

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

تطبيقات الجمع بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري (الخطبة أنموذجاً)

Applications of combining the jurisprudential schools of thought in
the Algerian family law the sermon as a model

طبيي الأخضر*

¹ جامعة الجلفة، (الجزائر)، ltaibi1029@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/03/15

تاريخ القبول: 2020/11/10

تاريخ ارسال المقال: 2019/11/08

* المؤلف المرسل

الملخص:

أعرض في ثنايا هذه الدراسة أهم التطبيقات العملية التي ذهب اليها المشرع الجزائري في صور الجمع بين المذاهب الفقهية، وكيف أنه انفتح على المذاهب الفقهية الأخرى وجعلها منفذا ومخرجا لبعض الإشكالات، حيث خرج عن المرجعية الفقهية المالكية المعتمدة مغاريا وجزائريا ليس طعنا فيها بل تكيفا لما أفرزته الحروب الذكية في محاربة الإسلام عن طريق الاقتتال الطائفي والمذهبي، والذي لا قدر الله لو فتح بابه في الجزائر لأكل الأخضر واليابس وهذا ما تفتن له المشرع الجزائري سريعا.

الكلمات المفتاحية: الجمع بين المذاهب الفقهية، قانون الأسرة الجزائري، التطبيقات العملية، أحكام الخطبة

Abstract :

In this study, the most important practical application of the Algerian legislature in the form of a combination of doctrinal doctrines, how it opened up to other doctrinal doctrines and made it outlet and exit to some problems, as it emerged from the royal doctrine adopted by Morocco and Algeria, and how smart wars fought Islam through sectarian and doctrinal fighting, which God did not expect to open up the country in Algeria.

Key words: Combining doctrinal doctrines, Algerian Family Law, practical Applications, oratory provisions

مقدمة:

يلعب قانون الأحوال الشخصية دورا مهما وشديد الخطورة في تحديد العلاقات الاجتماعية بين أفراد الأسرة ، وباعتبار هذا الأخير أنه القانون الأشد صلة بالحياة اليومية للمواطنين والأكثر اقترابا وتأثيرا في الوحدة الأساسية للمجتمع، فهو الذي يحكم في شؤون الأسرة ويحدد حقوق وواجبات كل طرف ، كما أن هذا القانون يعتبر أداة ضبط لمجمل الوقائع ، كوقائع الزواج والطلاق ورعاية الأطفال والميراث الى غيرها من الوقائع ، وكما نعلم أن قانون الأحوال الشخصية في مجمل الدول العربية مستمد من الفقه الإسلامي عن طريق المذاهب الأربعة المعتمدة ، ونحن نعلم أن الجزائر مرجعيتها الفقهية معتمدة على المذهب المالكي ، لكن مع مرور الزمن وانفتاح العالم الذي أصبح قرية واحدة ، أصبحت الفتاوى التي هي على المذاهب الأخرى تصل تباعا الى المواطن الجزائري فافتتحت البعض بها والبعض الآخر بقي محافظا على المذهب المالكي ، مما شكل هذا التناقض المذهبي في المورد صعوبات قد يعصف بالأسرة الجزائرية ويلقي بها الى الطائفية المذهبية المقيتة التي دمرت دولا كانت قائمة فأصبحت في الفتن نائمة ، ومن هذا المنطلق سارع المشرع الجزائري وتفتن الى ما يحاك من دوائر في الخارج تريد النيل من انسجام المجتمع وضرب أهم مكون أساسي فيه وهي الأسرة ، فقام بتعديلات متتالية لقانون الأسرة الذي قام باستدعاء أحكامه وصياغتها من الجمع بين المذاهب الأربعة المتفق عليها ، وهذا ظاهر وجلي في التعديل الأخير لقانون الأسرة ،

وعليه فإننا سوف نعرض في مقالنا هذا التطبيقات العملية للجمع بين المذاهب الأربعة في أحكام الخطبة كنموذج يحاكي الصورة الحقيقية لمظاهر هذا الجمع .

