

تاريخ الاستلام: 2022/04/09

تاريخ القبول: 2022/05/29

الأحكام الثابتة والمتغيرة في تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة

الجزائري

The fixed and the varying provisions in the formation of the marriage contract in Algerian Family Law

استشهاد بن خدة *

أ.د أسية بوخاتم

جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان

جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان

istichhad.benkhedda@univ-tlemcen.dz

boukhatemassia@yahoo.fr

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

ملخص: اعتمد المشرع الجزائري على الشريعة الإسلامية لوضع أحكام قانون الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى لقيام المجتمع وذلك حرصا منه على استقرارها، لكن في المقابل ونظرا لكثرة التغييرات الطارئة على بعض نصوصه، قد أدى إلى زعزعتها لا محال والتشكيك في الانحراف عن الأحكام الثابتة للشريعة الإسلامية، والتي لا يمكن حتى أن تكون موضع اجتهاد أو نقاش، من هذا المنطلق وللتوصل لوضع تصور واضح حول أحكام الأسرة الثابتة من المتغيرة وفق مقاصد الشريعة الإسلامية تم حصر الدراسة حول أحد الموضوعات التي ثار حولها الكثير من الجدل، وهو موضوع الأحكام الثابتة في تكوين عقد الزواج وما يقابلها من متغيرات، بداية أولا بطبيعة الخطبة ومشروعية العدول عنها وفق دراسة فقهية قانونية، وتقديم مشروعية الصداق ضمن هذا العنصر نظرا لما هو سائد في العرف الجزائري ونظرا كذلك لارتباطه بمسألة العدول، ثانيا التطرق لشروط صحة عقد الزواج وذلك من خلال دراسة تحليلية وتأصيلية لنص م 09 مكرر من ق أ، وبالتالي الإشكالية المفترض طرحها في هذا الصدد، هل أن المشرع الجزائري قد راعى الثابت من أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتكوين عقد الزواج؟

كلمات مفتاحية: الأحكام الثابتة، الأحكام المتغيرة، الشريعة الإسلامية، قانون الأسرة، انعقاد الزواج.

Abstract: The Algerian Legislature laid down the provisions of the Family Law on the basis that Islamic Shari'a, as well as, the first building block for the establishment of society is the family, but in return to the large number of changes in some of its texts, and the questioning of the fixed provisions of Islamic Shari'a, from this point of view, a clear conception of the fixed and changing provisions must be developed in accordance with the purposes of Islamic Shari'a, especially, study to the subject of fixed provisions in the formation of the marriage contract, and in the other hand provisions varying. Firstly, the nature of the engagement and the legality of reversing it, and the legality of the dowry according to a legal jurisprudence study, secondly, the validity conditions of the marriage contract an establishing study of the Art 09 bis Family Law.

Keywords: Fixed provisions, Varying provisions, Islamic Shari'a, Family Law, The contracting of marriage.

مقدمة: قد حظيت الأسرة باهتمام كبير في الشريعة الإسلامية لما لا وهي عماد المجتمع وتطوره فالتطور مسألة حتمية من عدة نواحي اجتماعية وثقافية وحتى اقتصادية وبصورة طردية، حتى أن الأسرة وأحكامها يجب أن تسير هذه التطورات الحاصلة إذ أن مشكلة التغيير الاجتماعي من أصعب المشاكل التي تواجه تطبيق الشريعة الإسلامية، خصوصا بالحالة التي وجدت بها في عهدها الأولى، وبالتالي فهي دائرة غير متناهية فمن جهة تسعى الأسرة إلى بناء المجتمعات، ومن جهة أخرى تطور المجتمع هو من يضبط الأسرة ويسعى إلى تكييفها بحسب الأحوال التي صار عليها، فسنة الكون التبدل والتغيير ليغدوا الأمر السابق ماضيا والحاضر واقعا والكل ناظر للمستقبل¹، وهذا ما يترجم لنا كيف أن المشرع قد أدرج ضمن الفقرة 02 من م 01 من ق م هذا التسلسل، فمع وجود نصوص تشريعية مضبوطة لا بد وأن تكون ملزمة ولا مناص من التهرب منها، ومع ذلك قد لا يوجد نص تشريعي فيحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية بالرغم من أن الشريعة الإسلامية هي في الأساس مرجع قوانين الدول الإسلامية، إلا أنه تبقى النصوص المتسلسلة في أفاضها وفحواها هي الأحسن من حيث الممارسات العملية وسهولة الإطلاع عليها من طرف جميع شرائح المجتمع مهما كان مستواهم العلمي والثقافي بعكس الشريعة الإسلامية فهي تحوي نصوص شرعية معقدة الفهم وأحيانا ألفاظ يمكن تأويلها إلى أكثر من معنى مما يصعب حصرها ضمن نصوص جامدة، وفي حالة عدم وجود نص في الشريعة الإسلامية وهذا يستحيل من الناحية العملية يحكم القاضي بمقتضى العرف، والأصح القول أنه إذا اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة معينة وكان للعرف رأي حاسم فيها وذلك وفق ما يقتضيه النظام العام والآداب العامة، وفي ما لا يخالف فيه أحكام الدين الإسلامي الحنيف فلا حرج في إتباعه، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ولكل زمان شأنه وظروفه، وهي مصطلح تضم بداخلها العرف ولا يمكن إدراجه بعدها فهذا يأخذنا للاعتقاد بقصورها كما يرى الأستاذ بن شويخ رشيد كذلك أنه من وجهة نظر المشرع الجزائري أن الشريعة الإسلامية قد تكون عاجزة عن تقديم الحلول للقاضي عندما لا يجد نص قانوني²، ولعل م 222 من ق أ خير دليل على أن ما من نازلة ولا واقعة مستجدة إلا ولها في شريعتنا حكم يقتدى به، حيث جاء فيها ما نصه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"³، فالمشرع قد تدارك الأمر إزاء قانون الأسرة بما يناقض نص المادة 01 من ق م، واعتبر الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة لقانون الأسرة وفيها ما يغنينا عن اللجوء إلى غيرها، وترك المجال مفتوحا للقاضي لإيجاد الحلول استنادا لتنوع الأحكام الفقهية دون تقييده بمذهب فقهي معين، وليس الدين الإسلامي كله كما يفهم البعض وإنما المراد هنا مسائل المعاملات القابلة للتطور والتحديث والاجتهاد⁴، وبالتالي فالإشكاليات التي تحول دون الاستناد التام لأحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة مما سبق ذكره مرده لثلاث نقاط أساسية:

- أنه يستحيل تنظيم وحصر أحكام الشريعة الإسلامية وفق نصوص جامدة.
 - أنها تتضمن أحكام ثابتة في الكتاب والسنة والإجماع وغيرها، ولكن مع ذلك يصعب فهمها وتأويل إلى أكثر من معنى.
 - أنها في المقابل تتضمن أحكام متغيرة تنسم بالمرونة تغيير بتغير الزمان والمكان وأحوال الأفراد والمجتمعات.
 - استنادا إلى النقاط التي تم ذكرها يمكن طرح سؤالين فرعيين وإسقاط ما تم ذكره على تكوين عقد الزواج:
 - ماذا نقصد بالأحكام الثابتة والمتغيرة في تكوين عقد الزواج والتي تتخذ من الشريعة الإسلامية مرجعا لها؟
 - هل أن المشرع الجزائري من خلال تنظيمه للخطبة والزواج قد توافق مع ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية؟
- للإجابة عن هاذين التساؤلين والإشكالية العامة للدراسة تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي وفي بعض الأحيان الاستناد على المنهج المقارن، وفق ما تناولته المذاهب الفقهية من دراسات وتوضيح الاختلافات فيما بينهم، وكذا إبراز موقف المشرع الجزائري من كل مسألة

وقبل التطرق إلى دراسة الأحكام الثابتة في تكوين عقد الزواج مقدمته، مقاصده وشروطه، يجب علينا ضبط المصطلحات في مبحث تمهيدي يضم بيان المقصود بالأحكام الثابتة والأحكام المتغيرة.

مبحث تمهيدي : ضبط مصطلحي الأحكام الثابتة والمتغيرة في تكوين عقد الزواج.

يجب عدم الخلط بين الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية والتي تضمنها قانون الأسرة، وبين الأحكام الثابتة في قانون الأسرة بحد ذاته، حيث يقول في هذا الصدد الأستاذ بن شويخ رشيد وهو يعرف الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة بأنه: "يفهم من كلمة الثبات هو ما استقر من الأحكام ولا يتغير، وعادة ما نجد مستمدة من نصوص قطعية وبالتالي فهي ثابتة من حيث الأصل إلا أن ضبط أحكامها ونصوصها قد يحتاج إلى تنظيم وإعادة صياغة"، ويذكر من ضمن هذه الأحكام على سبيل المثال الزواج والطلاق وآثارهما، أحكام الميراث، النيابة الشرعية وغيرها من الأحكام المهمة والتي تتجسد في القانون نظرا لأهميتها، أما الأحكام المتغيرة التي يتضمنها قانون الأسرة فهي التي يمكن الاستغناء عنها أو إدراجها ضمن قوانين أخرى، والتي يعرفها من وجهة نظره بأنها تلك الأحكام التي أخطأ المشرع في صياغتها، سواء من حيث الشكل أو المضمون بحيث لا بد من تعديلها حتى تنسجم والمقتضيات الشرعية والقانونية⁵، وما يهمنا في هذه الدراسة هي الأحكام الثابتة في نظام قانون الأسرة والتي تتخذ من الشريعة الإسلامية مرجعا لها في التشريع، فالأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية أكثر بكثير إلا ما تعلق بكيفية تطبيقها فهي متغيرة أما أصول المسائل فهي ثابتة، وبالتالي ماذا نقصد بالأحكام الثابتة وفق هذا المعنى (المطلب الأول) وماذا نقصد بالأحكام المتغيرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الأحكام الثابتة.

الثابت من الأحكام هو ما ثبت بقواطع الأدلة أو مواضع الإجماع الصريح، فقواطع الأدلة المراد بها الأدلة القطعية في ثبوتها ودلالاتها فالحكم الثابت بدليل قطعي كالحكم الثابت بأية قرآنية قطعية أو حديث ثابت ثبوتاً مقبولاً ومتواتراً عند علماء الحديث، كقوله تعالى: "وَأَنَّهُ هُوَ حَلَقَ الرِّجْلَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى"⁶ فالآية الكريمة قاطعة في دلالتها على التزاوج بين الذكر والأنثى ويحرم ما دون ذلك فإن ما تعارفت عليه بعض المجتمعات من ارتباط خارج نطاق الزواج الشرعي تحت مسميات مختلفة سواء كانت بين المتغيرين جنسياً أو المثليين فلا تعترف به الشريعة الإسلامية زواجا ولا يترتب عنه أي أثر، وهذه الدلالة لا تقبل تأويلاً ولا تفسيراً ولا تحويراً فقد بلغت من الوضوح ما لا يقبل ذلك، بحيث قال الدكتور الدريني في هذا الصدد: "كل نص واضح في لفظه ومعناه بحيث يصبح مفسراً لإرادة الشارع قطعاً لا يحتمل التأويل من طرف المجتهد وإنما يعتبر اجتهاده باطلاً"⁷، وأما مواضع الإجماع فالمراد بها الإجماع الصريح كإجماع الصحابة على تحريم الزنى فهي محرمه بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة، والإجماع الصريح حجة قطعية لا تصح مخالفتها لثبوت أحكامها، قال الدكتور وهبة الزحيلي فيما إذا انعقد الإجماع على واقعة لمعرفة حكمها الشرعي فهو حجة قطعية يجب العمل بها وتحرم مخالفتها، ويحكم بكفر من أنكر أصل الإجماع "المسألة المجمع عليها تصبح قطعية الحكم لا تصلح بعدها أن تكون محل نزاع، فليس للمجتهدين في عصره أن يجعلوا هذه المسألة موضع اجتهاد، لأن الحكم الثابت بالإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا نسخه ولا لما يعارضه من الأدلة الظنية"⁸.

