



جامعة ألكى محند أولحاج البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور الإشهاد فى إثبات العلاقة الزوجية

مذكرة لنيل شهادة الماستر فى القانون
تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:
غجاتى فؤاد

إعداد الطالبة:
خالدى نبيلة

لجنة المناقشة:

الأستاذ(ة): رئيسا.
الأستاذ: غجاتى فؤاد مشرفا ومقررا.
الأستاذ(ة): ممتحنا.

السنة الجامعية:
2019-2018

إلى

إلى الذين لا يمكن للعبارات أن توفي حقهما مهما طالت الجمل والمفردات، إلى من قال فيهما الرحمان "وبالوالدين احسانا" إلى والدي العزيزين حفظهما الموتى عزّ وجل وأطال عمرهما ومنحهما الصحة والعافية.

إلى من كان سندا وفخرا لي إخوتي الأعزاء: محمد، حكيم، لطفي، أمين.

إلى شقيقتي: حسينة، سارة، إلى أجمل برعمة في العائلة أختي شيماء.

إلى زوجي الغالي الذي في شكره تضيع الكلمات.

إلى أولادي وقرّة عيني حفظهما الله لي: رائد عماد الدين، وشاهد براء الدين.

شكر وتقدير

كل الحمد والشكر لله وحده على نعمة العلم والتوفيق لإتمام هذا العمل المتواضع بإذنه،

والصلاة والسلام على سيدنا محمد المرسل للعالمين بشيرا ونذيرا وبعد:

أتقدم بجزيل الشكر والاحترام إلى الوالدين الكريمين لدعمها طيلة مشوار دراستي

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذ "عجاتي فؤاد" لقبوله الإشراف على مذكرتي

كما أشكر لجنة المناقشة لقبولها مناقشة هذه المذكرة

وأخيرا نشكر كل الأساتذة والأصدقاء الذين ساعدونا من قريب أو من بعيد

وجزاكم الله خير الجزاء

قائمة أهم المختصرات

تم استعمال بعض الرموز في البحث نوضح دلالتها كآآتي:

- تحق:: تحقيق.
- ج:.....: الجزء.
- د.ذ.ب.ن:: دون ذكر بلد النشر.
- د.ذ.د.ن:: دون ذكر دار النشر.
- د.ذ.ر.ط:: دون ذكر رقم الطبعة.
- د.ذ.س.ن:: دون ذكر سنة النشر.
- ص:: الصفحة.
- ص ص:: من صفحة إلى صفحة.
- ط:: الطبعة.
- ق.أ.ج:: قانون الأسرة الجزائري.
- غ.أ.ش:: غرفة الأحوال الشخصية.
- م:: ميلادي.
- هـ:: هجري.

مقدمة

مقدمة

قد سن الاسلام الزواج وسماه ميثاقا غليظا، لما له من مقاصد عظيمة، لا يحققها إلا بدوامه واستمراره، لذلك وضع له من القواعد ما يضمن بقاءه واستمراره، فجعل التأقيت فيه مبطلا له، وأحاطه بكل الضمانات ليأتي بثماره الطيبة بعد توافق الطرفين، وسكن كل منهما الآخر لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (٢١) (1).

كما استخلف الله الانسان في الأرض بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ (٣٠) (2)، وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج بينهما، ويكون من ثمراته التنازل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

والله عزّ وجلّ كرم بني آدم فشرع الزواج الذي يختص فيه الرجل بالأنثى لا يشاركه فيها غيره ليسلم العالم من شر الإباحية التي ترتب عليها التزاحم والتنازع، بل والتقاتل أحيانا، ومن طغيان الشهوات التي تجعل من الإنسان حيوانا سفاحا لا يعرف رباط العائلة، ولا يفقه معنى الرحمة، ولا يفتن لسر المودة، فيضيع النسل حيث لا رباط يربط الأبناء بأبائهم.

لم تخلُ الشرائع السماوية من الإذن بالزواج بل وتنظيمه من يوم أن أرسل الله الرسل، يقول جلّ شأنه: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا

(1) القرآن الكريم: سورة الروم، الآية رقم: 21.

(2) سورة البقرة، الآية رقم: 30.

تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِن آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴿١٨٩﴾ (1).

وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ﴾ (2).

ينفرد عقد الزواج في الشريعة الاسلامية من بين سائر العقود بلزوم الاشهاد عليه ليقع صحيحا شرعا ولعظمة شأن الزواج في الاسلام، وخطورة آثاره وانعكاسات نتائجه على كل من الرجل والمرأة والأولاد، والنظام الاجتماعي كله جعلته جدير بأن تكون الشهادة في الزواج تعتبر خير مانع للظنون والشبهات، وقطع السنة السوء وأصحاب المقاصد الخبيثة.

كما أنّ للإشهاد دور في استحقاق الحقوق الزوجية لكلا الزوجين من حقوق المعاشرة، والنفقة، والإرث، والنسل، وإثبات النسب.

إنّ نظام الشهادة يكتسي طابعا خاصا اعتبارا لكونه أقدم وسائل الإثبات وجودا وأعظمها شأنًا في الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية، وعليه فنظام الشهادة والشهود يقوم على إثبات الحقوق على اختلاف أنواعها حماية لها من أيدي المجرمين.

من المعلوم أن وسيلة الوصول إلى الحق والحصول عليه كما بيّنها الفقه الشرعي والقانوني هي الدعوى التي تستند إلى طرق وقواعد إثبات في مختلف فروع القانون، إذ الحق دون دليل يستند عليه هو كالعدم، فالدليل هو الذي يدعم الحق ويجعله سائدا، وهي قاعدة تطبق على كل الأحكام الشرعية وبخاصة الأحوال الشخصية، قد تنشأ نزاعات تؤدي إلى انكار أحدهما علاقته بالآخر من حيث الابتداء، بأن يدعي نفي الزواج أصلا، وبما أن واقعة الزواج، أو انحلاله تحدث، فإن لم يكن بوسع القاضي أن يعاينها بنفسه، وجب عليه أن يستعين بوسائل

(1) سورة الأعراف، الآية رقم: 189.

(2) سورة الرعد، الآية رقم: 38.

تعيد أمامه رواية وتفصيل ما حدث، وهذه الوسائل هي أدلة الإثبات، وشهادة الشهود تأتي على رأس هذه الوسائل فهي من أهم وأقدم طرق الإثبات.

ويمكن إجمال أهمية موضوع البحث في الاشهاد والدور الذي يبينه في إثبات العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة من الناحية القانونية والشرعية وذلك لـ:

- عظمة الزواج في الإسلام، ورفعة آثاره، جعلته جدير بأن يذاع امره، ويشهده الناس تكريماً له، وإعلاء لشأنه.

- منع الظنون والشبهات، ودفع مظنة سوء لا يتم إلا بالإشهاد على قيام العلاقة الزوجية.

- يقع سدًا لبعض العلاقات المشبوهة والمحرمة ككناح السر، والخلوة.

- لوجود الشهود مانع لإنكار أحد الزوجين علاقته بالآخر من حيث الابتداء بأن يدعي نفي عقد الزواج من أساسه، أو من حيث الانتهاء بأن يدعي فك الرابطة الزوجية بينهما.

- وجود الشهود يكشف الستار عن المعاشرة غير المشروعة التي تنشأ بين الرجل والمرأة، فالشهادة هي الفارق بين الحلال والحرام.

- وجود الشهود لازم لإثبات الزوجية عند إنكارها من أحد الطرفين، وما يترتب على ذلك من آثار مهمة في حياة الأسر.

بناءً على ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى القوة الإلزامية للإشهاد في عقد الزواج من حيث دوره في إثبات

العلاقة الزوجية ضمن أحكام الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

يندرج عنوان البحث حول دور الإشهاد في إثبات العلاقة الزوجية.

كما أنّ سبب اختياري لهذا الموضوع لأهميته، وعلاقته الوطيدة بالأسرة التي هي البنية الأساسية لبناء المجتمع من جهة، ولجذته من جهة أخرى.

1. البحث في مسألة الاشهاد في الزواج لكثرة الجدل حول هذا الموضوع، ولا يزال محط أخذ ورد بين الفقهاء، من أجل الوصول إلى نظرة شاملة.

2. التباين والاختلاف بين نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، الذي يعتبر الاشهاد ركنا من أركان الزواج في المادة 09 مه، بينما يعتبر القانون المعدّل رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فيفري 2005 أنّ الإشهاد شرطا من شروط صحة الزواج في المادة 09 مكرر.

3. محاولة جمع آراء الفقهاء والترجيح بينها في حالة الاختلاف من جهة ومن جهة ثانية محاولة البحث في موقف ورأي المشرع الجزائري.

فالإشهاد بصفة عامة في الأحوال الشخصية، وفي موضوع الزواج بصفة خاصة غالبا ما يوجد في أقوال فقهية متناثرة هنا وهناك، فالإشهاد في الدراسات الأكاديمية والقانونية المتخصصة نادر، وما وجدته من دراسات قريبة من موضوع البحث: رسالة ماجستير، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية للدكتورة سعاد سطحي، ورسالة ماجستير بمعهد الحقوق جامعة الجزائر "تميز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام" للأستاذة فتيحة رواق، فقد وظفوا الاشهاد من زوايا أخرى تخدم بحثهم.

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة جمع ما تفرق في بطون الكتب الفقهية حول موضوع الإشهاد وتحليل آراء الفقهاء، ومحاولة الترجيح بينهما عند الاختلاف من جهة، ومن جهة ثانية الترجيح بينهما وبم ما ورد في القانون.

كما تهدف إلى الإجابة عن الإشكالات التي أثارها قانون الأسرة بعد تعديل 2005، المتعلقة بالإشهاد في عقد الزواج من خلال تفسير النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، إضافة إلى إبراز مرونة الشريعة الإسلامية.

اقتضت طبيعة البحث اتباع عدة مناهج متكاملة فيما بينها:

- المنهج الاستقرائي وذلك من خلال تتبع الجزئيات المتعلقة بالإشهاد سواء في الفقه الإسلامي أو في نصوص القانون.

- المنهج التحليلي بجمع أقوال الفقهاء وتحليلها وردها إلى أصلها والترجيح بينها على أساس قوة الدليل، وتحليل النصوص القانونية وتفسيرها ومناقشة الاجتهادات القضائية.

- كذلك اعتمدت على المنهج المقارن بمقارنة أدلة الفقهاء بعضها ببعض ثم مقارنتها بقانون الأسرة الجزائري.

لقد واجهتني عدة صعوبات في اعداد هذا البحث منها:

- تشعب مسائل ومواضيع الإشهاد في بعض العناصر، وندرته في عناصر أخرى.

- نقص المراجع القانونية في موضوع الإشهاد.

غير أن هذه الصعوبات تهون عند معايشة البحث.

للإجابة عن الإشكالية السالفة الذكر، قسمنا بحثنا إلى فصلين، حيث تناولنا في (الفصل

الأول) ماهية الإشهاد كوسيلة لإثبات العلاقة الزوجية، وعلى هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى

بيان مفهوم الإشهاد في إثبات الزواج (مبحث أول) وطبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج

(مبحث ثاني).

أمّا في (الفصل الثاني) فتناولنا دور الإِشهاد في إثبات العلاقة الزوجية، حيث سنتطرق من خلاله إلى دور الإِشهاد في إثبات عقد الزواج وأثر تخلفه عنه (مبحث أول)، ونماذج من زيجات تخلف الإِشهاد عليها (مبحث ثاني).

الفصل الأول

ماهية الإشهاد كوسيلة

لإثبات العلاقة الزوجية

• المبحث الأول: مفهوم الإشهاد في إثبات الزواج.

• المبحث الثاني: طبيعة الإشهاد في إنشاء عقد

الزواج.

الفصل الأول

ماهية الإشهاد كوسيلة لإثبات العلاقة الزوجية

من أهم الأسس التي يقوم عليها الزواج بصفته الشرعية الإشهاد عليه، فيه يفرق بين الحلال والحرام، ولذلك ينبغي أن لا يكون مجرد شرط قد يصح العقد بدونه، بل هو ركن من أركان الزواج التي يتوقف عليها صحته.

كما أن الإشهاد يكون وسيلة إثبات لعقد الزواج فقد يجحد أحد الزوجين العقد بعد انعقاده فأحياناً يجحد العلاقة الزوجية للهروب من الآثار التي تترتب عليه كعدم اعترافه بحمل الزوجة أو للهروب من النفقة عليها، كما قد تنكر الزوجة هذا العقد بهدف الخلاص منه، ولولا الإشهاد لاستطاع أي من الزوجين الخلاص من هذا العقد ولشق على الطرف الآخر إثباته بوسيلة يصون بها حقوقه وهذا ما يتم بيانه من خلال (المبحث الأول) الذي يتناول مفهوم الإشهاد في إثبات الزواج، وطبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الإشهاد في اثبات الزواج

منح الشارع الحكيم والقوانين الوضعية المختلفة أهمية كبيرة لمختلف العقود والتصرفات التي تنشأ بين أفراد المجتمع، وأولاها بالعناية والحماية في حالة التنازع وجعل لها طرقا ووسائل لإثباتها في حالة الإنكار والجحود، ومن هذه العقود والعلاقات التي تتعرض لذلك عقد الزواج، باعتباره عقدا منتشر بين الناس وله أهمية كبرى، إذ سماه الله عزّ وجل بالميثاق الغليظ.

أوجب الإسلام إعلان النكاح، وندب إلى اشهاره بالضرب على الدفوف وإظهار الفرح والسرور، والاحتفال به ومشاركة كل من أسرتي الزوج والزوجة⁽¹⁾، كما جعل من أهم طرق اثباته سواءً في حالة انشائه أو في حالة اثبات قيام علاقة زوجية صحيحة "الإشهاد".

ومن خلال هذا المبحث نحاول الإحاطة بتعريف الإشهاد وذكر خصائصه، وكذا ذكر الحكم الشرعي المتعلق به وأنواعه.

المطلب الأول

تعريف الإشهاد

إن أدلة الإثبات، متنوعة ولكن إثبات الزواج مقيد بأدلة معينة هي الشهادة، وهذا ما اتفق عليه فقهاء المسلمين في كل العصور، أن الغاية من الشهادة شهر الزواج وإعلانه بين الناس، وهذا ما يدفعنا إلى تعريف الإشهاد (الفرع الأول)، والتطرق إلى خصائصه (الفرع الثاني).

(1) حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الخطر والإباحة (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 208.

الفرع الأول

المقصود بالإشهاد

سننظر في هذا الفرع إلى تعريف الإشهاد، وذلك من الناحية اللغوية والاصطلاحية، وتعريفه في الفقه الإسلامي والقانوني.

أولاً: الإشهاد لغة

وهو في اللغة يطلق على معان كثيرة منها الحلف، والحضور، والإدراك⁽¹⁾.

✓ العلم: لقوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ ١٨ ﴿﴾⁽²⁾.

ومعنى شهد، قضى الله أنه لا إله إلا هو، أي علم الله، لأن الشاهد هو العالم الذي يبين ما علمه، فالله عز وجل قد دل على توحيده بجميع ما خلقه فبين أنه لا أحد يستطيع أن ينشأ شيئاً واحداً مما أنشأ، وشهدت الملائكة لما عاينت منه قدرته، وشهد أولوا العلم بما ثبت عندهم. ومنه قول المؤذن: "أشهد أن لا إله إلا الله"، أي أعلم أنه لا إله إلا الله⁽³⁾.

✓ الإدراك: كأن تقول شهدت الجمعة أي أدركتها، وشهدت عيد الأضحى أي أدركته⁽⁴⁾.

✓ الحلف والقسم: كقولك أشهد أنه حصل كذا وكذا أي أحلف⁽⁵⁾.

(1) إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، د.ذ.ر.ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 164.

(2) سورة آل عمران، الآية رقم: 18.

(3) ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء الرابع، د.ذ.ر.ط، دار المعارف، القاهرة (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 2348.

(4) الفيروز أبادي مجد الدين، القاموس المحيط، تحقق: مكتبة تحقيق التراث، ط1، مؤسسة الرسالة 1416هـ / 1996م، ص 373.

(5) ابن منظور جمال الدين، مرجع نفسه، ص 2349.

لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ (٨) (1).

✓ المعايينة: كأن تقول شاهدت القوم؛ أي: عاينتهم (2).

✓ الأداء: كأن تقول شهد له بكذا؛ أي: أدى ما عليه (3).

✓ الحضور: شهد المجلس؛ أي: حضره، وقوم شهود حضور (4).

لقوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِمَنْ خَافَ عَذَابَ الْآخِرَةِ ذَلِكَ يَوْمٌ مَجْمُوعٌ لَهُ النَّاسُ وَذَلِكَ يَوْمٌ مَشْهُودٌ﴾ (١٠٣) (5).

ثانياً: الإشهاد اصطلاحاً

هو معنى الإخبار أو البيان، أي القول الصادر عن علم حاصل بالمشاهدة، وهي في المعنى الاصطلاحي: «إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبعده مما يترتب عليه أثر في الشرع أو القانون، أي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره» (6).

يمكن تعريف الإشهاد لدى فقهاء المذاهب الأربعة، ثم نتناول تعريفه في الفقه القانوني.

(1) سورة النور، الآية رقم: 08.

(2) الجوهري اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق إميل ونبيل طرفي، ج 2، د.ذ.ر.ط، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1999، ص 494.

(3) الرازي أبو بكر، مختار الصحاح، ط 1، دار عمار، الأردن، 1996م، ص 176.

(4) ابن فارس أبو الحسين زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج 3، ط 3، مكتبة الخانجي، مصر، 1402هـ/1981م، ص 221.

(5) سورة هود، الآية رقم: 103.

(6) إمام محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 164.

أ. الإشهاد في الفقه الاسلامي:

1. تعريف الحنفية: «الإشهاد هو الإخبار عن كون ما في يد الغير للغير، أي إخبار بحق للغير على آخر»⁽¹⁾.

وهو إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ولو بلا دعوى⁽²⁾.

ويتضح من هذا التعريف أن الإشهاد خبر مقيد بعدة قيود، فقوله: «إخبار صادق» احتراز به من الأخبار الكاذبة التي تكون من معتادي الكذب، والفساق والتي لا يطلق عليها لفظ الإشهاد حقيقة.

كما في قولنا شهد شهادة الزور، فهو من باب المجاز لوجود علاقة المشابهة الصورية التي تقيد الضدية لأن شهادة الزور إخبار بكذب، وقوله: «لإثبات حق» قيد لبيان الغرض من هذا الإخبار، فخرج به ما يساق لغرض آخر.

وقوله: «في مجلس القضاء» احترازا من الإخبار في غير المجلس الحكم، فإنها لا تعتبر.

2. تعريف المالكية: عرف فقهاء المالكية الإشهاد بأنه: «إخبار للحكم بمقتضاه بعبارات متقاربة لفظا ومعنا».

الإشهاد هو: «إخبار عدلٍ حاكماً بما عَلِمَ ليقضي مُقتضاه»⁽³⁾، أي إخبار الشاهد الحاكم اخباراً ناشئاً عن علم، لا عن ظن وشك.

(1) الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1402هـ/1982م، ص 266.

(2) نويهض عادل، معجم المفسرين من صدر الاسلام حتى العصر الحاضر، ج2، ط1، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف، د.ذ.ب.ن، 1404هـ/1984م، ص 496.

(3) الدريبر أحمد بن محمد، الشرح الصغير، ج4، د.ذ.ر.ط، مؤسسة المنشورات الاسلامية، الجزائر، ص 31.

كما عرفه الكشناوي: «أن الإشهاد أو الشهادة هي إخبار عدل حاكما بما علم ولو يأمر عام ليحكم بمقتضاه»⁽¹⁾.

ومعنى: «إخبار عدل» يفيد بأن الشهادة خبر، لكنه من شخص متصف بالعدالة حتى يترجح جانب الصدق على الكذب، فلا يجوز قول الشاهد أظن ونحوه، فإن الظن لا يغني من الحق شيئا.

وقوله صلى الله عليه: «الشاهد: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فأشهد أو دَع»⁽²⁾، أو دَع أي: أو أترك الشهادة.

يفيد هذا الحديث بأن إخبار العدل الحاكم بما علم يسمى شهادة ولو تعلق بأمر عام كالشهادة برؤية الهلال في رمضان أو شوال.

والملاحظ من تعريف المالكية للإشهاد أنها تكاد تتفق مع تعريف الحنفية، إلا في اشتراط فقهاء الحنفية للفظ الشهادة أن يكون بلفظ أشهد، خلافا للمالكية فإنهم يجيزونها بلفظ أشهد أو أعلم، أو أتيقن أو أعتقد... ونحو ذلك مما يقيد العلم بالحق المشهود به.

3. تعريف الشافعية: لفقهاء الشافعية تعريفات متعددة نذكر منها:

- هو: «إخبار عن الشيء بلفظ خاص»⁽³⁾.
- كما عرفه الحصني على أنه: «هي الإخبار بما شوهد»⁽⁴⁾.

(1) الكشناوي محمد، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ج3، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، بيروت (لبنان)، د.ذ.س.ن، ص 212.

(2) ذكره: الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج4، المكتبة العصرية، بيروت (لبنان)، سنة 1992، ص 231.

(3) الرملي شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1984، ص 292.

(4) الحصني أبو بكر الحسيني، كفاية الأخبار في جل غاية الاختصار، ج2، ط4، المكتبة العصرية صيدا، بيروت (لبنان)، 1988، ص 46.

ويلاحظ على هذه التعريفات أنّ فقهاء الشافعية لم يقيدوا الإخبار بكونه من عدل، ولا بكونه في مجلس القضاء.

4. تعريف الحنابلة: عرّف الحنابلة الإشهاد بعدة تعريفات متقاربة منها:

- «هو الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت وأشهد»⁽¹⁾.
- أيضا: «هو إخبار الشاهد عما يشهده»⁽²⁾.
- أيضا: «هو الإخبار بما علمه بلفظ خاص»⁽³⁾.

نلاحظ أنّ التعريفات متقاربة والراجح من التعاريف هو تعريف المالكية، لأنه يشمل الشهادة بالحكم العام كالشهادة برؤية هلال شوال ورمضان، ولشموله لمعنى الشهادة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات قضاءً سواءً أكان ذلك أمام ولي الأمر، أم والي المظالم أم اثبات حول نزاع ما وإن كان بعضهما مترتبا على خصومة وبعضها ليس كذلك، وكذلك لصحتها بكل ما يدل على العلم كأتيقن، وأعلم ونحو ذلك.

ب. الإشهاد في الفقه القانوني:

عرف الإشهاد سليمان مرقس بقوله: «هو الإخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص وبصره بما يرتب عليه القانون أثرا».

«أي إخبار شخص في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره مما يرجح احتمال صدق خبره على احتمال كذبه، خاصة وأنه لا مصلحة له في الكذب»⁽⁴⁾.

(1) ابن قدامة موفق الدين، المغني، ج12، د.ذ.ر.ط، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1983، ص 100.

(2) البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، ج3، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، بيروت (لبنان)، د.ذ.س.ن، ص 534.

(3) الحجاي موسى بن أحمد، الإقناع لطلب الانتفاع، تحقيق عبد الله الترك، ج4، ط2، دار عالم الكتب، د.ذ.س.ن، ص 393.

(4) سعد نبيل ابراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية على ضوء الفقه والقضاء، د.ذ.ر.ط، منشأة المعارف، الاسكندرية (مصر)، 2000، ص 170.

كما عرف بكوش يحي الإشهاد الذي عبر عنه بلفظ البينة أنه: «أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة، يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع»⁽¹⁾.

ومن كل ما سبق من تعاريف نخلص إلى أن الإشهاد في الاصطلاح القانوني هو: «عبارة عن قيام شخص من غير أطراف الخصومة بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه عن واقعة ترتب حقا لطرف في مواجهة الآخر».

ج. مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني للإشهاد:

وبالمقارنة بين تعريف فقهاء الشريعة وفقهاء القانون للإشهاد، نجد أنه يكاد يكون واحدا في اعتباره طريقا من طرق الإثبات مع إختلاف في درجة الإلزامية في أدائه إذ لا يظهر ذلك في التعريف القانوني كما هو بارز في التعريف الشرعي.

ومن أكثر الإشهادات ذيوعا واستعمالا إشهادات الزواج، وإشهادات الطلاق⁽²⁾.

لم يفرقوا الفقهاء بين تعريف الإشهاد والشهادة وعرفوهما بتعريف واحد الذي غايته إعلان الحقيقة، غير أن الفقه القانوني لا يفرق بين الشهادة كطريق من طرق إثبات العقود والتصرفات وبين لفظ الإشهاد الذي يكون بمثابة ورقة رسمية تدون فيها شهادة الشهود⁽³⁾، سوى أن الشهادة تكون شفاهة، والإشهاد يكون مكتوبا وتعريفهما فيما يأتي: "عرفت الشهادة لدى فقهاء القانون بتعريفات متقاربة سواء أطلق عليها مسمى الشهادة أم البينة بمعناها الخاص".

(1) بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، د.ذ.ر.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 15.

(2) العمروسي أنور، موسوعة الأحوال الشخصية، ج3، د.ذ.ر.ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية (مصر)، 2000، ص 154.

(3) هذه التفرقة بين لفظي الشهادة والإشهاد من حيث التعريف ليست مطبقة في كل الدول وإنما نجدها شائعة على وجه الخصوص في دول المشرق العربي، كما هو الحال لمصر، وسوريا، ولبنان، أين يتم توثيق شهادة الشهود في ورقة رسمية تعرف بالإشهاد، كإشهادات الزواج، وإشهادات الطلاق...

وهو الأمر الذي ذهب إليه السنهوري الذي عرّفها بقوله: "البينة لها معنيان معنى عام، وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا أقلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإننا نقصد البينة بمعناها العام، ومعنى الخاص هو من شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة".

ومما سبق نرى أن الإشهاد بمعناه القانوني هو: «عبارة عن ورقة رسمية تحرر فيها التزامات الأشخاص ويكون ذلك بحضور شهود ثم يتم التوقيع عليها من قبلهم تحت اشراف موظف مختص، وهذا الإجراء لا يتعارض مع معنى الشهادة، وإنما هو فقط وسيلة مستحدثة لإثبات أقوال الشهود في ورقة رسمية».

الفرع الثاني

خصائص الإشهاد

تتميّز الشهادة باعتبارها دليلاً من أدلة الإثبات بعدة خصائص تميّزها عن غيرها من الأدلة كونها الاخبار الصادر أمام القضاء بلفظ الشهادة بحق الغير على الغير فإنه يجب لاعتبارها كذلك أن تتميّز بما يلي:

أولاً: أن يكون مضمونها إخباراً بحق للغير بشرط أن يكون هذا الاخبار ناشئ عن علم لا ظن، أو شك وهو معنى قول المالكية: الشهادة إخبار بما حصل فيه الترافع وقصد به القضاء وبت الحكم، ويجب أن يكون هذا الإخبار منصبا على حق للغير فإن تضمنت اعترافاً بحق الغير على الشاهد نفسه اعتبرت إقراراً ولبست شهادة⁽¹⁾.

ثانياً: أن تكون في مجلس الحكم أو القضاء وهو قيد لإخراج الإخبار، والروايات التي لا تكون في مجلس القضاء فإنها لا تسمى شهادة سواء أكانت أمام المحكمة التي تنظر الدعوى

(1) الخرشي أبو عبد الله، الخرشي علي مختصر سيدي خليل، ج7، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، بيروت (لبنان)، د.ذ.س.ن، ص 175.

موضوع الشهادة بكامل هيئاتها، أم أمام أحد قضااتها التي ندبته لذلك أو حتى أمام قاضي آخر في حالة الضرورة.

فكل شهادة تسمع في غير مجلس القضاء لا تصلح لأن يقام الحكم عليها، ولو أديت أمام خبير منتدب في الدعوى، حتى ولو حلف الخبير الشهود إلا إذا اعتبرت المحكمة الشهادة مجرد قرينة قضائية⁽¹⁾.

ثالثاً: أن تكون الشهادة شفاهة، إذ يجب أن يدلي بالشهادة بصفة شفاهية أمام مجلس القضاء، مستمداً إياها من ذاكرته، وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفه معرفة شخصية فلا يمكن أن تؤدى كتابة، ولا أن يستعين الشاهد بمذكرات مكتوبة.

ومع ذلك فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن للشاهد أن يبرز لها مذكراته إذا رأت ضرورة ذلك نظراً للظروف الاستثنائية التي وقع فيها تدوين تلك الشهادة⁽²⁾.

غير أنه وفي غير هذه الظروف لا يسمح للشاهد بأن يقدم شهادته مكتوبة لأن ذلك يتنافى مع حقيقة الشهادة وذلك ما لم يكن الشاهد أبكم أو أخرس فيمكن تأديتها كتابة أو إشارة مع خلاف بين الفقهاء في ذلك فمنهم من قبلها وهذا الخلاف موجود في المذهب الواحد⁽³⁾.