انه لتبيان موضوع هذا المقال والبسط فيه لابد أن يمر على قواعد البحث العلمي المتعارف عليها أكاديميا وطنيا ودوليا، وذلك من أجل إعطاء صورة واضحة لما نريد الوصول اليه بهذا البحث وفي نفس الوقت نعطي للجنة الموقرة البنود العريضة لهذا البحث لكي تفينا بما تجود به من نصائح وارشادات تكون لنا حافزا نفعل به الأداة البحثية في هذا الموضوع.

1/موضوع الدراسة: ان موضوع دراستنا ينحصر بالإجمال بين موضوعين أساسيين

الموضوع الأول: دراسة فقهية إسلامية موضوعية لقانون الأسرة الجزائري نعتد فيها على أصل المذاهب الأربعة المتفق عليها والمعتمدة.

الموضوع الثاني: نبين فيه ماهي أهم التطبيقات العملية التي اخذ بها المشرع الجزائري في مظاهر الجمع بين المذاهب الفقهية والتي تطلبتها مستجدات العصر وهل هذه الاجتهادات كانت ضمن الأطر الفقهية أم خارجها.

2/أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية وموضوعية لاختيار موضوع قانون الأحوال الشخصية الجزائري والتونسي بين المرجعية الفقهية الإسلامية ومتطلبات العصر

1-2/أسباب ذاتية :

- لأن الموضوع يدخل ضمن اختصاصنا وضمن ميولتنا الشخصية، وعليه كانت لدينا الرغبة التعمق فيه ، وفهم أدق ما فيه
- أن له علاقة بموضوع تخرجنا في شهادة الماستر والتي كانت عبارة عن دراسة فقهية مقارنة لمظاهر الجمع بين المذاهب الفقهية
- أن الموضوع يعطي لي الصورة الحقيقية للمرجعية الفقهية لقانون الأسرة الجزائري وماهي أهم النقاط المضبوطة فيه.

2-2/أسباب موضوعية :

- الموضوع يندرج في سياق الضرورة العصرية الملحة.
- الموضوع يفرض نفسه وفق الاجتهادات الحديثة ومدى تليبيتها لحاجيات الانسان.
- الموضوع يجيب عن بعض التساؤلات والاشكالات التي تتسم ببعض الضبابية في المشهد الاجتماعي الأسري.

3/أهمية الموضوع :

- ابراز مدى التفاعل بين الفقه والقانون، وهل صحيح أن المرجعية الفقهية هي خادمة لمشاريع القوانين في جانب الأحوال الشخصية.

- اظهار التنوع في المنظور الاجتهادي للمشرع الجزائري.
- تبيان النوازل التي عاجلها المشرع الجزائري وكيف صنفها في الأطر الفقهية، مراعين متطلبات العصر الحديث وتقييدات الفقه الإسلامي.

4/ أهداف الدراسة :

- ✓ الوقوف على إيجابيات التأصيل الفقهي لمستجدات العصر.
- ✓ ابراز عدم التعارض بين الواقع وبين الفتاوى الفقهية القديمة أو المعاصرة.
- ✓ تبيان أثر الزواج التاريخي بين أدلة الفقه وبين أدلة الواقع وأن كلاهما يخدم الانسان ويقدمان له الحلول المرضية والمنطقية.

5/ الإشكالية:

ماهي صور التطبيقات العملية للجمع بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري في أحكام

الخطبة نموذجاً؟

6/ منهج الدراسة

سوف نعتمد لمعالجة موضوع هذا البحث المنهج التحليلي الوصفي لتحليل مواد كل من قانون الأحوال الشخصية التونسي وقانون الاسرة الجزائري.

كما سوف نعتمد المنهج المقارن بين قانون الأحوال الشخصية التونسي وبين الفقه الإسلامي هذا من جهة ومن جهة أخرى بين قانون الاسرة الجزائري والفقه الإسلامي

7/ خطة البحث المقترحة :

الخطة:

المبحث الأول: أحكام الخطبة

المطلب الأول: التعريف بالخطبة

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها

المطلب الثالث: أنواع الخطبة ومن تباح خطبتها

المبحث الثاني: تطبيقات الجمع بين المذاهب الفقهية في الخطبة

المطلب الأول: صور تطبيقات الجمع بين المذاهب في جواز العدول

المطلب الثاني: صور تطبيقات الجمع في أثر العدول عن الخطبة

المطلب الثالث: صور تطبيقات الجمع في استرداد الهدايا

المبحث الأول: الخطبة

المطلب الأول: التعريف بالخطبة

وتعريف الخطبة لغة واصطلاحاً هي:

