ZIANE ACHOUR University Of DJELFA

Faculty Of Law And Political Science

Department Of Law

The intentions dimension of protection for the rights of children in Islamic jurisprudence and Algerian legislation

LMD doctorate in Law
Specialty: Contracts and personal status

Prepared by the student:

HOUARI Sabah

Supervision:

FECHAR Atallah

Discussion Committee:

Full name	Scientific rank	Original University	character
Lahrech Ahcen El Mahacen	Professor	ZIANE ACHOUR University Of DJELFA	President
Fechar Atallah	Professor	ZIANE ACHOUR University Of DJELFA	Supervisor And Rapporteur
Abd elkri;e Djamel	Lecturer A	ZIANE ACHOUR University Of DJELFA	Member
AMRAOUI Maria	Lecturer A	ZIANE ACHOUR University Of DJELFA	Member
KHADRAOUI Elhaddi	Professor	AMMAR THALIJI University of Laghouat	Member
AKKAKA Fatima Elzohra	Professor	AMMAR THALIJI University of Laghouat	Member

Academic year: 2018/2019

جامعـــة زيـــان عاشـــور بالجلفـــة
كليـــة الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

البعد المقاصدي لحماية حقوق الطفل في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث LMD تخصص العقود والأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:
- هواري صباح

إشراف الأستاذ الدكتور:
فشار عطاء الله

أعضاء لجنة المناقشة:

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة	جامعة الانتساب
لحرش اسعد المحاسن	أستاذ تعليم عالي	رئيسا	جامعة الجلفة
فشار عطاء الله	أستاذ تعليم عالي	مشرفا ومقررا	جامعة الجلفة
عبد الكريم جمال	أستاذ محاضر	مناقشا	جامعة الجلفة
عمراوي مارية	أستاذ محاضر	مناقشا	جامعة الجلفة
خضراوي الهادي	أستاذ تعليم عالي	مناقشا	جامعة الأغواط
عكاكة فاطمة الزهراء	أستاذ محاضر	مناقشا	جامعة الأغواط

الموسم الجامعي : 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى أمي وأبي

إلى إخوتي وأخواتي

إلى أساتذتي

إلى زملائي وزميلاتي

إلى كل من علمني حرفا

أهدي هذا البحث المتواضع راجيا من المولى

عز وجل أن يجد القبول والنجاح

شكر وعرفان

الحمد لله الأبدي السابق القوي الخالق الوفي الصادق الذي لا يبلغ كنه مدحه الناطق ولا يعزب عنه ما تجن الغواسق فهو حي لا يموت ودائم لا يفوت وملك لا يبور وعدل لا يجور عالم الغيوب وغافر الذنوب ...

انتخب محمدا من خلقه واصطفاه من بريته واختاره لنبوته كما وصفه ربه عز وجل رحيما بالمؤمنين عزيزا على الكافرين صلوات الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

أتقدم بالشكر الخالص للدكتور فشار عطاء الله مشرفي على هذا العمل الذي أحاطني بنصائحه وتوجيهاته، كما لا يفوتني أن أشكر الدكتور بشيري عبد الرحمن الذي لم يبخل عليا بأي شيء وكل من ساهم في انجاز هذه المذكرة .

ملخص:

إن المقاصد هي روح الشريعة الإسلامية وحكمها وغايتها ومراميها وأصولها الكبرى وأسسها العظمى وأركانها التي لا تبلى وفروعها المتغيرة حسب الزمان والمكان مراعاة لحالة الإنسان فهو محور وهدف الرسالة الإسلامية إذ حرصت على رعايته وأوجبت له الحماية في مختلف مراحله العمرية خاصة في بدايتها من تنشئة سليمة صحيحة محاطة بمجموعة من الحقوق نص عليها القرآن والسنة النبوية الشريفة.

إذ وضع الدين الإسلامي نظام دقيق محكم لحمايته منذ تكوين الأسرة إلى نشأته في رحم أمه إلى أن يخرج إلى الوجود بشرا سويا.

فالطفل مخلوق ضعيف له حقوق أصيلة إنسانية أساسية ينبغي أن تتظافر جهود الجميع لتحقيقها وصيانتها وضمان تمتعه بها إذ اتفقت كل الشرائع الإلهية و القوانين الوضعية فوضعت أحكام شرعية تحفظ لهم ذلك وتكفل رعايتهم، وإتخذها العلماء والمشرعين القانونيين أساسا لوضع منظومات قانونية تصبو إلى تحقيق مصلحة الطفل الفضلى فهي واجب كل فرد من قريب أو من بعيد نحوه.

Abstract :

The intentions is the basic of Islamic religion and his judgments, purposes, targets and his great origins and staffs which doesn't getting old according to the time and the place, by get attention for the state of the human, who is presented the axe and the aim of the Islamic message. so it's tried hard to protect him during his deferent ages sequences, particularly in his beginning, for a correctly development turning by a rights based from Quran and Sunnah. The Islamic religion has established an accurate system to protect the human being, since the made of the family, to his creature in his mother womb, till his coming to the exist. the child is a weak creature has his own basic rights as a human, which should all the people enhance the efforts to be realized, and guarantied, according to all religions of God and laws, which is agreed that his rights should be kept, so the specialists of law take it as a basic to establish legal sources legislation that realize the child's interests, which is a duty to every individual.

مقدمة

مقدمة :

الطفل مخلوق ضعيف له حقوق أصلية إنسانية أساسية ينبغي أن تتضافر جهود الجميع لتحقيقها وصيانتها وضمان تمتع الطفل بها فأهم حق اتفقت عليه كل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية هو أن تكون له أسرة ، كونها الوحدة الأساسية التي ينشأ فيها ويتفاعل فيها ويترعرع بين جنباتها وهي المؤثر الأول في تكوينه الحسي والنفسي والعقلي ، ومنها تتضح معالم شخصيته وملكاته في هذه الحياة، هذا الحق يجر مجموعة من الحقوق الأخرى تقع على عاتق والديه من خلال الرعاية والحماية ماديا ومعنويا وتماسك الأسرة وتضافرها،وحتى وإن اختل هذا الكيان فقد كرس له كذلك مجموعة من الحقوق التي تضمن بقاء التواصل والمودة والرحمة والألفة بين الأطراف، فكان الإسلام أول من نادى بهذه الحقوق وكرسها فوضع أحكام شرعية تحفظ له ذلك وتكفل رعايته، إذ إتخذها العلماء والمشرعين القانونيين أساسا لوضع منظومات قانونية تصبو إلى تحقيق مصلحة الطفل الفضلى فهي، واجب كل فرد من قريب أو من بعيد نحو هذا الطفل .

وبما أن أساس الشريعة الإسلامية سباقة في ذلك من خلال جلب كل مصلحة تنفع العباد ودرئ كل مفسدة تضر بهم إذ جاءت لتحقيق مصالح العباد الدنيوية والأخروية وإصلاح شؤونهم في العاجل والآجل وشرعت من الأحكام ما يناسب ذلك وبالمقابل نجد مقاصدها هي روح الشريعة الإسلامية وحكمها وغايتها ومراميها وأصولها الكبرى وأسسها العظمى وأركانها التي لا تبلى وفروعها المتغيرة حسب الزمان والمكان مراعاة لحالة الإنسان فهو محور وهدف الرسالة الإسلامية إذ حرصت على رعايته وأوجبت له الحماية في مختلف مراحله العمرية خاصة في بدايتها من تنشئة سليمة صحيحة محاطة بمجموعة من الحقوق نص عليها القرآن والسنة النبوية الشريفة،إذ وضع الدين الإسلامي نظام دقيق محكم لحمايته منذ تكوين الأسرة إلى نشأته في رحم أمه إلى أن يخرج إلى الوجود بشرا سويا حتى يصبح شابا راشدا قادرا على شق حياته والعمل بمفرده ولم يتجاهل أو يترك أي مرحلة من مراحله العمرية دون أن يحدد له حقوقا ويقر لها حماية والولوج في موضوع الطفل وحقوقه والسبل الشرعية والقانونية لحمايته موضوع واسع وكبير وشاق يحتاج من الدراسة والتمحيص لتبين

وإبراز هذه الحماية سواءا في النصوص القانونية أو الأدلة الشرعية بنظرة مقاصدية ذلك أن الأطفال زينة الحياة وأمل المستقبل يقاس بتقدمهم ونجاحهم تقدم الأمم ونجاحها وارتقائها فهم نعمة من الله عز وجل،وإذا كانت الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوضعية المعاصرة قد اتجهت إلى قضية الاهتمام بالطفل وحمايته ورعايته فإن التشريع الإسلامي بأحكامه ومقاصده له السبق في ذلك فالأطفال مطلب إنساني فطري وجاءت الشريعة الإسلامية مرغبة في ذلك حفاظا على النوع البشري وتحقيقا لمقصد إكثار النسل ووجود الذرية،لذلك حرمت الشريعة بالمقابل تعقيم الرجال والنساء واستئصال الأرحام بغير ضرورة طبية كما حرمت الطرق التي تحول دون استمرار الحياة البشرية وإن كانت هناك مجموعة من الدراسات الجادة في طرح ذلك فإن دراسته هذه جاءت لتوضيح هذه الحقوق من ناحية الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامي برؤية مقاصدية كون أن الشريعة الإسلامية أوسع دلالة وأعم من معنى الفقه الإسلامي فالشريعة تهتم بالأحكام العملية والاعتقادية والأخلاقية أما الفقه فيهتم بالأحكام العلمية فقط فهو جزء منها،ومع ذلك يمكن إستعمال لفظ الشريعة مكان الفقه لأنهما كلمتان مترادفتان من ناحية الإستعمال اللغوي المجازي.

إضافة إلى أهمية دراسة الفقه الإسلامي في حياتنا من خلال:

أ-إدراك وتفهم التراث التشريعي الإسلامي من أحاديث،تفسير،فقه،أصول فتاريخ التشريع الإسلامي يعطي للتشريع أهمية كبيرة تعيده للحياة من جديد ليلعب دوره في طليعة القوانين المعاصرة كنظام قانوني شامل مساير لروح العصر.

ب-إحياء دراسة التشريع الإسلامي وتطويره في إطار دراسات قانونية حديثة في أسلوب علمي ومنهجية معاصرة في ضوء القانون الوضعي.

ج-إبراز فائدة الفقه الإسلامي العملية والتطبيقية في المجال القضائي مثل: زواج، طلاق، نسب، رضاع وحضانة وعدة والتركات والمواريث والوصايا.

كل هذا أردنا إسقاطه على التشريع الجزائري في مختلف قوانينه،ومحاولة تلمس تلك المقاصد في ثنايا النصوص القانونية.

فإقتصرت دراستي كذلك على المقاصد الضرورية المتمثلة في الكليات الخمس:حفظ الدين،حفظ العقل،حفظ النفس،حفظ النسل وحفظ المال.

1/ أهمية الموضوع: وتظهر من خلال:

1- أهمية مرحلة الطفولة في تكوين الشخصية البشرية ومحاولة دراسة آليات توفير مختلف حاجيات الأطفال الجسمية والعقلية والنفسية.

2- أهمية بيان حقوق الطفولة التي تميز في تأصيلها الشريعة الإسلامية قبل أن يعلنها التشريع الوضعي في قوانينه ومواثيقه.

3- حماية الأطفال ورعاية حقوقهم خاصة في ظل تنامي الظاهرة الإجرامية التي عرفت حركية كبيرة داخل المجتمع الجزائري خاصة والعالم بصفة عامة في وقتنا .

4- إبراز أهمية الطفل وحقوقه التي لا ينبغي لأحد أن ينازع فها لأنها من المسلمات التي فطر الناس على احترامها كون أن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة في طرحها إذ لم تترك أي عنصر أو نقطة لم تعالجها ولم تقر فيها حقوقا له،منذ بداية نشأته في رحم أمه إلى مختلف مراحل حياته إلا ووضعت لها ضوابط وأحكام تضبطها وبما أن الشريعة الاسلامية دين الدولة الجزائرية وهذا ما نصت عليه م2 من دستور معدل بـ:القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أفريل 2002 جريدة رسمية رقم 25-مؤرخة في 14 أفريل 2002 القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 جريدة رسمية رقم 63 مؤرخة في 16 نوفمبر 2008 القانون رقم 16-01 مؤرخ ف 6 مارس 2016 جريدة رسمية رقم 14 مؤرخة ف 7مارس 2016 "الإسلام دين الدولة" وأن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية فلابد من تأصيل هذه الحقوق المقرة له من جهة واستنباط مرامي وغايات هذه الحقوق من خلال بعدها المقاصدي وتلمس ذلك في التشريع الجزائري.

5- حرص الشريعة الإسلامية وعنايتها بالطفل وحماية حقوقه والعودة بالأسر والمجتمع إلى الدور الريادي من خلال التذكير بمسؤوليتهم اتجاه هذه الفئة الهشة من خلال إحصائها.

2/ أسباب اختار الموضوع (ذاتية وموضوعية):

1- إن للنفس البشرية شأن كبير وحرمة عظيمة عند الله عز وجل وقد حث على حفظها بشتى الوسائل، ولقد دأب الفقهاء سلفهم وخلفهم في الحديث عن الأحكام التي تتعلق بحقها مقتدين في ذلك بالقرآن الكريم والسنة النبوية للتعلم والتحدث.

2- إن ميدان علم المقاصد من العلوم الواسعة ورغم ما طرح فيها من مواضيع وبحوث إلا أن هناك جوانب تحتاج إلى أن تدرس من قبل الباحثين والدارسين خاصة ما تعلق بجانب الطفل الذي هو اليوم طفل وفي الغد هو الرجل العالم، المكافح، المعلم، الطبيب، المحامي، القاضي ...الخ.

3- أن موضوع الطفولة بصفة عامة تم تداوله في الكثير من الدراسات الأكاديمية وتناوله الباحثون من جوانب متعددة منها:حقوق الطفل في إتفاقات دولية/أو في تشريعات مقارنة/أو في الشريعة الإسلامية،لكن لم يتطرق إلى البعد المقاصدي لهذه الحماية وإستنتاج المرامي والغايات التي قصدها الشارع من خلال الأبعاد المقاصدية ومحاولة تلمسها بين ثنايا القواعد والآليات القانونية التي حددها المشرع الجزائري.

4- واقعية الموضوع وما يشتمل على وجوب تطبيقه ومراعاته في الوقت الحاضر خاصة مع ما هو موجود من إشكالات تطرح نفسها مما جعل الحاجة لإثراء هذا الموضوع بنوع التفصيل.

5- إن من أهم حقوق الطفل الحق في الحياة ،العناية به وهو جنين في بطن أمه وحق تربيته إصلاح دينه ومعاشه وحق تعليمه وإبداء رأيه وإبعاده عن ما يفسد مداركه العقلية كل هذه الحقوق وغيرها نص عليها الشارع فكل حزم فيها يؤدي إلى مشقة وهلاك،بالمقابل نجد أن المشرع الجزائري في القانون أوجد منظومة قانونية خاصة لحماية الطفل خاصة مع جملة التعديلات التي أقرها منها:قانون العقوبات ما تعلق بجريمة خطف الأطفال،قانون الأسرة وما تعلق بالنسب والحضانة والنفقة...الخ، وإستحداث قانون الطفل 12/15 المتعلق بحماية الطفل من خلال هذا نحاول إبراز الحماية ومدى نجاعة ذلك.

3/ إشكالية البحث:

1-الإشكالية الرئيسية: ما هي الأبعاد المقاصدية لحماية حقوق الطفل في التشريع الإسلامي (الفقه الإسلامي) ؟، وهل راعى المشرع الجزائري ذلك في نصوصه القانونية المختلفة ؟.

ويندرج عنها مجموعة من الإشكالات الفرعية:

1- إن مقاصد الشريعة الإسلامية لها الدور البارز في المحافظة على حقوق الطفل فهل يقتضي ذلك إبرازه وتطبيقه من الناحية الواقعية ضمن منظومة قانونية معينة؟.

2- من خلال عملية التعديلات التي مست المنظومة القانونية الجزائرية فيما تعلق بحماية الطفل هل تم تكريسها فعلا؟.

3- بما أن المقاصد هي روح الشريعة الإسلامية كيف يمكن تجسيدها من خلال فلسفة تشريع واضحة المعالم؟.

4- كيف يمكن مقارنة وموازنة بين مقاصد الشريعة في الفقه الإسلامي وإرادة المشرع في القانون الوضعي؟.

4/ الدراسات السابقة:

لم أقف على رسالة جامعية متخصصة في هذا الموضوع إلا أني وجدت بعض الدراسات التي عالجت جوانب متعلقة بالموضوع وكانت لي معينة في البحث وقد إستفدت منها كثيرا.

ومن هذه الدراسات:

1- مذكرة بعنوان:**الحماية الجنائية للطفل الضحية دراسة مقارنة**،حماسه هديات،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام،جامعة بلقايد تلمسان،الجزائر،2014-2015.

2- مذكرة بعنوان: **قوادح النسب في ضوء علم الوراثة المعاصرة**، سهير سلامة حافظ آغا، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية-غزة-1431هـ-2010م.

3- مذكرة بعنوان: **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري** ،هجيرة دنوني،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن،2008-2009م.

4- مذكرة بعنوان: **حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة**،سمر خليل محمود عبد الله،أطروحة لنيل درجة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين.

5- مذكرة بعنوان:**الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري**، بلقاسم سويقات، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2010-2011م.

6- مذكرة بعنوان:**التدابير الوقائية لحفظ النسل** ،سائدة عبد الحفيظ إخبارية،رسالة لاستكمال درجة ماجستير في القضاء الشرعي،جامعة الخليل،1429هـ-2008م.

كل هذه الرسائل عالجت الموضوع من شق معين سواء ما تعلق بالحماية في الشريعة الإسلامية أو في قانون معين كرس نوع من الحماية في التشريع الجزائري.

7- مذكرة بعنوان: **الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة**،الشيخ صالح بشير،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون-فرع العقود والمسؤولية-جامعة الجزائر،2012-2013.

8- مذكرة بعنوان: **أحكام النسب في الفقه الإسلامي**،فؤاد مرشد داوود بدير،أطروحة استكمال متطلبات درجة الماجستير بكلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،1422هـ-2001م.

9- حقوق الأولاد النفسية والصحية، نور الدين أبو لحية،دار الكتاب الحديثة،القاهرة،دون طبعة.

10-مذكرة بعنوان:**تربية الأطفال والأولاد في القرآن الكريم- دراسة قرآنية-**،عبد العزيز بن سالم شامان الرويلي، شبكة الألوكة.
http://www.alukah.net/social/0/48734

11- مذكرة بعنوان: **نظرية مقاصد الشريعة وأثرها في بناء المجتمع**،عباس علي حميد العبيدي،جامعة ديالي، كلية العلوم الإسلامية،1433هـ-2013م.

12- مذكرة بعنوان: **حقوق الطفل بين التشريعات الوضعية والإلهية**،2013م.

13- **مقاصد الشريعة الإسلامية** محاضرة ألقاها العلامة بن بّيه في مركز المقاصد بمكة المكرمة بقلم محمد وبن عبد الله بن بّيه.

14- مذكرة بعنوان: **حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي**،العسكري كهينة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس،الجزائر،2015-2016م.

كل هذه الرسائل عالجت الموضوع من شق معين سواء ما تعلق بالحماية المقرة للطفل في الشريعة الإسلامية أو في قانون معين من المنظومة التشريعية الجزائرية مكرسا نوع من الحماية سواءا الجزائية أو الاجتماعية أو القضائية وهذا ما نجده في قانون العقوبات،قانون الأسرة،قانون الجنسية،قانون حماية الطفل كذلك الدستور الجزائري بمختلف تعديلاتها ومراحلها وهذا أنا بدوري أدرجته في بحثي إلا أني تناولت كل هذه الجوانب سواء من ناحية الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي بطرح مقاصدي من خلال البحث عن الثمرة الكبرى من الزواج وهو الأولاد فلا يمكن البحث عن الحقوق دون أن نبحث عن أحكامها وما رعاه الشارع من مقاصد نحوهم.

إن الله ﷻ أعطى الأطفال أهمية كرى كونهم الفئة المستضعفة يحتاجون لمن يرعاهم ويكفلهم ويحفظ حقوقهم استنادا لقوله تعالى:﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ** ﴾[1]، وتم تقييم هذه الحقوق وفقا لنظرة مقاصدية تسلسلية تكفل كل الحقوق كذلك طرح الموضوع بحلة جديدة متميزة تفصيلية تحليلية.

5/ صعوبات البحث:

1- أن من أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد بحثي هو البحث في كتب مقاصد الشريعة الإسلامية وكيفية قراءتها ومراجعتها واستيعاب ذلك وهذا ما زادني رغبة وتحد في

---

[1]-سورة النساء، الآية 11.

البحث والتقصي،من أجل التعلم والتحنك،خاصة وأن دراساتي السابقة كانت قانونية محضة،لأن تخصصي يقتضي ذلك، هذا جعلني في محاولة مستمرة للتواصل مع أهل الاختصاص وتلقيني وتبسيط كيفية العمل والتوصل إلى ثمرة دراستي.

2- جمع المادة العلمية المتناثرة خاصة وأن لكل جزئية في موضوعي مراجع متخصصة على حدى.

3- البحث في كتب أصول الفقه الذي كان لابد من التقصي فيها والنهل منها لأنها مهمة جدا وكان لابد من الولوج لها حتى يتسنى لي فهم مقاصد الشريعة الإسلامية.

6/ المنهج المتبع:

اعتمدت في إعداد مذكرتي على مجموعة من المناهج:

المنهج الاستقرائي التحليلي: وذلك من خلال جمع المعلومات الوافية والكافية إلى حد معين للموضوع من حيث حقيقته وأبعاده وأحكامه وتحليلها للوصول إلى النتائج المرجوة في المقاصد الشرعية.

كما اعتمدت على هذه القاعدة في كل مرة للكشف عن النصوص القانونية المتعلقة بحماية الطفل سواء ما تعلق بحفظ نفسه في كل مراحل حياته أو في حفظ دينه وعقله من كل ما من شأنه أن يمس بأخلاقه وتربيته الدينية والعقائدية خلال تنشئته وحتى قبل ذلك،إضافة إلى حفظ النسل والمال،**كما كان للمنهج المقارن** نصيب من خلال المقارنة بن ما أقره الشارع من حماية مقررة للطفل في مجمل آياته الكريمة ومحاولة إبراز ذلك في نصوص القانون الوضعي ومدى ملاءمتها لروح المقاصد في جلب المصلحة ودرئ المفسدة.

كذالك المنهج التاريخي الذي كان له نصيب في دراستي هو الآخر من خلال التعرض لهذه الحقوق عبر مختلف العصور والأزمنة وكيف تم إقرارها وصولا إلى مرحلة الدين الإسلامي وكيف اقرها وحقق لها الحماية مقارنة مع الشرائع والحضارات الأخرى وهي غايتي من الدراسة.

7/ حدود الدراسة:

إن مقاصد الشريعة الإسلامية فيها ما هو ضروري وما هو حاجي وما هو تحسيني، فهي متنوعة وكثيرة وحقوق الطفل التي تمسها هذه الجوانب كذلك لها نفس المجال فهي مفتوحة لذلك لن يتناول بحثي كافة هذه الجوانب بل ستقتصر دراستي على مجال واحد وهو المقاصد الضرورية وما تتضمنه من حفظ الدين والعقل، والنفس والنسل والمال، نظرا لأهميته كذلك وما لها من انعكاسات عديدة في جوانب مهمة في حياة الطفل في مختلف أطواره.

8/ خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية التي تم ذكرها سابقا اعتمدت على خطة وتم تقسيم الدراسة فيها بابين رئيسيين لكل باب ثلاثة فصول ولكل فصل مبحثين،فكان عنوان **الباب الأول:** التشريع الإسلامي(الفقه الإسلامي) تأسيس لرؤية مقاصدية لحقوق الطفل في القانون الوضعي واشتمل هذا على فصلين:

الفصل الأول: مفهوم مقاصد الشريعة الإسلامية بين الأهمية والغاية والمراتب.

الفصل الثاني: مفهوم الحق والشخصية القانونية للطفل وتطورها التاريخي.

الفصل الثالث: العلاقة بين التشريع الإسلامي(الفقه الإسلامي، مقاصد الشريعة الإسلامية) والتشريع الوضعي.

أما **الباب الثاني:** تطبيقات المقاصد الشرعية الضرورية لحماية حقوق الطفل وأثرها في التشريع الجزائري.

الفصل الأول: المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة بجوهر الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري.

الفصل الثاني: المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة باستمرارية الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري.

الفصل الثالث: المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة بالمحافظة على استمرارية الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

الباب الأول

التشريع الإسلامي (الفقه الإسلامي) تأسيس لرؤية مقاصدية لحقوق الطفل في ظل القانون الوضعي (التشريع الجزائري)

تقديم :

تميزت الشريعة الإسلامية بالصمود والرسوخ والثبات فهي التي رضيها الله خاتمة لشرائعه وخصها بالعموم والإستمرار وحباها بالبقاء والإستقرار وأودع فيها الحكم والمقاصد والمصالح والفوائد ما يصلح للناس ويصلحهم في كل زمان ومكان.

كما ارتبط الفقه الإسلامي هو الآخر ومنذ أيامه الأولى بمقاصد التشريع فكانت أحكامه وفروعه تسعى إلى معالجة تشريعه تبتغي الصحة والسلامة حتى تتخذ سبيلا ومنهجا ينظم أحكامها يعين في التفسير ويساعد في الاستنباط ويغذ ملكة الفقه في حركتها الدائمة الساعية لاحتواء كل جديد في حال غياب النصوص المكتوبة.

وإن كان هذا واضحا في القوانين الوضعية وهو ما يسمى بإرادة المشرع فإنه في أحكام الفقه الإسلامي المعتمد على نصوص الشريعة الإسلامية أشد بيانا وأكثر وضوحا وكمالا وعدم قبوله لتغير أو التبديل بحال من الأحوال،أما إرادة المشرع في القوانين الوضعية فهي نسبية تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان آخر،ومن نظام قانوني لآخر ومن أهم ضوابط مقاصد الشريعة الإسلامية أنها:

1- إسلامية الضابط وشرعيتها ربانية كونها مقاصد للشارع ومرادة له، ولزوم مسايرتها لأعاد المعتقد الإسلامي.

2- واقعيتها وعقلانيتها إذ ترتبط بالشمولية ليست مقتصرة على ناحية دون أخرى تستمد واقعيتها من نفس واقعية الشريعة: من جلب مصلحة وسد حاجات الواقع المتجدد،أما تجسيد الطابع الأخلاقي ذلك أنها يجب أن تجسد أخلاقية الشريعة وقيامها على أكبر قدر من القيم والفضائل،وسعيها إلى تمكين مكارم الأخلاق في النفوس والحياة.

وعليه فالشرعة الإسلامية (فقه إسلامي،مقاصد الشريعة الإسلامية) اهتمت بالإنسان وكان محور اهتمامها فاهتمت به جنينا وصبيا ورجلا وشيخا وهذه من المعالم والسمات البارزة في أحكامها وتشريعاتها ونظمها وهذا الاهتمام منبعث من الاهتمام بالطفولة كون

الطفل هو مرحلة الإنشاء والتأسيس للإنسان ولعل أكبر غاية في ذلك أن الله عز وجل جعل الإنسان خليفته في الأرض وأوكل له مهمة تعميرها من خلال الزواج الشرعي والتناسل وأعطى للطفل جملة من الحقوق وأثبتها له في بعدها الإسلامي المقاصدي ،فما المقصود بمقاصد الشريعة الإسلامية؟ وما معنى حقوق الطفل ؟وكيف تتجسد ببعديها القانوني والشرعي؟ وما هي أوجه التجانس والاختلاف بينهما؟.

الفصل الأول

مفهوم مقاصد الشريعة الإسلامية بين الأهمية والغاية

تمهيد :

لقد جاء تشريع الأحكام في الشريعة الإسلامية مبنيا على أهداف وغايات سامية وحكم جليلة تحقق مصالح العباد صالحة لكل زمان ومكان ولقد استقر اصطلاح العلماء على تسمية تلك الغايات والأهداف باسم مقاصد الشريعة الإسلامية.

فهي فن من فنون الشريعة الإسلامية وعلم من علومها التي حظيت باهتمام بالغ وعناية فائقة على مستوى التأليف والتدوين والتأصيل والتفريغ والتنظير والتطبيق لاسيما في العصور الفقهية المتأخرة وبالخصوص في العصر الحالي وقيام ما أصبح يعرف بعلك المقاصد الشرعية أو نظرية المقاصد أو الفقه المقاصدي أو الاجتهاد المقاصدي أو الثقافة المقاصدية وغيرها،لكنها كلها تنطوي في مضمونها ومحتواها للالتفاف حول المقاصد والاعتماد عليها والاستئناس بها للتعامل مع منظومة الأحكام الفقهية الشرعية وفهمها واستيعابها وتطبيقها وهذا ما سنحاول إدراجه في الفصل لتبيين مفهوم المقاصد الشرعية وغايتها ومراتبها...

المبحث الأول : تعريف المقاصد الشرعية وأهميتها

سنتناول في هذا المبحث تعريف المقاصد الشرعية من الناحية اللغوية والاصطلاحية عند بعض العلماء والمفكرين

المبحث الأول : تعريف المقاصد الشرعية وأهميتها

المطلب الأول : تعريف المقاصد

الفرع الأول : الدلالة اللغوية

أ – المقاصد أصلها من الفعل الثلاثي (ق،ص،د) يقصد قصدا.

والمقصد:مصدر ميمي، واسم المكان منه مقصد، وهو يجمع على قصود على خلاف فيه[2]،ولهذه الكلمة عدة استعمالات ومواضع كما ذكرت في مختلف معاجم اللغة وهي كالآتي:

1.الإعتزام وطلب الشيء وإتيانه: تقول قَصَدْتُ الشيء وله وإليه قصدا،من باب ضرب: طلبته بعينه[3]، وتقول قصدت قصده نحوت نحوه[4].

2.استقامة الطريق: قال تعالى: ﴿ **وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ** ﴾ [5].

معناه على الله تبيين الطريق المستقيم والدعاء إليه بالحجج والبراهين الواضحة[6].

3.وجاء في صحيح البخاري "فقصدت لعثمان حتى خرج إلى الصلاة، فقلت إن لي إليك حاجة و هي نصيحة لك" (من باب طلب الشيء كذلك).

4.العدل والوسط بين الطرفين: قال أبو اللحام الثعلبي، ويروي لعبد الرحمن بم الحكم والأول الصحيح: عَلَى الحَكَمِ المَأْتِي، يومًا إذا قَضَى قَضِيَّتَهُ أن لا يجورَ و يَقْصِدُ

ومعناه :أن لا يجور في حكمه بل يقصد أي يعدل.

---

[2]–أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا،معجم مقاييس اللغة،تحقيق عبد السلام هارون،مطبعة الحلبي،الطبعة الثانية 389هـ،(ج5،ص95)،مادة(ق،ص،د).

[3]–أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي،تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف،الجزء2،ص504،الطبعة الثانية،/أنظر ابن منظور ،لسان العرب تصحيح محمد عبد الوهاب ،محمد الصادق العبيدي،دار إحياء التراث العربي،مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان،الجزء11 ص 179 الطبعة الثالثة،1419هـ1999م.

[4]–محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين،بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز،تحقيق محمد علي النجار،عبد العليم الطحاوي،الناشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية سنة 1416هـ–1996م،رقم الطبعة3،الجزء الرابع،ص271.

[5]– سورة النحل ، الآية 09.

[6]–ابن منظور،نفس المرجع،الجزء3،ص353/الفيروز آبادي نفس المرجع،ص310/أنظر تاج العروس من جواهر القاموس، السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي(الجزء9)،تحقيق عبد الستار أحمد فراج،راجعته لجنة فنية من وزارة الإعلام 1391هـ–1971م،مطبعة حكومة الكويت ثم إعادة طباعة هذا الجزء من قبل المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب،ص35،مادة(ق،ص،د).

-فهو ما بين الإفراط والتفريط ،والواقع بين العدل والجور إذ قال الله تعالي:﴿ **وَمِنْهُم مُقْتَصِدٌ**﴾ [7] ، بين الظالم والسابق، وقوله تعالى كذلك:﴿ **وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ** ﴾ [8]. أي امش مشيا سويا[9].

-وفي الحديث الشريف قال ﷺ:"لَنْ يُنْجِيَ أَحَدًا منكم عَمَلُهُ ،قالوا: ولا أنت يا رسول الله! قال: ولَا أَنا إِلّا أن يتغمدني الله برحمته،سددوا وقاربوا، واغدوا وروحوا، وشيء من الدلجة، والقَصْدَ القَصْد تبلغوا"،[10] أي عليكم بالقصد في الأمور في القول والفعل وهو الوسط بين الطرفين[11].

5.القرب:يقال بيننا وبين الماء ليلة قاصدة أي هينة السير لا تعب فيها ولا بطء[12].

ومنه قوله تعالى:﴿ **لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا وَسَفَرًا قَاصِدًا** ﴾ [13]،أي سهل قريب[14].

6.الكسر بأي وجه حسيا أو معنويا: تقول قصدت العود قصدا :كسرته[15]، والقصد القسر بالقاف والسين قصده قصدا:قسره أي قهره وهو الصواب والله أعلم[16].

7.الإكثار في الشيء: فالناقة القصيد: المكتنزة الممتلئة لحما ولذلك سميت القصيدة من الشعر قصيدة لتقصيد أبياتها ولا تكون أبياتها إلا تامة الأبنية.

- وبعد استعراض واستقراء مواقع هذه الكلمة في لغة العرب تبين أن المعنى الأول هو الأصل في هذا ،وهو المقصود أصالة ، قال **الزبيدي**[17]، أصل (ق،ص،د) ومواقعها في كلام

---

[7] سورة فاطر ، الآية 32.

[8]- سورة لقمان ، الآية 19

[9]-ابن منظور ،نفس المرجع السابق،الجزء3،ص ص 353-354.

[10]-رواه أي هريرة رضي الله عنه،صحيح البخاري،نفس المرجع،رقم الحديث6463،ص 2876.

[11]-مجد الدين المبارك بم محمد الجزري المعروف بابن الأثير،النهاية في غريب الحديث والأثر،تحقيق أحمد بن محمد الخراط،مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،دولة قطر،الجزء الثامن،ص3413/انظر محمد مرتضى الحسيني الزبيدي،نفس المرجع،ص38.

[12]-أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،مختار الصحاح،اعتنى به أيمن عبد الرزاق الشوا،دار الفيحاء،دار المنهل،دمشق،الطبعة1431،1هـ-2013ح،ص 366/انظر ابن منظور نفس المرجع(جزء3،ص354)/انظر الفيروز آبادي،نفس المرجع السابق،ص1328./انظر مرتضى الحسيني الزبيدي ،نفس المرجع السابق(ج9،ص43)/انظر المعجم الوسيط،مكتبة الشروق الدولية،الطبعة1425،4-2004م،ص738.

[13]- سورة التوبة ، الآية 42.

[14]-ابن منظور ،نفس المرجع،الجزء3،ص353/انظر السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ،الجزء9،ص43.

[15]- ابن منظور ،نفس المرجع السابق،الجزء3،ص355 /انظر السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ،الجزء9،ص38.

[16]- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع السابق،ص777-778.

العرب :الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء على الإعتدال كان ذلك أو جور هذا أصله في الحقيقة وإن كان يخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل.

–لذلك ألا ترى أنك تقصد الجور تارة والعدل مرة أخرى؟! فالإعتزام والتوجه شامل لها جميعا[18].

ب – تعريف مصطلح الشريعة الإسلامية :

– الشريعة هي الإئتمار بالتزام العبودية، وقيل الشريعة هي الطريق في الدين[19].

–والشريعة هي ما شرع الله وسن لعباده من الدين:﴿ **لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُم شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا** ﴾ [20]،أي جعلنا لكل أمة منكم يا بني آدم شريعة تناسب أحوالها وزمانها، ومنهاجا أي طريقا واضحا تسير عليه في تنفيذ أحكام شريعتهم.

كذلك هي مورد الشاربة للماء[21]، وهي مشتقة من التشريع وهي إيراد الإبل شريعة لا يحتاج معها إلى نزع بالعلق ولا سعة في الحوض ويقال في المثل :أهون السقي التشريع،أما الشريعة في الشرع [22] فإنها تطلق على الأحكام التكليفية العملية ولعل علماء الشريعة أخذوا

---

[17]– هو محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي،الملقب بمرتضى علامة باللغة والحديث والرجال والأنساب ،من مؤلفاته: إتجان السادة المتقين في شرح إحياء علوم الدين،عقود الجواهر ،توفي سنة 1205هـ(خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الإعلام قاموس تراجم،جزء7،ص 70.

[18]–ابن منظور ،نفس المرجع السابق،الجزء3،ص 355/انظر محمد بن عبد الرزاق الحسيني (مرتضى)الجزء9،ص 37.

[19]–علي بن محمد السد الشريف الجرجاني،قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة،تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي،دار الفضيلة باب الشين،ص 109،دون طبعة.

[20]– سورة المائدة ، الآية 48

[21]–محمد عتريس–المعجم الوافي لكلمات القرآن الكريم،مكتبة الآداب القاهرة،2013م،ص 528/انظر الفيروز آبادي نفس المرجع السابق ،ص 854.

[22]–ابن منظور،نفس المرجع السابق،ج8،ص175/انظر (ابن الأثير)،النهاية في غريب الحديث والأثر،)جزء2،ص460) تحقيق محمود محمد الطناحي،طاهر أحمد الزاوي،الناشر المكتبة الإسلامية (محمد مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير)/انظر أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري،المصباح المنير،مكتبة لبنان1987 م،ص 118/انظر أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بـ(الراغب الأصفهاني)،المفردات في غريب القرآن ،تحقيق مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار مصطفى الباز،ناشر مكتبة نزار مصطفى الباز ،دون طبعة،ج 1،ص340.

هذا الإطلاق من قوله تعالى:﴿ **لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُم شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا** ﴾[23]، وقوله:﴿ **ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ**﴾[24]، يعني طريقة ، سنة، منهاج[25].

وجاء في كتاب النهاية **لابن الأثير** :" الشريعة ما سنه الله لعباده من الدين وافترضه عليهم،يقال: شرع لم يشرع شرعا فهو شارع،وقد شرع الله الدين شرعا إذا أظهره و بّينه"[26].

وعليه تستطيع القول بأن الشريعة تطلق على الدين فهي عبارة عما جاءت به الرسل من عند الله بقصد هداية البشر إلى الحق في الإعتقاد وإلى الخير في السلوك والمعاملة، وبهذا المعنى تشمل كلمة شريعة الجانب الاعتقادي والجانب العملي وكلاهما يطابق مفهوم الدين الكامل إلا أن الشريعة في لسان الفقهاء تطلق على الأحكام العملية[27].

ومرادنا من الشريعة :هو الأحكام الشرعية التي يتوصل إليها بطريق من الطرق الشرعية وهي الأدلة التي تكشف لنا عن حكم الله في اعتقادنا يقينا،أو ظنا بطريق النص أو الاستنباط[28].

ج – تعريف الحكم الشرعي:

مما تقدم لنا أن الشريعة يراد بها الأحكام المشروعة،ولما كانت الشريعة بهذا المعنى لابد من التطرق لإيضاح حقيقة الحكم الشرعي وبيان انقسامه إلى تكليفي ووضعي بإيجاز: للحكم الشرعي ثلاث حقائق[29]:

1 – **الحقيقة اللغوية:** الحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع.

---

[23]– سورة المائدة ، الآية 48 .

[24]– سورة الجاثية ، الآية 18.

[25]–الطبري،تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن،تحقيق بشار عواد معروف،عصام فارس الحرستاني، (جزء6،ص566)، (جزء3،ص113) ،مؤسسة الرسالة دون طبعة.

[26]–ابن الأثير ،نفس المرجع السابق،ص460.

[27]–يوسف حامد العالم،المقاصد العامة للشريعة الإسلامية،المعهد العالي للفكر الإسلامي(1415هـ–1994م)،ص20.

[28]– يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق،ص21.

[29]–رمضان علي السيد الشرنباصي،أصول الفقه الإسلامي،منشورات حلب الحقوقية،طبعة2005،1،ص253.

القضاء وأصله المنع يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك(وحكمت) بين القوم فصلت بينهم فأنا (حاكم)، والحاكم هو منفذ الحكم ، ويقال الحكيم: العالم ، صاحب الحكمة[30].

2 – الحقيقة الأصولية:الحكم في اصطلاح الأصوليين: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخير أو الوضع[31]، فالخطاب هو التوجيه وخطاب الله تعالى توجيه ما أفاد إلى المستمع أو من في حكمه[32].

المقصود بـ:

خطاب الله: كلامه مباشرة وهو القرآن أو بالواسطة: وهو ما يرجع إلى كلامه من سنة أو إجماع وسائر الأدلة الشرعية التي نصبها الشارع لمعرفة حكمه[33].

أفعال المكلفين: الأفعال جمع فعل ويشمل هنا كل فعل يصدر عن المكلفين من قول أو فعل أو اعتقاد، والمكلفين جمع مكلف والمراد به البالغ العاقل الذي بلغته الدعوة[34].

---

[30]–الفيروز آبادي،نفس المرجع السابق،ص:388/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي نفس المرجع السابق،ص115/انظر ابن فارس بن زكريا،نفس المرجع السابق،ص221/انظر أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي،نفس المرجع السابق،ص145.

[31]–شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس القرافي،شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول،دار الفكر 1424هـ–2004م،الفصل13،في الحكم و أقسامه،ص59/انظر عبد الوهاب خلاف،علم أصول الفقه،الزهراء للنشر والتوزيع الجزائر،طبعة1990،1م،ص:100/انظر عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،مؤسسة الرسالة ناشرون، طبعة 1434هـ –2013م،ص23/انظر محمد سليمان عبد الله الاشقر،الواضح في أصول الفقه،ص22/انظر عبد الله محمد الصالح البدارنة،أصول الفقه الإسلامي،عالم الكتب الحديث،اربد الأردن،2014،ص19/انظر رمضان علي السيد الشرنباصي–نفس المرجع السابق،ص253/انظر محمد سراج،أصول الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر منشاة المعارف،الاسكندرية،1998،ص31/محمد بن علي الشوكاني،ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول،تحقيق وتعليق أبي حفص ساهي بن العربي الأثري قدمه عبد الله بن عبد الرحمن سعد بن ناصر الشثري،دار الفضيلة، طبعة1 ،1421هـ–2000م،جزء1،ص71.

[32]–ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي،تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي الشافعي،نهاية السُّولِ في منهاج الأصول عالم الكتب،دون طبعة،الجزء الأول،الباب الأول–في الحكم–ص47.

[33]– عبد الكريم زيدان،نفس المرجع،ص23.

[34]–عبد الله محمد الصالح البدارنة،نفس المرجع،ص19.

اقتضاءا: الطلب وقد يكون طلب فعل أو طلب ترك الفعل إما أن يكون جازما وهو الإيجاب أو غير جازم وهو الندب وطلب الترك إما أن يكون جازما وهو التحريم أو غير جازم وهو الكراهة[35].

3 – الحقيقة الفقهية: الحكم عند الفقهاء اثر خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءا أو تخييرا أو وضعا كالوجوب للصلاة قوله تعالى:﴿ **وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ** ﴾.[36]

فهو أثر لخطاب الشارع، وكالحرمة للزنا فهو أثر لخطاب الشارع وهو قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴾[37]، وكسببية الدلوك لوجوب الصلاة فهو أثر لخطاب الشارع فهو قوله تعالى:﴿ **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا**﴾[38] .[39]

الفرع الثاني :الدلالة الاصطلاحية

تعددت الكتابات في المقاصد إلا أنه لم أجد من عرف المقاصد من علماء الشريعة الأقدمين،بل حتى **الشاطبي** (رحمه الله) لم يكلف نفسه عناء التعريف للمقاصد رغم سعة حديثه عنها[40]،إنما استعمالات لهم واصطلاح أطلقوه قديما وسبب ذلك كما سيأتي ذكره عند تعريف ابن تيمية للمقاصد أن صدر هذه الأمة لم يكونوا يتكلفون ذكر الحدود ولا الإطالة فيها،لأن المعاني كانت عندهم واضحة ومتمثلة في الأذهان ومتداولة على ألسنتهم وتسيل على أقلامهم دون كدٍّ أو مشقة[41].

---

[35]–أحمد محمود الشافعي،أصول الفقه الإسلامي،دار الهدى للمطبوعات،الإسكندرية،1998م،ص210.

[36]– سورة النور ، الآية 56.

[37]– سورة الإسراء ، الآية 32.

[38]– سورة الاسراء ، الآية 78.

[39]–رمضان علي السيد الشرنباصي،نفس المرجع السابق،ص 257/انظر عبد الله محمد صالح البدارنة،نفس المرجع السابق،ص20.

[40]–عوض بن محمد القرني،المختصر الوجيز في مقاصد التشريع،دون طبعة،دون دار نشر ،دون صفحة.

[41]–أحمد محمود قعدان،مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة مع ويكيبيديا تحليل نماذج من النوازل الفقهية،دار النفائس،طبعة أولى 1435هـ–2014م،ص30.

1 – الفقهاء المعاصرين فمنهم من عرفها:

أ– **الطاهر بن عاشور** عرف المقاصد بقوله[42]:هي المعاني العامة والحكم الملحوظة للشارع في جميع أقوال التشريع أو معظمها بحيث لا تخص ملاحظاتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة ،فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا تخلو التشريع من ملاحظاتها،ويدخل في هذا أيضا معانٍ من الحكم ليست ملحوظة في سائر الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها[43].

وفي موضع آخر عرّفها عنها بأنها :"هي الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها،التي تسعى النفوس إلى تحصيلها لمساعٍ شتى،أو تُحمل على السعي إليها إمثالاً وتلك تنقسم قسمين مقاصد للشرع ومقاصد للناس في تصرفاتهم"[44].

2–تعريف **علاّل الفاسي**[45] المقاصد: المراد بمقاصد الشريعة ،الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها[46].

والملاحظ أنه جمع بين المقاصد العامة والخاصة في تعريف موجز إذ أشار و وضح الغاية منها وبقية التعريف كان للمقاصد الخاصة والجزئية[47].

---

[42]–محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر بن محمد بن عاشور،عالم وفقيه تونسي ولد في 1296هـ–1879م توفي في 1393هـ–1973م كان رئيس المالكية بتونس وشيخ جامع الزيتونة،من مصنفاته:تفسير التحرير والتنوير،مقاصد الشريعة الإسلامية،شهادة القلب الجريح في شرح البردة،هدية الأريب و أن أكثر الكتب المترجمة له مفقودة (عن جمال سنبل)/انظر الموسوعة الحرة /انظر خير الدين الزركلي ،نفس المرجع السابق،جزء6،ص:173.

[43]–محمد الطاهر بن عاشور،مقاصد الشريعة الإسلامية،تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس(الأردن)،طبعة ثانية(1421هـ–2001م)،ص251/انظر أحمد الريسوني نظرية المقاصد عند الشاطبي،المعهد العالي للفكر الإسلامي مختارات من الرسائل الجامعية،طبعة 1424،2هـ–2003م،ص6/انظر محمد الطاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية،تحقيق ودراسة محمد الحبيب بن الخوجة،الجزء الثالث،1425هـ2004م،ص165.

[44]–محمد الطاهر بن عاشور،تحقيق محمد الطاهر ميساوي،نفس المرجع،ص415.

[45]–علّال(أو محمد علال)بن عبد الله بن المجذوب الفاسي الفهري ولد بفارس و تعلم بالقروين شارك في إنشاد مدرسة تخرج بها بعض طلائع اليقظة المغربية الأولى ولد عام 1326هـ–1908م وتوفي في 1394هـ–1974،أهم مؤلفاته:دفاع عن الشريعة،مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها/انظر خير الدين الزركلي جزء4،ص246.

[46]– علال الفاسي،مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها،دار الغرب الإسلامي،طبعة5،سنة النشر1993،ص7.

[47]– أحمد الريسوني ،نفس المرجع السابق،ص6.

3-تعريف **الريسوني**[48]: أن مقاصد الشريعة هي الغايات التي وضعت لأجل تحقيقها لمصلحة العباد ،وكان تعريفه بناءا على مجموعة من التعريفات والتوضيحات لمقاصد الشريعة لكل من **طاهر بن عاشور وعلّال الفاسي**، وعلى مختلف البيانات الواردة عند العلماء الذين تحدثوا في موضوع المقاصد[49].

4-تعريف **يوسف العالم**[50]: " إن المراد بأهداف الشريعة :مقاصدها التي شرعت الأحكام لتحقيقها،ومقاصد الشارع هي المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم سواءً أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع أو عن طريق دفع المضار[51]"،إلا أن هذا التعريف فيه قصر المقاصد على ما يعود إلى العباد ،كذلك أن التعريف لم يتعرض إلى المقاصد الجزئية وهذا ليس بسديد[52] لأن التعريف يتضمنها ويشملها.

---

[48]-ولد أحمد الريسوني في 1953م بدايته مدينة القصر الكبير بالمملكة المغربية من بين أنشطته عضو مؤسس للاتحاد العالمي للعلماء المسلمين،عضو تنفيذي لحركة التوحيد والإصلاح،مستشار أكاديمي لدى المعهد العالي للفكر الإسلامي وعضو برابطة علماء المغرب قبل حلها سنة 2006م،درس أصول الفقه ومقاصد الشريعة منذ 1986م أشرف على أكثر من 50 أطروحة جامعية أغلبها في المقاصد ،أهم مؤلفاته نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ترجم للفارسية والأردية والإنجليزية،نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية،مقاصد المقاصد(الغايات العلمية والعملية لمقاصد الشريعة)،عمل بـ:وزارة العدل،أستاذ بالتعليم الثانوي الأصل،أستاذ علوم أصول الفقه ومقاصد الشريعة بكلية الآداب والعلوم الإنسانية وبدار الحديث الحسينة بالرباط حتى 2006/تنظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة يوم 2017/01/12 على الساعة 20:52 موقع :.ar.wikipedia.org: //http(أحمد ريسوني 'رجل دين').

[49]-أحمد الريسوني،نفس المرجع، ص7.

[50]- يوسف حامد العالم:ولد في 1356هـ-1937م وتوفي في 1409هـ-1988م ،عالم داعية تخرج من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر حصل على دكتوراه في أصول الفقه الإسلامي سنة 19831هـ،درس علوم الشريعة والاقتصاد الإسلامي بجامعة القاهرة فرع الخرطوم،وبجامعة أم درمان الإسلامية،وجامعة محمد بن سعود،تولى مهام:عمادة الدراسات الإجتماعية بجامعة أم درمان،عضو هيئة كبار علماء المسلمين،ساهم في التعليم الإسلامي والدعوة إليه بمناطق غرب السودان،مؤلفاته:كلمة التشريع الإسلامي في تحريم الربا،المقاصد العامة للشريعة الإسلامية/انظر:
الموسوعة الحرة: يوسف حامد العالم/alencyclopedia.com/5915.يوم 2017/01/13 على الساعة 11:22 سا.

[51]- يوسف حامد العالم،المقاصد العامة للشريعة الإسلامية،المعهد العالي للفكر الإسلامي (1415هـ-1999م)، ص79/انظر:أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي،الموافقات تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد طبطه وعلق على أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسين آل سلمان،دار بن عفان (مملكة عربية سعودية)،طبعة أولى،1417هـ-14997م،مجلد ثاني،ص9/ انظر أبي حامد الغزالي محمد بن محمد بن محمد الطوسي،شفاء العليل في بيان الشبه والمُخيل ومسالك التعليل،تحقيق حمد عبيد الكبيسي،مطبعة الإرشاد،بغداد(1390هـ-1971م)،ص159.

[52]-أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص32.

5-تعريف **إسماعيل الحسيني**[53]: إذا استحضرنا كلا من تعريف **الشاطبي** السالف،واتجاه الأصوليين وخاصة الأحناف إلى العنصر السياقي في إدراك مقاصد الشارع من ألفاظه وتعريف كل من **ابن عاشور وعلال الفاسي**،أمكن ان أحدد للمقاصد الشرعية التعريف الآتي:"إن الغايات المصلحية المقصودة من الأحكام والمعاني المقصودة من الخطاب"[54] .

6-تعريف **محمد اليوبي**[55]: " أن المقاصد هي المعاني والحكم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع عمومًا وخصوصًا من أجل تحقيق مصالح العباد"[56].

والمقصود بالمعاني:العلل عند العلماء ولها معنيان عند الأصوليين وهما:المعنى المناسب لشرع الحكم وهو المعنى المراد هنا أما الثاني فهو الوصف الظاهر الذي يحصل من ترتيب الحكم عليه مصلحة.

* والحِكم: التي لأجلها صار الوصف علة (عند اصطلاح الأصوليين) أو ما يترتب على التشريع من جلب مصلحة ودرء مفسدة.

---

[53]-إسماعيل الحسيني من مواليد مدينة مكناس بالمغرب(1382هـ-1963م)،حصل على إجازة ليسانس في دراسات إسلامية من كلية آداب و العلوم الإنسانية بجامعة محمد بن عبد الله ،بكلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة محمد الخامس بالرباط سنة 1410هـ-1990م ،حصل من نفس الجامعة على دبلوم دراسات عليا سنة 1413هـ-1993م وكانت رسالته حول نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور،عمل مدرسا لتاريخ الفكر الإسلامي الحديث بكلية الآداب بجامعة القاضي عياض بمراكش،شارك في ندوة "علال الفاسي العالم المجدد" بموضوع حول التفكير المقاصدي عند علال الفاسي/انظر إسماعيل الحسيني ،نفس المرجع السابق،دون رقم الصفحة.

[54]-الحسيني اسماعيل،نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، المعهد العالي للفكر الإسلامي(1416هـ-1995م)ص:119،المقصود بالدلالة الخطاب:فهم غير المنطوق من المنطوق ببيان الكلام ومقصوده/انظر الحسيني اسماعيل،نفس المرجع،ص:343/انظر "المقصود بدلالة الخطاب"هي الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوي،علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدويوضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،سنة النشر1308،المجلد الأول،ص73.

[55]-محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،من مؤهلاته العلمية تخرج من كلية الشريعة من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ،نال درجة الماجستير من الجامعة الإسلامية،نال درجة الدكتوراه من الجامعة الإسلامية بعنوان حقيقة مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة،يعمل حاليا محاضرا بكلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة من مؤلفاته:ضوابط تيسير الفتوى،ضوابط أعمال مقاصد الشريعة في الإجتهاد المعاصر،منظومة اتصاف القاصد بنظم أحكام وقواعد المقاصد.

[56]-مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية،محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،دار الهجرة للنشر والتوزيع،مملكة عربية سعودية،طبعة أولى1418هـ-1998م،ص36-37.

* رعاها الشارع في التشريع: معناه التي قصدها وأرادها الشارع في التشريع وهذا إشارة أن أحكام الله معللة وما يترتب عليها من مصالح مقصود للشارع وليس مجرد نتائج.

* عمومًا وخصوصًا: أن التشريع يشمل المقاصد العامة والخاصة.

- عمومًا: يعني أن الشارع راعاها في أحكام الشريعة عامة،من حكم ومقاصد تجتمع عليها جميع الأدلة أو أكثرها.
- خصوصًا: يشير إلى ما قصده الشارع في كل حكم من الأحكام من حِكَمٍ أو علل.
- من أجل تحقيق مصلحة العباد: فهذا وصف كاشف قصد به زيادة إيضاح التعريف.

7-تعريف **نور الدين الخادمي**[57]: قال :"المقاصد هي المعاني الملفوظة في الأحكام الشرعية والمترتبة عليها،سواءا أكانت تلك المعاني حكما جزئية أم مصالح كلية أم سمات احتمالية ، وهي تتجمع ضمن هدف واحد هو تقرير عبودية الله ومصلحة الإنسان في الدارين[58]،وقال ومعلوم أن المقاصد الشرعية هي جملة الغايات والأهداف الإسلامية المبحوثة في الأحكام والنصوص والأدلة"[59].

وهذا التعريف مع انتهاجه إلى مقصد المقاصد وهو تقرير عبودية اله تعالى ويتبعه مصالح العباد،إلا أنه يؤخذ عليه ما يلي:

---

[57]-نور الدين الخادمي:ولد بمدينة تالة من ولاية القصرين في 18 ماي 1968 م زاول الكتاب بمسقط رأسه،التحق كذلك عام 1984م بجامعة الزيتونة بتونس،ومنها أحرز على درجة الدكتوراه المرحلة الثالثة ثم دكتوراه الدولة في أصول الفقه عام 1997م اشتغل بالتدريس الجامعي بكل من تونس والمملكة العربية السعودية،وهو باحث متعاون مع مجمع الفقه الإسلامي بجدة.

-عين وزير الشؤون الدينية للجمهورية التونسية بحكومة حمادي الجبالي في 2011/12/21م ثم عين في نفس المنصب في حكومة علي العريض منذ 2013م.

-حقق كتاب الاشارات في أصول الفقه المالكي لأبي الوليد الباجي متوفي عام 474هو له عدة بحوث فقهية أصولية ومعاصرة/انظر الموسوعة الحرة ويكيبيديا الموقع:نور-الدين-الخادمي//http://ar.wikipedia.org/wiki يوم 2017/01/15 على الساعة :11:29 صباحا.

[58]- نور الدين بن مختار الخادمي،الاجتهاد المقاصدي حجيته وضوابطه....مجالاته،كتاب الأمة ،طبعة1،جمادى الأولى(1419هـ-1998م)،الدوحة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،ص:52-53.

[59]-نور الدين بن مختار الخادمي،المقاصد الشرعية ضوابطها،تاريخها،تطبيقاتها،دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع(المملكة العربية السعويدة)،طبعة أولى،1427هـ-2007م،ص30.

1- التكرار: حيث نجد أنه لا داعي لقوله (المترتبة عليه) فالمعاني مترتبة على الأحكام بالأصل.

2- الاستطراد والتطويل في التعريف:حيث شرع في بيان المعاني (جزءا،كلية)[60].

8-تعريف **فتحي الدريني**[61]: ونعني بالمقاصد (القيم العليا) التي تكمن وراء الصيغ والنصوص ويستهدفها التشريع ،جزئيات وكليات[62].

9-تعريف **جمال الدين عطية**[63] :" تتمثل المقاصد العالية للشريعة في تحقيق عبادة الله والخلافة عنه وعمارة الأرض،من خلال الإيمان ومقتضياته، من العمل الصالح المحقق للسعادة في الدنيا والآخرة ،والشامل للنواحي المادية والروحية والذي يوازن بين مصالح الفرد

---

[60]-أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص33.

[61]-فتحي الدريني:محمد فتحي الدريني،فلسطيني الأصل ساكن بدمشق ،من علماء هذا العصر،لقب بشاطبي هذا العصر لإحيائه الاجتهاد المقاصدي والتنويه بجمالية الفقه الإسلامي وأصوله ،درجة امتياز بمرتبة الشرف الأولى من كلية القانون والشريعة جامعة الأزهر 1965م.

- له دبلوم العلوم السياسية ،دراسات عليا، ثم دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1954م.
- تخصص في القانون والقضاء الشرعي والتربية وعلم النفس والأدب والشريعة .
- من مؤلفاته:-المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي.
- أصول التشريع الإسلامي.
- نظام الإسلام.
- أصول الفقه الإسلامي وغيرها من الانجازات

[62]- فتحي الدريني،خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم،مؤسسة الرسالة ناشرون،طبعة1434،2هـ-2013م، ص166.

[63]- جمال الدين عطية: ولد في قرية كوم النور إحدى قرى مركز "ميت غمر" التابع لمحافظة الدقهلية بجمهورية مصر العربية (ولد في 1928/5/12 توفي في 2017/01/13

- درس القانون في جامعة فؤاد الأول (القاهرة حاليا) وتخرج 1948).
- تحصل على دبلوم الشريعة من كلية الحقوق 1950م.
- سافر بعد تخرجه إلى الكويت ثم سويسرا ثم جنيف عام 1960.
- ثم عاد إلى الكويت ليعمل محاميا /انشأ بعش الشركات ثم عاد إلى القاهرة ثم إلى لوكسمبورغ وقضى 11 سنة هناك .
- عمل أستاذ زائر بالجامعة الليبية سنة 1973 وجامعة قطر ثم عمل مستشارا بها .
- كان عضوا في جمعيات ونقابات ومراكز عالمية مثل جمعيات علمية ومهنية ونقابة المحامين بالقاهرة والجمعية الدولية للقانونيين ببروكسل ونقابة المحامين بلندن وكذا السلام العالمي من خلال القانون بواشنطن وعضو مجلس أمناء معهد تاريخ العلوم العربية الإسلامية بفرانكفورت وعضويته مجلس إدارة المجلس العلمي للبحوث الإسلامية وعضوية المعهد العالي للفكر الإسلامي وأمين عام للموسوعة الفقهية بوزارة الأركان بالكويت،رئيس تحرير مجلة المسلم المعاصر(انظر جمال الدين ... دون صفحة).

والمجتمع والذي يجمع بين المصلحة القومية الخاصة والمصلحة الإنسانية العامة وبين مصلحة الجيل الحاضر ومصلحة الأجيال المستقبلية كل ذلك بالنسبة للإنسان والأسرة والأمة والإنسانية جمعاء"[64].

وبناءً على جملة التعريفات ورغم اختلافها في ألفاظها وصيغها فإنها تشير إلى جهود الفقهاء المعاصرين في وضع ماهية المقاصد الشرعية[65]،فهناك من أطال في التعريف وهناك من أوجز ولكن اتفقوا على أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في الآجل والعاجل[66].

وأن مقاصد الشريعة الإسلامية هي: الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد[67].

ب – تعريف المقاصد عند المتقدمين من الأصوليين:

لم أعثر على تعريف للمقاصد عند القدماء الأصوليين كما هو الحال بالنسبة للمصطلحات المتداولة في علم أصول الفقه،فهم لم يحددوا له معنى بحيث يتميز به عن الألفاظ ذات الصلة أو القريبة من معانيه[68]، وظهر من خلال استعمالهم لهذا اللفظ في الكثير

الغالب أن المراد به المعنى اللغوي: ومن ذلك مثلا قاعدة " الأمور بمقاصدها"[69]،إذ يراد بالمقاصد هنا : ما يتغياه المكلف ويضره في نيته ويسير نحوه في عمله[70].

---

[64]–جمال الدين عطية،نحو تفعيل مقاصد الشريعة،المعهد العالمي للفكر الإسلامي ،دار الفكر دمشق،سورية،1424هـ–2003م،ص122.

[65]–عبد القادر بن حرز الله ،مدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكاليات المعاصرة ،مكتبة الرشد ناشرون،طبعة 1426،1هـ–2005م،ص18.

[66]–أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص32.

[67]–أحمد الريسوني،نفس المرجع السابق،ص7.

[68]–عبد القادر بن حرز الله،نفس المرجع السابق،ص15.

[69]–عبد الرحمن ابراهيم الكيلاني،قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضا ودراسة وتحليلا،المعهد العالمي للفكر الإسلامي ،دار الفكر،دمشق سوريا،طبعة1،(1421هـ–2000م)،ص45/انظر الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السُّنبكي،الأشباه والنظائر تحقيق عادل أحمد عبد الموجود،علي محمد معوض،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان، طبعة 1411،1هـ–1991م،الجزء الأول،ص:12/انظر زين الدين بن ابراهيم بن محمد الشهير بابن النجيم،الأشباه والنظائر

كذلك الأمر بالنسبة للفقهاء المتقدمين من الأصوليين لم يكن لهم تعريفا محددا للمقاصد وإنما ينحون على بعض مقاصد الشريعة أو التقسيم لأنواعها، في كلامهم عن مقاصد الشارع[71].

1-تعريف **الغزالي**[72]:أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة ودرئ مضرة،فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق،وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

ويعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم[73].

والملاحظ هنا أن الغزالي لم يوضح تعريف المقاصد بل عدد ها وحصرها وبّين وجوب المحافظة عليها ورعايتها.

2-تعريف **الآمدي**[74]: في الفصل الثاني في تحقيق معنى المقصود المطلوب من شرع الحكم.

على مذهب أبي حنيفة النعمان،وضع حواشيه وخرج أحاديثه زكريا عميرات،منشورات دار الكتب العلمية،بيروت لبنان، طبعة1 ،(1419هـ-1999م) ص05.

[70]-عبد الرحمن ابراهيم الكيلاني،نفس المرجع، ص45.

[71]-أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص34.

[72]-أحمد بن محمد بن أحمد أبو الفتوح،مجد الدين الطوسي الغزالي،ولد في (1335هـ-1917م)،و توفي في (20شوال 1416هـ-9مارس 1996م) عالم ومفكر وواعظ إسلامي سمي بحجة الإسلام،عرف بالتجديد في الفكر الإسلامي،شهرته بالغزّالي بتشديد الزاي، نسبة إلى عادة أهل خوارزم و جرجان أو بتخفيف الزاي نسبة إلى غزالة من قرى طوس.
حصل على شهادة الثانوية الأزهر،التحق بكلية أصول الدين العام نفسه تخصص بالدعوة والإرشاد.
مؤلفاته:المستصفى من علم الأصول،إحياء علوم الدين،تهافت الفلاسفة...الخ/انظر خير الدين الزركلي،الجزء الأول،ص:214/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة/محمد الغزالي/http ://ar.wikipedia.org يوم 2017/01/17 على الساعة:17:01 سا

[73]-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي،المستصفى من علم الأصول ،دراسة وتحقيق حمزة بن زهير حافظ،الناشر شركة المدينة المنورة للطباعة،دون طبعة،جزء2،ص482.

[74]-سيف الدين الآمد(551هـ-631م) هو سيف الدين علي بن ابي علي بن محمد بن سالم بن محمد العلامة الآمدي التغلبي الحنبلي ثم الشافعي،فقيه وأصولي وباحث ولد في آمد من ديار بكر ونسب إليها ،من مؤلفاته: الأحكام في أصول الأحكام،أفكار الأفكار في أصول الدين،غاية المرام في علم الكلام/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة/سيف الدين الآمدي /http ://ar.wikipedia.orgيوم 2017/01/18 على الساعة 11:43 سا

كتب :المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة،أو دفع مضرة،أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد لتعالي الرب تعالى عن الضرر والانتفاع،و ربما كان ذلك مقصودًا للعبد لأنه ملائم له،و موافق لنفسه[75].

3-تعريف **العز بن عبد السلام**[76] :في تعريفه للمقاصد نجد أنه كتب:

- " ومما لاشك فيه أن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد،و ان لها مقاصد عامة تراعيها في كل أبوابها التشريعية أو معظمها وتعمل لتحقيقها"[77].

-" أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها"[78].

- وقال:" أن معظم مقاصد القرآن الأمر باكتساب المصالح وأسبابها، والزَجْرُ عن اكتساب المفاسد وأسبابها "[79].

- وقال: " إنما نصبت الأسباب الشرعية لطلب المصالح ودرء المفاسد "[80].

ومما تقدم نخلص إلى القول أن مقاصد الشريعة العامة هي:

" الغايات التي ترمي إليها كل الأحكام الشرعية أو معظمها،ولا تختص بحكم دون حكم وتدعو لتحقيقها والمحافظة عليها في كل زمان ومكان"[81].

---

[75]-علي بن محمد الآمدي،الإحكام في أصول الأحكام،علق عليه عبد الرزاق عفيفي،دار الصميعي،المملكة العربية السعودية،طبعة أولى،1424هـ-2003م،الجزء3،ص339.

[76]-عبد العزيز بن عبد السلام ن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي عز الدين الملقب بسلطان العلماء،فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد(577هـ-660هـ-1181م-1262م) نشأ في دمشق وتوفي في القاهرة من كتبه التفسير الكبير ،الإلمام في أدلة الأحكام،قواعد الشريعة،قواعد الاحكام في إصلاح الأنام،و غيرها من المؤلفات/انظر الزركلي،ج4،ص21.

[77]-عمر بن صالح بن عمر،مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ، طبعة1،(1423هـ-2009م) ص71.

[78]-عمر بن صالح بن عمر،نفس المرجع، ص72.

[79]-عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام،القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام،تحقيق نزيه كمال حماد،عثمان جمعة ضميرية،دار القلم،دمشق،دون طبعة،الجزء الأول،ص11-12.

[80]-عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام،القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الإحكام في إصلاح الأنام،تحقيق نزيه كمال حمّاد،عثمان جمعة ضميرية،دار القلم،دمشق،دون طبعة،الجزء الثاني،ص130.

[81]-عمر بن صالح بن عمر،نفس المرجع السابق،ص89.

4-تعريف **الشاطبي**[82] :" تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام... ضرورية... حاجية... وتحسينية" [83].

وقال :إن الشارع قصد بالتشريع :أي وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معًا"[84].

والملاحظ أن الشاطبي لم يضع تعريفا محددا للمقاصد وإنما أخذ يبنيها بتفضيل أنواعها[85].

5-تعريف **ابن تيمية**[86]: أعرض بعضًا من عبارات ابن تيمية توضح مراده بالمقاصد ومن ثم نلخص إلى تعريفها:

---

[82]-الشاطبي :هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي،أصولي حافظ،من أهل غرناطة،(توفي790هـ-1388م)،كان من أئمة المالكية من كتبه:الموافقات في أصول الفقه،المجالس شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري،الإعتصام،شرح الألفية،المقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية،و غيرها من المؤلفات، تتلمذ على الشخين السبتي والتلمساني.

وهو :(عير القاسم بن فيره الشاطبي الرعيني عالم القراءات وصصاحب المنظومة المسماة باسمه)/انظر خير الدين الزركلي،الجزء الأول،ص75/انظر محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف،شجرة النور الزكية في طبقات المالكية خرج أحاديثه عبد المجيد خيالس،منشورات دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان،الطبعة الأولى،2003م،1424هـ،الجزء الأول،ص230/انظر أحمد بابا التنبكتي،نيل الابتهاج بتطريز الديباج عناية وتقديم عبد الحميد عبد الله الهرامة،منشورات دار الكتاب،طرابلس،طبعة2000،2،إفرنجي،ص48.

[83]-أبي اسحاق الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة،شرح عبد الله دراز ترجمة محمد عبد الله دراز خرج آياته عبد السلام عبد الشافي محمد،منشورات دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،طبعة أولى،(2004م-1425هـ)،ص221/انظر أحمد الريسوني،نفس المرجع السابق،ص125/انظر أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص35.

[84]-أبي اسحاق الشاطبي، نفس المرجع السابق،ص220.

[85]-حماد العبدي،الشاطبي ومقاصد الشريعة،دار قتيبة(بيروت لبنان)،طبعة أولى،1412هـ-1992م،ص119.

[86]-ابن تيمية:661هـ728هـ،1263م-1327م) أحمد بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي،أبو العباس تقي الدين بن تيمية،الإمام شيخ الإسلام ولد في حران مات معتقلا بقلعة دمشق كان داعية إصلاح في الدين،آية في التفسير والأصول،فصيح اللسان،قلمه ولسانه متقاربان أفتى ودّرس وهو دون العشرين من مؤلفاته:السياسة الشرعية،الفتاوى،الإيمان،الجمع بين النقل والفعل،اقتضاء الصراط المستقيم،منهاج السنة النبوية،الحازم المسلول على شاتم الرسول،من أشهر شيوخه ابن عبد الدائم وابن أبي السير،ومن أشهر من أخذ عنه :ابن القيم وابن كثير والذهبي/انظر خير الدين الزركلي،نفس المرجع السابق،الجزء الأول،ص144./انظر عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي،الدين على طبقات الحنابلة(ت العثيمين) تحقيق عبد الرحمن بن سليمان العثيمين،نشر1425هـ2005م،مكتبة العبيكات طبعة1،الجزء الثاني،ص350./انظر علي بن عبدالعزيز بن علي الشبي،الثبت فيه قوائم مخطوطات شيخ الإسلام ابن تيمية وبعض مخطوطات ابن القيم الجوزية ومعه تحقيق ترجمة ابن تيمية مع ذيل تاريخ الإسلام للذهبي ،دار الولمن،رياض،طبعة 1417،1هـ،ص24.

أ- الغايات المحمودة في مفعولاته ومأموراته سبحانه ،[87]وهي ما تنتهي إليه مفعولاته ومأموراته من العواقب الحميدة تدل على حكمته البالغة[88].

ب-أن لفعله سبحانه غاية محبوبة وعاقبته محمودة[89].

ت-الفلاسفة أكثر الناس كلاما فيما يوجد المخلوقات من المنافع والمقاصد والحكم الموافقة للإنسان و غيره.

ث-فإن الله ضرب للناس في القرآن من كل مثل،وبين بالأقيسة العقلية المقبولة بالعقل الصريح من بيان المطالب الإلهية والمقاصد الربانية ما لا تصل إليه أراد هؤلاء المتكلمين[90]، وغيرها من التعريفات إلا أننا ما نستطيع أن نخلص إليه في تعريف المقاصد عنده يكون على النحو الآتي:

الحكم التي أرادها الله من أوامره ونواهيه لتحقيق العبودية لله وإصلاح العباد في المعاش والمعاد[91].

ج - **تعريف المختار**: يمكن أن يستخلص من التعريفات السابقة للمقاصد،تعريف بأن مقاصد الشريعة هي:

1- أن المقاصد هي المعاني والحِكَم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع عمومًا وخصوصًا من أجل تحقيق مصالح العباد[92].

2- هي المعاني والحكم التي أرادها الشارع من تشريعاته لتحقيق مصالح الخلق في الدنيا والآخرة[93].

---

[87]-يوسف أحمد محمد البدوي،مقاصد الشريعة عند ابن تيمية،دار النفائس(الأردن)،دون طبعة،ص50.

[88]-ابن تيمية أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم،مجموع فتاوي،جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد،مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف،1424هـ-2004م،الجزء3،ص19.

[89]- ابن تيمية أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم،منهاج السنة النبوية،تحقيق محمد رشاد سالم،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،1406هـ-1986م،الطبعة الأولى،الجزء الأول،ص465.

[90]-يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع،ص50-51.

[91]-أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص37.

[92]-محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية،دار الهجرة للنشر والتوزيع،المملكة العربية السعودية،طبعة أولى،1418هـ-1998م،الطبعة الأولى،ص37.

3- وحدد العلماء مقاصد الشريعة بأنها تحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة،في العاجل والآجل[94].

4- و على ذلك فالمقاصد الشرعية تمثل الخطوط العريضة للتشريع والقواعد الكلية والضوابط العامة ...وعندما نتكلم عن حقيقة المقاصد نقصد المصالح الحقيقية الضرورية والحاجية والتحسينية التي تعتمد جزئيات الأحكام التشريعية لصيانة كلياتها منها[95].

5- مقاصد الشريعة هي اعتماد الأحكام الشرعية وركيزتها وأراد الشارع تحقيقها وقد جعلها الشارع مستقيمة واضحة،وهي عدل كلها وقسط كلها ومليئة بالخير والصلاح لا ظلم فيها ولا شطط،و هي في الوقت نفسه قريبة واضحة قد سهّل الله سبحانه الوصول إليها وعلى المكلف أن يتوجه نحوها وأن يتغّياها ويجعلها أهدافه وغاياته وأن يكون قريبا منها لصيقا بها لأنها وجهة الأحكام الشرعية وقبلتها ومحرابها[96].

6- ومعلوم أن المقاصد الشرعية هي جملة الغايات والأهداف الإسلامية المبثوثة في الأحكام و النصوص و الأدلة[97].

7- أما مقاصد الشريعة الإسلامية في رأينا فهي:مجموعة الأهداف العامة أو الخاصة أو الجزئية التي تراعيها الشريعة الإسلامية وتعمل على تحقيقها من خلال حكم معين أو أحكام معينة أو حكم عام أو حكم جزئي[98].

8- الغايات التي ترمي إليها كل الأحكام الشرعية أو معظمها ولا تختص بحكم دون حكم وتدعو لتحقيقها والمحافظة عليها في كل زمان ومكان[99].

---

[93]-رياض منصور الخليفي،المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية،مجلة جامعة الملك عبد العزيز،الإقتصاد الإسلامي،م17،عدد1425،1هـ-2004م،ص8.

[94]-محمد الزحيلي،مقاصد الشريعة أساس لحقوق الإنسان،سلسلة كتاب الأمة،العدد87،محرم1423هـ، دون صفحة/انظر محمد الزحيلي موسوعة قضايا إسلامية معاصرة،دار المكتبي،سوريا،جزء خامس،ص624.

[95]-محمد سليم العوا،مقاصد القرآن الكريم،مجموعة بحوث،مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي،مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية،سلسلة الدورات العلمية،طبعة1(1437هـ-2016م)،لندن،ص68.

[96]-يوسف أحمد البدوي،نفس المرجع السابق،ص54-55.

[97]-نور الدين بن مختار الخادمي،نفس المرجع السابق،ص30.

[98]-مقاصد الشريعة الإسلامية عند الطاهر بن عاشور،مجموعة بحوث،مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي،مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية،سلسلة الدورات العلمية ،طبعة1،(1434هـ،-2013م)،لندن،ص141.

9- يمكن أن أعرف المقاصد بأنها: الغايات والمعاني التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها لمصلحة العباد عاجلا أم آجلا[100].

ذلك أن الشريعة الإسلامية جاءت لتأمين مصالح الإنسان وهي جلب المنافع له ودفع المضار عنه،فترشده إلى الخير وتهديه السبيل وتدله على البر،وتأخذ بيده إلى الهدي القويم،وتكشف له المصالح الحقيقة ثم وضعت له الأحكام الشرعية لتكون له هاديا ودليلا لتحقيق هذه المقاصد والغايات كما بينت له المضار والمفاسد والأخطار والمهالك لتحذره منها وتبعده عنها،وهذا ما نعني به تحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة في العاجل والآجل[101].

المطلب الثاني : أهمية المقاصد الشرعية

قال **القرافي**[102] :أن كل تصرف لا يترتّبُ عليه مقصود لا يُشرع "[103].

أي قول أو تصرف لا يبنى عليه ما يصلح حال المتصرف،أو حال غيره لا يعتبر تصرفه في الشرع، فلم يخلق الله وضعا إلا ليرتب عليه أحكاما مبنية على مقاصد تحقق مصالح العباد في المعاش والمعاد على أساس من العدل وما يحققه من القيم والمبادئ فلا باطل ولا عبث ولا ظلم، قال تعالى:﴿ **رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَاطِلًا سُبْحَانَكَ** ﴾[104]، وقال:﴿ **وَمَا**

---

[99]-عمر بن صالح بن عمر،نفس المرجع السابق،ص89.

[100]-أحمد محمود قعدان،نفس المرجع السابق،ص38.

[101]-زيد بن محمد الرّماني،مقاصد الشريعة الإسلامية،دار الغيث للنشر والتوزيع،السعودية،الرياض، طبعة1415،1هـ، ص16-17.

[102]-القرافي(674هـ-1285م) هو أحمد بن إدريس عبد الرحمن أبو العباس،شهاب الدين الصنهاجي القرافي،من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة(من برابرة المغرب) وإلى القرافة(المحلة المجاورة لقبر الامام الشافعي)بالقاهرة وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة،له مصنفات في الأصول والفقه،منها:أنوار البروق في أنواع الفروق،الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام،الذخيرة،و غيرها /انظر خير الدين الزركلي،نفس المرجع السابق،الجزء الأول،ص94-95.

[103]-شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المصري المالكي(القرافي)،الفُروق،قدم له وحققه وعلق عليه عمر حسن القيام،مؤسسة الرسالة ناشرون،طبعة أولى،1424هـ-2003م،الجزء الثالث،ص234،القاعدة 153.

[104]- سورة آل عمران ، الآية 91.

خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ ﴾[105]، وقال تعالى: ﴿ **وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ** ﴾[106].

لذلك فإن مقاصد الشريعة الإسلامية هي الآصرة الكبرى والعروة الوثقى التي تربط بين الأحكام والحكم والحاكم والمحكوم وهي التي تبين خصائص الشريعة وتحقيق العبودية لله تبارك و تعالى فتحقيق العبودية لله هو مقصد المقاصد وحكمة الحكم وأسمى الغايات وأجلّ الأهداف"[107]، وبما أن الهدف والمقصد يحدد الطريق السوي للوصول إليه اختصار الوقت واختيار المنهج الأمثل له حتى لا تتشعب الأهواء وتتبدد الجهود، وإن معرفة مقاصد الشريعة في أحكامها وفروعها لها أهمية عظيمة وفوائد كثيرة للمسلم عامة،وللباحث والعالم والفقيه والمجتهد خاصة،مما جعل علماء الشريعة يولونها عنايتهم ويوجهون إليها اهتمامهم بالبحث والدراسة[108]، وتتجلى هذه الأهمية فيما يلي:

1- إن معرفة مقاصد الشريعة مهمة جدا لا يستغني عنها مسلم بحال سواء أكان مختص أم غير مختص،إلا أن الإمام **الطاهر بن عاشور** رحمه الله يرى أن مقاصد الشريعة علم خاص بالمختصين و المجتهدين لأنه نوع دقيق من أنواع العلم،أما غير المختص فالواجب في حقه تلقي الشريعة من غير معرفة مقاصدها[109]، يقول رحمه الله:"ليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة لأن معرفة مقاصد الشريعة نوع دقيق من أنواع العلم فحق العامي أن يتلقى الشريعة بدون معرفة المقصد،لأنه لا يحسن ضبطه ولا ترتيله،ثم يتوسع الناس في معرفة المقاصد بمقدار ازدياد حظهم من العلوم الشرعية ،لئلا يضعوا ما يلقنون من المقاصد في غير موضعه فيعود بعكس المراد"[110].

---

[105]- سورة الدخان ، الآية 38.

[106]- سورة فصلت ، الآية 46.

[107]-يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع السابق،ص101.

[108]-فريد بن يعقوب المفتاح،مقاصد الشريعة الإسلامية في ضوء مستجدات العصر،أبحاث ووقائع المؤتمر العام22(المجلس الأعلى للشورى الإسلامية)،البحرين،دون ترقيم أو دون طبعة.

[109]-عمر محمد عبه جي،مقاصد الشريعة الإسلامية ، دون دار نشر،دون طبعة،ص69.

[110]-محمد الطاهر بن عاشور،تحقيق ودراسة محمد الطاهر ميساوي،نفس المرجع السابق،ص188.

2- إن الشريعة الإسلامية تهدف من خلال أحكامها إلى تحقيق مجموعة من المقاصد التي تحقق السعادة للإنسان في الدنيا والآخرة ومن هذه الأحكام التي تحقق هذه المقاصد نظام حقوق الإنسان الذي يعد من أرقى النظم،إذ تناولته الشريعة الإسلامية تناولا دقيقا محكما صالحا لكل زمان ومكان[111].

3- إن المكلف إذا أدرك وجه المشروعية في المعاملات اليومية التي يمارسها ومقاصد الشارع منها فإن هذا يزيد من اقتناعه والإلتزام بأوامر الشارع أو الشرع والتأكد من سلامة تصرفاته[112]،إذ تحقق العبودية لله ويزيد ذلك من اقتناعه بالشريعة،إذا عرف عِلَل الأحكام وحُكَمها و اطمأنّ قلبه[113]،ضف إلى هذا أنها تعطي المسلم مناعة كافية وخاصة في وقتنا الحاضر ضد الغزو الفكري والتيارات المستوردة والمبادئ البراقة والدعوات الهدامة التي يتستر أصحابها وراء دعايات كاذبة وشعارات خادعة[114].

4- ليكون قصد المسلم من الأعمال موافقا لقصد الشارع الحكيم فلابد من ان يعرف المكلف مقاصد الشارع بحيث تكون مقاصده تابعة لمقاصد الشارع ومحكومة بها فلا يحاول التهرب

---

[111]-مقاصد الشريعة والاتفاقيات الدولية،مجموعة بحوث،بحث:جابر عبد الهادي سالم الشافعي،تأصيل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من منظور مقاصد الشريعة الإسلامية،دراسة تأصيلية مقاصدية،مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية،لندن،طبعة أولى 1434هـ-2013م،ص53

[112]-مقاصد الشريعة الإسلامية المبادئ والمفاهيم ،مجموعة بحوث بحث:عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان طوق الكشف عن المقاصد الشرعية،مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ،لندن،طبعة أولى،1436هـ-2015م،ص42.

[113]-عابد بن محمد السفّياني،الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية ،مكتبة المنارة ،مكة المكرمة،طبعة1408،1هـ-1988م،ص260/انظر محمد بكر إسماعيل حبيب،مقاصد الشريعة تأصيلا وتفعيلا،إدارة الدعوة والتعليم سلسلة دعوة الحق كتاب شهري محكم (رابطة العالم الإسلامي)،السنة 22،العام1427هـ،العدد 213،ص92/انظر أحمد الريسوني،مدخل إلى مقاصد الشريعة،دار الكلمة للنشر والتوزيع ،طبعة1431،1هـ-2010م،ص19/انظر نور الدين بن مختار الخادمي، نفس المرجع السابق،ص46،ص52/انظر ابراهيم محمد صديق،مقاصد الشريعة بين الفكر الأصولي والفكر الحداثي،شبكة الألوكة،دون طبعة ودون صفحة.

[114]-زيد بن محمد الرّماني،نفس المرجع السابق،ص25/انظر يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرج السابق،ص103.

منها أو التحايل عليها لما سيعود عليه من نتائج وخيمة، وأضرار جسيمة،ومفاسد جمة، ويعرض نفسه لمواقف يكون فيها مذموما لا ممدوحًا،وموزورًا لا مأجورًا[115].

5- تحقيق العبودية لله سبحانه التي هي الغاية من خلق العباد[116]، قال سبحانه:﴿ **وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ**﴾[117].

وهنا لابد من ذكر كلمة **العز بن عبد السلام** إذ فيها إشارة و إيضاح لما سبق،ففي معرض بيان قصده وغايته من تأليف كتاب قواعد الأحكام إذ قال: " الغرض بوضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات لسعي العباد في تحصيلها،وبيان مقاصد المخالفات ليسعى العباد في درئها،و بيان مصالح العبادات ليكون العباد على خير منها وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض وما يؤخر من بعض المفاسد عن بعض وما يدخل تحت اكتساب العبيد دون مالا قدرة لهم عليه ولا سبيل لهم إليه.

والشريعة كلها مصالح إما تدرؤ مفاسد أو تجلب مصالح ،فإذا سمعت الله يقول:"يا أيها الذين آمنوا " فتأمل وصيته بعد ندائه فلا تجد إلا خيرا يحثّك عليه أو شرا يزجرك عنه أو جمعا بين الحث والزجر وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثا على اجتناب المفاسد وما في بعض الأحكام من المصالح حثا على إتيان المصالح"[118].

6- يحتاج إلى معرفتها طالب العلم لأن بمعرفتها تتكون عنده نظرة كلية لأحكام الشريعة وتتبّين له الأهداف السامة التي تعنى بها الشريعة.

إن هذه الفوائد و الأهمية تحتم على الباحث والعالم والفقيه والمجتهد أن يضع مقاصد الشريعة نصب عينيه لتضيء له الطريق وتصحح له المسار وتعينه على الوصول إلى الحق والعدل والصواب والسداد.

وقد لمس رجال التشريع هذه الأهمية ولجأت السلطات التشريعية في الدول المعاصرة إلى وضع المذكرات التفسيرية للقانون أو النظام لتبّين للناس عامة ولرجال القانون خاصة

---

[115]-يوسف العالم،نفس المرجع السابق،ص106/انظر عابد بن محمد السفياني،نفس المرجع السابق،ص260/انظر يوسف أحمد البدوي،نفس المرجع السابق،ص103/انظر عمر محمد عبه جي،نفس المرجع السابق،ص30.

[116]-يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع الاسبق،ص103،عمر محمد عبه جي،نفس المرجع السابق،ص31.

[117]- سورة الذاريات ، الآية 56.

[118]-عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام،القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الانام،تحقيق نزيه كمال حماد،عثمان جمعة ضميرية دار القلم،دمشق،الجزء الأول،ص14/انظر يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع السابق،ص104.

المقصد العام للتشريع والغاية التي وجد من أجلها ثم تحدد المقصد لكل مادة ليستطيع شراح القانون والقضاة والمحامون من حسن فهم القانون وحسن تطبيقه وتنفيذه بما يتفق م روح التشريع والقصد الذي وضع من أجله كما تطلب معظم الأنظمة في العالم من القضاة أن يحكموا بمبادئ العدالة وبما يتفق مع المبادئ العامة عندما يفقدون النص في النظام على أمرها.

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن تصرفات الإمام (الحاكم) منوطة بالمصلحة أي جميع تصرفات الحاكم مرتبة بتحقيق مصالح الناس فإذا خرجت من المصلحة إلى المفسدة كانت باطلة،ويتعرض أصحابها إلى المسؤولية في الدنيا والآخرة[119].

[119]–عبد الوهاب خلاف،نفس المرجع السابق،ص198/انظر محمد الطاهر الميساوي ،نفس المرجع السابق،ص188:يقول العلامة الطاهر بن عاشور "وليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة ،لأن معرفة مقاصد الشريعة نوع دقيق من أنواع العلم..." ثم يقول"...وحق العالم فهم المقاصد والعلماء في ذلك متفاوتون على قدر القرائح والفهوم..."/انظر ص183 ما يليها إلى ص188.

المبحث الثاني : غاية مقاصد الشريعة الإسلامية ومراتبها

المطلب الأول : غاية مقاصد الشريعة الإسلامية

إن المقصد العام من التشريع هو المقصد الأساس الذي جاءت أحكام الشريعة لتحقيقه،و لقد تعددت أقوال العلماء في بيانه ولكنها عند التحليل والتمحيص يمكن الجمع بينهما في مقصد واحد ومن بين هذه الأقوال، قول **الغزالي** رحمه الله : " نعلم بشواهد الشرع، وأنوار البصائر جميعا أن مقصد الشرائع كلها سياق الخلق إلى جوار الله تعالى وسعادة لقائه،وأنه لا وصول لهم إلى ذلك إلا بمعرفة الله تعالى ومعرفة صفاته وكتبه ورسله،و إليه الإشارة بقوله تعالى:﴿ **وَما خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ**﴾[120]، أي ليكونوا عبيدًا لي ولا يكون العبد عبدًا ما لم يعرف ربع بالربوبية ، ونفسه بالعبودية ولابد أن يعرف نفسه وربه فهذا المقصود الأقصى ببعثة الأنبياء،إذ يرى أن المقصد العام للتشريع والمقصد الأقصى لبعثة الأنبياء هو معرفة الله تعالى[121]، ومعرفة ذاته وصفاته وأن يتحقق العبد بمعاني العبودية الكاملة لله سبحانه وتعالى[122].

ويذكر في موضع آخر أن المقصد الأعظم لنزول القرآن هو دعوة الناس إلى الله تعالى ليتعرفوا عليه،يقول رحمة الله عليه:"سر القرآن ولبابه الأصفى ومقصده الأقصى دعوة العباد إلى الجبار الأعلى رب الآخرة والأولى خالق السماوات العلى والأرضين السفلى وما بينهما وما تحت الثرى".[123]

1 – ويرى **العز بن عبد السلام** رحمة الله عليه أن مقاصد الشريعة محصورة في مقصد واحد وهو جلب المصالح ودرء المفاسد ويقول كذلك:" ومعظم مقاصد القرآن الأمر باكتتاب المصالح والزجر عن اكتساب المفاسد وأسبابها"[124]، ويقول أيضا:" معظم مقاصد القرآن

---

[120]– سورة الذاريات ، الآية 56.

[121]–بدوي طبانة،إحياء علوم الدين للإمام الغزالي مع مقدمة في التصوف الإسلامي ودراسة تحليلية لشخصية الغزالي ولسفته في الإحياء،مكتبة ومطبعة كرياطة فوترا سماراغ،أندونيسيا،دون طبعة،الجزء الرابع،ص25.

[122]–عمر محمد عبه جي،نفس المرجع السابق،ص:199.

[123]–أبو حامد الغزالي،جواهر القرآن دون طبعة،دون دار نشر،الموقع to pdf :www.al.mostafa.com يوم 2017/01/22 على الساعة 12:52 سا،ص02.

[124]–عمر بن صالح بن عمر،نفس المرجع السابق،ص77.

الأمر باكتساب المصالح وأسبابها والزجر عن اكتساب المفاسد و أسبابها ولا نسبة لمصالح الدنيا ومفاسدها إلى مصالح الآخرة ومفاسدها،لأن مصالح الآخرة خلود النيران وسخط الدّيان مع الحجب عن النظر إلى وجهه الكريم فيا له من عذاب أليم"[125].

2 – كما قال كذلك **عبد الرحمن بن ناصر السعدي**[126] رحمه الله في كراسته طالب العلم منظومة القواعد الفقهية:

الدين مبني على المصالـح في حليها والدرء للقبائــح
فإن تزاحم عدد المصـــالح يقدم الأعلى من المصالح
وضده تزاحم المفاســـــد يرتكب الأولى من المفاسد
ومن قواعد الشريعة التيسير في كل أمر نابه تعسـير[127]

3 – ويرى المفكر الإسلامي المغربي **علال الفاسي** رحمه الله أن :" والمقصد العام للشريعة هو عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش فيها واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها و قيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح في العقل وفي العمل وإصلاح في الأرض واستنباط لخيراتها وتدبير لمنافع الجميع".[128]

ويدل على ذلك قوله تعالى سبحانه:﴿ **وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ**﴾[129].

---

[125]–عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ،نفس المرجع السابق،ص11–12.

[126]–هو عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله بن ناصر السعدي من آل سِعدي (بكسر السين) من تميم ويعرف اختصارا بان السعدي 1889م –1959م ،ولد في بلدة عنيزة في القصيم يوم 12 محرم عام 1307هـ وربى يتيما ،واسترعى الأنظار منذ حداثة سنه بذكائه ورغبته الشديدة في التعلم وهو مصنف وكاتب كتاب :تيسير الكريم الرحمن،حافظ للقرآن من مشايخه :ابراهيم بن صالح بن عيسى،صالح بن عثمان القاضي ومن طلابه الشيخ ابن عثيمين.

من كتبه ومؤلفاته:إرشاد أولي البصائر والألباب لمعرفة الفقه بأقرب الطرق وأيسر الأسباب،الدرة المختصرة في محاسن الإسلام،القواعد الحسان في تفسير القرآن...وغيرهم/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة:عبد الرحمن.بن ناصر. السعدي/https://ar.wikipedia/org/wiki يوم 2017/01/22 على الساعة :14:00 سا مساءًا

[127]–عبد الرحمن بن الناصر السعدي،منظومة القواعد الفقهية،ايمان للنشر والتوزيع،دون طبعة،ص10–11.

[128]–علال الفاسي، نفس المرجع السابق،ص45–46.

[129]– سورة البقرة ، الآية 30.

4 – ويرى العلامة **مصطفى أحمد الزرقا**[130]:"للإسلام ثلاثة أهداف إصلاحية أساسية مرتبة كل منها نتيجة لما قلبه وأساس لما بعده:

أ – تحرير العقل البشري من رقّ التقليد والخرافات وذلك عن طريق العقيدة الإيمانية بالله وحده.

ب – إصلاح الفرد نفسيا وخلقيا وتوجيهه نحو الخير والإحسان والواجب كي لا تطغى شهواته ومطامعه على عقله وواجباته.

ج – إصلاح المجتمع أي الحياة الإجتماعية بصورة يسود فيها النظام والأمن العام والعدل بين الناس وصيانة الحريات المعقولة والكرامة الإنسانية[131].

والملاحظ أن جملة من العلماء – متقدمين ومتأخرين– جاءت أقوالهم صريحة كون أن مصلحة العباد وسعادتهم في الدنيا والآخرة هي غاية كل نص ديني إسلامي الأمر الذي جعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وأنها مهيأة لتتعاطى مع كل ما هو جديد يحدث في دنيا الناس والكون عامة[132].

5 – يقول **الشاطبي** :" إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية فذلك على وجه لا يختل لها به نظام لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء سواء في

---

[130]–مصطفى محمد الزرقا: ولد في 1322هـ–1904م بسوريا مدينة حلب،توفي في 1420هـ–1999م)نشأ في بيت علم وإصلاح فوالده هو الفقيه أحمد الزرقا مؤلف :شرح القواعد الفقهية وجده العلامة الكبير الشيخ محمد الزرقا وكلاهما من كبار علماء مذهب الأحناف إذ سماها الشيخ يوسف القرضاوي بسلسلة الذهب في العلم.

تتلمذ على يد والده وجده،أحمد المكتبي الشافعي ،محمد الحنيفي،أحمد الكردي وغيرهم.

عين خبيرا للموسوعة الفقهية في الكويت سنة 1966 انتخب في المجلس النيابي السوري نائب عن مدينة حلب،واسندت له وزارة العدل والأوقاف عام 1956–1826.

من مؤلفاته :السلسلة الفقهية،السلسلة القانونية،أحكام الأوقاف،الفقه الإسلامي ومدارسه وغيرها من المؤلفات.

انتهج التخفيف والتيسير والبعد عن الحرج بضوابطه الفقهية/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة يوم 2017/01/23 على الساعة 11:52 سا : مصطفى الزرقا/https://ar.wikipedia/org/wiki

[131]–مصطفى أحمد الزرقا،المدخل الفقهي العام،إخراج جرير،دار القلم، دمشق،الطبعة الثانية،1425هـ–2004م،طبعة ثانية، الجزء الأول، ص48–49.

[132]–فريد بن يعقوب المفتاح،مقاصد الشريعة الإسلامية في ضوء مستجدات العصر،أبحاث ووقائع المؤتمر العام22، (المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية)، دون طبعة،دون صفحة.

ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات ... فلابد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبدّيا وكلّيا وعاما في جميع أنواع التكليف والمكلفين من جميع الأحوال"[133].

وقال كذلك:"أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً ".[134]

6 – وقال **ابن القيم:**"جاءت الشريعة الكاملة الفاضلة المحمدية التي هي أكمل شريعة نزلت من السماء على الإطلاق وأجلّها وأفضلها وأعلاها وأقومها بمصالح العباد في المعاش والمعاد بأحسن من ذلك كله وأكمله وأوفقه للعقل والمصلحة"[135].

7 – ويقول **عبد الكريم زيدان**[136]**:**"...أن مقاصد الإسلام هي تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد والأضرار عنهم في العاجل والآجل وبهذا كله تتحقق لهم السعادة الحقة في حياتهم هنا وحياتهم هناك"[137].

ومن هذه الأهمية والغاية الواضحة لمقاصد الشريعة الإسلامية أخذ الفقهاء في محاولة جادة لاستخراج ما يمكن استخراجه منها عبر كتاباتهم عن علل الأحكام الشرعية سواءً أكان ذلك مما دونوه في كتب الفقه بما يعرف بحكمة مشروعية الأحكام الشرعية ،أم كان مما دونوه في كتب أصول الفقه مما يدل على الاهتمام بها والذي عبر عنه الإمام **الشاطبي** بقوله: فهم مقاصد الشريعة شرطًا أولًيا بل سببًا للاجتهاد،فهي مبنية على اعتبار مصالح العباد[138].

---

[133]–الشاطبي،نفس المرجع السابق،الجزء الثاني ،ص62.

[134]–الشاطبي،نفس المرجع السابق،الجزء الثاني،ص9.

[135]–أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان،إعلام الموقعين عن رب العالمي،دار ابن الجوزي،طبعة1،رجب 1423هـ،المجلد الثالث،ص303/انظر نفس المرجع،المجلد الأول،ص194.

[136]–عبد الكريم بن زيدان بن بيج العاني(ولد في 1917 ببغداد وتوفي في 2014) أحد علماء أهل السنة في العراق و أحد علماء أصول الفقه والشريعة الإسلامية ووزير عراقي سابق ،شغل كذلك منصب أستاذ الشريعة الإسلامية ورئيس قسمها في كلية الحقوق بجامعة بغداد سابقا،و غيرها من المناصب ،من مؤلفاته:أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام،أصول الدعوة،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ...الخ.

[137]–عبد الكريم زيدان،أصول الدعوة ،مؤسسة الرسالة ناشرون،طبعة1423،9هـ–2002م،ص301..

[138]–نادية شريف العمري،الاجتهاد في الإسلام،أصوله،أحكامه،آفاقه،مؤسسة الرسالة ،طبعة2،(1404هـ–1984م) ص96/ انظر أحمد الريسوني،المرجع السابق،ص326/انظر بكر بن عبد الله أبو زيد،نفس المرجع السابق.

ذلك أن لكل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية غاية ومقصد يحققه ،وهدف يقصده لتحقيق مصلحة الإنسان أو دفع مفسدة عنه، للمحافظة على نظام الأمة حتى يدوم صلاحها وتعمر الأرض بالعدل والخير والصلاح:

فإذا كان التعليل مسألة تعد هي الركن الأول للمقاصد عند الفقهاء منهم **ابن تيمية** فإن مسألة جلب المصالح وتعطيل المفاسد تعتبر الركن الثاني للمقاصد وعمادها وما سواهما فهو مكمل ومتمم للمقاصد.

ثم إن مقاصد الشريعة الإسلامية والمصالح والمفاسد توأمان لا ينفصمان، إذ جلب المصالح حفظ للمقاصد من جانب الوجود ودرئ المفاسد حفظا للمقاصد من جانب العدم.[139]

الفرع الأول : جلب المصلحة

1 – مفهوم المصلحة

أ – الدلالة اللغوية:

فالمصلحة واحدة المصالح والصلاح ضد الفساد[140]، وأصلحه ضد أفسده، والمصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى فهي مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع[141].

والذي يؤخذ من المعاجم أنها والمفسدة ضد أن لا واسطة بينهما،فهي ما يترتب على الفعل ويبعث الصلاح وعليه سمي ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه مصلحة،تسمية للسبب باسم المسبب ،مجازا مرسلاً[142].

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

---

[139]–يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع السابق،ص273.

[140]–ابن منظور ،نفس المرجع السابق،فصل الحاء باب الصاد،الجزء2،ص516–517/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع السابق،كتاب الصاد،ص:257/انظر الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب ،نفس المرجع السابق،كتاب الصاد،ص939/انظر مجد الدين أبي فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزيدي الحسيني تاج العروس من جواهر القاموس ،دراسة وتحقيق علي شيّري ،دار الفكر للطباع والنشر والتوزيع،دون طبعة،مجلد الرابع،باب الحاء،ص125–126/انظر اسماعيل بن حماد الجوهري،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية محقق أحمد عبد الغفور عطار،دار العلم للملايين،1990،المجلد الأول،باب الحاء،فصل ،ص383.

[141]–محمد سعيد رمضان البوطي،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة ،دون طبعة،دون سنة نشر، ص23.

[142]–محمد مصطفى شلبي،تعليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد،مطبعة الأزهر ،1947،ص278–289).

بأصحابها ولعل ما كان فيه نفع سواء كان بالجلب أي جلب مصلحة أو منفعة أو بالدفع دفع وإبعاد المضار والمفاسد فهو جدير بأن يسمى مصلحة[143].

وعليه فإن مصطلح المصلحة له إطلاقين:

أولهما:أنها تطلق ويراد منها الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع وهذا إطلاق مجازي من باب إطلاق السبب على المسبب كما يطلق على الأعمال إنها مصالح مثل طلب العلم فإنه مصلحة لأن العلم سبب للمنفعة المعنوية وكما يقال في الزراعة والتجارة أنها مصلحة لأنها سبب للمنافع المادية،فهي الباعثة على نفع الإنسان وهي واحدة المصالح أي الصلاح وهي ضد المفسدة والاستصلاح ضد الفساد إذ هو الخير والصواب[144].

والثاني :أن المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى هذا إطلاق حقيقي بخلاف الأول فهي إما اسم للواحدة من مصالح كالمنفعة للواحدة من منافع أو مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع ،كما جاء ذلك في المعجم الوسيط(المصلحة الصلاح والنفع وصلح صلاحا وصلوحًا ،وصلوحًا زال عنه الفساد وصلح الشيء كان نافعا يقال أصلح في عمله أتى لما هو صالح نافع فالمصلحة مفعلة من الصلاح وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له كالعلم يكون على هيئة المصلحة للكتابة والمدية على هيئة المصلحة للقطع.

فالمصلحة إذا أطلقت على ما يتعاطاه الإنسان على الأعمال الجالبة لنفعه كان الإطلاق مجازا مرسلا، وإذا أطلقت على نفس المنفعة كان الإطلاق حقيقيا [145].

---

[143]–عبد الحميد علي حمد محمود،المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية ،إشراف حسن خضر،جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا(أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير فقه والتشريع)،فلسطين،2009م، ص39.

[144]–عبد المجيد محمد السوسوة،فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية ،دار القلم ،الإمارات العربية المتحدة دبي،تقديم محمد مصطفى الزعيلي،طبعة 1425،1هـ2004م،ص31/انظر يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق،ص133/سميح عبد الوهاب الجندي،أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية وأثرها في فهم النص واستنباط الحكم،مؤسسة الرسالة الناشرون،طبعة أولى، 1429هـ–2008م،ص127/انظر عبد القادر بن حرز الله ،نفس المرجع السابق،ص105/انظر حسين أحمد أبو عجوة ،فقه الموازنة بين المصالح والمفاسد ودوره في الرقي بالدعوة الإسلامية ،مؤتمر الدعوة الإسلامية ومتغيرات العصر(8.7 ربيع الأول 1426هـ–16.17 أفريل 2005)،ص1085.

[145]–يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق،ص134.

ب – الدلالة الاصطلاحية: لعلماء الأصول في معنى المصلحة عبارات مختلفة فهناك من لاحظ في تعريفه لها: أنها السبب الموصل للنفع،وهناك من لاحظ نفس السبب الذي يترتب على المسبب ومن بين هذه التعاريف:

تعريف **عضد الدين الإيجي**[146]:"أحكام الشرع مبناة على الحكم والمصالح، أي أن صحة المصلحة تعتبر خالصة لا معارض لها من جانب الفساد لأن التقدير أن حكمة النهي مرجوة بالمقابل مصلحة النهي مصلحة خالصة لا يعارضها شيء فقواتها يوجب امتناع الصحة بطريق الأول"[147] ويقول :"والمصلحة ،اللذة ووسيلتها والمفسدة الألم ووسيلته"[148].

تعريف **العز عبد السلام:**"المصالح ضربان :أحدهما حقيقي وهو الأفراح واللذات والثاني مجازي وهو أسبابها.

وربما كانت أسباب المصالح مفاسد،فيؤمر بها أو تباح،لا لكونها مفاسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح وذلك كقطع الأيدي المتآكلة حفاظا على الأرواح وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد.

وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد بل لأدائها إلى المصالح المقصودة من شرعيتها كقطع السُّراق وقطاع الطرق وقتل الجُناة،ورجم الزناة وجلدهم وتغريبهم وكذلك التعزيرات كل هذه مفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية وتسميتها بالمصالح مجاز تسمية السبب باسم المسبب"[149].

- **حقيقي:** يتمثل في المصالح المقصودة لذاتها.

---

[146]–عضد الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن ركن الدين أحمد بن عبد الغفار بن أحمد الإيجي البكري الالمطرزي الشيرازي من نسل أبي بكر الصديق ولد بإيج نواحي شيراز(ايران)(ولد في 680هـ توفي 756هـ و قيل 757هـ) كان من أهل السنة والجماعة شافعي ،كان يكنى بأبي الفضل من مؤلفاته:جواهر الكلام،الكواشف في شرح المواقف ،عيون الجواهر،شرح مختصر منتهى السول والأمل لابن الحاجب وغيرها.

[147]–أبي عمر وعثمان ابن الحاجب المالكي –شرح مختصر المنتهي الأصولي شرحه عضد الدين عبد الرحمن الإيجي ،دار الكتب العلمية(بيروت لبنان)،طبعة أولى،2004م–1424هالجزء الثاني،ص566–567.

[148]–عبد المجيد محمد السوسوة،نفس المرجع السابق،ص32.

[149]–ابن عبد السلام،قواعد الأحكام في إصلاح الأنام ،تحقيق فرية كمال حماد وعثمان جمعة ضميرية،الجزء الأول،ص18–19.

• **مجازي:** ويتمثل في الوسائل المفضية أو المؤدية لهذه المصالح ويعبّر عنها بالمصالح المجازية.

تعريف **الإمام الغزالي:** يرى الغزالي أن المصلحة عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة،فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لسنا نعني به ذلك.

لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم،وعقلهم،و نسلهم،ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة[150].

فالغزالي يرى أن المصلحة في الأصل ترجع إلى ما يحقق قصد المكلف ولكنه يعني بالمصلحة ما يرجع إلى تحقيق قصد الشارع من الخلق الذي يتضمن حفظ المقاصد الخمسة[151].

تعريف **الزركشي**[152]:عن **ابن الحاجب** وغيره:" هو وصف ظاهر من ضبط يحصل عقلا من ترتب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصودًا للعقلاء من حصول مصلحة دينية أو دنيوية أو دفع مفسدة ".

وقال من يعللها:"هو ما يجلب للإنسان نفعا أو يدفع عنه ضرا"[153].

---

[150]–أبو حامد الغزالي،تحقيق حمزة بن زهير حافظ،نفس المرجع السابق،مجلد 2،ص481–482/انظر يوسف الشبيلي ،مقاصد التشريع الإسلامي ،موقع الشيخ الدكتور يوسف بن عبد الله الشبيلي،(دروس ألقيت في المعهد الإسلامي بواشنطن)، www.shubily، ص7.

[151]–يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق، ص135.

[152]– أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي المصري (ولد:1344هـ–745م،و توفي في 794م–1392هـ)ولد في القاهرة فقيه مؤرخ محدث ،عمل في مجال الفقه الإسلامي نو التاريخ وعلم الحديث ،من مؤلفاته:البحر المحيط في أصول الفقه،سلاسل الذهب في أصول الفقه القواعد في فروع الشافعية وغيرها/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة يوم 2017/01/25 م الساعة : 18:54 سا.

بدر–الدين–الزركشي./https://ar.wikipedia.org

[153]– الزركشي،البحر المحيط ،حرره عبد الستار أبو غرّة وراجعه عبد القادر عبد الله العاني،دار الصفوة،مصر ،طبعة2، (1413هـ–1992م)، الجزء الخامس05،ص206–207.

لذلك ما نختاره تعريف للمصلحة[154] ما ذكره **الطوفي**[155] :..." وإنما نحن نرجح رعاية المصالح في العادات والمعاملات ونحوها،لأن رعايتها في ذلك هي قطب مقصود الشرع منها بخلاف العبادات فإنها حق الشرع "[156].

مما تقدم نجد أن غاية الشريعة الإسلامية السمحاء هي جلب المصلحة ودرء المفسدة وقد نوضح جلب المصلحة برعاية المصلحة وآثارها في حفظ مصالح الخلق وهذا ما نستنبطه من نصوص صريحة منها قوله تعالى مخاطبا أنبياءه ورسله:

قال تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا** ﴾[157]، وقال تعالى:﴿**وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُودَ مِنَّا فَضْلًا يَا جِبَالُ أَوِّبِي مَعَهُ وَالطَّيْرَ وَأَلَنَّا لَهُ الْحَدِيدَ (10) أَنِ اعْمَلْ سَابِغَاتٍ وَقَدِّرْ فِي السَّرْدِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾ [158] ، وجاء على لسان شعيب[159]: ﴿ **إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ** ﴾.[160]

2 – علاقة المصلحة بمصطلح المقاصد:

إن المصلحة بالمعنى الأصولي ملازمة لمقاصد الشارع[161]، ولا يتصور انفكاكها عنها،إذ اعتبر الفقهاء أن المقاصد تكافئ في معناها المصالح[162] إذ هناك من الفقهاء من استخدم مصطلح المقاصد والمقاصد العامة على أنها مترادفان[163].

---

[154]–عبد القادر بن حرز الله،نفس المرجع السابق،ص107.

[155]–أبو نجم الدين الربيع سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري الطوفي،(ولد في 657هـ1259م وتوفي 716هـ1316م) ولد بقرية طوف أو طوفا من أعمال صرصر في العراق ... فقيه وعالم حنبلي،من مؤلفاته:معراج الوصول في أصول الفقه،تحفة أهل الأدب في معرفة لسان العرب،مختصر الجامع الصحيح للترميذي/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة نجم–الدين–لطوفي/https://ar.wikipedia.org. يوم :2017/01/25م على الساعة20:45 سا.

[156]–نجم الدين سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الحنبلي،التعّيين في شرح الأربعين،تحقيق أحمد حاج محمد عثمان ،مؤسسة الريان بيروت،طبعة أولى،1419هـ1998م،ص296.

[157]– سورة المؤمنون ، الآية 51.

[158]– سورة سبأ ، الآية 11.

[159]–نجم الدين سليمان عبد القوي عبد الكريم الطوفي الحنبلي،نفس المرجع،ص299.

[160]– سورة هود ، الآية 88.

[161]–عبد القادر بن حرز الله ،نفس المرجع السابق،ص107.

[162]–جاسر عودة،مقاصد الشريعة دليل للمبتدئين،المعهد العالمي للفكر الإسلامي نطبعة1،لبنان،1432هـ–20111م ،ص14.

كما جاء كذلك عن **الغزالي** رحمه الله :" نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع "[164].

ومن هذا يتضح أنه لا تلازم بين المصلحة في عرف الناس وبين المصلحة في عرف الشارع،فإذا ناقضت مصلحة الناس مصلحة الشارع فإن مصلحة الناس ليست مصلحة حقيقية بل هي مجرد أهواء وشهوات زينتها النفس وألبستها العادات والتقاليد ثوب المنفعة والمصلحة[165].

ومعنى هذا كما قال **القرافي:** فقد وضع قاعدة :لا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح،محصل لمصلحة أو درء لمفسدة[166]،يعني هذا أن أي مقصد من المقاصد الذي هو الغرض أو الغاية أو الهدف قد وجد في الشريعة الإسلامية من أجل مصلحة البشرنو هذا ما يعطيك الأصل العقلي والمنطقي لنظرية المقاصد[167].

3 – تقسيمات المصلحة:

لقد حصر العلماء المصلحة من حيث الاعتبار والإلغاء إلى ثلاثة وهي:[168]

أ–**المصالح المعتبرة:** وهي ما شهد الشرع له بالاعتبار وهو ما ورد الدليل الشرعي باعتباره[169] بأن وضع مت الأحكام التفصيلية ما يوصل إليها ويحققها، وقام الدليل على

---

[163]–أول من استعمل المصطلحان بهذه الطريقة التكافئية أي أنها مرادفان لبعضهما البعض هو عبد الملك الجويني توفي عام (478هـ1185م) فهو من أوائل العلماء المساهمين في نظرية المقاصد وتطويرها ثم جاء أبو حامد الغزالي فبنى على عمل الجويني."هو الملقب بإمام الحرمين فقيه شافعي وأحد أبرز علماء السنة عامة والأشاعرة خاصة،كان أحد طلاب أبو حامد محمد بن محمد الغزالي وأثر في أبو حامد الغزالي

الموسوعة الحرة ويكيبيديا أبو– المعالي–الجويني/https://ar.wikipedia.org./wiki يوم :2017/01/26 م على الساعة 11:43 سا."

[164]–أبو حامد محمد بن محمد الغزالي،دراسة وتحقيق حمزة بن زهير حافظ،نفس المرجع السابق،الجزء الثاني،ص:482.

[165]–حسين حامد حسان،نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي،القاهرة،مكتبة المتنبي،ط1981م،ص6.

[166]–أحمد إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس،شهاب الدين الصنهاجي القرافي،الذخيرة، تحقيق محمد يوخُبرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت،طبعة أولى،1994م،الجزء5،ص478.

[167]–جاسر عودة،نفس المرجع ،ص15.