رابعاً: أن تكون موافقة للدعوى، يجب لصحة الشهادة كدليل في الدعوى أن تكون مطابقة للدعوى خصوصاً، وموضوعاً، وسبباً، فإن خالفها فلا تقبل، وفي ذلك يقال إنها أي الشهادة، يجب أن لا تكون بخلاف المحسوس، والمحسوس هو الشيء الذي يدرك بالحواس الخمسة وبالمشاهد الظاهرة⁽⁴⁾.

(1) نشأت أحمد، رسالة الإثبات، ج1، ط7، د.ذ.ر.ط، د.ذ.ب.ن، د.ذ.س.ن، ص 558.

(2) بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 189.

(3) الكساني علاء الدين، مرجع سابق، ص ص: 268-269.

(4) محمود محمد هشام، القضاء ونظام الإثبات، د.ذ.ر.ط، جامعة الملك سعود، الرياض (السعودية)، 1988.

خامساً: كما أن للقاضي السلطة التقديرية، إذ رأى أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بحق المدعي به ومنتجة في الإثبات وسمع الشهود في هذه الوقائع فإن له بعد ذلك سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية في إثبات هذه الوقائع.

سادساً: استعمال لفظ أشهد ونحو ما يفيد العلم بالحق المشهود، هل يجب أن يكون الإشهاد بلفظ مخصوص، ومعين ولفظ أشهد في صيغة المضارع؟

لقد اختلف الفقهاء حول مسألة اللفظ الواجب استعماله:

- ذهب الحنفية والشافعية إلى اشتراط اللفظ أشهد كون الشهادة بلفظ أشهد⁽¹⁾.
- ذهب الحنابلة إلى أنه يجب أن تكون الشهادة بلفظ خاص يميّزها عن غيرها دون أن يحدّوا حقيقة هذا اللفظ⁽²⁾.
- بينما ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى عدم اشتراط ذلك إذ أنهم يجيزوها بلفظ أشهد، أو أعلم، أو أتيقن... ونحوه مما يفيد العلم بالحق المشهود به⁽³⁾.

والراجح أنه لم يرد في الكتاب أو السنة، أو حتى القياس ما يفيد اشتراط أن يكون الأداء بلفظ الشهادة بما يدلي به بلا شك، أو تردد فلا بأس من استخدامه طالما أن الشاهد حلف اليمين قبل الأداء بأن يقول الحق⁽⁴⁾.

(1) الرميلي شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، مرجع سابق، ص 292.

(2) الحجاوي موسى بن أحمد، الاقتناع لطلب الانتفاع، ج4، مرجع سابق، ص 393.

(3) الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، ج4، مرجع سابق، ص 31.

(4) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقق، سيد عمران، د.ذ.ر.ط، دار الحديث، القاهرة (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 68.

المطلب الثاني

أنواع الإشهاد وحكمه

من أهم الأسس التي يقوم عليها الزواج بصفته الشرعية الإشهاد عليه، فيه يفرق بين الحلال والحرام، ولذلك يمكن أن نقول أنه ينبغي أن لا يكون مجرد شرط قد يصح العقد بدونه، بل هو ركن من أركان الزواج التي تتوقف عليها صحت، وسوف نتطرق في (الفرع الأول) إلى أنواع الإشهاد، وفي (الفرع الثاني) إلى حكم الإشهاد.

الفرع الأول

أنواع الإشهاد

يشهد الشاهد على الكثير من الوقائع التي وصلت إلى معرفته الشخصية، إما لأنه رآها بعينه، أو سمعها بأذنه، أو لأنها وصلت إليه عن طريق الشهرة. ومما سبق نستنتج أن الإشهاد يتنوع إلى عدة أنواع إذ قد يكون مباشراً وقد يكون سماعاً وقد يكون بالتسامع... وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولاً: الإشهاد المباشر

وهو أن يخبر الشاهد بما وقع تحت بصره وسمعه، كما إذا كان قد شهد حادثاً من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى، أو سمع، وكذا كما إذا كان قد حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بذلك⁽¹⁾.

وتكون شفوية مستمداً إياها من ذاكرته وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية.

(1) محمود محمد هشام، مرجع سابق، ص ص: 311، 312.

ولكن قد تعرض الشهادة في شكل مكتوب ولكنها قليلة الوقوع بهذا الشكل كما هو الشأن بالنسبة للرسائل التي يدل بها، أو ترسل إلى المحكمة وتتضمن ذكر الوقائع المتنازع فيها.

غير أن هذا النوع من الشهادة لا يستجيب لمتطلبات نص المادة 158 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب"⁽¹⁾.

لكن في حالة الضرورة أو في حالات استثنائية يقع فيها تدوين تلك الشهادة، فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن لشاهد أن يبرز له مذكراته⁽²⁾.

ثانيا: الإشهاد بالسمع وبالتسامع وبالشهرة العامة

لم يفرق الفقهاء بين الشهادة بالتسامع وشهادة السماع والشهرة العامة وأعطوها الأحكام نفسها.

ذهب ابن رشد إلى أن المراد بها: تقرير الشاهد بما يتناقله الناس عن الواقعة المشهود بها، أي أنها تكون نقلا عن خبر ذائع متواتر، أو مستفيض استفاضة تؤدي إلى غلبة الظن الذي يقرب من القطع، وهي عنده على ثلاثة مراتب⁽³⁾:

✓ الأولى: تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر.

✓ الثانية: تفيد الإستفاضة، وهي تفيد ظنا قويا، يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، مثل رؤية الهلال رؤية مستفيضة، ورآه الجمع الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر سواء لمن رآه أو لم يره.

(1) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) بكوش يحي، مرجع سابق، ص 190.

(3) ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، ط1، القاهرة (مصر)، 1406هـ/1986م، ص 426.

✓ **الثالثة:** وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها، وصفتها أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العلم وغيرهم، وهذه الشهادة تفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة، وأجيزت للضرورة وهي تقبل في البيوع، والأحباس، والصدقات، والرضاع، والخلع، والنكاح، والقسمة، والنسب، والهبات، والوصية... وغيرها بشروط معينة⁽¹⁾.

وذهب فقهاء القانون إلى أن المقصد من الشهادة السماع، أن يشهد السامع أنه سمع واقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه، أو سمعها بأذنه، ومثال ذلك: أن يشهد شخصاً أمام القضاء أنه سمع شخصاً آخر يروي له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بأذنه⁽²⁾.

إذ ميّزنا بين التعريفين الشرعي والقانوني، يتضح لنا أن الفرق بينهما أن شهادة السماع عند فقهاء الشريعة تبنى على الاستفاضة في السماع من أهل العدل وغيرهم، أما عند فقهاء القانون فيكفي أن يكون السماع مأخوذاً عن شخص واحد.

كما أن الشهادة عند فقهاء الشريعة لا يعرف فيها ناقل الخبر بعينه لأنهم كثير، أما عند فقهاء القانون فإنه يمكن أن يكون شخصاً أو أشخاص معينين، ومعروفين يمكن الوصول إليهم.

(1) الحصري أحمد، علم القضاء، ج1، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (مصر)، 1397هـ/1977م، ص 422.
(2) إن محل شهادة السماع قد ذكره القاضي أبو الوليد بن رشد من المواطن التي يشهد فيها بالسماع أحداً وعشرين موطناً وقد نظمها في هذه الأبيات:

أيَا سائلِي عما ينفذ حكمه	ويثبت سمعاً دون علم بأصله
ففي الغزل والتجريح والكف بعده	وفي سفه أو ضد ذلك كله
وفي البيع والأحباس والصدقات	مع رضاع وخلع ونكاح وحماه
وفي قسمة أو نسبة وولادة	وموت وحمل والمضر بأهله
فقد كملت عشرين من بعد واحد	تدل على حفظ الفقيه ونبله

أنظر: الحصري أحمد، علم القضاء، ج1، مرجع نفسه، ص: 422-423.

وشهادة السماع عند فقهاء القانون جائزة حيث تجوز الشهادة، ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية، ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها⁽¹⁾.

أمّا عند فقهاء الشريعة فمقتضى النصوص والقياس أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فده»⁽³⁾.

ومع مخالفة شهادة السماع للنصوص والقياس إلا أن الفقهاء قبلوها في النسب، والموت، والنكاح، والدخول، وولاية القضاء استحساناً، ووجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك مثلما هو الأمر عند الزواج فلا يحضره جميع الناس وإنما يخبر بعضهم بعض أن فلان تزوج فلانة، وكذلك الدخول لا يعلم إلا بأمارات فإن الوطاء لا يشاهد.

وشهادة الاستفاضة لم يحصل له العلم اليقيني عن طريق النظر⁽⁴⁾.

إنّ، فالشهادة السماعية يمكن تحري مبلغ الصدق فيها، وصاحبها يتحمل مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات، وبعكس الشهادة بالتسامع التي الشاهد فيها لا يروي عن شخص معين، ولا عن واقعة بالذات، بل يشهد بما

(1) السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 312.

(2) سورة الزخرف، الآية رقم: 86.

(3) البيهقي أبو بكر بن حسين، السن الصغير، تحق، عبد السلام عبد الشافي وأحمد تباي، كتاب الشهادات، باب العلم بالشهادة، ج17، ط1، الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1992، ص 486.

(4) الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 372.

تسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحري ولا يحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيها شهد به⁽¹⁾.

أمّا الشهادة بالشهرة العامة فهي ليست شهادة؛ المعنى الصحيح إذ تعتمد على ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي، تدون فيها وقائع معينة، يشهد بها شهود معينون يرفعون هذه الوقائع عن طريق الاعلان العام⁽²⁾، أو الشهرة العامة ومثالها ما يعرف في الجزائر بالتقارير في الزواج والتركات وهو في حالة عدم تمكن الزوجين من تسجيل عقد زواجهما في الوقت المناسب فيقدمان إلى الموثق صحبة شهود يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة، ويدلون بشهادتهم أمامه وكذا الحال بالنسبة للتركات.

فالشهادة بالشهرة العامة تعتمد على السماع المتفشي، ولكنها تفترض وجود موظف عمومي هو الموثق يدلي بالشهود أمامه بإفاداتهم.

ولم يحدد المشرع الجزائري أي قيمة خاصة للشهادات بالتسامع بمختلف صورها وعليه فإن قيمتها متروكة لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامة.

ثالثاً: الشهادة على الشهادة

وصورتها أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: «أشهد على شهادتي أنني أشهد أن فلانا أقر عندي بكذا»، ثم يقول: «شاهد الفرع بعد ذلك في مجلس القضاء وأشهد أن فلان أشهدهني على شهادته أن فلانا أقر عقده بكذا، وقال لي أشهد على شهادتي بذلك»⁽³⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 214.

(2) مرجع نفسه، ص ص: 269-270.

(3) ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، ج7، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، لبنان، د.ذ.س.ن، ص ص: 464-465.

لم يتضمن القرآن ولا السنة النبوية المطهرة النص على الشهادة على الشهادة، وإنما جوزها الفقهاء استحساناً لشدة الحاجة إليها، لأن الشاهد الأصلي قد يعجز عن أداء الشهادة لظروف معينة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة لأدى ذلك إلى ضياع حقوق كثيرة، وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل.

ولقد اختلف الفقهاء في مشروعية القضاء بالشهادة على الشهادة على النحو التالي:

✓ اتفق الفقهاء على أن الشهادة جائزة في الأموال بالإجماع.

✓ الاتفاق على أن الشهادة جائزة في الحدود وفي كل الحقوق لأن ذلك يثبت شهادة الأصل فيثبت بشهادة الفرع، لأن الفروع عدول، وقد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم فصاروا كالمترجم⁽¹⁾.

✓ وذهب الإمام أحمد وأبو حنيفة، وفي رواية ثانية للشافعي أنها تقبل في الأموال وما يقصد به المال ولا تقبل في الحدود، والقصاص، وحجتهم في ذلك: الشهادة على الشهادة إنما تقبل في الأموال للحاجة، ولا حاجة إليها في الحد لأن الستر على صاحبه أولى من الشهادة عليه وذلك لأن الحدود مبنية على الستر وأنها تدرأ بالشبهات.

الشهادة على الشهادة تثبت بالاستحسان إذ لا نص عليها، ولا يصح قياس الحدود على الأموال في ذلك لما بينهما من فرق في الحاجة والتساهل فيها⁽²⁾.

❖ شروط الشهادة على الشهادة

أنها لا تقبل إلا بموت شاهد الأصل أو غيبته مسيرة أيام أو مرضه مرضاً لا يستطيع الحضور لمجلس القضاء لأن النقل عنهم - أي الأصول - مع حضورهم مشعر بريية، وأيضاً

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، ص 435.

(2) البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهي الإرادات، مرجع سابق، ص 559.

لأن الحاصل للقاضي من سماع شهادة الأصل أقوى من الظن الحاصل له من شهادة الفرع، فلا ينبغي أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى.

أن تتحقق شروط صحة الشهادة من العدالة وغيرها في كل من شهود الأصل والفرع لأن الحكم يبنى على الشهادتين جميعاً⁽¹⁾.

أما فيما يخص المشرع الجزائري لم أعتز على ما يؤيد قبول هذا النوع من الإشهاد، أو رفضه لدى المشرع الجزائري.

رابعاً: شهادة الإستغفال

اختلف الفقهاء حول قبول شهادة الإستغفال، ومن أنصارها الامام الشافعي وأحمد في المشهور عنه وحجيتهم في ذلك: قبول شهادة الأعمى على معرفة الصوت.

أخذ الناس على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم من وراء الحجاب والستار، وهذا النوع من الشهادة أن يدخل الرجل شهوداً خلف ستر، ثم يستمر الذي يشتغل في الحديث، وذلك عندما يكون لرجل آخر حق يجده علانية، ويقره سرا فيختبئ شاهدان خلف حائط، أو ستر في مكان لا يعلم بهما المشهود عليه، ليسمعا اقراره بالحق ثم يشهد به لدى القاضي، وعادة ما يفعل هذا النوع من الشهادة للخائن والفاجر⁽²⁾.

ومن أجازها بشروط أهمها:

أن يرى الشهود من عليه الحق، وأن يكونوا على بينة من شخصه، فإن لم يروه، وإن كانوا سمعوا كلامه لا يحل لهم أن يشهدوا.

(1) الحصري أحمد، علم القضاء، مرجع سابق، ص: 424-426.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق، ص 462.

وهناك من قال إنه لا يقبل شهادة الاستغفال، وحجيبته في ذلك: قوله سبحانه وتعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾ (1).

وقوله صلى الله عليه وسلم: «من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة» (2).

يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته، وحذره، وكذا لأنه لا يندب للشاهد أن يختفي ليشهد، ولا افتراض عليه، فإن فعل فقد ارتكب ما لا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء، إضافة إلى كل ما سبق من أنواع الشهادات، هناك أنواع وأصناف أخرى أضافها الفقهاء وهي وإن كانت قليلة فإنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ومما سبق تبين لنا أهمية الإثبات في صيانة الحقوق والمكتسبات، والإثبات هو: «إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها» (3)، وهذا التعريف القانوني للإثبات يوافق التعريف الشرعي للبيئة، والتي يقصد بها: «إقامة الدليل أمام القاضي بالطرق التي حددها الشرع».

ولقد أعطى كل من الفقه الشرعي والقانوني مرتبة معتبرة لطرق الإثبات باعتبارها الوسيلة التي يتوصل بها إلى اثبات الحقوق، ومن هذه الوسائل الإشهاد الذي جعله فقهاء الشريعة في طبيعة وسائل الإثبات.

(1) سورة الحجرات، الآية رقم: 12.

(2) الترميذي محمد بن عيسى السنن، أبواب البر والصلة، باب: ما جاء في المجالس أمانة، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1403هـ/1983م، ص 230.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص 14.

الفرع الثاني

حكم الإشهاد

لمعرفة حكم الإشهاد فإننا نتناوله من خلال معرفة سنده من الشريعة الإسلامية (أولاً)،
وحكمه بالنسبة للقاضي (ثانياً)، وكذلك حكم الإشهاد بالنسبة للمشهود (ثالثاً).

أولاً: سند الإشهاد في الشريعة الإسلامية

أ. من القرآن الكريم:

ورد لفظ الشهادة والشهود في القرآن الكريم أكثر من مرة، ففي قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾ (1).

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾ (2).

(1) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(2) سورة النساء، الآية رقم: 135.

وقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾﴾ (1).

وقال عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْأَجِلْنَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾﴾ (2).

وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾﴾ (3).

تدلّ هذه الآيات وغيرها من القرآن الكريم على مشروعية الإشهاد، وعلى أنه مستند من مستندات الإثبات الذي لا غنى للناس عنه، ذلك أن الشهادة لا تحتاج إلى كثير من جهد أو مال وإنما يكفي للمرء أن يحدث بما رأى أو سمع، كما أنه لا يجوز التردد في أدائها، وبذلك يحرم كتمانها.

ب. من السنة النبوية الشريفة:

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لو يُعْطَى الناس بدعواهم لا دعى أناس دماء رجال، وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» (4).

(1) سورة البقرة، الآية رقم: 283.

(2) سورة الطلاق، الآية رقم: 02.

(3) سورة النساء، الآية رقم: 15.

(4) البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب "إن الذين ينتشرون يعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا"، ج 6، دار مطابع الشعب، بيروت (لبنان)، 1378هـ، ص 41.

والحكمة من البينة على المدعي أن جانب المدعي ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكلف الحجية القوية، وهي البينة ليقوى بها ضعف جانبه، وجانب المدعي عليه قوي لأن الأصل يشهد له وهو براءة الذمة فأكتفى منه اليمين.

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة فقال: «هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد أو دَعْ»⁽¹⁾.

ما روي عن وائل ابن حجر قال: جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي، فقال الكندي: هي أرضي وفي يدي ليس له فيها حق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي: «ألك بينة؟ فقال: لا، قال: ليس لك إلا يمينه، قال: يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما يحلف عليه، وليس يتورع من شيء، قال: ليس لك إلا شهادك أو يمينه فانطلق الرجل ليحلف له، فقال صلى الله عليه وسلم: لما أدبرا الرجل لئن حلف على مال أخيه ليأكله ظلما ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض»⁽²⁾.

يفهم مما ذكر أن الإشهاد ضروري في الأمور الحياتية، وشهادة الشهود دلت على مشروعية الشهادة كوسيلة من أهم وسائل الإثبات وأبرزها في القضاء، وذلك لاستعمال الرسول صلى الله عليه وسلم لها.

ج. من الإجماع:

ولقد استمدت مختلف التشريعات في الدول الإسلامية أحكام الشهادة ومراتبها ونصابها من القرآن الكريم والسنة النبوية، وما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

(1) البيهقي أبو بكر بن حسين، السنن الصغير تحق: عبد السلام عبد الشافي، وأحمد تيباني، كتاب الشهادات باب العلم بالشهادة، ج17، ط1، الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1412هـ/1992م، ص 486.

(2) البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب الحكم في البئر ونحوها، ج9، د.ذ.ر.ط، دار مطابع الشعب، بيروت (لبنان)، 1378هـ، ص 90.

تثبت مشروعية الإشهاد بإجماع أهل العلم منذ وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، إلى وقتنا الحالي، وذلك لأن الحاجة تدعو إلى تعاون الناس فيما بين بعضهم البعض لإثبات الحقوق التي هي عرضة للجحود والإنكار وفي ذلك يقول شريح: "القضاء جمر، فَنَجَّه عنك بعودين يعني شاهدين، وإنما الخصم داء والشهود شفاء، فأفرغ الشفاء على الداء"⁽¹⁾.

ثانياً: حكم الإشهاد بالنسبة للقاضي

تلعب الشهادة الدور الأساسي في الفقه الإسلامي، فهي مقدمة على سائر البيّنات، بل أن هناك من قصر البيّنة على شهادة الشهود ولهذا كان من الطبيعي أن يلزم القاضي بالأخذ بالشهادة متى اكتمل نصابها وتوافرت شروطها، ولم يوجه إليها مطعن من المطاعن ويجب عليه بالتالي إصدار الحكم بموجبها ومن ثم لو امتنع القاضي عن ذلك، أثم واستحق العزل، وعزل لإرتكابه ما لا يجوز شرعاً⁽²⁾، فتكون للقاضي سلطة تقديرية إلا في تقدير قيمة الشهادة ومدى اطمئنانه من عدمه للشاهد.

أعطت الأنظمة الوضعية سلطة تقديرية مطلقة في الإثبات بالشهادة إذ قد يكون في وقائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناع القاضي، أو أن يكون الإثبات بالشهادة ليس مستصاغاً نظراً لكون الوقائع المراد اثباتها بعيدة الاحتمال ولا سبيل لاقتناع القاضي بالشهادة في اثباتها، أو أن تكون الوقائع قد تقام العهد بها، بحيث يتعذر اثباتها بالشهادة⁽³⁾.

بالتالي فطلب الإثبات بالشهادة ليس حقاً للخصوم بل تلتزم المحكمة بإجابته، فهو يخضع للمحكمة، بالإضافة فإن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير أقوال الشهود واستخلاص الحقائق منهم.

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح، العدالة في الشهود في الفقه الإسلامي، د.ذ.ر.ط، دار الولاء للطبع والتوزيع، د.ذ.ب.ن، د.ذ.س.ن، ص 22.

(2) مرجع نفسه، ص 22.

(3) السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 320.

ثالثاً: حكم الإشهاد بالنسبة للشهود

استدل الفقهاء على أن حكم الإشهاد بالنسبة للمشهدود هو فرض على الكفاية لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ (٢٨٢) (1).

النهي عن الامتناع عن أداء الشهادة إذا ما دُعي الشاهد للإدلاء بما فيه محافظة على الحقيقة فيكون كتمانها بعد طلبها من الشاهد حرام، وأداء الشهادة لا يكون إلا في مجلس الحكم، فثبت بهذا النص أن أداءها فرض وعلى المتحمل أن يذهب إذا دعي إلى الحاكم لأداء شهادته (2).

وفيما يخص هذا انقسم العلماء إلى صنفين:

- وهناك من قال إنها أداء مندوب إليه واستدلوا بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ

الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ (٢٨٢) (3).

وقوله صلى الله عليه وسلم: «خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» (4).

ففرض الله أداء الشهادة عند الدعاء -أي دعوة- فإذا لم يدع كان ندباً، وقسم من الفقهاء قال: «أن أدائها فرض وإن لم يسألها إذا خاف على الحق ضياعه كمن شهد طلاق رجل لإمرأته ثلاث مرات وبقي متزوجاً بها، فإنه يجب عليه أدائها فيضيع الحق إن سكت»، لقوله

(1) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(2) الحصري أحمد، مرجع سابق، ص: 63-64.

(3) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(4) النووي أبو زكريا يحيى، شرح صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب بيان خير الشهود، ج12، د.ذ.ر.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت (لبنان)، د.ذ.س.ن، ص 17.

سبحانه عز وجل: ﴿وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ (٨٦) (1).

وقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغَ الْبُلُغَ فَمَسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (٢) (2).

وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنصر أخاك ظالماً أو مظلوما»، فقال رجل أنصره مظلوما، أريت أن كان ظالماً؟، قال: تحجزه وتمنعه عن الظلم» (3)، ومعناه أنه نصره بأداء الشهادة التي له عنده إحياء للحق.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمَّ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ (٢٨٣) (4).

اتفق الفقهاء على أن حكم الإشهاد بالنسبة للشهود فرض كفاية، فإن ذلك مشروط بأن لا تكون الشهادة بما يوجب حداً، وذلك أن أداء الشهادة في الحدود يكون الشاهد فيها مخير بين أداء الشهادة وإظهار ما يوجب الحد، وبين الكتمان والستر على الجاني والستر أفضل من الإعلان لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» (5).

(1) سورة الزخرف، الآية رقم: 86.

(2) سورة الطلاق، الآية رقم: 02.

(3) البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، كتاب الإكراه، باب يمين الرجل لصاحبه أنه أخوه إذا خاف عليه القتل أو نحوه، ج9، د.ذ.ر.ط، دار مطابع الشعب، بيروت (لبنان)، 1378هـ، ص ص: 28-29.

(4) سورة البقرة، الآية رقم: 283.

(5) البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، باب: لا يظلم المسلم مسلم ولا يسلمه، ج3، دار مطابع الشعب، بيروت (لبنان)، 1378، ص 168.

المبحث الثاني

طبيعة الإشهاد في انشاء عقد الزواج

رغب الاسلام في الزواج، وجعله آية من آياته في الكون لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ ﴿٣٨﴾﴾⁽¹⁾، ولأجل ذلك جعل له أحكاما وأركاناً تنظمه وتضبطه لتمييزه عن غيره من العلاقات وجعل له شروطاً ترتقي به، وكذا في قانون الأسرة الجزائري، عرّف المشرع في المادة 04 منه أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽²⁾.

المطلب الأول

ضوابط الإشهاد في عقد الزواج

الشهادة في عقد الزواج شرط لا بد منه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر العقود، فإن الإشهاد عليها في رأي جمهور العلماء مندوب، إلا أن الفقهاء ومع اتفاقهم على شرطية الشهادة في الزواج، اختلفوا في وقت لزومها، وكون الزواج له خطره القانوني والاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية، وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين فكان من الواجب إعلانه للناس، وإخراجه من حدود الكتمان.

(1) سورة الرعد، الآية رقم: 38.

(2) أمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

الفرع الأول

شروط الشهود

اهتم فقهاء الاسلام بالشهادة وجعلوا لها المرتبة الأولى، وميزوا بينها وبين باقي طرق الاثبات الأخرى، وتجسد هذا الاهتمام في اعتنائهم بالشاهد وما يجب أن يتوفر فيه من شروط على اختلاف بينهم بشأنها.

إذ ميّز الحنفية بين حالتي التحمل والأداء بالنسبة لما يجب توفره في الشاهد، ففي حالة التحمل يرى الحنفية أنه يشترط لصحة تحمل الشهادة ثلاثة شروط وهي: العقل، البصر، أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره.

بينما لم يشترط فقهاء المذهب المالكي حال التحمل إلا شرطين وهما: الضبط⁽¹⁾ والتمييز⁽²⁾، أمّا ما بقي من الشروط التي اشترطها الفقهاء حتى تكون الشهادة صادرة عن من هو صالح لها فهي:

أولاً: التكليف

والمراد به البلوغ والعقل والحرية ومن ثم فلا تقبل شهادة الصبي ولو مميّزاً مطلقاً:

أ. العقل:

فلا تصح شهادة المجانين على عقد الزواج، إذ لا يتحقق المقصد من الشهادة وهو إعلان النكاح وإثباته عند الإنكار⁽¹⁾، ولأن حضورهم العقد لا يحقق معنى الإعلان، ولا يحصل به التكريم⁽²⁾، فالعقل خلق للفهم والضبط، فيشترط أن يكون الشاهد عاقلاً وقت تحمله للشهادة.

(1) الضبط: المراد به الحفظ وعدم الغفلة والنسيان.

(2) التميّز: ويعرف بالاختيار، وذلك بأن يميّز الشخص بين الضار والنافع والحسن والقبيح، سواء كان صغيراً أو كبيراً، حراً كان أم عبداً، مسلماً كان أم كافراً، عدلاً أم فاسقاً.

أنظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، مرجع سابق، ص 258.

ب. البلوغ:

فالصبي ولو كان مميزا لا تصح شهادته، لأنه ليس أهلا للولاية على نفسه، فلا يكون أهلا للولاية على غيره، لأن الشهادة من باب الولاية⁽³⁾، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ ۲۸۲﴾⁽⁴⁾، والصبي ليس برجل ولو كان مميزا.

أما القانون الجزائري فقد نص في المادة 33 من قانون الحالة المدنية على أنه: «يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكون بالغين 21 سنة على الأقل»⁽⁵⁾.

ثانيا: الإسلام

والإسلام شرط في زواج المسلمين، لأن العبرة بشيوع أمر الزواج بينهم ولأن الشهادة من باب الولاية، كما أشرنا، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم بمقتضى حكم الإسلام، لأن لعقد الزواج اعتبارا دينيا، فلا بد أن يكون الحاضرون فيه الذين يمضي الزواج بشهاداتهم من أهل العبادة الاسلامية⁽⁶⁾.

غير أن هناك اختلاف بين الفقهاء في اعتبار الاسلام شرطا في الشاهد:

أ. فالمالكية والشافعية اشترطا الاسلام في الشاهد، ومن ثم فلا تقبل شهادة غير المسلم مطلقا، واستدلوا بقوله عزّ وجلّ: ﴿الَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فِتْحٌ مِّنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ

= (1) الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ذ.ب.ن، 2007، ص 152.

(2) فراج أحمد حسين، أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية، د.ذ.ر.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية (مصر)، 2004، ص 101.

(3) مرجع نفسه، ص 101.

(4) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(5) أمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق لـ 19 فيفري 1970م المتعلق بالحالة المدنية.

(6) أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، د.ذ.ب.ن، د.ذ.س.ن، ص 80.

مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعَكُمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾ (1).