• فرع أول تعريف الخطبة لغة:

خطبت على المنبر خطبة بالضم و خطبت المرأة خطبة بالكسر و هي ومأخوذة من الخطاب و هو الكلام أو الحديث أو التلفظ، وإما أن تكون مأخوذة من الخطب و هو الأمر المهم أو الشأن المهم و لقد ذكرت الخطبة في القرآن بالكسر حيث قال الله تعالى { ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم } سورة البقرة الآية 235 وقال الكاندلهوي الخطبة بكسر الخاء : التماس النكاح وهي ما يفعله الخاطب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل مأخوذ من الخطب أي الشأن

• فرع ثاني تعريف الخطبة اصطلاحا:

هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة و إعلام المرأة أو وليها بذلك، و قد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله، فان وافقت المخطوبة أو وليها بذلك، فقد تمت الخطبة بينهما و ترتبت عليها أحكامها و آثارها الشرعية

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها:

والخلاصة "أن الخطبة في الاصطلاح هي التماس التزويج والمحاولة عليه، أو هي طلب الرجل التزويج بالمرأة، أو هي إظهار الرجل رغبته في التزويج بامرأة، سواء أكان له التماس التزوج بها نفسه أم بمن ينوب عنه أم من وليها، فإذا وافقت هي أو وليها كان ذلك بمثابة اتفاق مبدئي على الزواج وهذا الاتفاق لا يرقى الى مرتبة الالتزام".

المطلب الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها

الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة النبوية المطهرة

أ- الكتاب: قال الله تعالى { ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم } سورة البقرة الآية 235

ب - السنة النبوية الشريفة: مشروعة بالسنة القولية والفعلية والتقريرية

❖ ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب حفصة من أبيها عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ثم تزوجها ثم تزوجها صلى الله عليه وسلم (صحيح البخاري كتاب النكاح باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير طبعة دار الكتاب العربي صفحة 1077 رقم الحديث 5122)

❖ روى البخاري عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلأبي بكر رضي الله عنه فقال له أبوا بكر إنما أنا أخوك: "أنت أخي في دين الله وكتابهوهي لكحلل ""(صحيح البخاري كتاب النكاح

باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير طبعة دار الكتاب العربي صفحة 1069 رقم الحديث 508

❖ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض " (الترمذي سنن الترمذي كتاب النكاح باب جذما جاء اذا جائكم من ترضون دينه فزوجوه مكتبة المعارف الرياض صفحة 256 رقم الحديث 1084)

حكمها :

يرى جمهور العلماء أن الخطبة ليست فرضا ولا واجبا بل هي مندوبة (كتاب الفقه الإسلامي وأدلته تأليف ا.د. رمضان حافظ عبد الرحمن المجلد الثالث صفحة 1656 الطبعة الأولى دار السلام) قبل انعقاد العقد وهي أخرى لدوام العشرة واستقرار الحياة الزوجية ، حيث قال الإمام مالك " هي مستحبة وهي من الأمر القلسم وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء " (الكاندهلوي أوجز المسالك إلى موطأ مالك ، ما جاء في الخطبة طبعة دار الكتب العلمية لبنان صفحة 324)

وقال داود هي واجبة (ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد جزء الثاني صفحة 3)
" فعن المغيرة بن شعبة انه خطب امرأة فقال النبي صل الله عليه وسلم (انظر ت إليها، فانه أخرى أن يؤدم بينكما) وعليه يتضح لنا أن الخطبة هي أساس من أسس مقدمات الزواج وهي تمهيد مستحب ومندوب لنيل المطلوب.

