جامعة محمد بوضياف – المسيلة –
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

الرقم التسلسلي:

المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

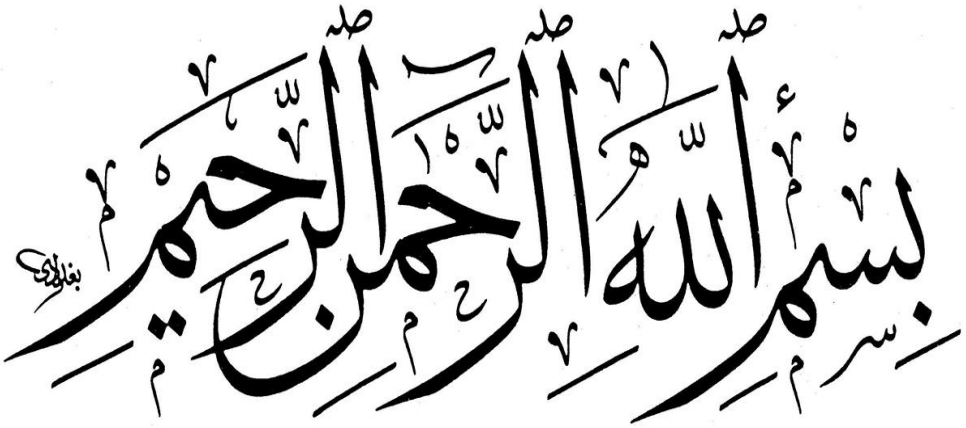
مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية
تخصص:

إعداد الطالبتين:
- ✓ بن ولهة رانية
- ✓ ولد سعد سعود سهام

إشراف الأستاذ:
محمد بوهالي

لـجنة المنـاقشة		
اسم ولقب الأستاذ	**الجامعة**	**الصفة**
	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	**رئيسا**
محمد بوهالي	**جامعة محمد بوضياف بالمسيلة**	**مشرفا ومقررا**
	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	**ممتحنا**

السنة الجامعية: 2021/ 2022



﴿ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلاَّ أُوْلُوا الأَلْبَابِ ﴾

آل عمران. . . 07

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: الصلاحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إعداد الطلبة:

1- بن ولهة رانيا رقم التسجيل: 161633065443

2- ولد سعد سعود سهام رقم التسجيل: 171735083692

القسم: علوم اسلامية **الشعبة:** شريعة **التخصص** شريعة وقانون

إشراف: الاستاذ توهامي محمد **الرتبة:** أستاذ مساعد

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2020-2021 وأسمح بإيداعه على مستوى إدارة القسم للمناقشة.

موافقة وإمضاء المشرف(ة)

رئيس فريق الاختصاص

رئيس القسم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

الرقم: /2021

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): بداوي لهلة رانية

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): ~~طالب~~، ~~استاذ باحث~~، ~~باحث دائم~~

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 400149200

الصادرة بتاريخ: 2021/12/27 عن دائرة: وادي الماء

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: علوم إسلامية

تخصص: الشريعة والقانون تحت رقم التسجيل: 161633065443

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها: المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 13/09/2022

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

الرقم: / 2021

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): ولد سعد سعود سهام

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): ~~استاذ باحث~~، باحث دائم

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200357921

الصادرة بتاريخ: 2016/04/25 عن دائرة: حمام عيسى

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: علوم إسلامية

تخصص: الشريعة والقانون تحت رقم التسجيل: 171735083692

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها: خلعة الرسالة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 13/09/2022

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

شكر وتقدير

قال الله تعالى: ﴿لئن شكرتم لأزيدنكم﴾، (سورة إبراهيم الآية 07).

اشكر الله عز وجل الذي قدرني على انجاز هذا العمل المتواضع ووفقني على إتمامه.

ثم أتقدم بالشكر الجزيل والامتنان إلى أستاذي الفاضل «محمد بوهالي » الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا البحث،

والذي لم يبخل عليَّ بعلمه وتوجيهاته ووقته، فجزاه الله كل خير وبارك فيه.

دون أن أنسى أعضاء لجنة المناقشة وأخصهم بالشكر لموافقتهم على مناقشة بحثي المتواضع.

كما أشكر كل من ساهم من قريب أو من بعيد في مد يد العون لي لإنجاز هذا العمل المتواضع.

إهـــداء

الحمد لله ربي العالمين ،والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف المرسلين صلوات الله وسلامه عليه ،وعلى آله وصحبه ومن استن بسنته وسارا على نهجه إلى يوم الدين أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي وعملي هذا المتواضع ،إلى من أوصى بهما المولى عز وجل في قرآنه " وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا" إلى والديا الكريمين حفظهما الله وسدد خطاهم وجزاهم الله عني أحسن الجزاء

إلى الذي قاسمني أفراحي وصبر على اساتي وكان نعم السند زوجي الغالي حفظه الله وسدد خطاه

إلى من شاركتني مشقة البحث فقاسمتني الجهد متحلية بالصبر متميزة بالوفاء إلى صديقتي بن ولهة رانية

إلى الذين كانوا لي شموعا أضاءت سواد الليل الدامس ،فأوضحوا ما غم لي وتشابه في حياتي ،شيوخا كانوا أو أساتذة ومعلمين وعلى رأسهم من قبل إشرافه عن عملنا هذا المتواضع استاذنا الكريم بوهالي محمد أمين حفظه الله وسدد خطاه

إلى كل من أحمل له المودة والتقدير في حياتي وكل من كان سبب في إتمام دراستي

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تشملهم مذكرتي لكم جميعا أهدي هذا العمل المتواضع راجية من المولى العلي القدير أن يجعله في موازين حسناتنا وينفع به العباد والبلاد ولد سعد سعود سهام

ولد سعد سعود سهام

إهـــداء

أهدي ثمرة جهدي :

إلى من أدين له بحياتي إلى من يزيدني انتسابي له وذكره فخرا واعتزازا إلى من ساندني في كل خطوة خطوتها وجد وتعب من أجل تعليمي لأُصِلّ إلى هذا المكان

"أبي العزيز حفظه الله ورعاه"

إلى أغلى ما أملك تفي هذه الدنيا إلى من كانت سببا في وجودي على هذه الأرض، إلى من حرمت نفسها وأعطتني إلى من وضعت الجنة تحت قدميها

" أمي حبيبتي أ طال الله في عمرها"

إلى من كانوا لي السند والمعين " إخوتي وأخواتي " حفظهم الله ورعاه"

إلى كل من جمعتني بهم مقاعد الدراسة.

بن ولهة رانية

قائمة أهم المختصرات

ج: الجزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.م.ن: دون مكان نشر.

د.ط: دون طبعة.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: عدد.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية

مقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، أما بعد:

تتسم الشريعة الإسلامية بأنها شاملة لنواحي الحياة الإنسانية كلها، وخالدة تصلح لكل زمان ومكان، وقائمة على رعاية مصالح العباد، ومن المعلوم أنه يستجد في كل عصر مشكلات وحاجات ومصالح مختلفة تنشأ عن تطور الحياة الإنسانية، لذا كان لا بد أن يجتهد العلماء في كل عصر ليقدموا الأجوبة والحلول لهذه القضايا المستجدة بما يحقق مصالح العباد في ضوء الشريعة الإسلامية.

ولقد فصلت الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بأمور العيادات المحضة بإقامة الدليل القطعي عليها ولم يترك فيها مجالا للاجتهاد، وأما ما يتعلق بأمور العادات ومعاملات الناس قلم يفصل فيها فجاءت أحكامها بجملة وترك التفصيل فيها للمجتهدين ليقرروا حسب ما تقتضيه المصلحة وما تتطلبه الظروف المستجدة وذلك في ظل الضوابط والمقاصد الشرعية ، وكانت غاية الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها واحدة وثابتة وهي تحقيق مصلحة العباد إما عاجلا أو آجلا، فما من حكم شرعته إلا وله مقصدا وهدفا يستهدفه .

والحكم الجديد الذي اقتضته المصلحة نتيجة للتغيرات والمستجدات لا سبيل إليه إلا بسلوك مناهج اجتهادية شرعت أصول كلية وقواعد منهجية تابعة للنصوص الشرعية خدمة لهذه المستجدات واستنباطا للأحكام الشرعية بواسطتها، فكان من جملة ما شرع قاعدة – المصلحة المرسلة – هذه القاعدة التي تهتم بواقع الناس ومستجدات حيالهم باعتبارها الأصل الذي يرجع إليه في آليات أحكام المسائل الجديدة التي ليس لها دليل خاص تستند إليه، اعتبارا مقاصد الشرع وتحقيقا للغاية الكبرى التي جاء من أجلها التشريع وهي جلب المصالح ودرء المفاسد.

ومنه فإن تطبيقات المصلحة المرسلة تدخل في جميع المجالات المختلفة للحياة السياسية والاقتصادية والأسرية ، وحتى الطبية منها والتي تكتسي أهمية خاصة نظرا لتعلقها بحياة الفرد، مما جعلها من ابرز المجالات التي تحتاج إلى إعمال قاعدة المصلحة المرسلة ،

ونذكر من بينها موضوع التلقيح الاصطناعي هذا الأخير الذي عرف الكثير من الجدل والاختلاف.

- **أهمية الموضوع:**

- أن قاعد المصلحة المرسلة تعد من أهم مصادر التشريع التي تثبت مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان .
- أن قاعدة المصلحة المرسلة تعد من أهم قضايا العصر وذلك لحاجة الناس إليها باعتبارها الأصل الذي تبنى عليه أحكام الكثير من المستجدات لاسيما في الوقت الراهن .
- أن معرفة ضوابط العمل بقاعدة المصلحة المرسلة من شأنها أن تحول دون الوقوع في كثير من المفاسد .

- **أساب اختيار الموضوع:**

- **الأسباب الموضوعية:**

- كثرة التساؤلات والإشكالات المطروحة في فهم هذا الموضوع.
- ظهور الكثير من المستجدات والتغيرات في حياة الأفراد .
- شيوع استعمال قاعدة المصلحة المرسلة في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري.

- **الأسباب الذاتية:**

تكمن في رغبتنا في دراسة موضوع المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري.

- **أهداف البحث:**

يهدف البحث إلى:

- إبراز أحكام الفقه الإسلامي فيما يخص تطبيقات قاعدة المصلحة المرسلة
- المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالمصلحة المرسلة في قضية التلقيح الاصطناعي.

*** إشكالية البحث:**

بناءا على ما سبق التطرق إليه يمكن طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

ما مدى تطبيق قاعدة المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري؟

تندرج تحت هذه الاشكالية التساؤلات الجزئية التالية:

- ما هو دليل حجية العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكية؟
- ماهي أقسام المصالح المرسلة عند علماء الأصول؟
- ماهي ضوابط العمل بالمصالح المرسلة؟
- أين تظهر المصالح المرسلة في قانون الأسرة الجزائري؟

*** المنهج المعتمد في البحث:**

نظرا لطبيعة الإشكالية المطروحة وتحقيقا للأهداف المسطرة، فمن الأنسب لهذه الدراسة الاعتماد على المنهج الوصفي لأنه يتلاءم مع السرد والوصف ونقل بعض التعريفات كما هي.

كما تم الاعتماد على المنهج المركب بين الاستقراء والتحليل والمقارنة، فالاستقراء يكمن في عرض آراء الفقهاء وبيان أدلتها والتحليل الموضوعي لكل عناصر البحث وجزئياته والربط بينها، وارتأينا إلى مقارنة كل جزئية بحسب الفقه الإسلامي ونظرة القانون لها.

- **الدراسات السابقة:**

- سمية قرين ، المصلحة المرسلة ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي –مسائل السياسة الشرعية أنموذجا – مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص فقه واصول ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية ، قسم الشريعة ، 1431هـ-1432هـ / 2010 م- 2011م.
- محمد الهادي التجاني، المصالح المرسلة واثرها في القضايا الطبية المعاصرة، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص الفقه واصوله، جامعة الوادي، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الإنسانية ، شعبة العلوم الإسلامية ، 1434هـ/1435 هـ – 2013م/2014م.

- خالد حدة ، أحكام التلقيح الاصطناعي في ظل قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص قانون أسرة ، جامعة أكلي أولحاج البويرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص ، 2014/2013.

- **خطة البحث:**

لقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، أين خصص الفصل الأول ماهية المصلحة المرسلة، والذي بدوره قسم إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها حيث جاء في الشق الأول المصلحة المرسلة مفهومها وحجيتها أما في الشق الثاني فكان أقسام المصلحة المرسلة، أما بالنسبة للمبحث الثاني فعنون بالمصلحة المرسلة شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وهو بدوره قسم إلى شقين الأول شروط المصلحة المرسلة ، والثاني تطبيقات المصلحة المرسلة.

أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في قانون الأسرة وشمل بدوره مبحثين ، فكان المبحث الأول معنون بالمصلحة المرسلة المتعلقة بالمسائل الطبية في قانون الأسرة الجزائري وشمل مطلبين الأول التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري أما الثاني فكان الفحص الطبي قبل الزواج ، وحمل المبحث الثاني عنوان تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة وتحدثنا فيه عن تسجيل عقد الزواج وتوثيقه كمطلب أول والقضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة مطلبا ثانيا.

الفصل الأول

ماهية المصلحة المرسلة

تمهيد:

المبحث الأول: مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها

المبحث الثاني: المصلحة المرسلة شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي

خلاصة الفصل.

تمهيد:

إن الشريعة السلمية اتجهت في جميع أحكامها إلى غاية واحدة وثابتة وهي تحقيق مصلحة العباد إما عاجل أو آجل، فما من حكم شرعته إلا وله مقصدا وهدفا يستهدفه وما من واقعة تقع إلا ويجب إيجاد حكم يناسبها في ضوء الفهم العام لمقاصد الشارع وقواعده العامة، وهذا يقتضي الأخذ بمصادر أخرى تابعة للأدلة الأصلية وعدم الوقوف على حرفية هذه الأخيرة.

ولما كان هذا الحكم الجديد الذي اقتضته المصلحة نتيجة للتغيرات والمستجدات لا سبيل إليه إلا بسلوك مناهج اجتهادية شرعت أصول كلية وقواعد منهجية تابعة للنصوص الشرعية خدمة لهذه المستجدات واستنباطا للأحكام الشرعية بواسطتها، فكان من جملة ما شرع قاعدة المصلحة المرسلة هذه القاعدة التي تهتم بواقع الناس ومستجدات حياتهم باعتبارها الأصل الذي يرجع إليه في إثبات أحكام المسائل الجديدة التي ليس لها دليل خاص تستند إليه، اعتبارا بمقاصد الشرع وتحقيقا للغاية الكبرى التي جاء من أجلها التشريع وهي جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي بذلك تعتبر مسلكا من مسالك الاجتهاد التطبيقي الذي يسعى إلى تنزيل الأحكام الشرعية وتطبيقها على الواقع بعيدا عن الحكم النظري المجرد.

ولهذا سنتناول في هذا الفصل المصلحة المرسلة في مبحثين، حيث جاء المبحث الأول بعنوان مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها، أما المبحث الثاني فعنون بالمصلحة المرسلة شروطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي.

المبحث الأول : مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها

سنحاول في هذا المبحث الوقوف على مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها وأنواعها، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، حيث نعالج في المطلب الأول مفهوم المصلحة المرسلة وحجيتها ، أما في المطلب الثاني فنعالج فيه أقسام المصلحة المرسلة .

المطلب الأول : المصلحة المرسلة مفهومها وحجيتها

نتناول في هذا المطلب كلا من مفهوم المصلحة المرسلة وحجيتها، ولكن قبل تعريف المصلحة المرسلة لابد أولا من الوقوف على معنى المصلحة على حدى، ومعنى المرسلة من جهة ثانية، ثم توضيح المعنى المركب المصلحة المرسلة كفرع أول ، وحجية المصلحة المرسلة فرعا ثانيا.

الفرع الأول : مفهوم المصلحة المرسلة

لابد من إيضاح المعنى اللغوي بشيء من التفصيل لأنه الأساس الذي يبنى عليه المعنى الاصطلاحي.

فالمصلحة: واحدة المصالح والصلاح ضد الفساد.[1]

وهي كالمنفعة وزنا ومعنى ، فهي مصدر بمعنى الصلاح، كالمنفعة بمعنى النفع.[2]

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، فصل الحاء باب الصاد، ج2 ص517 والرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، وفاته 666هـ، مختار الصحاح، كتاب الصاد، ص154، مكتبة لبنان – بيروت –1995م، تحقيق محمود خاطر. والفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، وفاته 817، القاموس المحيط، باب الحاء فصل الصاد، ص 209، دار الفكر، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتب البحوث والدراسات، 1995م. وانظر الزبيدي، محب الدين محمد مرتضى الحسيني الواسطي ، وفاته 1205هـ، تاج العروس من جواهر القاموس، باب الحاء فصل الصاد، ج4 ص 125 – 126 دار الفكر، 1994م . والجوهري، إسماعيل بن حماد، وفاته 393هـ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، باب الحاء فصل الصاد ، جاص 384، دار العلم للملايين – بيروت – ط3، 1984م تحقيق أحمد بن عبد الغفور عطار.

[2] – البوطي ، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص 37، دار الفكر دمشق ، ط 4، 2005م.

ولذلك اشتقت لها صيغة المفعلة الدالة على اسم المكان الذي يكثر فيه ما منه اشتقاقه، وهو هنا مكان مجازي،[1] وهو كون الشيء على هيئة كاملة، بحسب ما يراد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة، والسيف على هيئته الصالحة للضرب به.[2]

والذي يؤخذ من المعاجم، أنها والمفسدة ضدان، فهي ما يترتب على الفعل ويبعث على الصلاح، ومنه سمي ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه مصلحة، تسمية للسبب باسم المسبب، مجازة مرسلا.[3]

فالعلم والربح واللذة والراحة والصحة وغيرها كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأي طريق حصلت، كما أن الجهل والخسارة والمرض وغيرها مفاسد في ذاتها مضرة بأصحابها.[4]

وكل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب – أي جلب المصالح والمنافع – أو بالدفع – دفع وإبعاد المضار والمفاسد – فهو جدير بأن يسمى مصلحة.[5]

وعليه فالمصلحة تترد بين معنيين :

الأول حقيقي: أنها المنفعة حقيقة ، من صلح يدل على خلاف الفساد.

الثاني مجازي: إذ أنها واحدة المصالح والصلاح ضد الفساد.

---

[1] – ابن عاشور ، محمد الطاهر ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 203، دار النفائس ، تحقيق محمد الطاهر الميساوي.

[2] – شلبي ، محمد مصطفى ، تعليل الأحكام ،ص 278، النهضة العربية – بيروت – 1981م .

[3] – زيد ، مصطفى ، المصلحة في التشريع الإسلامي، ص 243، دار اليسر للطباعة والنشر – مصر – ط 3، 2006م عناية وتعليق د. محمد يسري .

[4] – الزرقا ، مصطفى احمد ، الاستصلاح والمصالح المرسلة ، ص 40 ، دار القلم – دمشق – ط1، 1988م .

[5]– البوطي ، مرجع سابق ، ص 37.

- **المصالح اصطلاحا:** لقد عرفها علماء الأصول قديما وحديثا بتعاريف عدة متقاربة المعاني ومختلفة المباني وهذه بعض تعريفات لها:

- **تعريف الغزالي (ت 505ه):** في معرض حديثه عن الأصل الرابع من الأصول الموهومة؛ الذي هو الاستصلاح أو المصلحة المرسلة، عرف المصلحة بأنها "عبارة في الأصل عن جلب منفعة ودفع مضرة".[1]

ولكن سرعان ما بين لنا أنه لا يعني به ذلك، أي أن هذا التعريف ليس هو التعريف المقصود عنده اصطلاحا للمصلحة، لأن جلب المنفعة ودفع المضرة كما وضح مقاصد للخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

ثم عرفها بتعريف آخر راه مناسبا لها فقال: "ولكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع"[2]، ثم بعد ذلك بين لنا أن مقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم".[3]

- **تعريف الخوارزمي (ت 568ه):** عرفها بأنها "المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد على الخلق ".[4]

- **تعريف شيخ ابن تيمية (ت 728ه):** في معرض كلامه عن طرق الأحكام الشرعية قال: "هي المنفعة الحاصلة أو الغالبة ".[5]

---

[1] – المستصفى، أبو حامد محمد الغزالي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413ه – 1993م، ص174.

[2] – المصادر نفسه.

[3] – المصدر نفسه .

[4] – البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، دار الكتبي، الطبعة الأولى، 1414ه– 1994م، ج8، ص83.

[5] – مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1425ه– 2004م، ج11، ص 345.

- **تعريف الشاطبي (ت 790هـ):** ذكر أن المراد بالمصلحة هو: "ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ".[1]

من خلال تعاريف المصلحة التي وقفنا عليها نلاحظ أن العلماء كلهم متفقون على أن المصلحة راجعة إلى قصد الشارع وأن العقل لوحده لا يدرك المصالح والمفاسد، وعلى هذا يمكن القول أن التعريف الأنسب والأمثل والجامع لكل هذه التعاريف أن المصلحة هي: "كل ما من شأنه أن يحقق منافع للناس دون الخروج عن قصد الشارع".

