المحاضرة الأولى

مقدمة

قانون الاسرة صدر في سنة 1984بالأمر 84-11 وقبله كان الجزائريون يتحاكمون الى أحكام الفقه الاسلامي فيما عدا بعض المراسيم التي صدرت كمرسوم 1963 الذي يحدد سن الزواج بين الرجل و المرأة بقوله : لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا، ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، وذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية، وهو مأخوذ من أحكام الفقه الاسلامي من غير أن يتقيد المشرع الجزائري بمذهب فقهي معين ويغلب عليه الأخذ بالفقه المالكي ،وإنما تقيد المشرع الجزائري في أحكام الأسرة بالفقه الاسلامي لأن الزواج في جميع (الملل والنحل) عقد ذو طبيعة خاصة فلا بد من مراعاة ذلك عند الزواج كمسألة المحرمات من النساء فليست كل امرأة تحل للزواج والذي يحددها بدقة حتى يرتفع الالتباس على الناس ، وقد قسمه المشرع الى مقدمة وأقسام أربعة وخاتمة:

مقدمة : تناول فيها أحكاما عامة
القسم الأول: يتعلق بالزواج وانحلاله.
القسم الثاني: يتعلق بالنيابة الشرعية.
القسم الثالث: المواريث أو التركات.
القسم الرابع: عقود التبرعات كالوقف والوصية والهيبة.
الخاتمة :أحكام ختامية ذكرها في الفصل الرابع من القسم الرابع

وسنخصص محاضراتنا وفق البرنامج المسطر وزاريا لسنة الثانية على الباب الأول المتعلق بالزواج وانحلاله ،وهو أكبرها على الإطلاق معتمدين في شرحنا على النصوص القانونية ومستند كل مادة من المواد القانونية من الفقه الاسلامي الذي وهو أساسها وبيان الاتجاه القضائي من خلال الاجتهادات القضائية التي قررتها المحكمة العليا لغرفة شؤون الأسرة والمواريث .

وبدأ المشرع الجزائري قبل تقسيم القانون الى أربعة كتب بأحكام عامة ضمت ثلاث مواد بين في المادة الأولى أن جميع العلاقات بين أفراد الأسرة تخضع لأحكام هذا القانون، فالمشرع حكم هذا القانون على جميع الجزائريين في علاقاتهم الأسرية لعدم وجود الطوائف الدينية بين الشعب الجزائري حتى نراعي خصوصيات كل طائفة كما هو موجود في بعض الدول كلبنان والأردن وفلسطين وسوريا فالشعب الجزائري عامته مسلم .

وأما المادة الثانية والثالثة فتكلم فيها على أهمية الأسرة ، وهي الخلية الأساسية في تكوين المجتمع، فأساس المجتمع أسرة قوامها رجل وامرأة نشأ من الاقتران بينهما بقاء الحياة ببقاء النوع الانساني من خلال تعاقب هذه الأجيال ، والتي تكون باجتماعها صلة القرابة والمصاهرة ، و قوة المجتمعات في قوة نسيجها الاجتماعي، كلما كان النسيج الاجتماعي أقوى كان المجتمع كذلك، ولذلك نبه المشرع في المادة الثالثة على أهمية هذا النسيج حيث صرح بأن الأسرة قيامها معتمدة على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة ونبذ الآفات الاجتماعية المقوض لبنية الاجتماع.