[168]–عبد الله يحي الكمالي ،مقاصد الشريعة الإسلامية في ضوء فقه الموازنات،دار ابن حزم،طبعة أولى ،1421هـ،2000 م،ص62.

اعتبارها ورعايتها سواءً نصا أو إجماعًا، وترجع إلى حفظ الضروريات الخمس:الدين، والنفس والعقل والنسل والمال[170].

ب-المصلحة الملغاة: عرف العلماء والأصوليون في القديم والحديث الوصف المناسب الملغى بعدة تعاريف تتقارب في الجملة ومن تلك التعاريف نورد التالي:

- هو ما شهد الشرع ببطلانه.
- هو ما علم إلغاؤه وثبت رده من الشارع.
- الوصف المناسب على ثلاثة أقسام: أن يلغيه الشارع أي يورد الفروع على عكسه فلا إشكال هنا والأنسب :الوصف المناسب الملغى هو الذي دلّ الدليل الشرعي الجزئي أو الكلي على إبطاله ورده[171].

ج-المصلحة المرسلة: كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء[172].

-وهي التي سكت عنها الشارع فلم ينص على اعتبارها أو إلغائها بدليل خاص من الكتاب أو السنة ولم يجمع عليها كذلك من قبل المجتهدين والعلماء[173].

وهذا التقسيم الذي قلناه أقرب إلى الصواب[174].

4 - ميزان تفاوت المصالح في الأهمية:

---

[169]-عبد الحميد علي حمد محمود،المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية،إشراف حسن خضر جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا،نابلس فلسطين،2009م،ص49.

[170]-عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع،ص62.

[171]-نور الدين مختار الخادمي،المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة،مكتبة الرشد ناشرون المملكة العربية السعودية،رياض، طبعة1، 1426هـ، 2005م،ص21-27.

[172]-محمد سعيد رمضان البوطي،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة،طبعة2،دون سنة نشر، ص330/انظر فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي/خليفة بابكر الحسن،مكتبة وهيبة،قاهرة، طبعة 1421،1هـ، 2000م، ص42.

[173]-ابراهيم محمد صديق،مقاصد الشريعة بين الفكر الأصولي والفكر الحداثي،شبكة الألوكة،www.alukah.net،دون صفحة.

[174]-محمد مصطفى شلبي،تعليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد،مطبعة الأزهر، 1947 م،ص282.

تتفاوت هذه المصالح في درجة قوتها بناءً على تفاوتها في درجة اعتبارها من جهة وعلى قوة الظن في الدليل المثبت لها.

إذ تأتي في الدرجة الأولى المصالح المعتبرة :بحيث إذا تعارضت أو تزاحمت مع المصالح المرسلة أو الملغاة قدمت وفضلت عليها.

وفي المصالح المعتبرة اتفق الفقهاء على أنها أقوى درجات الاعتبار وأضعفها المرسل[175].

ولعل فائدة هذا الترتيب يظهر من خلال:

1- أن علة المصلحة المعتبرة علة منصوص عليها في حين أن المصلحة المرسلة و إن اعتبرت من المصالح المعتبرة شرعًا ولكن ضمن عموم مقاصد الشريعة الإسلامية لا نصوص الواقعة المنصوصة،ومن شروط المصلحة المرسلة أنها ألا تخالف نصا أو إجماعا ولا تعارض أي نص إطلاقا[176].

2- مجرد تعارض المصلحة المرسلة مع المصلحة المعتبرة يجعل المرسلة في حكم الملغاة،فإنها وإن كانت تحقق شيئا من مقصود الشارع ولكن لعدم اعتبارها بعينها من جهة،ثم معارضتها لمصلحة معتبرة يعطيها الحكم الذي لم يكن واضحًا فيها وهو الإلغاء[177].

3- إن الطرف الأقوى أقرب بالاعتبار إلى الكتاب والسنة ومن شروط المصلحة ألا تخالف الكتاب و السنة كما أن الشارع أولى بتعليل الأحكام .

4- كلما كانت المصلحة متفقا عليها كانت أقوى من المختلف فيها والاتفاق واقع قوة حسب الترتيب الذي ذكر سابقا.

5- لم تأت بعد المصالح المعتبرة المصالح المرسلة أما الملغاة فلا يعتد بها فبمجرد إلغاء الشارع لها يخربها من نطاق المصالح إلى المفاسد ويصبح تسميتها تجوزًا.

الفرع الثاني : درئ المفسدة

---

[175]-عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع السابق،ص29.

[176]-محمد سعيد رمضان البوطي،نفس المرجع السابق،ص340/انظر وهبة الزحيلي،أصول الفقه الإسلامي،دار الفكر دمشق سوريا الكتاب 701،طبعة أولى،1406هـ1986م،الجزء الثاني،ص800.

[177]-عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع،ص31.

جاءت الشريعة الإسلامية لتحصيل المصالح ودرئ المفاسد تحصيل المصالح وتكميلها ودرئ المفاسد وتقليلها[178].

1 – مفهوم المفسدة:

أ–دلالة لغوية:

الفساد نقيض الصلاح: ويقال :فسد، يفسد، وفسد فسادا وفسودا والمفسدة خلاف للمصلحة والفساد خلاف الاستصلاح.

والفساد إفساد المال ويقال هو الجدب في البر والقحط في البحر[179] ومن معانيه كذلك: الإفساد: وهو جعل الشيء فاسدا خارجا عما ينبغي أن يكون عليه وعن كونه منتفعا به، وفي الحقيقة هو إخراج الشيء عن حالته المحمودة لغرض غير صحيح، والفساد أعم من الظلم[180].

ب– دلالة اصطلاحية:

– قال **الغزالي:** "كل ما يفوت الأصول أي الضروريات الخمسة هو مفسدة"[181].

– وعرفها **العز بن عبد السلام** بأنها:" الآلام وأسبابها والعموم وأسبابها"[182].

– وعرفت كذلك بالضرر[183].

2 – ميزان المفاسد أو المضار بعضها ببعض

---

[178]–صالح بن عبد العزيز آل الشيخ،المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية،دون دار نشر،دون طبعة،دون سنة نشر،دون صفحة.

[179]–انظر ابن منظور ،نفس المرجع السابق،المجلد الثالث،ص335–336/انظر يوسف حامد العالم،نفس المرجع، ص134/انظر سميح عبد الوهاب الخبري،نفس المجع،ص127/انظر عبد السلام عيادة علي الكربولي،فقه الأولويات في ظلال مقاصد الشريعة الإسلامية،دار طيبة الدمشقية،سوريا،طبعة أولى،1429هـ2008م،ص27/انظر يوسف الشبلي،نفس المرجع،ص7/انظر يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع،ص283.

[180]–أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوري،الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية نقابله على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه عدنان درويش،محمد المصري، مؤسسة الرسالة ناشرون،بيروت، لبنان،طبعة ثانية، (1419هـ1998م)، ص154–692.

[181]–أبو حامد محمد بن محمد الغزالي،المستصفى،الجزء الثاني،دراسة وتحقيق حمزة بن زهير حافظ،الجزء الثاني،ص482.

[182]–عز الدين بد العزيز بن عبد السلام،نفس المرجع،الجزء الأول،ص15.

[183]–يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع السابق،ص283.

– قال **العز بن عبد السلام:**"... ما هو مفسدة أو مفاسد ،فإن أمكن درئ الجميع درأناه وإن تعذّر تخيّرنا، ومهما تمخضت المفاسد درأنا الأرذل فالأرذل والأقبح ولا نبالي بالتزام المرجوح"[184].

والملاحظ أن المفاسد متفاوتة كما تتفاوت المصالح،إذ تتفاوت في أحجامها وفي آثارها وأخطارها لذلك وضع الفقهاء جملة من القواعد الضابطة لأهم أحكامها منها:

- لاضرر ولا ضرار.
- الضرر يزال بقدر الإمكان.
- الضرر لا يزال بضرر مثله أو أكبر منه.
- يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين.
- يتحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى.
- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[185].

الفرع الثالث : ميزان المصالح والمفاسد عند التعارض

إذا اجتمع في أمر من الأمور مصلحة ومفسدة أو مضرة ومنفعة فلابد من الموازنة بينهما والعبرة للأغلب والأكثر فإن للأكثر حكم الكل: ولعل أهم القواعد المهمة:

- درئ المفسدة مقدم على جلب المصلحة.
- المفسدة الصغيرة تغتفر من أجل المصلحة الكبيرة.
- تغتفر المفسدة العارضة من أجل المصلحة الدائمة.
- لا تترك مصلحة محققة من أجل مفسدة متوهمة.

وهذا كله لتبين فقه الموازنة والترجيح بين المصالح والمفاسد[186].

---

[184]–عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام،نفس المرجع ،الجزء الأول،ص41/انظر عادل هاشم حمودي حسن النعيمي،فقه الأولويات وضوابطه الشرعية،مجلة كلية الإمام الأعظم،دون رقم عدد المجلة أو سنة النشر،ص233.

[185]–حسين أحمد أبو عجوة،نفس المرجع،ص:1096–1097/انظر يوسف القرضاوي،فقه الأولويات دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة،الموقع:www.almostafa.com يوم:2017/01/29 على الساعة:17:45 سا ص12/انظر محمد كمال الدين إمام مآلات الأفعال في المصطلح المقاصدي، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، طبعة1، 1433هـ، 2012م،ص58.

المطلب الثاني : مراتب مقاصد الشرعية الإسلامية

إن المقصد العام للشارع من تشريع الأحكام هو تحقيق مصالح الناس بجلب النفع ودفع الضرر عنهم إلا أن هذه المصالح ليست على درجة واحدة من الأهمية أو الخطورة فبعضها جوهري يتعلق بوجود الإنسان ومقومات حياته وسيرورتها وبعضها يعتبر وسيلة مكملة للمصالح السابقة إذ تساعد الإنسان في الاستفادة من جوانب الحياة الحسنة المختلفة من خلال المعاملات وتنظيم السلوك والعلاقات، وبعضها الآخر لا تتوقف عليها الحياة ولا ترتبط بحاجيات الإنسان وإنما تتطلبها مكارم الأخلاق والذوق الصحيح والعقل السليم لتأمين الرفاهية للناس وتحقيق الكماليات لهم[187].

إذ هي صالحة لجميع الأحوال والأزمان والأماكن فلا تختص بنوع من التكاليف دون نوع آخر ولا بمكلف دون مكلف ولا بحال دون حال ولا بزمان دون زمان ولا بمكان دون مكان، ولا بباب دون باب ولا بمحل دون محل ...الخ[188].

ومن هذا حصر العلماء لمصالح الناس وقسموها بحسب أهميتها وخطورتها وأثرها في الحياة وحاجة الناس لتحقيق هذه المصالح بأقسامها الثلاثة وهي:

1- الضروريات.

2- الحاجيات.

3- التحسينات.

الفرع الأول : الضروريات ومفهومها

---

[186]-يوسف القرضاوي نفس المرجع السابق،ص13/انظر حسين أحمد أبو عجوة،نفس المرجع،ص1097/انظر حسن بن ابراهيم الهنداوي،قاعدة درئ المفسدة مقدم على جلب المصلحة دراسة أصولية فقهية،مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ،العدد 17،صفر 1431هـ،فبراير 2011م ،ص33.

[187]-زيد بن محمد الرماني،نفس المرجع السابق،ص42/انظر محمد الزحيلي،نفس المرجع السابق(موسوعة قضايا إسلامية معاصرة،جزء خامس،ص635/انظر عمر عبيد حسنة،مقاصد الشريعة الإسلامية أساس حقوق الإنسان،دون ذكر إسم المجلة،دون ذكر سنة النشر والعدد والصفحة/انظر عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام،نفس المرجع،ص14-39.

[188]-عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي بن ربيعة،علم مقاصد الشارع،مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض،الطبعة1 ،1423 هـ ، 2002 م،ص231.

أ – دلالة لغوية : الضر ضد النفع وقيل كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بالضم، وكان ضد النفع ضر بفتحها.[189]

والضرورة : الحاجة [190] والشدة لا مدفع لها وكل ما ليس منه بد.

ب – دلالة اصطلاحية : هي المصالح التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة وهي:حفظ الدين،حفظ النفس،حفظ العقل،حفظ المال،حفظ النسب[191].

ومعناها أنه لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج، وفوت الحياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين والحفظ لها يكون بأمرين:

أولا:ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود.

ثانيا:ما يدرئ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[192].

وعرفت بأنها :هي التي تقوم عليها حياة الناس الدينية والدنيوية،ويتوقف عليها وجودهم في الدنيا ونجاتهم في الآخرة وإذا فقدت هذه المصالح الضرورية اختل نظام الحياة، وفسدت مصالح الناس،وعمت الفوضى،و تعرض وجودهم للخطر والدمار والضياع والانهيار وضاع النعيم في الآخرة وحلّ العقاب[193].

وهناك من عرفها :"فالمصالح هي التي تكون الأمة بمجموعها و آحادها في ضرورة إلى تحصيلها بحيث لا يستقيم النظام باختلالها فإذا اختلت تؤول حالة الأمة إلى فساد وتلاش وهذا لا يعني هلاكها واضمحلالها كلية بل تصير أحوالها شبيهة بأحوال الأنعام

---

[189]–ابن منظور ،نفس المرجع ،ج4،ص482.

[190]–مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، نفس المرجع السابق،ص971/انظر مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، جمهورية مصر العربية،سنة 1989م، ص379.

[191]–محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،نفس المرجع،ص182/انظر أبو حامد بن محمد الغزالي، المستصفى، الجزء2، ص482.

[192]–بكربن عبد الله أبو زيد،نفس المرجع،المجلد الثاني،ص17–18.

[193]–عمير عبيد حسنة،نفس المقال،دون صفحة/انظر فريد بن يعقوب المفتاح أبحاث ووقائع المؤتمر 22 المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية،نفس المرجع،دون صفحة/انظر (أحمد الريسوني،محمد الزحيلي،محمد عثمان شبير)،حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة،سلسلة كتاب الأمة،العدد 87،محرم 1423هـ سنة 22،دون صفحة

بحيث لا تكون على الحالة التي أرادها الشارع منها وقد يفضي بعض ذلك الاختلال إلى الاضمحلال الآجل بتفاني بعضها ببعض أو بتسلط العدو عليها إذا كانت بمرصد من الأمم المعادية لها أو الطامعة في الإستيلاء عليها[194]، والأمور الضرورية للناس بهذا المعنى ترجع إلى حفظ خمسة أشياء وهي: الدين، النفس ،النسل،المال،العقل،هذه الكليات الخمسة ضرورية لبقاء نظام العالم وحفظه[195].

الفرع الثاني : أقسام الضروريات

1-حفظ الدين:

أ -1/ مفهومه :

دلالة لغوية:عرف علماء اللغة الدين أنه:"هو الجزاء والمكافأة، والطاعة والعادة والشأن،والجزاء واستعير للشريعة، ويقال دان بكذا ديانةً فهو دين متدين[196] ويقال كذلك اعتبارًا بالطاعة والانقياء للشريعة وذلك لفظ الدين في أكثر من موضع في القرآن الكريم وله معانٍ كثيرة من بينها:

الدين المستقيم الذي أمر به الله وأنزل به الحجة والبرهان ،قال تعالى:﴿ **ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّم** ﴾[197]، والحساب الصحيح ،الطاعة،و غيرها. [198]

أ-2/ دلالة اصطلاحية :

تعريف **التهانوي**[199] بقوله:" الدِّين وضع إلهي سائق لذوي العقول السليمة باختيارهم إّياه إلى الصّلاح في الحال و الفلاح في المآل"[200].

---

[194]-محمد الطاهر بن عاشور،نفس المرجع،تحقيق الطاهر الميساوي،ص300.

[195]-علي جمعة،ترتيب المقاصد الشرعية،أبحاث ووقائع المؤتمر العام 22،المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية،مصر،دون ذكر سنة نشر،ص5.

[196]-ابن منظور،نفس المرجع،الجزء13،مادة دين،ص169/نظر أبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني المفردات في غريب القرآن،تحقيق محمد سيد الكيلاني،دار المعرفة،بيروت،لبنان،دون طبعة،كتاب الدال،ص175/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،اعني به أيمن عبد الرزاق لشوا،نفس المرجع،ص160.

[197]- سورة يوسف ، الآية 40.

[198]-محمد عتريس،المعجم الوافي لكلمات القرآن الكريم،نفس المرجع،ص430.

تعريف **أبو البقاء**[201]:"..أنه عبارة عن وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات قلبيا كان أو قالبيا كالإعتقاد والعلم والصلاة وقد يتجوز فيه أيضا فيطل على الأصول خاصة فيكون بمعنى الملة وعليه قوله تعالى:﴿ **دِينًا قِيَمًا مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا**﴾ [202]،وقد يتجوز فيه أيضا فيطلق على الفروع خاصة[203]وعليه قوله تعالى:﴿**وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ**﴾[204].

ولقد اعتبر علماء مقاصد الشريعة أن الدين هو المقصد الأساسي الذي أقام الله عز وجل لأجله الحياة الدنيا لأنه ينظم العلاقة ما بين الإنسان وربه وينظم العبادات والمعاملات بين الناس ويجعل المجتمع يعيش حياة سعيدة بعيدة عن كل أشكال الانحراف والجريمة ونبذ العنف وبعدها بعث الله عزّ وجل النبي محمد ﷺ وختم الأنبياء به، وجعل الدين الإسلامي هو دين الحق فقال تعالى:﴿ **وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ**﴾ [205].

وكذلك قوله تعالى:﴿ **إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ** ﴾.[206]

ب – وسائل حفظ مقصد الدين: [207]

---

[199]–التهانوي محمد علي:هو كاتب وعالم هندي (ت بعد 1158هـ،/بعد 1745م) هو محمد بن علي بن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي،رجحت وفاته سنة 1191هـ من آثاره:كشاف اصطلاحات الفنون،سبق الغايات في نسق الآيات ،أحكام الأراضي/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة محمد– علي– التهانوي – https://ar.wikipedia.org./wiki/ يوم :2017/01//31 م على الساعة 18:38 سا.

[200]–محمد علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،تحقيق رفيق العجم،علي دحروج، مكتبة لبنان،1996،الجزء الأول،حرف الدال،ص 814.

[201]–أبو البقاء:أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي صاحب الكليات ،كان من قضاة الأحناف عاش وولي القضاء في "كفه" بتركيا وبالقدس وببغداد ،من مؤلفاته كتب بالتركية(1094،0000م،1283000م)/انظر الزركلي،نفس المرجع، الجزء الثاني،ص38.

[202]– سورة الأنعام،الآية 161.

[203]–أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي،الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية،قابلة على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه:عدنان درويش محمد المصري،مؤسسة الرسالة ،بيروت لبنان،طبعة1419،2هـ– 1998م،ص443.

[204]– سورة البينة ، الآية 5.

[205]- سورة آل عمران ، الآية 85.

[206]- سورة آل عمران ، الآية 19

شرّع الله عز وجل الدين من أجل تنظيم العلاقة بين الإنسان وربه حتى تستقيم الحياة، وتنعم البشرية بالسعادة والرخاء،لذلك نجد أن مصلحته فوق المصالح[208] ، لأنها ضرورية لصالح الدنيا والآخرة ولأجل المحافظة عليه وضع رب العالمين قواعد تكفل ذلك سواءً من جانب الوجود أو من جانب العدم.

ب-1 – وسائل الحفاظ على مقصد الدين من حيث الوجود:

- **الإيمان الكامل بالعقيدة الإسلامية** : وما يتفرع عنه الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله والقضاء والقدر خيره وشره واليوم الآخر وقد جاء في نص القرآن الكريم فقال تعالى:﴿ **آمَنَ الرَّسُولُ بِما أُنْزِلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرانَكَ رَبَّنا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ** ﴾.[209]

وقد ذكر **ابن عاشور** رحمه الله في تفسير هذه الآية بقوله قال **الزجاج** :" كما ذكر الله في هذه السورة أحكاما كثيرة ،وقصصا ختمها بقوله " آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه " تعظيما لنبيه ﷺ وأتباعه وتأكيدا لجميع ذلك المذكور من قبل" يعني :أن هذا انتقال من المواعظ والإرشاد والتشريع وما تخلل ذلك إيمانا خالصا يتفرع عليه العمل لأن الإيمان بالرسول والكتاب يقتضي الامتثال لما جاء به من عمل[210].

- **الدعوة إلى التمسك بأحكام الشريعة الإسلامية ونشرها بين أفراد المجتمع الإسلامي:**

دعا الله سبحانه إلى التمسك بأحكام الشريعة والابتعاد عن كل ما يؤدي إلى فساد الدين[211]،فقال تعالى:﴿ **قُلْ تَعالَوْا أَتْلُ ما حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوالِدَيْنِ إِحْسانًا وَلا تَقْتُلُوا أَوْلادَكُمْ مِنْ إِمْلاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلا تَقْرَبُوا الْفَواحِشَ ما ظَهَرَ مِنْها وَما بَطَنَ وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ (151)**

---

[207]–أحمد حسن الربابعة،مقصد حفظ الدين ودوره في القضاء على العنف الجماعي،دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد41،العدد2، 2014،ص1298.

[208]–يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق،ص226.

[209]– سورة البقرة ، الآية 285.

[210]–محمد الطاهر بن عاشور،تفسير التحرير والتنوير،الدار التونسية للنشر،دون طبعة وسنة نشر،الجزء الثالث،ص 131–132.

[211]– محمد الطاهر بن عاشور،تفسير التحرير والتنوير،الجزء الثامن،القسم الأول،ص156.

وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (152) وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾.[212]

وقوله تعالى كذلك :﴿ **قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا**﴾.[213]

لقد ذكر الطاهر بن عاشور في تفسير هذه الآية : وعقب بفعل تعالوا اهتماما بالغرض المنتقل إليه بأنه أجدى عليهم من تلك السفاسف التي اهتموا بها على حسب قوله ،وقال تعالى:﴿ " **لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ**﴾ [214]،[215] وقوله كذلك تعالى:﴿ " **أَجَعَلْتُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَعِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ** ﴾ [216]، حتى[217] يعلموا الفرق الشاسع بين ما يدعون إليه قومهم وبين ما يدعهم إليه الإسلام من جلائل الأعمال فيعلموا أنهم قد أضاعوا أزمانهم وأذهانهم.

ولقد انقسمت الأحكام التي تضمنتها هذه الآيات الثلاث إلى ثلاثة أقسام[218]:

1-أحكام بها إصلاح الحالة الإجتماعية العامية بين الناس﴿ **أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا**﴾.[219]

2-حفظ نظام التعامل بين الناس بعضهم ببعض﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ** ﴾ [220].

3-أصل كلي جامع لجميع الهدي وهو إتباع طريق الإسلام والتحرز من الخروج عنه إلى سبيل الضلال لقوله: ﴿ **وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ** ﴾ .[221]

---

[212]- سورة الأنعام، الآية 153

[213]- سورة الأعراف ، الآية 33.

[214]- سورة البقرة ، الآية 177

[215]- محمد الطاهر بن عاشور،نفس المرجع،الجزء 2،القسم الثاني،ص128.

[216]- سورة التوبة ، الآية 19.

[217]- محمد الطاهر بن عاشور،نفس المرجع،الجزء 10، ص142.

[218]-أحمد حسن الربابعة،نفس المرجع السابق،ص1299.

[219]- سورة الأنعام ، الآية 151.

[220]- سورة الأنعام ، الآية 152.

[221]- سورة الأنعام ، الآية 153.

كما حرم الله عز وجل عليهم أشياءً بعضها بصيغة النهي وبعضها بصيغة الأمر الصريح أو المؤول،قال تعالى:﴿ **قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات**﴾ [222]، وقال :﴿ **قُلْ إِنَّما حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَواحِشَ ما ظَهَرَ مِنْها وَما بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ ما لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطاناً**﴾[223]، وقال:﴿ **الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَواحِشَ**﴾[224]، وقال:﴿ **وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ**﴾ [225]،إذ حرم الزنا ونهى عن قتل النفس لأنه فساد عظيم[226].

- **المعاقبة على كل الأفعال المخالفة لأحكام الشريعة التي أمرت بالإلتزام بها والتي من ضمنها الأحكام السابقة:**

رتبت الشريعة الإسلامية على من يخالف قواعد الدين وأحكامه عقابًا وجزاءً وهذا ليس لأجل العقاب وفقط إنما للردع حتى ينعم المجتمع بحياة سعيدة آمنة ،بعيدة عن الأهواء والخرافات والشهوات.

ب – وسائل حفظ مقصد الدين من جانب العدم:

ومعنى هذا أن تكون المحافظة عليه بدرئ ما به ينعدم أو يحرّف ذلك برد كل ما يُخالفه من الأهواء والبدع،ودرئ الفساد الواقع أو المتوقع عليه[227].

1- وجوب قتل المرتد.

2- وجوب إتلاف الكتب المخلة بالدين.

3- وجوب الرد لى المبتدع[228].

2- مقاصد حفظ النفس:

---

[222]- سورة الأعراف ، الآية 32.

[223]- سورة الأعراف ، الآية 33.

[224]- سورة النجم ، الآية 32.

[225]- سورة الأنعام ، الآية 120.

[226]-أحمد حسن الربابعة،نفس المرجع،ص1300.

[227]-محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،نفس المرجع،ص195.

[228]-يوسف بن عبد الله الشبيلي،نفس المرجع ص36-37/انظر يوسف حامد العالم،نفس المرجع،ص258/انظر عمر محمد جيه جي،نفس المرجع،ص318.

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالنفس عناية فائقة ،فشرعت الأحكام ما يجلب لها المصالح، ويدفع عنها المفاسد وذلك للمحافظة عليها وصيانتها ودرئ الاعتداء عليها،لأنه بتعريض الأنفس للضياع والهلاك،يُفقد المكلف الذي يتعبد الله سبحانه وتعالى وهذا بدوره يؤدي إلى ضياع الدين[229].

أ- مفهومه:

أ-1/ دلالة لغوية : النفس،الروح،أو جملة الشيء وحقيقته أو عين الشيء وكنهه وجوهره أو ما يكون به التمييز أو هي ما يعبر بها عن الإنسان جميعه، وتطلق مجازا على الجَسَد، وعلى الدم يقال سالت نفسه دفق نفسه أي دمه[230].

أ-2/ دلالة اصطلاحية : المقصود من الأنفس التي عنيت الشريعة بحفظها هي الأنفس المعصومة بالإسلام ،الجزية،الأمان[231].

والمراد منها كذلك هو حفظ الأرواح من التلف أفرادًا وعموما لأن العالم مركب من أفراد وفي كل نفس خصائصها[232].

لذلك وضعت الشريعة الوسائل الكفيلة بحفظ النفس من التعدي عليها وحمايتها.

ب-وسائل حفظ مقصد النفس :

ب-1/ من حيث الوجود:

1- حفظ النفس قبل وجودها.

2- الحفاظ على النفس بالطعام والشراب والكسوة والمسكن.

3- إباحة المحرمات للضرورة حفاظا على النفس.

---

[229]-محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،نفس المرجع،ص211.

[230]-السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي،نفس المرجع ،تحقيق محمد الطناجي،الجزء السادس عشر،ص559-560-561 مادة (نفس)/انظر أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،ص910/انظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،نفس المرجع،ص1635/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص451/انظر ابن منظور الجزء6،باب النفس،ص234،233.

[231]-الامام النوري،روضة الطالبين وعمدة المفتين،إشراف زهير الشاويش،المكتب الإسلامي،الطبعة3،1412هـ،1991م،الجزء التاسع،ص148.

[232]-عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص322.

4- حفظ النفس معنويا.

5- المحافظة على الحرية الإنسانية من حرية العمل.

ب-2/ وسائل حفظ مقصد النفس من حيث العدم:

1- تشريع القصاص: لقوله تعالى:﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾ [233]،وهذا حفاظا للنفوس إذ يقول **الغزالي** فجعل القتل سببا لإيجاب القصاص لحفظ النفوس والأرواح المقصود بقاؤها في الشرع[234].

2- تحريم اعتداء الإنسان على نفسه.

3- تحريم اعتداء الإنسان على غيره.

4- مشروعية دفع الصائل[235]،حماية للنفس أو العرض أو المال سواءا كان المعتدي إنسانا أو حيوانا فيشرع دفعه ولو بقتله.

5- تحريم القتل المعنوي:المراد به هو ضياع الشخصية والتنكب عن الهدى والتخلي عن الدور الريادي في عمارة الأرض، ومما قاله أن لا تقتلوها بالغضب والضجر أو لا تتبعوا أهواءها فتقتلوها أولا تقتلوها بالحرص على الدنيا[236].

6- منع الاستنساخ البشري والتلاعب بالجينات والمتاجرة بالأعضاء والتشريح لغير ضرورة معتبرة و حرق أجساد الموتى[237].

7- قال تعالى:﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ** ﴾ [238]، وقال :﴿ **وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ** ﴾ [239]،ففي هاتين الآيتين وجوب حفظ النفس الإعتناء بها وعدم التعرض لها بالفساد أو القتل.

---

[233]- سورة البقرة ، الآية 179.

[234]-عمر محمد جيه جي،نفس المرجع،ص325.

[235]-الصائل:الإعتداء غير المشروع.

[236]-عمر بن صالح بن عمر،نفس المرجع السابق،ص485.

[237]-نور الدين بن مختار الخادمي،علم مقاصد الشريعة،مكتبة العبيكان،الطبعة الأولى،1421هـ 2001م،الجزء الأول، ص82.

[238]- سورة البقرة ، الآية 179.

[239]- سورة الفرقان ، الآية 68.

3 – **مقصد حفظ العقل:**

اعتبر الشرع العقل مناط التكليف،ودعا إلى حفظه ورعايته ودرئ الفساد عنه قال تعالى:﴿ **وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا** ﴾ [240]،وقال:﴿ **إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ**﴾[241].[242]

أ – **مفهومه** :العقل قوة في نفس الإنسان يستطيع عن طريقها إدراك العلوم وتحصيل المعارف وله عدة إطلاقات ومعاني مختلفة عند العلماء والحكماء والعامة منها: النور الذي ينير الطريق،هو سبب للعلم،الفِطَر الأولى في الناس وما يكتسبه الإنسان بتجارب من الأحكام الكلية،صحة الغريزة...الخ.

والمقصود من هذا كله هو القدرة الإدراكية التي تلبي قوة الحواس و في مجال يفوق مجال الحواس ودون مجال الوحي الالهي الذي يأتي عن طريق الرسل لهداية العقل الإنساني إلى سواء السبيل ويجنبه الزلل والضلال يخرجه من الظلمات إلى النور[243].

– إذ أولى الإسلام العقل عناية كبيرة فقد نوه القرآن بشأنه في أربعين موضعا من بينها: قال تعالى:﴿ **وَيُرِيكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ**﴾ [244]، قال تعالى:﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ**﴾ [245]، قال تعالى:﴿**كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ**﴾ [246].

---

[240]– سورة طه ، الآية 114.

[241]– سورة المائدة ، الآية 91.

[242]–يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع،ص64.

[243]–يوسف حامد العالم،نفس المرجع،ص327–328.

[244]– سورة البقرة ، الآية 73.

[245]– سورة البقرة ، الآية 219.

[246]– سورة الروم ، الآية 28.

يقول **الغزالي** رحمة الله عليه عن العقل :"هو آلة الفهم وحامل الأمانة ومحل الخطاب والتكليف"[247]، وملاك أمور الدين والدنيا وأنه أشرف صفات الإنسان"[248].

وقال في موضع آخر"... والعقل منبع العلم ومطلعه وأساسه، والعلم يجري منه مجرى الثمرة من الشجرة و النور من الشمس والرؤية من العين فكيف لا يشرف ما هو وسيلة السعادة في الدنيا والآخرة؟"[249].

ب- وسائل حفظ مقصد العقل

ب -1 / من حيث الوجود:

1-العلم والتعليم وتحرير العقل من رق التقليد وتنمية المدارك العقلية بالتفكر والنظر،قال تعالى:﴿ **قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ**﴾ [250].

2-أن الله جعل العقل مناط التكليف.

3-أن كل أمر جاء بالمحافظة على النفس يتضمن الأمر بالمحافظة على العقل لأنه جزء منها[251].

قال **الغزالي** رحمه الله:" العلم حياة القلوب من العمى ونور الأبصار من الظلم وقوة الأبدان من الضعف،يبلغ به العبد منازل الأبرار والدرجات العلى، والتفكر فيه يعدل بالصيام،ومدارسته بالقيام، به يطاع الله عز وجل وبه يعبد، وبه يوحد وبه يمجد،وبه يتورع، وبه توصل الأرحام وبه يعرف الحلال والحرام وهو إمام والعمل تابعة، يلهمه السعداء ويحرمه الأشقياء".

ب-2/ وسائل حفظ مقصد العقل من حيث العدم:

---

[247]-أبي حامد الغزالي،شفاء العليل،نفس المرجع،ص160.

[248]-عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص328.

[249]-أبي حامد محمد بن محمد الغزالي،إحياء علوم الدين،دار ابن حزم،لبنان،طبعة1426،1هـ،2005م،الباب7،ص98.

[250]- سورة الزمر ، الآية 9.

[251]-يوسف بن عبد الله السبيلي،نفس المرجع،ص47.

1-تحريم المفسدات الحسية والمعاقبة على تعاطيها: قال تعالى :﴿ **إِنَّما يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَداوَةَ وَالْبَغْضاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ**﴾ [252]،من هذه المفسدات الخمر ،المخدرات.

2-تحريم المفسدات المعنوية: وهي كل ما يطرأ على العقول من تصورات فاسدة في الدين أو الإجتماع أو السياسة أو غيرها من أنشطة الحياة فهي مفسدة للعقول من حيث كون الإنسان قد عطل عقله عن التفكير السليم الذي يوافق الشرع، فعقله هنا معدم بالمرة،إذ يجب تسخير العقل للوصول إلى الحق و المحافظة عليه من كل فكر دخيل أو مذهب هدامٍ أو نحلةٍ باطلة تغير مفهوماته الشرعية.

لذا نهى الله في كتابه على الكفار حيث عطلوا عقولهم عن التفكير في آيات الله القرآنية وآياته الكونية فلم يستفيدوا منها في الوصول إلى الحق قال تعالى:﴿ **أَمْ تَحْسَبُ أَنَّ أَكْثَرَهُمْ يَسْمَعُونَ أَوْ يَعْقِلُونَ إِنْ هُمْ إِلَّا كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ سَبِيلًا** ﴾ [253].

والعقل إذا يم يجعل مطية للوصول إلى فهم كلام الله وكلام رسوله والتدبر في خلق الله وبديع صنعته فإن وجوده كعدمه[254].

4- حفظ النسب والنسل:

أ- مفهوم النسل والنسب:

دلالة لغوية :

أ-**1/** النسل هو الخَلْقُ، والنسل الولد والذرية، ويقال تناسل بنو فلان إذا كثر أولادهم، والنسل يدل على سَلِّ الشيء وانسلاله والنسلُ الولد لأنه يُسْل من والدته ، ويقال : نَسَلتِ الناقة بولدٍ كثير ،وتَناسلوا أي ولد بعضهم من بعضٍ[255].

---

[252]-سورة المائدة ، الآية 19.

[253]-سورة الفرقان ، الآية 44.

[254]-محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،نفس المرجع،الجزء الأول،ص243/انظر عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص330.

[255]-ابن منظور ،نفس المرجع،الجزء11،مادة النسل،ص660/انظر أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،كتاب النون،ص896/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص:442.

ب- النسب القرابات،القرابة وقيل هو الآباء خاصة وانْتَسَبَ وإِسْتَنْسَبَ،ذَكَرَ نَسَبَه[256].

ويقال فلان يُناسِبُ فُلانًا فهو نَسيبُهُ أي قريبه،ويقال سمي النَسَبُ للإتصال وللاتصال به تقول نَسَبْتُ أُنسَبُ وهو نسيب فلان.

أ-2/ دلالة اصطلاحية :

لقد اختلف العلماء حول تسمية هذا المقصد فمنهم من أطلق عليه اسم حفظ النسب ومنهم من أطلق عليه اسم حفظ النسل وهناك من أطلق عليه حفظ البضع أو الفرج،إلا أنه في الحقيقة هذه المصطلحات متلازمة ومترابطة لا تنفك عن بعضها البعض فباختلال واحدة منها يختل الجميع بشكل نسبّي،فالفرج مكمل لحفظ النسب لأنه محل الحرث والنسل وحفظ النسب مكمل لحفظ النسل ومكمل المكمل مكمل فبحفظ الفروج تحفظ الأنساب والأعراض من أن تنتهك والتي بحفظها يتم حفظ النسل فكل هذه الألفاظ ذات صلة واحدة وهدف واحد في محافظتها على الضروري وهو النسل[257].

وهناك من قال :"ولا تخفى الصلة الوثيقة بين النسل والنفس وإنهما بالاعتبار السابق مترادفان و الذي يظهر لي أن النسب ضابط للنسل،فإذا اعتبرنا أن النسل المقصود منه الحفاظ على النوع البشري وحمايته من الإجتثاث فإن النسب ضبط لهذا النسل من الاختلاط،والحفاظ على المجتمع ليعيش مدنيا منتظما منضبط الأصل والفرع ومن هنا يشترط الإسلام شروطا في عقد الزواج من الشهود والإشهاد ما يدل على أهمية النسب وكذلك مع الإعتداء على الفرج منعا من إختلاط الأنساب ولا يمكننا تصور مجتمع منحل من القيود الضابطة للعلاقات الأسرية إذ سيسود العالم الهرج والمرج وسيكون مجتمعًا أكثر انحطاطا من حياة البهائم فإذا نظرنا إليه من هذا الاعتبار لا يخفى أن حفظ النسب من الضروريات وليس من مكملاتها"[258].

---

[256]-ابن منظور،نفس المرجع،الجزء الأول،مادة النسب،ص755/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص441/انظر ابن الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،كتاب النون،ص897.

[257]-عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص334.

[258]-زياد محمد إحميدان،مقاصد الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة ناشرون،دمشق سوريا،طبعة1429،1هـ-2008م، ص182-183.

ب- وسائل حفظ مقصد النسل والنسب:

ب-1/ من جانب الوجود:

تأتي أهمية المحافظة على النسل للمحافظة على مصلحة النفس التي لا تتحقق إلا بالتناسل[259].

وقد خلق الله الإنسان وجعله خليفة في الأرض كي يعمرها ولابد لاستمرار هذه الخلافة وهذا التعمير من استمرار الجنس البشري وتواصله وقد شرعت الشريعة الإسلامية من الأحكام ووضعت من الضوابط ما يكفل المحافظة على هذه المصلحة[260].

1- وضعت الشريعة تشريعا متكاملا لنظام الزواج.

2- أن يكون الدخول في عقد الزواج على جهة الدوام.

3- تحريم بعض الأنكحة مثل المتعة.

4- الإشهاد على عقد الزواج(الإعلان).

5- إشتراط الولي في عقد الزواج.

6- كفلت للأولاد من الحقوق ما ضمن تنشئتهم التنشئة المستقيمة[261].

ب-2/ من جانب العدم:

1- تحريم الزنا ومقدماته وإقامة الحد على الزاني.

2- النهي عن التتبل(الانقطاع للعبادة و ترك النكاح).

3- النهي عن الاختصاء.

4- النهي عن تناول ما يمنع الحمل أو تناول ما يقطع الشهوة.

5- تحريم الإجهاض.

6- تحريم القذف.

5- مقصد حفظ المال:

---

[259]-عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص335.

[260]-عبد الله يحي الكمالي،(مقاصد الشريعة في ضوء فقه الموازنات)،دار ابن حزم،بيروت لبنان،طبعة1431،1هـ-2000م،ص143.

[261]-يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق،ص418-420.

مما لا شك فيه أن المال ضرورة من ضروريات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها في قوته ولباسه، ومسكنه فالمال به يشبع حاجاته الضرورية والحاجية والتحسينية[262].

وقد ردد المال في القرآن الكريم في مواطن كثيرة وفي السنة النبوية كذلك وهو أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا[263] ،كما أخبر الله سبحانه وتعالى بذلك حين قال:﴿ **الْمالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيا** ﴾ [264]، والشارع لم يحدد للمنى خاص كالصلاة،الزكاة والحج والربا والنكاح بل تركه لعرف الناس.

أ- مفهوم المال :

أ-1/ دلالة لغوية : المال ما ملكته من كل شيء،جمعه أموال،وملت وتمولت واستملت، أي كثر مالك[265]، والمال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم،ومال الرجل وتمول إذا صار ذا مالٍ وقد موّله غيره ويقال رَجُلٌ مال،أي كثير المال كأنه قد جعل نفسه مالا وحقيقة ذو مال[266].

أ-2/ دلالة اصطلاحية: كل ما ملكته من جميع الأشياء سواءا عينا أو منفعة[267].

وبما أن المال هو عصب الحياة و إقامة كثير من شعائر الدين تعتمد عليه ثم أنه لا غنى للنفس في بقائها عنه،بل لا قيام للحياة مع فقد المال،لذلك سنت الشريعة الإسلامية من الأحكام والتشريعات ما يضمن حفظ المال من جانب الوجود،و حدّت من الحدود ما يضمن تطبيقها بقاء المال عامل بناء في المجتمع لا عامل هدم وتدمير.

ب - وسائل حفظ مقصد المال:

ب-1 / من جانب الوجود:

---

[262]-يوسف بن عبد الله الشبلي،نفس المرجع،ص48.

[263]-يوسف حامد العالم،نفس المرجع السابق،ص475.

[264]- سورة الكهف ، الآية 46.

[265]-الفيروزآبادي،القاموس المحيط،الهيئة المصرية العامة للكتاب،1400هـ-1980م،الجزء الرابع،ص52.

[266]-مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير،النهاية في غريب الحديث والأثر،حقيق محمد الطناجي،المكتبة الإسلامية،الجزء4،ص373.

[267]-عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع،ص144.

1- الحث على التكسب.

2- رغب الله عباده في المال بذكر ما يحصل بسببه من المنافع:التصدق.

3- بينت الشريعة أن حفظ المال الغاية منه تحقيق العبودية لله.

4- المحافظة على الأموال من خلال عناية الشارع بأموال اليتامى.

ب-2/ حفظ مقصد المال من جانب العدم:

1- تحريم أكل الأموال بالباطل.

2- تحريم إضاعة المال و تبذيره.

3- مشروعية الدفاع عن المال و القتال من أجله.

4- مشروعية الحدود لحفظ المال[268].

و**نخلص في الأخير** أن الشريعة المطهرة جاءت لإقامة بنيان الأمة الإسلامية و هو الحفاظ على الضروريات الخمس والتي لا بقاء لمجتمع أو أمة إلا بالحفاظ عليها وهي: الدين،النفس،العقل،النسل والنسب، والمال، وهذا تفصيل لمنهج الشريعة في المحافظة على هذه الضروريات[269].

الفرع الثالث : الحاجيات والتحسينات

1-مفهوم الحاجيات :

أ – دلالة لغوية: الحوج:الطلب، والحوج ،الفقر وأحوجه إليه.

المُحْوِجِ:المعدوم من قوم محاويج.

وجمع الحاجة ،حاٌج وحاجات وحوائج.

والتَحُوْج : طلب الحاجة بعد الحاجة[270].

لذلك تطلق على الإفتقار وعلى ما يفتقر إليه[271].

---

[268]-يوسف بن عبد الله الشبيلي،نفس المرجع ،ص56-57/انظر سميح عبد الوهاب الجندي،نفس المرجع،ص251-270.

[269]-عبد الرحمن عبد الخالق،المقاصد العامة للشريعة الإسلامية،مكتبة الصحوة الإسلامية،الكويت،الط بعة الأولى،1405هـ-1985م،ص35.

[270]-ابن منظور ،نفس المرجع،ص242-243.

[271]-عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع،ص144.

ب – دلالة اصطلاحية: هي المصالح المفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بقوت المطلوب،بحيث إذا لم تتم مراعاتها دخل على المكلفين الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي في المصالح العامة[272].

فهو الذي إذا فقده الناس لحقهم بفقده عن ومشقة وحرج يشوش عليهم في مصالحهم الدينية والدنيوية ربما أدى إلى الإخلال بالضروريات بوجه من الوجوه[273].

وعناية الشريعة بالحاجية تقرب من عنياتها بالضروري[274]،وفي هذا تدلنا عليها جملة من الأمور من بينها:

– المقاصد الحاجية إذا لم تراع أصاب المكلف بالحرج والمشقة.

– المقاصد الحاجية تجري في العبادات كالرخص وفي العادات كإباحة الصيد وفي المعاملات كجواز السلم والقراض وفي الجنايات كضرب الدية على العاقلة وما أشبه ذلك.

– المقاصد الحاجية يحتاجها الإنسان لتحقيق المصالح وانتظام الحياة واستقامتها على نحو سليم.

– عدم اعتبارها لا يؤدي إلى فوت الكليات الخمسة وإن كان يمسها بدون ضرر كبير.

– عناية الشريعة بالحاجية تقترب عنايتها بالضروري.

– المقاصد الحاجية تؤصل على أصول المصالح العامة كالحرج الشديد والمشقة الزائدة.

– الغاية من وجود هذه المقاصد رفع الحرج عن المكلف وحماية الضروريات[275].

ومن بين الآيات التي تفيد أن من مقاصد الشريعة الإسلامية رفع الحرج والمشقة قوله تعالى: ﴿ **لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**﴾ [276].

---

[272]–الشاطبي،تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد،الموافقات،المجلد الثاني،ص21/انظر عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع، ص114/انظر زيد بن محمد الرماني،نفس المرجع،ص53/انظر عبد السلام سيادة علي الكربولي،نفس المرجع، ص281/انظر محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،نفس المرجع،ص318.

[273]–رياض منصور الخليفي،المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية،مجلة جامعة الملك عبد العزيز،الإقتصاد الإسلامي،مجلة 17،عدد1425،1هـ–2004م، ص11.

[274]–الطاهر بن عاشور،نفس المرجع،تحقيق محمد الطاهر الميساوي،ص307/انظر صالح بن عبد الله بن حميد،رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه و تطبيقاته،جامعة أم القرى،1401هـ–1402هـ–1981م–1982م،ص54.

[275]–حمدان مسلم المزروعي،مقاصد الشريعة دراسة مصطلحية،أبحاث ووقائع مؤتمر 22 الإمارات العربية المتحدة،المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية،ص13–14.

وقال:﴿ وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ﴾ [277].

وقال:﴿ شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [278].

مفهوم التحسينات :

أ – دلالة لغوية: هو التزيين والتجميل وحسنت الشيء تحسينا زينته[279].

ب – دلالة اصطلاحية: فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق[280].

واعتبرها **الطاهر بن عاشور** أنها ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة منظر المجتمع في مرآى بقية الأمم حتى تكون الأمة الإسلامية مرغوبا في الاندماج فيها أو في التقرب منا فإن لمحاسن العادات مدخلا في ذلك،سواءا كانت عادات عامة كستر العورة أم خاصة ببعض الأمم كخصال الفطرة وإعفاء اللحية والحاصل أنها مما تراعى فيها المدارك البشرية الراقية[281].

ويقول **الغزالي:**"هي التي تقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزائد ورعاية أسس المناهج في العادات والمعاملات مثاله: سلب العبد أهلية الشهادة مع قبول فتواه وروايته من

---

[276]– سورة البقرة ، الآية 286.

[277]– سورة الحج ، الآية 78.

[278]– سورة البقرة ، الآية 185.

[279]–ابن منظور،نفس المرجع،الجزء13،ص115/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص107/انظر المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية،مطابع شركة الإعلانات الشرقية ،دار التحرير للطبع و النشر،مصر،1989،ص151.

[280]–الشاطبي،الموافقات ،الجزء الأول،ص22/انظر عبد الله يحي الكمالي،نفس المرجع،ص177.

[281]–الطاهر بن عاشور،نفس المرجع،تحقيق محمد الطاهر ميساوي،ص307.

حيث أن العبد نازل القدر والرتبة ضعيف الحال والمنزلة باستفسار المالك إياه فلا يليق بمنصبه التصدي للشهادة"[282].

ومجال الأمور التحسينية هو نفس المجال في الضروريات والحاجيات،فمن أمثلته في العبادات شرعية الطهارة وستر العورة والاحتراز من النجاسات ومشروعية أنواع التطوعات وفي المعاملات تحريم الغش والإسراف والتبذير وأنواع البيوع المنهي عنها.

وفي مجال العقوبات والجنايات منع التمثيل بالقتلى قصاصا أو في الحرب وحرم قتل النساء والصبيان و الرهبان غير المقاتلين مع العدو أو المساعدين في القتال[283].

ومن بين الآيات التي تدعو إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات والتي تفوق الحصر:[284] قوله تعالى : ﴿ **وَإِنَّكَ لَعَلى خُلُقٍ عَظِيمٍ** ﴾ [285].

---

[282]–أبو حامد محمد بن محمد الغزالي،المستصفى ،الجزء2،ص485.

[283]–صالح بن عبد الله بن حميد،نفس المرجع،ص55.

[284]–يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع،ص66.

[285]– سورة القلم ، الآية 4.

خلاصة:

أن شمول المصلحة التي قصدت الشريعة إلى إقامتها وحفظها فهي ليست مصلحة دنيوية فحسب ولا مصلحة مادية فقط ولا مصلحة فردية وحدها وليست بمصلحة آلية أو جماعية ولا إقليمية فقط،إنما هي المصلحة التي قامت عليها الشريعة في كلياتها وجزئياتها وراعتها في عامة أحكامها هي المصلحة التي تسع الدنيا والآخرة وتشمل المادة والروح وتوازن بين الفرد والمجتمع وبين الطبقة والأمة وبين المصلحة القومية والخاصة والمصلحة الإنسانية العامة وبين مصلحة الجيل الحاضر ومصلحة الأجيال المستقبلية والموازنة بالقسط بين هذه المصالح المتقابلة المتضاربة في كثير من الأحيان،لا ينهض بها علم بشر وحكمة بشر وقدرة بشر، فالبشر أعجز من أن يحيط بكنه هذه المصالح والمقاصد ويوفق بينها ويعطي كل ذي حق منها حقه بالقسطاس المستقيم وعجزه راجع إلى:

1- محدودية عقله وعمله وهذا راجع إلى طبيعته البشرية المخلوقة الفانية المتأثرة بالزمان والمكان والمحيط والوراثة.

2- تأثير الميول والأهواء والنزعات عليه سواءا شخصية أم أسرية ،إقليمية طبقية ...الخ.

3- لذلك فالشريعة الإسلامية ترعى مصالح المكلفين بهذا الشمول المتوازن[286]، فكان للعلماء دور كثير في تصنيف المصنفات وتأليف المؤلفات الخاصة بمقاصد الشريعة لإبراز ذلك.

قال **الغزالي** :" ومقصود الشرع من الخلق خمسة :أن يحفظ عليهم :دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم "[287].

وقال إمام الحرمين **الجويني**[288] معللا الحكمة من التكبيرات في الصلاة ومنكرا في الوقت نفسه على من يرى أن لا حكمة ولا قاصد من ذلك :"فقد نادى على نفسه بالجهل بمقاصد الشريعة وقضايا المخاطبين فيما يؤمرون به و ينهون عنه"[289].

---

[286]-يوسف القرضاوي،مدخل للشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة،سوريا،طبعة1414،1هـ-1993م،ص57-58-60.

[287]-الغزالي،المستصفى،جزء ثاني،ص482.

[288]-هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن عبد الله بن حيوة الجويني(ولد في 18 محرم 419هفي ينسابور وتوفي في 25 ربيع الثاني 478 هـ) مسلم من الدولة العباسية شافعي من طلاب أبو حامد محمد بن محمد

وقال **العز بن عبد السلام** :" ومعظم مقاصد القرآن الأمر باكتساب المصالح وأسبابها والزجر عن اكتساب المفاسد وأسبابها"[290].

وقال أيضا:"لو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقة وجلة،و زجر عن كل شر دقة وجلة،فالخير يعبر به عن جلب المصالح ودرئ المفاسد والشر يعبر به عن جلب المفاسد ودرئ المصالح".

وقال شيخ الإسلام **ابن تيمية** :"لكن العلم بصحيح القياس من فاسده من أجلّ العلوم،وإنما يعرف كذلك من كان خبيرا بأسرار الشرع و مقاصده وما اشتملت عليه شريعة الإسلام من المحاسن التي تفوق التعداد ومت تضمنه من مصالح العباد في المعاش والمعاد، وما فيها من الحكمة البالغة والرحمة السابقة والعدل التام"[291].

الغزالي،فقيه وعالم مهتم بأصول الفقه الكلام،من مؤلفاته:البرهان،الورقات،الفنية،التحفة،التلخيص/انظرو يكيبيديا الموسوعة الحرة:أبو .المعالي.الجويني/http ://ar.wikipedia.org/wiki يوم 05/02/2017 على الساعة 19:30 سا.

[289]–أبي المعالي عبد المالك بن عبد الله بن يوسف،مخطوط في أصول الفقه،البرهان في أصول الفقه،حققه عبد العظيم الديب،قطر ،طبعة1399،1هـ،الجزء2،ص961.

[290]–العز بن عبد السلام،نفس المرجع،ص11–12.

[291]–عبد السلام علي الكربولي،نفس المرجع،ص19–20.

الفصل الثاني

مفهوم الحق والشخصية القانونية للطفل وتطورها التاريخي

تمهيد :

خلق الله الإنسان وكرمه ونعمه وأحسن صورته وأبدع خلقه ومّيزه عن جميع المخلوقات بالعقل والفكر والإدراك، ورفعه أعظم الدرجات ليكون سيدًا على كل المخلوقات وجعله خليفته في الأرض ليعمرها[292].

ذلك أن هذا الإنسان حياته يمّر بعدة مراحل متتالية ومتصلة، وتعتبر أول هذه المراحل العمرية مرحلة الطفولة والتي تمتد من الميلاد إلى سن البلوغ حيث فيها يكتمل عقل الطفل ويقوى جسمه وتتشكل شخصيته[293]، وتعّد من أهم وأخطر المراحل في حياة الإنسان فهي التي تحدد مستقبل الأمم والإنسانية فالطفل هو رجل المستقبل يمثل آمال المجتمع وطموحاته، فهو هبة الله تعالى للإنسان فهو يشقى ويتعب من أجل أطفاله فهو زينة الحياة الدنيا[294]، قال تعالى: ﴿ **زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ**﴾[295] ،فهم مرآة المجتمع ففيهم يستطيع أي مجتمع أن يرى كيف يمكن أن تكون صورته مستقبلا[296] ،لهذا حرص الإسلام على وضْعِ الأسس التي تمهد لوجود المجتمع الإسلامي فاهتم بالأسرة معتبرا إياها القاعدة الأساسية والرئيسية لتنشئته[297] ،تكفل له العناية والرعاية حتى ينتقل من هذه المرحلة إلى المراحل الأخرى بشكل سليم ،إذ يولد ضعيفا عاجزا وحتى تستمر حياته يجب على الراشدين الذين هم من حوله تقديم ما يحتاجه إليه من اهتمام.

---

[292]–هايل عبد المولى طشطوش،حقوق الإنسان بين البعد الديني والبعد القانوني، دار البداية ناشرون وموزعون، طبعة 1،2014 م،1435هـ،ص5.

[293]–فاطمة بنت فرج بن فرحان العتيبي،حقوق الطفل ورعايته في الإسلام و في دولة السويد،دراسة وصفية بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في التربية والمقارنة،جامعة أم القرى،كلية التربية بمكة المكرمة،1429هـ–2008م،ص دون ذكر الصفحة.

[294]–مداني هجيرة نشيدة،حقوق الطفل بين الشريعة والقانون،مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون فرع قانون خاص،كلية الحقوق بن عكنون الجزائر ،2011–2012م،ص2.

[295] – سورة آل عمران ، الآية 14

[296]–محمد عماد الدين إسماعيل،الأطفال مرآة المجتمع،عالم المعرفة،مارس 1986،ص7.

[297]–ابراهيم ياسين الخطيب،أحمد محمد الزبادي،صورة الطفولة في التربية الإسلامية،الدار العلمية الدولية،عمان الأردن،طبعة أولى،2000م،ص11.

ومن الواضح أنه لا يمكن دراسة أي موضوع قبل تبيان والإحاطة بالمفاهيم التي تحدد وتوضح معالمه لذلك سنقوم بدراسة مفهوم الحق وتمييزه عما يشابهه ودراسة مفهوم الطفل من خلال توضيح الدلالة اللغوية والاصطلاحية له وتبيين الطبيعة القانونية لهذه الحقوق.

المبحث الأول : مفهوم الحق

يثور بشأن تعريف الحق واختلاف معانيه وتعدد النظريات القانونية بشأنه وإبراز المقصود من كلمة "**حق**" ليست بالأمر الواضح والسهل،لأن تحديد مفهومه وبيان جوهره والإحاطة بخصائصه وعناصره ثار فيه خلاف بين الفقهاء وشراح القانون،إضافة أن ضبط المعنى القانوني للحق استلزم أيضا تمييزه عن غيره من المصطلحات.

المطلب الأول : تعريف الحق وأشخاصه

الفرع الأول : تعريف الحق

أ- **الدلالة اللغوية للحق:** له العديد من المعاني: الحق جمعه حقوق، ضد الباطل،حقّ الشيء إذا ثبت ووجب، وحقق الأمر ثبت ووجب أو اليقين[298].

والحق من أسماء الله تعالى أو من صفاته والقرآن ضد الباطل والأمر المقضي والعدل والإسلام والمال والملك والموجود الثابت والصدق[299].

وجاء في اللغة استعمالات للحق بعدة معان:[300] تختلف باختلاف الوضع الذي وردت فيه ويبقى معناها فيها يدور حول: الإستحقاق والوجوب والثبوت عند علماء اللغة والذين استنبطوها من المصدرين:

- القرآن الكريم.
- الحديث النبوي الشريف.

أ-1- في القرآن الكريم:

جاء الحق بمعنى الثبوت والوجوب،حق الأمر يحق ،حق وحقوق: صار حقا وثبت.

---

[298]-لويس معلوف،المنجد في اللغة،مطبعة كاثولوكية،بيروت،ط19،ص144/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي، نفس المرجع،ص144.

[299]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،نفس المرجع،ص385.

[300]-محمد حميد الرصيفان العبادي،حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثيق الدولية ،دراسة مقارنة،دار وائل للنشر والتوزيع الأردن عمان،طبعة2013،1،ص37.

قال تعالى:﴿ قَالَ الَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ رَبَّنَا هَؤُلَاءِ الَّذِينَ أَغْوَيْنَا أَغْوَيْنَاهُمْ كَمَا غَوَيْنَا تَبَرَّأْنَا إِلَيْكَ مَا كَانُوا إِيَّانَا يَعْبُدُونَ﴾[301] ، وقال تعالى:﴿ وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[302] ، وقال تعالى:﴿ أَفَمَنْ حَقَّ عَلَيْهِ كَلِمَةُ الْعَذَابِ أَفَأَنْتَ تُنْقِذُ مَنْ فِي النَّارِ﴾ [303].

1-جاء الحق نقيض الباطل: قال تعالى: ﴿ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لِمَ تَلْبِسُونَ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُونَ الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[304].

2-و الحق من أسماء الله تعالى فهو الحق الثابت وجوده قال تعالى:﴿ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمُ الْحَقِّ﴾ [305]، و قال تعالى:﴿ فَذَلِكُمُ اللَّهُ رَبُّكُمُ الْحَقُّ ﴾[306] ، وقال تعالى :﴿ ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ ﴾ [307].

3-جاء الحق بمعنى الصدق:قال تعالى: ﴿ تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ نَتْلُوهَا عَلَيْكَ بِالْحَقِّ ﴾[308].

4-جاء الحق بمعنى اليقين قال تعالى:﴿ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِالْحَقِّ وَإِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ ﴾[309].

5-جاء الحق بمعنى العدل قال تعالى:﴿ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى ﴾[310].

6-جاء الحق إشارة لأحكام الله تعالى في عباده قال تعالى:﴿ إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾[311].

7-جاء بمعنى الدَّين الثابت و اللازم لذمة المدين:وأطلق عليه القرآن الكريم اسم الحق تنبيها على ضرورة قضائه قال تعالى :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ

---

[301]- سورة القصص ، الآية63 .

[302] - سورة الزمر ، الآية 19 .

[303]- سورة الزمر ، الآية 19 .

[304]- سورة آل عمران ، الآية 71.

[305]- سورة الأنعام ، الآية 62.

[306]- سورة يونس ، الآية 32

[307]- سورة الحج ، الآية 06.

[308] - سورة آل عمران ، الآية 108.

[309] - سورة المؤمنون، الآية 90.

[310]- سورة ص ، الآية 26 .

[311]- سورة الأنعام ، الآية 57.

الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾[312].

والملاحظ أن استعمال لفظ الحق في القرآن الكريم لم يأت أبدا بصيغة الجمع بل دائما بصيغة المفرد ،وفي ذلك إشارة واضحة إلى أحادية الحق وأنه واحد أزلا وأبدا مهما تعددت الظواهر والظروف أو كثرت الدعاوى والخصومات[313].

أ-2- في الحديث الشريف:

وردت كلمة الحق في أحاديث نبوية عديدة من بينها:

1-جاء الحق كناية عن الوحي الإلهي الذي نزل على سيدنا **محمد** ﷺ:"... حتى فجئه الحق و هو في غار حراء فجاءه الملك فقال إقرأ قال ما أنا بقارئ "[314].

2-جاء بمعنى الرؤيا الصادقة:حدثنا **خالد بن خلّي** حدثنا **محمد بن حرب** حدثني **الزبيديّ** عن **الزهري** قال **أبوسلمة** قال **قتادة** رضي الله عنه قال النبي ﷺ: "من رآني فقد رأى الحق"[315].

3-جاء الحق بمعنى الصادق الواقع الثابت:حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال حدثنا سليمان بن أبي مسلم عن طاؤوس ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان النبي إذا قام من الليل يتهجد قال :... ولك الحمد أنت نور السموات والأرض ولك الحمد أنت ملك

---

[312]- سورة البقرة ، الآية 282

[313]مداني هجيرة شهرزاد،نفس المرجع،ص9.

[314]-محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي،المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج شرح النووي على مسلم،بنت الأفكار الدولية،الأردن،باب بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ،رقم الحديث160،ص194.

[315]-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، دار ابن كثير،دمشق بيروت،ط 1423،1هـ-2002م،باب من رأى النبي ﷺ رقم الحديث 6996،ص1733/انظر محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي،نفس المرجع،كتاب متاب الرؤيا باب لا يجبر بتقلب الشيطان به في المنام حديث رقم 2267،ص1409.

السموات و الأرض ولك الحمد أنت الحق ووعدك حق وقولك الحق ولقاؤك حق والنار حق و الساعة حق..."[316].

-ويقرر رسول الله ﷺ ما لصاحب الحق من قوة وعلو،حدثنا **أبو الوليد** حدثنا **شعبة** أخبرنا **سلمة بن كهيل** قال سمعت **أبا سلمة** بمنا يحدث عن **أبي هريرة** رضي الله عنه :" أن رجلا تقاضى رسول الله ﷺ فأغلظ له،فهّم به أصحابه فقال:دعوه فإن لصاحب الحق مقالا ..."[317]، أي له أن يطالب بحقه ولو بشيء من القوة وذلك بماله من الحق.

4-جاء الحق بمعنى الواجبات المقررة على الأفراد اتجاه المجتمع والدولة: قال لنا رسول الله ﷺ "إنكم سترون بعدي أثرةً وأمورًا تنكرونها قالوا : فما تأمرنا يا رسول الله؟ قال أدّوا إليهم حقهم ، وسلوا الله حقكم"[318].

5-و يستعمل الحق في وجوه الصرف: حدثنا **شهاب بن عباد** حدثنا **ابراهيم بن حميد** عن **إسماعيل** عن **قيس** عن **عبد الله** قال: قال رسول الله ﷺ لا حسد في اثنتين:رجل آتاه الله مالا فسلّط على هلكته في الحق،وآخر آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها"[319].

ومن الأحاديث النبوية الجامعة لكلمة الحق:

حدثنا **عبد الله بن عمرو بن العاص** قال :عن النبي ﷺ قال:" فإن لجسدك عليك حقا وإن لعينك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا"[320].

---

[316]-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،نفس المرجع،كتاب التهجد،باب التهجد بالليل،حديث رقم 1120، ص272/انظر محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي،نفس المرجع،كتاب صلاة المسافرين وقصرها،باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه رقم الحديث 769،ص523.

[317]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،نفس المرجع،كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجز والتفليس،باب استقراض الإبل ،رقم الحديث 2390،ص575/انظر محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي،نفس المرجع،كتاب المساقاة باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه، رقم الحديث 1601،ص1017.

[318]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،نفس المرجع،كتاب الفتن،رقم الحديث 7052،ص1748.

[319]- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،نفس المرجع،كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة،باب ما جاء في اجتهاد القضاء بما أنزل الله تعالى لقوله :" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هو الظالمون"مائدة 45،رقم الحديث 7316،ص1807.

[320]-محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف بن مري النووي،نفس المرجع،كتاب الصيام،باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به،رقم الحديث1159،ص717.

ب-الدلالة الاصطلاحية:

اختلف الفقهاء كثيرا في تعريف الحق ومرجع الخلاف هو تباين وجهات النظر لإيجاد تعريف جامع مانع للحق،فمنهم من ركز على مضمون الحق،وآخرون على محله أو موضوعه وفريق ثالث ركز على أطرافه وفريق رابع على أنواع الحقوق[321].

والملاحظ أن التعريف الاصطلاحي يوضح الفرق بين تعريفات فقهاء القانون وتعريف فقهاء المسلمين له،لأنه عند فقهاء المسلمين لا يختص بطائفة معينة من الحقوق بل يتسع مفهومه ليشمل حقوق الله تعالى وحقوق العباد على حد سواء،أما فقهاء القانون اختلفوا اختلافا كبيرا في تعريفهم للحق وذلك لتعدد مذاهبهم في النظر إلى العنصر الجوهري المؤثر في الحق نفسه من هذا تبلورت نظريتين :

- النظرية التقليدية في تعريف الحق من جهة.
- والنظرية الحديثة في تعريف الحق من جهة أخرى.

ب-1-النظرية التقليدية: وتتمثل في ثلاث مذاهب أساسية:

ب-1-1-المذهب الشخصي: يتزعم هذا المذهب الفقيه **سافيني**[322]: ينظر للحق منظور شخصي أي بالنظر إلى صاحب الحق فيعرف الحق بأنه :" قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون".

وجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبه،لذا سمي بالمذهب الشخصي،ولقد تّم انتقاد هذه النظرية لأنها تربط الحق بالإرادة،بينما الحق يثبت للشخص دون أين يكون له إرادة كالمجنون والصبي غير المميز،والجنين،كما تثبت للشخص حقوق دون علمه بها

---

[321]-إسحاق إبراهيم منصور،نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، طبعة7،سنة2004م،ص208.

[322]-حمزة خشاب،مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق تحت إشراف مولود ديدان،دار بلقيس دار البيضاء الجزائر،طبعة 2014،ص158-159.

كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها و كذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون علمه بها[323].

ب-1-2-المذهب الموضوعي،المصلحة: يتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني **أهرينج**[324] ويعرف الحق بأنه"مصلحة يحميها القانون" فوفقا لهذا الرأي يتكون الحق من عنصرين عنصر موضوعي وآخر شكلي.

-ويقصد **بالعنصر الموضوعي**:الغاية أو المصلحة التي تعود دائما على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق ماليا،و قد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالي.

-أما **العنصر الشكلي** :فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركنا من أركان الحق وهو ضروريته وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه.

ولقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تعرف الحق بغايته إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معيارا لوجود الحق بينما الأمر ليس كذلك دائما،فإذا كان من المسلم به أن الحق يترتب عليه مصلحة فالعكس ليس صحيح،ضف إلى هذا أن المصلحة أمر شخصي وذاتي يختلف من شخص إلى آخر،إذ المصلحة التي يحصل عليها الشخص من نفس الشيء قد تختلف من شخص لآخر حسب هدف كل واحد من الشيء فالحماية تختلف باختلاف فائدة الأشخاص مما يؤدي إلى صعوبة تنسيق القواعد القانونية وتوحيدها.

ب-1-3-المذهب المختلط: يعرف أصحاب هذا المذهب أن الحق هو :"سلطة إرادية وهو في ذاته مصلحة يحميها القانون فيعرف الحق بالقدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون.

---

[323]-محمد حميد الرصيفان العبادي،نفس المرجع،ص:38/انظر هايل عبد المولى طشطوش،نفس المرجع،ص19/انظر مداني هجيرة نشيدة،نفس المرجع،ص13/انظر محمد أحمد المعداوي،مدخل للعلوم القانونية نظرية الحق،جامعة ...،دون دار نشر،دون طبعة،ص6.

[324]- حمزة خشاب،نفس المرجع/انظر أحمد رشاد الهواري،التصور القانوني الشرعي للحق ،المركز الإعلامي الأمني جامعة المملكة 2011،الجزء الأول ص11/انظر محمد الصغير بعلي،مدخل للعلوم القانونية ،نظرية القانون،نظرية الحق،دار العلوم،ص98.

وقد انتقدت هذه النظرية لنفس الانتقادات الموجهة للنظريتين السابقتين طالما أن التعريف اعتدّ بهما معا،إذ لا تجتمع السلطة الإرادية والمصلحة لدى نفس الشخص[325].

ب-2-النظرية الحديثة: نتيجة للنظريات السابقة ظهرت النظرية الحديثة في تعريف الحق وحمل لواءها الفقيه **دابان** وتأثر بها أغلب الفقهاء، ويعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه:"ميزة يقررها القانون لشخص ما، ويحميها بالطرق القانونية، وهذه الميزة تخول له التصرف متسلطا على مال معترف له بالاستئثار به بصفته مالكا أو مستحقا له"[326].

وجوهر الحق عند هذا الفقيه يتمثل في الاستئثار والتسلط وهما عنصران داخليين في تكوين الحق، وعنصران مساعدان أو خارجان عن تكوين الحق هما احترام الحق من طرف الغير وحمايته من طرف القانون[327].

وللحق تعاريف أخرى نذكر منها:

- " أنه مزية يستأثر بها شخص دون سائر الناس بنص قانوني".
- " الحق مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون".
- " الحق سلطة أو قدرة يمنحها القانون لشخص من الأشخاص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف بها ويحميها"

والتعريف المرجح: الحق مزية أو قدرة يقرها القانون ويحميها،لشخص معين على شخص آخر أو على شيء معين(مادي أو أدبي)[328].

---

[325]- حمزة خشاب،نفس المرجع،ص162/انظر محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص99.

[326]- محمد أحمد المعداوي،نفس المرجع،ص7-8.

[327]-نبيل إبراهيم سعد ،المدخل إلى القانون نظرية الحق ،منشورات الحقوقية،ط1،2010،ص29-30-31/انظر غالب علي الداودي،المدخل إلى علم القانون،جامعة جرش الأهلية،دار وائل للنشر،عمان،طبعة2004،7،ص230-231/ انظر أحمد محمود الخولي،نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار السلام،مصر،طبعة1423،1هـ-2003م،ص28-29-30.

[328]-إسحاق إبراهيم منصور،نفس المرجع،ص209-210.

ج – تمييز الحق عما يشابهه من المفاهيم:

إن مصطلح **الحق** في معناه يبدو للوهلة الأولى أنه مرادف لمصطلحات أخرى،ولكن بعد الكشف عن مدلولاتها يُخالف ذلك ،وأكثرها مفهوم الحق والحريات العامة والواجب[329].

ج–1/ الحق والقانون: القانون والحق مفهومان مترابطان متلازمان بحيث لا يذكر أحدهما إلا ويتبادر إلى الذهن الآخر.

فإذا كان الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة ما، فإن هذا يستتبع بالمقابل إلتزام يقع على عاتق جميع الأشخاص وهو واجب احترام السلطة التي يقررها القانون لصاحب الحق وإلا فلن تكون لهذا الحق قيمة عملية لذا فالقانون يقرن ويربط كل حق بواجب يقع على عاتق الكافة يلزمها باحترامها[330].

ج–2/ الحق والحريات العامة: درج البعض في استخدام كلمتي الحق والحرية كمترادفين، فيقال الحريات العامة أو الحقوق العامة بمعنى واحد،و لكن هذا غير صحيح وحقيقة الأمر أن الحريات العامة ترادف الترخيص أو الرخصة أو إباحة التصرف،فالحريات العامة رخص لأفراد المجتمع كله،ويحدث أن يتمتع بمجموعة من الحريات ،حرية التنقل،حرية الحياة الخاصة،حرمة المسكن،حرية الرأي،حرية التملك،حرية التعليم،وغيرها من الحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد على قدر من المساواة في حدود النظام القانوني للدولة.

أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون وبهذا يختلف الحق عن الحرية وعليه يظهر الفرق في:

أن الحريات تمثل إباحة أصلية ومطلقة للجميع ولا يقابلها إلتزام من شخص معين مثل الحق،إضافة أن النصوص القانونية المتعلقة بالتعسف وتجاوز الحدود وسوء الاستعمال ترد على الحق فقط[331].

---

[329]–مداني هجيرة نشيدة،نفس المرجع،ص14.

[330]–محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص99.

[331]–إسحاق إبراهيم منصور ،نفس المرجع،ص206–207–208.

ج-3/ الحق والواجب: الواجب في الشرع ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم بحيث يذم تاركه ومع الذم العقاب ويمدح فاعله ومع المدح الثواب،و الواجب هو الفرض عند الجمهور إلا أن الحنفية يفرقون بينهما من جهة دليل لزوم الفعل،فإذا كان الدليل ظنيا فالفعل عندهم هو الواجب،و إذا كان دليل لزوم الفعل قطعيا فالفعل هو الفرض، أما الجمهور فإنهم ينظرون إلى طبيعة طلب الشارع للفعل فإذا كان طلبه على وجه اللزوم فهو الواجب أو الفرض سواءا كان دليل هذا الطلب الإلزامي قطعيا أو ظنيا[332].

- والفقهاء لم يميزوا في استعمالهم بين الحق والواجب إذ استعملوا مصطلح الحق أكثر من الواجب[333].
- أما الواجب عند القانونيين فهم لم يستعملوا هذا اللفظ إلا نادرا في ظل أبحاثهم عن نظرية الحق وتقسيماته وما يرتبط به وإنما قابلوا مصطلح الحق بمصطلح الإلتزام فكان هذا الأخير هو الشائع لديهم وصار مصطلحا ذا مدلول خاص،وأصبح عنوانا لنظرية قواعدها لأبواب أخرى من أبواب القانون[334].

د – كيفية نشأة الحق:

وينشأ الحق نتيجة لعدة مصادر منها:الوقائع القانونية والتصرفات القانونية.

د-1/ الواقعة القانونية: هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا معينا وقد يكون هذا الأمر هو نشوء حق،أو نقله أو حتى سببا لانقضائه والوقائع القانونية نوعين هما:

أ-**وقائع تحدث بفعل الطبيعة:** مثل الولادة ،الموت،القوة القاهرة مثل الزلزال،فهي الوقائع التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها والتي يترتب عليها حلول أجب الدين مثل الظواهر الطبيعية،ويلحق بالوقائع الطبيعية التي تتصل بالإنسان كواقعة الميلاد إذ

---

[332]-عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة ،سوريا ،ط1 ،1417هـ

[333]- مداني هجيرة نشيدة،نفس المرجع،ص16.

[334]-أحمد محمود الخولي،نفس المرجع،ص57-58.

بها تبدأ الشخصية القانونية للإنسان وبها يثبت النسب وكذلك واقعة الوفاة إذ بتحققها يثبت حق الورثة في الميراث ولذا يقال أن القانون هو مصدر هذه الحقوق[335].

ب-**وقائع تحدث بفعل الإنسان(الأعمال المادية)**:مثل حوادث المرور،كفعل التصادم الذي يرتب ضرر ينشئ حق المضرور بالتعويض[336].

د-2/ التصرفات القانونية: وهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ويجب توافر النية ويعتد القانون بها وذلك بالكشف عن حق أو إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ،والتصرفات القانونية أنواع من بينها:

- من عقود التبرع: الهبة والوصية.
- العقود بشكل عام[337].

الفرع الثاني : أشخاص الحق الشخصية القانونية للطفل:

1- مفهوم الشخص:

أ – دلالة لغوية : جمع أشخاص شُخوص،يطلق على الإنسان ذكرا أو أنثى والشخصية جمع شخصيات الذاتية الرجل المعروف بسبب وظيفته أو نفوذه[338].

والشخص: سواء الإنسان وغيره تراه من بعيد، وجمعه في القلة أَشْخُص،وفي الكثرة شُخوص وأشخاص[339].

---

[335]-محمدي فريدة (زواوي)،مدخل للعلوم القانونية،نظرية الحق،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،وحدة الرغاية ،الجزائر ،2000،ص135-136/انظر محمد حميد الرصيفان العبادي،نفس المرجع،ص39.

[336]-محمد حميد الرصيفان البادي،نفس المرجع،ص39.

[337]-محمدي فريدة (زواوي)،نفس المرجع،ص139-140-141-142/انظر محمد حسنين منصور،النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2006،ص30/انظر مصطفى الجمال،مصادر الالتزام،دار المطبوعات الجامعية ،مصر،1999،ص32/انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء2، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات آثار الإلتزام،دار النهضة العربية،مصر،1968،ص01.

[338]-المجد الأبجدي،دار المشرق،بيروت،لبنان،طبعة5،ص588.

[339]-أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص234/انظر أبي الحسين بن فارس بن زكريا،نفس المرجع، ص473كتاب الشين/انظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،نفس المرجع،ص845.

ب – دلالة اصطلاحية: وهو الشخص الطبيعي،الإنسان،الطفل والذي تبدأ شخصيته القانونية بولادته حيا،وهذا ما نصت عليه 1/25 ق مدني[340] ،"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

يقصد بالميلاد خروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ولو لحظة قليلة ويمكن التعرف على حياة المولود ببعض المظاهر مثل :الصراخ،الحركة،التنفس وتثبت واقعة الميلاد في السجلات المعدة لذلك بشهادة الميلاد وبكافة الطرق الأخرى.

أما الجنين الذي يموت في بطن أمه أو ينفصل عنها بالإجهاض أو يموت أثناء الولادة فلا تثبت له الشخصية القانونية.

فالشخصية القانونية ترتبط بالميلاد ،إذ الأصل أنه تثبت للجنين الشخصية القانونية وبما أنه موجودا منذ تموينه فلهذا تثبت له الشخصية القانونية منذ وجوده وهذا ما نصت عليه المادة 25 ق م فقرة02:"على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"[341]، كما وضح قانون الحالة المدنية الجزائري إجراءات وقواعد التي تخص عقود الميلاد لإثبات واقعة الميلاد[342].

ج – خصائص الشخصية القانونية لحقوق الطفل:

إن الحقوق القانونية التي ترتكز عليها شخصية الطفل سواءا الشخصية الطبيعية أو الشخصية القانونية[343]، من خلال أن:

---

[340]–القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسات القضائية وآخر تعديلاته في 13 ماي مدعم بالاجتهاد القضائي 2007 طبعة بيرتي،2013–2014،قانون رقم 05.المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005م.

[341]–فريدة محمدي(زواوي)،نفس المرجع،ص56–57/انظر أحمد سي علي ،مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية،دار هومة،الجزائر،طبعة 2013،ص48.

[342]–قانون الحالة المدنية أمر رقم 70–20مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 موافق لفبراير سنة 1970،باب الثالث القواعد الخاصة بمختلف العقود،الفصل الأول،عقود الميلاد،بيرتي.

[343]–معجم القانون،معجم اللغة العربية،مصر،القاهرة،المطابع الأميرية،1999م،1420هـ،ص104(الشخص الطبيعي:هو الإنسان على اعتبار أن الإنسان كائن طبيعي فتمده صفته هذه إلى شخصيته،و الشخصية هي وصف قانوني يجعل لمن يمنحه أهلية لكسب الحقوق والالتزامات بالواجبات).

-الشخصية الطبيعية تمثل الصورة المجملة لحياة الطفل، جسديا وروحيا، وهذه تحدد صورة الطفل ورد الفعل السلوكي والفطري له وتمثل وجوده منفردا[344].

-أما الشخصية القانونية هي التي تحدد الوجود والمركز القانوني للطفل وذلك من خلال علاقته مع الآخرين،وتميّز وجوده.

لهذا يجب أن تحدد عناصر شخصيته بإبراز مصلحته من خلال إثبات ولادته ووضعه القانوني من خلال:

1- حقوق عامة مثله مثل الشخص الطبيعي :حق الإسم واللقب،حق الجنسية،الديانة الموطن الأهلية الحالة أو القرابة الحياة[345].

2- حقوق خاصة ينفرد بها عن غيره مثل: الحضانة، النسب[346]،هذا ما جعلها تنفرد بمجموعة من الخصائص القانونية:

- حقوق الطفل يمارسها صاحبها أن ترتب عليه إلتزاما[347]، بشخصه بل يخولها القانون في النيابة القانونية للولي أو الوصي لما يترتب عليها من إلتزامات مع التفريق بين الحقوق التعاقدية والغير تعاقدية،فالتعاقدية تخضع لأحكام أو شروط العقد فإن الولي أو الوصي يتولى عنه ما يجوز له من تعاقدات.

-أما الحقوق الغير تعاقدية لا تقابلها التزامات أو واجبات وتسمى الحقوق المطلقة والتي تميز الطفل عن باقي المواطنين،كالرضاعة، الحضانة، النفقة، حق الجنسية الحرية وغيرها من الحقوق العامة التي يشترك بها مع الآخرين[348].

- أن حقوق الطفل لا يجوز التنازل عنها:ذلك أن الطفل بحكم تكوينه لا يمكن أن يكون أهلا للتنازل،عن حق من حقوقه إذ أن التنازل يتطلب إرادة واعية والطفل مداركه العقلية قاصرة

---

[344]-محمد حميد الرصيفان العبيدي،نفس المرجع،ص42.

[345]-توفيق حسن فرج ،محمد يحي مطر،المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)الدار الجامعية،1990م،ص446.

[346]-محمدي فريدة(زواوي)،نفس المرجع،ص59.

[347]-معتز أحمد محمد الآغا،حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي،طبعة أولى،2008م،ص18.

[348]محمد حميد الرصيفان العبادي،نفس المرجع،ص43.

عن فهم معنى التنازل الذي يشترط كقاعدة عامة إرادة واعية تدرك التبعات والنتائج المترتبة عن هذا التنازل.

-كما لا يجوز إطلاقا تنازل ولي الطفل أو وصيه عن هذه الحقوق لمخالفة مثل هذا التصرف للنظام العام كقاعدة عامة[349].

- حقوق الطفل تسبق في إكتسابها حقوق الإنسان ، وإن كانت الأولى جزء من الأخيرة فهذا لا يعني تقاطعهما في الزمان ذلك أن الطفل عندما يكتسب حقوقه يكتسبها بصفته تلك وليس بالصفة الإنسانية التي هو أيضا عليها فالاعتبار في ممارسة حقوق الطفل هو صفة الطفولة[350].
- أن حقوق الطفل تدخل الدولة طرفا فيها بشكل مباشر أحيانا وبشكل غير مباشر أحيانا أخرى لأن الطفل لا يستطيع المطالبة بحقه أو أن يحافظ عليها لذا يتولى ولّيه أو وصّيه تحت رقابة الدولة وإشرافها بشكل أو بآخر المطالبة بها[351].
- أن حقوق الطفل عامة لكل الأطفال وبالتساوي للجميع دون استثناء وهذا من قيم العدالة في المجتمعات وهي قابلة للتطور حسب مراحل نموه وتدرج سنه حسب احتياجات الطفل في المجتمع و انتقاله من مرحلة إلى أخرى مواكبة للوضع النفسي والعاطفي ....الخ، ضف إلى أن الطفل هو عاجز في الأصل عن المطالبة بهذه الحقوق والمحافظة عليها وحمايتها[352].
- أنها حقوق ذات طابع شرعي: ذلك أنها مفروضة لأبد بإرادة الله إذ لم تؤخذ هذه الحقوق نتيجة ثورات وصراعات بين قِوى بل هي مقررة من الله الذي خلق هذا الكون والمتحكم فيه،ولهذا نجد أن الحقوق عامة وحقوق الطفل خاصة التي وردت في القرآن والسنة مثل:

---

[349]-مصطفى رحيم طاهر حبيب،حقوق الطفل بين الشريعة والقانون،مجلة كلية العلوم الإسلامية،دون ذكر الجامعة،سنة النشر،ص17.

[350]-معتز أحمد محمد الآغا،نفس المرجع،ص18.

[351]-حسين نصار،تشريعات حماية الطفولة حقوق الطفل،منشآت المعارف،الاسكندرية،دون سنة نشر،ص88.

[352]-محمد حميد الرصيفان العبادي

،نفس المرجع،ص44-45.

تكوين الأسرة بالزواج لإنجاب الأطفال حتى يدعى الطفل إلى والديه والرضاعة ....هي حقوق منزلة مفروضة من الله عز وجل ناشئة من الشريعة ذاتها[353].

المطلب الثاني : إثبات حقوق الطفل

الفرع الأول : تعريف الثبات

أ – **الدلالة اللغوية:** عرف بالحجة والبّينة ، وأثبت حجته أقامها وأوضحها[354] وتقول لا أَحْكُم بكذا إلا بثَبَتٍ بفتح الباء أي بحجته[355]،فهو بيان أو إظهار الحق بالدليل القاطع[356].

ب – **الدلالة الإصطلاحية:** الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بإحدى الطرق التي حددها القانون على صحة واقعة قانونية، يدعمها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر نظرا لما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية[357]، ذلك أن أهمية الإثبات أنه يعطي للحق قيمة عملية وهذه القيمة تبقى معدومة إذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على وجود الواقعة القانونية كمصدر للحق المطلوب[358].

وتظهر أهمية الإثبات أن الإلتزام بقواعد النظام العام في المجتمعات المتحضرة لا تجيز للفرد أن يسترد حقه أو يستوفيه من اعتدى عليه بقوته الذاتية وإلا كان ذلك رجوعا للمجتمعات البدائية الأولى بل و يعتبر ذلك من جانبه انتقاما غير مشروع أي إعتداء يسأل عنه، ويتحمل كافة المسؤوليات الجزائية والمدنية المترتبة عنه لذلك على الفرد المدعي أن يلجأ إلى القضاء بتقديم الإثبات على صفته كصاحب حق[359].

---

[353]–هاني بن علي بن إبراهيم اليحي،حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير في الأنظمة،وزارة التعليم العالي الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ،قسم الأنظمة،1430هـ–1431هـ، ص47–48–49.

[354]–ابن منظور ،نفس المرجع،المجلد 2،ص20

[355]–أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص71.

[356]–محمد حميد الرصيفان العبادي،نفس المرجع،ص45.

[357]–محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص196.

[358]–سلمان بو ذياب ،المبادئ القانونية العامة،دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون ،الحق الموجب والمسؤولية،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،طبعة 1415،1هـ–1995م،ص85.

[359]–أحمد سي علي،مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية،دار هومة،الجزائر،طبعة 2013م،ص260.

الفرع الثاني : طرق الثبات

ويمكن رد طرق الإثبات التي يجوز الاستناد إليها أمام القضاء إلى طريقتين:

1-**الطرق المباشرة:** وهي التي تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وهي :الكتابة، وشهادة الشهود إذا انصبت شهادتهم على الواقعة المراد إثباتها بالذات سواء كانت واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا.

2-**الطرق غير المباشرة:** وهي التي لا تنصب دلالتها على الواقعة المراد إثباتها مباشرة ولكن تستخلص من طريق الاستنباط وهي القرائن والإقرار واليمين[360].

ولقد أورد القانون المدني[361] طرق الإثبات على وجه التحديد وهي بالكتابة ،الإشهاد بالشهود،القرائن والإقرار واليمين[362].

كما يشترط كذلك في الحق حتى يكون محلّا للإثبات:

1- أن يكون متعلق بالدعوى أي بموضوع النزاع المراد إثباته ولها علاقة بحق المدعى به.

2- أن يكون منتج في إثبات الحق أي لها أثر منتج في إثبات الحق المدعى به أمام القضاء.

3- أن يكون مما يجوز قبوله،أي غير مخالف للنظام العام[363].

ويأخذ الحق أحد الصور التالية:

1- إما أن يكون الإدعاء بوجوده.

2- إما الإدعاء بانقضائه[364].

---

[360]-محمد الصغير بعل،نفس المرجع،ص204.

[361]-القانون المدني في ضوء الممارسات القضائية وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007،طبعة 2013 م2014م طبعة بيرتي الجزائر،أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975م يتضمن القانون المدني و متمم بالقانون 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات القانون رقم 03-01 المؤرخ في 29 يناير 1983،القانون 24-21 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 متضمن قانون مالية لسنة 1985،القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 متضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم،القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988،القانون رقم 84-01 مؤخ في 7 فبراير 1989،القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007م.

[362]-القانون المدني،الباب السادس،ص73 إلى 85.

[363]-أحمد سي علي ،نفس المرجع،ص262-263.

وتثبت حقوق الطفل كأي حق من الحقوق وبنفس الطرق التي شرعها القانون المدني الجزائري وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل.

ب-1/ الكتابة: تعتبر الكتابة من أهم أدلة الإثبات في الوقت الحاضر[365]،فهي إقرار عن واقعة مادية أو تصرف قانوني ولها حجية مطلقة في الإثبات[366]،و لعل أهميتها تكمن في ما توفره للخصوم من الضمانات التي لا توفرها لهم غيرها من الأدلة ،إذ لا يمكن تحريفها مادام أنها دليل يتعاصر في إعداده مع تكوين التصرف القانوني[367]، ولقد عرف المشرع الجزائري الكتابة في القانون المدني وفق المادة 223 منه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

ولقد ساعد على انتشار الكتابة الآلات الحديثة في الطباعة وأصبحت هي لغة العصر ومنا الكتابة الالكترونية، وهذا ما نصت عليه المادة **223 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري** " ... يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالكتابة على الورق..."

إذ تعتبر من أدلة الإثبات شرط أن يتم التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

والأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأداة للإثبات تقسم إلى قسمين:

- محررات رسمية والتي يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفق الأوضاع القانونية المقررة.
- ومحررات عرفية التي يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم.

وتختلف المحررات الرسمية عن العرفية من ناحية الشكل وقوة كل منهما في التنفيذ[368].

---

[364]-محمد حميد الرصيفان العبادي،نفس المرجع،ص46.

[365]-نبيل ابراهيم سعد،المدخل إلى القانون نظرية الحق،منشأة المعارف بالاسكندرية،طبعة 2001،ص308.

[366]-محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص205.

[367]-عدنان طه الدوري،أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي،منشورات الجامعة المفتوحة،طبعة 1995،ص255.

[368]-توفيق حسن فرج،قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية نقّحه عصام توفيق حسين فرج،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،مطبعة سنة 2003،ص79-80.

ب-2/ الإثبات بالشهود: الشهادة هي سماع أقوال أشخاص بصدد وقائع قانونية معينة أو نفيها وإذا كانت للكتابة قوة مطلقة في الإثبات إذ تلزم القاضي إذا لم يطعن بالتزوير في صحة الورقة الرسمية أو إذا يم ينكر موقع الورقة العرفية توقيعه عليها إذ للقاضي في شهادة الشهود السلطة التقديرية في الأخذ بها أو تركها إن شاء[369].

ويشترط في الواقعة المادية محل الإثبات أن تكون قابلة بطبيعتها للإثبات بشهادة الشهود، والتي يكون فيها التحقيق جائزا ومنتجا في الدعوى[370].

وعلى الشاهد عند الإدلاء بشهادته أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق[371].

كما يمكن أن يؤخذ بها إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ويقصد به كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود تصرف المدعى به قريب الاحتمال وهذا حسب نص المادة:335 قانون مدني جزائري "... وكل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ويجوز الإثبات بالشهادة في الحالات الآتية:

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب يحول دون الحصول على دليل كتابي ،مادة 336 قانون مدني جزائري فقرة 1.

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته ،ق.م 336 ق م /02[372].

-والملاحظ أن جلّ التشريعات الوضعية اتفقت على مشروعية الشهادة وحجيتها في الإثبات إذ نظمت أحكامها وبينت قواعدها إلا أنها جعلتها في المرتبة الثانية بعد الكتابة وانتشار العلم في العصر الحديث، ومنها كذلك لاعتبارات كثيرة منها:سهولة الكتابة وانتشار العلم في

---

[369]-محمد فريدة زواوي،نفس المرجع،ص172/انظر محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص:208.

[370]-أحمد سي علي،نفس المرجع،ص276.

[371]-فوزية إحصاد،وسائل الإثبات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،شبكة الألوكة دون طبعة،دون سنة نشر،ص29.

[372]-قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري المادة 336 منه "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

-إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته"

العصر الحديث، ومنها كذلك فساد الأخلاق وضعف العقيدة وفقدان الوازع الديني القاضي بالتزام الحق وقول الصدق[373].

ب-3/ القرائن و حجية الأمر المقضي به:

ب-3-1/ القرينة:هي واقعة تتلازم في وجودها غالبا مع وجود واقعة أخرى مرتبطة بها ويستفاد من هذا التلازم في الغالب في الإثبات،ويمكن أن تعرف القرينة كوسيلة للإثبات بأنها واقعة ثابتة يؤخذ منها ثبوت واقعة أخرى (يطلب إثباتها) والاستنباط بالقرينة ،أي إعتبار دلالة الواقعة الثابتة على الواقعة غير الثابتة، ويكون في الصورة العادية من عمل القاضي، إلا أن أحيانا يتدخل المشرع ليقوم بهذا الدور بالنسبة لبعض الوقائع[374] وبهذا تنقسم القرائن إلى نوعين:

قرائن قانونية وقرائن قضائية[375].

ونجد أن المشرع الجزائري عرفها في المادة **337** من القانون المدني أنها :"القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه تقضي هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " يقابل هذه المادة في التقنين **المصري** المادة **404** والمادة **89** من القانون **السوري**(قانون البيِّنات) والمادة **502** من التقنين **العراقي** والمادة **303،306** من تقنين أصول المحاكمات المدنية **اللبناني** والمادة **392** من التقنين **الليبي**[376].

1-القرائن القانونية: وهي قرائن ينص عليها القانون بصفة عامة ومجردة وقد تكون قرائن بسيطة أي غير قاطعة ،كما قد تكون قرائن قاطعة أي لا تقبل إثبات عكسها.

---

[373]-محمد مصطفى الزحيلي،وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية،مكتبة دار البيان ،دمشق،طبعة أولى ،1402هـ1982م،(الجزء الأول،الجزء الثاني)،ص133.

[374]-عادل حسن علي،الإثبات ،أحكام الإلتزام،مكتبة زهراء الشرق،دون طبعة،سنة 1997،ص223.

[375]-عبد الرزاق أحمد السنهوري،نفس المرجع،ص605-606.

[376]-محمد فريدة زواوي،نفس المرجع،ص173.

1-أ-القرائن البسيطة: هي القرائن التي لا تعفى نهائيا من الإثبات بل تنتقل من على عاتق المكلف به إلى عاتق شخص آخر مثاله:تصرف مريض مرض الموت يكون قد تم على سبيل التبرع وعلى المدعي العكس إثبات ذلك.

1-ب-القرينة القانونية القاطعة: فهي قرينة لا يمكن إثبات عكسها وقد تكون القرينة القانونية القاطعة متعلقة بالنظام العام مثل القرينة المتعلقة بالنسب والتي تقضي بأن الولد للفراش فهذه قرينة قاطعة وتعتبر قاعدة موضوعية لا يجوز إثبات عكسها وهناك قرائن قاطعة لا تتعلق بالنظام العام مثل التقادم المكسب للملكية.

2-القرائن القضائية: يقصد بها كل عنصر يستنبطه القاضي من وقائع النزاع وما يستخلصه لأمر مجهول من أمر معلوم ثابت في وقائع الدعوى أو في أية ورقة أمامه إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبّينة .

وتشكل القرينة القضائية أدنى مستوى الدليل في مجال الإثبات لأنها لا ترقى إلى قيمته في نطاق الإثبات القضائي،ذلك لأن القرينة القضائية تحتاج إلى قرينة أخرى تسندها كدليل إثبات بينما الواقعة القانونية أو نفيها يكون بمفرده كافيا[377].

وهذا ما نصت عليد المادة 340 مدني جزائري بقولها " ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبّينة "،ومعنى هذا أن الإثبات بها جائز في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود فحيث تجّوز البّينة في الإثبات يمكن قبول القرائن القضائية"[378].

ب-3-2/ حجية الأمر المقضي به: تنص المادة 338 من القانون المدني الجزائري :"الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة لما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع

---

[377]-أحمد سي علي،نفس المرجع،ص278-279.

[378]-محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،دار الهدى،عين مليلة الجزائر،طبعة 2009،ص168-169.

قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ويجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا".

هذه قرينة قاطعة يفرضها إحترام الأحكام القضائية والحكم القضائي حائز لحجية الأمر المقضي به، وهو حكم قابل لطرق الطعن العادية [379].

ب-4/ الإقرار: هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها،وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة وهو حجة قاطعة على المقر، ولذلك يقال إن الإقرار سيد الأدلة ،فإذا ادعى شخص أمام القضاء على آخر بأنه مدين له فأتى المدعى عليه وأقّر بالدين في ذمته أثبتت للمدعي حقه[380].

ويمكن كذلك تعريفه،أن الإقرار هو اعتراف شخص لآخر في مجلس القضاء بواقعة تكسب حقا مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار وهو حجة على المقر لا تتعداه إلى غيره[381].

وعرفه المشرع الجزائري في المادة **341** ق المدني:" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة،والمادة **342** ق مدني **الفقرة الأولى** :" الإقرار حجة قاطعة على المقر".

فحجية الإقرار قاطعة على المُقِر ولا يجوز إثبات عكسه،كما لا يجوز تجزئته ولا يمكن لمن أصدره أن يعدل عنه أو يتراجع عن إقراره، ولا يكون له هذه الحجية إلا إذا كان قضائيا أي صادرا في مجلس القضاء،وهذا ما نصت عليه **الفقرة 2** من المادة **342** ق مدني جزائري:"...ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى"[382].

---

[379]-محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص210/انظر محمدي فريدة زواوي،نفس المرجع،ص174/انظر أحمد سي علي،نفس المرجع،ص280.

[380]-نبيل ابراهيم سعد،نفس المرجع،سنة نشر 2001،ص309-310.

[381]-عدنان طه الدوري،نفس المرجع،ص278.

[382]-محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص211.

أما الإقرار غير القضائي : فهو الذي صدر في غير مجلس القضاء أو يصدر في مجلس القضاء ولكن يكون عند النظر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه ويخضع تقديره للقاضي وإذا تم شفاهة فلابد أن يكون بصدد وقائع يجوز إثباتها بالبينة،أما إذا كان مكتوبا فتكون له قوة السند المكتوب[383].

ب-5/ اليمين: هو القول الذي يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد،ويستنزل عقابه إذا ما حنث[384].

فاليمين وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية وطريق من طرق القضاء التي يستند إليها القاضي في إصدار حكمه في فصل النزاع وقطع الخصومة الحالة بين الأطراف المتنازعة، فهي طريق من طرق القضاء التي يلجأ إليها القاضي حين ينكر المدعى عليه الدعوى ويعجز المدعي عن إقامة البيِّنة على دعواه ويطلب تحليف المدعى عليه، واليمين القضائية مشروعة وقد ثبت شرعيتها بالسنة والإجماع والمعقول[385].

أما المشرع الجزائري فقد نص على أحكام اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات في الباب السادس تحت عنوان إثبات الإلتزام في الفصل الخامس منه بعنوان اليمن وذلك من المادة **343** إلى المادة **350** من القانون المدني.

والملاحظ أن القانون المدني ولا حتى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[386]،لم يبين الصيغة التي تتم فيها تأدية اليمين، هذا وأن لليمين في نظام القانون الجزائري طابع ديني وتتم عادة بوضع اليد على المصحف[387].

وتنقسم إلى نوعين:

---

[383]-محمدي فريدة زواوي،نفس المرجع،ص176.

[384]-عبد الرزاق أحمد السنهوري،نفس المرجع،ص514.

[385]-أحمد فراج حسين،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،دون طبعة،سنة 2004،ص393.

[386]-قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 طبعة بيرتي،2014،(نص على اليمين في الباب الرابع،في وسائل الإثبات في القسم الرابع عشر في اليمين من المواد 189 إلى 193).

[387]-الغوثي بن ملحة،قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري،مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية ،2001،طبعة1،ص84.

ب-5-1/ اليمين الحاسمة:هي توجيه أحد الخصوم اليمين إلى الآخر يتحكم فيها لضميره ويجوز لمن وجهت له اليمين الحاسمة ردها إلى خصمه مادة **343** ق مدني"يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين.

كما نصت المادة 347 من القانون المدني:"كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

ب-5-2/ اليمين المتممة: هي يمين يوجهها القاضي لاستكمال اقتناعه بالأدلة المعروضة ،ويمكن توجيهها إلى أي من الخصمين ولا يجوز ردها، وللقاضي أن يحكم وفقها إذا اقتنع بها كما يمكن عدم الأخذ بها،ويشترط القانون لتمكين القاضي لتوجيه اليمين المتممة أن : لا يكون لديه دليل كامل في الدعوى.

- أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل غذ لا يجوز للقاضي أن يفصل في الدعوى بناءا على اليمين المتممة وحدها فقط[388]،وهذا ما نصت عليه المادة 348 من القانون المدني: " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به.

ويشترط في توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل".

مما تقدم نجد أن نظرية الإثبات تعتبر من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا من الناحية العملية وهذا يظهر بصورة واضحة وملموسة أمام المحاكم في كافة المنازعات وأهمية الإثبات ترتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي أن الإنسان لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه،بل لابد من اللجوء إلى القضاء وعليه إقامة الدليل على هذا الحق وعليه فالإثبات ضرورة تستلزم تنظيم المجتمع وتوزيع السلطات فيه وعدم إقامة الدليل على هذا الحق يعني

---

[388]-محمدي فريدة زواوي،نفس المرجع،ص177.

أنه تجرد منه وأصبح هو العدم سواءا فالحق وهو موضوع التقاضي والدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه،فقواعد الإثبات لها دور خاص وفعال فهي الوسيلة التي توصل صاحب الحق إلى حقه وتمكنه منه عند تقديمها للقضاء[389].

[389]-توفيق حسن فرج،نفس المرجع،ص8-9-10.

المبحث الثاني : مفهوم الطفل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ويشمل هذا مجموعتين من العناصر التي سنوردها بنوع من التفاصيل.

المطلب الأول : التعريف بالطفل

الفرع الأول : مفهوم الطفل

1-الدلالة اللغوية: جاءت كلمة الطفل في اللغة بمعان مختلفة:

الطِّفل:النبات الرخّص،الصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم.

الطفل والطفلة الصغيران والطفل: الصغير م كل شيء بين الطفل والطفالة والطفولة.

الطفل :الصغير من أولاد الناس والدواب، وأطفلت المرأة والظبية والنعم إذا كان معها ولد طفل،المطفل ذات الطفل من الإنسان والوحش معها طفلها .

الطفل: الحاجة وأطفال الحوائج: صغارها.

الطفل:الشمس عند غروبها.

الطفل:الليل، قدح نار، السحاب الصغير[390].

الطفل المولود: [391]وولد كل وحشية أيضا ،طفل والجمع (أطفال) وقد يكون الطفل واحدا وجمعا مثل الجذٌب قال تعالى:﴿ **أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا** ﴾[392].

طفل : الطاء والفاء واللام أصل صحيح مطرد ثم يقاس عليه والأصل المولود الصغير يقال هو طفل والأنثى طفلة[393].

وما يهمنا من هذه التعاريف اللغوية هو ما يتعلق منها بالمولود ما دام صغيرا فيطلق الطفل على الولد حين ولادته حتى البلوغ،ويطلق الطفل على الواحد مذكرا ومؤنثا وعلى الجمع لأنه اسم جنس[394].

---

[390]-ابن منظور ،لسان العرب،الجزء11،دار صادر بيروت،دون طبعة،ص401-404.

[391]-أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص275/انظر الفيروز آبادي،نفس المرجع،ص1009.

[392]- سورة النور ، الآية 31.

[393]-أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،ص533.

[394]-مداني هجيرة نشيدة،نفس المرجع،ص17.

2-**الدلالة الشرعية:** تولي الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا للطفل يبدأ قبل خروجه من بطن أمه في مرحلة تكوين الجنين وتنتهي بالبلوغ[395]،وما يستقرأ من أقوال العلماء أن الطفولة هي مرحلة عمرية من الولادة حتى البلوغ،قال تعالى:﴿ **أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ**﴾ [396] ،وقال تعالى :﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ**﴾[397]، ويقال[398] طفل ما لم يراهق الحلم[399]،فالطفل هو الولد الصغير الذي لم يبلغ مرحلة الرشد أو البلوغ أو خمس عشرة سنة من عمره[400]،(هذا قول سفيان الثوري،وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق،يرون أن الغلام إذا استكمل خمس عشرة سنة فحكمه حكم الرجال وإن احتلم قبل خمس عشرة فحكمه حكم الرجال، وقال أحمد وإسحاق: البلوغ ثلاثة منازل بلوغ خمس عشرة،أو الاحتلام، فإن لم يعرف سنه ولا احتلامه فالإنبات يعني العانة)[401].

أ- وبناءا على النظرية القرآنية فإن الطفل هو: بني آدم من حين ولادته وحتى بلوغ الرشد[402]، قال تعالى:﴿**وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ**﴾[403]،و ما يؤكد ذلك حديث **عائشة رضي الله عنها** عن النبي ﷺ قال:" رفع

---

[395]-خالد مصطفى فهمي،حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007 ،ص09.

[396]- سورة النور ، الآية 31.

[397]- سورة النور ، الآية 59.

[398]- مالك إبراهيم الأحمد،سلسلة كتاب الأمة،نحو مشروع مجلة رائدة للأطفال،العدد59،دون سنة نشر،ص 41.

[399]-القرطبي،الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان،سورة النور،حكم دخول الحمامات العامة وشروطها في هذه الأزمان ،آيت31،دون صفحة،دون دار نشر.

[400]-مبارك المصري النظيف محمد،حقوق الطفل وحمايته في ضوء كليات الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة(مستخلص بحث)،دون سنة نشر،ص6.

[401]- الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترميذي،الجامع الكبير،حققه بشار عواد معروف،دار الغرب الإسلامي، طبعة 1،1996 ،المجلد3،الأحكام والوصايا،أبواب الأحكام،باب 24 ما جاء في حد بلوغ الرجل و المرأة،ص35.

[402]-مبارك المصري النظيف محمد،نفس مستخلص البحث،ص6.

[403]- سورة الحج ، الآية 5.

القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم، وعن المعتوه حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ"[404].

كما استخدم القرآن الكريم لفظ الطفل في عدة مواضع يمكن أن يفهم معناه:

قال تعالى:﴿ يا أ يُّها النَّاسُ إِنْ كُنْتُم فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ﴾.[405]

وقال تعالى:﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ﴾ [406].[407]

وقال تعالى:﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [408].

ب- الطفل في اصطلاح السنة: عن **علي** أن **رسول الله** ﷺ قال:" رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم،وعن المعتوه حتى يعقل"[409].

---

[404]-أبي بكر أحمد بن الحسيني بن علي البهيقي،السنن الكبرى تحقيق محمد عبد القادر عطا،منشورات محمد علي بيضون،دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،طبعة2003،3ن1424هـ،باب من عليه القصاص في القتل وما دونه،حديث رقم 15978 الجزء الثامن،ص75.

[405]- سورة الحج ، الآية 5.

[406]- سورة النور ، الآية 31.

[407]-جاء في المعجم الوافي لكلمات القرآن لمحمد عتريس:أن الطفل أي أطفالا هو اسم جنس وهم الأطفال الذين لم يعرفوا بعد العورة ولم يميزوا بينها وبين غيرها،الطفل هو الصغير من الأولاد ،ص577/انظر أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،تفسير القرآن الكريم،تحقيق سامي بن محمد السلامة ،دار طيبة للنشر،الرياض،الطبعة الأولى 1418هـ1997م،والطبعة الثانية 1420هـ1999م،تم إدراك فيها السقط الحاصل في المجلد الأول ،الجزء السادس،النور ،يس،الآية31،الطفل لصغرهم لا يفهمون أحوال النساء،فإذا كان الطفل صغير لا يفهم ذلك،ص49،الآية 59 من نفس السورة :تعني إذا بلغ الأطفال الذين إنما كانوا يستأذنون في العورات الثلاث إذا بلغوا الحلم وجب عليهم أن يستأذنوا على كل حال،ص83.

[408]- سورة النور ، الآية 59.

ج- الطفل في اصطلاح الفقهاء:

عند الأحناف: الصبي من حين يولد إلى أن يبلغ وعلى الرجل باعتبار ما كان قوله الاحتلام والبلوغ عندهم لغة: الوصول واصطلاحا هو انتهاء حد الصغر[410] .

والطفل هو الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم ويقال جارية طفل،وطفلة وقيل أول ما يولد صبي ثم طفل.

وجاء في كفاية الطالب(الطفل يطلق عند الفقهاء على من دون البلوغ.

وجاء في الوسيط :الطفل هو من لم يبلغ الحلم.

فإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن الطفل هو من لم يبلغ الحلم أي البلوغ فبماذا يعرف البلوغ[411]؟.

قد يكون البلوغ بالعلامة وقد يكون بالنسب وعلامة الأنثى الحيض والاحتلام والحبل وعند الذكر الاحتلام والاحبال فإذا لم يوجد شيء من هذه العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن.

قال تعالى في محكم آياته :﴿ **وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ**﴾[412]، ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد سن الطفل إذا لم تظهر عليه العلامات الطبيعية ،فيرى الشافعية ببلوغ 15 سنة،أما الأحناف والمالكية فترى أنه سن الثامنة عشر 18 [413].

---

[409]-أخرجه أبي عيسى محمد بن عيسى الترميذي،نفس المرجع،الجزء الثالث،الأحكام والوصايا،أبواب الحدود،ص93(باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد :حدثنا محمد بن يحي القطعي البصري قال حدثنا همام عن قتادة عن الحسن البصري).

[410]-محمد أمين الشهير بابن عابدين،رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود،الشيخ علي محمد معوض،قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل،دار عالم الكتب،الرياض،طبعة خاصة 1423هـ2003م،الجزء التاسع،كتاب الحجر،ص225-226.

[411]-أنيس حسيب السيد المحلاوي،نطاق الحماية الجنائية للأطفال ،دار الكتب القانونية،دار نشأت للنشر والبرمجيات مصر ،سنة النشر 2011،دون طبعة،ص23-24.

[412]- سورة النور ، الآية 59.

[413]-خالد مصطفى فهمي ،نفس المرجع،ص9/انظر أحمد علي عبد الحليم محمد،الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، القاهرة(مصر)،دار النهضة العربية،1434هـ2013م،ص9-10.

ويرى الإمام **السيوطي**[414]:أنه يجب الأخذ بالمعيارين معا إذا ظهرت العلامات الطبيعية للبلوغ في س مبكرة فإنه ينتظر حتى يبلغ الشخص 15 سنة.

وروي عن **عبد الله بن عمر** رضي الله عنهما أنه قال أن النبي ﷺ عرضه يوم أُحُد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه،و عرضه يوم الخندق وهو ابن خمسة عشر سنة فأجازه"[415].

ويقال الولد ما دام في بطن أمه فهو جنين،فإذا ولدته سمي صبيا فإذا فطم سمي غلاما إلى سبع سنين ثم يصير يافعا إلى عشر ثم يصير حزورا إلى خمسة عشر،والفقهاء يطلقون الصبي على من يبلغ[416].

3- مسميات مشتركة مع كلمة الطفل

هناك كلمات تشترك مع كلمة الطفل في المعنى ولكن لكل منها دلالة ومعنى مغاير في اللغة ومن بينها:

أ-**الصبي**:من لم يبلغ الحلم ورجل مصب ذو صبيان، قال تعالى:﴿ **فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا** ﴾[417]، والصبي[418] من لم يفطم بعد وفي المحكم: من لدن يولد إلى الفطام[419].

---

[414]-الجلال السُّيوطي(849هـ911هـ،1445م-1505م) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي جلال الدين إمام حافظ مؤرخ أديب له نحو 600 مصنف منها الكتاب الكبير،الرسالة الصغيرة ،نشأ في القاهرة يتيما من مؤلفاته:الأشباه والنظائر،الإكليل في استنباط التنزيل،الألفية في مصطلح الحديث وغيرها/انظر خير الدين الزركلي،الجزء الثالث،ص301.

[415]-أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،فتح الباري في شرح صحيح البخاري،تحقيق محب الدين الخطيب،دار الكتب السلفية،دون طبعة،دون سنة نشر،الجزء السابع،باب غزوة الخندق،ص392.

[416]-جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان، طبعة 1403،1هـ1983م،ص219.

[417]- سورة مريم ، الآية 29.

[418]-الراغب الأصفهاني،مفردات ألفاظ القرآن تحقيق صفوان عدنان داوودي،دار القلم،دار الشامية،.....،2009م، ص475، مادة صبا.

[419]-محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي،تاج العروس من جواهر القاموس،طبعة الكويت،دون سنة نشر،الجزء الثامن والثلاثون 38،(خلو عجي) فصل الصاد،ص406.

ب-الصغير: الصِّغر والكِبر من الأسماء المتضايفة التي تقال عند اعتبار بعضها ببعض فالشيء قد يكون صغيرا في جنب الشيء وكبيرا في جنب شيء آخر، وقد تقال تارة باعتبار الزمان،فيقال فلان صغير، وفلان كبير، إذا كان له من السنين أقل مما للآخر وتارة تقال باعتبار الجثة وتارة باعتبار القدر والمنزل[420].

ويقال الصغر ضد الكبر والجمع صغار، صغراء ويقال صبي من صبيان العرب إذا نهي عن اللعب أنا من الصغرة أي أنا من الصغار[421].

والصغير في الاصطلاح هو وصف يلحق بالإنسان منذ مولده إلى بلوغه الحلم[422].

ج-الولد: يقال للواحد والجمع والصغير والكبير ،قال تعالى :﴿ **فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ** ﴾[423]، ويقول:﴿ **أَنَّى يَكُونُ لَهُ وَلَدٌ** ﴾[424]، ويقال للمتبنَّى ولد قال تعالى:﴿ **أَوْ نَتَّخِذَهُ وَلَدًا** ﴾[425]، والوليد يقال لمن قرب عهده بالولادة وإن كان في الأصل يصح لمن قرب عهده أو بُعد وجمع الولد أولاد قال تعالى:﴿ **إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ** ﴾[426].

ويقول **ابن حجر**[427]: إن الولد يطلق عليه صبي وطفل إلى أن يبلغ وأما ما ذكره بعض أهل اللغة وجزر به غير واحد أن الولد يقال له : جنين حتى يوضع ثم صبي حتى يفطم... فلا

---

[420]-الأصفهاني ،نفس المرجع،ص485،مادة الصغر.

[421]-ابن منظور ،نفس المرجع،الجزء الرابع،مادة صغر ،ص458-459.

[422]-البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام،للبزدودي،مطبعة الشركة الصحافية العثمانية ،طبع دار الكتاب العربي ،بيروت،1308هـ،المجلد الرابع،ص263،والمقصود بالوصف (عارض).

[423]- سورة النساء ، الآية 11.

[424]- سورة الأنعام ، الآية 101.

[425]- سورة القصص ، الآية 9.

[426]- سورة التغابن ، الآية 15.