المطلب الثالث: أنواع الخطبة ومن تباح خطبتها

• فرع أول: أنواع الخطبة:

الخطبة إيمان تكون بإبداء الرغبة فيه صراحة كان يقول الخاطب أريد الزواج من فلانة، وإيمان تكون ضمنية أو بالتعريض أو بالقرائن مصداقا لقول الله تعالى " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء....." ، حيث يكون بمخاطبة المرأة مباشرة، كأن يقول: إنك جديرة بالزواج، أو يسعد بك صاحب الحظ، أو ابحت عن فتاة لائقة مثلك، ونحوها من الألفاظ الدالة على التعريض أو المحتوية على عدة قرائن. وقد قال القرافي: قال أبو بكر: " والذي مال إليه مالك في التعريض: أن يقول: إني لمعجب، ولكي محب، وفيك راغب "

• فرع ثاني: من تباح خطبتها

الخطبة — كما هو واضح ومعلوم مقدمة الزواج ووسيلته، فإذا كان الزواج بالمرأة ممنوعا شرعا كانت خطبتها ممنوعة أيضا ، وإذا كان الزواج بها مباحا شرعا ، كانت خطبتها مباحة أيضا وقد يوجد مانع شرعي مؤقت من الخطبة والزواج لذا يشترط لإباحة الخطبة شرطان

✓ الشرط الأول: ألا يحرم الزواج بها شرعا

حيث أن هناك من هن محرمات تحريما مؤبدا وذلك مصداقا لقول الله تعالى { حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاقي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاقي في حجوركم من نسائكم وربائبكم اللاقي في حجوركم من نسائكم اللاقي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وان تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيمًا { سورة النساء الآية 23 وهناك من يحرم مؤقتا كأخت الزوجة ، وزوجة الغير فالتحريم الأول لما له ضرر على الأولاد وضرر على المجتمع ولما في التحريم الثاني وهو المؤقت من أضرار النزاع والفساد

خطبة المعتدة: وهي حالة من التحريم المؤقت إذا كانت في عدة زواج سابق فانه يحرم باتفاق الفقهاء الخطبة الصريحة أو المواعدة للمعتدة مطلقا سواء عدة وفاة أو عدة طلاق رجعي أم بائن والمطلقة طلاقا رجعيا: هي التي يكون لزوجها الحق في مراجعتها مادامت في العدة، كان يكون قد طلقها طلاقا أو طلقتين

والمطلقة طلاقا بائنا: هي التي بانّت من زوجها، أي ابتعدت عنه وخرجت عن عصمته، فلا يكون له الحق في مراجعتها إلا أن تنكح زوجا غيره.

فالمعتدة من طلاق رجعي لا يجوز التلميح ولا التصريح إما المطلقة طلاقا بائنا أو المتوفى عنها زوجها فيجوز التلميح ويحرم التصريح ، كما يجوز للمعتدة نفسها أن لا تتعرض للرجال بقصد أن يرغب فيها احد وذلك حتى ينتهي تربصهن وذلك مصداقا لقول الله تعالى { والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء { سورة البقرة الآية 228 ومعنى التربص هنا الانتظار ثلاثة حيض أو ثلاثة أطهار ، كما أن الله ذكر التربص كذلك في عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وذلك في قوله تعالى { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف { سورة البقرة الآية 234

التأصيل الفقهي في خطبة المعتدة:

رأي الحنفية: تحريم الخطبة في البينونة الصغرى وذلك لإمكانية العقد عليها مجددا قبل نهاية عدتها وذلك لأنهم يرون أنه اعتداء على حقوق الزوج ومنع له من العودة إلى زوجته مرة أخرى كالمطلقة في الرجعية أما رأيهم في البينونة الكبرى فمنعوا الخطبة بالتعريض وذلك مضنة أن تكذب المرأة في عدتها

✓ الشرط الثاني - ألا تكون المخطوبة مخطوبة سابقا لخاطب آخر

حيث انه لا تحل خطبة المخطوبة* (مختصر الطحاوي صفحة 187/المذهب 47/2 القانونين الفقهية صفحة 205) إذا خطب رجل امرأة فلا يجوز لغيره أن يخاطب على خطبته وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يخاطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الذي قبله أو يأذن "

المبحث الثاني: تطبيقات الجمع بين المذاهب الفقهية في الخطبة

إن المشرع الجزائري في الخطبة والتي ما يعرف عند بعض الفقهاء بمقدمات الزواج قد جمع بين أقوال فقهاء المذاهب الأربعة وهذا ما سوف نؤصل له فقهيا في المطالب التالية وقبل تطرقنا للتأصيل الفقهي وجب علينا ذكر نص المادتين أولا لكي نبين أوجه الجمع التي تطرق لها المشرع الجزائري

