مشكلات الولاية على الصغير في ضوء المقاصد المتعلقة بحفظ النسل

- إسناد الحضانة أنموذجا –

راضية قصباية دكتوراه في الشريعة الإسلامية
radhia.guesbaya@univ-batna.dz

عبد الرحمان رداد أستاذ محاضر-أ-
abderrahmane.redad@univ-batna.dz

كلية العلوم الإسلامية
جامعة باتنة 1 الحاج لخضر

تاريخ الإيداع	تاريخ القبول	تاريخ النشر
28 ماي 2019	03 جوان 2019	24 جوان 2019

الملخص:

تبرز أهمية هذا المقال في بيان مدى اعتبار مصلحة الصغير في الولاية على النفس في الفقه الشرعي والقانوني، ومدى تفعيلها على أرض الواقع من خلال المستجدات التي تتزايد بين الفينة والأخرى، وبيان المعايير والضوابط المعتمدة من طرف القاضي في تقدير هذه المصلحة، ومدى احتياج فقهاء الشرع والقانون إلى استحضار المقاصد المتعلقة بحفظ النسل وتفعيلها في معالجة هذه القضايا والمستجدات المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: مقاصد النسل، الولاية على الصغير، الفقه، القانون، مستجدات الحضانة.

The problems of the state over the minor in light Of the purposes related to the protection of the birth

- Assignment of nursery Case Study –

Abstract:

The importance of this article highlights the extent to which the interests of the young person in the state are considered to be self-sufficiency in the legal and legal jurisprudence, and the extent to which they are activated on the ground by the ever-increasing developments, and the standards and controls adopted by the judge in assessing this interest. To recall the purposes related to birth control and activate them in addressing these issues and contemporary developments.

Key words:

Principles of Birth, State on the small, Jurisprudence, Law, Nursery Updates.

مقدمة:

كرّم الله الإنسان غاية التكريم، ورفع منزلته ومكانته، وجعل له وحده استخلاف هذه الأرض، وحتى يكون استخلافه استخلافا كاملا هادفا إلى تحقيق العبودية بمعناها الشرعي الصحيح، محققا الإرادة التشريعية على أكمل وجه، جعل له الولاية الشرعية على نفسه أولا وعلى بني جنسه ثانيا، بغية تحقيق عدالته في الأرض، وبما أن الشريعة الإسلامية تتسم بالشمول فقد عمدت إلى بيان الأحكام التي يحتاجها الإنسان منذ ولادته وإلى غاية وفاته، ومعلوم أن أول هذه الأحكام التي يتشوف الشارع من خلالها إلى تحقيق مبدأ الخلافة في الأرض هي: "تحقيق النسل" إيجادًا وإبقاءً، كما نصت على أحكام كثيرة تتعلق بحفظه في شتى الظروف والأحوال المحيطة به؛ سواء أكان ذلك عند قيام العلاقة الزوجية ودوامها، أو كان ذلك إبان انتهاء العلاقة الزوجية وزوالها؛ ومما نص عليه في هذا المقام أحكام الولاية على الصغير، وما ترتب عليها من ضرورة تحقيق المصلحة للصغير ودفع المفسدة عنه، وبديهي أن الإسلام سابق في ترسيخ وتقرير أحكام

الولاية على الصغير على كل النظم والقوانين الوضعية، مما يستلزم الاعتماد عليه في استنباط الأحكام، وسن القوانين، والرجوع إليه في كل شاردة وواردة .

ومن هذا المنطلق تم اختيار موضوع هذا المقال الموسوم بـ: "مشكلات الولاية على الصغير في ضوء المقاصد المتعلقة بحفظ النسل –إسناد الحضانة أنموذجا–"، وذلك لدراسة بعض المستجدات المتعلقة بها، وبيان أثر رعاية مقصد حفظ النسل في معالجتها، مع مراعاة مدى إعمال فقهاء الشرع والقانون على حد سواء لضوابط المصلحة عند الحكم على هذه المستجدات.

من هنا تتجلى معالم إشكالية هذا المقال والمتمثلة في الآتي: "ما المقاصد المتعلقة بحفظ النسل؟ وما مدى حاجة الفقهاء والقانونيين إلى إعمالها في أحكام الولاية على الصغير جلبا للمصلحة اليقينية ودرءً للمفسدة عنه؟ وهل لهذه المقاصد أثر في معالجة المستجدات المتعلقة بالولاية على النفس؟" .

وللإجابة على هذه الإشكالية تم طرح الأسئلة الفرعية الآتية:

– ما المراد بمقاصد حفظ النسل؟ وما هي وسائله؟

– ما المقصود بأحكام الولاية على النفس؟ وما هي مراحلها؟

– ما مدى توفيق الفقهاء والقانونيين في رعاية مصلحة الصغير ودفع المفسدة عنه؟ وما هي الضوابط الواجب توفرها لتكون المصلحة حقيقية جارية على مقتضى النظر الشرعي الصحيح؟

– ما الآثار المترتبة على إعمال المقاصد المتعلقة بحفظ النسل في معالجة القضايا المستجدة؟

ولمعالجة هذا الموضوع تم تقسيم البحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم مقصد حفظ النسل ووسائله

المطلب الثاني: مفهوم الولاية وأنواعها

المطلب الثالث: أطوار الولاية على النفس بين الشريعة والقانون

المطلب الرابع: ضوابط المصلحة المتعلقة بالولاية على النفس بين الشريعة والقانون

المطلب الخامس: نموذج تطبيقي لإعمال المصلحة في الولاية على الصغير (الحضانة أنموذجا)

المطلب الأول: مفهوم مقصد حفظ النسل ووسائله

إن المقصد الأصلي من تشريع أحكام الأسرة هو "حفظ النسل" إيجادًا وإبقاءً والمراد به: "استمرار التناسل بين البشر عبر الزمن تحقيقا لخلافة الله تعالى، وعبادته، وعمارة أرضه" -ومعلوم أن-استمرارية هذا النوع لا تتم إلا بالتزاوج الأسري، ومن ثمة شرعت الأحكام المتعلقة بالأسرة قاصدة إلى حفظ النوع الإنساني بما يتلاءم مع الهدف من وجوده [1].

وخدمة لهذا المقصد اقتضت حكمة الله تعالى أن يكون التناسل بين البشر مغايرا في الوسيلة والهدف لما عليه الحيوان، واختار لحفظ النوع البشري التناسل عن طريق الزواج الشرعي، كما أن الحكمة من الزواج الشرعي بقاء النوع الإنساني على أكمل وجوه البقاء، لأن موجب الزواج الشرعي الاختصاص، وإلا كان الشيوع والاشتراك الذي يؤدي إلى التقاتل وفناء النوع الإنساني، وهذا غير مقصود شرعا، لأن النسل الذي يوجد عن طريق الزنا لا يؤدي الرسالة المقصودة من إصلاحٍ وإعمارٍ، وإنما النسل الذي يأتي عن طريق النكاح الشرعي هو النسل الصالح المصلح، على أن تكثير النسل غير مقصود لذاته، ولكن المقصود —مع تكثيره- صلاحه واستقامته، وتربيته، وتنشئته، وهذا لا يتأتى مع الوطء غير المشروع[2] .

وفي سبيل الوصول إلى هذا المقصد الأصلي شرعت من الضروريات ومكملاتها ما يضمن الحفاظ على هذا المقصد من جانبي الوجود والعدم، وهو ما يمكن أن نوجزه في الفروع الآتية:

---

[1]-النجار عبد المجيد، (**مقاصد الشريعة في أحكام الأسرة**، مقال مقدم للمجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء، والبحوث العدد السابع(1426هـ-2005)، دبلن، إيرلندا، ص:76 .

[2]-ينظر: خلاف عبد الوهاب، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط2، دار القلم، الكويت،(1410هـ-1990م)، ص ص:15-16، وينظر: زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، (1413هـ-1993م)، 6/12-13، وينظر: الشروف إبراهيم أحمد محمد، (**الصحة الوقائية للأسرة في ضوء المقاصد الشرعية**)، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م)، ص:13 .

الفرع الأول: حفظ النسل من جانب الوجود

لقد رغب القرآن الكريم في الزواج كسبيل وحيد لبناء العائلة، وحث عليه في أكثر من آية، قال تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمۡ مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، وكذلك السنة النبوية رغبت فيه ، لأن المصلحة الأصلية من الترغيب فيه هي المحافظة على النسل إيجادا وإبقاءً .

كما أوجب الشرع الحنيف حضانة الطفل من قبل والديه كوجوب إرضاعه والإنفاق عليه... وقد ثبتت مشروعية الحضانة بالكتاب والسنة وغيرها من الأدلة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ فَقَالَتۡ هَلۡ أَدُلُّكُمۡ عَلَىٰٓ أَهۡلِ بَيۡتٖ يَكۡفُلُونَهُۥ لَكُمۡ ﴾ [القصص: ١٢]، وقوله تعالى في شأن مريم:﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٖ وَأَنۢبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنٗا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، أي رباها سبحانه تربية كاملة، ونشّأها تنشئة صالحة عندما عهد بأمر كفالتها إلى زكريا[1].

فهذه الأدلة كافية لبيان وجه تشريع الحضانة وهو حفظ كلية النسل من جهة الوجود، لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يحميه ويحفظه ويربيه حتى ينشأ صالحا مصلحا، لأن صلاحه يحقق صلاح المجتمع.

وإذا كانت الحضانة من أهم المسؤوليات التي تلقى على عاتق الآباء تجاه الأبناء فإن الشارع الحكيم قد أثبت لهم ولاية أخرى إضافة إلى ذلك وهي الولاية على النفس[2]؛ لأن حاجة الطفل الصغير لا تكتمل بالرعاية والغذاء فحسب، بل يحتاج إضافة إلى ذلك إلى من يحميه في هذه الحياة، ويحفظ له حقوقه ويرعاه، ويقوم بتأديبه وتعليمه وتطبيبه... وذلك بسبب عدم نضجه البدني والعقلي.

---

[1]- ينظر: الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، ت: محمود محمد شاكر، (د،ط،ت)، مكتبة بن تيمية، القاهرة، 344/6، وينظر: ابن عاشور محمد الطاهر، **تفسير التحرير والتنوير**، (د،ط)، الدار التونسية للنشر، تونس، (1984م)، 235/3 .

[2]- ينظر: أبو زهرة محمد، **الولاية على النفس**، (د،ب)، (د،ط،ت)، دار الفكر العربي، ص:17 .

الفرع الثاني: حفظ النسل من جانب العدم

جاءت النصوص الشرعية دالة على ضرورة حفظ النسل من جانب العدم، وذلك من خلال منع كل ما يقطعه كلية، أو يقلله، أو يضعفه أو يعدمه بعد وجوده، ووضحت هذه الموانع من عدة جوانب وفصلت فيها.