- **تعريف المرسلة :**

- **المرسلة لغة:** من الإرسال وهو الإطلاق والتخلية، وقيل هو الإهمال وقيل أيضا هو التوجيه[2]، فالمرسلة إذن في اللغة هي المطلقة وضد المقيدة.
- **المرسلة اصطلاحا:** عند البحث عن مصطلح "الإرسال" عند علماء الأصول بنجده مقترنا بالمصالح، وحسب علمنا وبحثنا لا نعلم له معنى خاصا به، وعليه يكون المعنى الاصطلاحي للمرسلة هو نفس المعنى اللغوي الذي ذكرناه آنفا أي: المطلقة.

إن المتمعن في أقوال العلماء يجد أن "المصالح المرسلة" يطلق عليها أكثر من اسم، فمنهم من يسميها "الاستصلاح" ومنهم من يسويها "الاستدلال المرسل" ومنهم من يسويها "المناسب المرسل" وهناك أيضا من يطلق عليها اسم "القياس المرسل" ومع تعدد أسمائها إلا أنها تصب في معنى واحد، وعلى هذا نقول لا مشاحة في الاصطلاح.

وسنقتصر على بعض تعريفات الأصوليين للمصلحة المرسلة فيما يلي:

---

[1] – الاعتصام، أبي إسحاق إبراهيم الشاطبي، تحقيق محمود بن الجميل، دار الامام مالك، الجزائر، الطبعة الأولى، 1431-2010م، ص 345.

[2] – انظر: تاج العروس من جواهر القاموس، سيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق عبد الفتاح الحلو، التراث العربي، الكويت، 1418هـ – 1997م، ج 29، ص72.

- **تعريف الغزالي (ت 505هـ):** عرفها بقوله: "كل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي، علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع ".[1]
- **تعريف الرازي (ت 606هـ):** عرفها بأنها "المناسب الملائم الذي لا يشهد له أصل معين بالاعتبار"[2]، ثم بين لنا مقصود كلامه بأن المصالح المرسلة لا يشهد لها أصل معين بالاعتبار فقال: "يعني: أنه اعتبر جنسه في جنيه لكن لم يوجد له أصل يدل على اعتبار نوعه في نوعه وهذا هو المصالح المرسلة"[3]، ومعنى هذا الكلام أن المصالح المرسلة معتبرة شرعا بجنسها لا بعينها، أو أنه لا يوجد نص خاص من الكتاب أو السنة يشهد لها بالاعتبار أو الإهدار، ولكتها على سنن المصالح وتتلقاها العقول بالقبول.[4]
- **تعريف ابن تيمية (ت 728هـ):** "وهو أن يرى المجتهد أن هذا الفعل يجلب منفعة راجحة؛ وليس في الشرع ما ينفيه".[5]
- **تعريف الشاطبي (ت 790هـ):** في مورد بيانه للفرق بين المصالح المرسلة والبدع عرفها بقوله: "ما سكتت عنه الشواهد الخاصة فلم تشهد باعتباره ولا بإلغائه "[6]، وقبل هذا التعريف منه ذكر أن "المصالح المرسلة يرجع معناها إلى المناسب الذي لا يشهد

---

[1] – المستصفى، الغزالي، ص179.

[2] – المحصول في علم أصول الفقه، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ – 1997م، ج5، ص167.

[3] – المصدر نفسه.

[4] – انظر: المحاضرات، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطى، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1426هـ، ص 37.

[5] – مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ج11، ص342.

[6] – الاعتصام، الشاطبي، ص346.

له أصل معين، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياسا بحيث إذا عرض على العقول تلقته بالقبول ".[1]

كما تعرض لشرحها في كتابه الموافقات فقال: "هو كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائما التصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم إفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمتعذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعيا قد يساوي الأصل المعين، وقد يربو عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه".[2]

وأما تعاريف المعاصرين فهي كثيرة وعديدة، لعلنا نكتفي بذكر تعريف واحد الأحد علماء الأصول البارزين في هذا العصر ألا وهو:

- **تعريف محمد الأمين الشنقيطي** : قال "هي أن لا يدل دليل خاص على اعتبار مناسبة ذلك الوصف ولا على إهدارها[3]، بعد هذا التعريف وضح أكثر فقال: "وإنما قيل لها مصلحة، لأن المفروض تضمن الوصف المذكور لإحدى المصالح الثلاث، وإنما قيل لها مرسلة لإرسالها؛ أي إطلاقها عن دليل خاص يقيد ذلك الوصف بالاعتبار أو بالإهدار، وتسمى: المرسل، والمصالح المرسلة، والاستصلاح".[4]

---

[1] – المصدر نفسه، ص 344.

[2] – الموافقات، أبي إسحاق إبراهيم الشاطبي، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ-1997م، ج1، ص32.

[3] – المحاضرات، محمد الأمين الشنقيطي، ص 32.

[4] – المرجع نفسه، ص 33.

من خلال كل التعاريف التي رأيناها "للمصالح المرسلة" يمكن أن نخلص إلى تعريف نعتقد أنه الأنسب ألا وهو: "كل ما من شأنه أن يحقق منافع للناس وفق مقاصد الشارع وقواعده العامة ولم يشهد له نص شرعي لا باعتبار ولا بإلغاء".

الفرع الثاني : حجية المصلحة المرسلة

يعتبر المذهب المالكي هو أحد المذاهب التي اعتمدت على المصلحة المرسلة وحجية العمل بالمصلحة المرسلة عند المالكية تظهر فيما يلي أولا جمع القران ثانيا اتفاق الصحابة على حد شرب الخمر ثالثا قتل الجماعة بالواحد قصاصا .

وتتابع علماء المذهب المالكي على نسبة القول بالمصالح المرسلة إلى مالك، وعلى عد هذا الأصل من الأصول التي تميز بها المذهب المالكي عن سواه من المذاهب، إما على سبيل التفرد المطلق به، وإما على سبيل كثرة التفريع على وقفه، كما سيأتي بحثه في موضعه .

والمصلحة تساير الاجتهاد المالكي في أي وجهة هو موليها، وهي مشايعة له في أي شعب من شعاب النظر سلك، فالمصلحة بحق هي " قطب الرحى في المذهب المالكي".[1]

وهذه مزية تجعل هذا المذهب من أشد المذاهب في الالتفات إلى المصالح التي راعاها الشارع في أحكامه، وأحسنها في مسايرة طبيعة التطور الحاصل في الحياة، وأجودها في النظر إلى مصالح الناس تحصيلا لها ورفعا للحرج المتوقع أو الواقع بالخلق، مما يكفل لهذه الشريعة الخالدة الصلوحية للتشريع في كل زمان ومكان، من غير أن تخرج بالناس عن سماحة الإسلام ويسره .[2]

وهذا القاضي ابن العربي قيم مذهب مالك، ومحققه يبرز أن نظر مالك يختلف عن نظر غيره من الأئمة ، بأنه أكثر لحظا للمصالح، واعتبارا لها في اجتهاداته، فقال في مسألة

[1] – مالك حياته وعصره – آراؤه الفقهية ، أبو زهرة (ط 2، د. الفكر العربي 1952) ، ص 335

[2] – الأصول الاجتهادية التي بين عليها المذهب المالكي : د. حاتم باي ، ص 107 .

اختلف فيها مالك والشافعي – رحمهما الله تعالى – : " والشافعي ومن سواه لا يلحظون الشريعة بعين مالك رحمه الله، ولا يلتفتون إلى الصالح، ولا يعتبرون المقاصد، وإنما يلحظون الظواهر، وما يستنبطون منها".[1]

وكلام ابن العربي وإن كان فيه من التعميم الذي ليس يرضى ولا يوافق عليه، إلا أن أصل تميز مالك وأصحابه بالنظر المصلحي مما لا يمكن أن يدفعه منصف .[2]

وفي المقام أورد نصوصا من أئمة المذهب المالكي في تقرير هذا الأصل أصلا لمالك ، وأصلا للمذهب المالكي:

قال أبو عبيد الجبيري (ت 378هـ) :" وقد ترد له رحمه الله نصوص في حوادث عدل فيها عن الأصول التي أصلها : أما... بالأصلح فيما لا نص فيه، ما لم يمنع من ذلك ما يوجب الانقياد له" .[3]

وقال ابن العربي:" عول مالك رحمه الله في هذه المسألة على المصلحة، وهي أحد أركان أصول الفقه على ما بيناه...".[4]

وقال ابن رشد الحفيد في " بداية المجتهد" عن القياس المرسل :".... وقد أنكره كثير من العلماء، والظاهر من مذهب مالك القول به "[5]، وقال في موضع آخر :" مالك رحمه الله

[1] – أحكام القرآن : ابن العربي (ط3 ، د. الكتب العلمية ، ت . محمد عبد القادر عطا ، 2003) ، 2\125 .

[2] – الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي ، ص 108

[3] – المرجع السابق ، الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي ، ص 108.

[4] – القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ، ابن العربي ، ت . محمد عبد الله ولد كريم (ط1 ، د. الغرب الإسلامي) 105/4.

[5] – بداية المجتهد ، ابن رشد القرطبي ، (بدون طبع ، ن. دار الحديث – القاهرة ، 2004)،38/3.

يعتبر المصالح، وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها"[1]، وقال : " ... القياس المرسل، أعني المصلحي، الذي كثيرا ما يقول به مالك".[2]

وقال ابن رشد الحفيد في كتاب " الضروري في أصول الفقه" : " وقد عذل مالك رحمه الله على هذا، فإنه كثيرا ا يلتفت إلى هذا الجنس".[3]

قال القراني في " الذخيرة " : المصلحة المرسلة قال بما مالك رحمه الله و جمع من العلماء".[4]

وقال ابن السراج :" تقرر من أن مذهب مالك رحمه الله القول بالمصلحة المرسلة، وهي أن تكون المصلحة كلية محتاجا إليها ..." وقد عد هذا الأصل من قواعد المذهب وأصوله غير واحد من أئمة المذهب، منهم الدردير، حيث قال :" من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة" .

وقال النفر واي في تناوله لبعض المسائل المبنية على المصلحة :"... فالعمل بهما من المصالح العامة التي بني عليها الإمام مذهبه" وعزاه للمالكية المقري في مواضع من قواعده قال :" الالتفات إلى المصلحة من قبيل المرسل الذي تثبته المالكية، وينكره الجمهور باللسان، وإن قل منهم من يسلم من الوقوع فيه ".[5]

وقال في مسألة قال فيها ابن الجويي بالمصلحة المرسلة :" وهذا بالمالكية وأهل المصالح المرسلة أولى، بل هو وجه مذهبهم"[6]

---

[1] – المرجع السابق ، 35/1.

[2] – المرجع نفسه 327/2.

[3] – الضروري في أصول الفقه : ابن رشد الحفيد ، ت . محمد علال سيناصر ، (ط1، د. الغرب الإسلامي ،1994 بيروت– لبنان) ، ص 128 .

[4] – الذخيرة 10/ 45 .

[5] – القواعد : محمد بن عبد الله المقري، (ن. مركز إحياء التراث الإسلامي مكة ، ت . أحمد بن عبد الله حميد ، بدون طبع) طبع) ، ص 486 .

[6] – المرجع نفسه ، ص 1160.

ودليل اعتبار المصلحة المرسلة عند الإمام مالك رحمه الله عمل الصحابة رضي الله عنهم بها من غير أن ينكر منهم أحد وهم خير أسوة وإليك جملة من الأمثلة على ذلك .[1]

المثال الأول : جمع المصحف في عهد أبي بكر رضي الله عنه .

فروي عن زيد بن ثابت – رضي الله عنه – قال : أرسل إلي أبو بكر – رضي الله عنه – مقتل) أهل (اليمامة ، وإذا عنده عمر – رضي الله عنه – قال أبو بكر): إن عمر أتاني فقال : إن القتل قد استحر بقراء القرآن يوم اليمامة ، وإني أخشى أن يستحر القتل بالقراء في المواطن كلها فيذهب قرآن كثير ، وإني أرى أن تأمر بجمع القرآن . قال : فقلت له : كيف أفعل شيئا لم يفعله رسول الله ﷺ ؟ فقال لي : هو – و الله – خير، فلم يزل عمر يراجعي في ذلك حتى شرح الله صدري له ، ورأيت فيه الذي رأي عمر . قال زيد : فقال أبو بكر : إنك رجل شاب عاقل لا نتهمك ، قد كنت تكتب الوحي الرسول الله ﷺ ، فتتبع القرآن فاجمعه . قال زيد : فو الله لو كلفوني نقل جبل من الجبال ما كان أثقل على من ذلك[2] . فقلت : كيف تفعلون شيئا لم يفعله رسول الله ﷺ ؟ فقال أبو بكر : هو والله خير ، فلم يزل يراجعي في ذلك حتى شرح الله صدري للذي شرح صدريهما فتتبعت القرآن أجمعه من الرقاق والعسب واللخاف، ومن صدور الرجال .[3]

فهذا عمل لم ينقل فيه خلاف عن أحد من الصحابة .

المثال الثاني : اتفاق أصحاب رسول الله ﷺ على حد شارب الخمر

اتفق أصحاب رسول الله ﷺ على حد شارب الخمر ثمانين، وإنما مستندهم فيه الرجوع إلى المصالح والتمسك بالاستدلال المرسل ، قال العلماء : لم يكن فيه في زمان

[1] – أنظر : أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية، د. فاديغا موسى ، ط1، د. التدمرية، 2007، ص 435 – 443.

[2] – الاعتصام ، ص 613 .

[3] – أخرجه البخاري كتاب فضائل القرآن باب جمع القرآن/ الفتح الباري ، 8/ 627.

رسول الله ﷺ حد مقدر، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير، ولما انتهى الأمر إلى أبي بكر – رضي الله عنه – قرره على طريق النظر بأربعين، ثم انتهى الأمر إلى عثمان – رضي الله عنه – فتتابع الناس فجمع الصحابة – رضي الله عنهم – فاستشارهم، فقال علي – رضي الله عنه – : من سكر هذي ومن هذي افترى ، فأرى عليه حد المفتري.[1]

المثال الثالث : قتل الجماعة بالواحد قصاصا

أنه يجوز قتل الجماعة بالواحد، والمستند فيه المصلحة المرسلة، إذ لا نص على عين المسألة ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو مذهب مالك والشافعي، ووجه المصلحة أن [دم] القتيل معصوم، وقد قتل عمدا، فإهداره داع أنه إلى خرم أصل القصاص، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه، وليس أصله قتل المنفرد فإنه قاتل تحقيقا ، والمشترك ليس بقاتل تحقيقا.[2]

فإن قيل : هذا أمر بديع في الشرع وهو قتل غير القاتل، قلنا: ليس كذلك، بل لم يقتل إلا القاتل ، وهم الجماعة من حيث الاجتماع عند مالك والشافعي، فهو مضاف إليهم تحقيقا إضافته إلى الشخص الواحد، وإنما التعيين في تنزيل الأشخاص منزلة الشخص الواحد، وقد دعت إليه المصلحة فلم يكن مبتدعا مع ما فيه من حفظ مقاصد الشرع في حقن الدماء، وعليه يجري عند مالك قطع الأيدي باليد الواحدة.[3]

المطلب الثاني : أقسام المصلحة المرسلة

لقد ارتأينا في هذا المطلب تقسيمه إلى فرعين حيث نتناول في الفرع الأول تقسيم المصلحة باعتبار قوتها ، أما في الفرع الثاني فقد خصصناه لتقسيم المصلحة باعتبار الشارع لها.

إن المتأمل في كتب الأصول لا يكاد يجد من قسم المصلحة المرسلة بالقدر المفصل إلا بعض الإشارات للغزالي، بقدر ما توسعوا في بيان أقسام المصلحة عامة، إلا أن هذا

---

[1] – الاعتصام ، ص 115 .

[2] – أصول فقه الإمام مالك ، المرجع السابق ، ص 443 .

[3] – الاعتصام ، 624 .

التقسيم الأخير يعتبر تقسيمة ثانية للمصلحة المرسلة بطريق غير مباشر، وقد أشار إلى ذلك ابن عاشور بعد ذكره الأنواع المصلحة بقوله: "وليس غرضنا من بيان هذه الأنواع مجرد معرفة مراعاة الشريعة إياها في أحكامها المتلقاة عنها... وإنما غرضنا من ذلك، أن نعرف كثيرة من صور المصالح المختلفة الأنواع المعروف قصد الشريعة إياها، حتى يحصل لنا من تلك المعرفة يقين بصور كلية من أنواع هاته المصالح، فمتى حلت الحوادث التي لم يسبق حلولها في زمن الشارع ولا لها نظائر ذات أحكام متلقاة منه، عرفنا كيف ندخلها تحت تلك الصور الكلية فثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكلياتها، وهذا ما يسمى بالمصالح المرسلة"[1]، فالحكم بالمصلحة المرسلة قد يكون في قسم الضروري أو الحاجي أو التحسيني، كما أشار إلى ذلك الغزالي.[2]

تنقسم المصلحة في الشريعة الإسلامية إلى عدة أقسام بعدة اعتبارات؛ فهي تنقسم باعتبار قوتها، وباعتبار الشارع لها، وباعتبار خصوصها وعمومها. والذي يعنينا في هذا المقام اعتباران لهما بالمصالح المرسلة ومباحثها علاقة وصلة؛ وهما اعتبارها من حيث قوتها ومن حيث اعتبار الشارع لها.

الفرع الأول: تقسيم المصلحة باعتبار قوتها

والمقصود قوتها في التأثير على الأمة، وقوة حاجتها إليها، وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلى ثلاثة أقسام

أولا/ المصالح الضرورية

وهي أعلى أنواع المصالح في الشريعة الإسلامية ، يقول الإمام الغزالي "الضرورات هي أقوى أنواع المصالح.[3]

[1] – ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص83 .

[2] – ينظر: الغزالي، المستصفى، المصدر السابق: ج1، ص420.

[3] – المرجع نفسه: ص174.

وتعريفها كما قال الشاطبي: "أنها لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين".[1]

وعرفها ابن عاشور بقوله: "هي التي تكون الأمة بمجموعها وأحادها في ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظام باختلالها، بحيث إذا انخرمت تؤول الأمة إلى فساد وتلاش".[2]

وهذه المصالح كما بينها العلماء هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل. يقول الغزالي: "ومقصد الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم".[3]

فحفظ هذه الركائز الخمسة هو : " الحد الأدنى الضروري لإقامة النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي على نحو تستقيم به الحياة الإنسانية، ويحفظ للإنسان بقاءه وكرامته، ولو فقدت بعضها اختل نظام الحياة الإنسانية وفسدت أمورها السياسية والاجتماعية والاقتصادية، بحيث تصير فوضى تستحيل معها الحياة الاجتماعية ".[4]

ونظرا لأهمية هذه الضروريات ، فإنه يستحيل ألا تشتمل عليه شريعة من الشرائع أو ملة من الملل؛ يقول الشاطبي: "وقد اتفقت الأمة بل سائر المال على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس ".[5]

لكن شريعة الإسلام هي أكثر من اهتم بهذه الضروريات وحثت عليها وأحاطتها " بسياج الحفظ الدائم ولو في الأحوال التي يظن فوات المصلحة من سائر جوانبها، كما يقال

---

[1] – الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق: ج2، ص6.

[2] – ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، المرجع السابق: ص76.

[3] – الغزالي، المستصفى، المصدر السابق: ص174.

[4] – فوزي خليل، المصلحة العامة من منظور إسلامي، ص89.

[5] – الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق: ج1، ص28.

في الشيخ الهرم المنهوك بالمرض، الفقير الجاهل، الذي لم يبق فيه رجاء نفع ما ، فهو مع هذه الأحوال محترم النفس، محافظة على مصلحة بقاء النفوس".[1]

يقول البوطي: " والدليل على انحصار مقاصد الشارع في هذه الأمور الخمسة الاستقراء، فقد دل تتبع جزئيات الأحكام الشرعية المختلفة على أنها كلها تدور حول حفظ هذه الكليات الخمسة".[2]

أما طريقة حفظ الشارع لهذه الضروريات؛ فهو بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها؛ وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود. والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ؛ وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[3].

ثانيا: المصالح الحاجية

وعرفها الشاطبي بقوله: "معناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإن لم تراع؛ دخل على المكلفين – على الجملة. الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة".[4]

وهي كما عرفها ابن عاشور: "ما تحتاج الأمة إليه لاقتناء مصالحها وانتظام أمورها على وجه حسن، بحيث لولا مراعاتها لما فسد النظام، ولكنه كان على حالة غير منتظمة، فلذلك لا يبلغ مبلغ الضروري.[5]

[1] – ابن عاشور، المرجع السابق: ص64.

