

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية
قسم الشريعة و القانون

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية قسنطينة

الرقم التسلسلي.....
رقم التسجيل.....

**الإشهاد ودوره في إثبات الزواج و إنحلاله
و أثره في ترتيب الأخطاء عليهما**

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون

تخصص الأحوال الشخصية

إشراف الدكتور: كمال لدرع

إعداد الطالبة : أمال رواق

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	أمام اللجنة
د/محمد الأخضر مالحي	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة	الرئيس
د/ كمال لدرع	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	المقرر
د/محمد زعموش	أستاذ محاضر	جامعة قسنطينة	العضو
د/سعاد سطحي	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	العضو

نوقشت يوم

السنة الجامعية 2006/2007

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

علوم الإسلاميه

الشكر والتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا، الذي وفقني لإنجاز هذا البحث والصلاة والسلام على

سيدنا محمد المرسل للعالمين بشيرا ونذيرا وبعد:

أتقدم بوافر الشكر، وجزيل الامتنان، وفائق التقدير والاحترام إلى الأستاذ الفاضل:

كمال لدوع الذي لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته السديدة، وملاحظاته القيمة منذ

اختيار موضوع البحث، وتفضله بقبول الإشراف عليه دون من، ولا ملل، فجزاه الله عني،

وعن العلم الشرعي خير الجزاء، كما أتقدم بكل معاني الاعتراز والإكبار إلى كل

أساتذتي الأفاضل، الذين غمروني بتشجيعهم، وإرشادهم طيلة مدة دراستي، فجزاهم

الله كل خير.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أهدي ثمرة هذا الجهد حول موضوع: "الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام عليهما"

إلى من قال فيهما الرحمن "وبالوالدين إحساناً"

إلى والدي العزيزين أبقاهما الله وحفظهما، ووفقني إلى برهما، الذين أسبغوا

عليّ كل نعم عطفهما

وزوداني ببركة دعائهما.

إلى كل من أخذ بيدي، وعلمني جملة، أو أفادني بفكرة في مجال العلم

والمعرفة.

آمال

جامعة الأمير عبد القادر
مقدمة
أولاً

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده 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، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليما كثيرا أما بعد:

فإنه من سنن الله في خلقه أن جعل الناس متفاوتين في المواهب و القدرات مختارين في أفعالهم و تصرفاتهم، محتاجين إلى بعضهم البعض.

وبما أن رغبات الناس قد تتنازع، وميولهم لا تتفق، و مصالحهم تتعارض فإنه قد تقع بينهم منازعات و اختلافات، الأمر الذي يؤدي إلى مطالبة كل منهم الآخر بما عنده، وهو قد يقرأ وينكر وحينها ينتهي بهما الأمر إلى القضاء.

ومن المعلوم أن وسيلة الوصول إلى الحق و الحصول عليه كما بينها الفقه الشرعي و القانوني هي الدعوى، التي تستند إلى طرق وقواعد إثبات، هذه القواعد التي لها أهمية بالغة في أحكام الشرع، وفي مختلف فروع القانون، إذ الحق دون دليل يستند عليه هو كالعدم، فالدليل هو الذي يدعم الحق و يجعله سائدا، و هذه القاعدة تنطبق على كل الأحكام الشرعية وبخاصة الأحوال الشخصية، ذلك لأن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع، لكن قد تنشأ بين مكوناتها نزاعات تؤدي إلى إنكار أحدهما علاقته بالآخر من حيث الإبتداء، بأن يدعي نفي الزواج أصلا، أو من حيث الإنتهاء بأن يدعي إيقاع الطلاق أو ينفي إيقاعه من أساسه، أو تدعي المرأة المخالعة أو الإضرار بها و ينفيه الزوج.

وبما أن واقعة الزواج، أو انحلاله كانت حدث في الماضي فإنه ليس في وسع القاضي أن يعاينها بنفسه، ويتعرف على حقيقة حدوثها ومن ثم يتعين عليه أن يستعين بوسائل تعيد أمامه رواية وتفصيل ما حدث، وهذه الوسائل هي: أدلة الإثبات.

وشهادة الشهود تأتي على رأس هذه الوسائل فهي من أهم وأقدم طرق الإثبات، وقد نص القرآن الكريم بفضل الشهادة و رفعتها ونسبها سبحانه وتعالى إليه، وشرف بها ملائكته و رسله و أفاضل خلقه قال تعالى: " شَهِدَ اللَّهُ لَكَ إِذْ إِلهَ هُوَ وَ الْمَلَائِكَةُ وَ أُولُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ

لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ" ¹ وقال جل جلاله : " فَكَيْفَ إِذَا جِئْنَا مِنْ كُلِّ أُمَّةٍ بِشَهِيدٍ وَجِئْنَا بِكَ عَلَى هَؤُلَاءِ شَهِيدًا" ²

أهمية الموضوع :

يمكن إجمال أهمية البحث في موضوع الإشهاد و دوره في إثبات الزواج و انحلاله، وأثره في ترتيب الأحكام عليهما دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون من الناحية العلمية والعملية فيما يأتي :

— عظمة الزواج في الإسلام ، ورفعة أثاره، جعلته جدير بأن يذاع أمره، ويشهده الناس تكريماً له، و إعلاءً لشأنه.

— منع الظنون و الشبهات، و دفع قالة السوء لا يتم إلا بالإشهاد على قيام العلاقة الزوجية .

— وجود الشهود أو عدم وجودهم يكشف الستار عن المعاشرة غير المشروعة التي تنشأ بين الرجل و المرأة بإدعاء وجود عقد زواج على غير الحقيقة، فالشهادة هي الفارق بين الحلال و الحرام.

— وجود الشهود لازم لإثبات الزوجية عند إنكارها من أحد الطرفين وما يترتب على ذلك من آثار مهمة في حياة الأسر، كما أن في الإشهاد على الطلاق و باقي الأنواع التي يتم بها حل الرابطة الزوجية تضييق لدائرة الفرقة، و تقييدها لها. لاسيما وأن أحكام الشريعة الإسلامية حرصت على أن يكون الطلاق علاجاً حيث لا علاج سواه.

— وجود الشهود مانع لإنكار أحد الزوجين علاقته بالآخر من حيث الإبتداء بأن يدعي نفى عقد الزواج من أساسه، أو من حيث الإنتهاء بأن يدعي فك الرابطة الزوجية بينهما.

أسباب اختيار الموضوع :

يرجع إختياري لهذا الموضوع لأهميته، و علاقته الوطيدة بالأسرة التي هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع من جهة، و لجدته من جهة أخرى، إذ لم أعثر فيما إطلعت عليه على دراسة أكاديمية جامعة

¹ - سورة آل عمران ، الآية : 18 .

² - سورة القصص ، الآية : 28 .

تتناول الموضوع من وجهة مقارنة بين الفقه والقانون. اللهم مسائل متناثرة هنا وهناك إضافة إلى أسباب أخرى يمكن إجمالها في الآتي :

التحقيق في مسألة الإشهاد في الزواج و انحلاله من أجل الوصول إلى تغطية شاملة و وافية، خاصة وقد كثر الجدل حول هذا الموضوع، إذ كان و لا يزال محط أخذ ورد بين الفقهاء قديما وحديثا.

التباين و الاختلاف بين نصوص قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم: 84-11 المؤرخ في: 9 جوان 1984، وبين القانون الصادر بموجب الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426 الموافق: 27 فيفري 2005 في تكييف الإشهاد في الزواج، حيث إعتبره الأول ركنا من أركان الزواج في المادة 09 منه. بينما اعتبره الثاني شرطا من شروط صحته.

محاولة جمع ما تفرق في بطون الكتب الفقهية حول موضوع الإشهاد و تحليل آراء الفقهاء، ومحاولة الترجيح بينها عند الخلاف من جهة، ومن جهة ثانية الترجيح بينها وبين ما ورد في القانون.

الشعور بالرغبة العارمة في كتابة هذا البحث، و الإحساس الصادق بكونه- إن شاء الله - مفيدا في مجاله، و أنه سيسهم في إثراء المكتبة الشرعية و القانونية، لاسيما في مجال المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الذي تقل فيه الدراسات المقارنة، ثم مقارنة ذلك بما هو عليه الحال بالنسبة للقانون المصري، و السوري...

إشكالية البحث:

من أجل الإحاطة و الإلمام بجوانب الموضوع ينبغي الإجابة على إشكالية البحث التي تتمحور حول علاقة الإشهاد وأثره في إثبات الزواج و انحلاله و معالجة هذه الإشكالية تكون بالإجابة على التساؤلات الآتية:

هل يحتاج عقد الزواج إلى إشهاد لإنشائه ؟

و إذا كان يحتاج إليه فما هو حكم هذا الإشهاد؟

وما هو دور الإشهاد لإثباته عند الجحود و الإنكار؟

- و ما مدى التوافق بين أحكام الشرع حول الإشهاد و نصوص القانون في ذلك ؟
- و ما هي الآثار المترتبة عن غياب الإشهاد في عقد الزواج ؟
- وما هي مرتبة الإشهاد في فك وحل الرابطة الزوجية ، سواء أكان هذا الانحلال بالإرادة المنفردة للزوج أم بالخلع، أم كان عن طريق التفريق القضائي لسبب من الأسباب التي تلحق ضررا بالزوجة؟

— وهل فك الرابطة الزوجية يحتاج إلى إشهاد ؟

- وما هو حكم فك الرابطة الزوجية عند غياب الإشهاد ، و هل تترتب عليه آثار الإنحلال أم لا ؟

كل ذلك بالمقارنة بين أحكام الشرع و نصوص القانون، وقوانين الأحوال الشخصية العربية .

الدراسات السابقة :

الإشهاد في الأحوال الشخصية بوجه عام، وفي موضوع الزواج و انحلاله بوجه خاص غالبا ما يدرس في مجموعة من المسائل غير المنظومة في عقد واحد، إذ ما هو موجود عبارة عن أقوال متناثرة هنا وهناك. وفي أبواب مختلفة من كتب الفقه. كما أن الدراسات القانونية الخاصة بوسائل الإثبات من شهادات و غيرها، إنما تعتمد على نصوص قانونية مكتوبة وتسعى إلى تحليل و تفسير تلك النصوص، و قلما تذكر المستند الشرعي لها.

بينما الدراسات الأكاديمية المتخصصة التي تعتمد تقرير المذاهب الفقهية في مسألة الإشهاد، بعد تحرير محل التراع فيها مقترنة بأدلتها، ووجه الاستدلال بها، و بيان منشأ الخلاف حولها، مقارنة بما تضمنته قوانين الأحوال الشخصية في هذا الشأن، فهي تكاد تكون نادرة لاسيما فيما يتعلق بالإشهاد في انحلال الرابطة الزوجية.

وما وجدته من دراسات قريبة من موضوع البحث ما يأتي:

رسالة ماجستير: " أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية" للدكتورة سعاد سطحي التي خصصت الفصل الرابع منها لشهادة المرأة في الأحوال الشخصية، و تناولت فيه أحكام شهادة المرأة في النكاح و الطلاق، و الرحمة و العتق، وكذا رسالة ماجستير بمعهد الحقوق جامعة

الجزائر "تميز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام" للأستاذة فتيحة رواق، التي خصصت المبحث الثاني من الفصل الأول للرسالة لدراسة شروط عقد الزواج، وذكرت فيه أن الإشهاد من شروط تكوين العقد المتفق عليها.

و الملاحظ لمثل هذه الدراسات يجد أنها وإن تطرقت إلى موضوع الإشهاد في الزواج و الطلاق، إلا أن أصحابها وظفوها من زوايا أخرى، تخدم طبيعة بحثهم، فكانت دراسة هذا الموضوع على هذا النحو إضافة مفيدة.

المنهج و المنهجية المتبعة:

اقتضت طبيعة البحث إتباع عدة مناهج متكاملة فيما بينها:

ـ المنهج الاستقرائي من خلال تتبع الجزئيات المتعلقة بالإشهاد سواء أكان ذلك في الفقه الإسلامي أم في نصوص القانون .

ـ المنهج التحليلي :جمع أقوال الفقهاء وتحليلها، وردها إلى أصلها، ثم الترجيح فيما بينها على أساس قوة الدليل. وتحليل النصوص القانونية و تفسيرها، ومناقشة الإجتهاادات القضائية ونقدها وتمحيصها.

ـ والمنهج المقارن وذلك بمقارنة أدلة الفقهاء بعضها ببعض ثم مقارنتها بالفقه القانوني. لبيان أوجه الاختلاف و الإتفاق بين الفقه و القانون في المسألة الواحدة من المسائل المتناولة في موضوع الإشهاد. ودوره في إثبات الزواج و انحلاله.

أما بالنسبة للمنهجية فقد تم مراعاة ما يأتي:

ـ اهتمت بالرجوع إلى مصادر و أمهات الكتب التي صنفها الفقهاء من مختلف المذاهب والأولوية في الاعتبار، والترتيب للأسبقية الزمنية.

ـ حرصت على تدعيم البحث بنصوص من الكتاب و السنة، و أقوال علماء الأمة كل ذلك من أجل التأصيل الشرعي لعناصر الموضوع و مباحثه.

ـ عزوت الآيات القرآنية، و قمت بتهميشها كلما تكررت، ولم أكتف بذكرها للمرة الأولى

فتقط.

.....
_خرجت الأحاديث من كتب التخريج المعتمدة، فإن كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما إكتفيت بذلك ، وإن كان في غيرهما خرجته مع الإشارة إلى درجة الحديث، وذكر أقوال العلماء ما أمكن تصحيحا و تضعيفا.

_ترجمت لمعظم الأعلام الوارد ذكرهم في متن البحث من كتب التراجم المعتمدة.
_ وفي توثيق المعلومات وعزوها إلى مصادرها رتبتهما بذكر الاسم الكامل للمؤلف، فعنوان المؤلف، فدار النشر و بلد النشر، فالطبعة، فسنة النشر، ثم الجزء، و الصفحة.

_اعداد فهارس علمية وفق الترتيب الآتي :

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث النبوية.

فهرس الآثار.

فهرس الأعلام.

فهرس المصادر و المراجع.

فهرس الموضوعات.

أهم المصادر و المراجع المعتمدة:

استعنت في إنجاز هذا البحث على جملة من المصادر و المراجع إشمكت على:

أمهات كتب الفقه الإسلامي لاسيما فيما تعلق بالتأصيل الشرعي للإشهاد .

و لقد ركزت فيها على كتب المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية، المالكية، و الشافعية، والحنابلة،و التي منها:

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، فتح القدير لإبن الهمام،و حاشية الدسوقي، والمدونة لمالك بن أنس الأصمحي، و نهاية المحتاج للنشريني،و المعني لإبن قدامة المقدسي إضافة إلى شرح النبل لطفيش في لفقه الإباضي، و تحصيل لإبن حزم الظاهري.

و المراجع المتخصصة في الأحوال الشخصية ككتاب الأحوال الشخصية لأحمد الغندور،
والزواج و الطلاق لعبد العزيز سعد، و الخطبة و الزواج لمحمد محدة...

و الكتب المعتمدة في الإثبات بصفة عامة و التي منها : الوسيط في القانون المدني الجزء
الخاص بالإثبات للسهنوري، و طرق الإثبات لأنور طلبة...

الصعوبات:

لقد واجهتني عدة صعوبات في إعداد هذا البحث، يأتي على رأسها سعة مجال البحث، و
تشعب مسائله في بعض العناصر، و ندرته في عناصر أخرى كعنصر دور الإشهاد في إثبات انحلال
الزواج مثلاً.

غير أن هذه الصعوبات تمون عند معايشة البحث والشعور بمتعته طالما الباحث جاثماً في
محراب العلم يغرف من معينه ويجعل منه طريقاً إلى ابتغاء مرضات الله والفوز بالجنة مصداقاً لقوله
صلى الله عليه و سلم: " من سلك طريقاً يتبغي فيه علماً سهل الله به طريقاً إلى الجنة".

خطة البحث:

إقتضت دراسة البحث موضوع الإشهاد ودوره في إثبات الزواج و انحلاله، تقسيمه إلى ثلاثة
فصول :

فصل تمهيدي : و هو عبارة عن مدخل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث و إشمئل على
مبحثين، ضم كل مبحث منهما مطلبين:

المبحث الأول: ماهية الإثبات و أهميته، و إشمئل على:

المطلب الأول: التعريف بالإثبات.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات.

المبحث الثاني: ماهية الإشهاد و أنواعه، و إشمئل على:

المطلب الأول: التعريف بالإشهاد.

المطلب الثاني: أنواع الإشهاد.

الفصل الأول: بعنوان الإشهاد و دوره في إثبات الزواج، وأثر تخلفه عنه، و اشتمل على

مبحثين، ضم كل مبحث منهما مطلبين :

المبحث الأول : طبيعة الإشهاد في عقد الزواج، و دوره في إثباته، وضم :

المطلب الأول: طبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج.

المطلب الثاني : دور الإشهاد في إثبات عقد الزواج.

المبحث الثاني : الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج.

المطلب الأول :الحكم بفساد العقد و بطلانه.

المطلب الثاني : نماذج من زيجات تخلف عنها الإشهاد.

الفصل الثاني : بعنوان علاقة الإشهاد بإثبات انحلال الزواج، و أثر تخلفه عنه، و اشتمل على

مبحثين:

المبحث الأول : طبيعة الإشهاد في انحلال الزواج وضم :

المطلب الأول: التعريف بانحلال الزواج .

المطلب الثاني : حكم الإشهاد في انحلال الزواج.

المبحث الثاني : دور الإشهاد في إثبات الإنحلال، و أثر تخلفه عنه.

المطلب الأول: دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج.

المطلب الثاني : الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في انحلال الزواج.

خاتمة: أوردت فيها أهم النتائج و التوصيات حول موضوع البحث.

الفصل التمهيدي:

مدرخل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث .

المبحث الأول: ماهية الإثبات وأهميته .

المبحث الثاني: ماهية الإشهاد وأنواعه.

جامعة الأميرة
بغداد
العلوم الإسلامية

.....(الفصل التمهيدي): مدخل للتعبير بمصطلحات عنوان البحث

لما كان عنوان البحث "الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله" فإنه من الضروري أخذ مفردات العنوان بالتعريف، والتعرض إلى معانيها بشيء من التحليل محاولة منا لإيضاح المطلوب من البحث، وذلك بدراسة ماهية الإثبات وأهميته في مبحث أول. وتعريف الإشهاد وخصائصه وأنواعه في مبحث ثان.

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: ماهية الإثبات وأهميته

نتناول في هذا المبحث كل من تعريف الإثبات، وأهميته من الناحية الشرعية والقانونية، وذلك من أجل إحقاق الحق والذود عنه، وإبطال الباطل والتخلص منه بطرق، ووسائل تسعى إلى تحقيق كل ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول منهما تعريف الإثبات، ونخصص الثاني منهما لأهميته.

المطلب الأول التعريف بالإثبات:

ونتطرق فيه إلى تعريف الإثبات من الناحيتين اللغوية، والاصطلاحية ثم نتعرض إلى مشروعية الإثبات.

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

أولا تعريفه لغة: كلمة 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⁽¹⁾ وهو ضد الزوال⁽²⁾.

- تأتي بمعنى الإطمئنان، والإقرار مصدقا لقوله تعالى: ⁽³⁾

وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ وَجَاءَكَ فِي هَذِهِ

الْحَقُّ وَمَوْعِظَةٌ وَذِكْرٌ لِلْمُؤْمِنِينَ ﴿١٢٠﴾

وقوله تعالى: ⁽⁴⁾

وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ وَتَثْبِيْتًا مِنْ أَنْفُسِهِمْ

كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ فَإِن لَّمْ يُصِبْهَا وَابِلٌ

فَطَلَّ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢١٥﴾

(1) الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث. القاهرة. ط: الأولى 1421هـ-2000م، ص53

(2) الفيروز أبادي مجد الدين بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب تحقيق التراث. مؤسسة الرسالة ط: الخامسة

1416هـ - 1996م، 190.

(3) سورة هود، الآية: 120.

(4) سورة البقرة، الآية: 265

.....(الفصل التمهيدي): مرئيل للتعريف بمصطلحات أصول الفقه (البرهان)

أي الإقرار من أنفسهم بأن الله يثيب على هذا العمل كما ذهب إلى ذلك علماء التفسير. (1)

- تأتي بمعنى التثييب لقوله عز وجل: (2)

﴿وَإِذْ يَمْكُرُ بِكَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِيُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ أَوْ يُخْرِجُوكَ
وَيَمْكُرُونَ وَيَمْكُرُ اللَّهُ وَاللَّهُ خَيْرُ الْمَكْرِينَ ﴿٣٠﴾﴾

وتأتي بمعنى المضاد له، أي بمعنى التدعيم، والتعزيد، والتقوية لقوله تعالى (3)

﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ
الدُّنْيَا وَفِي الآخِرَةِ وَيُضِلُّ اللَّهُ الظَّالِمِينَ وَيَفْعَلُ اللَّهُ مَا يَشَاءُ﴾

أي بمعنى يقوي المؤمنين، ويدعمهم بالأدلة والحجج، ومن ذلك كلمة الثابت التي تدل على الحججة والبرهان، والبينة، والمعنى نفسه تأخذه كلمة ثبت.

- وتأتي بمعنى الصحة، والتحقق كقولنا: ثبت الأمر إذا صح (4).

والثبت، والتثبيت، والإثبات استعمالها تدور حول جعل الشيء واضحا وصحيحا وراسخا ومستقرا، وغير متقلب ومنه قولنا: أثبت حجته، إذا أقامها، وأوضحها وكلمة إثبات في اللغات الأجنبية لا تخرج عن هذا المعنى إذا تعني الدليل، والبرهان، والحجة. (5)

(1) الألويسي أبو الفضل شهاب الدين، روح المعاني في تفسر القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر، بيروت 1414هـ -

1993م، ج 3 ص 57.

(2) سورة الأنفال، الآية: 30

(3) سورة إبراهيم، الآية: 27

(4) الفيروز أبادي، المصدر السابق، مادة ثبت، ص 191

(5) إن الكلمة التي تدل على الإثبات في اللغة الفرنسية هي Preuve، وغيرها من اللغات المتشابهة، تشتق مصدرها من الكلمة اللاتينية Probation وهذا الأخير يتعلق بلفظ Probus التي معناها الجيد والصالح، والتزيه، ومن هنا فإن كلمة إثبات تنصرف إلى عملية يكسب بواسطتها ادعاء ما صح، فيصبح أكثر قوة أما الكلمة الألمانية Beweis المأخوذة من اللفظ الفرنسي Avis فإنها وإن كانت تستعمل بمعنى الإثبات إلا أنها من باب استعمال الجزء كناية عن الكل إذ أنها لا تدل على أكثر من قرينة Indices وبالإنجليزية Evidence - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية وفي القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. بن عكنون الجزائر. د.ت ج 1 ص 14.

ثانيا: تعريف الإثبات اصطلاحا:

كلمة الإثبات بمعناها الاصطلاحي استعملت حديثا لدى فقهاء القانون هؤلاء الذين حاولوا تعريفها بتعريفات كثيرة نذكر منها ما يأتي:

- الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها⁽¹⁾ أي وضع يرتب حقا، أو يعدله، أو يرتب انقضاؤه. سواء أكان حقا موضوعيا، أم حقا متعلقا بنظام الإجراءات، إذ الوقائع القانونية⁽²⁾ Les fait juridique أما أن تكون تصرفات قانونية Actes juridiques، وإما أن تكون مجرد أفعال مادية Fait matériels⁽³⁾ ويتضح من التعريف المتقدم للإثبات أنه يتميز بالخصائص الآتية:

- 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 منها، كما أن القاضي لا يستطيع تكوين اقتناعه بغير هذه الطرق.

- أن محله واقعة قانونية متنازع عليها، بمعنى أنه لا بد أن ينصب على واقعة يرتب عليها القانون أثرا أو آثارا قانونية شريطة أن تكون هذه الواقعة متنازع عليها، وأن تكون معتبرة كأساس للحق المدعى به. بحيث لو ثبتت الواقعة يكون من شأنها أن تؤدي إلى اقتناع القاضي بوجود الحق المدعى به⁽⁴⁾.

وهناك من فقهاء القانون المحدثين من ذهب إلى أن المراد بالإثبات لا يخرج عن ثلاثة معان

هي:

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وأثار الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة. 1968- ج 2 ص 13- 14- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، د. ت. ط السابعة ج 1 ص 14.

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

(3) أبو الوفا أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف. الإسكندرية. ط الثالثة. 1998م، ص 13.

(4) سعد نبيل إبراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف. الإسكندرية. 2000م

1- الإدعاء بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي بخصوص الدعاوى التي تقدم له وهذا هو المعنى الواسع للإثبات. وهو المقصود من قولهم: أن عيىء الإثبات يقع على عاتق المدعي.

2- وهو معنى أضيق من السابق ويراد به: تلك العناصر، والأدلة التي تقدم وهي إما كتابة أو شهادة... أو غيرها من وسائل الإثبات المختلفة، ويظهر من هذا التعريف أنه يجعل من الإثبات نهجا من مناهج المعرفة، بل الطريق والمسار الوحيد الذي يجب إتباعه لأجل الوصول إلى المعرفة الحقيقية.

3- وهو المعنى الأخص ويراد به تلك النتيجة التي تحصل من بعد تقديم الأدلة. فيقال مثلا لقد حصل الإثبات وذلك إذا تمكن الخصم من إبراز صحة دعواه⁽¹⁾.

ومما سبق يمكن القول أن الإثبات هو الكل المركب من هذه المعاني الثلاثة بداية من الإدلاء بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي، ومرورا بالأدلة والوسائل القانونية التي تعضدها، ووصولاً إلى النتيجة التي حكم بها القاضي.

ولكن مهما تنوعت معاني 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.

والسؤال الذي يطرح هل الإثبات نظام غربي وضعي، أم أن الشريعة الإسلامية عرفت هذا النظام؟

الفرع الثاني: أدلة الإثبات وحكمه

لقد اعتنى الفقهاء المسلمون بقواعد القضاء والإثبات عناية فائقة، وإن استعملوها بصيغة أخرى غير لفظ الإثبات وهي البيئة.

والبيئة في اللغة هي: مؤنث البين واسم الفاعل بان على خلاف الأصل، ذلك لأن الأصل بائن.

وبيئته وأبنته، واستبنته إذا وضحته وعرفته⁽²⁾ ومنه البيان بمعنى الإيضاح، فيقال مثلا فلان أبين من فلان، أي أفصح منه وأوضح كلاما.

⁽¹⁾ بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1988م-

⁽²⁾ ابن منظور جمال الدين محمد لسان العرب، دار المعارف. القاهرة. د.ت، ج1 ص406

إذن فالبينة في اللغة ما أوضح الحق وأظهره⁽¹⁾.

ولقد اختلف الفقهاء في حقيقتها في لسان الشرع، إذ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المراد منها الشهود. وذهب ابن حزم إلى أنها تطلق على الشهود وعلى علم القاضي، وذهب ابن تيمية وابن قيم الجوزية، وابن فرحون إلى أنها اسم لكل ما يبين الحق ويظهره⁽²⁾.

فأما ابن حزم فيرى أن لفظ "بينة" لا يطلق على الشهود فقط، بل البينة من البيان، وهي ما أبانت الحقوق وأظهرتها فيدخل تحت مدلول البينة ما يقوله الشاهدان اله دلان، وما شهدت به أربع نسوة، وما شهدت به اثنتان من النساء ويؤيد هذا ويقويه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال "شاهدك أو يمينه ليس إلا ذلك"⁽³⁾ وروي عن أبي وائل أن الأشعث دخل على عبد الله بن مسعود وهو يحدثهم بتروله قوله تعالى:⁽⁴⁾

﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾⁽⁵⁾

فقال الأشعث في نزلت، وفي رجل خاصته في بئر فقال النبي صلى الله عليه وسلم "ألك بينة قلت لا قال فليحلف"⁽⁵⁾.

(1) الرازي أبو بكر عبد القادر، مختار الصحاح، دار عمار. الأردن. ط الأولى 1417هـ - 1996م، ص 43

(2) البهي عبد المنعم، من طرف الإثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي. مصر د.ت. ص 5.

(3) البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، دار مطابع الشعب. بيروت. 1378هـ، ج 3، ص 232.

(4) سورة آل عمران، الآية 77.

(5) البخاري، المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب الحكم في البئر ونحوها ج 9 ص 90

وكذا في كتاب اللقطة، باب الرهن في الحضرة ج 3 ص 188 وكذا في كتاب الشهادات باب سؤال الحكم المدعي هل لك بينة؟ ج 3 ص 232

.....(الفصل التمهيدي: مرئيل للتعريف بمصطلحات جنود البحث)

فرسول الله صلى الله عليه وسلم نراه مرة قد كلف المدعي إحضار شاهدين، ومرة بينة مطلقة فوجب أن تكون البينة هي الشهادة. في كل شيء حاش ما ألزم الله تعالى بالشهادة فيه بعدد وبجنس معينين كأربعة رجال فقط لإثبات واقعة الزنا.

ثم ذكر ابن حزم رحمه الله أنه من البينة التي لا أبن منها صحة علم الحاكم بصحة حقه، أي بكونه صاحب الحق. (1)

والمقصود بعلم القاضي أو الحاكم علمه بوقائع الدعوى، وأسباب ثبوتها. وعلم القاضي يكون في حالتين:

- إما أن يعلم في مجلس القضاء بثبوت التهمة على المتهم، وفي هذه الحالة لا خلاف بينه وبين باقي الفقهاء في وجوب الأخذ به، والحكم بمقتضاه.

- وإما أن يعلم القاضي خارج مجلس القضاء الحقيقة كما لو سمع شخص يطلق زوجته، أو رأى شخص يتلف مال غيره... فهل يحكم بعلمه؟ في هذه الحالة انفرد ابن حزم رحمه الله بأنه يجوز للحكم أن يحكم بعلمه مطلقا امتثالا لقوله تعالى: (2)

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُونًا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ
أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا
فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوْتُمْ أَوْ نَعَرَضُوا فَلِئِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا
تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾

وليس من القسط ترك الظالم على ظلمه وعدم الأخذ بيد المظلوم.
واستدل أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم "من رأى منكم منكرا فليغيره" (3).

(1) ابن حزم محمد بن علي، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي دار الجيل بيروت. د. ت ج 9 ص 426-427

(2) سورة النساء الآية: 135

(3) النووي أبو زكرياء يحيى، شرح صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دار إحياء التراث العربي. بيروت، ج 2، ص 22.

..... (النقل التبريري: مرسل للتبرير بمصطلح منقول البهر)

وتبعه فيما ذهب إليه من أنه يجوز حكم الحاكم بعلمه الصاحبان محمد بن الحسن الشيباني وأبو يوسف وبرروا ذلك بأن علم القاضي كالشهادة، بل هو أولى لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعينة والحاصل بالشهادة غلبة الظن.

والتأمل للأدلة التي استدلت بها ابن حزم والصاحبان يجد أنها تمتاز بالعموم، وأما لا تفيد القطع⁽¹⁾

بالقضاء بعلم الحاكم، وقد رد المالكية، والحنابلة بقولهم إن القاضي لا يقض بعلمه لقوله صلى الله عليه وسلم "إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون لدي، ولعل بعضكم يكون ألحن حجة من بعض، فمن قضيت له بحق فإنما هي قطعة اقتطعها له من النار. فأقض له على نحو ما أسمع"⁽²⁾

واستدلوا أيضا بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه اختصم إليه رجل في شيء يعرفه فقال للطالب إن شئت شهدت ولم أقض وإن شئت قضيت ولم أشهد:

ولعل الراجح في مسألة الاعتداء بعلم القاضي في الإثبات هو المنع كما ذهب إلى ذلك أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله. وذلك للاعتبارات الآتية:

1. قوة أدلة القائلين بالمنع.
2. كثرة الآثار عن الصحابة رضوان الله عليهم التي تمنع القاضي أن يقضي بعلمه، فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لو وجدت رجلا على حد من حدود الله لم أحده حتى يكون معي شاهد غيري⁽³⁾
3. العمل بمبدأ سد الذرائع يحول دون ترك الحاكم يقضي بعلمه، لأنه لو قضى بعلمه لفتح الباب واسعاً لقضاة السوء أن يشهدوا على شخص بحجة أنهم قد أحاطوا علماً بالشيء المقضي به قبل القضاء، وبالتالي يصير ذلك نوع من التعسف في استعمال السلطة - والله أعلم -

(1) البهي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 6.

(2) البخاري، المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه فإن قضاء الحاكم لا يجمل حراماً ولا يحرم

حلالاً، ج 9، ص 86

(3) ابن حزم، المصدر السابق، ج 9، ص 427

.....(التفصيل النسيجي): مرئيل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث

أما ابن تيمية⁽¹⁾ ومن وافقه من ابن فرحون المالكي⁽²⁾ وتلميذه ابن قيم الجوزية⁽³⁾ فقد ذهبوا إلى القول أن البينة تطلق ويراد بها الإثبات بمعناه القانوني الحديث ذلك أنها وردت في الشرع مراداً بها الدليل والحجة، ولم تأتي خاصة بالشهود فقط.

وفي حملها على الشهود تخصيص بلا مخصص، ويلزم منه حمل كلام الشارع على غير مقصوده ومعناه وهذا غير جائز.

وقال ابن قيم الجوزية: البينة في كلام الله ورسوله اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بشاهدين أو الشاهد واليمين، ولا حرج في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه. فيقع في ذلك الغلط في فهم النصوص ومن ذلك البينة فإنها في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى: (4)

لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ
لِيُتَّقُوا اللَّهَ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ
وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴿٢٥﴾

وقال: (5)

وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ
الْبَيِّنَةُ ﴿٤﴾

(1) ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف، المغرب، دت، ج35، ص394.

(2) ابن فرحون برهان الدين البعمرى المالكي، و تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية مصر ط الأولى 1986م ج1 ص64.

-إبن فرحون هو برهان الدين إبراهيم ابن علي اليعموري المالكي، ولد بالمدينة ونشأ بها فقيه بارع وقاض متميز بها، من مؤلفاته: تبصرة الحكام، والدياج المذهب، توفي سنة 799هـ. ينظر الزركلي خير الدين، الإعلام. دار العلم للملايين. بيروت.

لبنان، دت، ج1، ص52.

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مكتبة الكليات الأزهرية. مصر دت ج1 ص90

(4) سورة الحديد، الآية: 25

(5) سورة البينة، الآية: 4

وقال: (1)

قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي وَكَذَّبْتُمْ بِهِ مَا عِنْدِي مَا تَسْتَعْجِلُونَ
بِهِ إِن الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَفْضُلُ الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَصِيلِينَ ﴿٥٧﴾

وقال: (2)

وَقَالُوا لَوْلَا يَأْتِينَا بِبَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّهِ أَوْلَمْ تَأْتِهِمْ بَيِّنَةٌ مَا فِي الصُّحُفِ الْأُولَىٰ

﴿١٣٣﴾

ولم يختص لفظ البينة في القرآن بالشاهدين.

ومن ذلك يحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم "ألك بينة" وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه "البينة على المدعي" يراد به ألك ما يبين الحق من شهود أو أدلة؟ فإن الشارع في جميع المواضيع يقصد ظهور الحق بما يمكن إظهاره به من البينات التي هي الأدلة عليه وشواهد له.

ولا يرد حق قد ظهر بدليله أبدا. فيضيع حقوق الله، وعباده ويعطلها. ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به. مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن حجده، ودفعه (3).

وذكر ابن قيم الجوزية في كتابه الطرق الحكيمة (... وبالجملة فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بشاهدين، أو أربعة، أو شاهد لم يوف مسماها حقه ولم تأت البينة قط في القرآن مراد بها شاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان. مفردة ومجموعة وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي" المراد به أن عليه بيان ما يصحح دعواه ليحكم له. والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد (4).

(1) سورة الأنعام، الآية: 57

(2) سورة طه، الآية: 133

(3) ابن قيم الجوزية، المصدر السابق، ج 1، ص 90-91.

(4) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق سيد عمران، دار الحديث. القاهرة، ص 16

.....(الفصل التفسيري): مرغل للتربيس مصطلحاً عن قول (البحر)

أما جمهور الفقهاء فالناظر في كتبهم يجد أنهم قد خصوا البينة بالشهود دون أن يذكر تعليلاً لهذا ولعل الذي حملهم على تخصيص البينة بالشهود ودليلهم على ذلك أن البينة وردت في غير موضع مراداً بها الشهود وحدهم. فمن ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشرى بن سمحاء فقال له النبي صلى الله عليه وسلم "البينة أوحد في ظهرك"⁽¹⁾.

ومعلوم قبل ذلك بنص القرآن أن البينة التي يثبت بها الزنا هي أربعة شهود لقوله تعالى: (2)

﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾

واستدلوا من كل ذلك أن مقصود النبي صلى الله عليه وسلم من البينة الشهود فقط⁽³⁾ كما استشدهوا، بكثير من آي القرآن الكريم التي اعتبرت الشهادة أساساً للإثبات في مواضع مختلفة ففي البيع كما في قوله عز وجل وفي الدين قال تعالى: "وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ"⁽⁴⁾ وفي الوصية قال عز وجل: (5)

7 ﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ عَامَتْوَا شَهَادَةً بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ حَضَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْدَبْتَكُمْ مَعْصِيَةَ الْمَوْتِ تَحْيِسُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ آرْتَبْتُمْ لَا تَقْضِي بِهِ شَيْئًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا تَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِذَا لَّمِنَ الْآثِمِينَ ﴿٦٦﴾

وقوله عز وجل في الطلاق: (6)

(1) البخاري، مصدر السابق، كتاب التفسير، سورة النور، ج6، ص126

(2) سورة النور، الآية: 4

(3) لقوله صلى الله عليه وسلم للال بن أمية الذي قذف زوجته عنده "البينة أوحد في ظهرك"

وقوله صلى الله عليه وسلم لأحد الخصوم جاء يدعي حقاً وليس له بينة: "شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك" سبق تخريجهما.

(4) سورة البقرة، الآية: 282

(5) سورة المائدة، الآية: 106

(6) سورة الطلاق، الآية: 02

﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢٤﴾

فمجموع هذه الأدلة يخص البينة بالشهادة كون القرآن الكريم اعتبر الشهادة أساسا للإثبات في بعض المواضيع لا يلزم منه أيضا تخصيص لفظ البينة بالشهادة وإنما أقصى ما يستفاد من ذلك أن الشهادة لها اعتبارها وأهميتها في الإثبات وهذا موضع اتفاق عند الجميع ولا تنازع فيه بينهم. وخروجها من دائرة الخلاف بين الآراء الثلاثة نقول: أن مسلك ابن حزم رحمه الله يلزم منه حمل كلام الشارع على غير مراده، لأن الأصل في خطاب الشارع أن يحمل على مدلوله اللغوي، ولا يصح صرفه عنه إلا بقريئة صارفه مانعة من إرادة المعنى الأصلي، ولا مانع هنا يمنع من بقاء البينة على معناها اللغوي.

أما ما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية وابن فرحون - رحمهم الله - فقد أطلقوا لفظ البينة على ما هو أعم من الشهود، وإنما لم تستعمل في القرآن الكريم بمعنى الشهادة فقط فإنه وإن كان صحيح في معناه، إلا أنه قد يؤخذ عليه أن جميع ما أورده من النصوص القرآنية ليس واردا في مقام إثبات الدعوى التي هي موضوع النزاع. غير أن العموم في معنى البينة يتفق ومقاصد الشرع من توطيد دعائم العدل وحفظ الحقوق لأصحابها خصوصا في هذا العصر الذي كثرت فيه الخلافات وساعد تقدم العلم والتكنولوجيا على استحداث وسائل يظهر بها جانب الحق كتسجيل الحوادث بالصور الفوتوغرافية... وغير ذلك. مما هو مستعمل في باب القرائن كطريق آخر من طرف الإثبات لا يقل أهمية عن شهادة الشهود. ويترتب على إهمال العمل بها ضياع كثير من الحقوق الأمر الذي ينافي روح الشريعة ومقاصدها.

والراجع من هذه الآراء الثلاثة: هو رأي الجمهور وذلك لقوة أدلتهم، لاسيما أنهم لا يقصدون من تفسير البينة بالشهود حصر طرف الإثبات في الشهادة لا غير. وإنما مرادهم من هذا التقسيم أن البينة إذا أطلقت تنصرف إلى شهادة الشهود غير أنهم ومع ذلك ذكروا طرقا أخرى للإثبات غير شهادة الشهود كالإقرار، والقرائن، والقيافة... إلخ إذا كان القضاء بهم، ويطلقون البينة

.....(الفصل التمهيدي: مدخل للتعرّف بمصطلحات جنود البعث)

على القضاء بشهادة الشهود وحدهم⁽¹⁾ في حين إن ابن تيمية رحمه الله ومن وافقه يرون انتظام البيئة لكل ما يقضي به ويتخذ وسيلة إثبات الحق، وبما أن المعنى متفق عليه بين الرأيين بوجود طرق أخرى للإثبات غير البيئة فلا مشاحة في الاصطلاح.

وهذا وقد وافق القانون رأي الجمهور الفقهاء في تخصيص البيئة بشهادة الشهود في باب الإثبات⁽²⁾ مما يوحي أن القانونين أخذوا هذا التفسير من رأي الجمهور الفقهاء، لاسيما وأنهم لم يذكروا الأسباب التي دعوتهم إلى تخصيص معنى لفظ البيئة بشهادة الشهود مما يدل على أنهم قلدوا في ذلك جمهور فقهاء مسلمين وتابعوهم فيما ذهبوا إليه، وهذا في مجال الدعاوى المدنية.

أما الدعاوى الجزائية من جنایات وجنح ومخالفات فإن فقهاء القانون يوافقون ابن تيمية ومن معه فيما ذهبوا إليه في عدم تحديد طرق إثباتها، ويتركون للقاضي تكيف الواقعة والأخذ بما يراه مقنعا من طرق الإثبات⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنهم فقهاء القانون- لا يأخذون بهذه الطرق جميعها في الإثبات كل دعوى مدنية أو تجارية تزيد قيمتها عن ألف دينار يغير الكتابة إلا في حالات استثنائية⁽⁴⁾ كفقْد السند من صاحبه بقوة قاهرة بحريق أو غريق، أو سرقة مثلا.

(1) البهي أحمد عبد المنعم، المرجع السابق ص12

(2) السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج2 ، ص311

-نشأت أحمد، المصدر السابق، ج1 ، ص14

-بكوش يحيى، المرجع السابق، ص187

(3) نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 27 منه على أن: الجريمة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: جنایات وجنح، ومخالفات.

وما يلاحظ على هذا التقسيم الثلاثي للجريمة أنه اعتمد معيار العقوبة المقررة حيث خصص لكل نوع، عقوبة معينة تختلف عن الأخرى.

غير أن تكيف الجريمة في أي نوع من الأنواع الثلاثة يرجع إلى مدى خطورتها أما إثبات فإنها تثبت بكل الطرق وللقاضي الحرية الكاملة في اعتمادها أدله فله أن يثبت الجنابة بالقرينة البسيطة....

(4) وهذا ما نصت عليه المادة 01/333 من القانون المدني الجزائري(في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز البيئة في إثبات وجوده، أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق: 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات ومقاصده الشرعية

يحتل الإثبات أهمية كبيرة في حل معظم النزاعات التي تعرض على القضاء، ونظرا لهذه الأهمية اهتم به الفقهاء قديما وحديثا. سواء تعلق الأمر بفقهاء الشريعة الإسلامية، أم فقهاء القانون الوضعي.

ولذلك فسنحاول في هذا المطلب دراسة كل من أهميته وأهم مقاصده في الشريعة الإسلامية، ثم نتطرق إلى أهميته في أحكام القانون.

الفرع الأول: أهمية الإثبات وأهم مقاصده في الفقه الإسلامي.

لقد عنيت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بإثبات الحقوق، ورسم الطرق المؤدية لذلك سواء أكانت تلك الحقوق حقوقا لله سبحانه وتعالى. أم حقوق للعباد، ولم تغفل الشريعة الإسلامية تنوع الحقوق واختلافها من حيث الأهمية فوضعت لكل حالة ما يناسبها ويكفي للدلالة على ثبوتها. الأهمية التي أولتها الشريعة الإسلامية لقواعد الإثبات في أجل صورها في قوله عز وجل: (1)

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ عَآمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ
وَلْيَكْتُب بِيْتِكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ
اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ
مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ
أَنْ يُمْلََّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ لِوَيْهِ بِالْعَدْلِ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ
فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمَرَآتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن
تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ

(1) سورة البقرة الآية: 282.

وقال صلى الله عليه وسلم " لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"⁽¹⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽²⁾.

فمن مجموع هذه الأدلة. استنبط العلماء أنه لا يقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل لا بد من وجود بينة وبرهان، أو تصديق للمدعي عليه. كما أن الحكمة جلية من الحديث الشريف من أنه لا يمكن صيانة الأموال، والدماء، والأعراض وغيرها من المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة لحمايتها والمحافظة عليها إلا بالإثبات. وذلك من أجل إحقاق الحق وإقامة الميزان العدل بين الناس حتى وهذا ما يدل على سمو الشريعة وكما لها:⁽³⁾

«الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»

هذا في الوقت الذي كان الإثبات في أوروبا أشبه بالفوضى، ولعب الأطفال إلى ما قبل القرن الثالث عشر ميلادي إذ كان المتبع في الإثبات أن يكلف المدعي عليه بحمل حديد محمى، أو أن يؤمر بغمس ذراعه في زيت أو ماء مغلي، أو يلقي في حفرة مليئة بالثعابين... فإذا كان بريئا أدركته العناية الإلهية ولم يصب بسوء. وإن أصيب أضحى إتهامه غير مشكوك فيه.

وفي القانون الروماني إن حسن الصوت من المتداعيين يكون صاحب الحق، وفي اليابان كان الشخص ينحر أمام باب خصمه إذا أعوزه الدليل، إذ يشق بطنه بنفسه من أجل استئصال غضب الآلهة على خصم.

لقد كان هذا هو المتبع في فصل الخصومة، في الوقت الذي كان ضوء الشريعة الإسلامية قد ذاع في شبه الجزيرة العربية وغيرها من المناطق التي فتحت منذ 05 (خمسة) قرون على البلاد الإسلامية. وشرفها العدل والسلام بفضل مبادئها القويمة باسعاد البشر، واستيقظ الغرب من جهالة

⁽¹⁾ البخاري، المصدر السابق، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب "إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا"، ج6، ص41.

ومسلم، المصدر السابق، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، ج 2 ص 02.

⁽²⁾ سبق تخرجه ص 7.

⁽³⁾ سورة المائدة، الآية: 03.

.....(الفصل التمهيدي): مرنحل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث

على شعاع هذا الضوء فأخذ ينحوا نحواً جديداً في نظمه المختلفة ومن بينها طرق الإثبات حتى وصل إلى حالته الراهنة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: أهمية الإثبات في القانون الوضعي :

تحضى نظرية الإثبات بأهمية قصوى في المسائل المدنية، والجزائية، وفي الأحوال الشخصية، ففي المسائل المدنية يحتل الإثبات أهمية كبيرة من الناحية العملية، فالحق كما تقول المذكرة الإضاحية لمشروع التفنين المدني المصري . يتجرد عن قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدئي له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً.

والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه⁽²⁾ ولذلك قيل أن الحق إذا لم يقيم عليه الدليل يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء. وإن الدليل هو الذي يحمي الحق ويجعله مفيداً. فالحق يظل غير ذي قيمة إذا لم ينجح صاحبه في إقامة الدليل عليه .

ومن هنا يتعين أن تلقى قواعد الإثبات الموضوعية منها، والإجرائية عناية خاصة ، إذ أنها الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق وتقديمه للقضاء ليتمكن منه⁽³⁾.

ولما كان الإثبات القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون. وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد فإنه — الإثبات القضائي — ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعي به، ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر، والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام . أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً، فالعمل الغير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها إلزاماً بالتعويض، والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الإلتزام الذي إتفق عليه المتعاقدان .

وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليهم أثراً وهي : أي هذه الواقعة القانونية دون الأثر الذي يترتب عليها، والتي تكون محلاً للإثبات .

(1) البهي أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص 16

(2) أبو الوفاء أحمد، المرجع السابق، ص 13 .

(3) عماد محمد ربيع ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي ، دار الصبح للطباعة والنشر، ط الأولى، 1999 ، ص 14 .

.....(الفصل التمهيدي: مرنخل للتعريف بمصطلحات جنود البعث)

وبما أن الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثرا .

فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي ، فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء؛ من الناحية القضائية.

قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية ، ولكن هذا من الندرة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومما سبق نستنتج أن نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية، بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية.⁽¹⁾

وتزداد أهمية الإثبات في المواد الجزائية ، ذلك أن الجريمة تضر بأمن المجتمع ونظامه فتنشأ عنها سلطة للدولة في تتبع الجاني لتوقيع العقوبة عليه، تحقيقا للردع العام والخاص، كما أن الجريمة واقعة تنتمي إلى الماضي ومن غير الممكن أن تعاينها المحكمة بنفسها وتتعرف على حقيقتها وتستند إلى ذلك فيما تقضي به في شأنها ، ومن ثم تعين عليها أن تستعين بوسائل تعيد أمامها شريط الأحداث السابقة وهذه الوسائل هي أدلة الإثبات .⁽²⁾

فأهمية الإثبات تبدوا واضحة في كل فروع القانون، كيف لا وهي تسيطر على جميع نواحي القانون بوجه عام إذ هي تشكل نظرية عامة تتناول مصادر الإلتزام ، ومصادر الحق العيني ومصادر روابط الأسرة، من خلال حكم أسباب إنقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشئ أثرا قانونيا.

وليست نظرية الإثبات مقصورة على الإلتزامات بوجه عام، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. بل هي نظرية شاملة تتناول غير العقود من مصادر الحقوق الأخرى.

ومن خلال ما سبق انقسمت وتنوعت الشرائع بالنسبة لمكان قواعد الإثبات في تشريعاتها إلى ثلاثة طوائف :

(1) السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج 02 ، ص 15- 16 .

(2) عماد محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص 14

.....(الفصل التمهيدي) : مرئجل للتعريف بمصطلحات حقوق البعث

فالبعض من هذه الشرائع يضع قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معا في تقنين المرافعات كما اتجه إلى ذلك القانون الألماني، والسويسري، والبعض أفرد قواعد الإثبات جميعا الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص كما فعل القانون الإنجليزي والقانون السوري.

وطائفة ثالثة إتجهت إلى وضع القوانين الموضوعية في الإثبات ضمن القانون المدني والقواعد الإجرائية ضمن قانون المرافعات كما فعل القانون الفرنسي وتبعته في ذلك أكثر الشرائع الغربية⁽¹⁾ ، وكذا التشريع الجزائري الذي نظم قواعد الإثبات في الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني الخاص بالإلتزامات والعقود. وخصص له المواد من 323 إلى 350 تحت عنوان إثبات الإلتزام . ولقد أثر المشرع الجزائري هذه الطريقة . لأنها قد تستجيب للمتطلبات العملية ، وذلك لأن القسم العام من القانون المدني تنبسط قواعده على جميع نواحي هذا القانون ، وكذا لأن الناس قد ألفوا البحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للإلتزامات . كما أشار إلى بعض قواعد الإثبات عبر أبواب مختلفة للقانون .⁽²⁾

(1) بكوش يحيى ، المرجع السابق ، ص 32 - 33 .

(2) الأمر رقم : 75 - 58 ، المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق ل: 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

المبحث الثاني : ماهية الإشهاد وأنواعه.

أعطى الشارع الحكيم، والقوانين الوضعية أهمية كبيرة لمختلف العقود والتصرفات التي تنشأ بين أفراد المجتمع، وأولاها بالعناية وحماية في حالة النزاع والإختلاف وجعلوا لها طرق ووسائل لإثباتها. في حالة إنكارها وجحودها، ومن هذه العقود التي تتعرض لذلك عقد الزواج ، بإعتباره عقد منتشر بين الناس وله أهمية كبيرة إذ سماه الله عز وجل: بالميثاق الغليظ . وجعل من أهم طرق إثباته سواء كان ذلك في حالة إنشائه أو في حالة إنحلاله " الإشهاد "ومن خلال هذا المبحث نحاول الإحاطة بمفهومه وحكمه وأدلته، وأهم خصائصه وأنواعه من الناحيتين الشرعية والقانونية.

المطلب الأول: التعريف بالإشهاد :

نتناول في هذا المطلب كل من تعريف الإشهاد، ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي وأحكام القانون الوضعي .

الفرع الأول: مفهوم الإشهاد:

تتطرق فيه إلى تعريفه من الناحية اللغوية والإصطلاحية .

البند الأول: مفهوم الإشهاد لغة .

من خلال إستقرائي لبعض المصادر اللغوية ، وجدت أن لفظ الإشهاد مشتق من مادة شهد والتي لا

يخرج مدلولها عن المعاني الآتية:

1. العلم : لقوله تعالى: (1)

شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا
إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ ﴿١٨﴾

ومعنى شهد ، قضى الله أنه لا إله إلا هو ، وحقيقته علم الله . لأن الشاهد هو العالم الذي يبين ما علمه . فالله سبحانه وتعالى قد دل على توحيده بجميع ما خلقه فبين أنه لا يقدر أحد أن ينشأ شيئاً

(1) سورة آل عمران ، الآية : 18

.....(الفصل الشهري) : مرجع للتعبير بمصطلحات جنود البعث

واحداً ممن أنشأ ، وشهدت الملائكة ، لما عاينت منه عظيم قدرته وشهد ألوا العلم بما ثبت عندهم وتبين من خلقه الذي لا يقدر عليه غيره ، ومنه قول المؤذن :

أشهد أن لا إله إلا الله أي أعلم أنه لا إله إلا الله .⁽¹⁾

2. الإدراك : كأن تقول شهدت الجمعة أي أدركتها . وشهدت عيد الأضحى أي أدركته .⁽²⁾

3. الحلف والقسم : كقولك أشهد أنه حصل كذا وكذا أي أحلف⁽³⁾ لقوله تعالى :⁽⁴⁾

وَيَذَرُوهَا عَنَّا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ

إِنَّهُ وَلِمَنَ الْكَذِبِينَ ﴿٨﴾

4. المعاينة : كأن تقول شاهدت القوم أي عاينتهم .⁽⁵⁾

5. الأداء : كأن تقول شهد له بكذا أي أدى ما عليه .⁽⁶⁾

6. الحضور : شهد المجلس أي حضره ، وقوم شهد حضور⁽⁷⁾ ، كقوله تعالى :⁽⁸⁾

إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِّمَن خَافَ عَذَابَ الْآخِرَةِ ذَٰلِكَ يَوْمٌ مَّجْمُوعٌ لَّهُ النَّاسُ

وَذَٰلِكَ يَوْمٌ مَّشْهُودٌ ﴿٦٣﴾

ومن خلال مجموع هذه المعاني للفظ " شهد " نجد أنها متقاربة وكلها تفيد ملامسة الحقيقة والقرب منها.

⁽¹⁾ ابن منظور ، المصدر السابق ، ج 4 ص 2348 . وكذا في الفيروز أبادي ، المصدر السابق ص 372

⁽²⁾ الفيروز أبادي ، المصدر نفسه ، ص 373

⁽³⁾ ابن منظور ، المصدر نفسه ، ج 4 ، ص 2349

⁽⁴⁾ سورة النور، الآية: 8

⁽⁵⁾ الجوهري إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق :إميل مديع يعقوب ومحمد نبيل طريفي دار

الكتب العلمية بيروت 1999 ج 02 ص 494

⁽⁶⁾ الرازي أبو بكر ، المرجع السابق ، ص 176 .

⁽⁷⁾ ابن فارس أبو الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مكتبة الخانجي. مصر. ط الثالثة. 1402هـ - 1981م ، ج 3 ص

البند الثاني: مفهوم الإشهاد اصطلاحاً :

نتناوله من خلال تعريفه لدى فقهاء المذاهب الأربعة ، ثم نتناول تعريفه في الفقه القانوني .

أولاً: مفهوم الإشهاد في الفقه الإسلامي:

1- تعريف الحنفية :

عرف فقهاء المذهب الحنفي الإشهاد الذي عبروا عنه بلفظ الشهادة بعدة تعريفات متقاربة في ألفاظها ومعانيها والتي منها ما يأتي :

- تعريف الكاساني:⁽¹⁾ الإشهاد هو الإخبار عن كون ما في يد الغير للغير.⁽²⁾ أي إخبار بحق للغير على آخر .

- تعريف ابن عابدين :⁽³⁾ هو إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ولو بلا دعوى⁽⁴⁾ ويتضح من هذا التعريف أن الإشهاد خبر مقيد بعدة قيود

فقوله إخبار صادق: احترز به من الأخبار الكاذبة التي تكون من معتادي الكذب، والفساق والتي لا يطلق عليها لفظ الإشهاد حقيقة، كما هو في قولنا: شهد شهادة زور ، فهو من باب المحاز لوجود علاقة المشاهدة الصورية التي تفيد الضدية لأن شهادة الزور إخبار بكذب ، وقوله لإثبات حق قيد لبيان الغرض من هذا الإخبار، فخرج به ما يساق لغرض آخر .
وقوله بلفظ الشهادة قيد لإخراج الإخبار المطلقة بأي لفظ غير هذا اللفظ كأعلم وأتيقن فلا يصح الإشهاد بها، وكذا أخبار من ينتدبهم للمعاينة أو الاستكشاف.⁽⁵⁾

(1) الكاساني : هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد فقيه حنفي من أهل حلب من مؤلفاته =

=السلطان المبين في أصول الدين ، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، توفي في حلب سنة 589هـ - 1191م .

- الزركلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت. لبنان دت ، ج 02 ص 70.
(2) الكاساني علاء الدين ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي . بيروت . ط الثانية. 1402 هـ - 1982م. ج 6 ص 266 .

(3) ابن عابدين: هو محمد لأمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه حنفي توفي سنة 1252هـ 1830م - نويهض عادل ، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر ، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف ط الأولى 1404هـ 1984م . ج 2 ص 496

(4) ابن عابدين محمد الأمين . حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب أبي حنيفة النعمان دار الفكر بيروت 1979 ج 5 ص 361 وهو ذات التعريف الذي ذكره الباقون أكمل الدين في كتابه شرح العناية على الهداية . غير أنه أي الباقون لم يذكر فقط مسألة الدعوى وهذا الجزء مع شرح فتح القدير لابن اضماع ج 07 ص 364 .

(5) الحصري أحمد ، علم القضاء ، مكتبة الكليات الأزهرية . القاهرة . ط الأولى . 1397هـ- 1977م ج 01 ص 60 .

.....(الفصل الشهدي): مرخل للتعريف بمصطلحات جنرال البصر

وقوله في مجلس القضاء . إحترازاً من الإخبار في غير المجلس الحكم، فإنها لا تعتبر .
وقوله ولو بلا دعوى لإدخال شهادة الحسبة .⁽¹⁾ فإنه لا تشترط فيها قيام دعوى.⁽²⁾

2- تعريف المالكية :

عرفه فقهاء المالكي بأنه إخبار للحكم بمقتضاه بعبارات متقاربة لفظاً ومعناً .

- تعريف الدردير:⁽³⁾ إخبار عدل حاكماً بما علم ليقضي بمقتضاه .⁽⁴⁾

أي إخبار الشاهد الحاكم إخباراً ناشئاً عن علم ، لا عن ظن وشك .

- تعريف ابن فرحون : هو إخبار يتعلق بمعين .⁽⁵⁾

ويستفاد من تعريف ابن فرحون أنه بهذا القيد ميز بين الشهادة والرواية .

- تعريف الكشناوي :⁽⁶⁾

الإشهاد أو الشهادة هي إخبار عدل حاكماً بما علم ، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه .⁽⁷⁾

ومعنى إخبار عدل يفيد بأن الشهادة خير ، لكنه من عدل أي شخص متصف بالعدالة حتى
يترجح جانب الصدق على الكذب ، وهو معنى قول فقهاء الحنيفة " في مجلس القضاء " لكنها
تشمل الشهادة أمام والي المظالم ، ووالي الحسبة وولي الأمر وقوله " بما علم " يفيد بأن الشهادة لا

⁽¹⁾ الحسبة : هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله . وأكثر ما يراد بها الأجر والثواب عند الله عز وجل . ومنه قولنا: إحتسب عند الله خيراً ، أي قدمه فيما يدخر له يوم القيامة .

⁽²⁾ ابن الهمام كمال الدين ، شرح فتح القدير على الهداية . دار الفكر . لبنان ، ج 07 ص 364.

⁽³⁾ الدردير هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي ، أبو البركات الشهير بالدردير ، من فقهاء المالكية ولد في بني عدى بمصر من كتبه تحفة الإخوان . أقرب المسالك إلى موطأ مالك توفي سنة 1201هـ-1786 م - الزركلي المصدر السابق ج 01 ص 244.

⁽⁴⁾ الدردير أحمد بن محمد ، الشرح الصغير ، مؤسسة المنشورات الإسلامية . الجزائر . ج 04 ص 31 .

⁽⁵⁾ ابن فرحون برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام كمكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ط الأولى 1406هـ-1986م ج 1 ص 245 .

⁽⁶⁾ الكشناوي : محمد بن محمد الكشناوي . السوداني ، فقيه مالكي ونحوي من كتبه بلوغ الأرب من كلام العرب في النحو . ومهجة الآفاق وإيضاح اللبس والأغلاق في علم حروف الأوقات ، وكتاب الدرر واليواقيت توفي سنة 1151هـ-1741م - الزركلي المصدر نفسه ج 7 ص 66-67.

⁽⁷⁾ الكشناوي محمد ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الإمامة مالك ، دار الفكر . بيروت دت، ج 03، ص

تؤد إلا عن علم يؤيده قوله صلى الله عليه وسلم : "الشاهد : هل ترى الشمس؟ قال: نعم. قال: على مثلها فأشهد أو دع" (1).

ومن ثم فلا يجوز قول الشاهد أظن ونحوه ، فإن الظن لا يغني عن الحق شيئاً .
- وقوله ولو بأمر عام يفيد بأن إخبار العدل الحاكم بما علم يسمى شهادة ولو تعلق بأمر عام كالشهادة برؤية الهلال في رمضان أو شوال ، والمعنى أنها ليست قاصرة على الأمر الذي تختص بمعين وقولهم ليحكم بمقتضاه يفيد أن الهدف من الإشهاد هو الحكم بالعدل ، وبالحق المدعي به إيجاباً أو سلباً .

ويظهر مما سبق من تعريفات فقهاء المالكية للإشهاد أنها تكاد تتفق مع تعريف الحنيفة إلا في إشتراط فقهاء الحنيفة. للفظ الشهادة - أن يكون بلفظ أشهد - خلافاً للمالكية فإنهم يميزونها بلفظ أشهد أو أعلم ، أو أتيقن أو أعتقد... ونحو ذلك مما يقيد العلم بالحق المشهود به. (2)

3- تعريف الشافعية :

لفقهاء الشافعية تعريفات متعددة منها :

- تعريف الرملي : هو إخبار عن الشيء بلفظ خاص (3) .
- تعريف القليوبي وعميرة : هو الإخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد (4) .
- تعريف الحصني : (5) هي الإخبار بما شوهد (6) .

(1) الصنعاني محمد بن إسماعيل سبل السلام في شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، المكتبة العصرية . بيروت - 1412هـ

1992م، ج 4 ، ص 231 . وذكر أنه فيه ضعف ، لأن في إسناده محمد بن سليمان بن مشمول وهو متكلم فيه .

(2) عبد الغفار ابراهيم صالح ، العدالة في الشهود في الفقه الإسلامي ، دار الولاة للطبع والتوزيع . د ت ، ص 11 .

(3) الرملي شمس الدين محمد ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر . بيروت . لبنان . 1984 ، ج 08 ، ص 292 .

وهو بالتعريف ذاته الذي عرف به المليباري الإشهاد بقوله : هو إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص في كتابه فتح

المعين شرح قرة العين بحاشية إعانة الطالبين: ج 4 ، ص 273 .

(4) القليوبي أحمد بن أحمد ، عميرة أحمد الرلسي ، حاشيتان على شرح جلال الدين محمد بن أحمد المحلي بمنهاج الطالبين ليحي

بن شرف النووي، المكتبة التوفيقية . القاهرة . مصر 2003 ، ج 4 ، ص 498 .

(5) الحصني : تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني ، فقيه شافعي ، عارف بالحديث ، والتفسير ولد بالحصن من قرى حوران

ونشأ وتعلم بدمشق من كنه تفسير القرآن توفي سنة 1426هـ 1429م - نويهض عادل المصدر السابق ، ج 1 ، ص 110 .

(6) الحصني أبو بكر الحسيني ، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار ، المكتبة العصرية . صيدا بيروت ، ط الرابعة . 1409هـ -

1988م ، ج 2 ، ص 260 .

ويلاحظ على هذه التعريفات أن فقهاء الشافعية لم يقيدوا الإخبار بكونه من عدل ، ولا بكونه في مجلس القضاء ، الأمر الذي يجعله - أي التعريف - غير مانع من دخول أخبار كثيرة في باب الشهادة وهي ليست منها .

وأجيب على هذا الإعتراض بأن هذه التعاريف لبيان الماهية ، ولا يقبل فيها كونها شاملة للشروط لأن الشرط غير داخل في الماهية إتفاقاً ، وكون الإخبار من العدل ، وكونه في مجلس القضاء فإن هذا من الشروط .

ورد: بقولهم في التعريف " بلفظ أشهد " فهذا شرط في الصيغة وقد نصوا عليه ⁽¹⁾ والأرجح أن هذه القيود يجب أن يتضمنها التعريف ليكون جامعاً مانعاً - والله أعلم -

4- تعريف الحنابلة: عرف فقهاء المذهب الحنبلي الشهادة بعدة تعريفات متقاربة منها.

-تعريف موفق الدين بن قدامة: الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت وأشهد ⁽²⁾

-تعريف البهوتي: هي إخبار الشاهد عما يشهده ⁽³⁾.

-تعريف الحجاوي: هي الإخبار بما علمه بلفظ خاص ⁽⁴⁾.

والملاحظ لتعريفات الحنابلة مجدها متقاربة ولقد اعترض عليها بما اعترض على التعريف الشافعية وأرى والله أعلم بأن الراجح من التعاريف هو تعريف الكشناوي من المالكية لأنه يشمل الشهادة بالحكم العام كالشهادة برؤية هلال شوال ورمضان، ولشموله لمعنى الشهادة بإعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات قضاء سواء أكان ذلك أمام ولي الأمر، أم والي المظالم أم والي الحسبة لأنها شهادة وإن كان بعضها مترتباً على خصومة. وبعضها ليس كذلك.

⁽¹⁾ عبد الغفار إبراهيم صالح ، المرجع السابق ، ص 11-12 .

⁽²⁾ ابن قدامة موفق الدين، المغني دار الكتاب العربي بيروت 1983، ج12، ص100

⁽³⁾ البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر. بيروت، ج3، ص534.

البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، نسبة إلى بهوت في غربية مصر، وهو شيخ الحنابلة بمصر من

مصنطه: كشاف القناع، دقائق أولى النهي لشرح المنتهى توفي سنة 1051هـ الزركلي، المصدر السابق، ج7، ص307

⁽⁴⁾ الحجاوي موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي: المقدسي، فقيه حنبلي من أهل دمشق، ونسبته

إلى حجة من قرى نابلس من مؤلفاته: زاد المستنفع في إختصار المقنع والافتناع وشح منظومة الآداب الشرعية للمرداوي. توفي

سنة 968هـ. 1560م الزركلي، الأعلام. ج7، ص320.