فقد نهى الإسلام عن التبتل؛ وهو التفرغ للعبادة والانقطاع عن النكاح، فعن سعد بن أبي وقاصﷺ قال: « رد رسول اللهﷺ على عثمان بن مظْعُون التبتل، ولو أذن له لاختصينا »[1]، والحكمة في منعهم من ترك النكاح والاختصاء هو إرادة تكثير النسل ليستمر جهاد الكفار، لأنه المقصود من البعثة المحمدية .

كما حرمت الشريعة الزنا لما فيه من مفاسد وأضرار أعظمها إضاعة النسب، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [الإسراء: ٣٢]، قال سيد قطب: "إن في الزنا قتل من نواحي شتى، إنه قتل ابتداء لأنه إراقة لمادة الحياة في غير موضعها، يتبعه غالبا الرغبة في التخلص من آثاره بقتل الجنين قبل أن يتخلق أو بعد أن يتخلق، قبل مولده أو بعد مولده...وهو قتل في صورة أخرى؛ قتل للجماعة التي يفشو فيها فتضيع الأنساب، وتختلط الدماء، وتذهب الثقة في العرض والولد، وتتحلل الجماعة وتنفك روابطها، وتنتهي إلى ما يشبه الموت بين الجماعات"[2].

ومن الوسائل التي حافظ بها الإسلام على النسل من جانب العدم تحريم الإجهاض والتعدي على الجنين، حفظا لحقه في الحياة، وحق أمته في الاستفادة منه، حيث حرم الإسلام الإجهاض والأدوية القاتلة للخصوبة ونحوها، لما لها من آثار وخيمة على أفراد المجتمع، كما حرّم وجرّم القذف، وحرّم التبني...إلى غير ذلك.

---

[1]-أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب ما يكره من التبتل والخصاء، [5073]، ص:1294 .

[2]-سيد قطب، **في ظلال القرآن**، ط32، دار الشروق، القاهرة، (1423هـ-2003م)، ص:24-25 .

الفرع الثالث: مكملات الوسائل الضرورية

إن الاسلام لم يكتف بوضع تشريعات ضرورية تساعد على حفظ النسل من جانبي الوجود والعدم، وهي من أسمى المقاصد التي يرنو من خلالها إلى إحاطة هذه الكلية بسياج منيع يحفظها من الزوال والاندثار، ويساعدها على البقاء والاستمرار؛ بل أضاف إلى ذلك كله أمورًا كمالية تساعد على حفظ هذه الضروريات، ويكفينا في هذا المقام ذكر مثال يوضح لنا ذلك، والمتمثل في؛ "**مراعاة الشروط الكمالية للزواج**"؛ وهذه الشروط وإن كان العقد لا يقتضيها، إلا أنها تكمل الشروط الأساسية، وتُبْقِي عليها، أو بعبارة أخرى هي شروط موافقة لمقصود عقد النكاح، وتعمل على دوامه واستمراره، ومثال ذلك مما هو "**مكمل للضروري من جانب الوجود**" اشتراط الزوجة العشرة بالمعروف، والإنفاق والكسوة والسكنى، وأن يعدل بينها وبين ضرائرها؛ واشتراط الزوج ألا تتصرف بماله إلا برضاه ونحو ذلك[1]، أما **مكمل الضروري من جانب العدم** فقد مثّل له الشاطبي بالمنع من النظر إلى الأجنبية، لأنه مكمل للضروري من حفظ النسل بالمنع من الزنا، وقد أكّد الشاطبي على شرط ضروري لاعتبار هذه المكمّلات، هو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال[2]. وهناك مصالح أخرى حاجية وتحسينية تتعلق بحفظ النسل يمكن أن نوجز بعض وسائلها في الجدول التالي:

---

[1]- ينظر: الأشقر عمر سليمان، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط1 ، دار النفائس، الأردن، (1418هـ-1997م)، ص:180 .

[2]-ينظر: الشاطبي؛ أبو إسحاق ، **الموافقات** ، ت: محمد مرابي، ط1، مؤسسة الرسالة، سوريا ، (1434هـ-2013م)، 341/2،-342 .

نوع المصلحة	وسائل حفظ النسل		
رتبة المصلحة	جهة الوجود	جهة العدم	مكملات
الضروري	تشريع الزواج تشريع الحضانة و الولاية ايجاب الضروري النفقة	تحريم الزنا والقذف النهي عن التبتل تحريم الاجهاض والوأد، تحريم التبني	الشروط الكمالية في الزواج النهي عن مقدمات الزنا
الحاجي	تشريع الخطبة تشريع الطلاق والفرقة تشريع الكفاية من النفقة	توثيق عقد الزواج واشهاره اعتبار شبهة النكاح في اثبات النسب طلب الكفاءة في الدين	مراعاة آداب الخطبة عدم المغالاة في المهور مراعاة مهل المثل
التحسيني	تشريع النظر للمخطوبة تشريع التعدد اباحة حد التنعم من النفقة	النهي عن المفاضلة بين الأبناء طلب الكفاءة في الأوصاف الزائدة عن الدين	مراعاة آداب النظر للمخطوبة

المطلب الثاني: مفهوم الولاية وأنواعها

الفرع الأول: مفهوم الولاية في الاصطلاح الفقهي والقانوني

أولاً: تعريف الولاية في الاصطلاح الفقهي

1-تعريف الولاية لغة: الولاية بالكسر؛ السلطان، والوَلاية والوِلاية؛ النُّصرة، والوَليُّ هو الناصر، والولاية تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل، جاء في لسان العرب "الوليُّ: ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها"[1]، فالولاية هي القيام على شؤون الغير وتدبير أمره بما فيه الصلاح والخير.

[1]- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، (د،ط،ت)، دار صادر، بيروت، 407/15، وينظر: ابن فارس، أبي الحسن أحمد، **معجم مقاييس اللغة**، ت: عبد السلام محمد هارون،(د،ط)، دار الفكر، (د،ب)، (1399هـ-1979م)، 141/6 .

2- تعريف الولاية اصطلاحا: تعرف الولاية في الاصطلاح الفقهي بأنها " سلطة شرعية تخول صاحبها القدرة على إنشاء التصرفات وتنفيذها"[1]، أو هي: "قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله، وعلى نفس الغير وماله"[2]. ومن خلال هذا التعريف الشرعي للولاية نستنتج أنها تنقسم إلى قسمين؛ ما يتعلق بنفس الشخص أو ماله، وما يتعلق بنفس الغير أو ماله، وسيأتي قريبا بيان هذه الأقسام.

ثانياً: تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة من خلال المواد: [81-87] إلى غاية المادة [91] منه؛ وبقراءة المادة [81] ق.أ.ج يتبين أن الولاية بسلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، حيث جاء نصها كالآتي:" من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"[3]، وجاء في المادة [87] كيفية انتقال ولاية الأولاد القصر من الأب إلى الأم بالنص الآتي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب وحصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[4].

---

[1]- الزحيلي محمد، **النظريات الفقهية**، دار القلم، دمشق، (1414هـ-1993م)، ص:158 .

[2]- زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، (1413هـ-1993م)، ص:339 .

[3]- المادة 81 من **قانون الأسرة الجزائري**، رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م .

[4]- المادة 87 من **قانون الأسرة الجزائري** .

الفرع الثاني: أنواع الولاية

أولا: الولاية الذاتية والمتعدية؛ تنقسم الولاية إلى ولاية عامة وولاية خاصة وما يعنينا هنا بطبيعة الموضوع هي الولاية الخاصة حيث لا تخرج الولاية الخاصة في الفقه الإسلامي عن نوعين: ولاية قاصرة (ذاتية) وولاية متعدية (على الغير)، وتنقسم الولاية المتعدية إلى ولاية على النفس فقط، وولاية على المال فقط، وولاية على النفس والمال معا.

1- الولاية الذاتية (القاصرة) معناها: "قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه"[1]، أي هي: "الولاية التي تكون على ذات الإنسان وماله معا، أو على ماله فقط، أو على نفسه فقط، وتسمى هذه الولاية بالولاية غير المتعدية لأنها تقتصر على ذات الإنسان فقط ولا تتعدى إلى الغير، ولهذا سميت قاصرة أو غير متعدية أو ولاية ذاتية[2].

2- الولاية على الغير (المتعدية) معناها: "قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ لغيره"[3]، أي هي: " الولاية على غير نفس الإنسان وماله، وهي أيضا قاصرة وكاملة، فالقاصرة هي التي تكون على النفس فقط أو المال فقط، وأما الكاملة فهي التي تكون على الاثنين معا؛ النفس والمال[4].

ثانيا: الولاية العامة والخاصة؛ وتنقسم الولاية أيضا إلى ولاية عامة تشمل عدد غير معين من عموم الأفراد وولاية خاصة تتعلق بفرد معين، وتنقسم الولاية الخاصة بدورها إلى ثلاثة أقسام:

أ- الولاية على المال فقط: وهي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات كالبيع والإجارة والرهن وغيرها.

---

[1]- زيدان، **المفصل في أحكام المرأة**، المرجع السابق، 339/6 .

[2]- واصل نصر فريد، **الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار الشروق، القاهرة، (1422هـ-2002م)، ص:10.

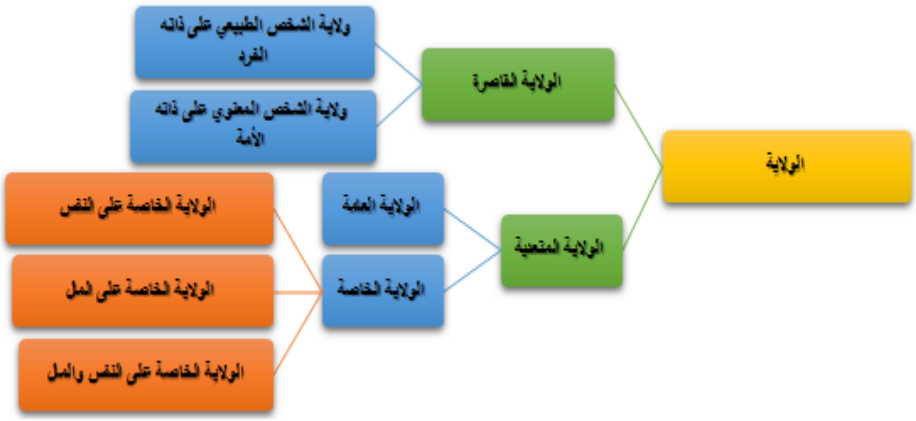
[3]- زيدان ، **المفصل في أحكام المرأة**، ، 339/6 .

[4]- واصل نصر فريد، **الولايات الخاصة**، المرجع السابق، ص:10-11 .

ب–الولاية على النفس فقط: وهي الإشراف على الشؤون المتعلقة بالشخص القاصر أو المجنون، أو من في حكمهما كالحضانة والتربية والتعليم والتطبيب والتزويج[1]، قال الإمام أبو زهرة في معرض حديثة عن الولاية أن الإنسان تثبت عليه منذ ولادته ثلاث ولايات: فالأولى؛ هي ولاية التربية الأولى المتمثلة في الحضانة الخاصة بالأم، والثانية؛ هي الولاية على النفس وهذه تثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى البلوغ، كما تثبت على المجنون والمعتوه، والبكر من النساء والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها، والثالثة هي الولاية على المال[2].