ومما سبق فإن الأحكام الثابتة هي الأحكام التي لا يجوز أن يوضع شيء منها موضع الاجتهاد أو النقاش إلا ما كان من اجتهاد في كيفية تطبيقها ومراعاة أوفق السبل لتحقيق مقصود الشارع من تشريعها.⁹

المطلب الثاني : مفهوم الأحكام المتغيرة.

الأحكام المتغيرة هي الأحكام التي مبناهما الاجتهاد والرأي، والحكم المتغير هو الحكم المستنبط من المسائل التي لم يرد فيها نص خاص كالحكم المبني على القياس أو المصلحة أو العرف أو غيرها، ووجود هذه المصادر أمر في غاية الأهمية للوصول للحكم فيما لا نص فيه، و يمكن أن يستند الفقهاء في ذلك بنصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، فكل ما يقبل التغيير بحسب الزمان والمكان فهو

متغير وكل ما لا يقبل التغيير فهو ثابت، لذلك فإن المسائل المتغيرة في قانون الأسرة قليلة ونادرة إلا ما تعلق منها بكيفية تطبيق تلك الأحكام الثابتة والعمل على تحقيق مقصود الشارع من تشريعها، ويتم التغيير بناءً على الاجتهاد وكل ما لم يقد دليل قاطع بشأنه سواء كان نص صحيح أو إجماع صريح ويكون في حالتين:

الحالة الأولى: الاجتهاد مع وجود نص ويكون فيها للاجتهاد موضعين: فقد يرد بشأنها نص لكنه يحتمل التأويل لمعاني متعددة كاختلاف الفقهاء في مسألة من بيده عقدة النكاح في قوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"¹⁰، فذهب الحنفية في المسألة وهو الصحيح من قول الشافعي إلى أنه الزوج وذهب المالكية والشافعية إلى أنه الولي، وقد يتم تنزيل ذلك النص على واقعة معينة فالجتهاد لا يعمد إلى النصوص فيطبقها بشكل آلي بل ينظر إلى الواقعة التي يود تنزيل النص عليها.

أما الحالة الثانية: فهي الاجتهاد فيما لا نص فيه ويكون بناءً على استنباط حكم جديد من الواقعة عن طريق القياس أو المصالح المرسله أو الاستحسان أو العرف، وهذه الأحكام الاجتهادية يستحيل أن تكون ثابتة لأن مبناهما الرأي والرأي يفيد الظن ولا يفيد القطع¹¹ لذلك أقر الفقهاء قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"¹².

المبحث الأول: الأحكام الثابتة والمتغيرة في مقدمة عقد الزواج.

لا يمكن الحديث في مقدمة عقد الزواج عن الثابت ذلك أن الخطبة تبنى على اتفاق بين طرفين، تتغير بتغير عقليات الناس وعاداتهم وتقاليدهم والأعراف السائدة في كل بلد، فما لم يكن موجودا في زمان ومكان معين أصبح موجودا وما هو من النظام العام والآداب العامة في دولة ما قد يكون في المستقبل مسموحا به، فقد تتدخل القوانين مثلا في تأجيل الصداق أو تحديد قيمته، إلا أنه تبقى كل من الخطبة والصداق مسألتين مفروضتين في نصوص ثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية، والاختلاف يكمن فقط في كل من طبيعة الخطبة القانونية فهناك من يراها عقدا وهناك من يراها مجرد وعد وبالتالي إمكانية العدول عنها (المطلب الأول)، كما اختلف الفقهاء حول مسألة العدول فهناك من يرى بأنها حق ولا يلزم التعويض وهناك من يعتبرها تعسفا خصوصا إذا ترتب عن هذا العدول ضرر (المطلب الثاني)، كما اختلفوا كذلك حول مسألة رد الهدايا والصداق في حالة العدول عن الخطبة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإختلاف الفقهي والقانوني حول تحديد طبيعة الخطبة ومشروعية العدول عنها.

الفرع الأول: الإختلاف الفقهي والقانوني حول تحديد طبيعة الخطبة.

من الأحكام الثابتة في الكتاب والسنة هي إبراز مكانة الخطبة لقوله تعالى: "وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"¹³، وعن جابر بن عبد الله قال، قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: "إذا خطب أحدكم امرأة، فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"¹⁴ كما بين طبيعة الخطبة وبأنها تواعد بالزواج ولا ترقى لمرتبة العقد، ذلك أنه يحرم على الخاطبين الاختلاط بينهم مخالطة الأزواج واعتبار هذا الفعل بمثابة جريمة الزنى.

وفي المقابل فإن الأحكام المتغيرة في هذا الصدد تتغير ابتداءً بتغير العرف، ومن الأحكام الشرعية ما تتبدل وتتغير تبعا لتغير الأعراف والعادات حتى أن الفقهاء صاغوا قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"، وقد بلغت المسائل التي اعتمد فيها على العرف من الكثرة والتشعب حدا يصعب حصره واستقصاؤه أو جمعه تحت ضابط واحد، إلا أن يكون تطبيقا لقاعدة "حمل المخاطب على عرفه" أو قاعدة "العادة محكمة" وما يتفرع عنها من قواعد العادة كالشرط، المعروف عرفا كالمشروط شرطا، التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، هذا ما قرره علماء التشريع الإسلامي¹⁵، واعتمدوا على العرف والعادة كأهم قاعدتين تشريعتين في بناء الأحكام لاسيما الاجتهادية منها¹⁶.

أما في الجزائر فلم يكن للعرف ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية الثابتة فيما تعلق بإجراء الخطبة وكيفية إدارتها، فقد جرت العادة في الأوساط الجزائرية أن يتم قراءة الفاتحة في مجلس الخطبة والإعلان عن قيمة الصداق المقدم معجلا أو الاتفاق على تأجيله إذا كان الخاطب يمر بضيقة مالية، كما اعتاد الناس أن يكون بين الخاطبين وأهلهم زيارات مستمرة وتبادل الهدايا في المناسبات الخاصة تحقيرا للتألف والمحبة والتقارب بينهما وإظهارا لنيتهما في الارتباط ورغبتهما في إتمام مراسيم الزواج.

لكن هذه الأعراف والعادات لا يترتب عليها أي قوة ملزمة ويقي لكلا الطرفين كامل الحرية في التبصر والتروي لمباشرة عقد الزواج أو العدول عنه، ولا تغدوا إلا أن تكون وعدا متبادلا بين الخاطبين بالزواج في المستقبل، ليس لها أي أثر ملزم كما لا يترتب على نقضها أثر وإنما إخلاف ديني بالوعد والذي كيفه بعض الفقهاء على أنه معصية نقض العهد خصوصا إن كان لغير سبب مشروع¹⁷.

ومن هذا المنطلق يجب التفرقة بين مجلس الخطبة ومجلس العقد، بحيث تبقى الخطبة وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته لا ترقى لاعتبارها عقد زواج حتى، وإن اقترنت بقراءة الفاتحة أو إلباس خاتم الخطوبة أو تبادل الهدايا أو الاتفاق على المهر كله أو بعضه أو تقديم معجل الصداق، وهو ما نصت عليه الفقرة 01 من م 05 "الخطبة وعد بالزواج..."، وما أكدته م 06 من ق أ المعدل بقولها: "إنّ اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م 09 مكرر من هذا القانون"¹⁸، وما يؤكد كذلك أن الخطبة ليست بعقد وأنه رغم وجود موانع مشتركة بين الخطبة والزواج إلا أن هناك موانع خاصة بالخطبة وحدها، ومن بينها خطبة الرجل على رجل، فعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: "نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض"، وفي حديث آخر: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"¹⁹، وخطبة امرأة على امرأة، والتي تغافل المشرع عن التطرق لهما بموجب نص صريح وفي رأينا يكمن مرد ذلك في إقرار إمكانية الرجوع عنها، كما يمكن للموانع المؤقتة في الزواج أن لا تكون مانعا للخطبة فقد تكون المعتدة من وفاة على سبيل المثال ممنوعة من الزواج فقط حين انتهاء عدتها بإتفاق الفقهاء لقوله تعالى: "وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ الْبَتَّاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"²⁰، بينما يمكن التقدم لخطبتها اعتراضا في مرحلة العدة، غير أنه يمنع خطبة المحصنات من النساء كونها في عصمة زوجها، كذلك نرى أن المشرع لم يفصل في أحكام الخطبة وأعطى للقاضي الحرية التامة في إتباع أحكام الشريعة الإسلامية من خلال نص م 222 من ق أ التي تم ذكرها سلفا، ولعل ذلك تأكيد من المشرع على أن الخطبة ليست بعقد ولا تملك القوة الإلزامية للتفصيل فيها.

الفرع الثاني : الإختلاف الفقهي والقانوني حول تحديد مشروعية العدول عن الخطبة.

من الأحكام الثابتة والأدلة القطعية في الكتاب والسنة وجوب الوفاء بالخطبة وعدم العدول عنها من غير مبرر مشروع باعتبارها وعد والوعد دين، لقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا"²¹، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال، قال رسول الله ﷺ: "آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان"²²، إذ يعتبر رسولنا الكريم أن الخلاف بالوعد من علامات النفاق، فالخطبة في نظر الشريعة الإسلامية وعد بالزواج يجب الوفاء به ديانة إن لم يكن هناك سبب مشروع يبرر العدول، أما إذا وجدت أسباب ومبررات لذلك فإنه يجوز العدول، وهذا يعني أن الخطبة بطبيعتها تقوم على عدم الإلزام الجبري لأي طرف من منطلق الاختيار والتعرف على الطرف الآخر ليكون على بينة من أمره وحتى ينشأ عقد الزواج على أسس متينة لقوله تعالى: "يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَمُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"²³.

وأن الخطبة مجرد وعد فلو كان عقدا لأصبح إلزاما على الطرفين إتمام تنفيذه، وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء خلافا لمالك في بعض أقواله²⁴، وبما أنه يجوز لكلا الخاطبين العدول عن الخطبة سواء باتفاقهما أو بطلب من أحد الخاطبين، فإن هذا إن دلّ على شيء إنما

يدل على أن العدول حق خالص، وأن استعماله من غير مبرر مشروع يعد تعسفا في استعمال ذلك الحق، وقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة إلى مذهبين:

المذهب الأول: يعتبر العدول عن الخطبة حق ويقول بوجود التعسف في استعمال ذلك الحق إن كان لسبب غير مشروع، فالحق مقيد بالغرض الذي شرع لأجله وليس مطلق، وصاحب الحق له أن يمارس حقه بكل حرية على أن لا يمس بالآخرين، كما يقول الأستاذ الدريني: "أنه ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق يخول لصاحبه التصرف كيف ما يشاء، ومن دون الالتفات لحق الغير أو خروجاً عن الغاية التي شرع لأجلها ذلك الحق أو تلك الغاية غير المشروعة، ويستوجب المسؤولية في حالة نجم عن هذا التعسف في استعمال الحق ضرر أصاب الغير"²⁵، وحتى وإن كان من غير قصد فإنه لا يعتاد بنية موقع العدول ما دام قد ألحق ضرراً بالغير، كأن يسافر الخاطب إلى بلد أجنبي ابتغاء العلم ومكث عدة سنوات ترتب عن ذلك أن تزوج في المهجر وفسخ الخطبة الأولى، ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة قصد من خلالها الإضرار بالمخطوبة، ومع ذلك يعتبر ما قام به من قبيل الضرر المعنوي ويرتب المسؤولية "إذا ألحق بالطرف الآخر ضرر محقق مادي أو أدبي"، فربما قد فوت عليها فرصة الزواج أو أنها تقدمت في السن أو قد يثير تصرفه الشكوك حولها.