-الحجاوي موسى ابن أحمد، الإفتناع لطلب الإنتفاع، تحقيق: عبد الله الترك. دار عالم الكتب. ط الثانية 1419هـ - 1999م،

وكذلك لصحتها بكل ما يدل على العلم كأتيقن، وأعلم ونحو ذلك.

ثانيا: مفهوم الإشهاد في الفقه القانوني:

بعد أن تعرضت إلى الإشهاد في الفقه الإسلامي، لاحظت أن الفقهاء رحمهم الله لم يفرقوا بين تعريف الأشهاد و الشهادة و عرفوهما بتعريف واحد الذي غاية إعلان الحقيقة غير أن الفقه القانوني لا يفرق بين الشهادة كطريق من طرق إثبات العقود و التصرفات، و بين لفظ الإشهاد الذي يكون بمثابة ورقة رسمية تدون فيها شهادة الشهود⁽¹⁾ سوى أن الشهادة تكون شفاهة، والإشهاد يكون مكتوبا وتعريفها فيما يأتي: عرفت الشهادة لدى فقهاء القانون بتعريفات متقاربة سواء أطلق عليها مسمى الشهادة أم البينة بمعناها الخاص. وهو الأمر الذي ذهب إليه السنهوري الذي عرفها بقوله: (البينة لها معنيان معنى عام، وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإننا نقصد البينة بمعناها العام. ومعنى الخاص وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة) .

وعرفها سليمان مرقص بقوله هي 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.⁽²⁾

وعرفها بكوش يحي الذي عبر عنها بلفظ البينة بأنها أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة، يقدرون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع.⁽³⁾

ومن كل ما سبق من تعاريف نخلص إلى أن الشهادة في الاصطلاح القانوني هي عبارة عن قيام شخص من غير أطراف الخصومة بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه عن واقعه ترتب حقا لطرف في مواجهة الآخر.

(1) هذه التفرقة بين لفظي الشهادة والإشهاد من حيث التعريف ليست مطبقة في كل الدول وإنما نجدتها شائعة على وجه الخصوص في دول المشرق العربي كما هو الحال لمصر، وسورية، ولبنان أين يتم توثيق شهادة الشهود في ورقة رسمية تعرف بالإشهاد، كإشهادات الزواج، وإشهادات الطلاق... والتي ستعرض لها في باقي فصول البحث.

(2) سعد نبيل إبراهيم نقلا عن سليمان مرقص، المرجع السابق، ص170.

.....(الفصل التمهيدي): مرئيل للتعريف بمصطلحات جنود (البحث)

وبالمقارنة بين تعريف فقهاء الشريعة وفقهاء القانون للشهادة نجد أنه يكاد يكون واحدا في اعتبارها طريقا من طرق الإثبات مع اختلاف في درجة الإلزامية في آدائها إذ لا يظهر ذلك في التعريف القانوني كما هو بارز في التعريف الشرعي.

وعرفوا الإشهاد بما يأتي بيانه الإشهاد هو ما يحصل أمام المحاكم الشرعية بصفة رسمية، وأمام موظف مختص بسماع ما يصدر عن الأشخاص من تصرف، أو قرار، أو عقد، أو إلتزام ويطلب من الغير أن يشهد عليه ويسجل في سجل خاص به.

وأعمال الإشهادات تنحصر في سماعها وضبطها وتحرير سنداتها، وليس لسماع الإشهادات أيا كان نوعها إختصاصا لا من جهة نوعها ولا مكانها.

وبعد ضبط الإشهاد يعرض كاتب المحكمة الذي قام بضبطه، تفصيل ما كتبه من صيغة الإشهاد على رئيس المحكمة أو القاضي الذي باشره أو أذن بسماعه.

وبعد إستيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يوقع كل من ذوى الشأن، والشهود عليها، وكذا من باشر الصيغة وكاتب الإشهاد⁽¹⁾.

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

ومما سبق نرى أن هذا الإشهاد بمعناه القانوني هو عبارة عن ورقة رسمية تحرر فيها التزامات الأشخاص ويكون ذلك بحضور شهود ثم يتم التوقيع عليها من قبلهم تحت إشراف موظف مختص.

وهذا الإجراء لا يتعارض مع معنى الشهادة وإنما هو فقط وسيلة مستحدثة لإثبات أقوال الشهود في ورقة رسمية.

الفرع الثاني: أدلة الإشهاد وحكمه.

البند الأول: أدلة الإشهاد

وردت أدلة كثيرة من نصوص القرآن، وأحاديث نبوية وإجماع العلماء، ونصوص وأدلة عقلية تدل على أن الإشهاد طريق من أهم طرق إثبات الحقوق والعقود والتصرفات نذكر منها ما يأتي:

(1) إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية. بيروت. د. ت، ص 165

(2) العمروسي أنور، موسوعة الأحوال الشخصية دار الفكر الجامعي. الاسكندرية. مصر 2000، ج 3، ص 154

أولاً: من القرآن:

قال تعالى: "وَأَسْتَشْهِدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ"⁽¹⁾

وقال عز وجل:⁽²⁾

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا
ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ
بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾

وقال جل شأنه: "وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ"⁽³⁾، وقال:⁽⁴⁾

وَأَبْتُلُوا أَلْيَتِنِمَّي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْدًا
فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن
كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا
دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾

وقال تعالى: "فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ"⁽⁵⁾، فقال:

وَالَّذِي يَأْتِيَنَّ الْفَحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً
مِّنْكُمْ فَإِن شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّهِنَّ الْمَوْتُ
أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴿١٥﴾

⁽¹⁾ سورة البقرة، الآية: 282

⁽²⁾ سورة الطلاق، الآية 02

⁽³⁾ سورة البقرة، الآية: 282

⁽⁴⁾ سورة النساء، الآية: 06

⁽⁵⁾ سورة النساء، الآية: 15

وجه الاستدلال:

دلت هذه الآيات وغيرها من آي القرآن الكريم على مشروعية الإشهاد، وعلى أنه طريق ومستند من مستندات الإثبات الذي لا غنى للناس عنه، ذلك أن الشهادة لا تحتاج إلى كثير جهد أو مال وإنما يكفي للمرء أن يحدث بما رأى أو سمع، كما أنه لا يجوز تقاعس أو التراخي في آدائها، وبالتالي يحرم كتمانها من باب أولى لقوله عز وجل: **«ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فإنه آثم قلبه»** **ثانيا: من السنة:**

دلت أحاديث كثيرة على مشروعية الشهادة من السنة النبوية القولية، كما أيدتها، العديد من التطبيقات العملية للنبي صلى الله عليه وسلم بإعتباره قاضيا للمسلمين، وإعتماده على الشهادة في الإثبات في قضاء الكثير من النزاعات، والتي منها.

- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال، وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر" (1).

قال الصنعاني (2) في سبل السلام: والحديث على أنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه لجرد دعواه بل يحتاج إلى بينة، أو تصديق المدعي عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك (3). ولعل الحكمة من كون البينة على المدعى أن جانب المدعى ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكلف الحجة القوية، وهي البينة ليقوي بها ضعف جانبه. وجانب المدعى عليه قوي لأن الأصل يشهد له وهو براءة الذمة فأكتفي منه باليمين.

- ما روى عن وائل ابن حجر (4) قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كنده إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي. فقال الكندي: هي أرض

(1) سبق تخريجه، ص 16.

(2) الصنعاني هو: محمد بن اسماعيل بن الأمير الحسن ولد سنة 1099هـ الموافق ل1688م باليمن حفظ القرآن صغيرا وتعلم الفقه والنحو والبيان وبويغ فيه توفي سنة 1182هـ 1769م له تصانيف كثيرة منها توضيح الأفكار على تنقيح الأنظار، التنوير شرح الجامع الصغير، ارشاد النقاد إلى تيسر الاجتهاد، سبل السلام شرح بلوغ المرام...

-الزركلي، المصدر السابق، ج6، ص38

(3) الصنعاني محمد بن اسماعيل، المصدر السابق، ج04، ص235

(4) وائل بن حجر: هو أبو هنيدة الحضرمي، القحطاني، من أعيان حضر موت، وكان أبوه من ملوكهم روي أنه عندما أسلم بسط له النبي صلى الله عليه وسلم رداءه وأجلسه معه عليه، ودعا له. شارك في الفتوح، نزل الكوفة واستقر بها إلى أن توفي. =

وفي يدي ليس له فيها حق. فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي "ألك بينة؟ قال 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 شاهدك 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⁽¹⁾.

- ما روى 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 أودع."⁽²⁾

وجه الاستدلال:

مجموع هذه الأحاديث وغيرها التي تنص على الإثبات بشهادة الشهود دلت على مشروعية الشهادة كوسيلة من أهم وسائل الإثبات وأبرزها في القضاء. وذلك لاستعماله صلى الله عليه وسلم لها.

من الإجماع:

لقد ثبت 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 للتجاهد والنكران وفي ذلك يقول القاضي شريح⁽³⁾: القضاء جمر، فنحه عنك بعودين يعني شاهدين، وإنما الخصم داء والشهود شفاء، فأفرغ الشفاء على الداء⁽⁴⁾.

= ابن حجر العسقلاني، الإصابة في معرفة الصحابة، دار الكتاب العربي. بيروت د.ت. ج 3، ص 592.

⁽¹⁾ البخاري، المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب الحكم في البئر ونحوها، ج 9، ص 90. وكذا كتاب الشهادات، باب

سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة؟، ج 3، ص 232.

⁽²⁾ البيهقي أبو بكر بن حسين، السنن الصغير تحقيق عبد السلام عبد الشافي وأحمد تباي كتاب الشهادات باب العلم بالشهادة،

الكتب العلمية بيروت لبنان ط الأولى 1412هـ - 1992م، ج 17، ص 486.

وذكر الصنعاني في سبل السلام أنه أخرجه ابن عدیل بإسناد ضعيف وصححه الحاكم فأخطأ لأن في إسناده محمد بن سليمان

ابن مشمول الذي قال عنه البيهقي لم يرو من وجه يعتمد عليه - ينظر في ذلك جزء الرابع، ص 231.

⁽³⁾ شريح هو الحارث بن قيس بن جهم الكندي، كنيته أبا أمية من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن

ولي قضاء الكوفة في زمن عمر، وعثمان ومعاوية رضي الله عنهم واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه، وكان ثقة في الحديث

مأمونا في القضاء له باع في الأدب والشعر عمر طويلا ومات بالكوفة سنة 78هـ.

ابن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق: عبد القادر عطاءدار الكتب العلمية بيروت، 1990، ج 7، ص 517

⁽⁴⁾ عبد القادر إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 22

البند الثاني: حكم الإشهاد:

لمعرفة حكم الإشهاد فإننا نتناوله من خلال معرفة حكم الإشهاد بالنسبة للقاضي في كل من الجانب الفقهي والقانوني ثم نتعرض إلى حكم الإشهاد بالنسبة للشهود في كل من حالتي التحمل والآداء.

أولاً: حكم الإشهاد بالنسبة للقاضي:

تلعب الشهادة الدور الأساسي في الفقه الإسلامي. فهي مقدمة على سائر البيّنات، بل إن 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 لارتكابه ما لا يجوز شرعاً⁽¹⁾ وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين: (وكفر إن لم ير الوجوب أي لم يعتقد افتراضه عليه)⁽²⁾.

ولا تكون للقاضي سلطة تقديرية إلا في تقدير قيمة الشهادة، ومدى اطمئنانه من عدمه للشاهد.⁽³⁾

ويختلف الوضع تماماً في فقه القانون الوضعي، إذ أن الشهادة لم تعد لها هذه المكانة بل تقدمتها الكتابة ولهذا أعطت الأنظمة الوضعية سلطة تقديرية مطلقة في الإثبات بالشهادة إذ قد يكون في وقائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناعه أو أن يكون الإثبات بالشهادة ليس مستصاعاً نظراً لكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال ولا سبيل لاقتناع القاضي بالشهادة في إثباتها أو تكون الوقائع قد تقادم العهد بما بحيث يتعذر إثباتها بالشهادة⁽⁴⁾. ومن ثم فإن طلب الإثبات بالشهادة ليس حقاً للخصوم تلتزم المحكمة بإجابته، وإنما يخضع لتقدير المحكمة خضوعاً لا تكون فيه رقابة لمحكمة النقض عليها. بالإضافة إلى ذلك فإن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير أقوال الشهود واستخلاص الحقائق منهم، دون أن يتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم أو حتى سنهم إذ قد يأخذ

(1) عبد الغفار إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 22

(2) ابن عابدين، المصدر السابق ج 5، ص 461

(3) محمود محمد هشام، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1988،

ص 308.

(4) التستوري، ص 320، المرجع السابق ج 5، ص 320

.....(الفصل السهري): مدخل للتعيين بمصطلحات عمولة البحر

شهادة واحد ولا يقتنع بشهادة شاهدين أو أكثر، وقد يقتنع بشهادة امرأة ولا تقتنع شهادة رجل. وكذلك قد تكون شهادة الطفل في نظره أشد إقناعاً من شهادة الرجل الكبير.⁽¹⁾

ثانياً : حكم الإشهاد بالنسبة للمشهود

اتفق الفقهاء على أن حكم الإشهاد بالنسبة للمشهود هو فرض على الكفاية سواء تعلق الأمر بحالة التحمل أم الأداء، وذلك عند تعمد من يقوم بها.

والتحمل: هو أن يدعى شخص ليشهد وسيحفظ بشهادته.

والأداء: هو المرحلة التي يدعى فيها شخص للإدلاء بما علمه، وشهده، واستحفظ إياه⁽²⁾.

وقد استدلل الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

قال تعالى: " وَلَا يَأْتِي الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا "⁽³⁾.

وجه الاستدلال:

النهي عن الإمتناع عن أداء الشهادة إذا ما دعي الشاهد للإدلاء بها 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⁽⁴⁾.

هذا في حال وجود دعوى إلى الشهادة فأما من كانت عنده شهادة لرجل لم يعلمها، مستحقاً الذي ينتفع بها فقال القرطبي⁽⁵⁾ في شأن ذلك أن العلماء انقسموا إلى قسمين على النحو الآتي:
— قسم قال إن أداءها مندوب إليه واستدلوا بقوله تعالى: " وَلَا يَأْتِي الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا " ففرض الله أداء عند الدعاء — أي الدعوة — فإذا لم يدع كان ندباً لقوله صلى الله عليه وسلم: "خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها"⁽⁶⁾.

(1) بكوش يحيى، المرجع السابق ص 193 – 194

(2) ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 54

(3) سورة البقرة، الآية: 282.

(4) الحصري أحمد، المرجع السابق ج 1، ص 63-64.

(5) القرطبي هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي المالكي، من مؤلفاته: الجامع لأحكام القرآن في التفسير توفي بمصر ودفن بها سنة 671هـ. الزركلي، المصدر السابق، ج 6، ص 217. نويهض عادل، المصدر السابق، ج 2، ص 479.

— القرطبي، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي. مصر، ط الثالثة. 1387هـ-1967م، ج 3، ص 398.

.....(الفصل التمهيدي): مدخل للتعبير بمصطلحات معتزلة (البحر)

— وقسم قال أن أداءها فرض وإن لم يسألها إذا خاف على الحق ضياعه أو فوته كمن شهد طلاق رجل لامرأته ثلاثة مرات وبقي مستمتعا بما فإنه يجب عليه أداءها. ولا يقف ذلك على أن تسأل منه فيضيع الحق وقد قال عز وجل: (1)

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾

وقال: (2)

وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ الشَّفَعَةَ إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٨٦﴾

وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أنصر أخاك ظالما أو مظلوما" فقال رجل أنصره مظلوما، أ رأيت أن كان ظالما؟ قال تحجزه وتمنعه عن الظلم (3) فقد تعين عليه نصره بأداء الشهادة التي له عنده إحياء الحق (4).

2— قال تعالى: ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ (5)

وجه الاستدلال:

ظاهر من هذا النص النهي عن كتمان الشهادة هيا على وجه المبالغة، والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان، فإذا كان الكتمان منهيا عنه كان الإعلان واجبا ومأمورا به.

(1) سورة الطلاق، الآية: 02.

(2) سورة الزخرف، الآية: 86.

(3) البخاري، المصدر السابق، كتاب الإكراه، باب يمين الرجل لصاحبه أنه أخوه إذا خاف عليه القتل أو نحوه، ج 9،

ص 28-29، وكذا في كتاب المظالم باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما، ج 3، ص 168

(4) القرطبي أبو عبد الله أحمد، المصدر السابق، ج 3، ص 399.

(5) سورة البقرة، الآية: 282.

وحيث أن الإعلان لا يثبت إلا بأداء الشهادة، والإعلان واجب فيكون أداء الشهادة واجبا. ذلك لأن النهي عن الشيء لا يكون أمرا بضده إذا لم يكن له ضد واحد، أما إذا كان له ضد واحد فإن النهي عن الشيء أمر بضده.⁽¹⁾

وقوله تعالى: " وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ " ⁽²⁾ فقد خص القلب بالذكر لأن الكتم من أفعاله إذ هو المضغ الذي يصلح الجسد كله كما قال صلى الله عليه وسلم: " ألا إن في الجسد مضغ إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب " ⁽³⁾ فعبر بالبعض عن الجملة لما عزم على ألا يؤديها وترك أداؤها باللسان رجح المآثم إلى الوجهين جميعا فقوله آثم قلبه مجاز وهو أوكد من الحقيقة في الدلالة على الوعيد.⁽⁴⁾

واتفاق الفقهاء على أن حكم الإشهاد بالنسبة للشهود فرض كفاية فإن ذلك مشروط بأن لا تكون الشهادة بما يوجب حدا، وذلك أن أداء الشهادة في الحدود يكون الشاهد فيها مخبر بين أداء الشهادة وإظهار ما يوجب الحد وبين الكتمان واستر على الجاني والستر أفضل من الأداء والإعلان وإظهار وذلك لما ورد في هذا الشأن من نصوص منها: قوله صلى الله عليه وسلم: "من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة" ⁽⁵⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم لهزال الأسلمي الذي جاء يشهد على حادثة زنا: "لو سترته بثوبك لكان خيرا لك" ⁽⁶⁾.

غير أن التخيير بين الأداء، والكتمان مشروط عند المالكية بأن يكون المشهود عليه بما يوجب الحد غير متجاهر بفسقه إذ الجاهر بالمعصية يندب عند المالكية للإشهاد عليه، ورفع أمره إلى الحاكم حتى يرتدع وفي هذا المقام يقول ابن رشد المالكي (وهذا في حق من يندر منه ذلك أما من يكثر

⁽¹⁾ ابن الهمام كمال، المصدر السابق، ج 7 ، ص 366

⁽²⁾ سورة البقرة الآية: 282.

⁽³⁾ البخاري المصدر السابق، كتاب الأيمان باب فضل من إستبرأ لدينه ج 1 ص 20، وكذا في كتاب البيوع، باب الحلال بين،

والحرام بين، ج 3، ص 66 .

⁽⁴⁾ الحصري أحمد ، المرجع السابق، ج 1 ، ص 64

⁽⁵⁾ البخاري، المصدر نفسه كتاب المظالم باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، ج 3 ، ص 168

⁽⁶⁾ مالك بن أنس الأصبغي، الموطأ، كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار مجالس

التذكير. الجزائر. ط الأولى 1424 هـ 2003 م ، ص 507.

.....(الفصل الثماني: مدخل للتعريف بمصطلحات أصول الفقه)

ذلك منه وعلم أنه مشتهر به ولا ينفك عنه فينبغي أن يشهد عليه، وإن لم يعلم الإمام ذلك، وهو أمر يجب مراعاته واعتباره⁽¹⁾.

الفرع الثالث: خصائص الإشهاد.

نتناول في هذا الفرع كل من خصائص الإشهاد ومميزاته في كل من الفقه الإسلامي وأحكام الفقه القانوني سواء ما تعلق بالشهادة نفسها أو بذات الشاهد وكذا ما يتعلق بالمشهود به. تتميز الشهادة باعتبارها دليلاً من أدلة الإثبات بعدة خصائص تميزها عن غيرها من الأدلة ولذلك فسنحاول في هذا الفرع معرفة أهم خصائصها.

وإذا كانت الشهادة هي الإخبار الصادق أمام القضاء بلفظ الشهادة بحق للغير على الغير فإنه يجب لاعتبارها كذلك أن تتميز بما يأتي:

أولاً: أن يكون مضمونها إخباراً بحق للغير بشرط أن يكون هذا الإخبار ناشئاً عن علم لا عن ظن، أو شك وهو معنى قول المالكية الشهادة إخبار بما حصل فيه الترافع وقصد به القضاء وبت الحكم⁽²⁾ ويجب أن يكون هذا الإخبار منصباً على حق للغير فإن تضمنت اعترافاً بحق للغير على الشاهد نفسه اعتبرت إقراراً وليست شهادة⁽³⁾.

ثانياً: أن تكون في مجلس الحكم أو القضاء وهو قيد لإخراج الأخبار، والروايات التي لا تكون في مجلس القضاء فإنها لا تسمى شهادة سواء أكانت أمام المحكمة التي تنظر الدعوى موضوع الشهادة بكامل هيئتها، أم أمام أحد قضاة 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 بمجرد قرينة قضائية⁽⁴⁾.

ثالثاً: أن تكون الشهادة شفاهة: إذ يجب أن يدلي بالشهادة بصفة شفاهة أمام مجلس القضاء، مستمداً إياها من ذاكرته، وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية

(1) ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 55 – 56

(2) البهنسي أحمد فتحي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، بيروت، ص 2

(3) الخرشني أبو عبد الله، الخرشني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، دت، ج 7، ص 175

(4) نشأت أحمد، المرجع السابق، ج 1، ص 558

فلا يمكن أن تؤدي كتابة ولا أن يستعين الشاهد بمذكرات مكتوبة. ما لم تأذن له المحكمة بذلك⁽¹⁾ ولكن وفي الحالات استثنائية قد تعرض الشهادة في شكل مكتوب. ولكنها قليلة الوقوع بهذا الشكل. كما هو الشأن بالنسبة للرسائل التي بها شهادة و ترسل إلى المحكمة وتتضمن ذكر الوقائع المتنازع فيها.

وإن كان هذا النوع من الشهادة لا يستجيب لمتطلبات المادة 71 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه (يدلي الشاهد بشهادته دون الاستعانة بأية مذكرة)⁽²⁾. ومع ذلك فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن للشاهد أن يبرز لها مذكراته إذا رأت ضرورة ذلك نظرا للظروف الاستثنائية التي وقع فيها تدوين تلك الشهادة⁽³⁾.

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 على خلاف بين الفقهاء في ذلك فمنهم من قبلها، وهذا الخلاف موجود في المذهب الواحد⁽⁴⁾.

ولكن هل يجب أن تكون الشهادة بلفظ أشهد؟

إذا كان من شروط الشهادة أن تكون في مجلس القضاء وأن تكون شفاهة فهل يجب أن تكون تأديتها بلفظ مخصوص ومعين وهو لفظ أشهد في صيغة المضارع؟ لقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة إذ ذهب الحنفية والشافعية إلى اشتراط كون الشهادة بلفظ أشهد⁽⁵⁾ بينما ذهب الحنابلة إلى أنه يجب أن تكون الشهادة بلفظ خاص يميزها عن غيرها دون أن يحددوا حقيقة هذا اللفظ⁽⁶⁾.

(1) محمود محمد هشام، المرجع السابق، ص 284

(2) الأمر رقم 154/66 المؤرخ في: 08 أوت 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(3) بكوش يحيى ، المرجع السابق ص 189 .

(4) ينظر الكاساني ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 268- 269

الشيرازي أبو اسحاق ، التنبيه في الفقه الشافعي، دار عالم الكتب مركز الخدمات و الأبحاث الثقافية، ط الأولى 1403 هـ 1983 م ص 269 .

(5) ابن عابدين المصدر السابق، ج 6، ص 571 ، الرمي المصدر السابق ج 8 ص 292 قليوبي و عميرة المصدر السابق، ج

4، ص 498

(6) الحجاوي ، المصدر السابق ، ج 4، ص 393 .

بينما ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى عدم اشتراط ذلك إذ أنهم يجيزونها بلفظ أشهد أو أعلم أو أتيقن أو أعتقد... ونحوه مما يفيد العلم بالحق المشهود به⁽¹⁾.

ومما سبق يتبين لنا أنه عند الحنفية والحنابلة والشافعية لا تقبل الشهادة بدون لفظ أشهد وإن اشتملت على ما يفيد العلم واليقين بخلاف المالكية.

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 بحلف اليمين قبل الأداء بأن يقول الحق⁽²⁾.

رابعا أن تكون موافقة للدعوى:

يجب لصحة الشهادة كدليل في الدعوى أن تكون مطابقة للدعوى خصوصا، وموضوعا، وسببا، فإن خالفتها فلا تقبل. وفي ذلك يقال إنها أي الشهادة، يجب أن تكون بخلاف المحسوس. والمحسوس هو: الشيء الذي يدرك بالحواس الخمس و بالمشاهد الظاهرة. وعليه إذا أقيمت الشهادة على موت شخص حياته مشاهدة، أو على خراب دار عمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر.⁽³⁾

وهذا الشرط يقتضي لزاما أن تكون هناك دعوى مرفوعة ابتداء، إذ أن الشهادة لا تقبل بلا دعوى إذا كانت بحق آدمي بخلاف حقوق الله تعالى وما في معناها مما تجوز الشهادة بها حسبة دون اشتراط تقدم دعوى من صاحبه⁽⁴⁾.

ولكن إذا تعددت الشهادات حول موضوع الدعوى الواحدة هل يرجح بينهما أم لا يعتد بالشهادة أصلا؟ لقد اختلف الفقهاء المسلمون في الترجيح بين الشهادات عند تعددها فذهب مالك والأوزاعي إلى القضاء لمصلحة من كثر شهوده لأن فيه معنى طمأنينة القلب وذلك لأن إخبار العدد أظهر منه في خبر واحد ثم إنه في العدد معنى التوكيد⁽⁵⁾.

بينما ذهب الحنفية إلى خلاف ذلك إذ يشترطون لقبول الشهادة أن تكون متطابقة مع الشهادة أو الشهادات الأخرى فيما يجب فيه تعددها، إذ أنهم لا يأخذون بالترجيح بكثرة العدد أو

(1) الدردير، المصدر السابق، ج، 4، ص 31

(2) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص 68

(3) محمود محمد هشام، المرجع السابق، ص 294 - 295.

(4) ابن فرجون، المصدر السابق، ج1، ص 246 - 247

(5) ابن جزى محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا 1982، ص 401

درجة العدالة لأن الشهود في هذا سواء لاستواء الجميع في أهلية العدالة ولوجوب العمل بكل شهادة منها ما أمكن⁽¹⁾.

أما الفقه القانوني فإن القاضي، إذا رأى أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بحق المدعى 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، وهو في ذلك لا يتقيد بعدد الشهود، ولا بخسهم، ولا سنهم، فقد يقنعه شاهد واحد ولا يقنعه شاهدان أو أكثر، وقد يصدق المرأة ولا يصدق الرجل وقد تكون شهادة صبي صغير أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير⁽²⁾.
خامساً: أن تصدر الشهادة عن من هو صالح لها.

ويتحقق ذلك بأمرين: توافر شروط الشاهد وألا يكون ممنوعاً من أداء الشهادة.

أ) توافر شروط الشاهد:

اهتم فقهاء الإسلام بالشهادة وجعلوا لها المرتبة الأولى وميزوا بينها وبين باقي طرق الإثبات الأخرى وتجسد هذا الإهتمام في اعتنائهم بالشاهد وما يجب أن يتوفر فيه من شروط على اختلاف بينهم بشأنها إذ ميز الحنفية بين حالتي التحمل والأداء بالنسبة لما يجب توفره في الشاهد.
ففي حالة التحمل يرى الحنفية أنه يشترط لصحة تحمل الشهادة ثلاثة شروط:

1) العقل: فلا يصح تحمل الشهادة من مجنون أو صبي لا يعقل، ووجه الحنفية قولهم هذا بأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك⁽³⁾، إلا بألة الفهم والضبط وهي العقل فيشترط أن يكون الشاهد عاقلاً وقت تحمله للشهادة.

2) البصر: اشترط الحنفية لصحة تحمل الشهادة أن يكون الشاهد مبصراً وقت التحمل وقالوا في دليل هذا الشرط هو أن السماع من الخصم لا يمكن أن يميزه ذلك، لأن الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية لأن النغمات تشبه بعضها البعض.

3) أن يكون التحمل بمعينة المشهود به بنفسه لا بغيره بالمشاهدة أو السماع إلا في الأشياء مخصوصة يصح التحمل، فيها بالتسامع من الناس كالنكاح، والدخول والموت وولاية القاضي... فهذه كلها يجوز لشاهد أن يشهد بها إذا أخبره من يثق به وهذا على وجه الإحسان.

(1) حيدر علي، درر الحكم شرح مجلة الأحكام، دار الجيل. بيروت. 1991م، ج 4، ص 1297-1298

(2) السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج 2، ص 322 - 323

(3) الكاساني، المصدر السابق، ج 6، ص 267.

.....(الفصل التمهيدي): مرسل للتعبير بمصطلحات جنود (البعث

والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولو لم يحصل فصار كالبيع، فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة⁽¹⁾ واستدلوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم للذي سألته عن الشهادة: "إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فذع"⁽²⁾ وجه الاستدلال:

الحديث دل على ضرورة أن يعلم الشاهد بما يشهد به علما واضحا وضوح من يعلم أن الشمس طالعة برؤيتها طالعة، وهذا لا يتحقق للشاهد إلا برؤية ما يشهد به إن كان يرى⁽³⁾.
أما شروط أدائها فهي تكاد تتفق مع شروط فقهاء المذاهب الأخرى.
— بينما لم يشترط فقهاء المذهب المالكي حال التحمل إلا شرطين وهما:
الضبط: والمراد به الحفظ وعدم الغفلة والنسيان.

التمييز: ويعرف بالاختبار، وذلك بأن يميز الشخص بين الضار والنافع، والحسن والقيبح، سواء كان صغيرا أو كبيرا، حرا كان أم عبدا، مسلما كان أم كافرا، عدلا أم فاسقا.⁽⁴⁾

أما ما بقي من الشروط التي اشترطها الفقهاء حتى تكون الشهادة صادرة عن من هو صالح لها فهي:
1) **التكليف:** والمراد به البلوغ والعقل والحرية ومن ثم فلا تقبل شهادة الصبي ولو مميذا مطلقا لقوله تعالى: "وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ"⁽⁵⁾ والصبي ليس برجل ولو كان مميذا .

وكذلك الحال بالنسبة للمجنون إذ لا ولاية له على نفسه، ولا على ماله. والشهادة من باب الولاية إذ فيها تحميل القول على الغير، ولأنه غير مقبول القول في حق نفسه ففي حق غيره أولى. ولكن توجد رواية للإمام مالك بقبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح.⁽⁶⁾

(1) الكاساني، المصدر السابق، ج6، ص266-267.

(2) سبق تخريجه، ص 24 .

(3) أحمد الحصري، المصدر السابق، ج1، ص197.

(4) ابن فرحون، المصدر السابق، ج1، ص258.

(5) سورة البقرة، الآية 282.

(6) الكشناوي، المصدر السابق، ج3، ص220.

ولأن شهادة الفاسق مردودة، والكفر أسوأ حالا من الفسق. وكذا لأن السنة تنص على ذلك لما روي عن ابن جرير عن الزهري⁽¹⁾ أنه قال: (مضت السنة أن لا تجوز شهادة الكافر في حضر، ولا سفر إنما هي في المسلمين.)⁽²⁾

كما أنهم ذهبوا إلى عدم جواز الشهادة أهل الملل بعضهم على بعض لقوله تعالى:⁽³⁾
وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللَّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُوا بِمَا قَالُوا بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيْفَ يَشَاءُ وَلَيَزِيدَنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم مَّا أَُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ طُغْيَيْنًا وَكُفْرًا وَآلَقَيْنَا بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ كُلَّمَا أَوْقَدُوا نَارًا لِلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللَّهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴿١٤﴾

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا ترث ملة ملة ولا يجوز شهادة ملة على ملة إلا أمة محمد صلى الله عليه وسلم فإن شهادتهم تجوز على من سواهم"⁽⁴⁾

أما الإمام أحمد رحمه الله فقد ذهب إلى القول أنه تجوز شهادة الكافرين على المسلم بالوصية في السفر عند الموت إذا لم يوجد غيرهم واستدل بقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ آرَأَيْتُمْ لَا تَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ "⁽⁵⁾ .
وجه الاستدلال:

(1) الزهري هو: محمد بن مسلم بن شهاب الفقيه الحافظ، متفق على حفظه واتقانه بين رجال الحديث وهو من رؤوس الطبقة الرابعة مات سنة 124هـ. ابن سعد، المصدر السابق، ج2، ص388-389.

(2) أبو بكر بن عبد الرزاق، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي دار المجلس العلمي بيروت، كتاب الشهادات، باب شهادة أهل الملل بعضهم على بعض وشهادة المسلم عليهم، رقم 15528، ج8، ص357.

(3) سورة المائدة، الآية: 64 .

(4) أبو بكر بن عبد الرزاق، المصدر نفسه رقم 15525، ج8، ص357.

(5) -سورة المائدة، الآية: 106.

..... (الفصل الثماني: مدخل للتعرّف بمصطلحات عمدة البحث)

إن المتصوّد بقوله تعالى: " أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ " من غير المسلمين لأن الخطاب الوارد في صدر الآية موجه إلى المؤمنين، وروي عن الإمام أحمد أن هذه الآية خاصة بأهل الكتاب وهي الرواية المشهورة في المذهب.

وروي عنه أنها عامة فيهم وفي غيرهم من الكفار وهي الأصح لموافقها ظاهر القرآن الكريم⁽¹⁾ ورد

على أن الآية منسوخة بقوله تعالى: (2)

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا
ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوَعِّظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ
بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢﴾

وبأن المراد بقوله تعالى من غيركم أي من غير عشيرتكم.

أجيب: بأنه تخريج بعيد وبأنه أثر عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن سورة المائدة آخر ما نزل من القرآن فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه، وذهب الحنفية إلى القبول شهادة الكفار، ولكن على بعضهم البعض فقط وإن اختلفت مللهم ولا تجوز شهادتهم على المسلمين

مطلقاً⁽³⁾ واستدلوا على ذلك بقوله: (4)

وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ
وَفَسَادٌ كَبِيرٌ ﴿٧٣﴾

ولما روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن اليهود جاؤوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهدوا لرجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله: "أتوني بأربعة منكم يشهدون"⁽⁵⁾.

(1) ابن قيم الجوزية، المصدر السابق، ص 159.

(2) -سورة الطلاق، الآية 02.

(3) - القرطبي أبو عبد الله، المصدر السابق، ج 3، ص 398

(4) سورة الأنفال، الآية 73

(5) مالك بن أنس الأصبحي، المصدر السابق، كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم، ص 505.

.....(الفصل الثماني: من دخل للتعريف بمصطلحات أصول الفقه)

ومما سبق أرى والله أعلم قبول شهادة أهل الكتاب على بعضهم البعض وعلى المسلمين في حالة إذا لم يوجد غيرهم وهو الرأي الذي انتصر له العلامة ابن قيم الجوزية رحمه الله، بقوله أن الله أجاز شهادتهم على المسلمين بالوصية في السفر للحاجة فتكون حاجتهم بشهادة بعضهم على بعض أشد وأعظم لأن الكفار يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات وتقع بينهم الخيانات ولا يحضروهم في الغالب مسلم. ويتحاكمون إلينا فلو لم تقبل شهادتهم على بعضهم البعض لأدى ذلك إلى ظلمهم وضياع حقوقهم وفي ذلك فساد كبير، والكافر قد يكون عدلا في دينه وبين قومه فلا يمنعه كفره من قبول شهادته عليهم إذا ارتضوه وقد أجاز الله معاملتهم وأكل طعامهم، وحل شأنهم وذلك يلتزم الرجوع إلى أخبارهم قطعا فإذا جاز لنا الاعتماد على خبرهم فيما يتعلق بنا من الأعيان التي تحل وتحرم فلأن نرجع إلى أخبارهم بالنسبة لما يتعلق بهم من ذلك أولى وأحرى وأما الاستدلال على عدم قبول شهادتهم مطلقا وعموم قوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ" و "وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ" فإنما هو استدلال في غير موضعه لأن ذلك خاص بالحكم بين المسلمين، والسياق يدل على ذلك⁽¹⁾.

ولا خلاف في الاشتراط لسلام الشاهد في النكاح إذا كان الزوجان مسلمين أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة يجوز نكاحها كاليهودية والنصرانية فهل يشترط في الشاهد على نكاحها أن يكون مسلما؟

لقد اختلف الفقهاء في اشتراط إسلام الشاهد إذا كانت الزوجة كتابية على رأيين:

الرأي الأول: ذهب الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم اشتراط الإسلام في الشاهدين وأجازا شهادة أهل الذمة في هذا العقد⁽²⁾.

حجتهم على ما ذهبوا إليه ما يأتي:

— عموميات الكتاب والسنة مثل قوله تعالى: ⁽³⁾

(1) ابن قيم الجوزية، المصدر السابق، 152 - 153 - بتصرف.

(2) الكاساني المصدر السابق، ج 2، ص 253، والسرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ - 1986م، ج 5، ص 33.

(3) سورة النساء، الآية: 03.

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِّنَ الْيَتَامَىٰ مَشْتَرِينَ وَثَلَاثَ وَرَبْعَةً فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ
مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

من غير شرط الإشهاد إلا أن كون الشاهدين في نكاح المسلمين بالإجماع، فمن ادعى كونه شرطاً في زواج المسلم ذمياً فعليه الدليل.

ثم إن قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا شاهدين " (1) كما جاء في إحدى الروايات لهذا الحديث دون قيد العدالة متحقق في شهادة الذميين في نكاح المسلم ذمياً لأن الشهادة في اللغة يراد بها الإعلام والإخبار، والبيان وغير المسلم يحقق ذلك. كما أنه يتوقف على العقل واللسان، العلم بالمشهود به

- واستدلوا أيضاً بقولهم أن الشهادة في الزواج على المرأة وهي الكتابية فتجوز شهادة الكتابيين عليها وليست شهادة على الزوج لأن الحل الثابت له بمقتضى عقد الزواج، أقوى أثر من الحل الثابت للزوجة والشهادة يراعى فيها جانب من يكون عليه الحق الغالب لأن الكتابي إذا كان ولياً على المرأة الكتابية يصح له أن يتولى عقد زواجها بولاية عليها فيصح أن يكون شاهداً في عقد زواجها بطريق الأولى لأن الإيجاب والقبول ركن في الزواج، والشهادة شرط لصحته والركن أقوى من الشرط والأصل أن كل من صلح أن يكون ولياً في العقد بولاية نفسه صح أن يكون شاهداً عليه. (2)

— الرأي الثاني: ذهب الأئمة الثلاثة مالك، والشافعي، وأحمد، ومحمد بن الحسن، وموزفر من الحنفية إلى اشتراط الإسلام في الشاهد وفي هذا المقال قال ابن قدامة الحنبلي: (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).

(1) ابن ماجه أبو عبد الله القزويني، السنن، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بينة رقم 1103 دار الفكر بيروت د. ت، ج3، ص411.

(2) بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة. الإسكندرية. مصر، ص64-65.

(3) ابن قدامة، المصدر السابق، ج7، ص340.

(4) البيهقي، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل رقم 2492، ج10، ص15.

..... (المتن الشفهي): مرجع للتعريف بمصطلحات عن الزواج (البحث)

وبما أن لتقيد الزواج خطورة واعتباراً دينياً فلا بد أن يشهده من يدين بدين الزوجين باعتبار الإسلام شاملاً لكل الشرائع الأخرى. وكذا لأن من أغراض الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها ولا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين⁽¹⁾.

ورد الحنفية على أدلة الجمهور أن ذلك من باب الندب والاستحباب، أي استحب كون الشاهدين مسلمين في نكاح مسلم ذمية⁽²⁾.

على أن الملاحظ هنا أنه عند إنكار الذمية للزوجية فإن شهادة الذميين على النكاح تقبل هنا. لأن الشهادة على الذمية، وليست شهادة على الزوج المسلم، بل هي شهادة له، ولكن إن كان إنكار الزوجية من قبل الزوج المسلم فإن شهادة شهود النكاح الذميين هنا لا تقبل لأنها شهادة على زوج المسلم وشهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز لما فيها من معنى الولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم وهذا إن دل على شيء فإنما هو يرجح رأي الجمهور على رأي أبو حنيفة، وأبي يوسف رحمهم الله.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية حول مدى اشتراطها لإتحاد الدين في شهود الزواج نجد أن قانون الأسرة الجزائري لم يتضمن شروط الشهود، وبالرجوع إلى نص المادة 12 من قانون الحالة المدنية⁽³⁾ الذي تضمن النص على شروط الشهود فإننا نجد المشرع لم يفرق بين كون الشهود من دين المشهود لهما، وبين أن يكونوا من ديانة أخرى، هذا إذا سلمنا أن المشرع الجزائري قد ترك الحديث عن شروط الشهود قصداً اعتماداً على ما ورد في قانون الحالة المدنية ذلك أن نص المادة 222 من قانون الأسرة⁽⁴⁾ التي تنص على الإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود ترك نص في قانون الأسرة فإننا رأينا الفقهاء مختلفون بشأن ذلك⁽⁵⁾ بالرجوع إلى نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية نجد أن قانون الأحوال الشخصية السوري نص في المادة 12 منه (يشترط

(1) الشافعي، المصدر السابق، ج 1، ص 25.

(2) الكاساني علاء الدين، المصدر السابق، ج 2، ص 254.

(3) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق لـ 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية

(4) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم لقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(5) كما أنه وبالرجوع إلى المادة 33 من قانون الحالة المدنية والتي تضمنت النص على شروط الشهود نجد أنها لم تنطرق إلى كون الشهود مسلمين أو غير مسلمين، واكتفت بالنص على سن الشهود، ودون تمييز لجنسهم سواء أكانوا رجالاً أم نساء

.....(الفصل التمهيدي) : مدخل للتعبير بمصطلحات عقود الزواج (البحث)

في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين بالغين عاقلين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما) وهو الأمر نفسه الذي نص عليه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 34 (يشترط في الشاهدين أن يكونا مسلمين، عاقلين، بالغين من أهل الثقة، سامعين الإيجاب والقبول فاهمين أن المقصود بهما الزواج)⁽¹⁾.

3) العدالة:

يشترط في الشاهد عند أداء شهادته أن يكون عدلا، والعدالة في اللغة مأخوذة من الاعتدال وهو الاستواء يقال اعتدل على كرسية إذا استوي.

أما العدالة في الاصطلاح فقد اختلف العلماء في تعريفها فعرفها ابن عابدين بأنها الاستقامة بالإسلام، والاعتدال في العقل وليس لكاملها حد يدرك مداه، ويكفي لقبولها أدناه، لتلا تضييع الحقوق وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوى.

وعرفها ابن رشد الحفيد بأنها: هيئة راسخة في النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقي الصغائر، والتحاشي عن الرذائل المباحة.⁽²⁾

وعرفها الشيخان القليوبي وعميرة بأنها: هيئة راسخة في النفس تمنع صاحبها من ارتكاب ما يبطلها وتحقق باجتناب الكبائر، واجتناب الإصرار على الصغائر.⁽³⁾

والعدل عند ابن قدامة المقدسي هو الذي تعتدل أحواله في دينه، وأفعاله، ولم تظهر منه ريبة.⁽⁴⁾ ولقد اتفق العلماء على اعتبار العدالة في الشاهد حتى تكون شهادته مقبولة وإن اختلفوا في المعنى الدقيق لها، والمقصود الحقيقي منها، إذ ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى الاكتفاء بظاهر الإسلام بشرط أن لا يعلم على الشاهد جرحه فيه.

وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنها صفة زائدة على الإسلام، بأن يكون الشخص ملتزما بواجبات الشرع، ومستحقاته مجتنباً للمحرمات أو المكروهات⁽⁵⁾.

(1) رواق فتحة، تميز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام، رسالة ماجستير في العقود

والمسؤولية، جامعة الجزائر، سنة 1995، ص 58

(2) ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 259

(3) القليوبي وعميرة، المصدر السابق، ج 4، ص 499

(4) ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 1، ص 32

(5) عبد الغفار إبراهيم صالح، المرجع السابق، ص 54

.....(النصل الشبهري): مرئيل للتعريف بمصطلحات جنود البحر

وتبعاً للإختلافهم في تحديد المعنى الدقيق للعدالة ومدى اعتبارها في الشاهد فإنهم اختلفوا في قبول شهادة الفاسق لكونه المعنى المضاد لصفة العدالة.

ولقد عرف ابن نجيم الفسق بأنه يكون بارتكاب كبيرة أو إصراراً صغيرة.⁽¹⁾

ولمعرفة الأفعال التي يكون مرتكبها فاسقاً. وتجعل شهادته غير مسموعة عند جمهور الفقهاء يجدر بنا بيان حقيقة الكبيرة، والصغيرة.

- **الكبيرة:** هي كل ذنب نص على كبره أو عظمته، أو توعد عليه بالعقاب الأليم أو علق عليه، أو اشتد النكير عليه.

- **الصغيرة:** وهي كل ما قل إثمه، وتحاقت عقوبته⁽²⁾.

والمداومة والإصرار على فعل الصغير أو الصغائر يعد كبيرة ويفسق به الإنسان لما روى أن رجلاً سأل ابن عباس رضي الله عنهما: كم الكبائر؟ أسبع هي؟ قال هي إلى سبع مائة أقرب منها إلى سبع ولا كبيرة مع استغفار ولا صغيرة مع إصرار.⁽³⁾

وأدلة رد شهادة الفاسق موفورة من الكتاب والسنة والمعقول وتوضيحها فيما يأتي:
قال تعالى:⁽⁴⁾

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ قَائِلٌ يَتَّبِعُ فِتْنًا فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا
قَوْمًا بِجَهَنَّةٍ فَتُصِيبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ تَدْمِيمًا ﴿٦﴾

لقد أمر سبحانه وتعالى في الآية الكريمة بالتوقف والتبين بالنسبة لخبر الفاسق والمقصد من ذلك عدم التعويل عليه. والحكم بمقتضاه لأن ذلك يؤدي إلى الظلم والحيف والندم.

- روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمز على أخيه"⁽⁵⁾ وباعتبار الفاسق هو من لا يتورع في ارتكاب الكبيرة فلذلك دل الحديث على رد شهادة الزاني والزانية.

(1) ابن نجيم المصري والحافظ النسفي، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار الكتب العلمية بيروت 1997، ج 2، ص 364.

(2) الفقي حامد، موانع الشهادة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003، ص 90.

(3) مسلم بن الحجاج، المصدر السابق، كتاب الإيمان، باب الكبائر وأكبرها، ج 2، ص 84.

(4) سورة الأحزاب، الآية: 06.

(5) أبو بكر بن عبد الرزاق، المصدر السابق، كتاب الشهادات، باب لا يقبل منهم، ولا حار نفع إلى نفسه ولا ظنين

رقم 15364، ج 8، ص 320.

.....(الفتن الشريفة) : مرحل للفرع بمصطلحات عن (البحر)

ومن المتقول ما يشهد على عدم قبول شهادة الفاسق وهو عدم تورعه عن الكذب فترجح جانب الكذب في خيره فلا يطمأن إليه، ولا تحصل الثقة بخبره. ولأن من ارتكب كبيرة ولم يبالي شهد بالزور ولم يبالي لنقصان وقار الله في قلبه على تعمد الكذب.

وهذه أدلة الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على عدم اعتبار شهادة الفاسق مطلقاً⁽¹⁾ أما الحنفية فلا يرون أن العدالة شرط في أصل القبول على الإطلاق إذ قد يثبت القبول بدون وجودها، وذلك إذا تحرى القاضي عن صدق الشاهد الفاسق، وتبين أنه صادق فيما شهد به فهو غير ملزم بالقضاء بشهادته لعدم عدالته لكن إن قضى بها نفذ القضاء.⁽²⁾

واستدلوا على ذلك من الكتاب بقوله تعالى: " وَأَشْهَدُوا شَاهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ " ⁽³⁾

وجه الاستدلال: المطلوب في الآية هو أن يشهد شاهد وأن يكون مرضياً عنه هنا، والفاسق شاهد لقوله تعالى: " مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ " ⁽⁴⁾ فقد قسم النص الشهود إلى مرضين وغير مرضين وهذا يدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً.

كما قال الحنفية أن الركن في الشهادة هو صدق الشاهد والصدق لا يقف على العدالة لا محالة فإن من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواعاً من الفسق ولكنه مع ذلك لا يستكف عن الكذب فإذا تحرى القاضي الصدق في شهادة الفاسق فله حينئذ أن يقضي بها.

ومن صور فسق الأفعال أكل الربا، وشهادة الزور، والغيبة والنميمة، وشتم الغير، والتفريط في أداء العبادات، والإكثار من الحلف بالطلاق، والاستماع إلى الغناء والرقص، واتخاذ آلات اللهو... أما فسق الاعتقاد فمن صورته المخالفة في فرع من فروع الدين كمن أنكر وجوب الفرائض، أو شكك في تحريم الموبقات، والابتداع، وتكفير بعض المسلمين⁽⁵⁾.

(1) حامد عبده الفقى، المرجع السابق، ص 95 .

(2) الكاساني، المصدر السابق، ج 6، ص 270-272 .

(3) سورة البقرة، الآية: 282 .

(4) سورة البقرة، الآية: 282 .

(5) ابن قدامة موقفت الدين، المصدر السابق، ج 12، ص 29 والسرخسي، المصدر السابق، ج 16، ص 131 - 132،

وأما فقدان المروءة فيعد من أسباب المنع من الشهادة في بعض صورته عند الفقهاء، ذلك أن المقصود من المروءة أن يحافظ المرء على ما يجعله حسنا عند الناس، ولا يشبهه بينهم فلا يفعل الأشياء المستخفة والمستحقرة أو ما يعيبه حتى ولو كان مباحا⁽¹⁾.

وبالنظر في مصادر الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء ذكروا صوراً كثيرة لفقد المروءة نستعرض بعضها فيما يأتي: كالأكل في السوق وكشف مقدار من الجسم يغطي عادة، وكثرة النكت، والدعاية والتطفل... وهذه الأفعال ليست محرمة بذاتها وإنما تؤدي إلى الإخلال بهيئة الشخص وقيمه ووقاره⁽²⁾.

واشترط العدالة في شهود الزواج اختلف بشانها الفقهاء إذ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإباضية⁽³⁾ إلى اشتراطها وإستدلوا بالحديث: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽⁴⁾ لأن الشهادة من قبيل الكرامة إذ في قوله في نفسه ونفاذه على غيره إكرام له، و الفاسق ليس أهلاً للكرامة فكيف في عقد خطير الأثر كالزواج.

كما أنه من أغراض الشهادة توثيق العقد والتمكن من إثباته عند إنكاره والتنازع فيه. ذلك أن الشهادة قد تلزم عند الجحود، وشهادة الفاسق لا تقبل بإتفاق العلماء حتى لو تقدم فاسقان للشهادة في إثبات عقد الزواج لدى القضاء، ولا تقبل منهما شهادتهما قولاً واحداً فكيف يقبل حضورهما عند العقد⁽⁵⁾.

غير أنهما يكتفون بالعدالة الظاهرة، ولهذا تصح شهادة مستور الحال، ومن لا يكون ظاهر الفسق، وعُلل ذلك بأن النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فإعتبار ذلك؛ يشق على الناس فاكتفى بظاهر الحال، وكون الشاهد مستور الحال لم يظهر عنه فسق، فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في صحة العقد، لأن الشرط لصحة

(1) ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 285

(2) الحصري أحمد، المرجع السابق، ج 1، ص 256-260.

(3) اطقيش محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد. جدة. ط الثالثة. 1972م، ج 6، ص 65.

(4) سبق تخريجه، ص 44.

(5) الشريبي محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت. دت. ج 3، ص 144-145.

.....(النقل التبريري): مرثّل للتعرّيف بمصطلح جنود البحر

العقد كون الشاهد عدلاً حسب الظاهر بالمعنى الذي يبيّن حال إنعقاد العقد، و قد تحقق ذلك فلا يضر زوال عدالة الشاهد بعد ذلك (1).

وذهب الحنفية إلى القول بعدم إشتراط العدالة في شهود النكاح لأن الأصل عندهم أن كل من يصح أن يكون قابلاً للعقد بنفسه ينعقد النكاح - و يصح بشهادة الشاهدين الفاسقين - بشهادته ، وكل من يصلح أن يكون ولياً في نكاح يصلح أن يكون شاهداً في ذلك النكاح ، وبناء على هذا الأصل عند الحنفية قالوا : ينعقد النكاح و يصح بشهادة الشاهدين الفاسقين لأنطبق هذا الأصل عليهما (2)، و إن كان الكمال بن الهمام من علمائهم استظهر عدم جواز شهادة الفسقة في حالة تلبسهم بالفسق (3).

كما إستدل الحنيفة على قولهم بأن الغرض من الشهادة على عقد الزواج ليس قاصراً على أدائها عند التنازع و الجحود و الإنكار ، بل من أغراضها إظهار العقد و إشهاره بين الناس لندفع همة الزنا لأن النكاح بعد وقوعه يشتهر، فيمكن دفع جحوده و إنكاره بالشهادة بالتسامع و أن همة الزنا تندفع بحضور الشاهدين و لو كانا فاسقين ، فينعقد بهما النكاح صحيحاً لأن هذه الشهادة تحمل فصحت من الفاسق كسائر التجملات (4) و هذا رأي الشيعة الإمامية أيضاً لأننا عندهم من باب الندب (5).

ورد الحنيفة على الحديث الذي استدل به الجمهور بأنه روي من طرق أخرى يذكر الشهود دون قيد العدالة. ثم إن الرواية التي جاء بها الجمهور: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" (6) لم تأت فيها العدالة صفة للشاهدين، لأنه لو كان كذلك لجاء الحديث بلفظ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين" وحيث إن الرواية جاءت بإضافة الشاهدين إلى كلمة "العدل" وهي كلمة تدل على الإسلام ، وحيث إن الفاسق مسلم فشاهدته على النكاح مقبولة فيشعقد النكاح صحيحاً بحضوره. (7)

(1) ابن قدامة، المصدر السابق، ج7، ص341.

(2) السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص31-32.

(3) ابن الهمام كمال، المصدر السابق، ج7، ص421.

(4) شلبي محمد مصطفى، الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية بيروت، 1977 م، ص115.

(5) الرحيلي وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، ط الثانية، 1985، ج7، ص76.

(6) سبق تخريجه، ص44.

(7) السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص31-32.

.....(التفصل التبريري): مرتحل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث

وأنتيب : على ذلك بأن هذا الحديث نفسه الذي رده فقهاء الحنيفة عند قبولهم شهادة الذمي على الزوجة الذمية عند اقتراها بالمسلم ، فكيف يستدلون به الآن ويحملون معنى العدالة في الشهود على الإسلام ؟!

كما أن الملاحظ لأدلة الحنيفة في إعتبار الشهود كشرط صحة للنكاح لا يجد لهم دليلا على ذلك إلا هذا الحديث، فكيف يأخذون بعضه ويتركون بعضه؟

وبهذا يترجح رأي الجمهور باشتراط العدالة في الشهود لأن الحنيفة يفرقون بين شروط الشهود عند إنشاء العقد، وعند إثباته حال الإنكار والجحود ذلك أن الشهادة في الزواج عند الحنيفة ليست مقصودة لإثباته عند إنكاره و الاختلاف فيه، بل لإشهاره وإخراجه من السرية إلى العلنية فصححوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدين أو أصولها و إن كانوا يمنعون هذه الشهادة في غير هذا الموضع.

و لذلك قالوا إن شهادة هؤلاء و إن كان ينعقد بما النكاح إلا أنه لا يثبت بما عند إنكار شهادتهم فتنتفع في حل الزوجية ديانة لا قضاءً.

فالزواج له حالتان: حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق والابن والأب...، وحالة الإثبات عند الإنكار وهذه لا تصح شهادتهم فيها. بل يشترط في الشاهد على إثبات الزواج ما يشترط في غيره من العدالة وعدم التهمة.⁽¹⁾

أما عن اتجاه المشرع الجزائري حول شرط العدالة في الشهود فإنه لم يشر إليها لا في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، إذ ورد ذكر الشهود دون أي قيد، كما لم يتناول المشرع الجزائري هذا الشرط في نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي أورد فيها شروط الشاهد مما يرجح عدم اشتراطه العدالة في الشهود.

وعلى خلاف المشرع الجزائري فقد نص المشرع المغربي في المادة 13 التي أورد فيها شروط الزواج (سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه)، كما نص القانون التونسي للأحوال الشخصية على أنه (يشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة)⁽²⁾.

(1) شلي مصطفى، المرجع السابق، ص 116.

(2) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة. ط الثانية. 1989، ص 131.

4) الذكورة :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم اعتبار هذا الشرط في الأموال إذ الأنوثة ليست بمانعة بالإجماع بينهم إذ تقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تعالى: " وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ " (1)، كما اتفقوا على اشتراط الذكورة فيما يوجب حدا أو قصاصا لما روى عن الزهري رحمه الله أنه قال: (مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، و الخلفتين من بعده رضوان الله تعالى عليهما أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود و القصاص) (2) و ذلك لأنه الشهادة في الحدود و القصاص مبناهما على الدرء و الإسقاط للقاعدة الفقهية تدرأ الحدود بالشبهات ، و شهادة النساء في مثل هذا المقام لا تخل من شبهة، لأنهن جبلن على الميل إلى الحكم بعواطفهن قبل عقولهن. ولا مجال للعواطف في إطار الحدود و القصاص.

و لقد اختلف الفقهاء في اعتبار شرط ذكورة الشاهد في مجال الزواج ، و الطلاق ، و الرجعة

إلى قولين:

القول الأول :

ذهب المالكية (3)، و الشافعية (4)، و في رواية للحنابلة (5) إلى اشتراط الذكورة في شهود النكاح

و استدلوا

على ذلك لقوله تعالى : (6).

فَإِذَا بَلَغَ الْبَلَغَ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا
ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُؤَعِّظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ
بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿٢٠﴾

(1) سورة البقرة ، الآية 282 .

(2) ابن قيم الجوزية ، المصدر السابق، ص 131 .

(3) مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى دار الفكر للطباعة والنشر، مصر، ج13 ، ص10-11 .

(4) الرملي، المصدر السابق، ج6، ص217.

(5) البيهقي ، المصدر السابق، ج 03، ص 566 .

(6) سورة الطلاق ، الآية : 02 .

فلفظة ذوي التي وردت في الآية تستعمل للمذكر فقط دون الإناث . كما أنه تعالى خص شهادة النساء بالأموال دون غيرها.

- واستدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل "(1) و المقصود بكلمة شاهدين في الحديث رجلين.

- و استدلووا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " لا تجوز شهادة النساء في الطلاق و لا في النكاح و لا الدماء و لا الحدود " و بما ورد عن الزهري أنه قال : (مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق)(2).

ورد على أصحاب هذا القول بأن استدلالهم بالآية بلفظة ذوى وبقوله صلى الله عليه وسلم شاهدي عدل لا يدلان على قبول شهادة الذكور دون الإناث وذلك لأن معظم خطابات الشارع جاءت بصيغة المذكر وهي تحمل على الجنسين ، وأن الأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مردود بآثار أخرى وردت عنه تفند هذا الأثر وأن المروي عن الزهري هو خير منقطع .(3)

القول الثاني:

ذهب الحنفية(4) وفي رواية للحنابلة(5) إلى قبول شهادة رجل وامرأتين في النكاح والطلاق والرجعة واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يلي:

قوله تعالى: " وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى "(6).

وفي معرض الاستدلال بهذه الآية يقول الجصاص رحمه الله (ظاهر هذه الآية يقتضي جواز شهادتكم مع الرجل في سائر عقود المديونات. وهي عقد واقع على دين سواء أكان بدله مالا، أم بضعا، أم منافع، أم دم عمد لأنه عقد فيه دين(7)).

(1) سبق تخريجه، ص 44 .

(2) ابن القيم الجوزية ، المصدر السابق ، ص 131.

(3) الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ومصطفى محمد الهوارى، مكتبة

الكلبيات الأزهرية القاهرة، ج 1، ص: 218-219.

(4) السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج 5، ص 32 .

(5) ابن قدامة موفق الدين ، المصدر السابق؛ ج 12، ص 13.

(6) سورة البقرة، الآية: 282 .

(7) الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، د ت، ج 1، ص 520.

.....(الفصل التمهيدي: مدخل للتعبير بمصطلحات حقوق المرأة البحت)

وذهبوا إلى قياس النكاح والطلاق والرجعة على الأموال التي تجوز فيها شهادة النساء لما فيها من المهر، والنفقة والمتعة...

ولأن شهادة النساء مع الرجل في هذه الحالة ليس فيها تهمة الضلال أو النسيان التي تزول بشهادة امرأة أخرى إلى جانب تعضيدها بشهادة الرجل.

ومما سبق نرى ترجيح الرأي القائل بقبول شهادة امرأتين مع رجل، وذلك لكون الشهادة تتوقف على مدى توفر الشروط في الشاهد من العقل، والبلوغ، 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 شهادتهن مع الرجال.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى أحكام القانون نجد أن قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ لم ينص على جنس الشهود سواء كانوا رجالاً أم نساء أو بالجمع بينهما كما أن قانون الحالة المدنية وفي المادة 33 منه والتي تضمنت النص على شروط الشهود لم تتطرق إلى جنس الشاهد، ولم تحدد حصره 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 ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعينين)⁽³⁾.

في حين نجد بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية نصت على جنس الشهود في الزواج كما هو الحال بالنسبة للقانون السوري والذي نص في المادة 12 منه على أنه: (يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين بالغين عاقلين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما)⁽⁴⁾.

(1) سطحي سعاد، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير كلية أصول الدين والشريعة والحضارة

الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، سنة: 1416هـ - 1996م، ص 147-148.

(2) المادة 9 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم القانون رقم

84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(3) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1389هـ، الموافق: 19 فيفري 1970م المتعلق بقانون الحالة المدنية

(4) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 131

5) العدد في الشهود:

اشترط الفقهاء توافر نصاب الشهادة العددي في كل أمر لاسيما فيما يطلع عليه الرجال وذلك لكثرة النصوص الواردة في ذلك. و هو المتني في عموم الشهادات إلا في الشهادة الزنا فإنه يشترط فيها عدد أربعة لقوله تعالى: (1)

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ
ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ
﴿٤﴾

وقوله عز وجل: (2)

﴿لَوْ لَا جَاءَ وَعَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ
هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ ﴿١٣﴾

أما ما لا يطلع عليه الرجال كالولادة، والعيوب الخفية للنساء... فإن هذا الأمر العدد فيه ليس شرط عند الحنفية إذ تقبل فيها شهادة امرأة واحدة، والثنتان من باب أحوط (3) بينما ذهب الإمامان مالك والشافعي رحمهما الله إلى أن العدد في هذه الأمور شرط أيضا شأنها شأن سائر الشهادات الأخرى إلا أن مالكا رحمه الله اكتفى بشهادة امرأتين معللا رأيه بأنه لما سقط اعتبار شهادة الرجال في هذا الباب فإنه يجب الاكتفاء بعددهم من النساء.

أما الإمام الشافعي رحمه الله فيرى أنه لا بد من شهادة أربعة نسوة لأن الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد (4).

ولقد رد الحنفية على قول من اشترط العدد فيما لا يطلع عليه الرجال بأن العدد في غيرها من المسائل، ثبت تعبداً ذلك أن النص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي أن يكون

(1) سورة النور، الآية: 4

(2) سورة النور، الآية: 13

(3) الكاساني، المصدر السابق، ج 6، ص 278

(4) الشافعي، المصدر السابق، ج 2، ص 453-454

معهن رجل لقوله تعالى: «فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ»⁽¹⁾ فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس.

بالنظر إلى استدلال كل طرف أرى أن الراجح هو رأي الحنفية الذي يرى قبول شهادة المرأة الواحدة، لأن مثل هذه الأمور الأصل فيها الستر لا الإظهار، وكذا لأنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة والله أعلم .

أما الحكمة من اشتراط العدد في الشهادة في باقي الأمور التي يطلع عليها الرجال والنساء على حد سواء، فهي من أجل إقامة شهادة صحيحة لله عز وجل لقوله تعالى: «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»⁽²⁾ وكذا لأن الشاهد إذا كان فردا واحدا يخاف عليه السهو والنسيان، لأن الإنسان مطبوع على السهو والغفلة، فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند إعتراض السهو والغفلة عليه .

ومن بين الأمور التي يشترط فيها العدد في الشهود ولا تقبل بأقل من شهادة إثنين الزواج والطلاق والبيع لقوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، ولقوله تعالى: " وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ"⁽³⁾.

وبالرجوع إلى أحكام القانون نجد أن المشرع الجزائري اشترط عدد معين في شروط الزواج شأنه في ذلك شأن باقي قوانين الأحوال الشخصية العربية، ولقد استمدوا هذا الشرط من أحكام الفقه الإسلامي.

فقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 09 مكرر منه على شروط الزواج والتي ذكر فيها:

(يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج

- الصداق

- الولي

- شاهدان - انعدام الموانع الشرعية)⁽⁴⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

(2) سورة البقرة، الآية: 282.

(3) سورة الطلاق، الآية: 2 .

(4) الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق 27 فيفري 2005، المتمم للأمر رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

.....(الفصل (التبديري): مرخل للتربيس بمصطلحات عنود البجرت

كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 12 على أنه (يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين...) ففي حالة اختلاط الجنس في شهود عقد الزواج، فإنه يرتفع العدد في الشهود من اثنين إلى ثلاثة اعتمادا على نص الآية: " وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...⁽¹⁾ ونص القانون المغربي في مدونة الأسرة في الفصل الخامس على أنه (يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين).

ونص القانون التونسي في الفصل الثالث منه أنه (يشترط لصحة الزواج شاهدين من أهل الثقة)⁽²⁾

6) قوة الإثبات بالإشهاد:

إن من الخصائص التي ميزت الإشهاد عن باقي طرق الإثبات أنه يعتبر من أقدمها، و ذلك لأمنه في الوصول إلى الحقيقة، و كذا لأن القاضي كان يعرف أكثر أفراد المجتمع، و يعلم من كل منهم مقدار صدقه و أمانته، فكان يمكنه أن يعتمد على أقوال من يثق بهم من الشهود، كما لو كان عاين الأمر بنفسه. ومن هنا كان للإشهاد المقام الأول بين أدلة الإثبات. في وقت لم تكن فيه الكتابة، بل كانت الغلبة للأمية. فكان الاعتماد على الرواية دون القلم. وهو الأمر الذي انتشر في الشرائع القديمة⁽³⁾ و استمر إلى مجيء التشريع الإسلامي الذي حث على الإشهاد و جعله من أهم وسائل الإثبات و نص عليه في الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية. و كان أكثر الطرق التي اعتمدها النبي صلى الله عليه و سلم في الإثبات و تبعه الصحابة رضوان الله عليهم من بعده، و من خلال تصرفاتهم صاغ الفقهاء قواعدهم المتعلقة بالقضاء و طرق إثباته.⁽⁴⁾

غير أنه لما اتسعت المجتمعات، و أصبح القاضي لا يعرف أشخاص الشهود و لا يعلم شيئا عن مقدار أمانتهم و اتصافهم بالصدق. ولا عن مبلغ إدراكهم للأمور، اضطر أن يفترض هذه الصفات في كل شاهد حتى يقوم الدليل على العكس. و نظرا لهذه الظروف كثر احتمال الكذب و التلفيق و

(1) سورة البقرة، الآية: 282 .

(2) سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 131.