[427]-أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني أبو الفضل شهاب الدين بن حجر أصله من عسقلان بفلسطين مولده ووفاته بالقاهرة(773هـ،852هـ،1372م-1449م) من أئمة العلم والتاريخ،ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث من مصنفاته:الدرر الكامنة،لسان الميزان،الأحكام لبيان ما في القرآن من الأحكام،الكافي الشافي في تخريج أحاديث الكشاف،وغيرها/انظر خير الدين الزركلي،نفس المرجع،الجزء الأول،ص178.

يمنع إطلاق شيء من ذلك على غيره مما يقاربه تجوزا" إذ يمكن القول بأن كلمة ولد تطلق على الإنسان من حين الولادة إلى البلوغ [428].

د-الغلام: وهو الطَارُّ الشارب،يقال غلام بين الغلومة والغلومية ،قال تعالى :﴿ **قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ** ﴾ [429] ، والجمع غلمة وغلمان ،واغتلم الغلام إذا بلغ حد الغلومة[430].

وقال **الزمخشري**[431]: الغلام هو الصغير إلى حد الالتحاء،فإن قيل بعد الالتحاء فهو مجاز[432]، جمع الغلام غلمة والأنثى غلامة[433] ،والكهل ضدٌ أو من حين يولد إلى أن يشبّ[434].

هـ-الفتى: الأصل يقال للشاب الحديث وكذلك تقال للسخي الكريم وهو من الفتوة[435]،ويقال الفتاء أي الشباب[436].

والأصل الفتى وهو الشاب الطري الحديث السن وذكر صاحب الإكليل في تفسيره قوله تعالى:﴿ **قَالُوا سَمِعْنَا فَتًى يَذْكُرُهُمْ يُقَالُ لَهُ إِبْرَاهِيمُ** ﴾ [437]،قال بن أبي حاتم عن ابن عباس قال ما بعث الله نبيا إلا وهو شاب ولا أوتي العلم عالم إلا وهو شاب ثم تلا هذه الآية والشاب غير الطفل وبذلك فإن كلمة الفتى تطلق على الإنسان بعد مرحلة الطفولة[438].

---

[428]-سمر خليل محمود عبد الله ،حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة قدمت هذه الأطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع،جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين،2003م،ص32.

[429]- سورة آل عمران ، الآية 40.

[430]-الأصفهاني،نفس المرجع،مادة غلم،ص613.وطر الشارب أي طلع ونبت.

[431]-هو أبو القاسم محمود بن عمر بن محمد بن عمر الخوارزمي الزمخشري ولد في زمخشر (467هـ1074م وتوفي في 538هـ1143م) عالم مسلم من مؤلفاته:تفسير الكشاف المشهور ،الرائض في علم الفرائض،ومقامات الزمخشري وغيرها /انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة /الزمخشري/http ;//ar.wikipedia.org يوم 2017/03/23 على الساعة 13:12 سا.

[432]-سمر خليل محمود عبد الله،نفس المرجع،ص32.

[433]-أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،حرف الغين،ص330.

[434]مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،نفس المرجع،حرف الغين،ص1200.

[435]-الزبيدي،الجزء39،باب الواو و الياء فصل الفاء،ص208/انظر الفيروزآبادي،نفس المرجع،ص1220.

[436]-أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،كتاب الفاء،ص728.

[437]- سورة الأنبياء، الآية 60.

[438]-سمر خليل محمود عبد الله،نفس المرجع،ص32.

و-المراهق: صبي قارب البلوغ[439]، وراهق الغلام والفتاة مراهقة ،قاربا البلوغ ولم يبلغا،قارب الإحتلام[440].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي: يقول **ابن القيم[441]:**" فإذا قارب الحلم فهو يافع ومراهق مناهز الحلم،وبهذا تكون المراهقة والبلوغ لفظين متباينين لأن المراهقة تسبق البلوغ.

ز-الحدث: إن للحدث مجموعة من التعريفات ولكن تكاد جميعها تعتبر أن الحدث هو صغير السن أو حديث السن فهناك من عرفه[442].

يقال رجل حدث بفتحتين أي شاب، فإذا ذكرت السن قلت حديث السن[443]، ورجل حدث السن وحديثها بين الحداثة والحدوثة فتي[444].

كذلك يدل على شخص لم تتوفر لديه ملكة الإدراك والاختيار لقصور عقله عن إدراك حقائق الأشياء واختيار النافع منها ولا يرجع هذا القصور إلى علة أصابت عقله بل لعدم اكتمال نموه وضعف قدراته العقلية و البدنية بسبب وجوده في سن مبكرة[445].

4- الطفل في اصطلاح القانونيين (التشريع الجزائري)

---

[439]-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني،معجم التعريفات،تحقيق محمد صديق المنشاوي،دار الفضيلة،دون سنة نشر، ص174.

[440]-ابن منظور ،نفس المرجع،الجزء العاشر ،باب رهق،ص130.

[441]-شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز بن مكي زيد الدين الزرعي الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قيم الجوزية(691هـ 751 هـ،1292م-1349م) من علماء المسلمين في القرن 8هـ وله مؤلفات عديدة منها: زاد الميعاد في هدي خير العباد،بدائع الفوائد تحفة المولود بأحكام المولود الفوائد وغيرها/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة.ابن القيم الجوزية/ar.wikipedia.org/wiki// ;http يوم 2017/03/23 على الساعة 20:15 سا.

[442]-مجدي عبد الكريم أحمد المكي،جرائم الأحداث وطرق معالجتها في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية،مصر ،2009م،ص30.

[443]-أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص100.

[444]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،نفس المرجع،ص336.

[445]-بلقاسم سويقات،الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري،رسالة ماجستير في الحقوق،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،سنة 2010م،2011م،ص12.

إن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا صريحا للطفل إلا أن مفهومه يمكن استخلاصه من مجموعة من المواد القانونية :

أ-**القانون المدني**[446]: قانون **05-01** مؤرخ في 13 يونيو سنة 2005م في المادة **42**منه الفقرة الثانية "...يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

ونصت المادة**40** منه في الفقرة 2 :" أن سن الرشد تسعة عشر سنة (19) سنة كاملة".

ب-وهذا ما أكد عليه **قانون الجنسية** [447]:نصت المادة **4** منه :" أنه يقصد بسن الرشد في مفهوم هذا القانون سن الرشد المدني ".

ج- قانون الأسرة [448]: في المادة **7** منه نصت على أنه:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19سنة .."،ومادة **86** منه كذلك،" من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية ".

د-قانون العقوبات[449]:نصت المادة **49** منه على أنه:" لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية، ويخضع القاصر الذي لم يبلغ سنه من13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة ".

هـ-قانون حماية الطفل[450]: رقم **15-12** إذ نصت المادة الثانية منه في الفقرة الأولى أنه:" الطفل هو كل شخص لم يبلغ ثمانية عشر(18) سنة كاملة ويفيد مصطلح **حدث** نفس المعنى ".

---

[446]-القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية(النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي)طبعة2014،2013،بيرتي الجزائر،صدر طبقا للأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395م الموافق لـ1975/09/26 م متضمن قانون مدني المعدل والمتمم ،الجريدة الرسمية رقم78 بتاريخ 1975/09/30.

[447]-الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام1390 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970 متضمن قانون الجنسية المعدل و المتمم بالأمر 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005م.

[448]-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 م يتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

[449]-قانون العقوبات الجزائري حسب آخر تعديل قانون رقم 02-16 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016،صادر بموجب الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالأمر السابق.

[450]-القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 جويلية 2015 المتعلق بحماية الطفل ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 39 بتاريخ 19 جويلية 2015 ،ص5،المادة 2 فقرة 01.

والملاحظ أن سن الرشد في القانون الجزائري ليس واحد ويختلف من قانون لآخر فما هو السن الذي يؤخذ به وما يمكن ملاحظته أن الحد الأقصى لمرحلة الطفولة هو 19سنة، كما أن المشرع كذلك أطلق على الطفل لفظي القاصر والحدث[451] .

الفرع الثاني : المراحل العمرية للطفولة في الإسلام

إن المرحلة العمرية للطفل تربط ارتباطا وثيقا به إذ تحدد مركزه داخل أسرته والمجتمع لذلك يمكن ذكرها كالآتي :

1-تصنيف المراحل العمرية للطفل من خلال السنة النبوية الشريفة:

لقد نصت السنة النبوية الشريفة صراحة على التقسيم الثلاثي وهذا ما جاء في الحديث النبوي الشريف .

قال **رسول الله** ﷺ " الولد سيد سبع سنين، وعبد سبع سنين، ووزير سبع سنين، فإن رضيت أخلاقه لإحدى وعشرين سنة وإلا ضرب على جنبيه فقد أعذرت إلى الله"[452].

ومن خلال هذا يمكن تقسيم المراحل العمرية إلى ثلاثة مراحل:

تبدأ بمرحلة أولى تدوم سبعة سنين من الولادة ،ثم مرحلة ثانية بسبعة سنين، أما الثالثة التي تدوم سبع سنوات تنتهي في سن الواحد والعشرين.

---

[451]-وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري تطرق في المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية،الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم "يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشر ".

كما أطلق كذلك لفظ الحدث على الطفل في نص المادة 444 ق إجراءات جزائية:"لا يجوز في مواد الجنايات والجنح أن يتخذ ضد الحدث الذي لم يبلغ 18 إلا تدابير أو أكثر من تدابير الحماية والتهذيب"معناها أنه يعتبر طفلا من لم يبللغ سنة 18 سنة.

وتنص كذلك في قانون الطفولة والمراهقة أمر 72-03 مؤرخ في 1972/02/10 الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 1972/02/22 م في المادة الأولى منه:"أن القصر الذين لم يكملوا الواحد و العشرين عاما وتكون صحتهم وأخلاقهم أو تربيتهم عرضة للخطر أو يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضرا بمستقبلهم يمكن إخضاعهم لتدابير الحماية والمساعدة التربوية"،طبقا لنص المادة الطفل من لم يبلغ سن 21 سنة.

[452]-رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل الطبرسي،مكارم الأخلاق،مكتبة الألفين،الكويت،دون طبعة،دون سنة نشر،ص287/انظر حسين أحمد الخش،حقوق الطفل في الإسلام،دار الملاك للطباعة والنشر،بيروت،لبنان،الطبعة الأولى ،1430هـ2009م،ص15.

1-1-المرحلة الأولى: يطلق عليها مرحلة الحرية واللعب: حيث يمنح فيها الصغير الفرص اللازمة للحركة ومن المتطلبات المتعلقة بتنميته في توجيه قدراته وتبدأ هذه المرحلة من الولادة إلى سن التمييز المحدد في العادة في السابعة من العمر حيث يبدأ يميز بين الأوامر والنواهي .

1-2-المرحلة الثانية: وتسمى بمرحلة التأديب والتربية : وهي المرحلة التي يصبح فيها مميزا وعليه ينبغي تربيته وتوجيهه وتأهيله وتقويم أخطائه لتحضيره لمرحلة المراهقة محصنا بالدين والأخلاق وتبدأ بالسابعة وتنتهي ببداية البلوغ

1-3-المرحلة الثالثة: وهي التي تسمى مرحلة الصحة والمرافقة: والتي تمتد بين الرابعة عشرة من عمر الطفل وتنتهي في سن الواحد والعشرين من عمر هذا الطفل، ومن مميزات هذه المرحلة هي أن الطفل يصبح في حاجة ضرورية لمرافقة الطفل ومصاحبته وفهمه[453].

2- التصنيف الفقهي لمراحل الطفولة :

إن هذا التقسيم مستمد من الاجتهادات الفقهية والواقع الاجتماعي للأمة الإسلامية إذ يقسم الطفولة إلى المراحل التالية :

2-1-مرحلة الرضاعة: وهي التي فيها تهب الوالدة أو المرضعة الغذاء من صدرها، وهذا استجابة لأوامر الشريعة الإسلامية وذلك أن السنتان الأولى والثانية عظيمة الأهمية نظرا لما يحدث فيها من نمو جسمي وعقلي ووجداني إذ ينمو الطفل جسميا في هاتين السنتين إلى ثلاثة أمثال وزنه عند الولادة كما ينمو الدماغ نموا لا يعادله أي نمو في السنوات الأخرى[454]، ومرجع ذلك الآية الكريمة :﴿ **وَالْوالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** [455]﴾.

---

[453]-حسين أحمد الخشن،نفس المرجع،ص15-16.

[454]-حسن ملا عثمان،الطفولة في الإسلام (مكانتها وأسس تربية الطفل)،دار المريخ للنشر،الرياض،طبعة 1402هـ1982م، ص8-9.

[455]- سورة البقرة ، الآية 233.

2-2-مرحلة التمييز: تتميز هذه المرحلة بمميزات عامة منها:استمرار النمو بسرعة بدرجة أقل من المرحلة السابقة، وزيادة في مرحلة الحركة والنمو السريع في اللغة وتكوين مفاهيم اجتماعية ،واتساع البيئة الاجتماعية وتكوين صداقات وزيادة الإعتماد على النفس، وتعلم مهارات اللائقة لشؤون الحياة وتعلم المعايير الخلقية والقيم[456].

2-3-مرحلة المراهقة: هذه المرحلة لم يدرجها الفقه الإسلامي ولكنها وليدة الواقع الاجتماعي والإنساني إذ تتعلق بمجموعة من المتغيرات الجسمية والنفسية والاجتماعية إذ تتميز بالاندفاع والجرأة الزائدة لدى الطفل إذ تنعكس بصورة واضحة على تفكيره وميولاته وتصرفاته،وعليه فإن بناء شخصية هذا الطفل في كثير من الأوقات والأحيان يتم رفضها وانتقادها من طرف المجتمع ويعمل على تعديها وتقويمها إلى أن تصبح شخصية سوية،ولعل أهم فرق بين المراهقة والبلوغ أنها تدرج في النضج والبلوغ هو نضج انفعالي وجنسي[457].

2-4-مرحلة البلوغ: وهي المرحلة التي تنتهي فيها مرحلة الطفولة ويبدأ فيها الفرد بتحمل التكليف الشرعي والاجتماعي وذلك متى ظهرت عليه علامات معينة،مثل: ظهور ملامح النضج في الأعضاء والغدد التناسلية لدى الطفل البالغ ومن نتائجها القدرة على الإنجاب لدى الجنسين،وبداية الاحتلام لدى الطفل الذكر وبداية الدورة الشهرية أو الحيض لدى الأنثى،فإذا لم تظهر شيء من هذه العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن ومن المعلوم أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تحديد سن الطفل إذا لم تظهر العلامات الطبيعية ،إذ يرى الشافعية ببلوغ خمسة عشر سنة ،أما الحنفية والمالكية فترى أنه سن الثامنة عشر عاما[458].

---

[456]-سمر خليل محمود عبد اله،نفس المرجع،ص37.

[457]-محمد رضا فضل الله،المعلم والتربية،دار أجيال المصطفى،1995،بيروت،ص778/انظر ناصر ميزاب،مدخل إلى سيكولوجية الجنوح، عالم الكتاب،القاهرة،مصر،الطبعة الأولى،1426هـ2005م،ص63.

[458]-خالد مصطفى فهمي،نفس المرجع،ص9.

وما يمكن قوله أن الشريعة الإسلامية هي أول من ميَّز بين الصغار والكبار من بني البشر في السن تمييزا واضحا،لذلك قررت أحكاما اختلفت باختلاف السن منذ ولادة الإنسان إلى حين بلوغه سن الرشد وهي ثلاثة مراحل:

أ- **مرحلة الصغير غير المميز**:تبدأ بولادة الصغير حتى بلوغه سن السابعة من عمره.

ب- مرحلة الإدراك الضعيف:تبدأ من سن السابعة من عمر الصغير وتنتهي بالبلوغ.

ج- مرحلة الإدراك التام:و تسمى مرحلة البلوغ وتبدأ من سن الخامسة عشر أو الثامنة عشر على اختلاف بين العلماء أو بإحدى الظواهر الطبيعية التي تظهر لدى الصبي مثل الاحتلام ،إنبات الشعر لدى الذكر أو الحيض لدى الأنثى والاحتلام حد فاصل بين مرحلة الطفولة والبلوغ فهو دليل لكمال العقل فهو مناط التكليف[459].

الفرع الثالث: المراحل العمرية للطفل في التشريع الجزائري

من المعلوم أن الولادة تعتبر بداية الشخصية القانونية وبداية الحياة الإنسانية للطفل ولقد أفرد المشرع الجزائري المادة **25** من **القانون المدني** التي تنص على أنه :"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"، والملاحظ أنه:

-أن المشرع الجزائري ربط بداية الشخصية القانونية بولادة الإنسان واشترط الحياة لثبوت الحقوق والتمتع بالنظام القانوني لها.

وقسم الشخصية القانونية للطفل إلى قسمين:

- الأولى :قبل الولادة وهي شخصية إحتمالية افتراضية حكمية أو تقديرية .
- الثانية:بعد الولادة وهي حقيقية يقينية كاملة[460].

والملاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة 42 من القانون المدني على أنه لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة.

---

[459]-بلقاسم سويقات،نفس المرجع،ص9.

[460]-مداني هجيرة نشيدة،نفس المرجع،ص43.

1-وهذه المرحلة تسمى عدم التمييز أي أقل من 13 سنة وتكون فيها تصرفات الطفل حسب المادة **82** من **قانون الأسرة (05-02)** "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا لمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"،ومن خلال المادة تكون جميع التصرفات الصتادرة عن الصبي باطلة بطلان مطلق لا تنتج آثارها.

2-مرحلة من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد :طبقا للمادة **43** من **القانون المدني** "كل من لم يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد

وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وبالرجوع إلى نص المادة **83** من **قانون الأسرة(05-02)**[461] أن تصرفات الصبي إذا كانت ضاره به كانت باطلة بطلان مطلق وإذا كانت نافعة تكون نافذة أما إذا دارت بين النفع والضرر أحال المشرع ذلك إلى حالتين:

- أن تتوقف على إجازة الولي[462] أو الوصي[463].
- أو أن يُحال الأمر إلى القضاء للفصل في ذلك وهذا حسب نص المادة **84** من **قانون الأسرة (05-02)** "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءا على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

3-مرحلة سن الرشد: نصت المادة **40** من **القانون المدني**"كل شخص بلغ سن الرشد متمعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية،وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

---

[461]-"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له،و باطلة إذا كانت ضارة به،وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

[462]-الولي: أو الولاية المقصود بها هي سلطة الإشراف على شؤون متعلقة بالقاصر وتكون على :

النفس :كتعليمه وتأديبه وعلاجه ونحو ذلك تثبت للولي جبرا إلا إذا تخلف فيه شرط من شروط الولاية.

المال:إنشاء العقود والإشراف على رعايتها،وكل ما يشمل أموال الصغير الإنفاق الصرف على القاصر نفسه وقد تكون للولي أو الوصي.

[463]-الوصي:هو من أقيم مقام غيره للنظر في شؤون تركته وأمور أولاده الصغار بعد وفاته مع النظر في أموالهم والتصرف فيها بما يحفظها من الضياع والنقصان.

أي أن من خلال هذه المادة مرحلة الطفولة تنتهي ببلوغ سن الرشد المحدد بتسعة عشرة كاملة ويكون فيها أهلا لمباشرته جميع أعماله وتحمل واجباته والتمتع بحقوقه.

إلا أنه هناك اختلاف بين المنظومة التشريعية للقانون الجزائري في تحديد السن وهذا ما تم الإشارة إليه سابقا في تحديد مفهوم الطفل في القانون الجزائري.

المطلب الثاني : التطور التاريخي لحقوق الطفل

إن الطفل وديعة والديه وأمانة الأجيال المتوارثة وحق الطفل تفرضه الفطرة وتحفظه الغرائز ومن الحق الخروج إلى الكون والحق في الحياة والنمو حتى اختيار مرحلة الطفولة حسب أطوارها المختلفة ويتفرع عن هذه الحقوق حقوقا أخرى لخدمتها وهو مؤمن بالحماية والرعاية للجسد والروح والعقل حتى يكون مؤهلا للدخول في معترك الحياة.

ولقد كفلت القوانين السماوية والقوانين المختلفة في جميع الدول والقواعد والمواثيق الدولية الحماية القانونية والتشريعية لحقوقه[464].

ومن المعلوم أن فكرة الحق والحريات كانت معروفة في عصور الإمبراطوريات الشرقية القديمة في مصر وبابل أو الإمبراطوريات اليونانية القديمة،إذ كانت تسود فكرة السلطان المطلق للحكام على المحكومين دون أي حقوق للأفراد واستمرار هذا الحال كذلك في عهد الدولة الإمبراطورية الرومانية برغم ظهور القانون الطبيعي(قانون الشعوب) في تلك الفترة و الذي كان له أثر كبير في نشأة فكرة الحق والحريات[465].

والمتصفح للوثائق التاريخية التي خلّفها التنقيب عن آثار الحضارات القديمة سيجد أن الطفل تناولته كموضوع سلبي وكملكية أسرية تفرض عليه احترام أهله وطاعتهم بصورة مطلقة[466]،بالإضافة أنه لا يمكن إيجاد أية اتفاقية لحقوق الطفل في صفحات التاريخ رغم أنها هي اللبنة الأساسية والعملية تاريخية طويلة شاركت فيها مختلف الحضارات[467].

---

[464]–محمد حميد الرصيفان العبادي،نفس المرجع،ص13.

[465]–سيد محمدين،حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في مجال استراتيجيات حماية الطفولة ،القاهرة،2005،ص17.

[466]–مداني نشيدة،نفس المرجع،ص02.

[467]–هيثم مناع،حقوق الطفل (الوثائق الإقليمية والدولية الأساسية)،مركز الراية للتنمية الفكرية ،المؤسسة العربية الأوربية للنشر (باريس)،طبعة أوى،2005،دون صفحة.

الفرع الأول : تطور حقوق الطفل في بعض الحضارات القديمة

منذ العصور القديمة عرفت الحضارات حاجة الطفل إلى الطمأنينة والحماية، وحاجته إلى اللعب والحب،إلا أن الخوف على استعباد الأطفال من قبل الخصوم أو اغتصاب البنات أدى ببعض القبائل إلى التخلي والتضحية بأبنائها للآلهة أو وأد البنات حفاظا على كرامة الجماعة إلا أنه وبالرغم من هذا فإنه لا توجد حضارة إنسانية إلا وأكدت على واجب البالغين تجاه أطفالهم وقد حرص أكثر من مجتمع على توفير الأساسيات الاكتفائية للطفل وضمان احتضان الجماعة له،على الرغم من نشوء الحق الطفل بمفهومه السلبي من قبل الأقوى لتسجيل امتيازات له تفوقه عن الأضعف.

أ – **الحضارة الصينية:** يرجع تاريخها إلى عام (4241) قبل الميلاد تقريبا اعتمدت على أن العائلة أو العشيرة هما المرتكز وليس الفرد وأن الاحترام والحب المتبادل هما قاعدة تربية الطفل إذ دعت لأحكام وإقرار العدالة بين المحكومين وأن ينال كل فرد حقه وتهيئة سبل العيش للمسنين والكهول والنساء والأيتام والمقعدين من المرضى ويكون فيها لكل إنسان حقه وسنَّ **كونفشيوس**[468] خمسة أنظمة للعلاقات المتبادلة وهي:

- بين الملك والرعية.
- بين الأقارب والولد.
- بين الزوج والزوجة.
- بين الأخ وأخيه.
- بين الصديق وصديقه.

ولقد كانت نظرة الصينيين إلى البنت نظرة قاسية إذ لا يسّر بمولدها وإذا كبرت اختفت وحبست في غرفتها[469].

---

[468]–كونفشيوس :فيلسوف ومفكر صيني لقب بنبي الصين ولد 551 قبل الميلاد وتوفي 479 قبل الميلاد/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة كونفشيوس//ar.wikipedia.org/wiki/; http يوم 2017/03/26 على الساعة 13:36 سا.

[469]–هيثم مناع،مرجع سابق،دون صفحة/انظر فاطمة بنت فرج بن فرحان العتيبي،نفس المرجع،دون صفحة.

ب – الحضارة اليونانية إلى عام (1200) قبل الميلاد وهي حضارة تمتاز بالفكر الفلسفي والسياسة والقانون إلا أنها كانت مبنية على السلطة والعنف وكان الطفل يستغل كل الاستغلال لضعفه ولغياب دوره في الإنتاج إذ هو للدولة منذ ميلاده فإذا كان معوقا أو ضعيفا يؤخذ إلى البرية ويترك ليموت أما الذي يتمتع بصحة جيدة يسمح له بالبقاء ورعايته من قبل أمه مدة معينة ثم يؤخذ منها إلى مؤسسات تدريبية يتعرض لتدريب قاسي لتقويته إذ يتعرض للضرب وهذه لدى الأسبرطين.

أما أثينا فقد كانت علاقتها بالطفل أكثر إنسانية إذ تبدأ بالاحتفال بحياته ومنحه الاسم والاعتراف بشرعيته من قبل الأب وتسجيله في شجرة العائلة وترضعه أمه لعامين أو ثلاث والفتاة تلازم المنزل والصبي يخرج للدراسة وفي سن 18 تمنح له حقوق المواطن كاملة.

إلا أن هذا أبقى على نظام الطبقات الذي كان سائدا في هذا المجتمع إذ قسم المجتمع إلى أربع طبقات تبعا لدخل ثروتهم وهذا يؤثر على الأطفال فحقوقه تابعة لمركزه الاجتماعي.

ج– الحضارة الرومانية : لا نجد اختلافا جوهريا على حقوق الإنسان في الفكر الروماني بل نجد هناك تحديدا قاسيا لمسألتي التباين وعدم المساواة الطبقية فعلى الرغم من أن مفهوم "عالمية حقوق الإنسان" يبدو حاضرا في الفكرة القائلة بأنه: "ليس هناك غير طبيعة بشرية واحدة وهذه الطبيعة مستقرة في الجميع وملك للجميع والنبالة الوحيدة هي نبالة الفضالة النفسية"و على الرغم من صدور قانون الألواح إثني عشر الذي صدر في 451 قبل الميلاد[470]،إلا أنه ظل قاسيا في بعض أحكامه إذ جعل لرب الأسرة سلطة واسعة ومطلقة على أبنائه الخاضعين له تصل إلى حد الحياة أو الموت أو البيع.

إلا أنه بالرغم من ذلك فلقد كان للرومان إسهاماتهم البارزة في بلورة فكرة الحقوق الإنسانية وتطورها إذ عملوا تدريجيا على تهذيب سلطة رب الأسرة فأصبح لا يجوز له ترك أولاده والتخلي عنهم أو بيعهم إلا في حالة ارتكابهم جريمة وأجيز للأبناء التظلم أمام القضاء من تعسف الأب في استعمال سلطته كما اعترف للابن بذمة مالية مستقلة وأصبح له

---

[470]–عطاء الله فشار،حقوق الإنسان من خلال المواثيق الدولية،دار الصداقة للنشر الالكتروني،فلسطين،2013،ص15.

صلاحية اكتساب حقوقه الخاصة واعترف له بحقه في الميراث ولقد تأثرت معظم القوانين الأوربية الحديثة بالتشريع الروماني واتخذته أساسا لتشريعاتها فهو من عناصر المدينة الحديثة.

الفرع الثاني : حقوق الطفل في العصور الوسطى

تبدأ هذه المرحلة من مراحل الحقوق الإنسانية من ظهور الإسلام حتى الربع الأخير من القرن الثامن عشر الميلادي والحديث عن حقوق الطفل في هذه المرحلة يتمثل في بيان وضع هذه الحقوق في كل من الحضارتين الإسلامية والغربية.

أ- **قبل ظهور الحضارة الإسلامية:** ذلك أن حالة العرب قبل ظهور الحضارة الإسلامية تميزن بمبدأ القوة فهي منشئة الحق وتحميه وعرفت البيئة العربية كذلك بمجال الذود عن الحمى وكرم الضيافة وحسن تربية الناشئة ،إذ أعطت الأسرة أهمية متميزة للطفل الذكر وإعداده حتى يكون قادرا على شق طريقه وحماية أسرته وعشيرته وتعليمه الخصال الحميدة بالمقابل كانت البنت قبل ظهور الإسلام تمثل العار فيسى لقتلها ودفنها حية في التراب وهذا ما يسمى "بوأد البنات"[471]،ولقد استنكر القرآن هذا الفعل المشين بقوله تعالى :﴿ **وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ (8) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ**﴾[472]،و قال تعالى:﴿ **وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنْثَى ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (58) يَتَوَارَى مِنَ الْقَوْمِ مِن سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ**﴾[473].

وكان كذلك قتل الأولاد يعود لخشية الفقر كما شاع لديهم التمييز بين الذكر والأنثى لأن الطفل سيشكل الحماية للأهل ويحمل نسب آبائه وأجداده.

ب- **بعد ظهور الحضارة الإسلامية:** جاء الإسلام ليخلص العالم والبشرية من ظلمات الجاهلية والعبودية إلى نور الحق المبين فنظم أمور الإنسان في علاقته بربه ونفسه وعلاقته

---

[471]-نور الدين بن مختار الخادمي،حقوق الإنسان مقاصد الشريعة،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر،طبعة أولى،1432هـ2011م،ص108.

[472]- سورة التكوير ، الآية8-9.

[473]- سورة النحل ، الآية 58-59.

بالآخرين من بني جنسه كما قرر المبادئ الخاصة بالحقوق الإنسانية وأثبت للإنسان حقوقا ومصالح ومنافع لم يبلغها في أي قانون أو شريعة أخرى إذ جاء لخير الناس جميعا استجابة لرسالته العالمية والحقوقية والإنسانية والحضارية[474].

وإذا ما ذكرنا حقوق الطفل كجزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان فإننا نجد الشريعة الإسلامية قد وضعت القواعد الثابتة لحماية حقوق الطفل ورعايتها بكامل جوانبها وفي مختلف سنوات الطفولة إيمانا منها بخطورة هذه المرحلة واعتبارها أن الطفل من أولى فئات المجتمع بالرعاية والاهتمام إذ قدمت دستورا شاملا للطفل قررت فيه حقوقا تسبق مولده وتواكب نشأته وتستهدف حفظ بدنه وصحته وإنماء ذهنه من خلال:

1- أكدت الشريعة الاسلامية في مبادئه تكريمه للإنسان [475]وتفضيله على بقية مخلوقاته،إذ قال تعالى :﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا** ﴾[476].

2- أبقت الشريعة الإسلامية على المظاهر الإيجابية لرعاية الطفل التي كانت سائدة قبل بعثة النبي ﷺ كتدريب الطفل على الفروسية وغرس مبادئ الشجاعة والكرم في نفسه.

3- ألغت الشريعة الاسلامية كل المظاهر السلبية في معاملة الطفل التي كانت سائدة قبل ظهور الإسلام مثل وأد البنات وقتل الأولاد خشية الفقر وعدم توريث الإناث.

4- تضمنت الشريعة الإسلامية نسقا متكاملا من الأسس والمبادئ السامية التي تنظم حياة الإنسان وحدد فيها أسس رعاية الطفل وحقوقه كما سبق بمبادئه في مجال رعاية الإنسان والطفل التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية.

5- حددت الشريعة الإسلامية الأطر القانونية والأخلاقية والتربوية والشرعية التي تحدد مظاهر حقوق الطفل و كيفية رعايتها.

---

[474]-نور الدين بن مختار الخادمي،نفس المرجع،ص110.

[475]-محمد فتحي عثمان،حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني،دار الشروق،طبعة أولى،1402هـ1982م ص09/انظر عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بية،حوار عن بعد حول حقوق الإنسان في الإسلام،مكتبة العبيكان،رياض، طبعة 1427،1هـ2006م،ص35.

[476]- سورة الإسراء ، الآية 70.

وما يجدر الإشارة إليه أن الطفل حظي بالرعاية الكاملة في الإسلام وهذا ما أكدته الشريعة الإسلامية فكانت الأسبق في احترام كرامة الطفل من قبل وجوده إلى ميلاده وحتى إلى وفاته[477].

الفرع الثالث: حقوق الطفل في المجتمع الدولي المعاصر

أ-حقوق الطفل قبل ظهور الاتفاقيات الدولية

طغى على أوربا في تلك الفترة انتهاك كرامة وحقوق الإنسان من خلال التشريعات والأنظمة المستبدة الظالمة واستعباد الطبقات الأخرى وغيرها من مظاهر اللاعدل واللامساواة والإضطهاد.

فبالنسبة للطفولة في ذلك الوقت لم تكن تحظى بالعناية والرعاية بل تخضع لشتى أنواع القسوة والحرمان إذ يعامل الطفل مثل ممتلكات الأسرة ومن مواردها للأب إذ يتصرف فيه كما يشاء ،إذ كان الطفل تطبق عليه العقوبة التي تطبق على البالغ إذا سرق، ويعمل مثل البالغين في المتاجر والحقول وظل الأمر كذلك إلى صدور التشريع المدني في بعض الدول الأوربية التي جعلت قتل الأطفال جريمة تستوجب العقاب،إذ يعتبر الطفل راشد ببلوغ سبع (7) سنوات يدمج في عالم الكبار مما أدرى إلى زيادة نسبة وفيات الأطفال نتيجة ظروف العمل القاسية،وتشرد الأطفال إذ تعيش نسبة كبيرة في الشوارع ،إلا أنه ظهرت بعض الأصوات التي تنادي بنبذ الكثير من الأساليب الخاطئة في مجال رعاية الأطفال.

مثل:**جون كومّينسون**[478]: الذي أكد أن للطفل شخصيته المتميزة واعتبر أن الأطفال أعظم هبة وهبها الله للإنسان.

ب - حقوق الطفل بعد ظهور الاتفاقيات الدولية: في أواخر القرن 18 تحولت النظرة للطفل من خلال علاقات قانونية إلى النظر أنه كائن إنساني مستقل يتمتع بحقوقه وحرياته.

ولعل أهم وأبرز العوامل التي أدت إلى ذلك:

---

[477]-فاطمة بنت فرج بن فرحان العتيبي،نفس المرجع،بتصرف،دون صفحة.

[478]-يعتبر من أوائل المدافعين عن الطفولة(1592م-1671م) أنشأ مؤسسات لتعليم الأطفال له مجهودات مكثفة في سبيل توعية الأمهات بأهمية رعاية وتربية الأطفال له 20 مؤلف عن الأطفال وشؤونهم وأشهر كتبه "العالم في صور".

1- أن حماية حقوق الطفل وضرورة رعايته هو امتداد طبيعي للاتجاه المتنامي في المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان و حرياته[479].

2- أن النص على حماية الطفل وتقرير حقوقه التي يتمتع بها في الإعلانات والاتفاقيات الدولية لها تأثير بالغ على النظم والقوانين الداخلية إذ يحفز صنعوا القرارات وأجهزة التشريع في اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الطفولة مواكبة في ذلك الاتجاهات العالمية الحديثة.

3- تحمل الجماعات الدولية مسؤولية الأطفال الذين تعصف بهم ويلات الحروب والخلافات الدولية والكوارث الطبيعية.

ومن بين هذه الأمثلة:

- صدور قانون في فرنسا عام 1813م الذي منع عمل الأطفال دون 10 سنوات ونزولهم إلى المناجم،وفي بريطانيا منع نزول الأطفال دون سن 9 سنوات.

- كما أصدر القانون الألماني عقوبات بشأن الأهل الذين يسيؤون معاملة أطفالهم .

- كما أسست **إغلانتين جب:** المنظمة البريطانية غير الحكومية التي تعرف باسم **نجدة الأطفال** ،كما صاغت في عام 1923 م إعلان بسيط وقابل للتبني ليكون الأساس الأول للإعلان العالمي حول الطفل هذا النص تبنته عصبة الأمم المتحدة كإعلان عالمي عرف بإعلان جنيف عام 1924م إذ يعتبر الخطوة الأولى التي عبر فيها العالم عن حمايته ورعايته للطفولة.

ثم تزايد الاهتمام بالطفل وبحقوقه من خلال المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية إذ تأسست على المستوى الدولي:

- عام 1946م منظمة الأمم لمتحدة لراية الطفل "يونيسف".
- عام 1945م الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إذ خصصت في هذا الإعلان مادتين للحديث عن الأسرة وتكوينها والأمومة والطفولة.

---

[479]- فاطمة بنت فرج بن فرحان العتيبي،نفس المرجع،بتصرف،دون صفحة.

• عام 1959م صدر إعلان حقوق الطفل الذي يعد من أهم المواثيق الدولية التي تبنيها في مجال حماية حقوق الإنسان.

• عام 1989م إقرار إتفاقية لحقوق الطفل اعتمدت في 1989/11/20 والتنفيذ في 1990/09/2[480].

• عام 1983م صدور ميثاق حقوق الطفل العربي في إطار جامعة الدول العربية والإطار العربي لحقوق الطفل في عام 2001م.

فكان القرن 20 هو قرن الطفولة إذ اعترف فيه بحقوق الطفل في كل زمان ومكان[481].

وما يمكن ذكره أن إتفاقية حقوق الطفل اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة لأمم المتحدة رقم 44-25 مؤرخ في 20 نوفمبر 1989م إذ وقّع عليها في ذلك اليوم 61 دولة ودخلت حيِّز التنفيذ في 2 سبتمبر 1990م قد صادقت عليها 91 دول مع إبداء بعض التحفظات وبإستثناء الولايات المتحدة الأمريكية والصومال.

أما الجزائر فقد صادقت على الاتفاقية عام 1992م[482] مع التحفظ على المواد :13-14-16-17 .

كما قد صدرت إعلانات دولية مكملة لهذه الاتفاقيات منها القرار 107/52 بشأن حقوق الطفل والبروتوكولين الملحقين بالاتفاقية وهما : البروتوكول الاختياري الخاص بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام 2000م،والبروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية لام 2000م [483]،ولقد صادقت عليه الجزائر بتاريخ 27 ديسمبر 2006 بدون تحفظات.

---

[480]- جعفر عبد الأمير علي الياسين،الحماية القانونية الدولية للطفل دراسة إحصائية قانونية اجتماعية،منشورات زين الحقوقية،بيروت لبنان،طبعة2015،1م،ص33.

[481]- فاطمة بنت فرج بن فرحان العتيبي،نفس المرجع،بتصرف،دون صفحة.

[482]-مجلة الفكر البرلماني ،الجزائر ،العدد 13 جوان 2006،ص235.

[483]-وفاء مرزوق،حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية،منشورات .....الحقوقية ،بيروت لبنان،طبعة1،ص60-61.

خلاصة :

وفي الأخير نجد أن الدين الإسلامي في صدق أحكامه وأحقيقتها في توجيه الحياة كلها قد بلغ أسمى المعاني والغايات فقد قال تعالى:﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ ﴾[484]، بعيدة عن اللعب والسدى وجعل الإنسان خليفة في الأرض سخر ما يحتاجه فعليه انجاز ما أنيط به في هذه المدة وحتى لا ينقرض أودع الله ﷻ تحصنا فيه القدرة على التناسل والتكاثر وكانت وفق الشروط الشرعية التي يحددها في محكم تنزيله للولد ، وسخر له القدرة على العيش والمحافظة على هذه النعمة وهي نعمة الأطفال ، ضمن معطيات تسمح تنشئتهم في بيئة سليمة هادئة ، وكانت في جملة من المقاصد الضرورية تم ذكرها .

فالدين اوجد هذه الحقوق ووضحها وحفظها للطفل منذ كان في بطن أمه إلى ميلاده إلى وفاته وأحاطها بسياج من الرحمة والحماية ، حتى يكفل له الصلاح .

---

[484]– سورة الدخان ، آية 38.

الفصل الثالث

العلاقة بين التشريع الإسلامي (الفقه الإسلامي،الشريعة الإسلامية)

والتشريع الوضعي (القانون)

تمهيد :

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد الدنيوية والأخروية ولإصلاح شؤون الناس في العاجل والآجل إذ شرعت من الأحكام ما يناسب المقدمات والنتائج،ذلك أن علم المقاصد بعد أصولها الكبرى وأسسها العظمى وأركانها التي لا تبلى وفروعها المتغيرة حسب الزمان والمكان مراعاة لحالة الإنسان،وهذا ما يستدعي إطالة التأمل وجودة التثبت دقة النظر ورحابة وسعة الفكر والأفق ولعل استثمارها في دراسة مقاصدية قانونية تهتم بروح القانون من خلال القيم الحضارية التي يحتضنها القانون في كل زمان ومكان خاصة في وجود علاقة وثيقة بينهما من خلال توخي المصلحة والخير العام.

كما أشار **وهبة الزحيلي**[485] :"ومبنى الخير هو تحقيق المصلحة الدائمة واطمئنان كل نفس في الدنيا ومحبوب كل إنسان ، وطبيعة الخير ملازمة لرعاية المصلحة الإنسانية التي أشاد بها الفقهاء في بيان ما يعرف بمقاصد الشريعة وهي الأصول الخمس الكلية التي لا تحل في كل دين"[486]،كما ذكر كذلك:" أنه من المعلوم يقينا أن الشريعة وضعت من الخالق عز وجل لتحقيق مصالح الناس عاجلا أم آجلا،إما لدفع الضرر والفساد عنهم،كما دل الاستقراء التام و تتبع موارد الأحكام وأرشدت إليه النصوص الشرعية"[487]، ومن جهة أخرى ان الخير العام يعد من الغايات الإنسانية التي يهدف ويرمي إليها القانون ذلك أن المجتمع بدون قانون لا يحي ، والقانون هو قوام المجتمع إذ هو الوسيلة والنظام والتعبير عن الحضارة فهو عادل يكفل الحريات للأفراد ويحقق الخير والنظام العام فأين يمكن هذا التناسق بينهما ؟.

---

[485]–وهبة بن مصطفى الزحيلي(ولد في 1932م وتوفي في 8 أوت 2015م) ولد في دير عطية نواحي دمشق سوريا ،هو أحد علماء السنة في العصر الحديث،عضو المجامع الفقهية في مكة وجدة والهند وأمريكا والسودان ومن مؤلفاته:الوجيز في الفقه الإسلامي،موسوعة الفقه الإسلامي،موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة وغيرها/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة/وهبة .الزحيلي/ar.wikipedia.org./wiki//; http يوم 2017/04/05م على الساعة 18:25 سا.

[486]–وهبة الزحيلي،قيمة الخير العام والمصالح الإنسانية في القرآن وإدراكات الفقهاء،الندوة الثالثة عشر لتطور العلوم الفقهية في سلطنة عمان،الفقه الإسلامي:المشترك الإنسانيو المصالح،6–9 نيسان (أبريل)،2014م،ص03.

[487]–وهبة الزحيلي،نفس المرجع،ص06.

المبحث الأول : مفهوم القانون الوضعي والفقه الإسلامي

من خلال هذا المبحث نستعرض الدراسة ، مفهوم كل من القانون الوضعي والفقه الإسلامي من خلال إبراز أهم النقاط المتمثلة في ذكر الخصائص والمصادر وغيرها وهذا ما بينا سرده بنوع من التفاصيل.

المطلب الأول : مفهوم القانون الوضعي

إن من الحقائق المسلم بها أن الإنسان كائن إجتماعي بطبعه إذ لا يستطيع العيش بمفرده تدفعه غريزته إلى العيش مع غيره،وهذا منذ فجر تاريخه وذلك كون أن الاجتماع ضرورة إنسانية تكفل التعاون مع أبناء جنسه على تحقيق الضرورات المادية لبقاء حياته بالمقابل هو كذلك ضرورة نفسية لأن النفس البشرية لا يمكنها أن تحبس في عزلة ،هذه الحياة الجماعية تنشأ علاقة بين الأفراد قد تكون عائلية أو مالية أو سياسية أو غيرها من العلاقات التي تحقق له رغباته وتقضي حاجاته.

إلا أن هذا السعي وراء الحقوق قد يتعارض مع مصالح غيره فكان لزاما أن نظم هذه العلاقات حتى لا تسيطر الأهواء والمصالح إذ يجب أن تكون مقيدة بقيود تمنع أن تسود الفوضى واللاإستقرار وتكفل التوافق بين المصالح المتعارضة من خلال وضع ضوابط تحكم الأفراد ويتعين عليهم احترامها والخضوع لها وبهذه القواعد يتكون القانون[488].

الفرع الأول : تعريف القانون

أ – الدلالة اللغوية: لفظ **القانون** ليس عربيا[489]،والقانون الأصل والجمع قوانين[490]،والقانون مقياس كل شيء[491]، فقانون الشيء مقياسه وبهذا المعنى استعمل في العلوم الطبيعية إذ يقال قانون الطفو على الماء،وقانون الجاذبية الأرضية،أي مقياس ذلك وهو على هذا يعبر عن أمر استقام على وتيرة واحدة ونظام ثابت معين[492].

---

[488]–محمد حسن قاسم،مبادئ القانون المدخل إلى القانون الالتزامات،دار الجامعة الجديدة،2002م،ص9–10.

[489]–أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص377 حرف القاف.

[490]–أحمد بن محمد بن علي الفيومي،المصباح المنير في غريب شرح الكبير ،مكتبة لبنان،1987،ص198،كتاب القاف.

[491]–مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،نفس المرجع،ص1375،حرف القاف.

[492]–عبد الناصر توفيق العطار،مدخل لدراسة القانون و تطبيق الشريعة الإسلامية،الطبعة2،دون سنة نشر،ص9.

وعند اليونان(KANUN) بمعنى العصا المستقيمة ويستخدم هذا اللفظ مجازا للتعبير عن القاعدة والقدوة والمبدأ[493] ،ويعبّر عنها في اللغة الفرنسية بكلمة DROIT وتقابلها بالإيطالية DIRITTO وفي الألمانية RECHT...الخ[494].

ب – الدلالة الإصطلاحية:هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الإجتماعية والتي تفسر الدولة على إتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء أو أن يقال أنه :"مجموعة من القواعد التي تقيم نظرة المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه والتي تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والإلزام"[495].

إلا أن القانون قد لا ينصرف إلى هذا المعنى فقد يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم مسألة معينة فيقال مقالة: قانون المحاماة ،قانون تنظيم الجماعات أو قانون المباني،وهنا ينصرف يكون بمعنى القانون أضيق من المعنى السابق إذ يقصد به التشريع فقط وهنا يقصد به استعمال كلمة القانون في معنى التشريع.

وقد يطلق اصطلاح القانون للدلالة على فرع معين من فروع القانون فيقال القانون المدني وقانون العمل... ويقصد بذلك مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد في مجال معين في مجال المعاملات المدنية أو في مجال علاقات العمل[496]، وهنا يعني استعماله في معنى التقنين ،كما يقصد به في القانون الوضعي ويقصد بإضافة هذه الصفة له للتعبير عن القانون السائد أي المعمول به فعلا في بلد ما وفي وقت معين إذ نقول:القانون الوضعي الجزائري الحالي وتوحي كلمة (الوضعي) المقابلة بين القانون الذي يضعه الإنسان والقانون السماوي الذي هو من وضع الله.

---

[493]–رمضان محمد أبو السعود،همام محمد محمود زهران،مبادئ القانون المدخل للقانون والالتزامات،دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية مصر ،2003،ص05.

[494]–حبيب إبراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص15.

[495]–رمضان محمد أبو السعود،همام محمد محمود زهران،نفس المرجع،ص06.

[496]–حسن قاسم ،نفس المرجع،ص10.

ويعبر عن القانون الوضعي لبلد معين باصطلاح القانون الوطني DROIT NATIONAL وهو يقابل القانون الأجنبي DROIT ETRANGER ويقصد بهذا القانون الوضعي لبلد أجنبي[497].

ج – خصائص القاعدة القانونية: تتلخص خصائص القاعدة القانونية في ما يلي:

1–قاعدة سلوك: ولها معنيان:

أ– كون أن غرض القاعدة القانونية هو تنظيم سلوك الفرد بغيره باعتبار أن القيم محل الحماية لا تتأثر بما يعتمل في النفس دون أن يقترن بها سلوك خارجي، فإن اهتمامها ينصرف إلى السلوك الخارجي للأفراد دون نواياهم ،فالقانون لا يتحرك إلا إذا صدر سلوك خارجي يمثل اعتداءا فعليا على القيمة محل الحماية أو التنظيم ومع هذا فالقانون لا يعتد بالنوايا إذا لم ترتبط بالسلوك الخارجي،و لم يأخذ في سبيل تحقيق رغبته أي مسلك خارجي يهدد حياة الشخص الآخر[498].

وخلاصة هذا أن العبرة بالنية والمقصد إذا ما صدر سلوك خارجي من الشخص ومثاله قد يضمر الشخص الحقد للآخرين بل وقد يعزم على قتل غيره ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل طالما بقيت هذه الأمور في عالم النية والضمير ولكن إذا اتخذت مظهرا خارجيا ظهر في شكل تعدٍّ على الغير بالضرب والقتل مثلا تدخل القانون.

ب– أما بالنسبة أنه قواعد:ذلك أنها تهدف إلى توجيه وتقويم السلوك إذ قد يكون بصيغة مباشرة كما هو الشأن أن تتضمن القاعدة أمرا أو نهيا مثل النهي عن الإعتداء على الأرواح والأموال.

أو أن تتضمن توجيه السلوك بطريقة غير مباشرة كأن تتضمن القاعدة تعريفا أو تنظيما شأن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي.

2–أنها قاعدة عامة ومجردة: فالمقصود بالعمومية أنها لا توجه إلى شخص معين بالذات،ذلك أن حكمها يسري على جميع الأشخاص المناطين بها وعلى جميع الوقائع التي

---

[497]–حبيب ابراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص19–20.

[498]–نبيل إبراهيم سعد،همام محمد محمود،المبادئ الأساسية في القانون نظرية القانون نظرية الحق،نظرية الإلتزام،ص16.

ترد بمضمونها[499]، وهذا بناءا على صفات وشروط يلزم القانون توافرها حتى يتم تطبيقه وتظهر صفة التجريد فيه من حيث أن نشوءها لا يتعلق بشخص معين وبالتالي تبقى القاعدة القانونية قائمة مهما بلغ عدد تطبيقاتها على الأشخاص والوقائع طالما توفرت الشروط المحددة فيها.

وبهذا يكون الارتباط حتمي بين التجريد والعمومية إذ تنشأ القاعدة القانونية مجردة وتكتسب نتيجة هذه الصفة العمومية عند تطبيقها على الأشخاص والوقائع.

مثاله: م **(40)**[500] من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بكمال الأهلية لكل إنسان يبلغ 19 سنة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه فهذه القاعدة لا تتعلق بشخص واحد وإنما تتعلق وتنطبق على كل إنسان تحققت فيه هذه الصفات[501].

كما أن القول بعمومية القاعدة القانونية هذا لا يعني أنها تنطبق بصفة مطلقة على الناس كافة بل قد تحدد من حيث الأشخاص كما قد تحدد من حيث الزمان والمكان فقد تتوجه إلى طائفة معينة من الأشخاص كالمحامين والتجار أو الساسة باعتبار الصفة لا الذات ومع ذلك تكون قاعدة قانونية لأنها لم تفقد صفة العمومية والتجريد، وقد تتوجه إلى فرد واحد فقط مثاله:القواعد التي تنظم مركز رئيس الجمهورية أو مدي الجامعة أو رئيس القضاة ومع هذا تعتبر قاعدة قانونية لأنها لا تتوجه إليهم بذواتهم[502] بل تتوجه بصفاتهم سواء في الحاضر أو في المستقبل.

3-قاعدة اجتماعية: ويستفاد من هذا أمران:

- أنه لا قانون بغير مجتمع ولا مجتمع بلا قانون إذ لا حاجة لقانون في غيبة المجتمع ولا غنى عنه في وجوده.

---

[499] عبد الناصر توفيق العطار،نفس المرجع،ص16.

[500] -نص المادة :"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"

[501] -حمزة خشاب ،مولود ديدان،نفس المرجع،ص15-16.

[502] - عبد الناصر توفيق العطار،نفس المرجع،ص16.

ذلك أن القانون يتولى تنظيم العلاقات الاجتماعية التي بين الأفراد ويقتضي لهذا أن يكون لهذه العلاقة مظهر خارجي معين،فإذا كانت الدولة هي الشكل الحديث للمجتمع السياسي المنظم فإنه لا يجوز أن يفهم أن القانون معاصر في نشأته لها بل هو أقدم منها باعتباره معاصرا لوجود الجماعة المنظمة في أبسط صورها والتي تملك فرض احترام القاعدة بتوقيع الجزاء على من خالفها وذلك في تطورها من الأسرة،العشيرة،القبيلة،الإقطاعية إلى الدولة في مفهومها الحديث.

- أن لكل مجتمع تنظيم قانوني خاص،ذلك أنه يختلف باختلاف البيئة محل التنظيم بحسب الوقائع على تنوعها،إذ تتناثر القاعدة القانونية بما يروج في المجتمع من سلوكات وآراءات فمثلا هناك قواعد قانونية تبيحها في مجتمع معين ولا تبيحها في مجتمع آخر[503].

4-قاعدة ملزمة(اقترانها بجزاء): يعتبر الجزاء العنصر المميّز للقاعدة القانونية يتسم بأنه يأخذ مظهر مادي من ناحية ويوقع من جانب السلطة العامة بمالها من سلطة الأمر والنهي من ناحية أخرى، فيتحقق بذلك فاعلية الجزاء،كما يتحقق توحيد جهة توقيعه لذلك يعد الجزاء بهذا المفهوم العنصر المميز للقاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية التي يتراجع عنصر الجزاء فيها إلى مجرد المعاملة بالمثل واستنكار الجماعة واستهجانها كما هو الشأن في قواعد المجالات والتقاليد[504].

وعليه يمكن القول "أن الجزاء هو القلب النابض للقاعدة القانونية وهو من يضمن لها سيادة و يبعث فيها ديناميكية التنفيذ ودونه تظل القاعدة مجرد عبارات لا نجد تطبيقا لها سواء من طرف الأفراد أو الهيئات"[505].

وللجزاء صور مختلفة باختلاف نوع القاعدة القانونية وطبيعة العلاقة محل التنظيم كما يتدرج بحسب القيمة الاجتماعية محل التنظيم.

---

[503]-حمزة خشاب،مولود ديدان،نفس المرجع،ص17.

[504]-نبيل إبراهيم سعد،همام محمود محمد،نفس المرجع،ص21.

[505]- حمزة خشاب،مولود ديدان،نفس المرجع،ص19.

1-الجزاء الجنائي:يمثل الجزاء في الإعدام،السجن المؤبد،السجن المؤقت،الحبس،الغرامة[506]، وهذه عقوبات أصلية ،أما العقوبات التكميلية فهي : الحجز القانوني،الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية،تحديد الإقامة،المنع من الإقامة، المصادرة الجزئية للأموال،المنع من ممارسة مهنة أو نشاط،إغلاق مؤسسة ....وغيرها[507].

2-الجزاء المدني: يتقرر عند الاعتداء على حق خاص أو المنازعة فيه وهو بحسب الأصل جزاء إصلاحي أو رفع الضرر المترتب على الإعتداء على الحق بالتنفيذ العيني أو إعادة الحالة إلى ما كان عليها أو التنفيذ بمقابل.

وقد يجتمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني بالنسبة لذات المخالفة حيث يكون للفعل المسبب لضرر الغير وصف الجريمة بأن يوقع مرتكبها عقوبة جنائية ويلزم في نفس الوقت بتعويض المجني عليه جبرا لما أصابه من ضرر[508].

3- **الجزاء الإداري:** وهو الذي يرتب على مخالفة قواعد القانون الإداري وذلك يكون بسبب إهمال الموظف في أداء عمله أو انقطاعه عنه دون مبرر أو عذر ويتمثل الجزاء في خصم المرتب أو الحرمان من الترقية أو العلاوة أو الفصل من العمل.

4- **الجزاء السياسي:** وهو الذي يكون عند مخالفة القواعد الدستورية التي تعتبر أسمى القواعد القانونية في الدولة وتتميز هذه الصورة بأنها تحمل مضمونا أكثر اتساعا م مضمون فكرة الجزاء السالف الذكر كون أنها ترجع إلى طبيعة العلاقة التي يحكمها القانون الدستوري عن طبيعة العلاقة التي تحكمها الفروع الأخرى للقانون ويتمثل الجزاء السياسي في:

- إهمال المسؤولية الوزارية للحكومة أمام البرلمان.

---

[506]-نصت المادة 5 من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006: "العقوبات الأصلية في مادة الجنايات 1)الإعدام،2)السجن المؤبد،3)السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات و20 سنة ،والعقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:1)الحبس مدة شهرين إلى 5 سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا اخرى،2)الغرامة التي تتجاوز 20.000دج،العقوبات الأصلية في مادة المخالفات :1)الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر الغرامة من 2000دج إلى 20.000دج.

[507]-المادة 9 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 الفصل الثاني العقوبات التكميلية.

[508]-نبيل إبراهيم سعد،همام محمود محمد،نفس المرجع،ص21-22.

- وفي حق رئيس الدولة في حل مجلس الأمة.
- ثورة الرأي العام بالتظاهر وإثارة الإضرابات[509].

د – مكانة القاعدة القانونية وأهميتها:إن القاعدة القانونية لا تستقل وحدها في تنظيم السلوك داخل المجتمع بل يشاركها في ذلك العديد من القواعد الاجتماعية الأخرى مثل:المجاملات،التقاليد،و الأخلاق،الدين.

ونجد أن التنظيم القانوني يختلف عن القواعد الاجتماعية الأخرى من حيث التنظيم وطريقته ذلك أنه نجد أن: نطاق التنظيم بالنسبة للقانون أضيف بالمقارنة بالقواعد الاجتماعية وتفسير ذلك أن القانون لا يتدخل بالتنظيم إلا في الأمور التي يقدرانها تمس القيم الاجتماعية في وقت معين،تاركا تنظيم الأمور الأقل أهمية في سلم القيم الاجتماعية للقواعد الاجتماعية الأخرى، والملاحظ أن الحدود بين التنظيم القانوني والقواعد الاجتماعية هي حدود مرنة متغيرة باختلاف المجتمعات والأزمنة وحسب ما يطرأ من تغير على القيم الاجتماعية.

أما بالنسبة لطريقة التنظيم: نجد أن التنظيم القانوني يقوم على الإلزام المدعم بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة توفيرا لاحترام القيم الاجتماعية الأساسية إذ يجبر الفرد المخاطب بها على احترام تنظيمها ويفرض العقاب عند مخالفتها أما بالنسبة لتنظيم القواعد الاجتماعية الأخرى فيعتمد بالدرجة الأولى على الاحترام التلقائي له المحكم بالجزاء المعنوي المتمثل في الاستنكار والمعاملة بالمثل[510].

ولعل الإنسان كونه كائن مدني واجتماعي بالفطرة فهو لم يستغن عن القانون عبر التاريخ ففي كل مكان كان يعيشه نجد قانونا خاصا به يسير عليه في معاملاته وهذا القانون يختلف بالضرورة في أحكامه وإلزامه ومدى تمامه تبعا لاختلاف المكان ذلك أنه لكل دولة

---

[509]–السيد محمد السيد عمران،الأسس العامة في القانون المدخل إلى القانون،نظرية الالتزام،مكتبة الحقوق ،جامعة الاسكندرية،1998–1999،ص17.

[510]– نبيل إبراهيم سعد،همام محمود محمد،نفس المرجع،ص23–24/انظر رمضان محمد أبو السعود همام محمد محمود زهران،نفس المرجع،ص26–27.

قانونا خاصا بها يميزها عن غيرها،و لكن مهما تباينت واختلفت القوانين في أحكامها وفي درجة كمالها،فالفلسفة والفكرة التي دعت إلى قيامها واحدة لا تتغير بتغير الزمان وهي أن القانون حتمية لقيام الجماعة ولاستمرارها فهو أداة لتحقيق أهدافه التي توجهها طبيعته الخيرة والاجتماعية[511].

وعليه يتبين لنا أن وظيفة القانون ومهمته الأساسية هي إيجاد التوازن بين الحريات الاجتماعية وضبط حركية المجتمع وتنظيمها مما يكفل الاستقرار والأمن على نحو يضمن البقاء والارتقاء.

الفرع الثاني : مصادر القاعدة القانونية

أ – المصادر المادية :

يقصد بمصدر المادة الأولية التي يتكون منها وتعني الحقائق التي تعطي قواعده مضمونها فهو أصلها وجوهرها[512]،فالقاعدة القانونية تستمد قوتها الملزمة من مصادر مختلفة هي:

1– **المصدر المادي للقانوني:** ويقصد به مجموع الوقائع المادية التي تستمد من الواقع الاقتصادي ،السياسي،الاجتماعي...الخ.

فالقاعدة التي تحدد ساعات العمل تجد مصدرها المادي في جهد الإنسان وإرهاقه بعد مرور عدد معين من الساعات.

2– **المصدر التاريخي:** أن القانون يعد تطور تاريخي مستمر بين الماضي والحاضر وهو في تطور مستمر وبدونه لا ينشأ القانون، فالقانون الإداري مثلا يعود مصدره إلى تاريخ القانون الإداري الفرنسي.

3– **المصدر الرسمي للقانون(** المنشئة **):** ويقصد به المصدر الشكلي أي السبب المنشئ للقاعدة القانونية و الذي يضفي عليها وصف الإلزام

---

[511]–دينيس لويد،فكرة القانون،تعريب سليم الصويص،مراجعة سليم بسيسو،عالم المعرفة،الكويت،سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب،صدرت في 1978 رقم 47،ص18.

[512]– حمزة خشاب،مولود ديدان،نفس المرجع،ص55/انظر حبيب إبراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص123.

وتختلف مصادر القانون حسب تدرج القوانين لكل دولة والمشرع الجزائري حدد المصادر الرسمية للقانون في المادة الأولى من القانون المدني على ذلك[513].

ويستخلص من هذا النص أن المصادر الرسمية أو الشكلية للقانون الجزائري هي التشريع وهو المصدر الرسمي الأول،أما المصادر الرسمية الاحتياطية: مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف،مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهذا الترتيب ملزم حسب المادة[514].

4- **المصدر التفسيري للقانون:** ويقصد به الجهة المنوطة بها تفسير القانون عند غموضه ويعتبر الفقه وأحكام القضاء من المصادر التفسيرية للقانون الجزائري.

ب - المصادر التشريعية :

أولا : التشريع L'EGISLATION[515]

1- مفهوم وخصائص التشريع: إن للتشريع معنيين:

أ- **المعنى الضيق:** ويقصد به القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة التشريعية في شكل قانون، والسلطة المختصة بذلك في الدولة وهي السلطة التشريعية متمثلة في البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة).

ب- المعنى الواسع: فهو القواعد القانونية العامة التي تشتمل إلى جانب القوانين الصادرة عن البرلمان مختلف الأنظمة واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية في شكل قرارات ومراسيم ...الخ.

لذلك نجد أن التشريع عبارة عن قواعد قانونية في شكل نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص داخل المجتمع بواسطة سلطة مختصة ووفق إجراءات مقررة لذلك[516]،مما يجعله يتميز بمجموعة من الخصائص تتمثل أساسا في:

---

[513]-م 1 من القانون المدني الجزائري:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف،فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

[514]-محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص33-34.

[515]-م.ط.يعقوبي معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري،قصر الكتاب،بليدة،طبعة2010،4م،ص:13.

1-يجب أن يكون موضوع التشريع قاعدة قانونية يسعى لتنظيم سلوك الأفراد،ذلك أنه هناك بعض الأحكام التي لا تتصف فيها خصائص القاعدة القانونية مثال: قرارات الترقية الصادرة عن رئيس المجلس الوطني أو رئيس مجلس الأمة فهذا لا يعد تشريعا رغم صدوره من السلطة التشريعية.

2-يجب أن يصدر في صورة مكتوبة يعني أن يكون في وثيقة مكتوبة مع مراعاة الشكلية والإجراءات المحددة قانونا من قبل السلطة المختصة.

3-يجب أن يصدر عن السلطة المخول لها صلاحية وضع التشريع وهذه السلطة تتمثل في السلطة التشريعية[517].

2- مزايا وعيوب التشريع:

يعتبر التشريع مصدر من المصادر المواكبة للتطور وذلك من خلال ما يتميز به من شرعية تستلزم لتسيير شؤون الأفراد:

I- تظهر مزاياه من خلال:

أ - أنه يصدر من حيث الأصل في شكل قواعد واضحة أي أنه مكتوب لا يحتاج إلى إثبات إذ يساهم في إرساء دعائم السلم الاجتماعي وبعث الاستقرار بين الأفراد[518].

ب - التشريع أداة لوحدة القانون: إذ صدوره في شكل مكتوب يسمح باجتناب الغموض والاضطراب والتعبير عن إرادتها تعبيرا واضحا دقيقا.

ج - التشريع استجابة سريعة لضرورات المجتمع أي أن المشرع كلما دعت الضرورة سن قوانين استجابة للتحولات،وذلك للتنقيح أو التعديل أو الإلغاء.

د - التشريع يمكّن من الاستعانة بقوانين أجنبية أي اقتباس قواعد قانونية من قوانين أجنبية[519].

---

[516]-عمار بوضياف،المدخل إلى العلوم القانونية،(نظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)،دار جسور الجزائر ،طبعة4 ، 2014،ص130.

[517]-حمزة خشاب،مولود ديدان، نفس المرجع،ص71.

[518]-محمد السيد عمران،نفس المرجع،ص50.

[519]- حمزة خشاب،مولود ديدان، نفس المرجع،ص72-73/انظر عمار بوضياف،نفس المرجع،ص131-132.

2- **أما عيوبه فتظهر من خلال:**

أ- قد يكون التشريع غير ملائم لظروف المجتمع لأنه من إنشاء سلطة مختصة تتحكم فيه بإرادة واعية.

ب- كما قد يتخلف عن مسايرة التطور أي يبقى جامد في مكانه دون أن يتماشى مع التطور داخل المجتمع.

ج- في العديد من الأحيان يكون ذا مصطلحات غامضة دون تحديد معناها.

والملاحظ أن مزايا التشريع تفوق إلى حد كبير العيوب إذ يعد المصدر الخصب للقاعدة القانونية التي تلائم الدول الحديثة حيثما تعقدت مظاهر النشاط الاجتماعي وزادت المعاملات[520].

II-أنواع التشريع:

تختلف التشريعات في قوتها وطريقة سنِّها بحسب السلطة المصدرة لها، ويمكنه أن نجملها في 3 أنواع:

أ- التشريع الأساسي: ويتمثل في الدستور.

ب- التشريع العادي:القانون.

ج- التشريع الفرعي:اللوائح.

والتشريع الأسمى في الدولة هو الدستور وبالتالي يجب عند صدور القانون أن يكون طبقا له وعدم مخالفته لأحكامه.

1-**التشريع الأساسي:الدستور CONSTITUTION:**

الدستور هو أعلى أنواع التشريعات في الدولة،إذ يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة فيها كما تحدد حقوق الأفراد السياسية وحرياتهم العامة وواجباتهم.

أ- **طريقة وضعه:** تختلف الدول في طريقة وضع الدستور حسب نظامها السياسي:

---

[520]-محمد السيد عمران،نفس المرجع،ص52/انظر عمار بوضياف،نفس المرجع،ص132-134.

أ-**1/ الأسلوب الديمقراطي:**إذ تظهر مساهمة الشعب في وضعه وذلك من خلال:

- وجود جمعية تأسيسه سواء كانت منتخبة أو معينة لتمثيل الشعب.

- عرض مشروع الدستور على الاستفتاء الشعبي.

أ-**2/ الأسلوب غير الديمقراطي:** وله صورتان:

-المنحة:إذ يكون في شكل منحة من الحاكم إلى شعبه.

-العقد: يكون في شكل اتفاق بين ممثلي الشعب والحاكم[521].

2-**التشريع العادي:القانون LA LOI [522]**

يقصد به مجموعة القواعد العامة والمجردة التي تسنُّها السلطة التشريعية "ممثلة في البرلمان" في حدود اختصاصها المبين في الدستور م **112** من الدستور الجزائري[523].

"يمارس السلطة التشريعية البرلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة،و له السيدة في إعداد القانون والتصويت عليه".

ب- مراحل التشريع: يمر وضع القانون وسّنه بالمراحل الأساسية التالية:

1-المبادرة بالقانون: نص الدستور على حق الحكومة وكذا أعضاء المجلس الشعبي الوطني بشروط معينة نصت عليها م **136** دستور 2016م[524]،وعليه من خلال المادة يتم المبادرة بالتشريع عن طريق :

---

[521]-حبيب إبراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص132/انظر محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص38/انظر حمزة خشاب،مولود ديدان،نفس المرجع،ص74/انظر رمضان أبو السعود،همام محمود زهران،نفس المرجع،ص180.

[522]- م.ط يعقوبي،نفس المرجع،ص19.

[523]-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/7(جريدة رسمية /8/76 ديسمبر 1996)

قانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل سنة 2002 جريدة رسمية رقم25 في 14 أفريل 2002م

قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 جريدة رسمية رقم 63 في 16 نوفمبر 2008م

قانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016م جريدة رسمية رقم 14 في 7 مارس 2016م.

[524]-136 تعديل دستور 2016م"لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين:

-تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها 20 نائبا.

-تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني".

- مبادرة الوزير الأول بمشروع قانون مع مراعاة أحكام المادة **137** الفقرة الأولى[525].
- مبادرة النواب:اقتراح قانون حسب المادة **01/136**.

2- مصادقة البرلمان: وهذا بعرض المبادرات التشريعية على الهيئة التشريعية للتصويت عليها ويتم الموافقة عليها عادة بالأغلبية المطلقة، وذلك بالحصول على تأييد أكثر من نصف أعضاء الهيئة الحاضرة.

وموافقة الهيئة التشريعية تعتبر المرحلة النهائية لسن التشريع،كما خولت حق الإعتراض لبعض الهيئات وذلك من خلال ميعاد معين يترتب عليه إعادة مناقشة المبادرة من جديد وهذا ما نجده في المادة **138** من تعديل دستور 2016 و م **145** منه[526].

ج - التشريع بالأوامر: الأصل أن يشرع البرلمان لكن هناك عدة حالات تسمح لرئيس الجمهورية أن يشرع فيها بموجب إصدار أوامر حسب نص م **142**[527] من تعديل دستور 2016م،من بين هذه الحالات:

- حالة شغور المجلس الشعبي الوطني نتيجة حله مثلا من طرف رئيس الجمهورية.
- أثناء المدة التي تفصل بين دورتي البرلمان إذ يعقد البرلمان دورتين في السنة .
- الحالات الإستثنائية التي تهدد أمن الدولة أو النظام العام.

د-التشريع الفرعي:LA REGLEMENTATION [528]

---

[525]-م 1/137:" يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه".

[526]-م 145 التعديل 2016:"يمكن لرئيس ج أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون 30 يوما الموالية لتاريخ إقراره".

[527]-م 142:"لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الأمة، ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليه.

-تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

-يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور ،تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء.

وهو تشريع ثانوي يصدر من السلطة التنفيذية بمقتضى ما يضعه لها الدستور من اختصاص ويسمى ما تصدره باللوائح والتنظيمات إذ تكون عادة مكملة وشارحة لتنفيذ القانون وهذا ما يقتضي عدم مخالفتها له.

أنواع اللوائح: ولها 3 أنواع

لوائح تنظيمية:وهي التي تختص بتنظيم المصالح والمرافق العامة حسب م **143**[529] من التعديل الدستوري.

لوائح تنفيذية: وهي التي تضعها السلطة التنفيذية (الوزير الأول) حسب م **01/143**[530].

لوائح الضبط الإداري: وهي التي تضعها السلطة التنفيذية للحفاظ على النظام العام بعناصره الثلاثة:الأمن العام،الصحة العامة،السكينة العامة[531].

هـ-نفاذ التشريع: إن نشر القانون بالجريدة الرسمية JOURNAL OFFICIEL[532] هو الذي يجعل القانون نافذا وساري المفعول وواجب العمل به، وتحديد تاريخ النشر يرجع إليه في تحديد موعد نفاذ القانون وغالبا ما يكون اليوم التالي على النشر في الجريدة الرسمية وبهذا نجد أن المادة **4** من القانون المدني تنص على ذلك[533].

إلا أن الجريدة الرسمية تغني عن طرق الإعلام الأخرى كنشر التشريع في الصحف اليومية أو الأسبوعية أو الإعلام عنه بواسطة الإذاعة والتلفزيون حتى وإن كانت هذه الوسائل تساعد بصورة فعالة في تمكين الناس من العلم به والإحاطة بأحكامه[534].

---

[528]-ابتسام العرام،المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري،قصر الكتاب،البليدة،ص238.

[529]-م 143:"يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون...".

[530]-"....يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

[531]-محمد الصغير بعل،نفس المرجع،ص49.

[532]-ابتسام القرام،نفس المرجع،ص18.

[533]-م4 من القانون المدني تنص على:" تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداءا من يوم نشرها في الجريدة الرسمية:

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة و يشهد على ذلك ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

[534]-حبيب إبراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص137-138.

كما يستطيع الاعتذار بجهل القانون في حالة وصول الجريدة الرسمية إلى منطقة معينة بسبب القوة القاهرة كالحروب أو الفيضان أو الزلازل وهذا إنشاء لمبدأ أن الأصل كافة الأفراد على علم بالتشريع بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ،ويعتبر تشريعا لازما[535]،م **74** من تعديل الدستور 2016 م الفصل الخامس الواجبات[536].

ثانيا- مبادئ الشريعة الإسلامية:

تقرر المادة الأولى من القانون المدني أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثاني لقواعد القانون ذلك أنه القاضي إذا لم يجد نصا تشريعيا حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام والقواعد التي تجد مصادرها في:

أ-القرآن الكريم ،

ب- السنة النبوية الشريفة.

وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا لبعض القواعد القانونية مثل: قانون الأسرة:رقم **84-11** مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 م المعدل بالأمر **05-02** المؤرخ في 27 فبراير 2005م مثل الخطبة، الزواج،النسب...الخ.

ولقد نصت م **222** منه على أنه:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

كما نصت المادة **02** من التعديل الدستوري 2016م على أنه "الإسلام دين الدولة".

والملاحظ:

أن القاضي يجب أن يراعي عند العودة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التنسيق ما بين هذه المبادئ والمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني وهنا يثور التساؤل:ما هو مآل المادة **2** من التعديل الدستوري؟

---

[535]-محمد الصغير بعل،نفس المرجع،ص50-51/انظر حمزة خشاب مولود ديدان،نفس المرجع،ص79/انظر عمار بوضياف،نفس المرجع،ص154.

[536]-م 74:"لا يعذر بجهل القانون".

وفي نفس الوقت ما هو الغرض من تأسيس مجلس إسلامي أعلى لدى رئيس الجمهورية يكون عمله:أن يراقب القانون المخل بمبادئ الشريعة الإسلامية والذي يعتبر هذا الإخلال غير دستوري؟[537].

ثالثا- مفهوم العرف: وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اعتياد عموم الجماعة من الأشخاص على إتباع سلوك معين مع اعتقادهم في إلزامها قانونا.

ويعتبر من المصادر الأقدم ظهورا وذلك استجابة للحاجة الطبيعية للتنظيم الجماعي وأصدقها تعبيرا عن إرادة الجماعة وأكثر قبولا لدى المخاطبين به،ذلك أنه لا يتطلب سلطة معينة في وجوده بل ينشأ تلقائيا داخل الجماعة لشعورها بضرورة وجود قواعد تنظم علاقات الناس في المجتمع.

والعرف يعتبر هو الصورة الأولى للقانون في المجتمعات الأولى فهو ناشئ عن العادات والتقاليد في المجتمع بغض النظر عن منبتها ومرجعها القائم على الفطرة التي فطر الله الناس عليها،إلا أنه مع تقدم المدينة وتشعب الحاجات وضعف سلطان التقاليد وكبر سلطان الدولة وحدوث تدخلها في شتى نواحي الأنشطة الاجتماعية والجماعية،أذى ذلك إلى تزحزح العرف من مكانته الأولى والذي أصبح التشريع يعتبر كمصدر أصيل للقاعدة القانونية والعرفي مصدر احتياطي[538].

أركان العرف : يقوم العرف على ركنين

1-**الركن المادي:** "العادة المستقرة" [539]ويتمثل في اعتياد الناس على تكرار سلوك معين ولمدة من الزمن ويشرط في التكرار:

أ-**أن يكون عاما:** أي مألوفا بين عامة الناس إذ لا ينشأ من إتباع فرد أو بعض الأفراد فقط.

---

[537]-محمد الصغير بعلي/نفس المرجع،ص52/انظر حمزة خشاب،مولود ديدان،نفس المرجع،ص89.

[538]-رمضان أبو السعود،همام محمد زهران،نفس المرجع،ص349-350-351.

[539]-همام محمود زهران،نفس المرجع،ص ص 299-300-301-302-303-304/انظر رمضان محمد أبو السعود ،همام محمد محمود زهران،نفس المرجع،ص ص 99-100-101-102.

ب-**أن يكون قديما:** ومعناه أن يتبع الأفراد العرف لفترة زمنية كافية للقول بنشوء قاعدة عرفية.

ج-**أن يكون ثابتا:** أي أن يلتزم به الناس بصورة منتظمة ومستمرة ودائمة دون انقطاع.

2-**الركن المعنوي:** ويقصد به الشعور والاعتقاد بإلزام هذه القاعدة العرفية وينشأ هذا الاعتماد بالتكرار المستمر للقاعدة العرفية وأن مخالفتها ستوقع الجزاء[540].

مزايا و عيوب العرف:

1-مزايا العرف:

أ- أنه يراعي العادات والتقاليد الاجتماعية وهو أقرب لحاجات المجتمع.

ب- أنه القواعد العرفية مرنة وتتطور بحسب تطور المجتمع فالناس يشعرون بإلزاميتها لأنها تلبي احتياجاتهم ، وقصورها يجعلهم يتحولون عنها والبحث عن قاعدة أخرى، إذ هو التعبير الصحيح عن إرادة المجتمع وظروفه وحاجاته ويتطور معها.

ج- العرف يسد نقص التشريع ويغطي ثغراته ويواجه كل احتمالات تطبيقه[541].

2-**عيوب العرف:**

أ-أنه بطئ في تكوينه وفي تطوره وهو أمر لا يجعله أن يكون مصدرا رئيسا للقانون في المجتمع الحديث الذي وجد في التشريع.

ب-العرف لا يتمثل في قواعد مكتوبة كالتشريع لهذا يصعب تحديد مضمونها قد يشوبها الغموض أو عدم الدقة لأن طبيعة تكوينها تفتقر إلى الصياغة التي يمتاز بها التشريع.

ج-القاعدة العرفية تصبح مختلفة إذا حدث تطور في المجتمع.

د-معرفة الحكم العرفي لا يتم بسهولة حيث يختلف بحسب الزمان والمكان أو التخصص فهناك قواعد عرفية في القانون الخاص تختلف عن القانون العام[542]،وهذا ما يتعارض مع وحدة القانون في الدولة[543].

---

[540]-حبيب إبراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص99-100-101-102.

[541]-إسحاق إبراهيم منصور،نظرية القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،2001، ص157.

رابعا–القانون الطبيعي وقواعد العدالة:[544] DROIT NATUREL ET REGLE L'EQUITE

وفقا لنص م من القانون المدني فإن القانون فإن القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر مصدرا احتياطيا يلجأ له القاضي عندما لا يوجد حلا للمسألة المعروضة أمامه في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية.

إذ لا يستطيع القاضي رفض الدعوى والامتناع عن الفصل في النزاع بحجة غياب النص وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة وهذا ما جرمه قانون العقوبات[545].

ويقصد بها مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة العلاقات الاجتماعية أما قواعد العدالة فيقصد بها مراعاة الظروف الخاصة خاصة عند تطبيق فكرة العدل على وقائع الحياة المحسوسة فالعدل مبدأ عام يقتضي المساواة بين الناس عند تماثل ظروفهم والعدالة تقتضي مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة[546].

والملاحظ أن المادة الأولى من القانون قد فتحت المجال أمام القاضي للاجتهاد بالنص على القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهذا ما يحمله مسؤولية في إقامة مجتمع العدل ودولة الحق والقانون، ومن أمثلة تطبيقات عملية للعدل أو القانون الطبيعي:

1–مبدأ عدم جواز توقيع عقوبتين على نفس الشخص وعلى ذات الفعل.

2–حق الدفاع عن النفس[547].

---

[542]– حبيب إبراهيم الخليلي،نفس المرجع،ص158/انظر محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص58.

[543]–إسحاق إبراهيم منصور،نفس المرجع،ص157/انظر محمد حسين منصور،المدخل إلى القانون القاعدة القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،طبعة2010،1،ص223.

[544]–إبتسام القرام،نفس المرجع،ص45/انظر م.ط.يعقوبي ،نفس المرجع،ص41.

[545]–م136"يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيها يجب عليه أني يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه،ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 20.000دج إلى 100.000دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من 5 سنوات إلى 20 سنة".

[546]–محمد حسن قاسم،نفس المرجع،ص81.

[547]–محمد صغير بعلي،نفس المرجع،ص60.

أما المصادر التفسيرية للقاعدة القانونية فهي التي تساعد في تجلية الغموض وتوضيح ما فيها من إبهام فهي للإستئناس والاسترشاد يسترشد بها القاضي للتعرف على حقيقة القواعد التي يستمدها من مصادرها الأصلية وتتمثل في[548]:

5-القضاء JUSTICE[549]

وهو الهيئات والجهات القائمة في إطار السلطة القضائية المتمثلة في:

المحاكم، المجالس القضائية،المحكمة العليا، مجلس الدولة، والتي تختص بالفصل في المنازعات بموجب ما يصدر عنها من قرارات وأحكام .

والملاحظ أن النظم القانونية تختلف في اعتبار القضاء(أحكام أو قرارات) مصدرا رسميا للقانون أم لا ؟[550].

فالدول الأنجلوسكسونية تعتبره مصدرا رسميا للقانون إذ يكون الحكم القضائي بمثابة قاعدة قانونية واجبة الإتباع في جميع مراحل الدعوى القضائية كونه قانونا واجب الإتباع فهو يلزم جميع المحكم من في درجتها أو أدنى منها بحيث إذا عرضت دعوى سبق الحكم فيها يكون الحكم الصادر ملزم بتطبيقه في نفس الدعوى وذلك بدون طلب الخصوم كون أن يعرف بنظام السوابق القضائية[551].

أما النظم القانونية الأخرى المأخوذة من الشريعة الإسلامية أو من القانون الروماني أو ما يعرف بالنظام اللاتيني فلا تعتبر القضاء مصدرا رسميا وإنما مصدر تفسيري وتعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم لها قوة إحترام غالبا ما تعتبر سابقة قضائية على الأحكام المماثلة وليس لها قوة الإلزام على المحاكم الأخرى.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة **141** من التعديل الدستوري[552] على أنه:"

---

[548]-غالب علي الدوادي، المرجع السابق ،ص179.

[549]-م.ط.يعقوبي،نفس المرجع،ص20.

[550]- غالب علي الدوادي،نفس المرجع،ص180.

[551]-محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص62.

[552]-تنص 2171 على أنه:"تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

– أن أحكام المحاكم وقرارات الهيئة القضائية العليا لها قيمة ... ليستهدي بها القاضي في أحكامه خاصة الدعاوى المماثلة.

– أن للأحكام دور تفسيري للقانون وإزالة الغموض عن كثير من القواعد القانونية .

– كما أن لهذه المحاكم العليا حق نقض الأحكام التي لا تطبق القانون بشكل سليم.

6– الفقه[553] LA DOCTRINE

ويقصد به مجموع الكتابات التي تصدر عن رجال الفكر القانوني في شرح وتفسير القواعد القانونية واستنباط المبادئ القانونية من مصادرها المختلفة التي تستعين بها المحاكم لتستهدي بما تتضمنه من تفسير للقانون.

والمعروف أن للفقه دور كبير في ابتداع وخلق القواعد القانونية إذ كان له دور ملزم[554] في الأحكام القضائية في عصر الدولة الرومانية،أما في العصر الحديث فقد تضاءل دور الفقه نظرا للاستقرار في الأوضاع القانونية في كثير من النظم القانونية العالمية.

وتبقى الآراء الفقهية غير ملزمة وهي مصدر تفسيري للقانون وترد آراء الفقهاء في الكتب القانونية العامة وفي الأبحاث والدراسات العلمية الواردة في المجلات والدوريات المتخصصة[555].

إن الشرائع أيا كان نوعها سواءا سماوية أو وضعية لا توجد إلا حيث يوجد المجتمع البشري،ذلك أن هذا المجتمع يعيش بروابط بين أفراده والتي بدورها تحتاج إلى قانون ينظمها فانعدام المجتمع يؤدي إلى انعدام هذه الروابط، وعليه لا حاجة إلى القانون لذلك كان باتفاق العلماء أن تاريخ الشرائع مصاحب لتاريخ العمران في هذا الوجود لأنه لا عمران إلا باجتماع

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون...".

[553]–إبتسام القرام،نفس المرجع،ص44.

[554]–حمزة خشاب،مولود ديدان،نفس المرجع،ص103.

[555]–محمد الصغير بعلي،نفس المرجع،ص65.

ولا اجتماع إلا باتفاق على طريقة تكفل توزيع العيش وتحدد بقواعد توضح واجبات وحقوق كل فرد وهذا كله يكون بوجود سلطة تقررها وتحافظ عليها[556].

وبما أن الإنسان هو بحاجة إلى هذا النظام كونه خلق ويحمل قوتان متنازعتان قوة الشهوة التي تجره إلى الشر فيتجاوز الحدود ويقوم بأفعال الاعتداء والانتهاك على غيره،وقوة العقل التي تدعوه إلى الخير ،ولعله وحده لا يستطيع مقاومة الشهوة لما في الدنيا من مغريات التي تثير عوامل الشر فيندفع بذلك إلى تحقيق رغباته، وهذا المعين الذي يضمن تعادل هاتين القوتين هو القانون.

والقانون الوضعي مهما ارتقى لا يحقق ذلك على أكمل وجه وذلك راجع بتفاوت العقول البشرية في إدراك الأمور واختلاف مقاييس الخير والشر في نظرها وعدم عصمتها من الاندفاع وراء الشهوات[557].

لذلك كان للدين الفضل في تهذيب النفوس وبه يعم التنظيم الظاهر والباطن للإنسان فجاء بمنهج متكامل لشعب الحياة الإنسانية كلها في العقيدة والعبادة والاجتماع والاقتصاد والتشريع والسياسة فكان بناءا متزامنا ينظم العمران البشري وأنواع العلاقات الإنسانية تنظيما دقيقا ،إذ كانت شريعة الإسلام هي القاعدة التي أقيم عليها بناء الأمة والمنطلق الذي ارتكزت عليه الحضارات وأصبح الفقه الإسلامي يمثل الحياة العملية والسلوك الاجتماعي في حياة المسلمين[558].

فما هو المقصود بالتشريع الإسلامي؟ والفقه الإسلامي؟ وما هي أسسه ومصادره؟.

---

[556]–محمد مصطفى شلبي،المدخل في الفقه الإسلامي "تعريفه وتاريخه ومذاهبه نظرية الملكية والعقد"،الدار الجامعية، الطبعة10، (1405هـ1985م)،ص19.

[557]–محمد مصطفى شلبي،نفس المرجع،ص20.

[558]–مناع القطان،تاريخ التشريع الإسلامي،مكتبة وهبة،القاهرة مصر ،دون طبعة،دون سنة نشر ،ص9–10.

المطلب الثاني : مفهوم الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف الفقه الإسلامي

أ-**الدلالة اللغوية** : إن مدار الفقه في لغة العرب الفهم،إذ قال موسى عليه السلام في دعائه لربه عندما كلفه بالرسالة عند طور سيناء:﴿ **وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي(27) يَفْقَهُوا قَوْلِي**﴾[559]، وعندما دعا رسول الله شعيب ﷺ قومه إلى ما بعثه الله به:﴿ " **قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ**﴾ [560] ،والمقصود هنا أي لا نفهمه وتقول العرب "أوتي فلان فقها في الدين أي فهما له"، قال تعالى عز وجل:﴿**لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ** ﴾ [561] ،أي ليكونوا علماء به.

– ودعا النبي ﷺ لابن عباس فقال:اللهم فقّهه في الدين"[562].

– ونقصد بالفقه :العلم بالشيء والفهم له وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم، الفقه في الأصل الفهم يقال:أوتي فلان فقها في الدين أي فهما فيه[563]، خص به علم الشريعة وفاقهه أي باحثه في العلم[564]،إذ يقال لكل عالم بالحلال والحرام فقيه وأفقهتك الشيء إذا بينته لك[565]وجمعه فقهاء وفَقَائِهُ [566].

ب-**الدلالة الاصطلاحية:** لقد ساق الأقدمون بعض التعريفات لكلمة الفقه من ذلك تعريف **الغزالي** بأنه:"عبارة عن العلم والفهم في أصل الوضع"،يقال فلان يفقه الخير والشر أي يعلمه ويفهمه ولكن صارف بعرف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين

---

[559]– سورة طه ، الآية27–28.

[560]– سورة هود ، الآية91.

[561]– سورة التوبة ، الآية122.

[562]–علي بن أحمد بن حجر العسقلاني،فتح الباري شرح صحيح البخاري،تحقيق مجد الدين الخطيب،دار الكتب السلفية(الحديث يوجد في المجلد الأول،كتاب الوضوء،باب وضع الماء عند الخلاء،حديث رقم 143،ص244/انظر يحي بن شرف النوري محي الدين أبو زكريا المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج(صحيح مسلم شرح النووي)طبعة المصرية القديمة(المكتبة الوقفية)المجلد 16،ص37.

[563]–أبي الفضل جمال الدين،محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري،نفس المرجع،المجلد13،حرف الهاء،فصل الفاء،ص:522.

[564]–أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،حرف الفاء، ص348.

[565]–أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،كتاب الفاء، ص719.

[566]–مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي،نفس المرجع،حرف الفاء، ص1260.

خاصة كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهة وكون العقد صحيحا وفاسدا وباطلا وكون العبادة قضاء وأداء وأمثاله.

كما قد شاع في تعريف الفقه بأنه:"العلم بالأحكام الشرعية الفرعية العملية من أدلتها التفصيلية"، وقد ذكر **ابن خلدون**[567] أن الفقه هو :" معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة وهي مستلقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه"[568].

شرح التعريف:

I-الفقه علم:ذو موضوع خاص وقواعد خاصة وعلى هذا الأساس درس الفقهاء في كتبهم و أبحاثهم و فتاويهم ،فهو ليس فنا كما ادعى بعض العلماء[569].

II-الفقه العلم بالأحكام الشرعية:

فهو غاية الفقيه ومقصوده والنتيجة لتي يرجو الوصول إليها، وينبئ وصف الأحكام بالشرعية عن نسبتها إلى الشارع لا إلى العقل الإنساني الذي تنحصر وظيفته في الكشف عن الحكم الشرعي لا في إثباته، وبهذا فإن دور العقل الإنساني في الفلسفة التشريعية الإسلامية هو اكتشاف الحكم الشرعي، وهو يتبع الوحي ويتقيد بنصوصه، وهذا العقل في تحقيقه للمصالح الاجتماعية إنما يتجه إلى تحقيقها بمعاونة النصوص،وتنقسم الأحكام الشرعية إلى نوعين:

1- الأحكام التكليفية:

الخمسة التي تدل على طلب الفعل أو الترك والكف عنه أو التخيير مما يشمل الواجب وهو ما طلب الشارع فعله على سبيل الحتم والإلزام وأثبت الجزاء على تركه كإقامة

---

[567]-عبد الرحمن بن محمد بن خلدون أبو زيد ولي الحضرمي الإشبيلي ولد 732هـ -1332م توفي في 808هـ -1406م، تونسي المولد أندلسي حضرمي الأصل ،عالم ومؤرخ وقاضي وكاتب سير ذاتية وعالم إقتصاد اجتماعي وفيلسوف من مؤلفاته:الموسوعة العربية العالمية مقدمة ابن خلدون،الموسوعة السياسية....الخ،/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة ابن خلدون /http ;//ar.wikipedia.org/wiki/ يوم 2017/05/06 على الساعة 14:05 سا.

[568]-محمد أحمد سراج،مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي،دون دار نشر،1995م،ص23.

[569]-عمر سليمان الأشقر،المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي،دار النفائس،الطبعة الأولى،1425هـ-2005م،ص37.

الصلوات المفروضة وأداء الزكاة اللازمة والوفاء بالديون ويقابله المحرم وهو ما طلب الشارع تركه على سبيل الحتم والإلزام يرجع إلى الأصل كالقتل أما المندوب فهو ما طلب الشارع فعله على أنه الأفضل والأولى لا على سبيل الإلزام وفي فعله الثواب لكن تركه لا يرتب على المكلف مجازاته مثل إفشاء السلام والتصدق[570].

والمكروه هو الذي طلب الشارع من المكلف تركه ولكن لا يجازيه على فعله.

أما المباح فهو ما خير الشارع بين فعله وتركه دون إلزام كاتخاذ الطيبات في الطعام والشراب والمسكن.

2- الأحكام الوضعية:

وهي التي تفيد ربط الشارع بين أمرين يكون أحدهما سببا في الآخر مثل: القتل العمد الذي هو سبب وجوب القصاص أو شرطا له،كاشتراط حولان الحول "مرور العام" لإيجاب الزكاة واشتراط العمد في القتل لوجوب القصاص،أو مانعا منه كاختلاف الدين ين الزوج و زوجته في المنع من الميراث و كالجنون في المنع من وجوب القصاص.

ومن المعلوم أن هذين النوعين من الأحكام يترابطان في تنظيم العلاقات على النحو الذي أراده الشارع إذ الحكم التكليفي أساس الحكم الوضعي ومثاله:أن اعتبار الفعل من قبيل المحرم هو الذي يترتب عليه الحكم التكليفي مثل غروب الشمس سببا لوجوب الصلاة و هذا يدل على الترابط بين الحكمين[571].

3- مجال الفقه الإسلامي :

مجاله السلوك الإنساني المعبر عنه بأفعال المكلفين والذي يوجه إليهم خطاب الشارع لضبط علاقاتهم ومسؤولياتهم والمكلفون هم عموم الناس مسلمين وغير مسلمين كون أن رسالة الإسلام عالمية تتجه إلى الناس جميعا وتعمل على صياغة سلوكهم وفق المبادئ التي جاء بها هذا الدين، وتشتمل كتب الفقه على الآتي:

---

[570]-محمد أحمد سراج،نفس المرجع،ص27.

[571]- محمد أحمد سراج،الفقه الإسلامي بين النظرية و التطبيق،دار المطبوعات الجامعية،اسكندرية،1997م،ص:26-27.

- العقود والمعاملات المدنية والتجارية.
- أحكام الأسرة من زواج و طلاق ونسب ونفقة ورضاع وحضانة.
- العقوبات والجنايات التي تضم أبواب الحدود والتعزيز والقصاص.
- المرافعات والإثبات مما يشمل أبواب الدعوى والقضاء والشهادة والإقرار والقرائن.
- النظام المالي الذي يضم أبواب الزكاة والخراج والعشر والركاز والمعادن وبيت المال.
- السياسة الشرعية والأحكام السلطانية وهو ما يتعلق بأساليب تنظيم علاقة الحاكم بالمحكومين وواجبات الدولة ومسؤولياتها[572].

4 – العلاقة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي :

يظهر أن المعنى العام للفقه هو استخلصه الفقهاء من أحكام الشريعة في الاعتقاد والأخلاق والأحكام العملية،أما المعنى العام للشريعة فهو يشمل جميع الأحكام التي نزلها الله على عبده ورسوله **محمد** ﷺ في الاعتقاد والأخلاق والأحكام العملية .

ولعل الفارق بين الشريعة والفقه يظهر من خلال:

- أن الشريعة هي الأحكام نفسها المنزلة من عند الله وهذا الاختلاف فيه فهي الشريعة الكاملة الملزمة للأمة الإسلامية كلها ،وليس لأحد أن يرفض الأخذ بها،أما الفقه فإنه يمثل الأحكام التي استخلصها الفقهاء من نصوص الشريعة الإسلامية أو البدائل الاجتهادية التي تعتبر من أدلة الأحكام كالقياس والمصالح المرسلة وقول الصحابي وقد تكون موافقة للشريعة الإسلامية وقد يتنازع فيها الفقهاء وتتضارب أقوالهم والحكم الصائب هو ما كان موافقا للشريعة.
- كذلك أن الشريعة كاملة خلافا للفقه إذ تتناول الشريعة القواعد والأصول العامة ومنها تستمد الأحكام أما الفقه فهو آراء المجتهدين من علماء الأمة[573].
- الشريعة عامة بخلاف الفقه لقوله تعالى:﴿ **وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ** ﴾[574]،وهذا العموم ملموس من واقع الشريعة ومقاصدها ونصوصها التي تخاطب الناس كافة.

---

[572]–عمر سليمان الأشقر،المرجع السابق ، ص39–40.

[573]–نفس المرجع،ص42–43.

• الشريعة ملزمة للناس كافة فكل إنسان توافرت فيه شروط التكليف ملزم بكل ما جاءت به عقيدة وعبادة،خلافا للفقه الناتج عن آراء المجتهدين وخلقا وسلوكا بخلاف الفقه الناتج عن آراء المجتهدين فرأي المجتهد لا يلزم مجتهدا آخر.

• أحكام الشريعة صواب لا خطأ فيها وفهم الفقهاء قد يخطئ أحيانا[575].

• كذلك أن أحكام الشريعة ثابتة وخالدة خالية من أي نقص لأن شارعها هم الله صاحب الحق والكمال فهي ربانية[576].

الفرع الثاني : خصائص الفقه الإسلامي وأدلته

أ – خصائص الفقه الإسلامي :

إن الفقه يعتبر من عمل المجتهد ولكنه ليس نتاج العمل العقلي وحده ولا إبداع الفكر بمفرده،لأن للفقه مصادر إذ تستنبط الأحكام من النصوص فالقرآن والسنة يعتبران المصدران الأصلين لكل مجتهد والشرعية العليا للأحكام.

والملاحظ أن خصائص الفقه الإسلامي مستمدة من مصادرها الأصلية وهي:

المصدر الإلهي للفقه الإسلامي:

إن الإلهية تضفي ثباتا على مصادر الفقه وقدسية لأصول التشريع وتفرض وجودها على الأحكام التكلفية وهذه الصفة تعكس على كافة المسلمين مجتمعا وتشريعا.

- **في مجال المجتمع:**

امتاز الدين الإسلامي كما قال **السنهوري**[577] بأنه:"دين ودولة" وقد أرسل النبي ﷺ لا لتأسيس دين فحسب بل لبناء قواعد دولة تتناول شؤون الدنيا وكان النبي ﷺ الولاية العامة

---

[574]– سورة الأنبياء ، الآية107.

[575]– عمر سليمان الأشقر،نفس المرجع،ص43.

[576]–سعيد بويزري،مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية،ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة1994،04م، ص08.

[577]–عبد الرزاق بن أحمد السنهوري من كبار علماء القانون المدني في عصره (1312هـ1391هـ)(1895م–1971) ولد في مصر(الاسكندرية) تخرج من الحقوق سنة 1918م ،تحصل على الدكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة 1926م،تولى وزارة المعارف بمصر منح لقب باشا،من كتبه:أصول القانون،نظرية العقد في الفقه الإسلامي،الوسيط في التشريع الإسلامي ...الخ/انظر خير الدين الزركلي،نفس المرجع،الجزء الثالث،حرف العين،ص350.

على كل من كان خاضعا لها،ذلك أن الدين كان ينظر إلى العلاقة بين العبد وخالقه وهذه لا تتغير ولا يجب أن تتغير فالخالق سبحانه وتعالى أبدي أزلي والعلاقة بينه وبين العبد ثابتة.

أما مسائل الدولة فالمنظر فيها كان وفق تدبر ومصلحة وبهذا لها خاصيتان[578]:

الأولى : أنها خاضعة لحكم العقول فالأحكام الدنيوية تنزل على حكم العقل وتبنى على المصلحة والعقل هو الذي يرشدنا لها،والعلم كان اجتماعيا أو طبيعيا لا يدرك إلا بالعقل ولقد كان النبي ﷺ يستشير أصحابه في الشؤون الدنيوية.

الثانية:أن الأحكام في جل المسائل داخل الدولة تتطور مع الزمان والمكان إذ تعتبر تابعة للتطور الإجتماعي الذي يهدينا إليه العلم،مثل: التحريم التدريجي لبعض الأشياء مثل الخمر.

- **في مجال التشريع:**

كون أن الفقه الإسلامي إلهي المصدر فإن الاستجابة لخطاب التكليف فيه مما يستجيب له الفرد طائعا مختارا امتثالا لأمر خالقه[579]،وعليه فلكل حكم شرعي مظهران:

المظهر الديني:ويقصد به الحساب أمام الله عز وجل.

المظهر القضائي: يقصد به سلطة ولي الأمر في اقتضاء حقوق الله والعباد.

وقد يجتمع المظهران معا:فيعاتب المرء قضاء وديانة مثاله:السارق يعاقب قضاء بحد أو تعزير ويحاسب ديانة أمام الله عز وجل على خطيئته.

كما ينعكس المصدر الإلهي للفقه الإسلامي على البناء التشريعي في مجال آخر وهو تقسيم الأصوليين[580] ، الحقوق إلى حق الله وحق العبد وحق مشترك ولكن حق الله غالب، وحق مشترك ولكن حق العبد غالب.

---

[578]–محمد كمال الدين إمام،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي،مدخل منهجي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،طبعة أولى ،1416هـ1996م،ص27.

[579]– محمد كمال الدين إمام،نفس المرجع،ص28.

[580]– الأصوليين:الأصل أسفل كل شيء وجمعه أصول لا يكسر على غيره ذلك(انظرابن منظور الإفريقي المصري ،نفس المرجع،الجزء11،حرف اللام،ص16) والأصول جمع أصل وهو ما يبنى عليه غيره، وأصول الفقه:العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية عن أدلتها التفصيلية،و الأصولي:هو من عرف القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية لأنه منسوب إلى الأصول(انظر محمود عبد الرحمن عبد المنعم،معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،دار الفضيلة،القاهرة مصر،الجزء الأول من حرف الألف إلى حرف الحاء،ص207–208.

هذا التقييم يصلح أن يكون أساسا للتفريق بين القانون العام والقانون الخاص[581].

2 – قلة التكاليف ورفع الحرج:

إن التكاليف في الإسلام مرتبطة بالوسع والطاقة فلا تكليف بما لا يطاق عند الجمهور من الفقهاء إذ لم تثقل الشريعة الإسلامية كواهل المسلمين بالأوامر والنواهي ولم تسرف في الزواجر والعقوبات أنما سلكت طريقا وسطا لا عنت فيه بكثرة التكاليف ولا إرهاق فيه بتزاحم الأوامر.

وقد جاءت النصوص صريحة في دلالتها على أن التكاليف التي جاءت بها الشريعة الإسلامية قليلة ميسور فهمها وتنفيذها مثال: الصلاة لا ترهق المسلم ولا تشغل وقته في كل يوم إلا لحظات وهي من حقوق الله.

كذلك لا تجب على الحائض والصغير والنفساء وفاقد الأهلية فالتكليف في هذه الفترات مرفوع.

فقلة التكاليف تجعلها في دائرة المقدور الإنساني بحكم طبيعة البشر إذ يلتقي ذلك بالقاعدة الإسلامية العامة حيث لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها[582].

أما رفع الحرج عن الأمة أفرادا وجماعات من خصائص هذه الأمة تشريعا وفقها إذ لا يكفي عدم التكليف بما لا يطاق ولا يسر التكاليف وقلتها بل إن التكاليف ذاتها قد يضيق بها المرء لضرورة عامة أو خاصة أو لحاجة ملحة تنزل منزل الضرورة وهنا تظهر الرخص في العمل و تظهر البدائل الشرعية للغرائم تحقيقا لقوله تعالى:﴿**يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ** ﴾ [583]، وقوله تعالى:﴿ **مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ** ﴾ [584]،وقوله: ﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾ [585].

---

[581]– محمد كمال الدين إمام،نفس المرجع،ص29.

[582]– محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي)،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1418هـ1998م ص82-83.

[583]– سورة البقرة ، الآية185.

[584]– سورة المائدة ، الآية6.

[585]– سورة الحج ، الآية78.

ومن أمثلة الفقه الإسلامي في تطبيق هذه المبادئ:

- الترخيص للعاجز عن القيام أن يصلي في جلوس.
- الترخيص للمسافر بقصر الصلاة الرباعية.
- إباحة الفطر في نهار رمضان للمسافر والمريض على أن يقضيا بعد رمضان .
- إباحة الفطر للعاجز والذي يشق عليه الصوم لمرض أو كبر وليس عليه قضاء بل تكفيه الفدية وهي إطعام مسكين كل يوم وغيرها من الأمثلة[586].

والملاحظ أن الرخصة شرعت أساسا للتخفيف عن الناس المكلفين في أحوال وأعذار خاصة تقع لهم وعي تيسير آخر استباحة المحظور مع قيام الحاضر.

3 – **تحقيق مصالح الناس:** يجري الفقه على أنه حيث توجد مصلحة فثم شرع الله فتحقيق مصالح الناس هو المقصود من كل حكم شرعي في الإسلام ذلك أن مصالح الناس تتحقق بحفظ ضرورياتهم وحاجياتهم وكمالياتهم،فإذا توافرت للناس ضرورياتهم التي لا تقوم حياتهم إلا بها وحاجياتهم التي ترفع الحرج وضيق العيش وكمالياتهم التي تجمل حياتهم ولا تحلو إلا بها ،فقد تحققت مصالحهم وسارت على نهج مستقيم ومن استقرأ أحكام الشريعة الإسلامية في كل نوع من أنواعها واستقرأ مقاصد الشارع من هذه الأحكام تبين له أن كل حكم شرعه الله لابد أن يكون المقصود منه حفظ واحد من هذه الأمور الثلاثة والتي مناطها حفظ مصالح الناس[587].

ولعل ما جسد هذه الخصائص أنها مستمدة من التربية الإسلامية ومن خصائص الحكم الشرعي الذي يتميز ويتفرد بمجموعة من الخصائص منها:

- أن أصل الحكم الشرعي سماوي وطابعه ديني فمصدره القرآن والسنة النبوية.
- أن الأحكام الشرعية تنظم علاقة الفرد نحو ربه وتجاه نفسه وحيال غيره.
- أن الأحكام الشرعية تضبط ظاهر سلوك الفرد وباطنه إذ يحاسب الإنسان على ظاهر سلوكه وآثاره وباطني داخلي ينفذ إلى داخل النفس ويكشف عن مقاصدها.

---

[586]–محمد كمال الدين إمام،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي،مدخل منهجي،نفس المرجع،ص30–31–32–33.

[587]– محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام(مدخل منهجي)،نفس المرجع،ص87.

- أن الأحكام الشرعية خطابا متعلق بالمكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا[588].
- أن الأحكام الشرعية تعتبر عامة ومجردة تنطبق على من توافرت فيه صفة خاصة حددها الحكم الشرعي إن كان شخصا أو شروط خاصة تحددت فيه إن كان واقعة أو فعلا فالحكم الشرعي لم يوضع لفرد معين أو لواقعة محددة بل هو عام كالقانون ومجردة من حيث أن التجريد الذي تتطلب فكرة المساواة وأساسه العدل الذي قد خفف من آثاره الشرع الإسلامي إذ ضيق من نطاق حالات التي لا يحقق فيها الحكم الشرعي العدالة ويمكن خلالها الاستعانة ببعض مصادر الشرع كالاستحسان الذي يوسع من نطاق فكرة العدالة[589].
- أن الأحكام الشرعية ملزمة باحترامها بجزاء دنيوي وأخروي: حتى تكون ملزمة وواجبة الاحترام أن تقترن بجزاء يوقع على مخالفتها.

إذ لها جزاء أخروي يتولاه الله عز وجل فالأصل في الأجزية في الشرع الإسلامي هو الجزاء الأخروي.

ولها جزاء دنيوي يتولاه الحكم أي السلطة العامة لاستقرار المجتمع وتنظيم العلاقات داخله وضمان الحقوق.

ب – أدلة الفقه الإسلامي

يعتبر الفقه الإسلامي جزء من الشريعة الإسلامية التي تعني كل ما شرعه الله لعباده فكل ما ورد في القرآن الكريم فهو شريعة سواءا التوحيد والعقيدة،أو العبادات أو المعاملات أو القصص،أما الفقه فقاصر على العبادات والمعاملات فقط.

وكذلك القانون هو قاصر فقط على المعاملات أي أحد أقسام الفقه والمعاملات تشمل جميع فروع القانون المعروفة سواءا القسم العام أو القسم الخاص.

والملاحظ أن هناك ثلاثة فروع من القانون توجد معظم أحكامها وأدق تفصيلاتها في القرآن الكريم،مثل:الأحوال الشخصية (زواج،طلاق،نفقة،رضاع،عدة،ميراث) والقانون الدولي

---

[588]–عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،نفس المرجع،ص23.

[589]–سمير عالية ،علم القانون والفقه الإسلامي ،نظرية القانون والمعاملات الشرعية،دراسة مقارنة،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت،طبعة2،1416هـ1996م،ص89–96.

العام بمعظم أحكامه(الحرب،السلم،والمعاهدات)،والقانون الجنائي وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالجنايات والحدود إذ توجد معظم أحكامه في القرآن الكريم،أما الفروع الأخرى لم يرد فيها إلا عدد قليل من الأحكام مثل: القانون الدستوري لم يرد في القرآن الكريم إلا الأمر بالشورى في قوله تعالى:﴿ **وَشَاوِرْهُم فِي الْأَمْرِ**﴾ [590]،والحكم بين الناس بالعدل كما قال تعالى:﴿ **وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ** ﴾ [591]، والفقه الإسلامي هو الذي أكمل القواعد والأحكام في جميع فروع القانون مستندا إلى المصدرين الرئيسيين للأحكام الشرعية وهما القرآن والسنة ذلك أن الله عز وجل جعل لأحكامه الشرعية أدلة تعرّفها وهذه الأدلة منها ما اتفق العلماء على حجيتها ومنها ما اختلفوا فيه.

I – تعريف الدليل:

أ- الدلالة اللغوية :

الدليل ما يستدل به وهو الدال أيضا وقد دله على الطريق يدله[592]، ولهذا يقال دليل القافلة.

ب- الدلالة الاصطلاحية:

وهو ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري قطعي أو ظني.

وقال **الباجي**:ما صح أن يرشد إلى المطلوب وهو الدلالة والبرهان الحجة والسلطان[593].

كذلك هو ما يمكن التوصل بصحيح النظر إلى حكم شرعي على سبيل القطع أو الظن[594].

أنواع الدلالة وترتيبها:

إن الأدلة الشرعية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والمصلحة المرسلة والاستصحاب والعرف وشرع من قبلنا وقول الصحابي،ومنها ما هو متفق عليه بين الأئمة الأربعة:الكتاب والسنة والإجماع والقياس .

---

[590]– سورة آل عمران، الآية159.

[591]– سورة النساء ، الآية58.

[592]–محمد عبد الجواد محمد،بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون تقنين الشريعة الإسلامية،منشأة المعارف الإسكندرية ،1411هـ1991م،ص12-13-14-15.

[593]–محمد عبد الرحمن عبد المنعم،نفس المرجع،ص87-88.

[594]–أحمد فراج حسن،أصول الفقه الإسلامي،منشورات الحلبي الحقوقية،2003،ص26.

أما الأدلة المختلف فيها: قول الصحابي، شرع من قبلنا،العرف،الاستصحاب،الاستحسان والمصلحة المرسلة.

1-الأدلة المتفق عليها

القرآن الكريم: هو الكتاب الكريم وتعريف الكتاب بالقرآن هو من قبيل التعريف اللفظي التفسيري أي أن الكتاب والقرآن لفظان مترادفان عرفا أي في عرف أهل الشرع وغايته أن القرآن أشهر من الكتاب[595].

"فهو كلام الله الذي أنزله بلفظه ومعناه على الرسول الأمين بلسان عربي مبين ونقل إلينا متواترا بالمشافهة جماعة عن جماعة ومكتوبا في المصاحف ومبدوءا بسورة الفاتحة ومختتما بسورة الناس".

ومن هنا يتضح ما يأتي :أن القرآن منزل من عند الله تعالى وقد أثبت كونه من عند الله عز وجل:

أ - إعجازه.

ب - إخباره بأحوال الأمم الماضية وأنبأ بالحوادث الآتية.

ج - أنه قرر حقائق علمية لم يكن لعربي أمي أن يعرفها لولا أنها أوحيت له .

د - أنه حوى من نظم الحياة للأفراد والمجتمع الإنساني ما يثبت التجربة على مر الزمان أنها أصلح النظم لصلاح الأفراد واستقرار المجتمعات وسعادة الناس في الدنيا والآخرة[596].

2 - خصائص القرآن الكريم:

أ - أن القرآن نص إلهي نزل بلسان عربي مبين.

ب- عمومية النص القرآني وهي عمومية خطاب يستوعب الزمان والمكان إذ لا يتوجه فحسب إلى بيئته التي نزل فيها أو زمن بلاغ الرسالة...فالقرآن خطاب للحياة الإنسانية كلها ذلك أنه :

- صلاحية لكل زمان ومكان اقتضت أن تكون له تركيبة خاصة.

---

[595]-أحمد فراج حسن،نفس المرجع،ص33.

[596]-أحمد محمود الشافعي،نفس المرجع،ص36-37.

• يلائم هذه التركيبة ويساندها بصلاحية مطلقة غير مقيدة.

أ- أن القرآن كله قطعي الثبوت وإن كانت بعض آياته قطعية الدلالة[597]، والبعض الآخر دلالته ظنية.

مجالات التشريعات القرآنية:

تنوعت مجالات التشريع التي تناولتها آيات الأحكام على نحو كفل للقرآن يضع الأساس الصالح لإقامة المسلمين حياتهم وفق هذه الأحكام أطر اجتماعية مختلفة بعد وفاة النبي عليه الصلاة والسلام،واتساع المجتمعات الإسلامية بسبب الفتوحات ليس هذا فقط ،فقد أرست هذه التشريعات ظهور علم الفقه وأصوله وقواعده بعد أن وصل المسلمون إلى مرحلة الرقي ووضع العلوم المختلفة في القرن الثاني هجري وكانت المجالات التي شملتها التشريعات القرآنية:

1 - بيان مقاصد الشريعة في حفظ الدين،النفس،العقل،العرض والمال وإباحة الطيبات وتحريم الخبائث ومنع الأذى والإضرار بالناس وإيجاب التكفل والأخذ بمكارم الأخلاق وتشريع الطهارات وستر العورات...الخ.

2 - تحديد المنهج الأصولي وبيان الواجب على الفقيه[598]، بالرجوع إلى الأحكام الواردة في القرآن والسنة والإجماع والقياس، قال تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا**

---

[597]-قطعية الثبوت تلزم بما يلي: أن القرآن بعد وفاة النبي ﷺ لا مجال للإضافة إليه،أو الانتقاص منه إذ بانقطاع الوحي بلغ مرحلة الكمال "الدين والكتاب على حد سواء"،ولا ريب في صحتها لوصولها إلينا بطريق التواتر ولقوله تعالى :﴿ **إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ**﴾ [سورة الحجر،الآية9]،إلا أن دلالة هذه النصوص على الأحكام ليست دائما قطعية،وإنما قد تكون قطعية إذا لم يحتمل النص إلا تفسيرا واحدا كما في أغلب آيات المواريث وقد تكون ظنية لاحتمال النص أكثر من تفسير واحد كقوله تعالى:﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا**﴾[سورة النساء،الآية11] ،فقد عدها زيد بن ثابت آية مطلقة و قيدها بعدم وجود الزوج أو الزوجة فإذا وجد الزوج أو الزوجة مع الأبوين فإن للأم ثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين فدلالة النص القرآني على الحكم هنا دلالة ظنية تحتاج إلى الحديث أو الاجتهاد لتحديدها/انظر أحمد شلبي،موسوعة النظم والحضارة الإسلامية7،تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام مع بحوث إضافية عن القرآن الكريم،المصدر الأول للتشريع،مكتبة النهضة المصرية،القاهرة،دون طبعة،دون سنة نشر،ص139-140.

الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [599].

3 – القواعد العامة التي تندرج تحتها الفروع والجزئيات كإيجاب العدالة والمساواة بين الناس والحفاظ على حقوق الملكية وحق المرأة في التكسب والتملك والميراث والتبرع و... إلخ.

4 – وضع أسس عدد من النظم التشريعية ففي العبادات أقامت الآية السادسة من سورة المائدة نظام الطهارة كاملا:الوضوء،الاغتسال من الجنابة ،التيمم، وشرع القرآن الصوم وبين زمنه وفي مجال العلاقات القانونية يوجه القرآن النصيب الأوفى من عنايته إلى ثلاثة مجالات.

- أحكام الأسرة من زواج وخطبة ومهر وأنواع المحرمات من بناء وطلاق وعدة ونفقة، وحضانة ومواريث ووصايا.
- أحكام الجنايات والعقوبات عليها إذ شرع القصاص الديات العقوبات على السرقة والزنا والقذف.
- علاقة الدول الإسلامية بغيرها في زمن الحرب والسلم.

ولعل أهم النتائج التي ترتب على هذا النوع:

- تيسير قيام قضاة الفقهاء المسلمين وفقهائهم بعد وفاة الرسول بالاجتهاد فيما يعرض عليهم من منازعات و قضايا.
- الاستناد إلى هذه القواعد في إقامة علم التشريع الإسلامي .
- أن تكون هذه الأسس الواردة في القرآن الكريم العناصر الذاتية لوحدة التشريع في الأمة الإسلامية عبر أجيالها المتلاحقة على الرغم من احتمال اختلاف فهم نصوص الشريعة القرآنية[600].

---

[598]–الفقيه: ينظر في الأدلة الجزئية للوصول إلى الحكم الشرعي في واقعة مفردة من أفعال المكلفين/انظر محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام،نفس المرجع،ص107.

[599]– سورة النساء ، الآية59 .

[600]–محمد أحمد سراج،نفس المرجع،ص262–263.

II – السنة:

ويقصد بالسنة في:

أ–**الدلالة اللغوية:** الطريقة المعتادة ومن هذا قوله ﷺ:عن جرير بن عبد الله رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ :"من سن في الإسلام سنة حسنة فعمل بها بعده كتب له مثل أجر من عمل بها ولا ينقص من أجورهم شيء ،ومن سن في الإسلام سنة سيئة فعمل بها بعده كتب عليه مثل وزر من عمل بها ولا ينقص من أوزارهم شيء"[601].

ب–**الدلالة الاصطلاحية:** يراد بالسنة ما صدر عن النبي ﷺ غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير.

حجيتها:لقد اتفق العلماء على أن السنة الصحيحة الثابتة التي صدرت عن رسول الله ﷺ بقصد التشريع والاقتداء حجة على المسلمين ومصدر تشريعي لهم متى ثبتت بطريق القطع أو غلبة الظن[602]،ولقد دلت على هذا نصوص كثيرة من الكتاب وبأساليب مختلفة من بينها:

- التصريح بأن النبي ﷺ لا ينطق على الهوى وإنما هو وحي من عند الله وما كان من عند الله يلزم إتباعه قال تعالى:﴿ **وَما يَنْطِقُ عَنِ الْهَوى (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحى** ﴾ [603].
- الأمر بطاعة الرسول: ﴿ **قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ** ﴾ [604]،وجعل طاعة الرسول طاعة لله:﴿**مَنْ يُطِعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ** ﴾ [605] ،والأمر باتباع ما يأتينا به الرسول: ﴿ **وَما آتاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَما نَهاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا** ﴾ [606]، وجوب رد المتنازع فيه لله أي إلى كتابه وإلى الرسول أي إلى سنته قال تعالى:﴿ **فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا**﴾ [607].

---

[601]–رواه مسلم،رقم الحديث1017.

[602]–سعيد بويزري،نفس المرجع،ص48.

[603]– سورة النجم ، الآية3–4.

[604]– سورة النور ، الآية54.

[605]– سورة النساء ، الآية80.

[606]– سورة الحشر ، الآية7.

[607]– سورة النساء ، الآية59

وللسنة أنواع:

1-باعتبار سندها:

- **سنة متواترة:** وهي ما رواه عن النبي ﷺ جمع لا يتصور العقل تواطأهم على الكذب ولا يحصى عددهم،ثم نقلها عنهم جمع بهذه الصفة أيضا حتى بلغتنا .
- **سنة مشهورة:** وهي ما رواها عن النبي ﷺ واحد أو اثنان أي عدد لا يبلغ حد التواتر فنقلها جموع التواتر.
- **سنة آحاد:**وهي ما يرويها عن النبي ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد أي هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة،و هذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبتها إلى النبي ﷺ ويلزم العمل بها.

2-باعتبار ماهيتها أي ذاتها: وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- **سنة قولية:** وهي أقوال النبي ﷺوتسمى بالحديث.
- **سنة فعلية:** وهي ما فعله النبي ﷺ.
- **سنة تقريرية:** وهي سكوت النبي ﷺعن إنكار قول أو فعل فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته لأن النبي ﷺ لا يسكت عن باطل.[608]

كما يمكن أن تشترك مع القرآن في عدد من خصائصه لا سيما:

- **صفة الربانية:** لأن رسول الله الذي نتحدث عن سنته هو رسول رب العالمين وخصائص السنة النبوية تكمن في:

- أنها نوع من الوحي لقوله تعالى:﴿ **وَما يَنْطِقُ عَنِ الْهَوى (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحى**﴾ [609].

-اتصال السند وهذه الخصيصة من خصائص الأمة الإسلامية إذ لا تجد الأمم الأخرى اليوم سندا متصلا لأقوال أنبيائها ورسلها عليه الصلاة والسلام.

---

[608]-عبد الكريم زيدان،المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،دار عمر بن الخطاب،الإسكندرية مصر،2001،ص190-191-192.

[609]- سورة النجم ، الآية3-4.

-الحفظ من الضياع:و ذلك لأن حفظ السنة من لوازم حفظ القرآن فهي المبينة له والمفصلة لمجمله والمتممة لأحكامه.

-العصمة من الخطأ في التشريع وذلك لأن السنة وحي والوحي منزه عن الخطأ[610].

III - الإجماع:

هو اتفاق المجتهدين من الأمر الإسلامية في عصر من العصور بعد انقضاء فترة الرسالة ووفاة لنبي ﷺ على حكم شرعي.[611]

ويظهر من هذا التعريف أن لع معان عدة وخصائص من بينها:

- أن يكون الإجماع من المجتهدين في الأمة الإسلامية على رأي،فلو أجمع غير المسلمين على رأي لا يعد اجتهادا، ولو كان من العوام ومن في حكمهم من غير من بلغوا رتبة الاجتهاد فليس إجماع.
- لا يختص الإجماع بعصر من العصور كعصر الصحابة وإنما يمكن تحقيقه في أي عصر لأن العبرة في الإجماع هو اتفاق المجتهدين المستند إلى دليل شرعي وهو لا يختص بعلماء عصر دون سواهم.
- أن يتفق جميع المجتهدين فلا يشذ عنهم أحد وأن يكون ما أجمعوا ما أجمعوا عليه حكم شرعي قابلا للاجتهاد مثل ما يتعلق بالحل والحرمة والصحة ...الخ.
- أن يكون الإجماع بعد وفاة النبي ﷺ إذ في حياته إن وافقهم على ما أجمعوا عليه كان سنة تقريرية وإن خالفهم سقط ما أجمعوا عليه.
- أن يكون الحكم المجمع عليه شرعا لا حكما عقليا كحدوث العالم أو لغويا كإفادة (إذا) الظفر والشرط والمستقبل[612].

---

[610]-عفاف بنت يحي آل جريد،مصادر التشريع الإسلامي،www.al-islam.com يوم 2017/05/10 على الساعة 20:20 سا /انظر محمد أبو الفتوح البيانوني،المدخل إلى علم الدعوة،دراسة منهجية شاملة،سوريا،الطبعة3،1415هـ-1995م،ص137-138-139.

[611]-سعيد بويزري،نفس المرجع،ص63/انظر محمد أحمد سراج،نفس المرجع،ص281/انظر أحمد محمود الشافعي،نفس المرجع،ص93.

[612]-أحمد محمود الشافعي ،نفس المرجع نص94-95/انظر محمد أحمد السراج،نفس المرجع،ص282-283.

أنواعه:

أ-**الإجماع الصريح:** وهو أن يتفق المجتهدون على حكم شرعي يصلون إليه باجتهادهم في أمر من الأمور بأن يبدي كل منهم رأيه صريحا فيه[613].

ب-**الإجماع السكوني:** ويتحقق بأن يصرح مجتهد أو عدد من المجتهدين برأي في مسألة من المسائل وينبع هذا الرأي ويعلمه سائر المجتهدين فيسكتون فلا يكون منهم إنكارا ولا إقرارا صريحا[614].

IV-القياس:

يقصد به إلحاق ما لم يرد فيه نص على حكمه بما ورد فيه نص على حكمه في الحكم لاشتراكها في علة ذلك الحكم.

أو تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد النص بحكمها في الحكم المنصوص عليها لتساوي الواقعتين في علة الحكم[615].

أركانه: ومن التعريف يظهر أن للقياس 4 أركان وهي:

1- **الأصل:** ويسمى بالمقيس عليه وهو ما ورد النص بحكمه.

2- **حكم الأصل:**وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل ويراد تعديته للفرع.

---

[613]-يمكن أن تتصور حدوث هذا الاتفاق باجتهادهم في مجلس واحد مثل المؤتمرات وتطرح عليهم أسئلة أو مسائل ويطلب منهم الحكم فيها وبمناقشتها يصلون إلى حكم واحد يتفق عليه جميعهم ويتفق بعمل من جميع المجتهدين....انظر أحمد محمود الشافعي،نفس المرجع،ص96.

[614]- لا يعد الإجماع السكوتي حجة إلا إذا تم بما يأتي:

أ-ألا يصحب السكون ما يدل على الموافقة أو المخالفة.

ب-أن يمضي على السكوت زمن يكفي لبحث المسألة المطروحة وتكوين الرأي فيها.

ج-أن تكون المسألة التي يطلب لها الحكم تستدعي الاجتهاد بأن لا يكون لها دليل قطعي لأن التي لها دليل قطعي لا تتطلب اجتهادا وإنما يستدعي الإجتهاد أن يكون لدى المجتهد دليل ظني عند ذلك يجتهد ليصل إلى درجة من الإطمئنان إلى سداد الحكم المستنبط...انظر أحمد محمود الشافعي،نفس المرجع،ص96.

[615]-والمقصود بذلك أن الشارع قد ينص على حكم معين في واقعة،ويعرف المجتهد علة هذا الحكم ثم توجد واقعة أخرى يم يرد نص بحكمها ،ولكنها تساوي الواقعة الأولى في علة الحكم فيلحق المجتهد هذه الواقعة الأولى ويسوي بينهما في الحكم،فهذا الإلحاق هو القياس....انظر عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه(نفس المرجع)،ص153.

3- **الفرع** : ويسمى بالمقيس وهو ما لم يرد نص بحكمه ويراد أن يكون له حكم الأصل بطريق القياس.

4- **العلة:**وهو الوصف الموجود في الأصل،والذي من أجله شرع الحكم فيه وبناءا على وجوده في الفرع يراد تسويته بالأصل في هذا الحكم[616].

ويعتبر القياس أحد الأساليب المنتهجة التي يعتمد عليها التطبيق القانوني في الأنظمة القانونية المختلفة لتحقيق الوحدة والتجانس إذ له قدر كبير من الأهمية في التفكير القانوني وهي إضفاء الطابع العقلي وتحديد مسارات التطور في المستقبل ووصله بالماضي كما أنه يقدم الأساس المنطقي لاستخراج المبادئ والقواعد والمفاهيم العامة، وعليه لا غنى عن القياس في أي نظام قانوني لما له من أهمية ودور كبير في الأنظمة القانونية العالمية[617]،ولا يعني الاعتماد على القياس في التفكير القانوني الإنساني خلوه من العيوب المنهجية وتحقق الكمال فيه إذ أنه وسيلة منهجية تشمل على نوع من القصور في الوصول إلى الحقيقة أحيانا قال قاضي انجليزي"على الرغم من أنه كثيرا ما يقود إلى الخطأ فإنه أقل ما يقود إلى الخطأ من بين ما نملك"[618].

المصادر المختلف فيها:

1- **المصلحة:** هي جلب منفعة ودفع مضرة أي مفسدة فلها جانب إيجابي هو إيجاد المنفعة وجانب سلبي هو دفع المفسدة وقد تطلق المصلحة على جانبها الإيجابي فقط فيقرن دفع المفسدة كما في قول الفقهاء:" دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة "[619].

وتنقسم المصلحة إلى عدة منها:

أ-**باعتبار الشارع لها:** وهي أنواع:

---

[616]- عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه(المرجع نفسه)،ص154.

[617]-محمد أحمد سراج،نفس المرجع،ص290-291.

[618]-محمد سراج،أصول الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،منشأة المعارف بالاسكندرية،1998م،ص181.

[619]-عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،ص187.

- **مصلحة معتبرة:** وهي التي قام الدليل الشرعي على رعايتها ووضع من الأحكام ما يوصل إليها.
- **مصلحة ملغاة:** وهي التي شهد الدليل الشرعي على بطلانها.
- **مصلحة مرسلة:** وهي مصلحة تدخل في مقاصد الشارع ولكن لا يقوم دليل خاص على إلغائها أو إبقائها من قبل الشارع.

ب-**باعتبار قوتها في ذاتها:** وتنقسم إلى 3 أنواع:

- **مصلحة ضرورية:** و التي بدونها لا تقوم أمور الدنيا و تفوت أمور الآخرة وهي :

حفظ الدين	حفظ النفس	حفظ النسل	حفظ المال	حفظ العقل
↓	↓	↓	↓	↓
حفظ الدين	صيانة النفس	حفظه سنة كونية	سنة اجتماعية	ضرورة
(فطرة)	(جِبِلّة)			

- **مصلحة الحاجة:** والتي أساسها رفع الحرج عن الأمة فلا تضيع الحياة بانتفائها ولكنها تضيق و غيابها يزيد المشقة ويجلب العسر.
- **مصلحة تحسينية:** وهي تنزل عن حد الحاجة وتثبت الأخلاق الفاضلة والصفات الرفيعة والتي من سماتها الكمال الفردي مثل آداب الأكل والشرب في العادات،حسن الأخلاق... الخ[620].

ج-**من حيث الشمول:** تنقسم إلى 3 أقسام:

- **مصلحة عامة في حق كافة الناس:** ويمثل لها الإمام **الغزالي** بالمصلحة العامة.
- **مصلحة تتعلق بغالبية الأمة:** ومثالها تضمين الصناع ما يتلف بأيديهم من السلع.
- **مصلحة نادرة خاصة بفرد معين في واقعة معينة:** مثال المصلحة الخاصة النادرة في فسخ نكاح زوجة المفقود[621].

---

[620]-محمد كمال الدين أمام،أصول الفقه الإسلامي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والوزيع، لبنان، طبعة2،1419هـ 1999م، ص200-201/انظر محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام(مدخل منهجي)،ص172-173/انظر محمد كمل الدين إمام،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي (مدخل منهجي)،ص161-162/انظر سعيد بويزري،نفس المرجع،ص91-92/انظر أحمد فراج حسن،أصول الفقه الإسلامي،ص132-133-134-135.

[621]-محمد كمال الدين إمام،أصول الفقه الإسلامي،ص201-202.

شروط المصلحة:

1- أن تكون مصلحة كلية فإذا كانت جزئية وخاصة فلا تصلح للاستدلال عن طرقها للوصول إلى الأحكام الشرعية.

2- أن تكون قطعية أي لا يعرف وجودها على سبيل اليقين فإذا كان ظني فلا يحوز الاستدلال.

3- أن تكون مصلحة ضرورية وهي التي لا يقوم الناس إلا بها فالمصالح التحسينية والحاجية لا أثر لها في تشريع الأحكام.

4- أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشريعة فإذا لم تكن كذلك لا يعتمد عليها في تشريع الأحكام وأن تكون حقيقية أي أن تكون تلك المصلحة من شأنها جلب النفع أو دفع الضرر[622].

قواعد العمل بالمصالح:

- رفع الضرر أو الضرر يزال.
- الضرر يدفع بقدر الإمكان.
- المشقة تجلب التيسير.
- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.
- درئ المفاسد مقدم على جلب المصالح[623].

---

[622]-سعيد بويزري،نفس المرجع،ص94/انظر محمد سراج ،أصول الفقه الإسلامي،ص219.

[623]-محمد سراج،أصول الفقه الإسلامي،ص220-221-222

القاعدة الأولى :تفيد هذه القاعدة أنها شهد لأصل رفع الضرر إيجاب الضمان على الغالب والمكلف لمال غيره وشرع الدية والأروش في القتل الخطأ والجراحات والجنايات وتطبق هذه القاعدة في الحجر على السفيه،المفتي الماجن،الطبيب الجاهل....وغيرها يحجر عليهم لرفع الضرر عن الناس والمتعاملين معهم.

مفاد القاعدة2:العمل على دفع الضرر قبل وقوعه،على أنه يجب العمل على دفع الضرر بأقل ما يندفع به فالنصح والتوبيخ والتعنيف مقدم على التهديد بالضرب والضرب مقدم على الجرح والقتل...الخ.

مفاد القاعدة3: مفادها أن الله تعالى يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر وأنه لا يريد إحراج عباده وإعاقتهم بما يفرضه من أحكام وذلك يشرع الرخص مثال للمسافر القصر في الصلاة.

مفاد القاعدة4: ومعناها هو أنه إذا اجتمعت الأضرار ولم يمكن دفعها جميعا وكان من الممكن دفع الأشد بارتكاب الضرر الأخف تعيين ذلك دفعا للضرر بقدر الإمكان.

الإستحسان: عرفه الفقيه الحنفي **أبو الحسن الكرخي**[624] بقوله:" هو أن يعدل المجتهد من أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"[625].

وعرفه **الشاطبي** من المالكية: "العمل بأقوى الدليلين،" وعرفه **الطوفي** من الحنابلة بأنه :" العدول بحكم مسألة عن نظائرها لدليل خاص" فالاستحسان بهذا المعنى يرد استثناءا وميدانه الحقيقي الرخص الشرعية[626].

أنواعه:

1- **الاستحسان بالنص:**أي ما كان مستنده النص:و هو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئيته يقتضي حكما لها على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة[627].

2- **الاستحسان بالإجماع:** ومثاله الاستضاع فهو جائز استحسانا والقياس عدم جوازه لأنه عقد على معدوم وإنما جاز استثناءا من القاعدة العامة ووجه الاستحسان جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعا.

3- **استحسان سنده العرف:** كجواز وقف منقول جرى العرف بوقفه مثل الكتب الأواني ...الخ.

مفاد القاعدة5: ومعناها التخلية مقدمة على التحلية ومعناه أنه إذا عارض تحصيل المصالح مع دفع المفاسد ولم يمكن الجمع بينهما فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح...انظر محمد سراج ،أصول الفقه الإسلامي،ص221-222-223.

[624]-هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الكرخي،البغدادي،الحنفي،الفقيه الإمام الزاهد مفتي العراق وشيخ الحنفية من مؤلفاته:المختصر في الفقه،شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن...الخ،توفي ببغداد إثر إصابته بمرض الفالج سنة 340 هـ انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة-أبو الحسن-الكرخي/ar.wikipedia.org/wiki/; http يوم 2017/05/14م على الساعة 18:36 سا.

[625]-سعيد بويزري،نفس المرجع،ص88.

[626]-محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام،مدخل منهجي،ص184.

[627]-مثال:الأصل الكلي والقاعدة العامة يقضيان ببطلان بيع المعدوم ولكن استثني ال.....وهو بيع ما ليس عند الإنسان،وقت العقد بنص خاص وهو ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال"من أسلف منكم فليسف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى ألأجل معلوم".

4- **استحسان بالضرورة:** وذلك يكون لدفع الحرج عن الناس مثاله: تطهير الآبار التي تقع فيها نجاسة بنزح قدر معين من الماء منها.

5- **استحسان بالمصلحة:** مثاله: تضمين الأجير ما يهلك عنده من أمتعة الناس، إلا إذا كان ذلك بقوة قاهرة لا يمكن دفعها أو التحرز منها.

6- **استحسان بالقياس الخفي:** مثل وقف الأرض الزراعية دون النص على حقوقها الارتفاقية.

حجية الاستحسان: أخذ كثير من العلماء به واعتبروه دليلا من أدلة الأحكام وأنكره البعض مثل الشافعية حتى نقل عن الإمام الشافعي أنه قال:"الاستحسان تلذذ وقول بالهوى" وقال "من استحسن فقد شرع "[628].

الاستصحاب:

وهو طلب الصحبة والملازمة فاستصحاب شيء يعني ملازمته وهو في الإصطلاح عبارة عن ثبوت الحكم في الزمن الحاضر لثبوته في الماضي لعدم وجود مغير يغيره وهذا يتطلب:

أ - يتطلب الاستصحاب العلم بوجود حكم معين في الماضي سواء ثبت الحكم في الماضي بالعقل أو بدليل شرعي.

ب - إثبات هذا الحكم في الحاضر.

ج - لا يعمل الاستصحاب إلا بعد البحث عن المغير للحكم الثابت في الماضي والانتهاء إلى عدم وجوده بعد هذا البحث.

أنواعه:

1-استصحاب حكم الإباحة الأصلية أو بالبراءة الأصلية: لعدم وجود الدليل الذي يغيِر هذا الحكم، ومبنى هذا النوع أنه الأصل في الأشياء الإباحة وأن الأصل في الذمة البراءة[629].

---

[628]-عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،ص183-184.

2-استبقاء الحكم الشرعي الثابت بدليله إلى حين حدوث ما يغير هذا الحكم[630].

حجيته:

لا خلاف بين الفقهاء على حجية الاستصحاب فيا دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه حتى يزول بدليل معارض فالزوجة زوجة حتى تثبت الفرقة والملك ملك حتى يزول بدليل، ولا خلاف في عدم الاحتجاج بالاستصحاب عند قيام دليل على خلافه من الكتاب والسنة أو الإجماع ويلحق به الجمهور بقيام دليل من القياس على خلافه،ولا خلاف في استصحاب العذر الأصلي بدليل من الأحكام الشرعية كبراءة الذمة في التكليف حتى يقوم دليل شرعي على تغييره أما ما بقي من صور الاستصحاب فقد اختلف فيه الفقهاء[631].

والخلاصة أن الاستصحاب على الرأي الراجح يعتبر دليلا، ولكنه لا يثبت حكما جديدا إنما يستبقي حكم موجود وهو باب واسع يرفع الحرج عن الأمة والفقهاء[632].

القواعد المبنية على الاستصحاب: وله مجموعة من القواعد أو الضوابط من بينها:

- اليقين لا يزول بالشك[633].
- الأصل بقاء ما كان على ما كان.
- ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

---

[629]-مثاله:أنه إذا جرى العرف أو القانون على تصحيح معاملة من المعاملات ولم يكن في النصوص العرفية ولا في الإجماع ما يعارض ذلك فإن الواجب يقتضي الحكم بصحة هذه المعاملة ،وكذا لو ادعى أحد دينا على آخر فأنه يحكم ببراءة ذمة المدعى عليه ما م يثبت هذا الدين بينة تثبته..".

[630]-مثاله:...."من توضأ يحكم بطهارته على وجه اليقين لأن الثابت بيقين لا يرتفع إلا بيقين آخر".

[631]-وفيه مذهبان:

المذهب الأول:يثبت حجية الاستصحاب (حنابلة،مالكية،ظاهرية،زيدية،أكثر الشافعية ...واتبروه دليلا سواءا أكان النفي أو الإثبات).

المذهب الثاني: يمثله أحناف لا يعتبرونه حجة إلا في مجال النفي فهو عندهم حجة قاصرة على الجانب السلبي،يصلح للدفع لا يصلح حجة لإثبات حكم الذي يستصحب .

مثال: المفقود:إذا كان الشخص مفقودا ولا يعلم حياته من موته،هنا الاستصحاب يقضي بأن يعطي حكم الأحياء حتى يقضى بوفاته ولو حكم الأحياء في الفترة بين الفقد والحكم بالموت.

[632]-محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام،مدخل نهجي،ص212إلى 215/انظر محمد كمال الدين إمام ،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي،مدخل منهجي،ص200-202.

[633]-أحمد فراج حسن،أصول الفقه الإسلامي،ص183.

- القديم يترك قدمه[634].

الاستصحاب والقانون:

- يؤخذ بالاستصحاب في قانون العقوبات لأن الأمور مباحة ما لم يقم نص مثبت للتجريم وعقوبة المخالف.[635]
- وأن مبدأ :"المتهم بريء حتى تثبت براءته" مبني على استصحاب البراءة الأصلية.
- والقانون المدني كثير من أحكامه الإباحة مثاله:"العقد شريعة المتعاقدين" مبنية أيضا على أصل الإباحة الأصلية في العقود ولقد ارتضاه قبل القوانين الوضعية الحنابلة الذين يقررون" أن الأصل في العقود الإباحة والإلتزام بمقتضاها حتى يقوم نص مانع"[636].

شرع ما قبلنا:

وهو مجموعة الأحكام العملية التي وردت في الشرائع السماوية السابقة على الإسلام وحكمها النص الإسلامي ولم يعرض لها بإلغاء أو إبقاء.

أقسام شرع ما قبلنا: نقصد به الأحكام التي ورد ذكرها في الكتاب والسنة وهي تنحصر في ثلاثة أنواع:

1- **أحكام سابقة كلفنا بها الشارع:**لا خلاف بين العلماء في أنها شرع لنا كما هي شرع من قبلنا ولكن حجيتها تجيئ من تكليف الشارع مجددا لنا بها في الإسلام وليس امتداد للتكليف السابق ي شرع من قبلنا[637].

---

[634]-محمد كمال الدين إمام ،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي،مدخل منهجي،ص202.

[635]-مفاد القاعدة الأولى : مثال الطهارة:إذا توضأ الشخص وبعد مضي مدة توهم أو شك أنه نقض وضوءه حكم بقاء وضوئه لأن طهارته متيقنة فلا تزول بتوهم أو شك.

مفاد القاعدة الثانية: مثاله أن يدعي شخص دين على آخر فيقر المدعى عليه به ثم يدعي انقضاءه بالأداء فإنه يحكم بقضاء الدين لأنه ثابت بالإقرار أولا أن تقوم للمدعى عليه ببينة بأداء الدين لأنه دليل قوي ويبرّأ.

مفاد القاعدة الثالثة:إذا قام شخص بدعوى على آخر دين يد بأن الدار التي في يده هي له لا يحكم للمدعي بدعواه ما لم يُقِم بيِّنة ذلك أن وضع يد الأول هي دليل ملك فيحكم ببقاء ملكه حتى يثبت العكس بدليل.

مفاد القاعدة الرابعة:والقديم هنا هو الذي لا يوجد من الأحياء ما يعرف أوله مثاله لو كان لأحد الجيران نافذة على جارة قديمة لا يعرف أحد وقت إنشائها وطلب الجار الآخر إغلاقها فإنها لا تغلق ويحكم ببقائها تركا للقديم على قدمه.....انظر محمد كمال الدين إمام،أصول الفقه الإسلامي،ص241-242.

[636]-أحمد محمود الشافعي،نفس المرجع،ص193.

2- **أحكام سابقة ألغاها الشارع:** وهي التي ثبت نسخها بدليل شرعي من الكتاب أو السنة وهذه ارتفع التكليف بها،فهي ليست شرع لنا ولا يلزم العمل بها ولا يجب اتباعها.

3- **أحكام حكاها الشارع دون إلغاء أو إقرار:** وهي شرع من قبلنا[638].

قول الصحابي:

الصحابي هو عند المحدثين[639]،هو كل شخص رأى النبي ﷺ وآمن به طالت صحبته أو لم تطل.

وعند الأصوليين هو كل شخص لقى النبي ﷺ وآمن به ولازمه زمنا طويلا حتى صار يطلق اسم الصاحب.

والمقصود بقول الصحابي أو مذهبه: هو ما يصدر عنه من قول أو فعل يتعبد به دون أن يعرف له مستند،ذلك أن الصحابة هم نقلة حديث رسول الله،وحفاظ سنته فما صدر عنهم نسبة إلى رسول الله فهو من السنة وما صدر منهم في الأمور التي تعرف بالعقل أولا يعرف لها إسناد فهي أقوال لهم ألزم كل واحد بها لنفسه ولا يلزم بها غيره من الصحابة فهل يلتزم من جاء بعدهم بها؟[640].

العرف:وهو ما تعارف الناس واستقامت عليه أمورهم من قول أو فعل.

أقسامه: ينقسم إلى:

---

[637]-مثاله قوله تعالى :﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ **[سورة البقرة ، الآية183]** فالصيام هنا تكليف مبدأ قوته شريعتنا فهي مصدر حجيته لأنها أقرت أصله وغيرت شكله بتحديد زمانه وتثبيت هيئته ..انظر محمد كمال الدين إمام ،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي مدخل منهجي،ص192.

[638]-ومثاله:قال تعالى: ﴿ **وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾ **[سورة المائدة ، الآية45]** ،فهذا إخبار بأحكام القصاص في بني إسرائيل دون إنكار أو إقرار...../انظر محمد كمال الدين إمام،أصول الفقه الإسلامي،ص232.

[639]-المحدِّث:اسم فاعل من حدَّ ث،المُحَدِّث راوي حديث رسول الله-ص-/انظر يوم 14-05-2017م على الساعة 18:42 سا/المحدث/www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

[640]-محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام(مدخل منهجي)،ص198-199.

العرف القولي: مثال تعارف الناس على إطلاق لفظ "الولد" على الذكر دون الأنثى مع أن لفظ الولد ينطبق على كليهما إذ يقول الله تعالى:﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** ﴾.[641]

العرف العملي:مثل تعارف الناس على البيع بالتعاطي في بعض السلع دون إيجاب و قبول وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل.

العرف العام:هو ما تعارف عليه الناس جميعا في عصر من العصور.

العرف الخاص:هو ما تعارف عليه الناس في طائفة معينة أو في بلد معين إذ تختلف الأعراف من طائفة لأخرى ومن بلد لآخر.

شروط العمل به:

1- أن لا يعارض نص قطعي أي أن لا يكون مخالف للنص ويكون عرف صحيحا.

2- أن يكون العرف مطردا أي في جميع الحوادث أو أغلبها فلا عبرة بالعرف غير الغالب.

3- أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه بأن يكون حدوث العرف سابقا على وقت التصرف ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه.

4- أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه[642].

سند الذرائع:

جاء في تعريف **ابن القيم**[643] للذريعة:"بأنها ما كان وسيلة وطريقا إلى شيء".

وبهذا المعنى تستوعب ما كان وسيلة إلى الحلال أو الحرام وهي كما يقول **القرافي**[644]:"كما يجب سدُّها يجب فتحها وتجرى عليها الأحكام التكليفية الخمسة من الوجوب الحرام،الندب،الكرامة والإباحة.

---

[641]- سورة النساء ، الآية 3.

[642]-عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،ص/203-204/انظر سعيد بويزري،نفس المرجع،ص79-80-81.

[643]-ابن القيم هو (691هـ-751هـ)من أهل السنة من مؤلفاته :أعلام الموقعين عن رب العالمين،بدائع الفوائد،تحفة المولود بأحكام المولود.

[644]-القرافي هو:أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي(000-684هـ-000-1285م) مالكي من مؤلفاته مختصر تنقيح الفصول قواعد العربية/انظر خير الدين الزركلي،نفس المرجع،الجزء الأول،ص94-95.

والأصل فيها أن الغايات تأخذ أحكام المقاصد فالمقصود الممنوع تمنع وسائله والعكس صحيح ،انظر 2017/05/14 على الساعة 19:05 ابن–قيم –الجوزية www.https//ar.wikipedia.org/wiki/

وعليه فالذريعة لها معنيان:

المعنى العام:تعني كل ما يؤدي إلى واجب فهو واجب وكل ما يؤدي إلى حرام فهو حرام.

المعنى الخاص:أن كل مصلحة تؤدي إلى مفسدة ينبغي سدادها ولا يتجاوز ذلك إلى ما يؤدي إلى المصلحة[645].

[645]– محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام،ص191–192.

المبحث الثاني : أوجه الفقه والاختلاف بين التشريع الإسلامي (مقاصد شرعية إسلامية ، الفقه الإسلامي) وآراءه المشرع في القانون الوضعي .

قبل التطرق لهذه المقارنة لابد من التخريج على بعض المفاهيم وتحديد معانيها حتى يتجلى لنا هذه التفرقة.

المطلب الأول : بعض التفريقات المفاهمية

الفرع الأول : الفقه وبعض المصطلحات القانونية

أ – **الفقه ولفظ القانون:** إن الملاحظ أن الفقهاء المسلمين نادرا ما استعملوا في الاصطلاح لفظ القانون للدلالة على المعاملات القانونية الملزمة، وإنما استعملوا كلمات الشرع الشريعة الحكم الشرعي والفقه الإسلامي.

إلا أنه هناك بعض الفقهاء من استعمل هذا المصطلح مثل الإمام **المالكي أبي القاسم ابن جزي**[646] في كتابه القوانين الفقهية.

كذلك نجد الإمام الحنبلي **ابن القيم الجوزية** في كتابه إعلام الموقعين عن رب العالمين استعمل كلمة قوانين سياسية للدلالة على القواعد المقننة بأوامر ولاة الأمر بناءا على دواعي السياسة الشرعية و دلّ استعمال هذا اللفظ على الأنظمة التشريعية الزمنية.

والملاحظ أنه يجب الإشارة بأن كلمة القانون لا يمكن إطلاقها حسب وجهة النظر الإسلامية على كل قول أو نطق للفقهاء أو المجتهدين أو كان مذكور في كتاب من كتب الفقه وإنما القانون في الإسلام 4 أشياء:

1.النص القرآني[647].

---

[646]–هو من أهل غرناطة عاش في أوائل القرن 8 هجري القرن 14 ميلادي معروف بابن جزي الكلبي (693–741هـ/1293م–1340م)هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن يحي بن يوسف بن عبد الرحمن بن جزي الكلبي الغرناطي(1321م بغرناطة توفي في 1357 م بفاس)/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة يوم 2017/05/14 على الساعة 19:12 سا ان–جزي–الكلبي/https ;//ar.wikipedia.org/wiki

[647]–ن.ج كولون،في تاريخ التشريع الإسلامي–ترجمة محمد أحمد سراج،مراجعة حسن محمود عبد اللطيف الشافعي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،طبعة أولى،1412هـ1992م،ص18/انظر سمير عالية،نفس المرجع،ص77.

2.شرح نص قرآني أو سنة ثابتة عن النبي ﷺ.

3.استنباط أو قياس أو اجتهاد أو استحسان انعقد عليه إجماع الأمة أو أفتى به جمهور العلماء وظلت تسلم به أغلبية المسلمين.

4.كل ما يتفق عليه أهل الحل والعقد في بلد إسلامي بإجماعهم أو أغلبية آرائهم .

ب – الفقه والتسميات القانونية:سبق الإشارة أن الفقه الإسلامي نظام شامل تناول بالتنظيم **في أبواب المعاملات القانونية:**العلاقات بين الأفراد والجماعات والدول أي جميع فروع القانون الوضعي العام والخاص.

إلا أن مصطلحات الفقه فيما يخص أقسام وفروع القانون:

القانون: قانون عام وقانون خاص.

وهما في الفقه الإسلامي: قسمان لنظام قانوني واحد دون أن يكون لأحدهما الصدارة على الآخر من حيث القوة القانونية ما دام مصدرها واحد إذ أن القواعد الواردة في القرآن الكريم كلها متساوية من حيث طبيعتها القانونية والقواعد الواردة في السنة النبوية كذلك.

إلا أن القوة القانونية يكمن اختلافها في قوة التدرج من المصدر هذا ما جعل الفقهاء المسلمون قديما لا يقيمون القواعد القانونية إلى عام وخاص ولم يذكروا في كتبهم المسائل المتعلقة بالقانون الدستوري والإداري والمالي مستقلة عن بعضها في فروع وبتلك التسميات وإنما تعرضوا لها بعنوان السياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية.

ويخصصوا لقانون العقوبات عنوان مستقل وإنما عرضوا له أبواب الجنايات والحدود والديات مثلا.

ونفس الشيء بالنسبة للقانون الدولي العام و الخاص إذ لم يفردوا له فرعين مستقلين وإنما ذكروه في أبواب السير والمغازي والجهاد والغنائم والأمان...الخ.

كذلك القانون المدني لم يفردوا له عنوان مستقل عن غيره وإنما عالجوا مسائله تحت مختلف العناوين والأبواب وكالأحكام المتعلقة بالبيوع والإجارة والهبة والوديعة والكفالة وغيرها كذلك الأمر بالنسبة للقانون التجاري.

ولم يكن لديهم الاصطلاحات القانونية المعروفة في زماننا مثل:قانون المحاكمات، التنظيم القضائي...الخ، وعالجوا المسائل المتعلقة بهذه العناوين في أبواب الشكاوى والشهادة والإقرار والقضاء وآداب القاضي[648].

الفرع الثاني : المقاصد في التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي

لعل أن أهم ما يربط مقاصد القانون بمقاصد الشريعة الإسلامية هو وجود قيم معيارية علوية حاكمة على التشريع فيهما، ولعل ما يجب الالتفات إليه في هذه العلاقة أنها تفتح أمامه مغاليق النصوص إذ لا يصبح القانون معزولا في مدونات التشريع نفهمه بفهم ألفاظه بل يعتبر حركة دائبة يتسع بها النص ويضيق فوجوده أو غيابه لا يكون إلا بعلة وأسباب غائبة،فالقانون إذا أخذ بألفاظه دون علله يعتبر هيكل عظمي مجرد من معنى الحياة إضافة أن تلك النصوص التشريعية في أمة مهما كانت كاملة لا تمثل إلا جزءا من قانون تلك الأمة فأحكام القضاء وما تطبقه من مبادئ والكثير من القواعد العرفية تبقى بجانب القوانين المسطرة معمولا بها وإن لم تدّون، وعليه فالذي يجب معرفته هو القانون الحي وهو الذي كما يعمل به الناس وكما تطبقه المحاكم،فيجب أن يكون منذ بداية تشكّل المنظومة القانونية والتي تعتبر مرتبطة ارتباط وثيق بمقاصد التشريع واضحة المعالم وتسعى لتحقيقها بمختلف الوسائل فإذا كان من المسلم به أن المشرع للنص القانوني لم يضعه عبثا واعتباطا إنما لأجل هدف المراد به حكما باعة وأسباب ومقاصد دافعة إليها،إلا أنه العناية بالبعد المقاصدي للنصوص والأحكام القانونية أقل بكثير مما هو عند أهل الشريعة الإسلامية ذلك أن الأسباب التي وجدت عندهم غير موجودة عند أهل القانون ذلك أن التشريع الوضعي ذو قابلية لأن يعدل ويغير بصفة مستمرة فهو ليس بحاجة ماسة إلى نظرة مقاصدية تستخرج منه الحكم والغايات المصلحية المقصودة منه[649]خلافا للتشريع الإسلامي الذي يتميز ويتفرد بصفة الثبات والخلود والشمول والذي وضع من أجل تحقيق غاية الإنسان من الاستخلاف إذ يكون المقصد الأعلى هو تمكين الإنسان من تحقيق غاية وجوده أي الخلافة في الأرض من

---

[648]–سمير عالية،نفس المرجع، ص78.

[649]–محمد سليم العوا،نفس المرجع،ص271.

حيث عبادة الله وعمارة الأرض وتحقيق مصلحته[650] وما فيه خير يفضي إلى سعادته في الدنيا والآخرة،ولعل خير مثال الدين الإسلامي إذ له من النفع العائد والفضل الرائد في تحقيق مصالح الأنام وإرساء القيم والمبادئ الإنسانية التي تمثل أعظم مقاصد الشارع وأهم أهداف التشريع فجوهر مقاصد الشرع الحنيف هو مصالح الإنسان ذاتها والمصلحة والمقصد هما وجهان لحقيقة واحدة وهي سعادة الإنسان في الدارين إذ لا تقوم المقاصد الشرعية إلا برعاية تلك المصلحة ولا رعاية لمصلحة الإنسان دون وجود تلك المقاصد[651].

فلقد وضعت الشريعة الإسلامية للمحافظة على المصالح الكلية الخمس وهي: الدين،النفس،العقل،النسل والمال،وهو نفس ما يذكر في التشريعات الوضعية فللمقاصد وجود في تلك القيم التي تتكشف عن بعض عبارات وإشارات النصوص القانونية كتحقيق العدل والأمن وحماية الحرية ومراعاة الفطرة وحسن النية والمسامحة والعفو والمساواة والعدالة الإجتماعية وحماية حرية العقيدة وحفظ النفس وحفظ العرض والمال والنسب، ونظرية المقاصد في التشريع الوضعي أعملت في مجالات متعددة مثل: المذكرات التفسيرية للقانون والاجتهاد القضائي ونظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها[652].

فاستصحاب المقاصد بمضامينها الشرعية في وضع القوانين وتقصُّدها من شأنه خلق انسجام بين الأحكام الحقوقية الخاصة بالمكلف مع فطرة الإنسان وفالنظري حفظ الضروريات وهذا ما يجعل من مقاصد الأحكام الوضعية إطارا عادلا ينطبق معه الحكم على المحكوم عليه به انطباقا سليما وصحيحا ومن ثم تستهدف العناية بالمقاصد العامة للشريعة في الشأن التشريعي الوضعي تغيير الأحوال الفاسدة وإعلان فسادها وتعزيز أحوال صالحة تعارف

---

[650]–محمد مصطفى الزحيلي،مقاصد الشريعة الإسلامية،دون صفحة/انظر مبارك المصري النظيف محمد،نفس المرجع،دون صفحة.

[651]–عبد النور بزا،المرجع السابق، ص18.

[652]–محمد سليم العوا،المرجع السابق، ص278.

الناس عليها ولا تخالف كليات الشريعة وفروعها مع ضرورة اعتبار المآل سند التشريع فلا يـُقِرُّ منه إلا الذي يحقق المصلحة ويمنع المفسدة[653].

1-مقاصد الشرعية ودورها في صياغة التشريع الوضعي :

إن الفقه المقاصدي للقانوني يرتبط ارتباط وثيق بنظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية إذ يعتبر من أهم جوانب العلوم القانونية وأدقّها وأجلها ولا يفيد فيه إلا ذو بصيرة وقّادة وقريحة صافية وعلم غزير واجتهاد منضبط وذهن لطيف وفهم صحيح وذوق سليم فهو روح القوانين وأمين سرِّها.

إذ تبدو ثمرة الوقوف على ثقافة المقاصد القانونية في التعرف على كمال التشريع وحكمته حتى يكون المكلف والمخاطب بالقانون أرسخ يقينا فالعلم بالمقاصد يزيد النفس طمأنينة بعدالة النص وحكمته والنفس تكون مجبولة على التسليم للحكم الذي عرفت علته وتأكدت من أن غايته تهدف في الأساس إلى تحقيق الأمن والسكينة والاستقرار وحمايته في دينه وبدنه وعقله ونسبه وعرضه وماله بشكل يتناسق مع احتياجاته وتلبية لمصالحه، فعندما يكون القرآن في وجدان الناس معبرا عن آمالهم وآلامهم والقيم التي يؤمنون بها يزال حاجز الرهبة والخوف منه فالقانون في حقيقته معان إنسانية تهدف لحماية مصالح الجماعة قبل الفرد[654].

كما يمكن استثمار الفقه المقاصدي للقانون في رحاب مقاصد الشريعة في معرفة مراتب المصالح ضرورية كانت أم حاجية أم تحسينية،عامة أو خاصة،أصلية أم تبعية،قطعية أم وهمية....الخ، فهذا أمر في غاية الأهمية بالنسبة لرجل القانون مشرعا كان أم قاضيا مفتيا أم محاميا،عند تحقيق التوازن والاعتدال وعدم الاضطراب في الأحكام وتنزيل الأحكام القانونية على الظروف المكانية والزمانية وهذا المعنى مستفاد من أقوال فقهاء الشريعة إذ

---

[653]-ابن عاشور ،نفس المرجع،تحقق محمد الطاهر الميساوي، ص405/انظر مبارك المصري النظيف،نفس المرجع،دون صفحة.

[654]-عليان بوزيان،مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية،مجلة المسلم المعاصر،العدد 150، لبنان،2013م،ص80 وما بعدها.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:" والمؤمن ينبغي له أن يعرف الشرور الواقعة ومراتبها في الكتاب والسنة ... ليقدم ما هو أكثر خيرا وأقل شرا على ما دونه،ويدفع أعظم الشرَّين باحتمال أدناهما،ويجتلب أعظم الخيرين بفوات أدناهما،فإن من لم يعرف الواقع في الخلق والواجب في الدين لم يعرف أحكام الله في عباده،وإذا لم يعرف ذلك كان قوله وعمله بجهل ومن عبد الله بغير علم كان ما يفسد أكثر مما يصلح "[655].

وعلاوة على أن الفقه المقاصدي أداة حيوية محركة للانطلاق في إدراك نهاية القوانين في كل نصوصها وأحكامها وسبر أغوار معانيها،كما أنه معيار معرفي في الاستبصار المستقبلي لحال الأمة في المجال التشريعي والحضاري.

وكذلك الفقه المقاصدي للقانون يكسب الفقيه مهارة في التمييز بين الأصول والفروع والكليات والجزئيات والقواعد والتفريعات ودربة على إحداث التأصيل الإسلامي للقوانين فضلا عن التبصر بمواقع التطبيق والتنزيل ومآلاته لضمان روح التشريع وحمايتها وإبقائها[656].

2-روح القانون في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية:

إن مصطلح **روح القانون** يطلق به ويراد به المعنى الحقيقي والمغزى والهدف التي كانت تقصده الجهة المشرعة أثناء سندها للقانون وأول من استحدث هذا المصطلح هو الفيلسوف **مونتسيكيو** في عام 1748م في مقالة تتعلق بالنظرية السياسية إذ ربط بين السياسة والقوانين ربط منطقيا، إذ كان يرى أن المعنى الحقيقي للقوانين والذي يؤثر في كيفية تطبيقها هو الأهداف والمبادئ والقيم والأعراف السياسية الكامنة خلفها فالدافع الكامن وراء القوانين في الديمقراطية في نظره هو" قيمة الفضيلة " في هذا المجتمع ووضع مصالح الجماعة قبل مصالح الفرد، أما في النظم الإمبراطورية الفردية فالمبادئ الكامنة وراء القوانين هي قيمة " الرفعة والتمّيز" ولذلك قد تتخطى المصالح الفردية لبعض الأفراد مصالح مجتمعهم ولو بشكل غير عادل أما المجتمعات التي تحكمها قلة غاشمة فمبادئ الحكم تستند على شر

---

[655]-ابن تيمية،جامع الرسائل،تحقيق رشاد سالم،دار العطاء،طبعة 1،الرياض،1422هـ2001م،الجزء2،ص305.

[656]-مبارك المصري النظيف محمد،غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية،جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية،السودان(أم درمان).

الخوف والرعب ويرى كذلك أن أفضل القوانين هي تلك التي تتواءم مع حاجات المحكومين بها ولا تتناقض مع طبيعتهم وقيمهم[657].

ومن المعلوم أن الإسلام سبق **مونتسيكيو** بقرون عدة في الأخذ بروح التشريع دون نصوص الجامعة.

بعد ذلك بدأ مصطلح **روح القانون** يتوسع بشكل كبير عده وأصبح يستخدم في مقابلة **نص القانون** وصار يعبر عنه **بإرادة المشرع** والتي تم الكشف عنها بواسطة استقراء النصوص القانونية وقراءتها وتفسيرها ومحاولة توقع المغزى منها،ففي بعض الأحيان تكون إرادة المشرع واضحة مثال: قانون المرور المغزى منه حماة الأشخاص سواءا راكبين أو راجلين من حوادث المرور والمحافظة على سلامة الناس.

وفي بعض الأحيان كذلك عند تنفيذ القانون يرى القاضي إن كان النص غير مقبول بقوله:"مخالف لروح القانون" فعدم وضوح الغاية الأساسية للتشريع الوضعي يؤدي إلى استغلاله استغلالا سيئا تفقده مصداقيته خصوصا مع الإصرار على تطبيق حرفية النص ولو خالف روح القانون وإرادة المشرع ومراعاة الفهم والتطبق كي يسلبوا الفرصة من الذين يمتلكون النفوذ والقوة ف ترجمة القانون حسب منافعهم الذاتية[658].

وفي هذا العصر المسمى بعصر التدفق العلمي والتسارع المعرفي حلت الأمم مستجدات كثيرة ومتنوعة ومتسارعة في مختلف شؤون الحياة وأنساقها المتباينة فلم تعد النظم والقوانين تفي بمتطلبات ذلك إذ اقتصر على حرفيتها والظاهر من ألفاظها ولذلك كان التنادي من أهل القانون بالكشف عن إرادة المشرع وقصده وغايته بحيث يفترض أن يكون القانون وثيقة نابضة بالحياة متناغمة مع روح العصر[659].

---

[657]–محمد بن عبد الله آل عبد اللطيف،موقع الجزيرة. http ;//www.al.jazirah.com/2013/2013.08.13/ar.3.htm يوم 15 ماي 2017م على الساعة 11:52.

[658]–عليان بوزيان،نفس المرجع،ص70 وما بعدها/انظر مبارك المصري النظيف محمد،نفس المرجع،دون صفحة.

[659]–محمد سليم العوا،فكرة المقاصد في التشريع الوضعي"مقاصد الشريعة وقضايا العصر"،مؤسسة الفرقان للتراث الثقافي،الطبعة2011،1م،ص267.

المطلب الثاني : أوجه الوفق والاختلاف بين التشريع الإسلامي (الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وإرادة المشرع في القانون الوضعي)

الفرع الأول : أوجه الاختلاف

1-الشريعة الإسلامية شاملة لأمور الدنيا والدين ذلك أنه عنيت بأمور الدنيا والدين والمقصود بأمور الدنيا أن الدين الإسلامي فضلا عن القواعد التي تنظم المعتقدات والعبادات تضمن أسمى ما ينظم علاقات الناس من قواعد قانونية وخلقية وتجاوز ذلك إلى وضع الأسس الكاملة التي تقوم عليها الدولة:فالخلافة بيئة،والأمر بين الناس شورى...، والناس جميعا سواسية...، وكل المسلم على المسلم حرام:دمه،ماله،عرضه، وحريات الناس مضمونة ...وغيرها.

وفي كمال الشريعة الإسلامية يقول **سليمان مرقص:**"ففي الكتاب والسنة وهما أهم مصادر الشريعة الإسلامية ،الكثير من القواعد المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوقف والوصية والتجارة والبيع، ومختلف العقود والحدود الجنائية وغيرها من القواعد الجنائية ولقد تناول فقهاء الإسلام هذه الأحكام بالشرح والتفصيل وفرعوا عليها الكثير من الحلول حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا كاملا يعدل أرقى الشرائع بل أن بعض نظمها يفضل ما يقابله من نظم في أحدث الشرائع العصرية".

2-شريعة ... أسمى وأكمل الحلول للمشاكل البشرية: أن الله سبحانه وتعالى جعل من الدين الإسلامي رسالة عامة لجميع الناس صالحة لكل زمان ومكان إلى يوم القيامة نزل الوحي بنوعين من الأحكام الفقهية الشرعية في نوعين من الأحكام:

أ-مسائل لا تتأثر باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات والعادات ونزلت قواعده الأساسية محكمة محددة في الكتاب الكريم – القرآن – وكلف الرسول ﷺ بوحي من ربه أن يفصل هذه الأحكام العامة وسميت هذه الأحكام بالقطعية ومنها أحكام العقائد والعبادات.

ب- مسائل من شأنها أن تتأثر بظروف الزمان والمكان وتختلف باختلاف البيئة والعرف وبحسب ما تدعو إليه المصلحة في كل منها واكتفت الشريعة الإسلامية هنا بوضع قواعد

عامة كلية مرنة وتركت الأحكام الفرعية اجتهاد العقل البشري احتراما له ومسايرة للظروف والمصالح.

والحكمة من ذلك أنه لا يصح في أمور العقائد والعبادات أن تترك لإفهام الناس واجتهاداتهم لأن الله لا يعبد إلا بما شرع ولأنه لا يصح الاختلاف في ذلك أما الفروع لا يضر الاختلاف فيها وتخضع لظروف الزمان والمكان لم يكن يصلح أمر الناس على توحيدها وإلا جمدت العقول ولا اصطدمت الشريعة بظروف الزمان والمكان وبمصالح الناس.

لهذا رحمة من الله بعباده فتح باب النظر والاجتهاد يساير مصالحهم والنظام المستقر مع دفع الضرر ورفع الحرج لقوله تعالى:﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ**﴾[660]،وقوله تعالى:﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾[661]،وروي عن **الإمام مالك** قوله:"الاستحسان والاستصلاح تسعة أعشار العلوم".

3-نجد أن فقه الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين رئيسيين:

أ-العبادات: تشمل القواعد التي تنظم صلة الإنسان بربه-سبحانه وتعالى-.

ب-المعاملات:تشمل القواعد القانونية التي تنظم صلة الإنسان بأخيه في وطنه وفي الدول الأخرى وصلة الدول ببعضها البعض وهذا يشمل مختلف أنواع القوانين الوضعية بمسميات عصرية وقد نجد لها مقابلا في مصطلحات فقهاء الشريعة الإسلامية[662].

4-أن المعنى التعبدي الروحي الذي يلاذ كل حكم شرعي ويكفل تربية الضمير الروحي والوازع الديني وفيها أعظم كفيل بإطاعة القانون وليس للقوانين الوضعية شيء من ذلك.

5- أن الأحكام الشرعية أوسع نطاقا من الشرائع الوضعية وبخاصة فيما يرجع إلى الفضائل والرذائل فجميع الفضائل مأمور بها في الشريعة فهي واجبة والرذائل جميعا منهي عنها فهي محرمة وفي أحكام كل من النوعين المعنى الخلقي والمعنى التعبدي الروحي فيها قوتها

---

[660]-سورة البقرة،الآية185.

[661]-سورة الحج،الآية 78.

[662]-علي علي منصور،مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

وشمولها بخلاف الشرائع الوضعية فإنها مع جفافها لا تظر إلى الفضائل إلا النظرة المادية المجردة.

6- أن لكلمن الأحكام الشرعية والوضعية الجهاز الدنيوي الذي يراقب تنفيذه وهو سواء في ذلك إذ تمتاز الأحكام الشرعية بمراقبة العليم الخبير-الله عز وجل- فمن خالف القانون الوضعي وأفلت من المراقبة فلا عليه بعد ذلك أما من خالف الشريعة الإسلامية وأفلت من جهاز المراقبة الدنيوي فإنه لن يفلت من المراقبة العليا وهو ملاق جزاءه لا محالة وذلك من أعظم مزايا التشريع الإسلامي ومن أقوى العوامل على إطاعته وتنفيذ أحكامه في السر والعلن.

7-أن الفقه الإسلامي بجميع أحكامه قد عاش قرونا متطاولة متلاحقة متتابعة...الأمر الذي لم يظفر به ولا بما يقترب منه أي تشريع في العالم القديم ولا الحديث.

فالفقه الإسلامي له 14 قرنا ولقد تقلب في جميع البيئات وعاصر الرخاء والشدة والسيادة والاستعباد والحضارة والتخلف وواجه الأحداث في جميع هذه الأطوار فكانت له ثروة فقهية ضخمة لا مثيل لها،إذ يجد كل بلد أيسر الحل لمشاكله وهذا ما يدعو إلى حاجتنا إلى الفقه الإسلامي وحاجته إلى من ينصفه[663].

8- أن مصدر قواعد الدين تختلف عن قواعد القانون من حيث المصدر ذلك أن الدين رسالة منزلة من عند الله عز وجل أما القانون فهو عبارة عن أحكام من صنع البشر،وأحكام الفقهاء الشرعية التي يستنبطونها لا تعتبر من عند الله وليست من صنع البشر،بل هي مستنبطة من الأحكام المنزلة من عند الله عز وجل ولا يستطيع أن يحيد عنها.

9- أن الدين خطاب للبشر إذ يخاطب الإنسان(ذكرا، أنثى،صغيرا، كبيرا، أمير، وزير مهما كانت درجاتهم واختلافاتهم) أما القانون الوضعي فهو خطاب للأشخاص الطبيعة والأشخاص الاعتبارية.

---

[663]-عي علي منصور،نفس المرجع،ص70-71،دار الفتح للطباعة والنشر بيروت والسيد محمد الرماح بشينة ليبيا ،طبعة1، 1390هـ1970م،ض19 إلى 24.

10- أما الدين فهو يخاطب المكلف وهو من يشترط فيه الأهلية:كالعقل، البلوغ، الرشد، أما غير المكلف كالمجنون والصبي فلا يجوز مخاطبتهما وهذا ما يتفق فيه مع القانون إلا أنه يختلف معه في شروط الأهلية في الدين من حيث السن المعتد به والحساب بالتقويم الهجري في حين أن القانون الوضعي(الجزائري) السن لم يتحدد القواعد القانونية في توحيده ويحتسب بالتقويم الميلادي.

11- الدين منظم لسلوك البشر وهذا ما يتفق به مع القانون والتنظيم الذي يقصده الدين الإسلامي يشمل:الدين،دولة،عقيدة...الخ، فهو يبيح ويأمر وينهى أمورا مثل القانون الوضعي.

12- ويختلف نطاق الدين عن نطاق القانون : أن الدين ينظم علاقة الإنسان بربه ومع نفسه ومع غيره،بينما القانون ينظم سلوك الإنسان مع غيره وعليه فالقواعد الدينية قواعد عقائدية ،تعبدية،خلفية،اجتماعية وهو ما يجعلها أوسع من نطاق القانون الوضعي في تنظيمه لسلوك البشر فهو يضمن القواعد الاجتماعية فقط التي تنظم علاقته بالمجتمع، فالقانون يطبق في الغالب إلا في الإقليم الصادر فيه بينما لا يقف الدين عند حدود الإقليم يسري في كل زمان ومكان عكس القانون الذي يلغي أو يعدل.

13- كذلك نجد أن الدين يستجيب للظروف الاجتماعية المتغيرة إذ هناك بعض القواعد الدينية التي تتغير باختلاف الزمان والمكان وبعضها الآخر مرن إذ تعتبر مبادئ عامة وتترك تفصيلاتها للمجتهدين يشكلونها وفق التغيرات الاجتماعية المختلفة بما لا يتعارض مع نصوص الدين.

فالقواعد التي لا تتغير تتمثل في: القواعد التي تنظم سلوك الانسان ربه وسلوكه مع نفسه وهي قواعد الأخلاق والعبادات العقائد.

والمتغيرة مثل: ما تعلق بالمصالح المرسلة أي مصالح لم يرد فها نص.

14- أما القانون غالبا ما يتفق عند السلوك الاجتماعي اظاهر ولا يتعرض للنوايا عكس الدين الذي يهتم بالنوايا قال ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى" [664]، فالنية أمر باطن لا يعلمه إلا اله إذ لها أثر في الجزاء.

15- قواعد الدين عامة ومجردة ويتفق مع القانون في ذلك:فالقواعد الدينية تسري على عدد لا يتناهى من الأشخاص والوقائع(مثاله: الآية 28 سورة المائدة) وهذا لتحقق المساواة والعدل وإقرار النظام.

16- وغاية قواعد الدين أكثر عدالة من قواعد القانون لأن القانون يقتصر في نطاقه مجتمع معين في زمن معين فتعمم وتجرد قواعده بحسب الوضع الغالب عند الناس في هذا المجتمع وفي ذلك الزمان بينما الدين أشمل وقواعده مرنة في عمومها وتجريدها تتفق مع الوضع الغالب في كل المجتمعات والأزمان مما يساعد على تحقيق العدالة،زيادة أن قواعد الله عز وجل مبرأة من المصالح الخاصة والهوى وتحقيق المصالح الخاصة لواضعها.

17- قواعد الدين ملزمة يجب لها الخضوع طوعا أو كرها ولها جزاءا وهنا يتفق القانون مع الدين والاختلاف أن الدين يطاع عن عقيدة في الأصل وكلما كان الوازع الديني أكبر كلما كان الخضوع أكثر بينما القانون غالبا ما يطاع خوفا من الجزاء المقرر، فجزاء القاعدة القانونية راجع إلى القانون المنظم لسلوك الأشخاص داخل المجتمع والجزاء يكون عند مخالفة القاعدة القانونية وجزاؤه دنيوي أما الدين فمعظم القواعد الدينية لها جزاء أخروي يوقعه الله عز وجل، والجزاء الدنيوي هو جزاء مادي يقوم به ولي الأمر وهو جزاء مدني، جنائي، إداري سياسي ...الخ، ولقد قسمت الشريعة الإسلامية الجزاء الجنائي إلى قصاص، حدود، تعزيزات عقوبات بديلة وتبعية.

يختلف من حيث الغاية:

- غاية الدين: الأخلاق، المعاملات،تحقيق الخير والنظام والسمو به إلى المثاليات فغايته مثلية.

---

[664]-فتح الباري شرح البخاري،ج1،ص10-15.

• غاية القانون: تحقيق المصالح التي يرى واضعو القانون أنها جديرة بالحماية ومحققة للأمن والاستقرار فغايته نفعية.

الفرع الثاني : أوجه الوفق

* ويظهر من هذا أن الدين يتفق مع القانون كونه:

• خطاب للبشر منظم لسلوكهم في المجتمع بقواعد عامة ومجردة ولكن يختلف معه من حيث المصدر والغاية والجزاء عند مخالفة أحكامه.

• فالدين قواعده :عقائدية تعبدية خلقية اجتماعية لها جزاء أخروي ولبعضها جزاء دنيوي مصدره الله عز وجل وغايته مثلية.

• أما القانون قواعد اجتماعية لها جزاء دنيوي فحسب مصدره البشر غايته نفعية.

ولما نقابل القانون بالفقه الإسلامي وليس بالشريعة الإسلامية كون أن:

▪ الشريعة الإسلامية أوسع من الفقه الإسلامي وهو جزء منها كما أن الفقه الإسلامي أوسع من القانون لأن هذا الأخير يقابل أحد شطري الفقه الإسلامي فقط وهو المعاملات دون العبادات.

▪ أن الفقه الإسلامي يشمل جميع فروع القانون التقليدية دون ما استجد بعد توقف الفقه الإسلامي عن التطور ومسايرة الحضارة الغربية الحديثة ومخترعاتها المذهلة التي ليس للمسلمين فيها نصيب مثل قانون الفضاء.

▪ إذا كانت القوانين الوضعية من وضع البشر أي السلطة الحاكمة في ضوء مصلحة وحاجة المجتمع فإن الشريعة الإسلامية بمصدريها القرآن الكريم والسنة من وحي الله تعالى نصا أي القرآن ومعنى الأحاديث الشريفة فإن الفقه الإسلامي من وضع الفقهاء في حدود القواعد العامة من المصدرين الإلهيين السابقين فالأحكام القطعية الثابتة بالقرآن والسنة لا تقبل التعديل ولا التغيير ولا التبديل ولكن أحكام الفقهاء وان استندت لهذين المصدرين إلا أنها يجري عليها التغيير والتعديل طبقا لمقتضيات الحال واختلاف الأزمنة والأمكنة، ويعتبر القرآن والسنة هما المصدران الرئيسيان والأصليان ولا خلاف مطلقا عليهما أما بقية الأدلة

فهي مصادر اجتهادية وموضع خلاف بين الأصوليين والفقهاء من حيث القوة وكيفية الإعمال.

- كما قال **التهانوي**: أن الفقه الإسلامي من وضع فقهاء المسلمين وهو بذلك يكتسب صفة المرونة والقابلية للتطور بنفس الكيفية التي تطورت بها القوانين الوضعية فيها لا تخرج عن القواعد العامة الأصولية في التشريع الإسلامي[665].

[665]–محمد عبد الجواد محمد،نفس المرجع،ص16–18/انظر عبد الناصر توفيق العطار(مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية)،دون دار نشر،دون سنة نشر،طبعة2، ص 41–47.

خاتمة الباب:

مما لا شك فيه أن المقاصد الشرعية أسمى وأرقى من أن تقارن بأحرص عقل بشري في تحصيل المصالح الإنسانية إلا أنها تكون مبررة بالنظر إلى مقاصدها المعتبرة في الإصطلاح التشريعي عبر منظومة مقاصد الشريعة تقريبا للقانون من الشريعة في بيان المصلحة وضوابطها من خلال إبراز استثمارها في فلسفة التشريع الوضعي من حيث التطبيق والنوازل التي لابد من اتخاذ موقف اتجاهها وتحصيل المصالح والمنافع في الفكر القانوني، ذلك أن جوهر المقاصد هو حفظ المصلحة مطلقا في راهنها وفي ما ستؤول إليه نتائجها، فإذا كان في أصول القوانين الوضعية ثمة ما يسمى بإرادة المشرع فإن في أحكام الفقه الإسلامي ما يسمى بمقاصد الشريعة.

ولعل استصحاب المقاصد بمضامينها الشرعية في وضع القوانين وتقصدها من شأنه خلق انسجام بين الأحكام الحقوقية الخاصة للمكلف مع فطرة الإنسان وفقا لنظرية حفظ الضروريات ذلك أن الدين الإسلامي لا يعرف للفطرة صداما ولا فصاما فهو دين الفطرة وموافقة الفطرة مقصد أصيل وقيمة إسلامية ومن صوره:صون الأنساب من الاختلاط والضياع إذ يعتبر ضرورة من ضروريات الشريعة وكلية من كلياتها وتكون المحافظة عليها من كل الجوانب سواء الوجود أو العدم إذ تعتبر هذه المصالح والقيم هي المرشد والموجه لها وهي مقاصد قطعية ثابتة تفتقر إلى مثلها التشريعات الوضعية عند سن القوانين فجل القواعد القانونية أهدافها ظرفية وغاياتها إنسانية نسبية ومصالح دنيوية مضطربة بعيدة عن الحياد والموضوعية.

وعليه يتطلب رعاية الأبعاد المقاصدية في فهم النصوص القانونية وتفسيرها بدليل أن المقاصد لا تبحث في الأحكام ولكن في ثمراتها المرجوة والمتمثلة في جلب المصلحة وتكميلها ودرئ المفسدة وتقليلها.

الباب الثاني

تطبيقات المقاصد الشرعية الضرورية لحماية حقوق الطفل وأثرها في التشريع الجزائري

تقديم:

إن الولد ثمرة القلوب، وريحان الجنة فهو من الحسنات أحسنها ومن النعم أنعمها، والطفولة أولى هذه المراحل[666]،إذ كفل الله تعالى منذ صغره حياة طيبة وفق ضوابط فطرية وأصول شرعية وقواعد تربوية منصوص عليها في كتابه وسنة نبيه ﷺ وأمر الآباء والمربّين بتطبيقها على أبنائهم وتعليمها حتى ينشؤوا على الخير والصلاح فالطفل إذا تربى على هذا النهج صلح حاله وانضبط أمره وكان نعمة على أهله ووالديه وأمته وإذا ما أبعد عن هذه التربية فلا رابط ولا ضابط هَام على وجهه وسار على هواه وكانت عاقبته وخيمة وأليمة.

كما اهتم الإسلام بالأسرة كونها نواة المجتمع وأساس السكينة والمودة والرحمة قال تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنْفُسِكُم أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [667]، وثمرتها إنجاب الأطفال وهو الهدف الأصيل من أهداف الحياة الزوجية إذ هو رغبة لها جذورها في نفس الرجل وفي نفس المرأة على حد سواء،فاهتم كذلك الإسلام بهذا حتى يكفل له التنشئة السليمة من الآفات وأيضا كفل له جميع الحقوق التي تساعده على ضمان حياة آمنة مستقرة[668]، فما من أمانة في عنق العالم تفوق في قدسيتها الأطفال وما من واجب يعلو في أهميته فوق احترام الجميع لحقوق الأطفال فمرحلة الطفولة هي من أهم المراحل التي يمر بها الإنسان فالطفل نواة المستقبل وصانعه وثروة الأمة فهو رجل الغد وحمايتهم واحترامهم هو حماية لمستقبل البشرية بأسرها ولعل الاهتمام والرعاية يكون على كافة المستويات وفي جميع الاتجاهات: سواء الناحية الصحية أو التعليمية والثقافية أو الاجتماعية أو الإقتصادية.

---

[666]–عبد الحكيم الأنيس،حقوق الطفل في القرآن،دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي إدارة البحوث،الطبعة الأولى 1429هـ 2008م،ص7.

[667] –سورة الروم ، الآية 21.

[668]–حسن بن خالد حسن السندي،عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال،مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية،ذو القعدة1429هـ،العدد 44،ص438.

ومن المعلوم أن الشريعة الغراء كفلت ذلك وجاءت بدستور كامل يعترف ويقر بالحقوق والحريات الأساسية له سواء أكان قبل الميلاد أم بعد الميلاد.

واليوم وعلى الرغم من التطور الكبير الذي يشهده العالم والمجتمع الدولي في مجال حقوق الإنسان وعقد العديد من المعاهدات والاتفاقيات والإعلانات[669]،إلا أن هذه الحقوق لا ترقى إلى ذلك،إذ لا يزال الملايين من الأطفال في الدول المتقدمة أطفالا غير شرعيين بسبب العلاقات الغير شرعية يفتقرون إلى الحنان العائلي وإلى الإرتباط المجتمعي ولعل صدور هذا العدد من المعاهدات والوثائق الدولية لتنظيم حقوق الطفل لم تطبق من الناحية العملية بسبب عدم وجود قواعد قانونية تلزم الدول والأفراد بضمان حقوق الطفل وحمايته والأطفال هم أكثر

---

[669]-الفرق بين:

معاهدة:اتفاق دولي معقود بين الدول ذا صيغة مكتوبة ينظمه قانون دولي وهي أكثر إلتزام من اتفاقية م 2 من اتفاقية فينا.

اتفاقية:هي معاهدة لها صفة الإلزام وواجبة التنفيذ من الدول الموقعة عليها.

إعلان:مبادئ عامة غير ملزمة التنفيذ من الدول وهو عبارة عن بيان اعتمد بتصويت الأغلبية والتي كانت تخص حقوق الطفل:

1-الإعلانات العالمية المعنية بحقوق الطفل:

-إعلان حقوق الطفل أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة رسميا في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1959م القرار (1386-د-14)

-إعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة 1974.

-الإعلان العالمي حول"التربية للجميع"تأمين حاجات العلم الأساسية 1990.

2-القواعد المعنية بحقوق الطفل:

-قواعد الأمم المتحدة النموذجية لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بكين)1985.

-القواعد المتعلقة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم1990.

3-البروتوكولات المعنية بحقوق الطفل:

-بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

-البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن إشراك الأطفال في المنازعات المسلحة 2000.

-البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية.

4-أصول الاتفاقيات المعنية بحقوق الطفل:

-اتفاقية بشأن الحد الأدنى لسن الأحداث في الأعمال الصناعية.

-اتفاقية حقوق الطفل اعتمدتها اللجنة العلمية للأمم المتحدة في قرارها 25/44.

-اتفاقية بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها انظر سيد محمد بن ،نفس المرجع، ص313 وما يليها.

شريحة في المجتمع تتعرض لهاته الانتهاكات ولعل الجزائر من الدول التي انضمت لهذه الاتفاقيات وصادقت عليها وعدلت المنظومة التشريعية التي تخص الطفل وفق تلك المعايير.

وهذه الصورة التي يعيشها العالم المعاصر المتقدم في نظرته للأطفال والتي لم تكن موجودة في المجتمعات الإسلامية ،إذ العلاقة القبلية والعائلية والدينية تحتم على العائلة المسلمة رعاية الطفل وحمايته في جميع الأوقات وجعل الإسلام الهدف الأسمى للعلاقات الزوجية تكوين الأسرة وأن يكون الطفل محور يربط وحدة العائلة وتماسكها[670]،ولعل دراسة هذه الحقوق برؤية تأصيلية في ضوء أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية ومحاولة تلمس تلك المقاصد بين ثنايا المواد القانونية التي أقرها المشرع الجزائري في مختلف القوانين وإبراز الحماية المجسدة من قبله.

ورد في كتاب الله العزيز أنه خلق الكون بما فيه وما عليه لغاية سامية إذ قال تعالى: ﴿ **وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَاعِبِينَ**﴾[671]، بعيدا عن العبث والسدى، قال تعالى:﴿ **أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ**﴾[672]،وجعل الإنسان خليفة في الأرض ،قال تعالى:﴿ **وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً**﴾[673]، وسخر ما يحتاج إليه قال تعالى:﴿ **وَسَخَّرَ لَكُمُ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَائِبَيْنِ وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ**﴾[674]، وهذا كله لأجل أن يقوم الإنسان بأداء ما من أجله خلق على الوجه الأفضل والأكمل ،إذ كان هذا التكليف يوافقه أنه سخر له متطلبات القيام به وأرسل له الرسل حتى يهتدي ويبين له الطريق فلا يضل ولا يشقى.

فكانت الغاية الأولى والأخيرة من هذا الخلق بشرا وأكوانا من أجل عبادة الله عز وجل قال تعالى:﴿ **وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ**﴾ [675]،وبما أن هذا الكائن قد حكم عليه

---

[670]– سيد محمد أيت ، نفس المرجع ، ص 313.

[671]– سورة النحل ، الدخان 38.

[672]– سورة المؤمنون ، الآية 115 .

[673]– سورة البقرة ، الآية 30.

[674]– سورة إبراهيم ، الآية 33 .

[675]– سورة الذاريات ، الآية 56.

بالحياة لمدة زمنية محددة عليه إنجاز ما أنيط به في هذه الفترة ثم يأتي الآخر ويكمل ما بدأ الأول وتستمر بهذا المنوال وحتى لا ينقرض أودع فيه القدرة على التناسل وفرض عليهم المحافظة على السلالة البشرية إذ شرع لهم الزواج الذكر والأنثى وجاء إلى الحياة الأطفال[676] التي كفلت كذلك الشريعة لهم حقوق في نصوصها وفي أحكامها وفي مقاصدها فمن بين هذه المقاصد ما تعلق بجوهر الإنسان،وتظهر من خلال:

- مقصد حفظ الدين.
- مقصد حفظ العقل.

فكيف تجلت هذه الرعاية المقاصدية لحقوق الطفل وكيف ظهرت في التشريع الجزائري،هل استغلها المشرع الجزائري بالشكل الذي يكفل تلك الرعاية والحماية أم لا؟كون أن هذه الحماية هي انقياد مبكر لحياة الطفل.

[676]–صالح قادر الزنكي،رعاية الطفل قراءة في ضوء مقاصد الشريعة،مجلة الطفولة والعلوم وتنمية المجتمع،العدد الأول،ص34.

الفصل الأول

المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة بجوهر الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري.

تمهيد:

إن حفظ الدين من أرقى الكليات الشرعية المقاصدية المقررة في كل أمة ومجتمع،في كل زمان ومكان،وحفظ الدين هو من أعظم المقاصد ضرورة وأهمية "فإذا كان من يقضي بين الناس في الأموال والدماء والأعراض ،إذا لم يكن عادلا كان في النار،فكيف بمن يحكم في الملل والأديان وأصول الإيمان والمعارف الإلهية والمعالم الكلية بلا علم ولا عدل،كحال أهل البدع والأهواء"[677]،فالله عز وجل شرع الدين من أجل تنظيم العلاقة بين الإنسان وربه، ولكي تستقيم الحياة،وتنعم البشرية بالرخاء والسعادة وحفظ الدين معناه المحافظة على حقيقة التدين وجوهر الإمتثال وسلامة التعبد والخضوع إلى الله تبارك وتعالى[678].

واستنادا لهذه الأهمية فإن الشارع الحكيم وضع أحكاما تحافظ على الدين من ناحية الإيحاء وهي تسمى بالأحكام الإيجابية إذ وضع أحكاما أخرى كذلك تحافظ على الدين من ناحية العدم وهي تدعى بالأحكام السلبية[679].

1- والمقصود بحفظه من جانب الوجود :هو الإتيان بما فيه الحفاظ على التدين وصون التعبد وتقرير الامتثال والانصياع إلى المعبود الواحد ﷻ.

2- طريق الحفظ من جانب العدم:وهو ترك ما في فعله إهدار وتفويت وتعطيل لحقيقة التدين والتعبد والامتثال[680].

لذلك فالدين بمعنى الأحكام الشرعية ضروري لتوفير قواعد العدل والمساواة بين الناس وحفظهم من الأهواء والشهوات فضلا عما أعده الله للمؤمنين من نعيم في الدار الآخرة، ونظرا لهذه الضرورة فلابد من المحافظة عليه لأنه مصلحة ضرورية لحياة النوع البشري[681]،قال تعالى:﴿ **وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ** ﴾[682].

---

[677]-سميح عبد الوهاب الجندي،نفس المرجع،ص178.

[678]-نور الدين مختار الخادمي،أبحاث في مقاصد الشريعة(دراسة مقاصدية لبعض الاجتهاد والتجديد والمعاصرة والفكر والحضارة والثقافة والمنطق والأصول والفروع)،دار مكتبة المعارف،لبنان،طبعة 2، 1434 هـ .2013م،ص290.

[679]-أحمد حسن الربايعة،2013م،ص1301.

[680]-نور الدين مختار الخادمي،المرجع نفسه،ص290.

[681]-يوسف حامد العالم،نفس المرجع،ص226.

وتظهر علاقة حفظ الدين بحفظ بقية الضروريات كون أن المحافظة على الدين تستلزم وتقضي المحافظة على النفس والعقل لأن الدين لا يمكن أن يكون دون أناس عقلاء يعتنقونه ويعملون على التمسك به ونشره ذلك أن الشارع شرع أمورا كثيرة للمحافظة على النفس والعقل عند الأخذ بها محافظة على الدين مثاله تشريع القصاص وتحريم المسكرات مثل الخمر والكف عن الفحشاء فيه مصلحة للدين وإن كانت بها مصلحة[683] دنيوية لذلك قال الإمام **الشاطبي** رحمه الله:"فلو عدم الدين لعدم ترتب الجزاء المترجى ولو عدم المكلف لعدم من يتدين،ولو عدم العقل لارتفع التدين ولو عدم النسل لم يكن في العادة بقاء ولو عدم المال لم يبق عيش"[684].

ومن خلال هذا يظهر أن حفظ الدين يكون من تأسيس العقيدة السليمة وتقويتها واجتناب ما يهدمهما أو يضعفهما، ذلك أن الله عز وجل شرع وجوب الإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر والقضاء والقدر والنطق بالشهادتين،كما شرع أصول العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج لتزكية النفس وتنمية روح التدين بصفة دائمة ومستمرة وشرع كذلك كل ما من شأنه أن يدرأ كل اختلال واقع أو متوقع على حق الناس في الدين وحفظه من كل فساد[685].

وحفظ الخالق عز وجل لهذا الدين لا يعني أن الإنسان غير مطالب بحفظه خصوصا وأن الله عز وجل يسر له أمر ذلك،إذ شرع له من الوسائل ما يمكن أن تساعده على ذلك، ومن هذه الوسائل:العمل به من خلال الممارسات الفعلية لعبادة،الانقياد لأمره والانتهاء بنهيه،والدعوة المتواصلة إليه والجهاد من أجله والحكم به،فالأصل أن الإنسان مفطور على التدين ومخالفته لهذه الجبلية يعد شذوذا ومخالفة للفطرة والدين الواجب الحفظ هو دين الحق وليس سواه لقوله تعالى:﴿ **إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ** ﴾[686].

---

[682]– سورة الذاريات، الآية 56

[683]–عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص313.

[684]–الشاطبي،الموافقات،الجزء2،ص32.

[685]–محمد عبد العاطي محمد علي،نفس المرجع،ص4.

[686]– سورة آل عمران ، الآية 19.

المبحث الأول : مقصد حفظ الدين وحفظ العقل وأثرهما على حقوق الطفل من حيث الوجود

مقصد حفظ الدين وحفظ العقل وأثرها على حقوق الطفل من حيث الوجود وتتمثل هذه الحماية في مجموعة من العناصر والتي يتم التطرق إليها كالآتي

المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذين المقصدين في التشريع الإسلامي

الفرع الأول : حق الطفل في التربية على الفطرة الإسلامية والعبادات والآداب والأخلاق الفاضلة:

إن أعظم مهمة للأسرة في العصر الحديث هي تربية الطفل ذلك أن مسؤوليتها نحوه تكمن في توفير تربية سليمة هدفها تكوين شخصية تكوينا سليما متزنا خاصة ما يعرفه العصر من تعقيدات تعقد تركيبه وتكثر من مشاكله وتداخل الجهات التي تؤثر في تربيته[687]،فالطفل يولد على الفطرة ويفتح عينيه على هذه الحياة ليرى أمه وأباه يحوطانه بكل شيء وينظر إلى الوجود من خلالهما يبصر بهما ويستقر في نفسه أهمية وجودهما إذ يستمد منهما العطف والحنان،الحماية والرعاية يلجأ لهما في كل جزئية تتعلق به،وتنساب أسئلته بالاستفسار ذلك أنه يقتنع بكل جواب ويصدقه دون ريب أو شك ولا تردد بلا تحفظ أو مناقشة ما يسمعه من والديه،إذ يكون عقل الطفل في هذه المرحلة الأولى من عمره كالعجينة أو الطين يمكن لهما أن يشكلاه كما يشاءان إذ يكون كالصفحة البيضاء تخط وتثبت فيها أي شيء.

وما يميز هذه المرحلة أن الطفل يحب التقليد والمحاكاة لتحركات والديه وتصرفاتهما لذا يتحمل الوالدين مسؤولية ذلك ومسؤولية التربية الأولى والإعداد والتثقيف والتوجيه لما يحبه الله ويرضاه وقد حضهما رسول الله ﷺ بهذه المسؤولية[688] في الحديث

---

[687]–عبد الحميد إسماعيل الأنصاري،حقوق الأولاد قبل الوالدين،دون دار نشر،دون طبعة،ص335.

[688]–محمد مصطفى الزحيلي،حقوق الأولاد على الوالدين في الشريعة الإسلامية،دون طبعة،دون دار نشر،دون صفحة.

الصحيح:"والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم والمرأة راعية على بيت بعلها وولده وهي مسؤولة عنهم"[689].

ولقد حث الله تعالى الآباء على تربية أبنائهم تربية إيمانية نابعة من كتاب الله وسنة رسوله الكريم من أجل المحافظة عليهم في الدنيا من الانحرافات والفتن وفوزهم في الآخرة برضوان الله وبعدهم عن سخطه وغضبه[690].

ولا يمكن أن تكون مهمة الوالدين هي عملية الإنجاب والمحافظة على النوع البشري فحسب بل هي مهمة تتعدى إلى الإبداع ومحاولة إخراج أجيال صالحة يتباهى بها النبي صلى الله عليه وسلم إذ قال تعالى:﴿ **وَ الْبَلَدُ الطَّيِّبُ يَخْرُجُ نَبَاتُهُ بِإِذْنِ رَبِّهِ وَالَّذِي خَبُثَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا نَكِدًا كَذَلِكَ نُصَرِّفُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَشْكُرُونَ**﴾[691]،فالأسرة هي الأرض الخصبة الطيبة التي تنبت أطفالا ذوي طباع خيرة نقية وسلوك نبيل وما أشبه الأسرة المنهارة في أخلاقها وسلوكها بالأرض الخبيثة التي لا تنبت إلا نباتا قليلا قليل نفعه إذا لم ينعدم فأطفالها يكونون ذوو طباع سيئة وسلوكات مشينة.

فالتربية بصفة عامة تعد تنمية ورعاية لكل جوانب الطفل سواء العقلية أو النفسية أو الخلقية حتى يكون الخلق راسخا في النفس[692]، وهنا تكون مسؤولية الوالدين عظيمة لما لها من نتائج وخيمة وخطيرة إذ يلتزم الوالدان أن ينشئا أولادهما على الإيمان الكامل والعقيدة الصحيحة وأن يعوداه على التكاليف الشرعية والآداب الإسلامية والأخلاق الفاضلة[693]، وتشمل هذه الحقوق العقيدية في أشياء كثيرة بصفة أن هذا الطفل هو طفل مسلم يجب الإبقاء على فطرته السليمة وذلك بتلقينه أن أول ما ينطق به لا إله إلا الله وذلك رسوخ عقيدة التوحيد وأول أركان الإسلام في نفسه.

---

[689]–أخرجه الإمام مسلم برقم 1829.

[690]–عبد العزيز سالم شامان الرويلي،تربية الأهل والأولاد في القرآن الكريم، دراسة قرآنية، شبكة الألوكة، ص01.

[691]– سورة الأعراف، الآية 58.

[692]–عبد العزيز سالم شامان الرويلي،نفس المرجع،ص01.

[693]–محمد مصطفى الزحيلي،نفس المرجع،دون صفحة.

وهذا ومع تدريبه وتعويده على التمسك بالعقيدة الإسلامية لدخول الجنة واجتناب النار ومعرفة الحلال والحرام بقدر الكيفية التي يفهمها الطفل وفي هذه السن مع تجذيرها في نفسه بالطرق السليمة والتربية الإسلامة.

إذ قال رسول الله ﷺ في الحديث المروى عن **أبي هريرة** رضي الله عنه "ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء ،ثم **يقول أبو هريرة** رضي الله عنه فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم"[694].

نجد أن من السور التي يعلمها الوالدان لأبنائهم سور تتعلق بالعقيدة[695] مثال ذلك:سورة الإخلاص التي تمثل الاعتقاد العقلي[696]، وسورة الكافرون التي تمثل الاعتقاد العملي[697]، ولقد ضرب لنا أنبياء اله أعظم مثل في سعيهم المستمر لتأديب أبنائهم وعلموا أنهم القدوة المتبعة لكل الناس،إذ علموا أولادهم أن معيار التفاخر هو هممهم الموصلة إلى مرضاة الله إذ قال تعالى:﴿ **وَإِذِ ابْتَلَى إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ فَأَتَمَّهُنَّ قَالَ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ** ﴾ [698]، وقال **السعدي** في تفسير هذه الآية أي يقتدون بك في الهدى ويمشون خلفك إلى سعادتهم الأبدية ويحصل لك الثناء الدائم والأجر الجزيل والتعظيم من كل أحد.

---

[694]–محمد بن حيان بن أحمد بن حيان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم الدارمي البستي التعليقات الحسان على صحيح ابن حيان وسقيمه من صحيحه وشاذه من محفوظه ترتيب الأمير أبو الحسن علي بن ..... بن عد الله الدين الفارسي الحنفي،دار باوزير للنشر والتوزيع جدة مملكة العربية السعودية،ط1424،1هـ–2003م،ج1،ص354،رقم الحديث132/انظر مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري،نفس المرجع،ج4،ص2047، رقم الحديث 2658/انظر أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني(مسند الإمام أحمد بن حنبل)،نفس المرجع، جزء12، ص413،رقم الحديث 7445.

[695]–محمد بن ابراهيم الخطيب ،حسن بن بركات المنتشري،حقوق الطفل في الإسلام في مرحلة الطفولة المبكرة ،ندوة الطفولة المبكرة،رياض،1425هـ،ص19.

[696]–الاعتقاد العقلي:إن سورة الإخلاص أن تعدل ثلث القرآن رغم قصرها و آياتها الموجزة إذ حوت هذه الآيات المعدودة جوهر العقيدة الإسلامية بأساسها العقلي الدامع إذ تدور محور هذه الآية :العقائد،الأحكام،القصص،تفسير الإمام البيضاوي،يوم:2017/07/22 على الساعة 13:21سا/www.alukah.net/sharia/0/90066.

[697]– الإعتقاد العملي:أي التوحيد العملي،6289 page 3055.book.shamela.ws/brows.php.

[698]– سورة البقرة، الآية 124

ولقد حرص سيدنا إبراهيم_عليه السلام_كل الحرص على تربيته أبناءه على هذا المبدأ العظيم وهو التوحيد وذلك في دعواته:﴿ **وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّ اجْعَلْ هَذَا الْبَلَدَ آمِنًا وَاجْنُبْنِي وَبَنِيَّ أَنْ نَعْبُدَ الْأَصْنَامَ** ﴾[699]، وفي موضع آخر :﴿ **رَبَّنَا وَاجْعَلْنَا مُسْلِمَيْنِ لَكَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِنَا أُمَّةً مُسْلِمَةً لَكَ وَأَرِنَا مَنَاسِكَنَا وَتُبْ عَلَيْنَا إِنَّكَ أَنْتَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ** ﴾ [700]،وهذا كان أسلوب إبراهيم عليه السلام في تربيته أبناءه،إذ صب همته على إصلاحهم ودعوتهم إذ كانت تلك الوصايا في عقبه ونسله فكل واحد من أبنائه كان موحدا يعبد الله ويربي على ذلك ولده ويحذرهم من الشرك بالله ولنتأمل كذلك مسيرة يعقوب بن إسحاق عليهما السلام وهو في سياق الموت جمع أولاده الثني عشر وراح يوصيهم:﴿ **أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ الْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ بَعْدِي قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِلَهًا وَاحِدًا وَنَحْنُ لَهُ مُسْلِمُونَ** ﴾[701]، وهكذا فإن تربية الأولاد على الإيمان بالله تعالى كان دأب المسلمين ونهج المرسلين والأنبياء وهو النهج القويم والصراط المستقيم[702].

وكما قال تعالى:﴿ **وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لِابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ يَا بُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ (13) وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ (14) وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ (15) يَا بُنَيَّ إِنَّهَا إِنْ تَكُ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِنْ خَرْدَلٍ فَتَكُنْ فِي صَخْرَةٍ أَوْ فِي السَّمَاوَاتِ أَوْ فِي الْأَرْضِ يَأْتِ بِهَا اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ لَطِيفٌ خَبِيرٌ (16) يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَاصْبِرْ عَلَى مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ (17) وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ وَلَا تَمْشِ فِي الْأَرْضِ مَرَحًا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ كُلَّ مُخْتَالٍ فَخُورٍ (18) وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ وَاغْضُضْ مِنْ صَوْتِكَ إِنَّ أَنْكَرَ الْأَصْوَاتِ لَصَوْتُ الْحَمِيرِ (19)** ﴾[703].

---

[699]– سورة إبراهيم، الآية 35.

[700]– سورة البقرة، الآية 128.

[701]– سورة البقرة، الآية 133.

[702]–عبد العزيز سالم شامان الرويلي،نفس المرجع،ص2.

[703]– سورة لقمان، الآية 13 – 19.

والله تعالى لم ينكر عنه إلا أنه آتاه الحكمة وذكر بعض ما يدل على حكمته في وعظه لابنه فذكر أصول الحكمة وقواعدها الكبار فقال:﴿ **وَإِذْ قَالَ لُقْمَانُ لِابْنِهِ وَهُوَ يَعِظُهُ** ﴾[704] إذ قال له قولا يعضه به بالأمر والنهي المقرون بالترغيب والترهيب فأمره بالإخلاص ونهاه عن الشرك و بين الله السبب في ذلك ﴿ **لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ**﴾[705]، ووجه كونه عظيم.

ثم حضه بإقام الصلاة بقوله: ﴿ **يَا بُنَيَّ أَقِمِ الصَّلَاةَ** ﴾[706] فحثه عليها لأنها أكبر العبادات الدينية وأمره ﴿ **وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَانْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ** ﴾ [707]،وهذا يستلزم العلم بالمعروف ليأمر به والعلم بالمنكر ينهى عنه فمن حق هذا الطفل أن يعلم ويكتسب المعارف ذلك أن الله خلق له أدوات التعلم ومنّ بها عليه فلا يجوز أن يهملها أو يلغيها[708]،إذ قال تعالى:﴿**وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ** ﴾ [709]، كما وعظه بأن لا تعبس وجهك للناس تكبرا وتعاظما ولا تمشي بطرا فخرا بالنعم ناسيا المنعم معجبا بنفسك بل امش متواضعا مستكينا واخفض من صوتك أدبا مع الناس ومع الله فلو كان في رفع الصوت البليغ فائدة ومصلحة لما اختص بذلك الحمار.

وهذه الوصايا التي وصى بها لقمان ابنه تجمع أمهات الحكم وتستلزم ما لم يذكر منها وكل وصية يقرن بها ما يدعو إلى فعلها إن كانت أمرا وإلى تركها إن كانت نهيا وهذا ما يدل أن العلم بالأحكام وحكمها ومناسبتها فأمرها بأصل الدين وهو التوحيد ونهاه عن الشرك،

---

[704]– سورة لقمان ، الآية 13.

[705]– سورة لقمان ، الآية 13.

[706]– سورة لقمان ، الآية 17.

[707]– سورة النحل، الآية 78.

[708]–عبد الحكيم الأنيس،حقوق الطفل في القرآن،دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري،الألوكة دبي،طبعة2، 1435هـ–2013م،ص43.

[709]– سورة النحل، الآية 78.

وبين الله الموجب لتركه وأمره ببر الوالدين وبين له السبب لذلك فحقيق من أوصى بهذه الوصايا أن يكون مخصوصا بالحكمة مشهورا بها[710].

ولعل غرس الأخلاق الكريمة التي لها الدور الفعال في تكوين شخصية هذا الطفل تظهر من خلال تعويده عن حسن الكلام والتحلي بالصدق والأمانة واحترام الكبير فعن **عبادة بن الصامت** أن رسول الله ﷺ:" ليس من أمتي من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا ويعرف لعالمنا حقه"[711].

وعن **أنس بن مالك** رضي الله عنهما عن النبيﷺ " أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم" وعن **أيوب بن موسى** عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال:"ما نحل والد ولدا من نحل أفضل من أدب حسن"[712].

وعن **عبد الله بن عمر** رضي الله عنهما–قال–:قال رسول الله ﷺ:" ما ورث والد ولدا خيرا من أدب حسن"[713]، فالولد أمانة عند والديه إذ يجب الاعتناء والمحافظة عليه من خلال تعويده على الأخلاق والآداب الحسنة.

وتربية الطفل تظهر كذلك من خلال القدوة الحسنة أولا ثم تلقينه الآداب الفاضلة وغرس الخصال الحميدة الكريمة في نفسه وتقوية صلته بالله عن طريق حفظه القرآن وممارسة والده ووالدته العبادات وتعليمه إياها وتعويده عليه فمرحلته الأولى تعد أهم وأخطر مرحلة في تربية الطفل جسميا وخلقيا إذ يعنى الوالدان بصحة الطفل وتغذيته تغذية صحية وتعويده أدب الحديث وأدب السؤال إذ يكون مهذبا في سؤاله لطيفا في حديثه

---

[710]–سعيد بن علي بن وهف القحطاني،الهدي النبوي في تربية الأولاد،سلسلة مؤلفات سعيد بن علي بن وهف القحطاني93،دون طبعة،دون دار نشر،ص24 و ما يليها.

[711]–أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،مسند الإمام أحمد بن حنبل محقق شعيب الأرنؤوط،عادل مرشد،و آخرون،مؤسسة الرسالة،طبعة1، 1421ه2001م،رقم الحديث 22755،ج7،ص416/انظر سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير البلخمي الشامي أبو القاسم الطبراني،مكارم الأخلاق للطبراني(مطبوع من مكارم الأخلاق لابن أبي الدنيا،دار الكتب العلمية بيروت لبنان،طبعة1، 1409ه1989م،ج1،ص367 رقم الحديث 147.

[712]–ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني وماجة إسم أبيه يزيد،سنن ابن ماجة،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء الكتب العربية،جزء2،ص1211 رقم الحديث 3671.

[713]–سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي،أبو القاسم الطبراني،المعجم الوسيط،تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد،عبد المحسن بن ابراهيم الحسيني،دار الحرمين القاهرة،جزء4،ص77 رقم الحديث3658.

يحسن الوصول إلى ما يريد برفق وأدب وينبغي أن يعود على النوم مبكرا والاستيقاظ مبكرا كما يعود على ممارسة الرياضة التي يقوي بها بدنه فكلما تقدم به السن تأكد العمل على حسن توجيهه وتربيته فإذا بلغ 06 أدب وهذب وأرسل إلى المدرسة المثالية للتعلم وربي تربية كاملة :جسمية،عقلية،خلقية،إجتماعية بحيث يعد للحياة العملية التي تنتظره.

وإذا بلغ سن 07 سنين أمر بالصلاة وعلم الطهارة والوضوء وشجع على الصلاة وتأديتها حتى يصبح ذلك خلقا له.

وإذا بلغ 10 سنين ضرب على ترك الصلاة أو أهمل فيها وعزل فراشه عن إخوته وأخواته فعن **عبد الله بن عمرو بن العاص** رضي الله عنهما قال :قال رسول الله ﷺ :"مروا أبناءكم بالصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر،وفرقوا بينهم في المضاجع"[714].

وينبغي للأب أن يعّود الطفل على آداب الأكل والشرب وذلك بأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده ويسمي عند البدء بالأكل والشرب ويأكل بيمينه ويحمد الله عند الانتهاء من الأكل والشرب ويأكل مما يليه ولا ينظر إلى الآكلين من حوله ويمضغ اللقمة جيدا ولا يتقدم على من هو أكبر منه وإذا شرب يشرب بهدوء ولا يتنفس في الإناء.

وهذه الأخلاق قد ورد بها التوجيه من المصطفىﷺ فيما يرويه عن **أبي سلمة** – رضي الله عنه– قال كنت غلاما في حجر رسول الله ﷺ فقال لي:"يا غلام سم الله و كل بيمينك وكل مما يليك"[715].

---

[714]–مسند الإمام أحمد بن حنبل مؤلف أبو عبد الله بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،مؤسسة الرسالة ،طبعة1، 1421هـ2001م، جزء11،ص369 رقم الحديث 6756/انظر أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدوية بن نعيم بن الحكم النيسابوري المعروف بابن البيع،المستدرك على الصحيحين،تحقيق مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية،لبنان،طبعة1، 1411هـ1990م،جزء1،ص311،رقم الحديث 708.

[715]–أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيناني،مسند الإمام أحمد بن حنبل تحقيق شعيب الأرنؤوط،عادل مرشد،وآخرون،مؤسسة الرسالة،طبعة1421،1هـ2001م،جزء6،ص252رقم الحديث 16332/انظر :مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري،المسند الصحيح بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله–ص–محقق محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء التراث العربي بيروت،الجزء3،ص1599 رقم الحديث2022/انظر محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي،الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله–ص–وأيامه بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي،طبعة1، 1422هـ،جزء7،ص68 رقم الحديث 5376.0

كما ينبغي على الوالدين تعليم الأطفال أوقات الاستئذان على أبويهما ما لم يبلغ الطفل الحلم فإذا بلغ الحلم وجب عليه الاستئذان دائما وأبدا ،قال تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ** ﴾ [716].

إن هذه الآداب الإسلامية التي تظهر وتكسب من يتمسك بها الفلاح والسعادة في الدنيا والآخرة وينبغي أن لا يتهاون بها وألا تهمل وتضيع فإن من ترك الآداب الإسلامية وتخلى عنها فقد أهملها ويخشى عليها الضلال[717].

وما يمكن كذلك إثارته أنه يجب على الوالدين اختيار المدرس الذي يلقن هذا الولد ويساهم في تربيته.

إذ قال أحد الحكماء يوصي ولده(مدرس)" ليكن إصلاحك لابني ما إصلاحك لنفسك،فإن عيونهم معقودة بعينك،فالحسن عندهم ما استحسنت والقبيح ما استقبحت".

إذ الصبي يحاكي أستاذه وزملاءه قصدا وغير قصد فيما يقولون وما يفعلون ويأنس بما يأنسون إذ يحاكي بطبيعته ما يحدث في المجتمع الذي يحيط به أو يتصل معه لذا يجب أن يكون المقلد قدوة طيبة ونموذجا حسنا فالمحاكاة عنده أثر كبير في تربيته سواء الخلقية والعقلية يعد عامل مهم في مرحلة طفولته الأولى[718].

إضافة يجب ربط الطفل بالصحبة الصالحة إذ لها أثر بالغ في نموه النفسي والاجتماعي إذ تؤثر في عاداته واتجاهاته[719] إذ حذر القرآن الكريم من رفقاء السوء وهذا

انظر أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني ،السنن الكبرى،حققه حسن عبد المنعم شلبي،مؤسسة الرسالة،بيروت،طبعة1، 1421هـ2001م،جزء9،ص112،رقم الحديث 10032.

[716]– سورة النور، الآية 58

[717]– سعيد بن علي بن وهف القحطاني، المرجع السابق،ص144 وما يليها.

[718]– نفس المرجع،ص145.

[719]–عبد العزيز سالم شامان الرويلي،المرجع السابق ،ص5.

مصداقا لقوله تعالى:﴿ **وَيَوْمَ تَشَقَّقُ السَّمَاءُ بِالْغَمَامِ وَنُزِّلَ الْمَلَائِكَةُ تَنْزِيلًا (25) الْمُلْكُ يَوْمَئِذٍ الْحَقُّ لِلرَّحْمَنِ وَكَانَ يَوْمًا عَلَى الْكَافِرِينَ عَسِيرًا (26) وَيَوْمَ يَعَضُّ الظَّالِمُ عَلَى يَدَيْهِ يَقُولُ يَا لَيْتَنِي اتَّخَذْتُ مَعَ الرَّسُولِ سَبِيلًا (27)يَا وَيْلَتَى لَيْتَنِي لَمْ أَتَّخِذْ فُلَانًا خَلِيلًا** ﴾ [720].

ويظهر من كل هذا أنه يجب أن نشير إلى أهم ما نراه في هذا المجال من خلال:

أن التربية السليمة الإسلامية هي التي تقوم على أساس غرس العقيدة وتوحيد الربوبية والألوهية حتى يستقيم تصوره وتصفى نفسيته وتنشئته على محبة رسول الله الكريمﷺ.

وفي مرحلة متأخرة (من السابعة) يبدأ دور التعلم والتدريب على بعض الأركان في الدين مثل:الصيام تعليم القرآن الكريم، وتدريبه على آداب الإسلام في السلام والطعام والنظام والنظافة وحسن التعامل مع ذويه والغير سواء أكانوا والديه إخوته،أصدقائه وغير ذلك من القيم والآداب.

كذلك يجب أن تقوم التربية على أساس أن يكون الوالدين هما القدوة الطيبة لهم في أقوالهما وأفعالهما ومختلف تصرفاتهما.

التربية تعتمد على التخطيط السليم الذي يقوم على التشاور والتفاهم المسبق بين الأبوين إذ أشار القرآن إلى أهمية هذه المشاورة في كل ما يتعلق بشؤون الأسرة في قوله تعالى:

﴿ **فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا** ﴾ [721].

يجب أن تقوم التربية الإسلامية على الرحمة والعطف والمحبة والحنان والتوجيه والإرشاد لكل مرحلة عمرية إذ روى عن النبي ﷺ" كان يقبل ذات مرة الحسن بن علي وعنده الأقرع بن حابس،جالسا فقال الأقرع إن لي عشرة من الولد ما قبلت أحدا فنظر إليه رسول الله ﷺ ثم قال من لا يرحم لا يرحم"[722].

---

[720]– سورة الفرقان، الآية 25 – 28.

[721]– سورة البقرة، الآية 233.

[722]– محمد بن جنان بن أحمد بن حيان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم الدارمي البستيني الإحسان في تقريب صحيح ابن حيان حققه شعيب الأرنؤوط،مؤسسة الرسالة بيروت،ط1، 1408هـ1988م،جزء2،ص202 رقم الحديث 457/انظر أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،مسند الإمام أحمد بن حنبل،مؤسسة الرسالة ،طبعة1، 1421هـ2001م، جزء13،ص88،رقم الحديث 7649/انظر محمد بن إسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله،الأدب

وفي حديث آخر :"خرج علينا النبيﷺ وأمامه بنت أبي العاص على عاتقه فصلى فإذا ركع وضعها وإذا رفع رفعها"[723].

يجب أن تكون التربية في ظل مناخ الشورى والحرية والحوار البناء إذ يجب أن يشارك الأولاد في الأمور المتصلة بهم حسب استعدادهم حتى يتيح المجال الطبيعي الملائم لتكوين شخصية الطفل وتنمية قدراته ومواهبه.

يجب تنمية شخصية الطفل واستقلاليته بمنحهم بعض الصلاحيات وتعويدهم على اتخاذ القرارات المناسبة دون خوف في ظل مراقبته الوالدين.

أن الهدف الأساسي لتكوين شخصية متوازنة للطفل يجب أن تكون هذه التربية تجمع بين التمسك بمبادئ الدين الحنيف وتعاليمه وقيمه ومقومات الحياة العصرية–شخصية متمسكة بينها وهويتها ومنفتحة على عصرها–

يجب على الوالدين أن يجنبا أولادهما الآثار السلبية لنزاعاتهما وخلافاتهما فإن ذلك من أسباب انحرافات الأولاد[724].

الفرع الثاني : حق الطفل في الصلاح والعدل والمساواة بينه وبين اخوته

إن رعاية الأطفال وحسن تربيتهم والعناية بهم تعد من الثوابت والأصول الواضحة لما لها من قواعد تدعم هذا،إذ قال تعالى:﴿ **هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا**

المفرد،محقق كحمد عبد الباقي،دار البشائر الإسلامية،بيروت،طبعة3، 1409هـ1989م،ص46،رقم الحديث 91/انظر محمد بن اسماعيل أبو عبد الله الجعفي،الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله–ص–وأيامه(صحيح البخاري)تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر،دار طوق النجاة مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي،طبعة1، 1422هـ،جزء8،ص7 رقم الحديث 5998.

[723]–أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي،السنن الكبرى،حققه حسن عبد المنعم شلبي،مؤسسة الرسالة،بيروت،طبعة1، 1421هـ2001م،ج1،ص436،رقم الحديث 903/انظر سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللمخي الشامي أبو القاسم الطبراني،المعجم الكبير،تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي،مكتبة ابن تيمية القاهرة،طبعة2،جزء22،ص440 رقم الحديث 1073/انظر أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،مسند الإمام بن حنبل،تحقيق شعيب الأرنؤوط،عادل مرشد وآخرون،مؤسسة الرسالة،طبعة1 ،1421هـ .2001م، جزء37،ص276،رقم الحديث 22584.

[724]–عبد الحميد إسماعيل الأنصاري،نفس المرجع،ص339.

لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ [725] .

والظاهر من هذه الآية أنها تدل على أن المقصود من الزواج: أنه وسيلة لتحقيق السكن والمودة والرحمة وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف بين الزوجين حتى يطمئن كل منهما للآخر ويتحقق عن هذا الزواج ولادة أطفال ذكورا وإناثا (النسل أو الذرية) وتربيتهم ليكونوا صالحين.

فالصلاح مطمح الزوجين كليهما وليس لأحدهما فقط إذ تشير الآية إلى ذلك﴿ **دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ**﴾[726] ،إذ دلت على أن الدعاء منهما معا.

كما تشير هذه الآية إلى أن إصلاح الأولاد ينبغي أن يكون ضمن أسرة يخيم عليها التوافق والانسجام بين الزوجين حتى ينعم بشخصية منسجمة النمو ومكتملة التفتح مشبعا بالحب والتفهم لذا لابد أن تتم رعايته في ظل والديه وتحت مسؤوليتهما[727]وهذا يعد من أهم من أهم العناصر ذلك أن إصلاح العائلة وتقويمها هي الأساس في منح الطفل كافة حقوقه لذلك وضع الإسلام الأحكام التفصيلية لمعالجة مشاكل العائلة وإصلاحها وتنظيم العلاقة بينهما حتى يسود التفاهم والانسجام مما يعكس ايجابا على نفسية الطفل في حداثته ونجنبه الاضطرابات السلوكية والأجواء المتوترة ومن بين المبادئ التي أرساها الإسلام لذلك لرعاية الطفل وحمايته:

---

[725]– سورة الأعراف، الآية 189.

[726]– سورة الأعراف، الآية 56

[727]–سهيل حسين الفتلاوي،حقوق الطفل في الإسلام(دراسة مقارنة في القانون الدولي العام)،دار الثقافة ،الأردن،طبعة1، 2014م،1495هـ ،ص127.

تكوين أسرة صالحة تقوم على الطهر والعفاف تحصنا للانزلاقات والانحرافات ومخاطر التمزق إذ قال النبي ﷺ :"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[728].

حسن اختيار الزوجة:ذلك أنها مصدر الراحة والطمأنينة ،صانعة الأجيال في أحضانها يتربى الطفل يستقي منها الأخلاق والتربية إذ لها القدرة على إنشاء أطفال متكاملين صالحين لقيادة الأمة إلى الخير والعزة والقوة إذ يقول دكتور محمد عقلة في كتابه (نظام الأسرة في الإسلام)،إن حاضر الأمة ومستقبلها يعتمد على نوعية أجيالها وناشئتها والأسرة هي المسؤول الأول في تحديد نوعية أولئك الناشئة ويتعلمون منها حميد الأخلاق والصفات أو سيئها[729].

إختيار الزوج الصالح:حث النبيﷺ الآباء والأولياء على انتقاء واختيار الزوج عند تزويج بناتهم وذلك وفق أسس ومعايير من أهمها:

أن يكون الرجل الخاطب ذا دين وخلق قال ﷺ:" إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ولا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد"[730].

فالدين والخلق يمنعانه من ظلم زوجته أو إهانتها ويظل رحيما بها ودودا قالﷺ:"خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي"[731].

---

[728]–أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني(مسند الإمام أحمد بن حنبل)،ج7،ص184 رقم الحديث 4112/انظر محمد زهير بن ناصر الناصر،الجامع المسند الصحيح من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه)صحيح البخاري،جزء7،ص3 رقم الحديث 5066.

[729]–سمير خليل محمود عبد الله،نفس المرجع،ص53.

[730]–محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك أبو عيسى ،نفس المرجع،جزء2،ص385 رقم الحديث 1084/انظر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخرساني أبو بكر البهيقي،السنن الكبرى،تحقيق محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،طبعة3، 1424ه2003م،جزء7،ص132،رقم الحديث 13481.

[731]–محمد بن حيان بن أحمد بن حيان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم الدارمي البستي،الإحسان في تقريب صحيح ابن حيان حققه شعيب الأرنؤوط ،مؤسسة الرسالة ناشرون بيروت،ط1، 1408ه1988م،جزء9،ص484 رقم الحديث 4177/انظر محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترميذي،أبو عيسى ،نفس المرجع،جزء6،ص385 رقم الحديث 3595/انظر ابن ماجة أبو عبد الله بن يزيد القزويني،نفس المرجع،ج1،ص936 ،رقم الحديث 1977.

وصلاح الطفل هو في تحبيبه العلم وتعليمه الحق والالتزام به حتى يكون مثلا في أخلاقه مستقيما وحسن في سلوكه فتربيته على الإيمان وترويض قلبه على ذلك وصقل عقله وتنمية شعوره بالمسؤولية وتهذيب ضميره وإعلاء ذوقه وتقويم سلوكه يثمر هذا الصلاح في عقله ونفسه وحياته.

وما يغذي كل هذا في نفسه هو عطف الأبوة وحنان الأم ونبل الكلمة والشفقة في المعاملة ومؤانسة الرفيق والهدوء والسكينة وتجنيبه الحزن والكآبة والإرهاق والتعب وإعطاءه حقه في الرضا والابتهاج حتى ينعم بالسرور وجمال الحياة والصلاح فيها[732].

فمن حق الطفل أن يحب ويود ويؤلف ويسأل له الصلاح ويطلب له الخير في الدنيا والآخرة قال تعالى:﴿ **رَبَّنَا إِنِّي أَسْكَنْتُ مِنْ ذُرِّيَّتِي بِوَادٍ غَيْرِ ذِي زَرْعٍ عِنْدَ بَيْتِكَ الْمُحَرَّمِ رَبَّنَا لِيُقِيمُوا الصَّلَاةَ فَاجْعَلْ أَفْئِدَةً مِنَ النَّاسِ تَهْوِي إِلَيْهِمْ وَارْزُقْهُمْ مِنَ الثَّمَرَاتِ لَعَلَّهُمْ يَشْكُرُونَ**﴾[733]،إذ تضرع إبراهيم عليه السلام إلى الله يطلب الخير لأولاده.

3-حق الطفل في العدل و المساواة بينه و بين إخوته:

إن الإسلام لم يفرق بين الأطفال الذكور والإناث إذ كلاهما متساو في الحقوق،لهما نفس الرعاية والاهتمام سواء من جانب الدولة والمجتمع والأسرة في الإسلام،ذلك أنه حارب ومنذ بزوغه عادات الجاهلية التي كانت تعتبر ميلاد الأنثى نذير شؤم للأسرة والقبيلة إذ قال تعالى: ﴿ **وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَى ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (58) يَتَوَارَى مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ**﴾[734]، ويقول كذلك :﴿ **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**﴾[735]، ومن هذه الآيات الكريمات نجد أن الإسلام ساوى ما بين الطفل والذكر والأنثى إذ حرم وأد

---

[732]-علاء الدين زعتري،نفس المرجع،ص9.

[733]- سورة إبراهيم، الآية 37.

[734]- سورة النحل، الآية 58 – 59.

[735]- سورة الشورى، الآية 49 – 50.

البنات وحظر ذلك[736]، فالعدل حق أصيل للطفل وعدمه يولد في نفسه شعورا بالاضطهاد والظلم فهو من أهم عوامل الاستقرار النفسي إذ يبهج نفوسهم ويريح أفئدتهم فلا ضغينة ولا حسد ولا غيرة بينهم.

ولقد نشأ الرسول الكريم على ذلك وأرشدنا إليه ومن قوله ﷺ:

ما رواه النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلاما فقال:أكل ولدك نحلت مثله؟ قال :لا قال فأرجعه وفي رواية لمسلم قال :فلا تشهدني إذا فإني لا أشهد على جور وفي أخرى قال :"أيسرك أن يكونوا إليه في البر سواء قال بلى قال فلا إذا"[737].

وعن أنس – رضي الله عنه–أن رجلا كان عند النبيفجاء ابن له فقبله وأجلسه على فخذه وجاءت بنت له فأجلسها بين يديه فقال رسول الله ﷺ :"ألا سويت بينهم؟"[738].

كما قال ﷺ :"اعدلوا بين أولادكم اعدلوا بين أولادكم"[739] وهكذا تكون المعاملة والمساواة في كل شيء حتى في القبل حتى لا تغرس الغيرة في نفوسهم، يقول **ابن قدامة الحنبلي** –رحمه الله– :" ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بين الأولاد وكراهية التفضيل قال إبراهيم:"كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل"[740].

---

[736]–منتصر السعيد حمودة،حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2007 ،ص268.

[737]–مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري،نفس المرجع،جزء3،ص1243 رقم الحديث 1623.

[738]–أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني المناعي،المصنف،محقق حبيب الرحمن الأعظمي،المجلس العلمي الهندي من المكتب الإسلامي بيروت،طبعة2، 1403هـ،ج9،ص98 رقم الحديث 16496/انظر أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني،سنن أبي داوود محقق محمد محيي الدين عبد الحميد،المكتبة العصرية صيدا بيروت،جزء3،ص292/انظر أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني،نفس المرجع،ج30،ص321 رقم الحديث 18369/انظر أبو عبد الرحمن بن شعيب بن علي الخراساني النسائي،نفس المرجع،ج6،ص175 رقم الحديث 6479.

[739]–أحمد بن حسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البهيقي،السنن الكبرى،تحقيق محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،طبعة 3، 1424هـ2003م،جزء6،ص293،رقم الحديث 11999.

[740]–حسن بن خالد حسن السندي،نفس المرجع،ص 476.