المذهب الثاني: انقسم إلى قولين فالقول الأول يرى بأن العدول عن الخطبة بدون مبرر لا يعد تعسفا في استعمال الحق، ذلك أن العدول لا يعتبر حقا من وجهة نظرهم وإنما يعتبر رخصة، واستندوا في ذلك على أن الحق سلطة تثبت للشخص قانونا غايته تحقيق مصلحة مشروعة أي بالنظر إلى الغاية، وانتقد هذا القول والرد عليه يتمثل في أن الخطبة حق مشروع وأنها في ذات الوقت وسيلة لتحقيق غاية مشروعة وهي عقد الزواج²⁶، أما القول الثاني فيرى بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي يعتبر خطأ تقصيري استنادا لطبيعة الخطبة باعتبارها وعد، ويجب أن تتوافر نية الإضرار فهو لا يعتبر تعسفا في استعمال الحق لأنهم لا يعتبرون العدول حق، وتعتبر مسؤولية تقصيرية لعدم وجود عقد لأنهم يرون أن الخطبة مجرد وعد استنادا إلى ما اتفق عليه جمهور الفقهاء²⁷.

أما موقف المشرع الجزائري فقد جمع بين المذهبين ولكنه في نفس الوقت وقع في تناقض وخلط عندما اعتبر من جهة العدول حق وفق الفقرة 02 من م 05 "يجوز لكلا الطرفين العدول عن الخطبة" وأن استعماله بطريقة غير مبررة يعتبر تعسفا في استعمال ذلك الحق ومن جهة أخرى أدرج التعسف في استعمال الحق من قبيل المسؤولية التقصيرية وفق القانون رقم 05-10-28 ضمن م 124 مكرر من الفصل الثالث من الباب الأول المعنون بالفعل المستحق للتعويض، والتي ألغت م 41 من الأمر رقم 75-58²⁹ والتي كانت مدرجة ضمن الفصل الأول من الباب الثاني المعنون بالأشخاص الطبيعية باعتبارها من الحقوق الشخصية، بالرغم من أن المذهب الثاني الذي يرى بأن العدول عن الخطبة لسبب غير مبرر يعتبر خطأ تقصيري قد انتقد على أساس أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلا غير أن الفعل في التعسف مشروع في الأصل، وأن العدول عن الخطبة حق مشروع في الأصل لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعماله وانحرف عن الغاية التي شرع من أجلها.

المطلب الثاني: التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة من الناحية الفقهية والقانونية.

الفرع الأول: رأي الفقهاء في مسألة التعويض.

لم يكن للعدول عن الخطبة عند الفقهاء القدامى أي إشكال يثير اجتهادات أو كتابات فيما يخص هذا الموضوع ومرد ذلك لاعتبارات كثيرة نذكر منها ندرة وقوع الخطبة في زمانهم وإن وقعت فهي قليلة جدا مقارنة بما هي عليه في وقتنا الحالي، كما أن عصرهم يتسم بالوضوح في المعاملة وعدم المراوغة والخداع، وبالتالي ندرة حدوث العدول إذ أنهم كانوا متمسكين بدينهم ومتبعين لمناهجه أحسن اتباع سواء ما تعلق بالرؤية الشرعية أو الخلوة أو عدم ظهور المرأة بمفردها أمام الناس، وبالتالي لم يكن هناك مجال للإضرار بالطرف الآخر إذا ما حدث العدول، مستندين للقواعد الأصولية كقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"³⁰ وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"³¹، أما في زماننا

الحالي تعيش البشرية عالم من المتغيرات في ظروف الحياة ومفاسد الأخلاق وضعف الوازع الديني والتأثر بالعادات والمفاهيم الغربية وبالتالي كان هناك اختلاف بين الفقهاء المعاصرين حول إقرار التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة إلى ثلاث مذاهب :
المذهب الأول يرى بعدم التعويض واستندوا في قولهم على ما يلي:

- أنه يفترض علم الطرف المضرور بأن الضرر الذي لحقه كان نتيجة طبيعية لاستعمال الطرف الآخر حقه الشرعي في العدول.
- أن الزواج عقد الحياة الخاصة ومن الأمور الشخصية التي ليس للسلطان سبيل فيه، وبالتالي للخاطبين الحرية المطلقة في العدول عنه بدون إكراه، وأن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الأسباب والدوافع من ورائه، ما يؤدي إلى كشف حياة الناس الخاصة وإظهار عيوبهم حتى يتسنى بيان الضرر الناشئ وتقديره وتحديد قيمته وهذا أمر عظيم مقارنة بالضرر الذي يراد دفعه.
- أن الحكم بالتعويض يفقد الخطبة مزاياها والحكمة من مشروعيتها وتصبح أشبه بالزواج وليست مجرد مقدمة من مقدماته ومرحلة للتعرف فحسب، من ناحية الإلزام وإكراه الطرفين وحملهما على إتمام عقد زواج لا يرتضيانه وذلك لتفادي ما يرتبه العدول من تعويض.
- استنادا لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" فإن من يمارس حقا مشروعاً له أو مباحاً شرعاً لا يكون مسؤولاً عما يرتبه من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية، نظراً لأن المسؤولية تنشأ عن الاعتداء ونية الإضرار بالغير في حين أن أحد الخاطبين لا يعتبر معتدياً وإنما مستعملاً حقه الخالص في العدول³².

المذهب الثاني: يرى بوجوب التعويض كاملاً، واستدلوا في ذلك لقول رسول الله ﷺ "لا ضرر ولا ضرار" ووجه الدلالة فيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قد نهي عن إيقاع الضرر، وبالتالي يجب معاقبة كل من يخالف هذا النهي، والاستدلال بقاعدة "الضرر يزال"³³ والضرر لا سبيل لإزالته إلا بالتعويض، كما يرى أصحاب هذا المذهب أن الخطبة وعد العدول عنها حق ولكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر، وبالتالي اعتباره تعسفاً في استعمال الحق ما يستوجب التعويض.

المذهب الثالث: يرى بتجزئة التعويض، حيث يقول أصحاب هذا المذهب أن مجرد العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض، غير أنه إذا نتج عن هذا العدول ضرر فإنه يوجب التعويض، وقد استدلوا في ذلك بما استدل به أصحاب المذهب الثاني من أقوال بالإضافة لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أي أن حق العدول المقرر شرعاً لا مسؤولية فيه، وقد اختلف أصحاب هذا المذهب أنفسهم إلى قولين فيما إذا كان التعويض ينصب على الأضرار المادية والمعنوية أم أنه يقتصر على الضرر المادي فقط دون الضرر المعنوي.

القول الأول: يرى بأن التعويض ينصب على الأضرار المادية فقط دون الأضرار المعنوية، ويقول أبو زهرة قولاً وسطاً بحيث لا يقرر التعويض في العدول عن الخطبة لأنه حق، إلا إذا كان مقترباً بسوء نية ورتب ضرراً فإنه في هذه الحالة يلزم بالتعويض، وعلى ذلك قسم الضرر إلى نوعين:

- ضرر ينشأ ولأحد الخاطبين يد فيه يوجب التعويض.
 - ضرر ينشأ عن مجرد العدول ولا دخل للعدول في توقيع الضرر فإنه لا يوجب التعويض.
- القول الثاني: أنه يجب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي وقد اشترطوا في ذلك ثلاثة شروط:
- أن يثبت أن العدول لم يكن للمضرب سبب فيه.
 - أن العدول قد رتب ضرر مادي أو معنوي.
 - أن الخاطب كان مصمم على إتمام عقد الزواج³⁴.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.

من خلال نص م 03/05 من ق أ والتي نصها كالاتي: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، يفهم بأن المشرع الجزائري قد أخذ بجواز الحكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر، أي أنه يجب أن يقتزن فعل العدول بضرر حتى نكون أمام مسؤولية توجب التعويض بمفهوم المخالفة فإن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا في التعويض كما سبق القول، فإن العدول عن الخطبة حق خالص لكل من الطرفين وفق ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما انتهجه المشرع الجزائري والقوانين العربية، وكان هناك خلاف حول وجود نية سيئة في العدول أم حسنة أو لم تكن هناك نية، والمذهب الراجح لا يعتقد عن سبب العدول وبيان الدوافع والمبررات التي تدفعه للعدول كون البحث في نية الطرف العادل عن الخطبة يتناقض مع النظام العام والآداب العامة، ويكفي في ذلك أن العدول عن الخطبة قد سبب ضررا للطرف الآخر يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، وسواء كان ذلك الضرر مادي أو معنوي³⁵، إلا أن المشرع وقع في خلط إذ أنه يوجب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في نص م 05 من ق أ من غير الاعتداد بنية المتسبب في الضرر، في حين أنه بالرجوع إلى م 124 مكرر من ق م فإنه يعتبر الفعل من قبيل التعسف في استعمال الحق إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

المطلب الثالث : الاختلاف الفقهي والقانوني حول مصير الهدايا والصدقات في حالة العدول عن الخطبة.

الفرع الأول : مصير الهدايا في حالة العدول عن الخطبة.

جرى العرف بين الناس أن يقدم الخاطب للمخطوبة بعض الهدايا وقد تقدم هي للخاطب شيئا منها، والهدف من ذلك تحقيق التآلف والمحبة والتقارب بينهما وبين أسرتهما وإظهار الرغبة في إتمام عقد الزواج، فعن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: "تهادوا تهابوا"³⁶ إلا أنه إذا حصل أن قدم أحد الخاطبين أو كلاهما للطرف الآخر هدايا ثم عدل أحدهما أو كلاهما عن إتمام الخطبة فما حكم ما قدم من هدايا؟ قد اختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا بين الخاطبين إلى خمس مذاهب:

المذهب الأول: وهو رأي الحنفية والظاهرية يرون بأن الهدية تأخذ حكم الهبة، فإن كانت قائمة وجب ردها عينا أما إن هلكت أو استهلكت فلا ترد، وذلك تماشيا مع المبدأ العام في المذهب من عدم الرجوع في الهبة إن وجد مانع من موانع الرجوع³⁷.

المذهب الثاني: وهو رأي المالكية في الراجح والشافعية في قول والحنابلة بالنظر إلى من وقع منه العدول فإذا عدل الخاطب فليس له أن يسترد الهدايا التي قدمها وإن كانت قائمة، وإن عدلت المخطوبة أو أهلها وجب عليها رد الهدايا القائمة أو قيمتها إن هلكت، وكذلك الحال بالنسبة للهدايا المقدمة من جهة المخطوبة فإن عدلت عن الخطبة فليس لها أن تسترد شيئا من الهدايا وإن كانت قائمة، أما إن كان العدول من جهة الخاطب فإنها تسترد الهدايا القائمة أو قيمتها إن هلكت.

المذهب الثالث: رأي المالكية في قول إلى عدم الرجوع في هدايا الخطبة مطلقا، بغض النظر عن الطرف الذي وقع منه العدول ما لم يوجد عرف أو شرط يقضي بخلاف ذلك.

المذهب الرابع: رأي المالكية في قول آخر إلى أنه إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللطرف الآخر الرجوع في الهدية ما لم يوجد عرف أو شرط يقضي بخلاف ذلك³⁸.

المذهب الخامس: رأي الشافعية في المسألة إلى جواز الرجوع في الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إذا هلكت بغض النظر عن الطرف الذي عدل عن الخطبة وسواء قدمها الخاطب أو المخطوبة³⁹.

الرأي الراجح: هو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية في قول والحنابلة والذي يرون فيه بتفصيل الرجوع في الهدية بحسب الطرف الذي عدل عن الخطبة، حتى لا يلحق الطرف المتضرر بسبب العدول ضرر آخر يلزمه برد الهدايا فلا "ضرر ولا ضرار".