[2] – البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق: ص111.

[3] – الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق: ج2، ص6.

[4] – الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق: ج2، ص8.

[5] – ابن عاشور، المرجع السابق: ص80.

فالمصالح الحاجية إذا تمثل حد أدنى من المصالح الضرورية، فلا تبلغ قوتها، إلا أن الأمة محتاجة إليها لاستقامة حياتها، فلولاها لدخل على الأمة الحرج والعنت، وأصبحت الحياة شاقة إلى حد كبير.

ومن أمثلتها: "فيما يتعلق بحفظ الدين: شرع العبادات دعما لأركانه، وشرع الرخص المخففة، كالنطق بكلمة الكفر لتجنب القتل، وكالفطر بالسفر، والرخص المناطة بالمرض. ومثالها فيما يتعلق بحفظ النفس: إباحة الصيد والتمتع بالطيبات، وهو ما زاد على أصل الغذاء. ومثالها فيما يتعلق بحفظ المال: التوسع في شرعة المعاملات، كالقرض والسلم والمساقاة. ومثالها فيما يتعلق بحفظ النسب: شرع المهور والطلاق، وشرط توفر الشهود.. إلخ.[1]

ثالثا: المصالح التحسينية

وهذه هي الرتبة الثالثة من مراتب المصالح؛ وهي لا ترجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكن تقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزائد، ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات.[2]

يقول الشاطبي: "ومعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات، التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق، وهي جارية فيما جرت فيه الأوليات.[3]

ولربما يتساءل أحد هنا فيقول: لماذا أدخل مكارم الأخلاق في التحسينيات مع أن الأخلاق أمر ضروري للحياة؟ . والجواب هو أن من تأمل كلام الشاطبي يجده ذكر "مكارم الأخلاق "؛ أي ما كم وزاد عن الحاجة، أما الأخلاق الأساسية فلا شك أنها من الضروريات؛

[1] – البوطي، المرجع السابق: ص111.

[2] – ينظر: الغزالي، المستصفى، المصدر السابق: ص175.

[3] – الشاطبي، المصدر نفسه ص 9.

فتجنب الزنا خلق، وعدم السرقة خلق، وتجنب قتل النفس بغير حق خلق إلخ، وهذه كلها من الضروريات.[1]

الفرع الثاني: تقسيم المصلحة باعتبار الشارع لها

إن الشارع الحكيم هو المعين الأول للمصالح، وكل مصلحة توزن بحسب قربها أو بعدها من تعيينه؛ يقول الرازي: "وبالجملة فالأوصاف إنما يلتفت إليها إذا ظن أن الشارع التفت إليها، وكلما كان التفات الشارع إليه أكثر، كان ظن كونه معتبرة أقوى، وكلما كان الوصف والحكم أخص، كان ظن كون ذلك الوصف معتبرة في حق ذلك الحكم آكد، فيكون لا محالة مقدما على ما يكون أعم منه".[2]

والمصالح بهذا الاعتبار تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أولا/ ما شهد له الشارع بالاعتبار

وتسمى بالمصالح الشرعية، وهي "حجة ويرجع حاصلها إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ؛ ومثاله حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرم، قياسا على الخمر"[3]؛ وهي بهذا حجة على كل مسلم، لا يجوز إهمالها ولا استبدالها.

وهذا الاعتبار يعرف بأحد مسالك التعليل والتي هي: النص، الإيماء والتنبيه، السبر والتقسيم ... إلخ.

ثانيا/ ما شهد له الشارع بالبطلان

وتسمى بالمصالح الموهومة أو الملغاة، وسميت "مصالح" من باب التغليب، وإلا فهي ليست بمصالح.

وهي على العكس بالنسبة لعلاقتها بنصوص الوحي ومقاصد الشريعة –بالنسبة لسابقتها– فهي تنفك من هذه الأصول جميعا، ومن ثم فهي مصالح ملغاة، أولا يعتبرها

---

[1] – من كلام الدكتور أحمد الريسوني، في محاضرة ألقاها بمدينة فاس، تحت عنوان "أثر الأخلاق في التنمية البشرية"، يوم الأحد 11 دجنبر 2005، بالمركب الثقافي "الحرية" .

[2] – محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني ج2 (ط: 1، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1400هـ)، ص 229.

[3] – الغزالي، المستصفى، المصدر السابق: ص173–174.

الشارع مصالح، بل هي مصالح متوهمة وليست حقيقية، إذ العبرة في النفع والضر أو المصالح والمفاسد بتقدير الشارع، وليست بتقدير العقول المطلقة من نصوص الوحي ومقاصد الشريعة، ولا بتجارب الناس وعوائدهم، إذ إن هذه تسمى في الشرع "هوى" يؤدي إلى وقوع التنازع والتقاتل والصراع".[1]

وقد مثلوا لها بما وقع لأحد ملوك الأندلس؛ حيث جامع زوجه في نهار رمضان، فأفتاه أحد الفقهاء بوجوب صيام شهرين متتابعين، مع أن النص واضح في وجوب العتق قبل الصيام، وهذه مخالفة صريحة للنص بمصلحة توهمها هذا الفقيه، متعللا بأنه لو أفتاه بذلك لسهل عليه واستحقر إعتاق رقبة في جنب قضاء شهوته. يقول الغزالي: "وهذا قول باطل ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة، وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع بسبب تغير الأحوال ".[2]

فهذا الفقيه نظر إلى مصلحة الزجر لكنه أغفل مصلحة أهم منها ؛ وهي مصلحة الرقاب التي تتحرر وتخرج من الرق؛ وهذا باطل.[3]

ثالثا/ ما لم يشهد له الشارع بالاعتبار ولا بالبطلان

وهذا القسم يسمى في اصطلاح الأصوليين ب "المصالح المرسلة" ويعرفونها بأنها المصلحة التي أرسلها الشارع فلم يشهد لها بالاعتبار ولا بالبطلان، فلا دليل خاص عليها لكن عموميات الشريعة تشهد لها.

هذه بعض أقسام المصلحة في الشريعة الإسلامية، أردنا إيضاحها وتبيينها حتى يكون المسلمون على بينة منها؛ لأن معرفتها تجعلهم بكل أصنافهم – مجتهديهم وعوامهم، يسيرون على بينة من أمرهم فلا يقدمون ما حقه التأخير، ولا يؤخرون ما حقه التقديم، وبذلك تستقيم أمورهم وتنتظم أحوالهم.[4]

---

[1] – فوزي خليل، المرجع السابق: ص 95.

[2] – الغزالي، المستصفى، المصدر السابق: ص174.

[3] – عبد الله محمد صالح، المرجع السابق: ص27.

[4] – المرجع نفسه.

المبحث الثاني : المصلحة المرسلة شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي

بعد الانتهاء من مفهوم المصلحة المرسلة وحجيتها وتبيان أقسامها جاء هذا المبحث لتبيان شروط المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، وهو بدوره قسم إلى مطلبين فكان المطلب الأول هو شروط المصلحة المرسلة ، وتطبيقات المصلحة المرسلة مطلبا ثانيا.

المطلب الأول: شروط المصلحة المرسلة

إن العمل بالمصلحة المرسلة، أمر يجب فيه التحفظ والحذر، حتى تتحقق صحة المصلحة، ومن هذا المنطلق كانت ضوابط المصلحة، حتى لا يتجرأ مرضى القلوب، وأصحاب الأفكار المسمومة والمستوردة، على الشرع بفتاوى لا علاقة لها به لا من قريب ولا من بعيد، متذرعين بالمصلحة، ففيها خطر عظيم إن بقيت مطلقة من غير ضابط يضبطها.

الفرع الأول: ضرورة ضبط المصلحة المرسلة

لابد من ضبط المصلحة خوفا من إنطلاقها من عقالها، فنقل الزركشي عن ابن دقيق العيد قوله" لست أنكر على من اعتبر أصل المصالح، لكن الاسترسال فيها، وتحقيقها يحتاج إلى نظر شديد ربما خرج عن الحد المعتبر ".[1]

لقد بين كل من قال بالمصلحة المرسلة ضوابطها في نظره، إلا ما جاء به الطوفي من عدم وضوح في مسألة المصلحة، فظاهر قوله في شرحه لحديث لا ضرر ولا ضرار تدل على أنه أطلق المصلحة دون ضوابط ولا قيود، كما بينت عند بحث رأي الطوفي في المصلحة، فنجد الإمام الغزالي اشترط شروطا تختلف عما اشترطه إمام الحرمين أو الشاطبي.

الفرع الثاني: ضوابط المصلحة المرسلة

سنتناول في هذا الفرع مجموعة من الضوابط ، وهي أن لا تعارض نصا خاصا قطعيا ، وكذا الملاءمة لمقاصد الشرع ، وأن لا تدخل مجال العبادات وما جرى مجراها من

[1] – خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، ص 85.

الأمور الشرعية ، وأن تكون المصلحة محققة ، واخيرا في المجتهد الذي يتبين المصلحة أو يبني الحكم عليها، وفيما توضيح لهذه الضوابط .

الضابط الأول : أن لا تعارض نصا خاصا قطعيا.

والدليل الخاص هو كل لفظ موضوع لمعنى معلوم على الانفراد ،[1] والدليل الخاص، يكون قطعيا، ويكون ظنيا، فالقطعي في دلالته وثبوته، لا يجوز أن تقدم المصلحة عليه، إلا في حالة الضرورة، كما في المثال الذي ذكره الغزالي – تترس الكفار بأسرى المسلمين – فالمصلحة فيه كما بين الغزالي، ضرورية قطعية كلية .[2]

والأدلة على حرمة قتل المسلم قطعية الدلالة والثبوت، فتقديم المصلحة على النص هنا استثناء من القاعدة لعارض ما .[3]

ويستطيع الباحث أن يقطع بعدم وجود مصلحة تعارض نصا خاصا يقول أبو زهرة " بل على التحقيق لا يمكن أن تكون ثمة مصلحة في غير موضع النص القطعي في دلالته وثبوته، وما يتوهمه العاقل مصلحة معارضة للنص، هو مثارات الهوى لبست لبوس المصالح، وليست منها"[4] وقد بينت خطأ ادعاء الطوفي في ذلك، فإنه لم يستطع أن يأتي بمثال واحد يوضح قوله، إلا إذا كان يقصد النص الظني، كما بينت .[5]

وعلى هذا لا يصح اعتبار المصلحة التي تقضي بجواز الاستسلام للعدو، بحجة الحفاظ على النفوس والأموال، ومساواة البنت بالولد في الميراث – لتساويهما في القرابة، وذلك لمعارضتها للنصوص القطعية[6] ولو كان تقديم المصلحة على النص على الإطلاق

---

[1] – الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج 4 / ص 167 168 .

[2] – شعبان ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 138 ، بتصرف .

[3] – شلبي ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 294 295 .

[4] – حسب الله ، أصول التشريع الإسلامي ، ص 154.

[5] – الصالح، مصادر التشريع ومناهج الاستنباط ، ص 321 .

[6] – الزركشي، البحر المحيط ، ج4 ، ص 381 .

لأدى ذلك إلى ضياع الشريعة كليا، وفتح الباب لتقديم المصلحة على النص على مصراعيه بدعوى التطور يؤدي إلى قيام مجتمع يبيح شرب الخمر وكشف العورات، والفطر في رمضان – كمن قال التدخين لا يفطر– ويسقط حق الملكية والتوارث، ويمنع الطلاق وتعدد الزوجات .[1]

وهذا ما نعانيه في أيامنا ممن ينسبون أنفسهم إلى العلم زورا وبهتانا، أصحاب الفتاوى المغرضة. أما الدليل الظني في ثبوته مثل خبر الواحد، أو في دلالته، مثل النص العام المتواتر– عند من يقولون بظنية دلالته – من قرآن أو سنة، فقد وقع فيه خلاف بين العلماء الذين قالوا بالمصلحة كدليل شرعي، فمن العلماء من لا يقدم مصلحة على نص ، ولو كان الحديث أحادة مثل أكثر الحنابلة[2] لذا نجد شيخ الإسلام ابن تيمية اشترط في الأخذ بالمصلحة المرسلة عدم مصادمتها للنصوص[3] ومنهم من قد يرجح المصلحة المرسلة على النصوص الظنية في دلالتها أو ثبوتها كالمالكية كما قال الشيخ أبو زهرة [4]، ومنهم من يرجح يرجح مطلق المصلحة على النص كالطوفي .[5]

إلا أن الدكتور البوطي ومثله الدكتور حسين حامد قد نفيا بشدة ، وبالأمثلة التطبيقية، القول بأن المالكية يخصصون النص بالمصلحة[6]، ويرى الشيخ الزرقا أن لا داعي لهذا الإنكار الشديد التخصيص النص العام بالمصلحة أو تقييد المطلق عند المالكية ، فإنهم يقولون إن النص العام غير قطعي الدلالة، فيكون ذلك عندئذ تفسيرا للنص العام .[7]

---

[1] – الشنقيطي ، المصالح المرسلة ، ص 36.

[2] – الدواليبي ، المدخل إلى علن أصول الفقه ، ص 443 . والبوطى ، ضوابط المصلحة ، ص 137– 130 . والصالح، محمد أديب ، مصادر التتشريع ومناهج الاستنباط ، ص 371.

[3] – السرخسي ، أصول السرخسي ، ج 1 / ص 124 .

[4] – الغزالى، المستصفى ، 175– 176.

[5] – حسب الله ، أصول التشريع الإسلامي ، ص 160 .

[6] – انظر ، رأي الطوفي ص 87 .

[7] – أبو زهرة ، أحمد بن حنبل ، ص 274.

ومما يؤيد قول الزرقا أن البوطي نفسه يقول ذلك عند معارضة المصلحة لنص ظني[1]، وإني أرى أن النص الظني في دلالته أو ثبوته، إن عارضته مصلحة دلت عليها قواعد الشريعة ومقاصدها، ولم يعارضها نص خاص، أو مصلحة أخرى أرجح منها، فعندئذ تقدم المصلحة على النص من باب التفسير أو التقييد أو الفهم، ويكون المرجح هنا النصوص الدالة على المصلحة وليس المصلحة المجردة.

هذا على خلاف ما يقول الطوفي فإنه يقدم مطلق المصلحة على النص، حيث يدل ظاهر عبارته على ذلك[2]، أما بالنسبة إلى عدم معارضة المصلحة للقياس كما قال الدكتور البوطي.[3]

فقد منع تقديم المصلحة على القياس لأن القياس في نظره يؤول إلى الكتاب والسنة ، وأنه أقوى في ظنيته من المصلحة المظنونة.[4]

إلا أنني أرى أن ذلك محل نظر، فأقول – على قلة بضاعتي – إذا قدم القياس على المصلحة لأنه يؤول إلى الكتاب والسنة، فهل يا ترى : أن المصلحة التي رجح الدكتور القول بها وقال : إنها باتفاق الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة[5] هل كانت مطلقة عن الدليل من كتاب أو سنة؟

فإذا قلنا نعم فهذا ضرب من التشريع بالرأي، وهذا لا يقول به عالم معتبر ، وإذا كانت الثانية عند ذلك ألزمنا أنفسنا بالدليل، وكانت المصلحة المرسلة تؤول إلى الكتاب والسنة، وإن كانت ظنية فالقياس ظني كذلك، وإذا كان المقيس يشترك مع المقيس عليه في

---

[1] – شعبان ، أصول الفقه الإسلامي ، ص 139.

[2] – حسب الله ، أصول التشريع الإسلامي ، ص 164 .

[3] – أبو زهرة، أحمد بن حنبل ، ص 273.

[4] – رحال ، علاء الدين حسين ، معالم وضوابط الاجتهاد عند شيخ الإسلام ابن تيمية ، دار النفائس ، الأردن ، ط1 ، 2002م ، ص 200.

[5] – أبو زهرة ، أحمد بن حنبل ، ص 274.

علة مشتركة، فالمصلحة تعتمد على مقاصد الشرع وقواعده العامة التي دل عليها الكتاب والسنة وليس هناك مقرر شرعي أو أمر متفق عليه يحول دون الرجوع للمصلحة، وترك القياس إذ ليست مراعاة القياس – كمصدر تشريعي مستقل – أولى من مراعاة المصلحة المندرجة في مقاصد الشارع ومقرراته العامة، وبخاصة حين يؤدي اتباع القياس إلى نقيض ذلك .[1]

الضابط الثاني : الملاءمة لمقاصد الشرع :

وعندما اشترط الشاطبي ملاءمة المصلحة المقاصد الشرع ، إنما أراد عدم معارضتها النصوص حيث قال " بحيث لا تنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله "[2]، فلن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع إلا إذا كانت لا تعارض دليلا من أدلته، ومقاصد الشرع ليست محصورة – وقد بينت ذلك عند الحديث عن أقسام المصلحة – في الضروري أو الحاجي الذي يصل إلى حد الضرورة كما شرط الغزالي[3] مع أنه لم يشترط ذلك في شفاء الغليل ولا في المنخول، وإنما اشترط، ملائمة المقاصد، وعدم تغيير النصوص .[4]

ولا يصح أيضا ما قاله الشاطبي من حصرها في الضروري أو رفع حرج لازم في الدين[5]، وقد ناقشت : حصر المصلحة في الضروري والحاجي فقط، دون التحسيني وغيرها من قبل، وبينت خطأ ذلك[6]، أما شرط أن تكون المصلحة تحفظ ضرورية، أو ترفع حرجا، فهو : قصر للعمل بالمصلحة المرسلة في ميادين معينة .[7]

---

[1] – أبو زهرة: أحمد بن حنبل، ص 274.

[2] – البوطى ، ضوابط المصلحة ، ص 202–215 . وحسان ، نظرية المصلحة ، ص 108– 192.

[3] – الزرقا ، الاستصلاح ، ص 93 ، الهامش

[4] – البوطي ، ضوابط المصلحة ، ص 215 .

[5] – الطوفي ، شرح الأربعين النووية – شرح حديث – "لا ضرر ولا ضرار " أنظر ملحق رسالة مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي ، ص 261 .

[6] – البوطي ، ضوابط المصلحة ، ص 229.

[7] – البوطي: المرجع السابق ، ص 248–249.

وإلا كانت تدور في باب الضرورة فقط، وهذا لا يصح . فالمقصود بهذا الضابط في الحقيقة أن تكون من جنس المصالح لا غريبة عنها .

الضابط الثالث : أن لا تدخل مجال العبادات وما جرى مجراها من الأمور الشرعية[1]

وقد فصلت ذلك في بحث مجالات المصلحة المرسلة، وأنها في باب المعاملات والعادات فقط.

الضابط الرابع : ان تكون المصلحة محققة :

أما إذا كانت من المصالح المتوهمة أو المظنونة، فلا يجوز العمل بها، أي أن يكون العمل بها يجلب نفعا أو يدفع ضررا[2]، فالمصلحة المتوهمة لا يجوز العمل بها مثل المصلحة الموجودة في سلب الرجل الحق في الطلاق وجعله بيد القاضي لأن المنفعة في ذلك لا تساوي المنفعة التي تتحقق بتثبيت الطلاق بيد الرجل، ومثل المصلحة المتوهمة في تجويز إرضاع الكبير دفعا لمفسدة الخلوة المحرمة، ففي ذلك دفع لمفسدة، بمفسدة أعظم منها، وهذا لا يكون من جاهل بحال، فضلا عن العالم، ومثلها القول بجواز تقبيل الشباب للفتيات في الأماكن العامة، وقد رددتها من قبل في هذا البحث .

أما المصلحة المظنونة ففيها تفصيل، فإذا كان يغلب على الظن أنها تتحقق ، فلا مانع من إعمالها وقد فصل ابن عاشور القول في ذلك[3] وانظر ذلك في تقسيم المصلحة من حيث القطع والظن من هذا البحث .

أما اشتراط أن تكون المصلحة عامة وليست خاصة كما فعل الغزالي[4] وغيره فهذا غير مسلم به لوجود كثير من المصالح الخاصة التي تراعيها الشريعة، مثل حفظ المال من

---

[1] – البوطي ، ضوابط المصلحة ، ص 419 .

[2] – بلتاجي ، محمد ، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري ، ج1 ، ص 459 ، دار السلام – .

[3] – الشاطبي ، إبراهيم ، الاعتصام ، ج1/ ص 364 .

[4] – الغزالي، المستصفى ، ص 176 .

السرف بالحجر على السفيه، فذلك نفع لصاحب المال ليجده عند رشده أو يجده وارثه من ومثل المنفعة التي يظنها العقلفي اتخاذ الكلاب للحراسة في الحضر في حالة الخوف، ولا مانع منه وليس فيها نفع للجمهور.[1]

وقد ذكر الغزالي أمثلة على الأخذ بالمصلحة الخاصة في حق أحاد الأفراد مثل المرأة التي فقد زوجها وبقيت المرأة محبوسة في حبال الزوجية، فهل لها الزواج من غيره رعاية لمصلحتها ؟ فقد أفتى عمر – رضي الله عنه – أنها تنكح إذا طالت المدة،[2] وفي هذا مراعاة لمصلحة شخصية.