وعن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا تترث ملة ملة ولا يجوز شهادة ملة على ملة إلا أمة محمد صلى الله عليه وسلم فإن شهادتهم تجوز على من سواهم» (2).

ب. والإمام أحمد ذهب إلى القول أنه تجوز شهادة الكافرين على المسلم بالوصية في السفر عند الموت إذا لم يوجد غيرهم واستدل بقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ ﴿١٠٦﴾ (3).

والمقصود بـ "أو آخران من غيركم" من غير المسلمين لأن الخطاب الوارد موجه إلى المؤمنين.

وروي عنه أنها عامة فيهم وفي غيرهم من الكفار وهي الأصح لموافقتهما ظاهر القرآن الكريم (4).

ج. في حالة الزوج مسلم والزوجة غير مسلمة يجوز الزواج منها كاليهودية والنصرانية، واختلف هنا الفقهاء في اشتراط الاسلام في الشاهدين:

(1) سورة النساء، الآية رقم: 141.

(2) أبو بكر بن عبد الرزاق، المصنف تحق حبيب الرحمان الأعظمي، كتاب الشهادات، باب شهادة أهل المال بعضهم على بعض وشهادة لمسلم عليهم، ج8، رقم الحديث 15525، دار المجلس العلمي، بيروت (لبنان)، ص 357.

(3) سورة المائدة، الآية رقم 106.

(4) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تح، سيد عمران، د.ذ.ر.ط، دار الحديث، القاهرة (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 159.

الرأي الأول: ذهب الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم اشتراط الاسلام في الشاهدين، وأجاز شهادة أهل الذمة في هذا العقد، وحجته في ذلك:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾⁽¹⁾.

من غير شرط الاستشهاد إلا أن كون الشاهدين في نكاح الملمين بالإجماع فمن ادعى كونه شرطاً في زواج المسم ذميه فعليه الدليل، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بشاهدين»⁽²⁾.

دون قيد العدالة متحقق في شهادة الذميين في نكاح المسلم وكتايبية لأن الشهادة في اللغة يعني بها الإعلام والإخبار، والبيان وغير المسلم يحقق ذلك، كما أنه يتوقف على العقل واللسان، العلم بالمشهود به.

الرأي الثاني: ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، ومحمد بن الحسن، وزفر من الحنفية إلى اشتراط الاسلام في الشاهد وقالوا: "إن النكاح لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده..."⁽³⁾.

واستدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽⁴⁾.

ولعقد الزواج خطورة واعتباراً في ديننا الحنيف فلا بد أن يشهده من يدين بدين الزوجين باعتبار الاسلام شاملاً لكل الشرائع الأخرى، ومن أغراض الشهادة إعلانه وتكريمه، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها ولا يتحقق بها اشهاره بين المسلمين.

(1) سورة النساء، الآية رقم: 03.

(2) ابن ماجة عبد الله القزويني، السنن كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بنية، رقم الحديث 1103، ج3، دار الفكر، بيروت (لبنان)، د.ذ.س.ن، ص 411.

(3) ابن قدامة موفق الدين، المغني، ج7، دون ذكر رقم الطبعة، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1983، ص 340.

(4) البيهقي أبو بكر بن حسين، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، ج10، رقم الحديث 2492، ص 15.

د. والمشرع الجزائري لم يتضمن شروط الشهود من خلال نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾، فإننا نجد المشرع لم يفرق بين كون الشهود من دين المشهود لهما، وبين أن يكونوا من ديانة أخرى.

هذا وبإمكاننا الرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة⁽²⁾.

ثالثا: العدالة

تعني الاستقامة بالإسلام، والاعتدال في العقل، وليس لكمالها حد يدرك مداه، ويكفي أن يكون معتدلا بامتلاكه صفات محبوبة غير مشبوهة تصرفاته، وهو رجحان صفة الدين والعقل، ويشترط في الشاهد عند اداء شهادته أن يكون عدلا حتى تكون شهادته مقبولة، واشترط أبو حنيفة إلى الإكتفاء بظاهر الإسلام أي لا يعلم على الشاهد جرحه فيه.

وذهب الجمهور من المالكية، والشافعية والحنابلة إلى أنها صفة زائدة على السلام، بأن يكون الشخص ملتزما بواجبات الشرع، ومستحقته مجتنباً للمحرمات أو المكروهات⁽³⁾.

واستدل من اشترط العدالة بثلاثة أدلة:

- قوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل»⁽⁴⁾، فالعدالة شرط بنص الحديث الذي أثبت لزومها.

- الشهادة في النكاح من باب الكرامة لذلك العقد الخطير، ولا كرامة للفساق⁽¹⁾.

(1) أمر رقم 70-20، سالف الذكر.

(2) أمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق لـ 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم لقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(3) عبد الغفار ابراهيم صالح، مرجع سابق، ص 54.

(4) سبق تخريجه، ص 37. =

- أن الشهادة لها فائدة غير الشهر والاعلان وهو الاثبات عند الجحود، فلا بد أن يكون الشهود من الأشخاص الصالحين، حتى تقبل شهادتهم.
- وقد استدلت الحنفية لرأيهم في القول بعدم اشتراط العدالة في شهود النكاح لأن الأصل عندهم ان كل من يصح ان يكون قابلا للعقد بنفسه ينعدد النكاح.
- بأن الغرض من الشهادة هو الاعلان، وهو يتحقق بحضور الفساق، كما يتحقق بحضور الأبرار.
- وبأن الفاسق أهل لأن يتولى أمر العامة، فأولى أن تكون له ولاية في ذلك الشأن الذي هو دونها بلا ريب⁽²⁾.

❖ موقف المشرع الجزائري حول شرط العدالة في الشهود:

لم يشر المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة⁽³⁾، إذ ورد ذكر الشهود دون قيد او شرط، وكذا المادة 33 من قانون الحالة المدنية⁽⁴⁾.

رابعاً: الذكورة

اختلف الفقهاء في اعتبار شرط الذكورة في الشاهدين في مجال الزواج وانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول:

ذهب المالكية والشافعية إلى اشتراط الذكورة في شهود النكاح وأدلتهم في ذلك: قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي

= (1) أبو زهرة محمد، مرجع سابق، ص 84.

(2) مرجع نفسه، ص 85.

(3) أمر رقم 05-02، سالف الذكر.

(4) أمر رقم 70-20، سالف الذكر.

عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾ ﴿١﴾.

لفظة "ذوي" التي وردت في الآية تستعمل للمذكر فقط دون الإناث.

وكذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽²⁾، والمقصود بها رجلين اثنين.

واستدلوا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا في النكاح ولا في الدماء ولا الحدود"، وبما ورد عن الزهري أنه قال: "مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق"⁽³⁾.

الفريق الثاني:

ذهب الحنفية إلى قبول شهادة رجل وامرأتين في النكاح والطلاق، يعني أنه أصبح شهادتهن مع الرجال على عقد الزواج، وقد استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس⁽⁴⁾.

من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ ﴿٢٨٢﴾ ﴿٥﴾.

فهذه الآية وإن وردت في المداينة إلا أنها تفيد قبول شهادة النساء مع الرجال في العقود، فلا ترد شهادتهن إلا بنص صريح لا بمفهوم المخالفة⁽⁶⁾، ولأن شهادة النساء مع الرجل في هذه

(1) سورة الطلاق، الآية رقم: 02.

(2) سبق تخريجه، ص ص: 37-38.

(3) ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص 131.

(4) إمام محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 141.

(5) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(6) إمام محمد كمال الدين، مرجع نفسه، ص 142.

الحالة ليس فيها تهمة الضلال أو النسيان التي تزول بشهادة امرأة أخرى إلى جانب تعضيدها بشهادة الرجل.

ومن السنة فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بشهود»، وهذا الحديث ورد بصيغة الجمع ولم يثُل أحد باشتراط ثلاث رجال أو ثلاث نسوة فتعين الحمل على أن يكون القصد رجلا وامرأتين⁽¹⁾.

ومما سبق نرى ترجيح رأي القائل بقبول شهادة امرأتين مع رجل، وذلك لكون الشهادة تتوقف على مدى توفر الشروط في الشاهد من العقل، البلوغ، والعدالة التي قد تتوفر في الجنسين على حد سواء، وكذا لأن النص القرآني عندما قبل شهادة النساء لم ينص على انفرادهن بل نص على قبول شهادتين مع الرجال⁽²⁾.

❖ موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري نجد أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 09 مكرر⁽³⁾، لم ينص على جنس الشهود سواء كانوا رجالا أو نساءً أو بالجمع بينهما، كما أن قانون الحالة المدنية في المادة 33 منه والتي تضمنت النص على الشهود لم تتطرق إلى جنس الشاهد، ولم تحصره في جنس معين بنصها: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميّز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعيّنين"⁽⁴⁾.

(1) إمام محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 142.

(2) سطحي سعاد، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996، ص ص: 147-148.

(3) أمر رقم 05-02، سالف الذكر.

(4) أمر رقم 70-20، سالف الذكر.

غير أن المحكمة العليا في قرار لها، أشارت أن شهادة شاهدا وامرأتين، وهما قريبتين للطاعة (الزوجة) هي مقبولة شرعا وقانونا، وفق أحكام المادة 64 الفقرة 02 من ق.إ.م الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقض والإبطال⁽¹⁾.

ولا شك أن سند الموقف الذي اتخذته المحكمة العليا في هذا القرار، هو ما ذهب إليه الحنفية بخصوص هذه المسألة.

خامسا: العدد في الشهود (التعدد)

وأقل مراتبه رجلان، أو رجل وامرأتان، فلا يصح العقد بشهادة رجل واحد، ولا بشهادة رجل وامرأة ولا شهادة عدد من النساء مهما كثرن⁽²⁾.

لقوله عزّ وجل: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾⁽³⁾.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

ولقوله عزّ وجلّ: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁴⁾.

وكذلك سماع الشاهدين كلام المتعاقدين فيآن واحد مع فهمهما المراد منه إجمالا، وإن لم يفهما معاني المفردات، فلو أن شاهدا سمع كلام أحدهما دون الآخر لم يصح العقد، وكذلك لا يصح إذا سمع أحدهما العقد ثم أعيد على الآخر، لعدم تحقق الشهادة، وهو سماع الشاهدين كلام المتعاقدين في وقت واحد⁽⁵⁾.

(1) قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 381880، المؤرخ في 14 فيفري 2007.

(2) فراج أحمد حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 102.

(3) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(4) سورة الطلاق، الآية رقم: 02.

(5) فراج أحمد حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 102.

❖ موقف المشرع الجزائري:

بالرجوع إلى أحكام القانون نجد أن المشرع الجزائري اشترط عدد معين في شروط الزواج، ولقد استمد هذا الشرط من أحكام الفقه الإسلامي، ولقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 09 مكرر منه على شروط الزواج والتي ذكر فيها:

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج⁽¹⁾.

سادسا: القرابة

اتفق الفقهاء على عدم قبول شهادة الأقارب فهو يجر نفع لنفسه أو لغيره ممن يهمله أمرهم، فشهادة الأقارب تجلب نفعاً، وقول الفقهاء في ذلك قاعدة مفادها: "أن كل شهادة جرت مغنماً، أو دفعت معزماً لم تقبل للتهمة".

وصور الشهادة الممنوعة لجلب نفع: كشهادة القريب لقريبه، والأب لابنه، والزوج لزوجه، وكذا شهادة الغرماء الدائنين للمفلس بعد الحجر عليه لدين.

ومن صور الشهادة الممنوعة لدفع ضرر: كأن يكون الشاهد خصماً للمشهود عليه، وكذا شهادة الوصي لإيرائه من دين كان على الموصى، لكي يدفع بها المطالبة عن نفسه.

غير أن هناك استثناء فيما يخص شهادة الأقارب وهي جواز شهادة الأقارب على الزواج، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها فإنه يشترط حضور شاهدين سامعين في مجلس واحد، الإيجاب والقبول من الزوج بعد موافقة الزوجة⁽²⁾، ومن ثم فإنه يمكن إثبات الزواج بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين،

(1) أمر رقم 05-02، سالف الذكر.

(2) المحكمة العليا: غ.أ.ش، 1988/02/29، ملف رقم 48184 م.ق، 1991، ع1، ص 49.

أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين⁽¹⁾، وأنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج والطلاق والوفاة وغيرها⁽²⁾.

الفرع الثاني

وقت الإشهاد

اتفق الفقهاء على أن الإشهاد من شروط النكاح، ولكن اختلفوا هل هي شرط صحة يلزم عند إجراء العقد، أو عند الدخول إلى رأيين:

أولاً: الأصل في الإشهاد عند إجراء العقد

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد النكاح تلزم حين إجراء العقد⁽³⁾، ليسمع الشهود الايجاب والقبول من العاقدين، فإذا لم يقع اشهاد على العقد عندهم وقع العقد فاسداً⁽⁴⁾.

فعقد الزواج يتم بتحقيق أركانه، وشرائط انعقاده إلا أنه لا تترتب آثاره الشرعية إلا بشهادة الشهود.

ولا ينعقد الزواج حتى يكون الشهود حضوراً حال العقد، ولو حصل إعلان عنه بوسيلة أخرى، واستدلوا في ذلك بـ:

- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 35272، م.ق، 1990، ع 3، ص 82.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 179557، م.ق، 1998، ع 2، ص 79.

(3) بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، د.ر.ط، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 63.

(4) المقصود بالفساد: هو عدم الصحة أي المراد به البطلان.

• عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد»⁽¹⁾، المقصود بالنفي أي ما كان من نكاح على غير ذلك فهو غير صحيح.

• عن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽²⁾.

• عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج وشاهدان»⁽³⁾، هذا الحديث يدل على ضرورة وجود الشاهدين عند العقد إلى جانب الولي والزوج، مما يدل على لزوم الشهادة وقت العقد لا بعده.

إنّ الشهادة لو لم تعتبر شرط في صحة الزواج، لما كان لها طريق في العادة لإعلانه، وإشاعته بين الناس، بحيث يعم خبره ويشتهر ويستفيض، فإذا لم تكن الشهادة طريقاً لإعلانه كان اتخاذها مجرد احتيال بشهادة صورية على تحليل ما حرم الله، وكانت لا قيمة لها في نظر الشرع والدين⁽⁴⁾.

إنّ الشارع باشرطه الشهادة في النكاح قد رسم طريق الإعلان، ولم يترك أمره من غير حدود ورسوم، بل حده وعينه بالشهادة، فكانت هي الحد المرسوم، وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر والإعلان، وأن نفي النبي صلى الله عليه وسلم النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة أمر لا بد منه، وأنها كافية للإعلان⁽⁵⁾.

(1) الألباني ناصر الدين، إرواء الغليل، كتاب النكاح، ج6، مرجع سابق، ص 251.

(2) البهقي أبو بكر، السنن الصغير، تحق عبد السلام عبد الشافي، أحمد قباني، كتاب النكاح، باب النكاح إلا بولي، رقم الحديث 2470، ج10، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1412هـ/1992م، ص 10.

(3) الشوكاني محمد بن علي محمد، نيل الاوطار، شرح منتقى الاخبار، تحق: طه عبد الرزاق سعد، ومصطفى محمد الهواري، ج7، مكتبة الكليان الأزهرية، القاهرة (مصر)، د.د.س.ن، ص 31.

(4) الصديق محمد صالح، نظام الأسرة في الإسلام، د.ذ.ر.ط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د.د.س.ن، ص 67.

(5) أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 92.

ثانياً: الأصل في الإشهاد عند الدخول

ذهب الإمام مالك رحمه الله إلى القول بأن الشهادة ضرورية لأبد منها، لكنها ليست شرطاً لإنشاء العقد، إذ لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد بل يندب ذلك عنده لأن الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان، والشهادة شرط للدخول أي "عند المالكية إن الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد وصحته ابتداء بل هي شرط انتهاء عند الدخول، وإن اعلان الزواج، وإخراجه من حدود السرية إلى العلنية، هو شرط يجب توافره لانعقاد العقد، أمّا الشهادة فواجبة لترتيب الآثار على العقد"⁽¹⁾.

واستدلوا في ذلك:

- يقول الإمام ابن جزى رحمة الله عليه: "ولا تجب في العقد وتجب في الدخول وهي شرط كمال في العقد، وشرط جواز في الدخول"⁽²⁾.
- وما روي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»⁽³⁾.
- ما روي عن محمد بن حاطب الجمحي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح»⁽⁴⁾.
- وعن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب: "أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر، ولا أجزئه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت"⁽¹⁾.

(1) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 262.

(2) ابن جزى محمد، القوانين الفقهية، د.ذ.ر.ط، دار الجامعية للكتاب، ليبيا، د.ذ.س.ن، ص 191.

(3) الترميذي محمد بن عيسى، السنن، أبواب النكاح، باب: ما جاء في اعلان النكاح، ج2، رقم الحديث 1095، ط2، دار الفكر، بيروت (لبنان)، سنة 1403هـ/1983م، ص 276.

(4) ابن حنبل أحمد، ج3، دار الفكر، بيروت (لبنان)، ص 418.

احتجوا أيضا أن الله عزّ وجل ذكر النكاح في القرآن في أكثر من موضع، ولم يأمر بالإشهاد عليه، في حين نجد ورود آيات تأمرنا بالإشهاد على الدين، لقوله عزّ وجلّ: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ (٢٨٢) (2)، والرجعة من الطلاق لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ (٢) (3).

ودفع المال إلى اليتيم، لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ (٦) (4).

فكانت الشهادة محمولة لترتيب آثار الانعقاد فقط، وليست صريحة في طلبها للانعقاد (5).

ثالثا: المناقشة والترجيح

للترجيح بين القولين نقول وإن لم يثبت نص صحيح صريح في ايجاب الاشهاد في الزواج عند العقد أو عند الدخول، فإذا لم يكن الاشهاد عند العقد كان واجبا عند الدخول، وإذا وجد الاشهاد أثناء العقد أو بعد الدخول، كان الزواج صحيحا، وإن لم يوجد أصلا لا وقت العقد، ولا عند الدخول، كان العقد فاسدا، أو غير صحيح، وكان الدخول بالمرأة معصية ووجب عليهما الحد إن أفرا بالوطء أو ثبت بنيته، وإذا دخل الزوج دون اشهاد عليه يفسخ العقد عند الجمهور برضا الزوجين أو جبرا من الحاكم.

(1)= (الأصبحي مالك بن أنس، المدونة الكبرى، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، حديث رقم 1115، مطبعة السعادة، مصر، ص 318.

(2) سورة البقرة، الآية رقم: 282.

(3) سورة الطلاق، الآية رقم: 02.

(4) سورة النساء، الآية رقم: 06.

(5) ابن عبد البر أبو عمر، الإستتكار الجامع لعلماء المصادر، تحقق: عبد المعطي أمين، ج16، ط1، دار قتيبة، دمشق (سوريا)، سنة 1414هـ/1993م، ص 215.

نظرا لأهمية الزواج ينبغي ألا يخل العقد من الشهود مع اعلان النكاح، فإذا لم يتمكن من اعلانه واشهاره أثناء العقد، فلا بد من اعلانه قبل الدخول أو معه، حتى لا تكون هناك شبهة بين الرايين.

عقود الزواج في الوقت المعاصر أصبحت توثق وتسجل، وهي لا تسجل إلا إذا أشهد عليها، وتكون بذلك قد صحت على القولين معا، من غير اختلاف⁽¹⁾.

إنّ انتشار ما يعرف بالزواج العرفي يؤدي إلى القول بترجيح قول المالكية القائل بوجوب الإعلان.

الشهرة والإعلان تتم بمعنيين:

أحدهما: أنها تحت الزوج على مزيد من الحصانة للمرأة، إذ يوقن أن قد علم الناس اختصاصه بها، فهو يقوم بتعهداها من كل ما يتطرق إليها من الريبة وقذف في عرضها.

ثانيهما: إن الشهرة تبعث الناس على احترامها، وانتفاء الطمع فيها إذ صارت محصنة بالزواج⁽²⁾.

رابعا: موقف المشرع الجزائري من وقت الإشهاد

أخذ المشرع الجزائري برأي الفقهاء في اشتراط حضور شاهدين لصحة العقد وعن طريقهم يتحقق الاشهار والعلنية⁽³⁾، وقد سار القانون الجزائري على ما استقر عليه الجمهور، معتبرا الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج، حيث جعل من حضور الشاهدين أثناء تبادل

(1) الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس، الأردن، سنة 1418هـ/1997م، ص 10.

(2) الصديق محمد صالح، نظام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 67.

(3) بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 1428هـ/2007، ص 144.

الرضا بالزواج، شرطا من ضمن شروط صحته وهذا طبقا للمادة 09 مكرر من ق.أ⁽¹⁾ والتي تتضمن: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام المواقع الشرعية".

كما أنّ المحكمة العليا أشارت في قراراتها المشهورة أنه يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين، وأنه يشترط أيضا أن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين ويفهماه، حتى يتحقق الغرض من الشهادة وهو الإعلان⁽²⁾.

وقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد، برأي الجمهور في المسألة، حيث اشترط في المادة 09 مكرر المضافة بالأمر رقم 05-02، لصحة عقد الزواج حضور شاهدين في مجلس العقد أثناء تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين⁽³⁾.

وبذلك سار القانون على نهج جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الاشهاد شرط صحة في عقد الزواج، وإلا كان العقد فاسدا، لتخلف شرط من شروط صحته، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا للمادة 33 الفقرة 2 المعدلة بالأمر رقم 05-02⁽⁴⁾، وبهذا أخذ القانون نظرا لأهمية عقد الزواج وخطورته في المجتمع⁽⁵⁾.

ولكنه لم يرتب على انعدامها البطلان بعد الدخول طبقا لما جاء في المادة 33 من قانون الأسرة من أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين، فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن، كما أنه من قراءة المادة 32 من نفس القانون والتي تنص على أنه يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه فإن المشرع الجزائري

(1) أمر رقم 05-02، سالف الذكر.

(2) سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 262.

(3) مرجع نفسه، ص 255.

(4) أمر رقم 05-02، سالف الذكر.

(5) سعد عبد العزيز، مرجع نفسه، ص 256.

يجعل من غياب الشاهدين سببا من أسباب الفسخ إذا حصل وحده ولم يقترن بسبب آخر، إمّا إذا اقترن غياب الشاهدين وقت إبرام العقد بانعدام الولي أو بإهمال ذكر الصداق مثلا، فإن غياب الشهود هنا يتحول إلى سبب من أسباب البطلان⁽¹⁾.

قد جعلت المحكمة العليا حضور الشاهدين من أركان عقد الزواج الأساسية، ومن ثم فإنه يمكن اثبات الزواج بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضورا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين.

كما أنه يجوز إثبات عقد الزواج في حالة وفاة أحد الزوجين على أساس شهادة الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

المطلب الثاني

الحكمة من تشريع الإشهاد في عقد الزواج

حماية لعلاقة الزواج أن تكون عبثا أو سفاحا، وإذا كان عقد الزواج بحاجة إلى اشهاد فهل هو ركن من أركان انشائه؟ أم شرط من شروط الزواج؟ وإذا كان شرطا من شروطه فهل هو شرط صحة أم شرط تمام؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنقوم بتعريف الركن وتعريف الشرط والمفارقة بينهما، ونتعرض إلى موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

(1) بن حرز الله عبد القادر، مرجع سابق، ص 142.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، 2005، ص 132.

الفرع الأول

حكم الإشهاد في عقد الزواج باعتباره ركنا

سوف نتطرق إلى الجانب اللغوي لتعريف الركن والاصطلاح.

أولاً: الإشهاد على عقد الزواج باعتباره ركنا

أ. التعريف بالركن لغة:

الركن في اللغة الجانب القوي في الشيء، وهو الذي يقوم عليه ذلك الشيء فيقال حبل ركين، أي له أركان عالية، وهو يأوي إلى ركن شديد أي إلى عزو منعة⁽¹⁾.

لنقله عز وجل: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾⁽²⁾ ﴿٨٠﴾.

وقوله سبحانه تعالى: ﴿فَتَوَلَّىٰ بِرُكْنِهِ وَقَالَ سَاحِرٌ أَوْ مَجْنُونٌ﴾⁽³⁾ ﴿٣٩﴾، أي أخذناه وركنه الذي تولى معه، وركن الإنسان قوته وشدته.

وركن الرجل قومه، وأركان كل شيء جوانبه التي يستند عليها، وأجزاء ماهيته التي لا توجد إلا بوجوده⁽⁴⁾.

ومما سبق نرى أن الركن هو الجانب القوي في الشيء الداخل في مقومات وجوده.

ب. التعريف بالركن اصطلاحاً

عرف علماء أصول الفقه الركن بتعريفات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في معانيها نذكر منها ما يأتي:

(1) الرازي أبو بكر، مرجع سابق، ص 132.

(2) سورة هود، الآية رقم: 80.

(3) سورة الذاريات، الآية رقم: 39.

(4) ابن منظور جمال الدين، باب الركن، مرجع سابق، ص 1721.

- الركن هو ما لا وجود للشيء إلا به⁽¹⁾.

قال الشارح: يعني أن الفرق بين الركن والشرط هو أن الركن جزء ذات، أي الحقيقة الداخل فيها، ومثل له بالركوع في الصلاة⁽²⁾.

ومن هذه التعاريف نستنتج أن الركن هو ما كان جزءاً من حقيقة الشيء غير أن وجوده لا يستلزم وجود الشيء، إلا أن انعدامه يترتب عنه عدم الوجود، ومثاله الركوع والسجود في الصلاة، والایجاب والقبول في عقد الزواج.

فهي أركان يترتب على وجودها وجود الصلاة والزواج وبانعدامها تنعدم حقيقتها.

ثانياً: الإشهاد على عقد الزواج باعتباره شرطاً

أ. التعريف بالشرط لغة

الشين والراء والطاء إذا اجتمعت تطلق ويراد بها العلامة ومن ذلك اشراطها الساعة أي علاماتها، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾⁽³⁾، أي علاماتها وأشراط فلان نفسه لفعل كذا أي اعلمها وأعدّها له، ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرطه، وشرطي⁽⁴⁾.

وتطلق هذه الحروف الشين والراء والطاء مجتمعة ويراد بها إلزام الشيء والتزامه، وجمعه للشروط وشرائط⁽⁵⁾.

(1) البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، النيردوي، ج3، د.ذ.ط، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة (مصر)، 1978، ص 344.

(2) الشنقيطي عبد الله ابراهيم، نشر البنود على مراقي السعود، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1409هـ/ 1988م، ص ص: 36-37.

(3) سورة محمد، الآية رقم: 18.

(4) الرازي أبو بكر، مرجع سابق، ص 169.

(5) ابن منظور جمال الدين، باب الشرط، مرجع سابق، ص ص: 2235-2236.

ومما سبق نستنتج أن كلمة شرط لا تخلو من أحد المعنيين: العلامة والزام الشيء والتزامه.

ب. التعريف بالشرط اصطلاحاً

هو: "ما توقف وجود الشيء على وجوده، وليس هو جزءاً من ذات ذلك الشيء بل هو خارج عنه، كما لا يلزم من وجوده ما كان شرطاً فيه"⁽¹⁾.

عرف علماء أصول الفقه القدامى والمعاصرين بتعريفات كثيرة منها:

- عرفه البزدوي أنه: "اسم لما يتعلق به الوجود، دون الوجوب، فقوله هو اسم لما يتعلق به الوجود هو كالعلامة، إذ أنها عبارة عن امارات غير واجبة للحكم بذاتها، إنما دالة عليه لكن يجعل الشارع لها ذلك".

وقوله دون الوجوب يعني وجود الشرط لا يستلزم وجوب المشروط.

- وعرفه البخاري: "أن العلو هي التي يترتب على وجودها الوجوب، وبانعدامها يتحقق العدم، لا الشرط بقوله: هو ما يقف المؤثر على وجوده في اثبات الحكم"⁽²⁾.

- عرفه الشوكاني أنه: "وصف ظاهر منضبط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ولا عدمه"⁽³⁾.

- وعرفه أبو زهرة بقوله: الشرط هو: "الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم"⁽⁴⁾.

(1) الجديع عبد الدين يوسف، تسيير علم أصول الفقه، ط1، مؤسسة الريان، لبنان، 1997، ص 55.

(2) البخاري علاء الدين، مرجع سابق، ص: 173 - 174.

(3) الشوكاني، ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط1، دار السلام، لبنان، 1998، ص: 44 - 45.

(4) أبو زهرة محمد، أصول الفقه، د.ذ.ر.ط، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 53.

من خلال هذه التعاريف يمكن تعريفه بأنه: ما يلزم عن عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، ويكون خارجاً عن حقيقة الشيء.

وبالمقارنة بين الركن والشرط نجد أنهما يتفقان في بعض الأمور ويختلفان في أخرى، فيتفقان من حيث أن كلامهما يتوقف عليه وجود الحكم، وأن نقصان أحدهما يؤدي إلى البطلان أو الفساد، فالركوع ركن يتوقف عليه وجود الحكم في الصلاة، والوضوء شرط يتوقف عليه أيضاً وجود الصلاة.