(3) السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج 2، ص 90 .

(4) ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 94.

.....(الفصل التمهيدي: مبحث التعريف بمصطلحات عنوان البحث)

شهادة الزور⁽¹⁾ مما فرض على القضاء إن يقيد من نطاق الشهادة في الإثبات⁽²⁾ غير أنه مع ذلك ظل غير مستغن عن الالتجاء إلى إلهاد الشهود في حالات محددة، و قد أحاطها المشرع بكثير من الضمانات إذ رسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود و فرض عقوبة على شهادة الزور، و ترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها أو طرحها طبقا لاقتناعه بصحتها وعدمه على النحو الآتي ذكره:

أولا: سلطة القاضي في إجابة طلب الإثبات بالشهادة:

قد يكون الإثبات بالشهادة جائزا قانونا، إذ يتقدم الخصم بطلب الإثبات بها و تبقى للمحكمة سلطة تقديرية مطلقة في إجابة هذا الطلب أو عدم إجابته، إذ قد يوجد في وقائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناع المحكمة، أو أن يكون الإثبات بالشهادة ليس مستصاغا نظرا لكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال ولا سبيل لاقتناع القاضي بالشهادة في إثباتها أو تكون الوقائع قد تقادم العهد بها بحيث يتعذر إثباتها بالشهادة، ولا تخضع محكمة الموضوع في ذلك للرقابة المحكمة العليا⁽³⁾.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الشهادة

يعود للمحكمة السلطة المطلقة في تقدير أقوال الشهود واستخلاص الحقيقة منها طالما لم يخرج بتلك الأقوال عما يؤدي إليه مدلولها، إذ لا تترتب عليها إن هي أخذت بمعنى الشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا طالما لا يتنافى هذا مع عبارتها، دون أن تتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم أو حتى بصفتهم كما أنه للمحكمة أن ترى كفاية الشهادة في إثبات الوقائع المدعاة طالما أن الإثبات جائز بالشهادة، و قد لا تراها كذلك و تطرحها بالكلية وتبني حكمها على ما تستخلصه هي من قرائن من ظروف الدعوى ووقائعها⁽⁴⁾.

(1) لقد تضمن قانون العقوبات الفصل على عقوبة شهادة الزور في المواد الجنائية في المادة 232 منه، و على عقوبة شاهد الزور في المواد المدنية أو الإدارية في المادة 233 قانون العقوبات بمقتضى الأمر رقم 156/66، المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق: 8 جوان 1966م، المتضمن قانون العقوبات.

(2) تضمن القانون المدني في المادة 333 أنه (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص ينص بغير ذلك...) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق: 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(3) سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 180-181.

(4) سعد نبيل إبراهيم، المرجع نفسه، ص 281.

.....(الفصل التمهيدي: مدخل للتعميم بمصطلحات عن رواة البحري)

وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا بنصها: (محكمة الموضوع لها السلطة التامة في فهم الوقائع في الدعوى وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود مادامت لم تخرج بها عما يؤدي إليه مدلولها ولم تعتمد على واقعة بلا سند. حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وإقامة قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله عدم التزامها بتتبع الخصوم في كافة مناحي دفاعهم مادام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها، وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لما يخالفها...).

كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية أنه لمحكمة الموضوع سلطة تقدير أقوال الشهود والأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر وأقوال واحد أو أكثر دون غيرهم مع عدم التزامها ببيان سبب ترجيحها لما أخذت به دون رقابة عليها في ذلك. طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله⁽¹⁾.

ومن كل ما سبق فإن الفقه القانوني يرى محدودية الإثبات بشهادة الشهود إلا في مجالات معينة بإجراءات محددة تعكس الفقه الإسلامي الذي اعتبر الشهادة من أهم وأقوى وسائل الإثبات. كما أنني أرى بأنه وإن كان للفقه القانوني مبرراته في تأخير الإثبات بالشهادة عن الكتابة ولكن هذا لا يعن تقزيم دور الشهادة وتفسيره في مجالات ضيقة وجعله على سبيل الاستثناء وإنما كان عليه أن يعطيها الدور الكامل في الإثبات لاسيما إذا تعذر الإثبات بالكتابة - والله أعلم - .

ب- إنتفاء موانع الشهادة

يشترط الفقهاء في الشاهد انتفاء الموانع، وقبل الخوض فيها نقوم بتعريف المانع المانع لغة: ما يمنع من حصول الشيء، وهو خلاف المقتضي، وخلاف الإعطاء وامتنع عن الشيء كف عنه، والمناعة الحصانة من المرض وغيره، وتطلق المنعة على العزة والقوة⁽²⁾

اصطلاحاً: المانع ما لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم ولكن يلزم من وجوده عدم الحكم كالحيض بالنسبة للصلاة والصوم، فإن عدم الحيض لا يلزم منه وجودهما. ولا عدمهما لأن المرأة قد تصلي وتصوم وقد لا تفعل ذلك بخلاف وجود الحيض فإنه مانع منهما⁽³⁾.

(1) ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2003، ص 71-72.

(2) الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 312.

(3) الشقيطي محمد الأمين، مذكرة أصول الفقه، الدار السلفية. الجزائر. 3 ت، ص 44

.....(الفصل التمهيدي): مرئيل للتعميم بمصطلحات أصول الفقه (البحر)

وقيل هو الأمر الشرعي الذي ينافي وجوده الغرض المقصود من الحكم أو السبب⁽¹⁾ وبالنظر إلى ما ذكر من تعاريف للمانع نجدتها متقاربة المعنى والمراد، وأن المانع المعتبر شرعا إذا وجد تخلف الحكم بالمانع يحول بين الشيء وبين مقصوده وموانع الشهادة تحول بينها وبين مقصودها إذ المقصود منها قبولها عند القاضي والتزام الحكم بها.

وعند وجود المانع يبطل ذلك، ولا يوجد، وترد الشهادة وتصبح كأنها غير موجودة ولا يُلزم القاضي بالحكم بها.

وتعتبر الموانع أصل في رد الشهادة وعدم اعتبارها، ويكون ذلك إما لتهمة في الشاهد لقوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي لحنة"⁽²⁾ سواء كان ذلك بسبب قرابة أو عداوة. أو لخلل في آدائها نتيجة وجود علة كالعمى، والصمم... فالمسلمون وإن كانوا عدولا بعضهم على بعض إلا أنه قد تقع عليهم بعض العوارض تمنعهم من الالتزام بأداء الشهادة مصداقا لما كتبه عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه في رسالته التي تعتبر بمثابة دستور للقضاء (... المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور، أو مجلودا في حده، أو ظنينا في ولاء أو قرابة...)⁽³⁾ وموانع الشهادة يكثر تعدادها ويتعذر حصرها لوجود المختلف فيها بين الفقهاء في اعتبارها من الموانع كالمروءة⁽⁴⁾ في الشاهد مثلا ولكن سنقتصر على ذكر ما تيسر منها مما اتفق عليه الفقهاء وبعض ما اختلفوا فيه.⁽⁵⁾

(1) الفقي حامد عبده، المرجع السابق، ص 35.

(2) أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي. القاهرة. مصر. ص 56

(3) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المصدر السابق، ج 1، ص 69

(4) المرءة هي المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفا، كترك الانتعال في بلد يستقيح فيه المشي حافيا، وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفا كالأكل في السوق، أي بالإرتفاع على كل خلق وتصرف رديء وإن لم يكن في نفسه جرحه. ينظر في ذلك الخطاب عبد الله، مواهب الجليل لمختصر خليل، دار الفكر. بيروت ط الثالثة 14012هـ - 1992م، ج 7،

ص 152

(5) الكاساني علاء الدين المصدر السابق، ج 6 ص 269 والخرشني، المصدر السابق، ج 7، ص 186-187

أولاً: الموانع المتفق عليها:

1- إذا كان الشاهد عديم الأهلية

اتفق الفقهاء على منع شهادة المجنون والصبي والمغفل لانعدام الإدراك لديهم، فالجنون هو: المصاب بمرض يستر عقله، ويحول بينه وبين الإدراك الصحيح⁽¹⁾، ويصاحبه حالة هيجان وإضطراب. والجنون المتفق على أنه مانع من موانع الشهادة هو ما كان مطبقاً أو كان يأتيه ساعة ثم يفيق أخرى فإذا شهد في حالة الصحة، فإن ذلك يصح عند الفقهاء⁽²⁾.

أما الصبي فهو: الشخص الذي لم يخرج من حال الطفولة، وليست لديه القدرة على الإتصال بالنساء كما لم يصبح أهلاً للخطاب بالتكليف الشرعية.

ومنع الصبي من الشهادة يقتصر على حالة الأداء، إذ أنه في حالة التحمل يصح منه ذلك، لأن التحمل عبارة عن فهم للحادثة، وضبطها وذلك يُدرك بالعقل حتى وإن لم يكن بالغاً⁽³⁾.

وأما المغفل فهو الشخص الذي يكثر منه الغلط، وقيل من لا يستعمل القوة المنبهة مع وجودها فيه عكس البليد الذي هو خال منها بالمرّة⁽⁴⁾.

ولقد اتفق الفقهاء على منع شهادته لأن من شروط الشاهد أن يكون حافظاً يقظاً. فالضبط، واليقظ شرطان لقبول الشهادة، كما أنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن على صدقه، ولذلك اعتبرت العدالة. ومن يكثر غلظه وغفلته لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته.

واستدل الفقهاء على منع شهادة هؤلاء بقوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾⁽⁵⁾.

والجنون والصبي والمغفل غير مرضي عنهم لأداء الشهادة لنقصان عقلهم، وضعف تمييزهم.

— وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾⁽⁶⁾.

(1) أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 57-78.

(2) ابن المنذر، الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الثقافة. القاهرة. ط الثالثة. 1408هـ-1987م، ص 64.

(3) الحصري أحمد، المصدر السابق، ج 1، ص 252.

(4) الفقي حامد عبده، المرجع السابق، ص 59.

(5) سورة البقرة، الآية: 282.

(6) سورة البقرة، الآية: 282.

.....(الفصل التسيري): مرسل للتعريف بمصطلحات عن رواة البعث

دلت الآية على أن الشاهد الذي يكتم شهادته آثم، وهؤلاء المجنون والصبي والمغفل لا يلحقهم الإثم لأن التكليف مرفوع عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل" (1).

— كما ذهبوا إلى القول أن الشهادة من باب الولاية، وهؤلاء ليست لهم الولاية على أنفسهم فأولى ألا تكون لهم على غيرهم (2).

2- إذا كان الغرض من الإشهاد جلب نفع أو دفع ضرر:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم قبول شهادة من يتهم في شهادته بجر نفع، إلى نفسه أو لغيره ممن يهمله أمرهم سواء أكان هذا النفع مادياً أو معنوياً، وكذلك اتفقوا على عدم قبول إشهاد من يتهم في شهادته بدفع الضرر عن نفسه (3) فهي تمة في الشاهد تجعل شهادته ممنوعة ولا يأخذ الحاكم بها، ولا يلزمه الحكم بما نصا وروحا، ولذلك قعد الفقهاء قاعدة مفادها أن: كل شهادة جرت مغنماً، أو دفعت مغرماً لم تقبل للتهمة .

وصور الشهادة الممنوعة لجلب نفع كثيرة منها: شهادة القريب لقريبه، والأب لابنه، والزوج لزوجه، أو الشريك لشريكه، وكذا شهادة الغرماء — الدائنين — للمفلس بعد الحجر عليه لدين. ومن صور الشهادة الممنوعة لدفع ضرر: كأن يكون الشاهد خصماً للمشهود عليه، وكذا شهادة الوصي لإبراهمه من دين كان على الموصى، لكي يدفع بها المطالبة عن نفسه.

واستدلوا على ذلك بقوله عز وجل: "ذَلِكَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا" (4).

والتهمة بجلب نفع أو دفع ضرر ريبية، فتمنع الشهادة، لأن من شروطها أن لا يكون الشاهد متهماً وبقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لا تقبل شهادة ظنين ولا خصم" (5).

(1) البخاري، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاق والكره...، ج7، ص59.

(2) ابن كثير إسماعيل أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع. الجزائر 1410هـ-1990م، ج1، ص360.

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988م، ج2، ص453.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

(5) ابن عبد البر أبو عمر، الاستذكار الجامع لعلماء الأمصار، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، كتاب الأفضية، باب ما جاء في

الشهادات، رقم 1392، دار قتيبة للطباعة. دمشق ط الأولى. 1414هـ-1993م، ج22، ص29.

.....(الفصل التمهيدي: مداخل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث)

فهذه النصوص تدل على أن المتهم في شهادته لا تقبل، لأن الشهادة يجب أن تؤدى لله وإذا كانت لغير ذلك لا تتحقق فيها العدالة، ولا تقع على الوجه الصحيح المطلوب منها.
ثانيا: الموانع المختلف فيها:

مما اختلف الفقهاء في قبول أو رد شهادتهم شهادة الأعمى فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم قبولها مطلقاً⁽¹⁾، ومذهب مالك الجواز مطلقاً في الأقوال والأفعال⁽²⁾ وقال الشافعي تجوز شهادته فيما تحمله من أقوال قبل أن يصاب بالعمى، وأما الأفعال المرئية فلا تجوز شهادته فيها مطلقاً سواء علمها قبل العمى أم لم يعلمها⁽³⁾ وذهب الحنابلة إلى جواز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت في الأقوال. ولكل مذهب أدلته في ذلك.⁽⁴⁾

كما اختلفوا في شهادة الأخرص الذي لا يتكلم، فمن اشترط أن تكون الشهادة باللفظ منعها وهم الحنفية والحنابلة واستدلوا على ذلك بأن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتف بإيماء الناطق، ولا يحصل اليقين بالإشارة وإنما أكتفي بها في أحكامه المختصة به لضرورة⁽⁵⁾.

وذهب مالك والشافعي وابن المنذر إلى قبول شهادة الأخرص إذا فهمت إشارته لأنها تقوم مقام نطقه في الأحكام، ككناحه، وطلاقه، وظهاره... فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر على صحة قوله بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا.

كما اختلف الفقهاء في شهادة المحدود في القذف، فذهب أبو حنيفة وأصحابه، إلى عدم قبول شهادته إذا تاب واستدلوا بما يأتي:

— أن الله سبحانه وتعالى أبد المنع من قبول شهادته في قوله عز وجل: "...وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا" ⁽⁶⁾.

(1) السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج16، ص129

(2) الخرشي، المصدر السابق، ج7، ص172

(3) الشافعي، المصدر السابق، ج7، ص48

(4) ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج12، ص61

(5) السرخسي، المصدر نفسه، ج16، ص130، وابن قدامة، المصدر نفسه، ج12، ص63

(6) سورة النور، الآية: 04

.....(الفصل التمهيدي: مرجع للتعميم، مصطلحات جنود البحر)

— أن المنع من قبول شهادته جعل من تمام عقوبته ولهذا لا يترتب المنع إلا بعد الحد، فلو قذف ولم يحد لم ترد شهادته، ومعلوم أن الحد إنما زاده طهرة وخفف عنه إثم القذف أو رفعه، فهو بعد الحد خير منه قبله، ومع هذا فإنما ترد شهادته بعد الحد لأن ذلك من تمام عقوبته وحده. وما كان من الحدود ولو أزمها فإنه لا يسقط بالتوبة، ولهذا لو تاب القاذف لم تمنع توبته إقامة الحد عليه فكذلك شهادته وفي ذلك يقول سعيد بن جبير (تقبل توبته فيما بينه وبين الله من العذاب العظيم ولا تقبل شهادته).

— القذف تعد على حق الآدمي من ناحية، وعلى حق الله تعالى من ناحية أخرى، فهو من أشد الجرائم خطورة. ورد الشهادة من أقوى أسباب ردع المتهم لما فيه من إيلاام القلب⁽¹⁾.

وذهب مالك والشافعي وأحمد إلى قبول شهادته بعد التوبة⁽²⁾ واستدلوا على ذلك بما يأتي:

— قال الشافعي رحمه الله: (بلغني عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان يجيز شهادة القاذف إذا تاب وأصلح فشهادته في كتاب الله تقبل).

— رد الشهادة بالقذف إنما هو مسند إلى العلة التي ذكرها الله عقب هذا الحكم وهي الفسق، وقد ارتفع الفسق بالتوبة، وهو سبب الرد فيجب ارتفاع ما ترتب عليه وهو المنع⁽³⁾.

— القاذف فاسق بقذفه حد أو لم يحد فكيف تقبل شهادته في حال فسقه و ترد شهادته بعد زوال فسقه ولا عهد لنا في الشريعة- يقول ابن قيم الجوزية- بذنوب واحد أصلاً يتوب منه صاحبه، و يبقى أثره المترتب عليه من رد الشهادة. وهل هذا إلا خلاف المعهود منها. و خلاف قوله صلى الله عليه وسلم: "التائب من الذنب كمن لا ذنب له."⁽⁴⁾ فتوبته من القذف تنزل منزلة من لم يقذف، فيجب قبول شهادته⁽⁵⁾.

(1) البهنسي أحمد فتحي، المرجع السابق، ص 79-80.

(2) الشافعي، المصدر السابق، ج 7، ص 48.

(3) البهنسي أحمد فتحي، المرجع نفسه، ص 82.

(4) ابن ماجه، المصادر السابق، كتاب الزهد، باب ذكر التوبة، رقم 4250، ج 2، ص 1420.

(5) ابن قيم الجوزية، المصدر السابق، ج 1، ص 126.

المطلب الثاني: 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 بشيء من التفصيل فيما يأتي:

الفرع الأول: 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⁾، ويكون إشهاده هذا أو شهادته شفوية مستمداً إياها من ذاكرته وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية.

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 71 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص (يدلي الشاهد بشهادته دون الإستعانة بأية مذكرة)⁽²⁾ ولكن في حالة الضرورة أو في حالات إستثنائية يقع فيها تدوين تلك الشهادة، فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن لشاهد أن يبرز لها مذكراته⁽³⁾.

الفرع الثاني: الإشهاد بالسمع والتسامع، وبالشهرة العامة.

لم يفرق الفقهاء بين تعريفي الشهادة بالتسامع، وشهادة السماع، والشهرة العامة وأعطوها الأحكام نفسها وصورتها كالاتي:

(1) السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج2، ص311-312.

(2) الأمر رقم 66/154، المؤرخ في 8 أوت 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(3) بكوش نجي، المرجع السابق، ص190.

ذهب ابن رشد إلى أن المراد بما تقرير الشاهد بما يتناقله الناس عن الواقعة المشهود بها، أي أنها تكون نقلا عن خير ذائع متواتر، أو مستفيض إستفاضة تؤدي إلى غلبة الظن الذي يقرب من القطع وهي عنده على ثلاثة مراتب⁽¹⁾.

المرتبة الأولى: تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة ... ونحو ذلك، إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم.

المرتبة الثانية: شهادة الإستفاضة، وهي تفيد ظنا قويا، يقرب من القطع و يترفع عن شهادة السماع، مثل أن يشهد أن عبد الرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك. فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا روي الهلال رؤية مستفيضة، و رآه الجمع الغفير من أهل البلاد و شاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر سواء لمن رآه أم لم يره. و حكمه حكم الخبر المستفيض⁽²⁾ لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم و لا تعديل.

المرتبة الثالثة: وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها، و صفتها أن يقولوا سمعنا سمعنا فاشيا من أهل العلم و غيرهم، كقول أهل الحديث إننا لم نزل نسمع من الثقات و هذه الشهادة تفيد ظنا دون شهادة الإستفاضة، و أجزت للضرورة و هي تقبل في: البيوع، و الأحباس، و الصدقات، و الرضاع، و الخلع، و النكاح، و القسمة، و النسب، و الهبات، و الوصية... و غيرها بشروط معينة⁽³⁾.

(1) ابن فرحون، المصدر السابق، ج، 1 ص 426

(2) الخبر المستفيض: هو الخبر المشهور الذي يتحدث به الناس و الذي يتلقاه الشخص عن عدد كبير من الثقة الذين لم يبلغوا حد التواتر.

(3) إن محل شهادة السماع فقد ذكره القاضي أبو الوليد بن رشد من المواطن التي يشهد فيها بالسماع أحدا و عشرين موطنا و قد نظمها في هذه الأبيات:

أيها سائلي عما ينفذ حكمه ... و يثبت سمعا دون علم بأصله
ففي الغزل و التحريم و الكفر بعده ... وفي سفه أو ضد ذلك كله
و في البيع و الإحباس و الصدقات مع ... رضاع و خلع و نكاح و حماه
و في قسمة أو نسبة و ولادة ... و موت و حمل و المضر بأهله
فقد كملت عشرين من بعد واحد ... تدل على حفظ الفقيه و نبه .

الحصري أحمد، المرجع السابق، ج 1، ص 422، 423

.....(الفصل التمهيدي: مدخل للعرب بمصطلحات أصول البصير)

وذهب فقهاء القانون إلى أن المقصد من الشهادة السماع. أن يشهد الشاهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآه بعينه، أو سمعها بأذنه، و مثال ذلك: أن يشهد شخصا أمام القضاء أنه سمع شخصا آخر يروي له التعاقد على البيع أو على القرض. وقد سمعه بأذنه⁽¹⁾.

إذا ميزنا بين التعريفين الشرعي، و القانوني لتضح لنا أن الفرق بينهما أن شهادة السماع عند فقهاء الشريعة تبنى على الإستفاضة في السماع من أهل العدل وغيرهم. أما عند فقهاء القانون فيكفي أن يكون السماع مأخوذ عن شخص واحد.

كما أنها عند فقهاء الشريعة لا يعرف فيها ناقل الخبر بعينه لأهم كثير، أما عند فقهاء القانون فإنه يمكن أن يكون شخص أو أشخاص معينين، و معروفين يمكن الوصول إليهم.

و شهادة السماع عند فقهاء القانون جائزة حيث تجوز الشهادة، الأصلية، و يقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية. وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة، و لكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها.⁽²⁾

أما عند فقهاء الشريعة فمقتضى النصوص والقياس أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه لقوله تعالى: ⁽³⁾

وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ
يَعْلَمُونَ ﴿٨٦﴾

⁽¹⁾ ومن أهم الشروط التي حددها لها الفقهاء هي:

- أنه لا يستخرج بها من يد حائز، و إنما يشهد بها لمن كان الشيء بيده فتصح حيازته.
-الزمان: و قد اختلفوا في تقديره فذهب مالك إلى أنه لا تجوز شهادة السماع في ملك الدار خمس سنين. وقال ابن القاسم:

وإنما تجوز فيما أتت عليه أربعون سنة ...

-السلامة من الريب: فإن شهد اثنان بالسماع و في القبيلة مائة من أسياها لا يعرفون شيئا عن ذلك. لم تقبل شهادتهما. إلا أن يكون علم ذلك فاشيا فيهم - أن يكون السماع فاشيا من الثقات.

⁽²⁾ السنهوري عبد الرزاق ، المصدر السابق، ج02، ص 312.

⁽³⁾ سورة الزخرف الآية: 86.

.....(الفصل التمهيدي): مخرج التعريف، مصطلحات جنود البحر

ولقوله صلى الله عليهم: "إذا علمت مثل الشمس فاشهد و إلا فدع"⁽¹⁾ ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم والشاهد في السماع، وشهادة الإستفاضة لم يحصل له العلم اليقيني عن طريق النظر⁽²⁾.

و مع مخالفة شهادة السماع للنصوص و القياس إلا أن الفقهاء قبلوها في النسب، و الموت، و النكاح، و الدخول، و ولاية القضاء استحسانا، ووجه الإستحسان أن العادة جارية بذلك، و ذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة و إنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته، و ينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان، و كذلك عند الموت لا يحضره غالبا إلا الأقارب فإذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان، وكذلك النكاح لا يحضره كل شخص و إنما يخبر بعضهم بعض أن فلانا تزوج فلانة، و كذلك الدخول لا يعلم إلا بإمارات فإن الوطاء لا يشاهد، و كذلك ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص...

و إذا كانت العادة أن علم هذه الأشياء غالبا لا يحصل إلا لبعض الأفراد، و أن الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة و إلا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على السنين كالنسب، و النكاح، و الإرث، و الموت و يترتب عليها أمور كثيرة مثل العدة، و الإحصان، و كمال المهر في الدخول.

و حسما للتزاع على وجوب الشهادة بأن عائشة بنت أبي بكر رضي الله عنهما، و أمها زوجة النبي صلى الله وسلم، و أنه دخل به، و أن عليا رضي الله عنه ابن أبي طالب، و أن شريحا كان قاضيا، و أن أبا بكر، و عمر، و عثمان، و عليا رضي الله عنهم ماتوا و إن لم نعاين شيئا من ذلك.⁽³⁾

أما المقصود بشهادة السماع عند فقهاء القانون فهي غير الشهادة السماعية، و هي الشهادة بما يتسامعه الناس، و هي لا تنصب على الواقعة المراد اثباتها بالذات، بل على الرأي الشائع في جماهير الناس من هذه الواقعة.

(1) سبق تخريجه، ص 30.

(2) الفيروز آبادي، المصدر السابق، باب شهد، ص 372.

(3) ابن أبي الدم شهاب الدين إبراهيم، أدب القضاء، تحقيق: محمد عبد القادر عطار، دار الكتب العلمية بيروت ج 1، ص 270-269.

.....(الفصل التمهيدي): مرئيل للتعريف بمصطلحات عنوان البحث

أما الشهادة السماعية فهي تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، و لكن على أن الشاهد إطلع عليها إطلاعاً شخصياً بالسمع أو الرؤية.

إذن: فالشهادة السماعية يمكن تحري مبلغ الصدق فيها، و صاحبها يتحمل مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات، بعكس الشهادة بالتسامع التي الشاهد فيها لا يروي عن شخص معين، ولا عن واقعة بالذات، بل يشهد بما تسامعه الناس عن هذه الواقعة، و ما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحري و لا يحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيها شهد به.⁽¹⁾

أما الشهادة بالشهرة العامة فهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح إذ تعتمد على ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي، تدون فيها وقائع معينة، يشهد بها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الإعلان العام أو الشهرة العامة و مثالهما يعرف في الجزائر بالتقارر في الزواج و التركات⁽²⁾.

فالشهادة بالشهرة العامة تعتمد على السماع المتفشي، و لكنها تفترض و جود موظف عمومي هو الموثق يدلي بالشهود أمامه بإفادتهم. و لم يحدد المشرع الجزائري أي قيمة خاصة للشهادات بالتسامع بمختلف صورها. و عليه فإن قيمتها متروكة لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامة.

أما المشرع المصري فلم يقبلها بوجه عام في المسائل المدنية في التطبيق القضائي إلا في بعض الحالات الإستثنائية، لأنها مجرد قرينة بسيطة يؤخذ بها بكثير من الحذر والإحتياط.⁽³⁾

الفرع الثالث: الشهادة على الشهادة:

و صورتها أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع (أشهد على شهادتي أنني أشهد أن فلانا ابن فلان أقر عندي بكذا ثم يقول شاهد الفرع بعد ذلك في مجلس القضاء و أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا ابن فلان أقر عنده بكذا وقال لي أشهد على شهادتي بذلك.⁽⁴⁾

(1) السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج 02، ص 214.

(2) التقارر في الزواج: وذلك في حالة عدم تمكن الزوجين من تسجيل عقد زواجهما في الوقت المناسب فيقدمان إلى الموثق صحة شهود يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة، و يدلون بشهادتهم أمامه و كذا الحال بالنسبة للتركات.

(3) السنهوري عبد الرزاق، المصدر نفسه، ج 02، ص 215.

(4) ابن الهمام، المصدر السابق، ج 7، ص 464 - 465.

و لم يتضمن القرآن و لا السنة النبوية المطهرة النص على الشهادة على الشهادة. و إنما جوزها الفقهاء استحسانا لشدة الحاجة إليها، لأن شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لظروف معينة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة لأدى ذلك إلى ضياع حقوق كثيرة، وفي ذلك ضرر على الناس و مشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل.

و قد اختلف الفقهاء في مشروعية القضاء بالشهادة على الشهادة على التفصيل الآتي:

- اتفق الفقهاء على أن الشهادة على الشهادة جائزة في الأموال و ما يقصد به المال بالإجماع.
- و قال الإمام مالك و أبو ثور، و الشافعي في المشهور عنه تقبل في الحدود و في كل الحقوق لأن ذلك يثبت شهادة الأصل فيثبت بشهادة الفرع. لأن الفروع عدول، و قد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم فصاروا كالترجم (1).
- و ذهب الإمام أحمد و أبو حنيفة، و في رواية ثانية للشافعي أنها تقبل في الأموال، و ما يقصد به المال و لا تقبل في الحدود، و القصاص، و حجتهم في ذلك ما يأتي:
- * أن الشهادة على الشهادة إنما تقبل في الأموال للحاجة، و لا حاجة إليها في الحد لأن الستر على صاحبه أولى من الشهادة عليه وذلك لأن الحدود مبنية على الستر و إنما تدرأ بالشبهات.
- * أن الشهادة على الشهادة تثبت بالإستحسان إذ لا نص عليها. و لا يصح قياس الحدود على الأموال في ذلك لما بينهما من فرق في الحاجة و التساهل فيها (2).

شروط الشهادة على الشهادة:

- اشترط فيها الفقهاء عدة شروط لقبولها و هي:
- أنها لا تقبل إلا بموت شاهد الأصل أو غيبته مسيرة أيام، أو مرضه مرضا لا يستطيع معه حضور مجلس القضاء لأن النقل عنهم - أي الأصول - مع حضورهم مشعر بريية. و أيضا لأن الحاصل للقاضي من سماع شهادة الأصل أقوى من الظن الحاصل له من شهادته الفرع فلا ينبغي أن يقتصر على الأضعف مع قدرته على الأقوى.
- أن تتحقق شروط صحة الشهادة من العدالة و غيرها في كل من شهود الأصل و الفرع لأن الحكم يبني على الشهادتين جميعا (3).

(1) ابن فرحون، المصدر السابق، ج. 01، ص 435.

(2) البيهقي منصور بن يونس، المصدر السابق، ج 3، ص 559.

(3) التبريري أحمد، المصدر السابق، ج 01، ص 424-426.

أما الفقه القانوني فإنني لم أعثر على ما يؤيد قبول هذا النوع من الإشهاد أو رفضه لدى المشرع الجزائري. أما المشرع المصري فقد أشار إلى نفي هذا النوع بنصه في المادة 83 (من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو الإشارة)⁽¹⁾ فهذه المادة وإن لم تنص صراحة على منع أو رفض قبول الشهادة على الشهادة إلا أنها لا تعط للمريض الحق في إنابة غيره فيما شهد عليه. وإنما قيدت حقه في الإشهاد بالكتابة أو الإشارة فقط.

الفرع الرابع: شهادة الاستغفال:

صورة هذا النوع من الشهادة أن يدخل الرجل شهودا خلف ستر، ثم يستمر الذي يشتعل في الحديث، وذلك عندما يكون لرجل آخر حق يجحده علانية، ويقره سرا فيختبئ شاهدان خلف حائط أو ستر في مكان لا يعلم بما المشهود عليه، ليسمعا إقراره بالحق ثم يشهد به لدى القاضي، وعادة ما يفعل هذا النوع من الشهادة للخائن والفاجر⁽²⁾.

ولقد اختلف الفقهاء في قبول شهادة الاستغفال فذهب الإمام الشافعي، وأحمد في المشهور عنه إلى قبول شهادة الاستغفال.

وحجتهم في ذلك: - قبول شهادة الأعمى على معرفة الصوت.

- أخذ الناس عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم من وراء الحجاب والستار.

- قول النبي صلى الله عليه وسلم "إن بلالا⁽³⁾ ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي أن أم مكتوم"⁽⁴⁾، ولقد كان الناس يسمعون أصواتهما وهم في بيوتهم، بالإضافة إلى أن الشهود شهدوا

⁽¹⁾ الأمر رقم: 25 لسنة 1968، المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية و الجمهورية المصرية العربية.

⁽²⁾ ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 462.

⁽³⁾ هو بلال بن رباح الحبشي، أمه حمامة. قيل أن أصله من الحبشة الذين جاءوا مع أبرهي الحبشي، أسلم في مكة. ولقد عذب في سبيل ذلك حتى اشتراه أبو بكر رضي الله عنه من سيده أمية بن خلف، هاجر إلى المدينة وأخى الرسول صلى الله عليه وسلم بينه وبين عبيده بن الجراح، وكان مؤذن النبي صلى الله عليه وسلم، شهد معه المشاهد كلها، وبعد وفاته صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة إلى أن توفي.

ابن حجر العسقلاني المصدر السابق، ج 1، ص 169.

⁽⁴⁾ ابن أم مكتوم هو عمرو بن قيس بن زائدة كناه النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله، أمه عاتكة بنت عبد الله أسلم بمكة وكان من المهاجرين الأولين، كان كفيفا وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستعمله على المدينة، في عامة غزواته يصلي بالناس نزلت في شأنه سورة عبس وكذا قوله تعالى: << غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ >>= ابن حجر العسقلاني المصدر نفسه، ج 2، ص 217.

بما سمعوا يقينا فقبلت شهادتهما كما لو علموا بها (1).

وذهب الإمام مالك إلى التفصيل في قبولها ، بأنه إذا كان المشهود عليه ضعيفا أو خائفا لم يقبل عليه وإن كان على غير ذلك قبلت .

وعلى العموم من أجاز شهادة الإستغفال 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.

وذهب الإمام أحمد في رواية ثانية عنه. إلى أنه لا تقبل شهادة الإستغفال، وحثته في ذلك قوله تعالى: (2)

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَاجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ
بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ
أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ
تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴿١٢﴾

وقوله صلى الله عليه وسلم : "من حدث بحديث ثم لالتفت فهي أمانة" (3)

يعني أنه لا يجوز لسماعه ذكره عنه لإلتفاته ، وحذره، وكذا لأنه لا يندب للشاهد أن يختفي ليشهد، ولا إفتراض 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 إلا أنها إن وجدت فإنها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، كشهادة الإسترعاء (4)، وشهادة

(1) البخاري ، المصدر السابق، كتاب الشهادات باب شهادة الأعمى وأمره ونكاحه ، ج 3 ، ص 225، وكذا كتاب

الأحكام باب ما جاء في إجازة خير الواحد العدد وهو ج 9 ص 208.

(2) سورة الحجرات الآية : 12 .

(3) الترميذي محمد بن عيسى السنن، أبواب البر و الصلة، باب ما جاء في المجالس أمانة، دار الفكر، بيروت، ط

الثانية، 1403 هـ - 1983 م، ج 3، ص 230 .

(4) شهادة الإسترعاء : وصورتها أن يكتب شخص بإشهاد فلان وفلان أنه متى قام بتصرف معين من تبيس أو بيع أو هبة

لشاةة شخص معين، وتقبل في حالات التخوف من ظالم جائر أو غاصب ... أو نحو ذلك.

التوسم⁽¹⁾، وشهادة النفي⁽²⁾، شهادة الإستدلال والتخمين والنظر⁽³⁾.

يمكن تلخيص كل ماتقدم فيما يأتي:

يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لو يعطي الناس لدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي .." فهذا الحديث يصور، ويعكس طبائع الناس إذ ليس كل من يدعي حقا فهو له، إذ قد يلجأ الناس لذلك لتضليل القضاء، وإيضفاء جانب الشرعية على ما إكتسبوه ظلما وعدوانا .

ومما سبق تبين لنا أهمية الإثبات في صيانة الحقوق والمكتسبات، والإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني، وهذا التعريف القانوني للإثبات يوافق التعريف الشرعي للبينة، التي 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 إثبات الحقوق، ومن هذه الوسائل الإشهاد الذي جعله فقهاء الشريعة في طليعة وسائل الإثبات.

والإشهاد في اللغة يطلق ويراد به عدة معاني منها: العلم، والحلف، والمعانة، والحضور، والخبر القاطع، والإعلام، والآداء .

أما تعريفه في الاصطلاح الشرعي فعرف بعدة تعريفات مختلفة لفظا متقاربة معنا لدى فقهاء المذاهب ويمكن تعريفه: بأنه إخبار عدل حاكما بما علم، ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه سواء

(1) شهادة التوسم: والتوسم لغة مؤخوذ من الوسم، وهو التأثير بخديدة في جلد البعير تكون علامة يستدل بها، واصطلاحا: صورتها أن يشهد الرفاق في القافلة تمر بالقرى، والمدائن فتقع بينهم نزاعات وخصومات عند قاضي القرية، والمدينة التي مروا بها. فتجوز شهادة بعضهم على بعض على سبيل الإستثناء للضرورة .

(2) شهادة النفي: وهي الشهادة التي يكون فيها النفي معلوما بالضرورة، والظن الغالب، ومثاله الشهادة على حصر الورثة كأن يقول الشاهد أن المتوفي ليس له وارث غير هذا فالشاهد هنا يسند إلى الظن إذ قد يكون هناك وارث لا يعرفه .

(3) شهادة التخمين والنظر والإستدلال: ومثالها الشهادة في تقييم المتلفات، إذا لم تكن عينها حاضرة ووصفها المدعي عليه

فقومت بتلك الصفة . كأن يحترق زرع معين فإنه يقوم بتقويمه عن طريق التخمين والتقريب .

ينظر في ذلك إلى: الحصري أحمد، المرجع السابق، ج 1، ص 426 .

ابن فرحون، المصدر السابق، ج 01، ص 460 - 469 .

.....الفصل الثماني: مدخل للتعرّف بمصطلحات أصول الفقه

أكان ذلك بلفظ أشهد أم لا على خلاف بين المذاهب ، وهو ما يوافق تعريف الفقه القانوني ، هذا الأخير الذي كثيرا ما يطلق على الإشهاد لفظ البينة . وإن كانت هناك بعض التشريعات الوضعية التي تطلق لفظ الإشهاد وتقصد به ما يحصل أمام المحاكم الشرعية بصفة رسمية من تسجيل للإشهادات ، كإشهادات الزواج ، وإشهادات الطلاق ...

والإشهاد مشروع بالكتاب والسنة ، وإجماع فقهاء الأمة للحاجة إليه في إثبات الحقوق .

ويتميز بعدة خصائص، منها ما يتعلق بالإشهاد نفسه بأن يكون موافقا لموضوع الدعوى ، وأن يكون معلوماً،

ومنها ما يرجع إلى مؤدي الإشهاد وما يشترط فيه من شروط التكليف ، والعدالة ، والعدد، والجنس ...

وللإشهاد باعتباره وسيلة من أهم وسائل الإثبات عدة أنواع، منها ما يتعلق بأصل الشهادة وهو ما يعرف بالإشهاد المباشر أو الشهادة على الأصل ، ومنها شهادة التسامع والتي تكون بما يتسامعه الناس وتتداوله الألسنة، دون أن تنسب إلى أصل أو مصدر معين، والشهادة على الشهادة وهي: التي ينقل فيها الشخص شهادة آخر إلى مجلس القضاء .

الفصل الأول:

الإشهاد ودوره في إثبات الزواج، وأثر تخلفه عنه.

المبحث الأول: طبيعة الإشهاد في عقد الزواج، ودوره في إثباته.

المبحث الثاني: الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج.

..... (المفتن الأول: الزواج ودوره في إثبات الزواج وأثر تخلفه عنه)

- لقد خلق الله عز وجل الإنسان، وجعله خليفة في الأرض، واستعمره فيها، ولتتم هذه الخلافة على أكمل وجه شرع له وسيلة لتكاثره وتناسله، تتناسب مع طبيعته. ومع مكانته التي ميزه بها عن سائر المخلوقات لقوله تعالى: ^{٣٦} «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ»^(١).

وهذه الوسيلة هي الزواج، ولقد علق الشارع الكريم على هذا الزواج أحكام كثيرة تبقى آثارها على مر الزمان، كثبوت النسب، وحرمة المصاهرة، واستحقاق الميراث... وغيرها. لذلك كان من الواجب إحاطته بجملة من الأركان، والشروط عند إنشائه. تعكس مكانته للناس، وتصونه وتدفع احتمال جحوده وإنكاره.

ومن بين هذه الشروط الإشهاد في عقد الزواج، ولمعرفة دوره في صيانة العلاقة الزوجية، وإثباتها، وأثر تخلفه عنها قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في الأول منهما طبيعة الإشهاد في عقد الزواج، ودوره في إثباته، ونتعرض في الثاني منهما إلى الأثر الذي ترتب على العلاقة الزوجية نتيجة غياب الإشهاد عنها.

المبحث الأول: طبيعة الإشهاد في عقد الزواج ودوره في إثباته

وذلك من خلال دراسته في مطلبين

المطلب الأول: طبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج.

الفرع الأول: التعريف بعقد الزواج:

قبل التفصيل في الإشهاد في عقد الزواج، والطبيعة الفقهية، والقانونية له، ومدى أهميته في إثباته، نتعرض وبشيء من الإيجاز إلى التعريف بعقد الزواج.

البند الأول: التعريف بالعقد

أولاً: العقد في اللغة: ما يمسك الشيء ويوثقه^(٢). وعرف بأنه: الاتفاق بين طرفين، يلتزم كل منهما بمقتضاه، تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع، والزواج^(٣).

(١) -سورة الاسراء ، الآية 70 .

(٢) -الفيومى ،المصدر السابق، مادة عقد ص275.

(٣) -ابراهيم أنيس وآخرون، دار الفكر، بيروت ،ج2، ص614.

.....(الفصل الأول: الزواج وصورته في إنباس الزواج وأثر تحفده عنه

ثانيا: العقد اصطلاحا: عرفه الجرجاني بأنه: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا. وربط أجزاء التصرف هو عبارة عن اتفاق بيني عليه التزام، كما تبني عليه آثار⁽¹⁾.

البند الثاني- التعريف بالنكاح والزواج: يطلق على العقد بين الرجل والمرأة، لفظ النكاح، كما يطلق عليه لفظ الزواج، ولذلك نتعرض إلى تعريف كل منهما في اللغة، والاصطلاح.
أولا: التعريف بالنكاح:

أ- النكاح في اللغة: هو الضم، والجمع، تقول العرب: تناكحت الأشجار، إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض.⁽²⁾

وسمي العقد المعروف بين الرجل والمرأة باسم النكاح في الاصطلاح لأن كل واحد من الزوجين يرتبط بالآخر، ويقترن به. وكذا لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى آخر شرعا، إما وطأ، وإما عقدا، حتى صار فيه كأنهما واحد.⁽³⁾

ولقد اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح هل الأصل فيه العقد أو الوطء؟.

فذهب الحنفية⁽⁴⁾ إلى أن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالاستعمال اللغوي بأن النكاح يطلق ويراد به البضع في نوع الإنسان خاصة⁽⁵⁾ كما استدلوا بالنصوص الشرعية من القرآن والسنة التي إذا أطلق فيما لفظ النكاح أريد به الوطء ومثاله قوله تعالى: "الزاني لا ينكح إلا زانية.." ⁽⁶⁾ المراد بالنكاح في الآية الوطء. وقوله عز وجل "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" ⁽⁷⁾.

(1) - الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص166..

(2) - سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، بيروت. ط الثانية 1408 هـ 1988 م، ص285.

(3) - الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار الفرائس. الأردن، ط الثانية. 1418 هـ -

1997 م، ص10.

(4) - السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج 4، ص192-193.

(5) - ابن منظور، المصدر السابق، مادة نكح، ج3، ص714.

(6) - سورة النور، الآية: 03.

(7) - سورة البقرة، الآية: 230.

.....الفتن للزواج: (الزواج وروحه في نبات الزواج) وأثره عند

ولقد جاءت الأحاديث صريحة قاطعة، بأن النكاح الذي تحل معه المرأة لمطلقها الأول هو الذي يحصل فيه الوطاء، فأما العقد بلا وطاء فلا تحل معه لمطلقها الأول.

و لم يرد لفظ النكاح بمعنى العقد إلا بورود قرينة تدل على ذلك كقوله تعالى: "فَأَنْكِحُوا نِسَاءَ آبَائِكُمْ الَّتِي كَانُوا يَنْكِحُونَ" (1)، أي اشتراط إذن الأهل قبل العقد.

وذهب المالكية، (2) والشافعية (3) ورواية للحنابلة (4) إلى إن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء واستدلوا بأنه لم يرد في القرآن الكريم بمعنى الوطاء إلا في مواضع استثنائية، وإن أكثر استعمالاته وردت بمعنى العقد لقوله عز وجل "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاءُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ" (5).

وقد ذكر الراغب الأصفهاني في شأن ذلك (أصل النكاح للعقد، ثم استعير للجماع، ومحال أن يكون الأصل للجماع، ثم استعير للعقد، لأن أسماء الجماع كلها كنيات ولاستقبحهم ذكره...) (6)

ثمره الخلاف وفائدته:

فائدة الخلاف بين الرأيين في المسألة تظهر فيمن زنى بامرأة، فإنها تحرم على والده وولده عند الحنفية، ولا تحرم عند الجمهور.

كما تظهر فيمن علق الطلاق على النكاح، فإنه يحمل على العقد عند الجمهور، ويحمل على الوطاء عند الحنفية.

(1) - سورة النساء، الآية: 24.

(2) - الزرقاني، شرح الزرقاني للموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، 1411هـ، 1990م، ج3، ص161.

(3) - الشريبي محمد الخطيب، المصدر السابق، ج3، ص123.

(4) - ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج7، ص333.

(5) - سورة النساء، الآية: 22.

(6) - الأصفهاني الراغب، مفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة، بيروت، دت، ص505.

.....الفصل الثالث: الزواج ودوره في إنبات الزواج وذكره مختلفه عند

والزوج يراد به كل من الرجل والمرأة اللذان تم العقد بينهما، على استمتاع كل واحد منهما بالآخر. (1) ويقال لكل واحد من القرينين من الذكر والأنثى في الحيوانات المتزاوجة زوج ولكل قرينين فيها وفي غيرها زوج. ولكل ما يقترن بآخر، مماثلا له، أو مضاد زوج.

وقال تعالى: " فجعل منه الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى " (2) وقال تعالى: " أَحْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ " (3) أي أقرانهم المقتدين بهم في أفعالهم، وقوله تعالى: " وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ " (4) من حيث أن له مثيلا أو ضدا. (5)

ب-تعريف الزواج اصطلاحا:

وردت جملة تعاريف للزواج في الاصطلاح الفقهي، والقانوني للزواج نذكر منها ما يأتي:
الزواج عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي. (6)

والزواج عند ابن عرفة هو: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية، غير موجب قيمتها، قبله، غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر.
شرح التعريف:

عقد: لأن فيه إيجاب وقبول من جانبيين، والعقد فيه لزوم للعاقده على نفسه أمرا من الأمور.
على مجرد: احترز به من العقد على المنافع، والذوات.
متعة التلذذ: ولم يقل التمتع، لان التمتع يكون في الأمور الحسية، أما التلذذ فيكون في الحسية، والمعنوية، مثل: تمتع الجاه، والولاية.

بآدمية: أخرج بذلك التمتع بالطعام والشراب.

(1) - قلعجي محمد رواس، قنبي حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الأردن، ط الثالثة، 1988، ص 234.

(2) - سورة القيامة، الآية 39.

(3) - سورة الصافات، الآية: 22.

(4) - سورة الذاريات، الآية 49.

(5) - الرازي محمد بن أبي بكر، المرجع السابق، ص 142-143

(6) - ابن الهمام، المصدر السابق، ج 3 ص 186

بيينه: أخرج بذلك الزنا.

غير عالم عاقده حرماتها: أخرج بذلك نكاح المحرمات، ونكاح المتعة.

إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر: فيشمل التحريم كل ما حرم بالكتاب، والإجماع⁽¹⁾.

والملاحظ لهذين التعريفين أنهما حصرا الزواج على مجرد حل الاستمتاع، قاصرين أهدافه ومقاصده على جانب الشهوة فقط، دون التطرق إلى مقاصده، وأهدافه الأخرى، وذهب أبو زهرة - رحمه الله - وهو من العلماء المعاصرين إلى تعريف الزواج بقوله: الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد مالكيهما من الحقوق، وما عليه من واجبات⁽²⁾.

والمتأمل لهذا التعريف يجد أنه يكشف على حقيقة الزواج، ومقاصده فهو عقد دائم في انعقاده، وإن كان للطرفين الحق في حله لسبب من الأسباب، وتترتب عليه آثاره الشرعية من حقوق وواجبات بعكس المعاشرة الحرة بلا إيجاب ولا قبول فهي عبارة عن سفاح، وما يترتب عليها هدر، ولا تلزم أحد الطرفين نحو الآخر بشيء على الإطلاق بل أوجب الشرع التفرقة بينهما بالقوة حرصا على تكوين الأسرة، وعلى العقد الشرعي، وما يترتب على ذلك من تحريم وميراث... الخ.

لأن الشارع الكريم يعتبر ذلك النوع من العلاقات الإباحية عبارة عن هدم للكيان الشرعي الذي نظم حياته بقوانين عامة يجب أن يخضع لها الفرد لمصلحة المجموع⁽³⁾.

أما في 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

(1) - الرضاع، محمد الأنصاري شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأحضان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993، ج 1، ص 235 إلى 240.

(2) - أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي. القاهرة، دت. ص 44.

(3) - سيد عبد الله علي، المقارنات التشريعية، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرون. دار السلام ط الأولى 1421هـ - 2001، ج 1، ص 156.

أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب).⁽¹⁾

والملاحظ لنص المادة يجدر بأن هذا التعريف يركز على أهداف الزواج، ومقاصده وعرفه المشرع المغربي في المادة 04 من مدونة الأسرة المغربية (الزواج ميثاق تراض، وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة).⁽²⁾ وهذا التعريف يقارب تعريف الزواج عند المشرع السوري في المادة 01 من قانون الأحوال الشخصية⁽³⁾ والمتأمل في هذا التعريف يجد أنه يكاد يكون مطابقاً لتعريف المشرع الجزائري في تحديده للزواج بأنه رباط بين رجل وامرأة على وجه شرعي، وفي ذكر أهم أهدافه، ومقاصده، إلا أنه أضاف عليه مقصداً لم يتطرق إليه المشرع الجزائري، وهو أن هذا الزواج يكون على وجه الدوام، فلا مجال للتأقيت فيه، موافقاً بذلك رأي جمهور الفقهاء من الحنفية، المالكية، والشافعية، بعكس ما ذهب إليه الشيعة الإمامية من إجازة لهذا النوع من الزواج، وهو ما يعرف عندهم بنكاح المتعة.

وعرف الزواج في نص المادة 05 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية بأنه (الزواج ميثاق شرعي، بين رجل وامرأة غايته إنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة).

ومن خلال عرض هذه التعاريف التي أوردتها بعض قوانين الأحوال الشخصية نجد أنه علاقة تكاد تكون واحدة، وإن اختلفت مصادرها في قصر تعريف الزواج في أنه علاقة بين رجل وامرأة على وجه مشروع، ثم التطرق لبعض مقاصده وهي بذلك لا تختلف عما أورده الفقهاء للزواج من تعاريف.

(1) - الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في 18 محرم 1426. الموافق : 27 فيفري 2005. المعدل والمتمم للأمر رقم 11/84

المتضمن قانون الأسرة.

(2) - الأمر رقم: 1- 04- 22 الصادر في: 12 ذي الحجة 1424، الموافق ل: 3 فبراير 2004. المتعلق بتنفيذ القانون

رقم: 03- 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(3) - تنص المادة 01 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن (الزواج عقد بين رجل وامرأة تحمل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل).

الفرع الثاني: حكم الإشهاد في عقد الزواج:

رغب الإسلام في الزواج ، وجعله آية من آياته في الكون لقوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"⁽¹⁾ وسنة من سنن الأنبياء، وهدى المرسلين، وأهم القدوة الذين يجب علينا أن نقتدي بهداهم لقوله تعالى: " وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً "⁽²⁾، ولأجل ذلك جعل له أحكاما وأركاناً تنظمه وتضبطه لتمييزه عن غيره من العلاقات وجعل له شروطا ترتقي به من مجرد علاقة بين رجل وامرأة إلى ميثاق غليظ بينهما لما يترتب عليه من آثار، ومن بين هذه الضوابط التي جعلها الشارع له الإشهاد الذي يعتبر بمثابة إقرار لما أمضاه الولي والزوجان ، وإبعاد لهذه العلاقة من أن تكون عبثاً أو سفاحاً... وإذا كان عقد الزواج بحاجة إلى إشهاد فهل هو ركن من أركان إنشائه؟ أم شرط من شروطه؟ وإذا كان شرطاً من شروطه فهل هو شرط صحة أم شرط تمام؟

وقبل الإجابة على هذه التساؤلات لنعرض إلى مفهوم الركن، والشرط ومدى المفارقة بينهما في عقد الزواج لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ولنعرض إلى موقف المشرع الجزائري، بشأن ذلك في قانون الأسرة.

البند الأول: الإشهاد على الزواج ركناً أو شرطاً:

لمعرفة حكم الإشهاد في عقد الزواج من حيث كونه ركناً أو شرطاً فيه ، نتعرض إلى مفهوم كل منهما ومدى المفارقة بينهما.

وباعتبار أن كل من الركن والشرط من المباحث الأصولية المتعلقة بالحكم الشرعي،⁽³⁾ فإنني أتناول التعريف بهما من خلال مضائهما، بعد أن ألتطرق إلى الجانب اللغوي لكل منهما.

(1) - سورة الروم، الآية: 21

(2) - سورة الرعد، الآية: 38.

(3) - الحكم الشرعي هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين إقتضاء أو وضعاً، والركن والشرط من أقسام الحكم الوضعي، ينظر: زيدان عبد الكريم ، الوجيز في أصول الفقه. مؤسسة الرسالة، بيروت، ط السابعة، 1422هـ، 2001م، ص23.

- وعرفه أبو النور بقوله: هو ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود، مع كونه داخلا في الماهية.⁽¹⁾

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

فكل من الركوع والسجود، والإيجاب والقبول أجزاء من ماهية الصلاة، والزواج، يترتب على انعدامهما انعدام الصلاة، والزواج، فهي أركان يترتب على وجودها وجود الصلاة والزواج وبانعدامها تنعدم حقيقتها.

ثانيا : التعريف بالشرط:

1. لغة: الشين والراء والطاء إذا اجتمعت تطلق ويراد بها العلامة ومن ذلك أشراط الساعة أي علاماتها لقوله تعالى: " فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا " ⁽²⁾ ، أي علاماتها وأشراط فلان نفسه لفعل كذا أي أعلمها وأعدّها له. ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرطة وشرطي.⁽³⁾

وتطلق هذه الحروف الشين والراء والطاء مجتمعة ويراد بها إلزام الشيء والتزامه، وجمعه شروط وشرائط.⁽⁴⁾

ومما سبق نجد أن كلمة شرط لا تخل من أحد معنيين:

- العلامة و إلزام الشيء والتزامه ، ولذلك تنوعت تعريفات الأصوليين للشرط حسب هذا التنوع اللغوي.

(1) - أبو النور زهير، أصول الفقه، دار المدار الإسلامي، ليبيا، 2001م، ج1، ص119.

(2) - سورة محمد الآية 18.

(3) - الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 169.

(4) - ابن منظور، المصدر السابق، باب الشرط، ج4، ص2235-2236.

2. تعريف الشرط اصطلاحاً:

لقد عرف علماء أصول الفقه الشرط بتعريفات كثيرة متنوعة ومختلفة في عباراتها متقاربة في معانيها سواء كان ذلك لدى العلماء القدامى، أم المعاصرين.

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

وقوله دون الوجوب يعني وجود الشرط لا يستلزم وجوب المشروط.

- وعرفه البخاري بعد أن أورد اعتراضاً على تعريف البزدوي مفاده أن العلة هي التي يترتب على وجودها الوجوب، وبانعدامها يتحقق العدم، لا الشرط بقوله: هو ما يقف المؤثر على وجوده في إثبات الحكم⁽¹⁾.

وعرفه القارافي⁽²⁾ بقوله: الشرط هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره. فالقيد الأول يلزم من عدمه العدم احترازاً من المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء لا وجوداً ولا عدماً.

والقيد الثاني: ولا يلزم من وجوده الوجود احترازاً من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود.

والقيد الثالث: ولا عدم احترازاً من المانع لأنه يلزم من وجوده الانتفاء.

والقيد الرابع: لذاته، احترازاً من مقارنة وجوده لوجود السبب فيلزم الوجود. ولكن ليس ذلك لذاته وهو كونه شرطاً بل لأجل السبب، أو مقارنة وجود الشرط لقيام المانع فيلزم العدم، لكن ليس بالشرط أي ذات الشرط بل لأجل المانع.

(1) - البخاري علاء الدين، المصدر السابق، ج4، ص173-174.

(2) - هو أحمد بن إدريس شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي، البهنسي المصري، أحد الأعلام المشهورين، إنتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول و العلوم العقلية، له الكثير من المؤلفات منها الذخيرة، القواعد، شرح التمهيد، التعليقات على المذهب، شرح المحضور، التواقيت في أحكام المواقيت، ت في جمادى الثانية 684هـ، ودفن بقرافة

- ينظر ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المغرب تحقيق: محمود محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ/1996م ص 62.

.....(الفتاوى الشرعية: الزكاة والصدقات والوقف والوقفات والوقفات)

زائيد الخامس: ولا يشتغل على شيء من المناسبات في ذاته بل في غيره احترازا من جزء العلة. فإنه يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، غير أنه مشتمل على جزء المناسبة ومثل له بالحوال في الزكاة. وهذا يوافق التعريف حيث أنه يلزم من عدم الحول عدم وجود الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجودا لاحتمال عدم النصاب، ولا عدم وجودها لاحتمال وجود النصاب. وعلى ذلك لو قارن وجود الشرط بوجود السبب فإنه يلزم وجوب الزكاة لكن لا لذات الشرط، بل لذات السبب⁽¹⁾.

ومن المعاصرين عرفه أبو زهرة بقوله: (الشرط هو: الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم).⁽²⁾

وعرفه عبد الكريم زيدان بهذا التعريف وزاد عليه، وكان خارجا عن حقيقته ومثل له بالوضوء في الصلاة.⁽³⁾

ومن مجموع هذه التعاريف السابقة الذكر يمكن ملاحظة أنها وإن اختلفت في مبنى العبارات إلا أنها كانت متفقة في المعنى وبذلك يمكن تعريف الشرط بأنه ما يلزم عن عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم. ويكون خارجا عن حقيقة الشيء.

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

(1) -القارافي شهاب الدين، تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تحقيق طه عبد الرؤوف نعم، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر 262-263.

(2) -أبو زهرة محمد، أصول الفقه، المرجع السابق، ص 53.

(3) -زيدان عبد الكريم، المرجع السابق، ص 59.

..... (الفصل الثامن: الإبراء وورثته في نكاح الزوج وأثر خلفه عنه

إذا كان الشاهد في الشرط بقاء رجل في وصف خارج عن الماهية. ويكون حكمه عند الجمهور البطلان وعند الحنفية الفساد⁽¹⁾

إذا كان هذا هو المقصود من الشرط والركن عند الأصوليين فإن تطبيق الفقهاء لهذين الحكمين الوضعيين على فروع الشريعة في مجال الإشهاد على الزواج كانت على النحو الآتي:

البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإشهاد على الزواج.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي.

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

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

الرأي الأول: ذهب ابن أبي ليلى⁽³⁾، وأبو ثور⁽⁴⁾، وأبو بكر الأصبم، إلا أن الإشهاد لا يشترط في الزواج، ولا يلزم. فالزواج عندهم يكون صحيحاً، ولو لم يحضره أحد سوى الزوجين⁽⁵⁾، وهو قول الشيعة الإمامية، والجعفرية، فهم لا يشترطون الشهادة في عقد الزواج، فهو صحيح بدونها، ولكنها أمر مستحب فقط كالإعلان⁽⁶⁾.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- ضعف الأحاديث التي تدل على اشتراط الشهادة لصحة الزواج.

(1) - سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه دولة في الفقه و أصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم

الإسلامية، 1417هـ، 1997م، ص188.

(2) - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص61.

(3) - ابن أبي ليلى: هو محمد بن عبد الرحمن، كوفي صدوق ثقة، ولي قضاء الكوفة، كان مفتياً ورعاً توفي رحمه الله سنة

148هـ. ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985 ج6 ص312.

(4) - أبو ثور هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أحد أقطاب المذهب الشافعي، توفي ببغداد سنة

240هـ. ينظر ابن خلكان وفايات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر بيروت، 1977، ج1، ص26.

ج1 ص26

(5) - الذهبي محمد الحسين، الشريعة الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة، القاهرة، دت، ص71.

(6) - شبلي، المرجع السابق، ص 105 - 106.

..... (لتفضل الأول): (الإرهاق ووروه في إتيان الزوج وإثر تخلفه عنه

- الآيات الواردة في شأن الزواج لا تشترط الإشهاد كقوله تعالى: "فَالْكُحُوأ مَا طَابَ لَكُمْ مِنْ النِّسَاءِ"⁽¹⁾، وقوله عز وجل: "وَالْكُحُوأ الْأَيَامَى مِنْكُمْ"⁽²⁾ فيعمل بها على إطلاقها.

- الله تعالى لم يذكر الإشهاد على النكاح، وذكره في البيع، والدين⁽³⁾. مع أن الإشهاد في النكاح أكثر خطرا لما فيه من حفظ النسب، وزوال التهم، والتوارث... وغيره من توابع النكاح، فلو كان الإشهاد فيه شرطا لما أهمله الله تعالى في القرآن لأنه مناف للحكمة.

- ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حيي رضي الله عنها، وتزوجها بغير شهود⁽⁴⁾

- ثبت فعل ذلك عن ابن عمر، والحسن بن علي، وابن الزبير، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

مناقشة أدلة الرأي الأول:

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

أولا: ما احتجوا به من ضعف أحاديث الإشهاد على النكاح، يرد عليه أن هذه الأحاديث وإن كان فيها ضعف. فان بعضها يقوي بعضها، ويصح أن يقيد بها مطلق الكتاب.

ثانيا: إن عدم ذكر الإشهاد على النكاح في القرآن الكريم، لا يعين عدم جواز اشتراطه في السنة النبوية، فان أحكام الشريعة الإسلامية تؤخذ من وحي الله في القرآن، أو من وحيه عز وجل في السنة النبوية، كما هو معلوم ومعروف، ثم قد يكون ذكر الإشهاد على البيع في القرآن الكريم هو لإرشاد الناس إلى ذلك. ولفت أنظارهم له. لأن الناس يتهاونون فيه غالبا. فكان في ذكره في

(1) - سورة النساء، الآية 03.

(2) - سورة النور، الآية 32.

(3) - قوله تعالى: "وأشهدوا إذا تبايعتم" وقوله: "واستشهدوا شهودا من رجالكم" سورة البقرة الآية: 282.

(4) - مسلم بن الحجاج النيسابوري، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها، ج 09 ص 225-

.....الفصل الثالث: (الزواج وروية إباحة الزواج) وأثر خلفه عنه

القرآن من أجل تبيينهم، ثم إن الإشهاد في البيع مندوب بحيث لا يبطل البيع بانعدامه بخلاف الإشهاد في الزواج⁽¹⁾.

ثالثاً: ما احتجوا به من أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية بنت حيي رضي الله عنها وتزوجها بغير شهود، يجب عليه بأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم فلا يلحق به غيره.⁽²⁾

الرأي الثاني: إتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽³⁾، على أن الشهادة شرط في صحة الزواج، فلا يصح بلا شهادة اثنين غير الولي، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة أدلة:

الأدلة على اشتراط الشهادة في الزواج:

استدل الفقهاء على اشتراط الإشهاد في الزواج، بما روي من الأحاديث والآثار:

1- عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة".

وقال الإمام الترمذي معلقاً على هذا الحديث: هذا حديث غير محفوظ لا نعلم أحداً رفعه أي إلى النبي صلى الله عليه وسلم إلا ما روي من عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعاً. والصحيح ما روي عن ابن عباس قوله: "لا نكاح إلا ببينة..." ثم قال الإمام الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، ومن بعده من الصحابة والتابعين وغيرهم، قالوا: "لا نكاح إلا بشهود" ولم يختلف في ذلك من مضى منهم، إلا قوماً من المتأخرين من أهل العلم.⁽⁴⁾

(1) - زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة ط الثالثة 1420هـ - 2000 م ج 6 ص

112.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ج 7 ص 340.

(3) - الكاساني علاء الدين، المصدر السابق، ج 2 ص 252. والشافعي، المصدر السابق ج 5 ص 23.

= هذا هو المعتمد في مذهب المالكية من أن الإشهاد شرط في صحة النكاح وإن كان هناك مخالفة للجمهور في وقته من حيث كونه عند إنشاء العقد أو عند الدخول، وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في عصر وقت الشهادة.

(4) - ابن العربي، عارضة الأحمدي شرح صحيح الترمذي، دار العلم، سوريا. د ت ج 4 ص 307

..... (التنقل الزوجي) (الزواج ورواؤه) (نكاح الزوج) (نكاحه عنه

2- عن عائشة رضي الله عنها: قالت قال رسول الله: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، فان إشتجروا⁽¹⁾ فالسلطان ولي من لا ولي له"⁽²⁾.

3- عن عائشة رضي الله عنها قالت: " لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدين."⁽³⁾

4- عن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽⁴⁾

مناقشة أدلة الرأي الثاني:

ويرد على أصحاب هذا القول الذين قالوا باشتراط الإشهاد في الزواج بما يأتي:

أن الأحاديث النبوية التي استند عليها أصحاب هذا الرأي كلها فيها ضعف، فحديث ابن عباس قال عنه الترمذي أنه غير محفوظ، ولا نعلم أحدا رفعه، إلا ما روي عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعا. وروي عن عبد الأعلى عن سعيد هذا الحديث موقوفا.

وحديث عمران بن حصين أشار إليه الترمذي، وأخرجه الدارقطني، والبيهقي في العلل وفي إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك.

(1) - المراد بالإشتجار المذكور في الحديث ، منع الأولياء العقد عليها ، وهذا هو العضل وبه تنتقل الولاية إلى ولي الأمر، إن عضل الأقرب، وقيل بل تنتقل إلى الأبعد، وانتقالها إلى ولي الأمر مبني على منع الأقرب و الأبعد معا.

(2) - البيهقي أبو بكر السنن الصغير ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي ، أحمد قباي كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم: 2470، المصدر السابق ، دار الكتب العلمية. بيروت ط الأولى 1412هـ-1992م ج 10 ص 10. وقد صححه الشيخ ناصر الدين الألباني ، إرواء الغليل ، كتاب النكاح باب ركني النكاح وشروطه، المكتب الإسلامي بيروت. ط الثانية. 1405هـ. 1985، ج 6 ص 258_259

(3) - الشوكاني محمد بن علي محمد ، المصدر السابق ، ج 7 ص 31. وقد ذكر الألباني بأنه ضعيف ، لأن في سنده أبو الخسيب وهو مجهول. ينظر الألباني ناصر الدين، المصدر نفسه، ج 6، ص 261.

(4) - البيهقي أبو بكر ، المصدر نفسه ، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، رقم: 2491 ، ج 10 ص 15. وقد صححه الألباني بقوله صحيح لشواهده. ينظر الألباني، المصدر نفسه، ج 6 ص 261.

..... الفصل الأول: الإلهام ورواه في إنباح الزواج وأثر خلفه عنه

وحديث عائشة إسناده ضعيف إذ أخرجه البيهقي من طريق محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي من عيسى بن يونس عن الزهري من عروة عن عائشة، وقد توبع الرقي عن عيسى بالضعف (1).

ويجاب على ذلك بأن هذه الأحاديث ولو أن في سندها ضعف لكن يقوي بعضها بعضا (2).