الضابط الخامس : في المجتهد الذي يتبين المصلحة أو يبني الحكم عليها :

فيجب أن يتصف بصفات المجتهد المعروفة مثل العلم بكل علوم الشريعة أو ببعضها على الأقل، وأن يتحلى بالتقوى والورع ودماثة الخلق ، حتى يمنعه ذلك من بناء الحكم على وفق الهوى والشهوة، ومسايرة الأفكار المشبوهة ، وفي تعريفي للمصلحة قيدتها بهذا القيد، دفعني إلى القول بهذا الضابط ما يحدث من فوضى الإفتاء، في وقت فسدت فيه الأخلاق والذمم فأصبح الجاهل يفتي قبل العالم، على وفق هواهم، ويضربون بالدليل عرض الحائط .وهذا الضابط لم أجده عند أحد ممن ضبطوا المصلحة المرسلة، وإن تحدث بعضهم عن المجتهد في تعريف المصلحة، أو في ثنايا بحث المصالح، وقد يكون سبب ذلك، أن الأمر مسلم به لا يحتاج إلى مجرد الإشارة إليه، لأن الذمم لم تكن قد فسدت، والخوف من القول عن الله ورسوله كان يمنعهم من الخوض في هذه المعمعة.

فإن الأخذ بالمصلحة المرسلة إنما هو من شأن العلماء الذين بلغوا درجة الاجتهاد والذين يستطيعون إدراك المقاصد الشرعية عن طريق الأدلة الكلية غير المعينة، وهو احتياط

[1] – الغزالي، أبو حامد ، شفاء الغليل ، ص102. والمنخول ، ص 364.

[2] – الشاطبي ، المرجع السابق ، ج 1 / ص 367 .

منه من الوقوع في الافتاء بدعوى المصلحة دون تيقن من اندراجها تحت أصل عام أو عموم المقصود الشرعي.[1]

لذلك فالمصلحة المرسلة ليست غريبة عن قواعد ومقاصد الشريعة الإسلامية ونصوصها العامة، فإن عارضت الدليل الخاص أو عارضت مقاصد الشريعة، فلا يعمل بها، والمصلحة لا بد أن تضبط بضوابط معينة حتى يعمل بها وبالرغم من القول بحجيتها، إلا أنه لا بد من الحذر في المبالغة في الاعتماد عليها، خاصة ممن لا يعرف الدليل، وقيمة الدليل عند المسلم، ولا يعرف أن روح الشريعة ومقاصدها منضبطة بالنص ولا تقوم إلا به .

المطلب الثاني : تطبيقات المصلحة المرسلة

وفي هذا المطلب سنتناول بعض تطبيقات المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي على سبيل المثال لا الحصر.

- **جمع القرآن :**

لم يكن القرآن الكريم في عهد الرسول ﷺ مجمعا في مصحف أو كتاب واحد، وإنما كان مدون في صحاف ومحفوظ في صدور الصحابة والقراء، وبعد وفاة الرسول ﷺ، وعندما اشتد القتل لكثير من القراء في معركه اليمامة في عهد أبو بكر، أشار عمر بن الخطاب عليه بجمع القرآن، ولا زال يراجعه حتى شرح الله صدره لهذا الأمر وأمر بجمع القرآن .

وفي عصر عثمان، وعندما اختلفت القراءات، ولاحظ ذلك حذيفة بن اليماني وخاطب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب قائلا " أن أهل الشام يقرءون بقراءة أبي بن كعب، وأهل العراق يقرءون بقراءة ابن مسعود وكل منهما يخطئ الآخر وأخشى مغبة ذلك "، فأمر عثمان أن يجمع الناس على مصحف واحد وأن يحرق ما سواه.[2]

[1] – الباحسين ، يعقوب عبدالوهاب ، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ص266.

[2] – محمد سلام مدكور ، المصالح المرسلة وموقف الفقهاء منها، مجلة مصر المعاصرة ، السنة 59 ، عدد 333 ، يوليو 1948 ، ص 648.

- **تدوين السنة :**

لم يجز الرسول ﷺ والصحابة بعد تدوين السنه ، لما نهى عنه الرسول ﷺ من أن يدونوا عنه شيء غير القرآن، وفي عهد عمر بن عبد العزيز ظهر إتجاه رسمي لجمع السنه، في العصر العباسي اشتغل الفقهاء يجمع السنه لما رأوه من المصلحة في جمعها، وخاصة بعدما كثرة الأحاديث الموضوعة.[1]

- **مشاطرة الولاة في أموالهم :**

كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يشاطر الولاة المتهمين في اختلاط أموالهم الخاصة بالأموال التي لحقتهم بسبب الاستعانة بسلطان الولاية، ذلك من باب المصلحة المرسلة، التي تعمل على صلاح الولاة وزجرهم.[2]

- **حفظ ضوال الإبل:**

ومن ذلك أيضا ما فعله سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه عندما رأى حفظ ضوال الابل في بيت المال ولم تكن يجري على هذا النحو في عهد رسول الله ﷺ.[3]

- **الزام الناس بتسجيل عقودهم:**

وكذلك إذا شاعت شهادة الزور بين الناس وخشي على الأنساب من الاختلاط وعلى الأموال أن تؤكل بالباطل، وروى أن تسجيل عقود الزواج وعقود البيع نهى محافظة على الأموال والأنساب، فهل يقال أن الزام الناس بذلك من غير واقعة مماثلة يقاس عليها غير جائز، أما يقال أن الزام الناس بأنهاء وثائق زواجهم وتسجيل عقودهم أدعى وأقرب إلى حفظ مقاصد الشرع من حماية النسل والمال.[4]

---

[1] – محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ، ص 950.

[2] – الشيخ محمد أبو زهره ، ابن حنبل ، ص 310.

[3] – سالم البهنساوى ، فقه المصلحة بين العقل والشرع، بمجلة الوعي الإسلامي عدد 301 ذو القعدة 1410 هـ أفريل 1990 م، ص 24.

[4] – على حسب الله ، المرجع السابق ، ص 144.

- **سن العقوبة على الاساءة في استخدام حق الطلاق :**

وإذا شاع بين الأزواج الاسراف في الطلاق بغير حاجة شرعية وقيل يوضع عقوبة رادعة توقع لمن تثبت استخفافه بروابط الزواج وما توجبه من علاقات أبدية ، من غير وجود وقائع مماثلة يمكن القياس عليها، فها يقال أن ذلك ما لم تأت به النصوص أو القياس عليها وأنه يخالف ما اثبت من حق الرجل في الطلاق، لا شك أن في رعاية المصلحة الأولى.[1]

- **المنع من مبارحة الوطن :**

حظر عمر بن الخطاب على الصحابة المهاجرين مغادرة المدينة إلا بإذن وإلى أجل معين، وذلك استهدافا لأمرين بقاؤهم بجواره يرجع إليهم في كل مسألة أو كل حكم تشريعي، والأمر الثاني حفاظا عليهم وخشية افتتانهم بزخارف الحياة خارج المدينة، وفي عهد معاوية رفع هذا الحظر، وأبيح لهم الخروج دون إذن، وذلك لما رأوه من الحاجة في اباحة انتقالهم ومشاهدتهم لما يجري خارج المدينة من نظم وأحوال.[2]

- **استنان التاريخ الهجري :**

ومما يستشهد به من الوقائع التي يستدل على اعتبار الصحابة رضوان الله عليهم على الأخذ بالمصلحة المرسلة استنان عمر التاريخ الهجري ونهيه عن متعة الحج فقد روى أنه قال " اذا رأيتم العمرة في أشهر الحج خلت الكعبة من الحجاج فكانت كبيضه فارقها فرخها "، كما قال " إنكم إذا اعتمرتم في أشهر حجكم رأيتموها بحزنه عن حجكم فقرع حجكم.[3]

- **الطلاق الثلاث بلفظ واحد:**

كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع في عهد الرسول ﷺ وفي عهد أبي بكر وفي سنة من عهد عمر بن الخطاب طلقة واحدة، ولكن عمر أراد بعد ذلك وجعله يقع ثلاثا بقول

---

[1] – المرجع السابق ، ص 144.

[2] – محمد سلام مدكور ، مرجع سابق ، ص 648، 649 .

[3] – راجع سعد محمد الشناوي، المرجع السابق ، ص 90.

الأمام المراغي " نهى عمر عن المباح للمصلحة وقد رأى أن من حق الإمام أن يسلب عن السبب الوضعي للحكم المترتب عليه لمصلحة يراها .... يدل على ذلك قول عمر: قد استعمل الناس في أمر كان لهم فيه أناة.[1]

- **تسعير البضائع :**

"وأما التسعير: فمنه ما هو ظلم محرم، ومنه ما هو عدل جائز، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم، فهو حرام، وإذا تضمن العدل بين الناس، مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعارضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عرض المثل، فهو جائز، بل واجب ...[2] ويمثل للنوع الثاني بقوله " وأما الثاني : فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها، مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، والتسعير ههنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به "[3].

- **إجازة العمل في بلاد لا تقام فيها الشريعة الإسلامية :**

ومن تطبيقات الامام مالك في هذا الباب: إجازة العمل في بلد لا تقام فيه الشريعة عند عدم توافر فرص الكسب الحلال أو الانتقال إلى بلاد الشريعة، واجازة البيعة لشخص يوحد من هو أولى بالخلافة منه في حال اضطراب الأمور والأحوال، وكذلك الأخذ من الأغنياء في أوقات الحصاد لسد حاجة بيت المال.[4]

- **ومنع إقامة حد الشرب في ارض الحرب :**

روى أن الوليد بن عقبة شرب الخمر وهو أمير على الحبشى في أرض الروم فاراد البعض أن بحده، فقال حذيفة بن اليمان " أتحدون أميركم وقد دنوتم من العدو فيطمع فيكم"

---

[1] – نقلا عن د. محمد سلام مدكور ، مصر المعاصرة ، ص 651.

[2] – ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مكتبة السنة المحمدية ، ص 244.

[3] – المرجع السابق ، ص 245.

[4] – راجع عبد الحليم الجندي، المرجع السابق ، ص 309.

ولم يحدوه، وهذا يعتبر من باب المصلحة وما إن البعض روى أن إجماع الصحابة على عدم إقامة الحدود في أرض الحرب خشية الافتتان .[1]

- **تحريم المواد المفسدة للجسد :**

من ذلك ما قال به البعض من أنه إذا اكتشفت مادة لا تسكر ولكن يورث تعاطيها خلل الأعضاء وبلادة الفكر والعقل، فهل يقال بالحل لانتقاء علة التحريم وهي الاسكار أم يقال بالتحريم حفاظا على نعمة العقل وصحة البدن.[2]

- **الزام الحاكم بالأخذ بنتيجة الشورى :**

ويرى البعض أنه يمكن القول أن الشريعة الاسلامية وإن لم تأخذ بمبدأ الزامية الشورى، فإن الأخذ بها يعتبر من قبيل الأخذ بمبدأ المصالح المرسلة، لما تحققه من منافع جليلة ومنع استبداد الحكام وشططهم.[3]

[1] – محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص 652.

[2] – راجع ، على حسب الله ، المرجع السابق ، ص 143 –144.

[3] – راجع عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، الشورى في الإسلام ، دار النهضة العربية ، 1411 هـ/ 1994 م، ص 155.

خلاصة :

تناولنا في هذا الفصل ماهية المصلحة المرسلة من خلال مفهوم المصلحة المرسلة وحجيتها وأقسام المصلحة المرسلة باعتبار قوتها وباعتبار الشارع لها، بالإضافة إلى المصلحة المرسلة شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي شروط المصلحة المرسلة.

الفصل الثاني

المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد

المبحث الأول: المصلحة المرسلة المتعلقة بالمسائل الطبية في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة الجزائري

خلاصة الفصل

تمهيد:

بعد تناولنا في الفصل الأول ماهي المصلحة المرسلة من خلال تسليط الضوء على مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها، وكذا شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، ارتأينا في الفصل الثاني تناول المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري، وتم تقسيمه إلى مبحثين، جاء المبحث الأول معنون بالمصلحة المرسلة المتعلقة بالمسائل الطبية في قانون الأسرة الجزائري، وادرج في المبحث الثاني تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة الجزائري.

المبحث الأول: المصلحة المرسلة المتعلقة بالمسائل الطبية في قانون الأسرة الجزائري

سنتناول في هذا المبحث التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري كمطلب أول، وذلك من خلال عرض لمفهومه وتطوره وضوابط التلقيح الاصطناعي، أما في المطلب الثاني سنعرض الفحص الطبي قبل الزواج ، من خلال تبيان مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج بالإضافة إلى ذكر أنواعه .

المطلب الأول : التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري

تعتبر تقنية التلقيح الاصطناعي طريقة استثنائية يلجأ إليها لعلاج حالات العقم في حالة فشل الإنجاب بالطريقة الطبيعية، وتحقيق حلم الأبوة والأمومة، وهذا من أجل الحفاظ على النوع الإنساني، ولهذا فإنه للتعرف على هذه التقنية يجب التطرق إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي وتطوره في الفرع الأول، وضوابطه – شروطه – في القانون الجزائري فرعا ثانيا.

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي وتطوره

تتطلب دراسة مفهوم التلقيح الاصطناعي وتطوره إلى التطرق إلى تعريف التلقيح الاصطناعي لغة واصطلاحا بالإضافة إلى تطوره .

أولا: مفهوم للتلقيح الاصطناعي

1/ لغة : يتركب المصطلح من كلمتين هما: التلقيح والصناعي ومنه يتوجب توضيح كل كلمة على حدة.

- **التلقيح** : مأخوذ من الفعل لقح، بمعنى حمل واستبان الحمل فيقال لقحت الناقة إذا حملت واستبان حملها، والملاقيح هي الأجنة في بطون أمها.[1]
- **الصناعي:** صنع الشيء صنعا، عمله وفعله[2]، واصطناعي صفة لما ليس طبيعيا.[3]

[1] - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 2، دار صادر، لبنان، د س ن، ص ص 579، 580.

[2] - الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، تونس، د س ن، ص 363.

[3] - شوقي ضيف، معجم المصطلحات الطبية، ج2، ط2، دار الشعب، مصر، 1990، ص 198.

2/ المعنى الاصطلاحي للتلقيح الاصطناعي:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التلقيح الاصطناعي مثله مثل بقية التشريعات العربية بل اكتفى بالإشارة إليه دون الخوض في تحديد مفهومه، وهذا ما يدفعنا إلى الرجوع إلى تحديد مفهومه في الاصطلاح الطبي والفقهي.

حيث عرف طبيا أنه: « حقن سائل منوي يحتوي على حيوانات ذكر منوية في مهبل أنثى من زوجها أو شريكها، عبر سبل مغايرة لممارسة الجنس».[1]

أما من الجانب الفقهي فقد عرف أنه: «عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أم تم خارجها ثم أعيدت البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب بالطريق الطبيعي».[2]

كما يعرف أيضا أنه:« وضع الحيوانات المنوية في الجهاز التناسلي للمرأة أو إخصاب بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي، وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للرجل واعادة زرعها في المرأة».[3]

لهذا من خلال التعريفات السابقة تم استخلاص أن التلقيح الاصطناعي على نوعين تلقيح داخلي، وتلقيح خارجي.

فالتلقيح الاصطناعي الداخلي هو عبارة عن عملية يتم فيها تلقيح داخل العضو التناسلي للمرأة، بأن يوضع مني الزوج أو مني غيره بطريقة صناعية في رحم المرأة الأمر الذي يترتب عليه اندفاع الحيوان المنوي نحو البويضة لتحدث عملية الإخصاب.[4]

---

[1] - بوني ف. فرمجن، القانون الطبي والأخلاق، ترجمة نجيب الحصادي، المركز القومي للترجمة، مصر، 2012، ص 450.

[2] - زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 14.

[3] - إبراهيم منصور الشحات، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، د ط، دار الفكر الجامعي، د س مصر ،ص 55.

[4] - جمعة محمد بشير، " نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي"، مقال منشور بالمجلة الجامعة، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة السابع من أبريل، ليبيا، 2005، ص180.

أما التلقيح الاصطناعي الخارجي أو ما يعرف بأطفال الأنابيب فهو إخراج بويضة الزوجة و تلقيحها بنطفة الزوج، ثم توضع في أنبوب خاص لكي يطمئن القائم بالعملية إلى أن التلقيح قد حصل فعلا، ثم يتم إدخال البويضة الملقحة إلى رحم المرأة، وقال العلماء أنه لكي تكون عملية التلقيح الصناعي جائزة شرعا فإنه ينبغي أن تكون البويضة من الزوجة والنطفة مأخوذة من الزوج.[1]

من خلال ما سبق ذكره حول مفهوم التلقيح الاصطناعي تم التوصل إلى أن التلقيح الاصطناعي هو عملية يستطيع من خلالها الزوجين الإنجاب دون جماع ودون حصول أي اتصال جنسي بينهما؛ أي بغير الطريق الطبيعي للإنجاب، ويكون بتدخل طبيب مختص في ذلك من خلال أخذ الحيوان المنوي للزوج وحقنه في رحم المرأة، أو من خلال أخذ مني الزوج وبويضة الزوجة وتلقيحهما في أنبوب خاص.

ثانيا / تطور التلقيح الاصطناعي

عرفت عملية التلقيح الصناعي قديما عند العرب في القرن الرابع عشر الميلادي في الحيوانات إذ كان بعض العرب تلقح خيولها من نطف جنسية تحصل عليها من حصان أصيل له من الصفات الممتازة غير المتوفرة في الذكور الأخرى.[2]

ثم جاء فلاسفة الإسلام كابن خلدون ومن قبله ابن سينا والفارابي وغيرهما حيث أشاروا إلى تخلقات تشابه ما نحن بصدده، فهذا ابن خلدون في مقدمته الشهيرة أشار إلى هذا الموضوع وهو يتحدث عن – الكيمياء– عند الأقدمين، فقال: (واعتمادا على ما ذكر ابن سينا والفارابي والطغراني أنه يمكن تخليق إنسان من المني في بيئته الطبيعية) يريد البيئة الطبيعية للرحم. ثم يقول (وإذا سلمنا له بالإحاطة بأجزائه ونسبته وأطواره وكيفية تخليقه في

[1] - العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة د ط، كنوز الحكمة للنشر، الجزائر ، 2013، ص 246.

[2] - الحمل إرثه أحكامه، وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون ص110، الباحث/ عيسى أمعيزة.

رحمه وعلم ذلك علما محصلا بتفاصيله حتى لا يشذ منه شيء عن علمه سلمنا له تخليق هذا الإنسان).[1]

فابن خلدون العالم العربي المسلم يسلم بتخليق الكائن الحي من المني وذلك بعد الإحاطة الدقيقة التامة بأجزاء ونسبة جزئيات البيئة التي تم فيها التخليق ثم يقول: (وأنى له ذلك) وهذا الاستبعاد من ابن خلدون بناء على ما توصل إليه العلم في زمنه، ولذا قال: (لقصور العلوم البشرية)، قال ابن خلدون وهو يتحدث عن العلوم البشرية في عصره التي هي قاصرة عن التوصل لمعرفة نسب هذه الأجزاء الدقيقة: (وليست الاستحالة فيه من جهة الفصول ولا من الطبيعة إنما هو من تعذر الإحاطة وقصور البشر عنها).[2]

فابن خلدون يقرر أن تخليق الإنسان أو أي حيوان من المني ليس هو أمرا متعذرا ومستحيلا في حد ذاته وإنما المتعذر أن علوم البشر قاصرة عن إيجاد البيئة المناسبة لتخليقه ونموه ومن تهيئة المناخ والبيئة ومن معرفة نسب الجزئيات لتخليق الإنسان من المني خارج الرحم، فسبحان من علم الإنسان ما لم يعلم.[3]

وبركود الحضارة الإسلامية توقفت البحوث في هذا الشأن لتظهر في الغرب مع انبعاث النهضة العلمية فكانت البداية عام 1780م بتجربة قام بها الكاهن الإيطالي " لازارد اسبالاترا" على كلب ثم أجراها بعد ذلك على امرأة 1781م ونجحت العملية. وجاء العصر الحديث بتقنياته وعلومه ليفتح باب من أبواب التقدم الطبي فمنذ أن نجح الدكتور سيفت والدكتور إدواردز في تلقيح بييضة السيدة ليزلي براون بماء زوجها في 10 نوفمبر 1977م، وأدى ذلك إلى نجاح أول حمل وولادة أول طفلة أنبوب وهي لويزا براون في 25 يوليه عام 1978م، قامت حملات إعلامية منظمة شغلت الناس صباح مساء، ثم خفت الضجة وانضم إلى نادي أطفال الأنابيب عشرات الأطفال حتى جاوز الرقم في نهاية 1984م حوالي 1000

[1] - مقدمة ابن خلدون 452/1.، لعبدالرحمن بن خلدون، ط دار الكتب العلمية.

[2] - المرجع السابق.