ويختلفان في أن الركن جزء من الماهية، والشرط ليس كذلك وعلى هذا ترتب أن وقوع خلل في الركن معناه خلل في العقد أو التصرف نفسه فيكون الحكم حينئذ البطلان بالاتفاق، أما إذا كان الخلل في الشرط معناه خلل في وصف خارج عن الماهية، ويكون حكمه عند الجمهور البطلان وعند الحنفية الفساد⁽¹⁾.

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من الإشهاد على الزواج

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإشهاد في عقد الزواج ليس ركناً من أركانه، وأن أطلقوا عليه في بعض الأحيان تسمية الركن، إلا أن المقصود منها الشرطية لا الركنية⁽²⁾.

يمكن تفصيل القول في حكم الإشهاد عند الفقهاء على النحو الآتي:

أ. الفريق الأول:

ذهب ابن أبي ليلى⁽³⁾، وأبو ثور⁽¹⁾، إلا أن الإشهاد لا يشترط في الزواج، ولا يلزم، فالزواج عندهم يكون صحيحاً، ولو لم يحضره أحد سوى الزوجين⁽²⁾، فهم لا يشترطون الشهادة

(1) فكرة سعيد، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه دولة في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1997، ص 188.

(2) أبو العينين بدران بدران، مرجع سابق، ص 61.

(3) أنظر: الذهبي سير أعلام النبلاء، ج6، د.ذ.ر.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، 1985، ص 312.

في عقد الزواج، فهو صحيح بدونها، ولكنها أمر مستحب فقط كالإعلان، واستدلوا على ما ذهبوا إليه فيما يلي:

- ضعف الأحاديث التي تدل على اشتراط الشهادة لصحة الزواج.

- الآيات الواردة في شأن الزواج لا تشترط الاشهاد كقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (3)، وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ (4)، فيعمل بها على إطلاقها.

الله عزّ وجلّ لم يذكر الاشهاد على النكاح، وذكره في البيع، والدين، مع أن الاشهاد في النكاح أكثر خطرا لما فيه من حفظ النسب وزوال التهم، والتوارث ... وغيره.

ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حي رضي الله عنها وتزوجها بغير شهود (5).

➤ مناقشة أدلة الرأي الأول:

يرد على أصحاب هذا القول الذين قالوا بعدم اشتراط الشهود لصحة النكاح بما يأتي:

- ما احتجوا به من ضعف الاحاديث الخاصة بالإشهاد على النكاح، يرد عليه أن هذه الأحاديث وإن كان فيها ضعف، فإن بعضها يقوي بعضها، ويصح أن يقيد بها مطلق الكتاب.

(1) = أنظر: بن حلكان وفايات الأعيان، تحقق: احسان عباس، ج1، د.ذ.ر.ط، دار صادر، بيروت (لبنان)، 1977، ص 26.

(2) الذهبي محمد الحسين، الشريعة الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، د.ذ.ر.ط، مكتبة وهبية القاهرة (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 71.

(3) سورة النساء، الآية رقم: 03.

(4) سورة النور، الآية رقم: 32.

(5) مسلم بن الحجاج النيسبوري، كتاب النكاح، باب اعتاقه أمته ثم يتزوجها، ج9، مرجع سابق، ص ص: 225 - 227.

- إنَّ عدم ذكر الإشهاد على النكاح في القرآن الكريم، لا يعني عدم جواز اشتراطه في السنة النبوية، قد يكون ذكر الإشهاد على البيع في القرآن الكريم هو لإرشاد الناس إلى ذلك، لأنَّ الناس يتهاونون فيه غالباً، فكان في ذكره في القرآن الكريم من أجل تنبيههم، ثم إنَّ الإشهاد في البيع مندوب بحيث لا يبطل البيع بانعدامه بخلاف الإشهاد في الزواج⁽¹⁾.

وما احتجوا به من النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفيّة بنت يحيى رضي الله عنها وتزوجها بغير شهود، يجاب عليه بأنَّ ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم فلا يلحق به غيره⁽²⁾.

ب. الفريق الثاني:

اتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على أن الشهادة شرط في صحة الزواج، فلا يصح للشهادة اثنين غير الولي، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة أدلة:

- عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير نية».

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح غلاًّ بولي وشاهدي عدل، فإنَّ اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له»⁽³⁾.

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج، والشاهدين»⁽⁴⁾.

(1) زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج6، ط3، مؤسسة الرسالة، د.ذ.ب.ن، سنة 1420هـ/2000م، ص 112.

(2) ابن قدامة المقدسي موفق الدين، مرجع سابق، ص 340.

(3) البيهقي أبو بكر، السنن الصغير، تحق عبد السلام عبد الشافي، احمد قباني، كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 2470، ج10، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ص 10.

(4) الشوكاني محمد بن علي محمد، مرجع سابق، ص 31.

➤ مناقشة أدلة الرأي الثاني:

إنّ الرأي الراجح القائل باشتراط الإشهاد في الزواج لأن الأحاديث المثبتة لذلك يصح ان يقيد بها مطلق الكتاب، وكذا لأن في الإشهاد حفاظ على حقوق الزوجين والولد، لئلا يجحد أبوه، فيضيع نسبه، وفي الاشهاد أيضا درء التهمة على الزوجين وبيان خطورة الزواج وأهميته.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من الإشهاد على الزواج

لقد كان قانون الأسرة الجزائري ينص على أن حضور الشاهدين من بين أركان الزواج في المادة 09 منه، يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، ويولي الزوجة، وشاهدين، وصدّاق⁽¹⁾، وهذا على خلاف ما هو وارد في التشريعات العربية للأحوال الشخصية⁽²⁾.

المشرع الجزائري صاغ المادة طبقاً لحديث السيدة عائشة رضي الله عنها: "كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب، وولي، وشاهداً عدل"⁽³⁾ لأنه لا يوجد اختلاف سوى في الصدّاق، ذلك لأن لفظ السفاح فيه معنى بطلان العقد الذي يخلو من ركن من هذه الأركان، وما يترتب البطلان يمثل ركناً، وعليه اعتبر المشرع الولي، والشهود أركاناً لا شروطاً للعقد⁽⁴⁾.

كما أن اجتهاد المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث كان موافقاً لنص القانون في اعتبار الاشهاد على عقد الزواج ركن من الأركان "من المقرر فقها وقضاء بأنه يعتبر كل زواج صحيحاً، وكافة الحقوق"⁽⁵⁾.

(1) أمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(2) بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.ذ.ر.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص: 65-66.

(3) سبق تخريجه، ص 56.

(4) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، د.ذ.ر.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 78.

(5) المحكمة العليا، المجلة القضائية، غ.أ.ش.وم في 12/11/1982-1986، الج2، ص 32.

وجاء في اجتهاد آخر لها أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج لا يقوم إلا على أركان مبنية بوضوح... لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل... (1).

ومن المقرر أيضا أنه إذا احتل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج (2).

الفرع الثاني

إعلان الزواج

وذلك بمعرفة أدلة مشروعيته، والطرق والوسائل التي يتم اعلانه بواسطتها.

أولا: أدلة إشهار الزواج

إنّ استحباب الإعلان محل اتفاق عند جمهور العلماء، وإن كان الامام مالك أوجبه، والأصل في مشروعية الاعلان النصوص الآتية:

- عن محمد بن حاب الجمحي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح» (3).

- عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه الدفوف» (4).

- عن ابن عباس قال: "أنكحت عائشة ذات قرابة لها من الأنصار فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «أهديتم الفتاة؟ قالوا نعم، قال: أرسلتم معها من يغني؟ قالت: لا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الانصار قوم فيهم غزل، فلو بعثتم معها من يغني».

(1) المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 64.

(2) المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، المجلة القضائية، العدد الثالث، في 1989/01/02 - 1992، ص 53.

(3) سبق تخريجه، ص 46.

(4) سبق تخريجه، ص 46.

وجاء في رواية شريك: فقال: هل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغني؟ قلت: نقول ماذا؟ قال: تقول: أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم، ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم، ولولا الحنطة السمر ما سمت عذاريك⁽¹⁾.

ثانيا: وسائل إعلان الزواج

أرشد الشارع إلى عدة أمور يحصل بها اعلان الزواج منها:

أ. خطبة النكاح:

الأصل في النكاح أن أهل الجاهلية كانوا يخطبون قبل العقد لما يرونه من ذكر مفاخر قوتهم، ونحو ذلك يتوسلون بها إلى ذكر المقصود والتنويه به، ويكون مبني على التشهير، وجعل الشيء بمسمع ومرأى من الجمهور، وهذه الخطبة كانت لا تستعمل إلا في الأمور المهمة والتي منها الزواج، كان أمره عظيما بينهم، والرسول عليه الصلاة والسلام أبقى أصلها وغير وضعها⁽²⁾.

فعن عبد الله بن مسعود أنه قال: أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم جوامع الخير وخواتمه، أو قال فواتح الخبر فعلمنا خطبة الصلاة، وخطبة الحاجة في النكاح وغيره....

وخطبة الحاجة: "أن الحمد لله، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده، ولا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله..."⁽³⁾.

(1) الشوكاني محمد بن علي، مرجع سابق، ص ص: 280 - 281.

(2) الفالح مساعد بن محمد، الإعلان المشروع والممنوع في الفقه الاسلامي، ط1، د.ذ.ن، د.ذ.ب.ن، 1995، ص 73.

(3) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج2، كتاب النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، د.ذ.ر.ط، دار المعرفة، بيروت (لبنان)، ص ص: 361 - 362.

وهذه الخطبة في النكاح يذكرها ولي الزوجة أو الزوج أو وكيله، ويذكر كل منهما شيئاً مما يتعلق بمن يتولى عنه، الصداق، وما إلى ذلك من الحديث على المصاهرة، والمشاعر الخاصة نحو الارتباط الاجتماعي والأسري الجديد.

وخطبة النكاح مندوب إقائها عند العقد وليست واجبة، غير أن مالها من الأثر في اعلان النكاح، وإشهاد المجتمع عليه، وتذكير الزوجين بتقوى الله، كأساس للتعامل بينهما، وكعامل من عوامل السعادة في الحال والمآل يدعو إلى إقائها وعدم التغاضي عنها⁽¹⁾.

ب. الوليمة:

الوليمة مشتقة من الولم وهو الجمع، لأن الزوجين يجتمعان، وقيل أصلها تمام الشيء واجتماعه، وتقع على كل طعام يتخذ لسرور، وتستعمل في وليمة الأعراس بلا تقييد⁽²⁾.

والوليمة سنة مستحبة عند جمهور العلماء، لأنها طعام للسرور يتم من خلاله اعلان النكاح وشهره، ويكون كل مدعو إليها بمثابة شاهد على هذا الزواج⁽³⁾.

والأصل في مشروعيتها النصوص النبوية الشريفة والتي منها:

ما روي عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى عبد الرحمان بن عوف أثر صفرة فقال: "ما هذا؟ قال: إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك، أو لم ولو يشاة"⁽⁴⁾.

(1) أبو النور محمد الأحمد، منهج السنة في الزواج، ط5، دار السلام للنشر والتوزيع، مصر، 1996، ص ص: 147-148.

(2) الصنعاني محمد بن اسماعيل، كتاب النكاح، باب الوليمة، ج3، مرجع سابق، ص 270.

(3) عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج1، ط2، الدار المصرية، د.ذ.ب.ن، 1410هـ/1990م، ص 423.

(4) البخاري محمد بن اسماعيل، كتاب النكاح، باب الوليمة، ج7، مرجع سابق، ص 30.

روي عن بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين تزوج على بفاطمة أنه: "لا بد للعرس من وليمة"⁽¹⁾.

وقال في الدعوة للوليمة: "تشر الطعام الوليمة، يدعي لها الأغنياء ويترك الفقراء، ومن ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله"⁽²⁾.

وكان أبو هريرة يقول: "أنتم العاصون في الدعوة، تدعون من لا يأت، وتدعون من يأتي"⁽³⁾.

وكذا لأن الوليمة تعتبر إشهاد للزواج وإعلاناً له لأفراد المجتمع، وإبعاداً للشبهه عنه والمباركة للزوجين والمساهمة في كل ما يضيف عليها السكينة، والسعادة فلحق المجتمع أن لا يميز صاحب الوليمة في دعوته بين طبقة وأخرى، بحيث يدعوا الأغنياء ويترك الفقراء⁽⁴⁾.

أمّا وقت الوليمة فهو غير محدد ويرجع في تحديده إلى عادات وتقاليد المجتمع، فقد يكون بعد الدخول، أو عند الدخول، أو عند انعقاد العقد.

ج. الدف والغناء المباح:

يعتبر من وسائل إعلان النكاح ضرب الدف لإشاعة الفرح وإظهار السرور وأشهار الزواج، وفي ذلك يقول الإمام أحمد رحمه الله: "يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه الدف حتى يشتهر ويعرف"⁽⁵⁾.

(1) ابن حنبل أحمد، مرجع سابق، ص 359.

(2) البخاري محمد بن اسماعيل، كتاب النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، ج7، مرجع سابق، ص 32.

(3) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، كتاب النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله وسوله، ج9، د.ذ.ر.ط، دار المعرفة، بيروت (لبنان)، ص 245.

(4) أبو النور محمد الأحمد، مرجع سابق، ص 157.

(5) ابن قدامة، مرجع سابق، ص 107.

الأمر بإعلان النكاح والضرب عليه بالدف، وكذا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يكره نكاح السر حتى يضرب بالدف، ويقال أتيناكم أتيناكم فحيونا نحبيكم⁽¹⁾.

وما روي عن حديث عائشة أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «يا عائشة هل كان معكم لهو؟ فإن الأنصار يعجبهم اللهو»⁽²⁾.

ومما سبق نخلص إلى أنه يجوز في النكاح ضرب الدف، إلا أنه يتعين أن يكون الضرب خفيفا لا إزعاج فيه، وألا يكون ذلك مقترنا بالأغاني المهيجة للشور، والمشتملة على وصف الجمال والفجور، ومعاقرة الخمر، فإن ذلك يحرم في النكاح كما يحرم في غيره، وكذلك سائر الملاهي المحرمة.

والإشهار والإعلان يكون بالدف، كما يكون بكل ما يدل على الإعلان بحسب العرف، وعادات كل بلد، كما أنه يجوز الإحتفال بالزغاريد ونحوها.

(1) ابن حنبل أحمد، مرجع سابق، ص 78.

(2) البخاري محمد بن اسماعيل، كتاب النكاح، باب النسوة اللاتي يهدين المرأة على زوجها، ج7، مرجع سابق، ص 25.

خلاصة الفصل الأول

من أهم الأسس التي يقوم عليها الزواج بصفته الشرعية الإشهاد عليه، فيه يفرق بين الحلال والحرام، فبالإشهاد يصح العقد، لذا عرّف بعدة تعريفات:

• فعرفت الحنفية الإشهاد بأنه: «إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء».

• وعرفه المالكية بأنه: «إخبار حاكم من علم ليقضي بمقتضاه».

• كما عرّفه الشافعية بأنه: «إخبار يحق للغير على الغير بلفظ أشهد».

• وعرفها الحنابلة بأنه: «الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت».

لقد ثبتت مشروعية الإشهاد بالكتاب والسنة والإجماع، فقد كان العقد يتم عبر أركانه وشروطه الشرعية مع حضور جمع من الناس، وكان معرفة الزواج بينهم كافيًا في إثباته، أي أن الإعلان والإشهار لهذا الزواج بمثابة التوثيق في وقتنا الحالي.

كما أنّ الإشهاد يلعب دور أساسي على سائر البيّنات في إثبات الزواج، لهذا على القاضي الأخذ بالشهادة متى اكتمل نصابها وتوافرت شروطها من العقل، والإسلام، والبلوغ، والعدد، وانتفاء الموانع الشرعية.

إنّ الفقهاء اتفقوا على أن حكم الإشهاد بالنسبة للمشهود هو فرض على الكفاية سواء تعلق الأمر بحالة التحمل أو الأداء.

يتميّز الإشهاد بخصائص منها أن يكون مضمونه إخبارًا يحق للغير بشرط أن يكون عن يقين لا عن شك، وأن تكون في مجلس الحكم أو القضاء وأن تكون موافقة للدعوى، وأن تكون

شفاهة وكإستثناء يمكن تأديتها كتابة أو إشارة مع خلاف بين الفقهاء في ذلك فمنهم من قبلها ومنهم من رفضها.

كما إتفق الفقهاء على أنّ الشهادة شرط من شروط النكاح ولكن اختلفوا حول ما إذا كانت شرط يلزم صحة العقد، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، فإن لم يقع إشهاد على العقد عندهم وقع العقد فاسداً، وذهب المالكية إلى القول بأن الإشهاد على الزواج شرط تمام يلزم عند الدخول ولا بد من توافر الإعلان للإنعقاد.

ولإشهار الزواج وإعلانه القيام بخطوات ومراحل من خطبة الزواج، والوليمة، واستعمال الدف والغناء المباح.

الفصل الثاني

دور الإِشهاد في إثبات

العلاقة الزوجية

• المبحث الأول: دور الإِشهاد في اثبات عقد

الزواج وأثر تخلفه عنه.

• المبحث الثاني: نماذج من زيجات تخلف الإِشهاد

عليها.

الفصل الثاني

دور الإشهاد في إثبات العلاقة الزوجية

من بين الوسائل التي جعلت منها الشريعة الإسلامية الوسيلة الأكثر اعتمادا وأهمية في اثبات الحقوق لشهادة الشهود، ولمعرفة دور الشهادة في اثبات الزواج، لاسيما في وقتنا الحاضر أين أولت التشريعات القانونية أهمية كبيرة لمسألة تسجيل عقود الزواج وتوثيقه بعد انتشار ظاهرة الزواج العرفي الذي يبرم دون اللجوء إلى اجراءات إدارية أو تنظيمية، خاصة وأن العقود العرفية كثيرا ما تسبب مشاكل قانونية واجتماعية، على عكس العقود الرسمية.

ووفقا لهذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول دور الإشهاد في اثبات عقد الزواج وأثر تخلفه عنه، وفي المبحث الثاني نماذج من زيجات تخلف الإشهاد عليها.

المبحث الأول

دور الإشهاد في اثبات عقد الزواج وأثر تخلفه عنه

جرى العمل في الدول الإسلامية على أنه لا بد من تسجيل عقود الزواج في وثائق خاصة، توضع نسخة منها بيد الزوج، وأخرى بيد الزوجة، والثالثة بالسجلات الرسمية الخاصة بالحالة المدنية⁽¹⁾.

وهذه الترتيب الإدارية التي التزمت بها قوانين الأحوال الشخصية، سماها بعض الفقهاء المعاصرين بالشروط القانونية، إذ هي عبارة عن شروط يضعها المشرع لجلب مصلحة أو دفع مفسدة تفاديا للمشكلات التي قد تطرأ كنفى الزوج للعلاقة الزوجية، أو نفي نسب أولاده.

وعليه سنتناول في (المطلب الأول) دور الإشهاد في الإثبات في حال إنكار وإقرار الزواج، و(المطلب الثاني) الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج.

المطلب الأول

دور الإشهاد في الإثبات في حال إنكار وإقرار الزواج

قانون الأسرة الجزائري فرض عدّة اجراءات إدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج لأهميتها وخطورها لعدم إنكارها فيما بعد فإذا تم الزواج الشرعي الذي يشتمل على جميع أركان وشروط العقد، من تبادل الإيجاب والقبول، وحضور الولي، وتسمية الصداق، وحضور الشهود، وإنما تنقصه فقط الرسمية، فإذا كان الزواج بهذه الكيفية، فإن إثباته في حالة الإتفاق والإقرار بالزوجية يكون باستصدار حكم من المحكمة، وأيضا في حالة الإنكار يثبت باللجوء إلى

(1) الذهبي محمد حسين، الشريعة الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة، القاهرة (مصر)، د.د.س.ن، ص

القضاء، لذا سنتطرق إلى إثبات الزواج المتنازع فيه (الفرع الأول) و(الفرع الثاني) إثبات الزواج العرفي الغير متنازع فيه.

الفرع الأول

إثبات الزواج المتنازع فيه

إذا وقع نزاع بين الزوجين فادعاه أحدهما، وأنكره الآخر، فإنه يثبت عن طريق حكم قضائي وحتى يصدر الحكم القضائي وجب اتباع مراحل اجرائية حتى يتم استصدار الحكم القضائي.

أولاً: المقصود بالإثبات

1. الإثبات لغة:

الإثبات مصدر، وفعله ثبت أو أثبت، وهذا الفعل مزيد بحرف الألف وتطلق هذه الكلمة ويراد بها عدة معاني متقاربة، تأتي بمعنى الاستمرار، والاستقامة فيقال ثبت الشيء إذا دام واستمر وهو ضد الزوال⁽¹⁾، وبمعنى المضاد له، أي بمعنى التدعيم، والتعزيد، والتقوية، لقوله عز وجل: ﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ وَيُضِلُّ اللَّهُ الظَّالِمِينَ وَيَفْعَلُ اللَّهُ مَا يَشَاءُ﴾⁽²⁾، أي بمعنى الصحة والتحقق كقولنا: ثبت الأمر إذا صح⁽³⁾.

والتَّبَيُّ والتَّثْبِيْتُ، والإثبات استعمالاتها تدور حول جعل الشيء واضحاً صحيحاً، وراسخاً، ومستقراً، وغير منقلب، ومنه قولنا: أثبت حجته، إذا أقامها.

(1) الفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب، مصدر سابق، ص 190.

(2) سورة ابراهيم، الآية رقم: 27.

(3) الفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب، مرجع نفسه، ص 191.

2. الإثبات اصطلاحاً:

حاول فقهاء القانون تعريفه على أنه: "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"⁽¹⁾.

أي وضع يترتب حقا، أو يعدله، ويرتب انقضاؤه، سواء أكان حقا موضوعيا، أم حقا متعلقا بنظام الإجراءات، إذ الوقائع القانونية⁽²⁾، إما أن تكون تصرفات قانونية، وإما أن تكون مجرد أفعال مادية⁽³⁾.

ويتضح من التعريف المتقدم أنه يتميز بـ:

- أنه إثباتا قضائيا، بمعنى أنه لا يكون إلا أمام القضاء، سواء أكان قضاء أمام قضاة الدولة، أم كان قضاء أمام أشخاص يختارهم الخصوم في الحالات التي يجوز فيها التحكيم.
- أنه إثبات مقيد، بمعنى أن هذا الإثبات لا يتم إلا بالطرق التي حددها القانون، وفقا للإجراءات المرسومة لكل منهما، كما أن القاضي لا يستطيع تكوين اقتناعه بغير هذه الطرق.
- أن محله واقعة قانونية متنازع عليها، بمعنى أنه لا بد أن ينصب على واقعة يترتب عليها القانون أثرا أو آثارا قانونية شريطة أن تكون هذه الواقعة متنازع عليها وأن تكون معتبرة

(1) السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 13.

(2) الواقعة القانونية: هي محل إثبات، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يترتب القانون عليه أثرا معينا، فالعمل غير مشروع واقعة مادية يترتب القانون عليها التزاما بالتعويض، والعقد تصرف قانوني يترتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان، وكل من العمل غير مشروع، والعقد واقعة قانونية يترتب القانون عليها أثرا.

نقلا عن: السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 14.

(3) أبو الوفا أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط03، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 1898، ص 13.

كأساس للحق المدعى به، بحيث لو ثبتت الواقعة يكون من شأنها أن تؤدي إلى اقتناع القاضي بوجود الحق المدعى به⁽¹⁾.

أمّا فقهاء القانون المعاصرين فقد عرفوا الإثبات أنه:

"الإدعاء بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي بخصوص الدعاوى التي تقدم له، وهذا هو المعنى الواسع للإثبات أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي".

وهناك معنى ضيق يراد بالإثبات: "الأدلة التي تقدم وهي إمّا كتابة أو شهادة... أو غيرها من وسائل الإثبات المختلفة"، ويظهر من هذا التعريف أنه يجعل من الإثبات نهجا من مناهج المعرفة⁽²⁾.

والمعنى الأخص أنه يراد به: "تلك النتيجة التي تحصل من بعد تقديم الأدلة، فيقال مثلا: لقد حصل الإثبات وذلك إذا تمكن الخصم من إبراز صحة دعواه"⁽³⁾.

من هذه المعاني الثلاث بداية من الإدلاء بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي، ومرورا بالأدلة والوسائل القانونية التي تعضدها، ووصولاً إلى النتيجة التي حكم بها القاضي.

ومهما تنوعت معنى كلمة "إثبات" فإن هذا الأخير يمثل العامل الرئيسي في الدعوى، وهذا يتجسد في جملة الوسائل المتنوعة، والتي تهدف إلى غاية واحدة وهي: "البحث عن الحقيقة"، أو بعبارة أدق: "إقامة الدليل على الأفعال التي تشكل موضوع الدعوى"⁽⁴⁾.

(1) سعد نبيل ابراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 109.

(2) مرجع نفسه، ص 109.

(3) بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 15.

(4) أبو الوفاء أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق، ص 14.

ثانياً: اجراءات رفع دعوى تثبيت الزواج أمام القضاء

إنّ عملية التقاضي تبدأ من خلال الدعوى القضائية باعتبارها وسيلة تحريك القضاء والتي من دونها لا يمكن للقاضي أن يحرك ساكناً ولاستيفاء الحق أو حمايته وجب اتباع مراحل إجرائية؛ أي رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة، وهي قسم شؤون الأسرة الذي يعتبر من أهم أقسام المحكمة العادية باعتباره يختص بالنظر في المسائل التي تتعلق بالأسرة.

لقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي والإقليمي المتعلق بهذا القسم، وهذا الاختصاص يتم تحديده في العريضة التي يقدمها الأطراف وإلا عُرِضَتْ للرفض، أما الاختصاص النوعي والمحلي أو الإقليمي لهذا القسم يتمثلان في:

1. الاختصاص النوعي:

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي، فبالرجوع إلى نص المادة 423 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثالثة⁽¹⁾، نجدها قد حددت أهم القضايا التي يختص بها هذا القسم بقولها: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

- ✓ الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- ✓ دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- ✓ دعاوى إثبات الزواج والنسب.
- ✓ الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- ✓ الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

(1) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1929 الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن خلال هذه المادة جعل تثبیت الزواج الشرعي، أو ما يعرف بالزواج بالفاتحة أو الزواج العرفي من اختصاص هذا القسم من الفقرة الثالثة بذكرها: "الاختصاص بالنظر في دعاوى إثبات الزواج والنسب".

2. الاختصاص الإقليمي:

أي تحديد النطاق الجغرافي لكل جهة قضائية على مستوى المحكمة، وقد تم تحديد المادة 426 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية⁽¹⁾، نصت على: "تكون المحكمة المختصة إقليمياً في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه، أي دعوى تثبیت الزواج العرفي"، فالمادة 426 الفقرة 02 من ق.إ.م.إ، حددته بموطن المدعى عليه، وعليه ففي دعوى تثبیت الزواج العرفي يختص بالفصل فيها قاضي شؤون الأسرة على مستوى قسم الشؤون الأسرة طبقاً لما هو معمول به ميدانياً.

ثالثاً: شروط رفع دعوى تثبیت الزواج الشرعي (العرفي)

حدّد المشرع الجزائري في المادة 13 من ق.إ.م.إ بقولها: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"⁽²⁾، وعليه يتضح من المادة أنها جعلت ضرورة توافر شرطين لقبول تثبیت الزواج وهما: الصفة والمصلحة.

(1) قانون رقم 08-09، السالف الذكر.

(2) قانون رقم 08-09، السالف الذكر.

1. الصفة:

أ. **صفة المدعي:** هو الذي يقوم برفع الدعوى وهنا في دعوى موضوع البحث قد يكون الزوج أو الزوجة أو ورثتهما كما تجدر الملاحظة هنا للتمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، أمّا الأولى فهي قيام صاحب الحق (المدعي) شخصياً، باستعمال حقه في اللجوء إلى القضاء دون أحد غيره، لكن أحياناً يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصياً لعذر مشروع، فهنا قد سمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الاجراءات كأن يحضر المحامي نيابة عن المدعي أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة وهذا ما يعرف بالصفة في التقاضي⁽¹⁾.

ب. **صفة المدعى عليه:** أي أن ترفع الدعوى ضد: من كان معنياً بالخصومة، فالزوجة يجب أن ترفع دعوى تثبيت الزواج العرفي ضد زوجها، ولا يتصور أن ترفعه ضد شخص أجنبي ليس لها به علاقة، ممن يجوز مقاضاتهم، فلا تقبل دعوى ضد فاقد الأهلية مثلاً⁽²⁾.