ج–الولاية على المال والنفس معا. وفيها يعهد للولي الإشراف على مال المولى ونفسه.

مخطط أنواع الولاية في الفقه الإسلامي



وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه لم يتطرق إلى أنواع الولاية السالفة الذكر، لكن تحدث عنها بصفة عامة في المادة 87 ق.أ.ج والتي تتعلق بالولاية على الفرع الأولاد القصر، وفي المادة 88 ق.أ.ج والتي تتعلق بالولاية على أموال القصر، ومن خلال ذلك نستنتج أن الولاية في نظر المشرع الجزائري والفقه القانوني، تنقسم إلى قسمين: ولاية على النفس وهي الولاية الخاصة بشخص القاصر، وولاية على المال وهي الولاية الخاصة بكل ما له علاقة بمال القاصر.

---

[1]– ينظر: الزحيلي، محمد، **النظريات الفقهية**، المرجع السابق، ص:160 .

[2]– ينظر: أبو زهرة محمد، **الولاية على النفس**، (د،ط،ت)، دار الفكر العربي، (د،ب)، ص:6، وينظر: أبو زهرة محمد، **الأحوال الشخصية**، ط3، دار الفكر العربي، (د،ب)، (1377هـ–1957م)، ص:458 .

المطلب الثالث: الولاية على النفس وأطوارها

شرعت الولاية على النفس لحفظ نفس الغير الذي لا يقدر على حفظ نفسه؛ إما لضعفه وعجزه كالجنين في بطن أمه والطفل الصغير، أو لزوال عقله وعدم إدراكه كالمجنون أو المعتوه، وذلك أن المشرع الحكيم جعل ذات الإنسان ونوعه محفوظا ومصونا في شتى الأحوال لتحقيق أصل الخلافة في الأرض. ومن المعلوم أن المراحل الأساسية التي يمر بها الطفل الصغير منذ نشأته إلى بلوغه، تنقسم إلى ثلاثة أطوار: **الولاية على الجنين، الولاية على الصغير غير المميز، الولاية على الصغير المميز**، وهذه الولايات الثلاث لها صلة مباشرة بأهلية الأداء بالنسبة للولي، وأهلية الوجوب الكاملة أو الناقصة بالنسبة للمولى عليه.

الفرع الأول: الولاية على نفس الجنين

أولاً: الولاية على نفس الجنين في الفقه الإسلامي

المراد بالولاية الخاصة على نفس الجنين هي ولاية الأبوين على وجوده وسلامته؛ وبما أن الجنين يمر في بطن أمه بعدة مراحل متمايزة بعضها عن بعض حتى تمام الولادة، فقد تكلم الفقهاء عن أثر الاعتداء عن كل مرحلة منها وحكمها الشرعي، وذلك تحت مسمى إسقاط الجنين أو الإجهاض [1].

1-المرحلة الأولى للجنين: وهي التي لم يصل فيها عمره إلى أربعين يوما وفي هذه المرحلة يتم تكوين الجنين ويتشكل شكلا غير كامل، يظهر فيها نهاية الرأس وبعض نتوءات العينين، وقد ذهب جمهور الفقهاء في مسألة إسقاط الجنين أو التعدي عليه في هذه المرحلة بدون عذر إلى

---

[1]- ينظر: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1 ، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، (1427هـ-2006م)، 315/14-316، وينظر: بن عابدين، محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، (1415هـ-1994م)، 250/10، وينظر: البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ت:محمد أمين الضناوي، ط1، عالم الكتب، لبنان، (1417هـ-1997م)، 19/5، وينظر: الشاذلي حسن علي، **الولاية على النفس دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون**، ط1، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، القاهرة، (1399هـ-1979م)، ص:59 ، وينظر: واصل ، **الولاية الخاصة**، ص:147

القول بالتحريم بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ﴾ [الأنعام: ١٥١].

2-المرحلة الثانية للجنين: وتبدأ من أربعين يوما إلى ما قبل تمام مائة وعشرين يوما، والجنين في هذه المرحلة يتم تكوين قلبه لكن لم ينفخ فيه الروح، وإسقاطه في هذه المرحلة يحرم من باب أولى وذلك قياسا على المرحلة الأولى.

3 -المرحلة الثالثة للجنين: تبدأ من بلوغ الجنين مائة وعشرين يوما وإلى ما قبل ولادته حيّا وفي هذه المرحلة ينفخ فيه الروح، وتتكامل كل أعضاء الجنين، ويصبح الحمل كامل الإنسانية جسمًا وروحًا، وفي هذه المرحلة الإجماع قائم بمقتضى النصوص الشرعية على أنه لا يجوز الاعتداء على الجنين، ولا إسقاطه بأي حال، إلا بعذر يجيز ذلك يحدده الشرع بناء على شهادة أهل الخبرة من الأطباء العدول.

ثانياً: الولاية على نفس الجنين في القانون

بعد تحديد المشرع في ق.أ.ج لفترة الحمل المنحصرة بين ستة أشهر كحد أدنى وعشرة شهور كحد أقصى في المادة [42] فصل حقوق الجنين في المواد [128-134-173-187]، وهي حقوق في التركة والوصية، ومجمل هذه الحقوق هي احتمالية، إذ تتوقف على حياة الجنين بعد الولادة، وهذا ما نصت عليه المادة [134 ق.أ.ج]؛ "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيّا، ويعتبر حيّا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"[1].

كما أن الجنين يحظى بحماية قانونية من خلال التشريع الجنائي، فإن الجزائر من الدول التي تدافع عن حق الجنين في الحياة، وتجعل الإجهاض جريمة يعاقب عليها بناء على نص المادة [304 ق.ع.ج][2]، ولم يقصر المشرع العقوبة على القائم بالإجهاض، بل سلط بموجب المادة [309 ق.ع.ج] العقوبة كذلك على المرأة التي أجهضت نفسها عمدا، أو حاولت ذلك،

[1]- المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري .

[2]- ينظر: لمادة 304 من قانون العقوبات، الأمر رقم 156.66، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات

ووافقت على الطرق التي أرشدت إليها. إلا أن الإجهاض العلاجي جائز في القانون الجزائري – حيث أخذ بوجهة نظر الشريعة في ذلك– إذا كان استمرار الحمل خطرا محققا على الأم باعتبارها عماد الأسرة، في حين أن الجنين لم يستقل بحياته بعد[1]، وهذا ما تنص عليه المادة [72] من قانون الصحة وترقيتها[2]: "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراءً ضروريًّا لإنقاذ حياة الأم من الخطر وللحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ؛ يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي"، وبناء على ذلك نجد أن القانون الجزائري أعطى للجنين بعض الحقوق المدنية، وكذا حقه في الحياة متأثرًا في ذلك بالفقه الإسلامي .

ونخلص إلى أن الولاية على الجنين مقصود بها حفظه من جانب الوجود، بحفظ حقه في الحياة، وحفظه من جانب العدم بتحريم الاعتداء عليه، لأن حفظ النسل ضرورة يتشوف من خلالها المشرع الحكيم إلى تحقيق الخلافة والعمارة في الأرض.

الفرع الثاني: الولاية على نفس الصغير غير المميز إذا كان مقصد حفظ النسل يقتضي اعتبار الولاية الشرعية على نفس الجنين ليتحقق حفظ حقه في الحياة من طرف والديه وعدم الاعتداء عليه؛ فإن مقصد حفظ النسل يقتضي أيضا اعتبار الولاية الشرعية على الصغير غير المميز.

والصغير غير المميز في الفقه الإسلامي يمتد طوره من الاستهلال إلى أن يبلغ سبع سنوات، ويمثل ذلك قولهﷺ: « **مرو صبيانكم بالصلاة لسبع واضربوهم لعشر**»[3]، ويعدّ هذا الحديث الأساس الفقهي الذي استند إليه الفقهاء في تحديد سن التمييز، بدلالة الالتزام، فإن من لا يميز لا يؤمر، وبالتالي يمثل سن السابعة نهاية طور عدم التمييز. ومن المعلوم أن فترة عدم التمييز في

---

[1]– ينظر: بن عصمان نسرين، (**مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**)، (مذكرة مقدمة لنيل الماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009)، ص:23 .

[2]– ينظر: القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير1998م يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

[3]– رواه الدار قطني، علي بن عمر أبو الحسن، **سنن الدار قطني**، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلاة والضرب عليها، [2]، ت: عبد الله هاشم يمان المدني،(د،ط)، دار المعرفة، بيروت، (1386هـ-1966م)، 230/1 .

القانون أطول منها في الفقه الإسلامي حيث تمتد إلى سن السادسة عشر. وبالتالي فإن الولاية على نفس الصغير في الفقه وفي القانون لا تتواردان على نفس الفترة، فالقانون والفقه يتفقان على أن الفترة الممتدة من الاستهلال إلى سن السابعة من العمر تمثل طور عدم التمييز، لكنهما يختلفان في الفترة الممتدة من سن السابعة إلى سن السادسة عشر حيث تمثل بالنسبة للقانون امتدادا للولاية على الصغير غير المميز. بينما تمثل بالنسبة للفقه طورا آخر وهو طور الولاية على الصغير المميز. ومن المعلوم أن الصغير غير المميز في الفقه كما في القانون تثبت له أهلية وجوب كاملة، فتثبت له الحقوق وتنفذ، ولا تثبت له أهلية الأداء فأقواله وتصرفاته كلها هدر لا يعتد بها.

والولاية على نفس الصبي غير المميز تشمل ثلاث ولايات: ولاية الرضاعة والحضانة، وولاية التربية والحفظ (التأديب والتعليم والتطبيب والرعاية)، وولاية التزويج، وولاية الأم الشرعية في هذه المرحلة تسمى ولاية حضانة، وولاية الأب تسمى ولاية رعاية، وذلك أن طبيعة ظروف الصغير تستوجب رعايته رعاية كاملة لما به من عجز وضعف، غير أن ولاية الأم – أي ولاية النساء–مقدمة في الترتيب في هذه المرحلة على ولاية الأب –أي الرجال–.

أولاً: ولاية الرضاع والحضانة في الفقه والقانون

1–ولاية الرضاع والحضانة في الفقه الإسلامي

يتولى مسؤولية الولاية على الصغير غير المميز في هذه المرحلة الأب والأم هذا فيما إذا كانت العلاقة الزوجية مستمرة، أما إذا انفصل الزوجان أو مات أحدهما، فإن الحضانة تنفصل عن الولاية على النفس فتكون للأم الحضانة أو لغيرها من النساء حسب الترتيب الشرعي، وتكون الولاية على النفس للأب أو لغيره من ذوي قرابته، وفيما يلي بيان لذلك في الفقه الشرعي والقانوني على حد سواء.