[3] - أطفال الأنابيب للشيخ عبدالله البسام بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي الدولي 148/2.

طفل أنبوب من بينهم 56 توائم ثنائية و8 توائم ثلاثية واثنان من التوائم الرباعية نقلا عن مجلة التايم الأمريكية في 10 سبتمبر 1984م، وتحول الأطباء وأجهزة الإعلام إلى مواضيع أكثر إثارة مثل تجميد الأجنة المخصبة، ونقل البييضة الملقحة من امرأة إلى أخرى وهو ما عرف باسم "الرحم الظئر" وبدأت المشاكل الأخلاقية والدينية تظهر على السطح، وقد صرح الدكتور ادواردز العالم الفسيولوجي الرائد في أطفال الأنابيب بقوله إن هناك حاجة صارخه إلى وضع إطار الآداب وأخلاقيات هذا الميدان.[1]

وانتشرت مراكز التلقيح الاصطناعي الخارجي في مختلف أرجاء العالم منها 125 مركزا في الولايات، ومركزين في مدينة جدة، وآخر في مدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية، وقد تم بالفعل ولادة امرأتين سعوديتين بهذه الطريقة (إحداهما لقحت في بريطانيا والأخرى في جدة ومنذ فترة الستينيات من القرن العشرين انتشر استخدام التلقيح الاصطناعي (الداخلي) ومنذ السبعينيات انتشرت بنوك المني في كثير من مناطق العالم وخاصة في الولايات المتحدة وأوروبا، ومنذ ذلك الحين ظهرت طرق جديدة للتناسل غير الطريقة الطبيعية التي جعلها الله من اتصال الذكر بالأنثى،[2] وقد بلغت هذه الطرق أكثر من 16 طريقة كلها مغايرة للفطرة.[3]

وفي أعقاب ولادة الطفلة المتقدم ذكرها دخلت قضيتها المحاكم الإنجليزية؛ ذلك لأن الأم بالوكالة أو الرحم الظئر رفضت تسليم الطفل الصاحبة البيضة بعد ولادتها على الرغم من أنها وقعت عقدة بتسليم الطفل بعد أن تلده لصاحبة البيضة.[4]

---

[1] - التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب الدكتور محمد علي البار 2/ 216، منشور بمجلة المجمع الفقهي

[2] –ياسر عبد الحميد جاد الله النجار ، التلقيح من منظور الفقه الغسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، كلية الشريعة والقانون بالدهقهلية ، ص 376.

[3] - القضايا الأخلاقية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي، للدكتور محمد علي البار 2/ 1228، منشور بمجلة المجمع الفقهي الدولي، المبادىء الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الصناعي ، العربي أحمد بلحاح، بحث محكم منشور بمجلة القضائية، العدد السادس .

[4] - فقه النوازل ، 259/1، د. بكر بن عبد الله أبو زيد.

الفرع الثاني: ضوابط التلقيح الاصطناعي

نظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها التلقيح الاصطناعي في حياة الزوجين الراغبين في الإنجاب، وجب وضع شروط لهذه العملية، ونظرا لتعددها يتعين تقسيمها إلى شروط عامة وشروط خاصة.

أولا/ الشروط العامة للتلقيح الاصطناعي

هي شروط متعلقة بالعمل الطبي وهي كالاتي:

1- أن يكون المركز المشرف على إجراء عملية التخصيب بين الزوجين قد حصل على ترخيص رسمي من الجهات المعنية يحول له إجراء مثل هذه العمليات.

2-أن يكون الفريق الطبي من أطباء وممرضين والأعوان التقنيين في المختبرات الذين يساهمون جميعا في عملية التلقيح ثقاة ومن أهل الأمانة العلمية والانضباط والضمير المهني حتى لا يجد الاحتيال والاستبدال والتهاون منفذا للدس على الأسباب، وإذا وقع التزوير فتفرض متابعات جزائية صارمة ضد فاعليها قد تصل إلى حد الحرمان والإقصاء من ممارسة المهنة الطبية نهائيا.[1]

3- مراعاة أحكام الفحص الطبي المتعلقة بكشف العورة، بحيث يقتصر على ما تقتضيه الضرورة وأن يكون المعالج للزوج طبيب مسلم فإن لم يتيسر فطبيب غير مسلم، فبالنسبة للمرأة فتعالجها طبيبة مسلمة ما أمكن، وإلا فامرأة غير المسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة وإلا فغير مسلم وفي الحالتين الأخيرتين لا تجوز الخلوة بين الطبيب المعالج والمرأة التي تخضع للعلاج إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى.

4- أن لا تؤدي عملية الإخصاب إلى نتائج سلبية على صحة الزوجة خاصة الترتيبات التي تسبق عملية الزرع، كإعطاء بعض الأدوية لتنبيه المبيض والتي لها بعض الآثار الجانبية كانتفاخ البطن والانتشاح وغيرها.

[1] - محمود مهدان، " الأحكام الشرعية والقانونية للشغل في عوامل الوراثة " ، ط1، بدون دار النشر، الأردن ، ص 513.

5- أن يكتفي بالحد الأدنى من البويضات المطلوبة طبيا لإتمام عملية الزرع حتى لا يكون هناك فائض يجمد قد يتلاعب به، وإذا اقتضى الحال بقاء فائض لنجاح الإخصاب في المحاولة الأولى ، فإن حكمهما الإعدام بتركها بدون عناية طبية حتى تفقد الحياة بذاتها.

6-أن يثبت العجز عن الحمل الطبيعي بناءا على تقرير طبي صادر من مختص معتمد بعد فحوصات متكررة أو بناء على اجتماع رأي خبيرين في الموضوع يؤكدان استنفاذ كل السبل العلاجية المتاحة والمقدور عليها من أجل القضاء على العقم سواء بمتابعة دوائية أو بعملية جراحية ، لأنه إن أمكن الحمل بالصورة المعهودة فلا يعدل عنها لغيرها إلا لضرورة معتبرة شرعا مع ضرورة الأخذ في الاعتبار ثبوت رجحان نجاح العملية على الفشل.[1]

7-وضع سجلات خاصة معدة لهذا الغرض تدون فيها بيانات الأطراف المشتركة ابتداءا من الزوجين، الطبيب والمساعدين حيث تسجل فيها كل المعلومات الشخصية والعلاجية والتكاليف المالية وتثبت أيضا موافقتهما، ثم تحفظ في الأرشيف الى أجل معين من أجل مراجعتها عند التنازع والاختلاف، والعملية كلها في غاية اليسر خاصة مع تكنولوجيا الاعلام الالي حيث التخزين والاسترجاع يتم في بضع دقائق وفي النهاية تسلم نسخة للطرفين من عقد الاتفاق بعد تبصيرهما بالمخاطر والاحتمالات التي تطرأ من العملية.[2]

ثانيا/ شروط خاصة بالتلقيح الاصطناعي

هي شروط متعلقة بالمستفيدين ، نص المشرع الجزائري على هاته الشروط من خلال نص المادة 45 مكرر ق أج والتي جاء فيها "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما .

[1] - حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق ، قسم القانون المدني ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2006، ص182.

[2] - محمود أحمد طه، "الإنجاب بين التحريم و المشروعية"، منشاة المعارف ، الإسكندرية، 2003، ص 106.

– أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

– لا يجوز إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة "[1]

الشرط الأول: أن يكون الزواج شرعيا

أي أن يكون كل من الرجل والمرأة محل التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي يعطي للعملية أساسها القانوني.

فهنا أيضا المشرع الجزائري لم يحدد مقصوده بأن يكون الزواج شرعيا هل هو أن يكون الزواج صحيحا، رسميا أو حتى عرفيا، وباستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 22 منه نجد أن الزواج الشرعي هو الزواج المسجل بالحالة المدنية ويثبت بمستخرج منها، وإلى جانبه يعترف بالزواج العرفي لما يكون مكتمل الأركان والشروط، والذي لا يمكن إثباته بحكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بالمحكمة.

الشرط الثاني: أن يكون التلقيح برضاء من الزوجين وأثناء حياتهما

– **أن يكون التلقيح برضا الزوجين:** يظهر هذا الشرط مبهما: ويبقى الهدف وراءه غامضا بوجود الشرط الثالث الذي سنتطرق له لاحقا (أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما) فالمنطق يفرض اتفاق ورضى الزوجين على إجرائه لكن ماذا لو حصلت حالة شاذة بحيث تم تلقيح الزوجة غصبا عنها، وهنا نفرق بين حالتين: لو تم تلقيح الزوجة بماء زوجها دون رضاها والحالة التي لما تلقح بماء أجنبي عنها، ففي كلا الحالتين المشرع لم يرتب صراحة الأثر على ذلك. كما أنه قد نكون أمام حالة تلقيح المرأة دون علم أو دون رضا زوجها وهنا يفترض أن يكون الماء من شخص أجنبي عنها لكن طالما أنه كما قلنا المشرع اشترط أن يكون التلقيح بويضة الزوجة ومني الزوج دون غيرهما فماذا يقصد هنا بشرط رضا الزوجين.

[1] - قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أحيانا رغم توفر رضا الزوجين بل وإصرارهما على ذلك فقد لا يسمح لهما بإجرائه وهو الأمر الذي ناقشه رجال القانون ويتعلق بإمكانية إجراء تلقيح في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة طويلة، مدى الحياة أو أن يكون محكوم عليه بالإعدام ففي حين لا يمانع بعضهم من إجرائه في هذه الحالة على أساس أن الأصل في العقوبة أنها لا تمتد إلى الحقوق الأخرى الخاصة بالمحكوم عليه ومنها حقه في الإنجاب وإلا فإن العقوبة تصبح تنطوي على سلب جديد للحرية والحقوق الفردية وهو ما يتعارض مع قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لاسيما أنه فعلا إذا طالت مدة العقوبة يحتمل معه فقدان المحكوم عليه هو أو زوجته القدرة الطبيعية على الإنجاب الذي هو من الحقوق الشخصية التي نصت عليه المواثيق الدولية بعد الدساتير والقوانين.[1]

أما الفئة الأخرى من الفقهاء فيرون الحكم الجنائي الصادر في حق الزوج أو الزوجة يكون دليلا على فقد الأهلية لأداء دور الأب أو الأم حيث يعين قيما عليه لاسيما أن التلقيح الاصطناعي استثناء فلا يجوز التوسع فيه إلا بقدر ما ظهر مانع طبي.

وجدت فئة أخرى تستند إلى إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي في حالة وجود الزوج أو الزوجة في السجن طالما أن هناك القوانين ما تسمح للسجين الاختلاء بزوجته كما هو الحال في الأرجنتين والسعودية فمن باب أولى السماح بإجراء التلقيح الاصطناعي خاصة لما تنفذ العقوبات في مؤسسات مغلقة يصعب على الزوجين المقابلة والخلوة .[2]

- **أن يتم التلقيح اثناء حياتهما:** نرى هذا الشرط جاء سابقا لأوانه في الجزائر وان كنا لا ننكر على المشرع حيطته وحذره لأن خليفة هذا الشرط هو كما عرفنا سابقا وجود ما يعرف ببنوك المني وهي موجودة على مستوى الدول المتقدمة ولاسيما الولايات المتحدة الأمريكية والتي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته وهذا أمر يثير

[1] - محمود مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للشغل في عوامل الوراثة ، ط1 ، الأردن ، ص 528.

[2] - محمد المرسي زهرة، "الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة"، بط، الكويت، 1993، ص 257.

إشكالات في النسب والميراث عندنا لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة الموروث.

بما أن المشرع الجزائري اشترط قيام الزوجية، أثناء التلقيح من جهة، ونص على الوفاة كطريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية من جهة أخرى فلا داعي لإعادة النص واشتراط أن يكون التلقيح أثناء حياتهما. وفرضا أنه قلنا بهذا الشرط فإننا لا نفهم أيضا لماذا لم يفهم المشرع الشرط بان يقول أن يتم التلقيح أثناء قيام التلقيح بعد فك الرابطة الزوجية سواء بالوفاة أو بالطلاق.[1]

الشرط الثالث: أن يتم بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما

أجاز المشرع التلقيح الاصطناعي بالوسائل العلمية الحديثة باستعمال ماء الزوجين فقط حفاظا على حرمة النسب وشرعيته والذي كان قد أفتى بجوازه الشيخ أحمد حماني عليه رحمة الله منذ 1973، ولم يكن منفردا برأيه ولا بفتواه، إذ اعتمد توصيات اللجنة الوطنية لمراجعة قانون الأسرة على مبادئ الاجتهاد الجماعي سيما اجتهاد مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان الاردن أيام 11-أكتوبر 1986 بموجب قرار رقم 16 (03/04) الذي قرر جواز التلقيح الاصطناعي و حرمت ما عداه بعد الاستماع لشرح الخبراء والأطباء.

الطريقتين اللتين لا حرج من اللجوء إليهما هما وفقا لمنطوق قرار مجمع الفقه الإسلامي:

– أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بمني زوجها في أنبوب اختبار وإعادة اللقيحة بعدها إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة (تلقيح خارجي).[2]

[1] - عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004،، ص113.

[2] - زوبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، 2008، ص 108.

– أخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من رحم الزوجة (تلقيح داخلي).

الشرط الرابع: لا يجوز استعمال الأم البديلة

رأي المشرع منع استعمال الأم البديلة، حتى لا تتحول الأمومة إلى سلعة تؤجر وتستأجر وأنها ليست فقط بيولوجية، بل معنى الأمومة يكمن في الحمل أساسا لذلك قال تعالى: (وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ[1] ، وقوله تعالى (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا).[2]

فربط القرآن بين العمل والأمومة والتي تحمل هي الأم وليست من تمنح البيضة لغيرها لقاء أجر معين، فتعين من باب سد الذرائع ودرء المفسدة بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الطريقة من مصلحة آتية لأن المفسدة فيها أكبر.[3]

المطلب الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج

يعتبر موضوع الفحص الطبي قبل الزواج ذا أهمية بالغة في حياة كل إنسان يريد أن يعف نفسه بالزواج وباختيار شريك مناسب لحياته، ومدى استعداد هذا الشريك للسير في طريق حياة مستقبلية مستقرة من كل النواحي، حتى من الناحية الصحية التي لا يمكن معرفتها إلا عن طريق القيام بتحاليل طبية خاصة في ضل التطور الكبير في المجال الطبي.

الفرع الأول : مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج

أثار موضوع الفحص الطبي قبل الزواج العديد من التساؤلات عن مدى أهميته، وإمكانيته في تفادي وقوع الأمراض وكذا مدى مساهمته في استقرار الأسرة، فنجد بعض

[1] - سورة لقمان، الآية 14.

[2] - سورة الأحقاف، الآية 15.

[3] - عبد القادر بن داوود، المرجع السابق ، ص113.

الدارسين والباحثين حاولوا الإجابة عن هذه التساؤلات بالدراسة والبحث في المسالة لإقناع الناس وجذبهم لإجرائه، حيث وضعوا تعريفات لهذا الفحص، وبيان أهميته وفوائده، كما بينوا أنواعه.

أولا/ تعريف الفحص الطبي قبل الزواج

الفحص الطبي قبل الزواج مصطلح شاع في الآونة الأخيرة، وأصبح الشغل الشاغل لكل المقبلين على الزواج، نظرا لتخوفهم من نتائجه، لهذا وجب دراسة هذا الموضوع، وكان الزاما أن تستهل هذه الدراسة بتوضيح يسمح من الدخول بشكل منطقي في ثنايا الفكر وخباياها، ومن أجل هذا كان لا بد أن نعطي تعريفا للموضوع من الناحية اللغوية، ومن الناحية الاصطلاحية.

1/ التعريف اللغوي للفحص الطبي قبل الزواج : للوصول إلى تعريف الفحص الطبي قبل الزواج لغة لابد من معرفة المعنى اللغوي لكل مصطلح على حدى، ثم الجمع بين التعريفين للوصول إلى التعريف اللغوي الشامل المصطلح الفحص الطبي قبل الزواج.

1-1- تعريف مصطلح الفحص لغة :

الفحص في اللغة هو: الشدة الطلب خلال كل شيء، فيقال فحص فلان عن شيء فحصا أي بحث عنه، وكذلك تفحص وافتحص وفحصت عن أمر فلان لأعلم كن حاله".[1]

فالفحص في اللغة هو: "البحث بدقة للوصول إلى أمور مخفية في الشيء المفحوص.[2]

1-2- تعريف مصطلح الطب لغة : مصطلح الطب في اللغة يعني: "علاج الجسم والنفس، فيقال: جاء فلان يستطب لوجعه أي يستوصف الدواء أيها يصلح لدائه".[3]

---

[1] - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار نوبلس للنشر والتوزيع، ط1، المجلد الخامس، بيروت، لبنان، 2006، ص3356.

[2] - صفوان محمد رضا علي عضيبات، المرجع السابق، ص27؛ د. محمد بن ناصر بن إبراهيم البرادي، مجالات السياسة الشرعية في الأنكحة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 2003-2004، ص51.

[3] - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، المجلد الرابع، المرجع نفسه، ص 2631.

ومن خلال الجمع بين التعريفين السابقين يمكن الوصول إلى تعريف الفحص الطبي لغة: "فهو عملية الكشف الدقيق على الجسم بكل الوسائل المتاحة لمعرفة ما به من أمراض وعيوب من أجل مداواتها ومعالجتها ".[1]

كما أن الفحص الطبي عند أهل الطب هو: معرفة حال الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة، والكشف المبكر عن الأمراض في أطوارها الأولى، بقصد معرفة العلة والوصول إلى تشخيص المرض".[2]

2/ التعريف الاصطلاحي للفحص الطبي قبل الزواج: تعددت عبارات العلماء في تعريفهم للفحص الطبي قبل الزواج، إلا أن تعريفاتهم كلها تصب في نقطة واحدة وهي زيارة المقبلين على الزواج الطبيب من أجل معرفة الحالة الصحية العامة، فقد عرفه البعض بأنه:

- تقديم استشارات طبية إجبارية أو اختيارية حسب قانون كل بلد، للخاطبين المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية[3] أو سريرية[4]، تجرى للتأكد من سلامة الراغبين في الزواج وقدرتهم على بناء أسرة سليمة معافاة من الأمراض وإنجاب أطفال أصحاء ".[5]
- وعرفه آخرون بأنه: "مجموعة من الإرشادات النفسية، والثقافية، والاجتماعية، وكذا الفحوصات الطبية الإكلينيكية[6]، التي تهدف إلى إعطاء المقبلين على الزواج المشورة

[1] - محمد بن ناصر بن إبراهيم البرادي، المرجع نفسه، ص 52.

[2] - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 58.

[3] - الفحوصات المخبرية: هي الفحوصات التي تستعمل فيها أجهزة مخبرية للكشف عن الأمراض المعدية، أو الوراثية أو المزمنة، وحتى الكشف عن العادات الاجتماعية السيئة كالتدخين، والكحول، والمخدرات.

[4] - الفحوصات السريرية: هي فحص حسي للمريض بتحسس مواضع معينة من بدن المريض ومعاينتها بالنظر واللمس، أو بواسطة الأجهزة البسيطة؛ صفوان محمد رضا علي عضيبات، المرجع السابق، ص ص 29-30.

[5] - فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 22.

[6] - الفحوصات الطبية الإكلينيكية: هي مجموعة من الفحوصات تجري على أفراد معنيين من أفراد الأسرة، والبحث عن التاريخ المرضي للعائلة للتأكد من وجود أو عدم وجود أمراض خطيرة سواءا وراثية أو معدية، ومعرفة نسبة احتمال انتقالها سواء بين الزوجين أو إلى الأولاد؛ أ. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص 66.

حول إمكانية نقل الأمراض إلى الأبناء، وكذا إعطاء الإمكانيات والبدائل أمام الشريكين للتخطيط لبناء أسرة سليمة وصحية".[1]

- كما عرفه البعض بأنه: "مجموعة الفحوصات التي تعني معرفة الأمراض الوراثية، والمعدية، والجنسية والعادات اليومية التي ستؤثر مستقبلا على صحة الزوجين أو على الأطفال .[2]

الفرع الثاني : أنواع الفحص الطبي قبل الزواج

بعد أن بينا أهمية الفحص الطبي قبل الزواج سواء بالنسبة للأسرة أو بالنسبة للمجتمع، ووجدنا أن الغاية الأساسية منه في الحماية من الأمراض والحفاظ على الصحة الأسرية، يظهر لنا بأن هذا الفحص يكشف بالدرجة الأولى عن الأمراض الوراثية ومدى تأثيرها على الذرية وهو ما يعرف بالفحص الطبي الوراثي قبل الزواج أو الفحص الجيني ، كما يكشف عن الأمراض المعدية والعيوب هو ما يسمى بالفحص غير الوراثي قبل الزواج.[3]

أولا / الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج.