و لعل الراجع الرأي القائل باشتراط الإشهاد في الزواج لأن الأحاديث المثبتة لذلك يصح أن يقيد بها مطلق الكتاب. وكذا لأن في الإشهاد حفاظ على حقوق الزوجين والولد، فلا يحسده أبوه، فيضيع نسبه وفي الإشهاد أيضا درء التهمة عن الزوجين وبيان خطورة الزواج وأهميته. والله أعلم.

ثانيا: موقف القانون:

أما حكم الشهادة في تشريعات الأحوال الشخصية وتكييفهم لها فإنها كانت على النحو الآتي:

لقد كان قانون الأسرة الجزائري ينص على أن حضور الشاهدين من بين أركان الزواج في المادة 9 منه. (يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق) (3) وهذا على خلاف ما اتفق عليه الفقهاء الذين يعتبرون حضور الشاهدين شرط لصحة الزواج. وعلى خلاف ما هو وارد في التشريعات العربية للأحوال الشخصية. (4)

ويمكن أن يكون المشرع الجزائري قد اعتمد فيما ذهب إليه على الحديث الشريف الذي رواه السيدة عائشة رضي الله عنها: " كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل". (5) لأنه لا اختلاف بين نص الحديث ونص المادة سوى في الصداق الأمر الذي جعل المشرع يقنن الحديث الشريف في نص المادة. حرصا على تحقيق مقاصد الشريعة السمحاء ، ذلك

(1) - الشوكاني، المصدر السابق، ج 7، ص 218.

(2) - ابن قدامة المقدسي موفق الدين ، المصدر السابق 7 ص 339.

(3) - الأمر رقم 84-11، المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق: 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة.

(4) - بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2005 ص 65-66.

(5) - سبق تخريجه. ص 91.

.....النصن الأول: (الزواج وصوره في إنباح الزواج والكر خلفه حه

لأن لفظ السفاح فيه معنى بطلان العقد الذي يخلوا من ركن من هذه الأركان، وما يترتب البطلان يمثل ركنًا، وعليه اعتبر المشرع الولي والشهود أركانًا لا شروطًا للعقد.⁽¹⁾

كما أن اجتهاد المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، كان موافقًا لنص القانون في اعتبار الإشهاد على عقد الزواج ركنًا من الأركان ومن اجتهادات المحكمة العليا الواردة في هذا الشأن ما يأتي:

" من المقرر فقها وقضاء بأنه يعتبر كل زواج صحيحًا، وكافة الحقوق "⁽²⁾ .

- فالملاحظ لهذا الاجتهاد القضائي نجد أنه يوافق نص المادة 09 من قانون الأسرة باعتبار عقد الزواج صحيحًا مرتبًا لآثاره متى توافرت أركانه والتي منها الإشهاد.

وجاء في اجتهاد آخر لها أنه: " من المقرر شرعًا أن الزواج لا يقوم إلا على أركان مبنية بوضوح ... لا نكاح إلا بولي وصدّق وشاهدي عدل... "⁽³⁾.

- وبالنظر لهذا الاجتهاد القضائي نجد عبارة عن تطبيق آلي للنص القانوني وكذا جاء في اجتهاد آخر للمحكمة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث. أنه " من المقرر شرعًا وقانونًا أن للنكاح أركانًا أربعة وهي: صيغة، وصدّق، وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية. ومن المقرر أيضًا أنه إذا احتل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج. "⁽⁴⁾

وبالقراءة الدقيقة لهذا القرار نجد أنه نص في الجزء الأول منه على موافقة نص المادة 09 في اعتبار أركان الزواج الأربعة، غير أنه لم يلتزم بالتطبيق الآلي لنص المادة 33 من قانون الأسرة والتي

(1) - سعد فضيل ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر 1986م ج 01 ص

(2) - المحكمة العليا، المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية والموارث في 12 / 11 / 1982 ، 1986 ، ج 2 ، ص 32.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث في 24 / 09 / 1984 ، المجلة القضائية، العدد الأول 1990

(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث في 02 / 01 / 1989 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث 1992

.....الفصل الأول: الإلزام وروحه في إنباس الزواج وأثر تخلفه عنه

تنص (... ويبطل إذا احتل أكثر من ركن).⁽¹⁾ فنص المادة هنا جاء عاما غير مقيد بركنين بالذات، في حين نجد أن القرار القضائي نص على استثناء الرضا. أي أن الرضا إذا انعدم لوحده كان كافيا في إبطال العقد دون حاجة إلى إسقاط ركن آخر معه، وهذا الاجتهاد القضائي أكدته التعديل الأخير لقانون الأسرة وذلك في نص المادة 33 مكرر) يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل).⁽²⁾ ونص المادة يوافق ما هو معمول به لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

وبالنظر الدقيق للموقف الذي اعتمده المشرع الجزائري في نص المادة 09 نجد أنه اعتبر الشهادة على الزواج ركنا من الأركان، مخالفا بذلك الرأي الفقهي المتفق عليه بين العلماء في اعتبارها شرطا من شروط صحته، وليس ركنا من أركانه، وقد سبق الفصل في أن هناك فرق بين الركن، والشرط في الاستعمال الأصولي للفظين، كما أن الحديث المعتمد عليه في اعتبار الإشهاد ركنا من الأركان، حديث فيه ضعف لأن في إسناده أبو الخصيب نافع وهو مجهول. كما أن القول باعتباره ركنا مما يتوافق مع مقاصد الشريعة. وإن اعتبره شرط صحة لا يتناف مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وهذا هو المتفق عليه لدى الفقهاء عند حديثهم عن الحكمة من الإشهاد في عقد الزواج.

وبالنظر إلى التضارب الناتج الذي يظهر من قراءة المادة 09 من قانون الأسرة التي تجعل حضور الشاهدين ركنا من أركان الزواج، ومن قراءة المادة 32 منه التي تنص على أنه: (يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانه...) ونص المادة 33 منه (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد. ويبطل إذا احتل أكثر من ركن واحد).⁽³⁾

(1) - الأمر رقم 84 / 11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق ل: 9 جوان 1984 م ، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - الأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق ل: 27 فيفري 2005م المعدل والمتمم للقانون رقم 84-

11 المتضمن قانون الأسرة.

(3) - الأمر رقم 84 / 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ؛ الموافق ل 9 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة.

.....(الفصل الأول: الإسهام و دوره في إبرام الزواج وإثباته)

حيث نجد أن المشرع يعتبر في احد مواد الإسهام ركنا ثم لا يترتب على فقدانه مستقلا عن غيره من الأركان البطلان. في حين نجده إذا انعدم الإسهام مع ركن آخر كالولي أو الصداق فانه يترتب عليه البطلان.

وان المشرع الجزائري وفي تعديله لقانون الأسرة أحد بعين الاعتبار كل ما سبق، اذ خصص المادة 09 مكرر منه (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزوج.

- الصداق.

- الولي.

- الشاهدان.

- انعدام الموانع الشرعية للزواج.⁽¹⁾

فذكر شاهدين ضمن شروط الزواج موافقا بذلك الرأي الفقهي والقانوني لتشريعات الأحوال الشخصية العربية، والتي نذكر بعض منها فيما يأتي:

تنص المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية على أنه (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وذكر منها: (سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين).⁽²⁾

وتنص الفقرة الثانية من الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يأتي:

(يشترط لصحة الزواج إسهام شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة). كما تضمنت النص على ذلك المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يأتي (يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالعين سامعين بالإيجاب والقبول، وفاهمين المقصود بهما). كما يشترط مشروع القانون العربي الموحد ذلك في المادة 33 منه (1). ومما سبق أرى أن قوانين الأسرة لهذه الدول العربية الجزائر، المغرب، تونس، وسوريا قد

(1) - الأمر رقم 02 / 05، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق ل: 27 فيفري 2005 المعدل والمدمج للقانون رقم 84-

11 - المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق ل: 9 جوان 1984م يتضمن قانون الأسرة.

(2) - القانون رقم 1-04-22، الصادر في 12 ذي الحجة 1424. الموافق: 03 فيفري 2004. المتضمن مدونة

الأسرة.

.....(الفصل الأول: الإلهام ووجوده في إتيان الزواج وأثر تخلفه عنه

اتفقوا على أن الإشهاد شرط صحة، وإن تخلفه أو فقدانه في العقد ينتج عنه فساد العقد ذاته، ويترتب عنه إمكانية فسخه.⁽¹⁾

ويقسم فقهاء القانون العقود إلى قسمين: عقود رضائية، وعقود شكلية. والعقود الرضائية هي التي تتم ويعترف بها القانون، ويرتب أحكامها، ويظلمها بحمايته بمجرد تحقق تراضي الطرفين، وتوافق إرادتهما. أما العقود الشكلية وهي التي لا يعترف القانون بها، ولا يترتب أحكامها ولا يظلمها بحمايته، بمجرد التراضي عليها، بل يشترط شروطاً أخرى لترتيب الأحكام وحمايتها، وتنفيذها كالرسمية في بيع العقار، والرسمية في بعض الهبات.⁽²⁾

أما عن طبيعة عقد الزواج فقد ذهب السنهوري عبد الرزاق: إلى أنه عقد رضائي وليس عقد شكلي، لأن الشهادة عنده أمر زائد على أصل التراضي بين الزوجين، ولأن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، إذ يكفي لانعقاد الزواج اقتران القبول بالإيجاب ويكون الرضا من المتعاقدين منشئاً للعقد، ومكوناً له كعقد الإجارة ونحوه، فهو في هذه الحالة تترتب عليه أحكامه، ويظلمه القانون بحمايته دون الاحتياج لشيء آخر.⁽³⁾

ولكن الشارع الحكيم ينفي اعتبار عقد الزواج؛ ولا يترتب عليه أحكامه، ولا يظلمها بحمايته بمجرد تراضي الطرفين عليه. بل لا بد من الشهر والإعلان بالشهادة. فهو إذن عقد شكلي، وإن كان الرضا أساساً فيه عند جمهور الفقهاء، إذ عقد الزواج يتم بتحقيق أركانه، وشروط انعقاده إلا أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا بشهادة الشهود.⁽⁴⁾

(1) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 131.

(2) - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي مصدر ت ص 57.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، المصدر السابق، ج 01 ص 150.

(4) - السيد سابق، فقه السنة، دار الفتحة الإعلامي العربي. مصر. ط الأولى 1421هـ- 2000 ج 2 ص 39.

الفرع الثالث: وقت الإشهاد والحكمة منه.

الشهادة في عقد الزواج، شرط لا بد منه عند جميع الفقهاء، بخلاف سائر العقود فان الإشهاد عليها في رأي الجمهور العلماء مندوب غير لازم.

إلا أن الفقهاء ومع اتفاقهم على شرطية الشهادة في الزواج، اختلفوا في وقت لزومها.

ونوعية شرطيتها في النكاح هل هي شرط صحة العقد أم هي شرط تمام؟ وهل المطلوب هو مجرد الإشهاد أم لا بد من الإعلان، وكيف يكون هذا الإعلان وما هي الحكمة منه وهل يجزئ الزواج بأحدهما أم لا بد من توافرها معاً؟ وما هو الأثر المترتب عند الأخذ بأحدهما - الإشهاد أو الإعلان في إثبات الزواج عند إنكاره؟

البند الأول: وقت الإشهاد.

اتفق الفقهاء على أن الشهادة من شروط النكاح، ولكن اختلفوا هل هي شرط صحة يلزم عند العقد، أم هي شرط تمام يلزم عند الدخول إلى قولين:

- القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد النكاح تلزم حين إجراء العقد⁽⁴⁾، ليسمع الشهود الإيجاب والقبول من العاقدين، فإن لم يقع إشهاد على العقد عندهم وقع العقد فاسداً⁽⁵⁾ فعقد الزواج يتم بتحقيق أركانه وشرائط انعقاده إلا أنه لا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا بشهادة الشهود. فالزواج لا ينعقد عند الجمهور إلا ببينة، ولا ينعقد حتى يكون الشهود حضوراً حال العقد، ولو حصل إعلان عنه بوسيلة أخرى⁽⁶⁾.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- (1) - الكاساني، المصدر السابق ج 2 ص 252، والسرخسي المصدر السابق ج 5 ص 35.
- (2) - الشافعي محمد ابن إدريس، الأم، دار الفكر بيروت، ط الثانية، 1403هـ، 1983م ج 5 ص 23-24.
- (3) - ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ج 7 ص 339.
- (4) - بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 63.
- (5) - المراد بالفساد هما هو عدم الصحة، لا حقيقة الفساد لأن الشافعية والحنابلة يطلقون لفظ الفساد ويريدون به البطلان، بعكس الحنفية الذين يفرقون بين الفساد والبطلان - وسأرجع الكلام عنهما إلى المبحث الثاني من هذا الفصل.
- (6) - السيد السابق، المصدر السابق، ج 2 ص 37.

.....(الفصل الأول: الإلهام ووجوده في إباحة الزواج) وأثر خلفه عنه

أولاً: عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" (1)

ثانياً: عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد" (2)
فالنفي هنا نفي صحة، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو غير صحيح. (3)

ثالثاً: عن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل". (4)

وابعاً: عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا بد في النكاح من أربعة:

الولي والزوج وشاهدان. (5) فهذا الحديث يدل على ضرورة وجود الشاهدين عند العقد الى جانب الولي، والزوج وإلا كان سفاهاً. مما يدل على لزوم الشهادة وقت العقد لا بعده.

خامساً: أن الشهادة لو لم تعتبر شرطاً 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. (6)

- سادساً: إن 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. (7)

(1) - سبق تخريجه وهو وإن كان مرسلًا فقد صححه الشيخ ناصر الدين الألباني.

(2) - الألباني ناصر الدين، المصدر السابق، ج 6 ص 251. - سبق تخريجه -

(3) - الشوكاني، المصدر السابق، ج 07 ص 219.

(4) - سبق تخريجه، ص 92.

(5) - سبق تخريجه، ص 92.

(6) - محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للنشر والتوزيع . الجزائر. ص 67.

(7) - أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المصدر السابق، ص 92.

.....الفصل الأول: الإلهام ووروه في إنباس الزواج وأثر تخلفه عنه

القول الثاني: ذهب الإمام مالك رحمه الله إلى القول بأن الشهادة ضرورية لا بد منها. لكن ليست شرطاً لإنشاء العقد، إذ لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد بل يندب ذلك عنده لأن الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان، والشهادة شرط لحل الدخول. أي أنها ليست شرطاً للانعقاد. ولكنها شرط لترتيب الآثار، والشهادة وحدها لا تكف للإعلان. بل لا بد من توافر الإعلان للانعقاد. ثم تتعين الشهادة لترتيب الآثار.⁽¹⁾

وفي الشهادة على النكاح يقول الإمام ابن جزير رحمه الله: «ولا تجب في العقد وتجب في الدخول وهي شرط كمال في العقد، وشرط جواز في الدخول».⁽²⁾

ورد المالكية على أدلة الجمهور بما يأتي:

- أولاً: قالوا حديث عائشة وعمران بن حصين، موقوف على أبي سعيد الخدري. رواه البيهقي في سننه مرسلًا عن الحسن البصري بهذا اللفظ.⁽³⁾

وقال الإمام القرافي مجيباً على أدلة الجمهور بأن ذلك مردود بعدة وجوه.

- أحدهما: أن النفي دائر بين القضاء والفتوى. ولم ينص على أحدهما فهو مطلق فيهما. ونحن نحمله على القضاء. فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا بينة، أما الحل فثابت دون بينة.

- وثانيهما: أنه دائر بين العقد والدخول، ونحن نحمله على الدخول لأن اللفظ فيه حقيقة، وفيما ذكره مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز.

- وثالثها: أن الصداق مذكور مع عدم الشرطية في العقد، بدليل التفويض. فكذلك الشهادة قياساً عليه بطريق الأولى، لأن الصداق داخل في حقيقة العقد، والبينة خارجة عن الحقيقة.

- رابعها: أن النفي في النصوص التي استند إليها الجمهور يحمل على الكمال، ويؤيد ذلك ذكر الصداق إذ هو معتبر في الكمال والتمام وهناك من اعتبره من آثار الزواج.⁽⁴⁾

(1) - ابن رشد محمد بن أحمد، مقدمات ابن رشد، دار صادر، بيروت. د ت ج 2 ص 366.

(2) - ابن جزير محمد، المصدر السابق، ص 191.

(3) - سبق تخريجها. ص 91.

(4) - القراني شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق: محمد جحي، دار الغرب الإسلامي، بيروت. 1994، ج 4 ص 399-400.

.....(الفصل الأول: الإلهام ورووره في إباحة الزواج) وأثره عليه

وإذا ثبت أنه ليس شرط في الصحة، فإنه شرط في الكمال والفضيلة، ولقد احتج المالكية لتأكيد صحة ما ذهبوا إليه بأدلة عديدة منها: (1)

1- ما روي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف." (2)

2- ما روى عن محمد بن حاطب الجمحي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح." (3)

3- وعن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب . أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال: هذا نكاح السر، ولا أحيزه. ولو كنت تقدمت فيه لرجمت. (4)

4- واحتجوا أيضا، بأن الله عز وجل ذكر النكاح في القرآن في أكثر من موضع، ولو يأمر بالإشهاد عليه. في حين نجاه يأمرنا بالإشهاد على الدين، (5) والرجعة من الطلاق (6) ودفع المال إلى اليتيم (7) وإذا خاطب القرآن مجيزا النكاح بغير الإشهاد عليه، فالواجب إجازة الخطاب على إطلاقه وظاهره. وفي ذلك يقول ابن رشد مؤكدا موقف المالكية من هذه المسألة: أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد على البيع دون النكاح. فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح، ولم يشترطوها للبيع. فكانت الشهادة محمولة لترتيب آثار الانعقاد فقط، وليست صريحة في طلبها للانعقاد. (8)

(1) - الشفقة محمد البشير، الفقه المالكي في ثوبه الجديد. فقه الأحوال الشخصية كتاب الزواج دار القلم، دمشق. الطبعة

الأولى. 1424هـ. 2003م ج 03 ص 159.

(2) - الترمذي محمد بن عيسى، المصدر السابق، أبواب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، رقم 1095 ج 02 ص

276.

(3) - أحمد بن حنبل، المصدر السابق، ج 3 ص 418.

(4) - مالك بن أنس الأصبغ، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، حديث رقم: 1115 ص

318..

(5) - لقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون... البقرة، 282.

(6) - لقوله تعالى: " فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم... الطلاق 02.

(7) - لقوله تعالى: "... فإذا دفعتم إليهم وأموالهم فاشهدوا عليهم وكف بالله حسيبا". سورة النساء الآية 06.

(8) - ابن عبد البر، المصدر السابق، ج 16 ص 215.

المنافشة والترجيح:

أطال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في تحليل مسألة الإشهاد في النكاح، وإعلانه، ووقت ذلك ويمكن تلخيص ما قال به فيما يأتي:

1- عدم وجود دليل صحيح، يدل على اشتراط الشهود وما روي من أحاديث تشترطه فهي غير صحيحة.⁽¹⁾ وفي ذلك يقول ابن المنذر فيما نقله عنه ابن قدامة المقدسي (لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر).⁽²⁾

2- لو كان الإشهاد شرطاً لبينه الرسول صلى الله عليه وسلم، وقد تقرر في علم الأصول أن تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه لا يجوز، ولا شك أن المسلمين هم في أشد الحاجة لبيان مثل هذا الشرط في أمر يفعلونه في كل زمان.

3- رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبين أن الإشهاد شرط صحة الزواج. إذ لو كان بينه لحفظه الصحابة عنه، ونقلوه إذ أنهم لا يضيعون حفظ ما لا بد للمسلمين عامة.

4- اضطراب شروط الجمهور في شهود النكاح، يدل على فساد هذا الأصل، فليس لهم قول يثبت على معيار الشرع، إذ كان فيهم من يجوزه بالشهادة فاسقين، ومنهم من يشترط ومنهم من لا يشترط ذلك.

5- أمر الشارع بإعلان النكاح فأغنى إعلانه مع دوامه عن الإشهاد، فإن المرأة تكون عند الرجل والناس يعلمون أنها امرأته، فكان هذا الإظهار الدائم مغنياً عن الإشهاد كالنسب فإنه لا يحتاج إلى أن يشهد فيه أحداً على ولادة امرأته، بل يظهر ويعرف أن امرأته ولدت هذا. فأغنى عن الإشهاد بخلاف البيع، فإنه يجحد ويتعذر إقامة البينة عليه.

6- الشهود معرضون للموت، وتغير الأحوال والجمهور يرون أن مقصود الشهادة إثبات الفراش عند الجاحد حفظاً للنسب فيجاب عن ذلك: بأن ذلك حاصل بإعلان النكاح. ولا يحصل بالإشهاد مع الكتمان مطلقاً.

(1) - ابن تيمية أحمد، المصدر السابق ج 32 ص 127 - 128.

(2) - ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ج 7 ص 339.

..... (الفصل الثالث: البرهان ورواه في إنباح الزواج وأثر نخلته عنه

السري يدل على التحريم؟ وهل الأمر بالإعلان يراد به وجوب حضور الشهود، أم إشهاره أمام الناس دون شهود؟. وللجمع بين الرأيين يظهر أنه نظراً لأهمية الزواج ينبغي ألا يخل العقد من الشهود مع إعلان النكاح فإن لم يتمكن من إعلانه وإشهاره أثناء العقد، فلا بد من إعلانه قبل الدخول أو معه، حتى لا تكون هناك شبهة بين الرأيين.

وإن كان هناك من يعتبر من العلماء المعاصرين أن هذا الاختلاف لم يعد له أثر في هذه الأيام لأن عقود النكاح أصبحت توثق وتسجل، وهي لا تسجل إلا إذا أشهد عليها. وتكون بذلك قد صحت على القولين معاً، من غير اختلاف.⁽¹⁾ غير أن انتشار ما يعرف بالزواج العرفي يؤدي إلى القول بترجيح قول المالكية القائل بوجوب الإعلان، لأنه يتماشى مع المقصد الشرعي من تشريع الزواج والله أعلم. ذلك أن الشهادة وكما قال محمد الطاهر بن عاشور⁽²⁾ رحمه الله.

لم تعتبر شرطاً في صحة الزواج إلا لأنها طريق في العادة لإعلانه، وإشاعته بين الناس حتى يعم خبره، ويشتهر، ويستفيض، فإذا لم تكن الشهادة طريقاً لإعلانه، كان اتخاذها مجرد احتيال لا قيمة لها في نظر الشرع والدين.⁽³⁾ فالشهرة والإعلان عنده يتم بمعنيين:

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

- ثانيهما: إن الشهرة تبعث الناس على احترامها، وانتفاء الطمع فيها إذ صارت محصنة بالزواج.⁽⁴⁾

(1) - الأشقر عمر سليمان/المرجع السابق، ص 169.

(2) - ابن عاشور محمد الطاهر ولد في سبتمبر 1296هـ-1879م، في بيت علم وجاه وشرف بتونس، درس في جامع الزيتونة وتفقه فيه، اشتغل بالتدريس والفتوى إلى أن أصبح رئيس المفتين المالكيين، توفي سنة 1393هـ-1973م. له الكثير من المؤلفات منها: التحرير والتنوير، مقاصد الشريعة، كشف المغطى عن معاني الموطأ... ينظر: الزركلي، المصدر السابق، ج 01 ص 174-175 (3) ابن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس ط الأولى، 1978م ص 160.

(4) - الصديق محمد الصالح، المصدر السابق، ص 67.

البند الثاني: الحكمة من الإشهاد والإعلان في الزواج :

ينفرد عقد الزواج من بين سائر العقود والتصرفات بلزوم الإشهاد عليه، ليقع صحيحا شرعا. أما غيره من تلك العقود والتصرفات، فالشهادة فيها مندوبة في رأي أكثر العلماء. فالأمر الوارد بالإشهاد على البيع في قوله تعالى: " وَأَشْهَدُوا إِذَا بَيَّعْتُمْ " (1) هو للندب يراعى حفظا للحق وخوفا من النسيان.

وكذلك الأمر الوارد بالإشهاد على المدائنة وكتابتها في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ " (2) وقوله: " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ " (3) هو أمر ندب للإشهاد إلى ما ينبغي أن يكون فيها من الاحتياط والعمل على ما يحفظ الحق لصاحبه، وإذا ما أمعنا النظر في الحكمة من اشتراط الشهادة على الزواج فإننا نجد أنها تتمثل فيما يأتي :

-عظم شأن الزواج في الإسلام لقوله تعالى: " وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا " (4) وخطورة آثاره وانعكاسات نتائجه على كل من الرجل والمرأة والأولاد، والنظام الاجتماعي كله جعلته جدير بأن :

-يزدع أمره ويشيع صيته، ويشهده الناس تكريما له. واعلاء مكانته. (5)

-العلاقة الزوجية علاقة اجتماعية. ونواه للبنى أساسية في بناء المجتمع، فمن حق هذه العلاقة على المجتمع أن يقرها ويشهرها، وأن يعترف بها حتى يتسنى له بذلك أن يقوم بواجباته نحوها من الرعاية والحماية، بعد أن يكون قد منح هذه العلاقة كل ما تستأهل من مكانة، ومن قداسة. (6)

(1) - سورة البقرة: الآية 282.

(2) - سورة البقرة: الآية 282.

(3) - سورة البقرة: الآية 282.

(4) - سورة النساء، الآية 21.

(5) - بكرى محمد عزمي ، موسوعة الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع. مصر 2000م ج 1 ص 115.

(6) - أبو النور محمد الأحمدى، منهج السنة في الزواج، دار السلام للنشر والتوزيع. مصر ط الخامسة 1417هـ - 1996م ص

.....(الفصل الأول): الزواج ووجوبه في إثبات الزواج وأثره عند

- الشهادة في الزواج تعتبر خير مانع للظنون والشهات، وقطع السنة السوء، وأصحاب المقاصد الخبيثة، والأغراض الدنيئة. إذا ما تردد رجل على امرأة وأقام معها في مسكن واحد، وعاشرها معايشرة الأزواج، وسدا للطريق أمام الإباحيين الذين يستترون بادعاء الزواج عندما يفتضح أمرهم وينشر سرهم، وتثبت عليهم المعايشرة غير الشريفة.

- الشهادة تعتبر وسيلة لإثبات الزواج، وذلك توثيقاً لأمره، واحتياطاً له. ويمكن أن يشهدوا به أمام القضاء. ويمكن أن يشهد به غيرهم ممن سمعوا بأخباره منهم، لأن الزواج مما تصح الشهادة به بناء على الشهرة والتسامح. ولمنع محاربة جحوده، وإنكاره، اشترط الشارع الشهادة فيه. (1)

- التمييز بين الحلال والحرام يكون بالإشهاد، والإعلان على الزواج فشأن الحلال الإظهار وشأن الحرام التستر عليه عادة من طرف أصحاب المقاصد الخبيثة، على إدعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعايشرة غير الشريفة، (2) التي لا تختلف عن الزنا وإن أخذت صورة الزواج ومن ثم لا يعترف بها المجتمع، ولا يلتزم إزاءها بواجب، بل لعله يسوي بينها وبين الزنا في بعض ما يترتب عليها من الأحكام بعكس العلاقة الزوجية العلنية، التي على المجتمع أن يعترف بها حتى يتسنى له بذلك أن يقوم بواجباته نحوها من الرعاية والحماية، بعد أن يكون قد منح هذه العلاقة كل ما تستأهل من مكانة وقداسة. (3)

البند الثالث: أدلة إعلان الزواج ووسائله:

وذلك بمعرفة أدلة مشروعيته، والطرق والوسائل التي يتم إعلانها بواسطتها

أولاً: أدلة إعلان الزواج.

عظم الشارع عقد الزواج، وسد كل ذريعة يمكن أن تفضي إلى مقاربتة الزنا، فحث على إعلانها حتى يتميز عن السفاح، وحتى يشتهر ويعرف، وحتى يعلم عامة الناس أن المرأة المعقود عليها صارت زوجة لمن عقد عليها فلا تلو كهما السنة الناس بالسوء.

(1) - فراج حسن أحمد، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2004 ص 100.

(2) - الذهبي محمد الحسن، المرجع السابق، ص 70.

(3) - أبو النور محمد الأحدي، المرجع السابق، ص 139.

.....الفصل الأول: (الزنا وورثته) (نكاح الزنا) وأثر خلفه عنه

واستحباب الإعلان محل اتفاق عند جمهور العلماء، وإن كان الإمام مالك رحمه الله أوجبه والأصل في مشروعية الإعلان النصوص الآتية:

1- عن محمد بن حاطب الجمحي⁽¹⁾ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوف في النكاح"⁽²⁾.

2- عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه الدفوف"⁽³⁾.

3- 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 الأنصار قوم فيهم غزل، فلو بعثتم معها من يقول: أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم".

وجاء في رواية شريك: فقال: هل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغني؟ قلت: تقول ماذا؟ قال تقول:

أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم
ولولا الذهب ال أحمر ما حلت بواديكم
ولولا الخنطة الس مرا ما سمت عذارىكم⁽⁴⁾

ثانيا: وسائل إعلانه:

أرشد الشارع إلى عدة أمور يحصل بها إعلان النكاح منها:

(1) - محمد بن حاطب هو محمد بن حاطب بن الحارث بن معمر الجمحي، الكوفي، مختلف في كنيته صحابي صغير، مات سنة 74هـ. ابن حجر العسقلاني المصدر السابق، الإصابة، ج 03، ص 352.

(2) - سبق تخريجه، ص 100.

(3) - الترمذي محمد بن عيسى المصدر السابق أبواب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، رقم 1095، ج 2، ص 276.

(4) - الشوكاني محمد بن علي، المصدر السابق، ج 07، ص 280-281.

أ: خطبة النكاح:

الأصل في خطبة النكاح أن أهل الجاهلية كانوا يخطبون قبل العقد بما يرونه من ذكر مفاخر قومهم، ونحو ذلك يتوسلون بها إلى ذكر المقصود والتنويه به. وذلك يكون مبني على التشهير، وجعل الشيء مسموع ومرأى من الجمهور. وهذه الخطبة كانت لا تستعمل إلا في الأمور المهمة والتي منها النكاح الذي كان أمره عظيماً بينهم.

فعندما بعث النبي صلى الله عليه وسلم أبقى أصلها وغير وضعها⁽¹⁾ فعن عبد الله بن مسعود⁽²⁾ أنه قال: "أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم جوامع الخير وخواتمه، أو قال فواتح الخير فعلمنا خطبة الصلاة، وخطبة الحاجة في النكاح وغيره... وخطبة الحاجة: أن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له. ومن يضل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده، لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله... ثم يصل خطبته بثلاث آيات من كتاب الله. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾⁽³⁾... ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾⁽⁴⁾.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾⁽⁵⁾ وهذه الخطبة في النكاح يذكرها ولي الزوجة أو الزوج أو وكيله، ويذكر كل منهما شيئاً مما يتعلق بمن يتولى عنه، والصدقات، وما إلى ذلك من نحو الحديث عن المصاهرة، والمشاعر الخاصة نحو الارتباط الاجتماعي والأسري الجديد.

(1) - الفالح مساعد بن محمد، الإعلان المشروع والمنوع في الفقه الإسلامي، دار العاصمة، الرياض. ط الأولى 1415هـ

1995م ص 73.

(2) - عبد الله ابن مسعود بن عاقل، أمه أم عبد، أسلم قديماً، هاجر المجرتين، شهد بدرا والمشاهد كلها، لازم النبي صل الله عليه وسلم. وكان صاحب نعليه، قال فيه صلى الله عليه وسلم: "لو كنت مؤمراً أحداً بغير مشورة لأمرت ابن أم عبد" ينظر: ابن

حجر العسقلاني، المصدر السابق، ج 02 ص 362، 361،

(3) - سورة آل عمران، الآية: 103.

(4) - سورة النساء، الآية: 01.

(5) - سورة الأحزاب، الآية: 71.

.....(الفصل الأول): (الزواج ورواه في (تيسر الزواج) وأثره عنه

وخطبة النكاح مندوب إلقاؤها عند العقد وليست واجبة، غير أن مالها من الأثر في إعلان النكاح وإشهاد المجتمع عليه. وتذكير الزوجين بتقوى الله كأساس للتعامل بينهما، وكعامل من عوامل المساعدة في الحال والمآل يدعوا إلى إلقائها 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⁾، وفي غيرها بالتقييد والوليمة سنة مستحبة عند جمهور العلماء، لأنها طعام لسرور يتم من خلاله إعلان النكاح وشهره. ويكون كل مدعوا إليها بمثابة شاهد على هذا الزواج⁽³⁾.

والأصل في مشروعيتها النصوص النبوية الشريفة والتي منها:

1- ما روي عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى علي عبد الرحمان بن عوف أثر صفرة فقال: ما هذا؟ قال: إني تزوجت امرأة علي وزن نواة من ذهب. فقال: "بارك الله لك، أو لم ولو بشاة."⁽⁴⁾ و الأمر هنا حمله العلماء على الاستحباب.

2- روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الوليمة حق وسنة، فمن دعي فلم يجب فقد عصي."⁽⁵⁾

3- روى عن بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين تزوج علي بفاطمة: "أنه لا بد للعرس من وليمة."⁽⁶⁾ والسنة في الوليمة أن لا تقتصر الدعوة على طبقة دون أخرى، بحيث يدعى الأغنياء ويترك الفقراء، فإذا كانت كذلك فهي شر الوائيم التي لا يرجى خيرها، ولا يتحقق أثرها، فضلا عما فيها من دعوى المستغني رياء وفخرا. وترك المحتاج أنفة وكبرا، ولقد قال في ذلك: "شر الطعام الوليمة، يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء، ومن ترك الدعوة فقد عصي الله

(1) - أبو النور محمد الأحمدى، المرجع السابق، ص 147 - 148.

(2) - الصنعاني محمد بن إسماعيل، كتاب النكاح، باب الوليمة، المرجع السابق، ج 3 ص 270.

(3) - عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام الدار المصرية ط الثانية 410-1990م، ج 01 ص 423.

(4) - البخاري محمد بن إسماعيل، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب الوليمة، ج 07 ص 30.

(5) - الطبري، المعجم الأوسط، تحقيق: محمود الطحان، رقم 3960 مكتبة المعارف، الرياض، 1985، ج 4، ص 563.

(6) - أحمد ابن حنبل المصدر السابق ج 05 ص 359.

.....(الفصل الأول): (الزناح ورواه في إنباح الزواج) وأثر نخله عنه

الأصل في ذلك ما تقدم من أحاديث 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 نحييكم".⁽¹⁾

- وعن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت: "جاء النبي صلى الله عليه وسلم، حين بني علي فجلس على فراشي كمجلسك مني، فجعلت جويرات لنا يضربن بالدف ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إذ قالت إحداهن وفينا نبي يعلم ما في غد، فقال: دعي هذه وقولي بالذي كنت تقولين".⁽²⁾

- وما روي عن حديث عائشة أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "يا عائشة هل كان معكم لهو؟ فان الأنصار يعجبهم اللهو".⁽³⁾

فالنبي صلى الله عليه وسلم كان أحيانا يستمع إلى غناء الزفاف فيتهج له، ويقره من حيث هو، بل ويشجع عليه، غير أنه يرى في بعض ما يتغنى به ما قد يتعارض مع حقيقة إسلامية فينهى عن هذا البعض ثم يجلي تلك الحقيقة، ولا يترك سامعه دون أن يشير عليه بما ينبغي أن يقال أو يغنى لقوله: "دعي هذه وقولي بالذي كنت تقولين".⁽⁴⁾

وحينا آخر يزف إليه نأ زفاف إحدى الصحابيات الجليلات، فيبدي اهتمامه الكبير بتكامل عناصر السرور والإيناس في هذه المناسبة، فيسأل عن عنصر الغناء، ولا يرى بأسا أن يتحدث عنه باسم الله، ليزيل عن الأوهام ما عسى أن يظن من حرمة الغناء، وما له في إعلان الزواج، وإبعاد العلاقة بين الزوجين من أن تكون سفاحا وحراما.⁽⁵⁾

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 للسرور، والمشتعلة على وصف الجمال

(1) - أحمد ابن حنبل، المصدر السابق، ج 04، ص 78.

(2) - البخاري محمد بن إسماعيل، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب ضرب الدف في النكاح، ج 7، ص 25.

(3) - البخاري محمد بن إسماعيل، المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب النسوة اللاتي يهدن المرأة إلى زوجها، ج 7، ص 25.

(4) - أبو النور محمد الأحمد، المرجع السابق، ص 150.

(5) - الفالح مساعد بن محمد الأحمد، للمرجع السابق، ص 73.

..... الفصل الأول: الإلهام ودوره في إثبات الزواج وأثره على

والفجور، ومعاقرة الخمر فان ذلك يحرم في النكاح كما يحرم في غيره، وكذلك سائر الملاحى المحرمة. (1)

والفسو والإعلان يكون بالدف، كما يكون بكل ما يدل على الإعلان بحسب عرف كل بلد وفي ذلك يقول العدوي: هل يقوم مقام الدف، ما يحصل الفشو به في زماننا من زغردة ونحوها؟ قلت: الظاهر نعم. (2)

المطلب الثاني: دور الإشهاد في إثبات عقد الزواج:

اهتمت الشريعة الإسلامية، والنظم الوضعية بالإثبات، وقعدت له الكثير من القواعد الخاصة بمختلف وسائله.

ومن بين هذه الوسائل التي جعلت منها الشريعة الإسلامية الوسيلة الأكثر اعتمادا وأهمية في إثبات الحقوق لشهادة الشهود، ولمعرفة دور الشهادة في إثبات الزواج، لا سيما في وقتنا الحاضر أين أولت التشريعات القانونية أهمية كبيرة لمسألة تسجيل عقد الزواج وتوثيقه، بعد انتشار ظاهرة الزواج العرفي الذي يبرم دون اللجوء إلى إجراءات إدارية أو تنظيمية، فكيف يتم إثبات هذا النوع من العقود؟ خاصة وأن العقود العرفية كثيرا ما تسبب مشاكل قانونية واجتماعية، على عكس العقود الرسمية، ووفقا لما سبق قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول منهما: دور الإشهاد في حال الإقرار بالزوجية، ونخصص الثاني لدراسة دور الإشهاد في حال إنكار العلاقة الزوجية.

الفرع الأول: دور الإشهاد في الإثبات في حال الإقرار بالزوجية:

بينت الشريعة الإسلامية أحكام الزواج، وأركانها، وشروطه، غير أنها لم تشترط تسجيل عقد الزواج، إذ يكفي لانعقاده تبادل الإيجاب والقبول شفاهة بحضور ولي الزوجة، وشاهدين، غير أنه ونظرا للمشكلات الكثيرة التي نشأت نتيجة عدم التسجيل، كإدعاء الزوجية بطلاناً، وزورا، أو نفيها قريبا من الحقوق المترتبة على هذا الزواج، كأن يكون مراد الزوج بنفيه العلاقة الزوجية، نفي نسب أولاده إليه.

(1) - الشقفة محمد البشير، المرجع السابق، ج 03 ص 165.

(2) - العدوي، حاشية العدوي على الكفاية ج 03 ص 81. نقلا عن: الشقفة محمد، المرجع السابق، ج 03 ص 165.

.....الفصل الأول: الزواج ودوره في إنباح الزواج وذكر خلفه 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، وثالثة بالسجلات الرسمية الخاصة بالحالة المدنية.⁽¹⁾

وهذه الترتيب الإدارية التي التزمت بما قوانين الأحوال الشخصية، سماها بعض الفقهاء المعاصرين بالشروط القانونية، إذ هي عبارة عن شروط يضعها المشرع الوضعي لجلب مصلحة أو دفع مفسدة، وهذه الشروط ليست من قبيل شروط صحة، ولا نفاذ، ولا لزوم الزواج.

لأن المشرع الوضعي ليس له أن ينشئ حكماً شرعياً دينياً يحل حراماً، أو يحرم حلالاً. بل هو شرط يترتب عليه أثر قانوني، والإلزام به هو من باب السياسة الشرعية، التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بها. مما يراه في ذلك من مصالح. فالتوثيق لدى الموظف المختص نظام أوجبه اللوائح والقوانين الخاصة خشية الجحود، وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة.⁽²⁾

وفي هذه الحالة إذا صدر أمر أو قانون من ولي بإيجاب التوثيق تصبح طاعته لازمة شرعاً لأن الله تعالى قال: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ، وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ." ⁽³⁾ وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "السمع والطاعة حق على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة." ⁽⁴⁾

وقانون الأسرة الجزائري شأنه شأن قوانين الأحوال الشخصية العربية فرض عدة إجراءات إدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج، وإشعار المجتمع بأهميتها وخطورها لعدم إنكارها فيما بعد. باعتبار أن عقد الزواج المسجل هو بمثابة سند توثيقي لواقعة الزواج يهدف إلى ضمان إيجاد وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية.⁽⁵⁾ وهذه الشكلية يمكن استخلاصها من نصي المادتين 18 و22 من قانون الأسرة الجزائري إذ نصت المادة 18 من نصه على أنه (يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف

(1) - الذهبي محمد حسين، المرجع السابق، ص 150.

(2) - الأشقر أسامة عمر سليمان، مستحدثات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس الأردن. ط الثانية 1425هـ - 2005م. ص 134 - 135.

(3) - سورة النساء، الآية 59.

(4) - البخاري محمد إسماعيل، المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة ما لم تكن في معصية ج 09 ص 78.

(5) - الأمر رقم: 84 / 11 المؤرخ في: 09 رمضان 404 له الموافق ل: 9 جوان 1984 م، المتضمن قانون الأسرة.

.....الفصل الأول: (الزواج ودوره في إنباح الزواج) وأثره عليه

مؤهل قانوننا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون⁽¹⁾ ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع يحصر اختصاص التسجيل في الموثق، وفي أي موظف مؤهل قانونا، دون أن يتبين من هو الموثق المختص، ومن هو الموظف، لتحريز عقد الزواج، وتسجيله أهو الموثق أو الموظف الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو أحدهما؟ أو مقر إقامة أحد الزوجين منذ شهر على الأقل كما نصت على ذلك المادة 71 من قانون الحالة المدنية؟ أم أن أي موثق وموظف مؤهل يوجد موطن أحد الزوجين أو محل إقامة أحدهما بدائرة اختصاصه أو لا يوجد؟.

كما أن نص المادة 18 من قانون الأسرة نص على أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وتوفر الولي والشاهدين والصداق مع انعدام الموانع الشرعية للزواج، وذلك بنصه على مراعاة أحكام المادة 09، و09 مكرر، وتكون مراعاة كل ذلك قبل مباشرة عملية تحرير العقد، وتسجيله.

أما عن البيانات التي تسجل في عقد الزواج فإن قانون الأسرة لم يتضمن أي نص يتعلق بعناصر أو بيانات عقد الزواج، عدا النص الذي يشير في المادة 15 إلى ضرورة تحديد الصداق.⁽²⁾ غير أن المادة 73 من قانون الحالة المدنية قد حددت العناصر والبيانات التي يجب أن يراعيها الموثق أو أي موظف مؤهل لتحريز عقد الزواج، إذ نصت على ما يأتي (يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون).

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:

_ ألقاب وأسماء وتواريخ ومحل ولادة الزوجين.

_ ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.

_ ألقاب وأسماء وأعمار الشهود.

_ الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء.

(1) - الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 18 محرم 1426، الموافق ل: 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر: 84

11/ المتضمن قانون الأسرة.

(2) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق ص 161.

.....الفصل الأول: (الزواج والطلاق).....

الإعفاء من السن المنوع من قبل السلطات إذا لزم الأمر).⁽¹⁾

ومما سبق نلاحظ بأن إفراغ عقد الزواج في قالب رسمي، وتسجيله يتم بموجب عقد صادر عن ضابط الحالة المدنية، أو بموجب عقد توثيقي ذلك أن هذا الأخير نصت عليه المادة 05 من القانون رقم: 88 - 27، المؤرخ في: 12 / 07 / 1988م والمتعلق بتنظيم مهنة الموثق على أن الموثق هو ضابط عمومي، مكلف بتحرير العقود التي يجب إفراغها في شكل رسمي، وكذلك العقود التي يريد الأطراف إعطاءها الشكل الرسمي. هذا وقد نصت المادة 21 قانون الأسرة على أنه (تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج)⁽²⁾ وإجراءات التسجيل التي أحال قانون الأسرة إلى إتباعها تشمل المواد 74 و 75 و 76⁽³⁾ من قانون الحالة المدنية، والتي في مجموعها تحدد الوثائق التي يجب أن يتقدم بها كل من الزوجين لإجراء عقد الزواج بصفة رسمية وهي كالآتي:

- 1- شهادة ميلاد الزوج والزوجة، فإذا تعذر ذلك عليهما، يجوز لهما تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري حسب المادة 74 قانون الحالة المدنية.
- 2- شهادة إقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة، أو البلدية ولقد استلزمها المشرع لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق حسب نص المادة 75 من قانون الحالة المدنية.
- 3- شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة 07 قانون الأسرة، أو الوكالة المكتوبة بصفة رسمية من قبل الزوج طبقاً لنص المادة 20 من قانون الأسرة.
- 4- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري، أو الأمن الوطني على أن كل من ينتمي إلى رجال الدرك أو الأمن العسكري - الجيش - أو الأمن الوطني - الشرطة - بالنسبة للزوج أو الزوجة.

(1) - الأمر رقم: 70 - 20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1383هـ الموافق 19 فيفري 1970م، المتعلق بالحالة المدنية.

(2) - الأمر رقم: 84 / 11، المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ، الموافق: 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

(3) - الأمر رقم: 70 - 20، المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1383هـ، الموافق: 19 فيفري 1970م، المتعلق بالحالة المدنية.

.....(الفصل الأول): (الإلهام وورود نية (النساح) الزواج) وأثر خلفه عنه

بالإضافة إلى الوثيقة الطبية لكل من الطرفين، والتي نصت عليها المادة 07 مكرر قانون الأسرة.⁽¹⁾

5- نسخة من عقد وفاة الزوج السابق، وإما نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائياً، بالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج. وإذا تم إتباع كل إجراءات التسجيل كما نص عليها القانون، فإن عقد الزواج حينئذ تترتب عليه آثاره القانونية، والتي تتمثل فيما يأتي:

- تسليم دفتر عائلي إلى الزوجين يكون مثبتاً للزواج إذا كان العقد قد أبرم أمام ضابط الحالة المدنية وإن كان قد أبرم أمام موثق فإنه ينتج عنه تسليم كل من الزوجين شهادة تثبت انعقاد الزواج، وإرسال ملخص عن العقد خلال 3 أيام إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية ليقوم بتدوين العقد في سجل عقود الزواج. ويسلم الزوجين دفترًا عائلياً.⁽²⁾

كما أنه من أهم آثار تسجيل عقد الزواج أنه يسهل على كل من الزوجين إثبات زواجهما عن طريق استظهار مستخرج من سجلات الحالة المدنية، أو بعد تقديم نسخة من عقد الزواج منقولة من سجل الحالة المدنية، تنفيذاً لما ورد النص عليه المادة 22 قانون الأسرة (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية).⁽³⁾

ثم إن وجود هذا التوثيق لعقد الزواج، والاستعانة به لإثباته. لا يغني عن دور الشهود في إثباته، ولا ينقص من قيمته. ذلك أن هذا التوثيق هو إجراء شكلي وضع لزيادة وسائل حماية العلاقة الزوجية من الإنكار.

وكذا لتسهيل العملية على الزوجين لا سيما إذا احتاج أحدهما، أو كلاهما إلى إثبات الزواج من أجل الحصول على منافع يمنحهما إياها القانون، أو يمنحها لأولادهما.⁽⁴⁾ وكذا لأن هذا التوثيق لا يمكن أن تكون له أية قيمة شرعية أو قانونية إذا انعدم الإشهاد على الزواج. لأن وجود

(1) - الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005م، المعدل والمتمم للأمر: 11/ 84

المتضمن قانون الأسرة.

(2) - بن لحة العوثي، المرجع السابق، ص 72.

(3) - الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005م، المعدل والمتمم للأمر: 11/ 84

المتضمن قانون الأسرة.

(4) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق 162.

.....(الفصل الأول: اللزوم ووجوبه في إثبات الزواج) وأثر تخلفه عنه

الشهود في عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو شرط لصحة عقد الزواج. ووسيلة من أهم وسائل إثباته. كما أن المشرع جعل قيمة التسجيل في إثبات عقد الزواج. بعد استيفاء كل أركانه وشروطه. وفقا لما نصت عليه المواد 09 و 09 مكرر، 32، 33، 34. من قانون الأسرة الجزائري.

- إذا كان هذا هو الحال بالنسبة لإثبات عقد الزواج المكتمل الأركان الشرعية، والقانونية، والمتفق عليه بين الزوجين، والموثق لدى الجهات الرسمية من حيث إنشائه، وإثباته. فكيف يكون الحال بالنسبة للزواج غير المسجل عند إنشائه، وما هي وسيلة إثباته إذا تم مكتمل الأركان والشروط، وأراد أحد الزوجين أو كلاهما إثباته.

وما هو الدور الذي يلعبه الإشهاد في ذلك؟ وهل أحكام الشريعة الإسلامية متفقة مع أحكام الفقه القانوني؟ لاسيما وأن هذا الزواج مرتب لجميع آثاره من الناحية الشرعية من حقوق الزوجين وواجباتهما من نفقة، ووجوب الطاعة، وحلية الاستمتاع... وكذا من إلحاق نسب الأبناء بالزوج واستحقاق الميراث في حالة موت أحدهما.

إلا أنه من الناحية القانونية الصرفة لا يترتب حقا لأي من الزوجين قبل الآخر من الآثار. التي تترتب عن الزواج الرسمي. سوى نسب الأولاد هذا الأخير⁽¹⁾ الذي يثبت بكافة طرق الإثبات. إذا تم الزواج مشتملا على جميع أركانه وشروطه، بحيث لا فرق بينه، وبين الزواج الرسمي، من حيث صحة الانعقاد، إلا إفراغه في مستند رسمي، وهو ما يعرف بالفاتحة، أو الزواج العرفي، الذي يتم على يد طالب وهو رجل يفقه في أمور الدين، وبحضور جماعة من المسلمين يكون منهم ولي الزوجة وخلاله يتبادل الولي من جهة والزوج أو وكيله من جهة أخرى الإيجاب والقبول، ويتم تحديد الصداق. وبذلك يتم العقد بالأركان والشروط المحددة في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة. فإذا أراد أحد الزوجين، أو كلاهما إثباته من الناحية القانونية لترتيب آثاره في هذا المجال لأن الزواج بالفاتحة لا يتمتع بحماية القانون. إلا إذا تم الإعلان عنه أمام الموظف المختص، سواء

(1) - وهذا ما تضمنت النص عليه المادة 40 قانون الأسرة على أنه (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة. أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون.

- يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب) والمواد 32، 33، 34. تضمنت النص على أوصاف الزواج متى يكون فاسدا أو باطلا. ومتى يكون صحيحا..

.....(الفصل الأول: الأثر وصورته في (نكاح الزوج) وأثر تخلفه عنه

كان ذلك موظف البلدية، أم كان أمام موظف رسمي يسمى "الموثق" لدى المحكمة. وهذه العملية تسمى التسجيل أي تسجيل عقد الزواج وإشهاره قانونا. وأهميتها بارزة لا تحتاج إلى توضيح إذ عدم التسجيل يحرم الزوجين من عدة مزايا قانونية، ومن أبسط الحقوق أنه في حالة عدم التسجيل ينتفي الدليل على اعتبار الشخصين زوجين، و من ثمة فلا يمكن الحكم لأحدهما على الآخر بأي حق من الحقوق كالتوارث مثلا والنفقة... الخ.⁽¹⁾

ولإجراء هذا التسجيل يجب أن يكون الزواج قد استكمل كل الأركان والشروط لا سيما شرط الشهادة باعتبارها من أقوى الأدلة والحجج على شرعية الزواج من عدمه، إذ هي الفارق بين الحلال والحرام، وبواسطتهما يتم إعلان الزواج وإظهاره، وعن طريقها يوصد الباب أمام كل من يحاول إنكار العقد، أو جحود هذه الرابطة المقدسة. فهي وسيلة إثباته لدى فقهاء الشريعة، وعليها المستند عند فقهاء القانون لإفراغ العقد في قالب الرسمية، ولقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 18 قانون الأسرة على أنه (يتم عقد الزواج أمام الموثق) والشهادة في الزواج هي إحدى الشروط التي نصت على الكافة، وليس على المدعي عليه وحده، يجب أن تتوفر فيها كل الشروط أمام موظف مؤهل قانونا (مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون)⁽²⁾ وحتى تكون كذلك يجب أن تتوفر فيها كل الشروط من تكليف بأن يكون الشهود عاقلين، بالغين، والعدد بأن يكونا اثنين فأكثر، ولا تقبل شهادة بأقل من ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل."⁽³⁾ و الإسلام إذا كان الزوجين مسلمين باتفاق الفقهاء، أما إذا كانت الزوجة ذمية فأجاز الحنفية شهادة الذمي في هذه الحال. وعدم وجود تهمة في الشاهد يجلب مغنم، أو دفع مغرم وبالتالي فلا تقبل شهادة الأصول للفروع، ولا العكس، وكذا لا تقبل شهادة العدو لعدوه... وذلك لوجود تهمة المحاباة أو العداوة، كما تشترط الذكورة في الشاهد عند جمهور الفقهاء، بخلاف الحنفية ورواية للحنابلة، ويشترط في الشاهد على الزواج أيضا أن يكون عدلا غير مجاهر بفسقه عند جمهور الفقهاء.⁽⁴⁾ ولقد اشترط المشرع الجزائري سن محددة حتى

(1) - سعد فضيل، المرجع السابق، ص 111.

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

(3) - سبق تفرجه، ص 44.

(4) - شروط الشهود بالتفصيل ثم التطرق إليها في الفصل التمهيدي.

يستطيع الشاهد أن يدلي بشهادته، دون أن يميز بين جنس الشهود أو صفتهم ، بأن كانوا من أقارب الزوجين بنصه في المادة 33 من قانون الحالة المدنية أنه (يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل أشخاص معينين).⁽¹⁾

فالملاحظ لنص المادة يجد أنها تتعارض مع شروط جمهور الفقهاء في شهود الزواج فيما يخص الجنس إذ لم تميز بين الرجال والنساء، وكذا فيما يخص انتفاء التهمة، إذ لم تحدد الأقارب الذين يمكنهم الإشهاد على الزواج من الذين يمنعون من ذلك.

ومما سبق فإذا توفر في الشهود الذين حضروا الفاتحة _ الزواج العرفي _ على الأقل الشروط الواجب توفرها في الشهود المذكورين في سجلات الحالة المدنية، وتوافرت في العقد جميع الشروط من ولي، وصدّاق، وأراد الزوجان إفراغه في مستند رسمي من أجل إحداث الآثار القانونية في مواجهة الغير، فإننا نكون بصدد تطبيق المادة 22 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة).⁽²⁾

فلا بد من اللجوء إلى المحكمة، وتقديم طلب من الزوج إلى وكيل الدولة لدى المحكمة التي كان الزواج العرفي قد انعقد في دائرة اختصاصها الإقليمي المادة 39 و 40 قانون الحالة المدنية.⁽³⁾ وفصل المحكمة المختصة في الواقعة بالاستناد إلى أقوال الشهود الذين حضروا العقد، ثم نقل منطوق الحكم وتدوينه في سجل الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج وتقييدها. ويكون هذا التدوين الأخير يسعى من النيابة العامة التي تدخل كطرف آخر من أجل إثبات هذا الزواج من الناحية القانونية حفاظا على مصالح المجتمع.⁽⁴⁾

(1) - الأمر رقم: 70 - 20، المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1383هـ، الموافق: 19 فيفري 1970. المتعلق بالحالة المدنية.

(2) - الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للأمر: 11/ 84.

(3) - الأمر رقم: 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1390 الموافق 19 فيفري 1970 م. المتعلق

بالحالة المدنية ثبتت،

(4) - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. 1999. الجزائر ج 01 ص 138.

.....(الفصل الأول: الإرهاب وورثته في إباحة الزواج) وأثر خلفه عنه

ولقد قضت المحكمة العليا في الكثير من قراراتها، بإثبات الزواج العرفي متى توافرت أركان الزواج وشروطه، وإذا لم تتوافر فيه فإنها لا تحكم بصحته وبالتالي نقضي بعدم إثباته.

ومن قرارات المحكمة العليا الصادرة بهذا الشأن نذكر ما يأتي:

- من المقرر قانوناً وشرعاً بأن الزواج المشروع لا بد أن يشتمل على أركان الزواج وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كالرضا والصداق والولي والشهود.

ومن ثم فإن العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة حتى ولو ثبتت لا تفيد الزواج المشروع وكل ما نتج عنها لا يفيد البتة المشروعة.⁽¹⁾

ومن خلال هذا القرار نجد أن المحكمة العليا لا تقر أي علاقة لم تشتمل على أركان النكاح وشروطه. حتى وإن طالت هذه العلاقة، ونتج عنها أولاد، فإن ذلك لا يعن بأي حال من الأحوال مشروعيتها. وكما أننا نلاحظ أن المحكمة العليا استندت إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة في قضائها.

- متى كان الزواج العرفي متوفراً على أركانه التامة والصحيحة. فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأيهم. يكون قضاء موافقاً للشرع والقانون. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.⁽²⁾ ومعنى ذلك أن الزواج العرفي المشتمل على أركان الزواج وشروطه، فإنه يرتب جميع آثاره.

- "حيث أنه بالاطلاع على ملف دعوى الطعن ثبت أن الزواج العرفي موضوع النزاع تتوافر فيه الأركان الشرعية، وفقاً لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد، وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول. وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة، وحيث أن الزواج ينعقد في أي مكان من الأرض سواء بداخل المسجد أو خارجه... مع أن المكان الذي ينعقد فيه العقد لا يدخل ضمن أركان الزواج، ولا في صحته وحيث أن هذه الأوجه صحيحة ومقبولة استوجب نقض القرار المطعون فيه."⁽³⁾

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 56707 المؤرخ في: 11/12/1989.

(2) - المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 58224 المؤرخ في 25-12-1989. ج 4 ص 110.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 96238.

.....الفصل الأول: الإلهام وورثه في إثبات الزواج وأثر خلفه عنه

في هذا القرار المحكمة العليا قررت أن مجرد توفر الأركان من ولي وصدقا وشهود مع توافر الإيجاب والقبول يؤدي إلى حكم بصحة الزواج دون النظر إلى مكان انعقاد العقد.

٣٢- إن الزواج العرفي الذي توافرت فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة هو زواج صحيح. ويمكن إثباته^{٣٣}. ففي هذا القرار المحكمة العليا اعتمدت على أقوال الشهود الذين حضروا العقد وأفادوا توفر جميع الأركان والشروط الأخرى. ومن خلال إشهادهم قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث، صحة هذا الزواج وإثباته.^(١)

٣٣- لا يسوغ اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية، إذا كان هذا الزواج صحيحا باعتبار الشريعة الإسلامية. خاصة إذا قررتة الوقائع، ولم يتنازع فيه أحد من الطرفين.^(٢)

والتأمل لهذا القرار يجد أن المحكمة العليا ترى أن الزواج إذا كان صحيحا، وفق أحكام الشريعة الإسلامية، فإن التمسك باشتراط الإثبات القانوني في سجلات الحالة المدنية ليس الغرض منه إضفاء الصحة على عقد الزواج، لأنه يكون صحيحا مرتبا لآثار متى توافرت أركانه، وإنما وجد الإثبات كإجراء شكلي هام لحماية الجانب القانوني للطرفين، وليس لأنه ركن من أركان عقد الزواج.

٣٤- إن إثبات الزواج بواسطة الشهود الذين حضروا العقد يخضع لسلسلة قضايا الموضوع ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق^(٣). " حيث أن الحكم المعاد المؤيد من طرف القرار المطعون فيه جاء مجردا من ذكر أسماء، ولقب، ومهنة، وسن، وموطن الشاهدين. كما أنه جاء خال من الإشارة إلى درجة قرابة كل واحد بالنسبة إلى أطراف الخصومة، وإلى كيفية شهادتهما، وإلى أداء اليمين عليهما قانونا، وحيث من جهة أخرى أن الحكم المستأنف لم يذكر كذلك هل أن الزواج محل الخصام توافرت فيه أم لا، جملة أركان النكاح المشروطة شرعا.

(١) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم: 96238، المؤرخ في 28 / 09 / 1993.

(٢) - المحلة القضائية، المحكمة العليا غرفة القسم الخاص، القرار المؤرخ في: 26 / 06 / 1968.

(٣) - المحلة القضائية، المحكمة العليا غرفة القسم الخاص، القرار المؤرخ في: 05 / 04 / 1967 عدد 01-1968- ص

.....(الفصل الأول: الإلهام ووروه في إنباس الزواج) وأثر خلفه عنه

وحيث أن هذه الشهادة المعتمد عليها في فصل قضية الحال جاءت حينئذ غامضة ومخالفة لما أمر به المشرع في المادة 65⁽¹⁾ قانون الإجراءات المدنية وحيث أن هذا الوجه مؤسس مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ^{II}(2).

والتأمل في نص القرار يجد أنه استند في إلغاء شهادة الشهود إلى نص المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية، في حين نجد أن قانون الأسرة نص في المادة 21 منه على أنه (تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقد الزواج).⁽³⁾

واستند إلى مبادئ وأحكام قانون الحالة المدنية بما في ذلك المادة 33 قانون الحالة المدنية التي نصت على الشهود المذكورين في سجلات الحالة المدنية وشروطهم.

كما أننا عند ملاحظتنا لهذا القرار نجد أنه راعى التطبيق الآلي لنص المادة 65 قانون الإجراءات المدنية؛ دون أن يستند إلى أحكام الشرع الإسلامي والمتمثلة في أقوال الفقهاء المتعلقة بشروط الشهود.

^{III} من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني، ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله يستوجب الرفض. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن القضاة الموضوع يرفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن ^{II}(4).

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم: 40117 المؤرخ في: 24 / 02 / 1986.

(2) - نص المادة 65 ق إ م (تسمع شهادة كل شاهد على انفراد بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه ولقبه، ومهنته، وموطنه، وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته، وتبعية للخصوم. ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة).

(3) - الأمر رقم: 11 / 84 ، المؤرخ في: 09 رمضان 1401هـ، الموافق ل 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

(4) - الجلسة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم: 53272 المؤرخ في: 27 / 03 /

1989. عدد رقم: 03، ص 82.

.....(الفصل الأول): الإتهام ووجوده وإثبات الزواج وأثر خلفه منه

بقراءة هذا القرار قراءة تحليلية يتضح أن المحكمة العليا اعتمدت في تسيبها لرفض الطعن، بإثبات الزواج إلى انعدام شهادة الشهود كأهم طريقة لإثبات الزواج.

إذ لم يثبت هذا الزواج لا بشهادة شاهدين حضروا مراسيم الفاتحة. ولا بشهادة السماع، هذه الأخيرة التي الأصل فيها عدم الجواز لأن الشاهد يشهد بشيء لم يعاينه بنفسه واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل وأجازوا إثباتها بهذا النوع من الشهادة كالنكاح، النسب والطلاق والوقف... وهي ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة، أجزيت استحساناً لأنها أمور يختص بمعاينتها خواص من الناس، لا يطلع عليها إلا هم، وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، وأنها يقترن بها في العادة ما تشتهر به، فترلت الشهرة في كل منها مترلة العيان، والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغاً للشهادة ولو لم تقبل لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مدفوع شرعاً. وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد أمراً متواتراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطئهم على الكذب واشتهر واستفاض، وتواترت به الأخبار عنده ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر، والمحسوس سواء.⁽¹⁾

فعدم وجود أي نوع من أنواع الشهادة لإثبات عقد الزواج. استوجب من المحكمة العليا القضاء برفض الطعن استناداً إلى أحكام الفقه الإسلامي.

- ومن خلال هذه الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث نجد أنها تعتمد في كثير من الأحيان على شهادة الشهود في إثبات الزواج، غير أن مجرد الشهادة لا يعتبر دليلاً على إثبات الزواج تلقائياً، وإنما لا بد من التأكد من توفر شروط الشهود وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ونصوص القوانين المنظمة لطرق إثبات الزواج لا سيما وأن العلة في وجوب الإشهاد على الزواج واضحة في كونها تدل على إظهاره وإعلانه عن طريق النقل، والتسامع بين الناس مما ينفي التهمة، ويدراً الشبهة عن العلاقة. هذا إلى جانب حفظ حقوق الزوجين، وحفظ حقوق الولد في النسب وغيره، ودفع احتمالات الإنكار والجحود في حال النزاع، تتوفر في التوثيق بالكتابة، ولا مرأى في أن لهذا التوثيق أهمية كبرى، فإذا ألزم ولي الأمر الأمة بتوثيق عقود الزواج بالكتابة أو نفاها عن الزواج العرفي أو غير الموثق أصبح من الواجب طاعته استدلالاً بقوله عز

(1) - طلبة أنور، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر الغربي، القاهرة 1994 ص 261.

.....النفس الزواني: (للزنا و زور و إثبات الزواج و اثر نكده حه

وجز: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ**⁽¹⁾ واستدل لا أيضا بمبادئ الشريعة ومقاصدها التي توجب طاعة ولي الأمر، إذا كان أمره في غير معصية مصداقا لقول أبي بكر الصديق في خطبته الشهيرة: **(أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فيكم، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم)**⁽²⁾ غير أن هذا الوجوب لا ينف صحة الزواج العرفي، المشتمل على جميع الأركان والشروط. إذ ترتب عليه كافة الأحكام والآثار الشرعية، وذلك نظرا لقله الشرعي بالزامية الكتابة، وكذا لتثبيت بعض الأفراد بالعرف من إقامة العقد في المسجد وأمام الإمام عن طريق ما يعرف بالفاتحة وعدم إعطاء الكتابة في العقد أية أهمية خاصة في القرى والمداشر، أين يأخذ عقد الزواج في المسجد قداسة خاصة تعني عن إشتهاره بالكتابة في نظرهم لاعتبار أن الكتابة ليست ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحته.

القرع الثاني: دور الإشهاد في الإثبات في حال إنكار الزوجية.

تعد مشكلة إثبات الزواج من أخطر المشاكل في العصر الحاضر في مجال الأحوال الشخصية. وتزداد هذه المشكلة تفاقما وتعقيدا في حال إنكار أحد الزوجين علاقته بالآخر. لاسيما في الزواج العرفي يعكس الزواج الرسمي الذي يمكن إثباته من طرف الآخر بسهولة وذلك عن طريق استخراج نسخة من سجلات الحالة المدنية تثبت صحة هذا الزواج.

أما إذا كان هذا الزواج عرفي بغير مسألة إثباته تعتبر من أعقد وأعمق مسائل الإثبات، ذلك لأنه يعتقد في كثير من حالاته لأغراض معينة، وبمجرد أن تطفوا الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه. بمقتضى عقد الزواج العرفي، فما يجد من وسيلة إلا إنكاره.

ولكن سبق وأن ذكرنا أن الزواج العرفي في الجزائر، وهو المعبر عنه بالفاتحة زواج شرعي، لأنه يشتمل على جميع أركان وشروط العقد. من تبادل الإيجاب والقبول، وحضور الولي، وتسمية الصداق، وحضور الشهود، وإنما تنقصه فقط الرسمية التي تعتبر قيدا قانونيا لا يؤثر في شرعية الزواج، وترتيب آثاره عليه.⁽³⁾

(1) - سورة النساء، الآية 59.

(2) - ابن هشام، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد محي الدين، دار الفكر، بيروت، دت. ج 04 ص 340.

(3) - مجلة محمد، المرحع السابق، ص 50 - 52.