ونجد كذلك في القرآن الكريم قصة سيدنا يوسف مع إخوته نجد أن سلوك أخوته الناتج عن حب أبيهم ليوسف عليه السلام وتفضيله عليهم،ذلك أن عدم المساواة بين الإخوة له تأثير عظيم على انفعالاتهم ومن ثم سلوكهم قال تعالى:﴿ **لَقَدْ كَانَ فِي يُوسُفَ وَإِخْوَتِهِ آيَاتٌ لِلسَّائِلِينَ (7) إِذْ قَالُوا لَيُوسُفُ وَأَخُوهُ أَحَبُّ إِلَى أَبِينَا مِنَّا وَنَحْنُ عُصْبَةٌ إِنَّ أَبَانَا لَفِي ضَلَالٍ مُبِينٍ (8)اقْتُلُوا يُوسُفَ أَوِ اطْرَحُوهُ أَرْضًا يَخْلُ لَكُمْ وَجْهُ أَبِيكُمْ وَتَكُونُوا مِنْ بَعْدِهِ قَوْمًا صَالِحِينَ**﴾[741].

كذلك من حق الطفل على أبيه أن يسوي بينه وبين إخوانه في كل شيء خاصة العطية[742] وهذا أمرا واجب على أب إذ قال ابن القيم :"عطية الأولاد المشروعة أن تكون على قدر إرثهم لأن الله تعالى منع مما يؤدي إلى القطيعة والتسوية بين الذكر والأنثى مخالفة لما وضعه الشرع من التفضيل ،فيقضي ذلك إلى العداوة ولأن الشرع أعلم بمصالحنا[743].

فالمساواة ضرورية لأنها مقتضى حسن الرعاية والإهمال يحدث آثار سلبية في نفسية الطفل والذي تنعكس معاملته مع إخوته ومع من حوله إلى جانب العقد النفسية التي تؤثر على صحته وتنحرف بسلوكه الشخصي والاجتماعي لذا نجد أن قولهﷺ :"سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء"[744]وفي رواية أخرى:"سووا بين أولادكم في

---

[741]– سورة يوسف، الآية 7 – 9.

[742]–العطية:هي تمليك عين مالية موجودة،مقدورة على تسليمها معلومة أو مجهولة تعذر علمها في الحياة بلا عوض والجمع عطايا والمصدر الإعطاء والإسم العطاء وأكثر ما يراد بها الهبة فهي تطلق على الشيء الموهوب وتطلق على أعم من ذلك.

[743]–عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ،الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005 ،ص149.

[744]–أبو محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصيب المعروف بابن أبي أسامة،بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث محقق حسين أحمد صالح الباكري،مركز خدمة السنة والسيرة النبوية المدينة المنورة،طبعة1، 1413هـ1992م،ج1،ص512 رقم الحديث 454/انظر سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللحظي الشامي،أبو القاسم الطبراني،المعجم الكبير تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي،مكتبة ابن تيمية القاهرة،طبعة2، جزء11،ص354 رقم الحديث 11997/انظر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخرساني،نفس المرجع،جزء6،ص294 رقم الحديث 12000.

العطية كما تحبون أن يسووا بينكم في البر"[745] وقوله ﷺ :" فاتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم"[746] وبذلك يجب أن يساوى بين الذكور والإناث قدر المستطاع من العطف والحنان والتعليم والهدايا وغيرها من المعاملات حتى الابتسامة والكلمة الطيبة أو العقوبة والعتاب.

ولعل المساواة من أهم وسائل الاستقرار الذي ينعكس ايجابيا على الطفل نحو إخوته ونحو أسرته ونحو المجتمع.

المطلب الثاني : تحليات هذه الحقوق في التشريع الجزائري

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري في ق الأسرة والدستور الجزائري

1 – قانون الأسرة :

نص المشرع الجزائري في الأمر 05-02[747] في المادة2 منه:" الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

وفي المادة 3 منه: " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية".

تعتبر هاتان المادتان من الأحكام العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في هذا القانون والتي تقضي:

---

[745]–أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي،شرح مشكل الآثار تحقيق شعيب الأرنؤوط،مؤسسة الرسالة طبعة1، 1415هـ1994م،جزء13،ص72 رقم الحديث 5073.

[746]– محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي،نفس المرجع،جزء3 ص158 رقم الحديث 2587/انظر أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي،شرح معاني الآثار حققه محمد زهري النجار،محمد سيد جاد الحق،عالم الكتب،طبعة1، 1414هـ1994م،ج4،ص86،رقم الحديث 5837/انظر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البهيقي،نفس المرجع،جزء6،ص292 رقم الحديث 11994.

[747]–الأمر 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة والذي يتضمن 4 أبواب وأحكام عامة:–أحكام عامة مادة 1 إلى المادة 3 مكرر

–كتاب الأول:الزواج وانحلاله

–كتاب ثاني:نيابة شرعية.

–كتاب ثالث:ميراث.

–كتاب رابع:عقود تبرع.

يتضمن 224 مادة منها 4 مواد أحكام ختامية.

بأن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وهذا ما يظهر أهمية الأسرة فهي نواة المجتمع.

وبين دعائم وركائز هذه الأسرة في سيرورتها والتي تكون من خلال :

- ترابطها وتكافل أفرادها.
- حسن العشرة.
- التربية وحسن الخلق.
- نبذ الآفات الاجتماعية.

كل هذه العناصر تجسدها مواد قانونية أخرى تدعم هذا التوجه منها ما هو موجود في نفس القانون 05-02 وأخرى متناثرة في قوانين أخرى،ولعل أهم ما تكرسه :هو تحصين الولد وحمايته وهو من أهم المقاصد الشرعية للزواج ونلاحظ أنه كذلك في تعريفه لعقد الزواج في المادة 4 منه ذكر:"أن الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" والمشرع هنا ذكر الغاية من هذا الترابط الذي غايته تتمثل في الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الطرفين لما له من أهمية آنية وبعدية خاصة بالنسبة للأطفال فهو ميثاق غليظ له أحكام ونصوص قانونية تحمي كل الأطراف فيه.

كما نص كذلك في المادة 36 منه على بعض الأمور المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين وراعى[748]، فيها مقاصد الشريعة في حفظ الطفل وذلك من خلال الفقرة 3 منها:

"التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم" والفقرة 4 كذلك"

"التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات"

وعليه نصت وتعرضت المادة إلى ضرورة التعاون على تربية الأولاد وحسن تربيتهم[749]،إذ يجب على كل من الزوجين أن يساعد زوجه ويتعاون معه في كل ما يهم

---

[748]-العربي بختي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة1، 2014، ص64.

[749]-بن شويخ الرشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض تشريعات العربية،دار الخلدونية، الجزائر، طبعة1، 1429هـ-2008م،ص166.

الأسرة ومصلحتها بهدف تحقيق سعادتها والابتعاد عن كل ما يؤدي إلى شقائها وتعاستها من خلال المحافظة على سمعتها وكرامتها وأموالها والسهر على رعاية الأولاد وحسن تربيتهم من خلال غرس الأخلاق الحميدة الفاضلة فهم وتجسيد أحسن صورة وسلوك.

فتوجيه الطفل توجيها صحيحا ورعايته صحيا وخلقيا وفكريا ودينيا هي مسؤولية مشتركة لها نفع للأسرة والمجتمع وله خاصة حتى يكون فردا صالحا داخل المجتمع، والقانون 05-025 حمل مسؤولية تسيير شؤون البيت للزوج والزوجة وكذا حماية الأطفال من خلال المواد:4-36-61-72-76-87 ق أسرة ج[750] مما يستوجب على الزوجة أنها ملزمة بالإقامة [751]في بيت الزوجية لرعاية شؤون الأطفال كما لا يمكن للزوج كذلك مغادرة السكن الزوجي وإهمال الأطفال وعدم المشاركة في تربيتهم أو كان لهم أسوة سيئة أن تطلب التطليق وفق المادة 53 الفقرة الأخيرة:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية ... كل ضرر معتبر شرعا ".

كما نص كذلك في المادة 62 منه على أهداف الحضانة والتي تظهر من خلال :

تعليم الولد: ويقصد به التمدرس الذي يعد حق لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجبارا إلى أن ينال القدر الكافي منه حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية وإستعداده الفطري والنفسي[752].

---

[750]-م61:"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"

م2/72:"وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".

م76:"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إن كانت قادرة على ذلك".

م87:"يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

[751]م62:"الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

بلحاج العربي،أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة،الجزائر،2013م،ص،524/انظر بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا الجزء الأول أحكام الزواج،ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة6،2010،ص2-3.

[752]-باديس ذيابي،آثارفك الرابطة الزوجية،دار هومة،الجزائر،2008،ص،51.

تربيته على دين أبيه: أو جعل زواج المسلمة من غير المسلم من المحرمات مؤقتا وهذا في المادة 30 من نفس القانون[753] الفقرة 5.

2- في الدستور الجزائري:

من خلال استقراء وتحليل مضامين النصوص نجد أن :

- **دستور 1963:** جاء خاليا من النص صراحة على حق التربية إلا أنه أشار ضمنيا في المادة 17 منه[754] على ذلك وذلك من خلال الحماية التي أقرها للأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع وفيها ينشأ الطفل.

- **دستور 1976:** نص في المادة 79 منه[755] صراحة على هذا الحق وعلى وجوبه.

- **دستور 1989:** كذلك نص صراحة على ذلك في المادة 65 على وجوب تربية الأبناء ورعايتهم من طرف الآباء و هذا ما أكدته كذلك المادة 65 دستور 1996.

- ونص **دستور 2016م** في الباب الأول الأحكام التي تحكم المجتمع الجزائري في م 65 منه على نفس هذا الحق و وجوبه من قبل الوالدين اتجاه الأبناء ونص كذلك في المادة 2 منه على أن الإسلام دين الدولة و م 58 أ الأسرة تحصن بحماية 4 مقررة لها[756] هذه الحماية التي تكفل للطفل التنشئة السليمة.

والملاحظ أن كل الدساتير الجزائرية نصت على أن الإسلام دين الدولة وهو رائد خاصة في مجال الجزاءات بين الآباء والأبناء أو ما يسمى بحق التربية.

---

[753]-م30 ف 5 ق أسرة:"يحرم من نساء مؤقتا.....زواج المسلمة من غير المسلم".

[754]-م 17 دستور 1963:"تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع".

[755]-م 79 دستور 1976:"ينص القانون على واجب الآباء في تربية أبنائهم وحمايتهم".

[756]-م 58 دستور 2016:"تحصن الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

م65 دستور 2016:"يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم"

م 2 دستور 2016:"الإسلام دين الدولة".

-أول دستور عرفته الجزائر كان سنة 1963 ثم على أساس الحزب الواحد ثم دستور 1976 كان نظام الاشتراكية ثم دستور 1996 وعدل في 2002 وعدل في 2008 وعدل 2016/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة:دستور-الجزائر /https ;//ar.wikipedia.org/wiki يوم 2017/07/23 م ساعة 19:16.

إذ حث على حق الطفل في التربية السليمة السوية وتزويده بالثقافة الإسلامية والتي تكون دعائمها الأساسية العبادة والأخلاق ولا شك أن تربية الطفل في الصغر لها أثر تجنى نتائجه في الكبر فالطفل خامة سهلة التطويع من قبل الوالدين وحسن تربيته وتعليمه يجعل منه فردا طيبا صالحا يعود بالنفع على نفسه وأسرته و والديه ومجتمعه ودولته.

وتكتمل تربية الطفل بتمكينه من حقه في التعليم كونه حق وغاية في حد ذاته ونلاحظ أنه من خلال الدساتير تم النص عليه:

-**دستور 1963**[757]:حرص على تدعيم الدولة للتعليم وكفالتها لمجانيته نظرا لمردوده الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في تنشئة المواطن الواعي المشارك في بناء وطنه.

-**دستور 1976**[758]:نص هو الآخر على هذا الحق وإجباريته ومجانيته وقد تم تكراره في نص المادة عدة مرات وهذا لاهتمام الدولة بهذا الحق وحرصها حتى يكون في متناول الجميع دون تمييز وعلى قدر من المساواة فهو حق لكل مواطن مجاني إجباري.

-**دستور 2016** في مادة[759]: 53 منه نص على ذلك.

وحرص وتأكيد المشرع على إجبارية التعليم لماله من أهمية في تنمية قدرات واستعدادات الطفل وتزويده بالقدر الضروري من القيم والمعارف ومختلف المهارات العلمية والعملية والعقلية التي تمكنه من التواصل في مختلف المراحل التعليمية له وبناء شخصيته

---

[757]-م 18 دستور 1963:"...التعليم إجباري...".

[758]-م 66 دستور 1976:"كل مواطن له الحق في التعليم"

- التعليم مجاني وهو إجباري بالنسبة للمدرسة الأساسية في إطار الشروط المحددة بالقانون.
- تضمن الدولة التطبيق المتساوي لحق التعليم.
- تنظم الدولة التعليم.
- تسهر الدولة على أن تكون أبواب التعليم والتكوين المهني والثقافة مفتوحة بالتساوي أمام الجميع.

[759]-م 53 دستور 2016:"حق التعليم مضمون مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون".

على أساس متين من العلم والمعرفة وذلك قصد إنشاء فرد يحترم هويته الثقافية ولغته وقيمه الخاصة والقيم الوطنية الجزائرية[760].

الفرع الثاني : في قانون العقوبات الجزائري

كفل المشرع الجزائري الحماية الجزائية القانونية لحق الطفل في صيانة عرضه وخلاقه في حالة التعرض والمساس بها فحاول جاهدا إيجاد القواعد القانونية التي من شأنها أن تضمن له ذلك نظرا لضعفه البدني والنفسي لعدم اكتمال نموه الجسمي والعقلي ولقد اتخذت هذه الحماية مجموعة من الصور:

1 – الجرائم الواقعة على عرض الطفل:

وتتمثل في جريمتي هتك العرض(الاغتصاب) وجريمة الفعل المخل بالحياء.

والملاحظ أن المشرع لم يعط تعريفا للجريمة الأولى والذي يمكن أن يستنتج من التشريعات[761] العربية على أن هتك العرض هو مواقعة أنثى بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة.

ولا يقع هتك العرض في القانون الجزائري إلا من رجل على أنثى كما جعل من سن الضحية طرفا مشددا إذا كانت قاصرة لم تكتمل 16 سنة إذ أفرد لها عقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة والسجن المؤبد إذا كان الفاعل من أصول الطفلة القاصرة أو ممن لهم سلطة عليها أو كان من معلميها أو من يخدمونها أو كان موظفا أو من رجال الدين أو كان الجاني قد استعان على فعلته بشخص أو أكثر[762].

---

[760]–والي عبد اللطيف،الحماية الدستورية لحقوق الطفل في الجزائر وآليات تطبيقها ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري وعلم التنظيم السياسي،جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة،كلية الحقوق،بن عكنون،سنة جامعية 2007–2008،دون صفحة.

[761]–دردوس مكي،القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،قسنطينة،ج2، 2005، ص: 163 /انظر عبد الحميد الشورابي،جريمة الزنا،منشأة المعارف،الإسكندرية،1998،ص83/انظر بلقاسم سويقات،حماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،2011،2010،ص83.

[762]–م336 من قانون العقوبات الجزائري:"كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات. وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل 16 تكون العقوبة سجن مؤقت من 10 إلى 20 سنة.

أما بالنسبة للفعل المخل بالحياء فهو كل فعل يمارس على جسم الإنسان سواء كان ذكرا أو أنثى ويكون من شأنه أن يشكل إخلالا بالآداب سواء أكان هذا التصرف علني أو في الخفاء حسب المادة 335 ق عقوبات: والفرق بين العورتين ؟.

أن هتك العرض لا يقع إلا على الأنثى بينما الفعل المخل بالحياء يقع على الذكر والأنثى.

أن هتك العرض لا يتم إلا بالمواقعة من القبل بينما يشمل الفعل المخل بالحياء كل الأفعال الماسة بالعرض.

أن القانون يحمي في الأولى الحق في الحرية الجنسية وفي الثانية يحمي حق الحفاظ على الحياء العام[763].

2 – الجرائم الواقعة على أخلاق الطفل:

ويقصد بها جرائم البغاء والمشرع كذلك لم يعط تعريفا له رغم أنه نص عليه في المواد :342 إلى 349 من قانون العقوبات.

والبغاء لغة هو الاتصال الجنسي غير المشروع فيقال بغت المرأة تبغي فهي بغي،والبغاء كما هو معروف به في القانون وكما قضت محكمة النقض المصرية هو مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز فإذا ارتكبه الرجل فهو فجور وإن قارفته الأنثى فهو دعارة[764].

وتتضمن هذه الجرائم:

جريمة تحريض الأطفال على الفسق وفساد الأخلاق:

وهي تلك التصرفات والأفعال والأقوال التي يقوم بها شخص مع آخر قصد التأثير عليه ودفعه إلى مزاولة أعمال الفسق المخالفة للآداب العامة.

م337:"إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك أو كان ن فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبيتين عاليه أو كان موظفا أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة 1 من م 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و 336".

[763]–اكمل يوسف السعيد يوسف،الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي،دار الجامعة الجديدة،اسكندرية، 2015،ص100.

[764]–شريف سيد كمال، الحماية الجنائية للأطفال،دار النهضة العربية،القاهرة،2006،ص178.

وتأخذ هذه الجريمة حسب م 342[765] صورتان حسب سن المجني عليه:

صورة الجريمة العرضية:إذا كان المجني عليه لم يكمل 16 سنة.

صورة الجريمة الإعتيادية:إذا كان المجني عليه لم يكمل 19 سنة.

وصغر سن المجني له دور وتأثير كبير إذ يعد ركن من أركان الجريمة،والمشرع كذلك اعتبر التحريض في هذا يعد جريمة معاقب عليها.

ويتعرض كل من ثبت ضده هذه الجريمة إلى عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

العقوبات الأصلية: يعاقب على هذه الجريمة بصورتيها من 05 إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 20.000دج إلى 100.000دج ويعاقب الشروع في ارتكاب الجنح بالعقوبات ذاتها المنصوص عليها بالنسبة لتلك الجنح.

العقوبات التكميلية: يجوز الحكم على مرتكب هذه الجريمة بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل و5 سنوات على الأكثر.

جريمة تحريض الأطفال على أعمال الدعارة:

ويقصد بالتحريض كل ما من شأنه التأثير على نفسية الطفل وإقناعه على مباشرة هذا الفعل أو تسهيله له أو مساعدته على ارتكابه وذلك بعرض أجسادهم على الغير لإشباع شهواتهم الجنسية بمقابل سواء الطفل كان ذكر أو أنثى، ولقد نص عليه المشرع من المادة 342 إلى 348 نلاحظ أن:

-المشرع لم يجرم فعل الدعارة في حد ذاته بل جرم في فعل الوسيط بشأن السماح للغير بممارسته الدعارة وعليه نص على معاقبته كل من يحرض القصر أو يدفعهم إلى ذلك[766].

---

[765]-م 342 ق ع:"كل من حرض قصرا لم يكملوا التاسعة عشر ذكورا أو إناثا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعهم عليه أو تسهيله لهم وكل من ارتكب ذلك بصفة مرضية بالنسبة لقصر لم يكملوا سادسة عشرة يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المنصوص عليها بالنسبة لتلك الجنح".

[766]-محمد صبحي نجم،شرح قانون العقوبات الجزائري(القسم الخاص)،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005،ص92.

1- جنح الوسيط بشأن الدعارة:ويكون ذلك إما:

استخدام الطفل في أعمال الدعارة مقابل مال أو غذاء أو مأوى.

أو إغوائه لممارسة ذلك.

2- جنح السماح بممارسة الدعارة: ويكون إما في مكان مفتوح للجمهور م 346 ق ع.

أو في مكان غير مفتوح للجمهور م 348 ق ع ج ،ويعاقب بذلك الوسيط بعقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

1-**العقوبات الأصلية:**الحبس من 02 إلى 05 سنوات وبغرامة من 20.000دج إلى 100.000دج ما لم يكون الفعل جريمة أشد بالنسبة لجنحة السماح بممارسة الدعارة في مكان غير مفتوح للجمهور.

ومن 05 إلى 10 سنوات وغرامة من 20.000دج إلى 200.000دج إذا ارتكبت الجنحة على قاصر لم يكمل 19 سنة من عمره.

2-العقوبات التكميلية: م 349 ق ع ج: تتمثل في الحرمان من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية والحكم عليه بالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل و5 سنوات على الأكثر وغيرها[767].

3- الجرائم الجنسية الواقعة على الطفل:

تعد هذه الجرائم من أخطر أنواع الجرائم التي تمس كيان الطفل فهي تتعلق بأخلاقه ولعلها تتمثل في:

1-**جريمة التحرش الجنسي:** جرم المشرع الجزائري هذه الواقعة من خلال المادة 341 مكرر[768]،وما يتضح من المادة أن التحرش الجنسي لا يقتضي اتصالا جسديا بين الطرفين

---

[767]-بلقاسم سويقات،نفس المرجع،ص88."وغيرها يقصد بها أنه يمكن أن يؤمر في حكم العقوبة بسحب الرخصة الممنوحة للمستغل إلى جانب حكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن سنة من يوم صدور الحكم إذا كان هذا المحل مفتوحا للجمهور أو يستغله الجمهور".

إنما يأخذ شكل المساومة أو الابتزاز باستعمال السلطة الوظيفية أو المهنية عن طريق إصدار أوامر أو التهديد أو الإكراه أو ممارسة ضغوط على الضحية إذ لا يمكن لهذا الأخير الحصول على المنفعة الموعود بها أو التخلص من المضرة المهدد بها إلا بالاستجابة للرغبات الجنسية لرئيسه.

وسلوكات هذا الشخص منعدم الأخلاق ومنعدم الوازع الديني[769] تشمل كل الأقوال والحركات والأفعال التي يتخذها لتكون قاعدة لقرارات تمس بالضحية وتهدف إلى سلب إرادته وإضعافها حتى يستجيب لرغباته الجنسية إضافة أن الوسائل لم يذكرها المشرع على سبيل الحصر إنما على سبيل المثال.

وبما أن الطفل معرض لهذه الجريمة والتي عادة ما تبدأ بالمداعبة وتتطور إلى الملامسة الجسدية أو يتم تعريضه عمدا لمشاهدة أفلام أو صور فاضحة قصد إثارة غرائزه الجنسية مبكرا أو حتى الاعتداء عليه جنسيا إلا أن إثبات الجريمة عادة ما يكون صعب جدا كون أن الجاني يلجأ إلى السرية عند اقترافه لهذا الجرم ويتخذ كل التدابير التي تضع كشف سلوكه الإجرامي وبالتالي لا يكفي تصريح المجني عليه وحده لإثبات الواقعة.

كما أن الطفل عادة ما يكن في نفسه الحوادث الأليمة ولا يفصح عنها إلا استثناءا مما يؤثر في نفسيته عند الكبر[770] ويجعله مضطرب السلوك والتصرفات.

2-جريمة الاستغلال الجنسي:

إن العالم وما يشهده اليوم من ثورات جنسية طاغية جعله يتخبط في أكبر وأخطر الجرائم البشرية جمعاء خاصة مع توسع شبكة الانترنت وما تطرحه من برامج ومواقع إباحية لا أخلاقية مثل: الأفلام الجنسية،صور الجنس حتى أصبح هذا الشغل الشاغل لبعض أفراد

---

[768]-المادة 341 قانون عقوبات جزائري:"يعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 50.000 إلى 20.000دج كل شخص يستغل بسلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو ممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرباته الجنسية في حالة العود تضاعف العقوبة".

[769]-عبد العزيز سعد،الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،دار هومة،الجزائر،طبعة2، 2014م،ص250.

[770]-بلقاسم سويقات،نفس المرجع،ص91.

المجتمع،إذ اقتحمت هذه الآفة البيوت والأسر فهناك ما يسمى "بجنس الأطفال" وهو من أخطر الممارسات في الوقت الحالي[771].

وهذا ما توصلت إليه نتائج العديد من البحوث والدراسات الإعلامية والأمنية إلى أن مشاهدة أفلام العنف والإباحية تعد أحد الأسباب الرئيسية للانحراف وارتكاب الجريمة[772].

إلا أننا لا نجد نص صريح بشأن العقاب على الاستغلال الجنسي لهذه الفئة في قانون العقوبات الجزائري إلا أن المادة 333 أشارت إلى ذلك دون تفصيل.

"يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج كل من منع أو حاز أو استورد أو سعى في استيراد من أجل التجارة أو وزع أو أجر أو لصق أو أقام معرض أو عرض أو شرع في العرض للجمهور أو باع أو شرع في البيع أو وزع أو شرع في التوزيع كل مطبوع أو محرر أو رسم أو إعلان أو صور أو لوحات زيتية أو صور فوتوغرافية أو أصل الصورة أو قالبها أو أنتج أي شيء مخل بالحياء"واعتبر هذا كله فعل مخل بالحياء يخدش ويمس بالآداب والنظام العامة للمجتمع".

ونظرا لصعوبة حماية الأطفال من هذه الجرائم فلابد من وضع برامج تحجب هذه المواقع نهائيا لما لها من أضرار نفسية وخلقية وتربوية على الطفل أولا وعلى المجتمع فهو يروض مجرما بذلك إذا لم تتخذ التدابير الاحترازية التي تمنع وقوع ذلك.

---

[771]–حسن الطاهر داود،جرائم نظم المعلومات ،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية،الرياض،2000،ص93/انظر بلقاسم سويقات ،نفس المرجع،ص91.

[772]–خالد بن مسعود البشر،أفلام العنف والإباحة وعلاقتها بالجريمة،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ،الرياض،2005، ص35.

المبحث الثاني : مقصد حفظ الدين وحفظ العقل وأثرهما على حقوق الطفل من حيث العدم

وتظهر في حماية الشريعة الإسلامية للطفل من مظاهر الفسوق في التربية الدينية والانحراف ولعل من أهم أسباب ومظاهر ذلك:

المطلب الأول : حماية الطفل استنادا لهتين المقصدين وفق التشريع الإسلامي

الفرع الأول: استنادا للعوامل الداخلية متعلقة بالأسرة

1- العنف ضد الأطفال:

إن رعاية الأطفال أمر تمليه الفطرة الإنسانية لأن الأطفال من أهم نعم الله تبارك وتعالى،قال تعالى:﴿ **الْمالُ وَالْبنُونَ زِينَةُ الْحَياةِ الدُّنْيـَا وَالْباقِياتُ الصَّالِحاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا** ﴾ [773]، وهم منحة الله سبحانه وتعالى وعطاؤه﴿ **لِلَّهِ مُلْكُ السَّماواتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ ما يَشاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ إِناثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرانًا وَإِناثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ** ﴾ [774]، ولقد أقرت الشريعة حماية تفوق كل المواثيق والقوانين الوضعية.

فحاجات الطفل تكمن في ضرورة ارتباطه بالوالدين أو أحدهما على الأصل وأن يقوم الراعي له لتوفير الحاجات الأساسية من حماية وعطف وحنان والتشجيع والتعليم والضبط والتربية وكل ذلك بما يتناسب مع المراحل المختلفة للطفولة والمراهقة وكذا أن يكون الوالدين النموذج السلوكي للطفل في كل العلاقات وتحديد الهوية مع الأحداث والمواقف ونموذجا للأبوة والأمومة السوية.

إلا أن الإساءة للطفل تتولد إذا كان التعامل مع الطفل متناقضا مع مهام الأمومة والأبوة هذه ويحكم ذلك الاختلافات المتعلقة بالثقافات والأزمنة مما يجعل الإساءة للطفل موجودة في المجتمعات والطبقات وفي كل البلاد العالم.

---

[773]- سورة الكهف، الآية 46.

[774]- سورة الشورى، الآية 50.

كما قد تكون من قبل الوالدين أو من يقوم مقامهما وقد تكون بفعل مباشر كالضرب أو بطريق غير مباشر كالإهمال أو كليهما معا،وقد تكون كذلك تشكل إساءة جسدية،جنسية أو عاطفية كما يمكن أن تكون منفردة أو مجتمعة ويرافق أي شكل من أشكال الإساءة الأذى النفسي للطفل.

ولعل المشكلات الأسرية وحالات عدم الاستقرار في البيت يؤدي إلى انحراف الأولاد وجنوحهم و لقد عالج الإسلام هذا الأمر معالجة تامة وذلك بجعل الوقاية في أول أمره بأن أمر الزوجين بحسن الاختيار عند الزواج وأمر الوالدين بحسن المعاملة بعد الزواج وكل ذلك لتجفيف منابع الانحراف والجنوح لدى هذه الفئة[775].

فالمفهوم الشرعي للإساءة أو العنف ضد الطفل ينطلق من حقوقه وحرياته فأي انتقاص منها كونها كفلتها الشريعة الإسلامية له تعتبر إساءة وعدوانا إليه مثاله حقه الأصيل في الحياة والبقاء والنماء وحقه في الانتساب إلى والديه وحق الحصول على اسم وجنسية وحق الرعاية الصحية وحقه في المعاملة الحانية وحقه في اللعب والاستمتاع وغيرها من الحقوق.

ولعل مفهوم الإساءة يتطابق مع مفهوم العنف الذي يعني كل ضرر أو أذى يقع على الطفل سواءا جسديا أو نسيا أو إهمال الأطفال كلها تعد صور للعنف ضده،ولقد انتهج الفقه الإسلامي حلولا لمعالجة هذه الظاهرة وتتمثل في أساليب الوقاية وذلك بتهيئة الطفل وتوفير كل مقومات الحياة المادية والمعنوية التي من شأنها أن تجعل منه إنسانا سويا وحتى يجتنب مزالق الانحراف جاء الفقه الإسلامي بأساليب التأديب حتى تكون حلا لردع الطفل على مخالفاته وتجاوزاته ويضمن صلاحه وتقويمه والمقصود بالتأديب :

---

[775]–مبارك المصري النظيف،نفس المرجع،(ح طفل في ضوء كليات الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة)،ص14.

إصطلاح لغوي: حقيقة أدب هي الدعوة إلى المحامد والنهي عن المقابح كما يطلق التأديب على رياضة النفس وحسن الأخلاق وأدبه فتأدب أي علمه وفلان قد استأدب بمعنى تأدب[776].

اصطلاح الفقهاء: يرى الفقهاء أن تأديب الصغير يقصد منه تهذيبه وليس تأديبه وهذا التأديب ليس بالعقوبة له،فالتأديب في الفقه الإسلامي مع المكلف يعد عقاب له،ومع الصغير إصلاحه[777].

ولقد وضح الفقه الإسلامي كل ما تعلق بالتأديب الذي يعد هدفه الأساسي الإصلاح والتقويم لا العقاب تجنبا للنتائج التي قد تؤدي إلى انحراف هذا الطفل وأوضح كل ما يتعلق بالتأديب من شروطه ومشروعيته وضوابطه وأصحابه وطرق التأديب كلها ضمن إطارها الشرعي بعيدا عن التعنيف أو الإساءة و هذا ما نتطرق إليه بنوع من التفصيل:

أ – **شروط التأديب:**اشترط الفقهاء لتأديب الطفل:

1– **العقل:**إذ يرون أن الصبي الذي لا يعقل فإنه ليس من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب.

2– **التمييز:**يعرف التمييز بمقدار قوة العقل هو الذي يعرف بأن البيع سالب للملك والشراء موجب له[778].

كما قد حدد الفقهاء سن التمييز بين السابعة لأنه في هذا السن يبدأ الصغير في تمييز النافع من الضار وعلق الفقهاء الصغير على تمييزه لأن بالتمييز صار له نوع من أنواع الإدراك.

ب – مشروعية التأديب:

1– من القرآن الكريم:قال الله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا**

---

[776]–ابن منظور،نفس المرجع،(تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشادلي،القاهرة،دار المعارف،مصر،طبعة1،سنة 1981)،مادة أدب،جزء1ص43.

[777]–محمد ربيع صباهي،نفس المرجع،ص554.

[778]–محمد أبو زهرة،الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي،القاهرة،دار الفكر العربي،1998،ص336.

يـ ـؤْمُرونَ ﴾[779]،نصت هذه الآية على وجوب وقاية النفس من النار والولد بعضها فكانت وقايته واجبة ومن هذه الوقاية الواجبة تأديبه على فعل محرم أو ارتكاب المحضور إذ أمرهم بطاعة الله ونهاهم عن معصيته وأن تساعدهم على ذلك فإن رأيت معصية ردعتهم عنها[780].

2- **ومن السنة النبوية الشريفة:** قوله ﷺ:"امروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر"[781]،فقد أمر رسول الله ﷺ بضرب الطفل على ترك الصلاة إذا بلغ عشر سنوات بقصد تأديبه وتعوده على الصلاة.

ج - ضوابط التأديب وأصحاب السلطة فيه:

1-ضوابط التأديب: القصد منها تأديب الصغير المميز على مخالفاته ومجاوزاته يكون الهدف منها إصلاحه وتقويمه دون العقاب الذي يؤدي إلى إيذائه ففعله لا يوصف بالجناية التي تستوجب العقاب لعدم القصد التام منه على الفعل وعدم القدرة والإدراك فإن الشرع أسقط العقوبة على الطفل وأوجب مكانها التأديب على أن يؤدي هذا التأديب إلى إصلاحه رحمة من الشارع ولطفا بعباده[782].

كما نص الإمام **محمد أبو زهرة** على أن تأديب الصغير المميز لا يعد من قبيل العقاب وإنما من قبيل التهذيب والتوجيه نحو الخير بتعويده اجتناب الأذى لأن عوده لا يزال أخضر[783].

-يجب مراعاة حجم المخالفة وحال الصغير في التأديب: يراعى في تأديب الصغير المميز أن تأديبه مناسبا لما ارتكبه من محضور أو محرم وملائما لبدنه وسنه فيغلظ تأديبه بقدر اعتدائه ويضعف بضآلة المخالفة وصغر سن فاعلها فعلى المربي أن يراعي حجم الجريمة ومدى تأثر الصغير بها[784].

---

[779]- سورة التحريم، الآية 6.

[780]-عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي،تفسير ابن كثير،دار نور الكتاب،الجزائر،1428هـ،2007م، مجلد4،ص149.

[781]-سبق تخريجه،ص11.

[782]-صباهي محمد ربيع،جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية ،دمشق،سوريا،دار النوادر،طبعة1، 1429هـ،2008 ،ص556.

[783]-محمد أبو زهرة،مرجع سابق،ص337.

[784]-صباهي محمد ربيع،نفس المرجع،ص557.

-التدرج في التأديب: يرى الفقهاء أنه لابد من التدرج في تأديب الصغير المميز من الأخف إلى الأشد فإن المؤدب لا يلجأ إلى التأديب الأشد ما لم يتأكد من أن إصلاحه وتقويمه لن يكون إلا بمثله،ولأنه إذا جاوز التأديب اليسير إلى الشديد دون مصلحة لم يحقق التأديب المقصود منه وربما أدى إلى العكس إذ يتمرس الصغير على التأديب ويعتاده[785].

-الحزم في التأديب: أن يكون المؤدب صارم فإذا رافق التأديب الضحك والعبث والمزاح لم يتحقق المقصود منه ألا وهو الإصلاح والتقويم وإن رافقه العبوس كان أبلغ في تحقيق غايته وهدفه[786].

-الابتعاد عن الاستخفاف والإذلال:منع الفقهاء الاستخفاف بالصغير وإذلاله لأن هذا سيؤدي به إلى النفور.

-التمكن من النفس حال التأديب:اشترط الفقهاء لتحقيق الغاية من التأديب أن يكون المؤدب متمكنا من نفسه حتى لا يؤدي تأديبه إلى هلاك الصغير وحضر الفقهاء من تأديب الصغير حال الغضب لأن التأديب مع الغضب يخرج عن الإصلاح.

د- أصحاب السلطة في التأديب: لقد اتفق الفقهاء حول أصحاب السلطة في التأديب وهم:

1. الأب: وهو أول من يمتلك سلطة التأديب على ولده كونه أقرب الناس إليه وكانت له هذه الولاية وتتطلب هذه الولاية تهذيبه وإصلاحه ،كما تتطلب حفظه في نفسه و في ماله وتدبير شؤونه فإن استوجب الصغير التأديب وجب على أبيه أن يؤدبه بما هو مشروع من طرق التأديب حتى يتحقق إصلاحه وتوجيهه[787].

ولقد استدل الفقهاء في تقديم سلطة الأب في التأديب من قول رسول الله ﷺ "والرجل راع في أهله مسؤول عن رعيته"[788]،وقوله ﷺ "أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم"[789].

---

[785]-عبد الله ناصح علوان،تربية الأولاد في الإسلام،القاهرة،مصر،دار السلام،طبعة5، 1428هـ2007م،جزء2،ص548.

[786]-ربيع محمد صباهي،نفس المرجع،ص559.

[787]-محمد ربيع صباهي،مرجع سابق،ص561.

[788]- الإمام النووي ، رياض الصالحين باب وجوب أمره أهله وأولاده المميزين وسائر من في رعيته بطاعة الله تعالى ونهيهم عن المخالفة وتأديبهم ومنعهم من ارتكاب منهي عنه ، ج2 ، ص 116.

[789]-مسند أنس بن مالك الرواة عنه على حروف المعجم ، أطراف الغرائب والأفراد (ابن القيسراني)، ج 2 ، ص 83 .

2. الأم: يرى الفقهاء أن سلطتها في التأديب للصغير أو للصغيرة تنحصر حال قيامها بحضانتهما.

3. الجد : فإذا مات الأب ولم يعين وصيا كانت سلطة تأديب الصغير على الجد لأن مرتبته في الولاية على النفس تلي مرتبة الأب لأنه أقرب الناس بعد الأب.

4. الوصي: يأتي الوي بعد الأب والجد في استحقاق سلطة التأديب.

5. القاضي: يكون له حق تأديب الصغير إذا زاد حظره أو عجز الولي على النفس عن تأديبه لكونه ضعيفا ويراعي القاضي في تأديب الصغير ما يلي:

-أن يكون تأديبه بقصد الإصلاح والتهذيب لا بقصد العقوبة والجزاء لأن المميز مهما كان فعله فإنه لا يوصف بالجناية التي تستوجب العقاب.

-أن يكون الصغير مميز فعلا،لأن تأديب القاضي يفوق في شدته وعنفه تأديب الولي[790].

هـ - طرق التأديب في الفقه الإسلامي:

لقد خص الفقه الإسلامي الطفل بالعديد من طرق التأديب التي تناسب قصوره وضعفه وتحقق إصلاحه وتهذيبه ومن هذه الطرق منها ما هو معنوي يترك أثرا في نفس الطفل ومنها ما هو بدني ينزل بالبدن.

I - التأديب المعنوي: إن ما يميز التأديب في الفقه الإسلامي بأنه متدرج يراعي ما يكون عليه الصغير من ضعف وعجز ولا يغفل ما يحتاج إليه من تهذيب وإصلاح وقد ذكر الفقهاء طرق التأديب المعنوي التي تنزل بالصغير قصد إصلاحه و تقويمه.

- **التوبيخ:**وهو يقصد به تعنيف الطفل بما هو قاس من الكلام حتى يترك أثرا في نفسه يحمله على الإقلاع عن مخالفاته وعدم الرجوع إليها[791].

فالتوبيخ ينطوي على إيلام بسيط غير مقصود بالطبع ومن أجل ذلك فهو يعتبر من الأساليب التقويمية والتهذيبية رغم تضمنه هذا.

---

[790]-محمد ربيع صباهي،نفس المرجع،ص562-563.

[791]-المكي مجدي عبد الكريم أحمد،جرائم الأحداث وطرق معالجتها في الفقه الإسلامي،القاهرة،دار الجامعة الجديدة للنشر،2009،ص554.

ولابد أن يخضع هذا التوبيخ للضوابط التالية:

أ- **أن يكون علانية أي أمام الأقران والرفقاء:** ذلك كون أن سلوكه مخالف للشرع متضمنا تحذيره من مغبة الاستمرار في هذا السلوك وضرورة الإقلاع عنه.

ب- أن لا يكون بالألفاظ السيئة فلابد من الابتعاد عن السب لأنه منهي عنه ولكن لابد أن يقتصر التوبيخ العنيف المصحوب بالشدة دون القبيح منه حتى يتحقق الغرض منه وهو التقويم والإصلاح.

ت- مراعاة حجم المخالفة وظروف الطفل إذ ينبغي على المؤدب(أو القاضي مهما كانت صفته) أثناء توبيخه أن يراعي في ذلك حجم المخالفة التي ارتكبها الطفل والظروف التي ساعدت عليها فيكتفي بالقليل منه إذا كانت المخالفة يسيرة لأن المبالغة تجعل الطفل يعتاد على ذلك اللوم[792].

- **الوعيد:**وهو أن يهدد من له سلطة التأديب على الطفل بالتعرض إلى التأديب العنيف الذي ينزل بالبدن وغيرها إن عاد لمثل مخالفاته، وقد ذكر الفقهاء الوعيد في تأديب الطفل لما له من أثر في إصلاحه من خلال ما يتركه في نفسه من الخوف.

ويأتي الوعيد في تأديب الطفل بعد التوبيخ واللوم لأنه أشد أثرا على النفس فهو ينذر بالتأديب البدني كالضرب ونحوه[793].

- **الهجر:**يعد من طرق التأديب المعنوي التي يمكن استعمالها على الطفل قصد تأديبه وإصلاحه والهجر هو ترك الطفل والإعراض عنه مدة من الزمن حتى يدرك قبح ما أقدم عليه من المخالفة والاعتداء[794].

II - التأديب البدني: نص الفقهاء على ضرب الصغير تأديبا قصد إصلاحه إذا تعين إصلاحه وتهذيبه به فالصغير يضرب ضرب تأديب وتعزير ليترك ما في يده من مخالفة ويتخلق بأخلاق المسلمين وينشأ على عاداتهم.

---

[792]- المكي مجدي عبد الكريم أحمد،المرجع نفسه،ص555.

[793]-محمد ربيع صباهي،المرجع السابق،ص564إلى 569.

[794]-عبد الله ناصح علوان،المرجع السابق،ص550.

أ-**دليل مشروعيته:** قال تعالى:﴿ **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**﴾[795].

والعقوبة بالضرب أمر أقره الإسلام وهو يأتي في المرحلة الأخيرة بعد الوعظ والهجر وهذا الترتيب يفيد بأن المربي لا يجوز له أن يلجأ إلى الأشد إذا كان ينفع الأخف ليكون الضرب هو أقصى العقوبات على الإطلاق ولا يجوز اللجوء إليه إلا بعد اليأس من كل وسيلة للتقويم والإصلاح[796].

ب- أدوات الضرب: اتفق الفقهاء على أن أدوات الضرب هما وسيلتان:

- **السوط:** أجاز الفقهاء ذلك لكن وفق معايير وضعوها:

-أن يكون السوط متوسط الحجم بين القضيب والعصا.

-أن يكون معتدل الرطوبة.

-يجب مراعاة حال الصغير بين تأديبه به كي لا يفضي إلى هلاكه[797].

- **اليد:** لقد أجاز الفقهاء ضرب الصغير باليد تأديبا، ويكون ذلك على الظهر من فوق الثياب دون الضرب على الوجه أو الرأس أو غيره من الأماكن المؤدية للهلاك.

1- مواضع الضرب وسنّه: يرى الفقهاء أن الصغير يضرب في موضعين:

أ- **أسفل سطح القدمين:** يضرب على سطح قدميه بعد أن يجرد مما يسترهما من غطاء ونحوه ويكون الضرب عليهما بالعصا وما يشابهها مثل السوط.

ب-**الظهر و فوق الثياب:** يضرب الصغير على ظهره على أن يكون ضربه عليه من فوق ثيابه وأن يكون ضربه عليه باليد دون سواها من الخشب ونحوه لإمكان استعمال اليد على الظهر دون أن يؤدي ذلك إلى هلاك أو أذى بخلاف العصا والخشب فربما يفضي ذلك إلى هلاك.

فالمقصود من هذا الضرب هو إصلاحه وليس أذيته أو هلاكه[798].

---

[795]- سورة النساء، الآية 36.

[796]- عبد الله ناصح علوان،المرجع نفسه،ص550.

[797]-محمد ربيع صباهي،المرجع نفسه،ص573إلى 574.

أما بالنسبة للسن التي يبدأ فيا ضرب الصغير فللفقهاء رأيين:

- الرأي الأول: يرون أن الصغير يبدأ إذا ميز وذلك ببلوغ سن السابعة .
- الرأي الثاني: يرون أنه لا يتأدب الصغير بالضرب قبل العاشرة من عمره مستدلين بقول رسول الله ﷺ :"واضربوهم عليها وهم أبناء عشر"[799].

2- **مقدار الضرب وضوابطه:** لقد تعددت آراء الفقهاء حول مقدار الضرب إذ يرى كل من الحنفية والمالكية أن الصغير يضرب تأديبا ثلاثة أسواط ولا يتجاوز الثلاث سواء أكان المؤدب أبا أم غيره ممن يملك سلطة التأديب.

أما الحنابلة والظاهرية يرون أن الصغير لا يضرب فوق عشرة أسواط واستدلوا بقوله ﷺ "لا عقوبة فوق عشر ضربات إلا في حد من حدود الله"[800].

كما قال **ابن القيم الجوزية:**"تكون العشرة فما دونها ضرب الرجل إمرأته وولده وأجيره للتأديب ولا يجوز أن يزيد على العشرة أسواط".

وضوابط الضرب يجب أن تكون كالآتي:

- أن يكون الضرب على ذنب ثابت.
- أن يكون القصد منه الإصلاح والتعذيب والتقويم.
- أن لا يضرب حال الغضب.
- عدم المجاوزة والتفريط فيه[801].

III - الجرائم التي يؤدب عليها الصغير:

كون أن الضرب من طرق التأديب التي تترك ألما في البدن وأثرا في النفس رأى الفقهاء أن الصغير لا يؤدب إلا إذا كان ما ارتكبه أو أقدم عليه جسيما أو خطيرا :جرائم القصاص، جرائم الحدود،جرائم التغرير[802].

---

[798]- محمد ربيع صباهي،المرجع نفسه،ص574.

[799]-سبق تخريجه انظر صفحة11.

[800]- الروداني، محمد بن سليمان المغربي، كتاب جمع الفوائد من جامع الأصول ومجمع الزوائد، البخاري (6849)، والترمذي (1463)،ج 3 ، ص 298.

[801]-محمد ربيع صباهي،مرجع سابق،ص591.

1- جرائم الجنايات: إن المقصود بها في الاصطلاح الفقهي هو كل فعل محرم شرعا سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك،لكن جرى العرف بين الفقهاء على إطلاق اسم الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان بالإضافة إلى أطرافه أيضا وتتمثل هذه الأفعال في القتل والجرح والضرب.

2- **جرائم الحدود:** إن المقصود بالحد شرعا :هو العقوبة المقررة والمقدرة حقا لله تعالى ويطلق لفظ الحد على جرائم الحدود وعلى عقوبتها والحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عند ارتكاب ما حظر وترك ما أمر وتتنوع جرائم الحدود إلى سبعة: جريمة الزنا،جريمة القذف،جرمة شرب الخمر،جريمة السرقة،جريمة الحرابة ،جريمة الردة،جريمة البغي.

3- جرائم التعزير: يقصد بالتعزير في الإصطلاح الفقهي عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى أو لعبد على ذنب لا حد فيه ولا كفارة عليه غالبا وقد يكون بـ:

- بالكلام الشديد أو الحبس أو الإبعاد عن البلدة أو عرك الأذن أو التشهير أو تسويد الوجه كما يفعل بشاهد الزور[803].

2-الطلاق:إن انفصال الزوجين قد يتسبب في إحداث خلل في نفسية الأطفال مما يؤدي إلى التردي والجنوح والانحراف لذلك نجد أن الإسلام قد رتب حق الحضانة بصورة تتناسب وحاجيات الأولاد وأوجب ذلك حتى يضمن لهم أسباب الحماية من الإنحراف.

فالحضانة هي توجيه الولد لمن له حق في ذلك أو هي تربية وحفظ من لا يشتغل بأمور نفسه كما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل كبير أو مجنون وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله في سن معينة ونحوها[804]،وحكمة مشروعيتها نجد أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر وهذا مراعاة لمصلحة الطفل بدفع المفاسد عنه وجلب المنفعة له كما عرفها **الشاطبي** :أن المصالح ما يرجع إلى قيام حياة

---

[802]-مجدي عبد الكريم أحمد مكي،نفس المرجع،انظر الصفحات505،502،361،360،311.

[803]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته أحوال شخصيته ، دار الفكر ، سوريا ، ط 2 ، ج 7 ، 1985 ، ص 717 .

[804]- مجدي عبد الكريم أحمد المكي،نفس المرجع،انظر الصفحات:505،502،361،360،311.

الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية حتى يكون منعما على الإطلاق[805]، فهي كل ما يبحث على الصلاح وكل ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على النفع[806].

قال الله تعالى في محكم تنزيله في "مشروعية الحضانة ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾[807]، ولقد دلت هذه الآية الكريمة على أحقية الطفل في الرضاعة ولا شك أن مدة الرضاعة هي فترة الحضانة.

أما في السنة: نجد ما روي عن **عمر بن شعيب** عن أبيه عن جده قال:" أن إمراة أتت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أباه طلقني وأراد أن ينزعه عني فقال لهل رسول الله ﷺ "أنت أحق به ما لم ينكحك"[808] الدلالة دل هذا الحديث على مشروعية الحضانة لأن الأم أحق بها.

أما الإجماع: فقد انعقد على مشروعية الحضانة لمصلحة الولد ولذلك وجبت إنجاءا للطفل من الهلكة.

شروط الواجب توافرها في المحضون والحاضن: كما قد تطرق الفقه الإسلامي للشروط الواجب توافرها في كل من المحضون والحاضن وهذا كله رعاية لمصلحة الطفل.

1- **الشروط الواجب توافرها في المحضون:** فالمحضون هو من لا يشتغل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل و الكبير كالمجنون أو المعتوه.

فلا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه أما البالغ الراشد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة في الإقامة عند من يشاء من أبويه فإن كان وجه له الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع برهما[809].

2- **الشروط الواجب توافرها في الحاضن:** تنقسم إلى نوعين هما:

---

[805]- الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة،المكتبة التجارية،القاهرة،الجزء الثاني،ص25.

[806]- حسن حامد حسان،المصلحة في الفقه الإسلامي،مكتبة المتنبي،القاهرة،1981،ص4.

[807]- سورة البقرة، الآية 233.

[808]- ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم ، حرف الغين والشين والدال ،ج 5 ، ص 392 .

[809]-وهيبة الزحيلي،الفقه المالكي الميسر،دار الكلم،بيروت،طبعة2003،2،جزء3،ص 290.

I-الشروط العامة في النساء والرجال: وهي:

1-* البلوغ والعقل:فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا لأنه عاجز عن رعاية شؤونه بنفسه فلا حضانة لمجنون ولا لمن له طيش أو عته[810]، ذلك أن الحضانة ولاية وغير العاقل يحتاج إلى رعايته فكيف يتولى شؤون غيره؟ ،فهي لا تتحقق بغير ذلك ولا خلاف في الفقه على اشتراط البلوغ حتى تتوفر أهلية الحضانة فلا حضانة لمن هم محتاجين لها[811].

***البلوغ:** فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا مال المحضون يتلف.

2-*اتحاد الدين:اتفق فقهاء الحنفية والمالكية[812]على أنه إذا بلغ المحضون حدا يخشى عندها أن يألف غير الإسلام أو يعقل الأديان، أن يكون الحاضن متحدا معه في الدين رجلا كان الحان أو امرأة بعدا بالمحضون حتى لا يقع في الفتنة.

أما إذا كان المحضون صغيرا لا يعقل الأديان ولا يخشى عليه أن يألف ولا يخشى عليه أن يكون الحاضن رجلا أو امرأة، فإن كان رجلا فلا خلاف في أنه يشترط ثبوت حضانته أن يكون رجلا متحدا في الدين مع المحضون[813] لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث ولا توارث مع اختلاف الدين.

أما إذا كان الحاضن إمرأة فإنه لا يشترط في ثبوت حضانتها لولدها الصغير أن تكون متحدة معه في الدين لما للأم من أحقية في احتضان ابنها في أيامه الأولى وينزع الطفل منها إذا خيف عليه إفساد دينه وذلك وفق حالتين:

- إذا كان الطفل مميز يعقل الأديان ويخشى عليه أن يتأثر بدين حاضنته .
- إذا لم يكن مميز و ثبت أنها تحاول تلقينه دينها.

---

[810]-محمد الخطيب الشربيني،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،دار الفكر،ج3،ص454-453.

[811]-(فلا حضانة لمعتوه أو مجنون أو صغير لأنهم محتاجين لمن يحتضنهم)انظر المومني وجنات عبد الرحيم،لمن الحضانة؟،محلية جامعة أم القرى،كلية التربية لإعداد المعلمات،العدد27،ج15،ص 380.

[812]-الرامغوري المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامغوري،البناية في شرح الهداية،ط1،دار الفكر لبنان، ج5، ص471.

[813]-البامري إسماعيل أبا بكر علي،أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة طبعة1،دار الأردن،2009،ص 443.

وهنا تكون غير أمينة عليه[814].

أما الشافعية والحنابلة: يرون اشتراط اتحاد الدين لأن الحضانة ولاية وهي لا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح ثم إن الحضانة منفية عن الفاسق فالكافر من باب أولى لأن ضرره أكبر وأكثر لأنه قد يعلمه الكفر والحضانة تثبت لحماية الطفل[815] لذلك قد يكون فتنة عن دينه.

3- الحرية: يشترط الحرية في الحاضن قال به الحنفية الشافعية الحنابلة :لا حق لأمة وأم الولد في حضانة الولد الحر لأن الحضانة ضرب من الولاية[816].

4- الأمانة في الدين والأخلاق: فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد و تقويم أخلاقه كالفاسق رجل أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا.

قال الحنابلة لا حضانة لفاسق لأنه لا يلي ولا يؤتمن لأن المحضون لا حضن له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته وتكفي العدالة[817].

5- **القدرة على الحضانة والسلامة من الأمراض:** فلا حضانة لعاجز لكبر سنه أو لمن به مرض معدٍ كالجذام والبرص وما إليهما لأنها يخشى انتقالها إلى الطفل المحضون[818].

II-الشروط الخاصة بالنساء:

إن تقديم المرأة على الرجل في حضانة الصغير قاعدة شرعية تستجيب مع واقع الحياة وتوافق تكوين المرأة والحاجات الطبيعية له، والأصل أنهن الأحن قلبا والأكثر شفقة

---

[814]-بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،طبعة 2002.

[815]-الرامفوري،نفس المرجع،ص471.

[816]-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكهاني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتاب العربي،بيروت،1983، جزء4،ص42.

[817]-محمد الخطيب الشربيني،نفس المرجع،ج3،ص455.

[818]-سمارة محمد،أحكام وآثار الزوجية،شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية،عمان الأردن،طبعة1، 2008،ص 390،دون دار.

وصبرا وتحملا له وأم الصغير أحق به عند توافق الشروط فيها قالﷺ:"من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[819].

1-أن تكون ذات رحم محرم للطفل: كأمه وأخته وخالته وعمته فلا حضانة للقريبة غير المحرم كبنات العمة وبنت العم وبنات الأحوال والخالات فالمحرمية وقرابة عمود النسب[820].

2-أن لا تكون الأم متزوجة بأجنبي عن الصغير المحضون:أو قريب غير محرم منه حتى لا يعامل الصغير بقسوة و كراهية وهذا توفيرا للجو الصالح الذي يكفل للطفل نشأة مستقيمة وهذا رعاية لمصلحة الصغير.

3-أن لا تقيم الحاضنة مع التي سقطت حضانتها: فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها أم الطفل إذا تزوجت إلا إذا انفردت بالسكن عنها وهذا شرط عند المالكية.

IV-**الشروط الخاصة بالرجال:**إضافة إلى الشروط العامة يجب أن:

- أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى.
- أن يكون عنده من الإناث من تصلح للحضانة: لأن الرجال لا قدرة لهم على أحوال الأطفال كالنساء فإن لم يكن للرجال من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة[821].
- أن يكون من العصبات على ترتيب الإرث: لأن الأصل في استحقاقه الحضانة بقوة على قوة القرابة باعتبارها تضمن الشفقة بالصغير وحسن رعايته في الأعم والأغلب.

ولقد كانت جل هذه الشروط سواءا العامة أو الخاصة بالرجال والنساء كلها تركز على رعاية وحماية الطفل والعناية به في نفسه ودينه وعقله وتقديم مصلحته في حالة تنازع الوالدين ذلك أن تربية الطفل السليمة لا تقوم إلا بسلامة الروح ولأن نفس الطفل الصغير تتأثر بلا شك بكل العوامل المحيطة بها فهي لا تزال هشة تحتاج إلى من يكفلها خاصة في حالة تشتت الأسرة فكان لابد من مراعاة كل هذه الشروط التي لها من الأثر الكبير في إعداده و تهيئته

---

[819]-أخرجه: أحمد 5/ 412 - 413، والترمذي (1283) -وحسنه فقط-، والطبراني في «الكبير» (4080)، والدارقطني 3/ 67، والحاكم 2/ 55، والبيهقي 9/ 126.

[820]-عزمي ممدوح،أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي،مصر،دون طبعة،1997،ص24.

[821]-أحمد الدردير،الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك،مؤسسة العصر،الجزائر،1992،جزء2،ص220.

ما يمكن أن يترك ذلك في نفسيته ويؤثر إما بالإيجاب و السلب على شخصية هذا المخلوق الضعيف.

آثار الحضانة:

1-رعاية الولد: والمقصود بها أن يتم الاهتمام بالمحضون وحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك التي تضر به حتى ينشأ نشأة صحيحة مستقيمة، ويثبت حق المحضون في الرعاية بمجرد نشوء الحضانة حتى لا يترك للهلاك والضياع وهذا مراعاة لمصلحته إذ لابد من حفظه وتربيته تربية لائقة بعيدة كل البعد عن الأخلاق الفاسدة ومخالفة الحاضن لهذا يسقط حقه في حضانة الصغير[822].

2-نفقة المحضون: إن حضانة الطفل بما تشتمل عليه من غذاء،كسوة،علاج، وتربية وسكن وكل ما يتطلب من احتياجات تستلزم معيشته وتضمن تنشئته فكل هذا يتطلب مجهودات مادية قوامها المال.

- والنفقة في اللغة: الإخراج[823].

وهي ما ينفقه الإنسان على عياله وهي في الأصل الدراهم من الأموال.

- أما في الإصطلاح: وهي كفاية ممن يمونه من الطعام والكسوة والسكنى،إذ نجد أن الطعام يشمل الخبز والشرب أما الكسوة تشمل السترة والغطاء بينما السكنى تشمل البيت ومتاعه ومرافقه من الماء والدهن والمصباح وآلة التنظيف...الخ.
- المكلف بنفقة المحضون: لقد اتفق الفقهاء على أن نفقة الحاضنة تكون من مال المحضون فإن لم يكن له مال فعلى الأب أو من تلزمه نفقته لأنها من أسباب الكفاية والحفظ والإنجاء من المهالك[824].

---

[822]-محمد سمارة، المرجع نفسه،ص384.

[823]-وهيبة الزحيلي،الفقه المالكي الميسر،نفس المرجع،جزء3،ص765.

[824]-وهيبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،مرجع سابق،جزء7،ص736.

• أما الأجرة على الحاضنة: إن العمل الذي تؤديه الحاضنة للصغير تستحق عليه أجرة وهذه الأجرة تجب على الأب كما تجب عليه نفقته من هذه النفقة أجرة حاضنته وذلك بنوع من التفصيل كالآتي:

الرأي الأول: (الحنفية والمالكية):إن الحاضنة لا تستحق أجرة على حضانتها إذا كانت زوجة أو معتدة لأبي ولد المحضون[825].

الرأي الثاني: (حنابلة وشافعية): ذهبوا إلى أن الحاضنة تستحق الأجرة على حضانتها وأن أجرتها تجب من مال الولد إذا كان له مال فإن لم يكن له مال فإن الأجرة تكون على من تجب نفقته إذا كان موجود وإذا لم يكن موجود فإنها تجب على غيره من الأقارب[826].

أجرة مسكن الحضانة: وفيه اختلاف:

1- **القول الأول**(المختار عند الحنفية والمشهور عند المالكية):يقول بوجوب أجرة مسكن الحضانة للحاضن والمحضون لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير فتجب على من تجب عليه نفقته باجتهاد القاضي أو غيره حسب حال الأب[827].

أما الحنفية : على الأب سكنى للحاضنة وآخرون لا تجب أجرة السكن للحاضنة إذا كان للصبي مال وإلا فعلى من تجب نفقته.

المالكية: ما يخص المحضون من أجرة المسكن فهو على الأب باتفاق والخلاف في ما يخص من أجرة المسكن، والفتوى أن أجرة المسكن على الأب للمحضون والحاضنة معا[828].

2- **القول الثاني:** أن السكنى من النفقة فمن تجب نفقة الحاضنة عليه يجب عليه إسكانها.

3- **حق الرؤية:** للصغير المحضون حق رؤية والديه سواء كانت الحاضنة غير الأم فيحق له رؤية أمه وأبيه وهو كذلك حق للعاصب في حالة عدم وجود الأب وللأم حق رؤيته إذا

---

[825]-عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،القاهرة،2008،ص58.

[826]-محمد أبو زهرة،أحوال شخصية،دار الفكر،القاهرة،طبعة3، ص409.

[827]-وهبية الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،المرجع نفسه، جزء7،ص736.

[828]-شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي الكبير،حاشية الدسوقي على الشرح،دار الفكر،جزء2،ص533.

كان في يد العاصب بعد استغنائه عن خدمة النساء، أو كان في سن حضانة النساء لكنه في يد حاضن آخر غير أمه.

وهذا الحق مقرر شرعا للأبوين لأنه من باب صلة الرحم التي حث الله عز وجل عليها ،قال تعالى: ﴿ **مِنكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾[829]، ولقد منع الشرع تنفيذ هذا الحق جبرا وبالقوة حتى لا يضر بنفسية الأولاد.

وإذا مرض المحضون فللأم أن تقوم بتمريضه فهي أولى من الأب ويكون في بيت الأب إن رضي به وإن لم يرض يكون لبيتها ويجب الاحتراز من الخلوة بها في كل الحالات[830].

الفرع الثاني : استنادا للعوامل الخارجية

ويتجلى ذلك في:

أ – **تجنب الخلطة الفاسدة ورفقاء السوء:** إذ تعد من العوامل الخطيرة التي تؤدي إلى انحراف وجنوح الطفل لاسيما إذا كان بليد الذكاء ضعيف الديانة يعاني تشتت الأسرة فسرعان ما يكتسب العادات و الأخلاق الفاسدة ولقد وجه الشرع الحنيف إلى خطورة هذه الظاهرة،قال تعالى:﴿ **الْأَخِلَّاءُ يَوْمَئِذٍ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ إِلَّا الْمُتَّقِينَ** ﴾ [831]،وقال الرسولﷺ:"مثل الجليس الصالح والسوء كحامل المسك ونافخ الكير فحامل المسك إما أن يحذيك وإما أن تبتاع منه وإما أن تجد منه ريحا طيبا ونافخ الكير إما أن يحرق ثيابك وإما أن تجد ريحا خبيثة"[832].

فالرسول الكريم ﷺ أرشدنا أن الرجل على دين خليله وأن الجليس السوء مثل حامل الكير إما أن تجد منه ريحا خبيثة وإما أن يحرق ثيابه أما حامل المسك فإنه لا يجد صاحبه إلا رائحة طيبة.

---

[829]– سورة الأنفال، الآية 75.

[830]–الفيروزآبادي أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي،المهذب في فقه الإمام الشافعي،طبعة1، دار الكتب العلمية،لبنان،1990،ص128.

[831]– سورة الزخرف، الآية 67.

[832]– أخرجه البخاري في: 72 كتاب الذبائح والصيد: 31 باب المسك ، ج 4 ، ص 203 .

ذلك أن على الآباء إرشاد أبنائهم إلى مجالسة الصالحين والواجب أن يؤخذ الوالدين بالتوجيهات التي وردت في الكتاب والسنة حتى تصح حال أبنائهم وتسمو أخلاقهم ويكونوا في المجتمع أداة خير وأداة صلاح،فيصلح المجتمع بصلاحهم وتفخر الأمة بكريم فعالهم وجميل صفاتهم[833].

ب – الفقر وأثره على سلوك الطفل: لقد خص الإسلام حماية خاصة للطفل وذلك لضعف حاله فقد كانت العادة عند العرب قديما –قبل الإسلام–أن الفقراء يقتلون أولادهم بسبب الفقر وحرم الله تعالى هذه العادة بقوله:﴿ **قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ**﴾ [834]، وقال:﴿ **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا** ﴾ [835]،ولقد أولى الإسلام الفقراء العناية التامة وأنهم يعدون متعففين لقوله تعالى: **لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ**﴾[836].

وروي عن النبيﷺ أنه قال:"إن الله يحب الفقير المتعفف أب العيال"[837]، ولقد وردت العدد من الآيات القرآنية لحماية الإنسان من الفقر.

ولأن الفقر يعد من الظروف الصعبة التي لها أن تؤدي بجنوح أو انحراف الطفل فلقد حارب الإسلام هذه الظاهرة بالعديد من الحلول:

---

[833]–سعيد بن علي بن وهف القحطاني،نفس المرجع،ص175–177.

[834]– سورة الأنعام، الآية 151.

[835]– سورة الإسراء، الآية 31.

[836]– سورة البقرة، الآية 273.

[837]– خرجه الطبراني في الكبير (13/ 69) رقم (169) وابن عدي (4/ 51) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (5/ 40) رواه الطبراني في الكبير والأوسط وفيه إبراهيم بن أبي حية وهو متروك. وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (1726) والسلسلة الضعيفة (3129).

- **أنه حث على التكافل الاجتماعي:**فمساعدة الفقراء من قبل الناس لهم أجرهم عند الله لقوله تعالى:﴿ **الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُم بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ سِرًّا وَعَلَانِيَةً فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ**﴾[838]، كذلك قال ﷺ:"من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له "[839].
- **على الدولة مساعدة الفقراء:** يلتزم إمام المسلمين أن لا يدع فقيرا إلا أعطاه حقا من الصدقات من يغنيه وعياله إذ أوجب الإسلام على الدولة مكافحة الفقر عن طريق الحث على العمل أولا ومساعدة الفقراء والمساكين من بيت مال المسلمين[840].

المطلب الثاني : تجليات هذه الحقوق في التشريع الجزائري

لقد أولى المشرع تكريس الحماية القانونية للطفل وذلك في نصوص مختلفة من التشريع الجزائري فمنها ما هو موجود في:قانون الطفل 15.12 المتعلق بالطفل،ومنها ما هو موجود في قانون الأسرة 05-02 ومنها ما هو موجود في قانون العقوبات،فكانت بين الوقاية والحماية تارة أخرى،وهو ما سنتعرض له بجزء من التفصيل:

الفرع الأول : من خلال قانون حماية الطفل 15-12 المتعلق بحماية الطفل

حاول المشرع الجزائري في هذا القانون أن يضمنه قواعد خاصة لحماية الطفل الجانح أو في خطر،فتطبيق القانون الجنائي على الحدث أصبح جزء من الماضي لانتفاء العلة والحكمة منه عند تطبيقه بعدما أثبتت الدراسات أن النتيجة المرجوة ليست معاقبة الحدث بل إعادة إدماج الحدث في المجتمع،هذا ما أوجب ضرورة تخصيص نظام إجرائي يراعي هذه الفئة من خلال ظروفهم أعمارهم ووضعياتهم من حيث تحديد المسؤولية الجزائية ومن حيث القواعد الإجرائية الخاصة بملاحقتهم ومحاكمتهم والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أفردها بنظام خاص ذا ثلاث أبعاد:بعد موضوعي، بعد إجرائي، بعد مؤسسي وذلك من خلال :

- أ ن المشرع استعمل إجراءات مساعدة وتعليم وإعادة إدماج الحدث.

---

[838]- سورة البقرة، الآية 274.

[839]- أخرجه: مسلم 5/ 138 (1728) (18) .

[840]-سهيل حسين الفتلاوي،نفس المرجع ،ص243- 246.

- أنشأ محاكم خاصة بهم.
- إنشاء مؤسسات خاصة بالأطفال الجانحين.

أ – العوامل التي تؤدي إلى جنوح الحدث: ذلك أن الحدث هو ضحية عوامل أدت إلى جنوحه فلابد من احتضانه وإعادة تأهيله وإدماجه داخل المجتمع، ولعل هذه العوامل وفي مقدمتها:

– **اختلالات البيئة العائلية:**فالعائلة مهد شخصيته فيها تتكون النماذج الأساسية لردود الفعل الخاصة بالتفكير والسلوك وتتكون لديه أيضا المعايير والقيم التي تبدو من العوامل المؤدية إلى ذلك.

1– **تصدع العائلة:** يتم هذا بغياب الوالدين أو أحدهما بالوفاة أو الطلاق أو الهجر مما يؤدي غالبا لحرمان الطفل من الرعاية التي يحتاجها في حالة غيابهما أو لضعف هذه الرعاية عند غياب أحدهما،وفقدان الرعاية اللازمة لتنشئة الحدث قد يفتح ويفسح مجالا لانحرافه في أغلب الأحوال وهذا يؤدي إلى جنوحه وهذا ما أكدت عليه جل الدراسات[841].

2– **المستوى السلوكي السيئ للعائلة:** يسوء المستوى السلوكي للعائلة في حالة كون الوالدين أو أحدهما مجرما أو منحلا خلقيا أو مدمنا على المخدرات أو المسكرات فالحدث الذي يجد نفسه في مثل هذه الظروف ينزلق غالبا مع ذويه في خطاياهم ورذائلهم ويكون معرض ومهيأ للجنوح عاجلا أو آجلا، مما يجعله عرضة لارتكاب الجريمة دون أي شعور بالإثم[842].

3– **خصام الوالدين:** إن من أسباب تمزق حياة الطفل وجود خصام بين والديه[843]،فالشجار والمشاحنات التي يتخللها القذف والإيذاء تخلق وتثير الفزع لدى الطفل مما يجعله يعيش في حيرة وقلق وإهمال من والديه مما يعرضه هذا الانحراف ولعل من أهم أسباب الصراع بن الوالدين:حدة الطبع،تقلب المزاج،الغيرة الشديدة.

---

[841]–حسن الساعاتي،في علم الاجتماع الجنائي،القاهرة،1951،ص109/انظر جعفر عبد الأمير ياسين،أثر التفكك العائلي في جنوح الأحداث،رسالة ماجستير،بغداد،1975،بيروت،1981،ص87.

[842]–عمر السعيد رمضان،دروس في علم الإجرام،القاهرة،1964،ص203.

[843]–عويس،الأسرة المتصدعة وصلتها بجنوح الأحداث،دون دار،دون طبعة،ص170.

4- **التربية الخاطئة:** إن للطفل دوافع بدائية فطرية تدفعه لتحقيق رغبات آنية قد تكون ضارة به أحيانا،ومن مقتضيات التربية الصحيحة تهذيب هذه الدوافع وتوجيهها بسلوك سليم للقيام بما يفيد[844].

5- **عوز العائلة:** وهو الفقر[845]،مما يثير في نفس الطفل الشعور بالنقص والضيق وعدم الطمأنينة فينطلق عند أول فرصة سانحة للحصول على حاجياته الأساسية بوسائل تعرضه للجنوح.

كل هذا جعل المشرع الجزائري في هذا القانون يكفل الحماية للطفل بتدابير وقائية وأخرى علاجية للطفل المعرض للجنوح أو الجانح من خلال مجموعة من الضمانات.

من خلال ما سبق نجد المشرع الجزائري قد أفرد حماية خاصة لهذه الفئة منذ الاستقلال 1962 إلى يومنا هذا من خلال مجموعة من القوانين مثاله:

- القانون المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين[846]الذي نص فيه على فصل الأحداث عن الكبار في المؤسسات العقابية،ونص عن إحداث مراكز بإعادة تربية وإدماج الأحداث وإنشاء لجنة إعادة التربية،التربية في مراكز الأحداث وأجنحة الأحداث في المراكز العقابية.

- أصدر أوامر أخرى تهتم بالطفل منها أمر 75-64[847]، المتعلق بإنشاء المصالح والمؤسسات المكلفة بحماية الطفولة.

- الأمر 80-83 المتعلق بإنشاء تنظيم دُور الطفولة المسعفة[848].

---

[844]-أكرم نشأت إبراهيم،جنوح الأحداث وعوامله والرعاية الوقائية والعلاجية،ص39.

[845]-انظر صفحة42.

[846]- قانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 موافق ل 6 فبراير سنة 2005 متضمن قانون تنظيم السوق وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين .

[847]-أمر 64/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن مؤسسات ومصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة .

[848]-مرسوم التنفيذي رقم 80-281 مؤرخ في 6 رمضان عام 1429 موافق ل 6 سبتمبر 2008 يتم قائمة الملحقة بالمرسوم رقم 80-83 مؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1400 موافق ل 15 مارس 1980 متضمن احداث دور الاطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها.

– كما صادقت الجزائر على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 وصادقت عليها في 1962/12/19م.

– ثم أصدر المشرع الجزائري القانون 15–12 الصادر في 15 يوليو 2015م المتعلق بحماية الطفل وهذا لإرساء قواعد حماية الطفل ،إذ تطرق إلى :

ب – حالة الطفل المعرض للخطر: نظرا لحالته الحساسة والخطيرة التي يمكن أن تجعل منه مجرما مستقبلا ونص فيها في المادة 2 من هذا القانون "بأنها حالات تعرض صحة الطفل أو أخلاقه أو تربيته للخطر أو يكون وضع حياته أو سلوكه مضر بمستقبله" ولعل حالة الحدث في مثل هذه الوضعية تستدعي نوع خاص من الاهتمام إذ أقر هذا القانون:

– مسؤولية الوالدين في حماية الطفل وتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنموه في حدود إمكانياتها المالية وقدراتهما.

– نص على دعم الدولة للأسر غير القادرة على ضمان هذه المسؤولية من خلال المساعدة اللازمة لضمان حق الطفل في الحماية والرعاية.

كما علقت مادة6 من هذا القانون على عاتق الدولة مسؤولية ضمان حق الطفل في حمايته من كافة الأضرار (الإهمال أو العنف أو سوء معاملة أو استغلال أو إساءة بدنية أو معنوية أو جنسية وضرورة اتخاذ كل التدابير المناسبة لوقايته وتوفير الشروط اللازمة لنموه ورعايته والحفاظ على حياته وتنشئته تنشئة سليمة آمنة في بيئة صحيحة وصالحة.

كما حدد صور الخطر في مادة2 فقرة 2 من هذا القانون والتي جاءت كالآتي:

– فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي.

– تعريض الطفل للإهمال والتشرد وذلك بتعريض سلامة الطفل العقلية والنفسية والبدنية للخطر سواء بتخلي الأبوين بدون موجب بمكان أو مؤسسة عمومية أو خاصة أو بهجر محل الأسرة لمدة طويلة ودون توفير المرافق اللازمة له،أو رفض قبول الطفل من كلا

الأبوين عند صدور قرار الحضانة أو الامتناع عن مداواته والسهر على علاجه[849]، ويقصد بالتشرد بقاء الطفل دون متابعة[850].

– المساس بحق التعليم:ذلك أن هذا الحق من الحقوق الأساسية.

– التسول بالطفل أو تعريضه له.

– عجز الأبوين أو من يقوم برعاية الطفل عن التحكم في تصرفاته وهذا من شأنه أن تؤثر على سلامته البدنية أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو القسوة عليه مما يؤدي إلى عدم توازن الطفل النفسي والعاطفي وحتى العقلي.

– إذا كان الطفل ضحية من ممثله الشرعي.

– الاستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله ومن خلال استغلاله لاسيما في المواد الإباحية وفي البناء وإشراكه في عروض جنسية.

– الاستغلال الاقتصادي للطفل :لا سيما بتشغيله أو تكليفه بعمل يحرمه من متابعة دراسته أو يكون ضارا بصحته أو سلامته البدنية أو المعنوية[851].

ج – الهيئات المقررة لحماية الطفل في خطر :

ومن خلال هذا نجد أن هذا القانون/كفل للطفل في خطر.

–هيئة وطنية لحماية وترقية الطفل.

–حماية اجتماعية.

–حماية قضائية.

I–الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفل:

أحدث القانون هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة ملحقة مباشرة بمصالح الوزير الأول وهذا من أجل القضاء على المشاكل التي يعاني منها الأطفال في الجزائر بمثلها المفوض

---

[849]–مجلة متعلقة بحماية الطفل قانون رقم 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 –قانون تونسي–الفصل22.

[850]–هذا ما سيتعرض له بالتفصيل في حماية الجزائية للطفل في ق عقوبات.

[851]–نجمي جمال،نفس المرجع،ص22.

الوطني[852]،لها شخصية معنوية والاستقلال المالي تستقبل شكاوى الضحايا وتكون المدافع عنهم أمام المحاكم[853].

II-حماية اجتماعية على مستوى محلي:

هي عبارة عن هيئة تربوية تنتمي إلى مصلحة الاستشارة التوجيهية التربوية بالعاصمة مهمتها:

- التكفل بالأحداث في خطر معنوي وإعادة إدماجهم.
- إعداد بحوث اجتماعية متعلقة بهم.
- هي مؤسسات ذات إداري لها شخصية معنوية واستقلال مالي.

كذلك :الوسط المفتوح: يقوم بمتابعة يقوم بمتابعة الأطفال ووضعيتهم بتقديم المساعدة لأسرهم والتي يتم إخطارها من قبل الطفل أو ممثله الشرعي أو شرطة قضائية أو الولي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو كل جمعية أو هيئة عمومية أو خاصة تنشط في مجال حماة الطفل أو مساعدين اجتماعيين أو مربين أو معلمين أو أطباء أو كل شخص طبيعي أو معنوي آخر بكل ما من شأنه أن يشكل خطرا على الطفل أو على صحته أو سلامته البدنية أو المعنوية كما يمكنها أن تتدخل تلقائيا[854].

د- الحماية القضائية:

---

[852]- المفوض الوطني:يعين بموجب مرسوم رئاسي يكون من بين شخصيات وطنية ذا خبرة ومهتم بالطفولة:

مهامه:- ترقية حقوق الطفل من خلال وضع وتقييم برامج وطنية ومحلية لحماية وترقية حقوق الطفل بالتنسيق مع مختلف الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص المكلفين برعاية الطفولة.

- متابعة الأعمال المباشرة ميدانيا في مجال حماية الطفل والتنسيق بين مختلف المتدخلين.
- القيام بكل عمل للتوعية والإعلام والاتصال.
- تشجيع البحث العلمي والتعليم في مجال حقوق الطفل.

والهدف:- فهم الأسباب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لإهمال الأطفال وإساءة معاملتهم واستغلالهم.

- تطوير سياسات مناسبة لحمايته.
- تطوير سياسة من خلال إبداء الرأي في التشريع الوطني الساري المفعول المتعلق بحقوق الطفل وذلك بإيجاد نظام معلوماتي وطني حول وضعية الطفل في الجزائر من خلال إعداد تقارير متعلقة بحقوق الطفل التي تقدمها الدولة إلى الهيئات الدولية والجهوية المختصة.

[853]-عبد الرحمن عرعار،رئيس شبكة لدى الدفاع عن حقوق الطفل.

[854]-مادة22 ق15-12 قانون حماية الطفل.

إن الحماية القضائية للطفل تعتبر من المسائل الجوهرية كونها تمس بفئة من المجتمع لها دور أساسي في تقدمه وبنائه وتوجهه مستقبلا لذلك نجد أن قاضي الأحداث المختص بالنظر في هذا النوع من القضايا له اختصاص مختلف عن باقي القضايا الأخرى لأن الهدف من هذه الدعاوى المرفوعة في شأن الطفل هو حمايته لا زجره وردعه لأن وضعيتهم تستدعي حمايتهم،لذلك نجد أن القانون 15-12 اهتم الجانب الوقائي في حماية الطفل من الانحراف لمواجهة هذه الخطورة المحتملة مستقبلا ولعل من أهم ما يقوم به القاضي في هذه المرحلة هو دراسة شخصية الحدث وهذا من أجل اتخاذ الوسائل والحلول التي لها دور في إصلاحه حسب م 34 [855]من هذا القانون، إذ له أن يأمر بالبحث الاجتماعي[856] الذي يحدد وضع الطفل الشخصي الأسري الاجتماعي المهني الثقافي بجمع معلومات تتعلق بوسطه الذي يعيش به والأمر بالقيام بإجراء مختلف الفحوص الطبية[857] م 34 ق الطفل كما به مراقبة سلوك الحدث[858].

كل هذه العوامل تساعد القاضي على اتخاذ الإجراء المناسب أو التدبير الملائم لصالح الحدث ووقايته وحمايته من خطر الانحراف وهذا سواء أثناء التحقيق[859]، أو بعد الانتهاء منه[860]، استنادا للمادة 35 و 38 39 من قانون الطفل.

---

[855]-م 34 قانون الطفل 15-12:"يتولى قاضي الأحداث دراسة شخصية الطفل لاسيما بواسطة البحث الاجتماعي والفحوص الطبية والعقلية والنفسانية ومراقبة السلوك ويمكنه مع ذلك إذا توفرت لديه عناصر كافية للتقدير أن يصرف النظر عن جميع هذه التدابير أو أن يأمر ببعض منها".

[856]- البحث الاجتماعي:ينفذ هذا التحقيق بإشراف القاضي الذي أمر به وعلى المكلف تقديم تقرير عن النتائج المحصل عليها مشمولة باقتراحات.

[857]-الفحص الطبي:وهي فحوص عقلية نفسية لها أهمية خاصة لأنها تكشف عن صحة الحدث جسدية ونفسية وعقلية تبين ما إذا كان لها دور في وجود أدنى صور الانحراف ولها أهمية في قرارات القاضي.

[858]-مراقبة سلوك الحدث:يكون هذا الإجراء بالتعاون مع المصالح والمؤسسات المختصة باستقبال الحدث الموجود في خطر معنوي أو التي لها صلاحية المراقبة.

[859]-تدابير أثناء التحقيق: يجوز للقاضي أن يتخذ بشأن الطفل وبموجب أمر بالحراسة المؤقتة التدابير الآتية:

- إبقاء الطفل في أسرته.
- تسليم الطفل لوالده أو لوالدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه مالم تكن قد سقطت عنه بحكم.
-تسليم الطفل إلى أحد أقاربه.
- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة.

هـ – حماية الطفل الجانح:

جاء هذا في الباب 3 من قانون حماية الطفل 12/15 تحت عنوان "القواعد الخاصة بالأطفال الجانحين" وهذا من خلال:إفراده بقضاء خاص يختص بالنظر[861]،والفصل في الجرائم التي يرتكبها الحدث وهذا من خلال ضمانات أقرها المشرع للطفل وآليات[862]، استحدثها بموجب هذا القانون".

---

[860]–تدابير بعد انتهاء من التحقيق: يتخذ القاضي أحد التدابير المنصوص عليها في مادة 40 أو 41 من قانون 15–12 متعلق بحماية الطفل:

– أن يضع الطفل في مركز متخصص في حماية الأطفال في خطر.

– أن يوضع في مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة.

[861]–الضمانات التي أقرها المشرع للطفل:

1– حسب القواعد العامة:

1–قرينة البراءة:"الأصل برءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم قضائي " هذه قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات الجنائية العامة لتحقيق مصلحة المتهم ومصلحة المجتمع(انظر زيدومة درياسة،حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري،طبعة1،دار الفجر للنشر و التوزيع،القاهرة مصر،2007،ص 191،190).

2–الحق في إلتزام الصمت: هذا ما أكدته المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية،إذ للحدث الحرية الكاملة في الإجابة عن أسئلته ولا يمكن انتزاع الأجوبة من الحدث أو إكراهه ماديا أو معنويا على الكلام كما لا يمكن تحليفه باليمين في كل الأحوال ولا يعد التزامه للصمت اعترافا بالتهمة المنسوبة إليه(انظر زيدومة درياسة،نفس المرجع،ص190–192).

حسب قانون 15–12

1–حق حضور أحد الوالدين أو الوصي:م38 و68 ق طفل:

م68:"يخطر قاضي الأحداث الطفل وممثله الشرعي بالمتابعة"وهذا لمنح ضمانات من الناحية النفسية للحدث بشكل الدعم المعنوي والنفسي للطفل....والمادة 2 من نفس القانون حددت من هو الممثل الشرعي (الولي،الوصي، الكافل،المقدم، الحاضن) (انظر أفروخ عبد الحفيظ،السياسة الجنائية تجاه الأحداث،مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية،جامعة قسنطينة،كلية الحقوق،2011،ص108)

2–الحق في محاكمة عادلة:م9 من هذا القانون:"للطفل المتهم بارتكاب أو محاولة ارتكاب جريمة الحق في محاكمة عادلة:من خلال وجود قضاة مختصين بالأحداث ووجود مختصين في المجال النفسي والاجتماعي(انظر يوسف إلياس،قوانين الأحداث الجانحين في دول مجلس التعاون،سلسلة الدراسات الاجتماعية العدد89،طبعة1، 2014،ص206–208).

[862]–الحق في الخصوصية:والمقصود بحق الخصوصية :"عرفته الجمعية الاستشارية للمجلس الأوربي أنه القدرة على أن يعيش الإنسان حياته كما يريد مع أدنى حد من التدخل ويعتبر من الحياة الخاصة الحياة العائلية وكل ما يتعلق بالشرف والاعتبار ،إعطاء صورة غير صحيحة على الشخص الكشف عن وقائع من شأنها أن تسبب الحيرة أو الجرح للشخص/انظر حسام الدين كمال الأهواتي،الحق في احترام الحياة الخاصة"الحق في الخصوصية"دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،دون طبعة،دون تاريخ،ص52).

ولعل الأحكام التي يصدرها قاضي الأحداث تخص باتخاذ تدابير حمائية وهو يحوز قوة الشيء المقضي فيه بل أن دوره لا ينتهي بتقرير العقوبة وإنما يتعداها إلى السهر على تنفيذ الأحكام الصادرة منه وذلك عن طريق الأمر بالحرية المراقبة أو تغير ومراجعة التدابير المتخذة أو مراقبته لمراكز الأحداث بترؤسه لجان التربية ولجان العمل التربوي.

الفرع الثاني : في قانون الأسرة الجزائري 05-02

إن المشرع الجزائري عند انفكاك الرابطة الزوجية ورعاية لمصلحة الأولاد إن وجدوا أقر حق الحضانة،وهذا حماية للطفل وأفرد هذا في قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني آثار الطلاق من خلال المواد (62 إلى 72)المتعلقة بالحضانة:إذ نجد في المادة 64 منه[863] أنه قام بترتيب أصحاب الحق فيها.

وعدد مراتبهم ودرجاتهم حسب القانون إلا أنه ليس إلزاميا على المحكمة فعلى القاضي أن يبحث ويتحرى الشخص والمكان الملائم لإسناد الحضانة وهذا مراعاة لمصلحة المحضون[864].

كما أقر المشرع كذلك:نفقة المحضون وهذا حق أقره القانون للمحضون مادام لم يبلغ سن الرشد أو غير قادر على الكسب لصغره أو لعجزه أو لسبب التعليم وهي حسب م 78[865] من

وهذا ما نصت عليه م01/82 من هذا القانون أسرية الجلسات(انظر:مصطفى العوجي،الحدث المنحرف أو مهدد بخطر الانحراف في تشريعات عربية منشورات الحلبي الحقوقية،2015،ص189 وضرورة إجراء فحص طبي أثناء توقيف للنظر مع ضرورة وجوب إخطاره بذلك من قبل ضابط الشرطة القضائية م51-50 من هذا القانون وله حق الطعن في الأحكام الصادرة في جرائم مرتكبة من قبل الطفل بالمعارضة والاستئناف م90.

أما الهيئات المستحدثة:

الوساطة: هي من أهم آليات حماية الحدث الجانح تعتبر كأحد الطرق البديلة في المجال الجزائي وكان هذا النظام نتيجة لتوصيات المؤتمرات الدولية إذ أخذت به الدول الأوربية في مواد جنائية (انظر أحمد براك،العقوبة الوصائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه منشورة ،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2009،ص472)

عرفها الشرع في م2 من قانون حماية الطفل"هي آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين طفل جانح وممثله الشرعي من جهة،الضحية أو ذوي الحقوق من جهة أخرى وتهدف إلى إنهاء المتابعات وتجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية وضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعداد إدماج الطفل" وهذا في جنح ومخالفات دون جنايات.

[863]-م64 ق أسرة:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[864]-الرشيد بن الشويخ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،دار الخلدونية الجزائر،طبعة 2، 2008،ص257.

القانون 05-02 المشرع حدد شمولية النفقة بوضوح وألوم القاضي الذي يصدر الحكم بالنفقة أن يراعي الحالة الاقتصادية والاجتماعية والظروف المعيشية للطرفين عندما يقرر ويقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالبها.

ونص على وجوبية[866] النفقة في المادة 75 منه[867].

وأقر كذلك: توفير مسكن للحاضنة المطلقة لممارسة الحضانة لما له من دور في ضمان حماية المحضون واستقراره وذلك باستقلاله بمسكن خاص م72 ق أسرة[868].

واعتبره المشرع من مشتملات النفقة وجعل لهذا الحق شروط:

- أن يكون للحضانة حكم قضائي يقضي بطلاقها وإسناد حق الحضانة لها.
- أن تكون هي أم المحضون.
- أن يكون للأب مسكن يمكن أن يمنحه لمطلقته الحاضنة وإن لم يكن له مسكن فعليه دفع بدل إيجار.

الفرع الثالث : في قانون العقوبات

لقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون 14-01 المؤرخ في 4فيفري 2014 المتضمن قانون العقوبات الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 07 بتاريخ 16 فيفري 2014م،ومن خلاله أنه يتعين على القاضي الذي يحكم بحق الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ويحكم بحق النفقة،وقرر جزاءات عند مخالفة هذه الأحكام وهذا مراعاة لحفظ الطفل ومصلحته.

---

[865]-م78:"تتمثل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

[866]-عبد العزيز سعد،قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق،دار هومة،الجزائر،طبعة3، 2011،ص156.

[867]-"تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فالسن للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لعاهة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"

[868]-م72:"في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر فعليه دفع بدل الإيجار،و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب لحكم القضائي المتعلق بالسكن".

1- **نص على تجريم فعل الامتناع عن تسليم الطفل:**

إن هذه الجريمة تكون واحدة من تلك الجرائم الواقعة على نظام الأسرة وإن فرض عقوبة على مقترفيها يعد أداة فعالة ولازمة لتأمين مصلحة الطفل المحضون ضمن إطار احترام القانون وهذا من خلال المادة 328[869] من قانون العقوبات والمادة 327[870].

2- **نص على جريمة اختطاف المحضون من حاضنة:**وهي إحدى الصور المنصوص عليها في م 02/328 من ق ع ج.

3- **جريمة الامتناع عن تنفذ حكم الزيارة:**

بالرجوع إلى ق ع ج نجد أنه نص على الحضانة فقط غير أنه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وجدنا أن المحكمة العليا تساوي حق الزيارة مع حق الحضانة إذ ذهبت في إحدى قراراتها إلى أن عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائية[871].

4- **جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم النفقة المقررة للمحضون:** وهو فعل منصوص ومعاقب عليه في م 331 [872]ق ع ج و.

إن من خلال ما تقدم نجد أن حفظ الدين تربطه علاقة وطيدة المقاصد الشرعية الأخرى إذ هو أصل المقاصد كلها لأن به يمنع الإنسان من أن يفكر في الاعتداء على المقاصد الأخرى،وهذا يجعل المتمعن يستنتج أن حفظ الدين لا يأتي إلا أذا كان الإنسان المأمور

---

[869]-م328 من قانون العقوبات:"يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لايقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له حق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأجوبة عن الجاني"

[870]-م327 ق عقوبات:"كل من يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات"

[871]-ملف رقم 239135 قرار بتاريخ 2001/03/27 المجلة القضائية قسم الوثائق للمحكمة العليا العدد2، 2001،ص 377-378.

[872]-"يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 300.000دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين 2 عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته وعن أداء كامل قمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقته إليهم".

بذلك في حالة صحية وعقلية جيدة وللمحافظة عليهما معا أوجب أن يتمتع الطفل بمجموعة من الحقوق أهمها:

أ – حقوق عقيدية:إبقاء على الفطرة السليمة للطفل بتلقينه كل ما تعلق بالعقيدة الإسلامية ومعرفة الحلال والحرام مثل الفطرة السليمة تلقينه الشهادتين.

ب – حقوق اجتماعية: وجود القدوة الحسنة والعدل بين إخوته وحقه في الرحمة والعطف والحب والاعتدال.

ج– حقوق نفسية: شعور بالاستقرار والأمن وعدم القلق وتأمين جو أسري مناسب.

د – حقوق مادية: إشباع كل متطلباته من كسوة ومسكن وملبس.

هـ– حقوق أخلاقية: حفظه وعدم الإضرار به وتجنب الأشرار ورفقاء السوء.

و– حقوق تعليمية إرشادية وتعديل السلوك:حسن الكلام واحترام الآخرين.

ي– العلم والمعرفة: وهي تلقينه وتعليمه بما يناسب ويخدم تربيته الشرعية والعلمية .

كل هذه الحقوق خادمة لبعضها البعض لحفظ دين وعقل الطفل فكل حق يشمل الثاني ولعل المشرع الجزائري تناول ذلك في نصوص مكتوبة في التشريع الجزائري إلا أنها تبقى دون تفصيل لجزئياتها في حين أن الشريعة الإسلامية دققت ووضحت ذلك في كل حق من الحقوق المذكورة.

الفصل الثاني

المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة باستمرارية الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري

تمهيد:

قال تعالى في محكم تنزيله:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُم الَّذِي خَلَقَكُم مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً** ﴾[873]، لقد خلق الله تعالى الناس كلهم من نفس واحدة وخلق زوجها عن طريق التوالد والتناسل وبث منهما رجالا ونساء شعوبا وقبائل وكانوا خلفاء الله في الأرض لإعمارها ولقد كفل اذكر والأنثى بفطرة تكفل لهما العيش بطريقة سليمة وكريمة للوجود وذلك بالارتباط بعقد الزواج الذي هو سنة الله في عباده ويعد طريقا لامتداد النسل البشري منذ عهد آدم عليه السلام إلى قيام الساعة[874].

والملاحظ أن من يعبر عن هذا المقصد بالنسل وهناك من يعبر عنه بلفظ الفرج أو البضع **كالجويني والغزالي** وهناك من يعبر عنه بالنسب **كالرازي** [875].

والحقيقة أن هذه المصطلحات متلازمة ومترابطة لا تنفك عن بعضها البعض فباختلال واحدة منها يختل الجميع بشكل نسبي،ذلك أن الفرج مكمل لحفظ النسب لأنه محل احرث والنسل وحفظ النسب مكمل لحفظ النسل ومكمل المكمل مكمل.

فبحفظ الفروج تحفظ الأنساب والأعراض من أن تنتهك والتي بحفظها يتم حفظ النسل فكل هذه الألفاظ ذات صلة ودلالة واحدة تهدف إلى محافظتها على الضروري وهو النسل... يقول **إحميدان:**"الذي يظهر لي أن النسب ضابط للنسل فإذا اعتبرنا النسل المقصود منه الحفاظ على النوع البشري وحمايته من الاجتثاث،فإن النسب ضبط لهذا النسل من الاختلاط والحفاظ على المجتمع ليعيش مدنيا منتظما منضبط الأصل والفرع،من هنا يشرط الإسلام شروطا في عقد الزواج من الشهود والإشهاد ما يدل على أهمية النسب وكذلك منع الاعتداء على الفرج منعا من اختلاط الأنساب"[876].

وعليه مما سبق يمكن أن أعبر عن هذا المقصد بحفظ الفرج والنسب والنسل[877].

والمحافظة على هذا المقصد يكون من جانبين:

المبحث الأول : مقصد حفظ النسل والنسب وأثرها على حقوق الطفل في تثبيت الوجود

---

[873]– سورة النساء ، الآية 1.

[874]–سميح عبد الوهاب الجندي،نفس المرجع،ص233/انظر عمر بن صالح بن عمر،نفس المرجع،ص489.

[875]–يوسف أحمد محمد البدوي،نفس المرجع،ص471.

[876]–عمر عبه جي،نفس المرجع،ص334.

[877]– عمر عبه جي، نفس المرجع،ص335.

وتبين لكل في مجموعة من العناصر سنذكرها كالآتي.

المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذين المقصدين في التشريع الإسلامي

الفرع الأول : وجوب الزواج الشرعي:

كان الاعتداد بضبط نظام العائلة من مقصد الشرائع كلها وكان ذلك من أول ما عني به الإنسان المدني في إقامة أصول مدنية بإلهام إلهي روعي فيه حفظ الأنساب من الشك في انتسابها[878] ولا جرم أن الأصل الأصيل في تشريع العائلة هو أحكام آصرة النكاح،ويرتبط حفظ النسل والعرض بتكوين الأسرة التي تعتبر الخلية الأولى والأساسية في تكوين المجتمع الإنساني لأن الإنسان يولد فيها وينشأ بين أحضانها ويترعرع بين جنباتها، يتطبع بطباعها وتنغرس فيه بذور الخير والشر أو العكس، ثم يخرج إلى المجتمع متأثرا بتربيته الأولى...

وتكوين الأسرة يتم في نظر الإسلام حصرا بالزواج الذي يتحقق منه الإنجاب_ومنه حرّم جميع العلاقات الواهية التي كانت منتشرة في الجاهلية الأولى والتي تبنتها بعض الشعوب والدول في الجاهلية المعاصرة، لذا شرع الإسلام الزواج وجعله سنة ومندوبا للأفراد وواجبا للأمة عامة[879].

وقصد الشرع في حفظ النسل والنسب بأرقى الوسائل وأشرف الطرق كونه فرع عن وجود النفس الإنسانية التي شرع الله لوجودها الزواج –كما سبق– ويتأكد من وجوده بأحكام الأسرة حتى لا تضيع الذرية ولا تتهدد البشرية بالانقراض ونقص السكان[880].

ومن خلال هذا نجد أن سبب شرعية الزواج ترجع للعديد من الأسباب نذكر منها:

–بقاء النوع البشري على الوجه الأكمل بوسيلة كاملة تتعلق بدرئ اختلاط الأنساب ودفع السفك والتظالم.

---

[878]–مقاصد الشريعة الإسلامية (الطاهر بن عاشور) تحقيق محمد الطاهر ميساوي،نفس المرجع،ص430.

[879]–محمد الزحيلي،موسوعة قضايا إسلامية معاصرة"أضواء على أحكام الأسرة آفاق في الأحكام السلطانية "دار المكتبي،سورية،ج2،طبعة1، 1430هـ 2009م،ص706–707.

[880]–محمد الزحيلي،نفس المرجع،الجزء الخامس،مستجدات فقهية وقضايا مالية معاصرة دراسة فقهية دراسات في أصول الفقه،دار المكتبي،سورية،جزء خامس،طبعة1، 1430هـ2009م،ص 678.

– صيانة العرض سواء من جانب المرأة أو الرجل[881]،ومن الأدلة في كتاب الله قال تعالى: ﴿ **فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ** ﴾[882]، وقوله: ﴿ **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ** ﴾[883] وهي كثيرة.

أ – ومن المقاصد الشرعية للزواج في الشريعة الإسلامية:

- **مقصد عبادة الله:**قال تعالى:﴿ **وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ**﴾[884]، ومعنى هذا أن التذلل والخضوع لله ومعرفته وتوحيده ولا يتحقق هذا إلا بالزواج الشرعي،وفي نفس المعنى جاء حديث أبي أيوب قال: قال رسول الله ﷺ : " أربع من سنن المرسلين: الحياء والتعطر والسواك والنكاح "[885].
- **مقصد العفاف:** عن عبد الرحمن بن زيد قال:قال النبي ﷺ:" يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[886].
- **مقصد السكينة النفسية:** قال تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [887]،والزواج يحقق معنى السكن من حيث وصول الطمأنينة والاستئناس بين الزوجين اتجاه بعضهما البعض مما يولد استقرارا نفسيا يساعدهما على تأدية وظيفتهما في الحياة والهدف المرجو من هذا أزواج وهو النسل.
- **مقصد عمارة الأرض:**وهي رغبة فطرية مرتبة كل طرف في الآخر تحقق المودة والتعاون والتناسل وما يترتب عن ذلك من بناء نظام الأسرة.

---

[881]–محمد رأفت عثمان،عقد الزواج،أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي،دون طبعة،دون دار نشر،ص 30–31.

[882]–سورة النساء، الآية 3.

[883]–سورة الذاريات، الآية 32.

[884]–سورة الذاريات، الآية 56.

[885]– أخرجه الترمذى 391/3 رقم1080.

[886]–سبق تخريجه انظر ص 181 .

[887]–سورة الروم، الآية 21.

• **مقصد توطيد شبكة العلاقات الاجتماعية:** فالإنسان مدني بطبعه يميل للعيش في الجماعة والزواج يحقق هذا الميل الفطري قال تعالى:﴿ **وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً**﴾[888]، والدلالة هي ترغيب في الزواج والتكاثر وصلة الرحم لا يتنافى مع أعباء تأدية الرسالة[889].

وذكر العلماء جملة لأهم المقاصد الأسرية على النحو التالي:

1-الإمام الغزالي:لخصها في خمس فوائد:

-تحصيل الولد:واعتبره المقصد الأصلي الذي من أجله شرع النكاح والمقصود به إبقاء النسل وأن لا يخلو العالم من جنس البشر.

-التحصن عن الشيطان وكسر التوقان ودفع غوائل الشهوة وغض البصر وحفظ الفرج.

-ترويح عن النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر والملاعبة.

-تفريغ القلب عن تدبير المنزل والتكفل بشغل المطبخ والكنس والفرش وتنظيف الأواني وتهيئة أسباب المعيشة.

-مقصد التماسك الاجتماعي.

-مقصد الشهادة على الناس ويعني ذلك أن الأسرة يجب أن تكون أنموذجا للتدين الصحيح.

2-الإمام الشاطبي: ذكر عدد من مقاصد النكاح أهمها:

-التناسل وهو المقصد الأساس.

-طلب السكن والارتياح.

-الاستمتاع بالحلال من محاسن النساء والتجمل جمال للمرأة.

-التحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج ونظرة العين.

3-الإمام ابن عاشور: تناولها في:

-إحكام آصرة النكاح.

-إحكام آصرة النسب والقرابة.

---

[888]-سورة الرعد، الآية 38.

[889]-عبد القادر بن عزوز،أحكام فقه الأسرة،دراسة مقارنة،دار قرطبة للنشر ،الجزائر،طبعة1، 1428هـ2007م،ص13.

-إحكام آصرة الصهر.

والملاحظ أن آراء الفقهاء والعلماء كلها كانت تشدد على أن مقصد حفظ النسل مقصد ضروري يجب المحافظة عليه إذ نص عليه الشارع أصالة وفرض له الحماية وبانحرامه يقع الهلاك وتزول الأسرة والنوع البشري جملة.

كما ميز الشارع الحكيم النكاح بمجموعة من الخصائص جعلتنا نستبعد بعض الأنكحة وهذه الخصائص لما لها من أثر بالغ في حماية الأنساب وعدم ضياعها فضلا عن حماية الزواج في حد ذاته فهو جِذْم[890] نظام العائلة يفضي إلى عدم اختلاط الأنساب لهذا زادت الشريعة الإسلامية عقدة الزواج تشريفا وتنويها لم يكنا ملحوظين قبلها ليزيده المقصد الديني حرمة في نفوس الأزواج وفي نظر الناس[891].

ب- ضوابطه في تأبيد وتحريم بعض الزيجات :لا خلاف بين الفقهاء أن طبيعة الزواج تستلزم أن يكون مؤبدا فلا يصح تأقيته أو تأجيله أو تعليقه وقد جعل الفقهاء التأبيد شرطا للعقد وخاصية تميزه عن باقي العلاقات المحرمة ومن هذا تم مناقشة بعض الزيجات التي تخلو من هذا العنصر:

1- **زواج المتعة**[892]: هو عقد لا يراد به الاستقرار وطلب الذرية وغير هذا وذاك مما يقصد من الزواج المعروف فالمراد منه المتعة لفترة معينة من الوقت تذكر في العقد أو غير معينة[893]،فهو نكاح مؤقت وعلاقة زواج مؤقتة فكل علاقة جنسية مؤقتة بالمرأة تعتبر من

---

[890]-جذم:أصل الشيء وجذره.

[891]-مقاصد الشريعة الإسلامية،تحقيق محمد طاهر ميساوي(الطاهر بن عاشور)ص434.

[892]-تعريف المتعة:1-لغة:من متع متع الحبل اشتد وحبل ماتع جيد الفتل ويقال للحبل الطويل ماتع ومتع الرجل ومتع جاد وظرف وقيل كل ما جاء فقد متع وهو ماتع والماتع من كل شيء البالغ في الجودة وقد ذكر الله المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتيع في مواضع من كتابه ومعانيها والمُتعة والمتِعة :العمرة إلى الحج.

والمتعة:التمتع بالمرأة لا تريد إدامتها لنفسك ومتعة التزويج بمكة منه.

2-اصطلاحا:وهو الزواج الذي يتم بين الطرفين بنية عدم مداومة العقد بالزواج لشهر أو لسنة أو لغير ذلك فإذا صحب الزواج عدم التأبيد سمي زواج متعة(انظر ابن منظور،لسان العرب،تح عبد الله الكبير ،محمد أحمد حسب الله،هاشم الشاذلي،مصر،القاهرة،دار المعارف،طبعة1، 1981م،مادة متع،ص4127).

[893]-محمد يوسف موسى،أحكام الأصول الشخصية في الفقه الإسلامي،القاهرة،دار الكتاب العربي،1378هـ .1958م، ص115.

باب المتعة والتمتع بها فهي بالتالي زنا والزنا حرام بالنص القرآني والمتعة المؤقتة بالمرأة إهانة لها ولكرامتها وشخصيتها[894].

ونجد في تعريفه الفقهي: أن ينكح الرجل المرأة بشيء من المال مدة معينة ينتهي النكاح بانتهائها من غير طلاق وليس فيه وجوب نفقة ومسكن وعلى المرأة استبراء رحمها بحيضتين ولا توارث يجري بينهما إن مات أحدهما قبل انتهاء النكاح[895].

وحكمه:اتفق الفقهاء على تحريم زواج المتعة ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة الإمامية وتحريمه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع،وهذا رأي اتفق عليه أئمة المذاهب الأربعة.

قال تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ(5)إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ(6) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**﴾[896].

2-زواج المحلل[897]: وهو أن يتزوج المطلقة ثلاثا بعد انقضاء عدتها أو يدخل بها ثم يطلقها ليحللها للزوج الأول.

وحكمه:قال سيد سابق: هذا النوع من الزواج كبيرة من كبائر الإثم والفواحش حرمه الله ولعن فاعله، وكيف يقال: إن هذا زواج تحل به الزوجة لزوجها الأول مع قصد التأقيت وليس له غرض في دوام العشرة ولا يقصد منه التناسل وتربية الأولاد وغير ذلك من المقاصد الحقيقية لتشريع الزواج فهذا زواج صوري كذب وخداع لم يشرعه الله في دين ولم يبحه لأحد لما له من مضار لا تخفى على أحد، قال ابن تيمية:"دين الله أزكى وأطهر من أن يحرم فرجا من الفروج حتى يستعار له تيس من التيوس،لا يرغب في نكاحه ولا مصاهرته ولا يراد بقاؤه مع

---

[894]-مولاي ملياني بغدادي،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ،الجزائر،البليدة،قصر الكتاب،1997،ص92.

[895]-عرفان بن سليم العشا حسونة الدمشقي،نكاح المسيار وأحكام الأنكحة المحرمة،بيروت،المكتبة العصرية،طبعة1، 1423هـ2002م،ص103.

[896] - سورة المؤمنون، الآية5 - 7.

[897]-ويسمى بالتيس المستعار وعند العامة يسمى بالتجحيش(نسبة إلى الجحش وهو الحمار).

المرأة أصلا،فيزنو عليها، وتحل بذلك فإن هذا سفاح وزنا كما سماه أصحاب رسول الله ﷺ[898].

ج- **الإعلان ونبذ بعض الزيجات** :لا خلاف بن الفقهاء على مشروعية الإعلان في النكاح وأنه من خصائص العقد للفرق بينه وبين السفاح[899]ولحماية نسب الولد من الإنكار وإن كانوا اختلفوا في حكم الإعلان في العقد فمنهم من جعله ركنا ومنهم من جعله شرطا ومنهم من رأى أنه واجب ومنهم من رأى الشهادة تكفي للإعلان ومنهم من رأى أنه لابد منه مع الشهادة ويتفرع عن هذا:

1- **زواج السر**[900]: يتواصى فيه الزوج والشهود بكتمان العقد ويرى فيه أبو حنيفة والشافعي أنه نكاح صحيح(جمهور الفقهاء)[901]، والشرط باطل،أما المالكية[902]والحنابلة فيرون بطلانه عقدا وشرطا لمخالفته مقصود الشارع ولأن الشرع لما اشترط الإعلان فحتى تنتفي الشبهة ويحتاط للولد.

---

[898]-سيد سابق،فقه السنة..../انظر محمد بن فنخور العبدلي،الأنكحة المستحدثة(المبتدعة)وحكم الشرع فيها،دون دار طبعة،دون طبعة،ص81-82.

[899]-السِّفاح:الفرق بين النكاح والسفاح ومن الفروق الدقيقة أن السفاح غير معلن لذلك روي عن الإمام أحمد بن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه أن النبي-ص-قال:أعلنوا النكاح"انظر723: 7000sssid: 1640sid :? art/artphp/ar/blue/www.nabulsi.com يوم 2017/08/11 على الساعة 18:57.

[900]-تعريفه:لغة:يتكون من لفظين زواج وسر والسِّر من سرر من الأسرار التي تكتم والسر ما أخفيت والجمع أسرار ورجل سري يضع الأشياء سرا من قوم سريين والسريرة كالسر والجمع السرائر فأسر الشيء كتمه وأظهره وهو من الأضداد،سررته،كتمته،وسررته أعلنته والوجهان جميعا يفسران في قوله تعالى:﴿ **وَقَالَ الَّذِينَ اسْتُضْعِفُوا لِلَّذِينَ اسْتَكْبَرُوا بَلْ مَكْرُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ إِذْ تَأْمُرُونَنَا أَنْ نَكْفُرَ بِاللَّهِ وَنَجْعَلَ لَهُ أَنْدَادًا وَأَسَرُّوا النَّدَامَةَ لَمَّا رَأَوُا الْعَذَابَ وَجَعَلْنَا الْأَغْلَالَ فِي أَعْنَاقِ الَّذِينَ كَفَرُوا هَلْ يُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ** ﴾ **[سورة سبأ، الآية 33]** قيل أظهروها.

أما اصطلاحا:1-هو الزواج الذي يتواصى الجميع بكتمانه وعدم إذاعته وإعلانه ولا يشهدون عليه أحد،وأجمع العلماء على بطلان هذا الزواج.

تعريف 2-هو زواج تتوفر فيه شروط الزواج عموما ويشهد فيه شاهدين ولكن يوصى الشاهدين أو غيرهما بكتمانه.

[901]-عبد العزيز بن محمد الربيش،بحث حول النكاح السري في الفقه الإسلامي،صدر في مجلة جامعة الملك سعود،العلوم التربوية والدراسات الإسلامية1425،17هـ/2004م ص409-400.

[902]-الصادق عبد الرحمن الغرياني،مدونة الفكر المالكي وأدلته،لبنان،بيروت،مؤسسة الريان،طبعة1، 1423هـ/2002م، جزء2،ص575.

2- الزواج العرفي(غير الموثق):

هو زواج صحيح ومشروع إذا توافرت أركانه وشروطه الشرعة ولو لم يسجل[903] وقال بهذا فضيلة **الشيخ ناصر بن سليمان العمر**[904]،إلا أنه مقاصديا يبقى محفوفا بالمخاطر والريب ولاسيما في هذا العصر والزمان الذي تراخت فيه الذمم فقد يهرب الزوج ويبقى الولد بلا نسب الأمر الذي يشكل ضررا بالغا على الأسرة كلها.

بالإضافة إلى بعض الصور المستحدثة للزواج والتي سميت بالعقود المعاصرة لأنها استحدثت مع التطور الحاصل داخل المجتمعات الإسلامية خاصة مع غزو الأفكار الغربية التي تدعو للتحرر مستهدفة الأسرة المسلمة ومن هذه الصور نجد:

الزواج بنية الطلاق: وهو أن يتزوج الرجل امرأة بنية الطلاق بعد شهر أو أكثر أو أقل[905] فهو صحيح في الظاهر مؤقت في الواقع[906].

الزواج(الفرند) الأصدقاء:هو ارتباط بن الشاب والشابة يعقد شرعي وعلى أسس شرعية لهما حق الاستمتاع بتمام العقد الشرعي الصحيح الذي يستوفي جميع أركانه وشروطه[907]رغم وجود الخلاف بن من يبيعه ومن يمنعه.

وغيرها من الزيجات التي من شأنها تفتقر إلى الاستقرار وبالحماية والتي تؤثر بشكل أو آخر على الولد نتيجة هذه الروابط.

---

[903]-بسام موسى النزلي،أحكام صور التدليس المعاصر في عقود الزواج،مذكرة ماجستير في الفقه المقارن،كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية،غزة،1431هـ/2010م،ص20/انظر كمال صالح البنا،الزواج العرفي ومنازعات النبوة في الشريعة والقضاء،دار الكتب القانونية،مصر،دون ط،ص06.

[904]-هو داعية إسلامي من مواليد 1952م سعودي عرف بدعواه إلى منهاج أهل السنة،أستاذ بجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية بكلية أصول الدين قسم القرآن وعلومه،دكتوراه في أصول الدين2010م،ص91.

[905]-عبد الله محمد خليل ابراهيم،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (ماجستير في الفقه والتشريع،جامعة نجاح نابلس فلسطين.

[906]-وهبة الزحيلي،قضايا الفقه والفكر المعاصر،دمشق،دار الفكر،طبعة1، 2006م،ص92.

[907]-عبد الملك بن يوسف المطلق،زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر زواج الأصدقاء(-GIRL FRIEND BOY FRIEND) تقديم فضيلة الشيخ سليمان بن محمد الشنوي مملكة العربية السعويدة ،الرياض،دار العاصمة،طبعة1، 1427هـ2006م،ص17.

3-الترغيب في نكاح الولود خاصة أو نكاح البكر: ولعل سبب هذا أنها أكثر قبولا واستعدادا للحمل من الثيب،وظهر هذا الترغيب في غير موضع من السنة ذلك أن النبيﷺ سأله رجل فقال:"أني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد، أفأتزوجها؟ قال :لا ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال "تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم"[908] وقال أيضا:"عليكم بالأبكار فإنهن أنتق أرحاما وأعذب أفواها وأقل خبا وأرضى باليسير"[909] وقوله كذلك:عليكم بالأبكار أي بتزوجهن وإيثارهن على غيرهن، وأنتق أرحاما إنها كثير الأولاد[910].

وعن جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما– قال:كنت مع رسول الله ﷺ في غزوة فلما قفلنا تعجلب على بعير قطوف وقال ما يعجلك؟ قلت إني حديث عهد بعرس:قال فبكرا تزوجت أم ثيبا؟ قلت بل ثيبا قال فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك؟قال:فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال أمهلوا حتى تدخلوا ليلا أي عشاء لكي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة"[911]

قال هيثم[912] حدثني الثقة أنه قال في هذا الحديث "الكيس الكيس يا جابر "يعني الولد،وهذا الحديث دليل من الدلائل التي تدل على الترغيب في النكاح خاصة البكر والتماس الولد.