ظهر هذا النوع من الفحوصات تزامنا مع التطور الباهر في مجال علم الوراثة والهندسة الوراثية، مما مكن من معرفة دور العوامل الوراثية في انتقال الأمراض الوراثية إلى الذرية، لهذا فإن إجراء الخطيين للفحص الطبي يمكن من معرفة الأمراض الوراثية التي يحملانها، وكذا معرفة نسبة احتمال انتقالها إلى الأطفال[4].

[1] - منال محمد رمضان هاشم العيشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008، ص 43.

[2] – أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، دار النفائس للنشر والتوزيع ،د.ط ، عمان الاردن ، 2005 ، ص 83.

[3] - شيماء المليجي، المرجع السابق، ص 30؛ د. محمد بن فرحان بن حسن الفيفي، المرجع السابق، ص 28.

[4] - منال محمد رمضان هاشم العيشي، المرجع السابق، ص 175؛ نجاة ناصر، المرجع السابق، ص 121.

وتعرف الأمراض الوراثية بأنها: "مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة المستعصية على العلاج، تورث من الآباء إلى الأبناء عن طريق انتقال المادة الوراثية، حيث أن حدوث أي اختلال في الكروموزومات يؤدي إلى ظهور مرض وراثي.[1]

ومن هنا فإن الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج (الفحص الجيني) ينبه الأسر إلى وجود مشكلات وراثية، ويمكنهم من التخطيط لمستقبل يتناسب مع احتمال العجز المتوقع، وفهم طريقة توارث الأمراض يساعد على وضع برامج الوقاية.[2]

والأمراض الوراثية لا يمكن حصرها لتعدد أسبابها، لكن العدد المعروف لها هو 8 ألف مرض، لهذا فإن مهمة الفحص الطبي قبل الزواج هي إظهار بعض هذه الأمراض حتى يتسني علاجها وأخذ الاحتياطات ضدها، وكذا تفعيل البدائل لمواجهتها[3]، ونذكر منها:

أ- **مرض الثلاسيميا** : هو أخطر الأمراض الوراثية والأكثر انتشارا خاصة في دول حوض البحر الأبيض المتوسط حيث يطلق عليه اسم "أنيميا البحر الأبيض المتوسط"، تتراوح نسبة حاملي المرض من 2% إلى 10% من سكان حوض البحر الأبيض المتوسط، تكمن خطورة هذا المرض في كونه يؤثر بصفة مباشرة في صنع كريات الدم الحمراء، ويؤدي إلى تكسرها وتحللها في فترة قصيرة من تشكلها، وهذا نتيجة وجود خلل في تكوين الهيموغلوبين، فيؤدي ذلك إلى تضخم الطحال ونخاع العظم نتيجة قصر حياة كريات الدم الحمراء[4]، يكون علاج هذا المرض بإعطاء المريض الدم بشكل دوري، وإزالة الطحال في معظم الحالات،

[1] - عبد الفتاح أحمد أو كيلة، المرجع السابق، ص 85؛ نجاة ناصر، المرجع نفسه، ص 122.

[2] - فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص 140. محمد بن فرحان الحسن الفيفي، المرجع السابق، ص 28.

[3] - محمد نعمان محمد علي البعداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، جمهورية السودان، 2013، ص379.

[4] - منال محمد رمضان هاشم العيشي، المرجع السابق، ص ص 40-41؛ د. صفوان محمد رضا علي عضيبات، المرجع نفسه، ص 43.

لهذا فإن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج يبين مدى إمكانية توارث هذا المرض وبالتالي تجنب وقوعه فهو طريقة وقائية مهمة في ظل صعوبة العلاج.[1]

ب- مرض فقر دم الخلية المنجلية : هو الآخر من أخطر الأمراض الوراثية تصل نسبة الإصابة به إلى 25 % من السكان في بعض المناطق، يظهر هذا المرض نتيجة تشوه في الجين المسؤول عن إنتاج مادة الهيموغلوبين، فيتغير شكل كريات الدم الحمراء ويصبح منجلي الشكل وغير ثابت، فيضعف دورها و يقصر عمرها إلى 14 حتى 20 يوم بدلا من 120 يوم في الخلايا العادية، لهذا فهي تعيق الدورة الدموية وتنقص نسبة إمداد الأنسجة بالأكسجين نتيجة تكدسها في الأوعية فيشعر الشخص بآلام مباغتة في الصدر والأطراف.[2]

ثانيا / الفحص الطبي غير الوراثي قبل الزواج

يهدف هذا النوع من الفحص إلى إخضاع الخطيبين إلى فحوصات معينة الغرض منها الكشف عن الأمراض المعدية التي تنتقل بين الزوجين ، خاصة في العصر الحاضر حيث استطاع الأطباء اكتشاف العديد من الأمراض الخطيرة وحاولوا إيجاد حلول لها، كما يشمل هذا الفحص الكشف عن العيوب التي تحول دون تحقق الهدف الأساسي من الزواج، سواء كانت هذه العيوب موجودة في الزوج أو في الزوجة أو كليهما معا.

1/ الكشف عن الأمراض المعدية : يقصد بالأمراض المعدية في إطار الفحص الطبي قبل الزواج: "الأمراض التي تنتقل عادة وليست دائما عن طريق الجماع"، لهذا يطلق عليها وصف (الأمراض المنقولة جنسيا)، وهي مجموعة واسعة من الأمراض تنتقل بممارسة الزوجين للعلاقة الجنسية، لهذا يعد الجماع وسيلة أكيدة لانتقال هذه الأمراض، ونظرا لكون بعض هذه الأمراض خطيرا وليس له علاج وسبب العديد من المشكلات الصحية والنفسية، أو الإعاقات الذهنية والعضوية، لهذا كانت هذه الأمراض على رأس قائمة الأمراض

[1] – فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص 142. محمد بن فرحان بن حسن الفيفي، المرجع السابق، ص 30

[2] - محمد بن يحي النجيمي، المرجع السابق، ص 12.

المستهدفة بالفحص خاصة في ظل انعدام الثقافة الجنسية في المجتمعات العربية بسبب عامل الخوف والحرج.[1]

نظرا لتعدد أسباب الأمراض المعدية فهي كثيرة وغير محدودة، لذا سنذكر أهمها والمتمثلة أساسا في:

- فيروس فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز)
- مرض الزهري
- مرض التهاب الكبد الوبائي

2/ الكشف عن العيوب: العيب هو ما يخلو عن أصل الفطرة السليمة، وعرفه الفقهاء في النكاح بأنه: "ما ينفر عن الوطأ"، بمعنى عدم قدرة الشخص البدنية أو العقلية على أداء مهامه المنوطة به، مما يسبب ضررا ينعكس على عدم تحقيق مقاصد وفوائد النكاح بالنسبة للطرف الأخرة[2]، ولقد قسم العلماء هذه العيوب إلى عيوب خاصة بالرجل وعيوب خاصة بالمرأة، وعيوب أخرى مشتركة بينهما.

2-1- عيوب خاصة بالرجل: من أهمها نذكر:

- الجب: ويتمثل في استئصال العضو التناسلي، ويلحق به ما إذا كانت آلة الرجل صغيرة كالزر فلا يصل النساء.
- العنه: أي لا يستطيع على مباشرة زوجته لضعف آلته أو كبر سنه.
- الخصاء: هو من نزع منه خصيتاه وبقي ذكره.[3]

2-2-عيوب خاصة بالمرأة: ومن أهمها نذكر:

- الرتق: وهو انسداد مدخل الذكر من الفرج بغدة اللحم أو العظم.

---

[1] - فاتن الكيلاني البوعيشي، المرجع السابق، ص ص 23-24.

[2] - محمد نعمان محمد علي البعداني، المرجع السابق، ص 759.

[3] - لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2006، ص 330؛ أ. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص ص 292-301؛ د. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، ط1، طرابلس، ليبيا، 2009، ص 238.

- القرن: بروز غدة في محل الوطء.
- العفل: هو قطعة لحم تسد موضع الجماع.
- الإفضاء: اختلاط فتحة المهبل بفتحة الشرج.
- البخر: هو انبعاث رائحة كريهة من الفم أو الفرج.[1]

2-3-عيوب مشتركة بين الزوجين: ومن أهمها نذكر:

- الجنون: هو مرض يزيل الشعور من القلب مع بقاء قوة لأعضاء وحركتها فيفقد العقل تميزه.
- الجذام: هو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر، ويكون في الوجه غالبا.
- البرص: هو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته.[2]

[1] - فاتن البوعيشي الكيلاني، المرجع السابق، ص 24؛ محمد نعمان محمد علي البعداني، المرجع نفسه، ص ص 384-387.

[2] - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، المرجع السابق، ص ص 311-313؛ الحسن بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 331.

المبحث الثاني : تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة الجزائري

في هذا المبحث سنحاول معالجة موضوع تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة الجزائري، وذلك عبر مطلبين حيث جاء المطلب الأول تحت عنوان تسجيل عقد الزواج وتوثيقه، أما المطلب الثاني فكان القضاء الاستعجالي في شؤون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : تسجيل عقد الزواج وتوثيقه

عقد الزواج من العقود الرضائية التي أخضعها المشرع إلى مجموعة من القواعد والتدابير الإدارية تتضمن تسجيله وتوثيقه حفاظا عليه وعناية بالآثار المترتبة عليه، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى إجراءات التسجيل والجهات المختصة بالتسجيل وما يترتب على هذا التسجيل من أثار .

الفرع الأول: السلطة المكلفة بكتابة عقد الزواج

لقداسة عقد الزواج خص المشرع الجزائري جهات رسمية وخاصة لتسجيله وتحريره، وهم كل من ضابط الحالة المدنية والموثق وكذلك إلى القناصل والدبلوماسيين.

أولا/ الأشخاص المكلفون بتسجيل عقد الزواج

تنص المادة 71 من قانون الحالة المدنية الجزائري " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج.[1]

3- **ضابط الحالة المدنية** : نصت المادة 18 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05 على أنه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون ".[2]

[1] - الأمر 20/70 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08/17،المؤرخ في 09أوت 2014 ، متعلق بالحالة المدنية والمادة 71.

[2] - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، معلل ومتمم لقانون رقم 11/84 ، متعلق بالقانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 15 المادة 18 .

وبالعودة إلى نص المادتين الأولى والثانية من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية الجزائري نجد أنه قد بين المقصود بالموظف المؤهل قانونا والمتمتعين بصفة ضابط الحالة المدنية الذين أسند إليهم مهمة تلقي وتحرير عقود الزواج وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية[1]، وجاء نص المادة الأولى من الأمر 20/70 إن ضباط الحالة المدنية هو رئيس المجلس الشعبي البلدي.

أما المادة الثانية من نفس الأمر 20/70 فقد نصت على " يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي وتحت مسؤولياته، أن يفوض إلى نائب أو عدة نواب أو إلى المندوبين البلديين الخاصين وإلى أي موظف بلدي مؤهل، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية لتلقي التصريحات بالولادات والزواج والوفيات وتسجيل وقيد جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، وكذا تحرير جميع العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه ".[2]

ومن خلال ما سبق من المادتين نخلص إلى أن صفة ضابط الحالة المدنية تمنح إلى أشخاص معينين هم رئيس المجلس البلدي ونوابه والموظف يقومون بمهمة تحرير العقود وتسجيلها وهؤلاء الأشخاص البلدي الذي يوظف لهذا الغرض.

ويختص ضابط الحالة المدنية بكتابة عقد الزواج، حيث نص المادة 71 من نفس القانون 20/70، على أن يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي أي موثق الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن أو محل إقامة طالبي الزواج.[3]

وفيما يخص اختصاصات ضابط الحالة المدنية نجد أن رؤساء المجلس الشعبي البلدي بصفتهم ضباط للحالة المدنية يمارسون في إطار وظيفتهم اختصاصيين أحدهما نوعي والأخر إقليمي محلي .

---

[1] - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر ضباط الحالة المدنية والأجانب ، دار هومه الجزائر ،2010، ص71.

[2] - قانون الحالة المدنية ، المادة02 .

[3] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري ، أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة السادسة، 2010، ص 268.

فهم بمقتضي الاختصاصي النوعي مكلفون بالقيام بما يلي :

- تلقي التصريح بالولادات و تسجيلها في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك .
- تحرير وتسجيل عقود الزواج المبرمة وفقا لشروط قانون الأسرة.
- تلقي التصريح بالوفيات وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية .
- حسن مسك سجلات الحالة المدنية بحيث :
  - يقيد فيها كل الوثائق التي يتلقاها .
  - يقيد فيها كل منطوق الأحكام القضائية المتعلقة بالطلاق و تصحيح الوثائق.
  - يقيد فيها كل البيانات الهامشية.
- السهر على رعاية وحفظ السجلات المستعملة والسجلات المودعة في محفوظات البلدية.
- استلام شهادات الإعفاء من سن الزواج بالنسبة للقاصرين، وشهادة الإذن بالزواج لمن يشترط القانون الحصول المسبق على رخصة لإبرام عقد الزواج مثل العسكريين والشرطة للأجانب.[1]

كما خصص المشرع الجزائري ثلاث سجلات خاصة تسجل فيها عقود الحالة المدنية يمسكها ضابط الحالة المدنية لدى كل بلدية بو يتكون كل سجل من نسختين وهي سجل عقود الميلاد وسجل عقود الزواج وسجل عقود الوفيات، وهذا ما نصت عليه المادة السادسة من قانون الحالة المدنية " تسجل عقود الحالة المدنية في كل بلدية في ثلاث (3) سجلات هي : سجل عقود الميلاد وسجل عقود الزواج وسجل عقود الوفيات ، ويعد كل سجل من نسختين".[2]

وأتبع المشرع الجزائري هذه المادة بأخرى تنص على إلزامية ترقيم هذه السجلات التي يصادق عليها من طرف النيابة العامة و رئيس المجلس الشعبي البلدي وجاء نصها

[1] - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، مرجع سابق، ص 70 .

[2] - قانون الحالة المدنية المادة 6 .

كالتالي:" ترقم السجلات من الصفحة الأولى إلى الأخيرة ويؤشر رئيس المحكمة أو القاضي الذي يحل محله على كل ورقة مع الاحتفاظ مع ما ذكر في المادة 106 .[1]

- **الموثق** : التوثيق مصطلح جديد أدخله الفقه الإسلامي والتشريعات المعاصرة ضمن مصطلحاته فهو يدخل ضمن المصالح المرسلة.[2]

ولقد عرفته المادة الثالثة من القانون رقم 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على أنه "ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصيغة".[3]

والمفهوم من هذه المادة أن الموثق هو ضابط عمومي يسير مكتب عمومي للتوثيق على حسابه الخاص، وتحت مسؤوليته ، يقوم فيه بتحرير العقود وتسجيلها، ومن بينها عقود الزواج وهذا ما أكدته المادة 18 من قانون الأسرة فقرة الأولى " يتم عقد الزواج أمام موثق..".

كما أوردت المادة 71 من قانون الحالة المدنية "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقع فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج.[4]

يختص الموثق بكتابة عقد الزواج طبقا لأحكام المادة 72 من قانون الحالة المدنية "يحرر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه ويسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة

---

[1] - قانون الحالة المدنية المادة 07 .

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 141.

[3] - القانون02/06 المؤرخ في 21 محرم الموافق ل 20 فيفري 2006، المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 14، ص 15.

[4] - قانون الحالة المدنية المادة 72 .

المدنية خلال مهلة 05 أيام من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين.[1]

ويتحمل الموثق كافة المسؤوليات التي تقع حال ارتكابه لخطأ عمدي أو إهمال و هذا ما نصت عليه المادة 77 من قانون الحالة المدنية التي نصت على العقوبة المدنية والجزائية، حيث نصت على ما يلي : " يعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد زواج أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات" ، دون الإخلال بالمتابعة الجزائية يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل إلى العقوبات التأديبية والمنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.[2]

- **الأعوان الدبلوماسيين والقناصل** : جاء في نص المادة الأولى من قانون الحالة المدنية الجزائري ذكر الأشخاص المكلفون بإبرام وتسجيل عقد الزواج خارج الوطن وهم رؤساء البعثات الدبلوماسية والقنصليات.

حيث جاء في نص المادة "إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي الخارج هم رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة القنصلية ورؤساء المراكز القنصلية "[3]، وبالتالي من خلال هذه المادة نرى أن المشرع الجزائري منح للأعوان الدبلوماسيين أو القناصل بنفس الاختصاص لضباط الحالة المدنية، إذا كان طالب الزواج من الرعايا الجزائريين المقيمين في البلد الأجنبي.

[1] - قانون الحالة المدنية المادة 72.

[2] - قانون الحالة المدنية ، المادة 77.

[3] - قانون الحالة المدنية المادة 1 .

ثانيا/ الوثائق المطلوبة في عقد الزواج

نصت المادة 03 من قانون الحالة المدنية أن يبين كل ضابط الحالة المدنية أو الموثق في عقد الزواج المحرر من طرف صراحة، بأن الزواج جاء ضمن هذه الشروط المنصوص عليها وجاء نص المادة 73 من قانون الحالة المدنية كما يلي[1]:

يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:

- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل الولادة للزوجين.
- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.
- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء .
- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر .

وتحدد المواد 74 –75–76 من قانون الحالة المدنية الجزائري، الوثائق التي يتقدم بها كل من الزوجين الإجراء عقد الزواج بصفة رسمية، وإشهاره أمام الموثق أو أمام موظف الحالة المدنية وهذه الوثائق هي:

- شهادة ميلاد الزوج والزوجة فإن تعذر عليهما، ذلك يجوز لهما تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين ، وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري (المادة 74 قانون الحالة المدنية).[2]
- شهادة إقامة الزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية ، ولقد إستلزمها المشرع لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق (المادة 75 قانون الحالة المدنية).[3]

---

[1] - قانون الحالة المدنية المادة 73.

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص265 .

[3] - مرجع نفسه، ص 265.

- وتنص المادتان 24/23 من المرسوم رقم 481/83المؤرخ في 1983/08/13 والذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي وموظفات الأمن الوطني والذي ما إذا أرادوا الزواج يجب أن يتحصلوا على ترخيص مكتوب من السلطة الوصية.[1]
- نسخة رئيس المحكمة الإبرام عقد الزواج لمن لم يكمل سن الأهلية للزواج وفقا للمادة 1/7 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 وقد اشترط القانون أن يكون الترخيص لمصلحة أو ضرورة.
- نسخة من رئيس المحكمة لمن يرغب بالزواج بمرأة ثانية ، وهو إذن القاضي بالتعدد لمن يريده، طبقا للمادة 3/8 قانون الأسرة المعدلة بالأمر02/05 ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة واللاحقة كشرط الانعقاد الزواج الثاني (م 2/8 و 8 مكرر 1 و6/53 قانون الأسرة).
- بالنسبة للمرأة التي سبق الزواج، أن تقدم نسخة من حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع الذي صار نهائيا وفق المادة 75 من قانون الأسرة الجزائرية، أو وثيقة وفاة الزوج السابق التي يثبت بها انفصام الزوجة مع التحقق من انقضاء العدة الشرعية (المواد 30و47و59 قانون الأسرة الجزائري والمادة 441 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 23/06).[2]
- أصدرت رئاسة الحكومة المرسوم 154/06 وقد تضمن هذا المرسوم التنفيذي ثمانية مواد تحدد كيفية تطبيق أحكام المادة 07 مكرر.

لقد أوجب هذا المرسوم بموجب المادة الثانية منه وكل واحد من طالبي الزواج (الرجل والمرأة) تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاث أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات

[1] - مزلول موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة على ضوء التعديلات المدخلة عليه، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة ، ص 57 .

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 266 .

الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم، تسلم هذه الشهادة من طرف طبيب (حسب نموذج موحد ملحق لهذا المرسوم).[1]

الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج وأثاره

لقد درسنا فيما سبق السلطة المختصة بتحرير عقد الزواج وهي الممنوحة إلى ضباط الحالة المدنية أو الموثق في الداخل والقناصل والأعوان الدبلوماسيون في الخارج أما في هذا الجزء سوف ندرس إجراءات تسجيل هذه العقود وما ينتج عنها من أثار .

أولا/ إجراءات تسجيل عقد الزواج

لقد نص قانون الأسرة في المادة 21 منه على أن تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات التسجيل عقد الزواج .

بعد التأكد من صحة تطبيق المواد 9و9 مكرر من قانون الأسرة، تطبيقا صحيحا أي ضرورة توافر رضا الزوجين ، وأهلية الزواج، وولي الزوجة، وتسمية الصداق، وحضور شاهدين، وانعدام الموانع الشرعية للزواج، يقوم الموثق بتسجيل العقد في سجلاته، وتسلم للزوجين نسخة تسمى لفيف الزواج للإثبات، ثم يقوم بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد لتسجيله في سجلات الحالة المدنية، ويسلم للزوجين دفتر عائليا، ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل منهما.[2]

أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محليا، فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه، ويسلم الزوجين دفتر عائليا مثبتا الزواج.[3]

[1] - مزلول موسى ، دروس في مقياس قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 64

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص270.