2. المصلحة:

هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من جراء رفعه لها منعا لإثقال القضاء بدعاوى لا فائدة منها، وعادة ما تكون شرطاً في المدعي، بدليل أن المادة 13 المذكورة سابقاً جعلت للقاضي الحق في إثارة الصفة المنعدمة في جانب كل من المدعي والمدعى عليه، دون تخصيص ذلك في المصلحة⁽³⁾.

(1) عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فبراير 2008)، ط02، منشورات بغداد، الجزائر، 2009، ص 36.

(2) قانون رقم 08-09، السالف الذكر.

(3) عادل بوضياف، الوجيز في شرح الاجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط01، كليك للنشر، المحمدية (الجزائر)، 2012، ص 28.

فيما يخص دعوى تثبيت الزواج الشرعي الغير مسجل، فالمصلحة فيه قائمة؛ وهي حماية حق الزوجية بسبب نكرانه من قبل الزوج فوجب الحصول على حماية لهذا الحق بعد تقديم أدلة وجوده من قبل الزوجة أو فيما يخص إحقاق نسب أحد أولاده.

ومتى توافرت هذه الشروط أي الصفة والمصلحة مجتمعة في دعوى تثبيت الزواج الشرعي (العرفي) تأتي عريضة افتتاح الدعوى.

3. الشروط المتعلقة بعريضة افتتاح الدعوى:

هي عبارة عن ورقة عادية لم يحدد لها المشرع نموذجاً شكلياً معيناً، ماعدا تحديد البيانات الضرورية الواجب أن تتضمنها وفقاً لما يأتي لاحقاً، لأن عملية التحرير وسيلة مطلوبة في الدعاوى المدنية، لهذا يجب أن يكون دقيقاً وواضحاً واستعمال المصطلحات المطابقة تماماً للمعاني المراد توضيحها حتى لا تتعرض للرفض من جانب القاضي⁽¹⁾، وعادة ما تتضمن الوقائع والطلبات المتعلقة بالنزاع.

نصت المادة 14 من ق.إ.م.د.إ⁽²⁾ من القانون الجزائري بقولها: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، مؤرخة، موقعة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف".

أ. البيانات الواجب ذكرها في العريضة: حسب المادة 15 من ق.إ.م.د.إ من القانون الجزائري هي:

- ✓ الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى، وهي محكمة موطن المدعي عليه في دعوى تثبيت الزواج العرفي يقسم شؤون الأسرة.
- ✓ اسم ولقب المدعي وموطنه.

(1) الطيب زروقي، تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية، د.ذ.ر.ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 1998، ص 03.

(2) قانون رقم 08-09، السالف الذكر.

✓ اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن فأخر موطن له القانوني أو الموطن المختار.

✓ الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثلة القانوني، أو الاتفاقي (هذا شرط خاص بالشخص المعنوي).

✓ عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى (أي تدعيم رافعها بالحجج ووسائل قيام اثبات العلاقة الزوجية).

ب. تسجيل عريضة تثبيت الزواج العرفي: بعد كتابة عريضة الدعوى الافتتاحية لتثبيت

الزواج العرفي بعدد نسخ الأطراف، يتوجه المدعي أو محاميه إلى مصلحة رفع الدعاوى على مستوى كتابة ضبط المحكمة، قصد قيدها في سجل خاص يسمى سجل رفع الدعاوى يتضمن الرقم التسلسلي للقضية، وتاريخ دخولها وأطرافها، وموضوعها وتاريخ الجلسة لنظرها.

بعدها يؤشر بكل ما سبق ذكره على كل نسخة من النسخ المقدمة، ويحتفظ كاتب الضبط بالنسخة من العريضة الخاصة بالقاضي مرفقة بالوثائق والمستندات المتعلقة بالقضية والمتمثلة عادة في العريضة موضوع البحث في: شهادة ميلاد الزوج، شهادة ميلاد الزوجة، اشهاد بعدم تسجيل زواج عرفي على مستوى سجلات عقود الزواج بمصلحة الحالة المدنية على مستوى البلدية، نسخة من بطاقة التعريف لكلا الطرفين، شهادة حمل أو وضع للمولود من المستشفى، شهادة وفاة أحد الزوجين أو كليهما إن رفعت القضية من الورثة.

وبعدها يقوم كاتب الضبط لدى المحكمة بتسجيل عريضة افتتاح الدعوى الخاصة بتثبيت الزواج العرفي يسلم رسوم مقابل ذلك من طرف المدعي مقابل وصل استلام يمنحه كاتب ضبط الجلسة للمدعي.

وتكون الجلسة بين تسجيل العريضة وتاريخ الحضور لأول جلسة تكون محددة بـ 20 يوما على الأقل ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹⁾.

ج. تبليغ عريضة دعوى تثبيت الزواج العرفي: أوكل القانون مهمة تبليغ العرائض إلى المحضر القضائي وهذا طبقا لنص المادة 18 من ق.إ.م.إ الجزائر تتم في شكل التكليف بالحضور يتضمن البيانات الآتية:

- ✓ اسم المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.
- ✓ اسم المدعي وموطنه واسم المدعى عليه وموطنه.
- ✓ تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

وفي حالة تعذر على المعني بالتبليغ التوقيع على التكليف بالحضور وضع بصمته مع ذكر عبارة استلم بالعربية، ومباشرة بمجرد هذا التوقيع على المحضر القضائي أن يسلم له نسخة من هذه العريضة الافتتاحية لدعوى تثبيت الزواج العرفي مؤشر عليها من أمين الضبط، مع تنبيه المدعى عليه بأنه في حالة عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده بناء على ما قدمه المدعي من إدعاء، وهذا الإجراء يعرف بالتبليغ الشخصي.

رابعا: مرحلة الفصل في دعوى تثبيت الزواج

بعد التحقيق الذي يقوم به القاضي، وذلك بسماع الشهود الذي يعتبر من أهم الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في تثبيت الزواج العرفي وحضور المدعي والمدعى عليه أو محاميها، واستجوابهم، والتحقيق في أدلة الإثبات، وبناء على المادة 09 و 09 مكرر من ق.أ.ج⁽²⁾، عن مدى توافر أركانه وشروطه الشرعية والقانونية فإن المشرع يقوم باستجواب كل من:

(1) فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، د.ذ.ر.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 18.

(2) أمر رقم 02-05 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

1. بالنسبة لطرفي الدعوى:

ونقصد بها كل من الزوج والزوجة متى كان أحدهما على قيد الحياة، ففي حالة اتفاقهما لا يوجد إشكال في استجوابهما، وفي حالة النزاع في تثبيت الزواج يتم التحقيق عن طريق سماع الزوج أو الزوجة على انفراد، كما يحق سماعهما معا، كما يمكن أن يطلب منه تأدية اليمين القانونية، وهذا للسلطة التقديرية للقاضي، والأسئلة تكون حول توافر الرضا وحضور الولي، وشاهدي عدل، وتسمية الصداق من عدمه، والرد يكون بنعم أو لا، وإذا وجد أولاد عن هذا الزواج يسأل القاضي حول ميلاد الطفل بالنسبة للزوجة، وذلك بتقديم شهادة وضع في المستشفى أو إحضار من قامت بتوليدها في البيت، وكل ما يثبت هذا الوضع.

2. بالنسبة للشهود:

الأصل في سماع شهادة الشهود في واقعة تثبيت الزواج العرفي تكون بشهود عيان وهم الذين حضروا مجلس العقد وشهدوا بذلك أمام القاضي، إلا أنه يجوز كذلك الاعتماد على شهود سماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم، أن الطرفين كان يربطهما عقد زواج شرعي ومتزوجين لمدة قصيرة أو طويلة.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا بقولها: "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله ويستوجب الرفض، ومن الثابت لما كان في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاة الموضوع برفضهم

دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن⁽¹⁾.

كما يجوز للقاضي في حالة وفاة أحد الزوجين في واقعة تثبت الزواج العرفي المرفوع من الباقي على قيد الحياة ضد ورثة المتوفي، أو ضد النيابة العامة، أو نقص في الأدلة المقدمة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: " من المبدأ يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة، حيث اعتبرت في تعليقها على أحد الأدلة المثارة في هذا الشأن أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 348 من القانون المدني يجوز توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي تلقائيا إلى أي من الخصمين إذا رأى أن الدعوى خالية من أي دليل أو لا يكون فيها دليلا كاملا"⁽²⁾.

وفي قرار آخر قررت أيضا: "من حيث المبدأ يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت"، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع الشهود طبقوا القانون تطبيقا سليما"⁽³⁾.

كما يمكن للقاضي في سماع الشهود أن يجرح فيهم عن طريق أمر بإرجاء الفصل في الدعوى المتعلقة بتثبيت الزواج العرفي، وأمر وكيل الجمهورية بفتح تحقيق بتزوير حول ما تم إدلائه من تصريحات كاذبة فيما يتعلق بواقعة الزواج العرفي، وذلك من خلال تناقض في الشهادتين كأن يقول:

(1) سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مجال الأحوال الشخصية، ج01، ط01، منشورات كليك، د.ذ.ب.ن، 2013، ص 409.

(2) ق.م.ع.أ.ش، ملف رقم 424799، القرار الصادر بتاريخ: 2008/02/13، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2008، ص 307.

(3) نقلا عن: سايس جمال، مرجع سابق، ص 410.

الشاهد الأول: حضرت الوليمة في زواج فلانة بفلان على الساعة 12:00 منتصف النهار.

والشاهد الثاني: لما يوجه نفس السؤال يقول: حضرت الوليمة على الساعة 20:00 مساء (عشاء)، فهنا تظهر فائدة سماع كل شاهد على حدى حتى يتم الوقوف على مدى صدق الشهادات تبقى خاضعة لجوازية القاضي في السماع لهما معا أم على انفراد.

خامسا: مرحلة الفصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي

بعد سماع الأطراف لتهيئة الفصل في الدعوى في جلسة لوحدها وذلك عن طريق صدور حكم قضائي إمّا ب:

1. تثبيت الزواج العرفي مع إلحاق النسب.
2. تثبيت الزواج العرفي مع الحكم بفك الرابطة الزوجية، إمّا بالتطليق أو الطلاق بإرادة منفردة أو الطلاق بالتراضي.

هذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: "إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق باعتبار الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي"⁽¹⁾.

وفي قرار آخر أنه: "من المبدأ ينتهي الزواج العرفي التام الأركان إمّا بالطلاق وإمّا بالتطليق وليس بفسخ عقد الزواج أو بفسخ الخطبة"⁽²⁾.

(1) نقلا عن: سايس جمال، مرجع سابق، ص 886.

(2) ق.م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 340671 بتاريخ: 2005/10/12، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2005، ص 397.

3. تثبيت الزواج العرفي المتعلق بحالة وفاة أحد الطرفين، ورفعت ضد النيابة العامة أو الورثة.

4. إما رفض تثبيت الزواج العرفي لعدم كفاية الأدلة، أو تأكد القاضي من تناقض الشهادات بشأن ذلك.

5. قد يصدر حكم يصحح أحد بيانات الزواج العرفي الذي تم تثبيته بمقتضى حكم قضائي ووقع خطأ في تاريخه مثلاً.

وبهذا ينتهي دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى تثبيت الزواج العرفي، والأحكام هنا تكون علنية في الجلسة طبقاً لنص المادة 273 من ق.إ.م.إ.

كما يمكن استئناف أو نقص الحكم القضائي أمام المجلس القضائي أو المحكمة العليا من جانب الزوج أو الزوجة.

سادساً: مرحلة استخراج الصيغة التنفيذية للحكم القضائي الخاص بدعوى تثبيت الزواج

ليصبح الحكم نهائياً قابلاً للتنفيذ فإن هذه المرحلة تتطلب اتباع:

✓ استخراج شهادة عدم المعارضة والاستئناف وذلك بتقديم المعني بالأمر من شبّاك شؤون الأسرة الموجود على مستوى كتابة ضبط المحكمة التي وقع بدائرة اختصاصها تثبيت هذا الزواج مرفقاً بالوثائق التالية:

1. محضر التبليغ الرسمي للحكم القضائي المتعلق بتثبيت الزواج العرفي أصل منه لكل من المبلغ له ووكيل الجمهورية.

2. نسخة من الحكم الشخصي لاطّلاع القاضي بتثبيت الزواج العرفي.

3. يمنح كاتب ضبط القسم الشخصي على مستوى المحكمة -شؤون الأسرة- المعني بالأمر - نسخة أصلية من شهادة عدم المعارضة والاستئناف، وذلك بعد اطلاعه على كل من المحضرين الرسميين للتبليغ السابق ذكرهما حتى يتأكد من فوات ميعاد الطعن المتعلق بالمعارضة إن كان الحكم غايباً أو التأكد من فوات آجال الطعن بالاستئناف إن كان الحكم حضورياً، وبعد التأكد من ذلك يقوم بالتأشير على الجهة المتعلقة بالمعارضة من هذه الشهادة، وبعدها يطلب كاتب الضبط الموجود على مستوى المحكمة من المعني بالأمر بالاتصال بالكاتب الضبط الموجود على مستوى المجلس القضائي بمصلحة الاستئناف ليتأكد هو الآخر من فوات آجال الطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض، ليتم بعدها التأشير على الجهة المحددة لعدم وجود الاستئناف، وبهذا يتم تسليم أصل من شهادة عدم المعارضة والاستئناف⁽¹⁾.

✓ استخراج الصيغة التنفيذية: بعد الحصول على شهادة عدم المعارضة والاستئناف كما سبق توضيحه يتم تقديمها من قبل المعني بالأمر إلى كاتب الضبط المكلف بتبليغ الصيغة التنفيذية على مستوى المحكمة حتى يتأكد هو الآخر من عدم وجود معارضة واستئناف ليسلم بعدها نسخة أصلية من الحكم القضائي المتعلق بتثبيت الزواج العرفي التنفيذي مع نسخة أصلية من الصيغة التنفيذية، مؤشرين عليهما من قبل كاتب ضبط المحكمة، وهذه الصيغة التنفيذية تسلم نسخة واحدة منها فقط للمعني بالأمر، وهذا ما نصت عليه المادة 282 من ق.إ.م.إ، إلا أنه في حالة الضياع لسبب قاهر يمكن للمعني بالأمر أن يطلب نسخة ثانية منها وبمقتضى الحصول على هذه الصيغة التنفيذية للحكم القضائي المتعلق بتثبيت الزواج العرفي ينتهي دور قسم شؤون الأسرة على مستوى المحكمة.

(1) مقابلة مع المحامي، الأستاذ: "عطال قويدر" بمكتبة حي 300 مسكن تساهمي جديد، سور الغزلان -البويرة- بتاريخ 11 ديسمبر 2018، على الساعة: 14:00 زوالاً.

الفرع الثاني

إثبات الزواج العرفي الغير متنازع فيه

لقد نصت المادة 18 من ق.أ على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون"⁽¹⁾.
وبحكم هذه المادة، يكون إثبات عقد الزواج عن طريقتين⁽²⁾، وهذا ما سنوضحه من تسجيل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو إثبات عقد الزواج بموجب عقد توثيقي.

أولاً: إثبات عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية

استوجب المشرع الجزائري في عقد الزواج أن يتوافر على دليلٍ رسمي لإثباته على أرض الواقع من حيث ترتيب آثاره، غير مُكْتَفٍ بشهادة الشهود الذين يحضرون إبرامه في الزواج الشرعي، ولا يعتمد عليها في حالة انعدام السند الكتابي.

حسب المادة 71 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 معدّل ومنتّم بالقانون رقم 14-08 والمتعلق بالحالة المدنية: "يختص ضابط الحالة المدنية بعقد الزواج والذي يقع في دائرته محل إقامة طالبي الزواج، أو أحدهما، أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج"⁽³⁾.

1. تعريف ضابط الحالة المدنية: وضابط الحالة المدنية يعرف على أنه: "موظف عمومي مؤهل قانونا لتحرير عقود الزواج وتسجيلها، والذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن أو إقامة أحد الزوجين"⁽⁴⁾.

(1) أمر رقم 05-02، السالف الذكر.

(2) الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، د.د.س.ن، ص 70.

(3) أمر رقم 70-20، السالف الذكر.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 346.

2. اجراءات ابرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية: ومهمة ضابط الحالة المدنية بالرجوع إلى الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المعدل بالقانون رقم 14-08 في المادة الثالثة منه⁽¹⁾ الفقرة الثانية التي تنص على مهمته واختصاصه في تحرير عقود الزواج ضمن ما جاءت به المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة بعد التعديل يكون ابرام الزواج وفق المراحل التالية:

✓ بعدما يتم ابرام زواج الفاتحة أو ما يعرف بالزواج العرفي وفقا لتقاليد المجتمع الجزائري، وفي ذلك يتم إبرام العقد الشرعي -مجلس العقد- بحضور الطرفين وولي المرأة، شاهدي عدل وجماعة من المسلمين والإمام، حتى يقرأ الفاتحة فينعد بذلك مجلس العقد وهي بمثابة عقد زواج شرعي وفقا لما نصت عليه المادة 06 من ق.أ.ج.

✓ وقد تكون قراءة الفاتحة بعد العقد المدني لظروف وعادات بعض العائلات.

وحسب رأيي هذا هو الذي يتماشى مع المنطق، وضابط الحالة المدنية الذي يهيمه هو أن يتقدم أمامه الطرفان قبل الدخول فقط ولا يهيمه إن تأخرا في ذلك، وهذا راجع حسب ظروف كل واحد في عقده أمام البلدية، وقد نرجع سبب ذلك إلى ما يعتقد الكثير من الزوجات في الخشية من العقد بمدة بعيدة عن الدخول ولأنفه الأسباب نفسها لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، إن تماطل الزوج في إتمام مراسيم الزواج، وإما يقوم بفسخ العقد.

(1) يكلف ضابط الحالة المدنية بما يلي:

- مشاهدات الولادات وتحرير العقود بها.
- تحرير عقود الزواج.
- مشاهدة الوفيات وتحرير العقود بها.
- مسك سجلات الحالة المدنية أي: تقييد كل العقود التي يتلقاها، وتسجيل بعض العقود التي يتلقاها الموظفون الآخرون، وتسجيل منطوق بعض الأحكام.
- وضع البيانات التي يجب حسب القانون تسجيلها في بعض الاحوال.
- هامش عقود الحالة المدنية التي سبق قيدها وتسجيلها.

✓ وفي حالة توجه الزوجان إلى ضابط الحالة المدنية قصد إثبات زواجهما فإنه يتم حضور كل من الولي وشاهدي عدل بالغين بالسن المطلوبة قانوناً أي 19 سنة وذلك في المكتب المعد لإبرام الزواج وبعد أن يتأكد ضابط الحالة المدنية من حضور هؤلاء من خلال بطاقات التعريف لكل طرف من هؤلاء، يقوم بطرح الأسئلة على الزوجين والتمثلة في:

- هل الزواج الذي ستقدمان على إبرامه لأول مرة أم لثاني مرة أم تم الدخول؟
- توجيه سؤال بخصوص مهنة كل طرف -الزوجين-؟
- هل تم الزواج الشرعي بجميع مقوماته؟ (حسب المادة 09 و 09 مكرر)⁽¹⁾.

✓ رضا الزوجين وذلك بتوجيه السؤال إليهما ويتأكد بجواب صريح منهما إن كان يحسنان الكلام أو بإشارة تعبر عن الرضا.

✓ التأكد من سن الأهلية للزوجين والمحدد بسن 19 سنة وإلا رفض إبرام عقد الزواج إلا في حضور ترخيص بالزواج دون هذه السن من طرف رئيس المحكمة.

✓ إذا الزوج من سلك الأمن العسكري أو من الأمن الوطني فإنه يطلب منه ترخيص الزواج من إدارته أي رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري أو الأمن الوطني أي أعوان الجيش والأمن الوطني بالنسبة للزوج أو الزوجة.

✓ في حالة ما إذا كان أحدهما أجنبي وآخر جزائري وجب تقديم ترخيص الوالي بالزواج المختلط.

✓ وإذا كان زواج ثاني بالنسبة للرجل وجب تقديم ترخيص لرئيس المحكمة بالتعدد.

✓ بخصوص الزوجة إن كانت مطلقة وأعدت الزواج وجب عليها استظهار شهادة طلاق أو وفاة إن كانت أرملة.

(1) دور ضابط الحالة المدنية فقط التأكد من مدى توافر ما نصت عليه المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة وكذلك المادة 18 من ق.أ.ج ولا يقوم بإعادة مجلس العقد الشرعي من جديد.

✓ تقديم شهادة طبية الخاصة بالفحص قبل الزواج مكتوبة من طرف طبيب يشهد فيها بسلامة أو عدم سلامة الطرفين، وضابط الحالة المدنية ملزم بأن ينوه الأطراف بما قرره الطبيب بها، وهذا ما نصت عليه المادة 07 مكرر من ق.أ.ج⁽¹⁾ وفي حالة عدم استظهارها لا يتم توثيق الزواج والتي تنص على ضرورة تقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

✓ وبعد التأكد من مقومات الزواج الفحوصات الطبية بطلب تقديم الملف التالي:

- شهادة ميلاد أصلية لا تتعدى 03 أشهر لكلا الطرفين.
 - شهادة طبية لا تتعدى 03 أشهر وفق نموذج خاص بالبلدية.
 - صورة شمسية لكلا الزوجين لأنه لاحقا يتم الصاقها باستمارة الزواج.
 - نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لكلا الزوجين وولي المرأة وشاهدي عدل.
- ✓ وفي حالة الطلاق يجب تقديم شهادة الطلاق إلى جانب ما تم ذكره من وثائق، أو تقديم شهادة الوفاة حالة وفاة الزوج أو الزوجة مع عقد الزواج إلى جانب التراخيص التي تم ذكرها للمعنيين بها.

بعد انتهاء هذه الاجراءات يقوم ضابط الحالة المدنية بتسليم مستخرج من عقد الزواج والتأشير عليه برقم القيد وتاريخ التسجيل وكذا ألقاب وأسماء كلا الزوجين ومعلومات كل من أبويهما وتاريخ ميلادهما ومكان ازديادهما مع التأشير عليه عند الحالة المدنية للطرفين (أعزب، متزوج، مطلق...) مع ارفاق كل ما هو متعلق بالزواج من وثائق كالتراخيص المذكورة سابقا، وهذا ما أكدت عليه المادتين 73 و74 من قانون الحالة المدنية⁽²⁾.

(1) أمر رقم 05-02، السالف الذكر.

(2) أمر رقم 70-20 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08، السالف الذكر.

ثانيا: إثبات عقد الزواج أمام الموثق

يعتبر الموثق الجهة الرسمية الثانية التي سمح القانون لها بإمكانية تحرير سند توثيقي في حق الزواج المبني على إرادة الأطراف المتعاقدة وهو بمثابة العقد الرسمي فيطعن فيه إلا بتزوير، ومهنة التوثيق مرت بعدة مراحل في التشريع الجزائري آخرها قانون رقم 02-06 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق⁽¹⁾.

1. تعريف الموثق:

حيث عرفت المادة 03 منه على أنه: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة".

2. إجراءات إبرام عقد الزواج أمام الموثق:

- ✓ حضور كل من الزوج والزوجة أو ولي المرأة وكذا شاهدي العدل.
- ✓ استظهار لكل منهم صورة من بطاقة التعريف الوطنية.
- ✓ التأكد من توافر شروط المادتين 09 و 09 مكرر من الأمر رقم 02-05.
- ✓ التأكد من جميع المعلومات الخاصة بالزوج والزوجة من اسم ولقب وتاريخ الميلاد والحالة المدنية لكل منهما أي أعزبان أو مطلقان، أو غيرها.
- ✓ التأكد من سن الأهلية لكليهما وإلا رفض إبرام الزواج وذلك من خلال الاطلاع على شهادات ميلاد الطرفين والولي (الذي يتولى زواج المرأة مع حضور شاهدين لهذا العقد)، كما يقوم بالتأكد من الفئات التي يتطلب القانون منهم استظهار التراخيص والأذن المعنيين بها.

(1) قانون رقم 02-06 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ع 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

✓ استظهار الشهادة الطبية صادرة من طبيب يوضح فيها تقريره حول حالة طالبي الزواج، وبعد التأكد من كل هذا يقوم كل الأطراف بإمضاء عقد الزواج المتكون من نسختين أصليتين، تبقى واحدة عند الموثق بمكتبه والأخرى يسلمها إلى الزوجان.

يقوم الموثق بإرسال ملخص من عقد الزواج أو ما يسمى بإخبار بعقد الزواج وذلك في أجل 03 أيام من تاريخ إبرام الزواج أمامه من خلال توجه الموثق أو أحد أعوانه إلى مصلحة الحالة المدنية والاتصال بضابط الحالة المدنية بمكتب تسجيل عقود الزواج ليسلم له العقود المبرمة أمامه فيقدم دفتر تسليم عقود الزواج التي قام بها الموثق.

ويقوم ضابط الحالة المدنية بالتأشير عليه بتاريخ القيد ورقم قيد الزواج في نفس اليوم والتاريخ الذي استلمه فيه ويجب أن يقوم بتسجيلها خلال 05 أيام من تاريخ إبرامها أمام الموثق.

المطلب الثاني

الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج

يجب أن يتوفر في عقد الزواج الصحيح كل الأركان والشروط المكونة له حتى يرتب جميع آثاره، وعقد الزواج في الفقه الاسلامي أو القانوني له ثلاثة أوصاف زواج صحيح، أو زواج فاسد، أو زواج باطل⁽¹⁾، وعليه سنحاول دراسة أثر غياب الإشهاد في عقد الزواج إلى فرعين الفرع الأول الحكم بفساد عقد الزواج وبطلانه، والفرع الثاني آثار الزواج بلا إشهاد.

(1) سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 184.

الفرع الأول

الحكم بفساد عقد الزواج وبطلانه

قبل التطرق إلى الوصف الذي ينطبق على عقد الزواج الخال من الإشهاد نعرض إلى تعريف كل من الفساد والبطلان لغة وفي الاصطلاح، ثم نتعرض إلى التمييز بينهما في عقد الزواج عند تخلف الإشهاد عنه وآثارهما عليه.

أولاً: تعريف الفساد والبطلان لغة

1. تعريف الفساد:

فسد يفسد فساداً فهو فاسد هو نقيض الصلاح، إذ المفسدة ضد المصلحة لقوله تعالى: ﴿وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾⁽¹⁾، وفسد الشيء بطل كقولنا فسد العقد ونحوه بمعنى بطل⁽²⁾، لقوله عز وجل: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسُبْحَانَ اللَّهِ رَبِّ الْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾⁽³⁾.

2. تعريف البطلان لغة:

بطل الشيء يبطل بطلان وبطولا بمعنى ذهب ضياعاً وخسراً، وجمعه أباطيل وهو نقيض الحق⁽⁴⁾، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾⁽⁵⁾.

والإبطال يقال في افساد الشيء وإزالته حقا كان ذلك الشيء أو باطلاً.

(1) سورة المائدة، الآية رقم: 33.

(2) أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، ط02، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1988، ص 285.

(3) سورة الأنبياء، الآية رقم: 22.

(4) ابن منظور، ج1، باب بطل، مرجع سابق، ص ص: 302-303.

(5) سورة الأعراف، الآية رقم: 118.

وبناء على هذه التعاريف اللغوية للفساد والبطلان يظهر أنهما متداخلان من حيث معانيهما، إذ قد يطلق البطلان ويراد به الفساد والعكس صحيح.

ثانياً: تعريف الفساد والبطلان اصطلاحاً

نتناول تعريفهما لدى علماء الشريعة وفقهاء القانون.

1. تعريف الفساد والبطلان عند علماء الشريعة:

أ. تعريف الجمهور:

عرفه الآمدي الشافعي: "البطلان هو نقيض الصحة، وأمّا الفساد فمرادف للبطل عندنا"⁽¹⁾.

وعرف كل من الفساد والبطلان بمعنى واحد في الشرع، ويقابل الصحيح، والمقصود به في العبادات "مخالفة الشارع"، أو عدم سقوط القضاء بالفعل، أمّا في عقد المعاملات فيقصد به "تخلف الأحكام عنها وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام"⁽²⁾.

وعرفه السبكي الشافعي بقوله: "الباطل هو الذي لا يترتب أثره عليه، والبطلان والفساد لفظان مترادفان"⁽³⁾.

ب. تعريف الحنفية:

وافق الحنفية جمهور الأصوليين في ترادف الفساد مع البطلان في باب العبادات -فقط- فقالوا إن للعبادة إذا تخلف شرط من شروطها كالصلاة بلا طهارة فهي فاسدة، وباطلة كما هو

(1) الآمدي سيف الدين، إحكام في أصول الأحكام، ج1، د.ذ.ر.ط، دار الكتب العلمي، بيروت (لبنان)، 1983، ص 13.

(2) الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، ج1، ط02، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1983، ص 76.

(3) السبكي علي بن الكافي، الإبهاج في شرح المناهج، تحقق، شعبان محمد اسماعيل، ج1، الكليات الأزهرية، القاهرة (مصر)، 1981، ص 69.