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وفق التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بحيث جاء في م 05 منه في فقرتها 04 و 05 ما نصه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهدها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهده له أو

قيمته وإن كان العدول من المخطوبة فعلية أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، بالرغم من أنه في بداية النص القانوني يعتقد أن المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي على إطلاقه إلا أن كلمة "الاستهلاك" تعتبر مانعا من موانع الرجوع في الهبة لدى الأحناف⁴⁰ وبالتالي فقد دمج المشرع بين مذهبين في هذه المسألة فهو من جهة يقول بإمكانية استرداد الهدايا ومن جهة ثانية يستثني من الهدايا ما استهلك فإنه لا رجوع فيها، في حين أنه في قانون الأسرة القديم رقم 84-11 كان ينتهج المشرع رأي الحنفية على إطلاقه في عدم استرداد الهدايا، فيما اختلفت القوانين العربية في حكم استرداد الهدايا وذلك بحسب اختلاف المذاهب الفقهية التي اعتمدوا عليها، تأخذ على سبيل المثال القانون المصري أخذ بالمذهب الحنفي ويعتبر الهدية في حكم الهبة ويطبق عليها القانون المدني⁴¹، إذ لا ترد الهدايا المقدمة للخاطبة بعينها إلا إذا كانت قائمة، وأخذت مدونة الأسرة المغربية بجمهور الفقهاء بتفصيل القول بالرجوع في الهدية بحسب من وقع منه العدول حيث جاء في الفصل الثالث من م 08 ما نصه: "للخاطب والمخطوبة أن يسترد الهدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله"⁴².

الفرع الثاني: مصير الصداق في حالة العدول عن الخطبة.

بالرغم من أن الصداق يعتبر أثرا من آثار الزواج وشروطا من شروطه إلا أنه ساد وسط الأعراف الجزائرية أن يدفع الخاطب لمخطوبته أو وليها في مرحلة الخطبة المهر كله أو بعضه كي يثبت نيته في إتمام الزواج وتستعد هي الأخرى له بأن تشتري الجهاز وتجهز نفسها، لكن قد يحصل العدول وتنتهي الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما ففي هذه الحالة للخاطب أن يسترد عين ما دفع إليها من مهر إن كان قائما، ومثله أو قيمته إذا كان مستهلكا باتفاق الفقهاء، لكنهم لم يفرقوا فيما إذا كان العدول من جهة الخاطب أم من جهة المخطوبة، إلى أن ذهب بعض الفقهاء المعاصرين أمثال الدكتور عقلة والعلامة مصطفى الزرقا والدكتور مصطفى السباعي إلى أنه "يجب تحديد الطرف العادل عن الخطبة لمعرفة مصير المهر، فإن كان العدول بسبب من الخاطب وكان ما دفعه من المهر قائما استرده أما إذا تحول المهر إلى جهاز فالمرأة مخيرة بين رد الجهاز أو قيمة المهر، أما إذا كان العدول من المخطوبة ألزمت برد المهر إن كان قائما ومثله أو قيمته إذا هلك أو استهلك تحقيقا لمبدأ العدالة فمن العدالة أن من يعدل يتحمل الضرر وحده"، كذلك إذا كان العدول من جهتها وكانت قد جهزت نفسها بهذا المهر، فيجب عليها أن ترد مثل المهر أو قيمته إلى الخاطب إلا إذا كان لسبب مشروع، بمفهوم المخالفة أن ما تم ذكره يكون نتيجة طبيعية لعدول غير مشروع⁴³، وهو ما تبناه المشرع المغربي من خلال نص م 9 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه، إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه"⁴⁴، في حين أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة الصداق المقدم في مرحلة الخطبة ضمن النصوص القانونية، مما يثير عدة إشكالات قانونية فيما إذا كان يأخذ حكم الهدية، وهو ما أجابت عنه المحكمة العليا في مجموعة من قراراتها أنه ما دام الزواج لم يتم فلا يحق للمخطوبة الاحتفاظ بالصداق، وفق رأي جمهور الفقهاء ولم يتوسع المشرع في ذلك بتحديد الطرف الذي صدر منه العدول⁴⁵.

المبحث الثاني: الأحكام الثابتة والمتغيرة في شروط صحة عقد الزواج.

لقد أولى القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة رعاية خاصة للأسرة واستقرارها بالتنصيب على أحكام ثابتة تدعو إلى الزواج وترغب فيه وتنظمه، لما له من قيمة إذ وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ في كتابه العظيم، لقوله تعالى: "وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا" ⁴⁶، بينما في زماننا الحالي ظهرت جماعات تدعو إلى التطور وتعالى أصوات تطالب بإحداث تغييرات في قانون الأسرة لسنة 2005، من دعاة التحرر وتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، اقتراحات تمس

الثوابت التي تعتبر قطعية في الشريعة الإسلامية، والتي يحضر المساس بها، الأمر الذي يدعونا إلى بيان الثابت من المتغير في شروط صحة عقد الزواج من أجل تسليط الضوء على هذه القضية الحساسة والمهمة في المجتمع الجزائري المتمسك بالدين الحنيف، خصوصا مسألة الأهلية والولاية (المطلب الأول) والشاهدان (المطلب الثاني) وأخيرا انعدام الموانع الشرعية (المطلب الثالث) والتي ثار حولها الكثير من الجدل.

المطلب الأول: الأهلية والولاية في عقد الزواج.

الفرع الأول: الأهلية في الزواج.

لم يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية سنا معينة للزواج كما أنه بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية لا نجد سنا محدد وإنما إشارة لسن البلوغ، لقوله تعالى في كتابه الكريم: "وَأَبْتَلُوا أَلْيَمَ إِلَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ" ⁴⁷، وأنه يجوز للصغير والصغيرة الزواج ولكن الدخول لا يتم إلا إذا كانت هناك مقدرة على الوطء لما فيه من إضرار، فعن ابن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "تزوجني رسول الله ﷺ لست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسعة سنين" ⁴⁸ بالرغم من ذلك يرى جمهور الفقهاء بأن سن البلوغ 15 سنة للذكور والإناث، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أنه 18 سنة لكليهما وقال الحنفية بأنه يتحقق في 18 بالنسبة للذكر و 17 للإناث ⁴⁹.

وبالتالي فالأهلية من المسائل التي تخضع في تقديرها للعرف السائد خصوصا وأن علامات البلوغ تختلف من منطقة لأخرى فعلى سبيل المثال نجد في المناطق الصحراوية الحارة البلوغ يكون في سن مبكر ⁵⁰، وهذا ما يراه المشرع الجزائري من خلال تحديده سن الأهلية في الزواج أما سن البلوغ فمردده للعرف وتقدير القاضي في المسألة، فقد كان ينص في قانون الأسرة القديم رقم 84-11 ضمن نص م 07 على أنه: "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة"، أما في التعديل الجديد نلاحظ تأثيره بدعاة المساواة قد مس حتى أحكام الأهلية، فقد جنح إلى توحيد سن الزواج بين الرجل والمرأة ضمن نفس المادة والتي جاءت على النحو التالي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، وهذا ما يدعونا للقول بأن هذا المنحى قد تقارب مع ما جاءت به نص م 40 من ق م في تحديد سن الرشد المدني، مما يأخذنا للقول بأن المشرع بذلك يكون قد أدرج عقد الزواج ضمن سائر المعاملات المدنية الأخرى في إتجاه واحد، وهذا ما يسقط عن عقد الزواج قيمته فما كانت عليه م 07 قبل التعديل كان أفضل فلا ندري ما دفع بالمشرع إلى تبني رأي جديد يعارض طبيعة الزواج وغاياته ⁵¹.

الفرع الثاني: الولاية في الزواج.

من الفقهاء من يرى بأن الولاية على المرأة الراشد من الأحكام الثابتة التي لا يمكن أن توضع موضع النقاش ذلك أن الطبيعة الإنسانية تبقى ثابتة لا تقبل التغيير ولا التبديل، وبذلك فإن طبيعة المرأة ثابتة وفطرتها لا تتغير مهما بلغ مستواها العلمي والثقافي ومنصبها الاجتماعي، فإنها تظل جاهلة بطبائع الرجال وتسوقها العاطفة والمغريات إلى زواج قد لا ترتضيه في المستقبل ⁵²، فيما تبقى الولاية على القاصر واجبة شرعا وقانونا، واستدلوا بقول ابن عباس عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" ⁵³ وعن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها روت عن النبي ﷺ أنه قال: "أما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاثا فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولي له" ⁵⁴، فالحديث صريح بأن الولاية على المرأة واجبة في الزواج، وفي المقابل من حق المرأة أن تحتصم للقاضي إذا ما حرمها وليها من الزواج بمن ترتضى به زوجها بدون مبرر، أو أنه أجبرها على الزواج من رجل يختاره هو ذو جاه ومنصب حتى وإن كان فيه عيوب كثيرة، وهو ما دلت عليه عبارة "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولي له" ⁵⁵.

وهذا ما تناوله المشرع الجزائري من خلال الفقرة 02 من م 11 من ق أ على أنه: "يتولى زواج القصر أولياءهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، وأكدته من خلال نص م 13 بقولها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

وهناك من يرى أن الولاية على المرأة الراشدة من الأحكام المتغيرة ذلك أنها كانت محل اختلاف بين الفقهاء لعدم ورود نص ثابت في الكتاب والسنة، واستدلوا بما روي عن نافع بن جبير عن ابن عباس قال، قال رسول الله ﷺ: "الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صممتها"⁵⁶، وهو ما جاء به المشرع الجزائري في الفقرة 01 من م 11 من ق أ المعدل ما نصه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

من خلال نص المادة نرى بأن المشرع قد أخذ بمذهب الحنفية بالنسبة لتزويج المرأة الراشدة نفسها إلا أنه ما يثير النقد هنا سوء اختيار الألفاظ في العبارة الأخيرة التي أضافها المشرع "أو أي شخص تختاره"، والتي لا نجد أصلا لها في الشريعة الإسلامية فكيف يعقل أن نسوي بين ولي المرأة وشخص آخر، ثم إن الحنفية في موقفهم يقيدون زواج المرأة العاقلة الراشدة بنفسها بشرط زواجها من كفاء وبمهر المثل، ويكون للولي حق الاعتراض على زواجها إذا تخلف هذا الشرط⁵⁷ وهو ما أغفله المشرع الجزائري، ونعتقد أن هذا التعارض كان نتيجة دعوات جماعات نسوية يرون بأن إخضاع المرأة للولاية يسلبها حريتها في اختيار الزوج المناسب لها.

المطلب الثاني : الشهادة في عقد الزواج.

الفرع الأول : الآراء الفقهية حول الشهادة في عقد الزواج.

ذكر الله سبحانه وتعالى الشهادة بصفة عامة في المعاملات المالية في قوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ"⁵⁸، ولعل عقد الزواج لا يقل أهمية عن عقد البيع ذلك أن الله سبحانه وتعالى وصفه بالميثاق الغليظ في كتابه العظيم، أما ظاهر هذا النص القرآني فإنه لم يشترط الشهود في الزواج، فالقول بذلك يعتبر زيادة على النص حتى وإن صحت الأحاديث النبوية الشريفة في هذه المسألة إلا أنها لا تقوى على تخصيص أو تقييد مطلق الآية القرآنية⁵⁹، وبما أن الشهادة في عقد الزواج قد خضعت لاجتهادات فقهية متعددة لعدم ورود نص ثابت بشأنها فهي من الأحكام المتغيرة، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حولها فهناك من يعتبرها ركنا لا يصح الزواج بدونها وبالتالي من الأمور ثابتة الوجوب حتى يرتب الزواج آثاره، فإذا انعدمت نكون أمام زواج سري أي أنها تعتبر بمثابة الاشهاد على الزواج وهو رأي الحنفية ويكونون بذلك قد خالفوا قواعدهم الأصولية المتمثلة في أن عام القرآن لا يخص ولا يقيد بخبر الاحاد، لأنه ليس من نفس درجة الثبوت فإن عام القرآن قطعي الثبوت في حين أن خبر الاحاد ظني الثبوت⁶⁰.

بينما كان للمالكية رأي آخر في هذا الصدد إذ قالوا بأن الشهادة ليست شرطا لصحة العقد ولا شرطا للانعقاد بل شرطا للدخول، وأنه يكفي الإعلان لينشأ العقد صحيحا مرتبا لآثاره⁶¹، واستدل المالكية بقول عائشة رضي الله عنها، عن رسول الله ﷺ أنه قال: "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف"⁶²، وسندهم في ذلك زواج النبي ﷺ من حفصة رضي الله عنها من غير اشهاد على العقد، وكذلك بعض الصحابة وهم عبد الله بن عمر، علي بن أبي طالب، الزبير بن العوام، وعبد المطلب وغيرهم⁶³.

