمة العليا (كل القرارات مأخوذة منه) https://www.coursupreme.dz	

أنس بن مالك، الكافي الشافي، الصفحة أو الرقم 201، الدرر السني.	

فهرس الآيات

الاية	السورة	رقم الاية	الصفحة
﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ۗ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾	الأحزاب	40	ب
﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾	الروم	30	ب
﴿ وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ ﴾	النمل	48	4
﴿ الَّذِينَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ﴾	الشعراء	152	4
﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ﴾	البقرة	11	4
﴿ وَإِلَىٰ مَدْيَنَ أَخَاهُمْ شُعَيْبًا ۗ قَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَٰهٍ غَيْرُهُ ۖ قَدْ جَاءَتْكُم بَيِّنَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ ۖ فَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴾	الاعراف	85	4
﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ وَلَا يَعْصِينَكَ فِي مَعْرُوفٍ ۙ فَبَايِعْهُنَّ وَاسْتَغْفِرْ لَهُنَّ اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾	الممتحنة	12	8
﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾	الانبياء	107	12

﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾	البقرة	185	112
﴿ قُلْنَا احْمِلْ فِيهَا مِنْ كُلٍّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ ﴾	هود	40	26
﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَى﴾	النجم	45	26
﴿ وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَٰذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ﴾	البقرة	35	26
﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾	البقرة	221	33
﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾	البقرة	235	33
﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾	النساء	1	33
﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ ﴾	النساء	3	33
﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾	النساء	20	34
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون ﴾	الروم	21	34
﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾	النجم	45	34

﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾	النور	32	34
﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾	الرعد	38	34
﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾	الطلاق	7	70
﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾	النساء	129	65
﴿ 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﴾	النساء	3	65
﴿ وَأَرْسَلْنَا الرِّيَاحَ لَوَاقِحَ ﴾	الحجر	22	61
﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾	الانسان	2	61
﴿ فَلْيَنظُرِ الْإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِن مَّاء دَافِقٍ يَخْرُجُ مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾	الطارق	7،6،5	61
﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۚ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴾	الطلاق	4	56
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾	البقرة	282	51
﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ ۖ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾	يوسف	66	51

﴿ وَلَا يُوثِقُ وَثَاقَهُ أَحَدٌ ﴾	الفجر	26	49
﴿ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ ﴾	محمد	4	49
﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴾	الفرقان	74	44
﴿هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ ۖ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ۖ إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾	آل عمران	38	44
﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰ أَن تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ ۖ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا ﴾	النساء	102	44
﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾	البقرة	195	43
﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	النساء	19	37
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	الروم	21	37
﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾	النساء	34	70
﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾	الطلاق	6	70
﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة	232	70

فهرس الأحاديث

نص الحديث	الصفحة
﴿ ان الدين بدا غريبا و يرجع غريبا فطوبى للغرباء الذين يصلحون ما افسد الناس من بعدي من سنتي ﴾	4
﴿يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإنه له وجاء﴾	34
﴿ لا نكاح الا بولي و شاهدي عدل ﴾	34
﴿ جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي –صلى الله عليه وسلم– يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أُخبروا كأنهم تقالوها فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم، قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدًا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدًا، فجاء رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إليهم فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني ﴾	35
﴿ من تزوج فقد استكمل نصف الايمان فليتق الله في النصف الثاني ﴾	35
﴿ ثلاثة حق الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والمكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف﴾	35
﴿ لا ضرر و لا ضرار ﴾	
﴿تنكح المراة لاربع: لمالها و لحسبها و لجمالها و لدينها، فاضفر بذات الدين تربت يداك﴾	38
﴿اتيت النبي صلى الله عليه و سلم فذكرت له إمرأة اخطبها فقال اذهب فانظر اليها فانه اجدر ان يؤدم بينكما... ﴾	44

﴿أنضرت اليها قال: لا، فقال: فاذهب فانظر اليها، فان في اعين الأنصار شيئا﴾	45
﴿تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الأمم ﴾	45
﴿قال لي العداء بن خالد بن هوذة:الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه و سلم ؟ قال، قلت: بلى، فاخرج لي كتابا " هذا ما اشترى بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله، اشترى منه عبدا او امة لا دواء و لا عائلة و لا خبثة بيع المسلم من المسلم ﴾	51
﴿لا نكاح الا بولي و شاهدي عدل﴾	51
﴿لو أن الماء الذي يكون منه الولد أهرقته على صخرة، لأخرج الله منها ولدا، و ليخلقن الله تعالى نفسا هو خالقها﴾	61
﴿تداووا، فان الله لم ينزل داء الا و قد انزل له شفاء، الا السام و الهرم ﴾ (الدرامي،1414/1993،ص 428،رقم: 6064)	62
﴿امسك اربعا و فارق سواهن﴾	66
فاتقوا الله في النساء، فانكم اخذتموهن بامان الله..	70
" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"	70