قال أبو زهرة في معرض حديثه عن حفظ الصغير في هذه المرحلة: "إن ولي الصغير لا يجوز له أن يهمله، بل عليه أن يرعاه ويحافظ على جسمه وعقله ونفسه فإن أهمل شيء من ذلك نزعت يده عنه"، ووضح أن المحافظة على جسمه تكون بعدم تعرضه للتهلكة، والمحافظة على عقله تكون بمنعه من تناول ما يضر عقله، وتكون كذلك بتعليمه، أما المحافظة على نفسه فتكون

بإبعاده عن الشر، وأن يعوّده على الأخلاق الفاضلة[1]. من خلال كلام الشيخ الجليل أبو زهرة نستنتج أن ايجاب الولاية على الصغير غير المميز من ضمن وسائل حفظ النسل من جانبي الوجود والعدم.

أ- الرضاعة: بالفتح والكسر اسم من الإرضاع، وقيل المراضعة أن يرضع الطفل أمه وفي بطنها ولد[2]، أما الشريعة فقد كفلت للطفل الحق في الرضاع بمجرد ولادته لمدة سنتين كاملتين بدليل قوله تعالى: ﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فالآية أوجبت على الأم إرضاع ولدها، وعلى الزوج أن يرعاها رعاية كاملة لتستطيع إرضاع الولد إرضاعا يفيده ويحفظ عليه صحته[3]، وسبيل ذلك المحافظة على النسل من جانب الوجود، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع قد ألغى المادة [39] لتي تنص على أنه يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة تربيتهم؛ وذلك بموجب الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، حيث لم يدرج المشرع الرضاعة ضمن نصوص هذا الأمر، غير أن هذا لا يعني سقوط هذا الواجب على الأم، وإنما يرجع المشرع في ذلك إلى أحكام الشريعة طبقا لما نصت عليه المادة [222] ق.أ.ج: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[4] .

ب-الحضانة: الحضانة في اللغة مصدر الحاضن؛ والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه[5]؛ أما شرعا هي: تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، وذلك برعاية شؤونه، وتدبير طعامه، وملبسه، ونومه في سن معينة"[6].

---

(1)- أبو زهرة محمد، **الولاية على النفس**، المرجع السابق، ص:23 .

(2)- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 126/8 .

(3)- ينظر: صقر عطية، **تربية الأولاد في الإسلام**، دط، مكتبة وهبة، القاهرة، (1422هـ-2006م)، 123/4 .

(4)- ينظر: المادة [222] من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005م .

(5)- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، 123/13 .

(6)- الزحيلي وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط2، دار الفكر، سورية، دمشق، (1405هـ-1985م)، 717/7 .

وقد رتب الفقهاء الحواضن بعضهن على بعض بحسب مصلحة المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر للقيام بها وذلك على النحو الآتي: الأم، أم الأم (الجدة)، الأخت، الخالة الشقيقة، ثم الأب، ثم بنات الأخت، ثم العمة[1]، هذا وإن كانت مسألة ترتيب الحضانة مختلف فيها بين المذاهب الفقهية، إلا أن الإجماع قائم على أن الأم تحتل المرتبة الأولى.

2 –ولاية الرضاع والحضانة في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة [62] ق.أ ج على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقًا"، أما بالنسبة لترتيب الحضانة فقد نص في المادة [64] على أن: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة الأم، ثم الجدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2]، وانطلاقا من نص المادة [64] من ق.أ.ج فإن حق الحضانة الذي يخوله الشرع للأم ابتداء أبقى عليه المشرع الجزائري، مستمدا ذلك من الفقه الإسلامي، إلا أن فيه بعض الاختلاف في مسألة تقديم الأب على الجدة، وإن كان هذا الترتيب مسألة اجتهادية لا إلزامية تطبيقا لقاعدة (مراعاة مصلحة المحضون)، ومجمله أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي، والبعد المقاصدي ههنا أساسه تحقيق مصلحة المحضون، ودرء المفسدة عنه، وهذا ما يتشوف إليه الشارع الحكيم من خلال تشريع الولاية على الصغير، واقتفى أثر هذا البعد المشرع الجزائري في ق.أ وذلك أن ضياع المحضون أو إهماله يعد جريمة يعاقب عليها ولي الأمر شرعا وقانونا.

ثانياً: ولاية التربية والتأديب في الفقه والقانون؛ يندرج في هذا العنصر ولاية التربية والتعليم وولاية التأديب وولاية التطبيب، وفيما يلي بيان لذلك بإيجاز:

---

[1]– ينظر: البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، المرجع السابق، 432/4، وينظر: الزحيلي وهبة، **الفقه الإسلامي**، 720/7–722، وينظر: بن حرز الله عبد القادر، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، (1428هـ–2007م)، ص:357 .

[2]– ينظر المادة [62]، المادة [64] من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فبراير2005م .

1- التربية والتعليم

أمرنا الشارع الحكيم بضرورة تربية الأبناء تربية صحيحة حتى يكونوا صالحين مصلحين، وقد حثت النصوص الشرعية على ضرورة بناء شخصية الطفل الصغير في كل جوانبها العقدية منها والعملية، الجسدية والعقلية والروحية، لأن التربية الصحيحة للطفل حين يكون على الفطرة هي التي تحقق صلاح الناشئة، وبصلاحها يصلح المجتمع، والدليل على ذلك ما أرشدنا إليه القرآن الكريم من خلال وصايا لقمان لابنه؛ قال تعالى:﴿ وَإِذْ قَالَ لُقْمَٰنُ لِٱبْنِهِۦ وَهُوَ يَعِظُهُۥ يَٰبُنَيَّ لَا تُشْرِكْ بِٱللَّهِۖ إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ أَنِ ٱشْكُرْ لِي وَلِوَٰلِدَيْكَ إِلَيَّ ٱلْمَصِيرُ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَاۖ وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًاۖ وَٱتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّۚ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ [لقمان: ١٣ -١٥]، فهذه الوصايا تعتبر بمثابة منهج متكامل لتربية الأبناء الصالحين. ومن وسائل ذلك ضرورة طلب العلم باعتباره الركيزة الأساسية بعد التربية وهو حق ثابت للطفل الصغير، لأنه في هذه المرحلة "يكون تعليما بالتلقين، فيتعلم ما لغيره من حقوق تماثل حقوقه بالتلقين، وللولي في ذلك عمل كبير "[1].

وعليه يتعين على الأولياء شرعا وقانونا ضرورة التربية الصالحة للطفل الصغير حتى يكون مصلحا في المجتمع فالأمة تحقيقا لمبدأ الخلافة في الأرض. حيث **نصت المادة [36] من ق.أ.ج** على أنه يجب على الزوجين: "التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم" [2].

وإذا بلغ الطفل سن التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية بمقدار ما يطيقها عقله، وتتسع لها مداركه، ويُعَوِّدُهُ وليه بالقيام ببعض العبادات حتى يدرك مغزاها، قال رسول الله ﷺ:‹‹**مرو صبيانكم بالصلاة لسبع واضربوهم لعشر**››[3]، ويستفاد أنه لا يكلف الصلاة إلا إذا

---

[1]- أبو زهرة، **الولاية على النفس**، المرجع السابق، ص:18 .

[2]- المادة 36 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005م .

[3]- رواه الدار قطني، علي بن عمر أبو الحسن، **سنن الدار قطني**، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلاة والضرب عليها، [2]،230/1 .

علم أحكامها، وأن الضرب للتعليم وهو نوع من التوجيه، وليس المقصود به الإيذاء، وأن يكون غير شائن حتى لا يربي الطفل على المهانة بعد ذلك، والتعليم ليس مقصورا على العبادات فحسب، بل يمتد ليشمل العلوم الدينية وحفظ القرآن الكريم، وكذا علوم الحياة، كل ذلك في حدود طاقة الطفل[1]؛ **أما المشرع الجزائري** فقد نص على حق الطفل في التعليم في معرض الحديث عن النفقة، فقد نص في المادة [75] ق.أ.ج: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[2]؛**كما نص في المادة [2] من قانون حماية الطفل** على أن من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر المساس بحقة في التعليم[3]. ومن المعلوم أن طلب العلم يحفظ عقل الطفل من جانب الوجود، وعليه فإن مسؤولية الولي تتمثل في ضرورة المحافظة على حق الصغير في التعليم، والحرص عليها استجابة إلى القوانين الإلهية الشرعية، والقوانين البشرية الوضعية.

2- التهذيب والتأديب

معلوم أن التأديب والتهذيب للطفل لا بد أن يكون في أول الأمر باللطف واللين، ولا ينزع الولي إلى الشدة إلا عند اللزوم، ويبدأ تأديب الوالدين لأولادهم منذ الصغر، وتشتد الحاجة إلى تأديب الولد كلما أخذ يعقل التأديب والغرض منه [4]، أي عند بلوغه سن التمييز؛ قال رسول اللهﷺ: **« لأن يؤدب الرجل ولده أو أحدكم ولده خير له من أن يتصدق كل يوم**

---

[1]- ينظر: أبو زهرة، **الولاية على النفس**، المرجع السابق، ص:19 .

[2]- المادة [75] من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م .

[3]- ينظر: المادة [02] من قانون حماية الطفل رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436هـ الموافق ل 15 يوليو 2015م .

[4]- ينظر: زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، المرجع السابق، 125/10 .

نصف صاع»[1]. غير أن التأديب يشترط فيه ثلاثة شروط، أن يكون لمصلحة وأن يغلب على الظن جدواه، وأن يكون من ذي ولاية على الصغير، وأن لا يكون تأديبا خارجا عن المعتاد.

ولقد تكلم الفقهاء في حالة التأديب الذي يفضي إلى الهلاك أو التلف، أو شج أو نحو ذلك، مما يعد جريمة في ذاته، مع ملاحظة أن المؤدب سواء أكان الأب أو الولي على النفس أم كان غيرهما مع الإذن له بالتأديب قد يجاوز الحد المرسوم الذي رسمه النبيﷺ.

3- التطبيب (العلاج):

تعتبر العناية بصحة الطفل حقا لا يستهان به في المرحلة الأولى من حياته، حيث أكد الإسلام على ضرورة رعاية الصغار رعاية طبية تستهدف وقايتهم من الأمراض وعلاجهم منها، إلى جانب تقوية أجسامهم التي هي جزء من الرعاية العامة الشاملة للجسم والعقل والروح والخلق[2]، ومن بين أهم طرق الوقاية من الأمراض العناية بنظافة الطفل، وابعاده عن المناطق التي تنتشر فيها الأمراض، وكذا عدم اختلاطه بالمرضى، وكما أن العلاج بالأدوية المادية ضروري للمحافظة على جسم الطفل، فإن العلاج النفسي والروحي بالصبر والتوكل على الله والتحصين بالقرآن الكريم ضروري كذلك، لما بينهما من التداخل الذي يسعى الأولياء من خلاله إلى حفظ

---

[1]- رواه أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد، **مسند الإمام أحمد بن حنبل، مسند البصريين**، حديث جابر بن سمرة السوائي، [20900]، ت: شعيب الأرناؤوط، ط5، مؤسسة الرسالة، (د،ب)، (1421هـ-2001م)، 459/34 .