الحال عند الجمهور، وفرقوا بين الفساد والبطلان في العقود فذكر الآمدي تعريف الفساد بأنه: "ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه كبيع مال الربا بجنسه متفاضلاً"⁽¹⁾.

وتعريف الفاسد لدى البزدوي أن الفاسد: "ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة"⁽²⁾.

وتعريف الباطل عند البزدوي هو ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إمّا لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل.

ج. الرأي الراجح:

ومما سبق نجد أن جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين البطلان والفساد، فهما معنى واحد وهو الذي لا يترتب أثره عليه.

أمّا الحنفية فقد وضعوا مرتبة ثالثة بين الصحيح، الذي هو مشروع بأصله ووصفه جميعاً، أي ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً كالبيع الصحيح، وبين الباطل الذي لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، وهي مرتبة وسط أطلقوا عليه تسمية الفاسد: وهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه، والعقد الفاسد عند الحنفية له شبهان، شبه بالعقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله واستفائه ما طلب الشارع تحققه في العقد، وشبه بالعقد الباطل من ناحية تعلق نهي الشارع عنه لما اتصف به⁽³⁾.

(1) الآمدي سيف الدين، إحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ص 11.

(2) البخاري علاء الدين، ج 1، مرجع سابق، ص 259.

(3) ابن الهمام كمال، شرح فتح القدير على الهداية، ج 2، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، لبنان، د.ذ.س.ن، ص 147.

2. تعريف الفساد والبطلان في الفقه القانوني:

كلمة الفساد ترد لدى فقهاء القانون بوجه عام عند عرضهم لنظرية الالتزام، أمّا كلمة البطلان، فقد اعتنى بها فقهاء القانون وعرفوها بـ:

البطلان هو: "بطلان العقد: وهو الجزاء الذي يترتب عليه انعدام أثر العقد على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها"⁽¹⁾.

وعرفه سعد نبيل ابراهيم: "الجزاء القانوني على تخلف ركن من أركان العقد، أو عدم توافر شرط من شروط صحته، ويترتب عليه انعدام أثر العقد سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير".

نجد أن هذين التعريفين يتفقان على أن البطلان هو الجزاء المترتب على اختلال أركان العقد، وشروط صحته، والمتمثل في انعدام الآثار المترتبة عنه، كما يلاحظ اتفاق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي في التفرقة بين شروط الانعقاد، والأركان في إنشاء العقود⁽²⁾.

ثالثاً: التمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج بلا اشهاد

1. موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج بلا اشهاد:

إنّ فقهاء الشريعة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، متفقون في عدم التفريق بين فاسد النكاح وباطله، من حيث الانعقاد، ومن حيث الأحكام، وعدم ترتيب الآثار، أي يثبت المهر والعدة ونسب الولد بالوطء بشبهة عند جميع الفقهاء بما في ذلك الحنفية لا يعني وجود نكاح فاسد تترتب عليه بعض الآثار، وآخر باطل لا تترتب عليه، وفي ذلك يقول ابن الهمام:

(1) السنهوري عبد الرزاق، ج1، مرجع سابق، ص ص: 487-486.

(2) سعد نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزام، ج1، د.ذ.ر.ط، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994، ص ص 226-225.

"أن العقد باطل والفاسد في النكاح سواء"⁽¹⁾، وفي هذا يقول أبو زهرة: "الحنفية لا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد، فالحكم سواء أكان الخلل في ركن العقد وهو ما يعبر عنه بالباطل، أم الخلل في وصفه، وهو ما يعبر عنه بالفاسد، وعلى ذلك باطل النكاح هو فاسده"⁽²⁾.

إنّ الباطل والفاسد من الأنكحة في نظر فقهاء الحنفية أنفسهم لا فرق بينهما من حيث الانعقاد وعدمه، فكلاهما غير منعقد.

وأن الفرق بينهما إنما هو وجود شبهة كافية لإسقاط عقوبة الحد في الزواج الفاسد، أي حد الزنا الشرعي، وفي الحالات التي تتجرد عن الشبهة يسمى باطلاً؛ بأن يعتبر الدخول الذي يعقبه زنا تجب فيه عقوبة الحد الشرعي، ولا يثبت فيه شيء من آثار النكاح أصلاً.

فتسمية هذا بالباطل، وذلك بالفاسد إنما هو لأجل الدلالة على ثبوت هذه الآثار المحدودة، أو عدم ثبوتها، وليست هذه التسمية للدلالة على الانعقاد كما في المعاملات المالية المستعار منها لفظ الفاسد⁽³⁾.

❖ الرأي الراجح:

نستنتج من عرض رأي الفقهاء أن لا فرق بين باطل النكاح وفاسده عندهم، إن فقهاء الحنفية الذين فرقوا بين الباطل والفاسد في المعاملات المالية فإنهم في النكاح لم يفرقوا بينهما من حيث الانعقاد، إذ لا فرق بينهما في عدم الانعقاد، لأن تلك الأحكام الاستثنائية التي تترتب على وطء الشبهة وهي المهر، والعدة، والنسب، لا تستلزم الانعقاد ولا تتوقف عليه مادامت تثبت في كل وطء بشبهة ولو دون عقد أصلاً.

(1) ابن الهمام كمال، شرح فتح القدير على الهداية، ج2، مرجع سابق، ص ص: 199 - 200.

(2) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ذ.ر.ط، دار الفكر العربي، مصر، ص 147.

(3) الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، القاهرة (مصر)، العدد 27، سبتمبر

1981، ص 31.

وتأسيساً لما سبق يمكن القول إن النكاح بغير شهود يكون باطلاً ويكون غير منعقد عند جميع الفقهاء، وبالتالي حكمه حكم عدم وفقهاء الحنفية نصوا على أن المرأة إذا تزوجت بغير شهود أو شاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك، لم يجز النكاح، لأنه اعتبر إقراراً بالعقد الفاسد، وبالإشهاد على العقد الفاسد لا ينقلب الفاسد صحيحاً، ومن ثم فلو طلقها الزوج في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليه ولكنه متاركة للنكاح⁽¹⁾.

وكذا الحكم بالنسبة لفقهاء المالكية؛ فإنهم وإن لم يوجبوا الإشهاد عند العقد، أوجبوه عند الدخول عن طريق الإعلان فإن ترك ذلك كله يترتب عليه عدم انعقاد الزواج وبالتالي بطلانه.

عليه، فإن عقد النكاح، وإن لم يحضره شهود ثم أقرأ، وأشهد عليه قبل البناء لم يفسخ وإن بُني ولم يُشهدا، فقد روي عن مالك أنه يفرق بينهما، ووجه ذلك أن تعري عقد النكاح من الشهادة لا ذريعة فيه إلى الفساد، وتعري الوطاء والبناء من الشهادة فيه ذريعة إلى الفساد، فمُنِع منه لذلك، ولو جاز لكل من وُجد مع امرأة في خلوة وأقر بجماعها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان فمُنِع من ذلك ليرتفع هذا المعنى، فمتى وقع البناء على الوجه الممنوع فسخ ما ادعى من النكاح وإن دخل ولم يُشهد إلا شاهد واحد فسخ النكاح⁽²⁾.

أمّا الإمام الشافعي رحمه الله؛ فقد نص على ضرورة وجود شروط النكاح حال العقد وإلا فسخ وذكر منها أن يشهد شاهدان على النكاح، ويؤيد هذا ما جاء في كتابه من أنه: "لا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين للخبر الصحيح"، "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل"⁽³⁾.

(1) ابن الهمام كمال، شرح فتح القدير على الهداية، ج2، مرجع سابق، ص 199.

(2) ابن رشد محمد بن أحمد الجد، المقدمات الممهديات، ج2، د.ذ.ر.ط، دار صادر، بيروت (لبنان)، ص 366.

(3) الشافعي محمد بن ادريس، الأم، ج5، ط2، دار الفكر، بيروت، 1983، ص ص: 23-24.

2. موقف قانون الأسرة الجزائري من التمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج بلا إسهاد:

المشرع الجزائري ساير رأي فقهاء الشريعة في تحديد الأوصاف التي تلحق عقد الزواج بأنها ثلاثة وهي الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، الزواج الباطل.

✓ **الزواج الصحيح:** في قانون الأسرة الجزائري هو العقد الذي تم مستوفيا لأركانه وشروطه، ولم يشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد طبقا لما نصت عليه المادة 09 و 09 مكرر وكذا المواد 32 و 33 من ق.أ.ج⁽¹⁾، فإذا تم طبقا لهذه المواد رتب عليه المشرع جميع آثاره من حليّة الاستمتاع، واستحقاق المهر، وثبوت النسب، وحرمة المصاهرة، ووجوب النفقة، والإرث...

✓ **الزواج الفاسد:** العقد الذي اختل فيه شرط من شروطه من صداق، أو ولي، أو شهود، فإذا تم العقد الفاسد، فإن المشرع رتب عليه الفسخ قبل الدخول بالزوجة، وأثبته بعد الدخول بصداق المثل.

✓ **الزواج الباطل:** وهو العقد الذي اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو اختل فيه ركن الرضا بين الطرفين.

فإذا تم العقد بهذه الكيفية فإن المشرع لا يرتب عليه أي أثر من الآثار عدا اثبات النسب من أجل الحفاظ على مصلحة الولد.

فالمشرع الجزائري فرق بين الفساد والبطلان وأن البطلان أقوى من الفساد في السبب، فكلما قوي السبب كان النكاح باطلا، وكلما قل أثره كان فاسدا.

كما أن المشرع الجزائري عرض في قانون الأسرة الجزائري إلى أن الشهادة تعتبر شرطا في عقد الزواج، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 09 مكرر من ق.أ.ج

(1) قانون رقم 84-11 المعدل والمتمم، سالف الذكر.

وليس الرضا وحده كافيا في نظر المشرع الجزائري لصحة العقد، بل لا بد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه واشهاره.

لكن المشرع الجزائري اعتبر الشهادة من شرط عقد الزواج وأخرجها عن ماهيته، حيث رتب على غيابها الجزاء المنصوص عليه في نص المادة 33 الفقرة الثانية من ق.أ.ج(1)، وأنه إذا تم الزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

إن العقد الباطل يأخذ حكم البطلان، فلا وجود له لذلك لا يترتب عليه آثار العقد الصحيح ولا يجبر أحد المتعاقدين بتنفيذه؛ بل الواجب عدم تنفيذه فإذا كان العقد زواجا لا يحل به الاستمتاع، فهو غير منعقد أصلا ولا يفيد التمليك ولا تلحقه الإجازة، ولكل من الزوجين الحق في بطلانه وللمحكمة أن تقتضي ببطلانه من تلقاء نفسها(2).

يأخذ الزواج الفاسد نفس حكم الزواج الباطل قبل الدخول إذ يجب التفريق بين الزوجين حال اكتشاف سبب الفساد أو البطلان إلا أنهما يختلفان بعد الدخول، فالزواج الفاسد يصحح أمّا الزواج الباطل فلا يصحح.

يمكن القول أن المشرع الجزائري جعل من آثار فساد العقد لاختلال شرط الإشهاد وجوب فسخ العقد قبل الدخول وهو بذلك يتماشى مع آراء الفقه الاسلامي.

أمّا إذا اكتشف أمر الزواج الخالي من الاشهاد بعد الدخول بالزوجة، فإن العقد الفاسد يستمر رغم فساده، ولا يجب فسخه، ويصبح مثل العقد الصحيح وآثاره بعد الدخول تكون مثل العقد الصحيح، وفي ذلك يختلف رأي المشرع عما تم تحقيقه لدى الذاهب الفقهيّة.

(1) قانون رقم 84-11 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(2) اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (الجزائر)، 2015، ص 60.

والمشرع الجزائري أخذ هذا الاتجاه اعتباراً من العرف السائد في المجتمع الجزائري الذي غالباً ما يكون العقد فيه متوفراً على الإشهاد، وفي حالة انعدامه يحل محله الإعلان عند الدخول، ويكون بذلك موافقاً للمذهب المالكي الذي أوجب الإشهاد عند الدخول عن طريق الإعلان.

من الناحية الاجرائية، إن المطالبة بفسخ عقد الزواج الفاسد أو عقد الزواج الباطل، تكون من كل من له مصلحة، وكذلك بطلب من النيابة العامة.

الفرع الثاني

آثار الزواج بدون إشهاد

للحديث عن هذه الآثار نميّز بين حالتين: حالة آثار الزواج قبل الدخول وآثار الزواج بعد الدخول.

أولاً: آثار الزواج بلا إشهاد قبل الدخول

1. موقف الفقهاء:

الزواج بلا إشهاد عليه، قبل الدخول في حكم العدم، إذ يكون باطلاً، ولا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح عند المذاهب الثلاثة: الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وفي شأن ذلك يقول عبد الرحمان الجزيري: "اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود في العقد، فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب بطل" (1).

وعليه فلا يترتب شيء من آثار الزوجية؛ ومنه:

✓ لا يجب الدخول بالمرأة إذ أنه يعتبر زناً.

(1) الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، د.ذ.ر.ط، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1990، ص 28.

✓ لا يحق للمرأة الحصول على المهر.

✓ لا تعتد المرأة بالزواج الفاسد ما لم يقترن بدخول.

✓ عدم ثبوت حرمة المصاهرة.

كما يجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما، ويجوز فيه دعوى الحسبة لإزالة المنكر من غير أن يكون للمدعي مصلحة شخصية، ويثبت لكل واحد منهما فسخه، ولو بغير حضور صاحبه، دخل بها أو لا خروجاً عن المعصية، وهذا لا ينافي وجوب التفريق بينهما من قبل القاضي⁽¹⁾.

أمّا المالكية؛ فإنهم لا يعتبرون مثل هذا العقد باطلاً، إلا إذا قصد الاستمرارية وعدم إعلانه في المستقبل، فإنه يبطل في تلك الحالة، ولا تترتب عليه آثاره⁽²⁾، وذلك اعتباراً لرأيهم في إيجاب الاعلان عند الدخول، مع استحباب الإشهاد عند العقد.

2. موقف قانون الأسرة الجزائري:

قابل المشرع الجزائري جزاء فساد العقد بفسخه قبل الدخول ولا صداق فيه، وذلك حسب ما جاء في المادة 33 فقرة 02 من ق.أ.ج⁽³⁾، إذ عقد الزواج يفسخ قبل الدخول إذا تغيب عنه الشهود.

إذ الفرق بين الفسخ والبطلان هو أن الفسخ لا يرد إلا على عقد ولو صحيحاً في أي وقت من الأوقات⁽⁴⁾، وإذا كان لكل من الفسخ والبطلان أثر رجعي فإن الفسخ يختلف عن البطلان من حيث كون الفسخ جزاء لعدم تنفيذ العقد أو الالتزام من الالتزامات، أمّا البطلان فهو

(1) الزحيلي وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، ج9، د.ذ.ر.ط، دار الفكر للنشر، دمشق (سوريا)، ص 101.

(2) ابن رشد الجدي، مرجع سابق، ص 366.

(3) أمر رقم 05-02، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 382.

جزاء لعيب في الانعقاد، وما يأخذ به المشرع في المادة 34 من ق.أ.ج أنه رتب الفسخ كجزاء والأصح هو البطلان لأن الأمر متعلق بالنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

وضع المشرع الجزائري نصوص تشريعية فيما يخص آثار الزواج الفاسد، إذ أنه لا يترتب أي أثر قبل الدخول، فكما ذكرنا يجب التفريق بين الزوجين، فلا صداق فيه ولا تحرم به المصاهرة ولا تجب فيه العدة، أي لم يترتب أي أثر قبل الدخول ومن ذلك نخلص إلى أن هذه الآثار مترتبة أساسا عن واقعة الدخول.

ثانيا: آثار الزواج بلا إشهاد بعد الدخول

1. موقف الفقهاء:

إذا دخل الرجل بالمرأة التي عقد عليها بلا اشهاد، ولم يشهد على ذلك عند الدخول وجب عليهما أن يفترقا اختيارا، وإلا فرق القاضي بينهما جبوا، لإزالة المنكر لأن مثل هذه العلاقة غير جائزة عند فقهاء المذاهب الأربعة، ولكن على رغم من هذا التفريق فإنه يترتب على هذا الدخول بعض الآثار، لا لأنه صحيح إذ لا فرق بينه وبين الباطل في عدم الانعقاد، وإنما ترتبت عليه هذه الآثار الاستثنائية لوجود شبهة الوطء⁽²⁾، لكن لو وجد وطء بعد التفريق يلزمه الحد، ولو دخلته شبهة⁽³⁾.

أما عن الآثار الاستثنائية التي تترتب على الدخول بلا اشهاد فهي تتمثل فيما يأتي:

✓ **وجوب المهر:** يجب للمرأة المدخول بها في هذا الحالة المهر، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تنص على أنه: " كل وقاع في دار الاسلام لا يخلوا من عَقْر أو عَقْر "(4)، أي أنه

(1) العيش فضيل، قانون الأسرة، د.د.ر.ط، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 2006، ص 33.

(2) فراج أحمد حسين، مرجع سابق، ص ص: 120-121.

(3) الزحلي وهبة، مرجع سابق، ص 102.

(4) مرجع نفسه، ص 110.

- إذا انتفى الحد وجب المهر، فإذا كان المهر قد سمي في العقد للمرأة المهرين: المهر المسمى ومهر المثل، أمّا إذا لم يسمى المهر في العقد، فلها مهر المثل مهما بلغ.
- ✓ **وجوب العدة:** وتبدأ العدة من وقت المتاركة⁽¹⁾، إذا افترقا من تلقاء نفسيهما، أو من وقت تفريق القاضي بينهما، وعلّة وجوب العدة براءة الرحم، ومنع اختلاط الأنساب.
- ✓ **ثبوت النسب:** يثبت النسب في هذا الزواج لوجود شبهة العقد، رعاية لمصلحة الأولاد، وذلك بشرط أن يولد الأطفال أثناء فترة هذا الزواج وفي مدة الحمل المحددة التي حددها الفقهاء بستة أشهر كحد أدنى من تاريخ الدخول وأكثرها سنة من تاريخ التفريق لقوله سبحانه تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽²⁾، وقوله عزّ وجلّ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁽³⁾.
- ✓ **ثبوت حرمة المصاهرة:** فيحرم على الرجل الزواج بأصول المرأة وفروعها وتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه، ولا تترتب على الزواج الفاسد أحكام أخرى فلا تجب به نفقة ولا طاعة، ولا يثبت به حق التوارث بين الرجل والمرأة⁽⁴⁾.

2. موقف المشرع الجزائري:

تأثر المشرع الجزائري بالشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء في جملة النصوص القانونية إذا كان سبب فسخ الزواج هو فقدانه لشرط من الشروط المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من ق.أ.ج وهي أهلية الزواج والشاهدان والولي والصدّاق والخلو من الموانع الشرعية إذا توفر أحد العناصر في عقد الزواج ورد قابلاً للفسخ، وهذا حسب نص المادة 33 فقرة 02 من ق.أ.ج،

(1) المتاركة: هي بعد الدخول لا تتحقق بعدم مجيئ كل منهما إلى الآخر، وإنما تتحقق بقول الرجل تركتك أو تركتها أو خليت سبيك، وغيرها من الألفاظ التي تدل على المفارقة.

(2) سورة الأحقاف، الآية رقم: 15.

(3) سورة البقرة، الآية رقم: 233.

(4) الزحيلي وهبة، مرجع سابق، ص 103.

فالمشرع الجزائري حسب نص هذه المادة قبل الدخول اعتبر الفسخ واجبا في الزواج الفاسد، ولا صداق فيه، أما إذا اقترن بالدخول فيتم تثبيته بصداق المثل وهذا مراعاة للأهداف العامة من ذلك الحفاظ على قيام الرابطة الزوجية وعدم الإضرار بالزوجين وتفريق كيان الأسرة والآثار التي تترتب على العلاقة الزوجية التي تغيب عنها عنصر الإشهاد:

✓ **وجوب استبراء المرأة:** تبدأ العدة من يوم الفرقة بين الطرفين إذا كان ذلك من تلقاء نفسها أو بحكم قضائي، واستبراء المرأة في الزواج الفاسد واجب وذلك حسب ما نصت عليه المادة 34 من ق.أ.ج: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء"⁽¹⁾.

✓ **وجوب مهر المثل بعد الدخول:** إذا لم تتم تسمية الصداق في عقد الزواج الفاسد تسمية صحيحة وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 33 من ق.أ.ج بقوله -يثبت- أي الصداق بعد الدخول بصداق المثل.

✓ **ثبوت النسب:** يتم نسب الولد إلى الرجل الذي دخل بمن تزوج بها زواجا فاسدا وقد حصل حمل عند هذا الدخول وهذا مراعاة لإحياء الولد وعدم تضييعه⁽²⁾، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 41 من ق.أ.ج: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"⁽³⁾.

✓ **ثبوت حرمة المصاهرة:** يحرم الزوج بالزواج الفاسد بعد الدخول أن يزوج بأبنتها كما لا يجوز للزوجة أن تتزوج أباه أو ابنه⁽⁴⁾.

وذلك لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 26 ق.أ.ج:

"المحرمات بالمصاهرة هي:

(1) أمر رقم 02-05 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(2) الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 75.

(3) أمر رقم 02-05 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(4) بلحاج العربي، قانون الأسرة، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، د.ذ.ب.ن، 2006، ص 130.

- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
- فروعها إن حصل الدخول بها.
- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.
- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا⁽¹⁾.

المبحث الثاني

نماذج من زيجات تخلف الإشهاد عليها

نتعرض في هذا المبحث إلى بعض النماذج من زيجات تخلف الإشهاد عليها لسبب من الأسباب، وذلك لكثرة انتشارها لا سيما في وقتنا الحالي.

ولتبيين مدى خطورة ذلك على المجتمع بصفة عامة، وعلى أفراد الأسرة بصفة خاصة، نحاول دراسة بعض النماذج والمتمثلة في كل من: الزواج العرفي، نكاح السر والخلوة، وذلك بتعريف كل واحد منهما مع ذكر حكمه وأدلته بشيء من الإيجاز، لأن كل نموذج يحتاج إلى بحث مستقل.

المطلب الأول

الزواج العرفي وموقف القانون الجزائري منه

يعتبر الزواج العرفي من أخطر الموضوعات المعاصرة على المجتمع خاصة ومثل هذه العقود قد ازدادت وانتشرت في الآونة الأخيرة، سيما في دول المشرق العربي، أين تطورت صور انعقاده حتى أصبحت جوفاء من أركان عقد الزواج الشرعي، أقرب منها إلى الزنا، واقتراف الرذيلة.

(1) أنظر المادة 26 من قانون الأسرة.

هذا الأمر الذي يحتم علينا، ونحن في هذا المقام دراسة نماذج من الزوجات التي لا يتوفر فيها شرط الإشهاد أو الإعلان سواء كان ذلك بصورة جزئية أو كلية، لذا سنتطرق إلى الزواج العرفي (الفرع الأول)، وبيان حكمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الزواج العرفي

يمكن تعريف الزواج العرفي من خلال اعتبارين باعتباره مركبا إضافيا، وباعتباره علما.

أولا: التعريف بالزواج العرفي

1. باعتباره مركبا إضافيا:

مكون من كلمتين: زواج وعرف.

أ. تعريف الزواج لغة:

الزوج خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد، وزوج الشيء بالشرع، وزوجه إليه في التنزيل: ﴿كَذَلِكَ وَرَزَوْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ (٥٤) (1)، أي قرناهم، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ (٥٠) (2)، أي يقرنهم، وكل شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهم زوجان (3).

والزوج بغير تاء التأنيث يطلق على الذكر والأنثى، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿اسْكُنْ أَنتَ وَرَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾ (٣٥) (4)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ

(1) سورة الدخان، الآية رقم: 54.

(2) سورة الشورى، الآية رقم 50.

(3) ابن فارس أبو الحسن أحمد بن زكريا، باب زوج، ج03، مرجع سابق، ص 35.

(4) سورة البقرة، الآية رقم: 35.

إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾⁽¹⁾، أي امرأة مكان أخرى، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾⁽²⁾، والتي يقصد بها زينب بنت جحش رضي الله عنها، زوجة زيد بن حارثة رضي الله عنه، وتزوج في بني فلان: نكح فيهم وتزواج القوم، وازدوجوا: تزوج بعضهم بعضا⁽³⁾.

والزوج يراد به كل من الرجل والمرأة اللذان تم العقد بينهما، على استمتاع كل واحد منهما بالآخر، وقال سبحانه وتعالى: ﴿جَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾⁽⁴⁾، وقال سبحانه وتعالى: ﴿أَحْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾⁽⁵⁾، أي أقرانهم المقتدين بهم في أفعالهم، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾⁽⁶⁾، من حيث أن له مثيلا أو ضدا⁽⁷⁾.

ب. تعريف الزواج اصطلاحا:

وردت جملة من تعاريف للزواج في الاصطلاح الفقهي، والقانوني نذكر منها ما يأتي:

الزواج عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي⁽⁸⁾.

(1) سورة النساء، الآية رقم: 20.

(2) سورة الأحزاب، الآية رقم: 37.

(3) ابن منظور، باب زوج، ج3، ص 1885.

(4) سورة القيامة، الآية رقم: 39.

(5) سورة الصافات، الآية رقم 22.

(6) سورة الذاريات، الآية رقم 49.

(7) الرازي محمد بن أبي بكر، مرجع سابق، ص: 142 - 143.

(8) ابن الهمام، ج3، مرجع سابق، ص 186.

أمّا الاصطلاح القانوني فقد ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 04 من قانون الأسرة بنصه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"⁽¹⁾.

ج. العرف لغة:

نسبة إلى العرف، والعرف في اللغة العلم، كقولنا عرفه، يُعرفه، عرفة، ومعرفة إذا علمه، وعرفه الأمر أعلمه إياه، ومنه التعريف الإعلام، وتعارف القوم عرف بعضهم بعضاً، والمعروف ضد المنكر⁽²⁾.

❖ العرف اصطلاحاً:

فقد عرف بتعريفات كثيرة لدى علماء أصول الفقه خاصة لأنه دليل ومصدر من مصادر التشريع، ومنها: أنه ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول، أو فعل، أو ترك في شؤون حياتهم⁽³⁾.

2. تعريفه باعتباره علماً:

عرف بعدة تعاريف مختلفة في ألفاظها، متقاربة في معانيها نذكر منها ما يأتي:

- هو: "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع من غير توثيق لدى الجهات المختصة بتحرير عقد الزواج"⁽⁴⁾.

(1) أمر رقم 05-02 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(2) ابن منظور، ج4، باب العرف، مرجع سابق، ص ص: 2898-2899.

(3) زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ط07، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2002، ص 252.

(4) هلال يوسف إبراهيم، موسوعة الاحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، د.ر.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر)، 1994، ص 218.

- وعرف بأنه: "عقد مستكمل لشروطه الشرعية، غير مدون في وثيقة رسمية"⁽¹⁾.
- كما عرف بأنه: "عقد يتم بين الزوجين مستكملاً لأركانه وشروطه، ومنتقياً عنه جميع موانع الصحة، إلا أنه لم يسجل ولا يمكن إثباته بورقة رسمية"⁽²⁾.
- وعرفه كمال صالح البنا بأنه: "زواج استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسمياً، وقد أطلق عليه اسم الزواج العرفي في مقابل الرسمي"⁽³⁾.
- الزواج العرفي مشتهر في الجزائر باسم الفاتحة أكثر من تسمية الزواج العرفي، والمراد بالفاتحة في معظم الأعراف الجزائرية، أنها عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره الزوج أو من ينوب عنه من ولي، أو وكيل، وولي الزوجة في البيت أو المسجد ومعهم جمع من الناس من أقاربهما، وأعيان القوم، من بينهم إمام أو رجل يفقه في أمور الدين، وينته هذا الاجتماع بإبرام عقد الزواج شفهيًا، يتم خلاله تبادل الإيجاب والقبول، وتحديد الصداق بحضور الشهود⁽⁴⁾.
- الفاتحة أو الزواج العرفي في الجزائر يختلف عما هو منتشر في بعض الدول العربية من زواج عرفي كما هو الحال بالنسبة لبعض مناطق دولة مصر مثلاً، والتي استقبل فيها بشكل كبير خصوصاً بين فئة الطلبة، وصورته إلى جانب كونها تفتقد إلى التوثيق، فإنما تفتقد إلى أمور أخرى يجب توافرها في الزواج الشرعي، من ولي، وأشهار، أو إعلان لهذا العقد أكثر حالاته تتم في السر، أو بالتواصي بالكتمان⁽⁵⁾.

(1) الأودن سمير عبد السميع، الزواج العرفي، د.ذ.ر.ط، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، د.ذ.س.ن، ص 35.

(2) عمران محمد فارس، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، د.ذ.ر.ط، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر)، 2001، ص 18.

(3) البنا كمال صالح، مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس، ط1، دار عالم الكتب، القاهرة (مصر)، 2000، ص 08.

(4) محمد محد، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالأحكام أو القرارات القضائية)، المجلد الأول، ط2، د.ذ.د.ن، د.ذ.ب.ن، 1994، ص ص: 50-51.