ولأهمية الأسرة في التشريع عدت النيابة العامة في التعديل الصادر بالأمر05-02 طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بالأسرة، وان كانت النيابة لا تتدخل فيما يتعلق بين الأفراد من خصومات في شقها المدني لأنها لا تخل بالنظام العام غالبا، الا أن الأسرة وان كانت العلاقة فيما بين الأفراد إلا أن المصلحة المحققة هي مصلحة عامة, فكأن المجتمع ينتدب النيابة العامة نائبة عنة في المحافظة على المجتمع لوثوق الصلة بينها وبين المجتمع.
وبعد هذه الأحكام العامة كمدخل بين يدى قانون الأسرة بدأ المشرع الجزائري بالكتاب الأول والذي هو محل دراستنا وهو متعلق بالزواج وانحلاله وهو أهم المحاور أو الأبواب في هذا القانون، وقد قسم الكتاب الأول الى بابين خص الأول منها للحديث عن الزواج والثاني عن انحلاله .
ونبدأ بالباب الأول: الزواج وقد قسمه الى فصلين خص الفصل الأول للحديث عن مقدمته ومقدمة الزواج الخطبة، ولذا كان عنوانه الخطبة والزواج وقبل الحديث عن الخطبة وهي مقدمة الزواج لابد من تعريف الزواج و جاء تعريفه في المادة الرابعة: الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و احصان الزوجين و المحافظة على الأنساب.
ويلاحظ أن هذه المادة مسها التعديل بالأمر 05-02 وسبب التعديل إضافة كلمة واحدة إلى المادة وهي رضائي ، وإن كان العقد قبل التعديل يشترط فيه الرضا بدليل التنصيص عليه في المادة 9 من أركان الزواج حيث قال يتم الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق إلا أنه لما عدل في الأركان ولم يبقي منها إلا على ركن واحد وهو الرضا كما جاء في المادة 9 المعدلة بالأمر 05-02 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين أراد أن يشير من خلال التعريف الى أن الزواج قوامه الرضا، فهو ركنه الوحيد الذي يقوم عليه ، وإن اشترط توفر شروط صحته لينعقد صحيحا غير فاسد.

الخطبة:

تعريف الخطبة:

لم يعرف المشرع الجزائري الخطبة وانما اقتصر على بيان طبيعتها القانونية وأنها وعد بالزواج كما جاء في المادة 5: الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها، ، وما دامت الخطبة هي وعد بالزواج وليست عقدا ، فلا يترتب عليها أي أثر من آثار النكاح كالخلوة بالمرأة لأنها لا تزال أجنبية عنه ، ولا يترتب عليها أي اجراء قضائي لفسخها وإنما الأمر فيها إلى الطرفين، والخطبة وإن كانت وعدا بالزواج أي وعد بالعقد إلا أن هذا الوعد غير ملزم كما هو الحال في العقود الأخرى التي يدرسها الطالب في مقياس الالتزامات ذلك أن عقد الزواج من العقود التي تنشأ من وقت انعقادها وتستمر فلا يمكن أن نلزم بهذا الوعد حتي لا نجمع بينهما كرها لاستحالة ذلك ، وأما عقود المعاوضات وغيرها فالغالب فيها أنها تنتهي في اللحظة التي تنشأ فيها، والالتزام بها كان لرفع الضرر عن الموعود له، وهنا راعى المشرع هذا الضرر في الفسخ فرفعه من خلال التعويضات التي نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 5 حيث قال: اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض .
آثار العدول عن الخطبة :قد يرتب العدول عن الخطبة نزاعا بسبب الضرر الناجم عنه والاختلاف حول حكم الهدايا والمهر المقدمين أثناءها ، وعن الفاتحة التي قرأت أثناء مجلس

الخطبة ، ولرفع النزاع بينهما فصلّ المشرع في آثار العدول عن الخطبة في المادة 5 من الفقرة الثانية والثالثة والرابعة .

التعويض عن الضرر :الخطبة وإن كانت وعدا غير ملزم إلا من الجانب الأخلاقي لأن الوفاء من المروءة إلا أنه إذا ترتب عن العدول والفسخ ضرر جاز للمتضرر منهما اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويضات كما نصت المادة 5 من الفقرة الثانية سالفة الذكر، والحكم بالتعويض هو حكم جوازي وليس وجوبي بمعنى يرجع في تقريره الى سلطة القاضي وكذلك في تقديره سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