لكن يجب التفرقة بين الإعلان والاشهاد فإن المالكية بالرغم من أنهم لا يشترطون الاشهاد لصحة الزواج بل يشترطون الإعلان عنه ولكنهم استحبوا الاشهاد عند العقد فإذا لم يوجد كان واجبا عند الدخول، فإن لم يوجد كان العقد فاسدا والدخول بالمرأة معصية ويتعين فسخه⁶⁴، فالإمام مالك كان أكثر تشددا من بقية الفقهاء في ضرورة إخراج الزواج من حدود السرية إلى الإعلان عنده سدا لذريعة الاختلاف والإنكار⁶⁵، فيما ذهب آخرون من بينهم الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يتحقق الإعلان إلا بشاهدين على الأقل واعتبروا الاشهاد شرطا للصحة واستدلوا بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلى بولي وشاهدي عدل"، وهو ما ذهب إليه

جمهور الفقهاء في الجمع بين المذهبين باعتبار الأشهاد شرط للصحة من جهة واشتراط الإعلان عند الدخول من جهة أخرى، أما إذا تواصلوا على الكتمان يبطل العقد عند المالكية في حين يبقى العقد صحيحا لدى الحنفية⁶⁶.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من الشهادة في عقد الزواج.

حتى نفهم توجه المشرع الجزائري من الشهادة في عقد الزواج كان لابد من بيان متى تكون الشهادة شرطا لصحة عقد الزواج ومتى تكون شرطا للدخول وأخيرا متى تكون وسيلة لإثبات عقد الزواج، فقد اعتبر المشرع الجزائري الشهادة شرطا من شروط صحة عقد الزواج وفق ما جاءت به م 09 مكرر من ق أ وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، في حين أنه كان يعتبر الشهادة في الزواج ركنا للانعقاد وسببا لفسخ العقد في حالة غيابه مثلها مثل الولي في م 9 من القانون رقم 84-11، وهو نفس ما سارت عليه الدول العربية فنجد القانون التونسي هو أيضا اعتبر الشهادة شرطا لصحة العقد في الفصل الثالث⁶⁷.

غير أنه خالف جمهور الفقهاء في ما مصير عقد الزواج إذا ما تم بدون شاهدين بحيث يرى الحنفية والشافعية والحنابلة فيما اشتهر عن الإمام أحمد بأنه: "متى توافر شرط الشهادة في العقد كان العقد صحيحا وإذا تخلف في مجلس العقد يعتبر الزواج فاسدا قبل الدخول ولا يصح بعده ويترتب عليه ثبوت النسب بشرط عدم علم العاقدین بعدم صحة العقد فإن علما بذلك كان العقد باطلا"⁶⁸.

وهو ما كان عليه المشرع قبل التعديل بحيث كان يعتبر الشهادة واجبة عند العقد وفقدانها يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا وهذا عملا بالقانون الفرنسي، فإذا اقترن غياب الشاهدين عن مجلس العقد أثناء إبرام الزواج بغياب الولي والصداق فإنه يكون سببا من أسباب البطلان، وهو ما نصت عليه م 33 من القانون رقم 84-11 غير أنه أصبح يرى خلاف ذلك بموجب تعديل نص م 33 من الأمر رقم 02-05 إذ أصبح يعتبر الزواج الذي يتم بدون شاهدين يكون فاسدا ويفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا ما هو مقرر عند المالكية فالفسخ في الزواج يعتبر طلاقا⁶⁹.

فالمشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء في اعتبار الشهادة شرطا لصحة العقد والإعلان شرطا للدخول وهذا الأخير لا يتحقق إلا بإشهاد شاهدين على الأقل، ومن خلال نص م 33 يتبين لنا أنه يمكن تصحيح العقد الذي تم بدون شاهدين إن كان الدخول قد تم وكان المشرع يتحدث في هذا الصدد عن تثبيت الزواج العربي، وفي هذه الحالة تصبح الشهادة وسيلة لإثبات عقد الزواج.

المطلب الثالث : الموانع الشرعية للزواج.

الفرع الأول : الموانع المؤبدة للزواج.

الموانع الشرعية في الزواج من الأحكام الثابتة بنص قرآني محكم الثبوت والدلالة يجرم تأويل ألفاظه أو تحريفها، فالحلال بين والحرام بين لقوله تعالى "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَالْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَالْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِمَّنْ نَسَأْتِكُمْ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنَّ لَكُمْ تَحْلِيمًا بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلِيلُ آبَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَتَّخِعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا"⁷⁰.

أولا: المحرمات بالتأبيد المتفق فيها.

خصت الآية الكريمة بالذكر النساء اللاتي يجرم الزواج بهن تحريما مؤبدا ومؤقتا، فالمحرمات بالتأبيد ثلاثة وهن: محرمات بسبب القرابة ومحرمات بسبب المصاهرة ومحرمات بسبب الرضاع، وهذه المحرمات الثلاث لا اختلاف فيها ولا تنوير أي إشكال لورود نص ثابت بشأنها.

1- المحرمات بسبب القرابة: فالمحرمات بسبب القرابة سبعة أصناف صنف الأمهات، صنف البنات، صنف الأخوات، صنف العمات، صنف الخالات، صنف بنات الأخ، وصنف بنات الأخت لقوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ".

2- المحرمات بسبب المصاهرة:

وأما المحرمات بسبب المصاهرة فيحرم على كل من الزوجين أصول الآخر وفروعه وهي أربعة أصناف مقسمة إلى قسمين: التحريم بمجرد العقد والتحريم بشرط الدخول، التحريم بمجرد العقد يشمل ثلاثة أصناف: زوجات أصوله وإن علون فتحرم عليه زوجة أبيه وزوجة جده لأبيه وزوجة جده لأمه، سواء أدخل بها أم لم يدخل والدليل في ذلك قول الله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا" ⁷¹، زوجات فروعه وإن نزلن فتحرم عليه زوجة ابنه وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن بنته، وسواء أدخل الفرع بزوجه أم لم يدخل بها والدليل في ذلك قوله تعالى: " وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ "، أصول زوجته وإن علون وسواء دخل بزوجه أم لم يدخل بها فتحرم عليه أم زوجته وجداتها وسواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم بمجرد العقد على الزوجة والدليل في ذلك قوله تعالى: " وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ "، فيما يشمل التحريم بشرط الدخول صنفا واحدا وهو فروع زوجته وإن نزلن يعني بنات الزوجة المدخول بها من غيره وهن بنات بناتها وبنات أبنائها، فإن لم يدخل بالأم فلا تحرم عليه بناتها بمجرد العقد ودليل ذلك قوله تعالى: " وَرَبَائِبُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ " والمقصود بالربيبة في الآية الكريمة هي ابنة الزوجة من رجل آخر وتكون مرياة في حجر الزوج وذهب الأئمة الأربعة إلى تحريمها بعد الدخول سواء كانت في حجره أم لم تكن في حجره ⁷²، وقد صاغ الفقهاء في هذا الصدد قاعدة "العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات" ⁷³، وقال داود ومالك لا تحرم الربيبة إلا إذا كانت صغيرة وقت الزواج ووضعت في حجره وتكفلها تمسكا بظاهر الآية ⁷⁴.

3- أصناف المحرمات من الرضاع:

فيما ذكر المشرع الجزائري أصناف المحرمات من الرضاع من خلال نص م 28 من ق أ بحيث جاء فيها ما نصه: "يعد الطفل الرضيع دون إخوته وأخواته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، فقد حصرت هذه المادة التحريم بسبب الرضاع على الرضيع وفروعه دون إخوته وأخواته، استنادا لقول الله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ... وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ"، وعن علي بن أبي طالب قال، قال رسول الله ﷺ: "إن الله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" ⁷⁵ وهو ما نقله المشرع الجزائري حرفيا وأدرجه ضمن نص م 27 من القانون رقم 05-02 من تحريم الرضاع إذ حصره من جهة النسب دون المصاهرة فتكون التي أرضعت كالتالي ولدت، وثبت على موقفه الذي كانت تنص عليه نفس المادة من القانون رقم 84-11 المتعلق بقانون الأسرة، أخذا كذلك برأي ابن تيمية وابن القيم إلى أنه لا يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة لعدم وجود نص ثابت في القرآن الكريم أو السنة النبوية على مثل هذا التحريم.

في حين أن جمهور الفقهاء كان موسعا بحيث أجمعوا على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، وهو ما أخذ به كل من القانون المغربي في م 38 والقانون التونسي في الفصل 17 ⁷⁶.

ثانيا: المحرمات بالتأييد المختلف فيها.

أما المسائل التي لم تحتويها هذه الآيات يرجع حكمها لإجماع الصحابة أو لاجتهاد الفقهاء، وتثير إشكالات عديدة لورود الظن بشأنها من بين هذه المسائل نجد: التفصيل في مسألة الرضاع، تحريم بنت الزنى، والمحرمات بسبب اللعان.

1- التفصيل في مسألة الرضاع:

اختلف الفقهاء حول عدد الرضعات إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يحرم كثيره وقليله وهو قول المالكية والحنفية استنادا لظاهر الآية الكريمة، وأضاف الإمام مالك لمدة العامين مدة أقصاها شهرا، أي تثبت الحرمة برضعة واحدة على أن تصل إلى جوف الرضيع⁷⁷.

القول الثاني: أنه لا تحرم الرضعة والرضعتان وإنما يحرم ما فوق ذلك استنادا لقوله ﷺ في الحديث الصحيح "لا تحرم الرضعة والرضعتان"⁷⁸.
القول الثالث: أنه لا يحرم إلا ما بلغ خمس رضعات مشبعات متفرقات، وهو قول الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري، واستدلوا في ذلك بحديثين صحيحين لعائشة رضي الله عنها "أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات، فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك"⁷⁹، "ولأمره ﷺ امرأة أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة أن ترضع سالما مولى أبي حذيفة خمس رضعات ليصير محرما لها بذلك"⁸⁰.

القول الرابع: يقول ابن تيمية أنه "إذا ارتضع الطفل من امرأة خمس رضعات في الحولين قبل الفطام صار ولدها بإتفاق الأئمة الأربعة"⁸¹.

أما المشرع الجزائري فقد توسع في بيان نسبة الرضاع من غير حساب عدد الرضعات عملا بأحكام المذهب المالكي من خلال نص م 29 من ق أ على أنه يكون اللبن قليلا أو كثيرا قبل الفطام أو في الحولين لقيام التحريم بالرضاع، والتي هي الأخرى لم يغير موقفه منها بين ما هو في القانون القديم أو التعديل في سنة 2005، فقد اشترط المشرع في ذلك شرطين هما:

- أن يكون الرضاع قبل الفطام أو في الحولين إذ أنه قد يفطم الرضيع قبل مضي الحولين وبالتالي لا يعتبر الرضاع الذي يكون بعد الفطام محرما حتى وإن لم يكتمل الحولين فالعبرة في ذلك بالفطام وليس بالحولين، استنادا لقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ"⁸²، وعن هشام بن عروة عن أم سلمة قالت، قال رسول الله ﷺ: "لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام"⁸³، وعن ابن عبد الله بن مسعود أنه قال: "لا رضاع إلا ما شد العظم وأثبت اللحم"⁸⁴.

- أن يكون الرضاع محققا سواء كان اللبن كثيرا أو قليلا.

بالإضافة إلى هذين الشرطين نذكر شروط أخرى لم ينص عليها المشرع الجزائري وهي:

- أن تكون المرضعة أدمية.

- أن يكون اللبن صرفا غير مخلوط بماء بحيث يغلب عليه

- أن يصل اللبن إلى جوف الرضيع⁸⁵

من المسائل المهمة كذلك التي اختلف فيها الفقهاء وأغفل المشرع الجزائري عن ذكرها تحريم بنت الزنى والمحرمات بسبب اللعان.