..... (الفصل الأول: الإلهام وروبه في إنباح الزواج وأثر خلفه عنه

فإذا كان الزواج بهذه الكيفية، فإن إثباته في حالة الاتفاق، والإقرار بالزوجية يكون باستصدار حكم من المحكمة تبعا للإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية يثبت انعقاد زواجه، في المكان وبالتاريخ الحقيقي المبرم فيهما. وفقا للقواعد المنصوص عليها في المادة 09 و 9 مكرر من قانون الأسرة⁽¹⁾، والأحكام المحددة في الشريعة الإسلامية، وبعده يتم تسجيل حكم تثبيت الزواج في سجلات الحالة المدنية. وبذلك يثبت الزواج سواء كان ذلك في حياة الزوجين. أو كان بعد وفاتهما.⁽²⁾

ولكن إذا جحد أو أنكر أحد الزوجين الزواج العرفي. فإن إثباته يثير نوع من الإشكاليات فمن الناحية الفقهية الشرعية، يكون إثباته بطريقتين من طرق الإثبات: البينة و النكول عن اليمين. فإذا وقع نزاع بين زوجين فادعاه أحدهما، و أنكره الآخر فإنه يثبت بشهادة الشهود الذين تتوفر فيهم شروط الشهادة من العدالة والبلوغ، والإبصار، والنطق، والعدد وانعدام التهمة، على خلاف بين المذاهب بشأن هذه الشروط هل هي مقصودة لإشهاره، وإخراجه من السرية إلى العلنية، أم هي مقصودة لإثباته عند إنكاره، والاختلاف فيه.

فالجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة يقولون بعدم التفريق بين هذه الشروط لأن الغرض من الإشهاد على الزواج هو إظهار شأن هذا العقد وتكرمه، وفي الوقت نفسه توثيق العقد، والتمكن من إثباته عند إنكاره، والتنازع فيه.⁽³⁾

غير أن الحنفية الإشهاد في الزواج عندهم ليس المقصود منه إثباته عند إنكاره، والاختلاف فيه أصالة. بل المقصود هو إشهاره، وإخراجه من السرية إلى العلنية، فصححوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدين، أو أصولها وإن كانوا يمنعون هذه الشهادة في غير هذا الموضع كما هو الحال في الحدود، والقصاص.

فيحوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنه، من غير الزوجة المعقود عليها.

(1) - الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426، الموافق: 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر: 11/ 84

المؤرخ في: 09 رمضان 1401هـ، الموافق ل: 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 165.

(3) - شلي مصطفى، المرجع السابق، ص 116.

.....(الفصل الأول: الإثبات والزواج والفرقة عنه)

أو بشهادة ابنها من غيره، والسبب في ذلك أن هذا الموضوع لا تهمه فيه، ولا شبهة بخلاف غيره فإن الشبهة قائمة، والتهمة موجودة، لأن المقصود بما إثبات الحقوق.

ولذلك قالوا: إن شهادة هؤلاء، وإن كان ينعقد بها النكاح إلا أنه لا يثبت بها عند الإنكار فشهادتهم تنفع في حل الزوجية ديانة لا قضاء⁽¹⁾.

فالزواج عند فقهاء الحنفية له حالتان: - حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق، والابن والأب.

- وحالة الإثبات عند الإنكار. وهذه لا تصح شهادتهم فيها، بل يشترط في الشاهد على إثبات الزواج ما يشترط في غيره من العدالة، وعدم التهمة، ومن هنا قالوا: إذا كانت شهادة الابن عند اختلاف الزوجين على أحد أبويه تقبل لعدم التهمة، وإن كانت له لا تقبل لوجود التهمة⁽²⁾.

أما عن موقف المشرع الجزائري من إثبات عقد الزواج عند إنكاره في مثل هذه الحالة فقد نص في المادة 22 من قانون الأسرة على أنه (يثبت بمسخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي).

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة⁽³⁾.

وما يمكن ملاحظته من خلال تحليل نص المادة 22 المشار إليها أعلاه، أن إثبات قيام علاقة زوجية قانونية لا يمكن أن يكون إلا بواسطة إبراز نسخة أو مسخرج من سجلات الحالة المدنية، وأن أي شخص يدعي أنه مرتبط مع شخص آخر بموجب عقد زواج لا يقبل منه هذا الإدعاء إلا إذا كان بيده نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلات الحالة المدنية. سواء تلك المودعة لدى البلدية، أم تلك التي توجد لدى كتابة الضبط بمقر المجلس القضائي. هذا إذا كان الشخص المعنى قد سبق له أن صرح بعقد زواجه لدى الموظف المختص، كأن يكون قد سبق أن أبرم عقد زواجه بين يدي الموثق، أو بين يدي ضابط الحالة المدنية وسجل بأحد سجلاتها⁽⁴⁾.

(1) - السرخسي، المصدر السابق، ج 05 ص 34.

(2) - شلي مصطفى، المرجع السابق، ص 117.

(3) - الأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 18 محرم 1426 هـ الموافق: 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للأمر: 11/ 84

، المتضمن قانون الأسرة.

(4) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 165.

.....(الفصل الأول: الإلهام و دوره في إثبات الزواج) وأثر خلفه عنه

أما إذا كان قد سبق لهذا الشخص أن أبرم عقد زواجه بالفاثحة بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، ووفقا لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة، ثم أنكر قيام هذه الزوجية فإن المشرع الجزائري لا يمنحه فرصة لإثبات مثل هذا الزواج، لذلك لأنه حدد وسيلة واحدة ووحيدة لإثبات قيام عقد الزواج قانونيا. وهذه الوسيلة الوحيدة التي لا يقبل غيرها هي النسخة المنقولة أو المستخرجة عن وثيقة عقد الزواج المسجلة أو المدونة في سجلات الحالة المدنية.⁽¹⁾

ولم يحدد أي وسيلة لإثبات الزواج حال إنكاره، بعكس بعض القوانين العربية التي ألزمت المحاكم القضائية بعدم سماع دعوى الزوجية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون رقم 78 لسنة 1951.

وكذا المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي(لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية، إلا إذا كانت ثابتة في وثيقة رسمية، أو سبق الإنكار، الإقرار بالزوجية في أوراق رسمية).⁽²⁾

و المقصود بالإنكار من هذه المادة هو إنكار الزوجية، بحيث إذا كان النزاع يدور حول عقد زواج عرفي يتمسك به أحد طرفيه وينكره الآخر، فإن إنكار الزوجية بهذا المعنى يترتب عليه حتما القضاء بعدم سماع الدعوى في هذه الحالة. وبعبارة أخرى لا يصلح عقد الزواج العرفي عند إنكار الزوجية مسوغا لسماع الدعوى، والمسوغ في هذه الحالة لا يكون إلا وثيقة رسمية بالزواج وفقا لنص المادة السابقة الذكر -⁽³⁾ وملخص ما يترتب على إنكار مثل هذه العلاقة الزوجية.

- عدم قبول دعوى إثبات الزواج، أو الإقرار به أمام القضاء، أو إثبات حصول ذلك القرار من قبل.

- عدم قبول دعوى نفقة الزوجية في حالة امتناع الزوج عن النفقة.

- عدم قبول دعوى التطلاق التي تقيمها الزوجة ضد من تزوجته عرفيا، لأنه فضلا عن المنع من سماع الدعوى المنصوص عليها قانونا، فإن العقد الفاسد لا يرد عليه تطليق، ولا طلاق وذلك

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 01، ص 143.

(2) - الأشقر أسامة عمر، المرجع السابق، ص 146.

(3) - البنا كمال صالح، مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس، دار عالم الكتب، القاهرة، ط 1،

1421هـ/2000م، ص 07.

.....الفصل الأول: الإلزام وروية إثبات الزواج وأثر خلفه عند

في الأحوال التي يخالف فيها العقد مقتضى الشريعة، كالعقد دون شاهدين، أو دون ولي، أو... إلخ.

- عدم قبول دعوى إثبات الطلاق في حالة إيقاعه من الزوج في الزواج العرفي الذي تقره الشريعة برضا الطرفين، وولي، وشهود لأن النص بعدم السماع مطلق، فكيف إذا كان الزواج عرفي وينكره أحدهما فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع قط.

- عدم قبول دعوى مؤخر الصداق — إذا اتفق الطرفان على تعجيل جزء من الصداق وتأخير الباقي.

- عدم قبول دعوى نفقة المتعة والعدة، إذا كان الزواج العرفي قد تم في الصورة التي تقرها الشريعة، وقد أوقع الزوج عليها طلاقاً. فما بالك برفع مثل هذه الدعوى في حالة إنكار العلاقة الزوجية.

- عدم قبول دعوى الميراث في حالة إنكار الزوجية.⁽¹⁾

ومما سبق نخلص إلا أن :قوانين الأحوال الشخصية ترفض سماع دعوى إثبات العلاقة الزوجية في حالة الإنكار بأية وسيلة من وسائل الإثبات، بل أكثر من ذلك فهي ترفض سماع دعوى إنكار الزوجية من أساسه. وبالتالي عدم النظر في الآثار المترتبة عنها بأي حال من الأحوال بعكس أحكام الفقه الإسلامي التي تجيز سماع هذه الدعوى والفصل فيها طبقاً لأقوال الشهود. ذلك أن الزواج لا يثبت فقط بشهادة العدلين اللذان حضرا العقد فقط بل إنه يتسع لأكثر من ذلك ويثبت بشهادة التسامع. وإذا ما بعثنا عن الغاية والمقصد الذي دفع المشرع القانوني إلى عدم سماع دعوى الإنكار، نجد أنه يعلل ذلك بأن الزواج هو أساس رابطة الأسرة، وأنه يحتاج إلى الصيانة والاحتياط في أمره.⁽²⁾

إذ قد يتفق اثنان على الزواج دون وثيقة، ثم يجحد أحدهما فيعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء. كما أنه قد يدعي بعض ذوي الأغراض الزوجية؛ زورا وبهتانا، أو نكاية وتشهيراً، أو

(1) - عزب كمال الشريف، الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون، دار التقوى للنشر والتوزيع القاهرة. ط الأولى.

1421هـ - 2000 م كص 61

(2) - العمروسي أنور، المرجع السابق، ج 02 ص 106.

.....(الفصل الأول): الزواج وصوره في (نكاح الزوج) ولا أثر خلفه عنه

ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة إثباتها بالشهود، وخصوصا وأن الفقه الإسلامي يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج.

وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقة رسمية كما في عقود الرهن والأوقاف.. وهي أقل منه شأنًا، وهو أعظم منها خطرا، فحملا للناس على ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له من الجحود والإنكار، ومنعا لهذه المفاصد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة، نص القانون على عدم سماع مثل هذه الدعاوى. (1)

كما أنه وباعتبار الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع فإن هذا القيد يكون قد قصد به المصلحة العامة، ويعد ذلك متعلقا بالنظام العام، ويتعين على المحكمة التصدي له من تلقاء نفسها. أي أن مجرد الإنكار ولو لم يدفع بعدم السماع في قانون الأسرة الجزائري بنص محدد، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم السماع من تلقاء نفسها.

ومن ثم نجد أن الزواج العرفي عند الإنكار أمام القضاء لا يترتب عليه أي أثر من الآثار المترتبة على الزواج الرسمي، والتي من بينها النفقة والصداق والميراث... الخ. وهذا باستثناء نسب الأولاد الذي يثبت حتى بنكاح الشبهة كما نصت على ذلك المادة 40 قانون الأسرة على أنه: (يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

- يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب). (2)

غير أنه وبالرغم من المصلحة الكبيرة التي تحققها الشكلية في عقد الزواج، إلا أن ذلك يبقى بعيدا عن المقصد الذي شرعت من أجله الشهادة في الزواج من كونها سلاح ذو حدين في دفع مقالات السوء. و صون الأعراض عن القذف من خلال شهر الزواج، وإعلانه عند إنشائه من جهة.

(1) - العمروسي أنور، المرجع السابق، ج 02 ص 106.

(2) - الأمر رقم: 02/05، المؤرخ في: 18 محرم 1426 هـ، الموافق: 27 فيفري 2005 م، المعدل والمتمم للأمر: 84

11/ المتضمن قانون الأسرة.

..... (الفصل الأول): (لها ووروه في (تباح الزواج) وأثر خلفه عنه

ومن جهة ثانية في كونها وسيلة من أهم وسائل إثباته إذا ما تجرأ أي واحد من الزوجين إنكار علاقته مع الآخر. بأن أراد التملص من تبعات هذا الزواج، وآثاره لاسيما في حالة الزواج الشرعي المستكمل لجميع الأركان والشروط، ولا ينقصه إلا الإفراغ في قالب رسمي، عن طريق التسجيل.

لأجل ذلك كان على المشرع القانوني مراعاة ذلك بإجازة سماع دعوى الزوجية عند إنكارها، وبصفة استثنائية، باعتماد البينة الشرعية لإثباتها والمتمثلة في شهادة الشهود. ولعل من بين الأسباب التي يمكن من خلالها إيراد هذا الاستثناء ما يأتي:

أولاً: إن نظام الرسمية في الزواج وما يفرضه من وجود سجلات للتوثيق ليس معروفاً لدى كل شرائح المجتمع. لاسيما سكان البوادي، والمداشر، الذين يكتفون في عقود الزواج بتوفير كل أركان العقد وشروطه عن طريق ما يعرف بالفاتحة. ثم يتبعها إقامة الحفلات باستدعاء الأحاب، والأصدقاء الذين تقام على شرفهم الولائم، وأن هؤلاء يسمعون ويشاهدون الزوج يتحمل المسؤولية الزوجية، ويعاشر زوجته معاشرة الأزواج، كما أن الزوجة تكون مسؤولة مسؤولية تامة ابتداء من ذلك التاريخ أمام زوجها وبيتها الجديد... فإذا ما تبين لأحد الزوجين بعد ذلك أن هذا الزواج يمكن إنكاره والتملص منه، لكونه غير مسجل في الدوائر الرسمية. فهل يمكن أن نسمح له بذلك، مجرد أن هذا الزواج تغيب فيه الشكلية؟! ولا ننظر إلى البينة التي يقدمها الطرف الآخر، ولا إلى مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية التي أجازت إثباته بشهادة عدلين، مستوفين شروط الشهادة الشرعية بل وأكثر من ذلك بإجازة إثباته ولو بشهادة السماع، أو الشهرة العامة لكل من رأى الزوجين متعاشرين معاشرة الأزواج، فكيف بمن يحضر عقد الفاتحة عند إنشاء الزواج، وشهد إعلانه عن طريق حفل الزفاف؟.

ثانياً: إن الشريعة الإسلامية اعتبرت الزواج رابطة مقدسة لقوله تعالى: "وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"⁽¹⁾ غايته الإحصان والعفاف، والمحافظة على النسل من الضياع. وجعلت من حل الرابطة

(1) - سورة النساء، الآية : 21.

..... (التفصل الأول): الدور والواجب في إنجاح الزواج وأثر تعلقه عنه

الزوجية وإن كان مشروعاً، إلا أنه من أبغض الحلال عند الله، لما يترتب عليه من نتائج وخيمة، فكيف بإنكار هذا الزواج، وحجده. (1)

لأجل ذلك كان على المشرع مراعاة كل ما سبق، والسماح بسماع دعوى الزوجين في حالة الإنكار، وبصفة استثنائية، إذا ما توفرت للطرف الآخر البيئة الشرعية لا سيما وأن هذا يتماشى مع الحفاظ على مصلحة المجتمع. وتدعوا إليه أحكام الشريعة الإسلامية، ومقاصدها من خلال اشتراط الشهادة في الزواج.

(1) - الفاخوري إدريس، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية ، مركز الخدمات المتحدة للطباعة. الدار البيضاء. المغرب. ط الأولى. 1993م ص 182 - 183.

المبحث الثاني: الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج.

عقد الزواج حتى يكون صحيحا، و تترتب عليه جميع آثاره، يجب أن تتوفر فيه كل أركانه، وشروطه. فإذا احتل واحد منها أثر ذلك على طبيعة العقد و على نتائجه. وعقد الزواج في الفقه الإسلامي أو القانوني، لا يمكن أن يكون إلا ضمن وصف واحد من ثلاثة أوصاف مقسمة حسب استيفاء العقد لأركانه وشروطه الأساسية، أو عدم استيفائه لها.. وهذه الأوصاف التي تضاف إلى عقد الزواج هي: زواج صحيح، أو زواج فاسد، أو زواج باطل.⁽¹⁾ فإذا تخلف عن عقد الزواج شرط من شروط صحته وهو الإشهاد عليه، فما هو حكم هذا الزواج من حيث النشأة، وهل يمكن أن تترتب عليه آثاره أم لا؟. هذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث من خلال مطلبين: نتناول في الأول منهما: الحكم بفساد العقد وبطلانه نتيجة تخلف الإشهاد، ونخصص الثاني منهما لدراسة نماذج من زيجات تخلف فيها شرط الإشهاد أو كان موجودا مقترنا بالكتمان.

المطلب الأول: الحكم بفساد عقد الزواج وبطلانه.

عقد الزواج الذي تتوافر فيه أركانه وشروطه هو عقد صحيح تترتب عليه آثاره، في حين أن العقد الذي تخلف عنه شرط الإشهاد فإنه يعتره نقص وبالتالي لا يكون صحيحا فقد يكون فاسدا أو باطلا.

وقبل التطرق إلى الوصف الذي ينطبق على عقد الزواج الخال من الإشهاد نتعرض إلى تعريف كل من الفساد والبطلان في اللغة، ثم نعرفهما في اصطلاح فقهاء الشريعة والقانون، ثم نتعرض إلى التمييز بينهما في عقد الزواج عند تخلف الإشهاد عنه وآثارهما عليه.

الفرع الأول: تعريف الفساد والبطلان:

نُتناول تعريف الفساد والبطلان في اللغة، ثم في الاصطلاح لدى فقهاء الشريعة والقانون.

(1) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 184.

أولاً: تعريف الفساد والبطلان لغة:

أ- تعريف الفساد: فسد يفسد فسادا فهو فاسد وهو نقيض الصلاح، إذ المفسدة ضد المصلحة لقوله تعالى⁽¹⁾: " وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا".⁽²⁾ وفسد الشيء بطل، كقولنا فسد العقد ونحوه. بمعنى بطل⁽³⁾ لقوله عز وجل: " لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا".⁽⁴⁾

ب- تعريف البطلان لغة: بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا. بمعنى ذهب ضياعا وخسرا، وجمعه أباطيل وهو نقيض الحق⁽⁵⁾ لقوله تعالى: "فَوْقَ الْحَقِّ وَبَطْلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ".⁽⁶⁾ والإبطال يقال في إفساد الشيء وإزالته. حقا كان ذلك الشيء أو باطلا.

- وبناء على التعريفات اللغوية للفساد والبطلان، يظهر أن اللفظين - الفساد والبطلان- متداخلان من حيث معانيهما، إذ قد يطلق البطلان ويراد به الفساد، والعكس صحيح.

ثانياً: تعريف الفساد والبطلان اصطلاحاً:

وتتناول تعريفهما الاصطلاحي لدى علماء الشريعة والقانون كما يأتي:

أ- الفساد والبطلان عند علماء الشريعة:

الفساد والبطلان عند علماء الشريعة يختلف مدلولهما بين الجمهور، والحنفية فالفساد والبطلان مترادفان في المعنى عند الجمهور وفي ذلك يقول الآمدي:⁽⁷⁾ البطلان هو نقيض الصحة، وأما الفساد فمرادف للباطل عندنا.⁽⁸⁾

(1) - ابن منظور، المصدر السابق، باب فسد ج 05 ص 3412.

(2) - سورة المائدة، الآية 66.

(3) - أبو جيب سعدي، المرجع السابق ص 285.

(4) - سورة الأنبياء، الآية 22.

(5) - ابن منظور، المصدر نفسه، باب بطل، ج 01 ص 302 - 303.

(6) - سورة الأعراف، الآية: 117.

(7) - الآمدي هو: علي بن أبي محمد بن سالم سيف الدين، كان حنبلي ثم اتبع المذهب الشافعي، أصولي متكلم من مصنفاته:

الإحكام في أصول الأحكام، وغاية المرام في علم الكلام.

كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة: بيروت. ط الأولى. 1414هـ 1993م ج 02 ص 479.

(8) - الآمدي هو: سيف الدين، إحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية. بيروت. 1983م، ج 01 ص 113.

..... (الفصل الثامن: الزهراء وروضة البساتين الزواجر) وأثر خلفه عنه

ولأجل ذلك عرف كل من الفساد والبطلان بمعنى واحد في الشرع، وهو ما يقابل الصحيح والمقصود به في العبادات مخالفة أمر الشارع، أو عدم سقوط القضاء بالفعل. أما في عقد المعاملات فيقصد به تخلف الأحكام عنها، وخروجها عن كونها أسبابا مفيدة للأحكام⁽¹⁾ وهو تعريف أبو حامد الغزالي⁽²⁾.

وعرفه السبكي⁽³⁾ بقوله: "الباطل هو: الذي لا يترتب أثره عليه، والبطلان والفساد لفظان مترادفان⁽⁴⁾.

أما الحنفية فقد وافقوا جمهور الأصوليين في ترادف الفساد مع البطلان في باب العبادات - فقط - فقالوا إن العبادة إذا تخلف شرط من شروطها كالصلاة بلا طهارة فهي فاسدة، وباطله كما هو الحال عند الجمهور.

— وفرقوا بين الفساد والبطلان في العقود فذكر الآمدي تعريف الفاسد بأنه: ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه كبيع مال الربا بجنسه متفاضلاً⁽⁵⁾.

وتعريف الفاسد عند البيهقي لا يختلف كثيراً عن تعريف الآمدي إذ ذكر أن الفاسد ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجه، لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة⁽⁶⁾.

أما تعريف الباطل عنده - أي عند البيهقي - فهو ما كلن فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل.

(1) - الغزالي أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية. بيروت، ط الثانية 1983 ج 01 ص 76.

(2) - الغزالي: محمد بن أحمد أبو حامد فقيه شافعي أصولي، صوفي متكلم له تصانيف كثيرة منها: إحياء علوم الدين، تهافت الفلاسفة المستصفى في أصول الفقه كحالة، المصدر السابق، ج 03 ص 671.

(3) السبكي علي عبد الكافي بن علي، الشافعي عالم في الفقه والتفسير والأصول والحديث، توفي سنة 756هـ من مصنفاته: الإلهام في شرح المنهاج، لدر النظيم في تفسير القرآن العظيم، كحالة عمر رضا، المصدر السابق، ج 02 ص 461.

(4) - السبكي علي بن عبد الكافي، الإلهام في شرح المنهاج، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة 1401هـ. 1981م. ج 1 ص 69.

(5) - الآمدي سيف الدين، المصدر نفسه، ج 01 ص 11.

(6) - ابن خنيزار، محمد بن عبد العزيز، المصدر السابق، ج 01 ص 259.

وقال السبكي الباطل عند أبي حنيفة ما لم بشرع بأصله كبيع الملاقيح⁽¹⁾.

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

— أما 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 عليها تسمية الفاسد: وهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه. والعقد الفاسد عند الحنفية له شبهان⁽²⁾، شبه بالعقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله واستيفائه ما طلب الشارع تحققه في العقد. وشبه بالعقد الباطل من ناحية تعلق نهي الشارع عنه لما اتصف به.

ب — تعريف الفساد والبطلان في الفقه القانوني:

كلمة الفساد ترد لدى فقهاء القانون بوجه عام عند تعرضهم لنظرية الالتزام، أما كلمة البطلان فقد اعتنى بها فقهاء القانون وعرفوها بعدة تعريفات نذكر منها ما يأتي:

• عرفه السنهوري بقوله بطلان العقد: هو الجزء الذي يرتبه المشرع على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشرائطها.⁽³⁾

• وعرفه سعد نبيل: بأنه الجزء 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.

والملاحظ لهذين التعريفين يجد أنهما يتفقان على أن البطلان هو الجزء المترتب على اختلال أركان العقد، وشروط صحته، والمتمثل في انعدام الآثار المترتبة عنه.

(1) - السبكي علي عبد الكافي ، المصدر السابق، ج 1 ص 69.

(2) - ابن الهمام كمال، المصدر السابق كج 02 ص 147.

(3) - السنهوري، المصدر السابق، ج 1 ص 486 - 487.

كما يلاحظ اتفاق الفقه القانوني مع الفقه الإسلامي في التفرقة بين شروط الانعقاد، والأركان في إنشاء العقود.⁽¹⁾

الفرع الثاني: التمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج بلا إسهاد.

عقد الزواج يتميز بطبيعة خاصة تميزه، عن باقي العقود المالية، لا سيما من ناحية الآثار فأثار العقود المالية إنما هي كلها حقوق والتزامات خاصة بالمتعاقدين. أما عقد الزواج فتترتب فيه ثلاثة أنواع من الآثار.

— آثار هي حقوق لأصحابها، كالنفقة الزوجية والطاعة الزوجية، والتوارث...

— آثار فيها حقوق لغير المتعاقدين كنسب الأولاد.

— آثار فيها حقوق عامة للشرع، هي من قبيل النظام العام كالعدة.⁽²⁾

وفقهاء الشريعة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة متفوقون في عدم التفريق بين فاسد النكاح وباطله. من حيث الانعقاد. ومن حيث الأحكام وعدم ترتيب الآثار. هذه الأخيرة النوع الأول منها الخاص وهو الحقوق الخاصة المحضة، لا يثبت إلا في نكاح صحيح وهو الزواج المنعقد المستوفي جميع أركانه وشروطه.

وأما النوعان الآخران من الآثار - النسب والعدة - فإنهما كما يثبتان شرعا في النكاح المنعقد، يثبتان أيضا في بعض حالات النكاح غير المنعقد باستيفاء كامل أركانه وشروطه ولكن أعقبه دخول. وهي الحالات التي يعتبر فيها وجود شبهة صالحة لنفي عقوبة حد الزنا الشرعي، ولو كانت تقتضي استحقاق عقوبة تعزيرية أخرى. حتى أن النسب والعدة يثبتان في حالات الوطء بشبهة دون أن يكون هناك عقد زواج أصلا. وتستحق المرأة مهر المثل بما استحلت من فرجها.

وثبتت هذه الآثار من المهر، والعدة، ونسب الولد في الوطء بشبهة عند جميع الفقهاء. بما في ذلك الحنفية لا يعن، وجود نكاح فاسد تترتب عليه بعض الآثار. وآخر باطل لا تترتب عليه. وفي

(1) - سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية. مصر. 1994. ج 1 ص 225 - 226.

(2) - الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر. العدد 27، شوال 1401هـ الموافق،

سبتمبر 1981، ص 31.

.....الفصل الأول: الزنا وورثته في إنباس الزواج وأثره على غيره

ذلك يقول ابن الهمام: (إن العقد الباطل والفساد في النكاح سواء).⁽¹⁾ وفي ذلك يقول أبو زهرة من المحققين: الحنفية لا يفرقون بين النكاح الباطل والفساد، فالحكم سواء أكان الخلل في ركن العقد، وهو ما يعبر عنه بالباطل، أم الخلل في وصفه، وهو ما يعبر عنه بالفساد. وعلى ذلك باطل النكاح هو فاسده)⁽²⁾

غير أن متأخري الحنفية وصفوا بعض حالات النكاح غير المنعقد بصفة الفساد، وهي تلك الحالات التي توجد فيها شبهة ينتفي معها حد الزنا. وتثبت بعض آثار النكاح الصحيح، ناظرين إلى ثبوت بعض آثار النكاح الصحيح فيه إذا أعقبه دخول تمييزا له عن الباطل الذي لا يثبت فيه أي أثر من الآثار، بل يعتبر الدخول فيه زنا محض.

فالنكاح الذي سمي فاسدا هو درجة ثالثة بين الصحيح والباطل من حيث الآثار.

فإنه لا تثبت فيه جميع آثار النكاح الشرعية منذ العقد كما تثبت في الصحيح المنعقد، ولا تنتف كلها ولو وقع دخول كما في الباطل غير المنعقد.⁽³⁾

لذلك رأوا أن هذه الدرجة المتوسطة في حالات النكاح تشبه الدرجة المتوسطة بين الصحة والبطلان في العقود المالية، من حيث كونها درجة ثالثة بالنسبة إلى ثبوت الآثار عند تنفيذ العقد، فسموها فساداً .

وسموا عقد النكاح فيها فاسداً، استفادة وتوظيفا للمصطلح القائم في المعاملات المالية، ولكن يرد عليهم أن هناك عدة مفارقات بين الفاسد من الأنكحة و الفاسد من المعاملات المالية، والتي يمكن ذكرها في النقاط الآتية:

- أن الفاسد من الأنكحة غير منعقد، أما الفاسد من المعاملات المالية فمنعقد.

- أن نتيجة الانعقاد في الفاسد من العقود المالية، كونه يترتب عليه عند التنفيذ بالتسليم جميع الآثار المقررة له في حال الصحة، ذلك لأن الفاسد عرضة للفسخ بإرادة كل من الطرفين وإرادة القاضي، فلا يستعجل في إثبات آثاره منذ العقد كما في العقد الصحيح، بل تؤخر إلى

(1) - ابن الهمام، المصدر السابق، ج 3 ص 199 - 200.

(2) - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 147.

(3) - البرقا محمد، طيف أحمد، المرجع السابق، ص 32.

التنفيذ لاحتمال فسخه قبله، وذلك خير من تعريض هذه الآثار للنقض بعد الثبوت إذا فسخ العقد قبل التنفيذ.

وأما الفاسد من الأنكحة فلا تترتب عليه بالتنفيذ - الدخول - جميع آثار النكاح الصحيح من ملك المتعة، والنفقة الزوجية، والطاعة، والتوارث... وإنما يترتب عليه بالدخول، وبصورة استثنائية، بعض الآثار التي هي من لوازم نفي عقوبة الحد الشرعي، والتي تعتبر من صميم النظام العام في نظر الإسلام وهي المهر، العدة، ونسب الولد.

وهي آثار تثبت في الدخول المبني على عقد النكاح الفاسد، لا آثار للعقد نفسه. كما هو الحال عليه في النكاح الصحيح، فهي منحصرة في الأمور التي تثبت بالدخول بشبهة دون عقد.⁽¹⁾

- أن الفاسد من عقود المعاملات المالية عند الحنفية يمتنع فسخه فيستقر، ويصح كالصحيح، إذا أعقبه عقد رتب حقوقاً للغير.⁽²⁾ بخلاف الفاسد من الأنكحة فإنه لا يستقر بحال من الأحوال، بل يفرق القاضي بين الرجل والمرأة فيه، متى علم باحتماعهما، ويعاقبهما بعقوبة تعزيرية لسقوط الحد بشبهة العقد.⁽³⁾

ويمكن تحقيق هذه المسألة في التمييز بين الفساد والبطلان في عقد النكاح عند اختلال أحد الشروط، أن عقد الزواج الفاسد هو عقد باطل مقترن بشبهة وذلك:

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

وأن الفرق بينهما إنما هو في وجود شبهة كافية لإسقاط عقوبة الحد في أحدها، وعدم وجود هذه الشبهة في الآخر.

ففي الحالات التي ترافقها تلك الشبهة يسمى النكاح غير المنعقد فاسداً، فتثبت فيه آثار الدخول التي تثبت في كل وطء بشبهة وهي: المهر، والعدة، والنسب.

(1) - الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، بيروت، ط العاشرة، 1387هـ - 1968م ج 02 ص 657.

(2) - ومثاله: أن يبيع المشتري بيعاً صحيحاً، كان قد اشتراه شراءً فاسداً حتى ترتب بيعه الجديد حق مكتسب للمشتري

الثاني، فإذا حصل مثل هذا المانع امتنع فسخ العقد الفاسد السابق صيانته لحق الشخص الثالث.

(3) - الزرقا مصطفى، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، المرجع السابق، ص 33.

..... (الفصل الأول: الإلهام وروحه في (نباح الزواج) وأثر خلفه عنه

وفي الحالات التي تتجرد عن الشبهة يسمى باطلا، بأن يعتبر الدخول الذي يعقبه زنا تجب فيه عقوبة الحد الشرعي، ولا يثبت فيه شيء من آثار النكاح أصلا.

فتسمية هذا بالباطل ، وذلك بالفساد 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.⁽¹⁾

ومما سبق من عرض أقوال الفقهاء في مسألة التمييز بين فاسد النكاح وباطله، وتحقيق المسألة في المذاهب الأربعة ، نستنتج أنه لا فرق بين باطل النكاح وفساده عندهم.

بل حتى أن فقهاء الحنفية الذين فرقوا بين الباطل والفساد 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 ما دامت تثبت في كل وطء بشبهة ولو دون عقد أصلا.

وتأسيسا على هذا التحقيق في فاسد النكاح وباطله فإن النكاح بغير شهود يكون باطلا.

وغير منعقد عند جميع الفقهاء، وفي ذلك يقول صاحب الهداية (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين عاقلين...) كما أنه وفي هذا السياق نقل كمال بن الهمام في شرحه التمثيل للنكاح الفاسد بأنه (النكاح بغير شهود ، ونكاح زوجة الغير دون علم بأنها متزوجة...) (2).

ومفاد هذه النصوص أن النكاح الفاسد هو من حيث الانعقاد كالباطل غير منعقد ، لأن صاحب الهداية صرح بأن النكاح بغير شهود ليس بمنعقد ، وشارح "الهداية" ، صاحب فتح القدير، صرح بأن النكاح بغير شهود هو من نوع الفاسد.

ومن ذلك نستنتج أن النكاح الفاسد بغير شهود غير منعقد، وبالتالي حكمه حكم العدم كما أن فقهاء الحنفية نصوا على أن المرأة إذا تزوجت بغير شهود، أو شاهد واحد ثم أشهد بعد ذلك، لم يجز النكاح ، لأنه اعتبر إقرارا بالعقد الفاسد، وبالإشهاد على العقد الفاسد لا يتقلب

(1) - الزرقا مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، المرجع السابق، ص34.
(2) - أسرار الأقسام، الجزء الثاني، ص3، ص199.

..... (الفصل الأول: الإلزام وضرورة إبرام الزواج وإثباته)

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، وأوجبوه عند الدخول عن طريق الإعلان فإن ترك ذلك كله يترتب عليه عدم انعقاد الزواج وبالتالي بطلانه، وفي ذلك يقول ابن رشد- الجدل- (إن تزوج ولم يشهد فالنكاح صحيح ويشهدان فيما يستقبلان إلا أن يكونا قصداً بالإستمرار بالعقد، فلا يصح أن يثبتا عليه، لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر، ويؤمر أن يطلقها طليقة ثم يستأنف العقد معها، فإن دخل في الوجهين جميعاً فرق بينهما، وإن طال الزمان بطليقة لإقرارهما بالنكاح، وحداً إن أقرا بالوطء، إلا أن يكون الدخول فاشياً أو يكون على العقد شاهد واحد فيدراً الحد بالشبهة.

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

أما 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 الأم من أنه لا يصح النكاح إلا بحضور شاهدين للخبر الصحيح، لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل.⁽³⁾

وتبعاً لما تم تحقيقه في التمييز بين الفساد، والبطلان في عقد الزواج بلا إشهاد عليه فإن آثار هذا الزواج في هذه الحالة هي آثار الزواج الباطل.

(1) - ابن الممام، المصدر السابق، ج3، ص199.

(2) - ابن رشد الجدل، المصدر السابق، ج2، ص366.

(3) - الشافعي، المصدر السابق، ج5، ص23-24.

.....(الفصل الأول): الإلهام وصوره في إثبات الزواج وأثره عند

والحديث عن هذه الآثار تميز بين حالتين: حالة آثار هذا الزواج قبل الدخول، وبين آثاره بعد الدخول.

أولاً: آثار الزواج بلا إشهاد قبل الدخول:

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

وعليه فلا يجب لهذه المرأة المهر، ولا تلزم بالعدة، ولا تثبت حرمة المصاهرة بينهما، ولا يتوارثان.

أما الملكية فإنهم لا يعتبرون مثل هذا العقد باطلاً، إلا إذا قصد الاستسرار به، وعدم إعلانه في المستقبل، فإنه يبطل في تلك الحالة، ولا تترتب عليه آثاره (2). وذلك اعتباراً لرأيهم في إيجاب الإعلان عند الدخول، مع استحباب الإشهاد عند العقد (3).

ثانياً: آثار الزواج بلا إشهاد بعد الدخول:

إذا دخل الرجل بالمرأة التي عقد عليها بلا إشهاد، ولم يشهد على ذلك عند الدخول وجب عليهما أن يفترقا اختياراً، وإلا فرق القاضي بينهما جبراً، 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 (4).

وبالتالي لا يقام عليها حد الزنا لوجود شبهة العقد، إذ الحدود تدرأ بالشبهات وإنما يعزرهما القاضي بهدف زجرهما عن فعلهما.

(1) - الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1410هـ-1990م، ج4، ص28.

(2) - ابن رشد-الجد- المصدر السابق، ج2، ص366.

(3) - الدسوقي محمد بن عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، 1417هـ-

1996م، ج3، ص6-7.

(4) - فراج أحمد حسن، أحكام الزواج في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص120-121.

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

- المهر: يجب للمرأة المدخول بها في هذه الحالة المهر، تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تنص على أنه: "كل وقاع في دار الإسلام لا يخل من عقر أو عقر⁽¹⁾، أي أنه إذا انتفى الحد وجب المهر، فإذا كان المهر قد سمي في العقد للمرأة أقل المهرين: المهر المسمى ومهر المثل، أما إذا لم يسم المهر في العقد، فلها مهر المثل مهما بلغ.

- العدة: وتبدأ العدة من وقت المتاركة،⁽²⁾ إذا افترق الرجل والمرأة من تلقاء نفسيهما ومن وقت تفريق القاضي بينهما، إذا لم يفترقا، وعلو وجوب العدة براءة الرحم، ومنع اختلاط الأنساب.

- النسب: يثبت النسب في هذا الزواج لوجود شبهة العقد، رعاية لمصلحة الأولاد، وذلك يشترط أن يولد الأبناء أثناء فترة هذا الزواج وفي مدة الحمل المحددة، والتي حددها الفقهاء بستة أشهر كحد أدنى من تاريخ الدخول وأكثرها سنة من تاريخ التفريق.

إستناداً إلى قوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَسَنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كَرهًا وَوَضَعَتْهُ كَرهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"⁽³⁾، وقوله عز وجل: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ..."⁽⁴⁾.

وبإثبات النسب تثبت حرمة المصاهرة فتحرم المرأة المدخول بها على أصول وفروع من دخل بها، ويحرم على الرجل أصولها، وفروعها.⁽⁵⁾

بعد دراسة الزواج بلا إظهار عند الفقهاء، وتمييزهم لحكمه بأنه يكون باطلا وإن ترتبت عليه بعض الآثار الاستثنائية لوجود شبهة الوطء. نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري في حكم تخلف الشهادة في عقد الزواج، من خلال نصوص قانون الأسرة هيرى المشرع بأن هناك فرقا بين

(1) - الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج7، ص110.

(2) - والمتاركة بعد الدخول لا تتحقق بعدم بجمي كل منهما إلى الآخر، وإنما تتحقق بقول الرجل تركتك أو تركتها، أو خليت سبيلك أو سبيلها،... وغيره من الألفاظ التي تدل على المفارقة.

(3) - سورة الأحقاف، الآية: 15.

(4) - سورة البقرة، الآية: 233.

(5) - حمد أحمد، النسب في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، 1983، ص18.

.....(الفصل الأول: الزواج ووزره في إتبات الزواج) وأثر تخلفه عنه

الفساد والبطلان وأن البطلان أقوى من الفساد في السبب، فكلما قوي السبب كان النكاح باطلا، وكلما قل أثره كان فاسدا، وذلك لأنه وازن في بعض الأحيان بين الاستمرار في النكاح وما يحدثه من ضرر، مع مقابل فسخه فرأى بأن ضرر الفسخ أكثر من ضرر الاستمرار فيه فأقره بالدخول. أما النكاح الباطل فلا يمكن إقراره على أي حال لتأكد ضرره⁽¹⁾، فنص في المادة 33 قانون الأسرة على أنه (يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل).⁽²⁾

وعند تحليلنا لنص المادة نجد أن المشرع الجزائري وتبعاً لتعديله لنص المادة 9 التي تضمنت النص على أركان الزواج وشروطه، فإنه عدل في نص المادة 33 ق.أ.ج، ورتب على انعدام الرضا باعتباره ركناً، البطلان. في حين فرق بين حالة العقد، والدخول عند اختلال و انعدام شرط من شروط العقد، والتي منها شرط صحة العقد وهو حضور الشهود.

والمشرع في ذلك يكون قد سائر رأي فقهاء الشريعة في تحديد الأوصاف التي تلحق عقد الزواج بأنها ثلاثة وهي الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، والزواج الباطل.

- فالزواج الصحيح في قانون الأسرة هو العقد الذي تم مستوفياً لأركانه، وشروطه، ولم يشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد طبقاً لما نصت عليه المادة 09 و9 مكرر وكذا المواد 32 و33 قانون الأسرة،

فإذا تم بهذه الكيفية رتب عليه المشرع جميع آثاره من حلية الاستمتاع، واستحقاق المهر، وثبوت النسب، وحرمة المصاهرة، ووجوب النفقة...

والزواج الفاسد هو: 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، وأثبتته بعد

الدخول بصداق المثل.

(1) -محمدة محمد، المرجع السابق، ص135-136.

(2) - الأمر رقم: 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم: 84-

11 المتضمن قانون الأسرة.

..... (الفصل الأول: الإرث وورثته في إتيان الزواج) وأكثر تحله عنه

- عقد 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 إثبات النسب من أجل الحفاظ على مصلحة الولد.

والملاحظ لهذه الأوصاف التي أطلقها المشرع الجزائري على عقد الزواج و الآثار المترتبة عنها، نجد أن المشرع قد عدل في هذه الأوصاف وآثارها مقارنة بما كانت عليه في الأمر رقم: 84-11، أين كان المشرع ينص في المادة 32 منه على أنه (يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج)، ونص في المادة 33 على أنه (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول، ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد).⁽¹⁾

أي أن المشرع كان لا يفرق بين الأركان والشروط في حال انعدامها في العقد، كما أنه كان يجعل فساد العقد وبطلانه يرجع إلى عدد الأركان التي اختلت في العقد، فإذا كان ركن واحد ترتب عنه الفسخ قبل الدخول، والإثبات بعد الدخول بصداق المثل، وإذا اختل أكثر من ركن رتب عليه البطلان، دون تمييز الركن أو الشرط الذي حدث فيه اختلال.

ومما سبق يتضح أن المشرع الجزائري اعتبر الشهادة على الزواج في تعديله لقانون الأسرة شرطاً من شروط صحة العقد، ورتب على انعدامه فساد العقد، سواء كان هذا الانعدام مصاحباً لانعدام شرط آخر أم لا⁽²⁾، كما أن الحال عليه في الأمر 84-11.

وجعل من آثار فساد العقد لاختلال شرط الإشهاد، وجوب فسخ العقد قبل الدخول وهو بذلك يتماشى مع آراء الفقه الإسلامي في هذه الحالة.

(1) - الأمر رقم: 84-11 المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - الأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ، الموافق 27 فيفري 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم:

84-11 المتضمن قانون الأسرة.

.....(النصل للزواج): الإبراء وودوره في إبرام الزواج والرجوع واثر تخلفه عنه

أما إذا اكتشف أمر هذا الزواج الخال من الإشهاد بعد الدخول بالزوجة، فإن العقد الفاسد يستمر رغم فساده، ولا يجب فسخه، ويصبح مثل العقد الصحيح وآثاره بعد الدخول تكون مثل آثار العقد الصحيح، وفي ذلك يختلف رأي المشرع عما تم تحقيقه لدى المذاهب الفقهية الأربعة.

إذ ذهب كل من المالكية والشافعية، والحنابلة على أن حكم النكاح في هذه الحالة هو البطلان⁽¹⁾، بل حتى فقهاء الحنفية الذين قالوا بالتمييز بين البطلان والفساد، فإن هذا التمييز كان لفظي⁽²⁾، إذ تبين بعد التحقيق أن الفساد عندهم يوازي البطلان من حيث عدم الانعقاد وإنما سمي فاسدا فقط بالنظر للآثار الاستثنائية المترتبة عنه. ولم يقل أحد من الفقهاء أن عقد الزواج الذي احتل شرط صحته الإشهاد يصبح بمرتبة الصحيح، وتترتب عليه جميع الآثار بالدخول، بل لقد رتب الفقهاء على الدخول ضرورة التفريق بين الزوجين سواء أكان ذلك التفريق بطلب من أحد الزوجين عن طريق المتاركة، أو جبرا عن طريق القضاء بطلب من النيابة العامة لأن ذلك يتعلق بالنظام العام للمجتمع.

ولكن يمكن القول أن المشرع الجزائري نحا هذا الاتجاه اعتبارا من العرف السائد في المجتمع الجزائري الذي غالبا ما يكون العقد فيه متوفرا على الإشهاد، وفي حالة انعدامه يحل محله الإعلان عند الدخول، ويكون بذلك موافقا للمذهب المالكي الذي أوجب الإشهاد عند الدخول عن طريق الإعلان.

وبالرجوع إلى بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية، نجد أنهم اتفقوا على اعتبار العقد الذي ينعدم فيه الإشهاد عقدا فاسدا، ورتبوا عليه وجوب الفسخ سواء أكان ذلك قبل الدخول أو بعده، ومن بين هذه القوانين نذكر ما يأتي:

- اعتبر القانون السوري في مادته 01/48 الزواج الفاسد هو زواج احتل بعض شرائطه بنصها (لكل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واحتل بعض شرائطه فهو فاسد).

على هذا فالمشرع السوري لم يذكر حالات الزواج الفاسد، ولكنه أعطى قاعدة جامعة مانعة في اعتبار العقد فاسدا وهو اختلال الشروط مع وجود ركن الإيجاب والقبول.

(1) - الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص28.

(2) - النملة عبد الكريم، الخلاف اللفظي عند الأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، 1996، ج1، ص298.

.....(الفصل الأول: اللها ووروه في إنباس الزواج وأثر خلفه عنه

ونص المشرع السوري في المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية⁽¹⁾ على الآثار المترتبة على الزواج الفاسد على النحو الآتي:

1. الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل.
 2. يترتب على الوطاء فيه النتائج الآتية:
 - أ. المهر في الحد الأقل من مهر المثل والمسمى.
 - ب. نسب الأولاد بنتائجه المبينة في المادة 133 من هذا القانون.
 - ج. حرمة المصاهرة.
 - د. عدة الفراق في حالتي المفارقة، أو موت الزوج، أو نفقة العدة دون التوارث بين الزوجين.
 3. تستحق الزوجة النفقة الزوجية ما دامت جاهلة فساد النكاح.⁽²⁾
- والتأمل في هذه الآثار يجد أنها متوافقة تمام الموافقة مع أحكام الفقه الإسلامي، مختلفة عما قرره المشرع الجزائري في حالة الدخول بعد عقد فاسد، نتيجة انعدام الإشهاد إذ رتب عليه جميع آثار العقد الصحيح.
- أما المشرع الأردني وطبقا لما جاء في المادة 28 منه يكون العقد فاسدا في الحالات الآتية:
- إذا كان الطرفان غير حائزين على شروط الأهلية حين العقد.
 - النكاح الذي يعقد دون شهود.
 - النكاح الذي يعقد بالإكراه.
 - إذا كان شهود العقد غير حائزين على الأوصاف المطلوبة شرعا.
 - نكاح إحدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما، مع وجود الأولى في عصمته أو عدته، أو الجمع بين محرمين.

1- المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في: 17 ديسمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(2) - المرسوم التشريعي رقم: 59، الصادر في: 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري .

- نكاح المتعة ، والنكاح المؤقت.⁽¹⁾

وما يمكن ملاحظته من نص هذه المادة أن المشرع الأردني لم يكتف بالنص على فساد العقد دون إسهاد عليه، بل رتب الفساد أيضا على عدم توفر الشروط والأوصاف المحددة في الشهود.

المطلب الثاني: نماذج من زيجات تخلف الإسهاد عنها:

أعرض في هذا المطلب إلى بعض النماذج من زيجات تخلف الإسهاد عنها لسبب من الأسباب، وذلك لكثرة انتشارها لاسيما في وقتنا الحالي. ولتبيين مدى خطورة ذلك على المجتمع بصفة عامة، وعلى أفراد الأسرة بصفة خاصة، حاولنا دراسة بعض النماذج والمتمثلة في كل من: الزواج العرفي، ونكاح السر، والخلوة، وذلك بتعريف كل واحد منها، مع ذكر حكمه وأدلته بشيء من الإيجاز، لأن كل نموذج من هذه النماذج يحتاج إلى بحث مستقل به.

الفرع الأول: الزواج العرفي:

إن موضوع الزواج العرفي يعد من أخطر الموضوعات المعاصرة على المجتمع خاصة وأن مثل هذه العقود قد ازدادت وانتشرت في الآونة الأخيرة ، لاسيما في دول المشرق العربي، أين تطورت صور انعقاده حتى أصبحت جوفاء من أركان عقد الزواج الشرعي أقرب منها إلى الزنا، واقتراف الرذيلة، هذا الأمر الذي يحتم علينا أن نأخذ في هذا المقام من دراسة : نماذج من المزيجات التي لا يتوفر فيها شرط الإسهاد، سواء أكان ذلك بصورة كلية أم جزئية دراسته من خلال بيان تعريفه وحكمه، وبعض الآثار الناتجة عنه.

البند الأول: التعريف بالزواج العرفي:

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

أولا: باعتباره مركبا إضافيا: مكون من كلمتي زواج، وعرف.

- أما تعريف لفظة زواج فقد سبقت الإشارة إليها.

(1) - القانون رقم 61، الصادر سنة 1976، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

.....(الفصل الأول: الزواج وصوره في إنباح الزواج وأثر تخلفه عنه

- العرفي: نسبة إلى العرف، والعرف في اللغة العِلْمُ، كقولنا عرفه، يعرفه عرفة ومعرفة إذا عَلِمَهُ، وعرفه الأمر أعلمه إياه، ومنه التعريف بالإعلام، وتعارف القوم عرف بعضهم بعضاً، والمعروف ضد المنكر.⁽¹⁾

أما 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.⁽²⁾

ثانياً: تعريفه باعتبارها عِلْمًا:

عرف بعدة تعريفات مختلفة في ألفاظها، متقاربة في معانيها لذكر منها ما يأتي:

- هو عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع من غير توثيق لدى الجهات المختصة بتحرير عقد الزواج.⁽³⁾

- وعرف بأنه عقد مستكمل لشروطه الشرعية، غير مدون في وثيقة رسمية.⁽⁴⁾

- كما عرف بأنه عقد يتم بين الزوجين مستكملاً لأركانه وشروطه، ومنتفياً عنه جميع موانع الصحة، إلا أنه لم يسجل ولا يمكن إثباته بورقة رسمية.⁽⁵⁾

وعرفه كمال صالح البنا بأنه: زواج استوفى شروطه الشرعية دون أن يوثق رسمياً، وقد أطلق عليه اسم الزواج العرفي في مقابل الرسمي.⁽⁶⁾

والزواج 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

(1) - ابن منظور، المصدر السابق، باب العرف، ج4، ص2898-2899.

(2) - زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص252.

(3) - هلال يوسف إبراهيم، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص218.

(4) - الأودن سمير عبد السميع، الزواج العرفي، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، دت، ص35.

(5) - عمران محمد فارس، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص18.

(6) - البنا كمال صالح، المرجع السابق، ص8.

.....الفصل الأول: اللها ووروه في إباحة الزواج وأثر خلفه

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، وينتهي هذا الاجتماع بإبرام عقد زواج شفهي، يتم خلاله تبادل الإيجاب والقبول، وتحديد الصداق بحضور الشهود.⁽¹⁾

والفاتحة 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 استفحل فيها بشكل كبير خصوصاً بين فئة الطلبة، وصورته إلى جانب كونها تفتقد إلى التوثيق ، فإنها تفتقد إلى أمور أخرى يجب توافرها في الزواج الشرعي، من ولي ، وإشهار، أو إعلان لهذا العقد لكون أكثر حالاته تتم في السر، أو بالتواصي بالكتمان⁽²⁾، وهذه الصورة التي لم يقصد من ورائها حياة مستقرة هادئة واضحة، بل مجرد إشباع رغبة جنسية، لا يميزها الشرع، ولا يقرها عقل واع إنما هي أبعد ما يكون عن الزواج، وما ينبغي أن تكون الأعراض بهذا اليسر، وهذا التسبب، وشرع الله أحق وأولى بالإتباع.

البند الثاني: حكم الزواج العرفي:

والتحليل في بناء الأسرة وتكوينها، وما يتعلق بالأعراض على هذا الوجه أمر غير مشروع، بل هو نوع من أنواع الزنا لأنه لم تكتمل فيه أركان النكاح وفيه مخالفة لحدود الله ورسوله.

أما حكم الزواج العرفي الذي تتوفر فيه كل الأركان والشروط، ويفتقد فقط لعنصر التوثيق فهو في نظر الشريعة الإسلامية زواج صحيح، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية⁽³⁾، 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.⁽⁴⁾

(1) - محمّد محمد، المرجع السابق، ص50-51.

(2) - عمران محمد فارس، المرجع نفسه، ص45-46.

(3) - الأشقر عمر سليمان، المرجع السابق، ص177.

(4) - الأشقر عمر سليمان أسامة، المرجع السابق، ص137.

.....(الفصل الأول: الإبراء ودوره في إبراء الزوج والكر تخلف عنه

ولقد اكتفى 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 من البيوع، والرهون، والاجارات بالكتابة...، مما أدى إلى إلزامية التوثيق فيها، وباعتبار عقد الزواج أعظم منها شأنًا، وآثاره أكثر منها خطرا على المجتمع لمعلقه بالأعراض، والأنساب، فإن التوثيق فيه بالكتابة يكون أدعى وأهم.⁽¹⁾

الفرع الثاني: نكاح السر:

سبق الحديث على أن الأصل في النكاح الإشهار والإعلان حتى يتميز النكاح عن السفاح ولكن إذا تم عقد النكاح بولي وشاهدين وأسروه، أو تضمن كل الأركان والشروط عدا الإشهاد، فما هو حكم هذا النكاح؟ أي هل يعتبر صحيحا وتترتب عليه جميع الآثار أم لا؟ وهل الحكم بجوازه أو حرمة متفق عليه أم مختلف بشأنه؟

وقبل الإجابة على كل هذه التساؤلات أتعرض إلى تعريف نكاح السر.

البند الأول: التعريف بنكاح السر

نكاح السر هو النكاح الذي لا يشتهر أمره.⁽²⁾

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 مترل.⁽³⁾

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

(1) - حكم الزواج العربي وأهمية توثيق عقد الزواج بالكتابة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة التاسعة، العدد السادس والثلاثون، 1418هـ، ص198.

(2) - حمد أحمد، المرجع السابق، ص72.

(3) - ابن عبد البر يوسف بن عبد الله، المصدر السابق، ج16، ص210.

.....(الفصل الأول: الإيهام ورواه في إباحة الزواج وأثر خلفه عنه

وعرفه القارافي بأنه ما أمر الزوج الشهود بكتمه حين العقد ، أو قبله عن إحدى زوجاته أو أمرهم بكتمه عن أهل بيته، أو أمرهم بإسراره أياما كالثلاثة فأكثر، أو عن أهل بلد معين، أو عن قوم معينين. (1)

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

أدلته:

الأصل في نكاح السر ما ورد من أحاديث شريفة، 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 واحتلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف " (2).

- أخرج الإمام أحمد أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره نكاح السر، حتى يضرب بدف، ويقال أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم (3).

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

- 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 سر). (5)

(1) - القارافي شهاب الدين، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص401.

(2) - سبق تخريجه، ص100.

(3) - سبق تخريجه، ص100.

(4) - مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، المصدر السابق، ص318.

(5) - الباجي، المتقى شرح الموطأ، دار . كتاب الفلاح بيروت، ط الثالثة، 1403هـ، 1983م، ج3، ص314..

.....(الفصل الأول): (الزواج ودوره في إنباح الزواج) وأثره عليه

- ما روي في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلاً تزوج امرأة فأسر ذلك فكان يحتفي إليها في منزلها، فرآه جار لها يدخل عليها فقاذفه بها، فخاصمه إلى عمر بن الخطاب، فقال: يا أمير المؤمنين إن هذا كان يدخل على جارتني 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⁾

- ما روي عن الزهري في رجل خطب امرأة إلى وليها فزوجها بشهادة رجل وامرأتين فقال: إن أعلموا ذلك فإننا نراه نكاحاً جائزاً إذا أعلنوه ولم يسروه.⁽²⁾

فهذه الأحاديث والآثار تدل على وجوب إعلان النكاح وعدم إسراره.

البند الثاني: حكم نكاح السر

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على فساد النكاح الذي لا يوجد فيه إظهار مطلقاً واختلفوا في العقد الذي يتوفر على إظهار مع التواصي بالكتمان، فمنهم من أجازوه ومنهم من قال بجرمة هذا النكاح، إذ انفرد الإمام مالك بالقول بجرمة نكاح السر، الذي يتم خلاله التواصي بكتمانه فقد روى ابن القاسم عن مالك أنه قال: لو تزوج بينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح، وإن تزوج بغير بينة على غير استسرار جاز واستشهد فيما يستقبلان.

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

واستدل على حرمة هذا النكاح بما يأتي:

1. الأحاديث والآثار التي تدل على وجوب إعلان النكاح.

(1) - ابن عبد البر، المصدر السابق، ج16، ص211.

(2) - عبد الرزاق أبو بكر، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، ج6، ص196.

(3) - ابن عبد البر، المصدر السابق، ج16، ص213.

.....(الفصل الأول): (للإمام وورثته) (بإباحة الزواج) وأثر خلفه عنه

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

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

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

- 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⁾

- العقوبة: إذا لم يقع دخول فسخ النكاح، وإن دخلا عوقب كل من كان طرفاً في النكاح تأديباً لهم: الزوجان، والشهود، والولي، إذا كانوا على علم بجرمة ذلك لتعمدهم ارتكاب معصية، وأما إن جهلوا أنه ممنوع شرعاً، وأنه واجب الفسخ فلا عقاب كما لو لم يقع دخول.

- العذر في نكاح السر بغير حكمه: فإذا كان التواصي بالكتمان لسبب كالخوف من ظالم أو نحو ذلك من حالات الاضطرار، فإن الوصية بالكتمان خوفاً من ذلك⁽³⁾ لا تضر، ويتغير حكم ما سبق، فالإسرار هنا لا يبطل العقد، ولا يوجب فسخه.

- وذهب أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد بن حنبل إلى القول أنه إذا تزوجها بحضرة شاهدين وقال لهما أكتما جاز النكاح، وبالتالي لا يبطل النكاح بالتواصي بكتمان، لأنه لا يكون مع

(1) - الشقفة محمد بشير، المرجع السابق، ج3، ص171-172.

(2) - ابن رشد-الجد-، المصدر السابق، ج2، ص366.

(3) - الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص39.

.....الفصل الأول: الإلهام وروحه في إنباس الزواج وأثر خلفه عنه

الشهادة عليه مكتوما، فإن كتبه الزوجان، والولي، والشهود، قصدا صح العقد، وكره كتمانهم له، لأن السنة إعلان النكاح.⁽¹⁾

ووافق ابن حزم رأي الجمهور بقوله، وقال قوم إذا استكتم الشاهدان فهو نكاح سر، وباطل.

وذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى أن القول ببطلان نكاح السر خطأ من وجهين:

أحدهما أنه لم يصح قط نهي عن نكاح السر، إذا شهد عليه عدلان.

والثاني: أنه ليس سرا ما علمه خمسة الولي، والزوجان، والشاهدان، وفي ذلك يقول الشاعر:

ألا كل سر جاوز الاثنين شائع.

وقال غيره: السر يكتمه الاثنان بينهما وكل سر عدا الاثنين منتشر.

وقال آخر: وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير خفي.⁽²⁾

وبعد استعراض أدلة كل واحد من الرأيين في الحكم على نكاح السر، لرى أن الرأي الراجح هو القول بالجمع بين أدلة الفريقين، وبذلك يصح نكاح السر لتوفره على شرط صحة الزواج، وهو الشهادة، إلا أن هذه الصحة تكون مشوبة بالكره لانعدام الإعلان الذي دلت على مشروعيته الكثير من النصوص النبوية الشريفة - والله أعلم -

الفرع الثالث : الخلوّة:

انفرد عقد الزواج من بين سائر العقود ، والتصرفات بلزوم الإشهاد عليه، حتى يقصد صحيحا شرعا، ويتصل بهذا الإشهاد إعلان النكاح، وإشهاره بين الناس حتى يكشف الستار عن المعاشرة غير المشروعة، التي تنشأ بين رجل وامرأة بادعاء وجود عقد على غير الحقيقة، وكذا حتى تمنع كل الظنون والشبهات ، وقالة السوء عن الزوجين.

ولكن قد يحدث أن يتم عقد الزواج مستوف لجميع أركانه من تبادل للإيجاب والقبول بين الزوجين، ومهر، وولي، وإشهاد، ثم لا يعقبها دخول: ويحدث في هذه الفترة بين العقد، والدخول

(1) - ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ج7، ص342.

(2) - ابن حزم، المصدر السابق، ج9، ص466.

.....(الفصل الأول: الإلهام ووروه في إنباح الزواج) وأثر خلفه عنه

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؟ لا سيما وأنها تتم في سرية، وخفاء عن أعين الناس، ولكن قبل ذلك ألتعرض إلى تعريف الخلوة.

البند الأول: تعريف الخلوة:

هي اجتماع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه دخول أحد عليهما، بحيث يتمكنان فيه من التمتع الكامل، من غير أن يكون هناك مانع يمنعهما من المخالطة الجنسية.⁽¹⁾

والموانع كما عدها الفقهاء: ثلاثة أنواع: حسي، وطبيعي، وشرعي.

- المانع الحسي: ويسمى أيضا بالمانع الحقيقي، وذلك كالمرض الذي يحول بينهما وبين التمتع الكامل، والعيب الخلقى بالمرأة: كالقرن⁽²⁾ والرتق⁽³⁾، والصغر بأن يكون أحدهما صغيرا لا يمكن الاختلاط من مثله.

- المانع الطبيعي: كأن يكون معهما شخص ثالث عاقل يدرك ما يقع بينهما، ويستطيع التعبير بذلك، لأن الإنسان يكره أن يقرب امرأته بمحضرة ثالث.⁽⁴⁾

- المانع الشرعي: كأن يكون أحد الزوجين صائما صوم رمضان، أو محرما بحج أو بعمره، أو أن تكون الزوجة حائضا أو نفساء، لأن كل ذلك محرم للوطء، فيكون أيضا مانعا من تحقق الخلوة الصحيحة.⁽⁵⁾

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.⁽⁶⁾

(1) - ابن عبد البر، المصدر السابق، ج16، ص5، وابن عابدين، المصدر السابق، ج4، ص249.

(2) - القرن: هو خروج شيء بارز في الفرج يمنع الجماع، قد يكون عضما في العضو التناسلي للمرأة.

(3) - الرتق: هو التحام في العضو التناسلي، بحيث يكون هناك انسداد في مسلك الفرج، فلا يمكن الجماع معه.

(4) - زيدان عبد الكريم، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، ج7، ص95-96.

(5) - ابن عبد البر، المصدر نفسه، ج16، ص6.

(6) - شلبي مصطفى، المصدر السابق، ص379..

البند الثاني - استحقاق المهر بالخلوة:

والمهر يتأكد كله للزوجة عند الحنفية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ بالخلوة الصحيحة، فلو طلق الرجل زوجته، وجب لها بالخلوة ولو لم يحصل وطء، المسمى كاملاً، إن كانت التسمية صحيحة، ومهر المثل كاملاً، إن لم يكن هناك تسمية، أو كانت التسمية فاسدة.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بعدة أدلة منها ما يأتي:

- قوله تعالى: " وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ " ⁽³⁾ ولقد ذكر الجصاص في تفسيره لهذه الآية (وقد اختلف في الخلوة هل هي المسيس المراد بالآية أو مسيس الجماع؟ واللفظ محتمل للأمرين، لأن عمر وعلي... وغيرهما من الصحابة قد تأولوه عليها، وتأوله عبد الله بن مسعود بالجماع.

- قوله تعالى: " وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ... " إلى قوله " وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ " ⁽⁴⁾ والمراد من الإفضاء بين الزوجين الخلوة، لأنه مشتق من الفضاء، وهو المكان الخالي. ⁽⁵⁾

- روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل " ⁽⁶⁾.

- روي عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال: " قضى الخلفاء الراشدون أنه إذا أرخى الستور، وأغلق الباب، فلها الصداق كاملاً، وعليها العدة دخل بها، أو لم يدخل " ⁽⁷⁾.

(1) - ابن عابدين، المصدر السابق، ج4، ص252-253.

(2) - ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج8 ص64.

(3) - سورة البقرة، الآية: 237.

(4) - سورة النساء، الآية: 20-21.

(5) - الجصاص، المصدر السابق، ج2، ص110.

(6) - الألباني ناصر الدين، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب ما يسقط الصداق وينصفه ويقرره، ج6، ص356، وذكر أنه منقطع وبعض رواه غير محتج به.

(7) - الألباني ناصر الدين، المصدر نفسه، كتاب النكاح، باب ما يسقط الصداق وينصفه ويقرره، ج6، ص356، وذكره أنه

.....(الفصل الأول): (الإرهاق وورثه في (تبارح) الزواج) وأثر تخلفه عنه

- الزوجة سلمت المبدل إلى زوجها، فيجب على زوجها تسليم المبدل إليها كما في البيع والإجارة.⁽¹⁾

- وفي مقابل هذا الرأي، ذهب المالكية، والشافعية⁽²⁾ في الجديد إلى القول بأنه لا يتأكد وجوب المهر بالخلوة وحدها، دون وطء، فلو خلا الزوج بزوجه خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها، وجب نصف المسمى، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- قال تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ... فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ".⁽³⁾
وجه الاستدلال:

أوجب الله تعالى 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 تعالى: "وَإِنْ أَوْدَعْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ... وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ".⁽⁴⁾
وجه الاستدلال:

إن الإفضاء هو الجماع، فلا يجب كل المهر إلا إذا تأكد الجماع بالدخول.

- تأكد المهر يتوقف على مدى استفاء المستحق بالعقد وهو منافع البضع، ولا يحصل ذلك بمجرد الخلوة بين الزوجين بلا دخول.

المناقشة والترحيح:

يتضح من أدلة كل رأي: أن كلا الرأيين اعتمدا على الأدلية 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.

(1) - زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، المرجع السابق، ج7 ص93

(2) - ابن عبد البر، المصدر السابق، ج16، ص125.

(3) - سورة البقرة، الآية: 237.

(4) - سورة النساء، الآيتان: 20-21.

.....(الفصل الأول: الإبراء وصوره في إتيان الزوج والبرء عنه

في اعتبار الخلوة كالدخول من جهة استقرار المهر، والتي منها ما يأتي:

- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (إذا أرخيت الستور، وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق).

- ما روي أن عمر وعلي رضي الله عنهما قالوا: (إذا أرخيت الستور ، وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق).

ومما يترتب إلى جانب استحقاق المهر نتيجة اعتبار الخلوة كالدخول ، وجوب العدة على المرأة مصداقا لقول عمر رضي الله عنه (ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم لها الصداق كاملا، والعدة كاملة).⁽¹⁾

ولكن السؤال هنا، إذا كان هناك اتفاق بين الدخول والخلوة الصحيحة ، من حيث استحقاق كامل الصداق، ووجوب العدة هل يعني هذا أن هناك توافق بينهما، وهل يمكن الاستغناء عن الدخول بوجود الخلوة الصحيحة؟ وكيف يكون الوضع في حال الاختلاف في حصول الخلوة إذا حدث طلاق قبل الدخول؟

الاختلاف في حصول الخلوة:

إذا اتفق الرجل والمرأة بعد الطلاق قبل الدخول على أنه حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها السابقة، وإن اختلفا في ذلك فقالت المرأة: إنه حصل بعد الخلوة، فتستحق كل المهر وقال الرجل: إنه حصل قبل الخلوة فلا تستحق إلا نصف المهر، وكان على المرأة إقامة البينة من شهود كانوا يعلمون بتعدد هذا الزوج على زوجته قبل الدخول... وما إلى ذلك، لإثبات دعواها، لأنها تدعي خلاف الأصل، لأن الخلوة طارئة على العقد، وعلى من يدعي ذلك لإثبات ، فإن أقامت البينة كان لها المهر كله، وإن عجزت عن إقامتها لم يبق إلا اليمين من حلف صدق ، وحكم بمقتضى قوله .⁽²⁾

(1) - عبد الرزاق أبو بكر، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق ، ج6، ص287-288.