[3] - مرجع نفسه ، ص 270.

ونستخلص مما سبق أن طالبي الزواج يجب عليهما أن يحضرا إلى الموثق أو إلى ضابط الحالة المدنية التحرير عقد الزواج، ومن ثم تسجيله في سجلات الحالة المدنية للبلدية الموجودة في موطنها أو مكان إقامتهما بدائرة اختصاصها، وذلك خلال الأجل المحددة في القانون وفق ماجاء في المادة 72 من قانون الحالة المدنية .

وأما إذا كان الزواج قد أنعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري و أجنبية، يحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون، أو السلطة المحلية التي لها صلاحيات تحرير العقود الرسمية، ويسجل في السجلات القنصلية طبقا للقوانين الجزائرية. وهذا كله شريطة ألا يخالف الجزائري الأركان والشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني للإمكانية إبرام عقد الزواج.[1]

كما منح المشرع حق الاشتراط لأي أحد من الزوجين ما لم يكن مخالف للوارد في قانون الأسرة على أساس أن جملة من مواده قد بينت اختياراته فيما يكون من مقتضى العقد وهذا ما نصت عليه المادة 19 والمادة 35 من قانون الأسرة الجزائرية.[2]

وجاء نصهما كالتالي: 19 من قانون الأسرة "للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية".[3]

أما المادة 35 من قانون الأسرة "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا.[4]

وهذا وفي حدود الصلاحيات القانونية المخولة لضابط الحالة المدنية، وأحكام القوانين الجاري العمل بها، يجب على هذا الأخير التأكد من تقديم الوثائق المطلوبة، وكذا مراقبة

---

[1] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص271 .

[2] - كاملي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ،الموسم الجامعي 2009-2010 ، ص 22 .

[3] - قانون الأسرة ، المادة 19 .

[4] - قانون الأسرة ، المادة 35.

صحة أو عدم صحة الشروط القانونية، فإنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالب الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونيا، كما يجب عليهما التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في أن واحد، من علمهما بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع لها كل من الزوجين، وكذا بالأمراض التي قد تشكل خطرا يتعارض من الزواج والإشارة بذلك بعقد الزواج.[1]

.ثانيا/ أثار عقد الزواج

يقصد بآثار عقد الزواج الحقوق التي تترتب على هذا العقد لكلا الطرفين، أو لأحدهما على الآخر ولعقد الزواج كغيره من العقود أركان و شروط كما يترتب عن تسجيله أثار معينة على طرفي عقد الزواج.

- من أهم أثار إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أنه يجب عليه بمقتضى الفقرة المادة 72 من قانون الحالة المدنية أن يسلم للزوجين دفتر عائليا مثبتا الزواج.[2]
- من أثار التسجيل عقد الزواج أمام الموثق أنه يجب عليه بعد تحرير العقد في سجله أن يسلم الزوجين شهادة تثبت انعقاد الزواج، و أن يرسل إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي حرر بها العقد ملخصا عن العقد خلال مهلة ثلاثة أيام ليقوم ضابط الحالة المدنية بتدوين عقد في سجل عقود الزواج ويسلم الزوجين دفتر عائليا.[3]
- من أهم أثار عقد الزواج أنه يسهل للزوج المعني أن يثبت زواجه بمستخرج من سجل الحالة المدنية يمنحه التقاضي أمام المحكمة فيطلب ما يترتب على عقد الزواج من أثار بعد أن كان قد حرمه منه بمقتضى الفقرة الأولى من القانون رقم 63/224 المشار إليه أعلاه.[4]

---

[1] – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص271 .

[2] - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعثة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989، ص 166 .

[3] - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع نفسه، ص 166 .

[4] - مرجع نفسه، ص 167.

- ومن أهم أثار التسجيل عقد الزواج أيضا أنه يجب على ضابط الحالة المدنية بعد أن يتم تسجيل أو تدوين عقد الزواج في سجل الحالة المدنية المخصص لذلك أن يشير إلى هذا الزواج على هامش وثيقة ميلاد كل واحد من الزوجين وإن كان أحدهما أو كلاهما قد ولد وقد تم تسجيل ولادته في بلدية أخرى غير البلدية التي تم بها إبرام عقد الزواج أن يرسل بيانا إلى ضابط الحالة المدنية لبلدية مكان ولادته وأخرى إلى كاتبة الضبط بالمجلس القضائي التي توجد بدائرة بلدية العقد.[1]

المطلب الثاني : القضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة

يشترط لرفع الدعوى الإستعجالية المتعلقة بشؤون الأسرة مجموعة من الإجراءات لابد أن تتوفر في الدعوى حتى يتم قبولها ذلك أن إجراءات رفع الدعوى المستعجلة تمتاز بالخصوصية بإعتبار أن قضاء الإستعجال قضاء إستثنائي يشترط لصحته توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية.

الفرع الأول: شروط قبول الدعوى الإستعجالية

لابد أن تتوفر في الدعوى مجموعة من الشروط حتى تكون صحيحة وحتى يتم قبولها ذلك أن غياب هذه الشروط في الدعوى تدفع المحكمة لعدم قبولها.

وقد حدد المشرع الجزائري شروط قبول الدعوى في الفصل الأول المعنون "في شروط قبول الدعوى" من الباب الأول تحت عنوان "في الدعوى" من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا/ الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإستعجال

ميز المشرع الجزائري من خلال المادة 13 من ق.إ.م وا بين الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى بحيث أبقى على الشرطين الأساسين وهما الصفة والمصلحة وأحال الأهلية بوصفها شرطا شكليا.[2]

[1] - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع نفسه، ص 167.

[2] - بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغداد ، ط1 ، الجزائر ، 2009، ص 33.

- **شرط الصفة في دعوى الاستعجال:** تنص المادة 13 على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة. فلا تقبل الدعوى أمام المحكمة إلا إذا تم رفعها من ذي صفة، فالصفه هنا هي الحق في المطالبة أمام القضاء بمعنى التمتع بصفة التقاضي أي السند القانوني الذي يمنحه القدرة على الإدعاء.

أنواع الصفة:

1/ الصفة غير العادية أو الإستثنائية : يجبر القانون صراحة في بعض الحالات حلول شخص أو هيئة محل صاحب الصفقة الأصلية في الدعوى وهذا الإستثناء لا يقبل إلا بناء على نص تشريعي.[1]

نستخلص أن الصفة من الشروط الموضوعية لقبول الدعوى الاستعجالية أمام القضاء والتي تعتبر من النظام العام، فيمكن للقاضي إثارة عدم وجودها من تلقاء نفسه، كما يمكن للخصوم التمسك بها.[2]

2/ الصفة الإجرائية : وهي صلاحية الشخص لمباشرة القضائية في الدعوى باسم غيره فقد يستحيل على صاحب الصفة مباشرة الدعوى وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات.[3]

- **شرط المصلحة في دعوى الاستعجال:** تعتبر المصلحة شرطا أساسيا من الشروط الموضوعية الواجب توافرها لرفع أي دعوى مهما كان نوعها لذا يجب على رافع الدعوى الإستعجالية ذات الشأن بقانون الأسرة أن تكون له مصلحة عند رفعه لها والا

[1] - مودع محمد أمين، شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد 2، المجلد الخامس، مخبر القانون والعقار، جامعة على لونيسي، البليدة02، نشرت في 12 /10 /2018، ص 142.

[2] - أبخيميو راضية وآخرون، القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والتجارية ، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة بجاية ، 2002 ، ص 25.

[3] - مودع أمين، مرجع سابق، ص 142.

رفضت دعواه. ن فيقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء للقضاء، هذه الأخيرة تشكل الدافع وراء الدعوى والهدف من تحريكها.[1]

ويشترط لصحة المصلحة أن تكون قانونية وشخصية كأن يدعي المدعي حقا يعترف به القانون ويحميه وأن يكون المدعي رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته إلا في حالة ما إذا كان المدعي قاصرا فينوب عنه وصيه، هذا وأن عنصر القانونية وحده لا يكفي حتى تكون الدعوى مقبولة موضوعا بل لابد أن تكون المصلحة حالة وقائمة بمعنى أن يكون الحق المدعى به أو المركز القانوني الذي يدعيه قد أعتدي عليه بالفعل ونشأت بشانه منازعة وهنا قد تحقق الإعتداء الذي يبرر طلب الحماية القانونية[2] أن تكون المصلحة محتملة: يقال بأن المصلحة المحتملة هي التي يقرها القانون في المادة 13 والتي يكون الهدف من ورائها وقوع ضرر محتمل غير أنه إستثناء يمكن أن تكون المصلحة محتملة لاسيما من خلال الدعوى القضائية الرامية إلى الإحتياط للحق وذلك بالحصول على دليل قائم لحين قيام المنازعة.[3]

- **الإذن في دعوى الاستعجال:** يعتبر الإذن من الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 13 والذي اعتبره شرطا من شروط قبول الدعوى إلا في حالات يشترطها القانون.

ويفهم من الإذن تلك الرخصة التي نص عليها القانون في بعض الحالات على وجوب الحصول عليها، بحيث لو تقدم المدعي بدعواه دون الحصول على الإذن يحكم بعدم قبول دعواه ولعل من أمثلة ذلك في قانون الأسرة هي الرخصة المنصوص عليها في المادة

[1] - الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة 01، الجزائر ،2000، ص 89.

[2] - الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص ص 233 –234 .

[3] - طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، الجزء الأول، دار الخلدونية، الجزائر ،2012، ص 13.

07 من قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة بزواج القصر والمادة 88 من نفس القانون التي تنص على الإذن الذي يأخذه الولي من القاضي للتصرف في أموال القاصر.[1]

ثانيا/ الشروط الشكلية لرفع الدعوى الإستعجالية

وإلى جانب الشروط الموضوعية الواجب توافرها لرفع الدعوى المستعجلة يستوجب توافر شروط أخرى شكلية تتمثل فيما يلي:

1/ عريضة إفتتاح الدعوى.

- **تعريف العريضة ومضمونها:** لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا لعريضة إفتتاح الدعوى وترك تعريفها للفقه، إذ يشترط أن تتوافر فيها مجموعة من البيانات وهو ما نصت عليه المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:
- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى
- إسم ولقب المدعي وموطنه
- إسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي
- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى نستنتج من نص المادة أن تخلف أحد البيانات السالفة الذكر في العريضة يؤدي إلى بطلانها وأن صحة العريضة تعود لتقدير قاضي الاستعجال .

[1] - مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 لونيسي علي، ص 120.

هذا وأن الدعوى ترفع أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة توضع بأمانه الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.[1]

- **تقييد عريضة إفتتاح الدعوى:**

يتم هذا الإجراء على مستوى أمانة ضبط المحكمة وفق إجراءات خاصة

- تقييد العريضة في سجل خاص: وهو إجراء يقوم به أمين ضبط المحكمة بمجرد استلامه عريضة إفتتاح الدعوى ويتم ذلك في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب خصوم ومنح رقم القضية وتاريخ الجلسة وبعدها يقوم أمين الضبط بتسجيل تاريخ أول جلسة مع رقم القضية على نسخ العريضة ويسلمها للمدعي بغرض تكليف الخصوم رسميا بالحضور للجلسة وهو ما أكدته المادتين 16و 17 ق... م وا.[2]
- دفع الرسوم وإشهار العريضة: نصت المادة 17 ق.إ.م.إ على أنه لا تقيد العريضة إلا بدفع الرسوم المحددة قانونا ما لم ينص على خلاف ذلك.

نستخلص من نص المادة أن العريضة لا يتم تقييدها إلا بدفع الرسوم التي ينص عليها القانون فالمدعي مطلوب منه دفع هذه الرسوم قبل السير في دعواه لأن الرسوم تعود للخزينة العمومية ويختلف مقدارها بإختلاف الأقسام القضائية في حين قد يعفى منها بعض المتقاضين.[3]

هذا وأن المشرع قد يشترط في بعض الحالات شهر العريضة الإفتتاحية أمام المحافظة العقارية خاصة إذا تعلق الأمر بعقارات أو بحق عيني عقاري والذي يعتبر شرطا لقبول الدعوى.

[1] - انظر المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] - يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر ،2009، ص4 .

[3] - مودع محمد أمين، المرجع السابق، ص، 139.

2/ تقصير مهلة الدعوى: يمكن للقاضي في الحالات المستعجلة أن يقرر تقصير مهلة الدعوى التي تحدد بيوم واحد إلى مهلة أقصر من ذلك إذا رأى أن ذلك كان لازما وخاصة في حالات التفاقم الشديد للضرر والذي يقرر ويأمر بإبلاغ العريضة وقرار تقصير المهلة إلى المدعى عليه الذي يجب أن يكون أمامه متسع من الوقت لإعداد دفاعه، ولا يكون الأمر كذلك إذا أبلغت العريضة مع قرار تقصير المهلة إلى شخص آخر ممن يجوز تبليغهن عنه ويكون لقاضي الإستعجال حق تقدير ما إذا كان المدعى عليه قد أعطي الوقت الكافي للحضور وتحضير جوابه على الدعوى.[1]

كما يمكن للقاضي أن يتخذ قرار تقصير المهلة من ساعة إلى ساعة دون أن يخرج عن القانون او عن السلوك المهني وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 302 ق .م.إ، وهو إجراء يتخذه القاضي في حالات الإستعجال القصوى التي لا يحتمل فيها الأمر التأخير كدرء خطر وشيك قصد إتخاذ تدابير مؤقتة لا تقبل الإنتظار والتي يجوز نظرها في مكتب الرئيس بحضور كاتب الضبط وحتى في غير أوقات العمل ويمكن في بعض الأحيان تنفيذ الأمر بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله تفاديا لزوال الآثار المترتبة عنه أو فوات المصلحة وضياع الحق.[2]

3/ الأهلية : إن للأهلية دور أساسي لرفع الدعوى فقد نص المشرع الجزائري عليها في المواد من 40 إلى 45 من قانون الأسرة الجزائري محددا فيها سن التميز وكذلك سن الأهلية الكاملة.[3]

[1] - طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكاتب، لبنان، ص 43.

[2] - سعودي زهير، المرجع السابق، ص700.

[3] - أنظر المواد 40 إلى 45 من الأمر 75 -58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07 -05، العدد 14، ص922.

فلابد أن يتوفر في أطراف الدعوى أهلية التقاضي الواجب توافرها في الدعوى العادية أما الدعوى الإستعجالية فيرى البعض عدم ضرورة توافر الشروط اللازمة لأهلية التقاضي أمام القضاء العادي بل يكفي أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة في الإجراء المطلوب اتخاذه.[1]

في حين يرى البعض أن الأهلية شرط من شروط صحة الخصومة وليس شرطا من شروط قبول الدعوى[2] لذلك فعدم توافر شرط الأهلية لا يمنع من رفع الدعوى، غير أن الخصومة تكون باطلة. وفي الأخير يمكن القول إن المشرع الجزائري وبالرغم من تحديده لشروط قبول الدعوى في المادة 13 من ق. إ. م.إ، إلا أنه لم يشترط كافة الشروط وذلك لوجود مواد أخرى نصت على غيرها كالمادة 67 من نفس القانون وفي نصوص أخرى.[3]

الفرع الثاني: الأوامر المستعجلة والطعن فيها

إن اختصاص القضاء المستعجل اختصاص قضائي وليس ولائي، فالأحكام التي يصدرها وإن كانت وقتية لا تمس أصل الحق إلا أنها قضائية بالمعنى القانوني وإن كان الفقهاء وبعض أحكام المحاكم يطلق عليها اسم قرارات فهي تصدر عليها قواعد المداولة وهي ملزمة للخصوم ومقيدة للقاضي، فلا يجوز العدول عنها أو تعديلها جزئيا أو كليا إلا إذا حصل تغيير في وقائع الدعوى المادية أو مركز الخصوم القانوني في شكل الحكم ومحتواه.[4]

أولا/ الحكم المستعجل

إن الحكم المستعجل كغيره من الأحكام القضائية يطبق عليه القواعد والأسس والضوابط التي يخضع لها الحكم القضائي فقد يصدر بصوره علنية وبعد محاكمة علنية او يصدر بصفة سرية إذا أقر القاضي بذلك حفاظا على الآداب العامة أو على شرف العائلة،

[1] - ابخيميو راضية وآخرون، المرجع السابق، ص 26.

[2] - طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، المرجع السابق، ص 1 .

[3] - مقفولجي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 122.

[4] - طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاءة، المرجع السابق، ص 55 .

على أن ينطق بقرار الجلسة علنيا وللأطراف أن يبدوا طلباتهم شفهيا أو أن يتقدموا باللوائح والمذكرات.[1]

- **شكل الحكم** : يجب أن يشمل الحكم إسم القاضي الذي أصدره واسم كاتب الجلسة الذي كان موجودا وقت نظر الدعوى وأسماء وعناوين الخصوم ووقائع الدعوى الختامية والدفوع القانونية والأسباب التي بنيت عليها، ثم المنطوق وإمضاء القاضي والكاتب ويتعين تسبيبها وإلا كانت باطلة.[2]
- **حجية الأوامر الإستعجالية** : تعد حجية الشيء المقضي فيه قرينة قانونية مؤداها أن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع، الأمر الذي يجعل من الحجية التي يتمتع بها عنوانا للحقيقة التي يحتويها والتي لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعون القضائية المقررة ضده.[3]

فالطابع المؤقت للأوامر الإستعجالية لا يسمح لها من الإستفادة من نفس الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة في الموضوع بإعتبارها قابلة للتعديل والتغيير، وفي حالة تغيير الظروف التي صدرت في إطارها فهي لم تصدر إلا حماية للحق المتنازع حوله وعلى الرغم من أن الأحكام التي تصدر في الإجراءات المستعجلة وقتية إلا أنها تقيد القضاء المستعجل وتلزم طرفي الخصومة، فليس للأول القاضي أن يعدل بحكم ثان عما قضى به أولا وكذلك ليس للثاني الخصوم أن يرفعوا دعوى ثانية بذات الموضوع أمام المحكمة المستعجلة بقصد الوصول إلى حكم مانع أو معدل للحكم الأول الصادر في الدعوى الأولى إلا إذا حصل تغيير أو تعديل في الوقائع المادية أو في المراكز القانونية للطرفين أو لأحدهما.[4]

---

[1] - طارق زيادة، القضاء المستعجل، المرجع السابق، ص 61.

[2] - طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، المرجع السابق، ص 55 .

[3] - الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام الجزائري، المرجع السابق، ص 103.

[4] - زيدان محمد، الإجراءات الإستعجالية في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، ص 65.

- **تنفيذ الأوامر المستعجلة:** تنص المادة 303 من ق.إ.م.إ على أنه لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق وهو معجل بالنفاذ ..." وبالتالي فالأحكام الإستعجالية واجبة النفاذ بقوة القانون، غير أن هذه القاعدة مخالفة للأصل الذي يوجب تبليغ وإخطار المدعى عليه قبل تنفيذ الحكم غير أنه وبالرجوع للفقرة الثانية من المادة 303 من نفس القانون فإنها تجيز للقاضي في حالات الإستعجال القصوى وقبل قيد الأمر أن ينفذ بموجب النسخة الأصلية للأمر، لأنه لو إتبعنا الطريقة العادية بإنتظار نسخة تنفيذية من الحكم وتبليغها قبل مباشرة التنفيذ لحصل تأخير وبطء قد يفوت الفرصة والمقصود من إستصدار الحكم.[1]
- آثار تنفيذ الأحكام المستعجلة : في الواقع أن الأحكام المستعجلة كباقي الأحكام الموضوعية، يجري تنفيذها على مسؤولية طالب التنفيذ ، ومن هنا يجوز للمنفذ ضده الرجوع أمام محكمة الموضوع بدعوى موضوعية على طالب التنفيذ بتعويض الضرر الذي لحقه جراء ذلك التنفيذ إذا ألغي الحكم استئنافا أو رأت محكمة الموضوع لأي سبب من الأسباب عدم الأخذ به وهذه النتيجة محل إجماع الفقهاء والقضاء إن كان القائم بالتنفيذ سيئ النية، ويرى البعض الآخر خلاف ذلك أي أنه إذا كان طالب التنفيذ حسن النية فلا يمكن مسائلته عن التعويض لكونه كان يباشر عملا يحق له بنص القانون.[2]

ثانيا/ الطعن في الأوامر المستعجلة

لقد نص المشرع الجزائري على طرق الطعن في الدعوى القضائية العادية في الباب التاسع المعنون" في طرق الطعن" من الكتاب الأول المعنون بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية ولعل ما يجري على الدعوى العادية يسري على الدعوى الإستعجالية.

[1] - طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، المرجع السابق، ص57 .

[2] - مرجع نفسه، ص 57.

- **طرق الطعن العادية** : تتمثل طرق الطعن العادية في المعارضة والاستئناف أ. الطعن بالمعارضة في القرارات الإستعجالية الغيابية.