ومستند المشرع الجزائري فيما ذهب اليه قواعد العامة للشريعة التي جاءت برفع الضرر لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وأول من تكلم عن مسألة التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة مفتي الديار المصرية محمد بخيت المطيعي لأن المسألة تعد من النوازل والتي لم يتكلم الفقهاء القدامى عنها ، لأن في زمنهم لم تكن الخطبة طويلة كما هو الحال اليوم تبقى لسنوات مما يترتب عن العدول عنها ضرر جسيم ، لا أقل من تفويت فرصا كثيره على المرأة بتقدم سنها ، فحكم المفتي بعدم أحقية المرأة بالتعويض لأنها خطبة وليست عقدا فلا الزام ولا التزام وإن كان فسخها لغير حاجة من اخلاف الوعد، و الالتزام بالعقود من الايمان (يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود) قال بخيت المطيعي : قال لا وجه أن يلتزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الأخر حقا حتى يلتزم بالتعويض ، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء، وبهذا القول أخذت محكمة الاستئناف المصرية في كثير مما عرض عليها ، ومال بعض أخر من الفقهاء المعاصرين إلى التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر لأنه من المقرر في الشريعة أنه (لا ضرر ولا ضرار) والتعويض ليس بسبب العدول ، وانما سببه الضرر الناشئ عن العدول وقد أخذت بذلك محاكم ابتدائية مصرية وأيدتها بعض محاكم الاستئناف.

وتوسط الإمام أبو زهرة القوليين فقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض ، ونص على ذلك بقوله :لأنه من المقرر فقها وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق ، ولان الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الأخر له الحق في العدول متى شاء ،فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره ولم يغرر به أحد ، و الضمان عند التغرير لاعند الاغترار.

ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد العدول, كأن يطلب نوعا من الجهاز ثم يكون العدول و الضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض, وإن لم يكن كذلك فلا يعوض وعلى هذا يكون الضرر قسمين ضرر ينشأ, وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة و العدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة و العدول من غير عمل من جانب العادل فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول تغرير والتغرير يوجب الضمان وبه أخذت محكمة النقض.

ثم بعد ذلك جاء الدكتور السباعي فقرر التعويض عن الضرر عن العدول عن الخطبة المادي والمعنوي إذا تحققت الشروط الثلاثة:

1: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

2: العدول قد ضر بها ماديا أو معنويا.

3: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة و عقلا على تأكيد خطبته و تصميمه على اجراء عقد الزواج .
وقد أشار أبو زهرة إلى هذا القول في كتابه ولم يهمله لوجاهته فقال :ويميل بعض المحدثين ممن كتبوا في الفقه إلى الحكم بالتعويض إذا نال أحد الفريقين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر، لأنه من المقرر في الشريعة أنه (لا ضرر ولا ضرار) كما ورد في الحديث الصحيح ، والضرر يزال وطريقة إزالته التعويض ، ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا هي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية ، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه ، أو تحت سمعه وبصره ،فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغرير، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقا ، وبين تعويض الضرر، لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد الأخذ الأهبة والسير في الأسباب ، وتفتح النفقات .
وبهذا القول أخذ المشرع السوري ثم الجزائري دون أن يتقيد التعويض بهذه الشروط وإنما أرجع تقدير ذلك الى سلطة القاضي التقديرية.
وأساس التعويض المسؤولية التقصيرية و ليست المسؤولة العقدية، لأن الخطبة ليست عقدا بلا خلاف، فالتعويض إذن لم ينشأ عن مجرد فسخ الخطبة بل عن الأضرار التي تترتب عن ذلك سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، وعبء الاثبات لوقوع الضرر يقع على عاتق المتضرر إذ عليه أن يثبت الضرر الذي أصابه نتيجة الفسخ.
ولو اعتبرنا الفسخ نتيجة المسؤولية العقدية فإن عبء الاثبات يقع على كاهل الخاطب الناكل ، لأن مجرد فسخ الخطبة يرتب للطرف غير الناكل الحق بالمطالبة بالتعويض مالم يثبت الناكل أن سبب العدول كان أمرا مشروعا كسوء سلوك الخطيبة.