فهرس

اهداء

شكر و تقدير

مقدمة.....أ

اهم المختصرات ..... ي

الفصل الأول : ماهية المصلحة ومراعاتها في قيام الرابطة الزوجي

تمهيد: 2

المبحث الأول: تأصيل الاعتبار بالمصلحة في الفقه الإسلامي والقانون.....3

المطلب الأول: المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي.....3

الفرع الأول: مفهوم المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي.....4

أولا: تعريف المصلحة المرسلة.....4

ثانيا: اقسام المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي. 5

الفرع الثاني: حجية المصلحة في الفقه الإسلامي.....10

أولا: المثبتون لحجية المصالح المرسلة 10

ثانيا: المنكرون لحجية المصالح المرسلة 12

الفرع الثالث: ضوابط العمل بالمصلحة.....13

أولا: الملائمة لمقاصد الشرع.....13

ثانيا: عدم معارضتها لنص او اجماع كقياس صحيح.....14

ثالثا: لا تكون مفوته لمصلحة مساوية لها او اهم منها.....14

المطلب الثاني: المصلحة في القانون الجزائري.....14

الفرع الأول: المفهوم القانوني للمصلحة.....14

أولا: تعريف المصلحة في القانون 15
ثانيا: اوصاف المصلحة عند رجال القانون: 16
الفرع الثاني: أقسام المصلحة.....17
أولا: المصلحة المادية 18
ثانيا: المصلحة الأدبية (المعنوية).....18
الفرع الثالث: أثر زوال المصلحة في الدعوى المدنية.....19
أولا: الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة 20
ثانيا: طبيعة الحكم الصادر بعد القبول 19
المطلب الثالث: علاقة المصلحة ببعض المصطلحات في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....21
أولا: علاقة المصالح المرسلة بالاستحسان 21
ثانيا: علاقة المصلحة بالصفة.....23
ثالثا: علاقة المصلحة والحق.....24
المبحث الثاني: الزواج والمصالح المعتبرة في قيامه 26
المطلب الأول: مفهوم الزواج و المصلحة منه 26
الفرع الأول: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 26
أولا: تعريف الزواج لغة 26
ثانيا: تعريف الزواج اصطلاحا 27
الفرع الثاني: اعتبار المصلحة في اركان الزواج.....29
الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في شروط الزواج 29
أولا: أهلية الزواج.....29
ثانيا: الصداق.....30
ثالثا: الولي.....30

رابعا: شاهدان.....31
خامسا: انعدام الموانع الشرعية للزواج.....31
المطلب الثاني: مشروعية الزواج.....33
الفرع الأول: أدلة مشروعية الزواج من الكتاب 33
المطلب الثالث: حكم الزواج و المصالح المعتبر فيه 35
الفرع الأول: حكم الزواج.....35
أولا: يكون الزواج واجبا 36
ثانيا: يكون الزواج حراما.....36
ثالثا: يكون الزواج مكروها.....36
رابعا: يكون الزواج الزواج مباحا 36
خامسا: يكون الزواج مستحبا.....37
الفرع الثاني: المصالح المعتبرة في الزواج.....37
أولا: تحقيق السكينة و المودة والرحمة:.....37
ثانيا: حفظ النسل و النسب.....38
الفصل الثاني:اعتبار المصالح في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 39
تمهيد: .....Erreur ! Signet non défini.
المبحث الأول: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية قبل الزواج.....41
المطلب الأول: مسألة الفحص الطبي قبل الزواج 41
الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.....41
أولا: تعريف الفحص الطبي لغة.....41
ثانيا: تعريف الفحص الطبي في الاصطلاح 42
الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون و ادلتهم في مسالة الفحص الطبي قبل الزواج.....42

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وادلتهم من الفحص الطبي قبل الزواج ..42
ثانيا: موقف فقهاء القانون من مسالة الفحص الطبي.....45
الفرع الثالث: المصالح المعتبرة في مسالة الفحص الطبي 47
المطلب الثاني: مسألة توثيق الزواج.....48
الفرع الأول: تعريف توثيق الزواج.....49
أولا: تعريف التوثيق لغة.....49
ثانيا: تعريف توثيق عقد الزواج اصطلاحا.....49
الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون و ادلتهم في مسالة توثيق الزواج.....50
أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مسالة توثيق الزواج و ادلتهم.....50
ثانيا: موقف فقهاء القانون في مسالة توثيق عقد الزواج 52
الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة توثيق الزواج.....53
المطلب الثالث: مسالة أهلية الزواج (زواج القصر) 54
الفرع الأول: تعريف أهلية الزواج (زواج القصر).....55
أولا: تعريف أهلية الزواج (زواج القصر) لغة.....55
ثانيا: الاهلية في الاصطلاح.....55
الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون و ادلتهم في مسألة أهلية الزواج(زواج القصر).....55
أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وادلتهم من أهلية الزواج(زواج القصر) .56
ثانيا: موقف فقهاء القانون من أهلية الزواج(زواج القصر).....57
المطلب الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة أهلية الزواج (زواج القصر) 58

المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في بعض المسائل الاسرية بعد الزواج.....59
المطلب الأول: مسالة التلقيح الاصطناعي.....59
الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.....59
أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي لغة.....59
ثانيا: تعريف التلقيح الاصطناعي اصطلاحا.....59
المطلب الثاني: موقف فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون و ادلتهم في مسالة التلقيح الاصطناعي 60
الفرع الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم من مسألة التلقيح الاصطناعي.....60
أولا: موقف فقهاء الشريعة من مسالة التلقيح الاصطناعي.....60
ثانيا: ادلة فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة التلقيح الاصطناعي 61
الفرع الثاني: موقف فقهاء القانون من مسالة التلقيح الاصطناعي.....62
أولا: موقف المشرع الجزائري من مسالة التلقيح الاصطناعي.....62
ثانيا: تطبيقات الاجتهاد القضائي في مسالة التلقيح الاصطناعي.....63
الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة التلقيح الاصطناعي.....63
المطلب الثاني: مسالة تعدد الزوجات.....65
الفرع الأول: تعريف تعدد الزوجات.....65
أولا: تعريف تعدد الزوجات لغة.....65
ثانيا: تعريف تعدد الزوجات اصطلاحا.....65
الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون وادلتهم في مسالة تعدد الزوجات 66
أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و ادلتهم من مسالة تعدد الزوجات.....66
ثانيا: موقف فقهاء القانون في مسالة تعدد الزوجات 67

المطلب الثالث: مسالة النفقة بين الزوجين 70
الفرع الأول:تعريف النفقة بين الزوجين.....70
أولا: تعريف النفقة لغة.....70
ثانيا: تعريف النفقة اصطلاحا.....70
الفرع الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري و ادلتهم في مسالة النفقة بين الزوجين 71
ثانيا: موقف فقهاء القانون من مسالة النفقة بين الزوجين.....72
الفرع الثالث: اعتبار المصلحة في مسالة النفقة بين الزوجين 73
خاتمة.....75
ملاحق.....77
قائمة المراجع والمصادر.....81
فهرس الايات.....97
فهرس الاحاديث.....101
فهرس الموضوعات 103
ملخص المذكرة 109
ملخص المذكرة بالانجليزية 110

ملخص المذكرة

المصلحة هي المنفعة في الحقيقة و تطبق مجازا على الفعل الذي فيه صلاح، و هي الغاية التي يسعى اليها المشرع لتحقيقها من وضع القواعد القانونية .

و تنقسم المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها بحيث ان الاعتبار يكون ضروري و حاجي و تحسيني ،و باعتبار العموم و الخصوص .

اما ضوابط العمل بالمصلحة فيجب ان تكون ملائمة لمقاصد الشرع ، و عدم معارضتها لنص او اجماع كقياس صحيح ، ان لا تكون مفوته لمصلحة مساوية لها او اهم منها .

المصلحة في القانون لها عدت اوصاف فهناك المصلحة القانونية و المصلحة القائمة ،و المصلحة المحتملة ، اما اقسامها فهناك المصلحة المادية والمصلحة الأدبية .

و الدفع بعدم القبول لانتفاء المصلحة اثر زوال المصلحة في الدعوى المدنية .

و المصلحة لها علاقة مع مختلف المصطلحات و منهم الاستحسان في الجانب الفقهي و الصفة و الحق في الجانب القانوني.

تعتبر المصلحة عنصر جوهري في مسائل الاسرة خاصة معتبر بها بطريقة غير مباشرة و مجازية،

و يظهر ذلك في المسائل التي تطرقنا اليها من خلال ربط المصلحة مع مسائل قبل و بعد الزواج.

و قد احتوت هذه المذكرة على مقدمة و فصلين ، فصل نظري معنون بـ ماهية المصلحة و مراعاتها في قيام الرابطة الزوجية يحتوي على مبحثين المبحث الأول معنون بـ تأصيل الاعتبار بالمصلحة في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و المبحث الثاني معنون بـ الزواج و المصالح المعتبرة في قيامه و فصل تطبيقي معنون بـ اعتبار المصالح في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و خاتمة.

The interest is in fact the benefit and applies metaphorically to the act in which salah is, which is the purpose sought by the legislator to achieve it from the development of legal rules.

The interest is divided by its power in itself so that consideration is necessary and necessary and improved, and considering general and private.

As for the controls of working in the interest, it should be appropriate for the purposes of Islam, and not to oppose a text or consensus as a correct measure, not to be in equal or more important interest.

The interest in the law has a number of descriptions, there is the legal interest and the existing interest, and the potential interest, but its sections there is the material interest and the literary interest.

And to argue against accepting the lack of interest following the demise of the interest in the civil suit.

The interest has to do with various terms, including approval in the doctrinal aspect, adjective, and the right to the legal aspect.

The interest is an essential element in family matters, especially those considered indirectly and figuratively,

This is reflected in the issues we have addressed by linking the interest with matters before and after marriage.

This note contains an introduction and two chapters, a theoretical chapter entitled "What is the interest and its consideration in the

establishment of the matrimonial association" contains two researches of the first research entitled rooting the consideration of the interest in Islamic jurisprudence and Algerian legislation and the second article entitled marriage and the interests considered in its establishment and a practical chapter entitled considering interests in Islamic jurisprudence and Algerian legislation as a conclusion.