2- تحريم بنت الزنى:

اختلف الفقهاء في تحريم البنت من الزنى إلا قولين: قول بالتحريم للحنفية والحنابلة بأن من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها ويحرم عليها أصول الزاني وفروعها، واستدلوا في ذلك بقول الله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ"، وقول بعدم التحريم للشافعية ودليلهم في ذلك ما روي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال "لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من نكاح"⁸⁶، وهو نفس الرأي للإمام

مالك في الموطأ استنادا لقول الله تعالى: "وَأَمَّهْتُ نِسَاءَكُمْ"، فإنما حرم ما كان من تزويج فكل زوج كان على الوجه الشرعي يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة الزواج الحلال⁸⁷، فمن راعى الدلالة اللغوية في قول الله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ" إلى آخر الآية فقال بتحريم البنت من الزنى، أما القائلون بنكاح البنت من الزنى حجبتهم في ذلك قولهم بأنها ليست بنت شرعية بدليل أنها لا ترث ولا نفقة عليها وبالتالي لا تدخل في آية التحريم لقول الله تعالى: "وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ"88، فقد انتقدوا على أساس أن المحرمة من الرضاع هي الأخرى لا يثبت في حقها لا ارث ولا ولاية ولا نفقة ومع ذلك فهي محرمة من الزواج، فكيف يباح له نكاح بنت خلقت من مائه فهي أولى بالتحريم شرعا⁸⁹.

3- المحرمات بسبب اللعان:

قال الله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمِيسَةَ أَنَّ لَعَنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمِيسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾"90، فاللعان في معنى الآية الكريمة أن يرمي الرجل زوجته بزنى وليس له شهود، عندما يحلف أمام القاضي أربع مرات بالله أنه صادق والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين وتحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين⁹¹.

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من أن اللعان من الموانع المؤبدة فلا تحل له أبدا وما ذهب إليه الحنفية أيضا مع اختلافهم فقط فيما إذا كان أحدهما كاذبا وقعت الفرقة، أما الحنفية فيرون أنه لا تقع الفرقة إلا إذا كذب نفسه، وبالتالي لا يجوز له أن يتزوجها إلا إذا كذب نفسه، وبعد أن يقام عليه الحد فعندئذ يجوز له أن يتزوجها⁹²، وهو ما نص عليه كل من المشرع التونسي في المادتين 75-76 والمشرع المغربي في م 15 نقلًا حرفيا عن ما روي عن أحمد بن عمرو عن رسول الله ﷺ: "أنه استفتى في المتلاعنين بينهم سنة أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا"⁹³.

أما المشرع الجزائري نظرا لعدم نصه على ذلك فإن جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه إذا وقع اللعان يسقط النسب ويقع التحريم بين الزوجين⁹⁴، كما تحرم بنت اللعان على الملاعن بإجماع الفقهاء إذ لا اختلاف فيه مع أن نسبها ينقطع عن أبيها ولا يثبت في حقها أحكام النسب ولكن لو استلحقها للحقته وبالتالي يثبت في حقها حرمة النكاح⁹⁵.

الفرع الثاني : الموانع المؤقتة للزواج.

الموانع المؤقتة للزواج من الأحكام الثابتة في آيات محكمات ذكرت النساء اللاتي يحرم الزواج بهن لحين زوال المانع في ستة أصناف : الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، المحصنة (أو زوجة الغير أو المتزوجة) المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، زواج المسلمة مع غير المسلم، تحريم الزواج بأكثر من أربع زوجات، ذكرهن المشرع الجزائري ضمن نص م 30 من ق أ المعدلة بالأمر رقم 05-02، وسيأتي تفصيل كل صنف على النحو التالي:

أولا: الجمع بين المحارم.

جاء في آية التحريم "وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ"، حيث جاء في الآية الكريمة تحريم الجمع بين الأختين في عصمة رجل واحد، كما أضاف نبينا الكريم إلى دائرة المحارم اللاتي يحرم الجمع بينهن عمتها وخالتها وابنة أخيها وابنة أختها، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال، قال رسول الله ﷺ: "لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها ولا على ابنة أخيها ولا ابنة أختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى"⁹⁶.

وهو ما جاء في نص م 30 المعدلة بموجب الأمر 02-05 فيما يحرم مؤقتا ما نصه: "كما يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع"، فيما أن الرضاع يأخذ حكم النسب لقوله ﷺ: "يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب" فكما يحرم الجمع بين الأختين نسبا يحرم الجمع بينهما رضاعا، وكما يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من النسب فإنه يحرم الجمع بينهما من الرضاع⁹⁷، وحتى وإن رضيت إحداهما فلا يمكن الجمع بين المحارم لما يؤدي للعداوة والبغضاء وقطيعة الأرحام⁹⁸، استنادا لما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم بين أرحامكم"⁹⁹.

وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء في حين اختلفوا فيما إذا طلق إحداهن فهل تحل له الأخرى، حيث ذهب الحنفية في هذا الصدد للقول بحرمة الجمع بين زوجته التي طلقها طلاقا رجعيًا أو طلاقا بائنا وأختها مادامت في العدة لأنها تعتبر زوجته حكما، أما المالكية والشافعية والجعفرية والظاهرية فإنهم يرون أن تحريم الجمع بين المحارم يكون حال قيام العلاقة الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي، أما إن كان الطلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى فإنه يقطع هته العلاقة، وبالتالي إذا تزوج الرجل أخت مطلقته في عدتها من طلاق بائن فلا يكون قد جمع بين محرمين¹⁰⁰.

ثانيا: المحصنات من النساء.

كما أضاف إلى آية التحريم قوله تعالى: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"¹⁰¹، والمحصنات في معنى الآية هن ذوات الأزواج باتفاق الفقهاء، إذ تكون المرأة محرمة على الغير بمجرد العقد عليها أي لا يشترط الدخول بها، ومادامت الزوجية قائمة لحين انتهائها بطلاق أو وفاة وتنقضي عدتها ففي هذه الحالة يمكن الزواج بها تفاديا لإختلاط الأنساب¹⁰²، أما إذا انقطعت الزوجية بسبب الغير كأن يطلب منه هذا الأخير أن يطلقها فإنها لا تجوز له بأية حال منعا للاعتداء على حق الغير، وإذا تزوج بها فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده ولا اختلاف بين الفقهاء في ذلك¹⁰³.

ثالثا: المعتدة من طلاق أو وفاة.

يحرم على المعتدة الزواج من الغير باتفاق الفقهاء سواء أكانت معتدة من طلاق أو وفاة حتى تنتهي عدتها، والدليل في ذلك قول الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا"

فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا¹⁰⁴، وقول الله تعالى أيضا: "وَلَا تَعَزَّمُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ" بالرغم من أن القاعدة في المعتدة من طلاق رجعي أنها لا تحرم على زوجها لأنها لا تزال في عصمته ويمكن له أن يرجعها متى شاء، إلا أنها تحرم على غيره من الرجال حرمة مؤقتة لحين الحكم لها بالطلاق واستفاء عدتها، وأما بالنسبة لاحتساب العدة من طلاق¹⁰⁵ فقد قال الله تعالى: "وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ"¹⁰⁶، فقد وجد خلاف بين الفقهاء في معنى القروء ولكل منهم مستنده من الكتاب والسنة، فهناك من الفقهاء المالكية والشافعية يفسرون لفظ القروء بالطهر، ذلك أن الرجل يطلق زوجته في طهر لم يمسه فيه، فإذا طلقها في حيض نكون أمام طلاق بدعي¹⁰⁷، لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ"¹⁰⁸، وعن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: "إذا هي حاضت ثم طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك"¹⁰⁹، وهناك من يطلق لفظ القروء على الحيض وهم الحنفية والحنابلة استنادا لقوله تعالى: "وَاللَّيْ يَبْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيْ لَمْ يَحْضُنَّ"¹¹⁰، وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: "طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان"¹¹¹، أما بالنسبة للمعتدة من وفاة فقد قال الله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ"

أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا¹¹²، ومعنى التبرص هو الإنتظار، وفي عدة الحامل قوله تعالى: "وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"¹¹³ ولا اختلاف في ذلك، ويلحق بالمعتدة من طلاق أو وفاة المستبرأة من نكاح فاسد أو شبهة إلى حين إستبراء رحمها وبيان عدم حملها بانقضاء عدتها الشرعية منعا لاختلاط الأنساب.

رابعا: المطلقة ثلاثا.

من الثابت في الكتاب والسنة أن من طلق زوجته ثلاث مرات فإنه قد استنفذ جميع الطلقات وبانت منه بينونة كبرى، وبالتالي لا يحل له أن يتزوج بها، وتحرم عليه تحريما مؤقتا حتى تتزوج من رجل آخر زواجا صحيحا بعد انقضاء عدتها ويتم الدخول بها دخولا حقيقيا، ثم يموت عنها أو يطلقها وتنقضي عدتها منه، دون أن يكون هناك اتفاق مسبق بينهما ليحلها لزوجها¹¹⁴، استنادا لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"¹¹⁵، وعن عبد الله بن مسعود قال: "لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام المحلل والمحلل له"¹¹⁶، إلا أن الاختلاف يكمن في عدد الطلقات فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول: قول الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم بأن الطلاق ثلاثا في لفظ واحد هو طلاق بدعي محرم أي أنه خارج عن السنة النبوية الشريفة كما سبق الإشارة إليه، واستدلوا في ذلك بقول الله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ"¹¹⁷، أي أن يكون الطلاق المباح في دفعتين مرة بعد مرة يمكن للزوج من خلالهما مراجعة زوجته، أما المطلقة الثالثة فلا يملك بعدها حق إرجاعها وقد ذكرها الله سبحانه وتعالى في الآية الكريمة: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"¹¹⁸

المذهب الثاني: قول الشافعية والحنابلة في رواية والظاهرية بأن جمع الرجل لثلاث طلقات في لفظ واحد لا يحرم ولا يكره وإنما يكون متروكا للاختيار، واستدلوا في ذلك بقول الله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"، أي أنه لا يوجد نص لما يخالف ذلك، وبالتالي الجمع بين الطلقات الثلاث مباح ولا يكون بدعة¹¹⁹.

ويكون القانون قد أصاب وحسم خلاف المسألة اتباعا للقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فقد أشار المشرع الجزائري إلى الطلاق ثلاثا في نص م 03/30 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02-05 وكذا م 51 من نفس القانون حيث تنص هذه الأخيرة على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، وبالتالي فإن المشرع الجزائري يقصد في نص م 51 بالطلاق البائن بينونة كبرى الطلاق ثلاث مرات متتاليات، أما المطلقة الواحدة التي يتلفظ فيها بثلاث طلقات فلا يعد طلاقا بائنا بينونة كبرى، ويمكن في هذه الحالة للزوج مراجعة زوجته ولو لم تتزوج من غيره، إذ أن الطلاق ثلاثا بلفظ واحد أو بألفاظ ثلاثة في مجلس واحد لا يقع إلا طلقة واحدة رجعية ولا تأثير للفظ فيها لما فيه من حفظ للأسرة من الضياع وإعطاء فرصة للزوج بالتريث والتروي فلا يقدم على الطلاق إلا لضرورة، وللزوجة لتعلم خطورة الأمر فلا تفتعل الأسباب للخلاف والنزاع، ولأن إيقاع الطلاق ثلاثا تفويت للتدارك عند الندم وفيه معنى معارضة الشارع¹²⁰، ومن ذلك لا نتصور في التشريع الجزائري الطلاق الثلاث إلا في حالة واحدة وهي حالة صدور ثلاث أحكام قضائية تم النطق فيها بالطلاق في مرات متتالية، وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 في م 03/39 منها، في حين أن المجلة التونسية للأحوال الشخصية ترى عكس ذلك تماما إذ تعتبر زواج الرجل من مطلقة ثلاثا محرما تحريما مؤبدا وفق نص م 19.

خامسا: زواج المسلمة بغير مسلم

لا يجوز للمسلمة الزواج بغير مسلم باتفاق الفقهاء سواء أكان مشركا أو كتابيا، حتى وإن تزوجت فإن زواجها لا ينعقد، واستدلوا بقول الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَعَاقِبُهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ وَسْئَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ أَنْفَقُوا ذَلِكَمُ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ" ﴿١٠﴾¹²¹، وقوله تعالى: "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ" ﴿٣٣﴾¹²².