[2]- صقر عطية، **موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام** (د،ط)، مكتبة وهبة، القاهرة، (1427هـ-2006م)، 171/4.

الصغير من كل داء، قال رسول اللهﷺ:« **لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل**»[1] .

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على هذا الحق بالنسبة للطفل، وبصورة مباشرة، غير أننا وبتتبع المواد المذكورة في ق.أ.ج نجده في المادة [78] منها قد نص على أن النفقة تشمل: "الغذاء والكسوة، والعلاج ، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[2]، ومن خلال المادة [78] نجد المشرع قد جعل العلاج ضمن مشتملات النفقة متبعا في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية، كما نص المشرع على ضرورة إجراء الفحوصات الطبية لكلا الزوجين قبل الزواج لتفادي الأمراض التي قد تؤثر على الزوجين مستقبلا، أو الأطفال بعد الإنجاب حفاظا على النسل، وذلك من خلال المادة [7 مكرر] من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: الولاية الشرعية على الصغير المميز

الصغير المميز هو الذي بلغ سنا تمكنه من التمييز نظرا لظهور علامات التمييز والعقل عنده، ويحتاج في هذه السن على غرار الولاية على التربية والتعليم والتأديب الولاية على التزويج، وهي من ضمن أنواع الولاية على النفس (الولاية على تزويج الصغير)، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنه: " تثبت الولاية على الصغير والصغيرة ويجوز لوليهما الشرعي تزويجهما"[3]، وقد قسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، فالأولى هي التي يستأثر فيها الولي بإنشاء عقد الزواج بإرادته جبرا عن الصغير أو الصغيرة لمصلحة يراها، والثانية هي التي تشترك فيها موليته البالغة مع وليها في إنشاء هذا العقد[4]، واختلف العلماء في مسألة الولاية: هل تعد شرطا من شروط النكاح أم ليست بشرط؟؛ فذهب الإمام مالك إلى أنه لا نكاح

---

[1]- أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن، **صحيح مسلم**، كتاب السلام، باب لكل داء دواء واستحباب التداوي، [2204]، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، (د،ط،ت)، دار إحياء التراث، بيروت، 1729/4 .

[2]- المادة 78 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005م .

[3]- زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة**، المرجع السابق، 390/6 .

[4]- ينظر: الغرياني الصادق عبد الرحمان، **الفقه المالكي وأدلته**، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، بيروت، (1423هـ-2002م)، 557/2 .

إلا بولي، وأنها شرط في الصحة و وافقه الإمام الشافعي، غير أن الإمام أبو حنيفة قال: إن عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز[1] .

أما موقف المشرع الجزائري حول شرط الولاية على الصغير في الزواج فقد نص في المادة [11] ق.أ على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، ويتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"[2].

بعد هذا التوضيح الموجز في مسألة ولاية التزويج بالنسبة للصغير نستنتج أن المشرع الجزائري أجاز للمرأة الراشدة عقد زواجها بحضور وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر متبعا في ذلك المذهب الحنفي، وتحول عن مذهبه المالكي الذي يشترط الولي، أما بالنسبة للقصر فقال: يتولى زواجهم أولياؤهم؛ وهو مذهب جمهور الفقهاء، إلا أنه خالفهم في مسألة ولاية الإجبار بالنسبة للصغير وجعلها ولاية اختيار بناء على نص المادة [13] ومضمونه: " لا يجوز للولي أيا كان أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[3]

نخلص بعد الوقوف على مراحل الولاية على النفس وما يتعلق بها من أحكام في نظر الشريعة والقانون إلى بيان ضوابط اعتبار مصلحة الطفل في نظر فقهاء الشريعة والقانون على حد سواء وهل لمقصد حفظ النسل أثر في معالجتها؟

المطلب الثالث: ضوابط المصلحة المتعلقة بالولاية على النفس بين الشريعة والقانون

أعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة للطفل الصغير، وقد نص في عدة مواد على مراعاة مصلحته، إلا أنه لم يعطي تعريفا لهذه المصلحة، تاركا السلطة للقاضي في تقديرها، وبالتالي هناك فراغ قانوني يدفع بالقاضي للاجتهاد بحثا عن المعايير والضوابط التي يعتمد عليها لتأسيس وتسبيب

---

[1]-ينظر: ابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط6، لبنان، (1402هـ-1982م)، 8/2 .

[2]- المادة 11 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر، رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005م .

[3]- المادة [13] من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر، رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير2005م .

أحكامه، وإنه أمام القاضي مرجعين[1]: أحكام الشريعة الإسلامية وهذا طبقا لما تنص عليه المادة [222] ق.أ.ج: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2]، وكذا اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م بعدما صادقت عليها الجزائر[3]، وفيما يلي بيان لمعايير وضوابط مصلحة الطفل في الشريعة، واتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989م

الفرع الأول: ضوابط اعمال المصلحة في الولاية على الصغير

أولاً–ضوابط المصلحة في الفقه المعاصر

إن مصلحة[4] الطفل من أهم المعايير التي لابد أن يستند إليها القاضي، والتي لابد أن يعتمد عليها الفقيه المجتهد. وإن الاحتكام للمصلحة في المسائل المتعلقة بالولاية على النفس يقتضي منا قبلا تحديد ضوابط المصلحة بصورة عامة، فلقد تعددت تصنيفات الدارسين لضوابط اعتبار المصلحة سواء تعلق الأمر بالضوابط الداخلية المتعلقة بالمصلحة ذاتها، أو تعلق بالضوابط الخارجية المتعلقة بما يعارض المصلحة كليا أو جزئيا. ومعلوم أن من أقدم الاجتهادات في ذلك رسالة الدكتور البوطي ضوابط المصلحة حيث ردّ هذه الضوابط إلى خمس ضوابط[5]:

1–عدم معارضتها للكتاب.

2–عدم معارضتها للسنة.

3–عدم معارضتها للإجماع المتيقن.

4–عدم معاضتها للقياس.

---

[1]– ينظر: بن عصمان شريف، **مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**، ص:25–26 .

[2]– المادة [222] من قانون الأسرة

[3]– ينظر: اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44/ المؤرخ في 20 تشرين الثاني نوفمبر 1989م – تاريخ بدأ النفاذ 2 يوليو/ سبتمبر199م وفقا للمادة 49– .

[4]– المصلحة هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده؛ من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها، ينظر: البوطي محد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، (د،ط،ت)، مؤسسة الرسالة، (د،ب)، ص:23 .

[5]– ينظر: البوطي، **ضوابط المصلحة**، المرجع نفسه، ص:129–161، وينظر: الخادمي نور الدين بن مختار، **الإجتهاد المقاصدي حجيته ضوابطه مجالاته**، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (1419هـ)، 2/40–44.

5- عدم تفويتها لمصلحة أهم منها أو مساوية لها.

ثانياً-تحرير ضوابط المصلحة

على أنه يمكن أن نعيد بناء تصور لضوابط المصلحة أفسح مجالا لإعمالها، خاصة وأن الاختيارات الفقهية للشيخ البوطي رحمه الله، ربما ضيقت شيئا ما من المساحات التي لم ير الفقهاء الأعلام حرجا من أعمال المصلحة فيها. ويمكن رد هذه الضوابط إلى ثلاثة ضوابط: ضابط المشروعية. ضابط الملاءمة. ضابط التحقق.

1-ضابط المشروعية

لكي تكون المصلحة مشروعة يجب ألا تعارض دليلا معتبرا أقوى وأرجح منها والدليل قد يكون خاصا أو عاما:

أ- الحالة الأولى: معارضة المصلحة للدليل الخاص: الدليل الخاص هو كل لفظ موضوع لمعنى معلوم على الانفراد[1]، والدليل الخاص، قد يكون قطعيا، و قد يكون ظنيا:

-**معارضة المصلحة للدليل الخاص القطعي**. من المقرر شرعا وفقها أنه لا يجوز أن تُقدم المصلحة على النص الخاص قطعي الثبوت والدلالة – وكذا الاجماع الثابت-إلا في حالة الضرورة، كما حالة تترس الكفار بأسرى المسلمين، فالأدلة على حرمة قتل المسلم قطعية الدلالة والثبوت، والمصلحة فيه كما بين الغزالي، ضرورية قطعية كلية .فتقديم المصلحة على النص هنا استثناء للضرورة[2]، وقريب منه مثال شرب المسكر لحفظ الرمق فالأدلة على حرمة تناول المسكر قطعية الدلالة والثبوت، ولكن أبيح لضرورة حفظ النفس. ولكن إعمال المصلحة في هذه الحالات ليس تشريعا عاما دائما بل حكما استثنائيا للضرورة والضرورة تقدر بقدرها. وعليه يمكن القول في اطمئنان أنه على التحقيق لا يمكن أن تكون ثمة مصلحة قطعية تعارض دليلا خاصا قطعيا بصورة دائمة. يقول محمد أبو زهرة " بل على التحقيق لا يمكن أن تكون ثمة مصلحة في غير موضع النص القطعي في دلالته وثبوته، وما يتوهمه العاقل مصلحة معارضة للنص، هو مثارات الهوى

---

[1]- ينظر: الخادمي، **الاجتهاد المقاصدي**، المرجع السابق، 2 /44 .

[2]- ينظر: الغزالي أبو حامد، **المستصفى**، ت:محمد سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، (1997م)، 1/420-421 .

لبست لبوس المصالح، وليست منها[1]، وعلى هذا لا يصح اعتبار المصلحة التي تقضي بمساواة البنت بالولد في الميراث لتساويهما في القرابة، وذلك لمعارضتها للنصوص القطعية، ولو كان تقديم المصلحة على النصوص الخاصة القطعية، على الإطلاق لأدى ذلك إلى ضياع الشريعة كليا . وفتح الباب لتقديم المصلحة على النص على مصراعيه بدعوى التطور يؤدي إلى قيام مجتمع يبيح شرب الخمر وكشف العورات، والفطر في رمضان.[2]

- **معارضة المصلحة للدليل الخاص الظني:** تباينت مناهج الفقهاء في معالجة تعارض المصلحة للنص الخاص الظني، سواء أكان ظني الثبوت كما بالنسبة لخبر الآحاد، أو ظني الدلالة كما هو الحال بالنسبة للفظ القرآن المحتمل، أو ظني الدلالة والثبوت معا كما هو الحال بالنسبة للفظ خبر الآحاد المحتمل، فقد وقع الخلاف بين العلماء الذين قالوا بالمصلحة كدليل شرعي في معالجة حالة التعارض:

- فمن العلماء من لا يقدم مصلحة على النص مطلقا، ولو كان الحديث آحادًا مثل أكثر الحنابلة، حيث نجد مثلا شيخ الإسلام ابن تيمية يشترط في الأخذ بالمصلحة عدم مصادمتها للنصوص[3].
- ومنهم من يرجح مطلق المصلحة على النص كما اشتهر عن الفقيه الحنبلي المتأخر نجم الدين الطوفي[4].
- ومنهم من يرجح المصلحة على النصوص الظنية في دلالتها أو ثبوتها كالمالكية كما حقق ذلك الشيخ أبو زهر ة وليس هنا مجال تفصيل القول في ذلك[5].