(2) - عابدين محمد أحمد، الشهادة في المواد التجارية والمدنية والشخصية، دار الفكر العربي. الإسكندرية ص81.

البند الثالث: التمييز بين الخلوة والدخول:

يتأكد المهر كله للزوجة بعد الخلوة الصحيحة، 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 مستوفي لجميع أركانها، وشروطه، ولكن وعلى اتفاقهما في هذه الأحكام، إلا أنهما يختلفان في الكثير من الأحكام الأخرى التي تتعلق بالدخول ولا يمكن أن تترتب من دونه.

ومن الأحكام التي يختلفان فيها ما يأتي:

- حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها، أما مجرد الخلوة فلا يترتب عليها حرمة البنات.

- الغسل، لا يجب بمجرد الخلوة الصحيحة وإنما يجب بالدخول الفعلي بالزوجة، لأن الشرط في وجوب غسل الجنابة الوطء في حال الدخول.⁽¹⁾

- إحلال المطلقة ثلاثاً، لا يكون إلا بالدخول الحقيقي لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها"⁽²⁾. أما إذا طلقها الزوج الثاني بعد الخلوة فإنها لا تحل للأول.

- الطلاق الذي يقع بعد الدخول يكون إما رجعيًا، أو بائنًا، أما 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 بعدها يكون بائنًا وإن كان في مرض الموت فلا يترتب عليه ميراث لها.⁽³⁾

(1) - شلي مصطفى، المصدر السابق، ص 381-382.

(2) - البخاري محمد بن إسماعيل، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، للآية، ج 7، ص 55.

(3) - القاضي عبد الوهاب محمد علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، 418هـ-1998م، ج 1، ص 526.

.....(الفصل الأول): (الزنا هو زور في إتيان الزواج وأثر خلفه عنه

- الإحصان، إذ الدخول يجعل كلا من الزوج والزوجة محصنين، بحيث تطبق عليهما عقوبة الرجم في الزنا، أما الخلوة فلا تجعلهما محصنين فتطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنا.⁽¹⁾

فهذه الأحكام التي يختلف فيها الدخول عن الخلوة، إن دلت على شيء فإنما تدل على أن الدخول غير الخلوة، ومما يميزان فيه أيضا أن الدخول يكون بصفة علنية ومشتهرة، بحيث يكون معلوما للخاصة والعامّة، بعكس الخلوة، هذه الأخيرة التي تكون أقرب إلى الشبهة والريبة، منها إلى الإحصان والعفاف وإن كانت بعد عقد مستوف لجميع الأركان والشروط.

وبالنظر إلى أقوال الفقهاء في مسألة الإشهاد نجد أن الخلوة وإن جاءت بعد عقد زواج صحيح إلى أنه وفي نظر فقهاء المذهب المالكي فإن ذلك لا يجوز للرجل أن يجامع زوجته لانعدام ركن إعلان النكاح لأن الفرق بين النكاح والسفاح هو الإعلان⁽²⁾، وكذا لأن القول بإجازة ذلك يؤدي إلى شيوع العلاقات غير الشرعية ولما أمكن التمييز بين الحلال والحرام، وكان ذلك ذريعة للوقوع في الحرام فضلا على ما في إعلان الدخول من إثبات للزواج في حالة إنكاره.

كما أن فقهاء المذهب المالكي لا يجيزون الدخول المستوفي لجميع الأركان في حالة التواصي بكتمانه فما بالك بالخلوة، والله أعلم.

ومن كل ما سبق يمكن القول في ختام هذا الفصل أن الزوجية سنة من سنن الله في الخلق، وهي عامة في جميع الكائنات لقوله عز وجل: "وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"، ولقد رفع الله من شأن الإنسان، ولم يجعل علاقته بزوجه كغيره من الكائنات تسودها الفوضى بلا ضابط، بل وضع له النظام الملائم الذي يتناسب مع مكانته وهو الزواج.

والزواج هو عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة على وجه الدوام، ويحدد لكل طرف ما له من حقوق وما عليه من واجبات، وهذا العقد لا ينشأ عبثا وإنما يقوم على أركان، وشروط من شأنها صيانته، ودفع الريبة عن أطرافه ومن بين هذه الشروط الإشهاد.

(1) - لقوله تعالى في سورة النور: "الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله..."، سورة النور، الآية: 2.

(2) - عبد الرزاق أبو بكر، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، رقم 10490، ج6، ص199.

..... الفصل الأول: الإنهاء وصوره في إثبات الزواج والترك خلفه

والإشهاد شرط صحة في عقد الزواج عند جمهور الفقهاء، بحيث بوجوده نحكم على شرعية الزواج، وصحته، وبه تثبت له جميع الأحكام، وتترتب عليه جميع الآثار، وبهذا أخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية.

ووقت الإشهاد يكون عند إنشاء العقد بحضور شاهدين تتوفر فيهما شروط الشهادة من العقل، والبلوغ والإسلام، ...، أو عند الدخول على خلاف بين جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة من جهة، وبين المالكية من جهة أخرى. وللإشهاد أهمية بالغة في تعظيم شأن الزواج، وإشهاره، وإعلانه، وبذلك يكون خير رادع للظنون، والشبهات، التي تصدر من ألسنة السوء وأصحاب المقاصد الدنيئة، وخير محافظ على الأعراض من القذف.

كما أن الإشهاد على عقد الزواج يعتبر وسيلة من أهم الوسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية لإثباته، وذلك توثيقاً لأمره، واحتياطاً له، إذا ما أراد أحد الزوجين جحوده وإنكاره، أو شكك الغير في مدى شرعيته، .

كما أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 18 منه قد نص على ذلك، وإن كان قد جعل من التوثيق بالكتابة لعقد الزواج الدليل الأقوى لإثباته، وأنه لا يلجأ إلى الإشهاد للإثبات إلا في حالة الإقرار بالزوجية من الطرفين في العقد الشرعي المستوفي لجميع الأركان والشروط، ولا ينقصه إلا التوثيق لدى الجهات المختصة، وهو ما يطلق عليه في بلادنا بالفاتحة. والأمر نفسه تضمنت النص عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية.

وعقد الزواج الذي يكون خالياً من الإشهاد، لا تترتب عليه الآثار الشرعية، وإنما يحكم عليه بالفساد المرادف لمعنى البطلان باتفاق الفقهاء، ولا تترتب عليه إلا بعض الآثار الاستثنائية كوجوب العدة، وإلحاق نسب الأبناء، أما عن موقف قوانين الأحوال الشخصية من هذا العقد فلقد كان متبايناً في الحكم على فساد هذا العقد من عدم فساده.

الفصل الثاني :

حلقة الإسهاء بإتيان انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه .

المبحث الأول: طبيعة الإسهاد في انحلال الزواج .

المبحث الثاني: دور الإسهاد في انحلال الزواج، وأثر تخلفه عنه .

.....(الفصل الثاني: علاقة الإناث بالإنساح (انحلال) الزواج وأثر تخلفه عنه

الزواج رابطة مقدسة بين الرجل و المرأة، شرعه الله عز وجل لأغراض سامية أهمها تكوين الأسرة، و الجماعات على وجه يكفل لهم السعادة، ويحقق لهم الهناء بأن يكون كل واحد من الزوجين عوناً للآخر على احتياز مراحل الحياة الشاقة و احتمال أعبائها المضنية.

ولكن هذه الرابطة قد تعثر بها حالات لا يتوافر معها معنى الانسجام بين الزوجين، ولا يستقيم فيها التعاون بينها على شؤون الحياة و القيام بما أمر الله به، بحيث يصير الخلاف و الشقاق بينهما كبير و تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق فلا يبق لها إلا الفرقة عن طريق انحلال هذه الرابطة .

و انحلال الرابطة الزوجية جعلت له الشريعة الإسلامية ضوابط و شروط يتم بها حتى يقع صحيحاً كما أن هذا الانحلال قد يتعرض إلى الجحود و الإنكار بحيث يصل الأمر بأحدهما بعد الانحلال أن يطالب بميراث الآخر بعد وفاته و لمعرفة المخرج الذي يحول دون جحودها ، كان تقسيم دراسة هذا الفصل : الإشهاد ودوره في اثبات انحلال الزوج و أثر تخلفه عنه إلى مبحثين:

المبحث الأول : طبيعة الإشهاد في انحلال الزواج.

المبحث الثاني : دور الإشهاد في انحلال الزواج، و أثر تخلفه عنه.

..... الفصل الثاني : علاقة الإيهام بآليات انحلال الزواج وأثره عند

المبحث الأول : طبيعة الإسهاد في انحلال الزوج .

تتم دراسة هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين : يخصص الأول منهما إلى التعريف بانحلال الزواج، و المطلب الثاني إلى دراسة حكم الإسهاد في انحلال الزواج.

المطلب الأول : التعريف بانحلال الزواج ،

انحلال الرابطة الزوجية قد يعبر عنه بتعبير آخر مساو له في المعنى و هو الفرقة بين الزوجين ، ذلك أن الانحلال في لغة مشتق من مادة حلل، و بالتشديد حلّ فيقال حل العقد فتحتها فأنحلت .

و الفرقة الزوجية أو فرق الزواج بضم الفاء جمع فرقة، و الفرقة في اللغة تعني الافتراق الذي هو ضد الاجتماع⁽¹⁾ .

و فرق الزواج في اصطلاح الفقهاء ما تنحل به عقدة الزواج فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة.

و الفرقة بين الزوجين أو إنحلال الرابطة الزوجية يمكن تقسيمه إلى عدة أقسام تختلف باختلاف اعتبارات هذا التقسيم . فأنحلال الرابطة الزوجية قد يكون فسخا ، وقد يكون طلاقا ، حسب طبيعة هذا الانحلال ، كما ينقسم حسب الإرادة المنشئة له إلى انحلال برادة الزوج و انحلال بغير إرادة الزوج . ومن خلال هذه التقسيمات يمكن معرفة حقيقة هذا الانحلال.

الفرع الأول : تقسيم الانحلال بحسب طبيعته .

انحلال الرابطة الزوجية بحسب طبيعته قد يكون فسخا، وقد يكون طلاقا .

البند الأول : التعريف بالطلاق .

الطلاق في اللغة مشتق من الفعل طلق الذي يراد به التخلية ، و الإرسال و حل العقد⁽²⁾ . فيقال اطلق الأسير اذا خلاه ، وأطلق الناقة من عقابها إذا فك قيدها ، والطلاق هو الحر أو الأسير الذي حل أسرته ، وخلي سبيله⁽³⁾ .

(1) - الرازي أبو بكر ، المصدر السابق، مادة فرق، ص 76 .

(2) - ابن منظور ، المصدر السابق ، مادة طلق، ج 4، ص 2694 .

(3) - الرازي أبو بكر ، المصدر نفسه ، مادة طلق، ص 199 .

.....(الفصل الثاني : حلافة الزوجين بالرجوع إلى الزوج وأثر تحلفه عنه

وفي الاصطلاح : عرف الطلاق عند الفقهاء بتعريفات كثيرة وهي على اختلاف ألفاظها تصب في معنى واحد .

فقد عرفه ابن الهمام من الحنفية بأنه رفع قيد النكاح من أهله في محله .⁽¹⁾

وعرفه ابن رشد - الجدل - من المالكية بقوله هو: " حل العصمة المنعقدة بين الزوجين " ⁽²⁾.

وعرفه ابن حجر من الشافعية بأنه: حل عقدة التزويج .⁽³⁾

وعرفه ابن قدامة بقوله: " هو حل قيد للنكاح " ⁽⁴⁾.

و الملاحظ لهذه التعاريف يجدها و إن أريد بها تعريف الطلاق ، إلا أنها تفيد معنى انحلال الرابطة الزوجية ككل، اذ تشمل الطلاق و غيره من أنواع حل الرابطة الزوجية من الخلع، والإيلاء و الظهار...

وعلى ذلك يمكن تعريف الطلاق بأنه حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال، أو المآل بلفظ مخصوص يفيد ذلك صراحة أو ضمناً، أو ما يقوم مقامه كالكتابة، أو الإشارة و يكون صادراً على الزوج، أو وكيله.

البند الثاني: التعريف بالفسخ.

الفسخ في اللغة: هو النقض، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضه فانقض .

أما اصطلاحاً: فيراد به نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقاءه و استمراره.

ومثال الفسخ بسبب الخلل الواقع في العقد:

— إذا تم العقد ، وتبين فيما بعد أن الزوجة التي عقد عليها أخت من الرضاعة .

(1) - ابن الهمام كمال الدين ، المصدر السابق، ج 3، ص 463.

(2) - ابن رشد - الجدل - المصدر السابق، ج 2، ص 38 .

(3) - ابن حجر شهاب الدين، المصدر السابق ، ج 9، ص 346.

(4) - ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 8، ص 233 .

.....الفصل الثاني : علاقة الإلهام باتباع العمل الزوجي والفرقة منه

— إذا تم العقد بغير شهود ، أو تم على زوجة غيره أو معتدته ، لأن الطلاق لا يكون إلا من زوج صحيح، فإذا لم يكن الزوج صحيحاً كانت الفرقة فسخاً (1).

— إذا زوجت المرأة نفسها دون رضی الولي من غير كفاء لها ، كان للولي طلب الفسخ.

أما الفسخ بسبب الخلل الطارئ على العقد فمن أمثلته ما يأتي :

— أن يرتد أحد الزوجين عن الإسلام.

— أن يدخل الزوج في الإسلام، وتأتي الزوجة الإسلام، و تكون مشاركة فإن العقد حينئذ يفسخ بخلاف ما إذا كانت كتابية فإن العقد يبقى صحيحاً كما هو؛ إذ أنه يصح العقد على الكتابية ابتداءً .

ومن خلال ما سبق من التعريف بكل من الطلاق و الفسخ. لتعرض إلى أهم الفروق بينهما.

البند الثالث : التمييز بين الطلاق والفسخ.

يتميز الطلاق عن الفسخ من عدة أوجه يمكن إجمالها فيما يأتي :

الأول : الفسخ يكون بسبب أمر إقترن بإنشاء العقد جعله غير لازم من أول الأمر أو بسبب خلل عارض على العقد يمنع بقاءه و استمراره .

أما الطلاق فسببه اللفظ الدال عليه من الزوج، أو من يقوم مقامه و يلحق بلفظ الطلاق الخلع، والإيلاء، و ما في معناهما في مقابل الفسخ ، لأن كل واحد منهما الفرقة فيه بسبب ليس فيه عدم لزوم للعقد من أساسه أو طارئ يتنافى مع بقاء الزوجية و استمرارها. (2)

الثاني: الفسخ ينتهي به الحبل الذي كان ثابتاً بالزواج بمجرد حدوثه من غير توقف على انقضاء العدة. ومنه من ينقض العقد ويفسخه من أصله كأن لم يكن ، فلا يجب المهر حينئذ إلا إذا حصل ما يؤكد، ومنه ما ينقض العقد و يرفعه من وقت وجود سببه ، أي لا يكون له أثر رجعي . وذلك كالفسخ بسبب ردة الزوجة ، أو بسبب امتناعها عن الدخول في الإسلام بعد أن أسلم زوجها وكانت مشاركة.

(1) - عبد الحميد محمد ، الأحوال الشخصية ، دار الكتاب العربي. مصر الطبعة الأولى : 404-1984م، ص229 .

(2) - فراج أحمد حسن ، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص10-11 .

..... الفصل الثاني : علوية الإيهام بإباحتهم الزواج وانختلف عنه

أما الطلاق فإنه لا ينقض العقد أصلا ، وإنما يوجب إنهاء عقد الزواج بألفاظ مخصوصة ، فقد يترتب عليه زوال الحل الثابت بالعقد في الحال ، بل يتوقف زواله على إنقضاء العدة ، وذلك في الطلاق الرجعي .⁽¹⁾

الثالث: إن الفسخ يحل عقدة الزواج في الحال دائما ، على معنى أنه لا يستطيع الزوج أن يعيد زوجته إلى عصمته إلا بعقد جديد ، وقد يمنع من ذلك أصلا .

أما الطلاق فإنه يتنوع إلى نوعين :

بائن يحل عقدة الزواج في الحال ، و رجعي لا يحل عقدة الزواج إلا بعد إنقضاء العدة ، بدليل أن للزوج فيه أن يعيدها إلى عصمته دون عقد ولا مهر جديدين ، بل حتى دون توقف على رضاها.⁽²⁾

الرابع: إن الفرقة بسبب الفسخ لا ينقص عدد الطلقات بها ، فلو فسخ العقد بسبب خيار البلوغ مثلا، ثم عاد الزوجان وتزوجا ملك عليها ثلاث طلقات بعكس فرقة الطلاق فتتقصر بها عدد الطلقات ، فإن طلق الرجل زوجته طلقة رجعية ثم راجعها وهي في عدتها ، أو عقد عليها بعد انقضاء العدة عقدا جديدا ، فإنه تحسب عليه تلك الطلقة ، ولا يملك عليها بعد ذلك طلقتين .⁽³⁾

الخامس : إذا وقع الفسخ قبل الدخول لا تستحق المرأة شيئا من المهر ، لأن الفسخ نقض للعقد من أصله ، فتتقصر أحكامه و يسقط المهر .⁽⁴⁾

الفرع الثاني: تقسيم انحلال الزواج بحسب الإرادة المنشئة له

يتنوع انحلال الرابطة الزوجية بحسب الإرادة التي أصدرت التصرف إلى انحلال بإرادة الزوج ، ويكون عن طريق الطلاق، وانحلال بغير إرادة الزوج ويكون بواسطة الخلع، والتفريق القضائي .

(1) عبد الحميد محي الدين، المرجع السابق، ص231.

(2) - فراج حسن، المرجع السابق، ص11.

(3) - سابق السيد، المرجع السابق ، ج2، ص203 .

(4) - نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى. عين مليلة. الجزائر. 2003م، ص11 .

البند الأول: انحلال الزواج بإرادة الزوج.

انحلال الزواج بإرادة الزوج يكون عن طريق الطلاق، وقد سبقت الإشارة الى تعريفه وهو الأصل في فصم عرى الزوجية، وهو حق خالص للرجل دون المرأة يستعمله إذا ما يئس من تحقيق السعادة الزوجية أو استحالة استمرار العلاقة بينهما.

البند الثاني : انحلال الزواج بغير إرادة الزوج.

قدر الله عز وجل جانب الزوج، وراعى ظروفه عندما منحه حق الطلاق، وفي الوقت نفسه لم يسلب حق المرأة من ذلك إن هي لم تتحمل العيش معه بأن كرهته، أو كانت له ظروف يستحيل بوجودها مواصلة الحياة الزوجية و استمرارها، فأعطاه الحق في الانفصال بالإفداء بالمال عن طريق الخلع، أو عن طريق رفع أمرها للقاضي؛ ليحكم في التفريق بينهما في حالات معينة اختلف الفقهاء فيما بينهم في مدى الأخذ بها، وأوسع المذاهب في إعطاء حق طلب التطليق للمرأة هو المذهب المالكي، وعليه استندت معظم الدول العربية في تشريعها الخاصة بالأحوال الشخصية و فيما يأتي تعريف كل نوع من أنواع الإنحلال بغير إرادة الزوج. (1)

الأول : التعريف بالخلع

الخلع لغة : مأخوذ من الفعل خلع فيقال خلع ثوبه ، ونعله ، و خلع عليه خلعة كله من باب قطع ، و خلع الوالي أي عزل ، وخالعت المرأة بعلها إرادته على طلاقها ببدل منها له فهي خالعة ، و قد تخالعا و أختلعت فهي مختلعة، ومعنى الخلع الترع و الإزالة يستوى أن يكون الترع حسيا كقوله تعالى "فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ" (2) أي انزع نعليك ومنه خلع فلان قميصه خلعا إذ نزعه ومن الترع المعنوي خلع الرجل زوجته إذا افتدت منه بعد أن كانت لباسا له (3)، لقوله تعالى : " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ " (4) .

(1) - بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين، دار الهدى الجزائر 2000ص، أصل الكتاب رسالة ماجستير من معهد

الشرعية جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية 1990

(2) - سورة طه، الآية: 12 .

(3) - الفيروز آبادي، المصدر السابق ، مادة خلع ،ص 921 .

(4) - سورة البقرة، الآية: 187 .

.....(الفصل الثاني) : علاقة الزوجين بالزواج والطلاق

اصطلاحاً : عرف الخلع عند فقهاء المذاهب الأربعة⁽¹⁾ بتعريفات تكاد تكون متطابقة لفظاً و
معناً ، و يمكن إجمالها في أنه إنهاء العلاقة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها لتخليص نفسها
مما هي فيه بلفظ الخلع⁽²⁾.

الثاني: التعريف بالتطليق أو التفريق القضائي

و يمكن تعريفه من خلال الحالات التي يرد فيها، أي الحالات التي ترفع فيها أمرها للقاضي
لسبب من الأسباب التي تمس الزوج بصفة مباشرة ، ولا تستطيع بوجودها الإستمرار في الحياة
الزوجية.

وهذه الحالات غير متفق عليها بين أصحاب المذاهب الأربعة و لعل أكثر المذاهب تفصيلاً
لهذه الحالات هو المذهب المالكي ، و لقد أخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية بمبادئ هذا
المذهب ، بما في ذلك قانون الأسرة الجزائري الذي نص عليها في المادة 53 منه على أنه : (يجوز
للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- 1-عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 78-79-80 من هذا القانون.
- 2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ، و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.
- 5-الغيبه بعد مرور سنة دون عذر ولا نفقة.
- 6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08.
- 7-إرتكاب فاحشة مبينة .
- 8-الشقاق المستمرين الزوجين.

(1) - ابن همام ، المصدر السابق ، ج 4 ص 210 ، الدردير ، المصدر السابق ، ج 2 ص 147.

(2) - فراج أحمد حسن ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 115 .

.....الفصل الثاني : علوة الإسهاء بإباحت إخلال الزوج وأثر خلفه عنه

9--مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

10- كل ضرر معتبر شرعا. (1)

وسلنطرق إلى كل حالة من هذه الحالات بالتعريف بشيء من الإيجاز، و موقف الفقه و القانون منها .

أ- التفريق للإعسار بالنفقة :

النفقة في اللغة : مأخوذة من النفوق ، وهو الهلاك ومنه نفقت الدابة تنفق نفوقا إذا هلكت (2)، و إما من التَّفَاق وهو الزواج ومنه نفقت السلعة تنفق نفقا إذا راجت بين الناس (3).

وسمي بها المال الذي ينفقه الرجل على عياله، لأن في إنفاقه عليهم إهلاك للمال المنفق، أو لأن في الإنفاق رواجاً للمال المنفق عليه.

النفقة اصطلاحاً : عرفها ابن عرفة بقوله: ما به قوام معتاد الآدمي دون سرف (4). وما يقوم عليه الآدمي يشمل الغذاء، و الكسوة، و السكن، و متاع البيت و أجرة العلاج، و لقد نصت على مشتملات النفقة المادة: 78 من قانون الأسرة على أن (تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة) (5)

و لقد إتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها فإن امتنع عن الإنفاق و لم يؤد ما وجب عليه فيما أن يكون موسراً أو معسراً.

فإن كان موسراً فللزوجة أخذ النفقة من ماله، و لو كان ديناً على آخر أو وديعة أو دعها غيره ، بما يتيسر لها من الطرق سواء كان حاضراً، أو غائباً بإذنه أو بغير إذنه. (6)

(1) - الأمر رقم: 05- 02، المؤرخ في: 18 محرم 1426، الموافق: 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 84-11

المتضمن قانون الأسرة.

(2) - ابن منظور ، المصدر السابق ، مادة نفق، ج6 ، ص4507.

(3) - الرازي أبو بكر ، المصدر السابق، مادة نفق، ص 331.

(4) - الرضاع أبو عبد الله ، المصدر السابق، ص227-228.

(5) - الأمر رقم: 84- 11، المؤرخ في: 9 رمضان 1404، الموافق: 9 جوان 2005، المتضمن قانون الأسرة.

(6) - الدسوقي محمد ، المصدر السابق، ج3 ص478-479.

.....الفصل الثاني : محارفة الإيهاو بإبصار المحارفة والزواج وأثر تخلفه عنه

يدل لذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : " دخلت هند بنت عتبة امرأة سفيان على الرسول صلى الله عليه وسلم وقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ، ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فقال خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك و يكفي بنيك " (1).

فإن لم تتمكن من أخذها مباشرة رفعت الأمر إلى القاضي ليأمره بالإفراق و يجبره عليه إن كان موسراً ، و إذا كان معسراً فرق بينهما على خلاف بين الفقهاء في مدى جواز ذلك من عدمه .

ب- التفريق للعيب :

العيب في اللغة : العيب هو العيبة أو العاب الوصمة ، فعاب الشيء جعله ذا عيب ، و عيبه و تعيبه نسبة إلى العيب وجعله ذا عيب (2).

العيب في اصطلاح الفقهاء: يطلق ويراد به كل عيب أصاب أحد الزوجين أو كلاهما سواء أكان العيب جنسيا أم كان العيب مرضيا .

فالعيب الجنسي : هو الذي يصيب الأعضاء التناسلية للرجل أو المرأة و يتسبب غالبا في منع المعاشرة الجنسية.

و العيوب التناسلية الخاصة بالرجل كالجب (3) ، والعنة (4) ، و الخصاء (5) .

و العيوب التناسلية للمرأة كالرتق ، القرن ، الإفضاء (6) ، و البخر و العفل (7) .

(1) - البخاري محمد بن إسماعيل، المصدر السابق ، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه. ج7،

ص85، و مسلم بن الحجاج، المصدر السابق ، كتاب الأقضية، باب قضية هند ، ج3، ص338.

(2) - الفيروز أبادي، المصدر السابق، ص152.

(3) - الجب: استئصال عضو التناسل بالنسبة للرجل.

(4) - العنة : صغر الذكر بحيث لا يتأت معه الجماع.

(5) - الخصاء: هو سل للخصيتين.

(6) - الإفضاء : هو اختلاط المخرجين .

(7) - البخر : نتن في الفرج ، و العفل : رغبة في الفرج تحدث عند الجماع .

.....الفصل الثاني: علاقة الإيلاء بإبناح العمل الزوجي ودائرته عنه

أما العيب المرضي: فيتمثل خاصة في الأمراض المنفرة أو المعدية للغير بالمخالطة كالجدام⁽¹⁾، البرص⁽²⁾ و الجنون.

فإذا وجد أحد الزوجين بصاحبه عيبا من هذه العيوب جاز له أن يطلب الفرقة ليدفع عن نفسه الضرر باتفاق المذاهب الأربعة ذلك لأن مقاصد الزواج لا يمكن أن تحقق بوجود مثل هذه العيوب.

ج- التفريق للإيلاء:

الإيلاء لغة: مشتق من الفعل آلى، يؤلى بمعنى حلف، و تألى، وأتلى مثله و منه قوله تعالى:

« وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ »⁽³⁾ و الآية اليمين و جمعها أليا⁽⁴⁾.

الإيلاء اصطلاحا: حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا، أو التزامه أمرا يشق عليه أن هو قاربها في هذه المدة.⁽⁵⁾

و على ذلك لو علق قربانها على أمر ميسور لا مشقة في تنفيذه فلا يكون موليا، كما لو قال: إن قربتك فعلي صلاة ركعتين، ولا ريب أن الامتناع عن معاشرة الزوجة جنسيا يلحق بها ضررا بالغا لا سيما إذا كان ذلك لمدة طويلة، فاقتضت حكمة الله عز و جل أن حدد مدة للزوج لا يتعداها بإيلائه وهي أربعة أشهر.

فإذا حلف الزوج أن لا يقرب زوجته لمدة أربعة أشهر أو أكثر، ثم فاء قبل انقضاء هذه المدة، حنث في يمينه أو لزمته كفارة اليمين .

(1) - الجدام: مرض يتقطع معه اللحم و يتساقط.

(2) - البرص: بياض يظهر في ظاهر الجسد لفساد الدم.

ينظر في تفصيل معاني هذه العيوب الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص277-278.

(3) - سورة النور، الآية: 22.

(4) - الرازي أبو بكر، المصدر السابق، مادة آلى، ص19.

(5) - فراج أحمد حسن، المرجع السابق، مادة آلى، ص155.

.....(الفصل الثاني) : حلالة الإيلاء بإيحاء (محلل) الزوج وأثر خلفه عنه

أما إذا لم يفئه إليها بأن بر في يمينه و صدق في عزمه، و مضت مدة الإيلاء من غير أن يقربها مع قدرته على ذلك، فإنه يقع عليها طلاقه بائنة عند الحنفية بمجرد تعدي المدة المحددة⁽¹⁾.

وذهب المالكية، والشافعية، و الحنابلة إلى أن الزوج إذا لم يفء إلى زوجته في المدة فعليها أن تخاصمه أمام القضاء، وعلى القاضي أن يأمر بالفيء فإن امتنع أمره بالطلاق .

و ليس للقاضي أن يأمره بالطلاق، ولا أن يطلق إلا بطلب من الزوجة لأنه حق لها .

وهذا ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري النص عليه في المادة 53 وإن لم يبين ذلك باسم الإيلاء بنصه في الفقرة الثالثة : (المحجر في المضجع فوق أربعة أشهر)⁽²⁾.

د- التفريق للحبس :

الحبس لغة : ضد النخلة ، واحتبسه بمعنى حبسه، و الحبسة بضم الحاء، الاسم من الاحتباس يقال الصمت حبسة، وحبس فرسا في سبيل الله أي أوقفه فهو محبوس و حبس و الحبس هو الوقف⁽³⁾.

الحبس اصطلاحاً : هو عقوبة مقيدة للحرية، ويحكم بها على الشخص مدة معينة ، أو غير معينة بقدر الجريمة المرتكبة.

وقد يقترف الزوج جريمة يستحق بسببها السجن لمدة طويلة ، فتقع زوجته في الحرج ، ويصبح مقامها على هذا الحال زمناً طويلاً أمراً شاقاً، لا تتحمله الطبيعة الإنسانية، و إن كان لها من مال زوجها ما تستطيع الإنفاق على نفسها، فمن أجل رفع الضرر عنها ذهب ابن تيمية إلى أنه للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها لوقوع الضرر عليها بسبب بعده عنها⁽⁴⁾ وعلى هذا الرأي اعتمد المشرع الجزائري في نصه بإجازة طلب التطليق من القاضي بسبب الحبس غير أنه قيد ذلك بشروط ثلاثة:

(1) - الجصاص ، المصدر السابق ، ج1 ، ص362.

(2) - الأمر رقم : 05-02 المؤرخ في : 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للأمر 84-11

المؤرخ في : 9 رمضان 404هـ الموافق : 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة.

(3) - ابن منظور ، المصدر السابق ، مادة حبس، ج2 ، ص752.

(4) - ابن تيمية تقي الدين ، الاختيارات الفقهية، دار إحياء التراث. بيروت، الطبعة الثانية، ص247.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإناث بالإنجاب والعمل في الزواج وأكثر خلفه عنه

- 1- أن تكون العقوبة شائنة كأن تكون لمدة طويلة .
 - 2- أن يكون فيها مساس بشرف الأسرة ، كأن تكون بسبب ارتكابه جريمة الزنا.
 - 3- أن تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية⁽¹⁾ .
- فمن توفرت فيه هذه الشروط كان لزوجته أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها لتضررها.

هـ- التفريق لغيبه الزوج :

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة حتى تضررت بغيابه ، وحشيت على نفسها الفتنة، فهل لها أن تطلب الفرقة عنه؟

يختلف الفقهاء في مدى جواز مطالبتها بالفرقة عن زوجها إلى رأيين:

فذهب الحنيفة و الشافعية⁽²⁾ إلى عدم اعتبار الغيبة سببا من أسباب التفريق وإن طالت المدة. و ذهب المالكية⁽³⁾ و الحنابلة⁽⁴⁾ إلى جواز التفريق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة ، وتتضرر بها ، وإن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة ، تجعلها كالمعلقة، فلا هي زوجة تتمتع بحقوق زوجية ، ولا هي مطلقة ، وفي ذلك ضرر بالغ يجب العمل على إزالته و لأن ذلك يفوت الإمساك بالمعروف ، فبقي التسريح بالإحسان عن طريق التفريق القضائي، متى طال مدة غيابه عنها على خلاف بين المالكية و الحنابلة في تحديد هذه المدة بين ستة أشهر، و سنة.

و لقد ذهب المشرع الجزائري إلى جواز التفريق بالغيب في المادة 53 الفقرة 5 بنصها⁽⁵⁾:

(1) - الأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم للأمر 84-11

المتضمن قانون الأسرة.

(2) - الشافعي، المصدر السابق، ج5، ص255-256.

(3) - الدسوقي، المصدر السابق، ج3، ص330-331.

(4) - ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج7، ص206.

(5) - الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005م، المعدل و المتمم للأمر 84-11

المتضمن قانون الأسرة

.....الفصل الثاني : حلافة الإبرها و بائناح إنحال الزواج و أتر تخلفه عنه

(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ...الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة).

فالمادة قيدت جواز طلب التطليق بشروط ثلاثة :

1-الغيبة بعد مضي سنة، وهو ما ذهب إليه المالكية.

2-أن تكون الغيبة دون عذر .

3-أن يلزم الغيبة عدم الإنفاق طوال مدة الغياب.

فبتوفر هذه الشروط الثلاثة يمكن للزوجة أن تطلب من القاضي أن يفرق بينهما، وإن جاز لها أن تطلب التفريق بتوفر الشرط الثالث وهو انعدام النفقة لوحده فما بالك إذا اقترنت به ظروف أخرى.

و- التفريق للتعدد:

أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات ، وجعلت منه أصلا ، وحقا للزوج يلجأ إليه متى اقتضت ظروفه ذلك، لقوله تعالى: (1)

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ۗ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾

غير أن المشرع الجزائري اعتبره سببا من أسباب التطليق، إذا تم هذا التعدد مخالف للأحكام المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل . يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة وأن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي ، وقدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية).

(1) - سورة النساء ، الآية : 03

.....(الفصل الثاني : علاقة الإرتكاب بالزواج والطلاق).....

وذلك بنص المادة 53 الفقرة 6 : (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08)⁽¹⁾.

فالمشرع من خلال نص المادتين جعل من عدم توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من قانون الأسرة، من الأسباب التي تستطيع المرأة من خلالها طلب الفرقة من زوجها عن طريق القضاء .

كما أن المشرع بنصه في المادة 53 الفقرة 6 هذا افتراض وجود ضرر مسبق لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطلاق دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة، وإلى أن يتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد كما أنه منح الضرة حق طلب التطلاق بسبب عدم إخبارها، أو بسبب إخفاء الزوج عنها دون أن يحدد مهلة معينة لممارسة هذا الحق ما بين تاريخ العلم بالزواج الخفي، وبين تاريخ طلب التطلاق⁽²⁾.

ز- التفريق لارتكاب فاحشة مبينة :

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 7 على أنه : (يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: ... إرتكاب فاحشة مبينة)⁽³⁾.

وهذه الحالة التي جعلها المشرع من الأسباب التي يمكن للزوجة أن تطلب فيها التطلاق من زوجها عن طريق القضاء، و المتمثلة في ارتكاب الزوج فاحشة مبينة يمكن أن تشملها الفقرة 53 فقرة 4، و المتعلقة بالحكم على الزوج بارتكابه جريمة فيها مساس بالأسرة، وكذا الفقرة الأخيرة من هذه المادة و هي الفقرة 53 فقرة 10، و المتعلقة ب : (كل ضرر معتبر شرعا).

ولكن ما هي الفاحشة المبينة المقصودة من النص القانوني ، فيمكن أن تحمل على ارتكاب الزوج فعل الزنا، وإن لم يحكم عليه بارتكابه جريمة الزنا طبقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات و التي جاء فيها النص على أنه : (... يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس

(1) - الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة

(2) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 274-275.

(3) - الأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م المعدل و المتمم للأمر 84-11، المتضمن قانون الأسرة.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بإباحة الزواج) (أثر تخلفه عنه

من سنة إلى سنتين، و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع الحد لكل متابعة⁽¹⁾.

كما يمكن أن تحمل الفاحشة الميينة على شرب الخمر، فيسمح للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق كلما أثبتت أن زوجها يتعاطى شرب الخمر أو ما شاكله من المخدرات ... ، و بصورة تدفعه إلى الإساءة لنفسه و بالتالي الإساءة إلى أسرته، و الإضرار بسمعة زوجته و أبنائه، و اقتصاد الأسرة و أمنها و راحتها أو تدفعه إلى التخلي كلياً، أو جزئياً عن واجباته نحو زوجته و أولاده⁽²⁾، لاسيما و أن أحكام الفقه الإسلامي صارمة تجاه هذه الأنواع من الجرائم ، إذ عقوبة المحسن الزاني هي الرجم حتى الموت باتفاق المذاهب⁽³⁾ ، كما أن عقوبة شارب الخمر هي الجلد ثمانين جلدة و ذلك أن دل على شيء فإنما يدل على فضاة تلك الجرائم.

و بما أن هذه الجرائم منوطة على شكوى أحد الزوجين كما هو الحال لجريمة الزنا .

أما شرب الخمر فهو غير مجرم ما لم يكن مقترنا بالسياقة في قانون العقوبات، فلم يبق للزوجة من وسيلة تستطيع بواسطتها الحفاظ على سمعتها إلا بطلب التطليق عن طريق القضاء وفق ما هو مقرر في أحكام المادة 53⁽⁴⁾.

ح- التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين :

تعريف الشقاق:

الشقاق لغة : مأخوذة من المشاقة، وهي غلبة العداوة و الخلاف و شاقه في الشيء اذا خالفه فيه، و سمي الشقاق شقاقاً، لأن كل فريق قصد شقا، وناحية غير شق صاحبه.⁽⁵⁾

(1) - الأمر رقم : 82-04، المؤرخ في 13 فيفري 1982م ، المعدل للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات .

(2) - سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص275.

(3) - ابن المنذر، المصدر السابق ، ص89 .

(4) - الأمر رقم : 05-02، المؤرخ في :18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم للأمر 84-11

المتضمن قانون الأسرة.

(5) - ابن منظور ، المصدر السابق، مادة شقق، ج 04، ص2301.

.....(الفصل الثاني : حلقة الإيثار بإباحة الانحلال الزوجي) وأثر خلفه عنه

أما تعريف الشقاق في هذا المقام : فيقصد به كثرة التراعات، و الخلافات بين الزوجين سواء كان ذلك مرجعه إلى نشوز الزوجة، وعدم طاعتها لزوجها، أم كان بسبب نشوز الزوج، و كراهيته لزوجته، كما قد يكون الشقاق ناتجا عن تصرفاتهما معا دون معرفة المتسبب منها. ولقد عالج القرآن الكريم هذه الحالات بأحكام خاصة، إذ شرع لكل حالة ما يناسبها من العلاج.

فقال عز وجل في حالة نشوز الزوجة: (1)

وَالنِّسَى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِى
الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ
اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾

فهذه الآية حددت للزوج ثلاث خطوات عليه إتباعها في حالة نشوز زوجته وهي :

- 1-الموعظة الحسنة عن طريق تذكيرها بالله، وما جعله من نعم للزوجة الطيعة لزوجها، وتخويفها من عاقبة الله عز وجل إن هي قصرت في حقوقه .
- 2-الهجر في المضجع، ولا يكون ذلك إلا في البيت.
- 3-الضرب الغير المبرح : فلا يكون بكسر عظم، و إسالة الدم، ولا يكون في الوجه.

فإذا استوفى الزوج هذه المراحل الثلاثة، و لم ترجع الزوجة إلى طاعته، لم يبق له من سبيل إلا أن يطلقها. (2) فإذا آلت العلاقة الزوجية إلى هذا الحد من الشقاق بينهما شرع الله طريقة أخرى

لإنقاذ الأسرة من التشتت و الانحلال، وتتمثل في بعث الحكيمين في قوله جل شأنه :

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ
وَ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ
اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٣٥﴾

(1) -سورة النساء ، الآية: 34

(2) - ابن العربي أبو بكر محمد، أحكام القران، تحقيق علي محمد الجاوي، دار الفكر، بيروت دت، ج1، ص417-418.

(3) - سورة النساء ، الآية: 35.

..... (المتصل الثاني) : علوثة الإبراهام بابا بائناح (محلل الزواج) وأثر خلفه عنه

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى أحقية الزوجة في طلب التطلاق ، إذا ثبت إضرار الزوج لها، فقهاء المذهب الحنفي لا يرون ذلك سببا صحيحا يوجب التفريق، وإنما لها أن ترفع أمرها للقاضي لردعه، و تعزيره عن تصرفه دون أن يصل ذلك إلى حد التفريق ، فإذا عاد إلى المضارة، زاد له في العقوبة وفي ذلك يقول السرخسي : (فإذا عاد إلى الجور بعدما نهاه القاضي أوجعه عقوبة، و أمره بالعدل، لأنه أساء الأدب فيما صنع، و ارتكب ما هو حرام عليه)⁽¹⁾.

بينما أجاز باقي فقهاء المذاهب التفريق بينهما، نتيجة الإضرار بالزوجة تحقيقا لقوله عز وجل:

« فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ »⁽²⁾

ولا يكون ذلك إلا بعد أن ترفع أمرها للقاضي ليقوم بزجره على كل محاولات الإساءة لها، إذا ما تبين له بالأدلة إضرارها بها، فإذا لم يتزجر، كان للقاضي أن يفرق بينهما⁽³⁾ و بهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري إذ نص في المادة 53 من قانون الأسرة، و التي اشتملت على الحالات التي يجوز للزوجة

أن يطلقها فيها (كل ضرر معتبر شرعا)⁽⁴⁾.

ولقد أحسن المشرع فعلا بعدم تحديده لضرر معين، و جعله على سبيل الإطلاق نظرا إلى كون ما يعتبر فيه ضرر لزوجة بالذات، قد لا يكون كذلك بالنسبة إلى الأخرى ، كما أن الضرر المعتبر شرعا في زمن ما ، و لدى جماعة معينة قد لا يكون كذلك بالنسبة لزمن آخر، أو جماعة أخرى ، خاصة و أن الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواع معينة من الضرر و إنما ذكر الفقهاء الحالات التي يجوز للقاضي ضمن خلالها التفريق بين الزوجين على سبيل التمثيل لا الحصر⁽⁵⁾.

(1) - السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص219-

(2) - سورة البقرة، الآية : 228.

(3) - الدردير المصدر السابق، ج2 ص245-الشريبي، المصدر السابق، ج3، ص260

(4) - الأمر رقم : 05- 02، المؤرخ في : 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم للأمر 84-11

المتضمن قانون الأسرة.

(5) - سعد عبد العزيز ، المرجع السابق، ص274.

.....(الفصل الثاني : حلوة الإبراهيم بابا باح (محلل الزواج) وأثر خلفه عنه

و لقد كان موقف المشرع الجزائري حول إجازة طلب التطلق للضرر مطابق لما نصت عليه قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية ، ومن ذلك المشرع المغربي الذي نص في المادة 98 من مدونة الأسرة على الحالات نفسها التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة، و التي تمنح الزوجة الحق في طلب التطلق بما في ذلك حالة الضرر، و بين في المادة 99 من مدونة الأسرة مجالات هذا الإضرار بنصه: (يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطلق.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطلق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الإستمرار قي العلاقة الزوجية)⁽¹⁾

كما نص في المادة 101 مدونة الأسرة على أنه للمحكمة أن تحدد مبلغ التعويض المستحق عن الضرر في حالة الحكم بالتطلق وهو النص ذاته الذي تضمنته المادة 53 مكرر في قانون الأسرة الجزائري.

ي- التفريق بسبب اللعان:

اللعان لغة: هو الطرد و الإبعاد من الخير، و اللعنة الاسم و الجمع لعان ، و رجل ملعون أي مطرود ، قال تعالى بشأن إبليس : « وَإِنَّ عَلَيْكَ لَعْنَتِي إِلَى يَوْمِ الدِّينِ »⁽²⁾ أي الطرد و الإبعاد عن الرحمة⁽³⁾.

اصطلاحا : عرف اللعان بتعريفات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في معانيها فعرفه ابن الهمام من الحنفية بقوله "هو قذف الرجل امرأته بالزنا"⁽⁴⁾.

وعرفه المالكية بأنه حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له و حلفها على تكذيبه⁽⁵⁾

(1) القانون رقم: 03-70، المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق : 3 فيفري 2004م، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(2) - سورة ص، الآية: 78.

(3) - الرازي أبو بكر ، المصدر السابق، مادة لعن، ص 295.

(4) - ابن الهمام كمال الدين، المصدر السابق، ج 4، ص 276.

(5) - الحرشي أبو عبد الله، المصدر السابق، ج 4 ، ص 124.

.....(الفصل الثاني : محاربة الإيهاو بإباحتهم الزواج) ولا تتركه عنه

و عرفه الشافعية بأنه كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه و
ألق العاربه، أو نفي ولده⁽¹⁾.

و عرفه الحنابلة بأنه شهادات مؤكدات بإيمان من الجنابيين مقرونة بالعن⁽²⁾.

فمجموع هذه التعاريف يدل على أن اللعان : هو مباحلة الزوج زوجته على ارتكابها
فاحشة الزنا أو نفي نسب حملها .

و الأصل في مشروعية اللعان : القرآن، والسنة، و الاجماع.

أولا : القرآن : قوله تعالى :⁽³⁾

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ
فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾
وَالْخَمِيْسَةُ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكٰذِبِيْنَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ
عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكٰذِبِيْنَ
﴿٨﴾ وَالْخَمِيْسَةُ أَنْ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِيْنَ
﴿٩﴾ وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيْمٌ ﴿١٠﴾

ثانيا : السنة النبوية

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن هلال بن أمية قذف امرأته فجاء فشهد و النبي صلى الله
عليه وسلم يقول : « إن الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب ثم قامت فشهدت »⁽⁴⁾.

(1) - الشريبي محمد الخطيب، المصدر السابق، ج3، ص367.

(2) - البهوتي منصور، المصدر السابق ، ج3، ص206.

(3) - سورة النور، الآيات: 6-10.

(4) - سبق تخريجه ص12.

ثالثا : من الإجماع

أجمع العلماء على مشروعية اللعان. و الملاعنة تتم أمام القاضي أو الحاكم ليحكم بعدها بالتفريق بينهما على خلاف بين الفقهاء في كون الفرقة تقع بينهما عقب الإنتهاء من التلاعن دون حاجة إلى حكم الحاكم أو أنها لا تنفذ إلا بتفريقه بينهما .⁽¹⁾

و الملاحظ لقانون الأسرة الجزائري يجد أنه لم يورد اللعان ضمن الأسباب التي بموجبها يمكن للقاضي الحكم بالتطليق ، ولعل موقفه كان بسبب النص على التطليق لارتكاب فاحشة مبينة ، إلا أنه و كما سبقت الإشارة إلى ذلك فإن لفظ الفاحشة المبينة لا يدل على اللعان مباشرة و إنما يمكن حمله على عدة معاني، فلا يمكن الجزم به، و كذا لأن اللعان يتم بكيفية مخصوصة و بألفاظ محددة و في مجلس معين فوجب النص عليه بعينه .

و يمكن أن يكون المشرع أرجع النص على اللعان و كلفيته إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي أحال فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية كل ما لم يرد النص عليه⁽²⁾

(1) - ابن الهمام ، المصدر السابق، ج4، ص285، ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج9، ص27.

(2) - الأمر رقم: 84-11، المؤرخ في: 9 رمضان 404هـ، الموافق: 9 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة

المطلب الثاني : حكم الإشهاد في انحلال الزواج

إن الرابطة الزوجية سكن مبارك، و دعامة اجتماعية يفترض فيها أن تكون ثابتة للمحافظة على روابط الأسرة، و تتمين أركان المجتمع و من ثم يفترض فيها الدوام مدى حياة الزوجين ، وعدم انحلالها إلا بوفاة أحدهما.

ولكن هذه الرابطة قد تعثرها حالات تنخر هذه المودة و الانسجام، و يحل محلها الشقاق و النزاع و الخصام بحيث لا يستقيم فيها معنى التعاون على شؤون الحياة و القيام بما أمر الله فتقلب إلى حميم لا يطاق، ولا يبق لها من نحل إلا الانحلال ، و هذا الأخير يكون كما سبق الذكر بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ، أو بتراضي الزوجين، أو يطلب من الزوجة عن طريق التفريق لسبب من الأسباب الضارة بها و كل نوع من هذه الأنواع التي يتم بها انحلال الرابطة الزوجية عرضة للجحود و الإنكار من الطرف الآخر، مما استوجب إيجاد وسائل و طرق لإثبات انحلال الرابطة الزوجية، وشهادة الشهود تعتبر من أهم وسائل إثبات في الشريعة الإسلامية ، و تزداد أهميتها في الحقوق المتعلقة بذات الشخص، و عرضه، و شرفه كما هو الحال في الزواج ، و قد سبق تقرير ذلك في الفصل الأول .

فما هو حكم هذه الشهادة في فصم و انحلال عرى الزوجية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، و ما هو موقف الفقه القانوني من ذلك ؟.

الفرع الأول : حكم الإشهاد في انحلال الزواج في الفقه الإسلامي

الأصل في انحلال الرابطة الزوجية، أن يكون الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، وفقهاء الشريعة الإسلامية عادة ما يأخذون أحكام الطلاق و يعكسونها على باقي أنواع الانحلال الأخرى، باعتبار أن آثار الانحلال هي نفسها سواء أكان ذلك الانحلال بإرادة الزوج عن طريق الطلاق ، أم كان بغير إرادته من عدة و نفقة و سكنى و حضانة.... الخ

ومن هذه الأحكام المتعلقة بالطلاق، و بالتالي بسائر أنواع الانحلال الأخرى الإشهاد .

فما هو حكم الإشهاد في الطلاق ؟ .

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بابناح (الرواح) وأثر خلفه عنه

اختلف الفقهاء في مدى وجوب الإشهاد على الطلاق، ويرجع سبب اختلافهم إلى تفسير

قوله تعالى: ﴿٣٧﴾ (١)

يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا
الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا
أَنْ يَأْتِيَنَّ بِقَدْحَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ
فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا
فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا
ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ .

وقبل التعرض للاختلاف الفقهي لمسألة الإشهاد في الطلاق ، نُتطرق إلى الجانب التفسيري

لقوله تعالى : « وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ » (٢).

نقل الطبري عن السدي في تفسير الآية أن المقصود به الإشهاد على الطلاق و على

الرجعة (٣).

وقال القرطي : " وَأَشْهِدُوا... " أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل على الرجعة و الظاهر

رجوعه إلى الرجعة و الفرقة جميعا (٤).

و قال البيضاوي : " وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ... " على الرجعة و الفرقة تبريا من الريبة

و قطعاً للتراع، وهو ندب لقوله تعالى : « وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ »

وقال أبو حيان الأندلسي : " وَأَشْهِدُوا... " الظاهر وجوب الإشهاد على ما يقع من

الإمساك و هو الرجعة و المفارقة وهي الطلاق (٥) .

(١) - سورة الطلاق ، الآية: 1 -2-3 .

(٢) - سورة الطلاق ، الآية: 2 .

(٣) - الطبري أبو جرير ، جامع البيان في تفسير القرآن ، دار الفكر ، بيروت 1398هـ-1978م، ج 28 ص 88

(٤) - القرطي أبو عبد الله محمد ، المصدر السابق، ج 18 ص 157

(٥) - البيضاوي عبد الله بن عمر، تفسير البيضاوي، دار الفكر، بيروت. الطبعة الثانية 1403هـ-1983م-، ج 8 ص 282.

.....الفصل الثاني : علوة الإيهام بإيهام الزوال والرجعة عند

وقال الفخر الرازي : " وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ... " أي أمروا أن تشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل منكم (1).

وقال أبو السعود قوله تعالى : « وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ... » عند الرجعة و الفرقة قطعاً للتنازع، وهذا أمر ندب كما في قوله تعالى : « وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ » (2). وذكر الطبري أن ابن عباس رضي الله عنهما ترجمان القرآن بين إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين (3).

و ذهب السيوطي إلى أن المقصود بالإشهاد في الآية على الطلاق و على الرجعة، و استند في تفسيره إلى قول عطاء : " النكاح بالشهود، و الطلاق بالشهود، المراجعة بالشهود " (4) و نقل الجصاص قول عطاء بمعنى آخر بقوله روى ابن جريح عن عطاء قال : " الطلاق و النكاح و الرجعة بالبينة " (5)

و الملاحظ في أقوال المفسرين في تفسير قوله تعالى : « وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ » (6). يجد أنها متباينة فمنهم من خص الإشهاد بالرجعة فقط كما قال بذلك ترجمان القرآن. و منهم من جعل الإشهاد عاما في كل من الطلاق، و الرجعة كما قال بذلك القرطبي و الجصاص و السيوطي، و ذهب أبو السعود و البيضاوي إلى أن الإشهاد في الآية يراد به الوجوب للرجعة، و الندب للطلاق.

و تبعا لاختلاف المفسرين في تفسير الآية، إختلف الفقهاء إلى رأيين:

- رأي الجمهور من جهة.

(1) - سورة الطلاق ، الآية: 2 .

(2) - الرازي فخر الدين محمد، التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، دار الفكر. بيروت، الطبعة الثانية 1403هـ-1990م، ج8، ص287.

(3) - أبو السعود محمد العماري، إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي . بيروت الطبعة الثانية 1411هـ-1990م، ج8، ص287.

(4) - السيوطي جلال الدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار المعرفة بيروت. ج6، ص232.

(5) - الجصاص أبو بكر، المصدر السابق ، ج3، ص560.

(6) - سورة الطلاق ، الآية: 2 .

- رأي الظاهرية و الشيعة من جهة أخرى .

أولاً : رأي الجمهور

ذهب جمهور الفقهاء إلى قوله تعالى : « وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ »⁽¹⁾.

يعني أنه يصح الطلاق، ويلزم من غير إسهاد، و إنما يندب الإسهاد عليه احتياطاً، وفي شأن ذلك يقول ابن عبد البر : " الإسهاد على الطلاق ليس بواجب فرضاً عند جمهور أهل العلم، لكنه ندب و إرشاد و احتياط للمطلق كالإسهاد على البيع"⁽²⁾.

و استدلووا على ذلك بأن الآية الكريمة ذكرت الإمساك و الفراق لقوله عز وجل :⁽³⁾

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا
ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ⁽⁴⁾

فكان الإسهاد راجعاً إلى الرجعة و الطلاق.

و قالوا : لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه و سلم ، ولا عن أحد من أصحابه أن الإسهاد شرط في الطلاق، و لهذا فإن الأمر بالآية لم يكن على سبيل الوجوب بل على سبيل الندب⁽⁴⁾. أي أن الأصل في الأمر هو الوجوب و لكن بما أنه لم ينقل إلينا شيء عن الإسهاد في الطلاق، مع أنه وقع في عصر النبي صلى الله عليه وسلم، وعصر الصحابة، دل على أن الأمر للندب و الإرشاد لا للوجوب، و الإلزام⁽⁵⁾.

وكذلك فقد قاسوا الإسهاد على الطلاق في الآية على الإسهاد في البيع في قوله:

« وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ »⁽⁶⁾.

(1) - الغندور أحمد، المرجع السابق، ص 330.

(2) - ابن عبد البر، المصدر السابق، كتاب الأقضية، داب ما جاء في الشهادات، ج 22، ص 33.

(3) - سورة الطلاق، الآية: 2 .

(4) - سابق السيد، المرجع السابق، ج 2، ص 166-167.

(5) - الصابوني عبد الرحمن، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر. الطبعة الأولى

1422هـ-2001م، ص 142 .

(6) - سور البقرة، الآية : 282 .

.....الفصل الثاني : حلافة الإيهاو بإتيان (المحلل) الزوج وأثر تخلفه عنه

والإشهاد هنا مندوب إليه لا واجب بالإجماع، فدل أيضا على الإشهاد على الطلاق مندوب إليه أيضا خشية الجحود و الإنكار (1)

ثانيا : رأي الظاهرية و الشيعة الإمامية و الجعفرية

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر في الآية للوجوب لا للندب وهؤلاء فريقان: منهم من قال أن الأمر بالإشهاد راجع إلى الطلاق فقط، ومنهم من هم إلى البتة الرجعة في وجوب الإشهاد. فذهب الظاهرية: أن الإشهاد واجب في الرجعة و الطلاق، و ذلك خشية الجحود و الإنكار في كل منهما، و أنه عز وجل ذكر المراجعة و الطلاق، و لم يفرق بينهما في وجوب الإشهاد عليهما ، و في شأن ذلك قال ابن حزم: (فان راجع و لم يشهد فليس مراجعا)، لقوله تعالى: (2)

﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ قَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ . ﴾

فلم يفرق الله عز وجل ، بين المراجعة و الطلاق في ضرورة الإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، و كان من طلق و لم يشهد ذوي عدل متعديا لحدود الله تعالى (3) لقوله صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " (4)

من مذهب فقهاء الشيعة الإمامية و الجعفرية : أن الإشهاد شرط في صحة الطلاق لا في صحة الرجعة، فمن طلق و لم يشهد ذوي عدل فلا يصح طلاقه و الزوجية تبقى قائمة، فجعلوا من الإشهاد ركن من الأركان لإيقاع الطلاق، وفسروا الأمر الوارد بالإشهاد في الآية بأن معناها

(1) - الصابوني عبد الرحمان ، مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، دار الفكر. بيروت. ط الثالثة 1403هـ-1983م، ص476.

(2) - سورة الطلاق، الآية: 2 .

(3) - ابن حزم ، المصدر السابق ، ج9 ، ص465 .

(4) - البخاري محمد بن اسماعيل ، المصدر السابق، كتاب الإعتصام ، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف

الرسول من غير علم فحكمه مردود، ج.9 ص132.

.....(الفصل الثاني: عملة الإيحاء بإباحة العمل الزوجي وأثر تخلّف عنه

أشهدوا على الطلاق صيانة لدينكم، و إن هذا المعنى أليق بالظاهر و يقتضي وجوبه فيه ، وأن في حمله على المراجعة يكون على سبيل الندب فقط.⁽¹⁾

المناقشة و الترجيح :

ا- مناقشة الرأي الأول:

و يرد على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الأمر بالإشهاد الوارد في قوله تعالى :

« أَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ »⁽²⁾، هو للندب، يعارضه إن الأصل

في الأمر أنه للوجوب، ما لم توجد قرينة تصرفه إلى غيره.

و الأمر بالإشهاد على الطلاق لم تقم قرينة تصرفه عن ذلك، ثم إن القول أنه لم يؤثر على النبي صلى الله عليه و سلم، و لا عن الصحابة رضي الله عنهم ما يدل على مشروعية الإشهاد، لا يصلح حجة للاستدلال ذلك أنه ثبت اشتراط الإشهاد على الطلاق من بعض الصحابة رضوان الله عليهم كعلي بن أبي طالب، و عمران بن حصين رضوان الله عليهما، أو لئسا من الصحابة العدول !

-فقد سئل عمران بن حصين عن رجل طلق، و لم يشهد و راجع و لم يشهد قال : " بئس ما صنع طلق في بدعة و ارتجع في غير سنة، فليشهد على طلاقه، و على مراجعته و ليستغفر الله " ⁽³⁾.

-وأما قياسهم الإشهاد في الطلاق على الشهادة في البيع ، فقياس مع الفارق لأن البيع أمر متداول بين الناس، و إيجاب الإشهاد يحول دون سرعة التعامل ، ثم إن البيع اتفاق بين إرادتين ، و ليس له من الأهمية بمكان أهمية الطلاق الذي هو تصرف بإرادة منفردة، و أمره يهم المجتمع بأسره باعتبار أن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع⁽⁴⁾

(1) - حسن خالده و عدنان النجا ، أحكام الأحوال الشخصية ، دار الفكر. بيروت. ط الثانية . 1392هـ-1972م،

ص205.

(2) - سورة الطلاق ، الآية : 2 .

(3) - عبد الرازق أبو بكر، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب النكاح و الطلاق و الارتجاع بغير بينة. رقم: 10255، ج6،

ص136.

(4) - الصابوني عبد الرحمن ، مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، المرجع السابق، ص477-478.

ب- مناقشة الرأي الثاني :

و يرد على من قال باشتراط الإشهاد على الطلاق من فقهاء الظاهرية، و فقهاء الشيعة الجعفرية و الامامية من عدة أوجه :

_ الوجه الأول :

إن ما ذهب إليه ابن حزم من وجوب الإشهاد على المراجعة و الطلاق، فقد استدل على ذلك من قوله تعالى : « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...»⁽¹⁾. فرد الإشهاد على كل من الإمساك وهو الرجعة و المفارقة و هي الطلاق .

وهذا محل نقد ذلك أن المفارقة ليست هي الطلاق الذي حث الشارع على الإشهاد فيه، لأن المفارقة في هذه الآية هي ترك الزوجة التي انتهت عدتها في قوله تعالى: « أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...».

أي إذا انتهت عدة الزوجة و لم يراجعها الزوج فليفارقها مع تأدية حقوقها التي أوجبها الله من النفقة، و مؤخر المهر و مالها عليه.

_ الوجه الثاني :

أن الأصل وقوع الطلاق عند التكلم به بلفظه الصريح، أو الكناية عنه لمن قصده إذا سلم من الموانع كالإكراه و الحيض ... و غيرهما مما دلت الأدلة عليه، و ليس هناك دليل على أن الإشهاد شرط فيه كأن يأتي دليل فيه دلالة على الشرطية كالنفي للعبادة أو المعاملة بلا صارف كقوله صلى الله عليه و سلم: لا صلاة لمن لم يقرأ بأم الكتاب"⁽²⁾، وكذا قوله : " إنما الأعمال بالنيات"⁽³⁾، وكذا قوله : " لا نكاح إلا بولي"⁽⁴⁾... الخ ، و لم يقل لا طلاق إلا بإشهاد، أو لا يطلق أحدكم إلا

(1) - سورة الطلاق ، الآية : 2 .

(2) - ابن حنبل احمد، المصدر السابق، ج 3، ص 241.

(3) - البخاري محمد بن إسماعيل ، كتاب النكاح ، باب من هاجر أو عمل خيرا ليتزوج امرأة فله ما نوى، ج 7، ص 04.

(4) - سبق تحريجه ص 44.

.....الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بإبناح انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه

وقد أشهد... لا يعتبر ذلك من الألفاظ التي تدل على الشرطية، فالشرط براءة الذمة من الإشهاد حتى يدل عليه دليل بين الدلالة، و لا دليل صريح على إمضاء شرط الإشهاد في الطلاق.

ـ الوجه الثالث :

أن الإشهاد إما أن يكون بعد التلفظ بالطلاق أو أثناءه فعلى قول من يشترطه فإن جمهور الناس لم يقع طلاقهم عبر السنين إذ أنهم قد لا يجدون شهودا عدولا على عزمهم عند إيقاع الطلاق، ولو كان الإشهاد شرط فيه فكيف لم يبين الرسول صلى الله عليه و سلم، و جمهور السلف أن ذلك شرط بنص صريح يفهمه كل واحد.

ثم إن جمهور العلماء من بعدهم لم يقولوا به عند حديثهم عن واقع الطلاق و شروط إيقاعه ، فأين غاب عنهم هذا القول الذي يدل على الشرطية. (1)

وإما أن تكون الشهادة بعد الطلاق بعد وقوعه فهذا وقع و انتهى أمره فكيف يكون الإشهاد شرطا على شيء تم و انقض ، لإثبات تلفظه به.

ـ الوجه الرابع :

روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : " تزوج رسول الله صلى الله عليه و سلم امرأة من بني غفار، رأى بكشحها و ضحا، فردها إلى أهلها، و قال : دلستم علي و في رواية أخرى: ألحقي بأهلك" (2).

و فعله صلى الله عليه و سلم هذا يعتبر نوع من أنواع انحلال الرابطة الزوجية ، و لم يذكر أنه كان في المجلس شهود عندما أمرها الرسول صلى الله عليه و سلم اللحاق بأهلها ، و لم يذكر أنه أشهد فيما بعد .

فكيف يقال بشرطية الإشهاد في انحلال الزواج، أو بوجوبه.

(1) - المتعلق بالإشهاد على الطلاق www.alsonan.net/vb/printthread

(2) - البهقي أبو بكر، المصدر السابق، كتاب النكاح، باب : ما يرد به النكاح من العيوب . ج7، ص214.

ـ الوجه الخامس :

إيقاع الفقهاء لطلاق الكناية كقول الزوج لزوجته: ما لكى جلوس عندي اذهبي إلى بيت
أهلك... الخ⁽¹⁾

و طلاق الكناية مما لا يفهمه الشهود، ولا يعرفون تفصيله إلا بعد القضاء و معرفة قصد
الزوج من لفظه، فلا يسأله القاضي أشهدت على لفظك هذا، و إلا لا أمضي الطلاق ، بل إذا
علم أنه قصده أمضاه و كان حكم طلاق الكناية في هذه الحالة كالطلاق الصريح في الحكم.

ـ الوجه السادس :

قياس وجوب الإشهاد في الفرقة بين الزوجين على وجوبه و شرطيته في عقد الزواج قياس
مع الفارق، فعقد الزواج يشترط فيه ولي، و صداق، و لا يشترط ذلك في الفرقة بينهما.

ـ الوجه السابع :

الاحتجاج بما روى عن عمران بن حصين رضي الله عنه أنه سأله رجل فقال : " طلقت و لم
أشهد، و راجعت و لم أشهد ؟ فقال : طلقت في غير سنة و ارتجعت في غير سنة " ⁽²⁾. لا حجة فيه
وذلك للأسباب الآتية :

1- إن قوله لغير السنة مجمل ، و المجمل ما أحتمل عدة معاني لا يمكن ترجيح أحدها على
الآخر، فيحتمل أن يكون الإشهاد شرطا ، و يحتمل أن يكون واجبا ، و يحتمل أن يكون مستحبا
أو مباحا ...

وكل ذلك قد يطلق عليه مسمى: السنة، و الأمثلة على ذلك كثيرة:

ـ سئل جابر رضي الله عنه: أفي الضبع صيد ؟ قال : نعم سنة ⁽³⁾.

و معلوم أن الصيد مباح سواء تعلق الأمر بالضبع أم غيره من الحيوانات التي يجوز أكلها.

(1) - الدر دير، المصدر السابق، ج2، ص163.

(2) - عبد الرزاق أبو بكر، المصدر السابق، كتاب: النكاح، باب: النكاح و الطلاق و الارتجاع بغير بينة، رقم: 10258.

ج6، ص136.

(3) - عبد الرزاق، المصدر السابق، كتاب المناسك، باب الضبع ، رقم: 8682. ج4، ص513.

فكان المقصود من لفظ السنة هنا هو المباح.

- سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن إتمام الصلاة خلف الإمام فأجاب بأن ذلك سنة أبا

القاسم

وإتمام الصلاة سواء كانت ظهرا أم عصرا خلف الإمام واجبة، فكان المقصود من لفظ السنة هنا هو الواجب.