نص المادتين: "المادة 5" معدلة الخطبة وعد بالزواج

يجوز للطرفين العدول عن الخطبة

إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته

وان كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته" (قانون الأسرة الجزائري الكتاب الأول الزواج والخلاله الباب الأول الخطبة والزواج القسم الأول في الخطبة قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم)

المادة السادسة: "معدلة إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون" (قانون الأسرة الجزائري الكتاب الأول الزواج والخلاله الباب الأول الخطبة والزواج القسم الأول في الخطبة قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم)

المطلب الأول: صور تطبيقات الجمع بين المذاهب في جواز العدول

نص الفقرة الثانية من المادة 5 "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "

انه قبل التأصيل الفقهي لرأي فقهاء المذاهب الأربعة وجب علينا تقديم بعض الملاحظات المهمة

✓ الملاحظة الأولى: أنه تطرق إلى تعريف الزواج في المادة 04 ثم تطرق إلى الخطبة في المادة 5 و6 وهذا

يعتبر خطأ لأن الخطبة تأتي قبل الزواج وليس بعده حيث تعتبر تمهيدا لكي نصل إلى عقد الزواج

✓ الملاحظة الثانية: نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة بل اكتفى بإظهار ما يترتب على الخطبة

باعتبارها وعد بالزواج

✓ الملاحظة الثالثة: نلاحظ أن هناك عموما في الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة في حالة عدول المخطوبة

حيث كان عليه أن يقول: "فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا ما ملك أو استهلك من

حيث قيمته" لا بد للرجوع إليها مع محمد جعيدير

بعد تقديم هاته الملاحظات سوف نتطرق إلى صور الجمع التي أخذ بها المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة

الخامسة في جواز العدول.

لقد أجاز المشرع الجزائري للطرفين العدول عن الخطبة حيث جمع بين اتفاق المذاهب كلها في جواز العدول (1) الفقه الإسلامي و أدلته ، للدكتور وهبه الزحيلي، ج7 ، دار الفكر ، ط3 ، 1998 ، ص25) حيث قال: إن الخطبة ليست زواجا وإنما هي وعد بالزواج فيجوز في (رأياكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة...) حيث إذا لم يوجد العقد فلا إلزام أو التزام ولكن يطلب خلقا ألا ينقض أحدهما وعده إلا للضرورة أو حاجة شديدة مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة ولا بد أن يحكم على المخطوبة بالموضوعية المجردة لا بالهوى أو بدون مسوغ معقول ولقد جمع المشرع الجزائري بين المذاهب كلها في جواز العدول وقبل ان نتطرق الى التأصيل الفقهي لكل مذهب نعرف مصطلح العدول لغة واصطلاحا

العدول لغة: يقال عدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولا حاد (24)

العدول اصطلاحا: هو أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة بعد تمامها وحصول الرضا منهما (25)

● تأصيل المذهب المالكي: قال القرطبي ان الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر وقال قال مالك رضي الله عنه فأما الوعد مثل أن يسأل الرجل الرجل أن يهب له الهبة فيقول نعم ثم يبدوا له ألا يفعل فما أربذالك يلزمه (أبو داود صحيح سنن المصطفى كتاب النكاح جزء الأول صفحة 335)

كما استدل المالكية على كراهة العدول عن الخطبة بالأدلة المانعة من خلف الوعد نفسه الدالة على كراهته لان الخطبة وعد بالزواج وقد استدلو بقول الله تعالى (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) الإسراء 34

وبقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أتمن خان) (البخاري الجامع الصحيح 1/21 القشيري مسلم بن حجاج دار احياء التراث العربي بيروت 1/78) والجدير بالذكر أن الوعد عند المالكية غير ملزم وهو كذلك عند الجمهور حيث نصوا على كراهة خلف الوعد (المغنياني علي بن أبي بكر الهداية شرح بداية المبتدئ المكتبة الإسلامية بيروت 1/189) وهذه آية عدم الالتزام وإلا كان خلف الوعد حراما والوعد بالخطبة يعتبر غير ملزم لان إلزامية الوعد في هذا الرأي تكون في العقود المالية لا في عقد الزواج .