---

[1]- أبو زهرة محمد، **ابن حنبل**، دار الفكر العربي، بيروت، دت، ص:352 .

[2]- ينظر: الشنقيطي محمد الأمين، **المصالح المرسلة**، ط1، مكتبة بن تيمية، القاهرة، 2003م، ص:36 .

[3]-عبد الحميد علي حمد محمود، " **المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة**"، أطروحة دكتوراه، مكتبة النجاح، غزة، 2009م، ص:10 .

[4]- ينظر: أبو زهرة محمد، **ابن حنبل**، المرجع السابق، ص:356-357 .

[5]- ينظر: أبو زهرة محمد، **ابن حنبل**، المرجع السابق، ص:356-357 .

ب – الحالة الثانية: معارضة المصلحة للدليل العام.

يعرف النص العام بأنه كل لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثيرين بغير حصر، ويدل بوضعه اللغوي على شموله لهذه الأفراد واستغراقها جميعا، وقد اختلف الأصوليون في دلالة العام قبل التخصيص هل هي قطعية أم ظنية والجمهور على أن دلالته ظنية ومن ثم اختلفت مناهج العلماء في تخصيص النص العام بالمصلحة، فالمالكية قد اشتهر عنهم أنهم ممن يقولون بتخصيص النص العام بالمصلحة، وكذا الحنفية الذين يردونه إلى باب الاستحسان، إلا أن الدكتور البوطي ومثله الدكتور حسين حامد قد نفيا بشدة القول بأن المالكية يخصصون النص بالمصلحة . ويرى الشيخ الزرقا أن لا داعي لهذا الإنكار الشديد لتخصيص النص العام بالمصلحة أو تقييد المطلق عند المالكية، فإنهم يقولون إن النص العام غير قطعي الدلالة، فيكون ذلك عندئذ تفسيرا للنص العام .وينبغي التنبه أن تخصيص النص العام بالمصلحة عند القائلين به ليس تعطيلا كليا للنص، بل استثناءٌ جزئيٌّ من أفراد ذلك العام تقتضي المصلحة الملائمة المحققة استثناءها من حكم النص العام.

2–ضابط الملاءمة

ملاءمة المصلحة اندراجها في مقاصد الشرع وفقا للترتيب الذي دل عليه الاستقراء، ومقاصد الشرع ليست محصورة في الضروري أو الحاجي دون التحسيني فضلا عن أن ما شرطه البعض من أن تكون المصلحة تحفظ ضروريًا، فهو في حقيقة الأمر: قصر للعمل بالمصلحة المرسلة في ميادين معينة .وإلا كانت تدور في باب الضرورة فقط[1]، وهذا لا يصح، فالمقصود بهذا الضابط في الحقيقة أن تكون من جنس المصالح لا غريبة عنها.

وميزان الملاءمة يرجع إلى ثلاثة أمور أساسية:

أ–النظر إلى قيمة المصلحة من حيث نوعها ورتبتها، فالضروريات تقدم على الحاجيات، وعلى التحسينات.

ب–النظر إلى المصلحة من حيث مقدار شمولها فتقوم المصلحة العامة على الخاصة.

[1]– ينظر: الغزالي، **المستصفى**، المرجع السابق، 1/420-421 .

ج-النظر إلى وقوعها؛ فتقدم المصلحة الحقيقية عل الظنية.

والمفاضلة بين المصالح كما هو معلوم تستند إلى قاعدة معرفية مسلمة ومعترف بها وهي علم مقاصد الشريعة.

3-ضابط التحقق

تنقسم المصلحة من حيث ثبوتها :إلى: قطعية وظنية ووهمية. والتحقق ليس مجرد ثبوت المصلحة بدليلها وإنما أيضا تحققها في أرض الواقع وعدم تخلفها لأي عارض طارئ.

أ-المصلحة **المحققة قطعا**(القطعية) :وهي المصلحة التي دلت عليها أدلة قطعية من قبيل النص الذي لا يحتمل التأويل، نحو قوله تعالى (وأوفوا الكيل والميزان)، والمصلحة القطعية تثبت بثلاثة طرق؛ النص أو الاستقراء أو العقل.

ب-المصلحة **المحققة ظنا**(الظنية): وهي التي من المتوقع حصولها في زمن معين، أو على حد تعبير ابن عاشور :ما اقتضى العقل ظنه، مثل اتخاذ كلاب الحراسة في الدور في الحضر في زمن الخوف.

ج- **المصلحة غير المحققة** (الوهمية) :وهي التي يُتخيل فيها صلاحٌ وخيرٌ وهو عند التأمل ضر. وذلك لسببين :إما لخفاء ضره مثل تناول المخدرات. وإما لكون الصلاح مغمورًا بفسادٍ كما في تناول الخمر[1]؛ فإذا كانت المصلحة من المصالح المتوهمة، فلا يجوز اعتبارها وإعمالها .فالمصلحة المتوهمة لا يجوز العمل بها مثل المصلحة الموجودة في سلب البنت الحق في التعليم رأسا، أو الاكتفاء بتعليمها تعليما محدودا لأن المنفعة في ذلك لا تساوي المنفعة التي تتحقق بتعليم المرأة.

أما المصلحة المظنونة ففيها تفصيل، فإذا كان يغلب على الظن أنها تتحقق، فلا مانع من إعمالها وقد فصل أهل العلم القول في ذلك في مظانه.

---

[1]- ينظر: بن عاشور محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة لإسلامية**، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، 2011م، ص:65-71 .

هذه باختصار شديد مجمل ضوابط المصلحة في الفقه الإسلامي بصفة عامة، إلا أنه ما يهمنا في هذا البحث هو مدى اعتبار المصلحة في النوازل المستجدة المتعلقة بالولاية على الصغير، وأثر رعاية مقصد حفظ النسل في معالجتها، وقد وقع الاختيار على نموذج (الحضانة) لما لها من أهمية في حياة المحضون.

الفرع الثاني: الضوابط أو المبادئ التفسيرية الواردة في اتفاقية حقوق الطفل:

أرست اتفاقية حقوق الطفل أربعة مبادئ أساسية ينبغي الرجوع والاسترشاد بها عند تفسير حقوق الطفل وهي:

أولاً–مبدأ عدم التمييز

تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية بموجب المادة [2] وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، يغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه، أو الوصي القانوني عليه... [1].

ثانياً–مبدأ المصالح الفضلى

هذا من بين أهم المبادئ التي أرستها هاته الاتفاقية في مادتها الثالثة؛ وهو ضرورة مراعاة الدول الأطراف لحقوق الطفل عند اتخاذ أي إجراءات إدارية، أو تنفيذية، أو قضائية، أو غيرها تتعلق بالطفل، ولذلك فقد جاء نص المادة الثالثة من الاتفاقية كالآتي: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم، أو السلطات الإدارية، أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضل"[2]، ولم يكتف واضعوا هذه الاتفاقية بنص هذه المادة فقط، بل أكدت على مصلحة الطفل العديد من نصوص المواد الأخرى منها: [9،18،20،21].

[1]– ينظر: اتفاقية حقوق الطفل، المصدر السابق.

[2]– المادة [3] من اتفاقية حقوق الطفل .

ثالثاً–حق الطفل في الحياة

وينبني على إعمال مبدأ المصالح الفضلى أن الحق في الحياة هو أصل الحقوق وسيدها، من هنا نصت المادة [6] من حقوق الطفل على أن: " تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقا أصليا في الحياة"[1]، ولحماية هذا الحق لا بد من القيام بكل الأعمال الإيجابية التي تحافظ على حياة الطفل، والامتناع عن كل الأعمال السلبية التي تهدر حق الحياة لهذا الطفل.

رابعا: مبدأ مشاركة الطفل في صناعة القرارات المتعلقة به

نصت المادة [12] من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: " تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقا لسن الطفل ونضجه"[2]، وعليه نستنتج أن "مصلحة الطفل الفضلى" هي المحور الأساسي للمبادئ المشار إليها أعلاه، ولا تتحقق إلا بالالتزام بها.

وبالنظر إلى ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالمبادئ التفسيرية الواردة في اتفاقية حقوق الطفل نلتمس تقاربا بينهما في السعي إلى الحفاظ على الطفل من جانب الوجود، وتحقيق أرقى المصالح العائدة عليه بالنفع، إلا أن النقص الذي يعتري المبادئ التفسيرية يجعل القاضي يجنح إلى الاجتهاد لتحقيق المصلحة التي يتشوف إليها، ولا مندوحة له هاهنا إلا العودة إلى ضوابط المصلحة المعتبرة في الشريعة الإسلامية، والتي من ضمنها تقديم المصالح الضرورية على غيرها من الحاجية والتحسينية.

وبما أن الحضانة مقصد ضروري يسعى المشرع من خلاله إلى المحافظة على الطفل من جانب الوجود، كان لزاما طرحها كنموذج لبيان مدى اعتبار القاضي لمصلحة المحضون من خلال المستجدات المطروحة في هذه القضية، وبالخصوص عند التنازع عنها بسبب الطلاق، وبيان أثر رعاية مقصد حفظ النسل في معالجتها.

---

[1]–المادة [6] من اتفاقية حقوق الطفل .

[2]–المادة [2] من اتفاقية حقوق الطفل .

المطلب الرابع: نموذج تطبيقي لإعمال المصلحة في الولاية على الصغير (إسناد الحضانة أنموذجا)

تعد الحضانة من أهم وأبرز الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، وهذا نظرا لتعلقها بمصير الأولاد الناجمين عن تلك الرابطة، وتربيتهم ورعايتهم، وقد سبق بيان مفهومها وما يتعلق بها من الناحيتين الشرعية والقانونية، من تربية، وتعليم، وتطبيب، وحماية للمحضون وكذا مراتب استحقاقها، ومن خلال قراءة وتتبع المواد المنظمة لهذا الحق نجد المشرع الجزائري قد تأثر بالاتفاقيات الدولية الرامية إلى حماية حقوق الطفل، حيث جعل المعيار الأساسي هو "مراعاة مصلحة المحضون"، والذي يعتمد عليه القاضي في تسبيب أحكامه، سواء كان ذلك ضمنا أو صراحة، وهذا ما تدل عليه المواد المتعلقة بالحضانة في ق.أ.ج.