و هكذا فإن في لفظ السنة في هذا الأثر المروي عن عمران بن حصين رضي الله عنه يَحتمل معنى الشرط، كما يَحتمل معنى الواجب ، و المستحب، و المندوب لأن اللفظ السنة يطلق ويراد به كل ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم من الأفعال، و الأقوال التي ليست للإعجاز.(1)

2- إن عمران بن حصين رضي الله عنه لم يقل للسائل : طلاقك باطل ، وكيف يترك بيان ذلك و هو الراوي للحديث، و الراوي مؤتمن و الصحابة عدول ، فلو كان ينقض ترك الإشهاد الطلاق ، لقال له ذلك، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم للمسيء صلاته : "ارجع فصل فإنك لم تصل".(2)

كما احتج الذين قالوا بعدم إيقاع الطلاق الحائض بأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما طلق ابن عبد الله زوجته و هي حائض : " مره فليراجعها"(3) ثم بين له كيف يطلق لو أراد أن يطلق طلاقا معتبرا شرعا(4).

3- إن المحمل في قوله طلقت لغير سنة مفسر بعمل السلف فكم سئل غير عمران، و لم يشترط ذلك، و لم يسأل عنه و ما زال المفتون يفتون من لدن السلف ولا يسألون المستفتي أشهدت أم لا ، مما يدل أن الإشهاد عندهم قد يكون شرط كمال ، أو يكون منه شرط استحباب لا شرط صحة، فقد جاء في صحيح البخاري في طلاق ابن عمر رضي الله عنهما قال: "حُصبت علي شرط

(1) - الإسنوي، هاية السؤل شرح منهاج الأصول للبيضاوي، دار عالم الكتب. بيروت. 1986. ج3 ص25-26.

(2) - مسلم، المصدر السابق ، كتاب الصلاة، باب قراءة سورة عقب الفاتحة ج4 ص106-107.

(3) - البخاري محمد بن إسماعيل ، كتاب الطلاق، باب "وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ" ج 7 ص75-76 و مسلم يشرح

النووي، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها. ج10 ص60-61.

(4) - لقوله صلى الله عليه وسلم: "... ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد، إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".

.....(الفصل الثاني : حلافة الإيهاب باباس إنعمل الزواج وأرئنه عنه

تطبيقه"⁽¹⁾ ولم يسأل أشهد أم لم يشهد على ذلك، ما روي أن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها
أنت: طلقها زوجها ثلاثا، وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك،⁽²⁾ ولم يسأل عن الإشهاد وقع
أم لا، مع أن المقتضي قائم لحماية بيت المسلم لفاطمة بنت قيس من البيونة الكبرى التي تمنعها من
الرجعة إلى زوجها حتى تنكح زوجا غيره، فلو وجد سبيل نحو هذا لأرشد إليه النبي صلى الله عليه
وسلم لبقاء الزوجية قائمة .

4- قول عمران بن حصين رضي الله عنه للرجل الذي سأله بأنه طلق ولم يشهد وراجع
ولم يشهد، طلقت في غير سنة، وارتجعت في غير سنة،⁽³⁾ لا يدل على أن الطلاق لم يقع، وإلا
لكان بين له ذلك.

_الوجه الثامن :

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : (و قد ظن بعض الناس أن الإشهاد هو الطلاق و ظن أن الطلاق
الذي لا يشهد عليه لا يقع)، وهذا خلاف الإجماع و خلاف الكتاب و السنة و لم يقل أحد من
العلماء المشهورين به، فإن الطلاق إذن فيه أولا و لم يأمر فيه بالإشهاد، وأما أمر بالإشهاد حين
قال عز وجل:⁽⁴⁾

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ،

و المراد هنا بالفرقة تخلية سبيلها إذا قضت العدة و هذا ليس بطلاق، ولا برجعة و لا
نكاح.⁽⁵⁾

و الإشهاد في هذا باتفاق المسلمين فعلم أن الإشهاد إنما هو على الإرجاع ومن حكمة ذلك:
أنه قد يطلقها و يرتجعها فيزين له الشيطان كتمان ذلك، حتى يطلقها بعد ذلك، ولا يدري أحد
فتكون معه حراما فأمر الله أن تشهد على الرجعة ليظهر أنه قد وقعت به طلاق كما أمر النبي

(1) - سبق تخريجه: ص 194،

(2) - مسلم، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب المطلقة البائن لا نفقة لها، ج 10 ص 94-95 .

(3) - سبق تخريجه ص 190.

(4) - سورة الطلاق، الآية: 2.

(5) - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المصدر السابق، ج 33، ص 33.

.....(الفصل الثاني): علاقة الإيثار بإتيان العمل الزوجي وأثر خلفه عنه

صلى الله عليه و سلم من وجد اللقطة أن يشهد عليها، وذلك لثلا يزين له الشيطان كتمان اللقطة، وهذا بخلاف الطلاق فإنه إذا طلقها ولم يراجعها بل خلى سبيلها فإنه يظهر للناس أنها ليست امرأته، بل هي مطلقة، بخلاف ما إذا بقيت زوجة عنده فإنه لا يدري الناس إن طلقها أم لم يطلقها (1).

الرأي الراجح :

بعد استعراض أدلة كل رأي و مناقشتها حول اشتراط الإشهاد في الطلاق يتبين أن الأمر بالشهادة الوارد في قوله تعالى: (2):

فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا
ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۗ

جاء بعد إنشاء الطلاق و جواز الرجعة ، فكان الواجب أن يكون راجع إليهما ، كما أن الآية الكريمة صريحة في الإشهاد على الطلاق، و ما قام من خلاف مرده: الخلاف حول تفسير المفارقة، وما المراد منها هل هي الطلاق أم ترك المعتدة حتى تنتهي عدتها ؟
و المعلوم أن الأصل في الأمر هو للوجوب ما لم تصرفه قرينة عن ذلك.

و القرائن متوافرة مع الأمر بوجوب الإشهاد لا للندب و الاستحباب ، إذ أن سياق الآية ، وما جاء فيها من أحكام كلها أمره يدل على أن الإشهاد أيضا واجب ، فقوله تعالى : « فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ » و قوله: « وَ أَحْصُوا الْعِدَّةَ وَ اتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ، وَ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ » ثم يقول : « وَ أَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ » و يختم الآية فيقول: « أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ » كلها أوامر على سبيل الوجوب ، فلماذا تصرف إلى الندب دون قرينة، بل مع قيام القرائن على الإلزام دون الإرشاد، ذلك لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل وهو أحد طرفي العقد وحده ، سواء أوافقته المرأة أم لا . فإشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد، و يثبت لكل منهما حقه قبل الآخر.

(1) - ابن تيمية، المصدر السابق، ج33، ص33-34.

(2) - سورة الطلاق، الآية:2.

.....الفصل الثاني : علاقة الإشهاد بالإنشاء (الطلاق) الزواج والتمتع منه

ووجود الإشهاد فيه أبداع ذريعة، وأنفع وسيلة إلى تحصيل الوثام ، وقطع تفاقم الخصام بين الزوجين، إذ للشهود العدول، وأهل الصلاح مكانة و تأثيرا في النفوس، كما أن من واجبهم الإصلاح و الموعظة ، و إعادة مياہ الصفاء بين الزوجين المتخاصمين إلى مجاريها.

كما أن في ترجيح رأي من أوجب الإشهاد على الطلاق ينسجم مع رأي المفسرين⁽¹⁾ و فيه تضيق لدائرة الطلاق في حدود الشرع الذي حرص على أن يكون الطلاق علاجا حيث لا علاج سواه، وليس في اشتراط الإشهاد تضيق على إرادة الزوج فهو حر في التعبير عن قصده، وإرادته، غير أن في الإشهاد إعاقة للمتسرع من الرجال حتى يتبين له الرشد و الصواب بعد الاستماع لنصائح الشهود⁽²⁾.

وباشتراط الإشهاد على الطلاق ذهب معظم العلماء المعاصرين و منهم محمد أبو زهر رحمه الله الذي قال بعد أن ذكر رأي المذاهب التي تقول بالإشهاد: (إن ذلك معقول المعنى يوجهه التنسيق بين إنشاء الزواج و إنشائه، فإن حضور الشاهدين شرط في الإنشاء، فيجب أن يكون شرطا في الإنهاء وأنه لو كان لنا أن نختار للمعمول به في مصر لاخترنا ذلك الرأي. فيشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين. يمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة، ولكي لا يكون الزوج فريسة لهواه، ولكي يمكن إثباته في المستقبل فلا تجر فيه المشاحة. و ينكره المطلق إن لم يكن له دين، و المرأة على علم به، و لا تستطيع إثباته، فتكون في حرج ديني شديد)⁽³⁾.

وكذا عبد الرحمن الصابوني الذي رجح القول باشتراط الإشهاد على الطلاق بقوله: (و الذي أراه أن في اشتراط الإشهاد حين الطلاق مزية كبرى تنسجم و تتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الإسلام و أنه أبغض الحلال عند الله)⁽⁴⁾، وعضد موقفه هذا بذكر آراء بعض العلماء المعاصرين الذين ذهبوا إلى اشتراط الإشهاد على الطلاق⁽⁵⁾.

(1) - سبق الإشارة إلى موقف المفسرين من الإشهاد على الطلاق ينظر في ذلك، ص 186-187.

(2) - الصابوني عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، المرجع السابق، ص 481-482.

(3) - أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 369.

(4) - الصابوني عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، المرجع السابق، ص 481-482.

(5) - يقول أحمد شاكر في كتابه نظام الطلاق ص 118 (الأمر للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي ولا ينصرف إلى غير الوجوب

كالتدب إلا بقرينة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب). =

..... الفصل الثاني : حلقة الإيهام بانهلال الزواج وانترخلفه عنه

وبذلك يمكن ترجيح الرأي القائل باشرط الإيهام على انحلل الرابطة الزوجية ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو متى يكون الإيهام على الطلاق وغيره من الطرق التي تنحل بواسطتها الرابطة الزوجية؟ هل يكون عند التلفظ بالطلاق أو عند العزم عليه أو بعد إيقاعه؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات يمكن القول أن الطلاق يقع بمجرد التلفظ به بإرادة إزالة العصمة الزوجية سواء علم الناس وشهدوا على ذلك أو لم يعلموا أخذاً برأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

والإيهام على الانحلل الذي تم ترجيحه لا يكون إلا في حالة دفع الحقوق التي هي عبارة عن آثار تترتب عن الفرقة فيجب الإيهام عليها مثل مؤخر الصداق، ونفقة المتعة... منعاً للإدعاء وضياع الحقوق، فيكون الإيهام مثبتاً لها من الإنكار والجحود.

فإذا ما طلق الزوج زوجته بينه وبينها دون أن يشهد على ذلك، ثم انقضت عدتها ولم يراجعها فإنها تعتبر مطلقة بمجرد إيقاعه للطلاق وبالتالي لا ترثه لو توفي بعد ذلك، ولو حملت بعد ذلك لا ينسب إليه الولد لانفصام عرى الزوجية بينهما.

فالإيهام يكون بعد الطلاق لترتيب الآثار وإثبات صفة كل طرف ولا يكون ابتداءً جمعاً بين الرأيين، والله أعلم.

الفرع الثاني: حكم الإيهام على انحلل الزواج في القانون.

وفي مقابل اتجاه الفقهاء المعاصرين بالقول باشرط الإيهام على وقوع الطلاق وأن في ذلك خيراً، وحفاظاً على روابط الأسرة، وأنه يؤدي إلى تخفيف كثرة وقوع الطلاق الذي ينشأ غالباً وقت غضب، أو عند انفعال زائل.

تباينت مواقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية في مدى الأخذ باشرط الإيهام في انحلل الرابطة الزوجية من عدمه.

=- يقول علي الخفيف في كتابه فرق الزواج ص131 (في رأي أن اشترط الإيهام على الطلاق هو أقرب الآراء إلى تحقيق المصلحة و إبعاده من أن يكون نتيجة غضب أو انفعال وقتي وبذلك تضيق دائرة الطلاق).

- يقول يوسف موسى في كتابه الأحوال الشخصية ص281 (بعد أن ذكر وجهة نظر من قال بالإيهام: (وهذه وجهة نظر يجب عدم التغاضي عنها فإن في الأخذ بهذا الرأي ما يمهد السبيل للصلح في كثير من الحالات حقاً).

.....الفصل الثاني : حلالة الإزهاو بابايتاح (عملان) الزواج وأثر تحلفه عنه

فالمشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة لم ينص على اشتراط الإشهاد عند فك الرابطة الزوجية، متبنيا في ذلك رأي الأئمة الأربعة.

وهو الاتجاه نفسه الذي ذهبت إليه معظم تشريعات الأحوال الشخصية العربية كما هو الحال بالنسبة للتشريع التونسي والتشريع السوري⁽¹⁾ والتشريع الكويتي⁽²⁾.

بينما ذهب كل من التشريع المغربي في مدونة الأسرة، والتشريع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى اشتراط الإشهاد في الطلاق على وجه الإلزام إلا أن المقصود بالإشهاد هنا هو الإشهاد القانوني والذي هو: ما يحصل أمام المحاكم الشرعية بصفة رسمية، وأمام موظف مختص بسماع ما يصدر عن الأشخاص من تصرف أو قرار، أو عقد، أو التزام، ويطلب من الغير أن يشهد عليه ويسجل في سجل خاص به وبعد ضبط الإشهاد يعرض كاتب المحكمة الذي قام بضبطه تفصيل ما كتبه من صيغة الإشهاد على رئيس المحكمة أو القاضي الذي باشره أو أذن بسماعه.⁽³⁾

إذ نصت المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: (يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها، أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب).⁽⁴⁾

والملاحظ لنص المادة يجد أن المشرع اشترط لمن عزم على الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة وذلك بإشهاد عدلين، مع مراعاة محل إقامة الزوجة لكونها الطرف المتضرر من واقعة الطلاق، عن طريق ترتيبه لدائرة نفوذ المحكمة التي يتم فيها الإشهاد على الطلاق.

كما نص قانون الأحوال الشخصية لجمهورية مصر في المادة 21 منه أنه (لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق وعند طلب الإشهاد⁽⁵⁾ عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير

(1) - المرسوم التشريعي، رقم 59، الصادر في 17 سبتمبر 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري .

(2) - الغندور أحمد، المرجع السابق، ص 332.

(3) - إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص 165.

(4) - القانون رقم: 03 - 07 ، الصادر في: 12 ذي الحجة 1424هـ، الموافق: 03 فيفري 2004، المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(5) - القانون رقم: 01 لسنة 2000، المعدل لبعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985.

.....الفصل الثاني : علاقة الإلزام بإبانت (تخلد الزوج والزوجات عنه

الزوجين بمخاطر الطلاق. ويدعوها إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فورا، أو قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه يوقع الطلاق يجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه وتطبيق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة للتطبيق⁽¹⁾ فنص المادة 21 اعتبر من الإشهاد إجراء شكلي ليس له أثر موضوعي على حق الزوج في إيقاع الطلاق، إذ أن الشهود لا يحق لهما محاولة الإصلاح بين الزوجين، وإنما يترك ذلك للحكمين.

وأوجب المشرع الإشهاد في فك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق أم التطلق لحماية الأسرة من تتابع المشاكل، وعلاج ظاهرة إخفاء الأزواج لحالات الطلاق الذي يوقعونه في غيبة زوجاتهم بقصد النكاية، والإضرار بهم، وذلك منعا لهذا الضرر دون أن يعد قيادا على حق الطلاق المقرر للرجل بنصوص القرآن الكريم، إلا أنه يعتبر إجراء هام وضروري لإثبات وقوعه، وأن آثاره بالنسبة للزوجة في حالة إخفائه عنها لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به عن طريق الإشهاد معاملة بخلاف مقصود بعض الأزواج الذين كانوا يوثقون الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظون بورقة الطلاق متظاهرين للزوجة باستدامتها واستمرارها حتى إذا وقع الخلاف بينهم وبين زوجاتهم أبرزوا وثيقة الطلاق شاهرين إياها في وجه زوجاتهم⁽²⁾.

إذن فكل من المشرع المغربي والمصري جعل من الإشهاد وسيلة لإثبات الطلاق لا بد منها إلا أن وجه الخلاف بينهما أن المشرع المغربي حدد وقت الإشهاد منذ العزم على الطلاق، بينما أخره المشرع المصري إلى ما بعد إيقاع الفرقة بين الزوجين بعكس بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية التي لم تشترطه أصلا كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري إذ نص في المادة 49 من قانون الأسرة على أنه (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى)⁽³⁾.

(1) - القانون رقم: 01 لسنة 2000، المعدل لبعض أحكام القانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين.

(2) - فراج حسن، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 110-111.

(3) - الأمر رقم: 02-05، المؤرخ في: 18 محرم 1426، الموافق: 27 فيفري 2005، معدل والمتهم للأمر رقم: 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة.

.....(الفصل الثاني : حلافة الإثبات بإبناح العمل الزوجي وأثر تخلفه عنه

أخذت بعض الدول العربية في تشريعاتها للأحوال الشخصية باسئراط الإشهاد في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق. ومن هذه التشريعات مدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية المصري، إذ نصت المادة 79 من مدونة الأسرة على أنه (يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصيين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب).⁽¹⁾

ومن خلال نص هذه المادة يستوجب على من عزم طلاق زوجته أن يشهد على ذلك لدى شاهدي عدل أعدتهم المحكمة لمثل هذه المهمة. مما يدل على أن الإشهاد لا يكون عفويا بحيث من حضر المجلس الذي أوقع فيه الزوج الطلاق أعتبر شاهدا عليه بشرط أن تتوفر فيه شروط الإشهاد، وإنما هو إشهاد من نوع آخر، حافظ فيه المشرع المغربي على الجوهر المتمثل، في أن يكون أمام رجلين يتوفر فيهما شرط العدالة مما يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء بشأن شروط الشهود، وخالفهم في النص على أن يكون ذلك حصرا على شهود معينين أعدتهم المحكمة واختصتهم بمهمة الإشهاد على الطلاق.

ونص المشرع على إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق في المواد 138 - 139 - 140 - 141 من مدونة الأسرة.

ونص المشرع المصري في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية على أنه (لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار، إلا بالإشهاد والتوثيق وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فورا، أو قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه).⁽²⁾

ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع المصري نفى كل طرق الإثبات الأخرى من الإقرار والبينة... التي كانت سائدة في القانون. وقصرها على الإشهاد الذي يكون موثقا بحضور موثق

(1) - القانون رقم 03-07 الصادر في: 12 ذي الحجة 1424 هـ، الموافق ل: 03 فيفري 2004م، المتصل المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

(2) - القانون رقم: 01 لسنة 2000/المعدل والمتم القانون رقم: 100 لسنة 1985، المتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين.

يتولى تبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، وهذا الإشهاد قد يزامن وقت إيقاع الطلاق، وقد يقع الطلاق قبله ويكون الإشهاد مجرد إجراء توثيقي له.

فوجوب الإشهاد على الطلاق جعل كإجراء شكلي من أجل إثباته. وهو يعتبر كقيد على الزوج عند إيقاعه للطلاق، ولكن هذا القيد لا يظهر تأثيره على الزوج إذا ما أراد طلاق زوجته وقتما تشاء، وإنما يظهر تأثيره عند إثبات الطلاق بحيث لا يمكن إثباته قانوناً إلا بواسطة هذا الإشهاد، ولعل وجه الاتفاق بين ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 49 منه. وما نص عليه المشرع المصري يظهر في حصر طرق الإثبات في طريقة واحدة، وعدم الاعتداد بطرق الإثبات الأخرى.

غير أن وجه الاختلاف بينهما ينجلي في أن المشرع المصري بنصه على الإشهاد لم يضبطه بزمن محدد إذ قد يلجأ الزوج إليه قبل إيقاع الطلاق، أو قد يتزامن مع إيقاع الطلاق مما يجعل فيه إمكانية للتأثير على الزوجين بمنع إيقاعه عن طريق ما يقوم به الشهود من تبصير، وتحسيس للزوجين بمخاطر الطلاق وآثاره عليهما بصفة خاصة، وعلى أبنائهما وعلى المجتمع بصفة عامة.

وبذلك يكون المشرع المصري ومن خلال اشتراطه للإشهاد قد وافق رأي الشيعة الإمامية وهذا الرأي تبناه أيضاً الأزهر واشترط لإيقاع الطلاق الإشهاد من خلال فتوى أصدرها الشيخ علي أبو الحسن، رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشريف في مصر، بأنه لا طلاق إلا بالإشهاد عليه.

وأوضح أنها فتوى علي بن أبي طالب رضي الله عنه. والصحابة، ومعمول بها في المذهب الشيعي وأشارت الفتوى إلى انتشار ظاهرة الطلاق بصورة غير عادية بحيث أصبحت تهدد كيان الأسرة المسلمة، ونصت الفتوى على أنه لا بد أن يجتهد علماء أهل السنة وأن يأخذوا من مذهب الزيدية أحد المذاهب الشيعية المعتمدة - خاصة أن هناك من الأدلة المعتمدة ما يؤكد ما ذهب إليه هذا المذهب. وهو أنه لا طلاق إلا بالإشهاد عليه بدليل قول الله تعالى: " وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ"⁽¹⁾ والمقصود بالإشهاد من الآية الإشهاد على الطلاق كما جاء في التفاسير المعتمدة. ويؤكد ذلك ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنه وغيره من الصحابة الذين قالوا بأنه لا طلاق، ولا عتاق، ولا نكاح إلا بشاهدي عدل.⁽²⁾

(1) - سورة الطلاق، الآية 02.

(2) - السيد سابق، المرجع السابق، ج 02 ص 167.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإيثار بالإنفاق والعمل والزوج والتملكه منه

وقال الشيخ جمال قطب أمين عام للجنة العليا للدعوى في الأزهر: أن الإشهاد على الطلاق شرط مفقود خاصة في هذا الزمان، فقد أصبح الطلاق ظاهرة خطيرة تهدد كيان الأسرة المسلمة ومرضا مستشرى ينخر في جسد الأمة حيث تشتد الأسر ويضيع الأطفال.

وأوضح الشيخ فتواه بقوله:إننا عندما نفتي أو نجتهد لا بد من وضع عدة أمور في حسابنا أهمها أن المقاصد الشرعية الإسلامية هي تحقيق مصلحة العباد ودفع الفساد عنهم وقضاء المصالح فهل المصلحة أن تشتد الأسر ويهدم بناها بفعل الطلاق المتسرع.

وبذلك قال الشيخ يوسف البدرى عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في القاهرة حيث ذهب إلى أن الإشهاد على الطلاق خاصة في هذا العصر واجب (... ليس من المعقول أن يشدد الإسلام في شروط العقد، ويصفه بالميثاق الغليظ وتكون له شروط خمسة: انعقاد، وصحة، ولزوم، ونفاذ وشروط قانونية، ثم ينقض بكلمة. هذا غير صحيح. فالإشهاد شرط أصبح مفقودا، ولا بد أن نعلم أن الإبلاغ والإخبار ليس إشهادا...⁽¹⁾.

وفي الأخير يمكن القول أن اشتراط بعض التشريعات القانونية للإشهاد على الطلاق لا يخل من فوائد كثيرة تمت الإشارة إليها ، ولكن هذا الإشهاد يشترط أن توضع له أرضية خصبة حتى ينتج مثل هذه الفوائد من إرشاد لأرباب الأسر. وتوعيتهم بمختلف الوسائل الإعلام بحقيقة هذا الإشهاد والفائدة منه. حتى يكونوا على دراية مسبقة به وحتى يكون رأي ولي الأمر نافذا فيهم. وذلك لما يترتب على اشتراطه دون مراعاة هذا الجانب من آثار.

فإذا ما طلق الزوج زوجته دون أن يشهد على ذلك ثم انقضت عدتها ودون أن ترفع أمرها إلى القضاء، ثم لم يراجعها فإنها في نظر الدين أصبحت أجنبية عنه وأمام القانون هي زوجته، وحينئذ لو أرادت أن تتزوج غيره حل لها شرعا، وحرم عليها قانونا، ولو توفي لا ترثه شرعا، واستحقت الميراث قانونا، ولو حملت فالولد منسوب إليه قانونا، في حين برئ منه شرعا ثم إن الزوج في هذه الحالة يمكنه أن يجعلها معلقة لا هي زوجة شرعا، ولا هي مطلقة قانونا.

(1) - www.annabaa.org / نشر بتاريخ 18 أوت 2005 ،

.....(التصل الثاني : علاقة الإيثار بإثبات انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه

المبحث الثاني: دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج، وأثر تخلفه عنه.

العلاقة الزوجية سكن مبارك، ودعامة اجتماعية يفترض فيها أن تكون ثابتة للمحافظة على روابط الأسرة، وتمتين أركان المجتمع، ومن ثم يفترض فيها الدوام مدى حياة الزوجين، وعدم الفرقة إلا بوفاة أحدهما.

ولكن قد توجد أحوال تؤدي إلى انحلال العلاقة الزوجية قبل الوفاة إما عن طريق فك لهذه العلاقة بواسطة الطلاق، وأما لأسباب اضطرارية كوجود عيوب في أحد الزوجين، أو تفاقم الشقاق والتراع بينهما مما يحول دون استمرار العلاقة بينهما.

وعلى كلٍ فهذه الأسباب جميعا مقيدة شرعا بقيود دقيقة يجب استيفاؤها حتى يضيق نطاق الانحلال وبالتالي القضاء على الكثير من المشكلات الاجتماعية الناتجة عنه كالتشرد والانحراف، والفقر والجريمة....

ومن هذه القيود التي رجح العمل بها الفقهاء المعاصرين الإشهاد على الانحلال. ولمعرفة دور الإشهاد في إثبات الانحلال، والأثر المترتب عن غيابه يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول يخصص لدراسة دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج، ويخصص المطلب الثاني لذكر الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في انحلال الزواج.

المطلب الأول: دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج: وذلك من خلال دراسته في الفقه الإسلامي ونصوص القانون.

الفرع الأول: دور الإشهاد في إثبات الانحلال في الفقه الإسلامي:

البند الأول: دوره في إثبات الانحلال بإرادة الزوج:

شهادة الشهود حجة متعددة، فالثابت بها ثابت على الكافة ولا يثبت على المدعى عليه وحده وسبب ذلك أن البيئة تعتبر حجة بالقضاء، وللقاضي ولاية عامة فتعدى إلى الكل وذلك على خلاف الإقرار الذي لا يفتقر إلى القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه. ونصاب شهادة الشهود لإثبات حل الرابطة الزوجية بالطلاق يختلف تبعا لاختلاف المذاهب في

.....الفصل الثاني : علاقة الإبراء بإبناح (تحليل الزواج) وأثره عند

مدى إجازة شهادة المرأة في ذلك من عدم جواز شهادتها إذ ذهب فقهاء المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ وفي رواية للحنابلة⁽³⁾ الى اشتراط الذكورة في شهود الزواج، والطلاق، والرجعة واستدلوا على ذلك بعدة أدلة: بينما ذهب الحنفية⁽⁴⁾ وفي رواية للحنابلة إلى جواز شهادة المرأة في مثل هذه الأمور، قياساً على جواز شهادتها في الأموال، ولعدم وجود مخصص يستثني شهادتها على ذلك.⁽⁵⁾ وتبعاً لاختلافهم في مدى إجازة شهادة المرأة في الطلاق اختلفوا في عدد الشهود الذين تصح بهم الشهادة، فهل تكون بشهادة رجلين، أو رجل و امرأتين أو أربع نسوة. وقول الجمهور أنه يصح الطلاق، ويلزم من غير إشهاد عليه، وإنما يندب إليه لما فيه احتياط. لا ثباته عند الإنكار، وأخذاً بقول الشيعة والظاهرية بوجوبه لما فيه من فوائد، ومنها الإثبات/ يترتب على ذلك ما يأتي:

- إذا سمع رجلان عدلان رجلاً يطلق امرأته لزمهما أن يشهدا بذلك عند الحاكم أو القاضي، وإن لم يشهدهما المطلق، وسواء ادعت المرأة ذلك أو لم تدعه، لأن بقاء الزوجة مع زوج لا يحل لها معاشرته شرعاً يعتبر من حقوق الله عز وجل التي يحرم السكوت عنها.⁽⁶⁾

- ولا تجوز شهادة السماع في الطلاق عند الحنفية بينما ذهب فقهاء المالكية إلى إجازة شهادة السماع والشهادة على الشهادة هذه الأخيرة قال الإمام مالك في شأنها: (الشهادة على الشهادة جائزة في الحدود والطلاق...)⁽⁷⁾ إلا أن هذه الإجازة عند المالكية مقيدة بأن تكون بعد سؤال صاحب الحق، ويطلب شهادتهما، وأما أن يسمع رجل رجلاً يقول: أشهدني فلان بكذا فلا يجوز له أن يشهد على شهادته حتى يشهده على ذلك.

- إذا اختلف الشاهدان على الطلاق بالزمان والمكان لم يمنع ذلك من قبول الشهادة، لأن القول يتكرر ويعاد فيكون الحكم في الثاني أنه إعادة للأول لا استئناف، وكذا الحال إذا اختلفا في عدد التطليقات عند المالكية. فإذا شهد شاهد بتطبيقه، والآخر بتطليقتين، أو شاهد بتطليقة والآخر

⁽¹⁾ - مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة، المصدر السابق، ج 13 ص 10 - 11.

⁽²⁾ - الرملي شمس الدين، المصدر السابق، ج 6 ص 217.

⁽³⁾ - البهوتي منصور، المصدر السابق، ج 3 ص 542.

⁽⁴⁾ - السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج 05 ص 32.

⁽⁵⁾ - أدلة كل رأي تم التعرض لها وبالتفصيل في الفصل التمهيدي، من خلال عنصر شروط الشهود.

⁽⁶⁾ - ابن فرحون، المصدر السابق ج 01 ص 246-247.

⁽⁷⁾ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، المصدر السابق، ج 02 ص 136.

.....(الفصل الثاني : حلافة الإبراء بإبناح العمل الزوج وأثر خلفه عنه

بثلاث فإنها تقبل على الحد الأدنى أي الأقل، لأن المعتبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ، بينما ذهب أبو حنيفة إلى رفض مثل هذه الشهادة نظرا للتعارض فيها.⁽¹⁾

- وإن أقر الزوج بطلاق متقدم على إقراره سواء كان بائنا أم رجعيا، وسواء كان في سفر أو حضر، ولا بيّنة له، ابتدأت المطلقة العدة من وقت إقراره فيصدق في الطلاق لا من وقت سابق ولو صدقته المرأة، لأنهما متهمان على إسقاط العدة، وهي حق لله لا يمكن إسقاطه بأي حال من الأحوال،⁽²⁾ ولو أشهد الزوج على طلاق، وكتب الشهود شهادتهم إلى أن مات، ثم شهدوا بذلك بعد موته، لم تقبل شهادتهم إذا كانوا حضورا مع الزوجين فإن كان تأخير شهادتهم لعذر كغيبتهم قبلت.⁽³⁾

- وإذا ادّعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر هو، فقد اختلف الفقهاء في الحكم على هذه الدعوى إذا لم تكمل نصاب الشهادة فذهب الحنفية إلى القول أنه إذا أشهد شاهد واحد على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يدي عدل حتى تأتي بشاهد آخر لم يفعل ذلك ودفعها إلى زوجها حتى تأتي ببقية شهودها لأن قيام النكاح والحل بينهما معلوم وبشهادة الواحد ولم يثبت سبب الحرمة لأنها شطر العلة، وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم فيتمسك القاضي بما كان معلوما له حتى يثبت عنده العارض، فإن كان الطلاق ثلاثا أو بائنا وادّعت أن بقية شهودها في المصر، وشاهدتها هذا عدل حال بينها وبين الزوج وأجلها ثلاثة أيام حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز بينه وبينها لأن الحجة لم تتم ولكنه استحسان فقال للشهادة طرفان العدد والعدالة. ولو وجد تمام العدد تثبت به، للحيلولة قبل ظهور العدالة بأن شهد رجلان مستوران فكذلك إذا وجدت العدالة. وهذا لأن الذي يسبق إلى توهم كل أحد أن العدل صادق في شهادته، وباب الفرج مبني على الاحتياط وليس في هذه الحيلولة كثير ضرر على الزوج ولكن مع هذا لا تكون هذه الحيلولة واجبة على القاضي بل إن فعل فحسن وإن لم يفعل⁽⁴⁾

(1) - السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج 06 ص 148.

(2) - ابن عبد البر. الكافي في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية بيروت، دت، ص 272.

(3) - الشافعية محمد البشير، المرجع السابق، ج 04، ص 76.

(4) - السرخسي، المصدر نفسه، ج 6 ص 145.

.....(الفصل الثاني) : حلقة الزواج والطلاق والزواج والطلاق

ودفعها إلى الزوج فلا بأس لأن حجة القضاء به لم تتم ألا ترى أنه لو قضى بشهادة الواحد لم ينفذ قضاؤه. (1)

وذهب المالكية إلى أنها إن أتت بشاهدين عدلين نفذ الطلاق، وإن أتت بشاهد واحد على دعواها يترتب على ذلك أن تعزل الزوجة عن زوجها ويحال بينهما. ويطلب القاضي منها إقامة شاهد ثان، ومن الزوج دفع دعواها. فإن عجز الزوج عن الدفع، والزوجة عن المجيء بشاهد ثان وجهت اليمين إلى الزوج فإذا حلف برئ وبطلت شهادة الشاهد، وسقطت الدعوى وبقيت الزوجة حلا لزوجها، أما إن نكل الزوج ولم يحلف حبس حتى يقر أو يحلف والذي عليه العمل عند فقهاء المذهب المالكي أنه يسجن سنة واحدة، (2) وذلك استنادا إلى ما روي عن النبي (ص) أن المرأة إذا ادعت طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد وإن نكل فنكوله بمثلة الشاهد الآخر وجاز طلاقه. (3) ولكن إذا مكث سنة، ولم يحلف أخرج من السجن ودُيِّنَ أي وُكِّلَ إلى دينه فيقال له إنها لا تحل لك ديانة ولو لم يفرق بينكما القضاء وتركت له زوجته، ويقال لها لا يجوز لك أن تتزيني له ولا أن تمكيني من نفسك إلا مكرهة ولتسعي للفداء منه بما ملكت وتؤمر بالتخلص منه وجوبا بما يمكنها من فداء أو هروب، وذلك إذا كان الطلاق الذي سمعته منه وأقامت عليه شاهدا واحدا لم تستطع إكمال نصاب البيعة للإثبات بائنا، ومن باب أولى إذا كان الطلاق ثلاثا وليس لها شاهد عليه تقيمه عند الحاكم أو جماعة المسلمين ليفرقوا بينه وبينها، فلا تتزين له، ولا تمكنه من نفسها إلا مكرهة من خوف مؤلم من ضرب، أو سجن، أو أخذ مال أو قتل فحكمها معه كالغاصب والعادي. (4)

(1) -السرخسي ، المصدر السابق، ج06، ص145.

(2) -ابن جزري ،المصدر السابق، ص236.

(3) -ابن قيم الجوزية .أعلام الموقعين، المصدر السابق، ج04، ص352.

(4) - الدسوقي، المصدر السابق، ج 3 ص 310.

.....الفصل الثاني : علاقة الإيثار بإثبات انحلال الزواج وأثر خلفه عنه

وفي ذلك قال سحنون: ⁽¹⁾ (لا يخل لها قتله ولا قتل نفسها وأكثر ما عليها الامتناع ولا يأتيها إلا مكرهة وهذا هو الصواب. ولا سبيل لها إلى القتل لأنه قبل الوطاء لم يستحق القتل بوجه. وبعده صار حداً، والحدا ليس لها إقامته. ⁽²⁾ ولكن إن مكنته من نفسها طائعة أئمت، ولا حد عليها للشبهة باحتمال أنه صادق.

وذهب الحنابلة إلى أن المرأة إذا ادّعت أن زوجها طلقها فالقول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، إلا أن يكون لها بما ادعته بينة. ولا يقبل فيه إلا عدلان، لأن الطلاق ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحودود و القصاص، فان لم توجد بينة يستحلف الرجل على الصحيح. ⁽³⁾ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اليمين على من أنكر." ⁽⁴⁾

البند الثاني: دوره في إثبات انحلال الزواج بغير إرادة الزوج:

انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج يكون بعدة طرق، من خلال التفريق القضائي - التطلق - الذي يتم بواسطة القاضي بعد أن ترفع له الزوجة أمرها لسبب من الأسباب التي يتعذر معها الاستمرار في العلاقة الزوجية أو بواسطة الخلع الذي به تفتدي الزوجة نفسها من زوجها نتيجة استحالة مواصلة الحياة الزوجية.

وإثبات مدى عدم إمكانية الاستمرار في العلاقة الزوجية يكون بعدة طرق يأتي على رأسها الإشهاد، فإن كان الأصل في الأسرة المودة والرحمة والانسجام والسكينة باعتبار أن كل واحد من الزوجين يعتبر سكناً للآخر. فإذا ما تعكر صفوها وأضر أحد الزوجين بالآخر ضرراً بالغاً، ولم يقر بذلك أمكن للطرف المتضرر إثبات ذلك بشهادة الشهود.

(1) - هو محمد بن عبد السلام بن سعيد التنوفي صاحب الدرجة العالية في الفقه والتأليف العظيمة في الفنون الأخرى كالحديث والتاريخ وغيرها. وهو أحد "المحمودون" الأربعة (محمد بن عبدوس، محمد بن عبد الحكم، ومحمد بن المواز) وكانوا في عصر واحد وقيل لم يجمع لمذهب مالك مثلهم في عصر توفي رحمه الله سنة 256هـ. الحجوي محمد بن الحسن، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، المكتبة العلمية. المدينة المنورة، 1976 ج 02 ص 99.

(2) - الخطاب، المصدر السابق، ج 3 ص 534.

(3) - ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 08 ص 440.

(4) - سبق تخريجه ص 9.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بإثبات انحلال الزواج وأثر نخله عنه

ولقد سبق بيان دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج بارادة الزوج في أحكام الفقه الإسلامي، وبعض أنصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية، ومدى تطبيق ذلك في الاجتهادات القضائية.

ودور الإشهاد في إثبات الأضرار التي تؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج لا تقل عن ذلك أهمية في أحكام الفقه الإسلامي، ونصوص القانون وتجسيد ذلك في الاجتهادات القضائية للفصل في منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بذلك ، لقد ذهب الفقهاء إلى اعتبار الشهادة لإثبات الضرر عند مطالبة المرأة بالتفريق بينها وبين زوجها، فإذا ما ادعت المرأة عند القاضي أن زوجها لا ينفق عليها، فإن القاضي في هذه الحالة ملزم باستحضار الزوج والتأكد من حاله ما إذا كان معسرا في الإنفاق أو غير معسر عن طريق سؤال الزوج وإثبات هذا الأخير لقدرته المالية وفي ذلك يقول الخرشي: (إن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها ورفعت أمرها إلى الحاكم وسكت، وأثبتت الزوجية ولو بالشهرة... فإن الحاكم يأمر زوجها إذا لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة بالطلاق)⁽¹⁾. هذا في حالة حضور الزوج فإنه يكلف بإثبات عسره أو عدمه بالبينة والتمثلة في غالب الأحيان في شهادة الشهود.

فإذا كان غائبا فلا بد أن تثبت الزوجية، وأنه دخل بها، وتثبت الغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه... فلا بد أن تشهد لها البينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة ولا كسوة ولا بعث إليها بشيء وصل إليها في علمهم إلى هذا الجبن ثم يحلفها عما شهدت لها البينة، وحينئذ إن دعت الطلاق طلقها أو أباح لها التطليق.⁽²⁾

وذهب الرملي من الشافعية إلى مثل ذلك في إثبات إعسار الزوج في قوله بعد أن ذكر النفقة على الزوجة وأحكامها وذكر مسألة الإعسار في النفقة بأن ذلك (يثبت بإقراره أو ببينة على ذلك).⁽³⁾

وكذلك يعتمد على اشهاد الشهود لإثبات العيوب التي تحول دون إتمام الزواج لا سيما إذا كانت هذه العيوب جنسية لا يكتشفها أحد الزوجين بالآخر إلا بعد البناء. فإذا ما ادعى أحدهما

(1) - الخرشي، المصدر السابق، ج 04 ص 196.

(2) - الخطاب أبو عبد الله، المصدر السابق، ج 04 ص 195 - 196.

(3) - الرملي. المصدر السابق ج 07 ص 212.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإيهاو بإبناح (عملال) الزواج) وأثر خلفه عنه

وجود عيب بالآخر وأنكر المدعى عليه فلقد اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإباضية إن كان العيب ظاهراً، ويمكن رؤيته أنه يثبت بالإقرار أو الشهادة لإمكان الاطلاع عليه، أما العيب الخفي الذي لا يطلع عليه فلقد اختلف الفقهاء في مدى جواز الشهادة عليه، وفي عدد الشهود وفي كيفية ذلك.⁽¹⁾ فذهب الحنفية الى القول أنه اذا اختلف الزوج و الزوجة في الوصول إليه و كانت المرأة بكرًا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه، وإن قلن ثيب يحلف الزوج⁽²⁾

وذهب المالكية في الشهادة على العيب الخفي فقال ابن القاسم وابن حبيب⁽³⁾ تصدق في ذلك ولا ينظرها النساء، وقال سحنون ينظر إليها النساء في عيب الفرج، ويجس منكر الجب على الثوب ونحوه لأن الجس أخف من النظر إذا تحقق به المقصود، ولا ينظره الشهود.

وذهب الشافعية إلى إطلاق القول في إثبات وجود العيوب إلى أن العيب إذا كان مما يمكن إثباته بالبينة عمل بما. وإلا حلف المدعي عليه.⁽⁴⁾

وذهب الحنابلة⁽⁵⁾ والإباضية⁽⁶⁾ إلى أن الرد بالعيب يوجب امتحانها بالنساء، إلا أنهم يكتفون بشهادة امرأة واحدة عدلة، لأنه محل حاجة، والأحوط اثنتان، فإن شهدت هذه المرأة بما قاله الزوج من العيب في امرأته، فالقول قول الزوج بما تأيد بشهادة المرأة، وإلا فالقول قول المرأة في عدم العيب لأن الأصل السلامة. هذا إذا لم يحدث بين الزوجين نزاع في وقت حدوث العيب، ولكن عند حدوث النزاع فيه فلا خيار للزوج إذا ادّعت المرأة حدوث العيب بعد العقد.

(1) - فؤاد جاد الكرم وعبد الصبور خلف، حق الزوجين في التفريق بالعيوب، مكتبة مدبولي. القاهرة . 1988 ، ص 143

144 -

(2) - ابن الهمام ، المصدر السابق ، ج 04، ص 300-301 .

(3) - هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان القرطبي، كان ذا علم واسع، رُتب في طبقة المفتين بقرطبة وانفرد بالرئاسة العلمية بعد يحيى بن يحيى، وهو مؤلف كتاب الواضحة، أحد الكتب الجامعة في المذهب غير أنه مضعف الحديث،

توفي سنة 238هـ-853م. الحجوي، المصدر السابق، ج 02، ص 97 - 98.

(4) - الشريبي، المصدر السابق ، ج 03 ، ص 203.

(5) - ابن قدامة موفق الدين، المصدر السابق، ج 07، ص 581.

(6) - أطفيش أحمد، المصدر السابق، ج 06، ص 399.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإرتباط بالإنجاب والعمل في الزواج وأثر خلفه عنه

واختلاف الفقهاء حول جواز النظر إلى فرج المرأة مرجعه حرمة النظر إلى الفرج باعتباره عورة لا يجوز النظر إليها، غير أنه جرى العمل على جوازه إذا كان فيه مصلحة، ودفع مضرة، وهو أمر جائز في الشريعة الإسلامية عملاً بالقاعدة الشرعية الضرورية تبيح المحضورات، ولكن تقدر الضرورة بقدرها واختلف الفقهاء أيضاً في مدى إثبات الضرر الموجب للتفريق بسبب الشقاق بين الزوجين، فالحنفية لا يمكنون الزوجة من ذلك فلا يتعدى الأمر إذا ما ثبت إضراره بها تعزيره لدى الحاكم بما يكون مناسباً دون أن يصل إلى حد التفريق بينهما.⁽¹⁾

وذهب المالكية إلى أنه إذا ثبت تعدي الزوج على الزوجة بإقراره أو بشهادة الشهود — البينة — بغير موجب شرعي زجره الحاكم بالوعظ والتهديد. فإن لم يترجم ضرب إن ظن إفادته، هذا في حالة ما إذا اختارت البقاء معه... فلها التطبيق للتعدي.⁽²⁾

إذن فالمالكية خيروا المرأة المضار بها بالضرب، أو الشتم أو السب واللعن بين طلب التطبيق، وبين الاكتفاء بتعزيره إذا ما ثبت الضرر بإقراره — وهذا قلما يحدث — أو بشهادة الشهود بكل أنواعها وفي شأن ذلك يقول التسولي: (إن إضرار أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين:

أ- إما شهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه، مجاورتهم للزوجين أو لقرباتهم ونحو ذلك.

ب- وإما السماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران، من الناس والخدم وغيرهم).⁽³⁾

وذهب فقهاء الشافعية إلى القول... فإن أساء خلقه وأذاها بضرب وغيره بلا سب ناه عن ذلك، ولا يعزره، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق لتعديه عليها.⁽⁴⁾

ففقهاء الشافعية أوضحوا أن الخلاف والشقاق قد يحدث في أي أسرة ولذلك فَحَلَ القاضي فصله في الشقاق يكون بالموعظة أولاً، ولكن إذا تكرر ذلك من الزوج وتفاقم، وطلبت الزوجة تعزيره فإنه ينظر إلى درجة هذا الإضرار، ويعزره على أساسه، وإن وصل بتعزيره إلى درجة التفريق بينهما، فإن ذلك يرجع إلى مدى خطورة هذا الإضرار الملقى على الزوجة طالما كان هذا الإضرار ثابتاً بالبينة أو بإقراره.

(1) - السرخسي شمس الدين، المصدر السابق، ج 05، ص 219.

(2) - الخرشبي، أبو عبد الله، المصدر السابق، ج 04، ص 195-196.

(3) - التسولي أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، بيروت. د ت، ج 1، ص 302.

(4) - الشريبي، محمد الخطيب، المصدر السابق، ج 03، ص 260.

.....(الفصل الثاني: حلالة الإناث بإبناح (إغلاص) الزوج ولا ترث خلفه عنه

ولقد سبق الحديث عن تعريف اللعان بأنه المبالغة بين الزوجين بكلمات حجة للمضطر في إزالة حد، أو نفي ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم. ولكن هذه الكلمات المخصوصة المتبادلة بين الزوجين في هذا المقام من أجل إثبات وقوع جريمة الزنا، أو جريمة نفي النسب ما هي طبيعتها الشرعية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات هل هي يمين أم شهادة؟.

ذهب الحنفليين إلى أن اللعان شهادة، وهذا ثابت من ترديد الشهادة في آية اللعان والحكم في ترديدها هو قيامها في الأعداد مقام الشهود في الزنا واحتجوا على أن اللعان شهادة وليست يمين⁽¹⁾ لما يأتي:

أولاً: إن موجب اللعان بين الزوج والزوجة هو القذف في الابتداء كما هو الحال فيما إذا قذف امرأة أجنبية عنه، إذ ورد القذف عاماً في قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً..."⁽²⁾. فالآية نزلت في القاذفين بوجه عام.

وقد روي عن ابن مسعود أنه قال: كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله، أرايتم الرجل يجد مع امرأته رجلاً إن قتله قتلتموه، وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ، ثم قال الرجل: اللهم افتح⁽³⁾ فتزل قول الله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ..."⁽⁴⁾. بمعنى أن شهادة أحدهم التي تزيل عنه حق القذف أربع شهادات، كما أن لفظ "فشهادة"، "أن يشهد"... يدل على أن اللعان شهادة.

ثانياً: إن الثابت من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: "من النساء من ليس بينهن وبين أزواجهن ملاعنة: اليهودية والنصرانية تحت المسلم والحرة تحت المملوك، والمملوكة تحت الحر"⁽⁵⁾ واللعان بين الزوجات قائم مقام الحد في الأجنبية، فلا يجب اللعان على من يجب عليه الحد لو قذفها أجنبي، ولأن اللعان شهادة فلا يقبل ممن لا شهادة له كالكافر.

(1) - ابن الهمام كمال، المصدر السابق، ج 04، ص 278 - 279..

(2) - سورة النور، الآية 04.

(3) - ابن عبد البر، الاستذكار المصدر السابق، ج 17، ص 209.

(4) - سورة النور، الآية 06.

(5) - عبد الرزاق بن الهمام، المصدر السابق، كتاب: الطلاق، باب: المسلم يقذف امرأته النصرانية، رقم: 12508، ج 07، ص

.....الفصل الثاني : علاقة الزنا بالزناج والزوج والزوج والزوج

ثالثا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء ائت بأربعة شهود يشهدون على صدق مقاتك وإلا تجلد على ظهرك فقال الصحابة: الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين.⁽¹⁾ فثبت من هذا أن موجب القذف في الزوجة الحد ثم نسخ ذلك بآية اللعان، فإذا نظرنا في آية اللعان وجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن يكون شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حق الرجل، ومقام حد الزنا في حق المرأة لأن الله تعالى قال:⁽²⁾

وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شَهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ

فآلية تدل على أن الله تعالى استثني الأزواج من الشهداء. والأصل في الاستثناء أن يكون من جنس المستثنى منه، ولا شهداء إلا بشهادة، ولا شهادة في اللعان إلا كلمات اللعان. فدل ذلك على أن اللعان شهادات تؤكد بالأيمان نفيًا للتهمة.

رابعا: إن الحدود زواج يقول الفقهاء، والشهادة في اللعان تقوم مقام الحد في القذف، والاستشهاد بالله من الزوج الملائع كاذبا، مقرونا باللعن على نفسه سبب للهلاك لو كان كاذبا تأكيدا وفي ذلك زجر له عن الإقدام على سبب هذا الكلام - وهو اللعن - فكلمات اللعان تقوم مقام أربعة من الشهداء في حد القذف لأن في كلمات اللعان لفظ الشهادات مؤكدة بالأيمان، مزكاة باللعن، مؤكدة بالظاهر وهو أن الزوج لا يلوث الفراش على نفسه كاذبا، ولهذا فإنه بلعان الزوج يجب حد الزنا على الزوجة، حتى تتمكن هي من إسقاط حد الزنا عنها بلعانها، وهذا في حد ذاته قائم مقام حد القذف في حق الزوج الملائع.

كما أن الزوجة تشهد أربع شهادات مؤكدات بالأيمان مزكاة بالالتزام الغضب مؤيدة بالظاهر، وهو أن المرأة المسلمة تمتنع عن ارتكاب الجرائم، وهي بذلك كأنها أتت بأربعة شهداء ردا⁽³⁾

(1) - سبق تحريجه، ص 12.

(2) - سورة النور، الآية 05.

(3) - الحنفية أحمد نصر، من فرق الزوجية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 266 - 267.

.....الفصل الثاني: حلالة الزنا بابا بفتح الهمزة والزواج والكر تخلف عنه

على شهود الزوج⁽¹⁾ ويؤيد ذلك ما ورد في كتاب الله إذ قال: "وَيَدْرُؤُوا عَنْهَا الْعَذَابَ..."⁽²⁾ أي سقط عنها الحد الواجب بلعان زوجها.

وخالف جمهور الفقهاء الحنفية وقالوا بأن اللعان يمين وليس شهادة وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث هلال بن أمية: "إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لشريك، فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن".⁽³⁾

ولأن الكيفية التي يتم بها اللعان من تكرار الألفاظ مخصوصة، ولعن الملتعن نفسه إن كان ما يشهد به كذبا، ودخول النساء فيه مع أنه ثابت أن لا مدخل لمن في الشهادة على الزنا، وجواز اللعان من الفاسقين وإن لم يكونا من أهل الشهادة بدل على أن اللعان غير الشهادة.⁽⁴⁾ وفائدة الخلاف بين رأي الحنفية والجمهور أن اللعان عند الحنفية يصح ممن تقبل شهادته فقط، ولكن هل يشترط لعان الزوج إذا أقام شهوده بالزنا؟.

تبعا لاختلاف الفقهاء في طبيعة اللعان اختلفوا في ذلك، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن اللعان جعل للزوج إذا لم يكن له شهداء غير نفسه فإذا جاء بشهوده فلا مبرر للعان.

وذهب الجمهور إلى القول بضرورة لعان الزوج إذا كان له شهود أو لم يكن له. وسبب ذلك أن الشهود لا عمل لهم إلا درء الحد، عن الزوج الملائعن أما رفع الفراش ونفي الولد فلا بد من اللعان لذلك، لأن شهادة الشهود تعمل في درء حد القذف عن الزوج وإيجاب حد الزنا على الزوجة.⁽⁵⁾

والترجيح بين الرأيين يظهر من خلال ما إذا أتى الزوج بشهوده على أنها زانية وطالبت هي باللعان لتدراً عن نفسها العذاب فقد أجاز لها الفقهاء الحنفية ذلك.⁽⁶⁾ فيتعين أن يصار إلى اللعان.

(1) - الجندي أحمد نصر، المرجع السابق، ص 267.

(2) - سورة النور: الآية 08

(3) - سبق تخريجه ص 12.

(4) - القاضي عبد الوهاب، المصدر السابق، ج 1، ص 611.

(5) - ابن عبد البر، الاستذكار، المصدر السابق، ج 17، ص 209.

(6) - ابن الهمام كمال الدين، المصدر السابق، ج 04، ص 277.

استدللا بقوله تعالى (1):

وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ
إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ
عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾ .

فإنه عز وجل اكتفى في شأنها بالعذاب الأخروي والمتمثل في غضبه عز وجل عليها إن كان الزوج من الصادقين فيما رماها به من الزنا، وبهذا يترجح رأي الجمهور بأن اللعان يمين وليس شهادة.

وفي حالة الإيلاء الذي هو حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة من صفاته على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا. لقوله عز وجل (2):

لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَابِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا
فإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ
سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ .

ومعنى الفيء في الإيلاء هو الرجوع، والأصل فيه أن يكون بالفعل وهو الجماع في الفرج، وهذا الجماع لمن لا عذر له، لأن المرأة لها حق في الجماع بعقد النكاح، وجماعها لا يكون إلا في الفرج، وهذا الفيء فيه معنى الرجوع عما عزم عليه - عند القدرة - ولا يكون إلا به. وعليه ذهب فقهاء الحنفية إلى أنه لا يعتبر فينا ما يحصل بين الزوجين فيما دون الفرج من تقبيل بشهوة أو لمس... (3)

(1) - سورة النور، الآية 08.

(2) - سورة البقرة، الآية 226 - 227.

(3) - ابن الهمام، المصدر السابق، ج 04، ص 206 - 207.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإيثار بإثبات (الحلف) الزوج والزوجته عنه

إلا أنه في حالة وجود مانع يحول دون رجوع الزوج إلى زوجته كان له أن يفِيء إليها بالقول كقوله قد فنت إلى زوجتي... والمانع من الجماع الذي يخبر الفِيء بالقول يكون في حالة العجز عن الجماع والعجز عن الجماع نوعان:

١- عجز حقيقي: كأن يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً يتعذر معه الجماع، أو تكون المرأة صغيرة لا يجامع مثلها...

٢- وعجز حكمي: كأن يكون الزوج محرماً وقت الإيلاء، أو محبوساً... بيد أنه يشترط لصحة هذا الفِيء القولي شرطين:

- أن يستمر العذر عن القربان من وقت الحلف إلى آخر المدة.

- أن يشهد على الفِيء لإثبات الرجوع إلى زوجته.⁽¹⁾

وفائدة الفِيء القولي أنه يمنع ويبطل وقوع الطلاق إذا تمت مدة الإيلاء من غير جماع، لكنه لا يكون فيئا في حق الحنث لبقاء اليمين. لأن اليمين لا تنحل إلا بالحنث الذي يحصل بفعل المحلوف عليه، والقول ليس محلوفاً عليه.

كما أنه تثبت عدم الفيئة بالإشهاد، وإذا علم الشهود أن الزوج آلى من زوجته أكثر من أربع أشهر ولم يطلقها. وجب عليها اطلاع القاضي بذلك ليفرق بينهما لقوله تعالى: "وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ، وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ"⁽²⁾.

كما يعتمد على الإشهاد في الإثبات عند الاختلاف في عوض الخلع سواء أكان ذلك بشهادة عدلين أم بشهادة السماع لو خالفت المرأة زوجها على مال ثم بعد ما أقامت شاهداً على أن زوجها كان يضاررها فيعمل بهذا الشاهد مع يمينها ولو شاهد سماع ويرد المال إليها.⁽³⁾

كما أنه ورد في المدونة (قلت رأيت لو أن رجلاً ادعى أنه خلع امرأته على ألف درهم والمرأة تنكر الخلع فأقام الرجل شاهداً واحداً أنه خلعها على ألف درهم أيخلف مع شاهده ويستحق هذه الألف؟ قال مالك: إن ذلك له).⁽⁴⁾

(1) - الجندي أحمد نصر، المرجع السابق، ص 175.

(2) - سورة البقرة، الآية: 282.

(3) - الدسوقي، المصدر السابق، ج 3، ص 227.

(4) - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، المصدر السابق، ج 05، ص 269.

الفرع الثاني: دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج في القانون:

سبق بيان أن الإشهاد على انحلال الرابطة الزوجية، سواء كان ذلك بالطلاق عن طريق الإرادة المنفردة للزوج، أم كان بغير إرادته عن طريق التفريق القضائي الذي يتم بواسطة القضاء. أم الخلع بدفع فدية مقابل فك الرابطة الزوجية بينهما. ليس ركنا أصيلا في الانحلال بحيث لو فقد بطل الانحلال من أساسه. وإنما هو إجراء شكلي توثيقي الغرض منه تسهيل عملية الإثبات في حالة الجحود والإنكار من الناحية الشرعية. فما هو دور الإشهاد من الناحية القانونية؟.

قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الإشهاد في انحلال الرابطة الزوجية لا باعتباره ركنا أو شرطا لا بد منه عند إرادة الانحلال، ولا باعتباره وسيلة لأغنى عنها في الإثبات. وإنما اكتفى بالنص في المادة 49 منه على أنه (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرر محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.⁽¹⁾ والملاحظ لنص المادة يجد أن المشرع قصر وحدد نطاق إثبات انحلال الرابطة الزوجية بالحكم الصادر عن القاضي. والمقصود من ذلك عدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء ولا بطرق إثباته، وهو بهذا القيد أي الإثبات بواسطة حكم قضائي أراد التطبيق من كثرة وقوع الطلاق.

والقول بالتضييق من وقوع الطلاق أمر مستحسن تقتضيه السياسة الشرعية⁽²⁾ في هذا الزمان الذي كثر فيه التجاهد، وتضاعفت فيه حالات الطلاق وما ينجم عنها من مشاكل اجتماعية كثيرة كالتشرد والانحراف، والفقر، والجريمة... للأبناء من جراء تفكك الأسر. ولكن ذلك التضييق مشروط بطريق لا تهدر فيه أدلة شرع وأحكامه، وهو إن لم ينص على نفي وقوع

(1) - الأمر رقم: 05- 02، المؤرخ: 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم: 84 -

11، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - السياسة الشرعية: هي تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد،

وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي.

- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 15.

.....(الفصل الثاني : حلقة الإبراهيم بابا باي باج (تمويل الزواج) وأثره عنه

الطلاق الذي يقع خارج المحكمة صراحة كما فعل المشرع التونسي بنصه في الفصل 30 من قانون الأحوال الشخصية بنصه (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة).⁽¹⁾

وما في ذلك من مناقضة لصريح القرآن، والسنة، والإجماع الثابت. حيث دلت هذه الأصول على أن الله تعالى أعطى حق الطلاق للزوج مارسه بإرادة وحده، متى رأى ذلك واستدعت الظروف إليه، وأنه يعد واقعا ديانة، وقضاء بمجرد إيقاعه له صحيحا على الوجه المشروع.

فهناك العديد من الآيات والأحاديث التي تظيف الطلاق للزوج لا إلى غيره كقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ".⁽²⁾ وقوله عز وجل:⁽³⁾

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾

والآيات في هذا المقام كثيرة، وهي واضحة الدلالة النبوية الدالة على ذلك أنه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، فقال فصعد الرسول صلى الله عليه وسلم المنبر وقال: "يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق".⁽⁴⁾ وكذلك ما روي عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنهما أن زوجها أرسل إليها بتطبيقه بقيت لها من طلاقها.⁽⁵⁾

وجمهور العلماء مجمعون على أن الطلاق يقع من الزوج، وأن هذا الحق لا يمكن أن يستتر منه إلا إذا وكل غيره لذلك، لأن الله عز وجل جعل العصمة بيد الزوج.

والقول بعدم وقوع الطلاق إلا في المحكمة يؤدي إلى الحجر على الأزواج في أمر جعل لهم من قبل الله عز وجل، وفي نزع هذا الحق منهم مناقضة لأوامره تعالى، ثم إن القول بالمصلحة

(1) - الأمر المؤرخ في: 06 محرم 1376هـ الموافق: 13 أوت 1956م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية التونسي .

(2) - سورة البقرة، الآية: 230.

(3) - سورة البقرة: الآية: 237.

(4) - الألباني ناصر الدين، المصدر السابق، ج 07، ص 108، وذكر بأنه حديث حسن.

(5) - سبق تخريجه، ص 195.

.....الفصل الثاني : علاقة الإيهاب بالنياس (العامل الزواج) وأثر خلفه عنه

الشرعية التي تترتب على ذلك، وأنه من باب السياسة الشرعية التي يجوز فيها لولي الأمر أن يقيد المباح لتحقيق تلك المصلحة، أمر ليس بهذا الإطلاق إذ يشترط في تصرفات ولي الأمر في مجال السياسة الشرعية عدة شروط وهي: أن تحقق هذه السياسة مصلحة الأمة للقاعدة الفقهية التصرف على الرعية منوط بالمصلحة⁽¹⁾.

- أن تتفق مع أصول الشريعة ومقاصدها.

- أن لا تُناقض نصاً أو حكماً تفصيلياً ثابتاً.

ويمنحه حق إيقاع الطلاق للمحكمة يكون قد منح نفسه حق تشريع الأحكام في مقابل الأحكام الشرعية الثابتة من القرآن، والسنة، وهو أمر يؤدي إلى تعطيل نصوص الشريعة وأحكامها بآراء الرجال وأهواءهم⁽²⁾.

وإقدام ولي الأمر على مثل هذا التشريع يوقع الناس في حرج عظيم وفساد أولهم يعترف به حتى يتم عنده، فتصبح المرأة في هذه الحالة صفتان متضادتان الأولى أنها مطلقة من زوجها ديانة فيما بينها وبين الله، لذا فهي تستطيع الزواج بغيره حال انتهاء عدتها منه، أما الصفة الثانية: فهي في الوقت نفسه تعتبر زوجة لمن طلقها، لأن الطلاق غير معتبر قضاءً ولذا لا تستطيع الزواج من غير زوجها. لأنها إن فعلت ذلك كانت معرضة لعقوبة جريمة تعدد الأزواج، وهذا قبح تصان عنه الشرائع، فكيف بنا إذا اتخذناه منهجاً ونسبناه لشريعة الإسلام.

أما إذا أنتهز الزوج بعد طلاقه في علاقة زوجية لا يريد لها. فقط لأن القاضي لم يعترف بطلاقه رغم وقوعه فما حكم الشرع لمثل هذه العلاقة؟

وقانون الأسرة الجزائري بنفيه لكل أكراف الإثبات التي تثبت بها الطلاق وقصرها فقط على حكم الحاكم بموان لم يبلغ حق الزوج في إلقاء الطلاق بإرادته المنفردة إلا أنه يلتقي مع المشرع التونسي في عدم الاعتراف بما يقع خارج المحكمة في حالة الإنكار، ويخالفه في صفة من يوقع الطلاق⁽³⁾.

(1) - الندوي أحمد علي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط الثانية، 1412 هـ - 1991م، ص 86.

(2) - أبو البصل عبد الناصر، مدى سلطة ولي الأمر في تقييد إيقاع الطلاق، مجلة الحكمة، مجلة علمية شرعية تعني بالدراسات الإسلامية، العدد 10، المدينة المنورة ط الثانية 1418 هـ ص 46.

(3) - أبو البصل عبد الناصر، المصدر السابق: ص 51.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإثبات بالطلاق) (الرواج والأثر خلفه عنه

وعدم اعتداد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة⁽¹⁾ بأي طريقة لإثبات وقوع انحلال الرابطة الزوجية إلا بحكم المحكمة أربك سلك القضاء في الأخذ بهذا النص لاسيما في حالات يكون فيها الزوج قد أوقع الطلاق، وانتهت العدة ويظهر ذلك في اجتهادات المحكمة العليا والتي لذكر منها ما يأتي:

- ² من المستقر عليه أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما نقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق.

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي يرفض الدعوى وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون.

من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة أمام القضاء ومتى تبين أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين. وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون⁽²⁾.

وبتحليل هذا القرار أجد أن المحكمة العليا ومن خلال غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قضت في الجزء الأول من هذا القرار برفض الدعوى والحكم بإثبات الطلاق العرفي، وبينت في الجزء الثاني منه أنه مستندا في إثبات الطلاق هو شهادة الشهود الذين سمعوا الزوج يطلق زوجته.

ومن خلال هذا القرار يتبين أن المحكمة العليا، اعترفت بالطلاق العرفي المثبت بشهادة الشهود، وإن لم يكن مثبتا بحكم قضائي، وذلك تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذ جعلتها هي المنطلق في إثبات هذا الطلاق إذ ابتداء القرار في تأسيس قراره في الإثبات على (من المقرر شرعا أنه يثبت...) فأسس قراره على أحكام الشريعة الإسلامية ، والمحكمة العليا في ذلك، وإن لم تلتزم بتطبيق صريح المادة 49 من قانون الأسرة لما رأت ضرورة إثبات هذا الطلاق. استنادا إلى أقوال الشهود وتأسيسا

(1) - - الأمر رقم: 05- 02، المؤرخ : 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 84

- 11، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم: 216850، المؤرخ في: 16 فيفري 1992. الصادرة

سنة 2001، ص 100.

..... الفصل الثاني : علاقة الإبراء بإثبات انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه

على مبادئ الشريعة الإسلامية، فهي بذلك لا تعد قد خرقت النص القانوني، وإنما اعتمدت على الإحالة المنصوص إثباته عليها في المادة 222 قانون الأسرة،⁽¹⁾ وذلك لأن هذا القانون لم يتضمن كيفية إثبات الطلاق العرفي، الذي يكون أوقعه الزوج، وقد يترتب عليه انقضاء مدة العدة. فإن لم تحكم بالطلاق وقضت باستمرار الزواج أدى ذلك إلى وقوع المحذور شرعا وهو استمرار علاقة بين رجل وامرأة فرق بينهما الطلاق.

وتضمن قرار آخر للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث النص على إثبات الطلاق بشهادة الشهود بنصه:

« من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق الرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد جرحاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تحل إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا، وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة الطلاق أثبت أمامهم وكذلك فإن القرار الذي قضى بأنه الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد مخالفاً للشريعة الإسلامية.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المنار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.⁽²⁾

يلاحظ على هذا القرار أنه بعد أن يبين أحقية الزوج بالطلاق واختصاصه به، وأحقية المرأة بالتطليق الذي يرفع إلى القضاء لينظر فيه، أكد أن القضاء بما يخالف ذلك ويناقضه يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

(1) - الأمر رقم : 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة.

(2) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 35026، المؤرخ في 03 ديسمبر 1984 العدد 04، الصادرة سنة، 1989، ص 86.