(5) عمران محمد فارس، مرجع سابق، ص ص: 45-46.

وهذه الصورة التي لم يقصد من ورائها حياة مستقرة هادئة واضحة، لا يجيزها الشرع، ولا يقرها عقل واع إنما هي أبعد ما يكون عن الزواج، وما ينبغي أن تكون الأعراض بهذا اليسر، وهذا التسيب، وشرع الله أحق، وأولى بالإتباع.

ثانياً: حكم الزواج العرفي

حكم الزواج العرفي الذي تتوفر فيه كل الأركان والشروط، ويفتقد فقط عنصر التوثيق فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية⁽¹⁾، يستوي في ذلك أن يكون موثقاً أو غير موثق، وهو الذي كان العمل عليه في عهده صلى الله عليه وسلم، وفي عهد الخلفاء الراشدين من بعده، فهو عقد زواج تم بإيجاب من الولي وقبول من الزوج، وشهد عليه شاهدان على الأقل، وجرى الإعلان عنه، فهذا زواج شرعي صحيح، وإن لم يسجل في الدوائر الرسمية، ولم تصدر وثيقة تثبته⁽²⁾.

1. موقف أئمة الفقهاء في حالة عقد الزواج العرفي بإيجاب وقبول بين رجل وامرأة وحضور الشهود من غير ولي:

فحكمه البطلان، الموافق لعدم الصحة عند الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد، لأن الولي شرط في صحة النكاح عندهم، وإن كان هذا العقد سرا كأن يتم التواصي بين الشاهدين، والزوجين على كتمان، فهو باطل عند مالك من ناحيتين: لخلوه من الولي، ولكونه غير معن.

أمّا أبو حنيفة رحمه الله فإنه لا يبطل العقد في هذه الحالة لخلوه من الولي، ولكنه يرى أن من حق الولي المطالبة بفسخ العقد إذا كان الزوج غير كُفِي⁽³⁾.

(1) الأشقر عمر سليمان أسامة، مرجع سابق، ص 177.

(2) مرجع نفسه، ص 137.

(3) الكاساني علاء الدين، مرجع سابق، ج2، ص 241.

2. موقف الأئمة من الزواج العرفي بحضور الولي، ورضا الزوجين، وحضور الشاهدين وتواصي الزوجان والشهود على كتمانهم:

إذا اتفق الشهود والزوجان على كتمان الزواج، وعدم إذاعته، ولم يوثق فهذا زواج باطل عند مالك رحمه الله⁽¹⁾، لكونه نكاح سر ذلك أن الشهادة عند المالكية واجبة لأجل الإعلان، ولذلك تأخيرها عن العقد إلى الدخول، فإن لم يعلن فسخ العقد، ووجب الحد إذا أقر بالدخول، أو ثبت بشهادة أربعة شهود لكن لو أعلن بوليمة ونحو ذلك فإن الحد في هذه الحالة يدرأ.

وذهب أئمة المذاهب الثلاثة أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد إلى صحة العقد الذي شهد عليه شاهدان، وإن تواصى الجميع بكتمانهم، لأن السرية عندهم تنقض وتزول بالإشهاد، وإشهاد رجلين هو الحد الأدنى للإعلان الذي يصح به النكاح⁽²⁾.

3. المناقشة والترجيح:

بناء على ما تقدم نستطيع أن نقول أن الزواج العرفي إذا عقد سرا بين رجل وامرأة من غير ولي، ولا شهود فهو باطل باتفاق أهل العلم، وإن عقد بولي وشهود وتواصى الجميع على كتمانهم فهو باطل عند مالك، صحيح عند باقي الأئمة، وإن عقد بولي من غير شهود فهو باطل عند الأئمة كلهم، خلافا للإمام مالك الذي لم يشترط أثناء العقد حضور الشهود، مشترطا بدلا من ذلك الإعلان والظهور لأن الشهادة عنده واجبة قبل الدخول -على ما بينا- فإن عقد من غير ولي فهو باطل عند الثلاثة صحيح عند أبي حنيفة.

أمّا بخصوص التعليم الخاصة بعدم عقد الفاتحة قبل استظهار الوثيقة الرسمية للزواج لعبت دورا كبيرا في انتشاره رغم المساعي التي لعبتها الجهات المكلفة بتطبيقها، وفي هذا يقول

(1) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1996، ص ص: 07-08.

(2) الأشقر عمر سليمان أسامة، مرجع سابق، ص 138.

مدير الشؤون الدينية بوههران: "أن كل عقد قران تم داخل المساجد المنتشرة عبر تراب الولاية، طبقت فيه هذه التعليمات بصرامة بحيث، لا يتم قراءة الفاتحة في عقد القران ما لم يحضر الزوجان وثيقة الزواج ممضاة من قبل المصالح البلدية أو الموثق الرسمي"، كما أكد على أنه: "كل من خالف هذه التعليمات يتعرض لعقوبة إدارية"⁽¹⁾.

في حين نجد في الاتجاه المقابل من ذهب إلى القول بحرمة هذا الزواج بغض النظر على توفر عناصر العقد من عدم توافرها⁽²⁾، وفي شأن ذلك يقول الشيخ محمد طنطاوي (إن الزواج غير المشتهر "زنا وحرام"، ويقول إن العلماء أجمعوا على بطلان الزواج السري وإن الزواج السري المعروف باسم الزواج العرفي في مصر تتوافر فيه جميع الأركان لكنه ينقصه التوثيق، وأنا شخصيا لا أشهده -بقول الشيخ الطنطاوي- ولا أحبه، ولا أجلس في مجلسه، لأنه يترتب عليه ضياع حقوق المرأة، ومخالفة النظام العام الذي وضعت الدولة، كما دعا الشيخ إلى اصدار قانون يعاقب من سلك هذا المسلك بعقوبات معينة لحماية للمرأة)⁽³⁾.

ويقول كذلك الشيخ الطنطاوي: "إن نظرة الدين الإسلامي إلى عقد الزواج فيها الكثير من التعظيم والتنظيم والتوثيق لذلك العقد، وما جاء في وصف الله تعالى لعقد الزواج بأنه العقد الموثق توثيقا لا مزيد عليه بالميثاق الغليظ"⁽⁴⁾.

وحتى نخرج من دائرة النزاع يمكن القول أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية يتم بالألفاظ مخصوصة، تتضمن الإيجاب والقبول، فإذا تحققت هذه الألفاظ مع بقية الأركان والشروط

(1) جريدة المساء: "451 قضية إثبات زواج عرفي في 06 أشهر.

التهميش: بوههران انتشار الظاهرة بين راغب في التعدد وباحثه عن سند.

تاريخ المعاينة: 11 مارس 2017 على الساعة 11:00 صباحا. الموقع الإلكتروني:

<https://google.com/site/sosioalger/m-a-ajtma/a/2awaj-almfy-fy-almat-a/rfy-br/a/jrayd/alzaj-alarfy-fy-a/mjtm-aljazayri>

(2) الأشقر عمر سليمان أسامة، مرجع سابق، ص 156.

(3) مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.elchab.com بتاريخ: 30 ديسمبر 2018.

(4) عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، د.ذ.س.ن، ص 46.

الأخرى المتمثلة في حضور الولي، والصدّاق، والشاهدين، وانعدام الموانع الشرعية لكلا الطرفين، فإنه ينعقد ويعتبر زواجا صحيحا.

واكتفى المسلمون في سابق عصورهم بتوثيق الزواج بالشهادة، ومع تطور الحياة وتغير الأحوال في هذا العصر الذي تعقدت فيه المشكلات، وتعددت فيه أسباب النزاع في العقود المدنية والتجارية وهذا أدى إلى إلزامية التوثيق فيها، وباعتبار عقد الزواج أعظم منها شأنًا، وآثاره أكثر منها خطرا على المجتمع لتعلقه بالأعراض، والأنساب، فإن التوثيق فيه بالكتابة يكون أقوى وأهم.

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري من الزواج العرفي

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الزواج العرفي في نصوص متفرقة فتكلم عليه أساسا في المادة 22 من ق.أ.ج⁽¹⁾، يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

أولا: المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، فمن خلال تتبعنا لفحوى نص المادة المذكور أعلاه نجد أن المشرع الجزائري ميّز بين نوعين من الزواج وبالتبعية اختلاف وسيلة الإثبات في كلاهما.

النوع الأول: يتم في الزواج الذي تم توثيقه أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام الموثق فوسيلة إثباته هو مستخرج من عقود سجل الزواج وهو ما يعرف بالزواج الرسمي.

(1) أمر رقم 02-05 معدل ومتمم، السالف الذكر.

النوع الثاني: في حالة عدم تسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية وبعد الدخول، وهو ما يعرف بالزواج العرفي الذي اختل فيه عنصر الرسمية فهنا إثباته يحتاج إلى صدور حكم قضائي قصد تسجيله في السجلات المعدة لذلك متى توافرت أركان الزواج وشروطه، وعليه نكون هنا بصدد واقعة مادية حصل بها الدخول بالزوجة فلا بد من اللجوء إلى المحكمة وتقديم الأدلة والحجج والبيانات التي تؤكد قيام الزواج الشرعي الذي تم بجميع أركانه والشروط المطلوبة شرعا وقانوناً⁽¹⁾.

وهذه المادة تناولت الزواج العرفي من حيث وسيلة إثباته دون التطرق إلى تحديد موجبات صحته، بل تركت ذلك لقاض شؤون الأسرة من خلال التحقيق في مدى توافر مقومات صحته وذلك بناء على الحجج والأدلة المقدمة من طرف المعنيين بالأمر باعتباره هو المختص بالنظر في دعوى تثبيت الزواج العرفي.

وعليه فالزواج العرفي حسب هذه المادة هو الزواج غير الموثق أمام ضابط الحالة المدنية ومن أجل تسجيله لابد من اتباع إجراء وحيد هو رفع دعوى قضائية قصد استصدار حكم قضائي بموجبها من قبل قاضي مختص.

ثانياً: المادة 39 من الأمر رقم 70-20 المعدل بالقانون رقم 14-08

تنص المادة 39 من الأمر رقم 70-20 المعدل بالقانون رقم 14-08⁽²⁾: "باستثناء ما ذكر في المادة 79 المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق

(1) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012، ص 350.

(2) أمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389هـ، الموافق لـ: 19 فبراير 1970 المعدل والمتمم، والمتعلق بالحالة المدنية.

صدور أمر بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الجمهورية لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصة وبالإسناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".

فمن أمثلة هذا العقد عقد الزواج الذي يتم وفقا لقواعد الشريعة، ولكن مضى على إبرامه زمن قصير أو طويل ولم يقيد في أوانه بين يدي ضابط الحالة المدنية أو الموثق وهو الذي يعرف "بالزواج العرفي أو الفاتحة".

فحسب نص المادة يتم تصحيح إجراء عدم التسجيل عن طريق صدور حكم من رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إبرام هذا الزواج وذلك بناء على رفع طلب من قبل المعني بالأمر إلى وكيل الجمهورية لهذه المحكمة مرفق بكل الإثباتات المادية.

والملاحظ على هذه المادة أنها اعتبرت الزواج العرفي أحد العقود المغفلة الذي تم بدون التصريح به أمام ضابط الحالة المدنية في وقته، كما أنها أشارت إلى إجراء تصحيح تخلف عنه عنصر التوثيق وذلك بقولها: "صدور حكم بسيط من رئيس المحكمة"، في حين أن هذا الأخير يصدر أوامر وليس أحكام، فهنا قد وقع المشرع في مشكل عدم ضبط المصطلحات، فالحكم من اختصاص قاضي الموضوع الذي يفصل في الخصومات والنزاعات، وعليه كان من الأجدر استعمال مصطلح "أمر بتسجيل الزواج العرفي"⁽¹⁾.

كما كان على المشرع أن يبين الإجراء المناسب في تسجيله لا سيما في ظل تعديل قانون الأسرة الذي جعل من النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع القضايا الأسرية وذلك بموجب المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، فلا يمكنه أن يكون حكما وخصما في الوقت ذاته، فأصبح بموجب ذلك يتم تثبيته بمقتضى صدور حكم قضائي من طرف قاضي شؤون الأسرة، وليس

(1) وزارة العدل: دليل المتعامل مع العدالة، الموقع الإلكتروني: <http://arabic.mjustice.dz> بتاريخ: 18 أبريل 2018 على الساعة 18:30 مساء.

أمر من رئيس المحكمة وهذا الإجراء بخلاف الإجراء المنصوص عليه في المادة بشأن إعادة تقييد وثائق الحالة المدنية المغفلة⁽¹⁾.

فكان من المفروض تعديلها ووضع استثناء بالنسبة لإجراء تسجيل عقود الزواج غير المصرح بها في أوانها برفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، وهذا دليل على عدم الانسجام بين نصوص قانون الأسرة ونصوص قانون الحالة المدنية وقت التعديلات، الأمر إذن ما زال في حاجة إلى إعادة النظر فيه من قبل المشرع كون الجانب النظري والتطبيقي أمران متلازمان.

المطلب الثاني

نكاح السر والخلوة

سبق الحديث على أن الأصل في النكاح الإشهار والإعلان حتى يتميز النكاح عن السفاح، ولكن قد يتم عقد النكاح بولي، وشاهدين واتفقوا على كتمانه أي أسروه، أو تضمن كل الشروط والأركان عدا الإشهاد، فما هو حكم هذا النكاح؟ وهل يعتبر صحيحا وتترتب عليه جميع الآثار أو لا؟ وهل الحكم بجوازه أو حرمة متفق عليه أو مختلف بشأنه؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنتطرق إلى تعريف نكاح السر (الفرع الأول) والخلوة (الفرع الثاني).

(1) مقابلة مع المحامي، الأستاذ: "عطال قويدر" بمكتبة حي 300 مسكن تساهمي جديد، سور الغزلان -البويرة- بتاريخ 11 ديسمبر 2018، على الساعة: 14:00 زوالا.

الفرع الأول

تعريف نكاح السر

الأصل في النكاح أن يتم بشروطه وأركانه، فيتم العقد بين رجل وامرأة بحضور وليها وشهادة شاهدي عدل، ويذكر عادة في مجلس العقد عن المرأة إذا كانت بكرًا أم ثيبًا ويسمى المهر، ويشهد الشاهدان على كل هذا وقد سمعا من الزوجين الإيجاب والقبول، وبعد ذلك يتم إشهار النكاح غالباً بدعوة عدد من الأهل لحضور مجلس العقد، وبعضهم يكتفي بالشاهدين إضافة إلى المأذون والولي والزوجة، لكن متى يطلق على النكاح بأنه نكاح سر؟

أولاً: المقصود بنكاح السر

نكاح السر هو: "النكاح الذي لا يشتهر أمره"، ويختلف معناه باختلاف مفاهيم الفقهاء له، فمنهم من يرى السرية تتحقق إذا لم يكن فيه شهود، ومنهم من يرى تحققها حتى مع الشهود، وهذا الأخير هو الذي ذهب إليه فقهاء المالكية وعرفوا نكاح السر بما يأتي:

- عرفه ابن عبد البر بأنه: "النكاح الذي يوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته أو عن جماعة، ولو أهل منزل" (1).

وهذا التعريف حدد سرية الزواج وقصرها على مجرد إيصال الزوج بكتمانه ولو بين الوقت أو المدة التي يكون خلالها الإيصال بالكتمان.

- وعرفه القرافي بأنه: "ما أمر الزوج الشهود بكتمه حين العقد، أو قبله عن إحدى زوجاته أو أمرهم بكتمه عن أهل بيته، أو أمرهم بإسارته أياما كالثلاثة فأكثر، أو عن أهل بلد معين، أو عن قوم معينين" (2).

(1) ابن عبد البر أبو عمر، الإستنكار الجامع لعلماء المصادر، ج16، مرجع سابق، ص 210.

(2) القرافي شهاب الدين، الذخيرة، تحقق: محمد حجي، ج4، د.ذ.ر.ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، 1994، ص

فهذا التعريف بين أن النكاح يكون سرا، حتى ولو كان فيه الأمر بالكتمان على شخص واحد بعينه، كأن تكون الزوجة الأولى المعني بالأمر.

1. أدلته:

الأصل في نكاح السر ما ورد من أحاديث، وآثار تنص على الأمر بإعلان النكاح وإشهاره، والنهي عن كتمه وإسراره والتي منها ما يأتي:

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف"⁽¹⁾.

- أخرج الإمام أحمد أن النبي صلى الله عليه ولم كان يكره نكاح السر، حتى يضرب بالدف ويقال أتيناكم أتيناكم فحيونا نحبيكم⁽²⁾.

- عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: لا يجوز نكاح السر حتى يعلن، ويشهد عليه.

- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن: كل نكاح استكتمه شهوده فهو نكاح السر، وإن كثر الشهود، وقال ابن القاسم بعد ذكر هذا الأثر: لو شهد عليه من الرجال على هذا المسجد - وكان بالمسجد الجامع بمصر - ثم استكتموا كان نكاح سرا⁽³⁾.

- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أتى بنكاح، لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت⁽⁴⁾.

(1) سبق تخريجه، ص ص: 46 - 58.

(2) سبق تخريجه، ص 59.

(3) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج3، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1983، ص 314.

(4) مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، ط1، دار مجالس التذكير، الجزائر، 2003، ص 318.

- ما روي في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلا تزوج امرأة فأسر ذلك فكان يختفي إليها في منزلها، فرآه جار لها يدخل عليها فقذفه بها، فخاصمه إلى عمر بن الخطاب، فقال: يا أمير المؤمنين إن هذا كان يدخل على جارتى ولا أعلمه تزوجها، فقال له: قد تزوجت المرأة على شيء دون، فأخفيت ذلك، قال: فمن شهدتم؟ قال: أشهدنا بعض أهلها، قال: فدرأ الحد عن قاذفه وقال: أعلنوا هذا النكاح، وحصنوا هذه الفروج⁽¹⁾.

ثانيا: حكم نكاح السر

اتفق الفقهاء الأربعة على فساد النكاح الذي لا يوجد فيه اشهاد مطلقا واختلفوا في العقد الذي يتوفر على اشهاد مع التواصي بالكتمان، فمنهم من أجازته ومنهم من قال بحرمة هذا النكاح، إذ انفرد الإمام مالك بالقول بحرمة نكاح السر، الذي يتم خلاله التواصي بكتمانه، فقد روي ابن القاسم عن مالك أنه قال: لو تزوج ببينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح، وإن تزوج بغير بينة على غير استسرار واستشهد فيما يستقبلان⁽²⁾.

وسئل الإمام مالك عن الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويستكتمهما قال: يفرق بينهما بتطليقه، ولا يجوز النكاح، ولها صداقها، إن كان أصابها ولا يعاقب الشاهدان إن كان جهلا ذلك، وإن كان أتيا ذلك بمعرفة أن ذلك لا يصح عوقبا⁽³⁾.

واستدل على حرمة هذا النكاح بما يأتي:

✓ الأحاديث والآثار التي تدل على وجوب إعلان النكاح.

(1) ابن عبد البر أبو عمر، الإستنكار الجامع لعلماء المصادر، ج16، مرجع سابق، ص 211.

(2) الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص 253.

(3) ابن عبد البر أبو عمر، مرجع نفسه، ص 213.

✓ منع نكاح السر من جهة المعقول لمشابهة الزنا، في التواطؤ على الكتمان، وكذا لأن النكاح يتميز عن السفاح بالإعلان، ولذلك شرع فيه ضرب الدف، والوليمة لما في ذلك من الإعلان والإشهار.

✓ قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه -السابق الذكر- وما شاع منه بحضرة الصحابة بقوى المنع مع الكتمان، ويرجع ذلك، فإنه لا بد من مراعاة صفة يتميز بها النكاح عن السفاح.

1. النتائج المترتبة على حرمة نكاح السر:

ويترتب على القول بحرمة نكاح السر الفسخ، والعقوبة، إلا لعذر وبيانها فيما يأتي:

أ. الفسخ:

يجب فسخ نكاح السر مهما طال ما لم يدخل الزوج بالزوجة، فإن دخل بها، وطال الدخول عرفاً، بحيث ظهر واشتهر عادة، لم يفسخ على مشهور، وإن لم يطل الدخول، فسخ بطلاق، ولها صداقها بما أصاب منها⁽¹⁾.

وفي ذلك يقول ابن رشد: ويفسخ قبل الدخول، وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، ويكون فيه الصداق المسمى⁽²⁾.

ب. العقوبة:

إذا لم يقع دخول فسخ، وإن دخلا عوقب كل من كان طرفاً في النكاح تأديباً لهم: الزوجان، والشهود، والولي، إن كانوا على علم بحرمة ذلك لتعمدهم ارتكاب معصية، وأما إن جهلوا أنه ممنوع شرعاً، وأنه واجب الفسخ فلا عقاب كما لو لم يقع الدخول.

(1) الشفقة محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب الزواج، ج3، ط1، دار القلم، دمشق (سوريا)، 2003، ص ص: 171-172.

(2) ابن رشد الجد، ج2، مرجع سابق، ص 366.

ج. العذر في نكاح السر يغير حكمه:

فإذا كان التواصي بالكتمان لسبب كالخوف من ظالم أو نحو ذلك من حالات الاضطرار، فإن الوصية بالكتمان خوفاً من ذلك لا تضر، ويتغير حكم ما سبق، فالإسرار هنا لا يبطل العقد، ولا يوجب فسخه⁽¹⁾.

ذهب أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد بن حنبل إلى القول أنه إذا تزوجها بحضرة شاهدين وقال لهما أكتما جاز النكاح، وبالتالي لا يبطل النكاح بالتواصي بكتمانه، لأنه لا يكون مع الشهادة عليه مكتوماً، فإن كتمه الزوجان، والولي، والشهود، قصداً صح العقد، وكره كتمانهم له، لأن السنة إعلان النكاح⁽²⁾.

الفرع الثاني

الخلوة

قد يحدث أن يتم عقد الزواج مستوفٍ لجميع أركانه من تبادل للإيجاب والقبول بين الزوجين، ومهر، وولي، وإشهاد، ثم لا يعقبها دخول، ويحدث في هذه الفترة بين العقد، والدخول خلوة بين الزوجين، قد تنتهي بعلاقة جنسية بينهما، فما هو حكم هذه الخلوة وهل تترتب عليها آثار الزواج الصحيح من استحقاق المهر، ونسب الولد، والتوارث بينهما... أم لا يترتب عليها شيء من ذلك؟ سيما وأنها تتم في سرية وخفاء عن أعين الناس ولكن قبل هذا سنتعرض إلى تعريف الخلوة.

أولاً: تعريف الخلوة

هي اجتماع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه دخول أحد عليهما بحيث يتمكنان من التمتع الكامل، من غير أن يكون هناك مانع يمنعهما من المخالطة الجنسية.

(1) الدسوقي، ج3، مرجع سابق، ص 39.

(2) ابن قدامة المقدسي، ج7، مرجع سابق، ص 342.

والموانع عدها الفقهاء ثلاثة أنواع: حسي وطبيعي وشرعي:

1. المانع الحسي: ويسمى أيضا بالمانع الحقيقي وذلك كالمرض الذي يحول بينهما وبين التمتع الكامل، والعيب الخُلقي بالمرأة، والعيب الخُلقي بالمرأة، والصغر كأن يكون أحدهما صغيرا.

2. المانع الطبيعي: كأن يكون معهما شخص ثالث عاقل يدرك ما يقع بينهما ويستطيع التعبير بذلك، لأن الإنسان يكره أن يقرب امرأته بحضرة ثالث⁽¹⁾.

3. المانع الشرعي: كأن يكون أحد الزوجين صائما صوم رمضان، أو محرما بحج أو بعمرة، أو أن تكون الزوجة حائضا أو نفساء، لأن كل ذلك محرم للوطء، فيكون أيضا مانعا من تحقق الخلوة الصحيحة⁽²⁾.

ولا تعتبر هذه الخلوة بين الرجل والمرأة بعد الزواج الفاسد، لأن المخالطة الجنسية فيه حرام، فكان المانع الشرعي قائما، ولأنها تؤكد المهر بعد وجوبه بالعقد، والعقد الفاسد لا يوجب المهر فلا يتصور تأكيد شيء لم يوجد⁽³⁾.

ثانيا: استحقاق المهر بالخلوة

1. موقف الحنفية والحنابلة من استحقاق المهر بالخلوة:

والمهر يتأكد كله للزوجة عند الحنفية، والحنابلة⁽¹⁾ بالخلوة الصحيحة، فلو طلق الرجل زوجته وجب لها الخلوة ولو لم يحصل وطء، المسمى كاملا، إن كانت التسمية صحيحة، ومهر المثل كاملا، إن لم يكن هناك تسمية، أو كانت التسمية فاسدة.

(1) زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج7، ط3، مؤسسة الرسالة، لبنان، سنة 2000، ص ص: 96-95.

(2) ابن عبد البر أبو عمر، الإستنكار الجامع لعلماء المصادر، ج16، مرجع سابق، ص 06.

(3) شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ذ.ط، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان)، 1977، ص 379.

❖ أدلتهم:

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة أدلة منها ما يأتي:

- قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ (٢٣٧)، ولفظ تمسوهن محتمل للأمرين: هل هو المس أو مسيس الجماع وتأوله عبد الله بن مسعود بالجماع.

- وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ (٢٠) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (٢١)، والمراد من الإفضاء بين الزوجين الخلوة، لأنه مشتق من الفضاء، وهو المكان الخالي (4).

- روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل" (5).

- روي عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال: "قضى الخلفاء الراشدون أنه إذا أرخي الستور، وأغلق الباب، فلها الصداق كاملاً" (6).

(1) ابن قدامة موفق الدين، ج8، مرجع سابق، ص 64.

(2) سورة البقرة، الآية رقم: 237.

(3) سورة النساء، الآية رقم: 20 - 21.

(4) الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، ج2، د.ذ.ر.ط، دار الفكر، بيروت (لبنان)، د.ذ.س.ن، ص 110.

(5) الألباني ناصر الدين، كتاب النكاح، باب ما يسقط الصداق وينصفه ويقرره، ج6، مرجع سابق، ص 356.

(6) مرجع نفسه، ص 356.

الزوجة سلمت المبدل إلى زوجها، فيجب على زوجها تسليم البديل إليها كما في البيع والإجازة⁽¹⁾.

2. موقف المالكية والشافعية:

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب المالكية والشافعية⁽²⁾ في الجديد إلى القول بأنه لا يتأكد وجوب المهر بالخلوة وحدها، دون وطء، فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها، وجب نصف المسمى، واستدلوا على ذلك بما يأتي: قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁽³⁾.

❖ وجه الاستدلال:

أوجب الله سبحانه وتعالى نصف المهر المفروض في الطلاق قبل الدخول، لأن المراد من المس في الآية الكريمة الوطء، فمن أوجب كل المفروض في حال وجود الخلوة، فقد خالف النص.

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁽⁴⁾ ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁽⁴⁾ ﴿٢١﴾.

- إذا قصد من الإفضاء هو الجماع، فلا يجب كل المهر إلا إذا تأكد الجماع بالدخول.

- تأكد المهر يتوقف على مدى استقاء المستحق بالعقد وهو المنافع، ولا يحصل ذلك بمجرد الخلوة بين الزوجين بلا دخول.

(1) زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج7، مرجع سابق، ص 93.

(2) ابن عبد البر أبو عمر، الإستنكار الجامع لعلماء المصادر، ج16، مرجع سابق، ص 125.

(3) سورة البقرة، الآية رقم: 237.

(4) سورة النساء، الآية رقم: 20 - 21.

❖ المناقشة والترجيح:

يتضح من أدلة كل رأي: أن كلا الرأيين اعتمدا على الأدلة نفسها، وإن اختلفوا في الاستدلال بها، إذ كل وجهها صوب رأيه ولعل الراجح بين الرأيين هو اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين كالدخول من جهة أن المهر المسمى يتأكد ويستقر لما احتج به القائلون بذلك من أدلة، وكذا لكثرة الآثار المروية عن الصحابة رضوان الله عليهم.

في اعتبار الخلوة كالدخول من جهة استقرار المهر، والتي منها أنه: ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "إذا أرخيت الستور، وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق".

ثالثا: التمييز بين الدخول والخلوة

يتأكد المهر كله للزوجة بعد الخلوة الصحيحة عند الحنفية والحنابلة، وتجب العدة على الزوجة إذا وقعت الفرقة بعد الخلوة الصحيحة، كما يحصل ذلك في الدخول كما يثبت نسب الولد بعدها، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول، لأنها كانت عقب عقد صحيح مستوف لجميع أركانه، وشروطه، ولكن وعلى اتفاقهما في هذه الأحكام، إلا أنهما يختلفان في الكثير من الأحكام الأخرى التي تتعلق بالدخول ولا يمكن أن تترتب من دونه.

1. اختلاف الأحكام فيما يأتي:

✓ حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها، أما مجرد الخلوة فلا يترتب عليها حرمة البنات.