فإذا كان المشرع الجزائري قد ساهم في وضع بعض معالم المصلحة من خلال المواد المتعلقة بحضانة الطفل، وفوّض للقاضي مهمة تقدير هذه المصلحة من خلال قيامه بالتكليف القانوني للوقائع المعروضة عليه، إلا أن تقدير هذه المصلحة يتغير بحسب كل حالة، وبحسب تغير الزمان والمكان، والسؤال المطروح: ما هي الضوابط والمعايير التي يعتمدها القاضي في تقدير هذه المصلحة في مستجدات الحضانة؟ وما هي مختلف القضايا المتعلقة بالحضانة التي يتسنى للقاضي الحكم فيها؟ وهل لاعتبار مقاصد حفظ النسل أثر في معالجة هذه المستجدات؟

الفرع الأول: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون في نظر قاضي الأحوال الشخصية

إن سكوت المشرع عن تقديم تعريف دقيق لمصلحة الطفل لم يحل دون اقتراح بعض الضوابط والمعايير التي تعين القاضي وتساعده على تحقيق المصلحة وبذل الجهد واستفراغ الوسع لبلوغ أحكام تتواءم والظروف الواقعية المطروحة أمامه، وهذا الاجتهاد الفردي الذي يتقلده القاضي – على الرغم من أهميته وصعوبته في آن واحد- قد أشار إليه فقهاء الشريعة في معرض حديثهم عن حضانة الطفل الصغير، ومن ذلك ما قاله أبو بكر جابر الجزائري: " وجب على وليِّ الطفل، كما هو واجب القضاة أن يراعوا دائما في باب الحضانة مصلحة الطفل فقط، وهي تربية

جسمه وعقله وروحه، بدون التفات إلى أي اعتبار آخر، إذ صيانة الطفل هي الغاية المقصودة للشارع من الحضانة"[1]، ومعايير تقدير المصلحة في نظر القاضي تتمحور حسب أهميتها في ثلاثة:

أولاً– المعيار المعنوي: أولما يعتمد عليه القاضي للكشف عن مصلحة المحضون هو العنصر المعنوي والروحي الذي يشكل أساس تلك المصالح، ولا ريب أن فقهاء الشريعة لا يعترضون على هذا العنصر بل يؤكدون عليه مستعينين في ذلك بالخبراء والمتخصصين في علم النفس، وليس للقضاة في هذا الموضوع إلا الإصغاء التام لعلماء النفس لكي تسد ثغرات سكوت القانون[2]، فأكيد أن الحنان والعطف اللذين يمدهما الوالدان لأبنائهما – ومن الأم على وجه الخصوص– لا بديل لهما لأنهما مهمان في تكوين بنية الطفل العقلية والجسمية[3]، وعليه نستشعر أن أهمية هذا المعيار تكمن في جلب الصالح للطفل من خلال تكوينه في شهوره الأولى تكوينا صحيحا سليما من كل الجوانب ودرء المفاسد عنه؛ وذلك أن فقدان الطفل للحنان والعطف قد يؤدي به إلى الانحراف والضياع، وهذا ما دل عليه فقهاء الشرع والقانون في مسالة ترتيب الحواضن وتقديم النساء على الرجال .

ثانياً–المعيار المادي: إن إسهام العنصر المادي في حضانة الطفل أمر واضح، ونفقة الطفل المحضون من مال أبيه، يرسله إلى الحاضنة لتقوم بأدائه إليه كالطعام واللباس والغطاء...وهذا الأمر ضروري لحفظ الطفل من جانب الوجود، وهو مما أكد عليه فقهاء الشريعة[4]، وفقهاء القانون على حد سواء[5]، فاعتماد القاضي على هذا المعيار اعتماد صحيح مآله تحقيق الاستقرار والطمأنينة للطفل الصغير في كنف أسرة تشعره بالحماية والأمن.

---

[1]– جابر أبو بكر الجزائر، **منهاج المسلم**،(د،ط،ت)، دار السلام، القاهرة، الاسكندرية، ص:366 .

[2]– ينظر: شامي أحمد، (**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"**)، (أطروحة دكتوراه، الجزائر، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014م)، ص:418 .

[3]– ينظر: معمري إيمان، (**ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، الجزائر، جامعة الوادي، كلية الحقوق، (2015م)، ص:40 .

[4]– ينظر: السيد سابق، **فقه السنة**،(د،ط،ت)، القاهرة، دار التراث، 294/2 .

[5]– امواد [75،76،78،79،80] من قانون الأسرة الجزائري .

ثالثاً–معيار الاستماع للمحضون لتحري مصلحته:

إذا كانت مصلحة المحضون أساس إسناد الحضانة؛ فلا غرابة في محاولة إعطاء المحضون فرصة الإسهام في تحقيق مصلحته بنفسه، ومما لا شك فيه أن وضع هذا النظام له فائدة من الناحية العملية، فالطفل إنسان يحس ويرغب ويفضل، ولكنه إنسان ضعيف يفتقر إلى بعد النظر، ويحتاج إلى توجيه في اختيار حاضن يتصف بالمسؤولية، وهنا تبرز سلطة القاضي في تقدير هذه المصلحة، واختيار الحاضن الأصلح له لحمايته ورعايته[1]، فهذه أهم المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير مصلحة المحضون، وقد تختلف وتتنوع من قاض إلى آخر باختلاف الزمان والمكان، وبتنوع الأولياء والأطفال تبعا لتنوع الاحتياجات، وإذا كانت هذه أهم المعايير التقديرية التي يستند إليها القاضي في تقدير مصلحة المحضون، فما هي القضايا والمستجدات المتعلقة بالحضانة التي يتسنى للقاضي الحكم فيها؟ وهل لاعتبار مقصد حفظ النسل أثر في معالجتها؟

ولبيان ذلك نسوق بعض الدعاوى المدنية الممثلة في (الإسناد والإسقاط) للحضانة، والدعاوى الجزائية المتمثلة في (عدم تسديد النفقة للمحضون)، ومدى ضمان القاضي لمصلحة المحضون من خلال ذلك، ومحله الفرع الموالي .

الفرع الثاني: المستجدات المتعلقة بالحضانة

أولاً–دعوى إسناد الحضانة

قدم فقهاء الشريعة الحواضن بعضهم على بعض فجعلوا الإناث أولى بالحضانة لأنهم أشفق وأصبر على القيام بها، كما أن المشرع الجزائري جاء بترتيب مستلهم من أحكام الشريعة، والمتفق عليه أن الأم أولى بحضانة ولدها، وهذا ما سبق توضيحه في مسألة الحضانة، وكذا في ضروريات حفظ النسل من جانب الوجود وذلك بتشريع حق الحضانة.

إلا أن السؤال المطروح ههنا مدى التزام القاضي بهذا الترتيب؟ وهل لحفظ النسل من جانب الوجود بتحقيق مصلحة المحضون ابتداءً أثر في حكم القاضي أم لا؟

[1]– معمري إيمان، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، المرجع السابق، ص:41 .

نص قانون الأسرة الجزائري على أن إسناد الحضانة يعود ابتداءً للأم تطبيقا لأحكام المادة [64]، غير أنه لا بد من مراعاة مصلحة المحضون في كل الحالات، وبناء على ذلك يمكن إسناد حضانة الولد لغير الأم بالنظر إلى مصلحة المحضون، مثلما جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابت في قضية ولما كان ثابت في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون ، وبناء على تقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1]، وعليه فإن الترتيب ليس إلزاميا للمحكمة بل يجوز للقاضي الانصراف عنه متى بدت له المصلحة في غير المستحق لها، وهو في هذا لم يخرج في المادة [64] عن أحكام الشريعة الإسلامية، التي بدورها تسعى إلى تحقيق المصلحة ودرء المفسدة .

وبناء على ذلك وعند عرض هذا الحكم القضائي على ضوابط المصلحة نجد أن القاضي قد اعتمد تقديم ضروري حفظ النسل من جانب الوجود، وذلك بالنظر إلى قيمة المصلحة المتحققة للمحضون في كنف الأب على المصلحة المتحققة له في كنف الأم، فقدم المصلحة الحقيقية على المصلحة الظنية.

من هنا نتأكد أن لمقصد حفظ النسل من جانب الوجود أثر بالغ في توجيه الحكم، حيث أن القاضي يجنح في إصداره للحكم الأخير إلى المصلحة العظمى التي يتشوف من خلالها إلى صيانة الطفل وهي العناية المقصودة للشارع من تشريع الحضانة.

ثانياً–دعوى إسقاط الحضانة (زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون):

هناك حالات تستجد بعد إسناد الحضانة تؤول إلى إسقاط الحق فيها، من ذلك زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، فكيف عالج القاضي هذه المسألة المستجدة؟ وكيف راعى مصلحة المحضون؟

[1]– ينظر: قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1997/02/18م، ملف رقم 153640، م.ق، العدد01، 1997م، ص:37، نقلا عن بن عصمان نسرين، مصلحة الطفل في قانون الأسرة .

نص على هذه الحالة المادة [66] ق.أ.ج على أنه: " يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"[1]، وعليه ينبني على هذا النص القانوني أنه يسقط الحق في الحضانة للأم فيما إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون، وهذا النص مستلهم من أحكام الشريعة الإسلامية، حيث ذكر الفقهاء في معرض حديثهم عن شروط الحضانة على هذا الشرط وهو: "ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير؛ بأن تكون غير متزوجة، أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه"[2]، بدليل قوله ψ :«**أنت أحق به مالم تنكحي**»[3].

ويتضح مما تقدم أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حقها في الحضانة بناء على دعوى يقيمها الأب أو غيره ممن أسند لهم القانون حق حضانة الأولاد، وعليه فإن هذا الزواج لا يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بقوة القانون، بل يتم ذلك بمقتضى حكم قضائي بأن يتقدم صاحب الحق فيها، وبعد تأكد القاضي من الشروط المذكورة في المادة [62] و[64] ق.أ.ج، يستوجب عليه إسقاط الحضانة عن صاحبتها[4].

إلا أن المسألة التي نراها من الأهمية بمكان في هذا الموضوع هي (وفاة الأب) بعد إسناد الحضانة للأم، ثم رغبت في الزواج بأجنبي عن المحضون، وهذا مسقط لحقها في الحضانة –كما أسلفنا –إلا أن الضرر البالغ يعود لا محالة على الطفل، فهل يعاقب بزواج أمه ويُبْعَدُ عنها؟ أم تعاقب الأم بمنعها من الزواج ثانية؟

---

[1]– المادة [66] من قانون الأسرة الجزائري .

[2]– ينظر: شلبي محمد مصطفى، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون**،ط2 ، دار النهضة العربية، بيروت، (1397هـ-1977م)، ص:744، وينظر: السيد سابق، فقه السنة، 293/2 .

[3]– سبق تخريجه ص:3 من البحث .

[4]– ينظر: معمري إيمان، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، المرجع السابق، ص:62 .