تأصيل المذهبين الحنفي والحنبلي حيث ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز العدول غير أن الحنابلة قالوا بالكراهة إن كان العدول لغير غرض (ابن قدامة المدقق المغني 7/111) وان كان العدول لغرض مشروع فالجميع على عدم الكراهة كما أن الحنفية والحنابلة الذين قالوا بجواز العدول عن الخطبة قول بن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول نهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع البعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الذي قبله ا وان يأذن له الخاطب (البخاري الجامع الصحيح الجزء الخامس 1975 رقم الحديث 4848)

ومحل الشاهد حتى يترك الخاطب ففي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجاز العدول عن الخطبة في قوله الترك أو إعطاء الإذن كما أن عليا كرم الله وجهه عدل عن خطبة أبنت جهل ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقول الحنابلة أنه يجوز العدول عن الخطبة إن كان العدول لسبب وله مبرر شرعي

المطلب الثاني: صور تطبيقات الجمع في أثر العدول عن الخطبة

نص الفقرة الثالثة من المادة 5 " إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "

ماذا يترتب عن العدول: إن المشرع الجزائري في حالة العدول أثار مشكلة الضرر المادي أو المعنوي حيث أكد على وجوب الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من العدول، وبهذا المشرع الجزائري جمع بين المذهبين المالكي والحنبلي والحنيفيين نظرية التعسف في استعمال الحق. وهذا انطلاقاً من القاعدة المشهورة لا ضرر ولا ضرار.¹ حيث نجد أن هذا المذهب أخذ به خاصة الإمام أبو حنيفة والإمام مالك واليوم أصبح مبدئاً من المسلمات به في القوانين الوضعية والمعروف بمبدأ التعسف في استعمال الحق (شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون د. غنية قري طبعة أولى 1432 هـ 2011 م دار طليطلة ص 18)

المطلب الثالث : صور تطبيقات الجمع في استرداد الهدايا

نص الفقرة الأخيرة من المادة 5 " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته

وان كان العدول من المخطوبة ، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته "

وعليه فإن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي في الفصل بين الخاطب والمخطوبة في حال العدول وإذا كانا العدول من الخاطب فقد جمع المشرع الجزائري بين المذهب المالكي والشافعي والحنبلي

تأصيل المالكية إذا كان العدول من جهته فليس له الحق في استرداد ما وهب وما أهدته له المخطوبة (27) حيث نجد أنهم ميزوا بين كون الرجوع من طرف الخاطب أو كونه من طرف المخطوبة فإن كان العدول من طرف الخاطب فلا يحق له أن يسترد شيئاً من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة لأنه وهب بشرط إتمام الزواج وهو المتسبب في عدم تحقيق هذا الشرط وبالتالي لا يحق له الرجوع بشيء من هداياه أما إن كان العدول من المخطوبة فللخاطب أن يرجع عليها بكل ما قدمه من هدايا اكانت قائمة فان استهلك استرد قيمتها لأنه وهب بشرط إتمام الزواج وهي السبب في عدم تحقيق هذا الشرط فلا يحل لها الاحتفاظ بهداياه

تأصيل الشافعية في الرد ترد الهدية مطلقاً سواء كانت قائمة على حالها أم كانت غير قائمة وان هلك أو فقدت أخذ قيمتها كما أن للشافعية قولان في المسألة رجح أحدهما الرملي ورجح الآخر ابن حجر الهيتمي وهما في الترجيح سواء أي أن عليه الرجوع بما أنفقه على من دفعه له سواء كان مأكلاً أو مشرباً أم حلوى أم حلياً وسواء رجع هو أم مجيبه حتى ولو مات أحدهما لأنه إنما أنفقه لأجل أن يتزوجها فيرجع إن بقي ويبدله إن تلف (47) وان كان الرد منهم (أهل المخطوبة) رجع عليهم لأنه لم يهد لهم إلا بناء على أن يزوجه ولم يحصل غرضه فان كان الرد منه فلا رجوع له لانتفاء العلة المذكورة وهذا ما قاله المالكية

