المحاضرة الثانية

الهدايا:

فرق المشرع في مسألة الهدايا بين حالتين كما هو في المادة 5 في الفقرة الثالثة والرابعة
الحالة الأولى: إذا كان العدول منه فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدايا.
الحالة الثانية: اذا كان العدول منها ردت له ما كان قائما أو قيمته ، ومستنده في هذا التفصيل هو مذهب المالكية هو قول وجيه، لأن الخاطب إن عدل فلا يليق أن يطالبهما برد الهدايا وحسبها ما ألمّ بها بسبب العدول ، وربما تكون هذه الهدايا جبرا للخواطر بخلاف مالو كان العدول منها فلا يحق لها أن تبقى عليها، وأما سبب تعديل المادة الخامسة فهو إضافة فقرتين في الفقرة الثالثة من المادة5 وهي رده للمخطوبة لو أهدته مالم يستهلك أو قيمته، وفي الفقرة الرابعة من المادة 5 من هديا أو قيمته ، ليقرر المشرع أن الهدايا يرجع فيها بسبب العدول مالم تستهلك وهذا في التشريع القديم ، وفي التعديل الجديد يرجع فيها بما كان قائما وبقيمة ما استهلك وهو من تمام العدل ومنع التلاعب برد الهدايا بدعوى الفوات و الاستهلاك.

المهر:

لم يتطرق المشرع للحديث عن حكم المهر في الخطبة مع أن النّاس يقدمون المهر في الخطبة لتمكين المرأة من تجهيز نفسها، لأنّ المهر من متعلقات العقد وليس الخطبة، فلا تستحقه المرأة الا بالعقد ويحدد فيه و يذكر ، وهو من شروط صحته كما هو مقرر في المادة 9 مكرر و تستحقه كله بالدخول ، ونصفه بالطلاق قبل الدخول كما هو مبين في المادة 16 من قانون الأسرة فاذا قدم الخاطب مهرا للمخطوبة فله أن يسترده كاملا حالة العدول عن الخطبة بغض النظر عن العادل منهما الخاطب أو المخطوبة.

الفاتحة و الخطبة:

نص المشرع في المادة السادسة من قانون 84-11 أن الفاتحة يمكن أن تقترن بالخطبة أو تسبقها بمدة غير محدودة، و تخضع الخطبة و الفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 وسبب التنصيص على الفاتحة أن بعض المناطق في الجزائر يعبرون عنها بالزواج، فبين المشرع أن قراءتها لا تغير من طبيعة الاتفاق الذي جرى في المجلس، فإن كان المجلس مجلس خطبة فلا تعد قرأتها زواجا كما في المادة6 المعدلة بالأمر 05-02 وان كان قرأتها في مجلس العقد المستوفي لأركانه و شروطه المبينة في المادة 9 و9 مكررة من الأمر 05-02 يعتبر زواجا، وإن كانت الفاتحة تقرأ تبركا ودعا في نهاية المجلس ،فلا تعبر بذاتها عن أي شيء، وإنما التعبير يرجع فيه الى طبيعة الاتفاق، ولذلك هذا التعديل لا نرى له مبررا أصلا.

شروط الخطبة :لم يتكلم المشرع عن شروط الخطبة لسببين :
السبب الأول : اكتفى بالحديث عنها في شروط صحة الزواج ، ومنه شرط انعدام الموانع الشرعية كما يأتي تفصيله في بابه ، فكل امرأة يحل زواجها ولا يحرم بسبب من الأسباب المؤبدة كالنسب والمصاهرة والرضاع أو المؤقتة كالمعتدة وزوجة الغير تحل خطبتها .
السبب الثاني :أنه لا يترتب على مخالفة بعضها أحكام قضائية كالخطبة على الخطبة (خطبة المخطوبة) ، والخطبة في العدة ، وإنما أحكام ديانية أي الإثم والحرام ، والقانون لا يتدخل في العلاقة بينك وبين الله ، وإنما في العلاقة بينك وبين الأفراد ،ومادامت الخطبة على الخطبة وفي العدة لا يترتب عليها فسخا من الناحية القانونية ، وإنما يترتب عليها الإثم

والحرام وهذا من الأحكام الديانية لا القضائية والتي اختصت به الشريعة الإسلامية دون غيرها من التشريعات الأخرى ، ولذلك التشريع لم يتطرق إليها.

الزواج:

الزواج كما سبق تعريفه هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ولانعقاده كسائر العقود لابد من توفر أركانه وشروط صحته، وقبل الحديث عن الأركان و الشروط لابد من تعريفهما.

و الأركان جمع ركن والركن ما كان داخلا في ماهية الشيء ولا يتحقق الشيء إلا بوجوده.

والشروط جمع شرط و الشرط ما كان خارجا عن الماهية ولا تكتمل الماهية وتصح إلا به.

أركان الزواج:

اعتبر المشرع الأركان في قانون 84- 11أربعة فنص في المادة 9: يتم الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة و شاهدين وصداق، تم عدل في هذه الأركان ولم يبقي منها الا على ركن واحد كما جاء في المادة9 معدلة بالأمر 05-02 ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا التعديل و الجواب عن ذلك يرجع إلى لسببين :

السبب الأول: المشرع لم يرتب على تخلف الأركان كما هو في المواد من 32-33 نفس الحكم بل جعل الرضا في مرتبة أعلى من بقية الأركان حيث رتب على تخلفه البطلان ولم يرتب على تخلف بقيتها بمفردها البطلان بعد تصحيح العقد بعد الدخول بصداق المثل وهذا خلل وقع فيه المشرع ولرفعه جاء التعديل.