- تعريفها: تعتبر من طرق الطعن العادية والتي ترفع من قبل الخصم المتغيب وتهدف إلى مراجعة الأحكام والقرارات الصادرة غيابيا.[1]
- إجراءاتها : يعتبر الأمر الاستعجالي غير قابل للمعارضة حتى ولو صدر غيابيا في حالة عدم التكليف الشخصي للخصم، إذ يجب على القاضي الإستعجالي في حالة تسجيل معارضة أمامه في أمر إستعجالي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول طبقا للمادة 69 من ق.إ.م وا، لأنه من النظام العام ويتعلق بغياب طرق الطعن ويكون الأمر الصادر في هذه الحالة بعدم قبول المعارضة.[2]

إذ يرى الفقيه محمد براهمي أن منع المعارضة يخص فقط الأوامر الصادرة عن أول درجة ولكن إذا تعلق الأمر بقرار إستعجالي غيابي صادر عن المجلس القضائي فإن المعارضة تكون مقبولة ، والتي ترفع في أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر.[3]

وهو ما أكدته المادة 304 الفقرتين 0203 من قانون إ.م إ.[4]

- **الطعن بالاستئناف في الأوامر الإستعجالية:**

- تعريفه: هو طريقة من طرق الطعن العادية والذي يرمي إلى تقديم الحكم المستأنف إلى جهة قضائية في الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه والغائه من جراء الآثار المترتبة عليه.[5]

[1] - بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص 98.

[2] - مرجع نفسه، ص 98.

[3] - مرجع نفسه، ص 99.

[4] - المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5] - الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، طبعة 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، المرجع السابق، ص 373.

- إجراءاته: يجوز الاستئناف في الأوامر الإستعجالية في أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ طبقا للمادة 304 من ق...م وإ وتكون الإجراءات أمام المجلس مستعجلة أيضا[1] رغم أن الاستئناف تحكمه نفس الشروط والإجراءات إلا أنه يتميز في الأوامر الإستعجالية بتقصير مواعيده واختصارها طبقا لأحكام المادة 304 الفقرة الثالثة من ق...م وإ، والتي استلزم فيها المشرع الجزائري الفصل في أقرب الآجال خلاف لما هو معمول به بالنسبة للاستئناف في الأحكام العادية المادة 336 من ق.م.إ.[2]

- **طرق الطعن غير العادية:**

- الطعن بالنقض ضد القرارات الاستعجالية

- .تعريفه: هو طريق غير عادي يطعن به في الأحكام النهائية أمام المحكمة العليا وذلك بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون والأصل أن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام محكمة النقض في الفصل فيه من جديد كما هو الحال بالنسبة للاستئناف وانما تقتصر سلطة المحكمة العليا على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها دون تطبيقها عليه ودون أن تفصل في موضوعه.[3]

- إجراءاته: لم يرد نص صريح يسمح بالطعن في القرارات الإستعجالية لكن لم يرد أيضا أي نص يمنع ذلك، فلا يبني الطعن بالنقض في الأحكام النهائية الصادرة عن المجالس القضائية والمحاكم الأخرى إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المنصوص عليها في المادة 358 من ق.م.إ.[4]

على أن يرفع في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا. يرفع الطعن بالنقض بعريضة مكتوبة ويجب لقبولها شكلا أن تحتوي على الشروط الآتية إسم

[1] - سعودي زهير، المرجع السابق، ص 707.

[2] - زيدان محمد، المرجع السابق، ص77 .

[3] - صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 355.

[4] - أنظر المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقب ومهنة كل من الخصوم مرفقة بها صورة رسمية من الحكم المطعون فيه وأن تحتوي على موجز للوقائع والأوجه التي يبنى عليها الطعن المرفوع للمحكمة العليا ويجب أن تكون العريضة موقع عليها من محامي مقبول أمام المحكمة العليا على أن يرفق بها عدد من النسخ بمثل عدد الخصوم وكذا الإيصال المثبت لدفع الرسم القضائي المقرر لإيداع العريضة مع نسخة أصلية من القرار المنفذ.[1]

- الطعن باعتراض الغير خارج عن الخصومة في الأوامر الاستعجالية :
- .تعريفه: اعتراض الغير عن الخصومة هو طعن مقرر لمن لم يكن طرفا ولا ممثلا في الخصومة التي صدر فيها الحكم أو القرار الذي يمس بمصالحه.[2]
- إجراءاته: لقد أقر المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 380 من ق. م .إ جواز اعتراض الغير خارج عن الخصومة ضد الأوامر الاستعجالية الفاصلة في أصل النزاع بنصها على أنه:" يهدف اعتراض الغير خارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع" هذا وأن أجل رفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر قائم لمدة 15 سنة تسري من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف في ذلك، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، | ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة[3] يرفع إعتراض الغير الخارج عن الخصومة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، ويقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجوز الفصل فيه من طرف نفس القضاة ويجب أن يكون مصحوبا بوصل يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة ضبط

[1] - الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 376.

[2] - أنظر المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] - بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص 104.

المحكمة يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 من ق.إ.م.إ وهي عشرون ألف 20.000 دينار جزائري.[1]

- الطعن بالتماس إعادة النظر في الأوامر الاستعجالية:

- .تعريفه: هو طريق تظلم خاص من الأحكام يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع حيث يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، لقد أجاز المشرع الجزائري لكل شخص له مصلحة ولم يكن له ممثل في الحكم أو القرار المطعون فيه وتقديم اعتراض الغير عن الخصومة إذا ألحق الحكم ضررا بالشخص لم يكن خصما في الدعوى ولم يكن ممثلا فيها.
- إجراءاته: كقاعدة عامة الأوامر الاستعجالية لا تقبل التماس إعادة النظر لأنها لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، كون الالتماس إجراء خاص بالأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي فيه، في حين أن الحالات المنصوص عليها في المادة 300 من ق...م وا والتي يكون فيها الأمر الاستعجالي صادرا في المواد التي نص القانون صراحة على أنها من اختصاصه وفصل في الموضوع فيحوز الأمر الصادر فيها حجية شيء المقضي فيه وبالتالي يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر فيها طبقا للمادة 390 من ق.إ.م.إ.[2]

يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين يبدأ سريانه من تاريخ تبوث تزوير شهادة الشهود أو ثبوت التزوير أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة ولا يقبل إلتماس إعادة النظر إلا إذا كانت العريضة مرفقة بوصل يثبت إيداع كفالة بأمانة ضبط الجهة القضائية، لا تقل عن الحد الأدنى المنصوص عليه في المادة 397 من ق.إ.م.إ ويرفع إلتماس إعادة النظر أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر الملتمس فيه وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى بعد استدعاء كل الخصوم قانونا.[3]

[1] - بوقندورة سليمان، المرجع نفسه، ص 104.

[2] - سعودي زهير، المرجع السابق، ص 708 .

[3] – بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص105.

خاتمة وتوصيات

خاتمة:

الحمد لله الذي يسرنا إلى انجاز هذا العمل الذي حاولنا فيه أن نحيط بجملة من النقاط والتي تمكن القارئ من الحصول على نظرة عامة عن الموضوع – المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري – .

من خلال هذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

1- أجمع علماء الأصول على اعطاء تعاريف للمصلحة المرسلة متقاربة المعاني مختلفة المباني؛

2- يعتبر المذهب المالكي أكثر المذاهب أخذا بالمصالح المرسلة؛

3- دليل حجية العمل بالمصالح المرسلة عند المالكية مايلي:

- جمع المصحف في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه.
- اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم على حد شرب الخمر.
- قتل الجماعة بالواحد قصاصا.

4- تقسم المصالح المرسلة إلى عدة أقسام تبعا إلى عدة اعتبارات:

- تقسم المصالح المرسلة باعتبار قوتها إلى مصالح ضرورية وحاجية وتحسينية
- تقسم من حيث اعتبار الشارع لها إلى ما شهد له الشارع بالاعتبار
- ما شهد له الشارع بالبطلان
- مالم يشهد له الشارع بالاعتبار ولا بالبطلان

5- من ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة:

- أن لا تعارض نصا خاصا قطعيا
- الملائمة لمقاصد الشارع
- أن لا تدخل في مجال العبادات
- أن تكون المصلحة محققة
- وجود المجتهد المؤهل

6-من تطبيقات المصلحة المرسلة في الفقه الاسلامي:

- جمع القرآن الكريم
- تدوين السنة النبوية الشريفة

- الزام الناس بتسجيل عقودهم

7- تظهر المصلحة المرسلة في قانون الأسرة الجزائري في الصور التالية:

- التلقيح الاصطناعي
- الفحص الطبي قبل الزواج
- تسجيل عقد الزواج وتوثيقه
- قضاء الأسرة هو قضاء ذو طبيعة استعجالية

8-أجازت الشريعة الإسلامية عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وأثناء حياتهما وأقرت به ثبوت النسب ، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة؛

9-حرمت كل من الشريعة والمشرع الجزائري اللجوء لوسيلة الأم البديلة، لأنها تثير مشكلة الأم الحقيقية للمولود؛

10- الفحص الطبي قبل الزواج هو الفحص الذي يجريه الطبيب للخطيبين قصد معرفة الحالة الصحية العامة لهما، من أجل تحقيق مقصد هام من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النفس والنسل من الأمراض؛

11- أن المشرع الجزائري قد حذا حذو الشريعة الإسلامية في تقنين الفحص الطبي وجعله كإجراء سابق لعقد الزواج وأخذ بالرأي الذي يقول بجواز الالزام بالفحص الطبي وهذا ما يتجلى في المادة 07 مكرر والمرسوم التنفيذي رقم 154/06 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

1. إبراهيم منصور الشحات، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، د ط، دار الفكر الجامعي، د س مصر .
2. ابن العربي ، أحكام القرآن، ط3، د. الكتب العلمية، ت . محمد عبد القادر عطا، 2003.
3. ابن العربي ، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ت . محمد عبد الله ولد كريم (ط1 ، د. الغرب الإسلامي) 105/4.
4. ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مكتبة السنة المحمدية.
5. ابن رشد الحفيد ، الضروري في أصول الفقه : ت . محمد علال سى ناصر ، (ط1، د. الغرب الإسلامي ،1994 بيروت– لبنان) .
6. ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ،دار الحديث – القاهرة، 2004)،38/3.
7. ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 203، دار النفائس، تحقيق محمد الطاهر الميساوي.
8. ابن منظور، لسان العرب، فصل الحاء باب الصاد، ج2 .
9. أبو حامد محمد الغزالي، المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1413هـ – 1993م.
10. أبو زهرة ، مالك حياته وعصره – آراؤه الفقهية ، ط 2، د. الفكر العربي 1952.
11. أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة الأولى، 1414هـ– 1994م، ج8.
12. أبي إسحاق إبراهيم الشاطبي، الاعتصام، تحقيق محمود بن الجميل، دار الامام مالك، الجزائر، الطبعة الأولى، 1431–2010م.
13. أبي إسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ–1997م، ج1.
14. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار نوبلس للنشر والتوزيع، ط1، المجلد الخامس، بيروت، لبنان، 2006.

15. أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، دار النفائس للنشر والتوزيع ،د.ط ، عمان الاردن ، 2005 .
16. البدوي ، يوسف أحمد محمد ، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ، ص 356، دار النفائس – الأردن طاس 2000م .
17. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغداد ، ط1 ، الجزائر ، 2009.
18. بلتاجي ، محمد ، مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري ، ج1 ، ص 459 ، دار السلام – .
19. بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري ، أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة السادسة، 2010.
20. البوطي ، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ص 37، دار الفكر دمشق ، ط 4، 2005م.
21. بوني ف. فرمجن، القانون الطبي والأخلاق، ترجمة نجيب الحصادي، المركز القومي للترجمة، مصر، 2012.
22. تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1425هـ- 2004م، ج11.
23. جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد 2، دار صادر، لبنان، د س ن.
24. رحال ، علاء الدين حسين ، معالم وضوابط الاجتهاد عند شيخ الإسلام ابن تيمية ، دار النفائس – الأردن – ط1 س 2002م .
25. زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الهدى، الجزائر، 2010.
26. الزرقا ، مصطفى احمد ، الاستصلاح والمصالح المرسلة ، ص 40 ، دار القلم – دمشق – ط1، 1988م .

27. زوبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الغسلامية ، قسم الشريعة ، 2008.
28. زيد مصطفى ، المصلحة في التشريع الإسلامي، ص 243، دار اليسر للطباعة والنشر – مصر – ط 3، 2006م عناية وتعليق د. محمد يسري .
29. سيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق عبد الفتاح الحلو، التراث العربي، الكويت، 1418هـ – 1997م، ج 29.
30. شلبي محمد مصطفى ، تعليل الأحكام ،ص 278، النهضة العربية – بيروت – 1981م .
31. شوقي ضيف، معجم المصطلحات الطبية، ج2، ط2، دار الشعب، مصر، 1990.
32. طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكاتب، لبنان.
33. الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، تونس، د س ن.
34. طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، الجزء الأول، دار الخلدونية، الجزائر ،2012.
35. الطوفي ، شرح الأربعين النووية – شرح حديث – "لا ضرر ولا ضرار " أنظر ملحق رسالة مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي.
36. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعثة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989.
37. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر ضباط الحالة المدنية والأجانب ، دار هومه الجزائر ،2010..
38. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2008.
39. عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004.

40. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، الشورى في الإسلام ، دار النهضة العربية ، 1411 هـ/ 1994 م.
41. العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة د ط، كنوز الحكمة للنشر، الجزائر ، 2013.
42. الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة 01، الجزائر ،2000.
43. فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
44. فاديغا موسى ، أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية، ط1، دار التدمرية، 2007.
45. فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه،تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ - 1997م، ج5.
46. كاملي مراد ، الوجيز في قانون الأسرة ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ،الموسم الجامعي 2009-2010 .
47. محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطى، المحاضرات، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1426هـ، ص 37.
48. محمد المرسي زهرة، "الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة"، بط، الكويت، 1993.
49. محمد بن عبد الله المقري، القواعد ، مركز إحياء التراث الإسلامي مكة ، ت . أحمد بن عبد الله حميد ، بدون طبع .
50. محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر فياض العلواني ج2 ، ط 1، الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1400هـ.
51. محمود أحمد طه، "الإنجاب بين التحريم والمشروعية"، منشاة المعارف ، الإسكندرية، 2003.

52. محمود مهدان، " الأحكام الشرعية والقانونية للشغل في عوامل الوراثة " ، ط1، بدون دار النشر، الأردن .
53. محمود مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للشغل في عوامل الوراثة ، ط1 ، الأردن .
54. يوسف دلاندة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر ،2009.

الرسائل الجامعية :

1. أبخيميو راضية وآخرون، القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والتجارية ، مذكرة لنيل شهادة الليسانس في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة بجاية ، 2002.
2. حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الحقوق ، قسم القانون المدني ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2006.
3. زيدان محمد، الإجراءات الإستعجالية في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1.
4. محمد بن ناصر بن إبراهيم البرادي، مجالات السياسة الشرعية في الأنكحة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، 2003-2004.
5. محمد نعمان محمد علي البعداني، مستجدات العلوم الطبية وأثرها في الاختلافات الفقهية، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، جمهورية السودان، 2013.
6. مزلول موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة على ضوء التعديلات المدخلة عليه، كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة .

7. منال محمد رمضان هاشم العيشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008.

8. ياسر عبد الحميد جاد الله النجار ، التلقيح من منظور الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، كلية الشريعة والقانون بالدهقهلية .

المجلات والمقالات :

1. جمعة محمد بشير، " نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي"، مقال منشور بالمجلة الجامعة، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة السابع من أبريل، ليبيا، 2005.
2. سالم البهنسارى ، فقه المصلحة بين العقل والشرع، بمجلة الوعي الإسلامي عدد 301 ذو القعدة 1410 هـ أفريل 1990 م.
3. لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2006.
4. محمد سلام مدكور ، المصالح المرسلة وموقف الفقهاء منها، مجلة مصر المعاصرة ، السنة 59 ، عدد 333 ، يوليو 1948.
5. محمد علي البار ، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي، 2/ 1228، منشور بمجلة المجمع الفقهي الدولي، المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الصناعي ، العربي أحمد بلحاح، بحث محكم منشور بمجلة القضائية، العدد السادس .
6. مقفولجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2 لونيسي علي.
7. مودع محمد أمين، شروط قبول الدعوى على ضوء تعديل قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مجلة صوت القانون، العدد 2، المجلد الخامس، مخبر القانون والعقار، جامعة على لونيسي، البليدة02، نشرت في 12 /10 /2018.

القوانين :

1. الأمر 75 –58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07 –05، العدد 14.
2. القانون02/06 المؤرخ في 21 محرم الموافق ل 20 فيفري 2006، المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 14، ص 15.
3. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، معلل ومتمم لقانون رقم 11/84 ، متعلق بالقانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 15 المادة 18 .
4. قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
5. الأمر 20/70 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08/17،المؤرخ في 09أوت 2014 ، متعلق بالحالة المدنية والمادة 71.

فهرس الآيات والأحاديث

01- فهرس سور وآيات القرآن الكريم.

02- فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس الآيات			
الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
وَوَصَّيْنَا الإنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ، وقوله تعالى.	14	لقمان	50
(حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا)	15	الأحقاف	50

فهرس المحتويات

شكر	
الإهداء	
مقدمة	أ
الفصل الأول : ماهية المصلحة المرسلة	
تمهيد	**07**
المبحث الأول : مفهوم المصلحة المرسلة وأقسامها	**08**
المطلب الأول : المصلحة المرسلة مفهومها وحجيتها	**08**
الفرع الأول : مفهوم المصلحة المرسلة	**08**
الفرع الثاني : حجية المصلحة المرسلة	**14**
المطلب الثاني : أقسام المصلحة المرسلة	**18**
الفرع الأول: تقسيم المصلحة باعتبار قوتها	**19**
الفرع الثاني: تقسيم المصلحة باعتبار الشارع لها	**23**
المبحث الثاني: المصلحة المرسلة شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي	**25**
المطلب الأول: شروط المصلحة المرسلة	**25**
الفرع الأول: ضرورة ضبط المصلحة المرسلة	**25**
الفرع الثاني: ضوابط المصلحة المرسلة	**25**
المطلب الثاني : تطبيقات المصلحة المرسلة	**32**
خلاصة	**37**
الفصل الثاني : المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في قانون الأسرة	
تمهيد	**39**
المبحث الأول: المصلحة المرسلة المتعلقة بالمسائل الطبية في قانون الأسرة الجزائري	**40**
المطلب الأول : التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري	**40**

الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي وتطوره	**40**
الفرع الثاني: ضوابط التلقيح الاصطناعي	**45**
المطلب الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج	**50**
الفرع الأول: مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج	**50**
الفرع الثاني: أنواع الفحص الطبي قبل الزواج	**53**
المبحث الثاني: تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة	**58**
المطلب الأول : تسجيل عقد الزواج وتوثيقه	**58**
الفرع الأول: السلطة المكلفة بكتابة عقد الزواج	**58**
الفرع الثاني: تسجيل عقد الزواج وأثاره	**65**
المطلب الثاني : القضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة	**68**
الفرع الأول: شروط قبول الدعوى الاستعجالية	**68**
الفرع الثاني: الأوامر المستعجلة والطعن فيها	**74**
خاتمة	**83**
قائمة المصادر والمراجع	
فهرس الأحاديث النبوية.	
فهرس سور وآيات القرآن الكريم.	
فهرس المحتويات	
ملخص	

ملخص الدراسة:

وفي الأخير فقد تناولنا دراسة موضوع المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من الجانبين النظري والتطبيقي، فجاء في الجانب النظري ماهية المصلحة المرسلة من خلال مفهومها وأقسامها وكذا المصلحة المرسلة شروطها وضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، أما في الجانب التطبيقي فق عالج المصلحة المرسلة وتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري بالنسبة لقضية التلقيح الاصطناعي وكذا تسجيل عقد الزواج والقضاء الاستعجالي في شؤون الاسرة.

الكلمات المفتاحية : المصلحة المرسلة – الفقه الإسلامي – قانون الأسرة الجزائري – التلقيح الاصطناعي – عقد الزواج – القضاء الاستعجالي.

Study summary:

Finally, we dealt with the study of the subject of the sent interest and its applications in Islamic jurisprudence and Algerian family law from both the theoretical and practical sides. In the theoretical side, what is the sent interest through its concept and its divisions, as well as the transmitted interest, its conditions, controls and applications in Islamic jurisprudence. In the Algerian family law regarding the issue of artificial insemination, as well as the registration of the marriage contract and the urgent judiciary in family matters

Keywords: sent interest - Islamic jurisprudence - Algerian family law - artificial insemination - marriage contract - urgent justice.