ومن حكمة الله تعالى أن جعل وسيلة تحصيل الولد وهي الجماع وسيلة محصلة لكثير من المقاصد النافعة للفرد عاجلا وآجلا وليست كما يزعم لذة ومتعة فقط[913].

4-شرع تعدد الزوجات وإباحته بنكاح أكثر من واحدة: ولعل تعدد الزوجات لم يشرع فقط لأجل التناسل وكثرة الخلف وطلب الولد ولكنها كذلك مقاصد أخرى.

---

[908]– أبو داود (2050)، والنسائي 6/ 66. وقال الألباني في صحيح النسائي (3026): حسن صحيح.

[909]– انظر حديث رقم: 4053 / 1 في صحيح الجامع الصحيحة(632)

[910]–أحمد محمود قعدان،نفس المرجع،ص76.

[911]– 5247 عن جابر بن عبد الله قال : "كنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – في غزوة، فلما قفلنا كنا قريبًا من المدينة، تعجلت على بعير لي قطوف، فلحقني راكب من خلفي ... الحديث ... قال : فلما قدمنا ذهبنا لندخل، فقال:أمهلوا حتى تدخلوا ليلًا – أي عشاء – لكي تمتشط الشعثة، وتستحد المغيبة" فيه المسارعة إلى الأهل بعد قضاء الحاجة من الأسفار ولا سيما الشاب؛ لأن الأهل في حاجة إليه وهو في حاجة إليهم.

[912]–هو هيثم بن بشر بن القاسم بن دينار السلمي أبو معاوية الواسطي،توفي سنة 183هـ/انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة:هيثم-بن-بشير//ar.wikipedia.org/wiki/; https يوم 2017/08/12م على الساعة 09:39 صباحا.

[913]–أحمد محمود قعدان،نفس المرجع،ص77.

قال ابن عاشور:"وقد شرع الله تعدد النساء للقادر العادل لمصالح جمة:منها أن في ذلك وسيلة إلى تكثير عدد الأمة بازدياد المواليد فها،ومنها أن ذلك يعين على كفالة النساء اللائي هن أكثر عدد الأمة بازدياد المواليد فيها،ومنها أن ذلك يعين على كفالة النساء اللائي هن أكثر من الرجال في كل أمة لأن الأنوثة في المواليد أكثر من الذكورة ولأن الرجال يعرض لهم من أسباب الهلاك في الحروب والشدائد ما لا يعرض للنساء ولأن النساء أطول أعمارا من الرجال غالبا لما فطرهن الله عليه،ومنها: أن الشريعة قد حرمت الزنا وضيقت في تحريمه لما يجر إليه من الفساد في الأخلاق والأنساب ونظام العائلة فناسب أن توسع على الناس في تعدد النساء لمن كان من الرجال ميالا للتعدد مجبولا عليه ومنها قصد الابتعاد عن الطلاق إلا للضرورة "[914].

والملاحظ أن من وراء التعدد جملة من المقاصد منها: الابتعاد عن الطلاق حتى لا تتلاشى الأسرة ويضيع الأولاد.

ويقول كذلك الدكتور جمال الدين عطية عن حكمة تعدد الزوجات:"وقد شرع مقصد العلاقة 'بين الزوجين'وحصرها في الزواج عدد من الأحكام منها الحض على الزواج وإباحة التعدد بشروطه،والطلاق بشروطه واجتناب العلاقات خارج الزواج من زنا وشذوذ وسد طرق الإغراء بالعفة والحجاب ومنع الخلوة وغيرها "[915].

5- **تحسين النسل**[916]: والمراد بهذا المصطلح:

ويظهر من المقاصد المستوحاة من النصوص العامة أو الخاصة والمستنبطة من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية أن:

---

[914]-محمد الطاهر بن عاشور،تفسير التحرير والتنوير،الدار التونسية للنشر،دون طبعة،جزء4،ص226.

[915]-جمال الدين عطية،نحو تفعيل مقاصد الشريعة،دار الفكر،دمشق،سوريا،طبعة1، رجب 1422هـ2001م،ص149.

[916]-تتكون من مفردتين:تحسين:مأخوذ من الحسن والحاء والسين والنون أصل واحد فالحسن ضد القبح،يقال:رجل حسن وامرأة حسناء والمحاسن من الإنسان وغيره ضد المساوئ وحسنت الشيء تحسينا :زينته.

أما النسل فالنون والسين واللام أصل صحيح يدل على سل الشيء وانسلاله والنسل :الولد لأنه ينسل من والدته.

المراد

– **تكثير النسل:** يعد من أهم مقاصد التعدد في نظري[917]، لما فيه من تقوية أمة محمد ﷺ وتحقق مباهاة النبي ﷺ بأمته يوم القيامة ولأن في هذا المقصد مقاصد جزئية أخرى تتفرع عنه منها:

- اكتفاء المسلمين في أوقات المتعة وأيام الجهاد.
- سد الحاجة .
- إلى اليد العاملة المسلمة.

الفرع الثاني : حماية نسب الطفل من خلال المستجدات الفقهية المعاصرة

- دراسة جميع قوانين الوراثة التي يمكنها تحسين العرق الإنساني.
- العلم الذي يتعامل مع جميع المؤثرات التي تؤدي إلى تحسين وراثي.
- والمقود به:هو علم تطوير العرق البشري ويتعلق ذلك بتحسين ظروف المعيشة والبيئة العقلية والنفسية والدينية لمصلحة الأجيال القادمة.

ولهذا مجموعة من الطرق التي تكفل هذه الآلية مثاله:

- خلو البيئة من الأمراض أو مسبباتها سيؤدي هذا إلى نسل ودرجة أحسن حالا.
- الغذاء الصحي يساعد في الغالب على نشوء الطفل سليم معافى حتى بالنسبة للزوجين يؤدي إلى ذرية ونسل سليم.

لأجل هذا اهتم العلماء في العصر الحديث بالرعاية للأم قبل الولادة فذهب القول إلى أن الفحص الطبي قبل الزواج لا يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج لأن زواج الأصحاء يدون ويستمر أكثر من زواج المرضى وهذا لا يتعارض كذلك مع الثقة بالله عز وجل لأنه ضرب من الأخذ بالأسباب كما أ، حفظ النسل هو من الكليات الخمسة لقوله تعالى:﴿ **هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ**﴾[918] وعليه فلا مانع من اتخاذ الفحص الطبي سببا حتى يكون النسل غر معيب ولا مشوه.

---

[917]–أحد محمود قعدان ، نفس المرجع،ص77.

[918]–سورة آل عمران، الآية 38.

والقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" فإن هناك من الأمراض الوراثية والأمراض المعدية الخطيرة والأمراض التناسلية السارية التي يخشى على الزوجين منها والإقدام على الزواج مع وجودها يهدد كيان الأسرة واستقرارها دون نسيان الأمراض المزمنة والعاهات العقلية مما يقتضي إعلام المعني بالأمر بخطورتها على الزوج والأبناء ومخاطر العدوى واتخاذ سبل الوقاية منها لما[919]، روي أنه ﷺ قال "لا يورد مرض على مصح".

وفي كلام الإمام ابن الجوزي طريق لطيف لتحسين النسل حيث يقول : " فمن أراد نجابة الولد وقضاء الوطر فليتخير المنكوح،إن كان زوجة فلينظر إليها، فإذا وقعت في نفسه فليتزوجها...ونجابة الولد مقصودة وفراغ النفس من الاهتمام بما حصلت من رغبات أصل عظيم يوجب إقبال القلب على المهمات...ونكاح المرأة المحبوبة يفرغ الماء المجتمع،فيوجب نجابة الولد وتمامه وقضاء الوطر بكماله".

فمن كلام ابن الجوزي من أرم النبيﷺ بالنظر إلى المخطوبة يمكن أن يعد –على ذكر من التعليل–على أنه من أساليب تحسين النسل.

وعليه يمكن أن يرى أن حديث النبي ﷺ "تنكح المرأة لأرع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك "[920].

فيمكن القول أن هذه دعوة بشكل أو بآخر إلى تحسين النسل ولعل أولها هو تحسينه من الناحية الدينية وذلك بالتزوج من امرأة متدينة ولعل هذا أهم الأمور أما المال واحسب والجمال ففي كل ذلك تحسين للنسل ذلك أن :

المرأة ذات المال: تستطيع دون مساعدة زوجها أن تتحمل النفقات المطلوبة لرعايتها كما تستطيع أن تتغذى الغذاء المناسب الذي يكفل قوة ذريتها.

---

[919]–العربي بلحاج ،بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد،ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة1،2015،ص206–207.

[920]–سبق تخريجه انظر ص من المذكرة.

المرأة ذات الحَسَب: فإنه له دور في تحسين الذرية إذ ذكر الفقهاء أنه من دواعي اختيار الحسيبة أن يكون ولدها نجيبا وهو تحسين اجتماعي معنوي في كل الأحوال لأن الأم ذات الحسب تربي أولادها بعيدا عن الإجرام والجهل وغيرها مما هو غير مرغوب.

المرأة ذات الجمال: فهو تحسين شكلي جمالي للذرية كما هو ظاهر[921].

ومما قد يدل كذلك على تحسين النسل من النصوص الشرعية،ما جاء في الحث .

1-تجنب الزواج من الإماء قال تعالى: ﴿ **وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانْكِحُوهُ نَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾[922] ،هذا ومما ذكره بعض العلماء في ذلك من الحكم عدم نجابة الأولاد.

2-من طرق تحسين النسل: نكاح المرأة البعيدة العربية الأجنبية ليكون الولد أنجب[923].

1-أ-تحسين النسل باستخدام التعديل الوراثي الجيني: وينقسم هذا التعديل إلى قسمين:

- العلاج الوراثي 'الجيني'.
- تحسين مستوى بعض الصفات كالذكاء والقوة والجمال وغيرها وهذا علاج مؤقت للشخص نفسه لا علاقة له بذريته ونسله في المستقبل.

أما الأول: فهو تصحيح عمل المورثات التي لا تؤدي وظيفتها الصحيحة إما بإصلاحها أو استبدالها أو إعطاء المريض إفرازات هذه المورثات ويكون علاج هذا بطريقين:

أ- إما بإزالة الخلل كلية ووضع مورث سليم مكانه أو تعديل الجين المعطوب.

ب- أو استخلاص مورث سليم من إنسان سليم وزرعه والحصول على إفرازاته وإعطائه كدواء لمريض مورثه معطوب لا يفرز هذا الإفراز.

---

[921]-إسماعيل غاربي مرتبا،تحسين النسل دراسة طبية فقهية،دون طبعة،دون سنة نر،ص269-270.

[922]-سورة النساء، الآية 25.

[923]-إسماعيل غازي مرحبا،نفس المرجع،ص271.

وعلاج الخلايا الجنسية تجعل الصفات تنتقل للأجيال المتعاقبة فعلاج المورث لا يؤثر فقط على المادة الوراثية للشخص المريض بل على المخزون الوراثي لذريته أيضا،فنقل الخلية الجنسية سيجعلها ثابتة في التركيب الوراثي له وستتوارثه ذريته.

إلا أن عواقب العلاج الوراثي لم تعرف يقينا حتى الآن وخاصة على مداها البعيد ذلك أن العلماء لم يطبقوا هذا العلاج على الخلايا الجنسية للإنسان حتى الآن وأيضا فإن العلاج الوراثي في الخلايا الجنسية لا مدخل له في تحسين النسل وإنما العلاج الوراثي للخلايا الجنسية فقط من له ذلك[924].

1-ب-حكم تحسين النسل عن طريق العلاج الأمراض الوراثية: لقد اتفق العلماء المعاصرين على تحريم العلاج الوراثي في الخلايا الجنسية فيما إذا كانت المورثات من شخص آخر غير المريض.

ذلك أنها في حكم التلقيح بين خلية امرأة وماء رجل أجنبي فالتلقيح إنما هو لتكوين الجنين بصفات أبوي الشرعيين وإدخال المورث السليم في شخص آخر إنما هو جزء من التلقيح أو تعديل الصفات،وبهذا الشأن صدرت توصية ندوة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني-رؤية إسلامية-إذ جاء فيها"ورأت الندوة جواز استعمالها"أي الهندسة الوراثية"في منع المرض أو علاجه أو تخفيف أذاه مع منع استخدام الهندسة الوراثية على الخلايا الجنسية لما فيه من محاذير شرعية".

وهذا إذا كانت المورثات من شخص غير المريض أما إذا كانت المورثات من المريض نفسه فهي كالآتي:

1- **القول الأول:** أنه لا يجوز وهو قول الجمهور من المعاصرين وعليه توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني" وأدلتهم:

- أن الدخول في علاج الخلايا الجنسية بالعلاج الوراثي يفضي إلى مفاسد تتعلق بالأنساب راعى الشارع الحكيم درأها.

---

[924]-إسماعيل غازي مرحبا،نفس المرجع،ص279.

• أن حفظ النسب أحد المقاصد الخمسة للتشريع وقد شرعت لحمايته أحكام كثيرة.

• أن العلاج الوراثي للخلايا الجنسية غير ضروري لوجود تقنيات أسهل يمكن استخدامها لمنع المورث المسبب للمرض من أن يورث وذلك باستخدام تشخيص البيضة الملقحة قبل الغرس في الرحم عن طريق التلقيح الصناعي.

• قاعدة لا ضرر ولا ضرار: ذلك أن العلماء لم يتمكنوا من التحكم بهذا العلاج إلى الآن فأي ضرر يحصل للمعالج فإنه سينتقل إلى نسله من بعده وهذا الضرر إلي يجب رفعه ودرئه.

2-**القول الثاني:**أنه جائز: وهو قول بعض المعاصرين:والذي يقضي بجواز العلاج الوراثي للخلايا الجنسية فيما إذا كان من نفس الشخص أو من أحد الزوجين:

• لأن الحيوان المنوي والبيضة يحملان صفات الأبوين كلها وفي العلاج الوراثي للخلايا الجنسية إدخال لبعض هذه الصفات فليس هناك عنصر غريب.

وتم الرد على هذا أنه تحريم العلاج الوراثي للخلايا الجنسية من نفس الشخص أو من أحد الزوجين ليس هو لوجود عنصر غريب أو عدم وجود بل هو للإخطار المترتبة من انتقال الأمراض للغير وهو الذرية، وتعليق الجواز بشرط عدم وجود المخاطر والمفاسد متفق عليه لأن الحكم هو على الواقع الموجود وليس للمستقبل المرجو.

• يستدل له بعموم أدلة مشروعية العلاج والعلاج الوراثي من جملتها،كذلك ثم الرد على هذا كون أن طرق العلاج الوراثي ليست آمنة اليوم وتوجد طرق آمنة متيسرة فلا يعدل عنها إلى غيرها.

والرأي الراجح:أن الذي يظهر في المسألة بالقول أنه: يمنع حاليا لوجود تقنيات أكثر سهولة لمنع انتقال المرض مع غموض الأضرار المستقبلية المتوقعة من جراء العلاج الوراثي[925].

---

[925]-إسماعيل غازي مرحبا،نفس المرجع،ص272-273.

1- حكم تحسين النسل عن طريق تحسين مستوى بعض الصفات كالذكاء أو القوة أو الجمال وغيرها:

اختلف الفقهاء حول هذه المسألة " الفقهاء المعاصرون ":

القول الأول: نص على تحريم هذا النوع من تحسين النسل وهو قول أكثرهم وبه صدرت توصية " ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني-رؤية إسلامية-إذ جاء في توصيتها الآتي:"كذلك ترى الندوة أنه لا يجوز استخدام الهندسة الوراثية سياسة لتبديل البنية الجينية فيما يسمى تحسين السلالة البشرية ولذا فإن أي محاولة للعبث الجيني بشخصية الإنسان أو التدخل في أهليته للمسؤولية الفردية أمر محضور شرعا".

وقرار المجمع الفقهي[926]: " لا يجوز استخدام أي من أدوات علم الهندسة الوراثية ووسائله للعبث بشخصية الإنسان ومسؤوليته الفردية أو للتدخل في بنيته المورثات" الجينات " بدعوى تحسين السلالة البشرية"

وأدلة التحريم كانت كالآتي:

- قال تعالى: ﴿ **إِنْ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا إِنَاثًا وَإِنْ يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا (117) لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا (118) وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا**﴾[927]، ولعل أن وجه الدلالة أن الله تعالى ذم الذين يغيرون خلق الله[928].
- وقوله تعالى:﴿ **الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ** ﴾[929]، ووجه الدلالة أن الله أحسن خلق كل شيء كأنه من المقدم والمؤخر[930] ذلك أنه لا مجال للإنسان

---

[926]-قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة،رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي،الدورات من 1إلى 17 القرارات من 1إلى 102 سنة (1398-1434هـ 1977-2004م)ص312.

[927]-سورة النساء، الآية117 - 119

[928]-الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر،نفس المرجع تفسير ابن كثير،المجلد الأول،ص302.

[929]-سورة السجدة، الآية2

[930]- الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر،نفس المرجع،مجلد3،ص255.

أن يستدرك على الله تبارك وتعالى في أن يحسن فيما خلق فأي تدخل من الإنسان بعد ذلك فإنه يدخل في الإفساد.

ورد على هذا الاستدلال أن التغيير في الآية هو التغيير نحن الأسوء أما التغيير الذي يراد به التحسين فهو مشروع[931].

وتم الإجابة على هذا الرد أن التغيير يكون مقبولا إذا كان لغرض مشروع نافع ويكون محرما إذا كان لغرض غير مشروع ضار وملاك تفسير هذه الآية أن كل تغيير ضار فهو في الآية وكل تغيير نافع فهو مباح[932].

وعليه فإن التغيير في المورثات أي الجينات يكون مشروعا إذا كان في حيّز العلاج ويكون محرما إذا كان في حيّز العبث ومن العبث التغيير في الهيئة والشكل واللون والطول والقصر ونحوه.

وحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه:"لعن الله الواشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن المغيرات لخلق الله ، ومالي لا ألعن من لعن رسول الله ﷺ ومن هو في كتاب الله..."[933].

ووجه الدلالة في الحديث أنه يدل على تحريم الأمور المذكورة معللة بتغيير الخلق بغية طلب الحسن والجمال والعلاج الوراثي على الصفة المذكورة هو تغيير للخلق بغية الحسن والجمال.

أن الأصل في الدخول إلى الخلية التناسلية المنع ولا يخالف هذا الأصل الضرورة ولا ضرورة للقيام بهذه العمليات إذ هي من باب التحسينات فلا يجوز إجراء هذه الأمور.

---

[931]–محمد جبر الألفي،الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني من منظور إسلامي،الرياض،1433هـ2012م،دون صفحة.

[932]–إسماعيل غازي مرحبا،نفس المرجع،ص286.

[933]– أخرجه السبعة إلا مالكا "لعن الله الواشمات".

القول الثاني: الذي نص على الإباحة وأدلتهم:

1-قال ﷺ :" إن الله جميل يحب الجمال "[934]،ووجه الدلالة أن الحديث دل على مشروعية الجمال والعلاج وبالتالي هو مشروعا.

2-الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد حظر ولم يرد حظر في هذا التغيير للجمال.

3-القياس يكون على أساس عمليات التجميل التحسينية.

ولعل الرد على هذه الحجج كان كالآتي:

- أن طلب الجمال حق مشروع ولكن لا يكون بالمحرم مثل نمش، الوشم
- الأصل في الأشياء الإباحة ولكن هذه مسألة محرمة.
- أنه قياس على محل الخلاف فلا يسلم من أن يدعي المخالف غير جواز عمليات التجميل التحسينية.

الراجح:

وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء المعاصرين من القول: بعدم جواز هذا النوع من تحسين النسل لما ذكر من أدلة خاصة أنا قد منعنا من تحسين النسل عن طريق العلاج الوراثي مع أن العلاج الوراثي في مرتبة الحاجيات وهذا التحسين الوراثي في منزلة التحسينات لذا فالقول بالمنع هنا من باب أولى وأحرى والله أعلم[935].

فلما كان تحسين النسل هو كل طريقة يتم بموجبها تحقيق أمور مرغوبة في الذرية لم تكن في أصلها أو إلغاء أمور غير مرغوبة كانت في أصلها فإن أعظم الأنواع التي تؤدي إلى ذلك هو التحسين من الناحية الدينية عن طريق نكاح المرأة ذات الدين وإطلاق القول بجواز تحسين النسل أو تحريمه خطأ ظاهر إذ للتحسين طرق متعددة مختلفة يختلف فيها

---

[934]-صدقوا والله! إن الله جميلٌ يحب الجمال، وجمالكم يا شباب في لحاكم، والله ليس هناك جمال إلا في لحيتك، أما إذا حلقتها فقد شوهت نفسك، وغيرت خلق الله؛ لأن الله يقول " لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ" التين: والذي يحلق لحيته فقد جعل نفسه في أسفل سافلين

[935]-إسماعيل غازي مرحبا،نفس المرجع،ص288.

الحكم حسب كل حالة وما يمكن قوله إجماعا أن تحسين النسل إذا ما كانت المورثات من شخص آخر غير المريض يحرم ذلك اتفاقا.

أما بالنسبة لتعديل النسل عن طريق التعديل الوراثي (العلاجي والتحسيني) فلما إذا كانت المورثات من نفس الشخص أو من أحد الزوجين فيه قولان بالمنع والإجازة والراجح هو المنع.

2- تنظيم النسل وتحديده:

إن الإسلام دعا إلى النكاح وحث عليه واعتبره النبيﷺ سنة الإسلام فقالﷺ: "إن من سنتنا النكاح ومن رغب عن سنتنا فليس منا"ودعا عليه الصلاة والسلام الشباب إلى النكاح والأحاديث في الدعوة إلى النكاح كثيرة ولعل المقصد الأول من الزواج هو النسل والإكثار منه فقد روى أحمد بن أنس أن رسول اللهﷺ قال:" تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة"[936] وروي عن النبي ﷺ قال :" لحصير في ناحية البيت خير من امرأة لا تلد"[937]، ولما كان الإكثار من النسل مطلوب في ذاته وهو غاية الزواج الأولى السامية في الإسلام وهي فطرة إنسانية ولا شك أن منعه هو ضد الفطرة والإسلام دين الفطرة قال تعالى:﴿ **فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ**﴾ [938]،ودعا الله سبحانه وتعالى إلى الاعتماد عليه في رزق الأولاد قال تعالى:﴿**وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ**﴾[939]، وقال تعالى:﴿**وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا**﴾[940].

---

[936]-حديث حسن: رواه أحمد (12613) وابن حبان (4028) من طريق خلف بن خليفة، عن حفصٍ ابن أخي أنس بن مالكٍ عن أنس بن مالكٍ. . الحديث، وخلف بن خليفة: صدوق من رجال مسلم إلا أنه اختلط بأخرة، وباقي رجاله ثقات، ويشهد له ما بعده.

[937]-أخرجه أَبُو عمر النوقاني فِي كتاب معاشرة الأهلين مَوْقُوفا عَلَى عمر بن الْخطاب، وَلم أَجِده مَرْفُوعا.

[938]- سورة الروم، الآية 30.

[939]-سورة الانعام، الآية 151.

[940]-سورة الإسراء، الآية 31.

كما نص على التكافل الاجتماعي الذي أوجبه عليهم ذلك أن يعين الغني الفقير وذو الميسرة ذا الحاجة والدولة تأخذ من القادر لتكفل غير القادر فالنسل قوة الأمة فهذه نظرة الشريعة الإسلامية بالنسبة للنسل وهي تدعو للإكثار[941].

أ- **تنظيم النسل:**وهو استعمال وسائل معروفة لا يراد من استعمالها استعمال العقم أو الوقوف عن الحمل أو القضاء على وظيفة جهاز التناسل بل يراد به الوقوف عن الحمل فترة من الزمن لمصلحة ما يراها الزوجان أو من يثقان به من أهل الخبرة[942].

والقصد منها مراعاة حال الأسرة وشؤونها من صحة أو قدرة على الخدمة مع مراعاة الإبقاء على استعداد جهاز التناسل للقيام بوظيفته.

ب- **تحديد النسل:**هو الوقوف بالاسال عند الوصول إلى عدد معين من الذرية باستعمال وسائل يظن أنها تمنع الحمل والقصد منها تقليل عدد النسل بالوقوف به عند الغاية سواء أصيب جهاز التناسل بعد هذه الغاية بعقم أم لا.

ج- **منع الحمل:** وهو استعمال الوسائل التي يظن أنها تحول بين المرأة والحمل كالعزل وتناول العقاقير ووضع اللبوس في الفرج ونحوه وترك الوطء في وقت الخصاب ونحو ذلك والقصد منها عدم التناسل أصلا سواء أصيب جهاز التناسل بعقم أو لا.

ولقد اختلف في ما ذكر بن عدة آراء بين الحضر والمنع والإجازة ومن أراد الرجوع إلى هذا بالتفصيل سيجد ذلك في المرجع الآتي[943]:

وعليه مما تقدم نجد أن ما ذكره الدعاة إلى تحديد النسل أو منعه من البواعث التي اعتمدوا عليها في ترويج ذلك والدعاية له لا تصلح مبررا بل هي غير صحيحة لمناقضتها الواقع ومنافاتها مقتضى الفطرة الإنسانية والإسلامية ويتبين أن لتحديد النسل أو منعه بأي وسيلة من الوسائل مضارا كثيرة دينية واقتصادية وسياسية واجتماعية ونفسية وجسمية.

---

[941]-محمد أبو زهرة،تنظيم الأسرة وتنظيم النسل،دار الفكر العربي،ط1، 1396هـ1976م،ص102-103-104.

[942]-قرار مجمع الفقهي الإسلامي رقم39(1/5) بشأن تنظيم النسل مجلة ع4، ج1 ، ص73،28 شوال 1433 الموافق لـ2012/09/15م.

[943]-الجامعة الأمريكية المفتوحة كلية الدراسات الإسلامية والعربية،فقه النوازل،الوحدة الثانية نوازل تتعلق بأحكام الأسرة،دون طبعة،دون دار نشر.

وعليه يكون تحديد النسل محرما مطلقا ويكون منع الحمل محرم إلا في حالات فردية نادرة لا عموم لها مثل الولادة غير عادية ويضطر معها إلى إجراء عملية جراحية لإخراج الولد.
أو أن الحمل يشكل خطورة على الأم لمرض أو نحوه فيستثنى مثل هذا منعا للضرر وإبقاء على النفس فالشريعة الإسلامية جاءت بجلب المصالح ودرئ المفاسد وتقديم أقوى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين عند التعارض[944].

3-الفحص الطبي قبل الزواج:

أحاطت الشريعة الإسلامية الحياة الزوجية بسياج عظيم يشمل كل الجوانب النفسية والاجتماعية والصحية والإنسانية وهّيأ لتنشئتها نشأة صحيحة ومتوازنة تشمل كل عناصر النجاح والاستمرارية إذ أرشدنا إلى كل معايير الاختيار وكيفية الحفاظ على العلاقة الزوجية وبيان السبل التي تؤدي إلى ذلك من صحية ونفسية ولتحقيق هذه المقاصد العظيمة شرع الإسلام كل ما يحققها من النظر إلى المخطوبة ثلاث مرات دعوته كذلك إلى اختيار الولود الودود وإلى التخير للنطفة واختيار سليمة البدن والعقل قوة البنيان وصحيحة الجسم التي تنجب أولادا أصحاء ونفس الشيء بالنسبة للمرأة التي عليها أن تختار شريك حياتها بالمواصفات المطلوبة وملاحظة أن العرق دساس وغير ذلك ،لذلك هل الفحص يتفق ومقاصد الشريعة ويتسق معها ومع أهداف الزواج؟

I- تعريف الفحص الطبي قبل الزواج: إن المراد به:

أ- **لغة**"فحص" هو الكشف يقال فحص الطبيب المريض أي كشف ومسه ليعرف ما به من علة وفحص الكتاب أي دقق النظر فيه ليعلم كنهه ويقال البحث عن الشيء[945].

أما الطبي:نسبة إلى الطب والطبيب العالم بالطب فهو كل حاذق عند العرب والطب هو العلم بالشيء وهو علاج الجسم والنفس[946]، وطب المريض أي دواه وعالجه.

---

[944]- الجامعة الأمريكية المفتوحة كلية الدراسات الإسلامية والعربية،نفس المرجع،ص113.

[945]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،نفس المرجع،ص1223/انظر أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،ص729/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص338.

[946]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،نفس المرجع،ص989/انظر أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا،نفس المرجع،ص530/انظر أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،نفس المرجع،ص271.

ب- **والمراد بالفحص الطبي:** هو القيام بالكشف على الجسم بالوسائل المتاحة (من أشعة الكشف المخبري والفحص الجيني وغيرها لمعرفة ما به من مرض).

ويتم عند الرغبة في الزواج وقبل النكاح وذلك لمعرفة ما لدى الزوجين من أمراض خطيرة وقد يكون بعده.

تقول الدكتورة مينا نيازي" وهي خبيرة الوراثة البشرية":"قد يتم هذا الفحص قبل الزواج ولاسيما إذا كان الزوجان من الأقارب أو بعد الزواج مباشرة إذا ظهرت مشكلة تتعلق بالإنجاب أو قبل الحمل أو بعده في حالة وجود تأريخ وراثي عائلي إيجابي لبعض الأمراض في شجرة الوراثة العائلية أو في حالة الإجهاض المتكرر وعقب الولادة مباشرة إذا كان المولود يعاني من تشوهات وراثية ظاهرية معيبة مثل الصغر الملحوظ في حجم الرأس أو الاستنقاء الدماغي أو متلازمة دوان"الطفل المنغولي"أو الشفة الأرنبية أو الأذن الخفاشية وغيرها من التشوهات غير المألوفة أو النادرة، وكذلك إذا تأخرت البنت عن البلوغ هنا يجب إجراء الفحص الوراثي فهذه الفحوصات قبل الزواج تجنب الكثير من المشاكل المتعلقة بالأمراض الوراثية التي تمثل منطقة الشرق الأوسط النسبة العليا فيها مثل التخلف العقلي الوراثي بأنواعه وأمراض فقر الدم التحللي الوراثي ومن أشهرها تكور كرات الدم الحمراء ومرض التلاسيما والأنيميا المنجلية ونقص إنزيم جلوكوز 2 فوسفات وهذه المجموعة من الأمراض تؤدي إلى سرعة تكسير كرات الدم الحمراء مما يؤدي إلى الإصابة بنوبات متكررة من الأنيميا الحادة المعروفة بفقر الدم التحليلي.

وتؤكد د.نيازي أن تقيد النصيحة للمقبلين على الزواج بضرورة إجراء الفحص قبل الزواج تأتي عندما يكون هناك تأريخ وراثي لشجرة العائلة أو النسب لدى كل من العروسين إيجابي لبعض الأمراض الوراثية بصفة سائدة أو مُتَنَحِيَّة إذ ترتفع نسبة ظهورها في الأبناء لأن كلا من الزوجين يحمل الصفة المرضية وراثيا وفي حالة تجميعهما معا أي " الصفتان المرضيتان" قد ظهر المرض في الأبناء بصورة مركزة مؤكدة الحدوث وتعتبر نتائج الفحص

مؤكدة وموثقة من واقع الفحص الدقيق الذي يتطور يوم بعد يوم وتتحدد خطة العلاج بعد تشخيص المرض[947].

II- فوائده : ولعل فوائد الفحص الطبي قبل الزواج تظهر من خلال :

1. معرفة مدى قدرة الخاطب والمخطوبة لدينا على إتمام الزواج.
2. الاطلاع على الأمراض المعدية الموجودة في كلا الطرفين أو عدم وجودها وخلوهما منها يولد الإطمئنان لديهما.
3. الكشف المبكر عن العقم أو عجز جنسي كامل أو ناقص أو أمراض تناسلية أو وراثية تمنع من حدوث الغاية من الزواج.
4. الكشف عن الأمراض النفسية المؤثرة في العلاقة بين الطرفين.
5. الكشف عن أمراض لا تمنع ولكن تؤثر في الحمل والولادة والذرية.
6. حماية الزوجين من الأمراض المعدية الخطيرة قبل الزواج إذ تنتقل بعض هذه الأمراض عن طريق الاتصال الجنسي مثل ايدز.
7. الحد من انتشار الأمراض المعدية والتقليل من ولادة أطفال مشوهين أو معاقين يقدر الإمكان.
8. العلاج المبكر لهذه الأمراض إن كان ممكن.
9. المحافظة على الزواج نفسه وعلى كيان الزوجين حيث أن كيانه قد ينهدم إذا فوجئ أحدهما بالإصابة بهذه الأمراض.
10. المحافظة على النسل وعلى صحة الذرية وهذا الهدف هو من الضرورات والكليات[948].

III- الحكم الشرعي للفحص الطبي :لقد بينت الآراء الطبية من المختصين في هذا المجال أنهم أوجبوا الفحص الطبي قبل الزواج وأيدوه لما يجلب من مصلحة ويدفع من مفسدة أما

---

[947]-الفحص الطب قبل الزواج من منظور الفقه http ;//www.e-cfr.org/1 يوم 2017/08/14 على الساعة 10:30.

[948]-علي محمي الدين النقرة داغي،علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة،دراسة فقهية طبية مقارنة .....بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية،دار البشائر الإسلامية لبنان،طبعة2، 1427هـ2006م،ص(260-261)

العلماء المعاصرين فلم يكونوا في استجابتهم لإجراء الفحص الطبي أقل تحمسا من الأطباء إذ يرى بعضهم أن الفحص الطبي:" لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج ذلك أن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى ويمكن تنظيمه- الفحص الطبي- بحيث لا يترتب عليه ضرر بالرجل أو المرأة "[949].

ويقول **الصابوني:**"إصابة أحد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى كما أن فيه تغريرا للسليم منهما إذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به وإني أقترح أن يضيف المشرع إلى هذه الشهادة تقريرا يتضمن فحص فصيلة دم كل من الزوجين فقد أثبت الطب الحديث بما توصل إليه المختبر من دقه في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضا إلى غير ذلك من الأمور التي يمكن للطب حاليا أن يبني عنها نتيجة فحص زمرة دم كل من الزوجين إن تقريرا من طبب لا يؤخر زواجا ولكنه يعطي صورة واضحة لكل من راغبي الزواج عن شريك حياته المقبل والشريعة الإسلامية تتقبل كل ما هو نافع ومفيد للفرد والأسرة في هذا المضمار ولو لم ينص عليه الفقهاء بعينه"[950].

ويرى **عارف علي عارف:** في بحثه حول الأمراض الوراثية يرى في إجراء التحليل الجيني قبل الزواج أنه :" قد يحقق مصالح شرعية راجحة ويدرأ مفاسد متوقعة وليس ف هذا معاندة لقضاء الله وقدره بل هو من قضاء الله وقدره وينفع التحليل الجيني وبخاصة في العائلات

---

[949]-أسامة عمر سليمان الأشقر،مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،دار النفائس،الأردن،طبعة1، 1420هـ2000م، ص91.

[950]-الصابوني عبد الرحمن،أحكام الزواج في الفقه الإسلامي،الكويت،مكتبة الفلاح،طبعة1، 1418هـ1987م،ص237- والصابوني عبد الرحمن الصابوني ولد في 1929م بحلب سوريا هو أبرز علماء الشريعة في العصر الحديث ومن المتخصصين في الأحوال الشخصية،من مؤلفاته مدخل لعلم الفقه،الزواج والطلاق،مصادر تشريع إسلامي، وغيرها...../ انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة الموقع

عبد الرحمن-الصابوني/http ;//ar.wikipedia.org/wiki/amosb يوم 2017/08/14 الساعة 11:44.

التي لها تاريخ وراثي لبعض الأمراض ويتوقع الإصابة بها يقينا أو غالبا والمتوقع كالواقع والشرع يحتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه"[951].

وكما يرى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة أنه لا يجوز الإلزام بالفحوص الطبية قل الزواج لأن في ذلك زيادة على الشروط الشرعية للنكاح علما أن المجلس يوصي الحكومات والمؤسسات الإسلامية بنشر الوعي بأهمية الفحوص الطبية قبل الزواج والتشجيع على إجرائها وتيسير تلك الفحوصات للراغبين فيها،وجعلها سرية لا تفشى إلا إلى أصحابها المباشرين[952].

وعليه بما أن الشريعة من أهم ما دعت إليه هو المحافظة على النسل إيجادا وإبقاءا بإنجاب الأولاد أصحاء معافين يتحقق بهم بقاء الجنس البشري لتحقيق العبودية لله رب العالمين وحفظ النسل يعد من الكليات الخمس التي أمر الله بحفظها والتي دارت عليها أحكام الشرع وقد دعا الأنبياء –عليهم السلام–ربهم بأن يرزقهم ذرية طيبة قال تعالى:﴿ **هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ** ﴾[953]، وقال تعالى: **وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا** ﴾[954]، ولا تكون الذرية قرة عين إذا كانت مشوهة الخلقة ناقصة الأعضاء مختلة ومتخلفة العقل.

وجاء في فتوى المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث"أنه لا مانع من اشتراط أحد الخاطبين على الآخر إجراء الفحص الجيني قبل الزواج"[955].

ويمكن إجماله من كل ما ذكر سابقا ويبقى للمسألة تفصيل أكثر إلا أنه ما يمكنه القول:

---

[951]– أسامة عمر سليمان الأشقر،نفس المرجع ،ص92 نقلا عن كتاب عارف علي عارف ،الاختيار والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي مجلة التجديد،ص124.

[952]–الجيزاني محمد بن حسين ،فقه النوازل،دراسة تأصيلية تطبقية ،طبعة1، 1426هـ2005م،دار اجوزي،مملكة العربية السعودية،الجزء3،ص346–347.

[953]–سورة آل عمران، الآية 38.

[954]–سورة االفرقان، الآية 74.

[955]–دورة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته 17 المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 19–1424/10/23هـ الموافق لـ2003/12/17م.

-إن إجراء الفحص الطبي فيه الكثير من المصالح ويدفع عن الناس الكثير من المفاسد والآلام وهذه المصلحة تعتبر من المصالح المرسلة التي أطلقها الشارع فلم يعتبرها ولم يلغها فالمصلحة إذا شهدت لها قواعد الشريعة العامة ومقاصدها اعتبرت وأخذ بها وخاصة وأن شريعتنا بنيت على جلب مصالح العباد في العاجل والآجل ودرئ المفاسد في المعاش والمعاد.

-كذلك أن هذه المسألة طبية فالرأي يرجع للطب ما لم يتعارض مع الشريعة ونصوصها وقواعدها ومقاصدها ولا تعارض وقد بين الطب مدى أهمية وضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج لتلافي الكثير من المفاسد ورجح إجراؤه للمقبلين على الزواج.

-إضافة أن له أهمية كبيرة في حماية النفس من الأمراض المعدية الخطرة وحفظ النسل من الأمراض السارية مثل التلاسيميا والآنيميا المنجلية وحفظ النسل مقصد من مقاصد الشريعة جاءت للحفاظ عليه وكون هذه المسألة مستحدثة وفها مصلحة راجحة لم يلغها الشارع بل شهدت لها قواعد الشريعة ومقاصدها فهي كالتوثيق في عقد الزواج ولم يقل أحد من العلماء بعدم جوازه[956].

الفرع الثالث : وجوب الزواج الشرعي لحماية نسب الطفل بعد ميلاده

جعل الشارع الحكيم(النسب) الحق الأول للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع كما أنه حق لوالديه يحفظ الأب ولده من أن ينسب لغيره، وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم ومحافظة على هذه النعمة حثت الشريعة الإسلامية جميع السبل اختلاط الأنساب فأمرت المقبل على الزواج أن:

- يتحرى عمن سيتزوجها من حيث انتهاء عدتها وعدمه وشددت في ذلك حتى لا تراوده نفسه في شيء من هذا فقال تعالى:﴿ **وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ**

---

[956]-سائدة عبد الحفيظ إغبارية،التدابير الوقائية لحفظ النسل،رسالة ماجستير في القضاء الشرعي،جامعة الخليل،إشراف د هارون الشرباتي،1429هـ2008م،ص72-73.

فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾[957]، وحافظت على الطفل من الذل وحضنته من الضياع وأبعدته عن العار فأثبت النسب من والديه فهو أول حق يثبت له بعد انفصاله عن أمه وهو أهم مقصد من مقاصد الزواج وهو المحافظة على الأنساب ومنعها من الاختلاط حتى تقوم الأسرة على وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها وإلا تفككت الأسر وذابت أواصر الصلات بينها[958].

كما نظمته الشريعة الإسلامية تنظيما دقيقا من حيث الحقوق والإلتزامات الناشئة منه فقال تعالى:﴿ **وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** ﴾ [959]،كما اثبت الله تعالى بذلك فقال:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا**﴾[960]،وقال تعالى:﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ** ﴾[961].

والمقصود بالنسب رغم أنه لم يوجد له تعريف جامع مانع في مختلف المصنفات الفقهية[962].

ونجد في تعريف – العلامة البقري محمد بن عمر البقري– الماردييني– :"هو القرابة والمراد بها الرحم وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة قربت أو بعدت كانت من جهة الأب أو من جهة الأم"وآخر"وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة".

1- وسائل ثبوت النسب للطفل بمجرد ميلاده

---

[957]–سورة البقرة، الآية 235.

[958]–عبد الفتاح تقية،مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي،دون دار نشر،1999م-2000م،ص278-279.

[959]–سورة الأنفال، الآية 75.

[960]–سورة النساء، الآية 1.

[961]–سورة النحل، الآية 72.

[962]–مجلة المجمع الفقهي الإسلامي(مجلة دورية يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي)،رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،العدد15،سنة13، 1423هـ2002م،ص38.

أ-**يثبت النسب بالفراش:** وهو أن يكون الطفل مولود على فراش الزوجية الصحيحة وهو الطريق الأصلي لإثبات النسب لقوله تعالى:﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ**﴾[963]، والمراد بالفراش كون أم الطفل حين حملت به زوجة حقيقة أو حكما فمتى كانت أم الطفل في مبدأ حملها به زوجة لزوج أهل لأن تحمل منه بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسب طفلها من هذا الزوج ذلك أن مقتضى عقد الزواج هو الاختصاص وأن تكون الزوجة محبوسة ومقصورة على زوجها وهذا معنى كونها فراشا له[964]،وقال رسول الله ﷺ في خطبة يوم حجة الوداع:"والود للفراش وللعاهر الحجر"[965] ذلك أن الولد ثمرة للفراش ونتيجة للزوجية أما العاهر الذي لا يتخذ حليلة فلا ثمرة له ولا ينسب له مولوده.

ب- يثبت النسب للولد الناتج عن زواج فاسد: ذلك أن يكون الطفل مولود من زواج فاسد ويكون الزواج فاسدا -العقد- إذا اختلت أحد شروطه[966]: أن لا يكون الزواج بين محرمين كما إذا كانت الزوجة محرمة على الزوج وأن يعقد بحضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين فإذا لم يتوافر هذان الشرطان أحدهما أو كلاهما وتم الدخول بالزوجة في هذا الزواج الفاسد ثبت نسب الطفل من أبيه على الرغم من فساده وما يقتضيه ذلك من التفريق بين الزوجين وإنما يشترط لصحة النسب ألا ينكره الزوج أو ينازع فيه[967].

ج-ثبوت النسب في الوطء بالشبهة: لا تكون امرأة فراشا عند وطئها فإذا ولدت بعد أن وطئت شبهة لم يثبت نسب ولدها ممن وطئها إلا إذا ادعى وحينئذ يثبت بالإقرار لا بالفراش

---

[963]-سورة النحل، الآية 72.

[964]-عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية،دار ابن الجوزي،القاهرة،طبعة2014،1م،ص168.

[965]- أخرج ذلك الإمام أحمد في مسنده - رقم الحديث (7242) (16376) (16377) - والطحاوي في شرح مشكل الآثار - رقم الحديث (4901) (4903)، وأصله في صحيح البخاري - كتاب العلم - باب ليبلغ الشاهد الغائب - رقم الحديث (104) - وباب كتابة العلم - رقم الحديث (112) - وكتاب جزاء الصيد - باب لا يعضد شجر الحرم - رقم الحديث (1832) - ومسلم في صحيحه - كتاب الحج - باب تحريم مكة وصيدها وخلاها - رقم الحديث (1355) (448).

[966]-أحمد محمد علي داود،الأحوال الشخصية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،1430هـ2009م،ص74.

[967]-بن عصمان نسرين إيناس،مصلحة الطفل في قانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن،سنة 2008-2009،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،دون ترقيم.

شرط ألا يصرح الرجل بأن هذا الولد من الزنى وهذا رأي الأحناف أما الجعفرية فإن وطء الشبهة سواء سبقه عقد أولا يلحق النسب بالواطئ إذا توفرت الشروط التي يثبت بها النسب بالفراش وهي:

- دخول حقيقي.
- مضي 6أشهر بين الوطء والولادة.
- ألا تزيد المدة عن أقصى مدة حمل[968].

د- الاستحقاق :ويعبر عنه أيضا بالإقرار وغالبا ما يكون في أولاد الإماء والإقرار بالنسب نوعين:

الأول:إقرار يحمله المقر على نفسه فقط كالإقرار بالبنوة أو الأبوة.

الثاني:إقرار يحمله المقر على غيره وهو ما عدا الإقرار بالبنوة أو الأبوة كالإقرار بالأخوة والعمومة[969].

ويقصد به أن يقر الأب صراحة بأن الطفل ابنه ويشترط في صحته مايلي:

- أن يكون المقر به مجهول النسب.
- أن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر.
- أن يدق المقر له في إقراره.
- أن لا يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر له أم صدقه لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تتعداه على غيره[970].

هـ-البينة:وهي الشهادة فإذا ادعى إنسان أبوة أو بنوة أو أخوة فأنكر له هذه الدعوى طولب المدعي بالبينة[971] وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

---

[968]-محمد كمال الدين إمام،جابر عبد الهادي سالم الشافعي،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2003،ص487.

[969]- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي،مجلة دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي،رابطة العالم الإسلامي،سنة 13،عدد1423،15هـ2002م،ص43.

[970]- بن عصمان نسرين إيناس،نفس المرجع، دون ترقيم.

و-القيافة: والتي هي معرفة شبه الإنسان بغيره عن طريق التدقيق في الملامح قصد إلحاق الشخص بأصوله وهي دليل يثبت به النسب عند جمهور الفقهاء وهو المالكية والشافعية والحنابلة وخالفهم في ذلك الأحناف ولكن الراجح في الفقه الإسلامي هو الأخذ بها لأن القائف خبير والتشابه في مورفولوجية الجسد بين الأقارب وخاصة بين الفروع والأصول حقيقة لا يمكن إنكارها.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية كذلك للطفل مجهول النسب[972] الحق في البحث عن نسبه من كلا أبويه عن طريق وسائل الإثبات المذكورة إلا أنها وضعت شروط معينة ،ومن أراد التفصيل فعليه بالرجوع إلى المراجع التي تخدم الموضوع[973].

المطلب الثاني : تجليات حماية هذه الحقوق في التشريع الجزائري

الفرع الأول : في قانون الأسرة الجزائري

---

[971]-محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية هي الإشارة إلى مقابلها في الترافع الأخرى،المكتبة العلمية،بيروت لبنان،1428هـ2007،ص379.

[972]-المقصود بمجهول النسب:

اللقيط عند المالكية:هو الصغير الآدمي الذي لم يعلم أبواه.

ولد اللعان:هو الطريق الذي يتم بواسطتها اتهام الزوج زوجته بالزنا أو نفي إنساب الولد إليه وهذا الطريق عبارة عن شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة.

ولد الزنا:هو المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرا كان أو أنثى كان هذا المولود.

ولد الاغتصاب:هو ولد زنا ناتج عن علاقة غر شرعية إلا أن امرأة تكون فيه مكرهة على الزنا فيرفع الإثم عنها.

[973]-أحمد عبد المجيد ،أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي.

-محمد ربيع صباهي،أحكام اللقيط في شريعة الإسلامية دراسة فقهية تربوية مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،مجلد 25، ع1،2009.

-محمد مستقيم البعقيلي،من أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي،دار الفكر ،الرباط،2010.

-وجيه عبد الله سليمان أبو معليق،أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول بها في قطاع غزة 1427هـ2005،إشراف فضيلة دكتور ماهر حامد الحوتي،كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية.

*بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة 05-02 المتعلق بتنظيم شؤون الأسرة وبحكم أنه مستمد من الشريعة الإسلامية وأن كل ما لم يرد به النص يرجع فيه كذلك إلى أحكام الشريعة حسب م 222 منه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وعليه نجد أنه عرف بالزواج في مادة 4 منه الفصل الأول المتعلق بالخطبة والزواج في القسم الأول المتعلق بالخطبة أنه:"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"والملاحظ من هذه المادة أنه عرف الزواج وجدوه:

- بأنه يعيد بالزواج على الوجه الشرعي فقط.
- والذي يكون بين رجل وامرأة فقط.

كما حدد أهدافه وأسسه:

- أنه يكون أساس هذه الأسرة المودة والرحمة والتعاون.
- الإحصان.
- المحافظة على الأنساب.

كما نص على أنه يجب أن يثبت هذا العقد: أما موظف مختص ويجب أن يراعى فيه ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 09 من نفس القانون:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"وما نص عليه في المادة 09 مكرر" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج،الصداق، الولي،شاهدين،انعدام الموانع الشرعية للزواج " تحسبا للولد وحمايته فالشاهدين للإعلان وانعدام الموانع الشرعية كذلك.

وكان هذا في المادة 18 [974] من القسم الثالث في عقد الزواج وإثباته.

إضافة أنه نص في المادة 22 منه[975] على أنه في حالة عدم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية وهو الزواج العرفي يتم تثبيته بحكم قضائي ويسجل بسعي من النيابة العامة.

---

[974]-م18 من ق 05-02:"يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام إمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و09 مكرر من هذا القانون".

*كما نص كذلك في المادة 32 على بطلان الزواج إذا ما انعدم على مانع من الموانع "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"وهذا يتماشى مع أحكام الشريعة.

أما المادة 33 فقد جعلت الزواج يبطل عند اختلال ركن الرضا إذ جاء فيها"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بصداق المثل" وهذا مقرر شرعا.

فإن كل زواج لا يتوفر على الأركان الشرعية الأربعة،فالعلاقة الزوجية تعتبر غير شرعية وذهبت المادة34 إلى ما ذهب إليه الشرع إلى أن كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء" ففسخ الزواج يكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزواج واستمراره أو بسبب حالات كانت مقارنة للعقد مقتضية عدم لزومه من الأصل ويحصل بطلان الشرط إذا اقترن بشرط ينافيه مع بقاء العقد صحيحا وهذا ما نصت عليه المادة 35"إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"ومن المعلوم أن الفقهاء قد قرروا أن للزوجة حق اشتراط ما تشاء من الشروط التي ترى فيها فائدة شرط أن لا تحرم حلالا أو تحلل حراما"[976]،ولا تتنافى في الوقت نفسه مع روح العقد وكل شرط يتعارض مع الشريعة أو ينافي العقد ولا يقتضيه يعد باطلا[977].

*نص كذلك المشرع الجزائري في المادة 7[978] مكرر في الأمر 05-02 على إلزامية الإدلاء بالشهادة الطبية لكل مترشح للزواج لا يزيد تاريخها عن 3أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية قصد الزواج،وأنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد

---

[975]-م22 من ق05-02:"يثبت الزواج بمستخرج من سجل حالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي يجب تسجيل تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

[976]-مثاله أن تشرط عدم الإنجاب وأن هذا يمس بجمالها :حرام وهو شرط باطل.

[977]-العربي بختي ،نفس المرجع،ص50.

[978]-المرسوم التنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427هالموافق ل11مايو 2006 يحدد كيفية وشروط تطبيق أحكام هذه المادة(ج ر 31 مؤرخة في 14 ماي 2006).

أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونا وهذا نص المادة 6 [979] من المرسوم التنفيذي 06-154 ومن ثم وجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد ومن علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج[980].

-وعلى هذه الفحوصات أن تشتمل على:

- فحص عيادي شامل.
- تحليل فصيلة الدم" A B C+Rhésus".
- فحوصات إضافية للكشف عن أمراض وراثية وعائلية أو أمراض معدية أو خطرة التي يمكن أن تنتقل للزوج أو النسل.
- إخضاع النساء اللواتي لازلن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بالحميراء"Rubéole" وفحص فصيلة الدم "Groupe sanguin".

-كما على الطبيب إخبار المعني بالفحوص بكل النتائج وهذا تحصنا لما سيصيب قرينه أو نسله وبالتالي له أن يقرر العدول على ذلك أو أن يتزوج رغم علمه بالمرض وله أن يتحمل المسؤولية كاملة كما لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين[981].

-كذلك بالرجوع إلى نص المادة8 من الأمر 05-02 والتي تنص :"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

---

[979]-المادة6 من المرسوم التنفيذي 05-154:"لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"

[980]-المادة 8مكرر من الأمر 05-02 فقرة2:"يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤثر بذلك في عقد الزواج".

[981]-المادة3 والمادة 4 من المرسوم التنفيذي 05-154.

فعملا بأحكام الفقه الإسلامي نص المشرع الجزائري على أن التعدد هو حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي والقدرة على الإنفاق والمساواة بين الزوجات والملاحظ أن المشرع الجزائري ورغم تعديلات 2005م لقانون الأسرة إلا أنه لم يبين ما هو المبرر الشرعي؟مما جعل الأمر موكل إلى قضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارة ونرى من بين المبررات الشرعية:عجز الزوجة لمرض أو لعقم أو عيب جنسي وهذه المبررات لا حصر لها وهي تختلف حسب الزمان والمكان والشخص إلا أنه يبقى عدم الإنجاب أو عدم القدرة عليه مبرر شرعي يسمح للزوج بذلك"[982].

-وبالرجوع إلى الفصل الخامس المتعلق بالنسبة من الفصل الأول فقد حدد المواد من 40 إلى 46 كلها لحماية النسب إذ نجد أنه في المادة:

40 نص على أنه:"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون ،ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ذلك أنه إذا جاءت الزوجة بولد فإما أن يكون حال قيام الزواج الصحيح استوفى جميع شروطه طبقا لما ورد في المواد من 7 إلى 31 من نفس القانون

1-بالفراش: يعد نسب شرعي لثبوت النسب دون اشتراط بينة أو إقرار ممن سيثبت نسب الولد منه فالزوجة مقصورة على زوجها بالإضافة أن العقد صحيح يستلزم مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 41 من نفس القانون[983] والمادة 41 منه كذلك[984].

2-**أما الزواج الفاسد:** يأخذ حكم النسب في الزواج الصحيح تطبيقا لقاعدة إحياء الولد[985]ولقد بين المشرع للقاضي حدود هذا الزواج ومفهومه في هذا الإطار وعليه فالدخول

---

[982]-بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة (نفس المرجع)،ص190/انظر بن شويخ الرشيد،نفس المرجع،ص109.

[983]-المادة41 من قانون 05-02تنص على:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

[984]-المادة42 من القانون 05-02 تنص على:"أقل مدة الحمل ستة 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر".

الحقيقي هو شرط أساسي لثبوت النسب في الزواج الفاسد مع مراعاة باقي الشروط التي ذكرها في الزواج الصحيح المادة34 [986]من الأمر 05-02.

3-**نكاح الشبهة**[987]: وهو أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه ويتصل بها اتصالا جنسيا مع جهله بالتحريم ولا يقصد الزنا.

وثبوت حمل المرأة في هذه الحالة يترتب عليه أن ينسب الولد لأبيه شرط أن يكون:

أن تأتي المرأة بالولد خلال أو بعد ستتة أشهر من وقت الوطء على أن لا تتجاوز مدة 10 أشهر من تاريخه لتؤكد احمل من الواطئ ولأنه كان نتيجة غلط بأنها تحل له[988].

4-الإقرار: نص المشرع في المادة44 :"يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

-ونجد أن الإقرار بالبنوة (وهو ما يهمنا) بأنه يصح إذا صدر من الرجل ولو في مرض الموت شرط أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر.
- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب لا يعرف له أب.
- أن لا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا.
- أن يصدق المقر له المقر في إقراره إذا كان أهلا للتصديق وشروط ذلك محددة في من قبل الفقهاء[989].

---

[985]-قرار محكمة عليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1997/10/28 فصلا في طعن رقم 172333 منشور بالمجلة القضائية العدد 1/1997 الصفحة42).

[986]- المادة34 من الأمر 05-02:"كل زواج بإحدى المحرمات بفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

[987]-والشبهة تأخذ أشكال متنوعة:

-شبهة في الفعل:وطء امرأة يجدها في فراشه فيظنها زوجته ثم بينت له أنها غير زوجته.

-شبهة في العقد:وطء امرأة مطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.

-شبهة في الحكم:كجهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونتج عنه الدخول بالمرأة.

[988]-سلامي دليلة،نفس المرجع،ص دون ذكر صفحته.

[989]-الحنابلة والشافعية:اشترطوا أن يكون بالغا عاقلا أما الأحناف يكفي أن يكون مميز.

كذلك يكون الإقرار بالأمومة:ذلك أنه يثبت نسب الولد من المرأة التي تقر بأمومتها إذا ما توفرت الشروط المذكورة آنفا إلا أنه لا يشترط أن لا تصرح بأن الولد من الزنا فنسب الولد من الأم ثابت حتى ولو أقرت بذلك (وفيها تفصيل يرجى الرجوع إلى المرجع المعتمد)[990].

5-**البينة:**هي الدلائل التي تؤيد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية طبقا لنص المادة 85 منه.

6-**الطرق العلمية:** والتي يلجأ للتأكد من ثبوت نسب الولد لأبيه من عدمه متى كشف فحص الدم ذلك ونفس الأمر بالنسبة لحالات تنازع النسب إيجابا ويعتبر بهذه الوسائل حتى لا يهدر حق الطفل في معرفة نسبه من كلا أبويه ونص المشرع عليها في المادة 40 في الفقرة الثانية "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية"وهذا جاء متماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات بعدما كان يرفض اللجوء إليها قيل تعد التعديل فهي وسيلة لمنع التحايل ودعاوي التشهير.

والمقصود بها هي الطرق العلمية القطعية تفيد في الوصول إلى الحقيقة فهي تعتمد على حمض معين موجود في جسم الإنسان ومن خلال تركيبة هذا الحمض نجده يحتوي على جزء معين يحمل صفات وراثية خاصة بكل فرد والتي تبقى ملازمة له مدى الحياة ويطلق على هذه الصفات تسمية البصمة الوراثية لأنه لا يتشابه فيها مع إنسان آخر ولمعرفتها يتم فحص الحمض النووي ADN لأحد المواد السائلة في جسمه مثل الدم،اللعاب،لحم،الجلد،الشعر،العظام،وهكذا يمكن اعتبار هذا الفحص دليل نفي أو إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات فإذا توافقت الصفات المميزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة وهذه الأخيرة لا توجد إلا عند شخص واحد فقط وهو الأب الحقيقي فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنه الأب الحقيقي الذي منه كان الطفل إضافة أن دقة ثبوت النسب بهذه الطريقة العلمية تصل حسب الخبراء والأطباء إلى نسبة 99.07 % ونسبة

---

[990]-محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي،ص396-397.

الخطأ2000.000/01 مرة وتقول التقارير أن التطور العلوم بشأن الحمض النووي كفيلة بالوصول في ظرف قصير إلى نسبة 100%.

الفرع الثاني : في قانون الجنسية

لقد منح المشرع الجزائري الجنسية الأصلية عن طريق روابط الدم ذلك أن كل من ولد من أب جزائري وأم جزائرية له الجنسية الجزائرية الأصلية وذلك طبقا لنص المادة 7 من قانون الجنسية الأمر رقم 70-86 مؤرخ بـ17 شوال 1390 الموافق لـ15 ديسمبر 1970م المعدل والمتمم بالأمر 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005م إذ تنص المادة 6 منه "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري وأم جزائرية".

أما المادة7 "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر:

1-**الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين:**غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية وكان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما.

إن الولد الحديث الولادة الذي عثر في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك .

2-الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأم مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات أخرى تمكن في إثبات جنسيتها".

كما تبنى المشرع نظام الكفالة كبديل لحماية الطفل مجهول النسب ذلك أنه عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الكفالة"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب لابنه وتتم بعقد شرعي" ونصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه يشترط في الكافل:

- **أن يكون مسلما:**حتى يتربى الطفل على أساس تعاليم ومبادئ الشريعة الإسلامية ولكي يكون الطفل المكفول مسلما في مجتمع مسلم.
- **الأهلية الكاملة:**حسب نص المادة 40 من قانون المدني التي نصت على أنه "تكتمل أهلية الشخص ببلوغ تسعة عشرة سنة كاملة من عمره وتتمثل هنا الأهلية في أهلية الوجوب وأهلية الأداء معا".

- **أن يكون الكافل عاقلا:** أي أن يكون الشخص معروفا بحسن تصرفاته ولا يعاني من أمراض عقلية.
- **القدرة على رعاية الطفل المكفول:** ذلك بتوفير الظروف المادية اللائقة للمكفول حيث يكون كاملا ويتقاضى أجرا لتغطية نفقاته وأن يوفر له الرعاية المعنوية.

أما **شروط المكفول** :لم يرد المشرع الجزائري في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للطفل المكفول وبهذا فإنه ومهما يكون أصل هذا الولد مجهولا أو معلوما فالطفل يجب أن يكون قاصرا وذلك بالرجوع إلى نص المادة116 من قانون الأسرة :ذكرت أنه يجب أن يكون الطفل المكفول قاصرا لحظة إبرام عقد الكفالة وحسب المادة 40 من القانون المدني فالقاصر هو من يبلغ 19 سنة.

-إضافة أن المادة119 من قانون الأسرة نصت أن الولد المكفول قد يكون مجهول النسب[991] أو معلوم النسب[992].

المبحث الثاني : مقصد حفظ النسل والنسب وأثرها على حقوق الطفل من حيث العدم

المطلب الأول : تحريم ونبذ بعض الأفعال الماسة بحقوق الطفل

الفرع الأول : من خلال بعض المستجدات الفقهية

1-تحديد الجنس واختياره:

-إهتمام الشارع الحكيم بالنسل بتشريع الأحكام التي من شأنها أن تكفل حمايته مما قد يخل بسلامته أو يحدث ضررا إذ عدته من الضرورات التي وجب الحفاظ عليها إيجادا واستمرارا فكانت الرعاية الوقائية التي تسبق وقوع الخطر إحدى التشريعات التي تحفظ النسل قبل وجوده وحتى يكتب له الاستمرار بعد الوجود.

---

[991]-**مجهول النسب**:وهنا تؤسس الكفالة هنا على رغبة بعض الأسر التي لا تحظى بالذرية بكفالة وتربية أطفال مولودين من أبوين مجهولين وتتم كفالتهم عن طريق المساعدة العمومية.

[992]-**معلوم النسب**:وذلك بانتساب الطفل لأبوين معلومين وهنا غالبا ما تكون الأسرة الواحدة فيها عدد كبير من الأولاد وتم بظروف صعبة مادية ومعنوية فترغب هذه الأسرة في حماية هذا الطفل عن طريق تقديمهم للكفالة.

وهذه الرعاية الوقائية هي ما يعرف اليوم بالطب الوقائي الذي له جذورا في الشريعة الإسلامية على نمط من التشريع والأحكام وهي كثيرة منها:

- تحاشي العدوى ونقل الأمراض للأصحاء قالﷺ :"لا يورد ممرض على مصح"[993].
- تجنب الزواج بالقريبات تفاديا لضعف السلالة:روى أن عمر –رضي الله عنه–كما رأى قبيلة بني السائب قد قل نسلها وضعف في قوته وبدنه قال:"قد أضْويتم فأنكحو النوابغ"[994]،فتجنب الأمراض الوراثية بالطرق العلمية الحديثة من التصرفات الوقائية التي حث الإسلام عليها وذلك ببذل الجهد لدرءها وتجنبها قال ﷺ :" لا ضرر ولا ضرار[995]"وقالﷺ:" لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"[996]،فالوقاية من الأمراض الوراثية حالة ضرورة هذا يؤدي بالقول : إلى الحاجة اختيار جنس الجنين بهدف الوقاية من الأمراض الوراثية .
- أما ما تعلق بتحقق التوعية البشرية التي تقوم على أساس المفاضلة بين الجنسين وتفضيل الذكر خاصة لاعتقاد كونه حاجة بشرية عامة:ذلك أن ما جبلت عليه البشرية من حيث النسل والذرية فشرع الله الزواج طريقا مشروعا للحصول عليه إضافة أن القلوب قد مالت إلى حب الذكر أكثر من الأنثى حتى كان من يأتيه مولودا أنثى يضيق به ضررا ويقف حائرا ﴿ **يَتَوَارَى مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ** ﴾[997] ،ولعل من الأسباب[998] .

---

[993]–سبق تخريجه انظر ص

[994]–العراقي عبد الرحيم بن الحسين،المغني عن حمل الإشعار بها هش إحياء علوم الدين،دار المعرفة،بيروت لبنان ،دون طبعة ،دون تاريخ،ج2،ص41.

[995]– يقول الإمام النووي رحمه الله تعالى :عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (لا ضرر ولا ضرار)، هذا الحديث حديث عظيم مشتمل على كلمات فيها نفي الضرر والضرار، وهو من جوامع كلم النبي صلى الله عليه وسلم، وهو مشتمل على قاعدة من قواعد الشريعة، وهي رفع الضرر والضرار، وهو خبر بمعنى النهي، أي :النهي عن الضرر والضرار، كتاب شرح الأربعين النووية ، ج 29، ص 2.

[996]– البخاري معلقا بعد حديث (5707)، وأبو داود (3912).

[997]–سورة النحل، الآية59.

[998]–نذكر من بين هذه الأسباب:

1. كونه عرف عند الناس أن الذكر عمود النسب الذي تتصل به سلسلة النسب.

-ولما كان هذا المثيل مما لابد للإنسان فيه[999]فقد دعا الإسلام لضبطه وتحقيق حدته وذلك بقهر النفس عن الجنوح إلا ما لا يحل وإرسالها بمقدار الاعتدال فيما يحل وذلك راجع إلى ما ينشأ من الأفعال من جهة تلك الأوصاف مما هو داخل تحت الاكتساب"[1000]لهذا حرم الله التميز بين الأولاد والبنات فلا يحل اختيار جنس الجنين سبب تفضيل أحد الجنسين على الآخر وهذا لمنافاته لمبدأ المساواة في الإسلام ولما يتضمنه من أخلاق الجاهلية التي ميزت بين الجنسين قال تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** ﴾**[سورة الحجرات، الآية 13]**، إضافة أن هذا يتعارض مع القواعد العامة للشريعة وأولها كشف العورة لغير الضرورة واختيار الجنس ليس سبب موجبا إضافة لما يطلبه من مفاسد للمجتمع الإسلامي وذلك بزيادة نسبة أحد الجنسين على الآخر وانتشار الفساد والمشاكل الاجتماعية والآفات الصحية والتعامل مع الأولاد على أنهم أدوات سخرت لإرضاء رغبات الآباء.

لذلك نجد أن:

- يباح اختيار جنس الجنين لضرورة أو حاجة تنزل منزلتها وذلك اختيار جنسه بهدف الوقاية من الأمراض الوراثية المرتبطة بالجنس.
- لا يباح اختيار جنس الجنين بهدف تلبية الرغبات البشرية القائمة على تفضيل أحد الجنسين على الآخر .

---

2. أنه يرجى به الشرف ما لا يرجى من الأنثى كقيادة الجيش وزعامة القوم والأعمال ..الخ.

3. نصرة اذكر وكفالته عند الحاجة إليه من الضعف والكبر.

[999]-أشار الإنسان لهذا الميل في عدة مواضع من القرآن الكريم:قال تعالى:" زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ (14)"سورة آل عمران والشاهد هنا البنين مقصود به الذكورة.

[1000]-الشاطبي،الموافقات،جزء ثاني،ص175/(انظر نظرية المقاصد عند الشاطبي)الريسوني،ص150.

• لا يباح للفرد أو الدولة اختيار جنس الجنين خاصة الذكر بحجة أنه حاجة بشرية اجتماعية واقتصادية أو عسكرية[1001].

• أباحت الشريعة الإسلامية إمكانية تحديد الجنس عن طريق الوسائل الطبيعية[1002].

• أما تحديد النسل بالوسائل الطبية[1003]فقد:اعتبر أن الحالة الأولى والحالة الثانية فمع التسليم بجواز هذه الطرق وبضوابط معينة طالما أنه بين الزوجين أي بمني الزوج وبويضة الزوجة إلا أن الأمر يحتاج إلى نظر في شأن جنس المولود أثناء التلقيح وهذا الأمر يضبطه المفاسد والمصالح والعلاقة بينهما.

• فإذا كان تحديد الجنس بهذه الوسيلة يكتنفه مفاسد كثيرة وأكبر من المصالح المرجوة أو مساوية فإن القواعد الفقهية تقضي المنع كون درئ المفسدة مقدم على جلب المصلحة وكذا من جانب المساواة لأن الشارع اهتم بالمنهيات أكثر من اهتمامه بالمأمورات وهذا يظهر أن الحكم مبني على استظهار المضار أو المنافع المترتبة على هذه الحالة وهذا يحتاج إلى تفصيل فنرجو الرجوع إلى المرجع الذي يبين ذلك[1004].

[1001]–سارة محمد حامد العمري،الأحكام الشرعية المتعلقة باختيار جنس الجنين المولود قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص الفقه وأصوله في جامعة اليرموك،أربد الأردن،1999م،ص111-112.

[1002]–يقصد بالوسائل الطبيعية :نظام غذائي وذلك بتركيز عناصر كيميائية معينة بالدورة المائية للمرأة قبل موعد الحمل.

[1003]–الوسائل الطبية:وهو ما يتخذه الطبيب من إجراءات نحو تخصيب البويضة بحيوان منوي ذكري أو أنثوي على حسب رغبة الوالدين وله ثلاث حالات:

الحالة الأولى:حدوث تخصيب داخل رحم المرأة وذلك بأن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج وتحقن في موقع مناسب داخل مهبل الزوجة أو رحمها.

الحالة الثانية:حدوث تخصيب خارج رحم المرأة ثم إعادة البيضة المخصبة إليه.

الحالة الثالثة:وهي تعتبر حالة القناة التناسلية عند المرأة إذ تقوم على تهيئة الحالة الحامضية للمهبل استعدادا لاستقبال الحيوان المنوي.

[1004]–شوقي ابراهيم عبد الكريم علام،تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية،دراسة مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،طبعة1، ص40 ومايليها،انظر الشحات ابراهيم محمد منصور،التحكم في جنس المولود في ميزان الشريعة الإسلامية،دار النهضة العربية،دون طبعة،ص40 ومايليها.

• أما بالنسبة للحالة الثالثة[1005] لا يختلف حكم تغيير حالة القناة التناسلية عند المرأة عن الحكم الذي سبق ذكره في حالة تحديد جنس المولود عن طريق النظام الغذائي وذلك لأن عملة تهيئة الحالة الحامضية للمهبل لا تعدو أن تكون وسيلة طبيعية مثل الأغذية وتوقيت الجماع بوقت معين مع ملاحظة أن تخصيب البويضة بالحيوان المنوي يتم داخل الرحم وبالطريقة الطبيعية وهي مباشرة الزوج زوجته ومن ثم فهي بهذا تكاد تكون ضمن الوسائل الطبيعية التي سبق تناولها لولا وجود التدخل الطبي باستعمال مواد حمضية لتغيير حالة القناة التناسلية المباحة.

• وأخيرا إن علم الله تعالى بما في الأرحام علم شامل يقيني لا ظني فالله يعلم المولد قبل أن يولد بل قبل أن يتكون أصلا ...يعلم علما شاملا ويخبر الملائكة لبعض ما يعلم نسبه[1006] ،قال تعالى:﴿ **قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ** ﴾ [1007].

2- الاستنساخ وأثره على النسل :

قرر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته العاشرة بجدة في الفترة من 28 جوان إلى 3 جويلية 1997 أنه[1008] يجوز شرعا الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان ف حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد وجاء بالقرار أنه بناءا على ما سبق من البحوث والمناقشات والمبادئ الشرعية التي طرحت على مجلس المجمع قرر ما يلي:

1- تحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر الجنسي[1009].

[1005]- شوقي ابراهيم عبد الكريم علام،تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية،دراسة مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،طبعة2014،1م، ص39.

[1006]-محمد السقاعيد،قضايا طبية معاصرة في ضوء الفقه الإسلامي،دون تاريخ،دون عدد،دون صفحة.

[1007]-سورة البقرة،الآية32.

[1008]-محمود أحمد طه:الإنجاب بين المشروعية والتحريم،رفض الإنجاب،التلقيح الصناعي الاستنساخ،تعديل الصفات الوراثية في الجنين،دار الفكر والقانون،مصر،2015،ص186 انظر شعبان الكومي أحمد فايد أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،مصر،الاسكندرية،2006م،ص136-137.

[1009]-**صور الاستنساخ:**

2- إذا حدث تجاوز للحكم الشرعي المبين في الفقرة أولا فإن آثار تلك الحالات تعرض لبيان أحكامها الشرعية.

3- تحريم كل الحالات التي يقحم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء أكان رحما أو بويضة أو حيوانا منويا أم خلية جسدية للاستنساخ.

4- يجوز شرعا الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد .

5- مناشدة الدولة الإسلامية إصدار القوانين والأنظمة لغلق الأبواب المباشرة ولغير مباشرة أمام الجهات المحلية أو الأجنبية والمؤسسات البحثية والخبراء والأجانب للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميدانا لتجارب الاستنساخ البشري والترويج لها.

6- المتابعة المشتركة من قبل كل من المجمع الفقهي الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لموضوع الاستنساخ ومستجداته العلمية وضبط مصطلحاته وعقد الندوات واللقاءات اللازمة لبيان الأحكام الشرعية المتعلقة به.

7- الدعوة إلى تشكيل لجان متخصصة تضم الخبراء وعلماء الشريعة لوضع الضوابط الأخلاقية في مجال بحوث علوم الأحياء(البيولوجيا)لاعتمادها في الدول الإسلامية.

01-**صورة1**:وهو أن يكون الاستنساخ بأخذ نواة خلية من أنثى لتوضع في بويضة أنثى أخرى بعد نزع نواتها ثم الزرع النهائي في الرحم وهنا أفتى بحرمتها وفق قاعدة أصولية وفقهية"القياس على حرمة الاستمتاع الجنسي بين أفراد النوع الواحد،فإذا كان الاستمتاع الجنسي بين النوع الواحد حرام فالإنجاب أولى بالحرمة وكذلك سدا للذرائع ومنع انتشار الرذيلة.

02-**صورة 2**:هي أخذ نواة من خلية امرأة لتوضع في بويضة نفس المرأة وهي حرام كالأولى.

03-**صورة3**:أن تكون النواة من خلية امرأة لتوضع في بويضة امرأة والحكم فيها هو التحريم القاطع لأنه عبث وتشويه لخلق الله إذ ينتج مخلوقا جديدا بالمرة.

04-**صورة4**:هي أن تكون نواة من خلية ذكر إنسان ولكن ليس زوجا للمرأة صاحبة البويضة والحكم فيها تحريم أيضا لأنه في معنى الزنا وإن كان ليس زنى حيا لعدم توافر أركانه ولكنه يؤدي مثل ما يؤدي إليه الزنا وهو اختلاط الأنساب .

وهذه الصور محرمة تحريم قطعي متفق عليه بإجماع العلماء في تحريم الاستنساخ البشري.

8- الدعوة إلى إنشاء ودعم المعاهد والمؤسسات العلمية التي تقوم بإجراء البحوث في مجال علوم الأحياء البيولوجيا والهندسة الوراثية في غير مجال الاستنساخ البشري وفق الضوابط الشرعية حتى لا يظل الإسلامي حالة على غيره وتبعا في هذا المجال.

9- تأصيل التعامل مع المستجدات العلمية بنظرة إسلامية ودعوة أجهزة الإعلام لاعتماد النظرة الإيمانية في التعامل مع هذه القضايا وتجنب توظيفها بما يناقض الإسلام وتوعية الرأي العام للتثبت قبل اتخاذ أي موقف استجابة لقوله تعالى:﴿ **وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا** ﴾[1010].

وفي دورته 15 المنعقدة 1998/10/31 أصدر قرارا آخر بتحريم الاستنساخ وبرر ذلك من خلال ما يلي:

- اعتبر الاستنساخ اعتداء على سنة الله في خلق الإنسان وتكوينه عن الزواج بين الذكر والأنثى لقوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ** ﴾[1011].

- خلق الله تعالى الإنسان وصوره ونفخ فيه من روحه وكرمه وخلقه في أحسن تقويم ولا يجوز العبث بأي مرحلة من مراحل خلقه سواء أكان خلية أم نطفة أم علقة أم مضغة أم جنينا.

- الاستنساخ معرض لإيجاد أشكال بشرية مشوهة وغير سوية وهذا يتعارض مع قوله تعالى:﴿ **الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ** ﴾[1012]،وقوله أيضا ﴿ **خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ** ﴾[1013].

[1010]-سورة النساء، الآية 83.

[1011]-سورة الحجرات، الآية 13.

[1012]-سورة السجدة، الآية 7.

[1013]-سورة التغابن، الآية 3.

– الاستنساخ تغيير لسنة الله في خلق الإنسان وخروجه إلى الحياة قال تعالى:﴿ **يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ**﴾[1014]، وتغيير للطريق المشروع للنسل لقوله تعالى: ﴿ **ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ**﴾[1015]، وتعتمد عمليات الاستنساخ على التلاعب بالمورثات الجينية للإنسان من أجل الوصول إلى المنسوخ المتشابه وهذا يدخل في المحظور وهو تغيير في خلق الله وهذا من عمل الشيطان:﴿ **وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا** ﴾[1016].

– يؤدي الاستنساخ البشري إلى ولادات تختلط فيها الأنساب لا يعرف نسبته إليه وهل يعد توأما للمستنسخ منه أم ابنا والمنسوخة من المرأة هل هي توأم لها أم أنها أختا لها وكيف سيعامل المنسوخ في الميراث وغيره من الأحكام.

– الزواج بين الرجل والمرأة هو الطريق الشرعي الوحيد للتكاثر بين البشر قال تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾[1017]، أما الاستنساخ فهو سعي للتكاثر بطرق مغايرة لسنة الله في خلقه وسنته في قصد التوالد عن طريق الزواج ووضوح الأنساب والقرابة قال تعالى:﴿ **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** ﴾[1018].

– إن في الاستنساخ هدم للأسرة التي هي أساس المجتمع والذي يتكون من أسر الفرد منها اسمها ومكارمها وسمعتها ويحظى برعايتها وحمايتها وبالاستنساخ لا يتحقق ذلك كله.

– التنوع والتميز سنة الله في خلق الإنسان ومن شأنه إثراء الحياة وفيها حرمان للمنسوخين من التميز والاختصاص والاختلاف عن الآخرين قال تعالى:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ**

[1014]–سورة الطارق، الآية 7.

[1015]–سورة السجدة، الآية 8.

[1016]–سورة النساء، الآية 119.

[1017]–سورة الروم، الآية 21.

[1018]–سورة الفرقان، الآية 54.

﴿ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالِمِينَ ﴾[1019]،فضلا أن التشابه الجسدي يمنع التميز بين المجرم وشبيهه.

ولعل الصورتين محل البحث دون وضع رأي لهما في الوقت الحالي[1020].

الصورة الأولى: تكون فيه النواة التي تعمل المادة الوراثية من خلية ذكر إنسان(زوج) توضع في بويضة امرأة (زوجته)[1021] شرط أن يكون مازال حيا(أي الإنجاب اللاجنسي بين الزوجين فهنا يفتى بالتوقف في مثل هذه الحالة دون القول بالتحريم أو الإباحة وانتظارا لنتائج الأبحاث والتجارب في مجال الاستنساخ فإذا كان الطفل:

- المولود نتيجة هذا مشوه وغير سوي في أي جانب من جوانب التكوين الجسمي والنفسي والاجتماعي فالحكم هو التحريم.
- أما إذا كان الطفل المولود بهذه الطريقة طبيعيا لا تشوبه شائبة فيصبح الحكم في هذه الحال محل مناقشة العلماء من كل الشخصيات الإنسانية والفقهية حيث يبدو ساعتها أن الزوج الذي لا يستطيع الإنجاب بالطريق الطبيعي (الجنسي) صاحب حق في اللجوء إلى الاستنساخ البشري وفقا لهذه القواعد.

أما الصورة الثانية: فهي المعروفة بالتوأم السيامي أو المتطابق وهي صورة للاستنساخ البشري لا يستغنى فيها عن الحيوان المنوي كما في الحالات السابقة وإنما هي محاولة تنصيب البويضة بالحيوان المنوي في طبق خارج الرحم وتقسيم الخلية الناتجة عن هذا التلقيح لأكثر من خلية تتطابق جميعها وتحمل نفس الصفات الوراثية وهو يفتى فيها[1022] بالتوقف دون القول بالتحريم أو الإباحة انتظارا لنتائج تجارب الاستنساخ وما ستسفر عنه.

[1019]–سورة الروم، الآية 22.

[1020]–خالد مصطفى فهمي،النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2014،ص260.

[1021]–عبد الحليم محمد منصور علي،الاستنساخ البشري،الطموحات العلمية والحقائق الشرعية،دراسة فقهية مقارنة،المكتب الجامعي الحديث،طبعة2013،1م،ص44.

[1022]–الشيخ محمد الغزالي،في المرجع:خالد مصطفى فهمي(النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ ....) ص258–209.

كما قال **محمد متولي الشعراوي:** عندما سئل عن مشروعية الاستنساخ أن كل شيء مسخر في الكون لخدمة الإنسانية فما هدف هذه الأبحاث من الاستنساخ الذي يقوم به ولو سألوا لن تجد لديهم إجابة على هذا السؤال لأنهم يبحثون لمجرد البحث.

وعليه:أن الاستنساخ الجسدي(اللاجنسي): يظهر إشكالية نسب الطفل المستنسخ كون أن المألوف وجود أنسان من ذكر وأنثى نصف خلية منه ونصف خلية منها أما الاستنساخ فيولد من الخلية الكاملة ووجودها محل إشكال عند ميلاد الطفل لمن ينسب(لمزيد من التفصيل يرجى الرجوع المرجع التالي)[1023].

وعليه إن الاستنساخ في مجال الإنسان المسموح به هو تخليق لخلايا لاستبدالها بخلايا فاسدة أما الاستنساخ ذاته فهذا محظور بأي شكل وبأي صورة لما فيه أضرار بنسب الطفل ومصلحته.

الفرع الثاني : من خلال تحريم بعض الأفعال

1 – تحريم الزنا[1024]: ذلك أن الزنا يعتبر من أخطر الجرائم التي عملت الشريعة الإسلامية على تحريمها وتجريمها بإلحاق عقوبات صارمة بمرتكبيها سواء أكانوا رجال أم نساء متزوجين أو لا فهي جريمة قصدية "قصد إجرامي" ولا يجوز الاحتجاج بالجهل بأحكام

[1023]–يوسفات علي هاشم،أثر الاستنساخ البشري على النسب،مجلة القانون والمجتمع،العدد الأول،1434هـ2013م،(تصدر عن مخبر القانون والمجتمع بجامعة أدرار)،(302إلى 305).

1024–**تعريف الزنا:الأحناف:**الزنا هو اسم للوط:الحرام من قبل المرأة الحية في حالة الاختيار العدل ممن التزم أحكام الإسلام،للعاري عن حقيقة المالك وشبهته وعن حد الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته/انظر علاء الدين زكي مرسي،جرائم الاعتداء على العرض،الكتاب الثاني،المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة،2013،ص146.

ويعرفونه كذلك :"إدخال المكلف الطائع قدر حشفته من قبل مشتبه حالا أو ضيا بلا ملك أو شبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أخلته فإنهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين"/انظر أمين حسين يونس،أثر الزنا في مسائل الأحوال الشخصية،دار الثقافة،1431هـ2010م،ص26.

أما **الشافعية:**الزنا هو وطء رجل من أهل دار الإسلام لامرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد ولا ملك وهو عاقل مختار عالم بالتحريم.

المذهب المالكي:الزنا هو وطء مكلف فرج امرأة لا ملك له فيه تعمدا وعرفوه أيضا أنه "كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين"الزنا هو وطء امرأة من قبلها حراما لا شبهة له في وطئها فهو زان"

المذهب الحنبلي:ويجب عليه الحد إذا كملت شروطه الوطء في الدبر مثله في كونه زنا لأنه وطء في فرج المرأة فلا ملك به فيها ولا شبهة ملك فكان زاني وعرفوه أيضا فعل الفاحش.

الشريعة الإسلامية فيها محرم من النسب والمصاهرة فلا يقبل من الزاني الدفع بجهله بأن يتصل بها جنسيا محرمة عليه أصلا كمن يأتي خالته أو عمته أو ابنته لأن الفقهاء أباحوا الإعتداء بهذا الجهل إن وجدت ظروف قاهرة جعلت العلم بأحكام الشريعة مستحيلا كما لو كان الشخص حديث عهد بالإسلام.

2 – تحريم الاغتصاب: لم يتعرض الفقهاء تعريف مصطلح الاغتصاب إذ قصره البعض في الحديث عن جريمة الزنا باعتبار الرجل هو المغتصب وعرفها بأنها "حمل الرجل المرأة على الاتصال به جنسيا دون رضا أو اختيار منها"أما البعض الآخر اعتبر مصطلح اغتصاب مصطلح آخر للواط وعرفت بأنها "إرغام الرجل أو المرأة غيرهما على الاتصال به جنسيا دون رضا الطرف الآخر أو دون اختيار منه إذا كان ذلك حراما محضا وهذا يشمل جريمة الاغتصاب التامة كانت زنا أو لواطا وسواء كان الجاني رجلا أو امرأة" وبالتالي يخرج معنى الاغتصاب من مقدمات الزنا والسحاق وعن اغتصاب الزوجة أو ملك اليمين ونكاح شبهة وبالتالي الفاعل هنا لا يعد مرتكبا لجريمة الاغتصاب[1025].

3 – تحريم التبني: حرم الإسلام التبني وأبطل كل آثاره وذلك بقوله تعالى:﴿ **مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾[1026].

كان التبني معروفا عند العرب في الجاهلية إذا أعجبه من الرجل جَلْدُه[1027] وأُضْرِفَه ضمه إلى نفسه وجعل له نصيب ابن من أولاده في الميراث وكان ينسب إليه فيقال فلان بن فلان

[1025]–إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان،أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية،مذكرة ماجستير قسم العدالة الجنائية ،كلية الدراسات العليا،جامعة نايف للعلوم الأمنية،الرياض،2004،ص18–19.

[1026]–سورة الأحزاب، الآية 4 – 5.

[1027]–الجلد:القوة والشدة/انظر مجد الدين محمد ن يعقوب الفيروزآبادي،نفس المرجع،ص283 حرف الجيم.

وقد تبنى الرسولﷺ **زيد بن حارثة**[1028] قبل أن يشرفه الله تعالى برسالته وكان يدعى **زيد بن محمد** واستمر الأمر على ذلك إلى أن نزل قوله تعالى في شأن تحريم التبني وإنما ينسب إلى أبيه إن كان له أب معروف فإن جهل أبوه دعى "مولى" وأخا في الدين" وبذلك منع الناس من تغيير الحقائق وصينت حقوق الورثة من الضياع والانتقاص وبذلك يتبين هنا أن النسب لا يثبت بطريق التبني وأنه وسيلة غير مشروعة في إثبات النسب فالعدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لا لأبيه المزور فمن تبنى لقيط أو مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده لم يكن ولده حقيقة فلا يثبت التوارث بينهما ولا تجري عليه أحكام التحريم بالقرابة إضافة إلى ما في ذلك من الحرام والبهتان[1029] ذلك أن الإباحة في هذا ينشر الزنا وتختلط الأنساب بين الناس،وما فيه من اعتداء على حقوق الإنسان من الزواج والميراث فلحماية الطفل لا يكون بتزوير آبائهم وأمهاتهم وتذويب عقائدهم وتحوير أديانهم وأنظر من ذلك هو أن يسلم طفل مسلم إلى أسرة غير مسلمة ويؤخذون إلى أقطار غير أقطارهم وما يمكن أن ينتج عنه من ضرر.

4 – تحريم بعض أساليب التلقيح الصناعي:

نظرا لتطور العلوم الطبيعية الحديثة في مجال طرق الإخصاب واقتراح الطرق الكفيلة بمعالجة العقم وضعف الخصوبة لدى الزوجين إلا أن الأساليب التي جاء بها تتماشى مع قواعد الدين والأخلاق ومع بعض النصوص القانونية السارية المفعول وبعضها الآخر يتنافى

[1028]–زيد بن حارثة،المتوفى (سنة8هـ)صحابي وقائد عسكري مسلم كان مولى للنبي محمد ﷺ تبناه النبي محمد ﷺ قبل بعثته وهو أول الموالي إسلاما والوحيد من أصحاب النبي ﷺ الذي ذكر اسمه في القرآن الكريم انظر ويكيبيديا الموسوعة الحرة:

زيد–بن–حارثة/https ;//ar.wikipedia.org/wiki يوم 2017/08/18 على الساعة 11:56.

[1029]–فؤاد مرشد داؤود بدير ،أحكام النسب في الفقه الإسلامي،مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا،جامعة نجاح وطيبة فلسطين،1422هـ2001م،ص80/انظر ممدوح عزمي،دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين ولغير المسلمين في ضوء الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،مصر،2004،ص117.

مع مبادئ وقواعد الشرع والتشريع لذلك كشفت العلوم البيولوجية الحديثة على وجود عدة وسائل للإنجاب الطرق الصناعية حيث يتم بإحدى الطريقتين الأساسيتين:

أ – **التلقيح الداخلي**[1030]: أو تلقيح داخل الجسم ويتم عن طريق إدخال الحيوان المنوي إلى قناة فالوب بالرحم ليتحد مع البويضة وباتحاد المني مع البويضة تتكون النطفة الأمشاج وذلك في حالة ضعف الحيوان المنوي للزوج.

ب – التلقيح الخارجي[1031]: وهو تلقيح خارج الجسم ويتم باستخراج الحيوان المنوي واستخراج البويضة والجمع بينهما في أنبوب اختبار ليتحدا ثم تستدخل اللقيحة إلى الرحم.

اتفق الفقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة حالتين فقط للتلقيح الاصطناعي والمتمثلة في الحالة الأولى والثانية،وحتى تكون هذه العملية مثبتة للنسب لابد لها من شروط:

- أن تكون هناك حاجة قصوى لإجرائه.
- أن يتم التلقيح ببويضة الزوجة ومني الزوج.
- حال قيام الزوجة.
- أثناء حياة الزوج.

ومع كل هذا فلابد كذلك من ضمانات لنقل الماء والبويضات حتى يمنع استبداله أو اختلاطه بماء غيره،وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته المنعقدة في 11–16 أكتوبر 1986[1032] إذ أنه أكد على أنه:"لا حرج في اللجوء عند الحاجة مع التأكد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة في تلقيح الزوجة بذات مني زوجها دون شك في اختلاطه أو استبداله".

5– تحريم الأم البديلة(استئجار الأرحام)[1033]:

[1030]–برهان مزهر محمد القيسي،عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر،دار الكتب القانونية،مصر،2015،ص28.

[1031]–زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة،الدار العربية للعلوم،الأردن،طبعة1418،2هـ1998م،ص86.

[1032]–بلحاج بلعربي،الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري،دراسة مقارنة،ديوان المطبوعات الجامعية،2011م،ص157–158.

[1033]–وهو الصورة النظرية التي يجري فيها التلقيح الاصطناعي الخارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين ثم تعاد اللقيحة في رحم امرأة أخرى هي زوجة ثانية للرجل وقد تكون إحداهما متبرعة للأخرى حيث تبرعت الأولى بالبيضة وتبرعت

لقد حرم الفقهاء عملية تأجير الأرحام خاصة التي يدخل فيها طرف أجنبي ثالث متبرع سواء بالبيض أو الرحم والبيضة والمني أو ارحم فقط حتى ولو كانت زوجة ثانية لنفس الرجل فالحكم في هاته الحالات هو التحريم القطعي باتفاق أغلب الفقهاء فأطراف العملية غرباء أجانب عن بعضهم بعضا ولا رابطة شرعية تربطهم مما يعني تداخل الأنساب واختلاطهم الأمر الذي يكفل بتحريم هاته الصورة وتأثيم كل من يشارك فيها بأي صورة مباشرة أو غير مباشرة ولعل أهم الحجج لهذا:

– قال تعالى:﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (29) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (30) فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ** ﴾[1034]،ووجه الدلالة ﴿ **إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ**﴾[1035]، وتعني حرمة التكشف على غير الزوج.

– وقال تعالى: ﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ** ﴾[1036] ، والولد في المرأة المؤجرة ذات الرحم المؤجر هو ولد غير مشروع ذلك أن الزوجية هنا منتفية.

– قال تعالى:﴿**لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ(49) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**﴾[1037]،ووجه[1038] الدلالة أن هناك بعض الناس يعانون العقم وعليه فليس هناك مصلحة من مخالفة الشرع بمحاولة الإنجاب عن طريق الرحم المؤجرة.

– تأجر الأرحام يؤدي إلى اختلاط الأنساب من ناحية الأم وفيه شبهة الزنا.

الأخرى برحمها للحمل،ويعبر بالحمل لحساب الغير /انظر على أحمد لطف الزبيري،المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،2015،ص516.

[1034]–سورة المعارج، الآية 29 –31

[1035]–سورة المؤمنون ، الآية 6.

[1036]–سورة النحل، الآية 72.

[1037]–سورة الشورى، الآية 84 –50.

[1038]–انظر حسين هيكل ،النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر و التوزيع،مصر،ص387.

– إذا كان نسب الطفل الناتج عن هذه العملية ثابت من جهة الأب فالجيرة تبقى قائمة من جهة الأم.

– تطبيق قاعدة درئ المفاسد أولى من جلب المصالح إذ تحدث العديد من النزاعات بين صاحبي اللقيحة وصاحبة الرحم (في الغالب).

– إذا كانت صاحبة الرحم متزوجة فالإسلام يمنع مخالطة السائل المنوي لزوجها وبها جنين في بطنها من رجل آخر وهي الحكمة من تشريع العدة حتى يمنع هذا الاختلاط في الأنساب في حالة وجود جنين في رحمها من الزوج الأول.

والملاحظ أن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 7 المنعقدة في سنة 1404هـ أجاز إجارة الرحم إذا كانت زوجة ثانية وإلا فلا يجوز وقال **الشيخ الزرقا**"إذا كانت المتطوعة بالحمل زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها[1039].

وجاء في قراره"أن الأسلوب السابع[1040] الذي تأخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين وبعد تلقيحها في وعاء اختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض إختيارها لهذا الحمل عن ضرتها المنزوعة الرحم يظهر لمجلس المجمع الفقهي أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة"[1041].

وفي الدورة الثامنة قرر المجلس سحب حالة الجواز إذ جاء فيه"أن الزوجة التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة

[1039]– قرارات المجمع الفقهي الإسلامي،مجلة مجمع الفقه الإسلامي دورة2،العدد2،سنة1986م،ج1،ص365 وما يليها.

[1040]–الأسلوب السابع:وهو أن تكون المرأة صاحبة الرحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي.

[1041]–الشروط العامة وهي:

- وجود عقد قانوني بين الزوجين من جهة وصاحبة الرحم من جهة ثانية.
- يتحمل الزوجين كافة النفقات المالية من بداية الحمل إلى نهايته من فحوصات طبية وأجرة الطبيب كالغداء وأجرة السكن والملبس وكافة النفقات الأخرى وتستمر إلى غاية ثمانية أسابيع بعد الولادة.
- يقوم الزوجين بأخذ الطفل مهما كانت حالته بشرط أن يكون نتيجة بيضتهما الملقحة .
- يلتزم كل طرف بالمحافظة على سرية العملية متى طلب منه الطرف الآخر ذلك.
- يلتزم الزوجين بدفع المبلغ المتفق عليه بعد إنهاء العملية.
- يلزم الطرف الثاني بالخضوع للفحوصات قبل وأثناء الحمل وبعد الولادة.

الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البيضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الأخرى التي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم معاشرة ولد الزوج ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقة لكل من الحملين والتباس وما يترتب على ذلك من أحكام وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحال المذكورة"وبعد قرر المجمع الفقهي سحب حالة الجواز في دورته 1404هـ[1042].

6 – التخلص من الأجنة الفائضة:

لقد ارتأى المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 06:"إباحة التخلص من الأجنة الفائضة الموجودة في مراكز أطفال الأنابيب بتركها دون عناية طبية لتموت سدا للذرائع وعدم التلاعب بتلك الأجنة المجمدة مستقبلا"ولا يعتبر ذلك قتلا لحياة وهو أمر يشبه العزل أي إرسال الماء خارج الرحم[1043]،وقد قرر في قراره بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة:

أولا: في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها،يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة.

ثانيا: إذا حصل فائض من البيضات بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.

ثالثا: يحرم استخدام البيضة الملقحة من امرأة أخرى ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع[1044].

المطلب الثاني : تجليات تحريم هذه الأفعال الماسة بحقوق الطفل في التشريع الجزائري

الفرع الأول : في قانون العقوبات

[1042]–قرارات المجمع الفقهي الإسلامي،نفس المرجع،ص323–324.

[1043]–محمد عبد الله الشلتاوي،ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة(أطفال الأنابيب)،دون دار ،طبعة1991،1م–1992م،ص84.

[1044]–بلحاج العربي،(الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري)دراسة مقارنة،نفس المرجع،ص159–160.

نص على تجريم الزنا: أن المشرع الجزائري لم يعرف الزنا بل ترك ذلك للفقه إذ جاء في نص المادة 339 من قانون العقوبات:"يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناءا على شكوى الزوج المضرور وأن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

ولقد حاول المجلس الأعلى سابقا(المحكمة العليا حاليا) تعريف الزنا في قراره الصادر بتاريخ 25 مارس 1969 إذ جاء فيه أن"جريمة الزنا جريمة عمدية تشترط لتكوينها القصد الجنائي ويتوافر هذا القصد لدى الفاعل الأصلي إذا تم الجماع أو الوطء عن إرادة وعلم أحد الزوجين بأنه يعتدي على شرف زوجه الآخر"[1045].

كما ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر يوم 20 مارس 1984 إلى أن :"أن جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة لأنها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد أحدهما فاعلا أصليا وهو الزوج الزاني ويعد الثاني شريكا وهو الخليل الذي باشر مع الفاعل الأصلي العلاقة الجنسية ولا تتحقق الجريمة إلا بحصول الوطء أو الجماع بين رجل وخليلته أو بين امرأة وخليلها"[1046].

بالإضافة أن المشرع استنادا للمادة المذكورة فقد أقر عقوبة مقدرة لهذه الجريمة ولقد ساوى بين الزوج أو الزوجة من حيث مدة العقوبة ذلك أن المادة 339 ق ع ج تعاقب على هذه الجريمة وذلك بالحبس من سنة إلى سنتين دون تمييز بن الزوج والزوجة كما تطبق نفس العقوبة على الشريك أو الشريكة كما اشترط الإحصان كشرط للعقاب[1047] في كل من

[1045]–قضية **ب هـ** و **ف ك** ضد النيابة العامة ،الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى قرار صادر بتاريخ 25 مارس 1969م.

[1046]–الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى،قرار رقم 34051 صادر بتاريخ 20 مارس 1984 م .

[1047]–عبد الحميد الشواربي،جريمة الزنا ،منشأة معارف بالاسكندرية،1998،ص7.

الزوجين[1048] ولعل هذا كله حفاظا على قم مجتمعنا وحماية الأسرة في حد ذاتها من نتائج هذه الجرائم.

الفرع الثاني : في قانون الأسرة نص المشرع الجزائري على منع التبني

وذلك بالرجوع إلى نص المادة 46 من قانون الأسرة05-02 "يمنع التبني شرعا وقانونا" ذلك أنه سار وفق أحكام الشريعة الإسلامية التي نصت على ذلك إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا له مما جعل الكثير لا يميز بن كل من التبني ونظام الإقرار بالنسب ويجعلهما نظاما واحدا إلا أن الأمر خلاف ذلك تماما ذلك أن الإقرار وكما تطرقنا له هو إقرار نسب صحيح شاءت ظروف خاصة بالأبوين عدم تثبيته في وقته فالإقرار عبارة عن كشف واقعة شرعية صحيحة وليس إثبات واقعة جديدة ويشترط فيه أساسا أن يكون المقر له مجهول النسب وألا يكون ناتج عن علاقة زنا وبالتالي فالنسب ثابت حقيقة وهو يختلف عن التبني:

ولقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا"من المقرر أنه يمنع التبني شرعا وقانونا ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا"[1049].

كذلك جاء في قرار المحكمة العليا فصلا في الطعن رقم 256259 [1050]والذي جاء بأن الإثبات التبني يخضع لأحكام قانون الأسرة ولا يتوقف على دعوى جزائية.

كذلك قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1995/05/02 فصلا في الطعن رقم 103232 منشور بالمجلة القضائية العدد 2/1995

[1048]-عبد الحليم مشري،جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري،مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر بسكرة،نوفمبر 2006،ص دون ذكر.

[1049]-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1994/06/28 ملف رقم 129761 م ق عدد خاص 2001 ص155/انظر بن عجمان نسرين ايناس،نفس المرجع(ص دون ذكرها).

[1050]-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ 2001/01/23 منشور بالمجلة القضائية العدد 02/2001، ص 453.

الصفحة 99 وقد جاء فيه "المبدأ من المقرر قانونا أن التبني ممنوعا شرعا وقانونا وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"[1051].

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/11/21 فصلا في الطعن رقم 346924(منشور بالمجلة القضائية العدد 2/2001 الصفحة 297 إذ جاء فيه"المبدأ يمنع التبني شرعا وقانونا إن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد الميلاد للمتبني هو مخالفة للقانون وجاء في القرار أن الإلغاء يكون بناءا على أحكام المادتين 46.217 من الأمر رقم 70.20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلقة بالحالة المدنية.

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 2001/06/20 فصلا في طعن رقم 259953 منشور بالمجلة القضائية عدد01/2004 صفحة 260 جاء فه أن "المبدأ لا تكون شهادة الميلاد في حالة التبني دليلا قاطعا على النسب إذ ما هي إلا تصريح يمكن إبطاله بجميع وسائل الإثبات".

بالنسبة للتلقيح الصناعي: ما يمكن قوله بالنسبة لموقف المشرع الجزائري في مسألة التلقيح الصناعي أنه لا يوجد أي نصوص قانونية خاصة تنظم المسألة من الناحية الإجرائية ولا الموضوعية عدا نص م 45 مكرر قانون 05-02 ،والتي يفهم منها إقرار المشرع بهاته العملية وبضوابط ومع ذلك يمكن رد إجراءاتها إلى القواعد العامة وقواعد الشريعة الإسلامية،ذلك أنه يمكن أن يطبق:

1-من الناحية الطبية:كونها عمل طبي فيمكن أن تطبق هنا القواعد القانونية التي تنظم مهنة الطبيب شروطها وضوابطها وهو قانون الصحة الجزائري الصادر بالأمر رقم 85-05 في 26 فيفري 1985 معدل ومتمم بقانون 90-17 الصادر في جويلية 1990 جريدة

[1051]-نجيمي جمال ،قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي،دار هومة،الجزائر،2016،ص106.

رسمية العدد 8 صادر في 17 كذلك بعض القوانين التي تشمل المبادئ القانونية التي تنظم أخلاقيات الطب[1052].

أما من ناحية الآثار المتعلقة بالعملية ولعل أهمها النسب فيتم إخضاعها إلى قانون الأسرة الجزائري وما لم يرد فيه نص فيحال إلى الشريعة الإسلامية من خلال المادة222 من ق أ ج وحدد المادة 45 مكرر[1053] شروط الواجب احترامها وهي كالآتي:

1- أن يكون زواج شرعي:أن يكون وفق الشروط الشرعية والقانونية المادة 9 و9 مكرر من ق أ ج رغم أن المشرع أثبت النسب حتى في حالة الزواج الباطل والفاسد ترجيحا لمصلحة الولد من خلال 34-40 ق أ س ج وعليه يثبت نسب ولد التلقيح الاصطناعي إذا تم وفق الصورة الشرعية.

2- أن يكون برضا الزوجين بالرجوع إلى نص المادة 154 قانون الصحة الجزائري.

3- أن تتم العملية أثناء حياتهما وهنا قصد المشرع منع عملية التلقيح بعد وفاة الزوج بمنيه الموجود في بنك حفظ النطف ولو يرضى الزوج بذلك أثناء حياته والأجدر أن يضيف المشرع عبارة أثناء حياتهما الزوجية.

4- أن تتم بمني الزوج وبيضة رحم الزوجة دون غيرها وتدخل طرف ثالث يأخذ موضع الزنا وتطبق عليه المادة339 قانون العقوبات.

عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الرحم: بالرجوع إلى نص المادة 45 مكرر نص صراحة المشرع الجزائري على أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

[1052]- مرسوم رقم 92-276 صادر في جويلية 1992 الجريدة الرسمية العدد52 في 1992/7/8 متضمن أخلاقيات الطب.

[1053]- نص المادة45 مكرر من الأمر 05-02:"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

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

باستعمال الأم البديلة" ولقد ساير هنا المشرع أحكام الشريعة الإسلامية فهذه الوسيلة ذريعة لاختلاط الأنساب نتيجة الازدواج في التكوين والنشأة والخلقة فهي وسيلة أيضا إلى الشر والفساد والشبهات التي لا حصر لها.

ذلك أنه في الحقيقة أن الولد الناتج عن تأجير الأرحام سيكون إما ابن زنا أو ابن التبني وهي طرق محرمة شرعا وقطعا من التلقيح الاصطناعي التي لا يثبت بها النسب الشرعي وفقا للمواد 40 و45 مكرر و46 من قانون الأسرة وإنما ينسب إلى من حملت باعتبارها ولادة طبيعية كولد زنا الفعلي تماما.

أما بخصوص تنظيم أحكام وأخلاقيات عمليات الإخصاب والتلقيح والأجنة والعقم وكذا تنظيم اللقائح وتجميدها (الأمشاج أو الأجنة الآدمية) فقد أغفل ذلك وما يمكن أن ينشأ عنه من مشاكل كبيرة وهذا دون نسيان كيفية إتلاف الأجنة المجمدة الزائدة على العدد المطلوب وفي الأبحاث العلمية أو التجارب الطبية العلمية الجنين الآدمي خارج الرحم أي في الأنبوب وخاصة مع ازدياد ممارسات التلقيح الاصطناعي ووجود بنوك المني والنطف واللقائح[1054] ،ولعل القصور هو الذي يردنا دائما إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة" كل مل لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"وعليه الرجوع إلى قرارات المجمع الفقهي بخصوص قضية الحال.

[1054]–العربي بلحاج،بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد،نفس المرجع،ص285–287.

خلاصة:

وما نخلص إليه أن النسب لما كان صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من آباء وأجداد فهو أجلّ نعمة من نعم الله تعالى على عباده فمن حق هذا المخلوق الضعيف(الطفل)أن يكون له أصل ينتمي إليه ونسب يدعى إليه فمجهول النسب يكون غير سوي وغير متوازن وهذا ما يؤثر على علاقاته الاجتماعية عندما يصبح رجلا مما يسهل انحرافه.

فالنسب من أهم وأشد الحقوق تأثيرا في شخصية الطفل ومستقبله فهو يحق مصلحة المجتمع إذ يربط الأسر بعضها ببعض ومنها القبائل بالعشائر فهو أمر منسجم مع الفطرة الإنسانية التي فطرها الله سبحانه وتعالى فيها ذلك أنه الله راعاه من مختلف جوانبه إ حرم الإسلام أن ينكر الإنسان لحسبه وينتمي لغير أصله وحرم كذلك على الزوج أن ينفي نسب ولده الذي ولد في فراشه وغيرها من الحماية التي تم ذكرها بنوع من التفصيل آنفا وبالمقابل قرر له الحماية الكاملة حتى وهو جنين في بطن أمه هذا ما حاولنا تلمسه في ثنايا المواد القانونية للمشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة وقانون العقوبات وغيرها من المنظومة التشريعية .

ذلك أن المشرع حاول خلق سياج لهذا الطفل حتى ينشأ في بيئة سليمة دون شوائب تكفل له الصلاح والفلاح فهو رجل الغد دون أن ينسى في ذلك الطفل مجهول النسب والنوازل الفقهية التي يشهدها العصر اليوم مع التطور التكنولوجي الحاصل في مختلف الأنشطة وعلى كافة الأصعدة خاصة منها الطبية وفي غياب النصوص القانونية التي تنظم هذه التحولات.

وبناءا على هذا لابد من الحرص على حفظ الأنساب وصيانتها من الفساد والضياع والاضطراب لأن ضياعها واختلاطها فيها من المفاسد الأخلاقية والاجتماعية مخاطر كبيرة تؤدي إلى تفكك الأسر وانهيار المجتمع والأخلاق[1055].

[1055]–أوان عبد الله الفيضي،الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثيةDNA في الإثبات القضائي المدني،دراسة مقارنة،الكتاب الأول،دار الكتب القانونية ،مصر دار شتات مصر الامارات2017،ص228.

الفصل الثالث

المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة بالمحافظة على استمرارية الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري

تمهيد:

إن اهتمام الشريعة الإسلامية بالنفس البشرية جعلها تحيطها بالعناية التامة الشاملة مما جعل المحافظة عليها يكون من المقاصد الكلية لذلك شرعت من الأحكام ما يجلب لها من المصالح وفي نفس الوقت ما يدفع عنها المفاسد وهلاك هذه النفس ليس بالأمر الهين فهو هلاك للجنس البشري وللإنسان الذي خلق من أجل عبادة الله وحده لا شريك له،وهو ما يجرنا بالضرورة إلى ضياع الدين الذي يعد كذلك مقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية لذلك وضعت الشريعة من الوسائل ما يكفل حفظها ويحرم الاعتداء عليها بأي شكل من الأشكال.

واهتمت كذلك بضرورة حفظ المال وجعلته مقصد من مقاصد الشريعة كونه وسيلة للحفاظ على النفس من إيجابيات له لا تحصى من بينها الرعاية الصحية من خلال ما أقره الفقهاء كونه في جميع الحالات يكون لإنقاذ النفس الآيلة للهلاك فنجد أن الإمام **ابن تيمية** في تحليله للمقاصد قد توصل إلى أن الضرورات مكملة لبعضها البعض فالمال مكمل للبدن والبدن مكمل للعقل والدين إذ قال –رحمة الله عليه–:" المال مادة البدن والبدن تابع للقلب".[1056]

فوضعت الشريعة من الوسائل ما يكفل حفظهما سواء من جانب الوجود أو من جانب العدم من إقرار للحقوق ودرئ لأخرى وهذا ما سنحاول إدراجه خاصة ما تعلق بها بالطفل خاصة وأنه محور دراستنا وفي الوقت نفسه نحاول تمحيص بعض النصوص القانونية لتوضيح رؤية المشرع الجزائري في تكريس هذه الحماية إن وجدت أم لا؟.

[1056]–محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوني، المرجع السابق،ص211–212.

المبحث الأول : مقصد حفظ النفس وأثره على حقوق الطفل

المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذا المقصد من حيث الوجود

الفرع الأول : وفق الشريعة الإسلامية

1- **حق الرعاية الصحية للطفل:**إن الرعاية الصحية له تعد من أهم المطالب الأساسية التي يجب الاعتناء بها ومعرفة أهدافها والتي يجب غرسها في ذهنه وتزويده بمقتضياتها ضمن برامج تعليمية أساسية تخص كل مجتمع ،كون أن الصحة مرادفة للحياة فلا حياة دون صحة ولا سلامة دون رعاية صحية حتى يتمكن هذا الأخير من حسن التصرف والقيام بطاعة ربه لذا وجب حفظها والحصول عليها بكل الطرق المباحة.

فالصحة تمثل سلامة العقل والبدن وقوة الأخلاق الفاضلة التي تجنب الفرد من الوقوع في براثن الأمراض وللإنسان بدوره المحافظة عليها ورعايتها بالشكل المطلوب،وإضافة لها فالشريعة الإسلامية دفعت به وبكل التوجيهات إلى الحرص على الصحة العامة والعمل على استمرارها ودوامها وذلك بتوفير كل الوسائل المشروعة واتقاء كل ما ينافيها،حتى أنها تبدأ مع الإنسان منذ أن يبصر النور ويفتح عينيه على الدنيا لأن المرض في هذه السن المبكرة له آثار سلبية وعواقب كذلك على مستقبله فالحق الطبيعي للطفل على ذويه ومجتمعه الحفاظ على صحته وسلامته والقيام بتمريضه ومداواته إذا مرض وتأمين الغذاء الملائم لصحته لينمو بشكل طبيعي وسليم.

كما أكدت كذلك حتى قبل أن يولد على هذا الحق من خلال ابتعاد الزوجين أثناء المعاشرة عن كل ما يمكن له أن يترك تأثيرا سلبيا على صحة الجنين أو الطفل المتوقع انعقاد نطفته هذا ما يظهر أهمية بعض الفحوصات الطبية –سبق التطرق إليه–[1057] قبل اقترانهما أي الزوجين وما يجعل هذا الأمر مطلوب شرعا وعقلا وقانونا كونه يحول دون

[1057]–انظر الصفحة من المذكرة.

التأثير على صحة الطفل ويحول دون وجوده معانيا من أمراض وراثية أو أن يخلق مشوها[1058].

ومن أهم القواعد التي نبه بها إلينا النبيﷺ لرعاية الطفل صحيا ما يلي:

أ- إتباع القواعد الصحية والآداب العامة في المأكل والمشرب والنوم: ذلك أنه على الآباء تعويد أبنائهم على الاقتداء نسبة إلى النبي في حياتهم اليومية كالبسملة في الأكل وأن يأكل من جانبه وأن لا تطيش يده في الصحن وأن يبتعد عن التخمة لأن في ذلك وقاية كثيرة من الأمراض عن النبيﷺ قال:" ما ملأ آدمي وعاءا شرا من بطنه حسب ابن آدم ثلاث أكلات يقمن صلبه،فإن كان لا محالة فثلث لطعامه وثلث لشرابه وثلث لنفسه"[1059].

وأن يشرب على دفعات لا دفعة واحدة إذ روي عن النبيﷺ :"كان يتنفس في الإناء ثلاثا"[1060]وذلك خارج الإناء.

وأن يعود الطفل أن ينام على الجانب الأيمن فعن النبي ﷺ قال:"إذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوءك للصلاة ثم اضطجع على شقك الأيمن"[1061]ولقد اكتشفت الحكمة من ذلك أنه:بهذه الوضعية يستقر الطعام في المعدة بهذه الهيئة استقرارا لا مضرة فيه ويكون أبعد عن القلب[1062].

ب- لابد من الاهتمام بنظافة الطفل في ثوبه وبدنه:كون أن النظافة ركن أساسي وهي أحد العناصر الأساسية المهمة المكونة للجانب الصحي له إذ تحفظه من الأوبئة والتلوث

[1058]-حسين الحنش،المرجع السابق ،ص130/انظر بن ريطة احميدة،الرعاية الصحية للفرد في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العوم الإسلامية ،جامعة الجزائر،1427- 1428هـ، 2006-2007م،ص151- 155.

[1059]- أخرجه التِّرمِذيّ من حَدِيث الْمِقْدَام وَقد تقدم.

[1060]-حَدَّثنَا مُحَمد بن بَشَّار بندار، حَدَّثنَا عَبد الرحمن، حَدَّثنَا عَوْزَةُ بْنُ ثَابِتٍ عَنْ ثُمَامَةَ، عَنْ أَنَسٍ؛ أَنه كَانَ يَتَنَفَّسُ فِي الإِنَاءِ ثَلاثًا وَذَكَرَ أَنَسٍ :أَنَّ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ يَتَنَفَّسُ فِي الإِنَاءِ ثَلاثًا7318.