السبب الثاني: أن الاشهاد والصداق ليسا من ماهية العقد و إنما خارجان عنه فكونهما من الشروط أقرب من الأركان، و على هذا أغلب فقها المسلمين ومنهم المالكية.

التعبير عن الرضا: التعبير عن الإرادة أو الرضا قد يكون بين حاضرين في المجلس ، وقد يكون بين غائبين كالتعاقد عن طريق الرسالة أو أية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة .

التعبير عن الرضا بين حاضرين: نص المشرع في المادة 10 عن كيفية التعبير عن الرضا بالإيجاب و القبول بكل لفظ يفيد معنى النكاح ،و يلاحظ أن المشرع لم يربط الإيجاب بطرف, و إنما اعتبر أن ما صدر أولا هو الإيجاب بغض النظر عن طرفه المرأة أو الرجل وما صدر ثانيا كان قبولا من غير اشتراط ألفاظ مخصوصة فيه كالزواج والنكاح بل بكل لفظ يفيد معناه, لأن العبرة في العقود للمعاني و المقاصد و ليس للألفاظ و المباني، وهو مذهب المالكية و الحنفية في المسألة.

أما العاجز عن التعبير كالأخرص فيمكن أن يعبر عنها بالإشارة أو الكتابة ، ولم يفاضل المشرع بينهما ، وإن كانت الكتابة أظهر في التعبير من الاشارة.

ويلاحظ أن المشرع لم يفصل في شروط صحة الإيجاب والقبول لسبق التفصيل فيها في القانون المدني في القسم الثاني عند حديثه عن الرضا في العقد وكيفية التعبير عنه بدأ من المادة 59إلى غاية المادة 77 .

التعبير عن الرضا بين غائبين : المشرع لم ينص على هذه المسألة صراحة, وإنما تدخل ضمن التعبير عن الإرادة بالكتابة المنصوص عليها ، ويكون مجلس العقد مجلس قراءة الرسالة وهذا بين متعاقدين غائبين زمانا و مكانا ، أما الغائبان مكانا و الحاضران زمانا كما هو الحال في الاتصالات الحديثة بنقل الصوت و الصورة ، أو الصوت فقط فينعقد العقد بمجرد تبادله كأنهما في مجلس واحد.

شروط صحة الزواج: اشترط المشرع في المادة 9 مكرر شروطا للزواج وهي:

أهلية الزواج, الصداق, الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية.
الشرط الأول: أهلية الزواج وتكتمل أهلية الزواج للرجل و المرأة بتمام 19سنة كما ورد في المادة السابعة المعدلة وان كان قبل التعديل ببلوغ المرأة 18سنة و والرجل 21سنة وقد وحد المشرع في سن الزواج فرفع من سن المرأة من 18 الى 19سنة ليكون موافقا لما قرره في القانون المدني من تحديد سن الرشد القانوني في المادة 40: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة ، وحتى لا يكون تناقضا بين القانون المدني و الأسرة، من اعتبرها راشدة في مجال الأسرة، وقاصرة فيما دون ذلك.
ويمكن للقاضي لمصلحة أو ضرورة أن يرخص بالزواج دون هذا السن، ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار النكاح من حقوق ،والتزامات دون الرجوع الى وليه وفق المادة7.
وزاد المشرع عند حديثه عن الأهلية شرطا أخر في الأهلية في التعديل الجديد الأهلية الصحية من خلال استصدار وثيقة تثبت خلوهما من الأمراض التي تشكل خطرا على الحياة الزوجية كما نص على ذلك في المادة 7 مكرر من الأمر 05-02 : يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .
يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحريرعقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض ، أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج ، وتحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم .
وجاء المرسوم التنفيذي رقم 06-154بتاريخ 11-5-2006 يبين كيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون 84-11فجاء في المادة 3 منه : لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2أعلاه، إلا بناء على نتائج: - فحص عيادي شامل –تحليل فصيلة الدم (ABO+rhesus) وجاء في المادة 4: يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض ، وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج أو الذرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها .
ولا يصح للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بوجود الوثيقة الطبية كما جاء في المادة 6 من المرسوم التنفيذي :لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج ، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم
ولكن الموثق أو ضابط الحالة المدنية ليس لهما الحق في منع الزواج للعيوب ، والأمراض في أحد الطرفين أو في كليهما إذا أصر الطرفان عليه بعد إعلامهما بها وهو ما نصت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي : يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج .

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين .
والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا الاشتراط إذا لم تكن القدرة على المنع إذا كان بأحد الزوجين عيب يهدد الحياة الزوجية ، والجواب عن ذلك أن المشرع باشتراطه ذلك أراد أن يمنع التدليس على أحدهما لأنه يشوب الإرادة فيجعلها معيبة ، ومنعا للخصومات القضائية بسبب العيوب في أحدهما ،فكأن هذا الشرط إجراء وقائي .