وبين هذا وذاك، وبناء على مقاصد حفظ النسل من جانبي الوجود والعدم[1]، وبناء على ضوابط تحقيق المصلحة العامة عند القاضي، وحرصا على مصلحة المحضون، يقرر إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه، هذا وإن كان جائز ولو تحت مسمى الكفالة[2]، إلا أنه معارض للنص الثابت عن النبيﷺ الذي قال فيه:« أنت أحق به ما لم تتزوجي»، ومعارض لقوله تعالى:﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ ﴾ [المائدة: ٤٤]، لكن يمكن القول أنه استثناء قائم على الاستحسان، ومعناه: "العدول عن الحكم في مسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"[3]، وهذا العدول يمثل الاستثناء بوضوح، فالمجتهد يطبق الحكم الذي يراه أقرب إلى المصلحة واليسر ورفع الحرج استثناء، ولهذا السبب كان لزاما على المشرع الجزائري إضافة فقرة أخرى لنص المادة [66] ق.أ.ج ومفادها: " يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير وبشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه"[4].

وعليه يمكن القول أن مسألة زواج الأم بأجنبي عن المحضون يترتب عليها استثناءات أهمها [5]: عدم وجود حاضنة للمحضون سواها، أن يكون الحاضن الذي يليها غير مأمون أو عاجز، عدم وجود من يخاصم الحاضنة ممن له حق الحضانة، أن لا يكون زواج الحاضنة مانعا منعا كليا من الاعتناء بالمحضون، وأن يقر الزوج الأجنبي برغبته في رعاية المحضون.

---

[1]- أي تحقيق مقصد حفظ النسل بحضانة الأم لولدها ما دامت حريصة عليها، وكذا تحقيق مقصد حفظ النسل بزواج الأم، لأن الزواج هو الطريق الوحيد لحفظ النسل من جانب الوجود .

[2]- ينظر: معمري إيمان، المرجع السابق، ص:64-65 .

[3]- ينظر: البخاري، علاء الدين ، **كشف الأسرار على أصول فخر الدين البزدوي**،(د،ط،ت)، دار الكتاب العربي، لبنان، 3/4 .

[4]- معمري إيمان، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، المرجع السابق، ص:65 .

[5]- معمري إيمان، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**، المرجع نفسه، ص:66 .

ثالثاً–جريمة عدم تسديد النفقة

معلوم أن النفقة من أهم الحقوق الثابتة للطفل، وهي شرعا الطعام والكسوة والسكن، وقد اتفق الفقهاء على وجوبها بدليل قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة، وبالنظر إلى النفقة في شقها القانوني نجد المشرع الجزائري قد تحدث عنها في المادة [75] [1]، وأوجبها على الأب، وعدّها جريمة إذا امتنع الأب عن تسديدها في نص المادة [331] ق.ع.ج[2].

والنفقة يسعى من خلالها المشرع إلى حفظ النفس من جانب العدم، وذلك بتوفير الأكل والشرب والعلاج والتعليم للطفل الصغير، **ونجد المشرع بإصداره أمر وجوب النفقة يتشوف إلى حفظ النسل من جانب العدم، وعليه فمقاصد حفظ النسل معتبرة في قانون الأسرة الجزائري**، إذ مراعاة هذه المقاصد لها من الأهمية ما يكفل إيجاد الحلول لكل المستجدات والنوازل الخاصة بالولاية على النفس، وذلك راجع إلى اعتماد قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية سواء تطرق إليها صراحة أو ضمنا، وهو ما قرره في المادة [222] من نفس القانون.

الخاتمة:

توصلنا بعد هذا البحث الموجز إلى النتائج الآتية:

1- وجوب الحفاظ على مقصد النسل من جانبي الوجود والعدم، بغية تحقيق إرادة الشارع في بقاء النوع واستمراره

2- تشمل الولاية على النفس ثلاثة أطوار: الولاية على نفس الجنين؛ الولاية على نفس الصغير غير المميز؛ الولاية على الصغير المميز؛ وكل طور تتفرع عنه ولايات من ذلك: ولاية الحفظ من جانب الوجود (حق الحياة)، وولاية الحضانة والرضاع، وولاية الرعاية والحفظ والتأديب والتعليم والتطبيب، وولاية التزويج .

---

[1]-ينظر المادة [75] من قانون الأسرة .

[2]-ينظر المادة [331] من قانون العقوبات، الأمر رقم156.66 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

3- اهتمام الفقه الشرعي والقانوني على حد سواء بمصلحة الطفل باعتبارها المعيار الرئيس في توجيه الأحكام من خلال الاعتماد على ضوابط المصلحة الشرعية والمبادئ التفسيرية لحقوق الإنسان.

4 - لمقصد حفظ النسل (من جانبي الوجود والعدم) أثر بالغ في توجيه الأحكام الخاصة بالولاية على الصغير، وما يتعلق بها من مستجدات، لهذا نجد المشرع الجزائري أولاه عناية كبيرة جلبا لمصالح الصغير وتكثيرها، ودرءً للمفاسد وتقليلها.

5- إن موافقة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية في معظم المواد الخاصة بقانون الأسرة، وما يتعلق بها من حقوق وواجبات، كفيل بحفظ حقوق الطفل ومصالحه في العجل والآجل.

التوصيات:

1- ضرورة توجيه البحوث الأكاديمية إلى مثل هذه الدراسات المقارنة، بغية الوقوف على الإيجابيات والسلبيات، على الموافقة والمخالفة، على القرب والبعد، بين العلم الشرعي والقانون الوضعي.

2- محاولة إيجاد منابر تهتم بحقوق الطفل في كامل أطوار حياته، وتسعى إلى إيجاد الحلول الناجعة للقضايا المستجدة المتعلقة بهذه الفئة المتميزة جلبا للمصالح ودرءً للمفاسد.

قائمة المصادر والمراجع

- ابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط6، لبنان، بيروت، (1402هـ-1982م)

- ابن عابدين، محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، (1415هـ-1994م).

- ابن عاشور محمد الطاهر، **تفسير التحرير والتنوير**، (د،ط)، الدار التونسية للنشر، تونس، (1984م) .

- ابن فارس، أبي الحسن أحمد، **معجم مقاييس اللغة**، ت: عبد السلام هارون، (د،ط)، دار الفكر، (د،ب)، (1399هـ-1979م).

- ابن منظور، أي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، (د،ط،ت)، دار صادر، بيروت.

- أبو زهرة محمد، **ابن حنبل**، دار الفكر العربي، بيروت، دت.

- أبو زهرة محمد، **الأحوال الشخصية**، ط3، دار الفكر العربي، (د،ب)، (1377هـ-1957م).

- أبو زهرة محمد، **الولاية على النفس**، (د،ب)، (د،ط،ت)، دار الفكر العربي.

- أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ت: شعيب الأرناؤوط، ط5، مؤسسة الرسالة، (د،ب)، (1421هـ-2001م) .

- الأشقر عمر سليمان، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط1 ، دار النفائس، الأردن، (1418هـ-1997م).

- البخاري، علاء الدين ، **كشف الأسرار على أصول فخر الدين البزدوي**، (د،ط،ت)، دار الكتاب العربي، لبنان، بيروت.

- بن عصمان نسرين، (**مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري**)، (مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009) .

- بن حرز الله عبد القادر، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، (1428هـ-2007م) .

- بن عاشور محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة لإسلامية**، دار الكتاب المصري ودار الكتاب اللبناني، 2011م.

- البهوتي، منصور، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ت: محمد الضناوي، ط1، عالم الكتب، لبنان، (1417هـ-1997م) .

- البوطي محد سعيد رمضان، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، (د،ط،ت)، مؤسسة الرسالة، (د،ب).

- جابر أبو بكر الجزائر، **منهاج المسلم**، (د،ط،ت)، دار السلام، القاهرة، الاسكندرية.

- الخادمي نور الدين بن مختار، **الإجتهاد المقاصدي حجيته ضوابطه مجالاته**، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، (1419هـ).

- خلاف عبد الوهاب، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، ط2، دار القلم، الكويت، (1410هـ-1990م).

- الدار قطني، علي بن عمر أبو الحسن، **سنن الدار قطني**، ت: عبد الله هاشم، (د،ط)، دار المعرفة، بيروت، (1386هـ-1966م)

- الزحيلي محمد، **النظريات الفقهية**، دار القلم، دمشق، (1414هـ-1993م).

- الزحيلي وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط2، دار الفكر، سورية، دمشق، (1405هـ-1985م).

- زيدان عبد الكريم، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، (1413هـ-1993م).

- سيد قطب، **في ظلال القرآن**، ط32، دار الشروق، القاهرة، (1423هـ-2003م).

- الشاذلي حسن علي، **الولاية على النفس دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون**، ط1، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، القاهرة، (1399هـ-1979م).

- الشاطبي؛ أبو إسحاق، **الموافقات**، ت: محمد مرابي، ط1، مؤسسة الرسالة، سوريا، دمشق، (1434هـ-2013م) .

- شامي أحمد، (**السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**")، (أطروحة دكتوراه، الجزائر، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2014م).

- الشروف إبراهيم أحمد محمد، (**الصحة الوقائية للأسرة في ضوء المقاصد الشرعية**)، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م).

- شلبي محمد مصطفى، **أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون**، ط2 ، دار النهضة العربية، بيروت، (1397هـ-1977م).

- الشنقيطي محمد الأمين، **المصالح المرسلة**، ط1، مكتبة بن تيمية، القاهرة، 2003م.

- صقر عطية، **موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام** (د،ط)، مكتبة وهبة، القاهرة، (1427هـ-2006م).

- الطبري، أبي جعفر بن جرير، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، ت: محمود شاكر، (د،ط،ت)، مكتبة بن تيمية، القاهرة.

- عبد الحميد علي حمد محمود، " **المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة**"، أطروحة دكتوراه، مكتبة النجاح، غزة، 2009م

- الغرياني الصادق عبد الرحمان، **الفقه المالكي وأدلته**، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، بيروت، (1423هـ-2002م)

- الغزالي أبو حامد، **المستصفى**، ت: محمد سليمان الأشقر، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، (1997م) .

- قانون الأسرة الجزائري، المؤرخ سنة 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم المؤرخ في 2005م .

- قانون العقوبات، المؤرخ 1386م الموافق لسنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات.

- القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

- القانون المدني المعدل والمتمم.

- القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ت: عبد الله التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، (1427هـ-2006م).

- مسلم بن الحجاج أبو الحسن، **صحيح مسلم**، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، (د،ط،ت)، دار إحياء التراث، بيروت.

- معمري إيمان، (**ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة**)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، الجزائر، جامعة الوادي، كلية الحقوق، (2015م).

- النجار عبد المجيد، (**مقاصد الشريعة في أحكام الأسرة**، مقال مقدم للمجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء، والبحوث العدد السابع(1426هـ-2005)، دبلن، إيرلندا.

- واصل نصر فريد، **الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية**، ط1، دار الشروق، القاهرة، (1422هـ-2002م).