[1061]-أخرجه: البخاري 1/ 71 (247)، ومسلم 8/ 77 (2710) (56).

[1062]-ابن القيم،الطب النوي،تحقق سيد إبراهيم،القاهرة،دار الحديث2001م،ص164.

والأمراض وهي من الفطرة قال ﷺ :"خمس من الفطرة الختان والاستحداد،ونتف الإبط وتقليم الأظافر وقص الشارب"[1063].

ج- إبعاد الطفل عن الأمراض المعدية: إذ وردت في هذا الخصوص أحاديث كثيرة عن النبيﷺ تحث على عدم الاختلاط بالمرضى مرضا معديا حتى لا تنتقل الأمراض منهم إلى غيرهم كما حث بالمقابل الأصحاء على ذلك وتجنب الاختلاط بالمرضى ومن ذلك قولهﷺ :"فرّ من المجذوم كما تفر من الأسد"[1064].

لذلك على الوالدين إبعاد طفلهما المريض وعزله عن بقية إخوانه حتى لا ينتقل المرض إليهم ويجنبوا الطفل الصحيح من الاختلاط بأقرانه المرضى.

د- معالجة الطفل الذي يعاني المرض: فمتى كان الطفل مصاب بمرض معين وجب الإسراع بعلاجه وعدم التهاون والتباطؤ في ذلك عن النبيﷺ أنه كان يسرع في معالجة الأطفال فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت:"عثر أسامة رضي الله عنه على عتبة الباب وأُسْكُفة الباب فشج جبهته فقال الرسولﷺ يا عائشة أميطي عنه الدم فقذرته فقالت فجعل رسول الله ﷺ " يمص شجته ويمجه ويقول لو كان أسامة جارية لكسوته وخليته حتى أنفقته"[1065].

بالأمانة نجد الشريعة الإسلامية نصت على أحكام تجري على المولود خلال أسبوعه الأول وهي تندرج ضمن الرعاية الصحية التي توفر لهذا الصبي الجديد فالوالدان مطالبان ويستحب لهما القيام بهذه الأمور الآتية:

[1063]-7677 حَدَّثنا مُحمد بن عَمْرو، وأحمد بن عَبد الله بن علي قَالاَ :حَدَّثَنا روح بن عبادة،قَال : حَدَّثنا مُحمد بْنُ أَبِي حَفْصَةَ، عَن الزُّهْرِيّ، عَن سَعِيد، وَأَبِي سَلَمة، عَن أَبِي هُرَيرة، عَن النَّبِيّ قال :خمس من الفطرة: الختان والاستحداد ونتف الإبط وتقليم الأظافر وقص الشارب.

[1064]- رواه البخاري (الفتح 10/ 5776) في الطب، باب لا عدوى، ومسلم (2224) في السلام، باب الطير والفأل، وما يكون فيه من الشؤم من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

[1065]- حَدَّثَنا مُحَمَّدُ بْنُ الصَّبَّاحِ، حَدَّثَنا شَرِيكٌ، عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ ذَرِيحٍ، عَنِ الْهِيِّ،عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ : عَثَرَ أُسَامَةُ بِعَتَبَةِ الْبَابِ فَشُجَّ فِي وَجْهِهِ فَقَالَ لِي النَّبِيُّ ﷺ: يَا عَائِشَةُ أَمِيطِي عَنْهُ الْأَذَى فَقَذِرْتُهُ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَمُصُّ شَجَّتَهُ وَيُمِجُّهَا وَيَقُولُ لَوْ كَانَ أُسَامَةُ جَارِيَةً لَحَلَّيْتُهُ وَكَسَوْتُهُ حَتَّى أُنْفِقَهُ .

أ- **الأذان:**بناءا على هذه السنة المباركة فإنه يستحب حين الولادة أن يقوم الوالد بالأذان في أذن المولود اليمنى ويقيم في اليسرى ذلك ليكون أول شيء يصل إلى المولود من أمور الحياة بعد الهواء هو التوحيد المنافي للشرك والأصل في ذلك قوله ﷺ :"من ولد له مولود فأذن في أذنه اليمنى[1066] وأقام في اليسرى لم تضره أم الصبيان"[1067] والمقصود بها التابعة من الجن.

ولقد ثبت بالاستقراء عند العلماء أن الآثار التي يحدثها الأذان بعد الإقامة في أذن الصبي من شأنها أن تترك بصماتها الإيجابية على شخصيته المستقبلية خاصة وأن الشيطان يتجنبه بمجرد سماعه لكلمات التوحيد فهي حصن له وهو صغير.

ب- **تحنيك المولود:**والقصد به هو مضغ التمر ثم دلك الصبي به داخل فمه وبهذا الدلك يتذوق الصبي الحلو وخاصة أثر التمر في هذه السن المبكرة وأن جسمه طري وبكر لم يتذوق غير هذا المائع مما جعل العلماء يقولون بأن لا يترك التحنيك إذا فقد التمر فالصبي يحنك بكل ما وجد من الحلو وأن يقوم بهذا الفعل الصالحون وذوو الفضل من الناس.

وكان الصحابة رضي الله عنهم يتسارعون بأولادهم إلى النبي ﷺ قصد تحنيكه إياهم فعن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنها "حملت بعبد الله بن الزبير بمكة قالت فخرجت وأنا متم فأتيت فنزلت بقباء فولدته بقباء ثم أتيت به النبي ﷺ فوضعه في حجره ثم دعا بتمرة فمضغها ثم تفل في فيه فكان أول شيء دخل جوفه ريق الرسولﷺ ثم حنكه بتمرة ثم دعا له فبرك عليه وكان أول مولود في الإسلام"[1068]، ولعل من أسرار التحنيك في الرعاية

[1066]-حسن محمد هند،مصطفى عبد المحسن الحبشي،النظام القانوني لحقوق الطفل،دار الكتب القانونية،مصر، 2007م، ص12.

[1067]- أخرجه ابن السني في "عمل اليوم والليلة" [623] ، وابن عدي في "الكامل" [7/ 2656] ، وقال: رواه يحيى بن العلاء الرازي عن مروان بن سالم عن طلحة بن عبيد الله العقيلي عن الحسين بن علي. وقال: يحيى متروك. ومن طريق يحيى أخرجه أبو يعلى أيضاً [12/ 150] ، برقم 6780.

[1068]- ذا الحديث الذي صرح الحسن فيه بالسماع من سمرة.

*الختان يختن متى شاء، ليس له حد محدود، وختان النساء كذلك إذا تيسر من يحسن ذلك سُنة.

*فصل في كلام بعض أهل العلم في مسألة ختان المرأة: قال النووي في المجموع (1/ 349) الختان واجب على الرجال

الصحية ما يحفظ الصبي ويدرب عضلات فمه على وظائفها المستقبلية كما ذكر الإمام ابن القيم رحمه الله استحباب تحنيك المولود[1069].

ولا شك أن تدريب عضلات الصبي الذي لم يتعود بعد حتى على كيفية ... الثدي من شأنها أن تريحه مستقبلا وهو يمارس عملية الرضاع التي تعتبر الوسيلة الوحيدة المهيأة له لضمان غذائه وهو في أول عمره[1070].

ج- العقيقة: حث الإسلام الوالدين على إظهار السرور بمجيء الطفل وإكرامه شكرا لله تعالى على قدومه ومن هذه المظاهر أن يذبح ذبيحة في اليوم السابع من ولادته إن كان قادرا على ذلك وهي ما تسمى في الفقه الإسلامي بالعقيقة وهي سنة عند جمهور أهل العلم[1071] وذلك لما روي عن سليمان بن عامر الضبي قال قال ﷺ :"مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما وأميطوا عنه الأذى"[1072].

د-حلق رأس المولود:بغض النظر عن جنس المولود إلا أنه كذلك من مظاهر عناية الإسلام به أنه حث على تنظيفه وإزالة الأذى عنه،إذ شرع كذلك حلق رأس الطفل في اليوم السابع والتصدق بوزنه ذهبا أو فضة على الفقراء والمساكين.

قال ﷺ :" الغلام مرتهن بعقيقة تذبح عنه بيوم سابعه ويسمى ويحلق رأسه"[1073].

والنساء عندنا وبه قال كثيرون من السلف كذا حكاه الخطابي وممن أوجبه أحمد وقال مالك وأبو حنيفة سنة في حق الجميع. أ. هـ .

[1069]-سعد بن علي بن وهف القحطاني،نفس المرجع،ص86.

[1070]-بن ريطة احميدة، المرجع السابق ،ص458.

[1071]-أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار الإمام مالك الجزائر،ط1، 1429هـ-2008م،الجزء الأول،ص461.

[1072]-من الصحاح- 3179 - 1060: عن سلمان بن عامر الضبي :رضي الله عنه أنه قال: سمعت رسول الله يقول" :مع الغلام عقيقة، فأهريقوا عنه دما، وأميطوا عنه الأذى"

ننظر علي بن محمد بن رمضان،أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلاك،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،ط1، 2012م،ص249/انظر أنيس حسيب السيد المحلاوي،نطاق الحماية الجنائية للأطفال،دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر،2011م،ص103.

1073-ثنا همام ثنا قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال كل غلام - الحديث" (1) هكذا في هذه الرواية "ويدمى" بالدال المهملة بدل السين المهملة في قوله "ويسمى" في الحديث السابق، وجاء ويدمى أيضًا بالدال المهملة في رواية لأبي داود (قال الحافظ) وقد اختلف فيها أصحاب قتادة فقال أكثرهم يسمى بالسين، وقال همام عن قتادة

والحكمة من حلق الرأس تتمثل في إزالة الشعر الضعيف يخلفه شعر أقوى مع ما فيه من التخفيف عن الصبي وفتح لمسام رأسه ليتمكن من استقبال الأكسجين الضروري من جهاته المختلفة[1074].

هـ- الختان: يعد من شعائر الإسلام التي يتميز بها المسلم عن غيره واعتبره الرسولﷺ من الأمور التي تميل إليها النفوس البشرية لفطرتها السليمة فقال:"الفطرة خمس:الختان والاستحداد ونتف الإبط وتقليم الأظافر وقص الشارب"[1075].

ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على ختان الطفل ما فيه من فوائد صحية:مثل الطهارة،النظافة وتحسين الخلقة وتعديل الشهوة.

- أنه يقي من الالتهابات التي تصيب العضو التناسلي.
- أنه من مضاعفات عدم الختان أن الإفرازات التي تجتمع خلف القلفة تؤدي إلى التهابات مزمنة في الحشفة الأمر الذي جعل الأطباء يستنتجون أن سرطان القضيب غالبا ما يكون نتيجة عدم الختان أما المختتن فهو سليم من جميع هذه الأسقام.
- كذلك أنه يمنع من انتقال المرض إلى الجنين وهو في أول أطواره كون أن المختون لا يتسبب في نقل العدوى إلى زوجته بواسطة الجراثيم المندسة تحت القلفة وبالتالي فمجامعته لزوجته تكون عن طهارة تامة وتظل زوجته مصانة من أي مرض يأتيها عن طريق الجماع خلاف المرأة التي يجامعها زوج غير مختون فإن الجراثيم الكامنة تحت القلفة سرعان ما

يدمى بالدال (قال أبو داود) خولف همام وهو وهم منه ولا يؤخذ به، قال ويسمى أصح، ثم ذكره من رواية غير قتادة بلفظ ويسمى، واستشكل ما قاله أبو داود بما في بقية رواية همام عنده أنهم سألوا قتادة عن الدم كيف يصنع به؟ فقال إذا ذبحت العقيقة أخذت منها صوفة واستقبلت به أوداجها ثم توضع على يافوخ الصبي حتى يسيل على رأسه مثل الخيط ثم يغسل رأسه بعد ويحلق، فيبعد مع هذا الضبط أن يقال إن همامًا وهم عن قتادة في قوله ويدمى، إلا أن يقال إن أصل الحديث ويسمى وأن قتادة ذكر الدم حاكيًا عما كان أهل الجاهلية يصنعونه، ومن ثم قال ابن عبد البر لا يحتمل همام في هذا الذي انفرد به فإن كان حفظه فهو منسوخ اهـ (قلت) وقال ابن حزم في المحلى في قول أبي داود "وهو وهم من همام" قال بل وهم أبو داود، لأن همامًا ثبت وبين أنهم سألوا قتادة عن صفة التدمية المذكورة فوصفها لهم .

[1074]-بن ريطة أحمد، المرجع السابق،ص459/انظر سمر خليل محمود عبد الله، المرجع السابق،ص112.

[1075]- حَدَّثَنَا سُفْيَانُ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَعِيدٍ،عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ يَبْلُغُ بِهِ النَّبِيَّﷺ أَنَّهُ قَالَ " :الْفِطْرَةُ خَمْسٌ أَوْ خَمْسٌ مِنَ الْفِطْرَةِ الْخِتَانُ، وَالِاسْتِحْدَادُ وَنَتْفُ الْإِبْطِ، وَقَصُّ الشَّارِبِ، وَتَقْلِيمُ الْأَظَافِرِ"

تتوزع بالمواقعة في المهبل وتصل إلى الرحم فتسكن فيه وهو ما يؤدي إلى الأمراض والآلام وقد يؤدي إلى منع المرأة من الحمل.

2-الرعاية الصحية بالحامل:

• من الضروري اهتمام المرأة الحامل بنوعية غذائها حفظا لجنينها ولنفسها من التعرض لمخاطر الأمراض ومن خلال الإرشادات التي دعت الشريعة الإسلامية إليها هي اختيار الغذاء الملائم مثل تناول التمر الرطب أثناء الحمل وحين الولادة وحتى بعدها ما للتمر من فوائد طبية لها إذ قال تعالى:﴿ **وَهُزِّي إِلَيْكِ بِجِذْعِ النَّخْلَةِ تُسَاقِطْ عَلَيْكِ رُطَبًا جَنِيًّا (25)فَكُلِي وَاشْرَبِي وَقَرِّي عَيْنًا فَإِمَّا تَرَيِنَّ مِنَ الْبَشَرِ أَحَدًا فَقُولِي إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنْسِيًّا** ﴾[1076].

• كذلك أعطت الشريعة الإسلامية للمرأة الحامل رخصة الإفطار: إن خافت على جنين بطنها لأن الذي فرض عليها الصيام ابتداءا من حكمة على رفع الحرج رحمة بعباده خاصة عندما يتأكد أن جنينها قد يتأثر به وهذا يكون بإخبار الطبيب أو بالاستقراء وهذا التأثر يكون نتيجة ضعفه وهذا الضعف يقتضي عنه التخفيف وعدم التكلف بأكثر من طاقة الشخص،قال تعالى:﴿ **يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا**﴾[1077]، وقال: ﴿**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ**﴾[1078].

[1076]-سورة مريم، الآية 25 – 26.

[1077]-سورة النساء، الآية 28.

[1078]-سورة البقرة، الآية 286.

وتضرر الأم بالصيام قد يؤدي إلى فساد الجنين وهو ما يجعلها تخشى ف صومها مما قد يلحق من ضرر بابنها ف منحى من مناحي حياته فالخوف ذاته كون وجها من وجوه رفع الحرج عن المكلف ومن هذه فإن:

- المالكية: يعاملون الحامل على أساس أنها مريض خوفا من إلحاق الضرر بجنينها فإن خافت أن تسقط أفطرت
- الجمهور:فقد قضوا بنفس الحكم على الحامل التي تخاف على جنينها وهذا ما يعكس مقصد الفقهاء في المحافظة على حياة الجنين[1079].
- بالإضافة إلى ابتعادها عن كل ما يمكن أن يؤثر على نفسيتها من مؤثرات التي كون من ردود فعلها إسقاطه أو أن يكون مشوهة الخلقة سواءا أكانت مؤثرات حسية أو معنوية فالأثر هو الذي يقيد به وشدته التي تؤثر على الأم الحامل مثل:مشاهدة أفلام رعب،الفرح الشديد،حزن شديد...الخ، فعلى المحيط الخاص بها أن يجنبها ذلك ولو كان حتى من الحاكم نفسه.
- كما يجب نفقة الجنين ولا يتصور ذلك وهو في بطن أمه إلا بالتبعية لأنه يعيش في رحمها ويتزود لما يحتاجه وهو ما يدفعها إلى البحث عما تقتات به لتوفر له ذلك.

ووجوب هذه النفقة جاء مستجيبا لحاجة اجنين فهو يمثل جزء معتبرا من أمه التي تحمله لذلك أوجب الشارع هذه النفقة حتى ولو كانت معتدة من طلاق بائن كون أن الطلاق الرجعي يبقيها زوجة حكيمة،قال تعالى:﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُم مِنْ وُجْدِكُم وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**﴾[1080].

وأوجب المالكية نفقة الحامل على زوجها حتى ولو كانت مبتوثة"أما النفقة فلا تلزم الزوج في المبتوثة ثلاثا كان طلاقه إياها أو صلحا إلا أن تكون حاملا فتلزمه النفقة".

[1079]–بن زيطة أحميدة،المرجع السابق ،ص449.

[1080]–سورة الطلاق، الآية 6.

وما يظهر أن الغاية والعرض الحقيقي من النفقة المقصود بها الجنين أن وجوبها لا يرتبط بصحة النكاح فحسب إنما يشمل الجنين الناتج عن نكاح شبهة ولا ينظر فيها حتى إلى حال المرأة إذ تستحقها في حالة طاعة أو نشوز وفي حالة الإسلام والردة كون أن الهدف أو الغاية الأولى منها هي المحافظة على حياة الجنين وحياته لا تتغير بتغير أحوال أمه[1081].

3-الرعاية بغداء الطفل (حق الرضاع):

لقد تم تعريف حق الرضاع وتعددت التعاريف في هذا الشأن :"وهو دخول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة الطفل أو دماغه"[1082].

ولعل مشروعيته تظهر من خلال:

الكتاب:

قال تعالى:﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ** ﴾ [1083]، وقال:﴿ **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ** ﴾ [1084]، وقال: ﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ**﴾ [1085]،

[1081]-بن زيطة أحميدة،المرجع السابق ،ص452.

[1082]-هذا التعريف هو تعريف الشافعية للرضاعة وهو الراجح وذلك أنه يقصد بهذا التعريف ما يلي:

-حصول لبن:ويشتمل على كل طريقة يمكن فها حصوله على البن إلى جوف الصغير :

- سواء مص الثدي/أو الشرب أو الحقنة.
- سواء من امرأة متزوجة أو بكرا أو ثيبا أو خنثى...الخ.

امرأة:قيد في التعريف يخرج به غير المرأة.

أو ما حصل منه:لبيان أن ما يستخرج من اللبن أو ينزع منه من جبن أو زبدة وأطعم الصغير ثبتت الحرمة.

في معدة:وهو قد التعرف باشتراط تحقق الوصول اللبن إلى جوف الصغير ليصل إلى دماغه فتثبت الحرمة لأن الدماغ ف حكم الجوف مثل المعدة وقيل لا يحرم لانعدام التغذي عن طرقه.

وهذا ما تم الاعتراض عليه(كون أن العلم الحديث أثبت أن الحليب لا يصل إلى الدماغ عن طريق الأنف).

[1083]-سورة البقرة، الآية 233.

[1084]-سورة الروم، الآية 23.

[1085]-سورة لقمان، الآية 14.

وقال تعالى:﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ﴾ [1086] .

ويظهر وجه الدلالة أن هذه الآيات تعالج أمور متعددة للرضاع إذ تشير الآية الأولى إلى مبدأ مشروعية الرضاع[1087] وتحث الأمهات على إرضاع أولادهن تمام الرضاعة وهو ما كان في الحولين كما تبين أنها من حق الصغير خاصة في هذه الفترة التي يكون الطفل في حاجة إلى لبن أمه.

أما الآية الثانية فهي تتحدث عن أحكام النكاح كذلك أن إرضاع الصغير تبنى عليه أحكام أما الآية الثالثة والرابعة تتحدثان عن الأخلاق وبر الوالدين والإحسان إليهما وعن كيفية معاملة الابن لوالديه وتذكر الإنسان بمعاناة الأم وألمها وضعفها وتحملها للمشقة والتعب أثناء فترة الحمل والوضع وإرضاعه وهو صغير وهذا كله يدل على مشروعية الرضاع[1088].

وعليه يعتبر رضاع الصبي للبن من أمه من الضروريات الأساسية لأن تكوين بنيته الجسمية لا يكون إلا به ولبن الأم لا يعادله أي لبن آخر فهو أصح له إذ يكسبه مناعة من جميع الأمراض خاصة وأن هذه المرحلة يكون فيها جسمه يسهل التأثير فيه بأي شيء لضعف مناعته لذلك فعبء أداء هذا الحق يقع على الوالدين وفي حالة عدم وجودهما مثل –اللقيط– أو في حالة وجودهما مع ثبوت عجزه عن الرضاعة والإنفاق فيكون أداء هذا الحق على عاتق بيت مال المسلمين وفي هذا يستوي فقراء المسلمين وغير المسلمين المقيمين داخل حدود الدولة الإسلامية[1089]وهو حق يكفل للطفل حتى بعد طلاق أمه[1090]والملاحظ أن

[1086]–سورة الاحقاف، الآية 15.

[1087]–عامر إسماعيل أبو سقيل،حق الرضاعة للصغير وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة،رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي،الجامعة الإسلامية بغزة،1428هـ2007م،ص42.

[1088]–ابن كثير ، المرجع السابق،الجزء1،ص418.

[1089]–منتصر سعيد حمودة (حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2007، ص269 / انظر خالد مصطفى فهمي،المرجع السابق،ص53/انظر وليد سليم النصر(حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2015م،ص199.

فترة الرضاع تبدأ من الولادة إلى ساعة الفطام وهي مدة طويلة نسبيا تدوم حولن كاملين كما قد تزيد بالشهر والشهرين عند المالكية وستة أشهر عند الأحناف فف هذه المدة تفتق الأمعاء وتنتشر العظام وينبت اللحم وبهذا الرضاع تقع الحرمة .

والحكمة من الرضاع تظهر من خلال: أن للرضاع حكم وعبر ويذكر منها على سبيل المثال:

- المحافظة على حياة الطفل الصغير :فالطفل في هذه المرحلة من ولادته إلى بلوغه عامين يكون في أمس الحاجة إلى لبن الأم إذ يعتمد عليه اعتماد كلي في غذائه وفقده يسبب هلاكا له رغم أنه يوجد بدائل له إلا أنه لا يعوض حليب الأم.
- أنها تساهم في بناء جسم الطفل: ذلك أن اللبن هو المصدر الأساسي لغذائه فهو يعمل على نمو هذا الجسد وسد حاجياته ولما فيه من مكونات غذائية هامة ما يجعله يساهم في نمو الطفل بشكل سليم وصحيح لما فيه من محتويات وعناصر أساسية مثل: بروتينات، نشويات،سكريات،فيتامينات،دهون،معادن،مواد مناعية كما يسهل له عملية الهضم للصغير ويقيه من مشاكل الهضم مثل الإمساك والإسهال ويقلل من إصابة زيادة الوزن كما يقه من الإصابة بالأمراض المعدية ويكسبه المناعة التي تعطيه القدرة على مقاومة الأوبئة المحيطة به[1091].
- أنها تثبت الحرمة به(الرضاع): تثبت الحرمة بالرضاع كما تثبت بالنسب ذلك أن لبن المرضعة يعمل على نمو الطفل الصغير فينبت لحمه وينشر عظمه فيصبح بهذا الرضاعة ابنا للمرضعة وهي تصبح أما له.

[1090]–عبد المطلب عبد الرزاق حمدان،الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية،دار الفكر الجامعي،2005م،ص126.

[1091]–عامر إسماعيل أبو سقيل، المرجع السابق،ص44.

• توفير الأمان والعطف للصغير: أن للرضاعة في حضن الأم وبين والدين وفي أسرة سعيدة تعطي للطفل إحساسا بالراحة والدفء والحنان حتى يرتوي عطفا[1092] ، وذلك أنه يعمل على تقوية الرابطة بين الأم والطفل مما يجعله يلتصق بها.

• أنها تكفل النمو الطبيعي للصغير: إذ تعمل الرضاعة على بناء شخصية سوية وسليمة لهذا المخلوق الضعيف إذ تساعده على اكتمال نموه وتطوره النفسي والعاطفي والسلوكي والذهني والاجتماعي فينبت ويترعرع ليكون فردا نافعا[1093] داخل أسرته ومجتمعه.

بعض الأحكام المتعلقة بالرضاعة : وهي تتضمن رعاية صحية مقصورة:

1- إفطار المرضع: وفي سبيل العناية بصحة الرضيع أجاز الفقهاء هذا خشية على هلاك الصغير مما يؤدي إلى هلاكه أو إلحاق ضرر شديد به لقوله ﷺ :"أن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم"[1094].

2- **حكم الغيلة:** والمقصود منها مجامعة الرجل لزوجته وهي ترضع ويقال عي إرضاع الحامل للصغير وهي جائزة بدليل قولهﷺ:"هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم"[1095] ذلك أن الرسولﷺ أراد أن ينهى عنها مخافة إضرارها بالرضيع لذلك إذا تحقق ضرر الولد وهو ما يعرف بالاستقراء منعت الغيلة وإن شك في ذلك فإنها مكروهة.

[1092]-حسن بن خالد حسن السندي،عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الطفل،جامعة الملك فهد للبترول والمعارف، دون ط، دون سنة،ص455.

[1093]-عامر إسماعيل أبو سخيل،نفس المرجع،ص45.

[1094]- أخرجه الإمام أحمد 4\347، 5\29، والترمذي 3\94 برقم (715) ، وأبو داود 1\561، والنسائي في (المجتبى) 4\149 – 151، 160، وابن ماجه 1\533.

[1095]- صحيح مسلم (1442).

3- **استرضاع الحمقاء:** ذلك أنه إذا كانت الأم من ذوات الطباع المكروهة فإنها تمنع من إرضاع ولدها كالأم الحمقاء الظاهر حمقها لأن الرضاع مغير للطبع ولأن النبي ﷺ "نهى أن تسترضع الحمقاء"[1096].

4- **الإيلاء والإرضاع:** الإيلاء هو الامتناع عن الوطء قصد الضرر وذهب الكثير من الفقهاء إلى أن من شروط وقوعه أن تكون الزوجة غير مرضع ،ذلك أنه من المرضع لا يعتبر في نظرهم إيلاء لما في ترك وطئها من رعاة صحية للرضيع فهو صلاح لع عند مالك.

وهذا من أجل أن ينمو الطفل ف جو نفسي سليم ويكتسب طبائع وأخلاق فاضلة.

5- **ردة المرضع:** ذلك أن ردة المرضعة وهي ترضع فإنها لا تقتل حتى عند من يقول بذلك إذ تؤجل العقوبة إلى حين :أن يوجد من يرضع ولدها ويقبل عليه،فإن لم يقبل به الصبي يؤجل إلى ما بعد الفطام وهذا ما يظهر الرعاية الحقة بالطفل الصغير وللإطلاع أكثر على هذا الموضوع لما فيه من جزئيات تثار وبين أخذ ورد يرجى الرجوع إلى المراجع المتخصصة في هذه النقطة[1097].

لذلك نجد أن الأم هي أولى الناس بصغيرها فهي أكثر شفقة ورحمة وحنانا عليه ولن يجد الصغير أحن وأفضل من حضنها ولن يجد أصلح ولا أمرأ من لبن أمه وإن وجدت متبرعة كانت هي الأولى من غيرها به فلقد أعطاها الإسلام هذا الحق وانتزاعه منها يعد إضرارا بها قال تعالى: ﴿**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ**﴾ [1098].

الفرع الثاني : تجليات هذه الحقوق في التشريع الجزائري

[1096]- في الأصل: "لنسبته"، وهو تصحيف، والتصويب من بقية النسخ، والإتحاف، وكتب التخريج.

قال الخطابي في إصلاح غلط المحدثين (38): قوله: "إن اللبن يشبه عليه"، قد يثقله الرواة وهو مخفف، يريد أنّ الرضيع ربما نزع به الشبه إلى الظئر. وقال ابن الأثير في النهاية (2/ 442): أي أن المرضعة إذا أرضعت غلاًما فإّنهه ينزع أخلاقها فيشبهها ، لذلك يختار للرضاع العاقلة الحسنة الأخلاق، الصحيحة الجسم.

[1097]-حاشية الدسوقي على الشرح الكبر،الجزء2،ص417.

شرح قتح القدير،310/5.

المدونة الكبرى405/4.

[1098]-سورة البقرة، الآية 233.

1/من خلال قانون الصحة 05/85:

إن توفير الحماية الصحية للطفل بصفة خاصة تتمثل في إحداث التدابير الصحية والاجتماعية والإدارية التي تهدف إلى الحصول على أفضل الظروف الصحية للطفل ونموه سواء الحركي،النفسي ،العقلي ونجد أن المشرع الجزائري قد أوجد حماية لهذا الطفل من خلال قانون الصحة أمر 05/85 [1099] ،والملاحظ أنه أولاها عناية بالغة وهذا ما يتجلى من خلال النصوص الكثيرة التي نظمت هذا المجال.

إذ جاء هذا القانون بمجموعة من الأحكام تهتم بصحة الطفل وترقيتها فالفصل الخامس منه جاء بعنوان تدابير حماية الأمومة والطفولة أنه تستفيد الأسرة من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها وتوازنهم النفسي والعاطفي وترقية ذلك وهذا فيه إشارة إلى حماية صحة الطفولة.

كما أقر مجموعة من التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية بهدف حماية الأمومة والطفولة وهذا بالإضافة إلى تحديد طرق تنظيم كيفيات المساعدة الطبية والاجتماعية التي تستهدف الوقاية الفعلية للطفل من الإهمال كما حدد مصالح الصحة التي تتكفل بالأطفال في مجال المتابعة الطبية والوقاية والتطعيم والتربية الصحية والعلاج.

ولقد أوجدت وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات آلية للمحافظة على صحة دفترا صحيا يكفل متابعة الطفل ويشمل:

1- مراقبة الأم والحمل حتى الولادة وذلك:

- التلقيحات التي تعطى للأم خلال هذه الفترة[1100].
- القيام بعدة فحوصات أثناء هذه الفترة يتم فيها مراقبة وضعية الجنين وأقل هذه الزيارات 4 مرات أثناء الحمل[1101].

[1099]-القانون رقم05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الذي ألغى القانون (76-79) الجريدة الرسمية 08 الصادرة بتاريخ 17 فيفري1985م.

[1100]-انظر ص7 من الدفتر الصحي.

[1101]-انظر ص8 من الدفتر الصحي.

- وفي الأخير يقدم تقرير للوضع مفصل عن حالة الأم والجنين.

2- مراقبة الجنين بعد ميلاده:

- ذلك من خلال فحوصات طبية متعددة وتقديم إرشادات مثل: أن تبدأ عملية الرضاعة الطبيعية في 1/2 (نصف) ساعة الأولى بعد الولادة مباشرة[1102].
- أن يقدم له التلقيح المناسب عند الولادة عند الولادة وتتكرر هذه التلقيحات في كل مرة حتى يبلغ سنه 18/16 شهر.

كما يتضمن هذا الدفتر على جدول تغذية للطفل من خلال:

الفترة العمرية له:

***من الولادة إلى 4 أشهر**: رضاعة طبيعية 8-12 رضعة على الأقل حتى في الليل.

*من 4إلى 6 أشهر: 5 رضعات على الأقل حتى في الليل إضافة إلى برنامج تغذية يضمن صحته.

*أكثر من 7أشهر:من 2إلى 4 رضعات إضافة إلى برنامج تغذية.

*أكثر من عام :2-3 رضعات صباحا على الساعة 4 ومساءا في منتصف النهار إضافة إلى برنامج تغذية .

بالإضافة إلى نصائح متعددة مع تأكيد الرضاعة التي تعد الغذاء الأساسي له[1103].

إضافة إلى أن قانون الصحة لم ينس فقه الأطفال المعاقين ذلك أنه أقر لهم الحق في الحماية الصحية والاجتماعية ومن حقهم في الانتفاع بالعلاج الملائم وإعادة التدريب والأجهزة المعدة لهم[1104]،كما أقر الاهتمام بفئة المصابين بالأمراض العقلية فخص لهم باب 3 من هذا القانون والذي جاء تحت عنوان الصحة العقلية فأقر إنشاء وحدات استشفائية أو مؤسسات خارج المستشفيات تخصص للوقاية واكتشاف الأمراض والمعالجة والتكفل بهذه الفئة(الأطفال)،ونص على عدم إجبارية إجراء الفحص للأمراض العقلية للأطفال غير

[1102]-انظر الدفتر الصحي،ص15.

[1103]-انظر الدفتر الصحي، ص67.

[1104]-انظر الفصل 9 من القانون 05/85 من المادة 85 إلى المادة 95.

منحرفين البالغين من العمر أقل من 16 سنة ويمنع أيضا بجمع الدم من القصر لأغراض استغلالية والقيام بانتزاع الأعضاء لمن القصر المحرومين من قدرة التمييز.

2/من خلال الدساتير الجزائرية:

*بالرجوع إلى دستور 1963 نجده خاليا من النص صراحة أو ضمنيا على حق الرعاية الصحية إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 11 منه[1105]،والتي تنص على موافقة الجمهورية الجزائرية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 نجد أن هذا الإعلان قد نص على حق كل شخص في الرعاية الصحية والوقاية من المرض.

أما دستور 76: على خلاف الدستور السابق نص صراحة أنه من حق كل مواطن في الرعاة الصحية وأن هذا الحق مضمون ومجاني[1106].

*أما دستوري 1989 و1996 نجدهما قد نصا بشكل مقتضب على الرعاية الصحية إذا ما قورنا بالأحكام الدستورية السابقة فنجد أن دستور 1989 قد كفل الرعاية الصحية للمواطنين من خلال مادة 1/51[1107] منه واحتفظ الدستور 1996 بنفس المادة 54منه.

والملاحظ أن المشرع الدستوري قد تخلى عن مصطلح مجانية الرعاية الصحية وهذا ما يشكل تراجعا عن الأحكام الدستورية السابقة وانتقاصه من حقوق الأطفال في الحصول على رعاية صحية مقبولة وتراجع المشرع الدستوري عن مبدأ مجانية الرعاية الصحية لا يعكس بالضرورة عدم اهتمامه بالقطاع الصحي وهذا ما تعكسه المخصصات المالية المتزايدة سنويا ذلك أنه استنادا لتقرير مجلة حقوق الإنسان نجد أن النسبة المخصصة لميزانية الدولة الجزائرية من 95 مليون دينار عام 1999 إلى حوالي 224 مليون دينار عام 2008 بالإضافة إلى زيادة في عدد العاملين والممارسين في قطاع[1108] الصحة بالإضافة أنه نص المادة دستور 2008 م 54 منه : الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة

[1105]–نص المادة11 من دستور 63:"توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان".

[1106]–نص المادة67 من دستور 76:"لكل المواطنين الحق في الرعاية الصحية وهذا الحق مضمون عن طريق توفير خدمات صحية ومجانية".

[1107]–مادة1/51 "الرعاية الصحية حق للمواطنين".

[1108]–والي عبد اللطيف،نفس المرجع،ص دون صفحة.

بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها ، إن النصوص القانونية كلها جاءت بصيغة العموم ولم تتطرق إلى هذه الرعاية بالشكل الذي تطرقت إليه الشريعة الإسلامية فالمشرع الجزائري غيب الكثير من النصوص التي تكفل هذه الرعاية وعليه لابد من الرجوع إلى نص المادة 1 [1109]من القانون المدني والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[1110].

3/ من خلال قانون العقوبات:

لقد خص المشرع الجزائري الطفل بحماية إذا تم المساس بها فإنه قد تم الاعتداء مباشرة على كيان الأسرة واستقرارها من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى ذلك ومن أهمها:الجرائم المتعلقة بالإهمال العائلي ورتب عليها جزاءات تكفل حقوق الطفل والأم في نفس الوقت وأهم هذه الجرائم:

1- **جريمة ترك مقر الأسرة:** والتي تقوم على أساس الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة ووجود ولد أو عدة أولاد وعدم الوفاء بالالتزامات العائلية لأكثر من شهرين والتي قرر لها المشرع في المادة 330 من ق ع :عقوبات تتمثل في الحبس من شهرين إلى 1سنة وبغرامة مالية علاوة على ذلك يجوز الحكم بعقوبة تكميلية مثل الحرمان من الحقوق الوطنية من 1سنة إلى 5 سنوات مادة 332 ق ع .

2- **جريمة إهمال المرأة الحامل:** والتي تقتضي وجود علاقة زوجية وترك الزوجة حامل لمدة أكثر من شهرين في محل الزوجية إذ قرر المشرع لها عقوبة وفق المادة 02/330 قانون العقوبات ولها نفس العقوبة بالنسبة للجريمة الأولى.

3- **جريمة عدم تسديد النفقة:** والتي تقتضي وجود حكم صادر بأداء نفقة وفي نفس الوقت امتنع المحكوم عليه عن أداء كامل قيمة النفقة لمدة تتجاوز شهرين ولقد حدد المشرع له

[1109]–المادة 1 من القانون المدني أمر 58/75 متضمن قانون مدني المعدل بالقانون 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوص في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف،فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

[1110]–م 222 قانون الأسرة:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

جزاءات خاصة الحبس من 06 أشهر إلى 3 سنوات +غرامة مالية ويجوز علاوة على ذلك حرمانه من الحقوق الوطنية استنادا للمادة 331 ق ع.

4- **جريمة الإهمال المعنوي للطفل:**م3/330 وحصر هنا المشرع الجزائري مجال الإساءة للطفل من خلال:

- تعريض صحة الطفل للخطر.
- تعريض أمن الطفل للخطر.
- تعريض خلق الطفل للخطر.

ورتب لها جزاء يتمثل في نفس العقوبة الواردة على جنحتي ترك مقر الأسرة وترك الزوجة الحامل وهي:الحبس من شهرين إلى سنة بالإضافة إلى غرامة مالية ويجوز علاوة على ذلك الحكم على المتهم بالحرمان من الحقوق الوطنية[1111].

المطلب الثاني: حماية الحقوق استنادا لهذا المقصد من حيث العدم

الفرع الأول: حماية هذه الحقوق من الاعتداء عليها

1-تحريم الإجهاض:

يعد حق الإنسان في الحياة أعلى مراتب الحقوق وأهمها[1112] فقد حرص الدين الإسلامي كل الحرص على حماية هذا الحق من الاعتداء عليه،واعتبر ذلك بمثابة الاعتداء على الناس جميعا بقوله تعالى:﴿ **مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾ [1113]،ولعل فكرة الإجهاض ليست وليدة اليوم أو الأمس فتاريخها موغل في القدم يضرب بجذوره حتى يصل إلى عصر ما قبل التاريخ[1114]،وإباحته دون قيود والترويج له بين أوساط المسلمين يعتبر خطرا على نسلهم الذي حثت الشريعة الغراء على تكثيره

[1111]-احسن بوسقيمة،الوجيز في القانون الجنائي الخاص،جزء أول،الجرائم ضد الأشخاص والأموال،دار هومة للطباعة والنشر ،الجزائر ،ط2002،ص146-155.

[1112]-عروبة جبار الخزرجي،حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق،دار الثقافة للنشر والتوزيع،دون ط،دون سنة،ص107.

[1113] سورة المائدة، الآية 32.

[1114]-غالية رياض النبشة،حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط1، 2010،ص19.

والاعتناء به وشددت على الذين يقتلون أولادهم من إملاق أو خشية إملاق قال تعالى:﴿ **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُم وَإِيَّاهُم** ﴾ [1115]، وقال تعالى:﴿ **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُم خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُم وَإِيَّاكُم** ﴾ [1116]،لذلك كفلت الشريعة الإسلامية للطفل حقه في الحياة والنمو ونهت عن الاعتداء عليه[1117] ،رغم الدعاوى العالمية والمحلية التي تدعو إلى ذلك خاصة مع أزمة الحروب وما ينجر عنها من اغتصاب والمقصود بالإجهاض[1118]:

في **الاصطلاح الفقهي:** استعمل الشافعي كلمة إجهاض واستعملها فقهاء الشافعية من بعده ولكني لم أجد لهم تعرفا لها،أما سائر الفقهاء فلم أجد فيما اطلعت عليه من كتبهم من استعمل هذه الكلمة وإنما يقولون[1119] أسقطت وألقت وطرحت وأخرجت المرأة فقد قيل أن الإجهاض هو إلقاء المرأة جنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل ميتا أو حيا دون أن يعيش وقد استبان بعض خلقه بفعل منها كاستعمال دواء أو غيره أو بفعل غيرها[1120].

وفي **الموسوعة الفقهية:**الإجهاض أو الإسقاط أو الطرح والإملاص هو إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص تلقائيا أو تفعيل غيرها[1121].

وقد ورد عن المؤتمر الإسلامي لتنظيم الوالدية الذي عقد في الرباط عام 1971م في تعريفه للإجهاض بأنه إخراج الحمل من الرحم بقصد التخلص منه[1122].

[1115]–سورة الأنعام، الآية 151.

[1116]–سورة الإسراء، الآية 31.

[1117]–فاطمة شحاتة أحمد زيدان،مركز الطفل في القانون الدولي العام،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2007م،ص34.

[1118]–تعريف الإجهاض لغة:الإجهاض في اللغة هو إسقاط الناقة أو المرأة ولدها ناقص الخلق وتسمى المرأة جهيضا وجهيضة بالهاء وقد تحذف.

ونقل ابن منظور عن أبي الأصمعي:أن المجهض هو الذي لم يستبن خلقه وقال الأصمعي أن هذا أصح من قول الليث أنه الذي تم خلقه ونفخ فيه الروح.

[1119]–الصديق محمد الأمين الضرير،حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية،مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد7،ص267.

[1120]–عائشة أحمد سالم حسن،الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي،ط1،المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، 1429هـ،2008م،ص322.

[1121]–الموسوعة الفقهية ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،ط2،الكويت،1404هـ-1983م،ص56.

أ- حكم الإجهاض:

إن للإجهاض حكم عام وهو الحرمة مادام يتعلق بالاعتداء على حياة إنسان أو مشروع إنسان إلا في الحالات الضرورية التي تتعلق بحياة الأم أو الضرر بها إضرارا كبيرا،وجواز هذا ذلك أن الأم هي السبب الظاهر ف وجود الجنين فلا يجوز أن يكون سببا لموتها ولأن حياتها متحققة ومستقرة فهي إذا مقدمة على حياة الجنين التي ليست مستقرة من باب دفع الضرر الأكبر بتحمل الضرر الأدنى.

وحكم إجهاض الجنين مرتبط بمراحله تكونه بدءا من تلقيح البيضة بالحيوان المنوي إلى نفخ الروح فيه واستكمال مراحله.

أ-1- قبل نفخ الروح:

اتفق الفقهاء على حرمة الإجهاض قبل نفخ الروح إلا لأجل الحفاظ على أمه وهذا رأي الحنفية –على الراجح– والمالكية والشافعية على الأرجح والحنابلة في رواية والظاهرية على الطاهر والإباضية (للتفصيل يرجى الرجوع إلى المراجع التي أفاضت في ذلك وليس هذا مجالنا)[1123].

وقد استدل الجمهور على حرمة الإجهاض في مرحلة من مراحله بأدلة كثيرة مثل جميع الآيات التي تدل على حرمة قتل النفس إلا بالحق وحرمة الاعتداء عليها،قال تعالى: ﴿**وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ** ﴾ [1124]، واستدلوا كذلك بأن الله تعالى حرم على الحرم قتل الصيد فقال تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ**

[1122]–سناء عثمان الدبسي،الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الاصطناعي،منشورات الحلبي الحقوقية،ص114.

[1123]–فتح القدير،الجزء2 / وحاشيته الدعسوقي على شرح الكبير، جزء2 /ونهاية الإنتاج،جزء8 / والمغني لابن قدامة ،جزء7 / وحاشيته ابن عابدين، ج1.

[1124]–سورة الأنعام ، الآية 151.

مِنْكُم هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾[1125].

إذ يقول **الإمام الغزالي** في التفرقة بين العزل وإسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه(أن الولد يتكون بوقوع النطفة في الرحم ... وليس هذا- أي العزل- كالإجهاض والوأد لأن ذلك جناية على موجود حاصل وله أيضا مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفحش ومنتهى الفواحش في الجناية بعد الانفصال حيا"[1126].

وقد صدرت عن ندوة الإنجاب توصية هذا نصها:"وقد استأنست الندوة بمعطيات الحقائق العلمية الطبية المعاصرة والتي بينتها الأبحاث والتقنية الطبية الحديثة:
فخلصت إلى أن الجنين حي من بداية الحمل وأن حياته محترمة في كافة أدوارها خاصة بعد نفخ الروح وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى وخالف بعض المشاركين فرأى جوازه قبل تمتم الأربعين يوما وخاصة عند وجود الأعذار"[1127].

أ-2- بعد نفخ الروح:

أجمع الفقهاء على تحريم الإجهاض من بعد نفخ الروح أي بعد 120يوما وقد اعتبروه قتل نفس وإزهاق روح واتضح هذا الإجماع من خلال عبارات الفقهاء وأهل الاختصاص:
أوضح قرار مجلس هيئة كبار العلماء بند 14 بتاريخ 20-06-1417هـ حيث جاء فيه بعد الطور الثالث وبعد إكمال 4 أشهر للحمل لا يحل إسقاطه حتى يقرر مجمع الأطباء المتخصصين الموثوقين إن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها وذلك بعد استنفاذ كافة

[1125]-سورة المائدة ، الآية 95.

[1126]-علي محي الدين القرة داغي،علي يوسف المحمدي، المرجع السابق،ص448.

[1127]-ندوة الإنجاب ثبت كامل لأعمال ندوة الإنجاب المنشور كل بحوثها في الكتاب الأول للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية،ص351.

الوسائل لإنقاذ حياتها وإنما رخص في الإقدام على إسقاطه بهذه الشروط دفعا لأعظم الضررين وجلبا لعظمى المصلحتين.

ونجد أن **وهبة الزحيلي** في فتوى له أنه رجح عدم جواز إجهاض الحمل إلا للضرورة فقال:"أرجح عدم جواز الإجهاض بمجرد بدء الحمل أو السرطان أو عذر كأن ينطع لبن المرأة بعد ظهور الحمل وله وليس لأبيه ما يستأجر الظئر (المرضع) ويخاف هلاك الولد"[1128].

وأفتى **المجمع الفقهي** في دورته 5 بالكويت من 1-6-جمادى الأولى الموافق 10-15 كانون الأول عام 1988 أعلن بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع تنظيم النسل واستماعه للمناقشات التي دارت حوله... قرار رقم 39 (5/1) والذي تضمن في البند الثالث منه عدم جواز العدوان على حمل قائم[1129].

ويجدر بالذكر التطرق إلى الأحكام الفقهية المتعلقة بالجنين بإيجاز:

1-الدية والكفارة في حالة الإسقاط مع التحريم: أن كل من تسبب في إسقاط جنين لأي سبب كان وسواء كان الأب أو الأم الحامل فإنه عليه بالإضافة إلى حرمة هذا افعل الدية وهي عبارة عن (غرة) عبد أو أمة وهي :

*عند المالكية والشافعة: عشر دية أمة وهو الراجح في عصرنا (بعد انتهاء نظام الرق).

*وعند الآخرين تفرقة بين إذا ما كان الجنين ذكر أو أنثى.

*وذهب ابن أبي عامر إلى أن من ليس له عبد ولا أمة تجزء عشرة من الإبل وتجب مع الدية الكفارة[1130] عند الشافعية والحنابلة.

2-انتهاء عدة المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها: إذ تنتهي بوضع الحمل أو إسقاط الجنين.

3-وجوب نفقة الحامل على الأب في حالة الطلاق أو الوفاة أو حتى النشوز.

[1128]-سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق،ص135-138.

[1129]-سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق ،ص139-140.

[1130]-الكفارة عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

4-إباحة الفطر في رمضان للحامل عند خوف الضرر.

5-تأجيل عقوبة الزنا مادامت حاملا حتى تضعه.

6-الاعتداد بالجنين من حيث الأهلية: حيث له أهلية الوجوب الناقصة فيثبت له الإرث والوطنية ونحوهما[1131].

إلا أن هناك حالات استثنائية وغير طبعة تقتضي أحكاما مختلفة بشأن الإجهاض وهذا ما سنتناوله بإيجاز:

ب- الحالات الاستثنائية وغير الطبيعية المتعلقة بالإجهاض:

1- **إجهاض الجنين في حالة الضرورة:** ويقصد بالضرورة حلول خطر لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب محضور إذ عرفه **وهبة الزحيلي**"الضرورة هي أن تطرأ على إنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع"[1132].

ويختصر بعض الفقهاء أن فكرة الضرورة ف الفقه الإسلامي بأنها الخوف من الهلاك على النفس أو المال وقد بنى الفقه الإسلامي نظرية الضرورة في مجال كل العبادات والمعاملات على قاعدتين هما:

I-المشقة تجلب التيسير: ويقصد بها أن المشقة التي تخرج عن المعتاد تجلب التيسير وتحقق المشقة إذا كان على المكلف به من شأنه أن يؤدي إلى الانقطاع عنه أو بعضه وإلحاق الضرر بالمكلف في نفسه وماله أو حال من أحواله ولقد نص تعالى في محكم تنزيله:﴿ **مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِنْ حَرَجٍ** ﴾[1133].

ويتفرع عن هذه القاعدة الأصولية عدة من القواعد الفقهية:

[1131]-علي محيي الدين القرة داغي،علي وسف المحمدي، المرجع السابق،ص450.

[1132]-وهبة الزحيلي،نظرة الضرورة الشرعية ،ط2،مؤسسة الرسالة بروت لبنان،ص67-68.

[1133]-سورة البقرة ، الآية 185.

أن الضرورات تبيح المحضورات: ويقصد بها أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة لقوله تعالى:﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴾[1134]،وقال:﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴾[1135].

الضرورة تقدر بقدرها: معناه أنه إذا أبيح شيء من المحضورات للضرورة كانت إباحته على قدر الزيادة على ذلك بل يجب الاقتصار على ما تدعو إليه الضرورة ويبقى الرمق وحفظ الحياة والحاجة تنزل منزلة الضرورة.

II-لا ضرر ولا ضرار:قال ﷺ :لا ضرر ولا ضرار"[1136]وتشمل هذه القاعدة الأصولية مجموعة كذلك من القواعد الفقهية:

1- **الضرر يزال بقدر الإمكان:** أن يزال الضرر قبل وقوعه.

2- **تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام:** وترجع هذه القاعدة إلى تحكيم المقاصد في دفع الضرر.

3- **الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:** يعبر عنه بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما.

4- **الضرر لا يزال بالضرر:** ومعناه أن لا يزال الضرر بارتكاب ضرر آخر.

5- **درء المفسدة وجلب المصلحة:** ذلك أنه إذا دار الأمر بين درئ مفسدة وجلب مصلحة كان درئ المفسدة أولى من جلب المصلحة[1137].

وعليه ففكرة الضرورة في الفقه الإسلامي تقتضي المحافظة على الكليات الخمس،وهي حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل تبيح مخالفة التكاليف الشرعية لكن وفق ضوابط محددة ولعل هذه الشروط مثل ما تم التطرق إليها سابقا في الباب الأول.

1- أن يكون لضرورة حالا قائما وليس متوقعا ومحتملا.

[1134]-سورة البقرة ، الآية 173.

[1135]-سورة المائدة، الآية 3.

[1136]-وقد شرح الأربعين حديثًا للإمام النووي وحينما وصل في شرحه إلى حديث :(لا ضرر ولا ضرار،) أطنب في شرحه وإجلاء مقاصد الشارع منه حتى انتهى به القول إلى اعتبار المصلحة اعتبارًا أساسيا وتقديمها على جميع الأدلة.

[1137]-محمد أمين جدو،جرمة الإجهاض بين الشريعة والقانون مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام،جامعه أبي بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2009- 2010م،ص108-109.

2- أن يكون ملحة إذ بجد الفاعل نفسه أو غيره ف حال خشي منها تلف النفس أو الأعضاء.

3- أن لا تكون هناك وسيلة أخرى إلا ارتكاب الجريمة،فإذا وجدت وسيلة أخرى مباحة لدفع الضرر تعينت هذه الوسيلة.

4- أن يدفع الضرر بالقدر الكافي.

وهذه هي المعايير في توضيح المسائل الفقهية ووضعها في الميزان الشرعي لاستنباط الحكم الشرعي الملائم لتلك المسائل التي تنمي لروح الشريعة الإسلامية وفطرة الإنسان[1138].

وتتمثل الحالات التي سندرسها في الإجهاض ما يلي:

حكم الإجهاض في حالة الضرورة: ويقصد به أنه قد تتعرض الأم أثناء حملها إلى أمراض وأسباب طبية ضرورية تحتم ذلك عندما يقرر أهل الاختصاص أن استمرار احمل سيؤدي حتما إلى هلاك الأم أو الإضرار بصحتها.

وهذه الحالة أي إنقاذ الأم من الهلاك وبعد التأكد من استنفاذ كل وسائل المعالجة التي من شأنها أن تبقي على الحمل مع تحسين صحتها وإذا تعذر الجمع بن استمرار الحمل وحياتها فإنه هنا يباح الإجهاض عملا بالقاعدة الفقهية "إذا تساوى المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقدير التأخير للتنازع بين المتساوين"

ولا يتم إلا بعد التأكد من ذلك أي يكون الخطر على حياة الأم واقعا لا محتملا مسترشدا لرأي طبيبين(02) على الأقل موثوق بهما مختصين[1139].

وفي هذا الموضوع من التفاصيل الكثيرة التي تجنبنا الغور فيها واكتفينا بالحكم فقط وللولوج في الموضوع أكثر نرجو الرجوع إلى المراجع المتخصصة[1140].

حكم إجهاض الجنين المشوه:

[1138]-عائشة أحمد سالم حسن،الأحكام المتصلة في الفقه الإسلامي ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،ط1، 1429هـ- 2008م، ص365-366.

[1139]-عائشة أحمد سالم حسن، المرجع السابق، ص371-372.

[1140]-الموسوعة الفقهية الكويتية،57/2،/انظر فتحة مصطفى عطوي،الإجهاض بين الشرع والقانون والطب،ط1،المنشورات الحقوقية ،2001م، ص242-245.

ويقصد بالمشوه هو من أصيب بعاهة غيرت خلقه ويقال رجل اشوه أي قبيح الوجه شاه وجهه يشوه،وقد شوهه الله ﷻ فهو مشوه،شاهت الوجوه تشوه شوها:قبحت ورجل أشوه وامرأة شوهاء إذا كانت قبيحة والاسم الشوهة وكل شيء من الخلق لا يوافق بعضه بعضا أشوه ومشوه.

والمشوه أيضا: القبيح العقل وقد شاه يشوه شوها وشوهة وشوه شوها فيهما.

وبهذا يتضح أن المقصود بالجنين المشوه هو من أصيب بعاهة في وجهه أو جسده غيرت خلقه أثناء فترة وجوده في بطن أمه[1141].

إن التطرق لحكم إجهاض الجنين المشوه بن أخذ ورد وبن فرق يوافق الإجهاض ويقر بجواز ذلك وبن آخر من يحرم فعل ذلك ولا يقر بجوازه وفي هذا تفصيل كبر إلا أن ما يهمنا هو إبراز الراجح لذلك نجد أنه سئل فضيلة الشيخ **عبد الله آل عبد الرحمن البسام** عضو مجلس المجمع الفقهي وعضو هيئة التمييز بالمنطقة الغربية بالمملكة العربية السعودية :هل يجوز شرعا إسقاط الجنين المشوه وقتله؟ فأجاب فضيلته وهو الأصلح في العموم:لا يجوز ولا حل لما يأتي:

- عموم النهي من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ عن قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وهذه النفس قد اكتسبت الحياة وأصبح لها نفس حكم الآدميين المعصومين ولذا لو جني عليه في بطن أمه ثم سقط حيا ومات ففيه دية كاملة فإن سقط متا ففيه غرة[1142].

[1141]–عبد الفتاح بهيج علي العواري،الدر الثمين لبيان حكم إجهاض الأجنة المشوهين،دراسة فقهية مقارنة،دار الكتب القانونية ،مصر،2010م،ص29.

[1142]– قال تعالى: ﴿ **إِنَّ اللَّهَ لا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ** ﴾ وقال تعالى: ﴿ **مَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَمَأْوَاهُ النَّارُ وَمَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ أَنْصَارٍ** ﴾ وبين ﷺ أن الشرك أعظم ما يكون من الجناية والجرم بقوله حين سئل: أي الذنب أعظم: " أن تجعل لله ندا وهو خلقك "34 فالذي خلقك وأوجدك وأمدك وأعدك ورزقك كيف تجعل له ندا؟ فلو أن أحدا من الناس أحسن إليك بما دون ذلك، فجعلت له نظيرا؛ لكان هذا الأمر بالنسبة إليه كفرا وجحودا.

قوله: والسحر: أي من الموبقات، وظاهر كلام النبيﷺ أنه لا فرق بين أن يكون ذلك بواسطة الشياطين أو بواسطة الأدوية والعقاقير.لأنه إن كان بواسطة الشياطين؛ فالذي لا يأتي إلا بالإشراك بهم؛ فهو داخل في الشرك بالله. وإن كان دون ذلك؛ فهو أيضا جرم عظيم؛ لأن السحر من أعظم ما يكون في الجناية على بني آدم؛ فهو يفسد على المسحور أمر دينه ودنياه، ويقلقه فيصبح كالبهائم، بل أسوأ من ذلك؛ لأن البهيمة خلقت هكذا على طبيعتها، أما الآدمي؛

ويوجد نصوص تشمل مثل هذه الحالة بالتحريم وتتناولها بالحكم ضمن ذلك:ما روى عن **أنس** ﷺ قال:قال رسول الله ﷺ :"لا يتمنين أحدكم الموت لضرر نزل به فإن كان لابد متمنيا فليقل اللهم أحييني ما كانت الحياة خيرا لي وتوفني ما كانت الوفاة خيرا لي"[1143].

إضافة أن من يقتل نفسه فمصيره النار هذه في حق من قتل نفسه وهو صاحب الحق فيه فكيف بمن يعتدي ويقتل غيره استضعافا له[1144] ، قال الرسولﷺ "المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي الكل خير"[1145] إذ ابتغى رسول اله ﷺ في المسلم القوة لكنه طلب للضعيف بالرحمة عليه والجنين المعيب داخل فيمن طلب لهم رسول الله بالرحمة[1146].

- بعد أن اكتسب الجنين الحي وصار إنسان فإن له الحق في بقائه حيا على أي حال يكون في عليها ولا يح أن ينزع من هذه الحياة التي وهبها الله إياها.

فإنه إذا صرف عن طبيعته وفطرته لحقه من الضيق والقلق ما لا يعلمه إلا رب العباد، ولهذا كان السحر يلي الشرك بالله ﷻ قوله: ﴿ **وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق** ﴾: القتل: إزهاق

انظر: بدر محمد السيد إسماعيل، حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والطب الحديث،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،مصر،2010م،ص199.

[1143]– اب ما جاء في النهي عن التمني للموت (971) عن أنس بن مالك، عن النبي ﷺ أنه قال: "لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به، وليقل: اللهم أحيني ما كانت الحياة خيرا لي، وتوفني إذا كانت الوفاة خيرا لي" قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح. والحديث أخرجه:

البخاري: المرضى، باب تمني المريض الموت، رقم (5671).

ومسلم: الذكر والدعاء، باب كراهة تمني الموت لضر نزل به، رقم (2680).

أبو داود: الجنائز، باب في كراهية تمني الموت رقم (3108).

النسائي: الجنائز، باب تمني الموت (40/4).

ابن ماجة: الزهد، باب ذكر الموت والاستعداد له، رقم (4265).

[1144]–داود سليمان بن محمد الصبحي،الإجهاض بين التحريم والإباحة في الشريعة والنظم الوضعية،بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في مكافحة الجريمة ،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،معهد الدراسات العليا،الرياض،1418هـ1997م،ص117-118.

[1145]– شرح صحيح مسلم (215/16) / وانظر مجموعة الرسائل والمسائل لابن تيمية (343/3).

[1146]–عائشة أحمد ،المرجع السابق،ص398.

• في ولادتهم هذه عبره للمعاقين ففي الحديث" اللهم كما أحسنت خلقي فحسن خلقي وحرم وجهي على النار"[1147]،وإذا رأى الإنسان المبتلى حمد الله تعالى على نعمته عليه حيث فضله وزاده ذلك تعلقا بربه.

فيه معرفة لقدر الله تعالى وتحقيقا لقوله تعالى:﴿ **هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ** ﴾ [1148].

• أي برهان على كمال القدرة الإلهية فإجهاضه معاداة لهذه الإرادة.

– **حكم إجهاض الجنين الناتج عن الاغتصاب:** والاغتصاب جريمة بشعة وسلوك يدل على طبعة الإجرام والتعدي على القيم وقد جعل الإسلام له عقوبة حد الحرابة قال تعالى :﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ** ﴾ [1149].

وهذا ويقع الاغتصاب فرديا كما لو وقع على امرأة بعينها وهو ما يحدث كثيرا في الوقت الحاضر بسبب الانحلال الأخلاقي وتأثير المخدرات كما يقع جماعيا عندما تتعرض نساء طائفة أو بلد ما للاعتداء كما يحدث اليوم في: سوريا، ليبيا، بورما وغيرها من بلدان العالم.

ويترتب على الاغتصاب مشكلات نفسية المعتدى عليها تؤدي في الغالب إلى حالات مرضية ومعاناة كبيرة خاصة عندما يؤدي إلى حدوث حمل وفي هذه الحالة قد يكون الإسقاط هو وسيلتها للتخفيف من معاناتها[1150]،ويعتبر الاغتصاب سببا مرجيا للإجهاض إذا

[1147]–مسلم: ج–1/ كتاب الطهارة باب 42/15.

[1148]–سورة مريم ، الآية 21.

[1149]– سورة المائدة، الآية 33.

[1150]–عبد النبي محمد محمود،الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار الكتب القانونية ،مصر،2011،ص401–402.

نتج عنه حمل في قوانين كثير من الدول التي تمنع الإجهاض لأسباب غير طبية متى رغبت المعتدى عليها بذلك[1151].

- **إجهاض جنين الاغتصاب قبل نفخ الروح:** أباح جمهور الفقهاء الإجهاض في 40 يوما الأولى على أساس أنه لم يتخلق بعد وأدلتهم:

قال تعالى:﴿ **أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى (37) ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى** ﴾ [1152] ، دلت الآية على أن النطفة لا تخليق فيها وإذا لم يكن بها تخليق فإنها ليست شيء فيجوز إسقاطها ولقد ورد الحديث ببيان مدة بقاء النطفة في قوله ﷺ "يجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يوما نطفة"[1153].

- أن الجنين ما لم يتخلق فليس بآدمي وإن لم يكن آدميا فلا حرمة له فيجوز إجهاضه.
- هذا ما تؤيده القاعدة الشرعية الضرر يزال والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف وعند النظر إلى حال هذه الأم المغتصبة وما يسببه لها هذا الحمل من ضرر نفسي وبدني واجتماعي وآثار سيئة على المجتمع نجد أن هذه الأضرار المترتبة على بقائه أكبر بكثير من ضرر إسقاطه في هذه الفترة قبل تصوره فيزال الضرر الأكبر بارتكاب الأخف[1154].

يقول الدكتور يوسف القرضاوي:"فقد ما خلص له عندما سئل عن نساء البوسنة والهرسك اللاتي حملن كرها من جنوب الصرب والكفرة والمعتدين هل يجوز إجهاض حملهن؟

[1151]–محمد علي البار،مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية،دار السعودية للنشر والتوزيع،ط1، 1405هـ–1985م،ص63.

[1152] – سورة القيامة، الآية 37–38.

[1153]– كتاب الرَّجْعة.

1757 - حديثُ ابْنِ عُمَرَ في قصَّة طَلاقِه»وفيه: «فَلْيُرَاجِعْهَا . ثمَّ قَالَ . وفي البابِ حديثُ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنْ عُمَرَ»: كَانَ النَّبِيُّ ﷺطَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا . « أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُد، وَالنَّسَائِيُّ، وَابْنُ مَاجَهْ، وَالْحَاكِمُ، وَأَخْرَجَ لَهُ شَاهِدًا عَنْ أَنَسٍ.

– 1758 حديثُ أَنَّهُ قَالَ لِرُكَانَةَ : ارْتَجِعْهَا ثمَّ قَالَ لَهُ بِلَفْظِ "ارْتَجِعْهَا."

– (3) - 1759 حديثُ : يُجْمَعُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نُطْفَةً، وَأَرْبَعِينَ يَوْمًا عَلَقَةً، وَأَرْبَعِينَ يَوْمًا مُضْغَةً، ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ . مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ.

– 1760 حديثُ : أَنَّ عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ سُئِلَ عَمَّنْ رَاجَعَ امْرَأَةً وَلَمْ يُشْهِدْ فَقَالَ رَاجَعَ فِي غَيْرِ سُنَّةٍ، فَيُشْهِدُ الْآنَ. أَبُو دَاوُد، وَابْنُ مَاجَهْ وَاللَّفْظُ لَهُ وَهُوَ أَتَمُّ، زَادَ الطَّوَادِيُّ فِي رِوَايَةٍ وَاسْتَغْفَرَ اللَّهَ ، ج3 ، ص439 .

[1154]–مركز التميز البحثي،الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة(قسم فقه الأسرة)جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،ط1، 1435هـ،ص26–27.

إن المرأة المغتصبة التي بذلت جهدها في المقاومة لهؤلاء العلوج وأمثالهم لا ذنب لها لأنها مكرهة والمكره مرفوع ذنبه في الكفر"[1155].

- **إجهاض الجنين بعد نفخ الروح:** أي بعد 120 يوما هنا لا يوجد إشكال في الوقت الحاضر بحكم التقدم الطبي المعاصر إذ أصبح من السهل على المرأة أن تتأكد من حملها في بدايته فإجهاض الجنين في هاته الفترة يكون قتلا للنفس البشرية وبذلك قد خرجا من قضية شرعية إلى أخرى كما يعرض حياة الأم لخطر الموت فالاغتصاب مخالفة شرعية والقتل مخالفة شرعية أكبر وعليه لابد من إيجاد طرق لمعالجة الأمر إذا ما مر أربعة أشهر على الجنين[1156].

كما أن بعض الفقهاء من يرى جواز إسقاط الجنين الناتج عن اغتصاب تأسيسا على حالة توافر الضرورة وهي أنه أثبت أنه أكرهت على الفاحشة ومنهم من يرى جواز إسقاطه على أساس دفع الحائل أي حالة الدفاع الشرعي ويجب أن يكون وفق ضوابط وهي :

أ- أن يتم الإسقاط قبل زوال السبب(الاغتصاب) فإذا تأخرت المرأة كانت راضية بهذا الحمل وأقرت به.

ب - أن لا يكون الجنين قد نفخ فيه الروح أي قبل أن يستكمل 120 يوما.

ج - أن تتم عملية الإجهاض تحت إشراف طبي وبطلب من المرأة المغتصبة[1157] وبهذا الشأن أصدر المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر فتوى في هذا الشأن جاء فيها أن الأصل أنه لا بد من الحفاظ على الأم وجنينها إلا في الحالات الشاذة جدا التي توجد الأم في حالة خطر الموت ولكن يجب أن يكون خطر الموت موصوفا دقيقا يؤكد أن الأم في خطر مئة بالمئة ويمكن أن تموت في ذلك الوقت يمكن التضحية بالجنين.

[1155]-ياسر أحمد عمر الدمهوجي،حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي،دراسة فقهية مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،ط1، 2012،ص186.

[1156]-عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق،ص402.

[1157]-عبد الحميد إبراهيم،الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع دراسة مقارنة ط1،المكتب الجامعي الحديث،2009 ،ص321 -322.

وأكد رئيس المجلس الإسلامي الأعلى أن فتوى الإجهاض إنما تخص نساء ضحايا المأساة لهؤلاء النساء اللاتي يوجدن في حالة نفسية صعبة للغاية لأن الأصل حماية الأم ومهما يكن الأمر فالأمر متعلق بالضمير[1158].

1- حكم إجهاض ولد الزنا:من خلال النظر في أقوال الفقهاء نجد أن جهودهم قد ارتكزت حول الإجهاض بصورة عامة ولم يفرقوا بين الإجهاض الناشئ عن حمل صحيح وبين ذلك الناشئ عن علاقة زنا فلم تتناول الكتب بيانا صريحا لحكم إسقاط الحمل الناشئ عن زنا إلا ما ورد عن **الإمام الرملي** فقد فرق في كتابه نهاية المحتاج عند الحديث عن الإجهاض بين حمل نشأ من نكاح وحمل نشأ من زنا وإن لم يفصل في ذلك.

حيث : " لو كانت النطفة من زنى فقد يتخيل الجواز قبل نفخ الروح ".

وهنا الناظر إلى قول **الإمام الرملي** يجد أنه لا يفيد الجواز المطلق من خلال قوله:"يتخيل الجواز" بالإضافة إلى وجود نص صريح في حاشية **الشيخ العدوي** يفيد حرمة الإجهاض قبل 40 يوما ولو كان ماء زنا إلا للضرورة فقال **الشيخ العدوي**[1159]"ولا يجوز للمرأة أن يفعل ما يسقط ما ببطنها من الجنين ولو من ماء زنا".

-وعليه واستنادا لآراء الفقهاء نجد أن إجهاض ولد الزنا حرام سواء قبل نفخ الروح أو بعدها لأن من العوامل التي تدفع الزانية إلى إسقاط حملها رغبتها في التخلص من نتيجة ما أقدمت عليه كي لا تفضح أمرها بين الناس فيكون الجنين ضحية ذنب لم يرتكبه والأصل هو المحافظة على الحمل منذ أول عهده إلا لوجود عارض يقره الشرع والإسلام قد حفظ حياة ابن زنا من خلال حادثة الغامدية[1160]،وهي حامل حتى تضع وترضع وتفطم مما يؤكد رعاية الإسلام لأبناء الزنا.

[1158]-مرزوق عبد القادر،حماية الجنين،مقال منشور في مجلة العلوم القانونية رقم 2005/02 ،ص171.

[1159]-الشيخ العدوي هو :علي بن أحمد العدوي من اهل 5 هـ ، من اسرة علمية سويسية عريقة ينتهي نسبه للخليفة الراشد أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ ، توفي في 23 ربيع الثاني 1436 هـ الموافق ل 13 فيفري 2015م، كان من تلاميذه المفكر محمد المختار السويسي. انظر يوم 2018/03/30 على الساعة : 11.29 صباحا www.mokhtar soussi.com

[1160]-حادثة الغامدية

والقول بإسقاط الزانية لحملها(ابن زنا) مناقض لقاعدة سد الذرائع ذلك لأن من أهم العقبات المانعة للمرأة من الزنا نشوء الحمل ثم إن القول بإباحة إسقاطه تسهل العقبات الوقوع في الفواحش ثم الانسلاخ من تبعاتها لذلك القول بتحريم إسقاط ولد الزنا وهو الموافق لأحكام الشريعة.

ويستثنى من هذا إذا ما لحق بالمرأة حالة تهدد حياتها بالموت إذا ظلت محتفظة بالحمل ولم تقم بينة الزنا عليها مع ثبوت احصائها عندئذ يجوز إجهاضها لأنه مترتب على حفظ حياة الأم لأنها الأصل[1161].

من خلال كل هذا يظهر لنا أن **الحكم العام للإجهاض من المنظور المقاصدي** :وذلك من حالة حفظ مقاصد الشارع الحكيم وحفظ مقاصد المكلف وأيهما أولى بالاعتبار[1162].

أ-الإجهاض التلقائي بين حفظ مقاصد الشارع ومقاصد المكلف:قال ﷺ:"أن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[1163]،أي أن إثم الخطأ والنسيان والإكراه مرفوع عن المكلف في كل الأفعال والإجهاض التلقائي(الطبيعي) هو الذي يقع دون إرادة الفاعل فهو إجهاض عفوي يحدث للمرأة دون أي تدخل منها،فلا حرج ولا إثم فيه لأنه لا نية لها وهي المكلف في معارضة قصد الشارع سبحانه تعالى في منع اكتمال الحمل أو إسقاطه.

ب-الإجهاض العلاجي بين حفظ مقاصد الشارع ومقاصد المكلف: وهذا النوع محكوم بقاعدة الضرورة دائما وتوابعها ومحكوم بقاعدة الترجيح بين القواعد الفقهية ومقاصد الشرعية الضرورية فيدخل بين حفظ النفس وحفظ النسل وأيهما يقدم على الآخر.

وهذا ما تم التطرق إليه سابقا[1164] ويدخل ضمنه (الجنين المشوه،إنقاذ الأم في حالة الضرورة).

[1161]-أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين،أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي،أطروحة لاستكمال متطلبات ماجستير جامعة نجاح الوطنية نابلس فلسطين،2008م،ص44-45.

[1162]-فريدة زوزو،الإجهاض دراسة مقاصدية ..دون ط،دون د ن ،ص(37-40).

[1163]-ابن رجب الحنبلي ، كتاب جامع العلوم والحكم ت الأرنؤوط لْحَدِيثُ التَّاسِعُ وَالثَّلَاثُونَ إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ ، ج 2، 360 .

[1164]-انظر ص من المذكرة

ج-الإجهاض الجنائي بين حفظ مقاصد الشارع ومقاصد المكلف: وهو الذي يقع بدوافع الفقر أو الجاه أو التخلص من ثمرة الزنا أو الاغتصاب والتخلص من الجنين الأنثى بعدما أمكن للطب تحديد جنس الجنين فإنه خارج عن نطاق الخطأ والضرورة ولذلك هو مخالف لمقاصد الشارع ذلك أن قصد المكلف هنا قصد غير شرعي إضافة إلى أنه يؤدي إلى القضاء على النسل وهو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية.

وعليه يظهر جليا مما سبق أن الإجهاض وسيلة غير شرعية إلا في حالة الضرورة ولا يمكن التوسم به لحفظ مقصد الشارع في حفظ النسل بل هو ذريعة يتوسم بها مقصود محرم وهو قتل نفس بريئة والتعدي على منحة الحياة التي منحها المولى تبارك وتعالى.

2-حماية حق الحياة للطفل:

2-1-حماية حق الطفل في الحياة قبل الميلاد:

أ- حماية حق الخديج في الحياة:

أ-1- ويقصد بالخديج[1165] لم يستعمل الفقهاء -رحمهم الله-كلمة خديج في كتبهم ولذلك فليس لهم تعريف اصطلاحي لكلمة خديج.

ولكن كلمة "سِقط" التي استعملها الفقهاء هي أقرب الألفاظ لهذه الكلمة.

-والسِّقط في اصطلاح الحنفية والشافعية هو الولد الساقط قبل تمام 6 أشهر .

-أما المالكية: فإنه عندهم من ولد ميتا مطلقا أو ولد قبل تمام 6 أشهر سواء ولد حيا أو ميتا وعليه يتبين أن جمهور الفقهاء (حنفية،شافعية،حنابلة) يعدون الولد النازل قبل تمامه حيا سِقْطا وهذا أقرب ما يكون لمصطلح الخديج عند الأطباء.

[1165]-يقصد به لغة: قال ابن فارس :الخاء والدال والجيم أصل واحد يدل على النقصان يقال خدجت الناقة إذا ألقت ولدها قبل النتاج.

فهو المولود قبل أوانه لغير تمام الأيام وإن كان تام الخلق ويسمى خُدوج،وخِدج،ومُخْدج والجمع خُدوجٌ وخِداج وخَدائج وقد يكون الخداج لغير الناقة جاء في الحديث الشريف قول ﷺ "من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خِداج"أي ذات نقص والخداج :النقصان/انظر معجم مقاييس اللغة مادة خدج/انظر لسان العرب لابن منظور مادة خدج/انظر المصباح المنير مادة خدج.

أ–ب– أما في اصطلاح الأطباء: يقصد بكلمة الخديج كل مولود لم تكتمل مدة حمله 37 أسبوعا ويتم حسابها اعتبارا من اليوم الأول لآخر دورة طمثية.

ويضيف آخرون على هذا التعريف قيد آخر وهو :أن يكون وزن المولود أقل من 2500 غرام ومسألة إنعاش الخديج تعد من نوازل هذا العصر أو مع تطور وتقدم الطب وأجهزته أدى إلى إيجاد بيئة ملائمة للمولود إذا نزل قبل تمام حمله مما لم يكن معروفا ولا معهودا من قبل وكون أن مسألة إنعاش[1166]الخديج تتجاذبها ثلاث ضروريات حفظ النفس والنسل والمال ولعل أنه لهذه النازلة أهمية كبرى بالنسبة لحقوق الجنين وهو في هذه المرحلة لذلك كان الرأي فيها حسب المدة التي تميز الحمل.

لذلك نجد أن هذه المسألة قد درست في مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في دوريته 67 المنعقدة في 1428/08/05هـ و68 منعقدة في 1429/02/23هـ وأصدر حيالها القرار الآتي:

التأكيد على حرمة النفس البشرية ووجوب بذل الأسباب لحفظها قال تعالى:﴿ **النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ**﴾[1167]، وقال تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (29) وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا** ﴾ [1168] ، وقال النبيﷺ :"إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام"[1169].

أ–3– من ولد من الأطفال وقد تجاوز حمله ستة أشهر وجب بذل الأسباب لإنعاشه لأن الحمل قد تم له 6 أشهر لقوله تعالى: ﴿ **وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا** ﴾[1170]، مع قوله : ﴿

[1166]–يقصد بالإنعاش:هو العمل على استرداد الوظائف الحيوية للجسم إثر فقدانها وتعطلها الناجم عن إصابة شديدة.

[1167]–سورة الأنعام ، الآية151.

[1168]–سورة النساء ، الآية 29–30.

[1169]– مع المد وضبطها ابن ماكولا بالقصر وقال ابن حبان: ولها صحبة ، تهذيب التهذيب "424/12."، والحديث رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الحج "151/5".

[1170]–سورة الاحقاف ، الآية 15.

وَالْوالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [1171]، فالآية الأولى حددت مدة الحمل والرضاع بثلاثين شهرا والآية الثانية تدل على أن مدة الرضاع عامين 24 شهرا فبقي لمدة الحمل 6 أشهر.

أ-4- من ولد قبل أن تبلغ مدة الحمل 6 أشهر فحينئذ ينظر طبيبان مختصان في حالته فإن غلب على ظنهما انتفاعه بالإنعاش فإنه ينعش وتبذل الأسباب لإنقاذه.

ويظهر من هذا:

- أنه إذا كان الخديج الحملي 6 أشهر فيجب إنعاشه لأن الإنعاش في هذه الحالة يعد من باب إنقاذ المعصوم من الهلكة وقد أجمع الفقهاء على وجوب إنقاذ المعصوم من الهلكة.
- أما إذا كان أقل من 6 أشهر فهنا راجع لمدى استفادته من الإنعاش فإن غلب الظن على استفادته منه فيجب إنعاشه وإن غلب الظن على عدم استفادته فلا يجب إنعاشه حينئذ بل يقال أن الأولى عدم الإنعاش وذلك لما يترتب على الإنعاش من مفاسد[1172].

2-حماية الجنين من الاعتداء عليه(الجناية عليه):

يرى فقهاء الإسلام أنه لا يجوز العدوان على حق الجنين في الحياة ويستند هذا الحق المتمثل في احترام الحياة الإنسانة إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾ [1173].

[1171]-سورة البقرة ، الآية 233.

[1172]-مثل:1-شغل مكان في المستشفى مدة طويلة مع غالبية الظن عدم استفادة هذا النوع من الخدائج من العلاج علما أن المكان الذي يشغله قد يحتاجه من حالته أرجى.

[2]-عيشه إن عاش بإعاقات شديدة جدا.

[3]-بذل الأموال الطائلة بينما يغلب على الظن عدم استفادته من العلاج.

لمزيد من التطرق وإسهاب في الموضوع الرجوع إلى:السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني.

-قضايا طبية معاصرة ،مجلد3، 1431هـ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

-إنعاش الخديج -دراسة فقهية تأصيلية،صالح بن عبد العزيز (2201 إلى 2244).

[1173]-سورة المائدة، الآية 32.

واختلف الفقهاء في صفة الجنين(خلقته) وذلك من حيث مدته في الحمل لوجوب الغرة أو عدمها.

فذهب الحنفية إلى وجوب الغرة [1174]، شريطة أن تستبين خلقة الجنين أو بعض خلقته وذلك بعد سقوطه فإن كان ذلك بمنزلة الجنين التام لأنه بخروجه يحصل النفاس وتنقضي العدة وهو بهذا القدر من الخلقة يتميز عن العلقة والدم وهو إذا تجاوز مرحلة العلقة[1175] إلى ما بعدها "المضغة"[1176] كان قد استبان خلقة كما لو كان نفسا.

-**رأي المالكية:** تجب الغرة في الجنين الميت مهما كانت مدته في الحمل حتى ولو كان علقة أو مضغة أو دما ولم يتبين من خلقه من أصبع ولا عين ولا غير ذلك لأنه بهذا تنقضي به العدة من الطلاق.

-**رأي الشافعية:** إذا ألقته لحما بجناية عليها،وجب فيها الغرة شرطة أن يقرر أهل الخبرة من أطباء وقوابل أن فيه صورة أو تخطيطا يخفى على غيرهم فلا يعرفها سواهم لخبرتهم ويكفي في ذلك أن يتصور أهل الخبرة جزاء من آدمي كما لو كان أصبعا أو عينا أو ظفرا أو استبان فه تخليق لآدمي كالمضغة.

-**رأي الحنابلة:** إذا ألقت جنينا بجناية من الجنايات ففيه دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدا وإن كان دون ذلك ففيه غرة [1177].

وتختلف العقوبة المقررة للجنين بحسب اختلاف نتائج الفعل الذي يصدر من الجاني:

1- **إذا انفصل الجنين عن أمه ميتا:**يعاقب الجاني بدفع الدية ودية الجنين غرة عبد أو أمة في ذلك الوقت أما الآن انتهى زمن الرق فحدد العلماء الغرة ب5 إبل أو ما يعادلها من نقود.

[1174]-الغرة:الغرة بضم الغين وتشديد الراء غرة المال خياره وسميت بذلك لأنها من أنفس الأموال وقيل أنه أول مقدار ظهر في باب الدية وأول شيء يسمى غرة والغرة في الشرع هي عبد أو أمة وهذا قول أكثر أهل العلم.

[1175]-العلقة:وهو الدم الجامد وقيل الدم شديد الحمرة قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى:﴿ **ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً** ﴾ ،أي صيرنا النطفة وهي الماء الدافق الذي يخرج من صلب الرجل وهو ظهره وترائب المرأة وعظام صدرها فصارت علقة حمراء.

[1176]-المضغة: قطعة من اللحم صغيرة يقدر مات يمضغ ليس لها شكل ولا تخطيط.

[1177]-أمير عبد العزيز،الفقه الجنائي الإسلام في الإسلام،القاهرة،مصر،دار السلام،ط3، 1428هـ-2007م،ص145-146.

2- **إذا انفصل الجنين عن أمه حيا ثم موته كان بسبب فعل الجاني:** إذا انفصل عنها حيا بأن تنفس أو صاح أو بكى ومات بسبب الجناية عليه فهذا يعتبر قتلا للجنين وتكون عقوبتها القصاص أو الدية على الجاني وذلك بحسب ما إذا كان القتل عمدا أو شبه عمد أو خطأ[1178].

حماية حق الطفل في الحياة بعد الميلاد:

1- جناية قتل الطفل:تعرف جناية قتل الطفل بأنها الاعتداء الواقع على حياة هذا الطفل قصد إزهاق روحه وتعد جريمة القتل من أعظم الكبائر بعد الشرك بالله في الشريعة الإسلامية ويستدل على تحريم قتل الطفل بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية.

من القرآن الكريم:قال تعالى:﴿ **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا** ﴾.[1179]

من السنة النبوية:ما روي عن **عبد الله بن مسعود** رحمه الله قال قلت يا رسول الله أي الذنب أعظم؟قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قلت ...؟ قال أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك"[1180] ، وهذا الحديث دل على أن قتل الولد من أعظم الذنوب لشناعة الأمر وفضاعته.

وعقوبة القتل في الشريعة الإسلامية:

تعاقب الشريعة الإسلامية عن القتل العمد بأنواع من العقوبات منها ما هو أصلي ومنها ما هو تبعي أي بديله:

العقوبات الأصلية: تتمثل في القصاص والكفارة.

[1178]-عودة عبد القادر،التشريع الجنائي الإسلامي ،بيروت لبنان،دار الكتب العلمية،دون طبعة، جزء2، ص300 /انظر محمد فاروق النبهان،مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي،مؤسسة الكتب الثقافية،لبنان،ط1، 1437هـ-2016م،ص(179إلى 183).

[1179]-سورة الإسراء، الآية31.

[1180]- يحيى بن أبي كثير، نحو ما رويناه."

- (524 / 260 / 3) وبه قال خيثمة بن سليمان، نا جعفر بن أحمد بن دهقان، نا عاصم بن يوسف، نا قطبة - وهو ابن عبد العزيز السعديُّ ، عن الأعمش، عن شقيق، عن عبد الله رضي الله عنه قال " :أتى النبيَّ ﷺ رجلٌ فقال يا رسول الله :أيُّ الذنب أكبر؟قال أن تجعل لله ندًّا وهو خلقك،قال ثم أيٌّ،قال : أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك،قال ثم أيٌّ؟قال أن تزاني حليلة جارك فأنزل الله عز وجل تصديق ذلك{والذين لا يدعون مع الله إلها آخر {الآية."

العقوبات البديلة:تتمثل في الدية والتعزير والصيام.

العقوبات التبعية:مثل الحرمان من الميراث ومن الوصية[1181].

جريمة خطف الطفل: تعد واقعة خطف الطفل في حد ذاتها تهديدا لحياة الطفل أي كان الغرض من عملية الخطف كن الشريعة الإسلامية لم تجرم خطف الطفل باعتباره من جرائم القصاص إلا إذا نجم عنه قتله وإنما عاقبت عليه باعتباره جريمة تعزيرية يترك أمرها في تجريمها وتحديد عقوبتها إلى ولي الأمر.

وإن كان بعض الفقهاء منهم المالكية والظاهرية وجانب من الشيعة الزيدية قد اعتبروا واقعة خطف طفل حديث العهد بالولادة وكذلك الطفل الغير مميز أقل من 7 سنوات سرقة ونادو بتطبيق عقوبة القطع على الخاطف كالسارق المال تماما[1182].

الفرع الثاني : تجليات هذه الحماية في التشريع الجزائري

<u>من خلال قانون العقوبات</u> أمر 66-156 مؤرخ في 1996/06/08 متضمن قانون العقوبات معدل ومتمم الى غاية القانون 16-02 المؤرخ في 2016/06/19 .

أ – الحماية المقررة للجنين قبل الميلاد:

نص المشرع الجزائري على تجريم عملية الإجهاض ونص في ذلك في امادة 304 منه وما بعدها ونجد أنه حدد لها صور وقرر كل حالة العقوبة الخاصة بها.

- **المرأة التي تجهض نفسها:** حسب نص المادة 309:"تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".
- **المرأة التي تجهض من قبل الغير:** م306:الإجهاض من قبل الغير ذي الصفة نجد أن العقوبة المقررة من سنة إلى 5 سنوات بالإضافة إلى تدابير أمن 02/306 والمادة 311

[1181]–أحمد علي عبد الحليم محمد،الحماية الجنائية للطفل في الشريعة الإسلامية والقانون المصري،القاهرة،دار النهضة العربية،1434هـ-2013م،ص276.

[1182]–محمود أحمد طه،الحماية الجنائية للطفل المجني عليه،الرياض،أكاديمية نايف العربية الأمنية،ط1، 1999م،ص49.

والمتمثلة في الحرمان من ممارسة أي مهنة طبية وتشدد العقوبة إذا أفضى الإجهاض للموت.

إضافة إلى نص المادة 304 نصت على عقوبة من 1سنة إلى 5 سنوات بالإضافة إلى غرامة مالية وإضافة كذلك إلى هذا عقوبات تكميلية م 03/304 المنع من الإقامة وتشدد العقوبة إذا أفضى الإجهاض إلى الموت من 10 إلى 20 سنة والاعتياد كذلك يعتبر ظرف مشدد بنص المادة 305.

- **التحريض على الإجهاض:**وتكون العقوبة فيه من 2 شهرين إلى 3 سنوات بالإضافة إلى غرامة مالية أو إحدى العقوبتين:

بالمقابل نجد أن المشرع الجزائري نص على **الإجهاض المرخص به** ونص على عدم العقاب فيه بالرجوع إلى نص المادة 308منه"لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية،والملاحظ أن المشرع الجزائري يم يدرج حالة الضرورة هذه ضمن موانع المسؤولية .
كما أضافت المادة 72 من قانون الصحة المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على ما يأتي:"يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بخطر ويتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب مختص.
والملاحظ أن قانون الصحة قد أقر بالإجهاض العلاجي والمكان الذي يتم فيه وشروط إجرائه.

ب – الحماية المقررة للجنين بعد الميلاد :

1– قتل طفل حديث العهد بالولادة: إن المشرع الجزائري لم يحدد الحالات التي يكون فيها الطفل مولودا حديثا وترك المسألة لتقدير القاضي ويمكن القول أن قتل الطفل يكون كذلك متى ارتكبت الجريمة لحظة ولادته أو عقبها مباشرة أو بفترة قصيرة فيكون الطفل في هذه

المرحلة فاقدا لحماية المجتمع فيجهل الناس وجوده وبالتالي هو بحاجة إلى حماية قانونية أكثر من غيره[1183].

نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 259 من قانون العقوبات بـ"أن قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة "ولقيام هذه الجريمة نجد أنها تتوفر على ثلاث عناصر مهمة :

- **توفر السلوك الإجرامي**:وهو القيام بالفعل الذي يحقق النتيجة المعاقب عليها سواء كان :

- **نشاط إيجابي** :مثل الخنق،الإغراق ...استعمال آلة حادة.

- **نشاط سلبي**: الامتناع عن عدم إرضاعه،تعريضه للبرد وغيرها من الأمور .

- **أن يكون القتل من الأم**:رتبت م261 [1184]من ق ع عقوبة خاصة بها.

- **أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة.**

وبالنسبة للجزاء فقد نصت المادة 261 على ذلك والملاحظ أن المشرع مز عقوبة الأم عن عقوبة الغير يرجع لظروف شخصية خاصة بالأم وهي نفسها التي جعلته يتدخل بتجريم خاص لقتل طفل حديث العهد بالولادة والتي يجعل التقرير المخصص لتخفيف العقوبة عن الأم لا ينصرف إلى غيرها من فاعلين أصليين أو شركاء.

2- **جرائم خطف وإبعاد القاصر**: نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المواد من 326 إلى 389 من ق ع ج في القسم الرابع بعنوان خطف القصر وعدم تسليمهم.

ولعل أهم أركانها:

هو ارتكاب الفعل عن علم وإرادة دون عبرة بالباعث ومنه لا تقوم الجريمة إذا كان الجاني أخطأ في تقدير سن الضحية والأصل أن هذه الجريمة أوردت حكم خاص بالضحية الأنثى إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فإنه لا تتخذ إجراءات متابعة

[1183]-رنيه غارو،موسوعة قانون العقوبات العام والخاص،ترجمة صلاح لن مطر،الجزء6،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003،ص156/انظر خماس هديات الحماية الجنائية للطفل الضحية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014-2015م،ص27.

[1184]-م261 ق ع /2:" ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أم شركة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة".

جزائية ضده إلا بناءا على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله هذا نص المادة 02/326.

أما العقوبة: فقد أقرت نص م 326 ق ع ج العقوبة : وهي الحبس من 1 سنة إلى 5 سنوات بالإضافة إلى غرامة مالية أو إحدى هاتين العقوبتين.

جريمة اختطاف الأطفال: تصدى كذلك المشرع الجزائري لهذه الجريمة وخص منظومته التشريعية بنص عقابي وشدد عقوبة اختطاف الطفل مقارنة باختطاف البالغ.

نصت المادة 291: "يعاقب بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة كل من اختطف أو قبض أو حبس أو حجز أي شخص بدون أمر من السلطات المختصة وخارج الحالات التي يجيز أو يأمر فيها القانون بالقبض على الأفراد.

وتطبق ذات العقوبة على من أعار مكان لحبس أو لحجز إذا استمر الحبس أو الحجز لمدة أكثر من شهر فتكون العقوبة سجن مؤبد".

293 مكرر1:التي استحدثها المشرع في التعديل الجديد تنص على:"يعاقب بالسجن كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل 18 سنة عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج أو غيرها من الوسائل وتطبق على الفاعل العقوبة المنصوص عليها في 01/261 من قانون العقوبات إذا تعرض القاصر المخطوف إلى التعذيب أو عنف جنسي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتبت عليه وفاة الضحية.

وهذا النوع من التشديد يعكس صورة صرامة المشرع في التصدي إلى خطورة الجريمة .

إن من خلال ما تقدم ذكره نجد أن الشريعة الإسلامية قد أقرت جل الحقوق المتعلقة بحفظ النفس للطفل وقد أقرت ذلك في مختلف نصوصها،وبصفة دقيقة وواضحة منذ أن يكون هذا الطفل جنينا في بطن أمه إلى لحظة ولادته إلى أبعد من ذلك.

ولعل المشرع الجزائري حاول إبراز هذه الحماية في منظومته التشريعية المختلفة إلا أن غيابه يبقى واضحا وملموسا خاصة فيما تعلق بالحقوق قبل الميلاد وحتى في رعاية الضحية سواء له أو لأمه وهذا ما يجعلنا نلجأ إلى المادة 1 من القانون المدني والمادة 222 ق الأسرة التي تحيلنا دائما إلى أحكام الشريعة في حالة عدم وجود النص.

المبحث الثاني : مقصد حفظ المال وأثره على حماية حقوق الطفل

من الحقائق التي لا يشك فيها أحد:أن المال ضرورة من ضروريات الحياة[1185]التي لا تستقيم حال الدنيا إلا بها فهو عصبها وبه قيام مصالحها[1186]،ويقول **ابن تيمية** في هذا الشأن "المال مادة البدن تابع القلب"[1187]،وقال النبي ﷺ :"ألا إن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح بها سائر الجسد وإذا فسدت فسد بها سائر الجسد ألا وهي القلب"[1188].

فالمال لا غنى عنه في قوت الإنسان ولباسه ومسكنه فبه يشبع حاجياته الضرورية والحاجية والتحسينية وقد ذكر في مواضع كثيرة من القرآن الكريم فهو أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا قال تعالى:﴿ **الْمالُ وَالْبنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا** ﴾ [1189].

والمال كما يقول **الغزالي** رحمه الله"المال خير من وجه وشر من وجه ومما يساعد على اجتناب شره وتوقّي سمِّه أن يعرف المقصود منه ولم خلق حتى لا يعطيه من همته أمثر مما يستحق وأن يراعي فيه دخله فيتجنب الحرام" فالمال :"كمثل الحية فها سم وترياق وفوائده ترياقه وغوائله سمومه فمن عرف غوائله وفوائده أمكنه أن يتحرز من شره ويستدر من حيزه"[1190].

وبيان حاجة المال للفرد سواء أكان ذكرا أم أنثى كبيرا أم صغيرا يجعلنا نبحث في هذا الأمر خاصة ما تعلق بالحقوق المالية للطفل وكيفية الحفاظ عليها من قبل المقاصد الشرعية وإبراز أهمية هذا من خلال التشريع الجزائري بين النصوص والمنظومة القانونية له.

فما هي الحماية التي كفلتها الشريعة الإسلامية في ظل مقاصدها من أجل حماة هذه الحقوق المالية التي أقرتها للطفل وه كرسها المشرع الجزائري أم لا؟.

[1185]–يوسف حامد العالم، المرجع السابق،ص467.

[1186]–محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، المرجع السابق،ص283.

[1187]–يوسف أحمد البدوي، المرجع السابق،ص480.

[1188]–رواه البزار في مسنده (1/ 488) (3267)، والطبراني في ((المعجم الصغير)) (1/ 235) (382)، والحديث في الصحيحين بلفظ: ((إن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب))، رواه البخاري (52)، ومسلم (4178)، من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

[1189]–سورة الكهف ، الآية 46.

[1190]–عمر محمد جبه جي،نفس المرجع،ص346-347.

المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذا من بين الوجود

الفرع الأول : حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية وحق الطفل في الميراث

حق الطفل في الميراث: لقد كان الميراث في الجاهلية يقوم على أساس القرابة والولاء أو المحالفة والتبني وبعد ظهور الإسلام هدمت الشريعة الإسلامية كل هذا ومنح الإسلام الطفل حقه حتى قبل ميلاده وهو جنين في بطن أمه هذا الحق شرط أن يكون موجودا عند موت مورثه[1191] حقيقة أو حكما وعدم وجود مانع من موانع الإرث.

وهو الإرث هو أول حق مالي يثبت للطفل بعد ميلاده لقوله ﷺ :"لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا " وفي رواية لأبي هريرة[1192] : " إذا استهل المولود ورث "[1193].

والاستهلال قد يكون بالصراخ أو العطس أو أي علامة من العلامات التي تدل على الحياة.

أ- ميراث الولد الشرعي: لقد أجمع الفقهاء أن ميراث الأولاد من والدهم ووالدتهم سواء أكانوا ذكورا أم إناثا معا يكون حسب القاعدة الشرعية قال تعالى:﴿ **لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** ﴾[1194]، وأن الابن الواحد إذا انفرد فله جميع المال وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة لها نصف المال وإن كن أكثر فلهن الثلثان.

ب - ميراث الابن الصلبي: الابن وهو الفرع عصبة لأبيه الأهل والعصب هو الوارث بغير تقدير إن كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر وإن انفرد أخذ المال كله وفي حال استغراق الفروض للتركة لا يأخذ شيئا.

[1191]-ياسين حسن الدليمي ،ميراث الحمل في الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ،مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ،المجلد 14،العدد10،تشرين الثاني 2007.

[1192]- حديث صحيح، وهذا إسناد حسن من أجل العباس بن الوليد الدمشقي -وهو الخلال- وقد تابعه إبراهيم بن عتيق العبسي، وهو صدوق كذلك.وأخرجه الطبراني في "الكبير" 20/ (23)، وفي "الأوسط" (4599) من طريق العباس بن الوليد، وحمزة بن يوسف السهمي في "تاريخ جرجان"، ص 471 من طريق أبي إسحاق إبراهيم بن عتيق، كلاهما عن مروان بن محمَّد، بهذا الإسناد. وله شاهد من حديث أبي هريرة عند أبي داود (2920).

[1193]- إذا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وُرِّثَ) أبو داود، والبيهقى عن أبى هريرة أخرجه أبو داود(3/128) ، رقم 2920، والبيهقى6/257) ، رقم 12265.

[1194]-سورة النساء، الآية11.

والابن هو كل ذكر من الأقارب ليس بينه وبين المتوفى أنثى أي :الابن وابنه،الأب وأبوه،والأخ وابنه إلا من الأم،والعم وابنه كذلك وأقرب هؤلاء الابن ثم ابنه وإن نزل[1195].

ويبقى الابن عاصبا بنفسه ليس له فرض مقدر من الميراث وإنما يأخذ من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم لقوله ﷺ :"ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر"[1196].

ميراث البنت الصلبة: وهي كل أنثى يكون المتوفى عليها ولادة مباشرة ويختلف ميراث البنت الواحدة عن البنتين أو أكثر والدليل على ميراثها قوله ﷻ : ﴿ **فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ** ﴾ [1197] ،وعليه فميراثها ثلاث حالات:

- أن ترث البنت الواحدة النصف بطريق الفرض إذا لم يكن معها ابن أو أبناء للمتوفي.
- ترث البنتان فأكثر الثلثين بالسوية فرضا إذا لم يكن معهن ابن أو أبناء للمتوفي .
- أن ترث واحدة أو أكثر بطريق التعصيب إذا كان معهن ابن أو أبناء للمتوفي فيأخذ الابن مثل نصيب بنتين.

ج – ميراث ولد الزنا وولد اللعان: يتردد الأمر في شأن نسبهما وهذا ما يؤثر على حقهما في الميراث.

فولد الزنا كما تطرقنا سابقا هو: الولد الذي ينشأ من علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة فلا يثبت نسبه من الرجل الذي تكون من مائه حتى ولو أقر الوالد بذلك.

وعليه فولد الزنا لا يرث أحد من جهة الأبوة لقوله ﷺ :" أيما رجل عاهر بحرة أو أمة فالولد ولد الزنا لا يرث ولا يورث "[1198]،فتبقى قرابته محصورة فقط من جهة أمه وقرابتها لأن نسبها ثابت.

[1195]–مداني هجيرة شيدة، المرجع السابق،ص154.

[1196]– أخرجه البخاري في: 85 كتاب الفرائض: 5 باب ميراث الولد من أبيه وأمه، ج3 ، ص 159 .

[1197]–سورة النساء، الآية11.

[1198]–انظر حديث رقم: 2723 في صحيح الجامع.

د – ولد اللعان : فهو ذلك الولد الناشئ على فراش الزوجية وحلف الزوج على نفي حمل الزوجة منه ونسب الولد إليه واللعان هي الطريقة الوحيدة المشروعة باتفاق المذاهب الأربعة لنفي النسب.

وجاء كذلك في المتلاعنين الذي يرويه **سهيل بن سعد:**"...وكانت حاملا وكان ابنها ينسب إلى أمه فجرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض لها"[1199].

الفرع الثاني : حق الطفل في الوصية

1 – حق الطفل في الوصية : تعتبر الوصية من التصرفات الناقلة للملكية بإرادة الموصي نفسه ولا تنتج آثارها إلا بعد وفاته ولقد استدل الفقهاء على مشروعية الوصية من الكتاب والسنة والإجماع:

قال تعالى:﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** ﴾ [1200].

وقال ﷺ :" إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم "[1201].

أما في الإجماع:فقد أجمع الفقهاء على صحة الوصية في حدود الثلث للكبير والصغير ومنه فالوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي وتعد من التصرفات النافعة نفعا محضا للموصى له باعتبار محل الوصية والتي اشترط الفقهاء أن تكون مالا متقوما وقابلا للتمليك وألا يكون مستغرقا للدين وألا يزيد على الثلث "[1202].

[1199]–رواه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفي إسناده أبو محمد عيسى بن موسى القرشي الدمشقي وهو ليس بمشهور (نيل الأوطار: 66/ 6).

[1200]–سورة البقرة ، الآية 180.

[1201]–ورواه البزار والدارقطني، وسكت عليه الحافظ في التلخيص، فدل الحديث وما في معناه، على الإذن بالتصرف في ثلث المال عند الوفاة، وهو مذهب جمهور العلماء. ولمسلم: أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد، لم يكن له مال غيرهم، فأقرع صلى الله عليه وسلم بينهم، فأعتق اثنين، واسترق أربعة؛ وإذا لم ينفذ العتق فيما زاد على الثلث فغيره أولي، ولأن هذه الحال وما في معناها، الظاهر منها الموت، فكانت عطيته فيها في حق ورثته، لا يتجاوز الثلث كالوصية ، كتاب حاشية الروض المربع ،عبد الرحمان بن قاسم ، ج 6 ، ص 31.

[1202]–ريم عادل الأزعر،الوصية الواجبة،رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية،غزة،2008م،ص36.

والوصية للطفل جائزة وصحيحة شرعا إذ يتفق الفقهاء على أن يكون الموصى له أهلا للتملك فلا تصح الوصية لمن لا يملك كالحيوان.

ويكون الموصى له أهلا للتملك بنفسه إن كان مكلفا أو بوليه أن كان صبيا أو مجنونا أو نحوهما وعليه تصح الوصية للعاقل والمجنون والكبير والصغير وحتى الجنين في بطن أمه[1203].

ووضعت الشريعة الإسلامية لهذا النظام شروط يجب أن تحقق في الموصى له (الطفل) وهي:

1- أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي لقوله ﷺ :"لا وصية لوارث إلا يجيرها الورثة"[1204].

2- أن لا يكون الموصى له جهة معصية.

3- وجود الموصى له وقت الوصية سواء حقيقة أو حكما كالجنين.

4- أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصى(إلا أنه تجدر الإشارة إلا أن الصبي غير المميز يستحق الوصية حتى إذا قتل الموصي وذلك لانعدام رضاه).

2 - الحق في الوصية الواجبة: أن من القواعد المقررة في الميراث عند جمهور الفقهاء المسلمين أنه إذا مات الولد قبل أبيه أو أمه فإن أولادهم يحرمون من ميراث نصيب أبيهم أو أمهم وهذا طبقا لقواعد الحجب فيجتمع عليهم ألمين ألم اليتم وألم الحرمان من الميراث ومن هذا ظهرت الوصية الواجبة التي لم يعرفها العلماء القدامى لأنها محدثة في هذا العصر ولقد عرفها العلماء المحدثون بتعاريف متقاربة وأهمها:

[1203]-مداني هجيرة نشيدة،نفس المرجع،ص166.

[1204]- كتاب الوصايا ،مجد الدين بن تيمية ، ج 1 ، 376 ، تصح الوصية من كل عاقل مكلف ولا تصح من طفل أو مجنون أو مبرسم وتصح من الصبي الذي يعقلها إذا جاوز العشر وعنه إذا جاوز السبع وقيل :لا تصح منه حتى يبلغ وفي وصية السفيه وجهان.

-أن الوصية الواجبة نصيب من التركة يستحقه فرع ولد الميت الذي مات قبل أمه أو معه إن لم يكونوا وارثين بسبب حججهم وتتم الوصية الواجبة بضوابط خاصة بحكم القانون أي تنفذ قضاءا.

وبما أن هذه الصورة المطبقة اليوم فلم يرد لها دليل صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية ولم يقل بها بهذه الصورة أحد من الفقهاء والمذاهب ولأنها من اجتهاد علماء الشريعة الإسلامية في العصر الحالي الذين استدلوا على وجوبها على أية وصية وعلى رأي ابن حزم وبعض الصحابة والتابعين.

فمن الكتاب قال تعالى:﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** ﴾[1205]، وفيها تفصيل عين أخذ ورد وللإضفاء أرجو الرجوع إلى المراجع التالية[1206].

أما الراجح: أن الوصية الواجبة لا تصلح أن يبنى عليها حكم شرعي ذلك أن:

*وجوب الوصية حسب الآية 180 من سورة البقرة منسوخ وأن حكمها الندب وهذا رأي جمهور الفقهاء أما ما جاءت به قوانين الأحوال الشخصية ما هي إلا توريث تحت اسم وصية.

*أن الله حينما شرع المواريث وضع قواعد الحجب فإن أعمال الوصية بتوريث من حجبوا هو اجتهاد مقابل وجود نص وهذا غير جائز لقوله ﷺ:" ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"[1207].

*أن الوصية تكون في حياة الموصي فإذا مات ولم يوص في حياته استحالت الوصية لا مجال لاجتهاد لا لولي الأمر ولا للإمام ولا لغيره بوجوب الوصية قدمت للمصلحة والسياسة الشرعية ف مقابل نص قرآني.

[1205]-سورة البقرة، الآية 180.

[1206]-الآلوسي،روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني،دار الفكر،بيروت،ج2،بدون سنة،ص82/انظر ريم عادل الأزعر، المرجع السابق،ص48.

[1207]-صحيح مسلم ، ج4 ، ص 233 .

*أن الوصية الواجبة تساوي بن ذوي الأرحام مع العصبة وأنها تورث ذوي الأرحام مع وجود من يحجبهم.

ومن هلال هذا نجد أن الشريعة الإسلامية لم تنص على حق الطفل في الوصية الواجبة بل نصت على حقه في الوصية الاختيارية فحسب.

3-حق الطفل في الهبة[1208]:

أ-حكم الهبة للطفل:

تنعقد الهبة في الفقه الإسلامي بالصيغة أي بالإيجاب من الواهب وقبول الموهوب،وبما أن الهبة تعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا بالصغير فإنها لا تصح منه سواءا أكان مميزا أو غير مميز ذلك أنه يشترط في الواهب الأهلية الكاملة.

أما بالنسبة لقبولها وقبضها فإن كان غير مميز فيقبل الهبة ويقبضها وليه على المال وإن كان مميزا فيقبلها إما وليه على المال أو هو بنفسه لأن قبولها يعد من التصرفات النافعة له نفعا محضا[1209].

ب-حكم الرجوع في الهبة للطفل:

إن الأصل في الرجوع في الهبة باتفاق الفقهاء هو التحريم بعد قبضها من الواهب الأجنبي لقولهﷺ:"العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه"[1210]،إما إذا وهب الوالد

[1208]-المقصود بالهبة: عرفها الفقهاء على أنها:

الحنفية:الهبة تمليك بلا عوض في الحال.

المالكية:تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وتسمى هدية.

الشافعية:التملك بلا عوض.

الحنابلة:تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه غير واجب في هذه الحياة بلا عوض.

مشرع جزائري:م202:"الهبة تمليك بلا بعوض".

[1209]-عبد الجليل القرنشاوي،دراسات في الشريعة الإسلامية،منشورات جامعة قار تونس، بنغازي، ليبيا،ط3، سنة1995م، ص352.

[1210]- سناده صحيح، وقد أخرجه مسلم في صحيحه (3/ 1241) في كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، من طريق إسحاق بن إبراهيم، أخبرنا المخزومي، حدثنا وهيب، به بتمامه. وقد

شيئا لولده وأراد الرجوع فيه جاز ذلك ،وللمذاهب تفصيل في هذا[1211]، إلا أننا سنعرض رأي المذهب المالكي كونه هو من يأخذ به المشرع الجزائري.

-يقول المذهب المالكي أنه ليس للواهب حق الرجوع لأن الهبة عقد لازم إلا الأب والأم فإن لهما ذلك ويجوز للأب الرجوع في هبته دون غيره من الأقارب إلا الأم وللأب حق الرجوع في هبته لولده ذكرا كان أم أنثى صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا ويشترط لصحة رجوعه شرطان:

- إذا أراد بالهبة الصلة والعطف على ولده لكونه محتاجا أو نحو ذلك.
- إذا أراد بالهبة مجرد ثواب الآخرة.

كما يجوز للأم الرجوع في هبتها بالشرطين السابقين مع إضافة شرط ثالث وهو أن ترجع في هبتها إذا كان للولد أب أما إذا كان يتيما ووهبت له فليس لها الحق في الرجوع أما موانع رجوع الأب والأم فتكون ما يلي:

- مرض الولد المتصل بالموت لأنه إذا مات كانت الهبة حقا لورثته بخلاف إذا ما برئ فيكون للوالد(أبا أو أما) الرجوع فيها.
- تصرف الود في الهبة ببيع أو رهن أو نحوه.
- زيادة أو نقصان في قيمة ذات الموهوب.
- إذا كانت الهبة سببا في تزويج الولد أو في منحه دنيا.

4-حق الطفل في الوقف[1212]:

لقد اعترف فقهاء الشريعة الإسلامية على حق الوقف للصغير بل وحتى للحمل في بطن أمه مادام يتم بإرادة منفردة مع مراعاة أنواع الوقف ومركز الواقف والموقوف عليه.

أخرجه البخاري في صحيحه (مع فتح الباري 5/ 216) في كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، من طريق مسلم بن إبراهيم، حدثنا وهيب به بتمامه كذلك.

[1211]-ابن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،المجلد5،دار اكتب العلمية،ط1، 1996م،ص368.

[1212]-الوقف عند المالكية:جعل الملك منفعة مملوكة ولو مملوكا بأجرة أو جعل غلة كدراهم لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس.

الأحناف:حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير.

الشافعية:حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح شرعا .

ويسمى الوقف على الولد بالوقف الذري أو الأهلي،ومعناه أن يحبس الإنسان شيئا مملوكا له على نفسه ثم على أبنائه وأحفاده من بعده وعلى ذريتهم بتسلسلهم اتباعا أو أن يقف على نفسه ثم على أولاده ثم على جهة خيرية[1213].

ويشترط في الواقف أن يكون بالغا فلا يصح وقف الصبي سوار كان مميزا أو غير مميز لأن غير المميز ليس أهلا للتصرفات مطلقا والمميز ليس أهلا للتبرعات ولو أذن له وليه لأن هذا الأخير لا يحق له التبرع بمال الصبي أو حتى بجزء منه.

أما الموقوف عليه فيجوز أن يكون صبيا أو صغرا وقد اتفق الفقهاء على أن قبول الموقوف عليه ليس ركنا في الوقف وليس شرطا في صحته ولا في استحقاقه إذا كان معين أما إذا كان غير معين فاختلفوا فيه وفيه تفصيل.

الجمهور: (الحنفية،الشافعية والحنابلة):ليس القبول شرطا للوقف ولا في استحقاقه ويصح الوقف وإن لم يصدر قبول من الموقوف عليه،فإن رده وكان أهلا للرد بطل استحقاقه فقط وانتقل إلى من جعله الواقف مستحقا بعده.

وإذا لم يكن أهلا للرد فلا يقبل من الولي أو الوصي أو القيم لأن الرد ضرر محض في حق المحجور عليه.

المالكية والحنابلة في رواية: يعتبر القبول شرطا في صحة الوقف واستحقاقه إن كان الموقوف عليه أهلا للقبول وإن لم يكن كذلك فيشترط قبول وليه أو وصيه أو القيم عليه فإن تم القبول منه أو من وليه اعتبر الوقف صحيحا وإن رده سكت عن قبوله أو رده بطل الوقف في حق الموقوف عليه.

ولعل الصيغ الدالة على الولد الموقوف عليه كثيرة نذكر من بينها:

- وقفت على ولدي.
- وقفت على أولادي وأولادهم ونسلهم.
- وقفت على ولدي وولد ولدي.

[1213]–أحمد محيي الدين العجور،الميراث العادل في الإسلام،مؤسسة المعارف للطباعة والنشر،بيروت لبنان،1994م،ص247.

- وقفت على ذريتي أو نسلي أو عقبي أو أهل بيتي وغيرها[1214].

المطلب الثاني: حقوق الطفل استنادا لهذا المقصد من حيث العدم

الفرع الأول: حماية القاصر للأموال بنفسه ومنع الاعتداء عليها

من المعلوم أنه يجوز للطفل مباشرة إدارة أمواله وحفظها قبل تمتعه بالأهلية الكاملة وأحكام تصرفات الطفل بأمواله تختلف ما بين تصرفات باطلة وأخرى قابلة للإبطال حتى بلوغه وفي هذا نوع من التفصيل:

أ – مرحلة ما قبل التمييز:

- **قبل الولادة:**الجنين له أهلية وجوب ناقصة تتمثل في اكتساب الحقوق مثل الإرث والوصية والهبة ويقبلها عنه وليه وتثبت له بمجرد انفصاله حيا عن أمه أما أهلية الأداء فلا وجود لها فلا يتصور صدور تصرف منه لعجزه الكامل كما أن هذه الأهلية مبناها التمييز بالعقل ولا تمييز مطلقا عند الجنين[1215].
- **بعد الولادة:** وهي اللحظة التي تبدأ من وقت انفصال الجنين عن أمه حيات وتمتد إلى سن السابعة والواقع قد يظهر التمييز لدى الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعا لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحي والعقلي[1216].

وما يمز هذه المرحلة أن أهلية الأداء منعدمة لانعدام التمييز ووجود أهلية الوجوب فقط وحكم تصرفاته كالآتي:

– أقواله كلها هدر ،وإقراره لا يعتبر إدانة ولا إبراؤه لدين.

– أفعاله في المعاملات باطلة.

– عقوده كلها باطلة فلا يصح بيعه أو شراؤه أو إيجاره ورهنه وأمثال ذلك.

– يكون في ماله ضمان ما أتلفه للغير على سبيل التعدي.