✓ إحلال المطلقة ثلاثا، لا يكون إلا بالدخول الحقيقي بالزوجة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها"⁽¹⁾، أما إذا طلقها الزوج الثاني بعد الخلوة فإنها لا تحل للأول.

(1) البخاري محمد بن اسماعيل، ج7، باب من اجاز طلاق الثلاث للآية، مرجع سابق، ص 55.

✓ الطلاق الذي يقع بعد الدخول يكون إمّا رجعيًا، أو بائنًا، أمّا بعد الخلوة فإنه لا يكون إلا بائنًا.

✓ الطلاق بعد الدخول في مرض الموت، مختلف في توريث الزوجة فيه، وهي عند المالكية ترث ولو انقضت عدتها وتزوجت غيره، بعكس الخلوة، فالطلاق يكون بائنًا، وإن كان في مرض الموت فلا يترتب عليه ميراث لها⁽¹⁾.

✓ الإحصان، إذ الدخول يجعل كلا من الزوجين محصنين، بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنا، أمّا الخلوة فلا تجعلهما محصنين فتطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنا⁽²⁾.

فهذه الأحكام التي يختلف فيها الدخول عن الخلوة، إن دلت على شيء فإنما تدل على أن الدخول غير الخلوة، ومما يتمايزان فيه أيضا أن الدخول يكون بصفة علنية ومشتهرة، بحيث يكون معلوما للخاصة والعامة، بعكس الخلوة، هذه الأخيرة التي تكون أقرب إلى الشبهة والريبة، منها إلى الإحصان والعفاف وإن كانت بعد عقد مستوف لجميع الأركان والشروط.

2. رأي المذهب المالكي من التمييز بين الدخول والخلوة:

بالنظر إلى أقوال الفقهاء في مسألة الإشهاد نجد أن الخلوة وإن جاءت بعد عقد الزواج صحيح إلا أنه في نظر فقهاء المذهب المالكي فإن ذلك لا يخول للرجل أن يجامع زوجته لانعدام ركن إعلان النكاح لأن الفرق بين الزواج والسفاح هو الإعلان⁽³⁾.

كما أن فقهاء المذهب المالكي لا يجيزون الدخول المستوفي لجميع الأركان في حالة التواصي بكتمانه فما بالك بالخلوة.

(1) القاضي عبد الوهاب محمد علي، محمد حسن اسماعيل، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1998، ص 526.

(2) لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٠﴾﴾، سورة النور، الآية رقم: 02.

(3) عبد الرزاق أبو بكر، الرحمان الأعظمي، المصنف، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، ج6، رقم 10490، ص 199.

خلاصة الفصل الثاني

بنيت الشريعة الإسلامية أحكام الزواج، وأركانه وشروطه، غير أنها لم تشترط تسجيل عقد الزواج إذ الإشهاد كاف لإثبات الزواج وحماية آثاره المترتبة عليه، لكن مع تطور الحياة وتغير الأحوال، ولكثرة الفتن وفساد الذمم ظهرت الحاجة الملحة لتوثيق عقد الزواج وتسجيله أمام الجهات الرسمية.

وقانون الأسرة الجزائري فرض عدة اجراءات إدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج من خلال إفراغ عقد الزواج في قالب رسمي وتسجيله يتم بموجب عقد صادر عن ضابط الحالة المدنية، أو بموجب عقد توثيقي، وفي حالة وجود نزاع بين الزوجين في حال انكار أحدهما للزواج غير المسجل، فإنه يثبت عن طريق حكم قضائي باتباع إجراءات قانونية.

رتب العلماء على تخلف شرط الإشهاد فساد الزواج وذلك بوجوب فسخه قبل الدخول خروجاً من كل شبهة ولا صداق فيه، أمّا بعد الدخول والبناء، للمرأة مهر المثل ويثبت النسب للولد مع ثبوت براءة الرحم.

نجد أنّ المشرع الجزائري رتب الفساد للعقد الفاقد لشرط الشهود مسائراً في ذلك جمهور الفقهاء الذين اعتبروا الإشهاد شرط صحة لعقد الزواج.

كما أنّ الزواج العرفي هو في أصله زواج شرعي باعتباره ميثاق شرعي يربط بين رجل وامرأة، فهو إذن ميثاق ضمانت مع خالقها دون الحاجة إلى توثيقه في أوراق مكتوبة، إلا أنه ونظراً لظروف وأسباب تغيرت بها أحوال الناس والمجتمع وخوفاً من ضياع حقوق مكتسبة من آثار هذا الميثاق الغليظ ألحت الضرورة إلى توثيقه قصد صيانتها وحفظها من الجحود والنكران.

ويعتبر الزواج العرفي هو الزواج الشرعي الكامل الأركان والشروط المطلوبة شرعا وقانونا غير المصرح به من تاريخ إبرامه شفاهة، أمّا الشخص المؤهل لذلك والمتمثل عادة في ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

إنّ الزواج السري يتم بصورتين: صورة معروفة قديما لدى الفقهاء، وهو الذي يتم بكافة أركانه وشروطه، ولكن يتفقان الزوجان والولي والشهود على كتمانهم، فلا يحدث إعلان ولا إشهار، وهذا المعروف لدى الفقهاء، والصورة الثانية هي أن يتقابل الرجل مع المرأة فيعرض عليها الزواج فتقبله منه دون ولي ولا شهود، وأحيانا يكون هناك شاهدان في الغالب يكونان من أصدقاء الزوجين، ولكن أهل الزوج والزوجة لا يعلمون عن ذلك شيئا.

والزواج السري في صورته الأولى محل اختلاف بين الفقهاء، وفي صورته الثانية هو باطل باتفاق العلماء.

خاتمة

خاتمة

يقوم الإشهاد في عقد الزواج على أنه شرط صحة باتفاق الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في وقته فذهب الحنفية والشافعية، والحنابلة إلى جعله وقت العقد، وذهب المالكية إلى اشتراطه عند الدخول.

الإشهاد أو الشهادة يستعملان بمعنى واحد عند الفقهاء وهو اخبار عدل حاكما بما علم ليحكم بمقتضاه، على خلاف بينهم في تخصيصها بلفظ أشهد من عدمه، أما في الاصطلاح القانوني فهما متميزان من حيث الشكل إذ يطلقان ويراد بهما طريق من طرق إثبات العقود والتصرفات.

الشهادة مشروعة بالكتاب، والسنة، والإجماع وخصائصها عدة منها ما هو خاص بذات الشهادة كوجوب موافقتها الدعوى، وأن تكون في مجلس القضاء، ومنها ما هو خاص بشخص الشهود كشرط الإسلام والعدالة، والتكليف مع اختلاف بين الفقهاء في مدى الأخذ بهذه الشروط، وهي ملزمة للقاضي متى توفرت شروطها متعدية لجميع الأطراف.

تتنوع الشهادة إلى عدة أنواع مع الاختلاف بين الفقهاء في مدى الأخذ ببعض الأنواع دون أنواع أخرى.

تباين موقف المشرع الجزائري بشأن الإشهاد في الزواج إذ اعتبره في الأمر رقم 84-11 ركنا من الأركان بينما في نص في الأمر رقم 05-02 على اعتباره شرطا من شروط الصحة، وهو بهذا التعديل ساير موقف جمهور الفقهاء وتشريعات الأحوال الشخصية العربية.

للإشهاد دور في إثبات الزوجية في حالة الاعتراف والإقرار بالزواج، وفي حالة الإنكار سيما إذا كان الزواج غير موثق لدى الجهات الرسمية.

اختلف الفقهاء في مسائل الشهادة من شروط، وأنواع وقت الإشهاد سببه الاختلاف في استنباط الأحكام من النصوص التي توافرت لدى كل فقيه، واستند عليها في إثبات حكمه.

الأخذ بالشهادة كدليل لإثبات الزوجية في حالة النزاع يضمن عدم ضياع الحقوق المتعلقة بأطراف العقد، كما يضمن ترتيب آثار الزواج من نسب واستحقاق للإرث ونفقة خاصة الزواج الشرعي بالفاتحة فقط.

الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج هو حكم بفساد العقد الموافق للبطلان باتفاق الفقهاء، إذ حتى فقهاء الحنفية الذين فرقوا بين لفظي الفساد والبطلان في المعاملات المالية لم يفرقوا بينهم في عقد الزواج.

غياب الإشهاد في عقد الزواج يؤدي إلى شيوع زواج السر، وصور أخرى من الزيجات غير الرسمية التي هي أقرب إلى الفاحشة منها إلى الزواج الشرعي.

حصر قانون الأسرة الجزائري طرق إثبات الزواج في مجرد التسجيل أدى إلى وجود ازدواجية في عقد الزواج بين عقد زواج شرعي غير موثق وهو الشائع بالفاتحة، وبين عقد زواج موثق.

إنّ التعديل الأخير جعل من الرضا ركنا لانعقاد الزواج، وأن الزواج لا ينعقد إلا بالرضا المتبادل بين الزوج والزوجة، أما الشاهدين فجعل منه شرطا لصحة عقد الزواج مثله مثل الولي والصدّاق، ونفهم أن تخلف شرط وجود الشاهدين في مجلس عقد الزواج لا ينتج عنه البطلان المطلق مثل ما هو ركن الرضا، وإنما ينتج عنه الفسخ في بعض الحالات والنفاد في بعض الحالات الأخرى.

يثير موضوع الإشهاد في عقد الزواج العديد من الإشكالات، وبناء على ذلك يمكن استخلاص جملة من النتائج تتمثل فيما يلي:

✓ ضرورة النظر بجدية في مسألة ازدواجية عقد الزواج بين الفاتحة من جهة باعتبارها عقد شرعي مستوفي لجميع الأركان والشروط، وبين عقد الزواج الرسمي.

✓ توحيد عقد الزواج في عقد واحد يتم بتوافر أركان العقد وشروطه أمام إمام يتولى إبرام العقد من الناحية الرسمية ثم يرسل نسخة منها إلى الجهات الإدارية، كالبلدية وغيرها من أجل إمكانية استخراج نسخ منها للإثبات.

أما بالنسبة لشروط الشهود في الزواج العرفي فجميع نصوص قانون الأسرة قبل التعديل وبعده لم تشر إلى ذلك، بل أحالت ذلك إلى نص المادة 33 من الأمر رقم 70-20 المتعلق بالحالة المدنية، ويظهر جليا من المادة.

فرغما من أهم الشروط المذكورة في الشريعة الإسلامية وافتقارها للدقة والتوضيح، كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن يضع نصا خاصا ضمن نصوص قانون الأسرة بتحديد شروط الواجب توافرها في الشهود الذين على أساسهم ستحفظ فيه الحقوق، والتي يرتبها أخطر العقود لا سيما أن الشهادة تعتبر بمثابة التوثيق في عقد الزواج والمعتمد عليها في فصل الخصومة بشأنه أمام القضاء، وكذا بمثابة إذاعة وإعلان له بين الناس.

اكتفى المشرع الجزائري بتحديد العدد فقط في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة فكيف يتعامل مع المادة 33 المعدلة من أمر 70-20 لا سيما أنها لم تحدد جنس من يتولى الإشهاد في مقابل لو أحضر الطرفان امرأتان للشهادة أو غير مسلمان، فهذه الثغرات القانونية تجعل تطبيقها معقد أمام القاضي وقت الفصل في النزاعات.

وعليه كان على المشرع الجزائري أن يوضح موقفه من الحكمة في تشريعه لنصوص قانون الأسرة المرتبط بأهم دعامة تمس خصوصيات المجتمع الجزائري.

لذا نقترح إما أن تكون إحالة صريحة بموجب نص من قانون الأسرة إلى قانون الحالة المدنية فيما يخص شروط الشهود.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة الكتب

أ. القرآن الكريم برواية ورش

ب. كتب تفسير القرآن وعلومه

1. الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، الجزء الثاني، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.

ج. كتب تفسير الحديث النبوي وعلومه

1. ابن ماجة عبد الله القزوني، السنن، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.

2. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، الجزء الثاني والجزء التاسع، دون ذكر رقم الطبعة، دار المعرفة، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.

3. ابن خلكان، وفايات الأعيان، تحقيق: احسان عباس، الجزء الأول، دون ذكر رقم الطبعة، دار صادر، بيروت (لبنان)، 1977.

4. أبو بكر بن عبد الرزاق، المصنف، الجزء الثامن، دار المجلس العلمي، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.

5. الألباني ناصر الدين، إرواء الغليل، الجزء السادس، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت (لبنان)، 1985.

6. البخاري محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح، الجزء الثالث، والجزء السادس، والجزء التاسع، دار مطابع الشعب، بيروت (لبنان)، 1378هـ.
7. البيهقي أبو بكر بن حسين، السنن الصغير، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي، وأحمد تبتاني، الجزء العاشر والجزء السابع عشر، الطبعة الأولى، الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1992.
8. الترميذي محمد بن عيسى، السنن، الجزء الثاني والثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1983.
9. الذهبي شمس الدين، سير أعلام النبلاء، الجزء السادس، دون ذكر رقم الطبعة، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، 1985.
10. الرازي أبو بكر، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار عمار، الأردن، 1996.
11. الشوكاني محمد بن علي محمد، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرزاق سعد، ومصطفى محمد الهواري، الجزء السابع، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
12. النووي أبو زكريا يحيى، شرح صحيح مسلم، الجزء الثاني عشر، دون ذكر رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.

د. المعاجم والقواميس

1. ابن فارس أبو الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مكتبة الخانجي، مصر، 1981.
2. ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير، الجزء الرابع، دون ذكر رقم الطبعة، دار المعارف، القاهرة (مصر)، دون ذكر سنة النشر.

3. أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1988.
4. الجوهري اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: إميل ونبيل طرفي، الجزء الثاني، دون ذكر رقم الطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1999.
5. الفيروز أبادي مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: مكتبة تحقيق التراث، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1996.
6. نويهض عادل، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف، دون ذكر بلد النشر، 1984.

هـ. كتب الفقه الإسلامي

❖ المذهب الحنفي:

1. ابن الهمام كمال، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء الثاني، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر، لبنان، دون ذكر سنة النشر.
2. الصنعاني محمد بن اسماعيل، سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، الجزء الرابع، دون ذكر رقم الطبعة، المكتبة العصرية، بيروت (لبنان)، سنة 1992.
3. الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1982.

❖ المذهب المالكي:

1. ابن جزي محمد، القوانين الفقهية، دون ذكر رقم الطبعة، الدار الجامعية للكتاب، ليبيا، دون ذكر سنة النشر.

2. ابن رشد محمد بن أحمد الجد، المقدمات الممهديات، الجزء الثاني، دون ذكر رقم الطبعة، دار صادر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.
3. ابن عبد البر أبو عمر، الإستتكار الجامع لعلماء المصادر، تحقيق: عبد المعطي أمين، الجزء السادس عشر، الطبعة الأولى، دار قتيبة، دمشق (سوريا)، 1993.
4. ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة (مصر)، 1986.
5. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1983.
6. الخرشي أبو عبد الله، الخرشي علي مختصر سيدي خليل، الجزء السابع، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.
7. الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، الجزء الرابع، دون ذكر رقم الطبعة، مؤسسة المنشورات الاسلامية، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
8. الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1996.
9. القارافي شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، الجزء الرابع، دون ذكر رقم الطبعة، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، 1994.
10. القاضي عبد الوهاب محمد علي، محمد حسن اسماعيل، المعونة على مذهب عالم المدينة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1998.
11. الكشناوي محمد، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.

12. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، دون ذكر رقم الطبعة، مطبعة السعادة، مصر، دون ذكر سنة النشر.
13. مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، تحقيق: عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، دار مجالس التذكير، الجزائر، 2003.

❖ المذهب الشافعي:

1. الأمدى سيف الدين، إحكام في أصول الأحكام، الجزء الأول، دون ذكر رقم الطبعة، دار الكتب العلمي، بيروت (لبنان)، 1983.
2. الرملي شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الثامن، بدون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1984.
3. السبكي علي بن عبد الكافي، الإبهاج في شرح المنهاج، تحقيق: شعبان محمد اسماعيل، الجزء الأول، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (مصر)، 1981.
4. الشافعي محمد بن ادريس، الأم، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت (لبنان)، 1983.
5. الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1983.

❖ المذهب الحنبلي:

1. ابن قدامة موفق الدين، المغني، الجزء الثاني عشر، دون ذكر رقم الطبعة، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، 1983.

2. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: سيد عمران، دون ذكر رقم الطبعة، دار الحديث، القاهرة (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
3. أحمد بن حنبل، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.
4. البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، الجزء الثالث، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت (لبنان)، دون ذكر سنة النشر.
5. الحجاوي موسى بن أحمد، الاقناع لطلب الانتفاع، تحقيق: عبد الله الترك، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار عالم الكتب، دون ذكر بلد النشر، 1999.

❖ المذهب الزيدي:

1. الشوكاني، ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة الأولى، دار السلام، لبنان، 1998.

و. كتب الفقه العام والمقارن

1. أبو النور محمد الأحمد، منهج السنة في الزواج، الطبعة الخامسة، دار السلام للنشر والتوزيع، مصر، 1996.
2. الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 1997.
3. إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دون ذكر رقم الطبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
4. الأودن سمير عبد السميع، الزواج العرفي، دون ذكر رقم الطبعة، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، د.ذ.س.ن.

5. البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، البزدوي، الجزء الثالث، دون ذكر رقم الطبعة، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة (مصر)، 1978.
6. الجارحي عبد رب النبي علي، الزواج العرفي المشكلة والحل والزواج السري ونكاح المتعة والزواج العرفي عند المسيحية وزواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
7. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، دون ذكر رقم الطبعة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
8. بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دون ذكر رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
9. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة (الجزائر)، 2007.
10. الجديع عبد الدين يوسف، تسيير علم أصول الفقه، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 1997.
11. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دون ذكر رقم الطبعة، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1990.
12. حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الخطر والإباحة (دراسة تأصيلية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
13. الحصني أبو بكر الحسيني، كفاية الأخبار في جل غاية الاختصار، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، المكتبة العصرية صيدا، بيروت (لبنان)، 1988.

14. الذهبي محمد حسين، الشريعة الاسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، دون ذكر رقم الطبعة، مكتبة وهبة، القاهرة (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
15. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر للنشر، دمشق (سوريا)، 1985.
16. الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الاسلامي والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دون ذكر بلد النشر، 2007.
17. الشقفة محمد بشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، فقه الأحوال الشخصية، كتاب الزواج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق (سوريا)، 2003.
18. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دون ذكر رقم الطبعة، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان)، 1977.
19. الشنقيطي عبد الله ابراهيم، نشر البنود على مراقبي السعود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، 1988.
20. الصديق محمد صالح، نظام الأسرة في الإسلام، دون ذكر رقم الطبعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
21. عبد الغفار ابراهيم صالح، العدالة في الشهود في الفقه الإسلامي، دون ذكر رقم الطبعة، دار الولاء للطبع والتوزيع، دون ذكر بلد النشر، دون ذكر سنة النشر.
22. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، دون ذكر بلد النشر، 2000.

23. _____، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2000.
24. _____، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة السابعة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2002.
25. عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الدار المصرية، دون ذكر بلد النشر، 1990.
26. عمران محمد فارس، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دون ذكر رقم الطبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر)، 2001.
27. العمروسي أنور، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (مصر)، 2000.
28. الفالح مساعد بن محمد، الإعلان المشروع والممنوع في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار العاصمة، الرياض (السعودية)، 1995.
29. فراج أحمد حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دون ذكر رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية (مصر)، 2004.
30. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، دون ذكر سنة النشر.
31. _____، الأحوال الشخصية، دون ذكر رقم الطبعة، دار الفكر العربي، مصر، دون ذكر سنة النشر.
32. _____، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، دون ذكر بلد النشر، دون ذكر سنة النشر.

33. محمود محمد هشام، القضاء ونظام الإثبات، دون ذكر رقم الطبعة، جامعة الملك سعود، الرياض (السعودية)، 1988.

34. هلال يوسف ابراهيم، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، دون ذكر رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية (مصر)، 1994.

ي. الكتب القانونية:

1. أبو الوفا أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 1998.

2. بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فبراير 2088)، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

3. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012.

4. _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، 2005.

5. _____، قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، دون ذكر بلد النشر، 2006.

6. بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون (الجزائر)، 2005.

7. البنا كمال صالح، مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، القاهرة (مصر)، 2000.

8. بوضياف عادل، الوجيز في شرح الاجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، المحمدية (الجزائر)، 2012.
9. الحصري أحمد، علم القضاء، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة (مصر)، 1977.
10. زروقي الطيب، تحرير العرائض والأوراق شبه القضائية، دون ذكر رقم الطبعة، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 1998.
11. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مجال الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
12. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دون ذكر رقم الطبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
13. _____، الإثبات في المواد المدنية والتجارية على ضوء الفقه والقضاء، دون ذكر رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 2000.
14. _____، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، دون ذكر رقم الطبعة، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1994.
15. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام)، الجزء الثاني، دون ذكر رقم الطبعة، النهضة العربية، القاهرة (مصر)، 1968.
16. العيش فضيل، قانون الأسرة، دون ذكر رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، الجزائر، 2006.

17. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، دون ذكر رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
18. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، دون ذكر رقم الطبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
19. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج (دراسة مدعمة بالأحكام أو القرارات القضائية)، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر دار النشر، دون ذكر بلد النشر، 1994.
20. نشأت أحمد، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دون ذكر دار النشر، دون ذكر بلد النشر، دون ذكر سنة النشر.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ. رسائل الدكتوراه

1. أسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (الجزائر)، 2015.
2. فكرة سعيد، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه دولة في الفقه وأصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة (الجزائر)، 1997.

ب. مذكرات الماجستير

1. سطحي سعاد، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة (الجزائر)، 1996.

ثالثاً: المقالات والمنشورات العلمية

1. الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، العدد 27، سبتمبر 1981، القاهرة (مصر).

رابعاً: النصوص القانونية

❖ النصوص التشريعية

أ. القوانين:

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ع 24 الصادر بتاريخ 12 جوان 1984.

2. قانون رقم 02-06 مؤرخ في 21 محرم 1427 هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ع 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

3. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1929 الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

ب. الأوامر:

1. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ 19 فيفري 1970، معدل ومتمم بقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال 1435 هـ الموافق لـ 09 أوت 2014، يتضمن الحالة المدنية، ج.ر.ع 24، الصادر بتاريخ 20 أوت 2014.

خامسا: الأحكام والقرارات القضائية

1. قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، ملف رقم 35272، القرار الصادر في 27 مارس 1989، المجلة القضائية 1990، العدد 03.
2. قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، ملف رقم 48184، القرار الصادر في 29 فيفري 1988، المجلة القضائية 1991، العدد 01.
3. قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، ملف رقم 179557، القرار الصادر في 17 مارس 1998، المجلة القضائية 1998، العدد 02.
4. قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، ملف رقم 340671، القرار الصادر في 12 أكتوبر 2005، المجلة القضائية 2005، العدد 02.
5. قرار المحكمة العليا (غرفة الأحوال الشخصية)، ملف رقم 424799، القرار الصادر في 13 فيفري 2008، المجلة القضائية 2008، العدد 02.

سادسا: المواقع الإلكترونية

1. وزارة العدل، دليل المتعامل مع العدالة، الموقع الإلكتروني: <http://arabic.mjustice.dz> بتاريخ: 18 أبريل 2018، على الساعة 18:30 مساء.
2. مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.elchab.com بتاريخ: 30 ديسمبر 2018.
3. جريدة المساء: "451 قضية إثبات زواج عرفي في 06 أشهر/ التهميش: بوهران انتشار الظاهرة بين راغب في التعدد وباحثه عن سند/ تاريخ المعاينة: 11 مارس 2017 على الساعة 11:00 صباحا. الموقع الإلكتروني: <https://google.com/site/sosioalger//m-a-/ajtma/a/2awaj-almfy-fy-almtnat-a/rfy-br/a/jrayd/alzaj-alarfy-fy-a/mjtm-aljazayri>

الفهرس

الفهرس

1	مقدمة
8	الفصل الأول: ماهية الإشهاد كوسيلة لإثبات العلاقة الزوجية
9	المبحث الأول: مفهوم الإشهاد في اثبات الزواج
9	المطلب الأول: تعريف الإشهاد
10	الفرع الأول: المقصود بالإشهاد
10	أولاً: الإشهاد لغة
11	ثانياً: الإشهاد اصطلاحاً
16	الفرع الثاني: خصائص الإشهاد
19	المطلب الثاني: أنواع الإشهاد وحكمه
19	الفرع الأول: أنواع الإشهاد
19	أولاً: الإشهاد المباشر
20	ثانياً: الإشهاد بالسمع وبالتسامع وبالشهرة العامة
23	ثالثاً: الشهادة على الشهادة
25	رابعاً: شهادة الاستغفال
27	الفرع الثاني: حكم الإشهاد
27	أولاً: سند الإشهاد في الشريعة الإسلامية

30	ثانيا: حكم الإشهاد بالنسبة للقاضي
31	ثالثا: حكم الإشهاد بالنسبة للشهود
33	المبحث الثاني: طبيعة الإشهاد في انشاء عقد الزواج
33	المطلب الأول: ضوابط الإشهاد في عقد الزواج
34	الفرع الأول: شروط الشهود
34	أولا: التكليف
35	ثانيا: الإسلام
38	ثالثا: العدالة
39	رابعا: الذكورة
42	خامسا: العدد في الشهود (التعدد)
43	سادسا: القرابة
44	الفرع الثاني: وقت الإشهاد
44	أولا: الأصل في الإشهاد عند اجراء العقد
46	ثانيا: الأصل في الإشهاد عند الدخول
47	ثالثا: المناقشة والترجيح
48	رابعا: موقف المشرع الجزائري من وقت الإشهاد
50	المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الإشهاد في عقد الزواج
51	الفرع الأول: حكم الإشهاد في عقد الزواج باعتباره ركنا

- أولاً: الإشهاد على عقد الزواج باعتباره ركناً 51
- ثانياً: الإشهاد على عقد الزواج باعتباره شرطاً 52
- ثالثاً: موقف الفقه الاسلامي من الإشهاد على الزواج 54
- رابعاً: موقف المشرع الجزائري من الإشهاد على الزواج 57
- الفرع الثاني: إعلان الزواج 58
- أولاً: أدلة إظهار الزواج 58
- ثانياً: وسائل إعلان الزواج 59
- خلاصة الفصل الأول 63
- الفصل الثاني: دور الإشهاد في إثبات العلاقة الزوجية 66
- المبحث الأول: دور الإشهاد في اثبات عقد الزواج وأثر تخلفه عنه 67
- المطلب الأول: دور الإشهاد في الإثبات في حال إنكار وإقرار الزواج 67
- الفرع الأول: إثبات الزواج المتنازع فيه 68
- أولاً: المقصود بالإثبات 68
- ثانياً: اجراءات رفع دعوى تثبيت الزواج أمام القضاء 71
- ثالثاً: شروط رفع دعوى تثبيت الزواج الشرعي (العرفي) 72
- رابعاً: مرحلة الفصل في دعوى تثبيت الزواج 76
- خامساً: مرحلة الفصل في دعوى تثبيت الزواج العرفي 79

سادسا: مرحلة استخراج الصيغة التنفيذية للحكم القضائي الخاص بدعوى تثبيت الزواج	80
الفرع الثاني: إثبات الزواج العرفي الغير متنازع فيه	82
أولا: إثبات عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية	82
ثانيا: إثبات عقد الزواج أمام الموثق	86
المطلب الثاني: الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج	87
الفرع الأول: الحكم بفساد عقد الزواج وبطلانه	88
أولا: تعريف الفساد والبطلان لغة	88
ثانيا: تعريف الفساد والبطلان اصطلاحا	89
ثالثا: التمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج بلا اشهاد	91
الفرع الثاني: آثار الزواج بدون إشهاد	96
أولا: آثار الزواج بلا إشهاد قبل الدخول	96
ثانيا: آثار الزواج بلا إشهاد بعد الدخول	98
المبحث الثاني: نماذج من زيجات تخلف الإشهاد عليها	101
المطلب الأول: الزواج العرفي وموقف القانون الجزائري منه	101
الفرع الأول: الزواج العرفي	102
أولا: التعريف بالزواج العرفي	102
ثانيا: حكم الزواج العرفي	106

109	الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من الزواج العرفي
109	أولاً: المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري
110	ثانياً: المادة 39 من الأمر رقم 70-20 المعدل بالقانون رقم 14-08
112	المطلب الثاني: نكاح السر والخلوة
113	الفرع الأول: تعريف نكاح السر
113	أولاً: المقصود بنكاح السر
115	ثانياً: حكم نكاح السر
117	الفرع الثاني: الخلوة
117	أولاً: تعريف الخلوة
118	ثانياً: استحقاق المهر بالخلوة
121	ثالثاً: التمييز بين الدخول والخلوة
123	خلاصة الفصل الثاني
126	خاتمة
130	قائمة المصادر والمراجع
145	الفهرس