في حين أن الفقهاء أجازوا للمسلم أن يتزوج بكتابية إلا أن هذه الإباحة ليست مطلقة وإنما مع الكراهة، فقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة إلى مذهبين:

المذهب الأول: يرى فيه جمهور الفقهاء أنه يجوز الزواج بالنصرانية و اليهودية استنادا لقوله تعالى: "الْيَوْمَ أَحْلَلَّ لَكُمْ الظَّيْبَتِ^١ وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَفِّحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَن يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ" ﴿١٠٠﴾¹²³

أما المذهب الثاني: فقد أسس رأيه على معرفة معنى الكتابيات وهل أن المشركات يندرجن ضمنه حيث ذهب عبد الله ابن عمر وجماعة من الفقهاء إلى جواز الزواج من الكتابيات، استنادا لقوله تعالى: "وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ^٢ وَلَا أُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ"¹²⁴، وقوله تعالى: "لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ"¹²⁵، كما نرى عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الزواج بالكتابيات مع أن هذا الزواج في أصله مباح دفعا لمفسدة أعظم، بناءً على القاعدة الفقهية: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"¹²⁶، فإن زواج المسلم من غير المسلمة أخف ضررا من الوقوع في معصية الزنى، إلا أن الأجدد بالمسلم أن يتزوج مسلمة ولا يتزوج كتابية إلا إذا دعت المصلحة الراجحة ذلك أو الضرورة القصوى لما فيه من فتنة وخطورة¹²⁷.

سادسا: تحريم الزواج بأكثر من أربعة زوجات

أو الزيادة على القدر المسموح به شرعا كما اصطلح عليه القانون التونسي، اتفق الفقهاء في ذلك على أنه يباح للرجل أن يجمع في عصمته أربع زوجات ليس بينهما قرابة محرمة، فالقاعدة أن الخامسة لا تنكح في عدة الرابعة عند عامة العلماء والأئمة الأربعة وغيرهم فإذا طلقها طلاقا رجعيا لم يكن له أن يتزوج بالرابعة ذلك أن الرجعية بمنزلة الزوجية¹²⁸، أما إذا كان طلاقا بائنا فهناك اختلاف بين الفقهاء، فذهب كل من الحنفية والحنابلة للقول بالحرمه إذ يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربعة زوجات وهو قد فارق إحداهن سواء بطلاق رجعي أو بائن ولم تنتهي عدتها بعد، وكان هذا ردا على ما ذهب إليه المالكية والشافعية والظاهرية من قول بأنه إذا كانت مطلقة ثلاثا جاز له أن يتزوج بأخرى قبل انتهاء عدة مطلقتها¹²⁹.

أما موقف المشرع الجزائري أخذ بما أقرته أحكام الشريعة الإسلامية بدون زيادة ولا نقصان، ويمثل هذا الحكم ثابتا من الثوابت إذ نلاحظ من خلال نص م 30 من ق أ المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 بالرغم من أنه قد ألغى تحريم تعدد الزوجات بأكثر من أربعة وهو

الحكم الذي كان ينص عليه في القانون القديم، غير أنه تم إدراجه ضمن نص م 08 المعدلة بالأمر رقم 02-05 من ق أ ولو بطريقة ضمنية وهو ما أدى إلى غيابه من مادة التحريم¹³⁰.

وقد استند المشرع في ذكره لموانع الزواج ضمن الفصل الثاني من القسم الثالث من الباب الأول بالآية الكريمة، يضم ثمانية مواد من م 23 إلى م 31 من ق أ.

خاتمة:

توصلت هذه الدراسة إلى أهم النتائج و الملاحظات التالية:

- نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال إعماله على أكثر من مذهب فقهي واحد قد وقع في خلط كبير سواء من حيث سوء إختيار الصياغة القانونية أو من حيث تناقض النصوص، مما أدى إلا استصعاب فهم توجهه، كما أن ذلك يجعلنا نشكك في انحرافه عن أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أنه يجب علينا أن ننظر إلى المخزون الفقهي على أنه مجموعة فقهية متكاملة لا تفاريق مذهبية¹³¹.

- فقد نراه في مشروعية العدول عن الخطبة قد دمج بين مذهبين مما أحدث تناقض وسوء صياغة النصوص فهو من جهة يرى بأن العدول عن الخطبة حق محول لكلا الطرفين يجوز ممارسته بكل حرية ومن جهة أخرى يوجب التعويض اذا ترتب عن العدول ضرر، وبالتالي تبني المسؤولية التقصيرية كما بينا سابقا، وهذا في اعتقادنا خطأ وقع فيه المشرع فإن ربط مسألة الضرر بمسألة العدول يثير إشكالات عديدة.

- أنه من خلال حديثنا عن الولاية على المرأة الراشدة وجدنا بأن المشرع لم يكن له أي سند فقهي في ذلك فمن جهة نجده قد اتبع المذهب الحنفي ومن جهة أخرى نجده قد حذف حق الولي في الاعتراض إذا ما تم زواجها من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل فقد جاء بلفظ غريب نوعا ما وهو أن تحضر المرأة أي شخص تختاره لأن يقوم مقام وليها الشرعي والقانوني.

- كما نلاحظ أنه في مواضع أخرى قد خالف المذاهب الفقهية كما فعل في نص م 33 من ق أ والتي تثير عدة إشكاليات من الناحية العملية، وكأن المشرع من خلالها قد ألغى شرط الشهادة والصداق والولي عن عقد الزواج، والذي لم يتأتى به أي مذهب من المذاهب السنية وإنما وجد أصله لدى الشيعة الذين يرون بعدم لزوم الشهادة في الزواج مطلقا¹³²، بالرغم من أننا نلاحظ تأثر المشرع بأحكام الشريعة الإسلامية من خلال عنونت الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول بالنكاح الفاسد والباطل.

بناءً على النتائج المتوصل إليها يمكن أن نقترح بعض التوصيات المتمثلة فيما يلي:

- نقترح إعادة صياغة الفقرة 03 من م 05 من ق أ حسب ما تم التوصل إليه على النحو التالي: "غير أنه إذا تبين للقاضي اضرار أحد الطرفين بالآخر سواء أكان ذلك الضرر مادي أو معنوي جاز الحكم للطرف المتضرر بالتعويض

على أن يثبت المتضرر سوء نية الطرف الآخر، وللقاضي تقدير قيمة التعويض التي يراها مناسبة لذلك"

- يجب المطالبة بتعديل م 11 من ق أ والتي تناولت الولاية في عقد الزواج بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فنحن لسنا ضد فكرة تزويج المرأة الراشدة نفسها ولكن يجب عدم إلغاء دور الولي مطلقا خصوصا وأنه كان من بين أركان الزواج، ما أدى إلى عدم تقبل هذه الفكرة لدى الأوساط الجزائرية.

- يجب إعادة النظر في نص م 33 من ق أ إذ أن ظاهرها يجعلنا نجزم بأن المشرع يشرح من خلالها عقد الزواج الباطل والفاسد إلا أن هناك خلاف في ذلك حول الفسخ والبطلان، وأن مثل هذه الثغرات القانونية هي ما ساعدت على انتشار الزواج العربي، ذلك أنه من جهة يقر المشرع بتثبيت زواج الفاتحة من خلال نص م 06 بشرط أن يتوافر على ركن الرضا والشروط المنصوص عليها في م 9 مكرر ومن جهة أخرى يقر كذلك بتثبيت الزواج الذي تخلف فيه شرط الشهادة والصداق والولي بعد الدخول بصدق المثل من خلال نص م 33 ق أ وهذا في رأينا تناقض وقع فيه المشرع.

- وبالتالي فإن أساس الإشكاليات المطروحة كلها مردها لنص م 9 مكرر من ق أ إذ أننا نجد تناولت شروط عقد الزواج ومع ذلك أدرجها المشرع تحت عنوان أركان الزواج، ليس بالأمر الملفت للانتباه لكنه يجعلنا نطالب بإعادة النظر في حسم التفرقة بين الشرط والركن.

قائمة الهوامش والمراجع:

- 1 رائد أبو مؤنس، الثوابت والمتغيرات في التشريع الإسلامي دراسة أصولية تحليلية، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية، 2004 م، ص 294.
- 2 بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 13.
- 3 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 جوان 1984، الجريدة الرسمية العدد 24، السنة 21، الصادر يوم الثلاثاء 12 رمضان 1404 الموافق ل 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15، السنة 24، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة، ص 924.
- 4 بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، د.ط، الجزائر، 2013، ص 46.
- 5 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 14.
- 6 سورة النجم، الآية 45.
- 7 فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مكتبة الجامعة الإسلامية بغزة، الطبعة الثانية، 1980، ص 41.
- 8 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، 1986، ص 538.
- 9 مسعود بن موسى فلوسي، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار للدراسات الإسلامية والإنسانية، المجلد 05، العدد 09، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص 427.
- 10 سورة البقرة، الآية 237.
- 11 عدلان مطروح، الثابت والمتغير من أحكام الرابطة الزوجية وتطبيقاتها دراسة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والاجتهاد القضائي، مجلة المعيار، مجلد 25، العدد 61 تاريخ النشر 2021/11/30، جامعة العربي التبسي، تبسة، ص 533.
- 12 أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مجلة الأحكام العدلية، م 39، دار القلم، الطبعة الثانية، سوريا، دمشق، 1989، ص 20.
- 13 سورة البقرة، الآية 235.
- 14 سنن أبي داود، الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، 202-275هـ، كتاب النكاح باب في رجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، رقم 2082، المكتبة العصرية، صيدا، الجزء الثاني، بيروت، دون سنة، ص 229.
- 15 رائد نصري جميل أبو مؤنس، المرجع السابق، ص 330-334.
- 16 رائد نصري جميل أبو مؤنس، المرجع نفسه، ص 328.
- 17 جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص 26.
- 18 الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15، السنة 24، الصادرة في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 جوان 1984، الجريدة الرسمية العدد 24، السنة 21، الصادر يوم الثلاثاء 12 رمضان 1404 الموافق ل 12 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ص 20.
- 19 صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، رقم 5142/67/45، 5144.
- 194-206 هـ، دار ابن الكثير، الطبعة الأولى، دمشق، بيروت، 1423 هـ-2002 م، ص 1311، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في كراهة أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، رقم 2080، ص 228، عن أبي هريرة، وفي حديث آخر رقم 2081 نفس الصفحة، عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر، وقال الترمذي متفق عليه.
- 20 سورة البقرة، الآية 235.
- 21 سورة الإسراء، الآية 34.
- 22 رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، رقم 24/02/33/ص 18، وفي كتاب الأدب، باب قول الله تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ** سورة التوبة، الآية 120، وما ينهى عن الكذب، رقم 78/6095/ص 1525، حديث صحيح متفق عليه.
- 23 سورة الحجرات، الآية 13.
- 24 رأي مالك ابن أنس عن الوفاء بالوعد في أربعة أقوال:

- أنه لا إلزام في الوعد ولا يقتضي بمقتضاه شيء، سواء أكان الوعد سببا للدخول في شيء أو ترك شيء ترتب عليه، أو التزامات مغارم أو لم يكن - أن الوعد ملزم ويقضى به في كل الأحوال - أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سببا لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد، كمن يعد شخصا بأن يعطيه مقدارا من المال لسد ما عليه من دين، فإنه يقضى بالوفاء لأن المدين و الدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد - أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سببا للتصرف ودخل في بذل الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد كمن يقول لشخص اشتر هذه الأرض وأنا أدفع تكاليف البناء فإنه يجب الوفاء إذا اشترى، جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 227.
- 25 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 238.
- 26 جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 240.
- 27 جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 239.
- 28 القانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426، الموافق ل 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية العدد 44 السنة 42، الصادرة يوم الأحد 19 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 26 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ص 23.
- 29 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 السنة 12، الصادرة يوم الثلاثاء 24 رمضان 1395 الموافق ل 30 سبتمبر 1975، ص 992.
- 30 أحمد محمد الزرقا، المرجع السابق، م 91، القاعدة 90، ص 449.
- 31 أحمد محمد الزرقا، المرجع السابق، م 19، القاعدة 18، ص 165.
- 32 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 255.
- 33 أحمد محمد الزرقا، المرجع السابق، م 20، القاعدة 19، ص 179.
- 34 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 261.
- 35 جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 254.
- 36 رواه البخاري في كتاب الأدب المفرد 594، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الهبات، رقم الحديث 11946، حديث حسن، طالع المرجع أحمد الشريف النعسان، الفتاوى الشرعية، كتاب الحديث الشريف، رقم 33، الجزء 14، الطبعة الأولى، 1441 هـ - 2019 م، ص 111، موقع المؤلف: www.naasan.net.
- 37 موانع الرجوع لدى الخنفيه وهي سبعة: هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له أو استهلاكها، زيادة الموهوب زيادة متصلة به كما لو أهدى لها قماشا فخاطته، موت الواهب أو الموهوب له، العوض عن الهبة، خروج الهبة من ملك الموهوب له، القرابة المحرمة بينهما، الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة، فالهدايا بين الزوجين بعد إلزام العقد بينهما لا رجوع فيه فالزوجة مانع من موانع الرجوع في الهبة.
- 38 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 248-249.
- 39 جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 250.
- 40 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 42.
- 41 محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في شرائع غير المسلمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 174.
- 42 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 44-45.
- 43 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 243-244.
- 44 بوجاني عبد الحكيم، أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية ونقدية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص 54.
- 45 راجع بوجاني، المرجع نفسه، ص 53 و ما يليها.
- 46 سورة النساء، الآية 21.
- 47 سورة النساء، الآية 06.
- 48 رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب انكاح الرجل ولده الصغير، 37/67/رقم 5133، وباب تزويج الأب ابنته من الإمام 39/67/رقم 5134/ص 1309، وباب من بنى بامرأة وهي بنت تسع سنين، 67/59/رقم 5158/ص 1315، وفي رواية مسلم في الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، 1422/1039/71/2، وفي سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب تزويج الصغار، 2/رقم 2121/ص 239، سنن الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، 18/رقم 1109/ص 233.
- 49 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 193.

- 50 سعاد سطحي، قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، الخطبة والزواج نموذجاً، مجلة المعيار، العدد 12، جامعة الأمير عبد القادر الإسلامية، قسنطينة، 2006 ص 133.
- 51 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 199، راجع كذلك: بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 87.
- 52 سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 133.
- 53 أخرجه الدار قطني 121/3، رقم 11، والبيهقي 124/7، وفي رواية لابي داود في سننه عن ابي موسى عن النبي ﷺ قال: "لا نكاح إلا بولي" كتاب النكاح، باب في الولي، رقم 2085، ص 229، حديث صحيح، راجع المرجع: بداية المجتهد ونهاية المقصد، ابي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد 520-595 هـ تحقيق محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1415 هـ - 1994 م، ص 24.
- 54 سنن ابي داود، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم 2083، ص 229، وفي سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى ابن الضحاك الترمذي تحقيق رائد بن صبري ابن ابي علفه، كتاب النكاح، باب ما جاء: لا نكاح إلا بولي، رقم 1102، وقال حديث حسن صحيح، دار الحضارة، الطبعة الثانية، الرياض 1436 هـ - 2015 م، ص 230.
- 55 مسعود فلوسي، المرجع السابق، ص 429.
- 56 سنن ابي داود، كتاب النكاح، باب في الثيب، رقم 2098، ص 222، وما جاء في سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إستثمار البكر والثيب، رقم 17، رقم 1108، ص 232، حديث متفق على صحته، رواه مسلم، في صحيحه، الجزء 2، ص 1037.
- 57 دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، إنعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 114.
- 58 سورة البقرة، الآية 282.
- 59 محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الثالثة، الأردن، 1431 هـ - 2010 م، ص 65.
- 60 محمد سمارة، المرجع نفسه، ص 66.
- 61 سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 138.
- 62 أخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، رقم 06، رقم 1089، وعن القاسم بن محمد بلفظ "أعلنوا النكاح واضربوا عليه الغريال" وقال البيهقي "أظهروا" بدل "أعلنوا"، رقم 07، رقم 290، قال خالد بن إلياس حديث ضعيف وهو متروك في التقريب، رقم 01، رقم 211، وما قاله الألباني، رقم 978.
- 63 فركوس دليلة، المرجع السابق، ص 157.
- 64 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 83.
- 65 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 429.
- 66 محمد سمارة، المرجع السابق، ص 66.
- 67 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 83.
- 68 فركوس دليلة، المرجع السابق، ص 155.
- 69 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 430.
- 70 سورة النساء، الآية 23.
- 71 سورة النساء، الآية 22.
- 72 العربي بختي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 44.
- 73 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 292.
- 74 جميل فخري محمد جائم، المرجع السابق، ص 34-35.
- 75 "إن الله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" أخرجه بهذا اللفظ وصححه الترمذي في سننه، كتاب الرضاع، باب ما جاء: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، رقم 1146، ص 241، وفي لفظ آخر "يحرم من الرضاة ما يحرم من الولادة"، أخرجه كل من مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، ص 17-22، وأبي داود في سننه كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، رقم 2055، ص 221، والبخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، رقم 67، رقم 5099، ص 1300.
- 76 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 89-90-91.
- 77 العربي بختي، المرجع السابق، ص 45.

- 78 أخرجه بهذا اللفظ مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، 20، 19، 21، وابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، الباب 35، راجع: نقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1988، ص 29.
- 79 أخرجه الترميذي في سننه، كتاب الرضاع، باب ما جاء: لا تحرم المصاة والمصتان، 3، رقم 1150، ص 241، حديث صحيح رواه مسلم في صحيحه، بشرح النووي كتاب الرضاع، 2، رقم 1075، المطبعة المصرية بالأزهر، الجزء 10، الطبعة الأولى، 1347 هـ - 1929 م، ص 29.
- 80 أخرجه أبو داود في سننه، سبق إخراجها، كتاب النكاح، باب فيمن حرم به، رقم 2061، ص 223.
- 81 نقي الدين ابن تيمية، المرجع السابق، ص 31.
- 82 سورة البقرة، الآية 233.
- 83 أخرجه وصححه الترميذي، سبق إخراجها، كتاب الرضاع، باب ما جاء أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين، رقم 1152، ص 242.
- 84 سنن أبو داود، كتاب النكاح، باب في رضاعة الكبير، رقم 2059، ص 222.
- 85 دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 170-171.
- 86 سنن ابن ماجة، أبواب النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال، رقم 2015، في رواية عن نافع عن ابن عمر، للإمام الحافظ إبي عبد الله محمد بن يزيد الربيعي ابن ماجة الفزويي، 209-272 هـ، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، الطبعة الأولى المملكة العربية السعودية، 1420 هـ - 1999 م، ص 288.
- 87 الإمام مالك ابن أنس رضي الله عنه، الموطأ، 90 - 179 هـ، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته، 28، 369، 9، رقم 1156، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 2007، ص 279.
- 88 سورة النساء، الآية 24.
- 89 نقي الدين ابن تيمية، المرجع السابق، ص 170 - 171، راجع أيضا: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 293-294.
- 90 سورة النور، الآية من 06 إلى 09.
- 91 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 54.
- 92 بن شويع رشيد، المرجع السابق، ص 97.
- 93 سنن أبو داود، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم 2250، ص 275، وفي صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب إحلاف الملاعن، 67، 68، رقم 5306، ص 1352، ما جاء في سنن الترميذي، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في اللعان، 22، رقم 1202، ص 253.
- 94 قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، في 1991/04/23، تحت رقم 69798، المجلة القضائية العدد 03، لسنة 1994، ص 54.
- 95 ابن تيمية، المرجع السابق، ص 173.
- 96 صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، 67، رقم 5109، ص 1303، وفي سنن الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء: لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، 30، رقم 1126، ص 236، وقال حسن صحيح عند عامة أهل العلم، وفي سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، رقم 2065، ص 224.
- 97 نور الدين أبو لحية، موانع الزواج، دار الكتاب الحديث، الطبعة الأولى، القاهرة، 2019، ص 86، موقع المؤلف: <http://noursalam.free.fr>
- 98 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 49.
- 99 صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، 54، 8، رقم 2723، ص 667، وكتاب القدر، الباب 4، 82، رقم 6601، ص 1636، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء 12، رقم 2065، ص 224، وكتاب الطلاق، باب في المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له، 2، رقم 2176، ص 254، وفي سنن الترميذي، كتاب النكاح، الباب 30، رقم 1126، ص 236، وكتاب الطلاق واللعان، باب لا تسأل المرأة طلاق أختها 14، رقم 1190، ص 250، وغيرهم.
- 100 بن شويع رشيد، المرجع السابق، ص 94.
- 101 سورة النساء، الآية 24.
- 102 دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 175.
- 103 راجع: نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 114.
- 104 سورة الأحزاب، الآية 49.
- 105 فركوس دليلة، المرجع السابق، ص 176.
- 106 سورة البقرة، الآية 228.

- 107 الطلاق البدعي عكس السني وهو الطلاق الذي يقع والمرأة حائض أو في نفاس أو طهر مسها فيه أو أن يقع ثلاثا في لفظ واحد وهو ينقسم إلى طلاق بدعي مكروه و محرم وبالرغم من ذلك فإنه يحتسب طلاقا.
- 108 سورة الطلاق، الآية 01.
- 109 سنن ابي داود، كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة، رقم 2185، ص 256.
- 110 سورة الطلاق، الآية 04.
- 111 أخرجه الترميذي في سننه، كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء: أن طلاق الأمة تطليقتان، 7، رقم 1182، ص 249، قال الألباني حديث ضعيف، وجاء عن محمد بن مسعود، بلفظ "القرء" بدل "العدة"، وعن أبو عاصم "عدتها حيضتان"، أخرجه أبو داود في سننه، وقال حديث مجهول، كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد، رقم 2189، ص 257، وفي سنن ماجه، كتاب الطلاق، 2079/1، ص 671.
- 112 سورة البقرة، الآية 234.
- 113 سورة الطلاق، الآية 04.
- 114 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 38.
- 115 سورة البقرة، الآية 230.
- 116 صححه الترميذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في المحلل والحلل له، 27، رقم 1120، ص 235، وجاء في حديث آخر رقم 1119، صححه الألباني عن جابر بن عبد الله عن الحارث عن علي رضي الله عنه، وأخرجه ابي داود عن الحرث عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "لعن الله المحلل والحلل له" غير صحيح، كتاب النكاح، باب في التحليل، رقم 2076، ص 227.
- 117 سورة البقرة، الآية 229.
- 118 سورة البقرة، الآية 230.
- 119 جهاد محمود عيسى الأشقر، الطلاق الثلاث بلفظ واحد في ميزان الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون، المقالة 15، المجلد 20، العدد 5، جامعة الأزهر 2018، ص 3748-3747.
- 120 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 306-307.
- 121 سورة الممتحنة، الآية 10.
- 122 سورة البقرة، الآية 221.
- 123 سورة المائدة، الآية 05.
- 124 سورة البقرة، الآية 221.
- 125 سورة البينة، الآية 01.
- 126 مجلة الأحكام العدلية، م 28، المرجع السابق، ص 19.
- 127 جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 41.
- 128 لم يتفق أصحاب رسول الله ﷺ على شيء كاتفاقهم على أن الخامسة لا تنكح في عدة الرابعة، ولا تنكح الأخت في عدة أختها، وذلك لأن الرجعية بمنزلة الزوجية راجع: تقي الدين ابن تيمية، المرجع السابق، ص 24-25.
- 129 جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 50.
- 130 دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 179.
- 131 بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 02.
- 132 دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 158.