تأصيل الحنابلة العدول منه انه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهده سواء كانت موجودة ام هالكة لان الهدية في حكم الهبة ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد تقديمها

أما إذا كان العدول من المخطوبة نص المشرع الجزائري ان ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته

هنا اخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي فقط. حيث ان عدلت هي فللخاطب الحق في استرداد الهدايا سواء أكانت قائمة أم هالكة فان هلك واستهلك وجبت قيمتها وهذا حق وعدل (الفقه الإسلامي وأدلته تأليف الدكتور وهبة الزحيلي الجزء السابع صفحة 26 طبعة الثالثة 1409 هـ 1989 م)

كما قال المالكية وان كان العدول من جهتها فله الحق في استرداده الا اذا كان هناك شرط او عرف يقضي بالاسترداد او عدمه فانه يعمل بالشرط او بالعرف (كتاب الفقه الواضح من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة المجلد الثاني الدكتور محمد بكر إسماعيل صفحة 27 الطبعة الثانية دار المنار)

الخاتمة:

من خلال ما سبق نجد أنفسنا أمام هذه النتيجة وهي أن المشرع الجزائري حينما ذهب الى الجمع بين المذاهب الفقهية ذهب اليها مرغما، حيث أراد أن ينشئ بمؤسسة الأسرة بعيدا عن الصراعات المذهبية الدخيلة التي لها خلفيات أيديولوجية عالمية خبيثة، والتي مازالت اثارها قائمة في بعض الدول الشقيقة، إذا المشرع الجزائري أراد التوفيق كذلك بين الآراء الفقهية وتقريبها الى الواقع وجعلها منفذا شرعيا للمسائل الخلافية ، بهذا نصل أن التطبيقات التي ذهب اليها المشرع الجزائري في الجمع بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري تعد نموذجا يحتذى به في بعض الدول التي تعيش في ربح الخلاف المذموم الطائفي الممقوت الذي لا يسمن ولا يغني من جوع .

المراجع:

1. بلحاج، ا. (2002). قانون الاسرة الجزائري. الجزائر: الجزائر.
2. محمد زكريا ، ا. (2002). كتاب أوجز المسالك إلى موطأ مالك ما جاء في الخطبة. لبنان: دار الكتب العلمية.
3. كتاب ، ا. (2003). صحيح البخاري. في صحيح البخاري. بيروت : الجزائر.
4. كتاب ، ا. (2005). سنن الترمذي. في سنن الترمذي. دار الكتاب العربي: الرياض.
5. بداية المجتهد ، و. ا. (2008). كتاب بداية المجتهد نهاية المقتصد. في طبعة أولى . كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد . مكتبة الامام مالك: الجزائر.
6. كتاب الفقه ، و. (2018). كتاب الفقه وأدلته. في 2018. كتاب الفقه وأدلته. دار السلام : مصر العربية .
7. الشرح الكبير ، و. ح. ا. الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي. في الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي. الجزائر :
8. الفقه الإسلامي ، و. كتاب الفقه الإسلامي وأدلته . في وهبة الزحيلي. وهبة الزحيلي : دمشق.
9. الخطبة والزواج ، ف. ا. ا. كتاب الخطبة والزواج. الجزائر : بلقاسم شتوان .

10. أحكام الأسرة بينالفقه الإسلامي , و. و. ا. (2010). أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة. الجزائر: الداودي عبد القادر .
11. الفقه على المذاهب , ا. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. بيروت : عبد الرحمن الجزيري.
12. روضة الطالبين , و. و. ا. (1991). كتاب روضة الطالبين وعمدة المفتين. بيروت : ابو زكريا محي الدين.
13. شرح النووي , ع. م. (1996). كتاب شرح النووى على مسلم. دار الخير : يحيى ابو شرفزكريا.
14. طريق السالك , ف. ف. م. (2011). كتاب طريق السالك في فقه مالك. في كتاب طريق السالك في فقه مالك. بيروت : مدني الهاشم.
15. التعريفات , ا. (1983). كتاب التعريفات. بيروت : الحرجاني.