[1214]–مداني هجيرة نشيدة،المرجع السابق،ص170 إلى 179.

[1215]–محمد سعيد جعفور،تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،دار هومة،الجزائر،طبعة 2002م،ص10.

[1216]–عبد القادر عودة ،التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ،مكتبة دار التراث،القاهرة،بدون سنة ،جزء1، ص601.

- يتسع ماله للواجبات المالية كالضرائب والعشور.
- يتسع ماله للمؤونات الاجتماعية كنفقة الأقارب.
- أما الزكاة اختلف فيها الفقهاء في وجوبها من ماله،فالجمهور أقر وجوبها من ماله خلافا لأبي حنيفة.

ب- مرحلة التمييز: في هذه المرحلة يودع الإنسان عهد الطفولة إذ يكون عارفا بالنافع له من الضار.

إذ عرفه الحنفية بقولهم أن المميز هو الذي يعرف البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة[1217].

أما المالكية والشافعية: فعرفوه على أنه الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب ولا ينضبط سن بل يختلف باختلافات كثيرة.

أما الحنابلة: فهو عندهم كذلك الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب.

لذلك نجد أن العلامات التي تحدث عنها الفقهاء هي المعيار الذي يعرف به بلوغ الطفل التمييز أما عن سنه فهو يختلف من شخص لآخر لعدة عوامل نذكر منها:

- ما هو فطري كالذكاء.
- ما هو بيئي واجتماعي وتربوي.

لذلك نجد أن الفقه الإسلامي قد أخذ بمعيار شخصي عند الحكم على الصغير بأنه مميز أو غير مميز[1218]،إلا أن هناك رأيا آخر ذكر سن التمييز هو 7 سنوات وهو مذهب جمهور الحنابلة وبعض الحنفية وسبب ذلك حديث الرسول ﷺ:"مروا أولادكم بالصلاة وهو أبناء سبع واضربوهم عليها وهو أبناء عشر"[1219].

[1217]-محمد أبو زهرة ،أصول الفقه،دار الفكر العربي،القاهرة،1958م، ص329.

[1218]-فضل ماهر عسقلان،المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز،رسالة ماجستير،جامعة نجاح الوطنية نابلس،فلسطين،2000م، ص27.

[1219]-سبق تخريجه انظر ص من المذكرة.

كما أن الأمر الغالب الذي يثبت بالمشاهدة والتجربة أن الصغير متى بلغ السابعة تمت مداركه حيث يمكنه أن يميز بين الخير والشر.

ولما يبلغ الطفل سن التمييز تكون له أهلية أداء ناقصة بعدما كانت معدمة تترجمها حكم تصرفاته حسب رأي الفقهاء.

حكم تصرفاته:أن للتمييز أحكام خاصة حسب الصغير وهي كالآتي:

1. ما تكون ضارة ضررا محضا كالهبة والتبرع وهذه لا تنفذ ولو أجازها الولي.
2. ما تكون نافعة نفعا خالصا كقبول الهبات والتبرعات وحيازة المباحات فتصح من غير وقوف على إجازة الولي.
3. ما يحتمل الضرر والنفع كالبيع والشراء والرهن والإيجار فهذه تصح منه موقوفة على إجازة وليه أو وصيه فإذا أجازها نفذت وإلا فلا.

كما يجوز لوليه أو وصيه أن يأذن له بممارسة التجارة وما يتصل بها من إيجار أو رهن وغيرها بل يستحب هذا لما فيه من تمرين له على مزاولة التصرفات قبل أن يتسلم ماله ويتصرف فيه بين بلوغ سن الرشد وهذا مصداقا لقوله تعالى:﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[1220].

ج- البلوغ: ويحصل هذا بظهور علامات من علاماته الطبيعية كالاحتلام لدى الولد ومجيء إعادة الشهرية عند الأنثى.

- عند الجمهور بتمام 15 سنة.
- أبي حنيفة يرى بـ18 للفتى و17 عند الأنثى.
- الإمام مالك قدرها بـ18 لكليهما.

وبلوغ الصبي طبيعيا أو تقديريا معناه قد أصبح في حكم الرجال.

- **طبيعيا:** يقصد بها العلامات الطبيعية وهي كثيرة.

[1220]-سورة النساء، الآية 6.

-**تقريريا:** يكون بالسن والذي اختلف فيه لكن الراجح والمتفق عليه هو عند الجمهور وهو 15 سنة ولذلك استنادا لما روي عن النبيﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني"[1221].

وحكم تصرفاته:

أ-إذا بلغ وكان راشدا ولم يعهد عليه سفه أو خلل ف عقله من جنون أو عته أو غفلة وسذاجة وجب تسليمه ماله وتنفذ جميع تصرفاته المالية.

ب-أما إذا بلغ سفيها لا يحجر عليه لكن يسلم إليه ماله حتى يبلغ 25 سنة عندئذ يسلم ماله مهما كانت حالته من السفه لأنه لابد أن يحصل على نوع من الرشد حسب رأي أبي حنيفة.

الرشد: وهو حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ولو كان فاسقا من الوجهة الدينية ويتحقق بتحقق الخبرة المالية بتسيير الأموال وحسن استثمارها وهذا الأمر يختلف باختلاف الأشخاص.

وقد يرافق الرشد البلوغ وقد يتأخر عنه قليلا أو كثيرا وهذا مرجعه إلى الاختبار بالتجربة عملا بقوله تعالى:﴿**وَابْتَلُوا ا لْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[1222].

وعليه إذا بلغ الشخص رشيدا كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه وسلمت إليه أمواله ونفذت تصرفاته وإقراراته كلها،ويكون رشيدا وأهلية الأداء كاملة تامة إذا كان غير مصاب بعوارض الأهلية.

الفرع الثاني : حماية القاصر لأمواله بواسطة الغير ومن الاعتداء عليها

لقد وضعت الشريعة الإسلامية نظاما محكما وخاصا للحفاظ على مال الصبي لعجزه وعدم قدرته حمايته ويتمثل هذا في النظام التالي:

-الولاية على أموال القاصر وتتمثل في:

[1221]-أسامة عبد العليم الشيخ،البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة،مصر،ص312.

[1222]-سورة النساء، الآية 6 .

I-**الولي الشرعي على مال القاصر**:وهو من عينه الشرع على مال القاصر ومن في حكمه بهدف صيانة الأموال والحقوق المالية وإدارتها[1223]،والأب هو أولى الناس بهذا الإشراف على مال ماله أطفاله وهذا باتفاق الفقهاء[1224]وهذا ما أودع الله في قلبه من رحمة وعطف وحب على أولاده لكن اختلافهم كان فيمن تثبت بعد الأب.

***الحنفية**:يرى الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد أن الولي على المال بعد الأب هو وصيه المختار وذلك بسبب انتقال الولاية بعد وفاته[1225]، ثم الجد ووصيه ثم للقاضي ومقدمه ولا ولاية للزوج على مال الزوجة ولا للأم لعدم خبرتها بشؤون العمل.

***الشافعية**:حسب رأيهم أن الولي بعد الأب هو الجد الصحيح وهذه الولاية مستمدة من الشارع الحكيم فهو في المواريث ينزل منزلة الأب عند عدمه وذلك لوفور شفقته مثل الأب ومنه حتى وإن أوصى الأب من بعده فلا تصح وصايته مع وجود الجد المستوفي لشروط الولاية على أولاد ابنه بعد ابنه.

*المالكية والحنابلة: لا يقر المالكية والحنابلة بولاية الجد على مال أولاد الابن وذلك لأنه أبعد منه درجة فهو أقل شفقة منه والأب أدرى بمصالح أولاده فبعد الأب يوكل الأمر للقاضي لحديث رسول الله ﷺ: " السلطان ولي من لا ولي له "[1226]،إضافة أنه لا يلي أمور القصر بنفسه بل يوكل أمورهم إلى من يعينهم من أوصياء.

وعليه أجمع الفقهاء على ترتيب الأولياء غير الجد كالآتي:

الأب ثم وصي الأب ثم الحاكم ثم مقدم الحاكم.

إلا أن من قالوا بولاية الجد اختلفوا في مرتبته:

***الأحناف**:قالوا أن مرتبته بعد وصي الأب فهو أحق في الولاية من الجد.

[1223]-عبد السلام الرفعي،الولاية على مال في الشريعة،إفريقيا الشرق،الدار البيضاء،طبعة1، 1996م،ص221.

[1224]-حسن بن خالد سندي،عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الطفل،مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية ،العدد44 ، 2007م ،ص294.

[1225]-أمين عبد المعبود زغلول،رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية،دار المعارف،ط2، 1994م،ص322.

[1226]- والخطيب – عن أبي هريرة ، -44673لا نكاح إلا بولي، فإن لم يكن ولي فاشتجروا فالسلطان ولي من ولا ولي له. "ق – عن عائشة" ، كتاب كنز العمال ، متقي الهندي ، ج 16 ، ص 314 .

*الشافعية:أخذوا بالجد قبل وصي الأب.

أما **شروطه**:اشترط الفقهاء شروط وجب توفرها وهي:

- **كمال الأهلية**: أن يكون بالغ،عاقل،حر،غير محجور عليه.
- **اتحاد الدين مع القاصر**:إذ يجب أن لا يتولى المسلم غير المسلم لقوله تعالى:﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**﴾[1227]، وقال:﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾[1228]، فإن أسلم الأب وتوفي وترك أولاده مسلمين فلا تكون الولاية للجد المخالف لدينهم[1229].

وهذا الشرط لا يطبق على القاضي فولايته ولاية عامة مستمدة من الحاكم أي رئيس الدولة وهو ولي من لا ولي له من رعاياه المسلمين وغير المسلمين[1230].

- أن لا يكون سفيها ومبذرا للمال خشيه تبذير مال الصغير القاصر.

*وتظهر سلطات الولي على أموال القاصر حسب نوع الولي وحسن تصرفه وتدبره:

1-**الأب المبذر المعروف بإسراف وإتلاف الأموال:** هذا لا تثبت له الولاية شرعا لأن لا ولاية على نفسه كيف تثبت على غيره،وهنا يعين القاضي وصيا صالحا لإدارة أموال الصغير وحفظها.

2-**الأب سيئ التدبير لكنه غير مبذر وغير متلف:** هذا تثبت له الولاية ولكن لسوء تدبيره للأمور فإن كان في تصرفاته مصلحة الصغير نفذت وإن كانت فيها مضرة للصغير لا تنفذ.

3-**أب حسن التدبير وأمين غير مبذر وغير متلف:**وهذا له مطلق التصرف في أموال أبه يتصرف فها بجميع أنواع التصرفات الشرعية التي من شأنها حفظ مال القاصر من بع

[1227]-سورة النساء، الآية141.

[1228]-سورة التوبة، الآية71.

[1229]-الكسائي،بدائع الضائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية،جزء6،بيروت لبنان،2002م،ص29.

[1230]-أمين عبد المعبود زغلول، المرجع السابق،ص329.

،شراء،إيجار،استثناءا التبري بعين المال لأنه تصرف ضار ضررا محضا بالصغير وفي هذا تفصيل كثير يرجى الرجوع إلى المصادر الآتية:[1231]

التجارة في أموال القاصر:وفها آراء:

- **الحنفية**:يجوز للولي أن يجعل مال القاصر مضاربة.
- **المالكية**:يجوز للولي رفع مال القاصر.
- **الشافعية**:يجوز لولي الصبي أو المجنون أن يقارض بمالهما.
- **الحنابلة**:للولي مضاربته له أي الاتجار بماله.

قال تعالى:﴿ **فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ** ﴾[1232]، وقد أمر رسول الله ﷺ :" من ولي يتيما فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة "[1233].

يجب على الولي أن لا يتاجر إلا في المواضع الآمنة حفاظا على مال القاصر وصيانته فإذا ضارب الولي بكل مال القاصر فإن الربح يكون كله للقاصر لأنه مسؤول عن نماء ماله ولا يستحقه غيره بلا عقد ولا يعقد لنفسه ولابد له من الإشهاد فإن أشهد على تصرفه بأنه مضاربة جاز له الربح قضاءا[1234].

إقراض الولي أموال القاصرين:

باتفاق الفقهاء على عدم جواز إقراض مال القاصر للولي نفسه وذلك للتهمة واختلفوا في إقراض مال الصغير على مذهبين:

[1231]–الكساني،المرجع السابق،مجلد 5،ص153،مجلد 6،ص30–31،أمين عبد المعبود زغلول،المرجع السابق،ص327،حسن بن خالد السندي،المرجع السابق ،ص499،باسم حمدي حرارة،سلطة الولي على أموال القاصرين،رسالة ماجستير ،جامعة غزة فلسطين،2010م،ص58.

[1232]–سورة البقرة ، الآية 220.

[1233]–رواه الترمذي: 636، والدارقطني: 2/109–110، وانظر إرواء الغليل: 3/258–260.

[1234]–باسم حمدي حرارة، المرجع السابق،ص58.

المذهب الأول: مالكية،شافعية،في الراجح عندهم والحنابلة: يرى بعدم جواز إقراض مال الصغير للغير إلا للضرورة والمصلحة واستدلوا في إباحتهم للاقتراض من مال اليتيم للمصلحة أو الحاجة بالآية الكريمة:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** ﴾[1235].

المذهب الثاني:مذهب الحنفية والشافعية:لا يجوز إقراض الولي لمال الصغير وذلك لأنه لا مصلحة للقاصر من الإقراض ودليلهم قوله تعالى:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** ﴾[1236]، والقرض من عقود التبرع الضارة ضررا محضا بصاحبها وكذلك دليلهم من الأثر أن رجلا أتى إلى ابن مسعود ﷺ فقال أوصي إليهم بيتيم فقال ابن مسعود:"لا تشتر من ماله ولا تستقرض منه"[1237].

استقراض الولي مالا للقاصر: إذا دعت الحاجة استقراض مال للقاصر لنفقته شرط أن يكون له مال غائب توقع قدومه أو ثمرة ينتظرها فإن لم يكن له شيء ينتظره باع شيئا من أصوله لينفق به على نفسه.

II- الوصاية على أموال القاصر:

ويقصد بها استخلاف شخص بقوة على القاصد بالتعهد والرعاية ،إذ تطلق عى من يقوم بشؤون الصغير وأوصى إلى الرجل أي جعل له التصرف بعد موته في جميع ما كان من تصرفات من قضاء الديون واستردادها والولاية على الأولاد الذين له الولاية من الصبيان والمجانين وغير الراشدين وحفظ أموالهم والتصرف فيها بما فيه مصلحتهم[1238].

والوصي شخص يستخلفه الأب أو الجد قبل موتهما على القاصر فاقد الأهلية أو ناقصها يتعهد برعايته وإدارة أمواله[1239].

والأصل أن تتم الوصية إيجاب من الموصي وقبول من الوصي ولا يشترط أن يصدر القبول من الوصي في مجلس الإيجاب بل يجوز أن يكون إلى ما بعد وفاة الموصي

[1235]-سورة الإسراء، الآية34.

[1236]-سورة الإسراء، الآية 34.

[1237]- مسائل أحمد لابنه صالح 246/1، وكتاب الروايتين والوجهين 398/1 والتنقيح المشبع ص 206.

[1238]-ابن قدامة،المغني،دار الكتب العلمية،بيروت،ص439.

[1239]-سيد سابق،فقه السنة،دار الفكر،بيروت،ط8، 1998م،ص439.

فالإيجاب مضاف إلى ما بعد الموت والوصاية عقد غير لازم في حياة الموصي،للموصي أن يرجع فيه متى شاء وللوصي أن يرده له،وعقد الإيصاء لا يشترط شرعا الكتابة[1240]،ويصبح الوصي صاحب الصلاحية في تنفيذ الوصية المالية وإدارة أموال الأيتام القاصرين وحفظها[1241].

والوصي أنواع:

أ- **الوصي المختار**: وهو من يختاره المرء نائبا عنه بعد موته للتصرف في أمواله ويقوم على حماية مصالح المستضعفين غير الراشدين من ورثته[1242].

ب-الوصي الذي يعينه القاضي: ويعينه القاضي للإشراف على تركة الأولاد ويعين إذا لم يكن للقاصر ولي مختار أو في حالة فقد الولي لأهليته أو كان متلفا مبذرا لمال ولده.

ومن أهم شروطه:

- العقل والتمييز والبلوغ.
- أن يكون مسلما.أن يكون لما أمينا

كما تصبح الوصاية للأخرس ممن له إشارة يفهمها وللأعمى لأنه كامل الأهلية وإلى المرأة باتفاق الفقهاء لوضوح شفقتها ولأنها من أهل الشهادة كالرجل فتكون أهلا للوصاية مثله.

وأهم واجباته تتمثل في:

أ-حفظ أصول أموال القاصر وتنميتها واستغلال العقار والتجارة بالمال.

ب-الإنفاق عليه وعلى من تجب عليه نفقته كالوالدين بالمعروف لأن في الزيادة إسراف وفي التقصير ضررا.

ج- إخراج بما تعلق بماله من حقوق وهي نوعان:

[1240]-محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،الدار الجامعية بيروت طبعة 1983/4،ص825.

[1241]-تسنيم محمد جمال حسن السينتيني ،حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير،جامعة نجاح الوطنية نابلس، فلسطين، ص53.

[1242]-عبد الرحمن الجزيري،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1999م.

- حقوق الله تعالى وهي: الزكاة،الكفارة ،فالزكاة الفطر وأعشار الزروع والثمار فهي واجبة في مال الصغير عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي حنيفة وأبي يوسف.
- حقوق الآدميين كالديون:التي وجب قضاؤها إذا ثبتت وطالب بها أربابها.

انتهاء الولاية على أموال الطفل:

1-انتهاء الولاية: تنتهي شرعا ببلوغ القاصر[1243] عاقلا رشيدا.

والمعلوم أن الرشد ليس له سن معينة عند جماهير الفقهاء بل يثبت بالتجربة فإذا ثبت بالفعل انتهت الولاية ورد المال لصاحبه.

2-انتهاء الوصاية: تنتهي من خلال إحدى الطرق الآتية:

- عزل الوصي من قبل الموصي.
- عزل الوصي من قبل القاضي.
- عزل الوصي نفسه.
- انتهاء الوصاية حكما بموت الوصي أو الموصى عليه.

المطلب الثاني: تجليات هذا المقصد في التشريع الجزائري والحماية المكرسة من خلال قانون الأسرة 05-02

ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري تناول الميراث من خلال 3 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 ويعتبر هذا النظام جله مستمد من الشريعة الإسلامية.

واتفق كل من القانون والقضاء في تعريفهم للميراث أنه:"من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته".

وبحكم أن هذا القانون مستمد من الشريعة الإسلامية فالمشرع لم يخالف هذه الأحكام في منح نصيب الطفل من الميراث متى توفرت شروط استحقاقه له،فلقد أشار إلى ميراث الحمل في المادة 128 من ق الأسرة:"يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو

[1243]-حميد سلطان علي الخالدي،الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان،ط1،2013م،ص410.

حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث" وترك كذلك ما يحال في حالة عدم وجود النص إلى الرجوع لأحكام المادة 222 من ق الأسرة".

إضافة إلى هذا تناول في المادة 138 من نفس القانون إلى موانع الإرث بنصه:"يمنع من الإرث اللعان والردة" وبالتالي يمنع ولد اللعان من الإرث لعدم تحقق سبب الميراث وهو القرابة.

كذلك بالنسبة لولد الزنا فقد اشترط المشرع الجزائري ثبوت النسب كسبب للتوارث الشرعي الصحيح وعليه فهو لا يرث من أبيه وأقاربه ولا يرثونه بل يرث من أمه وقرابتها فقط.

أما يخص حق الطفل في الوصية بالرجوع إلى نص المادة 184 من ق الأسرة نجد أنه عرف الوصية بقوله:"الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" وهذا تعريف جامع لجميع أنواع الوصايا الواجبة أو المندوبة سواء أكانت بالمال أو غيره[1244]،والمقصود بالتمليك هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار وكذا الوصية بالمنافع ولا يدخل فيها الإيصاء على الأولاد الصغار لأنه تتصل به أحكام الولاية على المال المنصوص عليه في قانون الأسرة الجزائري وتعتبر الوصية من عقود التبرع ويكون الايصاء بمال معين إلى الطفل القاصر في حياة الموصي لكن لا يدخل ذمته المالية إلا بعد وفاة الموصي إذ نصت المادة 186 من ق أ على شروط الموصي وهي أن يكون:

- سليم العقل.
- بالغ من العمر 19 سنة على الأقل.

أما الموصى له فقد نصت المادة 187 من نفس القانون:

- أنها تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حيا وهذا ما يقصد به الوجود سواء أكان حقيقة أم حكما.
- وإن ولدوا توأمين يستحقونها بالتساوي.

[1244]–سلامي دليلة، المرجع السابق، دون ذكر صفحة.

والمادة 185: أكدت على الموصي في التصرف في أمواله في حدود ثلث التركة دون إجازة الورثة ولأن الوصية تعتبر تبرع بالمال يتطلب الإرادة والتميز وبالتالي تكون وصية الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز في القانون الجزائري باطلة بطلانا مطلقا [1245]،لأنه غير بالغ .

ونصت المادة 184: من نفس القانون أنه الموصى له إن كان وارثا فلا تصح الوصية إلا بإجازة الورثة وهذا بنص المادة "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

كما نص المشرع الجزائري في المادة 197 أن قبول الوصية صراحة أو ضمنيا يكون بعد وفاة الموصي أما المادة 198 نصت كذلك في معناها أنه إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد وهنا القبول الذي يعتد به هو الصادر من الموصى له البالغ العاقل أما إذا كان الموصى له قاصرا [1246]بعد وفاة الموصي فإن قبول الوصية أو ردها يكون ممن له حق الولاية على ماله سواء وليا أو وصيا أو مقدما وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وهو موقف المذهب المالكي[1247].

وبالنسبة لحق الطفل في الوصية الواجبة: نجد أن المشرع الجزائري لم يدرج الوصية الواجبة ضمن الميراث بل سماها بالتنزيل والسبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى تقنين فكرة التنزيل هو حماية الأطفال القصر للابن المتوفي الذي سبق والده في الموت والذي ربما قد كان ساهم في نماء ثروته وأصبحت تركة.

ولقد نصت المادة 169 من قانون الأسرة على ما يلي:" من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة"،وأصبح التنزيل إجباريا بموجب المادة 169 وبعدها وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا " من المقرر شرعا أن التنزيل قبل

[1245]–محمد سعيد جعفور،تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،دار هومة، الجزائر، 2002م،ص40.

[1246]–إذا كان قاصر،مجنون،سفيه،جنين،محجور عليه لسفه أو جنون أو غفلة.

[1247]–العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،جزء2، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999م،ص280.

صدور القانون كان اختياريا قبل صدور القانون كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا"[1248].

وبالرجوع إلى نص المادة 169 نجد أنها منحت حق التنزيل للأحفاد مع أن لفظ "حفيد" يحتمل وصف أولاد الابن وأولاد البنت الذين هم من ذوي الأرحام والذين لا يرثون إلا بعد انعدام الوارث بالفرض أو التعصيب وبالتالي كيف ينزلون منزلة أمهم رغم وجود الورثة؟

وإذا سلمنا بهذا فبرجوعنا لنص المادة 169 باللغة الفرنسية[1249] نجد أنه حصر التنزيل في الأحفاد أولاد الابن وإن نزلوا دون أولاد البنت ويعني ذلك أنهم من ذوي الأرحام ولا ينزلون،وينزل أولاد الابن لهم باعتبارهم فرعا للهالك ومن هذا يحدد من يجب تنزيله منزلة أبيه في تركة جده أو جدته كما يلي:

1- فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه وأمه.

2- فرع الولد الذكر الذي مات في حياة المورث موتا حكيما والمقصود به المفقود.

م189 ق أسرة:"المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم" مع العلم أن الحكم بالفقد لا يتم إلا بناءا على طلب من كل ذي مصلحة .

حسب المادة 114 من نفس القانون:"يصدر حكم بالفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة" وما يليها من المواد تبين أحكام المفقود(109 إلى 115) من نفس القانون.

3- فرع الولد الذكر المتوفى مع أمه أو أبيه في حادث واحد كالحرقى المدمى والغرقى ومن في حكمهم ولا يعلم من مات أولهم وهذا نص عليه المشرع في المادة129 منه:"إذا توفى

[1248]-قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 1997/11/25 مجلة قضائية سنة 1997 العدد1نص46.

[1249] -ART169 : « si une personne décéde en laissant des dexendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle,ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation a la succession du de cujus selon les conditions ci-après de finies »

اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا".

أما بالنسبة لحق الأهلية للطفل في قانون الأسرة الجزائري:

نجد أنه وبالرجوع إلى نص المادة 203 [1250] أن الهبة تتطلب أهلية التبرع فيه مادام يقوم بعمل ضار به ضررا محضا.

وتجدر الإشارة بخصوص الواهب إلى أنه إذا كان الشخص عديم التمييز أو ناقص أي صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها أو صغيرا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة فإن الولي أو الوصي أو المقدم لا يملك أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته وإلا كان ذلك إخلال بنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجور عليه واستثماره بالطرق الشرعية[1251].

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف ويكف فه التميز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا ومن خلال هذا نجد أنه هناك حالتان في الهبة للقاصر:

1-إذا كان الموهوب له غير مميز والواهب أجنبي: يقبل عنه الهبة وله أو وصيه أو القيم عليه ويجوز الشير الموهوب بالنيابة عنه المادة 210 فقرة 2 من قانون الأسرة "... وإن كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

وإن كان الواهب ولي الموهوب له فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة حسب المادة 208 ق الأسرة ".

2-إذا كان الموهوب له مميزا:يجوز له قبول الهبة وحيازتها دون إذن من وليه أو غيره لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا أما إذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتوقف صحتها في هذه الحالة حسب نص المادة 83 من قانون الأسرة على إجازة الولي أو الوصي أو إذن القاضي"وتنص المادة كان الآتي:"من بلغ سن

[1250]-نص المادة 203 ق أسرة:"يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا 19 سنة وغير محجور عليه".

[1251]-محمد تقية،دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري،الديوان الوطني للأشغال التربوية ،القليعة،الجزائر،ط1، 2003، ص109-110.

التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي قيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

أما بالنسبة لحق الطفل في الوقف في القانون الجزائري نجد أنه:

اعتبر القانون الجزائري الوقف هو : مجموعة أموال تتمتع بالشخصية المعنوية حسب المادة 49 من القانون المدني تبدأ بتمام تكوينه دون حاجة إلى ترخيص خاص وتنتهي بانتهاء مدته،إن كان مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم،أو بناءا على حكم من القضاء إذا ما تخربت أعيانه بصورة تؤدي إلى زوالها[1252] ،وإن كان الوقف نظام مستمد من الشرعية الإسلامية ومطبقا في الجزائر فإن الوقف على الأولاد واستنادا لقانون الأوقاف الجديد قانون رقم 02-10 مؤرخ في 10 شوال عام 1423هالموافق لـ14 ديسمبر 2002 المعدل والمتمم للقانون 91-10 المتعلق بالأوقاف جريدة رسمية 83 قد ألغي بعد إلغاء أحكام الوقف الخاص دون الوقف العام.

ولقد منح كذلك المشرع الجزائري حماية للقاصر في مختلف النصوص القانونية ومنع الاعتداء عليها وبين حكم تصرفاته وهذا كنا قد تطرقنا له في الباب الأول تحت عنوان الشخصية القانونية للطفل.

كما أقر كذلك المشرع الجزائري أهمية بالغة في حماية أموال القاصر ووضع آلية لحمايتها من خلال نظام الولاية الذي يتضمن إدارة أموال الصغير حتى يتمكن من إدارتها بنفسه نص المادة 81 من قانون الأسرة"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" هنا نجد أن المشرع وضع ترتيبا لمن لهم حق إدارة أموال القاصر وهم الولي فإن لم يوجد فالوصي فإن لم يكن وجب على القاضي أن يعين مقدما له وعبر الإشارة أن القانون المدني

[1252]-انظر الباب الأول ص من المذكرة.

إلى ذلك مادة 44 ق م "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال والأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

نصت المادة 87 من ق الأسرة على أنه :"يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا" وتعتبر الأحكام التي تسري على ولاية الأب هي نفسها الأحكام التي تسري على ولاية الأم إلا أن المشرع الجزائري أغفل مجلس العائلة الذي يعتبر أحد دعائم نظام الولاية على مال القاصر.

كذلك نص في المادة 90 "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناءا على طلب من له مصلحة" والمشرع هنا وضع آلية أخرى لحماية حقوق الطفل وهي تعين متصرف خاص عند تعارض المصالح.

كذلك تناول الولاية القانونية للمكفول حسب نص م 116"الكفالة التزام على وجه التبرع فالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"،ومن هنا نجد أن المشرع قد منح للكفيل امتيازات الأب في ولايته للقاصر.

وحددت المادة 88 من ق الأسرة سلطات الولي:

1- تسيير مباشر لأموال القصر وذلك بـ:

- الحفاظ على مال القاصر من خلال أعمال ضرورية تهدف إلى تجنب إتلاف المال مثال تسجيل رهون لفائدة القاصر شهر تصرفات الخاضعة للشهر العقاري مثل انتقال الملكية لفائدة القاصر.
- أو القيام بأعمال الإدارة :بيع منقولات عادية مثل الثمار ،انجاز عقارات لمدة لا تتجاوز 3 سنوات،دفع ديون القاصر.

2- تسيير غير المباشر لأموال القاصر: وهو الأمر الذي يستوجب الحصول على إذن مسبق من القاضي لمباشرتها مثال بيع عقار أو منقول ذا أهمية خاصة ... وغيرها حسب المادة 02/88 من نفس القانون.

كذلك أقر المشرع نظام آخر وهو الوصي: فهي صورة من صور النيابة الشرعة تثبت لكل شخص ما عدا الأب والجد سواء تم تعيينه من قبل الأب أو الجد أو من قبل المحكمة على

أن كون سبب هذا التعيين عدم وجود أم القاصر كأن تكون متوفية أو فاقدة للأهلية"[1253]،وقد نصت المادة 92 من قانون الأسرة على أنه:"يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

وبالرجوع إلى نص المادة 92 والمادة 93 من قانون الأسرة نجد أنهما نصتا على شروط الوصاية وه نوعن:

1- شروط متعلقة بالتعيين: وهو نص المادة 92 ق أ ج:

- أن يكون التعيين من قبل الأب أو الجد.
- عدم وجود الأم إما بوفاتها أو بفقدانها.
- وجود الأم وثبوت عدم أهليتها لتولي الولاية.

2- شروط متعلقة بذات الوصي: نص المادة 93 من ق أ ج:

- أن يكون مسلما عاقلا وبالغا.
- أن يكون له القدرة على تسيير شؤون القاصر.
- أن يكون أمين ويحسن التصرف.

3- الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته: وهذا حسب نص المادة94 ق أ ج:

- وفاة الأب أو الجد.
- عرض الوصاية على القاضي سواء كانت الوصاية **بوثيقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود** وتقدم لرئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل العريضة لكل من له المصلحة في ذلك .
- ثم تثبت الوصاية من طرف القاضي.

أما بالنسبة لمهام الوصي: نجد أن المادة 95 نصت على أنه:" للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المادة 88-89-90 من هذا القانون".

[1253]-علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر،2005م،ص232.

أما بالنسبة للنظام الأخير فهو التقييم: والمقدم هو الوصي المعين من القاضي إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي مختار من الأب أو الجد وتناول المشرع الجزائري أحكامه من خلال المادتين99 و100 من قانون الأسرة الجزائري.

وعرفته المادة 99 على أنه:"هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

أما بالنسبة للأحكام التي يخضع لها فهي نفسها التي يخضع لها الوصي حسب المادة 100 من ق أ ج "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

وتنتهي هذه الأنظمة الثلاث من خلال قانون الأسرة الجزائري كالآتي:

1-الولاية حسب نص م 90 من نفس القانون تنتهي إما بعجزه ،موته،بالحجر عليه،إسقاط الولاية عنه.

2-أما الوصاية حسب نص المادة 96 من نفس القانون إما :

- بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته.
- بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- انتهاء المهام التي أقيم من أجلها.
- بقبول عذره في التخلي عن مهامه.
- بعزله بناءا على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

3-بانتهاء الوصاية بنص المادة 97 على واجبات الوصي عند انتهاء مهمته وهي:

- تسليم الأموال التي في عهدته وجميع ما يتعلق بها إلى المولى عليه نفسه إذا بلغ سن الرشد أو حكم بترشيده أو إلى ورثته إن انتهت الوصاية بموت القاصر.
- أن يتم التسليم في أجل أقصاه شهران من انتهاء مهمة الوصي.
- تقديم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

- في حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسلم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.
- يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره حسب المادة 98 من قانون الأسرة "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره" والمقدم كذلك عند انتهاء مهامه تخضع لنفس الأحكام الواردة على الوصي والمذكورة في المادة 96 من قانون الأسرة بإحالة من المادة 100 قانون الأسرة.

خلاصة:

لقد كرست الشريعة الإسلامية حماية بالغة لأموال القاصر للحفاظ على النفس البشرية وديمومتها كما نجد أن المشرع الجزائري في نصوصه القانونية قد حاول إبراز تلك الحماية من خلال إقرار بعض الآليات التي كانت الشريعة الإسلامية سباقة في ذلك.

خاتمة الباب:

من خلال ما سبق التعرض إليه نجد أن الشريعة الإسلامية كرمت الطفل وحافظت على نفسه حتى قبل مولده وحرصت على نشوئه السليم داخل الأسرة محاطا بالرعاية والحماية وأقرت كذلك نظاما خاصا في المحافظة على أمواله وقد توسعت في ذلك وتعدد الآراء المتعلقة بالفقهاء بخصوص هذا دون الاختلاف في الأصل وهي توفير بعد حمائي للطفل بمختلف جزئياته وتكريسه على المجال الواقعي.

بينما المشرع الجزائري لم يمنحها الاهتمام اللازم والكاف إذ نجد هذه الحقوق مبعثرة بين مختلف المنظومة التشريعية وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري وحتى وإن اهتم بحق فقد غيب آخر من الحقوق ،وهذا ما جعلنا دائما نرجع إلى المادة 222 ق الأسرة التي تحيل كل ما يرد به نص من قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية رغم أن هذه المادة لم تبين حقيقة المذهب الذي يجب الرجوع إليه إلا أنها غطت بعض العيوب والقصور الذي يتخلل النصوص القانونية ،كذلك نص المادة 1 من القانون المدني نصت على الإحالة لهذه ويبقى هذا راجع إلى اجتهاد القاضي وسلطته وكفاءته في البحث في مختلف أحكام الشريعة الإسلامية.

خاتمة

خاتمة :

إن من المسلَّم به أن الشريعة الإسلامية عبارة عن منهج متكامل لمختلف نواحي الحياة بما في ذلك نظام الأسرة الذي ينظم العلاقة الواضحة والصريحة والطاهرة بين الزوجين وما ينتج عن هذه العلاقة الشرعية من أطفال،الذين كرمتهم وكفلت لهم الحماية قبل مولدهم من تبيين الأسس السليمة التي يجب أن تبنى عليها الأسرة وكفالة مجموعة من الحقوق من بينها حق حسن اختيار والديه وطبيعة العلاقة التي تربطهما وراعت حقوقه وهو جنين سواء مادية أو معنوية، وحتى بعد ميلاده، فتم التطرق لهذه الحقوق بنوع من التفصيل والوقوف على أبعادها ومقاصدها حتى ندرك أهمية هذه الحقوق سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون لأن الطفل هو نواة المجتمع وصانع المستقبل يجب العناية بهم والحرص على تنشئتهم وحسن تربيتهم فخير خلف لخير سلف بالمقابل نجد أن المشرع الجزائري حاول إيجاد حماية لهذا الطفل وكانت متعددة من حماية اجتماعية إلى قضائية من خلال تكريسها في المجال الواقعي من خلال إستحداث هيئات وقوانين متخصصة لذلك،إلا أنه يبقى يعاني القصور.

وفي ما يلي يمكن عرض أهم النتائج والتوصيات التي أثمرت عنها هذه الدراسة:

أ-النتائج:

1- إن الأسرة هي عماد المجتمع ويقوى بقوتها ويضعف بضعفها والأولاد فهم أساس ومصدر سعادتها وتماسكها وتكافلها إن كانت ذات أسس شرعية وقانونية، فحسن اختيار الزوجين لبعضهما يكفل للطفل حق الرعاية الصحية والنفسية،والبيئة السليمة التي تشكل أرضية لنموه الطبيعي.

2- إن الشريعة الإسلامية بشمولها ومقاصدها السامية شملت كل جوانب حياة المجتمع بما فيها الأسرة التي هي نواة المجتمع والطفل الذي هو نواة الأسرة قاصدة تنظيمها تنظيم دقيق قائم على تحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد.

3- المقصد الأساس من مقاصد أحكام الشريعة في الأسرة هو حفظ النوع البشري من خلال التزاوج ومن ثم شرعت الأحكام المتعلقة بالأسرة لحفظ النوع الإنساني بما يتلاءم مع هدف وجوده وكذلك مسايرة الفطرة.

4- التيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم من المقاصد العظيمة في التشريع الإسلامي.

5- الشريعة ليست نصوص جامدة وليست أيضا مدونة قانونية بل وضعت لكل فعل وحالة حكما لذلك اعتمدت خطاب العموم ليتسع المجال للتخيير والتحديد والإضافة والتجديد عن طريق استخدام العقل.

6- الحفاظ على النسب يتضمن من المغازي الاجتماعية والنفسية والصحية ما يكون به النسل أقوى وأقدر على الاستمرار والبقاء كما أن الأنساب محفوظة ،لذلك حرمت الشريعة الإسلامية تحريما قاطعا كل علاقة جنسية تتم خارج إطار الأسرة المكونة ضمن الشروط والضوابط الشرعية.

7- إن حفظ النفس من المقاصد المهمة في الشريعة الإسلامية لذلك حرم الله تعالى الاعتداء عليها بالقتل أو إيقاع الضرر بها مختلف أشكاله سواء ماديا أي جسديا،أو أدبيا كالسب والشتم لأنه يؤدي إلى العداوة والبغضاء وهذا يؤدي إلى التفكك والانحلال الأخلاقي.

8- كذلك حرمت الشريعة الإسلامية عدم المحافظة على مال الطفل وأقرت له أبعاده المقاصدية من خلال مقصد حفظ المال من جانب العدم،كل هذا حتى لا يتم استغلاله وتتم صيانته حتى يبلغ الطفل أشده ويكون قادرا على تسيير شؤونه المالية، وأقرت له كذلك حقوق مثل حق التملك كالميراث والهبة والهدية والوقف والوصية وحق الإنتفاع بممتلكاته وحمايتها،وحق استثمار وتنمية أمواله.

9- ظهور في العصر الحديث مستجدات علمية يحتاج الناس إلى فهمها في حياتهم منها التلقيح الاصطناعي أو ما يسمى بأطفال الأنابيب فتم إجازتها في حالة واحدة وهي ضرورة قصوى لأن من مقاصد الشريعة الإسلامية تكثير النسل مع تحقيق رغبة الزوجين عند وجود مانع من موانع الحمل ووفق شروط تم ذكرها سابقا.

10- أن التشريع الوضعي قد يكون غير ملائم لظروف المجتمع ويبقى جامدا رغم الظروف المحيطة به.

11- أن المشرع الجزائري لم يتوصل إلى تحديد سن موحد يعتبر فيه الطفل بالغ بين جميع القوانين ولم يحدد المراحل العمرية للطفل بصورة واضحة بل يمكن استخلاصها من مجموعة من المواد القانونية كما لم يعط تعريفا واضحا دقيقا صريحا للطفل.

12- أن الجزائر ألغت التحفظات بشأن حقوق الطفل وعلى هذا الأساس عدلت مجموعة من القوانين مثل :سن قانون خاص بحماية الطفل والذي نص على احترام الحياة الخاصة للطفل وهذا ما يثير مجموعة من الإشكالات ويستدعي إعادة النظر في ذلك خاصة المواد التي تتعلق حرية المعتقد وتعارضها مع المادة 2 من الدستور الجزائري التي نصت على أن الإسلام دين الدولة.

13- بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة نجدها تتعارض مع نص المادة 2 من الدستور والتي تقضي بأن الإسلام دين الدولة في حين أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني بعد التشريع الأساسي وهو الدستور إضافة إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي يقصدها المشرع في القانون المدني لا تقتصر على كل المجالات بل على القانون الخاص خاصة العلاقات التي تربط الفرد بغيره : مال،معاملات،أحوال شخصية ولا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى المسائل المتعلقة بقانون العقوبات مثلا.

14- أن التطبيق المقاصدي لأحكام الشريعة منهج أصيل من مناهج الاجتهاد نهض بحجيته آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ وتظافر فقهاء الأمة وعلماؤها على إعمالها وتفعيلها في فتاويهم واجتهاداتهم المختلفة.

15- أظهر البحث أن للتطبيق المقاصدي للأحكام الشرعية جملة من الأسس التي على الفقيه أن يراعيها ويتثبت منها حتى يكون تطبيقه للحكم تطبيقا محققا لمراد الشارع ومقاصده من خلال المحافظة على الضروريات الخاصة وجلب كل مصلحة ودرئ المفسدة.

16- كذلك بالرجوع إلى نص المادة 2 من القانون المدني الجزائري يتعين على القاضي الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيما سكت عنه القانون كون أن النصوص التشريعية متناهية

بينما الوقائع غير متناهية لذا على القاضي سد الثغرات بالفقه الإسلامي بدراسة وتفسير النصوص وفق القواعد الأصولية.

17- استحدث المشرع الجزائري آليات جديدة وإيجابية كطرق بديلة للمحافظة على مصلحة الطفل الفضلى :

- وهي الوساطة من خلال قانون حماية الطفل 15-12.
- الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة ودورها الهام في رعاية الطفل بين أسرته والمجتمع.

18- نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مجموعة من الحقوق الطفل من نفقة الحضانة كما قرر له حماية جنائية في مواجهة أبويه أو أقاربه عند الامتناع عن تسليم المحضون إلى حاضنه المحكوم له بذلك،من جهة ثانية ،وأن كل ما لم يرد نص عليه يرجع فيه إلى احكام الشريعة الإسلامية المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري،ذلك أن المقصد الشرعي من الحضانة هو صيانة الطفل كونها نوع من أنواع الولاية الخاصة وهي ولاية التربية للطفل منذ ولادته وحتى بلوغ سن البلوغ لهذا اشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك كما تعتبر الحضانة في الإسلام من المؤسسات الشرعية الهامة التي لا يوجد لها نظير في القوانين الوضعية فالقوانين تغير في مسألة الحضانة من وقت لآخر بسبب ما تقتضيه مصلحة الصغير.

19- أن الحماية الجزائية المقررة لصالح الطفل غير كافية فلابد من إعادة النظر في العقوبات أولا ولابد من تشديدها إذا مست الطفل ولابد من تفعيل دور المؤسسات التربوية والأسرية من مخاطر هذه الآفات التي تمس المجتمع إذ نجد مثلا أن المشرع لم يعط تعريفا خاصا لجريمة هتك العرض أو الاغتصاب وحصره على مواقعة الذكر للأنثى في حين يمكن أن يتعرض الطفل لذلك من نفس جنسه والمشرع كذلك لم ينص على هذه الجريمة عندما يكون الضحية طفل لم يتجاوز 18 سنة فهو معرض هو الآخر لهذه الجريمة، كما تكلم عن العقاب المقرر للمجني عليه لكن لم يتكلم عن الطفل وكيفية جبره.

20- أن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الواجب توافرها في كل من الزوج والزوجة تحصنا للولد الناتج عن هذه العلاقة في حين أن الشريعة الإسلامية تطرقت إلى ذلك بالتفصيل كما أغفل الزواج العرفي وما ينتج عنه من أولاد.

بالمقابل أقر مجموعة من الحقوق للطفل وضرورة تفعيلها مثل حق التعليم والتربية لكن لم ينص على الجزاء الذي يترتب عند عدم تفعيلها من قبل الأسرة.

21- أن الشريعة الإسلامية عالجت حقوق الطفل بكل تفاصيلها وفي كل أبعادها المقاصدية من حفظ للنفس،الدين،العقل،النسب،والمال فهي الأكمل والأنسب والأشمل من حيث إقرار الحقوق وحمايتها بالمقابل نجد التشريع الوضعي أو التشريع الجزائري رغم القوانين التي تتكلم عن الطفل وحمايته ومحاولة تكريسها إلا أنها تفتقر إلى التفعيل والتطبيق الصارم وهذا ما يبرر انتهاك حقوق الطفل المستمرة في الجزائر خاصة في الآونة الأخيرة،وقال في هذا المجال الفقيه **عبد الرزاق السنهوري:** " إن ترشيد النصوص القانونية بالقواعد الأصولية هو محاولة فاشلة لأن لكل تقنين منهجية وله فقه وقضاؤه وكثيرا ما يقع التعارض بينهما والتنافر إذن كيف يجوز أن نرجع في تفسير متماسك الأجزاء منسق النواحي إلى مصادر متضاربة ومتناقضة".

ب-التوصيات:

1- يجب إستصحاب المقاصد الشرعية في وضع القوانين وتقصدها ما من شأنه خلق إنسجام بين الأحكام الحقوقية الخاصة للمكلف مع فطرة الإنسان ووفقا لحفظ الضروريات.

2- يجب إستثمار مقاصد التشريع الإسلامي في صياغة أهداف القانون الوضعي وتعزيز دور القيم الحضرية في المجتمع.

3- محاولة توحيد القوانين الخاصة بحماية الطفل على أساس وحدة القاعدة القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي بطريقة حديثة متخصصة خلاقة تتلاءم وروح العصر وتطوراته.

4- التأكيد على ضرورة توعية الآباء والمربين بطرق التربية الإسلامية السليمة وخطورة إهمالهم والعمل على توفير احتياجاتهم الجسمية والعقلية وحمايتهم من الأخطار الناجمة عن وسائل الإعلام.

5- تنظيم دورات و ورشات ومؤتمرات وملتقيات وتبصير المجتمع بحقوق الطفل في الإسلام وتداعيات هذه القضية على نحو يضمن للأطفال مستقبل مشرق في مختلف وسائل الإعلام وذلك من أجل تعريف العالم بحقائق الإسلام وخصائصه الحضارية والمتميزة في رعايته للإنسان بصفة عامة والطفل بصفة خاصة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع .
- صحيح البخاري ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري المتوفى سنة 605 هـ ، دار الغد الجديد ، القاهرة ط1 ، 1434 هـ - 2013 م .
- صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسن بن الحجاج بن مسلم القشيري النسابوري (604 - 661 هـ) دار الغد الجديد ، القاهرة، ط1 ، 1434 هـ - 2013 م .

1/ كتب المعاجم :

1. ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم ، حرف الغين والشين والدال ،ج 5.
2. ابن منظور ،لسان العرب تصحيح محمد عبد الوهاب ،محمد الصادق العبيدي،دار إحياء التراث العربي،مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان،ج11 ،ط3 ،1419هـ- 1999م.
3. أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوري،الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية نقابله على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه عدنان درويش،محمد المصري، مؤسسة الرسالة ناشرون،بيروت، لبنان،ط 2، 1419هـ- 1998م.
4. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا،معجم مقاييس اللغة،تحقيق عبد السلام هارون،مطبعة الحلبي،ط2، 389هـ.
5. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي،تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف،ج2، ط2.
6. الفيروز آبادي ،تاج العروس من جواهر القاموس، السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ج9،تحقيق عبد الستار أحمد فراج،راجعته لجنة فنية من وزارة الإعلام ،مطبعة حكومة الكويت ،1391هـ-1971م.
7. الفيروز آبادي أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي،المهذب في فقه الإمام الشافعي،ط1، دار الكتب العلمية، لبنان،1990م.
8. الفيروز آبادي،القاموس المحيط، الهيئة المصرية العامة للكتاب،ج4 ،1400هـ- 1980م.

2/ كتب أصول الفقه :

9. أبي المعالي عبد المالك بن عبد الله بن يوسف،مخطوط في أصول الفقه،البرهان في أصول الفقه،حققه عبد العظيم الديب،قطر،ط 1 ، ج2 ، 1399هـ.

10. أحمد فراج حسن،أصول الفقه الإسلامي،منشورات الحلبي الحقوقية،2003م.
11. أحمد محمود الشافعي،أصول الفقه الإسلامي،دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1998م.
12. عبد الكريم زيدان، أصول الدعوة ،مؤسسة الرسالة ناشرون، ط9 ،1423هـ-2002م.
13. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية ، مصر،2001م.
14. عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1434هـ - 2013م.
15. عبد الوهاب خلاف،علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع الجزائر،ط1 ،1990م.

3/ الكتب العامة:

16. ابتسام العرام،المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري،قصر الكتاب،البليدة.
17. احسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجنائي الخاص،جزء أول،الجرائم ضد الأشخاص والأموال،دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر،ط 1 ، 2002م.
18. أحمد حسن الربابعة،مقصد حفظ الدين ودوره في القضاء على العنف الجماعي، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد1، العدد2، 2014م.
19. أحمد سي علي،مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية،دار هومة، الجزائر، 2013م.
20. أحمد فراج حسين،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، د ط،2004.
21. أحمد محمد علي داود،الأحوال الشخصية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،1430هـ-2009م.
22. أحمد محمود الخولي،نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار السلام، مصر،ط1 ،1423هـ-2003م.
23. أسامة عمر سليمان الأشقر،مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،دار النفائس، الأردن،ط1، 1420هـ-2000م.
24. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط7،سنة2004م.

25. اكمل يوسف السعيد يوسف،الحماية الجنائية للأطفال من الاستغلال الجنسي،دار الجامعة الجديدة،إسكندرية، 2015م.
26. أمين حسين يونس،أثر الزنا في مسائل الأحوال الشخصية،دار الثقافة، 1431هـ-2010م.
27. أنيس حسيب السيد المحلاوي،نطاق الحماية الجنائية للأطفال ،دار الكتب القانونية، دار نشأت للنشر والبرمجيات مصر ،سنة النشر،د ط، 2011م.
28. أوان عبد الله الفيضي،الأحكام الشرعية والقانونية للبصمة الوراثية DNA في الإثبات القضائي المدني، دراسة مقارنة،الكتاب الأول،دار الكتب القانونية ،مصر دار شتات مصر الإمارات،2017م.
29. باديس ذيابي، آثارفك الرابطة الزوجية، دار هومة، الجزائر،2008م.
30. البامري إسماعيل أبا بكر علي،أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة ط1،دار الأردن،2009م.
31. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط1،جزء2،الجزائر،1999م.
32. بلحاج العربي ،بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد،ديوان المطبوعات الجامعية،ط1،2015م.
33. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6،ج1، الجزائر،2010م.
34. بلحاج العربي،أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري،دار هومة، الجزائر، 2013م.
35. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002م.
36. بلحاج بلعربي،الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ،دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية،2011م.
37. بن شويخ الرشيد،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض تشريعات العربية،دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1429هـ-2008م.

38. توفيق حسن فرج ،محمد يحي مطر،المدخل للعلوم القانونية ،النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق،الدار الجامعية،1990م.
39. توفيق حسن فرج،قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية نقّحه عصام توفيق حسين فرج،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،مطبعة سنة 2003م.
40. جابر عبد الهادي سالم الشافعي،مقاصد الشريعة والاتفاقيات الدولية،مجموعة بحوث، تأصيل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من منظور مقاصد الشريعة الإسلامية،دراسة تأصيلية مقاصدية،مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، لندن، ط1، 1434هـ-2013م.
41. جعفر عبد الأمير علي الياسين،الحماية القانونية الدولية للطفل دراسة إحصائية قانونية اجتماعية،منشورات زين الحقوقية،بيروت لبنان،ط1،2015م.
42. حسن محمد هند، مصطفى عبد المحسن الحبشي،النظام القانوني لحقوق الطفل،دار الكتب القانونية،مصر، 2007م.
43. حسن ملا عثمان، الطفولة في الإسلام (مكانتها وأسس تربية الطفل)،دار المريخ للنشر،الرياض، 1402هـ-1982م.
44. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي،القاهرة، مكتبة المتنبي،1981م.
45. حسين نصار، تشريعات حماية الطفولة حقوق الطفل، منشآت المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر.
46. حماد العبدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة،دار قتيبة، بيروت لبنان، ط1 ،1412هـ-1992م.
47. حمدان مسلم المزروعي، مقاصد الشريعة دراسة مصطلحية، أبحاث ووقائع مؤتمر 22 الإمارات العربية المتحدة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.
48. حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق تحت إشراف مولود ديدان،دار بلقيس دار البيضاء الجزائر،2014م.
49. حمزة خشاب،أحمد رشاد الهواري،التصور القانوني الشرعي للحق ،المركز الإعلامي الأمني جامعة المملكة، ج1، 2011م.

50. حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل ،دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان،ط1 ، 2013م.

51. خالد بن مسعود البشر،أفلام العنف والإباحة وعلاقتها بالجريمة،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ،الرياض،2005م.

52. خالد مصطفى فهمي،النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2014م.

53. خالد مصطفى فهمي،حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م.

54. دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة،ج2، 2005م.

55. الرشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،دار الخلدونية الجزائر،ط2، 2008م.

56. زياد أحمد سلامة،أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة،الدار العربية للعلوم،الأردن،ط2، 1418هـ1998م.

57. زياد محمد إحميدان، مقاصد الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة ناشرون،دمشق سوريا،ط1429،1هـ2008م.

58. زيد بن محمد الرّماني،مقاصد الشريعة الإسلامية،دار الغيث للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، ط 1 ،1415هـ.

59. سلمان بو ذياب ،المبادئ القانونية العامة،دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون،الحق الموجب والمسؤولية،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1415هـ-1995م.

60. سمارة محمد،أحكام وآثار الزوجية،شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية،دون دار ،عمان الأردن، ط1، 2008م.

61. سمير عالية ،علم القانون والفقه الإسلامي ،نظرية القانون والمعاملات الشرعية،دراسة مقارنة،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت،ط2 ،1416هـ-1996م.

62. السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،ج2، نظرية الالتزام بوجه عام،الإثبات آثار الإلتزام، دار النهضة العربية،مصر ،1968م.
63. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الطفل في الإسلام(دراسة مقارنة في القانون الدولي العام)،دار الثقافة ،الأردن، ط1، 2014م-1495هـ .
64. السيد محمد السيد عمران،الأسس العامة في القانون المدخل إلى القانون،نظرية الالتزام،مكتبة الحقوق ،جامعة الإسكندرية،1998-1999م.
65. سيد محمدين،حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق في مجال استراتيجيات حماية الطفولة ،القاهرة،2005م.
66. شريف سيد كمال، الحماية الجنائية للأطفال،دار النهضة العربية،القاهرة،2006.
67. شعبان الكومي أحمد فايد أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،مصر ،الإسكندرية، 2006 م.
68. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام،تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية،دراسة مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،ط1.
69. الصابوني عبد الرحمن،أحكام الزواج في الفقه الإسلامي،الكويت،مكتبة الفلاح،ط1، 1418هـ1987م.
70. صالح بن عبد الله بن حميد،رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، جامعة أم القرى،1401-1402هـ ،1981-1982م.
71. الطاهر بن عاشور ،المقاصد الشرعية، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ، لندن، ط1،1436هـ-2015م.
72. عبد الحميد الشورابي،جريمة الزنا،منشأة المعارف،الإسكندرية،1998م.
73. عبد الناصر توفيق العطار(مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية)،دون دار نشر ، ط2، دون سنة نشر.
74. العربي بختي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط1، 2014م.
75. علاء الدين زكي مرسي،جرائم الاعتداء على العرض،الكتاب الثاني،المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة،2013م.

76. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها،دار الغرب الإسلامي،ط5، 1993.
77. على أحمد لطف الزبيري،المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2015م.
78. عودة عبد القادر،التشريع الجنائي الإسلامي ،بيروت لبنان،دار الكتب العلمية،د ط،ج2 .
79. عوض بن محمد القرني،المختصر الوجيز في مقاصد التشريع،د ط،دون دار نشر.
80. عويس،الأسرة المتصدعة وصلتها بجنوح الأحداث،دون دار،د ط.
81. غالب علي الداودي،المدخل إلى علم القانون،جامعة جرش الأهلية،دار وائل للنشر،عمان، ط7 ،2004م.
82. غالية رياض النبشة،حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط1، 2010م.
83. الغوثي بن ملحة،قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1،2001م.
84. فاطمة شحاتة أحمد زيدان،مركز الطفل في القانون الدولي العام،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية، 2007م.
85. مبارك المصري النظيف محمد،غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية،جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية،السودان(أم درمان).
86. محمد أبو زهرة،أحوال شخصية،دار الفكر،القاهرة،ط3.
87. محمد أبو زهرة،الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي،القاهرة،دار الفكر العربي،1998.
88. محمد أبو زهرة،تنظيم الأسرة وتنظيم النسل،دار الفكر العربي،ط1، 1396هـ-1976م.
89. محمد أحمد المعداوي،مدخل للعلوم القانونية نظرية الحق،جامعة،دون دار نشر، د ط.
90. محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري،الديوان الوطني للأشغال التربوية ،القليعة،الجزائر،ط1، 2003م.
91. محمد جبر الألفي،الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري الجيني من منظور إسلامي،الرياض،1433هـ-2012م.

92. محمد حسن قاسم،مبادئ القانون المدخل إلى القانون الالتزامات،دار الجامعة الجديدة، 2002م.
93. محمد حسنين منصور،النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2006م.
94. محمد حميد الرصيفان العبادي،حقوق الطفل في التشريعات الوضعية والمواثيق الدولية ،دراسة مقارنة،دار وائل للنشر والتوزيع الأردن عمان،ط1،2013م.
95. محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع،مملكة عربية سعودية،ط1، 1418هـ-1998م.
96. محمد سعيد جعفور،تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،دار هومة، الجزائر،2002م.
97. محمد صبحي نجم،شرح قانون العقوبات الجزائري(القسم الخاص)،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2005م.
98. محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،دار الهدى،عين مليلة الجزائر، 2009م.
99. محمد عبد الجواد محمد،بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون تقنين الشريعة الإسلامية،منشأة المعارف الإسكندرية ،1411هـ-1991م.
100. محمد عبد الله الشلتاوي،ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة(أطفال الأنابيب)،دون دار،ط1،1991-1992م.
101. محمد فاروق النبهان،مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي،مؤسسة الكتب الثقافية،لبنان،ط1 ، 1437هـ2016م.
102. محمد فتحي عثمان،حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني،دار الشروق،ط1 ،1402هـ-1982م.
103. محمد كمال الدين أمام،أصول الفقه الإسلامي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والوزيع، لبنان، ط2 ،1419هـ- 1999م.
104. محمد كمال الدين إمام،جابر عبد الهادي سالم الشافعي،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2003م.

105. محمد كمال الدين إمام،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي،مدخل منهجي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،ط1 ،1416هـ-1996م.
106. محمد كمال الدين إمام،نظرية الفقه في الإسلام (مدخل منهجي)،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1418هـ-1998م .
107. محمد محي الدين عبد الحميد،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية هي الإشارة إلى مقابلها في الترافع الأخرى،المكتبة العلمية،بيروت لبنان،1428هـ-2007م.
108. محمد مصطفى الزحبلي،حقوق الأولاد على الوالدين في الشريعة الإسلامية،دون طبعة،دون دار نشر.
109. محمد مصطفى الزحيلي،وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية،مكتبة دار البيان،دمشق،ط1، ج1،ج2 ،1402هـ-1982م
110. محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،الدار الجامعية بيروت ،ط4، 1983.
111. محمد مصطفى شلبي،المدخل في الفقه الإسلامي "تعريفه وتاريخه ومذاهبه نظرية الملكية والعقد"،الدار الجامعية، ط10، 1405هـ-1985م.
112. محمد مصطفى شلبي،تعليل الأحكام عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد،مطبعة الأزهر، 1947 م.
113. محمد يوسف موسى،أحكام الأصول الشخصية في الفقه الإسلامي،القاهرة،دار الكتاب العربي،1378هـ- 1958م.
114. محمدي فريدة (زواوي)،مدخل للعلوم القانونية،نظرية الحق،المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،وحدة الرغاية ،الجزائر ،2000م.
115. محمود أحمد طه:الإنجاب بين المشروعية والتحريم،رفض الإنجاب،التلقيح الصناعي الاستنساخ،تعديل الصفات الوراثية في الجنين،دار الفكر والقانون،مصر،2015م.
116. محمود أحمد طه،الحماية الجنائية للطفل المجني عليه،الرياض،أكاديمية نايف العربية الأمنية،ط1، 1999م.
117. مركز التميز البحثي،الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة(قسم فقه الأسرة)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط1، 1435هـ.
118. مصطفى الجمال،مصادر الالتزام،دار المطبوعات الجامعية ،مصر،1999م.

119. معتز أحمد محمد الآغا،حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي،ط1، 2008م.
120. منتصر السعيد حمودة،حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلام،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2007م.
121. مولاي ملياني بغدادي،حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية ،الجزائر، قصر الكتاب،البليدة، 1997م.
122. ناصر ميزاب، مدخل إلى سيكولوجية الجنوح، عالم الكتاب،القاهرة،مصر،ط1،1426 هـ-2005م.
123. نبيل إبراهيم سعد،المدخل إلى القانون نظرية الحق،منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1 ،2010م.
124. نبيل إبراهيم سعد،همام محمد محمود،المبادئ الأساسية في القانون نظرية القانون نظرية الحق،نظرية الإلتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001م.
125. نجيمي جمال ،قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي،دار هومة،الجزائر،2016م.
126. نور الدين بن مختار الخادمي،المقاصد الشرعية ضوابطها،تاريخها،تطبيقاتها،دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع،المملكة العربية السعودية،ط1،1427هـ-2007م.
127. نور الدين بن مختار الخادمي،علم مقاصد الشريعية،مكتبة العبيكان،ط1، ج1، 1421هـ-2001م.
128. نور الدين مختار الخادمي،أبحاث في مقاصد الشريعة،دراسة مقاصدية لبعض الاجتهاد والتجديد والمعاصرة والفكر والحضارة والثقافة والمنطق والأصول والفروع،دار مكتبة المعارف،لبنان،ط 2، 1434 هـ .2013م.
129. نور الدين مختار الخادمي،المصلحة الملغاة في الشرع الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة،مكتبة الرشد ناشرون المملكة العربية السعودية،رياض، ط1، 1426هـ-2005م.
130. هايل عبد المولى طشطوش،حقوق الإنسان بين البعد الديني والبعد القانوني، دار البداية ناشرون وموزعون، ط1 ،1435هـ-2014م.
131. هيثم مناع،حقوق الطفل (الوثائق الإقليمية والدولية الأساسية)،مركز الراية للتنمية الفكرية ،المؤسسة العربية الأوربية للنشر(باريس)،ط1،2005م.

132. وليد سليم النصر،حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2015م.
133. ياسر أحمد عمر الدمهوجي،حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي،دراسة فقهية مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،ط1، 2012م.
134. يعقوبي معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري،قصر الكتاب، بليدة الجزائر،ط1،2010م.
135.

4/ الكتب الخاصة:

136. إبراهيم محمد صديق،مقاصد الشريعة بين الفكر الأصولي والفكر الحداثي،شبكة الألوكة، دن.
137. ابن تيمية أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم،مجموع فتاوي،جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد،مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ج3، 1424هـ-2004م.
138. ابن تيمية،جامع الرسائل،تحقيق رشاد سالم،دار العطاء، ط1، ج2، الرياض، 1422هـ2001.
139. ابن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،المجلد5،دار اكتب العلمية،ط1، 1996.
140. ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني وماجة إسم أبيه يزيد،سنن ابن ماجة،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء الكتب العربية،ج2.
141. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار الإمام مالك الجزائر،ط1،ج1، 1429هـ- 2008م.
142. أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي،شرح مشكل الآثار تحقيق شعيب الأرنؤوط،مؤسسة الرسالة ط1 ، جزء13، 1415هـ-1994م.
143. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي،المستصفى من علم الأصول ،دراسة وتحقيق حمزة بن زهير حافظ،الناشر شركة المدينة المنورة للطباعة، جزء2، دون طبعة.

144. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيناني،مسند الإمام أحمد بن حنبل تحقيق شعيب الأرنؤوط،عادل مرشد،وآخرون،مؤسسة الرسالة،ط1،ج1421،6هـ-2001م.
145. أبو محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصيب المعروف بابن أبي أسامة،بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث محقق حسين أحمد صالح الباكري،مركز خدمة السنة والسيرة النبوية المدينة المنورة، ط1 ج1، 1413هـ-1992م.
146. أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي،الموافقات تقديم بكر بن عبد الله أبو زيد طبطه وعلق على أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسين آل سلمان،دار بن عفان (مملكة عربية سعودية)،ط1 ، مجلد2،1417هـ-14997م.
147. أبي إسحاق الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة،شرح عبد الله دراز ترجمة محمد عبد الله دراز خرج آياته عبد السلام عبد الشافي محمد،منشورات دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،ط 1 ،2004م-1425هـ.
148. أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي،تفسير القرآن الكريم،تحقيق سامي بن محمد السلامة ،دار طيبة للنشر،الرياض،1418هـ-1997م،ط1،ط2، 1420هـ-1999م.
149. أبي بكر أحمد بن الحسيني بن علي البهيقي،السنن الكبرى تحقيق محمد عبد القادر عطا،منشورات محمد علي بيضون،دار الكتب العلمية بيروت لبنان،ط3، 1424هـ-2003م.
150. أبي بكر محمد بن شمس الدين الرازي،مختار الصحاح،اعتنى به أيمن عبد الرزاق الشوا،دار الفيحاء،دار المنهل،دمشق،ط1 ،1431هـ-2013م.
151. أبي حامد الغزالي محمد بن محمد بن محمد الطوسي،شفاء العليل في بيان الشبه والمُخيل ومسالك التعليل، تحقيق حمد عبيد الكبيسي،مطبعة الإرشاد، بغداد،1390هـ-1971م.
152. أبي حامد محمد بن محمد الغزالي،إحياء علوم الدين،دار ابن حزم،لبنان،ط1، الباب7، 1426هـ-2005م.
153. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري،صحيح البخاري، دار ابن كثير،دمشق بيروت،ط1 ،1423هـ-2002م.

154. أبي عمر وعثمان ابن الحاجب المالكي –شرح مختصر المنتهي الأصولي شرحه عضد الدين عبد الرحمن الإيجي ،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،ط1،ج2 ،1424هـ-2004م.
155. أحمد إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس،شهاب الدين الصنهاجي القرافي،الذخيرة، تحقيق محمد يوخُبرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت،ط1،ج5،1994م.
156. أحمد الدردير،الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك،مؤسسة العصر،الجزائر،ج2 ،1992م.
157. أحمد الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة،دار الكلمة للنشر والتوزيع ،ط1،1431هـ-2010م.
158. أحمد الريسوني،محمد الزحيلي،محمد عثمان شبير،حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة،سلسلة كتاب الأمة،العدد 87،محرم 1423هـ سنة 22.
159. أحمد بابا التنبكتي،نيل الابتهاج بتطريز الديباج عناية وتقديم عبد الحميد عبد الله الهرامة،منشورات دار الكتاب، طرابلس،ط1،2000م.
160. أحمد براك،العقوبة الوصائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه منشورة ،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2009م.
161. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخرساني أبو بكر البهيقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3،جزء7، 1424هـ 2003م.
162. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،فتح الباري في شرح صحيح البخاري،تحقيق محب الدين الخطيب،دار الكتب السلفية، باب غزوة الخندق، دون طبعة،ج7،دون سنة نشر.
163. أحمد سي علي ،مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية،دار هومة،الجزائر، 2013م.
164. أحمد محمود قعدان،مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة مع ويكيبيديا تحليل نماذج من النوازل الفقهية،دار النفائس،ط1 ،1435هـ-2014م.
165. أحمد محيي الدين العجور،الميراث العادل في الإسلام،مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1994م.
166. إسماعيل غاربي مرتبا،تحسين النسل دراسة طبية فقهية،دون طبعة،دون سنة.

167. الآلوسي،روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني،دار الفكر،بيروت،ج2، بدون سنة.
168. الإمام النووي ، رياض الصالحين باب وجوب أمره أهله وأولاده المميزين وسائر من في رعيته بطاعة الله تعالى ونهيهم عن المخالفة وتأديبهم ومنعهم من ارتكاب منهي عنه ، ج2.
169. الإمام النووي،روضة الطالبين وعمدة المفتين،إشراف زهير الشاويش،المكتب الإسلامي، ط 3،ج9 ،1412هـ-1991م.
170. الإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السُّنبكي،الأشباه والنظائر تحقيق عادل أحمد عبد الموجود،علي محمد معوض،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،ط1،ج1، 1411هـ-1991م.
171. أمير عبد العزيز،الفقه الجنائي الإسلام في الإسلام،القاهرة،مصر،دار السلام، ط3، 1428هـ- 2007م.
172. أمين عبد المعبود زغلول،رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية،دار المعارف،ط2 ، 1994.
173. أنيس حسيب السيد المحلاوي،نطاق الحماية الجنائية للأطفال،دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي،دار الكتب القانونية،دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر، 2011م.
174. البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، للبزدودي،مطبعة الشركة الصحافية العثمانية،طبع دار الكتاب العربي،بيروت،ج4، 1308هـ.
175. بدر محمد السيد إسماعيل،حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والطب الحديث،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،مصر،2010م.
176. بدوي طبانة،إحياء علوم الدين للإمام الغزالي مع مقدمة في التصوف الإسلامي ودراسة تحليلية لشخصية الغزالي ولسفته في الإحياء،مكتبة ومطبعة كرياطة فوترا سماراغ،أندونيسيا،دط،ج4، دت.
177. برهان مزهر محمد القيسي،عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر،دار الكتب القانونية،مصر،2015م.

178. جاسر عودة،مقاصد الشريعة دليل للمبتدئين،المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، لبنان،1432هـ-2011م.
179. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان،ط1 ،1403هـ-1983م.
180. جمال الدين عطية،نحو تفعيل مقاصد الشريعة،دار الفكر،دمشق،سوريا،ط1، رجب 1422هـ-2001م.
181. الجيزاني محمد بن حسين ،فقه النوازل،دراسة تأصيلية تطبقية ،دار اجوزي،مملكة العربية السعودية، ط1،الجزء3، 1426هـ-2005م.
182. الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترميذي،الجامع الكبير،حققه بشار عواد معروف،دار الغرب الإسلامي، ط1 ، 1996 م.
183. حسام الدين كمال الأهواتي،الحق في احترام الحياة الخاصة"الحق في الخصوصية" دراسة مقارنة،دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة،دون تاريخ.
184. حسن الطاهر داود،جرائم نظم المعلومات ،أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2000م.
185. حسن بن خالد حسن السندي،عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الطفل،جامعة الملك فهد للبترول والمعارف،دون ط،دون سنة.
186. حسن حامد حسان،المصلحة في الفقه الإسلامي،مكتبة المتنبي،القاهرة،1981م.
187. حسين أحمد أبو عجوة ،فقه الموازنة بين المصالح والمفاسد ودوره في الرقي بالدعوة الإسلامية ،مؤتمر الدعوة الإسلامية ومتغيرات العصر8.7 ربيع الأول 1426هـ-16.17 أفريل 2005م.
188. حسين أحمد الخش،حقوق الطفل في الإسلام،دار الملاك للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،ط1 ،1430هـ-2009م.
189. خليفة بابكر الحسن، فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي ،مكتبة وهيبة، قاهرة، ط1، 1421هـ، 2000م.
190. خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الإعلام قاموس تراجم،جزء7.
191. دورة المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته 17 المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة ما بين 19-1424/10/23هـ الموافق لـ2003/12/17م.

192. دينيس لويد، فكرة القانون،تعريب سليم الصويص،مراجعة سليم بسيسو،عالم المعرفة، الكويت،سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب،صدرت في 1978 رقم 47.

193. الراغب الأصفهاني،مفردات ألفاظ القرآن تحقيق صفوان عدنان داوودي،دار القلم،دار الشامية، 2009م.

194. الرامغوري المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامغوري،البناية في شرح الهداية، ط1، ج5 ، دار الفكر لبنان.

195. رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل الطبرسي،مكارم الأخلاق،مكتبة الألفين، الكويت، دون طبعة،دون سنة نشر.

196. رمضان علي السيد الشرنباصي،أصول الفقه الإسلامي،منشورات حلب الحقوقية،ج1، 2005م.

197. رمضان محمد أبو السعود،همام محمد محمود زهران،مبادئ القانون المدخل للقانون والالتزامات،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر،2003م.

198. رنيه غارو،موسوعة قانون العقوبات العام والخاص،ترجمة صلاح لن مطر،ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م.

199. الروداني، محمد بن سليمان المغربي، كتاب جمع الفوائد من جامع الأصول ومجمع الزوائد،ج 3.

200. الزركشي،البحر المحيط ،حرره عبد الستار أبو غرّة وراجعه عبد القادر عبد الله العاني، دار الصفوة،مصر ،ط2، ج5، 1413هـ-1992م.

201. زيدومة درياسة،حماية الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري،ط1،دار الفجر للنشر والتوزيع،القاهرة مصر،2007م.

202. زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن النجيم،الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان،وضع حواشيه وخرج أحاديثه زكريا عميرات، منشورات دار الكتب العلمية،بيروت لبنان، ط1 ،1419هـ-1999م.

203. سعيد بن علي بن وهف القحطاني،الهدي النبوي في تربية الأولاد،سلسلة مؤلفات سعيد بن علي بن وهف القحطاني،د ط، دون دار نشر.

204. سعيد بويزري، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية،ديوان المطبوعات الجامعية،ط1، 1994م.
205. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير البلخمي الشامي أبو القاسم الطبراني،مكارم الأخلاق للطبراني،مطبوع من مكارم الأخلاق لابن أبي الدنيا،دار الكتب العلمية بيروت لبنان،ط1،ج1، 1409هـ-1989م.
206. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللحظي الشامي،أبو القاسم الطبراني،المعجم الكبير تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية القاهرة، ط2، جزء11.
207. سميح عبد الوهاب الجندي،أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية وأثرها في فهم النص واستنباط الحكم،مؤسسة الرسالة الناشرون،ط1، 1429هـ-2008م.
208. سناء عثمان الدبسي،الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الاصطناعي، منشورات الحلبي الحقوقية.
209. سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت ، ط8، 1998م.
210. الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة التجارية، القاهرة ، ج2 .
211. الشحات إبراهيم محمد منصور،التحكم في جنس المولود في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، دون طبعة.
212. شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي الكبير،حاشية الدسوقي على الشرح،دار الفكر،ج2.
213. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول،دار الفكر 1424هـ-2004م.
214. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي(القرافي)،الفُروق،قدم له وحققه وعلق عليه عمر حسن القيام،مؤسسة الرسالة ناشرون،ط1 ،1424هـ-2003م.
215. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام،تحديد الجنس وتغييره بين الحظر والمشروعية،دراسة مقارنة،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ،ط1، 2014م.
216. الصادق عبد الرحمن الغرياني،مدونة الفكر المالكي وأدلته،لبنان،بيروت،مؤسسة الريان،ط1، ج2، 1423هـ-2002م.
217. صالح بن عبد العزيز آل الشيخ،المدخل لدراسة علم المقاصد الشرعية،دون دار نشر،د ط،دون سنة نشر.

218. صباهي محمد ربيع،جرائم الأحداث في الشريعة الإسلامية ،دمشق،سوريا،دار النوادر ،ط1، 1429هـ-2008 م.
219. الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن،تحقيق بشار عواد معروف،عصام فارس الحرستاني، مؤسسة الرسالة ، ج6 ، د ط ، د ت.
220. عابد بن محمد السفّياني،الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية ،مكتبة المنارة ،مكة المكرمة، ط1 ،1408هـ-1988م.
221. عادل حسن علي،الإثبات ،أحكام الإلتزام، مكتبة زهراء الشرق،د ط، 1997م.
222. عائشة أحمد سالم حسن،الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع،ط1، 1429هـ-2008م.
223. عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية،منشورات جامعة قار تونس، بنغازي، ليبيا،ط3، 1995م .
224. عبد الحكيم الأنيس،حقوق الطفل في القرآن،دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، الألوكة دبي، ط2، 1435هـ-2013م.
225. عبد الحليم محمد منصور علي،الاستنساخ البشري،الطموحات العلمية والحقائق الشرعية، دراسة فقهية مقارنة،المكتب الجامعي الحديث،ط1 ،2013م.
226. عبد الحميد إبراهيم،الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع دراسة مقارنة ط1،المكتب الجامعي الحديث،2009م.
227. عبد الحميد إسماعيل الأنصاري،حقوق الأولاد قبل الوالدين،دون دار نشر،دون طبعة.
228. عبد الحميد الشواربي،جريمة الزنا ، منشأة معارف بالإسكندرية،1998م.
229. عبد الحميد علي حمد محمود،المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة في الحكم والنظم السياسية،إشراف حسن خضر جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا،نابلس فلسطين،2009م.
230. عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضا ودراسة وتحليلا،المعهد العالمي للفكر الإسلامي ،دار الفكر،دمشق سوريا،ط1، 1421هـ-2000م.
231. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة،المجلد4،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1999م.
232. عبد الرحمن بن الناصر السعدي،منظومة القواعد الفقهية،إيمان للنشر والتوزيع،د ط.

233. عبد السلام الرفعي،الولاية على مال في الشريعة،إفريقيا الشرق،الدار البيضاء،ط1، 1996.
234. عبد السلام عيادة علي الكربولي، فقه الأولويات في ظلال مقاصد الشريعة الإسلامية، دار طيبة الدمشقية، سوريا، ط1، 1429هـ-2008م.
235. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي بن ربيعة،علم مقاصد الشارع،مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض،ط1 ،1423 هـ ، 2002 م.
236. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،دار هومة، الجزائر،ط2، 2014م.
237. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق،دار هومة، الجزائر، ط3، 2011م.
238. عبد الفتاح بهيج علي العواري،الدر الثمين لبيان حكم إجهاض الأجنة المشوهين، دراسة فقهية مقارنة،دار الكتب القانونية ،دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،2010م.
239. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي،دون دار نشر،1999-2000م.
240. عبد القادر بن حرز الله ،مدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكاليات المعاصرة ، مكتبة الرشد ناشرون،ط1 ،1426هـ-2005م.
241. عبد القادر بن عزوز،أحكام فقه الأسرة،دراسة مقارنة،دار قرطبة للنشر ،الجزائر،ط1، 1428هـ-2007م.
242. عبد القادر عودة ،التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ،مكتبة دار التراث،القاهرة ،ج1،بدون سنة.
243. عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة ،سوريا ،ط1 ،1417هـ .
244. عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بية،حوار عن بعد حول حقوق الإنسان في الإسلام،مكتبة العبيكان، رياض، ط1، 1427هـ-2006م.
245. عبد الله محمد الصالح البدارنة، أصول الفقه الإسلامي،عالم الكتب الحديث،اربد الأردن،2014م.
246. عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام،القاهرة،مصر،دار السلام،ط5،ج2، 1428هـ2007م.

247. عبد المجبد محمد السوسوة، فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية ،دار القلم ،الإمارات العربية المتحدة دبي،تقديم محمد مصطفى الزعيلي،ط1 ،1425هـ-2004م.
248. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وآثارها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،القاهرة،2008م.
249. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية،دار الفكر الجامعي،2005م.
250. عبد الملك بن يوسف المطلق،زواج الفرند بين حكمه الشرعي وواقعه المعاصر زواج الأصدقاء (GIRL FRIEND-BOY FRIEND) تقديم فضيلة الشيخ سليمان بن محمد الشنوي مملكة العربية السعويدة ،الرياض،دار العاصمة، ط1، 1427هـ-2006م.
251. عبد الناصر توفيق العطار،مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط2،دون سنة نشر.
252. عبد النبي محمد محمود،الاعتداء على الجنين ووسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار الكتب القانونية ،دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر،2011م.
253. عبد الوهاب خلاف،أحكام الأحوال الشخصية،دار ابن الجوزي، ط1،القاهرة،2014م.
254. عدنان طه الدوري،أحكام الالتزام والإثبات في القانون المدني الليبي،منشورات الجامعة المفتوحة،ط1، 1995م.
255. العراقي عبد الرحيم بن الحسين،المغني عن حمل الإشعار بها هش إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت لبنان ،د ط،ج2 ،دون تاريخ.
256. عرفان بن سليم العشا حسونة الدمشقي،نكاح المسيار وأحكام الأنكحة المحرمة، بيروت،المكتبة العصرية،ط1، 1423هـ-2002م.
257. عروبة جبار الخزرجي، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق،دار الثقافة للنشر والتوزيع،د ط، دون سنة.
258. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام،القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد،عثمان جمعة ضميرية،دار القلم، دمشق،د ط ،ج 1، ج2.
259. عزمي ممدوح، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي،مصر، د ط،1997م.

260. عطاء الله فشار،حقوق الإنسان من خلال المواثيق الدولية،دار الصداقة للنشر الالكتروني، فلسطين،2013م.
261. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكهاني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتاب العربي ،ج4، بيروت،1983م.
262. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري،كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزد ويوضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر،دار الكتب العلمية،ج1،بيروت لبنان،1308 هـ.
263. علي بن محمد الآمدي،الإحكام في أصول الأحكام،علق عليه عبد الرزاق عفيفي،دار الصميعي،المملكة العربية السعودية،ط1،ج1، 1424هـ-2003م.
264. علي بن محمد السد الشريف الجرجاني،قاموس المصطلحات وتعريفات علم الفقه واللغة والفلسفة والمنطق والتصوف والنحو والصرف والعروض والبلاغة،تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي،دار الفضيلة باب الشين، د ط.
265. علي بن محمد بن رمضان،أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلاك،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،ط1، 2012م.
266. علي جمعة،ترتيب المقاصد الشرعية،أبحاث ووقائع المؤتمر العام 22،المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر،دون ذكر سنة نشر.
267. علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع،الجزائر،2005م.
268. علي محمي الدين النقرة داغي،علي يوسف المحمدي،فقه القضايا الطبية المعاصرة،دراسة فقهية طبية مقارنة ...بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية،دار البشائر الإسلامية لبنان،ط2، 1427هـ-2006م.
269. عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي،تفسير ابن كثير،دار نور الكتاب،الجزائر،مجلد4 ،1428هـ-2007م.
270. عمار بوضياف،المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار جسور الجزائر، ط4 ، 2014م.
271. عمر السعيد رمضان،دروس في علم الإجرام، القاهرة ،1964م.
272. عمر بن صالح بن عمر،مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ،ط1 ،1423هـ- 2009م.

273. عمر سليمان الأشقر،المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي،دار النفائس،ط1، 1425هـ-2005م.
274. عمر محمد عبه جي،مقاصد الشريعة الإسلامية ، دون دار نشر،د ط.
275. عي علي منصور،دار الفتح للطباعة والنشر بيروت والسيد محمد الرماح بشينة ليبيا ،ط1، 1390هـ-1970م.
276. فتحة مصطفى عطوي،الإجهاض بين الشرع والقانون والطب ،الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، المنشورات الحقوقية،2001م.
277. فتحي الدريني،خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم،مؤسسة الرسالة ناشرون،ط2 ،1434 هـ-2013م.
278. فريد بن يعقوب المفتاح،مقاصد الشريعة الإسلامية في ضوء مستجدات العصر، أبحاث ووقائع المؤتمر العام22،المجلس الأعلى للشورى الإسلامية،البحرين،دون ترقيم، د ط.
279. فريدة زوزو،الإجهاض دراسة مقاصدية .د ط، دون دار نشر .
280. فوزية إحصاد،وسائل الإثبات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،شبكة الألوكة، د ط،دون سنة نشر.
281. القرطبي،الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان،سورة النور،حكم دخول الحمامات العامة وشروطها في هذه الأزمان ،آيت31،دون دار نشر.
282. قضايا طبية معاصرة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية مجلد3، 1431هـ.
283. الكسائي، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية،ج6، بيروت لبنان، 2002.
284. كمال صالح البنا،الزواج العرفي ومنازعات النبوة في الشريعة والقضاء،دار الكتب القانونية،مصر،ط1 ،1405هـ-1985م.
285. لويس معلوف،المنجد في اللغة ، مطبعة كاثولوكية، بيروت، ط 19 .
286. مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير،النهاية في غريب الحديث والأثر،حقيق محمد الطناجي،المكتبة الإسلامية،ج4.
287. مجد الدين المبارك بم محمد الجزري المعروف بابن الأثير،النهاية في غريب الحديث والأثر،تحقيق أحمد بن محمد الخراط،مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،دولة قطر،ج8،محمد مرتضى الحسيني الزبيدي.

288. مجد الدين بن تيمية ، كتاب الوصايا ، ج 1 .
289. مجدي عبد الكريم أحمد المكي،جرائم الأحداث وطرق معالجتها في الفقه الإسلامي،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،مصر،2009م.
290. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، جمهورية مصر العربية،سنة 1989م.
291. محمد أبو الفتوح البيانوني،المدخل إلى علم الدعوة،دراسة منهجية شاملة،سوريا،ط3 ،1415هـ-1995م.
292. محمد أحمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق،دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية،1997م.
293. محمد أحمد سراج، مدخل لدراسة تاريخ الفقه الإسلامي،دون دار نشر،1995م.
294. محمد الخطيب الشربيني،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،دار الفكر،ج3.
295. محمد الزحيلي، مستجدات فقهية وقضايا مالية معاصرة دراسة فقهية دراسات في أصول الفقه،دار المكتبي، سورية، ج 5، ط1، 1430هـ-2009م.
296. محمد الزحيلي، مقاصد الشريعة أساس لحقوق الإنسان،سلسلة كتاب الأمة،العدد87، 1423هـ.
297. محمد الزحيلي،موسوعة قضايا إسلامية معاصرة"أضواء على أحكام الأسرة آفاق في الأحكام السلطانية "دار المكتبي،سورية،ج2،ط1، 1430هـ- 2009م.
298. محمد السقاعيد،قضايا طبية معاصرة في ضوء الفقه الإسلامي،دون تاريخ،دون عدد.
299. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية،تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس،الأردن،ط2 ،1421هـ-2001م.
300. محمد الطاهر بن عاشور،تفسير التحرير والتنوير،الدار التونسية للنشر،دط،ج3،ج4.
301. محمد أمين الشهير بابن عابدين،رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود،الشيخ علي محمد معوض،قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل،دار عالم الكتب،الرياض،طبعة خاصة 1423هـ-2003م،الجزء التاسع،كتاب الحجر.
302. محمد بكر إسماعيل حبيب،مقاصد الشريعة تأصيلا وتفعيلا،إدارة الدعوة والتعليم سلسلة دعوة الحق كتاب شهري محكم (رابطة العالم الإسلامي)،السنة 22، العام1427هـ، العدد 213.

303. محمد بن إبراهيم الخطيب ،حسن بن بركات المنتشري،حقوق الطفل في الإسلام في مرحلة الطفولة المبكرة ،ندوة الطفولة المبكرة،رياض،1425هـ.
304. محمد بن حيان بن أحمد بن حيان بن معاذ بن معبد التميمي أبو حاتم الدارمي البستي،الإحسان في تقريب صحيح ابن حيان حققه شعيب الأرنؤوط ،مؤسسة الرسالة ناشرون بيروت،ط1،جزء9 ، 1408هـ-1988م.
305. محمد بن علي الشوكاني،ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول،تحقيق وتعليق أبي حفص ساهي بن العربي الأثري قدمه عبد الله بن عبد الرحمن سعد بن ناصر الشثري،دار الفضيلة، ط1،ج1 ،1421هـ-2000م.
306. محمد بن فنخور العبدلي،الأنكحة المستحدثة(المبتدعة) وحكم الشرع فيها،دون دار نشر،د ط.
307. محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي،تاج العروس من جواهر القاموس،طبعة الكويت،دون سنة نشر،الجزء الثامن والثلاثون 38،(خلو عجي) فصل الصاد.
308. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين،بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز،تحقيق محمد علي النجار،عبد العليم الطحاوي،الناشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ،رقم ط3،ج4، 1416هـ-1996م.
309. محمد رأفت عثمان،عقد الزواج،أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي،دون طبعة،دون دار نشر.
310. محمد رضا فضل الله،المعلم والتربية،دار أجيال المصطفى،بيروت،1995م.
311. محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي،مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية،دار الهجرة للنشر والتوزيع،المملكة العربية السعودية،ط1،1418هـ-1998م.
312. محمد سعيد رمضان البوطي،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة،ط2،دون سنة نشر.
313. محمد سليم العوا،فكرة المقاصد في التشريع الوضعي"مقاصد الشريعة وقضايا العصر"،مؤسسة الفرقان للتراث الثقافي،ط1 ،2011م.
314. محمد سليم العوا،مقاصد القرآن الكريم،مجموعة بحوث،مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي،مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية،سلسلة الدورات العلمية،لندن ،ط1 ،1437هـ-2016م.

315. محمد عتريس،المعجم الوافي لكلمات القرآن الكريم،مكتبة الآداب القاهرة،2013م.
316. محمد علي البار،مشكلة الإجهاض دراسة طبية فقهية،دار السعودية للنشر والتوزيع،ط1، 1405هـ-1985م.
317. محمد علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم،تحقيق رفيق العجم،علي دحروج، مكتبة لبنان،1996،الجزء الأول،حرف الدال.
318. محمد عماد الدين إسماعيل،الأطفال مرآة المجتمع،عالم المعرفة،مارس 1986م.
319. محمد كمال الدين إمام ،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامي،مدخل منهجي دون طبعة ، دون سنة.
320. محمد مستقيم البعقيلي،من أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي،دار الفكر،الرباط، 2010 .
321. مسند أنس بن مالك الرواة عنه على حروف المعجم ، أطراف الغرائب والأفراد،ابن القيسراني،ج 2.
322. مصطفى أحمد الزرقا،المدخل الفقهي العام،إخراج جرير،دار القلم، دمشق، ط2،1425هـ-2004م.
323. معجم القانون،معجم اللغة العربية،مصر،القاهرة،المطابع الأميرية،1999م-1420هـ.
324. المكي مجدي عبد الكريم أحمد،جرائم الأحداث وطرق معالجتها في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر،2009م.
325. ممدوح عزمي،دعوى ثبوت النسب ودعاوى ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين ولغير المسلمين في ضوء الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،مصر،2004م.
326. مناع القطان،تاريخ التشريع الإسلامي،مكتبة وهبة،القاهرة مصر،دون طبعة،دون سنة.
327. الموسوعة الفقهية ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،ط2،الكويت،1404هـ-1983م.
328. ن.ج كولون، في تاريخ التشريع الإسلامي-ترجمة محمد أحمد سراج،مراجعة حسن محمود عبد اللطيف الشافعي،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،طبعة أولى،1412هـ-1992م.
329. نادية شريف العمري،الاجتهاد في الإسلام،أصوله،أحكامه،آفاقه،مؤسسة الرسالة ، ط2 ،1404هـ-1984-م.

330. ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي،تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الآسنوي الشافعي،نهاية السُّولِ في منهاج الأصول عالم الكتب،دون طبعة،ج1،الباب الأول،في الحكم.
331. نجم الدين سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الحنبلي،التعّيين في شرح الأربعين،تحقيق أحمد حاج محمد عثمان ،مؤسسة الريان بيروت،ط1،1419هـ-1998م.
332. نور الدين بن مختار الخادمي،الاجتهاد المقاصدي حجيته وضوابطه ومجالاته،كتاب الأمة ،ط1،الدوحة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،جمادى الأولى1419هـ-1998م.
333. نور الدين بن مختار الخادمي،حقوق الإنسان مقاصد الشريعة،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر،ط1 ،1432هـ-2011م.
334. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته أحوال شخصيته،دار الفكر، سوريا، ط 2،ج7، 1985.
335. وهبة الزحيلي،أصول الفقه الإسلامي،دار الفكر دمشق سوريا الكتاب701،ط1، ج2، 1406هـ-1986م.
336. وهبة الزحيلي،قضايا الفقه والفكر المعاصر،دمشق،دار الفكر،ط1، 2006م.
337. وهبة الزحيلي،قيمة الخير العام والمصالح الإنسانية في القرآن وإدراكات الفقهاء،الندوة الثالثة عشر لتطور العلوم الفقهية في سلطنة عمان،الفقه الإسلامي:المشترك الإنساني والمصالح،6-9 نيسان (أبريل)،2014م.
338. وهبة الزحيلي،نظرة الضرورة الشرعية ، مؤسسة الرسالة ، ط2،بيروت،لبنان.
339. وهيبة الزحبلي،الفقه المالكي الميسر،دار الكلم،بيروت،ط 2،ج3، 2003م.
340. يوسف أحمد محمد البدوي،مقاصد الشريعة عند ابن تيمية،دار النفائس ، الأردن،د ط.
341. يوسف القرضاوي، مدخل للشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة، سوريا، ط1، 1414هـ-1993م.

5/ الرسائل العلمية:

أطروحات الدكتوراه:

342. حسين الحنش، الرعاية الصحية للفرد في الفقه الإسلامي–أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر،1427–1428هـ ، 2006 –2007م.

343. خماس هديات الحماية الجنائية للطفل الضحية دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،2014–2015م.

مذكرات الماجستير:

344. إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان،أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية،مذكرة ماجستير قسم العدالة الجنائية ،كلية الدراسات العليا،جامعة نايف للعلوم الأمنية،الرياض،2004م.

345. ابراهيم ياسين الخطيب،أحمد محمد الزبادي،صورة الطفولة في التربية الإسلامية،الدار العلمية الدولية،عمان الأردن،ط1،2000م.

346. ابن تيمية أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم،منهاج السنة النبوية،تحقيق محمد رشاد سالم،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية،،ط1، ج1 ، 1406هـ–1986م.

347. أحمد الريسوني نظرية المقاصد عند الشاطبي،المعهد العالي للفكر الإسلامي مختارات من الرسائل الجامعية،ط2،1424هـ–2003م.

348. أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين،أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي،أطروحة لاستكمال متطلبات الماجستير جامعة نجاح الوطنية نابلس فلسطين،2008م.

349. أفروخ عبد الحفيظ،السياسة الجنائية تجاه الأحداث،مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية،جامعة قسنطينة،كلية الحقوق،2011م.

350. باسم حمدي حرارة،سلطة الولي على أموال القاصرين،رسالة ماجستير،جامعة غزة فلسطين،2010م.

351. بسام موسى النزلي،أحكام صور التدليس المعاصر في عقود الزواج،مذكرة الماجستير في الفقه المقارن،كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية،غزة،1431هـ–2010م.

352. بلقاسم سويقات،الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري،رسالة ماجستير في الحقوق،جامعة قاصدي مرباح ورقلة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2010–2011م.

353. بن عصمان نسرين إيناس،مصلحة الطفل في قانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009م.
354. تسنيم محمد جمال حسن السينتيني ،حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير،جامعة نجاح الوطنية نابلس.
355. جعفر عبد الأمير ياسين،أثر التفكك العائلي في جنوح الأحداث،رسالة ماجستير، بغداد، 1975،بيروت،1981م.
356. خضر،جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا(أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير فقه والتشريع)،فلسطين،2009م.
357. داود سليمان بن محمد الصبحي،الإجهاض بين التحريم والإباحة في الشريعة والنظم الوضعية،بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في مكافحة الجريمة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،معهد الدراسات العليا، الرياض،1418هـ 1997 م.
358. ريم عادل الأزعر،الوصية الواجبة،رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية،غزة،2008م.
359. سارة محمد حامد العمري،الأحكام الشرعية المتعلقة باختيار جنس الجنين المولود قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص الفقه وأصوله في جامعة اليرموك،أربد الأردن،1999م.
360. سائدة عبد الحفيظ إغبارية،التدابير الوقائية لحفظ النسل،رسالة ماجستير في القضاء الشرعي،جامعة الخليل،إشراف د هارون الشرباتي،1429هـ-2008م.
361. سمر خليل محمود عبد الله ،حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية دراسة مقارنة قدمت هذه الأطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع،جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين،2003م.
362. عامر إسماعيل أبو سقيل،حق الرضاعة للصغير وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة،رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي،الجامعة الإسلامية بغزة،1428هـ-2007م.
363. عبد الله محمد خليل إبراهيم،صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ماجستير في الفقه والتشريع،جامعة نجاح نابلس فلسطين.

364. فاطمة بنت فرج بن فرحان العتيبي،حقوق الطفل ورعايته في الإسلام و في دولة السويد،دراسة وصفية بحث مكمل لنيل درجة الماجستير في التربية والمقارنة،جامعة أم القرى،كلية التربية بمكة المكرمة،1429هـ-2008م.
365. فضل ماهر عسقلان،المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز،رسالة ماجستير،جامعة نجاح الوطنية نابلس،فلسطين،2000.
366. فؤاد مرشد داؤود بدير ،أحكام النسب في الفقه الإسلامي،مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا،جامعة نجاح وطيبة فلسطين،1422هـ-2001م.
367. محمد أمين جدو،جرمة الإجهاض بين الشريعة والقانون مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعه أبي بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،2009-2010م.
368. مداني هجيرة نشيدة،حقوق الطفل بين الشريعة والقانون،مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في القانون فرع قانون خاص،كلية الحقوق بن عكنون الجزائر،2011-2012م.
369. هاني بن علي بن إبراهيم اليحي،حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير في الأنظمة،وزارة التعليم العالي الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ،قسم الأنظمة،1430هـ-1431هـ.
370. والي عبد اللطيف،الحماية الدستورية لحقوق الطفل في الجزائر وآليات تطبيقها ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري وعلم التنظيم السياسي،جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة جامعية 2007-2008م.
371. وجيه عبد الله سليمان أبو معليق،أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية المعمول بها في قطاع غزة،إشراف فضيلة دكتور ماهر حامد الحوتي،كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية 1427هـ-2005م.

المقالات العلمية:

372. حسن بن ابراهيم الهنداوي،قاعدة درئ المفسدة مقدم على جلب المصلحة دراسة أصولية فقهية،مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ،العدد 17،صفر 1431هـ،فبراير 2011م.
373. حسن بن خالد سندي،عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الطفل،مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية ،العدد44 ، 2007م.

374. رياض منصور الخليفي،المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية،مجلة جامعة الملك عبد العزيز،الإقتصاد الإسلامي،مجلة 17،عدد1،1425هـ-2004م.
375. عادل هاشم حمودي حسن النعيمي،فقه الأولويات وضوابطه الشرعية،مجلة كلية الإمام الأعظم،دون رقم عدد المجلة أو سنة النشر.
376. عبد الحليم مشري،جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري،مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر بسكرة،نوفمبر 2006م.
377. عبد العزيز بن محمد الربيش،بحث حول النكاح السري في الفقه الإسلامي،صدر في مجلة جامعة الملك سعود،العلوم التربوية والدراسات الإسلامية،1425هـ-2004م .
378. عليان بوزيان،مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية،مجلة المسلم المعاصر،العدد 150،لبنان،2013م.
379. مبارك المصري النظيف محمد،حقوق الطفل وحمايته في ضوء كليات الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة(مستخلص بحث)،دون سنة نشر.

6/ القرارات والمجلات القانونية :

380. مالك إبراهيم الأحمد،سلسلة كتاب الأمة،نحو مشروع مجلة رائدة للأطفال، العدد59،دون سنة نشر.
381. مجلة الفكر البرلماني ،الجزائر ،العدد 13 جوان 2006م.
382. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، مجلة دورية يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي،رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،العدد15،سنة13، 1423هـ2002م.
383. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي،مجلة دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي،رابطة العالم الإسلامي،سنة 1423،13هـ-2002م.
384. محمد ربيع صباهي،أحكام اللقيط في شريعة الإسلامية دراسة فقهية تربوية مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،مجلد 25، ع1،2009م.
385. مرزوق عبد القادر،حماية الجنين،مقال منشور في مجلة العلوم القانونية رقم 02، 2005م.
386. مصطفى رحيم طاهر حبيب،حقوق الطفل بين الشريعة والقانون،مجلة كلية العلوم الإسلامية،دون ذكر الجامعة،سنة النشر.

387. ياسين حسن الدليمي ،ميراث الحمل في الشريعة الإسلامية ،دراسة مقارنة ،مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ،المجلد 14،العدد10،تشرين الثاني 2007م.
388. يوسفات علي هاشم،أثر الاستنساخ البشري على النسب،مجلة القانون والمجتمع، تصدر عن مخبر القانون والمجتمع بجامعة أدرار، العدد1 ،1434هـ2013م.
389. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1994/06/28 ملف رقم 129761 م ق عدد خاص 2001 .
390. قرار محكمة عليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1997/10/28 فصلا في طعن رقم 172333 منشور بالمجلة القضائية العدد1، 1997م.
391. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 1997/11/25 مجلة قضائية لعدد1، 1997 م.
392. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ 2001/01/23 منشور بالمجلة القضائية العدد 02/2001.
393. ملف رقم 239135 قرار بتاريخ 2001/03/27 م المجلة القضائية قسم الوثائق للمحكمة العليا العدد2، 2001م.
394. قرار مجمع الفقهي الإسلامي رقم39(1/5) بشأن تنظيم النسل مجلة ع4، ج1 ،28 شوال 1433 الموافق لـ2012/09/15م.
395. مجلة متعلقة بحماية الطفل قانون رقم 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 –قانون تونسي–الفصل22.

7/ النصوص القانونية:

396. دستور 1976م.
397. دستور 2016م.
398. دستور 63.
399. دستور 76.
400. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مرسوم رئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 1996/12/7(جريدة رسمية /8/76 ديسمبر 1996).
401. 341 قانون العقوبات الجزائري.
402. 203 قانون الأسرة.

403. قانون الحالة المدنية أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 موافق لفبراير سنة 1970،باب الثالث القواعد الخاصة بمختلف العقود،الفصل الأول،عقود الميلاد، بيرتي.
404. القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسات القضائية وآخر تعديلاته في 13 ماي مدعم بالاجتهاد القضائي 2007 طبعة بيرتي،2013-2014.
405. القانون المدني في ضوء الممارسات القضائية وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007، طبعة بيرتي ،ط1، الجزائر ، 2013 م2014م.
406. القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية(النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي) 2014،2013،بيرتي الجزائر،صدر طبقا للأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395م الموافق لـ1975/09/26 م متضمن قانون مدني المعدل والمتمم ،الجريدة الرسمية رقم78 بتاريخ 1975/09/30.
407. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة،رابطة العالم الإسلامي المجمع الفقهي الإسلامي،الدورات من 1إلى 17 القرارات من 1إلى 102 سنة 1398-1434هـ 1977-2004م.
408. المرسوم التنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427هـ الموافق ل11مايو 2006م يحدد كيفية وشروط تطبيق أحكام هذه المادة(ج ر 31 مؤرخة في 14 ماي 2006م).
409. مرسوم رقم 92-276 صادر في جويلية 1992م الجريدة الرسمية العدد52 في 1992/7/8 متضمن أخلاقيات الطب.

8/ مواقع الالكترونية:

410. موقع الكتروني ،إبراهيم محمد صديق،مقاصد الشريعة بين الفكر الأصولي والفكر الحداثي،شبكة الألوكة، www.alukah.net
411. موقع الكتروني ،أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الكرخي،البغدادي،الحنفي،الفقيه الإمام الزاهد مفتي العراق وشيخ الحنفية ، ويكيبيديا الموسوعة الحرة-أبو الحسن-الكرخي/ar.wikipedia.org/wiki/; http يوم 2017/05/14م على الساعة 18:36 سا.

412. موقع الكتروني ، أبو حامد الغزالي،جواهر القرآن دون طبعة،دون دار نشر،الموقع to www.al.mostafa.com: pdf يوم 2017/01/22 على الساعة 12:52 سا.
413. الأمر 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة والذي يتضمن 4 أبواب وأحكام عامة:-أحكام عامة مادة 1 إلى المادة 3 مكرر.
414. أمر 64/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن مؤسسات ومصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة .
415. الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال عام1390 هـ الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970 متضمن قانون الجنسية المعدل والمتمم بالأمر 05-01 مؤرخ في 27 فبراير 2005م.
416. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975م يتضمن القانون المدني ومتمم بالقانون 80-07 المؤرخ في 9 غشت 1980 المتعلق بالتأمينات .
417. الجزيرة. http ;//www.al.jazirah.com/2013/2013.08.13/ar.3.htm يوم 15 ماي 2017م على الساعة 11:52.
418. موقع الكتروني ،عفاف بنت يحي آل جريد،مصادر التشريع الإسلامي،-www.al islam.com يوم 2017/05/10 على الساعة 20:20 سا .
419. موقع الكتروني ، الفحص الطب قبل الزواج من منظور الفقه-http ;//www.e cfr.org/1 يوم 2017/08/14 على الساعة 10:30.
420. قانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016م جريدة رسمية رقم 14 في 7 مارس 2016م.
421. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 طبعة بيرتي،2014.
422. قانون الطفولة والمراهقة أمر 72-03 مؤرخ في 1972/02/10 الجريدة الرسمية رقم 15 بتاريخ 1972/02/22م .
423. قانون العقوبات الجزائري حسب آخر تعديل قانون رقم 02-16 المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016،صادر بموجب الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالأمر السابق.

424. قانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل سنة 2002 جريدة رسمية رقم25 في 14 أفريل 2002م.
425. القانون رقم 03-01 المؤرخ في 29 يناير 1983،القانون 24-21 مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 متضمن قانون مالية لسنة 1985.
426. قانون رقم 05.المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005م.
427. قانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 موافق ل 6 فبراير سنة 2005 متضمن قانون تنظيم السوق وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين .
428. قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري المادة 336 منه .
429. قانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 جريدة رسمية رقم 63 في 16 نوفمبر 2008م.
430. القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 جويلية 2015 المتعلق بحماية الطفل ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 39 بتاريخ 19 جويلية 2015 ، المادة 2 فقرة 01.
431. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984م يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.
432. القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 متضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.
433. القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988،القانون رقم 84-01 مؤخ في 7 فبراير 1989،القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007م.
434. القانون رقم05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الذي ألغى القانون (76-79) الجريدة الرسمية 08 الصادرة بتاريخ 17 فيفري1985م.
435. مرسوم التنفيذي رقم 80-281 مؤرخ في 6 رمضان عام 1429 موافق ل 6 سبتمبر 2008 يتم قائمة الملحقة بالمرسوم رقم 80-83 مؤرخ في 28 ربيع الثاني عام 1400 موافق ل 15 مارس 1980 متضمن أحداث دور الاطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها.
436. الموسوعة الحرة: يوسف حامد العالم/alencyclopedia.com/5915.يوم 2017/01/13 على الساعة 11:22 سا.

437. وفاء مرزوق،حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية،منشورات .....الحقوقية ، بيروت لبنان،ط1.
438. موقع الكتروني ، ويكيبيديا الموسوعة الحرة يوم 2017/01/12 على الساعة 20:52 موقع :.ar.wikipedia.org: //http (أحمد ريسوني 'رجل دين').

الفهرس

فهرس المحتويات

إهداء

شكر

مقدمة .....أ

الباب الأول: التشريع الإسلامي (الفقه الإسلامي) تأسيس لرؤية مقاصدية لحقوق الطفل في ظل القانون الوضعي (التشريع الجزائري).

تقديم.....12

الفصل الأول: مفهوم مقاصد الشريعة الإسلامية بين الأهمية والغاية

تمهيد.....15

المبحث الأول : تعريف المقاصد الشرعية وأهميتها.....16

المطلب الأول : تعريف المقاصد.....16

الفرع الأول : الدلالة اللغوية.....16

الفرع الثاني : الدلالة الاصطلاحية.....21

المطلب الثاني : أهمية المقاصد الشرعية.....33

المبحث الثاني : غاية مقاصد الشريعة الإسلامية ومراتبها 38

المطلب الأول : غاية مقاصد الشريعة الإسلامية.....38

الفرع الأول : جلب المصلحة.....42

الفرع الثاني : درئ المفسدة.....50

الفرع الثالث : ميزان المصالح والمفاسد عند التعارض.....51

المطلب الثاني : مراتب مقاصد الشرعية الإسلامية.....52

الفرع الأول : الضروريات ومفهومها.....53

الفرع الثاني : أقسام الضروريات 54

خلاصة.....71

الفصل الثاني: مفهوم الحق والشخصية القانونية للطفل وتطورها التاريخي

تمهيد.....74

المبحث الأول : مفهوم الحق 76

المطلب الأول : تعريف الحق وأشخاصه 76

الفرع الأول : تعريف الحق.....76

الفرع الثاني : أشخاص الحق والشخصية القانونية للطفل.....85

المطلب الثاني : إثبات حقوق الطفل.....88

الفرع الأول : تعريف الثبات.....88

الفرع الثاني : طرق الثبات 89

المبحث الثاني : مفهوم الطفل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.....98

المطلب الأول : التعريف بالطفل.....98

الفرع الأول : مفهوم الطفل.....98

الفرع الثاني : المراحل العمرية للطفولة في الإسلام.....107

الفرع الثالث: المراحل العمرية للطفل في التشريع الجزائري.....110

المطلب الثاني : التطور التاريخي لحقوق الطفل.....112

الفرع الأول : تطور حقوق الطفل في بعض الحضارات القديمة.....113

الفرع الثاني : حقوق الطفل في العصور الوسطى.....115

الفرع الثالث: حقوق الطفل في المجتمع الدولي المعاصر.....117

خلاصة.....120

الفصل الثالث: العلاقة بين التشريع الإسلامي (الفقه الإسلامي ، الشريعة الإسلامية) والتشريع الوضعي (القانون)

تمهيد.....122

المبحث الأول : مفهوم القانون الوضعي والفقه الإسلامي.....123

المطلب الأول : مفهوم القانون الوضعي.....123
الفرع الأول : تعريف القانون.....123
الفرع الثاني : مصادر القاعدة القانونية 130
المطلب الثاني : مفهوم الفقه الإسلامي.....144
الفرع الأول : تعريف الفقه الإسلامي.....144
الفرع الثاني : خصائص الفقه الإسلامي وأدلته.....148
المبحث الثاني : أوجه الفقه والاختلاف بين التشريع الإسلامي (مقاصد شرعية إسلامية، الفقه الإسلامي) وآراءه المشرع في القانون الوضعي.....171
المطلب الأول : بعض التفريقات المفاهمية 171
الفرع الأول: الفقه وبعض المصطلحات القانونية 171
الفرع الثاني : المقاصد في التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.....173
المطلب الثاني : أوجه الوفق والاختلاف بين التشريع الإسلامي (الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وإرادة المشرع في القانون الوضعي) 178
الفرع الأول : أوجه الاختلاف.....178
الفرع الثاني : أوجه الوفق.....183
خلاصة.....185
خاتمة الباب.....186

الباب الثاني: تطبيقات المقاصد الشرعية الضرورية لحماية حقوق الطفل وأثرها في التشريع الجزائري

تقديم.....188

الفصل الأول: المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة بجوهر الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري.

تمهيد.....193
المبحث الأول : مقصد حفظ الدين وحفظ العقل وأثرهما على حقوق الطفل من حيث الوجود.....195
المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذين المقصدين في التشريع الإسلامي.....195
الفرع الأول : حق الطفل في التربية على الفطرة الإسلامية والعبادات والآداب والأخلاق الفاضلة.....195
الفرع الثاني : حق الطفل في الصلاح والعدل والمساواة بينه وبين إخوته.....205
المطلب الثاني : تحليات هذه الحقوق في التشريع الجزائري.....210
الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري في ق الأسرة والدستور الجزائري.....210
الفرع الثاني : في قانون العقوبات الجزائري.....215
المبحث الثاني : مقصد حفظ الدين وحفظ العقل وأثرهما على حقوق الطفل من حيث العدم.....221
المطلب الأول : حماية الطفل استنادا لهتين المقصدين وفق التشريع الإسلامي.....221
الفرع الأول: استنادا للعوامل الداخلية متعلقة بالأسرة.....221
الفرع الثاني : استنادا للعوامل الخارجية 239
المطلب الثاني : تجليات هذه الحقوق في التشريع الجزائري 239

الفرع الأول : من خلال قانون حماية الطفل 15-12 المتعلق بحماية الطفل.....239
الفرع الثاني : في قانون الأسرة الجزائري 05-02.....283
الفرع الثالث : في قانون العقوبات.....248
خلاصة.....252

الفصل الثاني: المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة باستمرارية الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري

تمهيد.....254
المبحث الأول : مقصد حفظ النسل والنسب وأثرها على حقوق الطفل في تثبيت الوجود.255
المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذين المقصدين في التشريع الإسلامي.....255
الفرع الأول : وجوب الزواج الشرعي.....255
الفرع الثاني : حماية نسب الطفل من خلال المستجدات الفقهية المعاصرة 264
الفرع الثالث : وجوب الزواج الشرعي لحماية نسب الطفل بعد ميلاده.....279
المطلب الثاني : تجليات حماية هذه الحقوق في التشريع الجزائري 284
الفرع الأول : في قانون الأسرة الجزائري.....284
الفرع الثاني : في قانون الجنسية.....290
المبحث الثاني : مقصد حفظ النسل والنسب وأثرها على حقوق الطفل من حيث العدم....292
المطلب الأول : تحريم ونبذ بعض الأفعال الماسة بحقوق الطفل.....292
الفرع الأول : من خلال بعض المستجدات الفقهية.....292
الفرع الثاني : من خلال تحريم بعض الأفعال: 300
المطلب الثاني : تجليات تحريم هذه الأفعال الماسة بحقوق الطفل في التشريع الجزائري.....307
الفرع الأول : في قانون العقوبات 307
الفرع الثاني : في قانون الأسرة نص المشرع الجزائري على منع التبني.....308

خلاصة.....312

الفصل الثالث : المقاصد الشرعية الضرورية المتعلقة بالمحافظة على استمرارية الإنسان وتجلياتها في التشريع الجزائري

تمهيد.....314
المبحث الأول : مقصد حفظ النفس وأثره على حقوق الطفل.....315
المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذا المقصد من حيث الوجود.....315
الفرع الأول : وفق الشريعة الإسلامية.....315
الفرع الثاني : تجليات هذه الحقوق في التشريع الجزائري.....327
المطلب الثاني : حماية الحقوق استنادا لهذا المقصد من حيث العدم.....332
الفرع الأول : حماية هذه الحقوق من الاعتداء عليها.....332
الفرع الثاني : تجليات هذه الحماية في التشريع الجزائري.....352
المبحث الثاني : مقصد حفظ المال وأثره على حماية حقوق الطفل.....356
المطلب الأول : حقوق الطفل استنادا لهذا من بين الوجود.....357
الفرع الأول : حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية وحق الطفل في الميراث.....357
الفرع الثاني : حق الطفل في الوصية.....359
المطلب الثاني: حقوق الطفل استنادا لهذا المقصد من حيث العدم 365
الفرع الأول: حماية القاصر للأموال بنفسه ومنع الاعتداء عليها.....365
الفرع الثاني : حماية القاصر لأمواله بواسطة الغير ومن الاعتداء عليها.....368
المطلب الثاني: تجليات هذا المقصد في التشريع الجزائري والحماية المكرسة من خلال قانون الأسرة 05-02.. 374
خلاصة.....384
خاتمة الباب 385

الخاتمة 387
قائمة المصادر والمراجع..... 393
فهرس المحتويات