.....الفصل الثاني: علاقة الإتهام بإثبات إنحلال الزواج وإثر نخلته عنه

ومن ثم فإن إثبات الطلاق بشهادة الشهود، سواء أكانت هذه الشهادة مباشرة بأن كانوا حضروا المجلس الذي تم فيه إيقاع الطلاق، أم كانت شهادة سماع من شهود سمعوا الزوج يقر بالطلاق، أو بواسطة شهادة مستفيضة. بعد التأكد من صحة هذه الشهادة يعد كافيا لتأكيد وقوع هذا الطلاق الذي هو حق الله عز وجل للزوج وخصه به، فلا يمكن التحكم بعدم إثباته بمجرد أنه لم يكن أمام القضاء.

والمحكمة العليا بقرارها هذا تكون قد اعتمدت على أحكام الشريعة الإسلامية فقط ولم تطبق نص المادة 49 قانون الأسرة الذي يلزم الزوج أن يكون إثباته للطلاق عن طريق حكم قضائي،⁽¹⁾ وذلك لما رأت أن تطبيق هذه المادة في هذه الحالة يؤدي إلى التناقض مع أحكام الشريعة.

كما يلاحظ على أن القرار اعتمد في إثباته لواقعة الطلاق على شهادة الشهود، وأنه أجازها كوسيلة لإثبات بمختلف صورها سواء كانت مباشرة أم كانت شهادة سماع وهو بذلك أخذ بما ذهب إليه فقهاء المالكية بإجازة شهادة السماع على الطلاق.⁽²⁾

ـ وجاء في قرار آخر³ أنه متى كان من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينبو عنه؛ وذلك إلا من فوض لهم أمره. كما يتم بتراضي الزوجين على ذلك، ومتى كان من المقرر قانونا، أن كل حكم أو قرار يعد مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق أو الفسخ وقواعد سبب الأحكام.

وإذا كان الثابت أن التراع بين الزوجة وأولياء زوجها، ولم يثبت إدعاءات الزوج ولا من محضر الشهود أن الزوج تلفظ بالطلاق أو صرح به. بل بالعكس مازال يطالب برجوع زوجته إليه.

وأن حكم المحكمة وقرار المجلس بفسخ النكاح لم يجعل تعليلا شرعيا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار.⁽³⁾

(1) - الأمر رقم : 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة .

(2) - عظم أبو القاسم، متطلبات الشهادة على المشهود عليه، تحقيق: محمد الطاهر رزقي، مكتبة الرشيد. الرياض. ط الأولى 1419هـ - 1998م، ص 156.

(3) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 32786، المؤرخ: 14 ماي 1984. العدد 02، الصادرة سنة 1989، ص 66.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإثبات بالانحلال الزوجي والتمتع منه

يوضح هذا القرار كسابقة أن الطلاق من حق الزوج باعتباره صاحب العصمة وتبعاً للأدلة المقدمة لإثبات أن التراجع كان مع الزوجة وأولياء الزوج وأن الزوج لم يوقع الطلاق طبقاً لأقوال الشهود: بأن الزوج لم يتلفظ بالطلاق ولم يصرح به، وكذا طبقاً لإدعاءات الزوج الذي مازال يطالب برجوع زوجته والملاحظ في هذا القرار أن المحكمة العليا أسست نقض للقرار على أحكام الشريعة الإسلامية التي تجعل شهادة الشهود من وسائل إثبات الطلاق. وإن لم تكن تطبق نص القانون القاضي بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي.

والمحكمة العليا لا تأخذ دائماً بشهادة الشهود كوسيلة لإثبات الطلاق بمجرد توفرها وإنما لا بد أن تتوفر فيهم جميع الشروط الشرعية والقانونية للشهادة حتى يعتد بأقوالهم ومن قراراتها في هذا الشأن أنه يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود ولم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته، وذلك أن هذه الشهادة - في قضية الحال - يكتنفها الغموض والنقض في محتواها. (1)

وبالنظر إلى مجموع اجتهادات المحكمة العليا التي تسبق ذكرها يلاحظ أنها خالفت القانون في كثير من الأوقات من أجل إثبات واقعة الطلاق، وجعلت من إسهاد الشهود وسيلة لإثباته دون التقيد بما نص عليه من حضر إثبات الطلاق بوسيلة واحدة وهي الحكم القضائي، وفلك المخالفة جاءت بسبب وقوع الكثير من حالات الطلاق خارج مجلس القضاء وترتب عليها جميع آثاره من انقضاء العدة، وقد يصل الأمر إلى زواج المرأة من رجل آخر بعد انقضاء فترة العدة. مما جعل المحكمة العليا توضع الأمر الواقع، فليس لها من سبيل إلا إثباته بشهادة الشهود استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ونص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ المعتمد في إثبات هو نفسه المعتمد في إثبات باقي أنواع الانحلال للعلاقة الزوجية، أي أنه لا يعتمد في إثبات الضرر عند مطالبته الزوجة

(1) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 38105/المؤرخ في: 04 نوفمبر 1985م، العدد 01،

الصادرة سنة 1989، ص 98.

(2) - الأمر رقم: 84-41 المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة.

.....(الفصل الثاني : علاقة الإيثار بإثبات (تعمد) الزوج وأكثر تخلفه عنه

بالتطليق، وإثبات الخلع عند التنازع في عوضه أو في وقوعه من أساسه إلا حكم القاضي، ولا يعتد بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات.

ولكن الملاحظ للتطبيقات القضائية في هذا المجال - إثبات انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق أو الخلع - يجد أنها نجت المنحى نفسه في إثبات انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، فلم تتكثف بالحكم القضائي وحده في الإثبات، لا سيما وأن المحكمة العليا في هذا المقام مطالبة بإثبات واقعة الضرر من أجل الحكم بالتطليق من عدمه. ومن اجتهاداتها بهذا الشأن ما يأتي:

« متى كان من المقرر شرعا أنه لا ينبغي للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلاها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف برروا قرارهم بالتطليق، على مجرد تصميم الزوجة على التفرقة بينها وبين زوجها، وعلى استحالة الحياة المشتركة فإن هذا التبرير يعد مخطئا ولا يكف على التطليق، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار بمخالفة هذا المبدأ⁽¹⁾.

فهذا القرار إن إيقاع الفرقة بين الزوجين عن طريق التطليق لا يكون إلا بعد إثبات الضرر بالطرق الشرعية هذه الأخيرة التي يأتي على رأسها إسهاد الشهود على مدى إضرار الزوج بزوجه⁽²⁾.

- وجاء في قرار آخر مشابه أنه: « من المقرر شرعا أن تطلق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية لما كان من الثابت - في قضية - أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا

(1) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم: 34767 المؤرخ في: 17 ديسمبر 1984. العدد 01

الصادرة سنة 1990. ص 92.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بإباحة التحلل الزواج وأثر خلفه عنه

دون دليل⁽¹⁾. فهذا القرار اعتبر أن الحكم بالتطليق دون دليل، يثبت ذلك خرق للقواعد الشرعية، والنصوص التي توجب إثبات الضرر قبل الحكم بالتطليق.

- وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا⁽²⁾ أنه من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات معها: فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم. غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة مما استوجب نقض القرار⁽²⁾.

ويلاحظ على هذا القرار أنه يبين بأن فك العصمة الزوجية عن طريق التطليق لا يكون إلا بعد إثبات الضرر. لما نصت عليه مبادئ الشريعة الإسلامية. ويتعلق الأمر هنا بإثبات العجز، وإنما يجب إثبات ذلك حتى يكون ذلك الإثبات مسوغا لطلب التفريق بينهما.

هذا ولشئير أن التعديل الأخير في قانون الأسرة نص على ضرورة إجراء فحوصات طبية قبل إجراء عقد الزواج تحول دون وقوع الزوجين في مثل هذه المنازعات بعد الدخول بنص المادة 07 مكرر قانون الأسرة الجزائري على أنه (يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية. لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض، أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج... ويؤشر بذلك في عقد الزواج)⁽³⁾.

فهذا النص أوجب على المقبلين على عقد الزواج إجراء فحوصات طبية تثبت خلوهما الزوجين من أي أمراض سواء كانت مزمنة، أو جنسية، أو غيرها.

(1) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم: 43864، المؤرخ في: 12 جانفي 1987. العدد 01، الصادرة سنة 1991. ص 46.

(2) - المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم: 33275، المؤرخ في: 14 ماي 1984. العدد 02 الصادرة سنة 1990. ص 75.

(3) - الأمر رقم: 05 - 02، المؤرخ: 18 محرم 1426هـ الموافق: 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيثار بإبناح (عملال) الزواج) وأثر خلفه عنه

وهذا النص لا يتعارض مع ما تضمنته مبادئ الشريعة الإسلامية في الإثبات طالما أدى ذلك إلى تفادي التراع بين الزوجين وإثبات وجود عيوب تحول دون تحقيق المقصد من تشريع الزواج من عدم وجودها.

فمجموع هذه الاجتهادات في التطبيق، وإن لم تنص على الإثبات بشهادة الشهود بعينه إلا أنها تضمنت النص على ضرورة إثبات الضرر بطرق الإثبات الشرعية و التي يأت على رأسها الإشهاد قبل القضاء بالتفريق بين الزوجين .

وبالنظر إلى قوانين الأحوال الشخصية العربية التي أوجبت انحلال الرابطة الزوجية بإشهاد الشهود والتي منها قانون الأحوال الشخصية المصري نجد أن التطبيقات القضائية تنص على ضرورة إثبات الانحلال بواسطة الشهادة وفيما يأتي ذكر بعض الاجتهادات القضائية التي تضمنت القضاء بذلك "...التعدي بالفعل و القول الواقع من جانب الزوج على زوجته على مرأى ومسمع من شاهديها على النحو الثابت بأقوالهما، يتوافر به ركن الضرر المبرر للتطبيق بالنظر إلى كونها زوجة عاملة على قدر من التعليم والثقافة"⁽¹⁾ .

فهذا القرار أثبت الضرر اللاحق بالزوجة الموجب للتطبيق عن طريق شهادة الشهود الذين أكدوا حصول الضرر لاسيما و أن الزوجة تتمتع بمكانة اجتماعية من كونها عاملة و على قدر من التعليم والثقافة مما زاد في ثقل الضرر الواقع عليها الموجب للتفريق بينها وبين زوجها.

ـ وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية أنه^{II} إذا كان الأساس الذي تقوم عليه دعوى التطبيق للضرر هو إضرار الزوج بزوجه و إساءة معاملتها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، فإنه يكفي لاكتمال نصاب الشهادة فيها ، أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه ولا ترى معه الصبر و الإقامة معه بدون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء باعتبار أنها ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع^{III} .⁽²⁾

(1) -محكمة النقض، القرار المؤرخ في: 21 مارس 1981، سنة 32 قضائية أحوال شخصية

(2) -محكمة النقض، القرار المؤرخ في: 16 جوان 1986، سنة 50 قضائية أحوال شخصية

.....الفصل الثاني : علوثة الإثبات إنحللال الزواج وإثر نخله نحه

فهذا القرار وضع كلففة الإثبات بشهادة الشهود للضرر الواقع على الزوجة الموجب للتطلفق هذا الأخير الذي يقصد به كل إبداء من الزوج على زوجته بالقول، أو بالفعل لا فلفق بمثلها ، بحيث تعتبر معاملة الزوج لزوجته فف العرف معاملة شائكة ضارة تشكو منها المرأة ، و لا فففرى الضرر عليها⁽¹⁾. ووضح ذلك بأنه فكون باكمال نصاب الشهادة، مع اتفاق هذه الشهادة على أن مثل هذا الضرر لا فمكن الصبر معه، وتستحل معه الحياة الزوجفة.

ومن قرارات محكمة النقض الفف تضمنت الإثبات بشهادة الشهود هذا القرار الذي جاء فف: من المقرر أنه فكف فكمال نصاب الشهادة فف دعوى التطلفق للضرر أن تففق شهادة الشهود على إبداء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه دون أن فشرط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع الفف تشكل هذا الإبداء باعتبار تلك الوقائع لفست بذاتها مقصود الدعوى ، بل فف تمثل فف مجموعها سلوكا تتضرر منه الزوجة و لا فقره الشرع⁽²⁾.

فهذا القرار فوضح أن مهمة الشهود فف إثبات الضرر لفست استحضار ففمع الوقائع الفف ألحق الزوج ففها ضررا بزوجه، وإنما مهمتهم تقتصر فقط على إثبات وجود إبداء من الزوج على زوجته و. بموجب هذا الإثبات ففم التفرفق ففنها قضائفا.

إما عن الشهود الذين نكبل شهادتهم لإثبات الانحللال فهم على حسب ما جاء فف قرار آخر لمحكمة النقض المصرفة⁽³⁾ أن شهادة سائر القرباب بعضهم لبعض مقبولة باستثناء شهادة الأصل لفرعه ، أو الفرع لأصله، أو أحد الزوجفن لصاحبه⁽³⁾.

فهذا القرار فففن أنه ففوز شهادة القرباب بعضهم لبعض وذلك تطفقا لنص المادة 82 قانون الإثبات و الفف تنص على أنه (لا ففوز رد الشاهد ولو كان قرففا أو صهرا لأحد الخصوم إلا أن فكون ففر قادر على التفففر بسبب هرم أو حداثة أو لأي سبب آخر)⁽⁴⁾.

و القانون المصرف قرفب فف هذا الشأن من المشرع الجزائري بما نص عليه فف شأن الطلاق و انحللال الرابطة الزوجفة فف المادة 64 قانون الإجراءااا المدنية الفف تنص على أنه (لا ففوز سماع شهادة

(1) - مصطفى حسن فتحي، دعاوى الطلاق و الطاعن، منشأة المعارف . الإسكندرفة. دت، ص 61

(2) - محكمة النقض، القرار رقم: 82. المؤرخ فف: 28/01/1997، سنة 63 قضائفة أحوال شخصية.

(3) - محكمة النقض المصرفة، القرار رقم: 78. المؤرخ فف: 28/01/1997، سنة 63 قضائفة أحوال شخصية.

(4) - القانون رقم 25، لسنة 1968، المتضمن قانون الإثبات فف المواد المدنية والتجارية والشخصفة.

.....(الفصل الثاني : عللة الإيثار بإتيان إظهار الزواج وأثر خلفه منه

أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عموم النسب، أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق. ولا يجوز كذلك قبول شهادة أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم و مع ذلك فالأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الأبناء يجوز استدعاؤهم للشهادة في الدعوى الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق...⁽¹⁾.

فكل من المشرع الجزائري و المصري أجازا شهادة الأقارب و الأصهار على حدوث واقعة الطلاق، باستثناء شهادة الأبناء، و قد أحسنا في النص على ذلك لأن الطلاق عادة ما يحدث على مرأى و مسمع الأقارب أو الأصهار. كما أن في النص على استثناء الأبناء من الشهادة على الطلاق فيه مانع أدبي، أخلاقي، و شرعي في شهادة الابن على أبيه، و كذلك لوجود التهمة في الشهادة، و ان كانوا شهدوا واقعة إلحاق الضرر بالزوجة من طرف الزوج، و ذلك محافظة على العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة، إذ حتى لو تم الطلاق بين الزوجين يبقى الأبناء خارج النزاع بينهما .

— وجاء في اجتهاد آخر لمحكمة النقض المصرية في مجال إثبات الضرر لانحلال الرابطة الزوجية بشهادة الشهود أنه ^{لمن} المقرر أن مطالبة الزوجة بالتطليق لزواجه بأخرى، شرطه إثبات تحقيق وقوع الضرر بما لاقتران زوجها بأخرى بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين عدول⁽²⁾. و من هذا القرار يتبين أن مطالبة الزوجة بالتطليق سبب التعدد شرطه إثبات الضرر بشهادة الشهود، ولكن ما هو الضرر المقصود إثباته في حالة التعدد هل هو ضرر مادي يمكن ملاحظته و معاينته من الشهود، أم هو ضرر نفسي معنوي لا يعرف حقيقته إلا الزوجة نفسها؟

و للإجابة عن ذلك يمكن القول أن اعتبار الضرر المعنوي مبررا للتطليق يتعارض مع القرآن، و السنة و خالف الشريعة ^{ككل} لأنه لا يكف. أن تدعي الزوجة ألا ما نفسيا أصابها من الجمع بينها و بين أخرى، و يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين لرفض الزوجة له، و أن الضرر الذي أصابها مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما.

فالقاضي في هذه الحالة لا يحكم مباشرة بالتفريق بينهما، وإنما يجب عليه أن يتعرف على ماهية الضرر، و يمكن له إثباته بالطرق الشرعية إذ لا يكف التأثير النفسي فقط⁽³⁾ فقد عرف المالكية

(1) - الأمر رقم : 66-154، المؤرخ في 08-08-1966، قانون الإجراءات المدنية الجزائرية .

(2) - محكمة النقض، القرار رقم 107 ، المؤرخ في 21-04-1992، سنة 43 قضائية أحوال شخصية، ص 632.

(3) - منصور حسن حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، الاسكندرية ، 2001، ج 1 ، ص 252.

.....(الفصل الثاني : حلقة الإيهام بإباحة التعامل الزوجي وأثر تخلفه عنه

الضرر — مصدر التطلق — بأنه ما لا يجوز شرعا مثل هجر الزوج زوجته بلا موجب شرعي (1) و الزواج بامرأة أخرى جائز شرعا إذا كان متوفرا على أركان الزواج ، ومستوفيا لشروط التعدد من القدرة على النفقة ، والعدل بين الزوجات ، فإذا أثبت الشهود قدرة الزوج على ذلك ، لم يحكم لها القاضي بالتفريق ، وإن أثبت الشهود العكس ، كان له أن يفرق بينهما . فالفاصل في حدود التطلق من عدمه هو إثبات الشهود للضرر .

المطلب الثاني : الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في انحلال الزواج

أباح الإسلام انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، الذي هو حق للرجل يمارسه على الوجه الذي شرعه الله، كما اقتضت حكمة الشريعة و عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها و بين زوجها، و أوجبت للقاضي أن يجيبها لطلبها إذا كان هناك سبب لذلك، و إن لم يكن هناك ضرر من الزواج، كان لها طلب الانحلال عن طريق الإفتاء بواسطة الخلع.

غير أن الإسلام لم يجعل هذه الإباحة مطلقة بحيث يتساهل في أمر الزواج وتنحل لأتفه الأسباب، أو يتعسف أحدهما في إيقاع الفرقة لا لشيء فقط من أجل الإضرار بالآخر، وإنما جعل له ضوابط وقيود تكفل عدم فك الرابطة الزوجية، و من هذه الضوابط الإشهاد على إيقاع الفرقة بين الزوجين، إذ ذهب فقهاء الشيعة، و الظاهرية إلى إيجابه وقت الإنحلال، وذهب جمهور الفقهاء إلى القول باستحباب الإشهاد على انحلال الرابطة الزوجية، فإذا تجرد انحلال الرابطة الزوجية من الإشهاد عليه، فما هو الأثر الذي يمكن أن يترتب عن ذلك ؟

للإجابة عن هذا السؤال و معرفة الأثر المترتب عن خلو الفرقة بين الزوجين من وجود الشهود يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول منهما إمكانية التعسف في إيقاع الفرقة، ويخصص الثاني للحديث عن استفحال ظاهرة الانحلال، و إمكانية إنكاره.

قبل التطرق إلى التفصيل في الأثر الذي يمكن أن يترتب على غياب الإشهاد في الانحلال ينبغي الإشارة إلى أن للإشهاد فوائد كثيرة و مهمة لا ينكرها أحد و التي يأتي على رأسها تسهيل إثبات الفرقة بين الزوجين ، و أن وجود الشاهدين قد يقلل في كثير من الحالات من كثرة الفرقة و

(1) -الحطاب أبو عبد الله، المصدر السابق، ج4، ص108.

.....الفصل الثاني: حلالة الإبراء بابايات (انحلال الزواج) وأثر تخلفه عنه

استفحالها لتدخلهما في الإصلاح، وهذا أمر جيد لا غضاضة فيه، إذ الإشهاد مندوب إليه في أكثر التصرفات الشرعية التي يترتب عليها آثار كالعقود، والإسقاطات وغيرها .

إذن فهو مسألة توثيقية بحسب أصلها، وليست ركنا أصيلا في الطلاق بحيث لو فقدت بطل الطلاق مثلها في ذلك مثل الإشهاد على البيع فالباع دون إشهاد صحيح والمذكور في قوله تعالى: " وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ⁽¹⁾ " يحمل على الندب ⁽²⁾ .

الفرع الأول: إمكانية التعسف في إيقاع الانحلال.

وضع الله عز وجل المقاصد الأساسية وما يتبعها من مصالح وجعل منها الغاية من تشريع الحقوق فليس للمجتهدين في مجال الشريعة سلطة ابتداع المصالح بل عليهم تقصيها، والكشف عنها بواسطة الأدلة المنصوبة في الشرع من الكتاب والسنة، والإجماع، والقياس وعين طريق الاستدلال الصحيح المستند إلى روح الشريعة.

و معلوم أن الأصل في الحق في الشريعة الإسلامية التقييد لا الإطلاق، بما تضمنه من أحكام ووسائل التقييد من نصوص خاصة، وقواعد عامة، ومقاصد تبتغي الوصول إلى تحقيقها. وتأسيسا على هذا النظر يمكن أن يتصور الفعل مشروعاً في ذاته بالنظر إلى استناده إلى الحق، وغير مشروع بالنظر لاستعماله في غير ذاته، أو لمناقضته روح الشريعة ومقاصدها.

و مما سبق يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل ⁽³⁾ . ومعنى ذلك أن يضار المكلف في تصرفه في استعمال الحق بأن استعماله على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق، وهي أبو المخالفة، أو المناقضة تظهر من ناحيتين:

(1) - سورة البقرة، الآية: 282.

(2) - أبو البصل عبد الناصر، المرجع السابق، ص 41.

(3) - أبو حجر محمود مجيد، نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية.

الأردن. الطبعة الأولى. 2002م، ص 18.

.....(الفصل الثاني : عمارة الإلهام بأبواب العمل والزواج والأثر خلفه عنه

أحدهما : من حيث الباعث الدافع الذي حرك إرادة صاحب الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع، من الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل محرم أو إسقاط واجب تحت ستار الحق.

ثانيهما: من جهة النتيجة، أو الواقعة المادية التي تترتب على استعمال الحق بحد ذاته، بقطع النظر عن العوامل النفسية . فإن كانت على استعمال النتائج أضرارا، أو مفاسد راجحة منع التسبب فيها بمباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر لأن الحقوق لم تشرع وسائل لتحقيق مضار ومفاسد، غالبية الأمر الذي لا تتفق مع أصل الشريعة من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد، و أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.⁽¹⁾

إذن فالتعسف يرتبط أساسا بغاية الحق و مدى استعماله.

وعلى هذا فأحكام الشريعة- و هي مناشئ الحقوق - مقيدة بمقاصدها التي هي روحها ومعانيها التي صأجلها شرعت، حتى لا تعسف الإرادة غاية الحق و لا تعني مشروعية استعمال الحق كونه يستند في الظاهر إلى الحق دون نظر إلى ما يهدف إليه الباعث من غاية قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع الحق أو تناقضها أو دون نظر إلى ما يهدف إليه الباعث من غاية قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع الحق أو تناقضه أو دون نظر إلى مآل استعماله من النتيجة المادية الواقعية في حد ذاتها التي هي قد تتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ومن هنا جاء تقييد استعمال الحق بوجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الله في التشريع⁽²⁾ فالتصرف الناتج عن استعمال حق يجب أن يكون مطابقا للشريعة مبنا و معنا، ولا عبرة بظاهر العمل و صورته إذا كان الباعث غير المشروع، أو كانت النية تتجه إلى الإضرار بالغير وفي هذا يقول ابن قيم الجوزية (القصد روح العقد و مصححه ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ...)⁽³⁾، كما أضاف الشاطبي أن تنفذ

(1) - الدر بين فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة. بيروت.

الطبعة الثالثة. 1404هـ=1984م، ص26-27.

(2) - الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، دارابن عفان . السعودية . ط الأولى، 1417هـ-1997م . ج2

ص231.

(3) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المصدر السابق، ج3. ص122-123.

.....(انتقل الثاني : علاقة الإضرار بالإنسان (مخلول الزواج) وأثر تعلقه عنه

الأحكام الشرعية وفقا للمقاصد التي وضعت لها فقال كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة و كل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل، أما إن العمل المناقض باطل فظاهر. فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة و لا درء مفسدة⁽¹⁾. وأن ذلك هو روح الشريعة لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر و لا ضرار"⁽²⁾

و تجدر الإشارة إلا أن هناك تمايز بين التعسف، و المجاوزة أو التعدي وهو ما وقع فيه الكثير من الفقهاء المعاصرين، و لاسيما فقهاء القانون الذين جعلوا من استعمال الحق في خيانة المسؤولية التقصيرية وذكروا أن من يتعسف في استعمال حقه يرتكب خطأ، وأن هذا الخطأ يوجب التعويض عما تسبب عنه من أضرار و هذه المسؤولية التقصيرية التي أساسها الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما⁽³⁾.

فالتعسف غير المجاوزة ذلك أن التعسف يفترض أساسا وجود الحق، أي أن التعسف يتصرف داخل حدود الحق الموضوعية لا يتعداها، و على هذا فالفعل في التعسف مشروع لذاته، و لكنه معيب في باعته، أو مآله في حين أن الفعل في المجاوزة غير مشروع لذاته، بقطع النظر عن باعته أو نتيجته، حتى و لو كانت نتيجته نفعاً ذلك لأنه لا يستند إلى حق أصلاً، فهو محض تعد، لتجاوز حدود الحق الموضوعية، وهذا هو فيصل التفرقة بينهما⁽⁴⁾.

إذن فالتعسف في استعمال الحق ليس مبناه التعدي بالتسبب في المفهوم الشرعي، و لا الخطأ في المفهوم القانوني المولد للمسؤولية التقصيرية، لأن ارتباط نظرية التعسف بغاية الحق على النحو الذي قدمه يعني عدم ابتنائها على فكرة التعدي عن طريق التسبب في المفهوم الشرعي أو الخطأ وهو مبنى المسؤولية التقصيرية في المفهوم القانوني أيا كانت صورة ذلك الخطأ.

(1) - الشاطي، المصدر السابق، ج3، ص55.

(2) - مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ، المصدر السابق، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ص455.

(3) - حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1985، ص323.

(4) - الدر بيني فتحي، المرجع السابق، ص27-28.

.....(الفصل الثاني : حلقة الإزهاو بإباحة الزواج) الزواج وأثره على

و انحلال عقد الزواج يكون بالإرادة المنفردة للزوج عن طريق الطلاق. كما يكون بمطالبة الزوجة القضاء بالتفريق بينها و بين زوجها لتوافر سبب من الأسباب يستحيل بوجودها استمرار الحياة الزوجية، كما يكون بافتداء الزوجة نفسها عن طريق الخلع.

و الأصل في الفرقة بين الزوجين أن تكون بالطلاق الذي هو حق للرجل. وأية مسألة جعل الطلاق بيده في نظام الأسرة الإسلامي تعد من المسائل الحساسة التي تثار حولها الشبهات في هذا العصر نتيجة التأثير بالفكر الغربي، و المطالبة بالمساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و الواجبات من جهة ، و من جهة ثانية نتيجة جهل بعض الرجال و استهانتهم بأمر الأسرة، و عدم إدراكهم لقيمة الميثاق الغليظ الذي عقده. لظنهم أن الطلاق سلاح يمتلكونه بحيث يشبهونه في وجه الزوجة متى أرادوا و لأتفه الأسباب .

وجعل الطلاق بيد الزوج أمر شرعي وفيه من الحكم الكثير ما تحول دون إيقاعه إلا في حالة الضرورة بحيث يجعل آخر دواء لعلاج مشاكل الأسرة وذلك لأن فصم عرى الزوجية يترتب عليه أمور خطيرة بعيدة المدى في حياة الأسرة و المجتمع ، فلو كان الطلاق حق للمرأة لأدى ذلك إلى فصم عرى الزوجية لأسباب بالية، و ليس هذا لضعف عقل المرأة، و لا لقلّة تقديرها لعواقب الأمور و إنما يرجع إلى حكم وظيفتها في الحياة الاجتماعية إذ خلقت على طباع و غرائز تجعلها أشد تأثرا ، و أسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل و لهذا كانت أصلح من الرجل في جميع المواطن التي تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأولاد، و تمريضهم، و حضانتهم... و ما أشبه ذلك، فهذه العاطفة و إن كانت محمودة في تلك المواضع . فهي تجر إلى كثير من الأضرار في مواطن الغضب، و لأقل أسبابه التي لا تخل منها المعاشرة الزوجية إذ يشتد انفعالها. و تندفع مع العاطفة، لا تتردد في هذا الاندفاع و لا تبالي بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة، حسنة أو سيئة. بل ترى الحسنة كله، و النفع جميعه في أن تجيب داعي تلك العاطفة، و تحقق مطالبها العاجلة. ثم إن جعل الطلاق بيد الرجل لما ينعكس عليه من آثار مالية تثقل كاهله من نفقة متعة، و نفقة للمحزونين، و إسكانهم مع مطالبته بمهر جديد، و أعباء زواج جديدة إذا ما فكر في معاودة الزواج⁽¹⁾.

(1) - فراج حسن، المرجع السابق ، ص 25-26.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيثار باباح إعمال الزوج) وأثر خلفه محمد

و لكن كما سبق الذكر أن هناك من الرجال من لا يدرك هذه الحكمة من جعل الطلاق بيده فيتعسف في استعمال هذا الحق انطلاقاً من أن ذلك يرجع للإرادة المنفردة له، و أنه يتصرف في خالص حقه الذي أعطاه الله عز وجل .

و في تقييد إيقاع الطلاق بالإشهاد عليه محاولة للأخذ على أيدي مثل هؤلاء الأزواج الذين لا يدركون قيمة تأسيس أسرة و رعايتها، ولا يتورعون عن ما عزم عليه وبوجودهم محاورة للزوج و محاولة لإبعاده عما كان سيقدم عليه من خلال إقناعه أن حرته في استعمال حقه في الطلاق مقيدة في وجود الأسباب التي تدعوا إلى ذلك، وأن تعسفه في استعماله هذا الحق بإلحاقه الضرر بالزوجة يوجب مسألته ديانة، و قضاءً لذلك أنه بتعسفه و الطلاق لم يمثل لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾ وإذا كانت المضارة لا تجوز في مواجهة الشخص لغيره من الناس الذين يتعامل معهم فمن باب أولى عدم جوازها لأقرب الناس إليه و هي زوجته أم أبنائه التي جعلها الله سكن له .

لقوله عز وجل:⁽²⁾

﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾

و إذا كان غرض الزوج مجرد الإضرار بزوجه، و لا يهدف من وراء هذا الطلاق إلى تحصيل أي منفعة فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه فتوفر فيه كل الأسس و المعايير التي يحكم فيها الشخص بالتعسف إذا ما توافرت فيه ، وهذه الأسس و المعايير هي كالاتي : معايير ذاتية، و معايير موضوعية.

أولاً: المعايير الذاتية: و تتمثل في : أ- تمخض قصد الإضرار: ولقد وضح الشاطبي المقصود بهذا المعيار و حكمه بقوله : (فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا في ضرار في الإسلام)⁽³⁾ و المطلق الذي يقصد من إيقاعه الطلاق دون مبرر إلا الإضرار بزوجه ودون وجه حق، ودون أن تكون له مصلحة في ذلك إلا

(1) - سبق تخريجه، ص.

(2) - سورة الروم، الآية : 21

(3) - الشاطبي، مصدر الشاطبي، ج، 03، ص 55.

.....(الفصل الثاني : حلافة الإيثار بابناح العمل الزواج وأثر خلفه عنه

المضارة ، يكون مسيئا في هذا الاستعمال غير المشروع فيمنع من هذا التصرف التعسفي . وقد أشار ابن رجب الحنبلي إلى قبح استعمال الحق لمثل هذا القصد المحرم لقوله : (أن لا يكون المعرض سوى الضرر بذلك الغير فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه، وقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في عدة مواضع...) (1) . و على هذا فإن شرط تحقق هذا المعيار أمران:

-أحدهما أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير.

-و الثاني أن يتمخض قصده لذلك.

ب- استعمال الحق في غير ما شرع له من مصلحة: وهذا هو المعيار الغرضي، أو مناقضة قصد الشارع ، فهذا مناقضة المستعمل لحقه المشروع في أصله، هي مناقضة لذات قصد الشارع، في المصلحة التي توخاها في تشريع الحق ابتداء إذ غاية المكلف من استعمال هذا الحق، على هذا الوجه المناقض، هو تحقيق مصلحة غير مشروعة يريدتها، وهي على النقيض من المصلحة المأذون فيها في الحق ، إذ المكلف يقصد من وراء هذه المصلحة غير المشروعة تحليل محرم أو إسقاط واجب. فيكون تصرفه على هذا النحو تعسفيا من جهة مناقضة قصد الشارع و غرضه من تشريع الحق. وهذا ما ينطبق تماما على المطلق الذي يتخذ من الطلاق وسيلة ضغط و هو يستعملها متى أراد إيذاء الطرف الآخر، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن هذا المطلق يتحلل في إيقاع الطلاق إذ يستعمل حقه في عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيه حرم قواعد الشريعة في الواقع، فإن المطلق يضل متعسفا في استعمال حقه طالما كان قصده في إيقاع الفرقة مناقضا لمقصده الذي شرع من أجله.

ثانيا : المعايير الموضوعية :

ومن المعايير التي يحكم بها على اعتبار الشخص متعسفا:

أ-الاختلاف بين في توازن المصالح المتعارضة: أو انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق و الضرر الذي يعيق بالغير و من خلال هذا المعيار يكون المطلق مسيئا في استعمال حقه إذا

(1) - ابن رجب الحنبلي زين الدين أبي الفرج ، جامع العنوم و الحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، دار الفرقان.

الأردن 1411هـ-1990م، ص455.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإرباب بالنيابح (الطلاق) الزوج والأثر خلفه عنه

كانت المصلحة التي تترتب على إيقاعه للفرقة لا تتناسب مطلقاً مع الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا التعسف سواء تعلق الأمر بالزوجة أم الأبناء.⁽¹⁾

فلا يكفي في انعدام سوء استعمال الحق في إيقاع الطلاق أن يترتب عنه مصلحة ما تافهة متمثلة في نشوة إيذاء الزوجة و تذليلها، و أنه هو صاحب الحل و العقد في الأسرة، بل لا بد أن تكون تلك المصلحة متناسبة مع الأضرار التي تنجم عن هذا الفعل ، فما لم تكن متناسبة كان الاستعمال للحق في هذه الحالة من قبيل التعسف فلا يقر عليه، ثم إن هذا المعيار يختلف عن المعيارين الذاتيين بأنه معيار موضوعي محض تتميز فيه مجرد النتائج المادية للفعل ، وهو يقوم على ضوء ما هو مقرر أصولياً، " النظر في مآلات الأفعال " (2) ."

ب- ترتيب الضرر الفاحش :

وهذا المعيار الموضوعي به يكون الشخص مسيئاً في استعمال حقه إذا كان هذا الإستعمال يترتب عليه ضرر فاحش بالغير، وحينئذ تزول المشروعية عنه من اللحظة التي ينشأ فيها عند هذا النوع من الضرر فالمطلق إذا أراد إيقاع الطلاق فقط من أجل التنكيل بالمرأة فهو يعتبر متعسفاً إذ معيار ترتب الضرر الفاحش يكون مادياً كما يكون معنوياً، وهو معيار موضوعي محض كسابقة، إذ ينظر من خلاله إلى الآثار المادية المترتبة على استعمال الحق فحسب (3) .

— فكل من أراد بتصرفه مناقضة ما وضعه الشارع الحكيم من مصالح الحقوق سواء أكان ذلك بأحد المعايير الذاتية أم الموضوعية— التي سبق تقريرها — يعتبر متعسفاً في تصرفه، وإن كان يتصرف في خالص حقه هذا والزوج يعتبر متعسفاً إذا أضر بزوجه ضرراً فاحشاً ليدفعها إلى الخلع و قانون الأسرة الجزائري نص على إمكانية تعسف الزوج في طلاقه و أعطى للقاضي السلطة التقديرية في بيان ذلك وفي حالة ما إذا تبين له هذا التعسف حكم عليه بالتعويض⁽⁴⁾، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة : (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم

(1) - أبو حجر محمود، المرجع السابق ، ص 45-46.

(2) - الشاطبي ، المصدر السابق، ج 4، ص 140 .

(3) - أبو حجر مجيد محمود، المرجع السابق، ص 47.

(4) - التعويض في اللغة هو: البذل. وفي الاصطلاح يطلق ويراد به الضمان وهو : واجب رد الشيء بعينه، أو بدله، أو بالمثل أو

بالقيمة.

.....الفصل الثاني: علاقة الإيثار باباح العمل الزوج وأثر خلفه عنه

للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها⁽¹⁾. ولكن كيف يمكن للقاضي الوقوف على تعسف الزوج من عدمه هل يعتمد في ذلك على مجرد دعوى الزوجة أنه أضر بها ، أم يعتمد على إقرار الزوج بذلك. أم يستند إلى أقوال الشهود الذين حضروا ذلك وعانوا إضرار الزوج بزوجته.

فإذا حكم بالتعسف لمجرد دعوى الزوجة فإنه بذلك الحكم لم يعط للزوج حقه في الطلاق الذي هو خالص له دون قيد أو شرط، وإذا حكم بالتعسف استنادا إلى إقرار الزوج بإضراره و تعسفه في إيقاعه للطلاق فإن ذلك نادرا ما يحدث، فلم يبق للقاضي الحكم بتعسف الزوج من عدمه إلا أقوال الشهود وقرائن الحال. وهذه الأخيرة لا تصل بقوة إثباتها إلى الدرجة و القوة التي تحوزها شهادة الشهود، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على قيمة الإشهاد في الإثبات.

و الزوج قد يعتبر متعسفا، و يحكم عليه بالتعويض حتى في حالة التطلاق الذي يتم بواسطة القضاء بعد مطالبة الزوجة به لسبب من الأسباب ، وذلك في حالة ما أضر بها ضررا بالغا من أجل أن يدفعها للتطلاق، و يتخلص هو من طلب التعويض ، وهذا ما جسده العديد من القضايا التي عرضت على المحكمة العليا. و التي أتذكر بعض من اجتهاداتها القضائية في هذا المجال:

— من المقرر قانوناً أنه يجب للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج ، فإن تطلاق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج... قد طبقوا القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁽²⁾.
فهذا القرار حكم للزوجة بالتطلاق من الزوج ، و زاد لها الحكم بالتعويض نتيجة ثبوت تعسف الزوج و مبالغته في إضرارها.

(1) - الأمر رقم: 05- 02، المؤرخ في: 18 محرم 1426 له الموافق 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(2) - المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و الموارث، قرار رقم: 181648 ، المؤرخ في: 23-12-1997 العدد: 01، السنة: 1997، ص49.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بإبناح (محلل) الزواج) وأثر خلفه عنه

– و جاء في قرار آخر أنه: لا من المقرر قانونياً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج، أو طردها، أو إهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق، و التعويض معاً لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون⁽¹⁾. ففي هذا القرار أيضاً قضت المحكمة العليا بالتطليق و التعويض معاً للزوجة نتيجة تعسف الزوج و مغالاته في إضرارها و ثبوت ذلك بأدلة الإثبات ، وبهذه التطبيقات للمحكمة العليا أخذ التعديل الجانبي لقانون الأسرة و نص على إمكانية الحكم بالتعويض للزوجة في حالة طلبها للتطليق في المادة 53 مكرر : (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)⁽²⁾.

الفرع الثاني: استفحال ظاهرة انحلال الزواج وإمكانية إنكارها

رغب الإسلام في الزواج بعدة صور فتارة يذكر أنه من سنن الأنبياء و هدي المرسلين لقوله عز وجل:⁽³⁾

﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾

وتارة يذكر أنه آية من آياته لقوله تعالى:⁽⁴⁾

﴿وَمِنْ آيَاتِنَا أَنْ خَلَقْنَا لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلْنَا

بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٦١﴾

(1) – المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية و الموارث، قرار رقم: 192665 ، المؤرخ في: 21-07-1998، السنة : 2001، ص116.

(2) – الأمر رقم: 05- 02، المؤرخ في: 18 محرم 1426 الموافق 27 فيفري 2005، المعدل و المتمم للأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

(3) – سورة الرعد، الآية: 38.

(4) – سورة الروم، الآية: 21.

.....(الفصل الثاني : حلالة الإيهاو بإباحت انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه

وتارة يذكر في معرض الامتنان... إلى غير ذلك من الصور التي رغب بها الإسلام في الزواج وجعله عقدا دائما بين الرجل و المرأة، و جعل من هذه الديمومة الأصل فيه، ما لم تكن هناك أسباب تتناقض مع الحكمة التي شرع من أجلها أو تخرج من مقاصده، فإذا وجدت مثل هذه الأسباب أباح الشارع الحكيم حل هذا الميثاق الغليظ بطرق محددة وفي ظروف معينة.

ولكن المتبع للحالات الانحلال التي حدثت وتحدث في هذا العصر يكاد يظن لأن الأصل هو الفرقة و الانحلال، لا الاستقرار و الاستمرار في العلاقة الزوجية لاستفحال هذه الظاهرة، و كثرة انتشارها. إذ أصبحت قضايا الطلاق و غيره من طرق انحلال الرابطة الزوجية تحتل الصدارة في المحاكم نتيجة الاستهتار بأمر الأسرة، و عدم التريث في التفكير في عواقبه و آثاره على الأسرة بصفة خاصة، و على المجتمع بصفة عامة. ونتيجة لتراكم هذه الآثار و ما يترتب عليها من تبعات مالية من أجرة السكن، و نفقة المحضونين، و التعويض الذي قد يفرض نتيجة التعسف في إيقاع الطلاق لجأ البعض إلى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق و يخفي الأمر و يجحده عن زوجته حتى إذا ما رأى الظروف توائمه أخرج ورقة الطلاق شاهرا إياها في وجه المرأة، و أنها لم تعد لها أي صفة تربطه بها، لكونه طلقها منذ كذا و كذا من الزمن، أو أنه يجحد الأمر حتى إذا ما توفي و قدموا إلى تقسيم تركته، فوجئت المرأة بأنها كانت مطلقة.

وهناك من الأزواج من يوقع الطلاق أمام زوجته و على مرأى، و مسمع من أبنائه، و قد يصل الأمر إلى استكمال عدد التطبيقات التي جعلها الله له في قوله تعالى: (1)

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾

غير أن ذلك لا يكون مثبتا بحكم قضائي مما يجعل المرأة أجنبية عنه بحكم الشرع، زوجته بحكم القانون، لعدم وجود حكم قضائي يثبت إيقاع الفرقة بينهما فإذا توفي وهو على هذه الحال ورثته زوجته، و نسب إليه الأبناء و إن ولدوا بعد إيقاع الفرقة بينهما قانونا مع عدم جواز ذلك شرعا .

(1) - سورة البقرة، الآية: 229.

.....(الفصل الثاني) : علاقة الإلهاد بالزواج والفرقة بينهما

و للإلهاد على الفرقة بين الزوجين دور كبير في القضاء على مثل هذه الظواهر إذ يعتبر خير وسيلة لإثبات ذلك، و يعتبر خير مانع للحيلولة دون وقوع الإنكار.⁽¹⁾

و على الرغم ما للإلهاد من فوائد مهمة، على رأسها التوثيق وتسهيل إثبات وقوع الفرقة بين الزوجين، و أن وجود الشاهدين قد يؤدي إلى التقليل في كثير من الحالات من وقوع الفرقة لتدخلها في الإصلاح إلا أن أبحاث وسيلة تؤدي ثمارها الطيبة في تخلص الأمة من مشكلات الفرقة بين الزوجين هي أن تتكاتف الجهود على جميع المستويات لتربية الجيل، والمجتمع تربية إسلامية صحيحة، وتوعية الناشئة والمقبلين على الزواج توعية مفيدة بقيمة الأسرة، و الأهداف التي أنشئت من أجلها، وكذا بغرس قيم الإسلام، و بث روح المسؤولية، وإشاعة معاني الإسلام العامة ومقاصده في تشريع الزواج، وتذكير الزوج بأنه إذا تعسف في استعمال حقه في الطلاق بأن طلقها دون مبرر شرعي ملحقاً الأذى و الضرر بما فإنه يسأل عن فعله هذا مسؤولية دينية يوم القيامة، بغض النظر عن المسؤولية الدنيوية لأن من أصول الإسلام أن لا ضرر ولا ضرار، وكذلك توعية الزوجات بما أوجب الله عليهن من حقوق لأزواجهن وضرورة قيامهن بهذه الحقوق⁽²⁾، وذلك لأن الواقع المعيش يوضح وفي كثير من الحالات أن النصوص القانونية وحدها لا تكفي لتسهيل التحايل عليها، و الإفلات منها إذا غابت الرقابة الذاتية و التقوى الفاعلة، لأنه متى أصبحت مسألة الفرقة واضحة في أذهان الأزواج، و الزوجات من حيث المشروعية، والإجراءات، والتبعات وكل ذلك محاط بسياج إيماني، مستمد من الكتاب والسنة، لما أحتاج المجتمع إلى تشريع أمر ملزم أكثر مما هو موجود في تشريع الله عز وجل.

(1) - أبو البصل عبد الناصر، المرجع السابق، ص 44.

(2) - زيدان سيد، وتكملة المحققين في أحكام الطلاق، الجزء الثاني، مرجع السابق، ج 7، ص 359.

انخافنا

جامعة الأمير عبد القادر العظم الإسلامي

الخاتمة:

و في الختام ما يمكن قوله حول موضوع الإشهاد و دوره في إثبات الزواج و إنحلاله هو إقرار ما توصلت له الدراسة من نتائج و توصيات في النقاط الآتية:

ـ الإثبات هو مصطلح قانوني يراد به إقامة الدليل على الواقعة القانونية التي تشكل موضوع الدعوى، أما المصطلح الفقهي فهي البيعة وهي تدل على كل ما يستعمل من أدلة لإيضاح الحق و إظهاره، و إن اختلف الفقهاء في تكييفهم لها إذ ذهب جمهور الفقهاء إلى قصرها على شهادة الشهود ، وذهب ابن حزم إلى إضافة إلى الشهادة؛ علم القاضي، وذهب ابن تيمية و تلميذه ابن القيم، و ابن فرحون إلى أنها عامة في كل ما أوصل إلى الحقيقة من أدلة.

ـ الإشهاد أو الشهادة يستعملان بمعنى واحد عند الفقهاء، و هو إخبار عدل حاكما بما علم ليحكم بمقتضاه، على خلاف بينهم في تخصيصها بلفظ أشهد من عدمه، أما في الإصطلاح القانوني فهما متميزان من حيث الشكل إذ يطلقان و يراد بهما طريق من طرق إثبات العقود و التصرفات. إلا أن الفارق بينها أن الشهادة تكون شفاهة، بينما الإشهاد فيكون كتابة . كما هو الحال بالنسبة لإشهادات الزواج و الطلاق...

ـ الشهادة مشروعة بالكتاب و السنة و الإجماع و خصائصها عدة منها ما هو خاص بذات الشهادة كوجوب موافقتها الدعوى، و أن تكون في مجلس القضاء... و منها ما هو خاص بشخص الشهود كشرط الإسلام، و العدالة و التكليف... على خلاف بين الفقهاء في مدى الأخذ بهذه الشروط، وهي ملزمة للقاضي متى توفرت شروطها متعددة لجميع الأطراف .

ـ الشهادة تتنوع إلى عدة أنواع فمنها ما يتعلق بأصل الشهادة وهو ما يعبر عنه بالشهادة المباشرة، و شهادة التسامع دون أن تنسب إلى أصل معين، و الشهادة على الشهادة و هي التي يتحمل فيها الشخص شهادة غيره و ينقلها ... وهذه الأنواع كلها تستعمل لإثبات الزواج، و إنحلاله على خلاف بين الفقهاء في مدى الأخذ ببعض الأنواع دون بعض.

ـ الإشهاد على الزواج شرط صحة بإتفاق الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في وقته فذهب الحنفية و الشافعية، و الحنابلة إلى جعله وقت العقد، وذهب المالكية إلى اشتراطه عند الدخول.

_ تبين موقف المشرع الجزائري بشأن الإشهاد في الزواج إذ اعتبره في الأمر رقم: 84-11 ركنا من الأركان بينما نص في الأمر رقم: 05-02 على اعتباره شرطا من شروط الصحة. وهو بهذا التعديل ساير موقف جمهور الفقهاء و تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

_ للإشهاد دور كبير في إثبات الزوجية في حالتي الإقرار، و الإنكار لاسيما إذا كان الزواج غير موثق لدى الجهات الرسمية.

_ اختلاف الفقهاء في مسائل الشهادة من شروط، و خصائص، و أنواع ليس باعته الأهواء، و إنما سببه الاختلاف في استنباط الأحكام من النصوص التي توافرت لدى كل فقيه، و استند عليها في إثبات حكمه.

_ الأخذ بالشهادة كدليل لإثبات الزوجية في حالة التراجع يضمن عدم ضياع الحقوق المتعلقة بأطراف العقد، كما يضمن ترتيب آثار الزواج من نسب، و استحقات للإرث، و نفقة... لاسيما في حالة الزواج بالفاتحة .

_ الأثر المترتب عن غياب الإشهاد هو الحكم بفساد العقد الموافق للبطلان بإتفاق الفقهاء، إذ حتى فقهاء الحنفية الذين فرقوا بين لفظي الفساد، و البطلان في المعاملات المالية لم يفرقوا بينها في عقد الزواج.

_ غياب الإشهاد في عقد الزواج يؤدي إلى شيوع زواج السر، و صور 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، و بين عقد زواج موثق.

_ الإشهاد على انحلال الزواج واجب لا بد منه عند فقهاء الشيعة، و الظاهرية ، مندوب إليه عند جمهور الفقهاء من الحنفية، و المالكية، و الشافعية، و الحنابلة .

_ للإشهاد على انحلال الزواج فوائد كثيرة على رأسها توثيق، و تسهيل إثبات وقوع الفرقة، و التقليل من حالات وقوعها عن طريق تدخل الشهود من أجل الإصلاح بين الزوجين.

و من التوصيات التي من الأفضل أن تؤخذ بعين الاعتبار ما يأتي:

— ضرورة النظر بجدية في مسألة ازدواجية عقد الزواج بين الفاتحة من جهة بإعتبارها عقد شرعي مستوفي لجميع الأركان و الشروط ، و بين عقد زواج رسمي . ولعل أفضل حل لهذه المشكلة هو 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، كالمبلدية، وغيرها من أجل إمكانية استخراج نسخ منها للإثبات.

— ضرورة النظر في مسألة الإشهاد على انحلال الزواج لما تحققه من فوائد كثيرة على الأسرة بصفة خاصة، وعلى المجتمع بصفة عامة، من علماء الشريعة و القانون على حد سواء، لاسيما و قد توافرت الأدلة من القرآن و السنة، وأقوال بعض الصحابة، و اجتهادات الكثير من فقهاء الأمة المعاصرين على أهميتها في الوقت الحاضر وعلى موافقتها لمقاصد الشريعة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

1. إبراهيم السيد أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث. الإسكندرية. 2003.
2. ابن أبي الدم شهاب الدين، أدب القضاء، تحقيق عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. ط الأولى 1407هـ-1987م.
3. الإسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول لليضاوي، دار عالم الكتب. بيروت. 1986.
4. الأشقر أسلمة عمر، مستحدثات فقهية في قضايا معاصرة في الزواج والطلاق، دار النفائس. الأردن. 1425هـ-2005.
5. الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس. الأردن. ط الثانية. 1418هـ-1997م.
6. الأصفهاني راغب، مفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد الكيلاني. دار المعرفة. بيروت. دت.
7. الألباني ناصر الدين، إرواء الغليل، المكتب الإسلامي. بيروت. ط الثانية. 1405هـ-1985م.
8. الألوسي شهاب الدين، روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، دار الفكر. بيروت. 1414هـ-1993م.
9. إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية. بيروت. دت.
10. الأمدي سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية. بيروت. 1983.
11. الأودن سمير عبد السميع، الزواج العرفي، مطبعة الإشعاع الفنية. مصر. دت.
12. الباجي سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي. بيروت. ط الثالثة. 1403هـ-1983م.

13. البخاري علاء الدين، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. 1978.
14. البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، دار مطابع الشعب. بيروت. 1378هـ.
15. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية. مصر. دت.
16. بكري عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع. مصر. 2000.
17. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 1988.
18. بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى. عين مليلة. الجزائر.
19. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 1999.
20. البنا كمال صالح، مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس، دار عالم الكتب. القاهرة. ط الأولى. 1987.
21. البهنسي أحمد، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق. بيروت. دت.
22. البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر. بيروت. دت.
23. البهي عبد المنعم، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي. مصر. دت.
24. البيضاوي عبد الله، تفسير البيضاوي، دار الفكر. بيروت. 1402هـ-1982م.
25. البيهقي أبو بكر، السنن الصغير، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي وأحمد تباني. المكتبة العلمية. بيروت. ط الأولى. 1412هـ-1992م.
26. الترمذي محمد عيسى، السنن، دار الفكر. بيروت. ط الثانية. 1403هـ-1983م.
27. الثمالي أبو الحسن، البهجة شرح التحفة، دار الفكر. بيروت. دت.

28. ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف. المغرب. دت.
29. ابن تيمية تقي الدين، الاختيارات الفقهية، دار إحياء التراث. ط الثانية. دت.
30. الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية. بيروت. 1988.
31. ابن جزري محمد، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب. ليبيا. 1982.
32. الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية. بيروت. 1412هـ-1990م.
33. الجصاص أبو بكر، أحكام القرآن، دار الفكر. بيروت. دت.
34. الجندي أحمد نصر، من هرق الزوجية، دار الكتب القانونية. مصر. 2005.
35. الجوهري إسماعيل، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: إميل بديع لونييل طريفي. دار الكتب العلمية. بيروت. 1999.
36. أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر. بيروت. ط الثانية. 1408هـ-1988م.
37. الحجاوي موسى، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق: عبد الله الترك. دار عالم الكتب. ط الثانية. 1419هـ-1999م.
38. ابن حجر العسقلاني، الإصابة في معرفة الصحابة، دار الكتاب العربي. بيروت. دت.
39. الحجوي محمد بن الحسن، الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي، المكتبة العلمية. المدينة المنورة. 1997.
40. أبو حجير مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية. الأردن. ط الأولى. 2002.
41. ابن حزم محمد، المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي. دار الجيل. بيروت. دت.
42. حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1985.
43. الحصري أحمد، علم القضاء، مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. ط الأولى. 1397هـ-1977م.

44. الحصني أبو بكر، كفانة الأخبار في حل غاية الاختصار، المكتبة العصرية. بيروت. ط الرابعة. 1409هـ-1988م.
45. الخطاب عبد الله، مواهب الجليل لمختصر خليل، دار الفكر. بيروت. ط الثالثة. 1412هـ-1992م.
46. حمد أحمد، النسب في الشريعة الإسلامية والقانون، دار القلم. الكويت. 1983.
47. أبو حيان محمد بن يوسف، البحر المحيط، دار الفكر. بيروت. ط الثانية. 1403هـ-1983م.
48. حيدر علي، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل. بيروت. 1991.
49. الخرشني أبو عبد الله، الخرشني على سيدي خليل، دار الفكر. بيروت. دت.
50. ابن خلكان، وفايات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس. دار صادر. بيروت. 1977.
51. الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية. الجزائر. دت.
52. الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، مؤسسة الرسالة. بيروت. ط الثالثة. 1404هـ-1984م.
53. الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية. بيروت. ط الأولى. 1417هـ-1996م.
54. الذهبي شمس الدين، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة. بيروت. 1985.
55. الذهبي محمد الحسن، الشريعة الإسلامية بين مذاهب أهل السنة والشيعة، مكتبة وهبة. القاهرة. دت.
56. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار الفرقان. الأردن. 1411هـ-1990م.
57. الرازي أبو بكر، مختار الصحاح، دار عمار. الأردن. ط الأولى. 1417هـ-1996م.
58. الرازي فخر الدين، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر. بيروت. 1983.
59. ابن رشد محمد بن أحمد الجد، المقدمات الممهدة، دار صادر. بيروت. دت.
60. ابن رشد محمد بن أحمد القرطبي الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار الكتب العلمية، بيروت. 1988.

61. الرصاع محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأحضان والظاهر لعموري. دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1993.
62. الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر. بيروت. 1984.
63. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر. بيروت. ط الثانية. 1985.
64. الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر. بيروت. ط العاشرة. 1387هـ-1968م.
65. الزركلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين. بيروت. لبنان. دت.
66. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي. مصر. دت.
67. أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي. القاهرة. مصر. دت.
68. أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي. القاهرة. مصر. دت.
69. زيدان عبد الكريم، أصول الفقه، مؤسسة الرسالة. ط السابعة. 2002.
70. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة. مصر. ط الثالثة. 1420هـ-2000.
71. السبكي علي عبد الكافي، الإجماع في شرح المنهاج، تحقيق: شعبان محمد. مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. 1401هـ-1981م.
72. السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة. بيروت. 1406هـ-1986م.
73. ابن سعد، الطبقات الكبرى، تحقيق : عبد القادر عطاءدار الكتب العلمية بيروت. 1990م
74. سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، دار البعث قسنطينة، ط الثانية. 1989م
75. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر. 1986م
76. سعد نبيل ابراهيم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف . الإسكندرية. 2000م

77. سعد نبيل ابراهيم ، النظرية العامة للالتزام ، دار المعرفة الجامعية . مصر . 1994م
78. أبو السعود محمد، إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ، دار إحياء التراث . بيروت . ط الثانية 1411هـ-1990م
79. السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في القانون المدني ، دار النهضة العربية.القاهرة. 1968م
80. السيد سابق ، فقه السنة ، دار الفتح الإعلامي العربي . مصر . ط الأولى 1421هـ-2000م
81. السيد عبد الله علي ، المقارنات التشريعية ، تحقيق: محمد أحمد سراج و آخرون ، دار السلام . القاهرة . ط الأولى .1421هـ.2001م
82. السبوطي جلال الدين ، الدر المنثور في التفسير المأثور ، دار المعرفة.بيروت .دت.
83. الشاطبي أبو اسحاق ، الموافقات في أصول الشريعة، دار ابن عفان.السعودية ط الأولى 1417هـ.1997م
84. الشربيني محمد الخطيب ، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار الفكر. القاهرة . دت
85. الشقفة محمد البشير ، الفقه المالكي في ثوبه الجديد ، دار القلم . دمشق ط الأولى 1424هـ-2003م
86. شلبي محمد مصطفى ، أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية . بيروت . 1977م
87. الشنقيطي عبد الله ، نشر البنود على مراقبي السعود ، دار الكتب العلمية بيروت.1977م
88. الشنقيطي محمد الأمين ، مذكرة أصول الفقه ، الدار السلفية . الجزائر.دت.
89. الشوكاني محمد بن علي ، نبيل الأوطار ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، مصطفى الهواري ، مكتبة الكليات الأزهرية .القاهرة.دت،
90. الشيرازي أبو اسحاق ، التنبيه في الفقه الشافعي ، دار عالم الكتب . ط الأولى 1403هـ-1983م .

91. الصابوني عبد الرحمن ، مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق ، دار الفكر .
بيروت ط الثالثة . 403هـ 1983م
92. الصابوني عبد الرحمن ، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، دار
الفكر المعاصر . مصر ط الأولى . 422هـ 2001م
93. الصنعاني محمد ، سبيل السلام شرح بلوغ المرام ، المكتبة العصرية . بيروت .
1412هـ 1992م
94. الطبري أبو جرير ، جامع البيان في تفسير القرآن ، دار الفكر . بيروت . 1398هـ
1978م
95. طلبة أنور ، طرق الإثبات في المواد المدنية، و التجارية، و الشخصية ، دار الفكر
العربي . القاهرة 1994م
96. عابدين محمد أحمد ، الشهادة في المواد المدنية، و التجارية، و الشخصية ، دار الفكر
العربي الإسكندرية . دت
97. ابن عابدين محمد الأمين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر . بيروت
1979م
98. ابن عاشور محمد ، مقاصد الشريعة ، الشركة التونسية للتوزيع . تونس ط الأولى
1978م
99. ابن عبد البر أبو عمر ، الاستذكار الجامع لعلماء المصنف ، تحقيق : عبد المعطي
أمين، دار قتيبة . دمشق ط الأولى 414هـ 1993م
100. عبد الحميد محمد ، الأحوال الشخصية ، دار الكتاب العربي . ط الأولى 404هـ
1984م
101. عبد الرزاق أبو بكر ، المصنف ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، دار المجلس
العلمي . بيروت دت
102. عبد الغفار ابراهيم ، العدالة في الشهود في الفقه الإسلامي ، دار الولاء للطبع و
التوزيع . دت

103. عبد الوهاب محمد علي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق : محمد إسماعيل ، دار الكتب العلمية، بيروت. ط الأولى-1418هـ-1998م
104. ابن العربي ، عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي ، دار العلم.سوريا، دت .
105. عزب كمال الشريف ، الخلع و الزواج العرفي بين الشريعة و القانون ، دار التقوى القاهرة.ط الأولى.421هـ-2000م .
106. عطية صقر ، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام ، الدار المصرية . ط الثانية 1410هـ - 1990م
107. عظوم أبو القاسم ، متطلبات الشهادة على المشهود عليه ، تحقيق : محمد الطاهر مكتبة الرشيد . الرياض .ط الأولى 1419هـ-1998م
108. عماد محمد ربيع ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائري ، دار الصبح للطباعة و النشر-ط الأولى- 1999م ،
109. عمران محمد فارس ، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي ، الدار الجامعية الجديدة.الإسكندرية .2001م
110. العمروسي أنور ، موسوعة الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي . الإسكندرية . مصر 2000م
111. الغزالي أبو حامد ، المستصفى في علم الأصول ، دار الكتب العلمية. بيروت. ط الثانية 1983م
112. الفاحوري ادريس ، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية ، مركز الخدمات المتحدة للطباعة الدار البيضاء . المغرب .ط الأولى .1993م .
113. ابن فارس أبو الحسن، معجم مقاييس اللغة ، مكتبة الخانجي ،مصر ، ط3 ، 1402هـ/1981م..
114. فراج أحمد حسن ، أحكام الأسرة ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،دار الجامعة الجديدة الاسكندرية . مصر 2004م.
115. فراج أحمد حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية . دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية .2004م.

116. ابن فرحون برهان الدين ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام .
مكتبة الكليات الأزهرية . مصر . ط 1 . 1986م .
117. ابن فرحون برهان الدين، الدياج المذهب في معرفة أعيان المذهب . تحقيق مأمون
محي الدين الجنان . ط دار الكتب العلمية بيروت . ط 1 . 1417هـ / 1996م .
118. الفقي أحمد ، مواقع الشهادة في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة . مصر .
2003م .
119. الفالح مساعددين محمد، الإعلام المشروع والمنوع في الفقه الإسلامي . دار
العاصمة الرياض . ط 1 . 1415هـ / 1995م .
120. الفيروز أبادي محي الدين ، القاموس المحيط، تحقيق : مكتبة تحقيق التراث مؤسسة
الرسالة . ط 5 . 1416هـ / 1996م .
121. الفيومي أحمد بن محمد ، المصباح المنير ، دار الحديث . القاهرة . ط 1 .
1421هـ / 2000م .
122. ابن قدامة موفق الدين ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت . 1983م .
123. القارافي شهاب الدين ، الذخيرة ، تحقيق : محمد حجي ، درا الغرب الإسلامي .
بيروت . 1994م .
124. القارافي شهاب الدين ، تنقيح الفصول في اختصار المحصول ، تحقيق : طه عبد
الرؤوف سعد مكتبة الكليات الأزهرية . مصر . د ت .
125. القرطبي أبو عبد الله ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الكتاب العربي . مصر . ط
الثالثة . 1387هـ / 1967م .
126. قلعجي محمد رواس وقنيبي، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس، الأردن ، ط 3 .
1988م
127. القليوبي أحمد وعميرة أحمد ، حاشيتان على منهاج الطالبين ، المكتبة التوفيقية ،
القاهرة . 2005م .
128. ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، مكتبة الكليات الأزهرية .
مصر . د ت .

129. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق : سيد عمران . دار الحديث . القاهرة .
130. الكاساني علاء الدين ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت . ط 2 . 1402هـ / 1982م .
131. كحالة عمر رضا ، معجم المؤلفين ، مؤسسة الرسالة ، بيروت . ط 1 . 1414هـ / 1993م .
132. ابن كثير أبو الفدا ، تفسير القرآن العظيم ، دار الثقافة للنشر ، الجزائر . 1410هـ / 1990م .
133. ابن ماجة ابو عبد الله ، السنن ، دار الفكر بيروت ، د ت .
134. مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى . مطبعة السعادة . مصر . 1323هـ .
135. مالك بن أنس الاصبحي ، الموطأ ، دار مجالس التذكير . الجزائر . ط 1 . 1424هـ / 2003م .
136. محمود محمد هشام ، القضاء ونظام الإثبات ، جامعة الملك سعود . الرياض . 1988م .
137. مصطفى حسن فتحي ، دعاوى الطلاق والطاعة ، منشأة المعارف . الإسكندرية . د ت .
138. بن ملحة الغوثي ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر . 2006 .
139. ابن المنذر ، الاجتماع ، تحقيق : فؤاد عبد المنعم ، دار الثقافة القاهرة . ط 3 . 1408هـ / 1987م .
140. منصور حسن حسن ، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية . ط 3 . الاسكندرية . 1996م .
141. ابن منظور جمال الدين ، لسان العرب ، دار المعارف ، القاهرة . د ت .
142. ابن نجيم و الحافظ النسفي ، البحر الرائق شرح كز الدقائق ، دار الكتب العلمية . بيروت . 1997م .

143. نشأت أحمد ، رسالة الإثبات ، دون معلومات نشر . ط 7 . د ت .
144. النشار محمد ، حق التعويض المدني ، دار الجامعة الجديدة . مصر . 2002م .
145. نصر سلمان و سطحي سعاد ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، 2003م .
146. النملة عبد الكريم ، الخلاف اللفظي عند الأصوليين ، مكتبة الرشد . الرياض . 1996م .
147. أبو النور زهير ، أصول الفقه ، دار المدار الإسلامي . ليبيا . 2001م .
148. النووي أبو زكريا يحيى ، شرح صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت . د ت .
149. نويهض عادل ، معجم المفسرين ، مؤسسة نويهض الثقافية . ط 1 . 1404هـ / 1984م .
150. ابن هشام ، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم ، تحقيق : محمد محي الدين . دار الفكر . بيروت . د ت .
151. هلال يوسف ابراهيم ، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين ، ديوان المطبوعات الجامعية . الاسكندرية . 1994م .
152. ابن الهمام كمال الدين ، شرح فتح القدير على الهداية ، دار الفكر . بيروت . د ت .
153. أبو الوفا أحمد ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية . ط 3 . 1998م .

الأوامر والقوانين:

- 1- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق: 8 جوان 1966م ، المتضمن قانون العقوبات .
- 2- الأمر رقم: 154/66 ، المؤرخ في 8 أوت 1966م ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية .
- 3- الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ، الموافق 19 فيفري 1970، المتعلق بالحالة المدنية .

- 4- الأمر رقم: 58/75 ، المؤرخ في : 20 رمضان 1395هـ ، الموافق 26 سبتمبر 1975م ، المتضمن القانون المدني .
- 5- الأمر رقم: 04/82 ، المؤرخ في : 13 فيفري 1982 ، المعدل للأمر 156/66 ، المتضمن قانون العقوبات .
- 6- الأمر رقم : 11/84 ، المؤرخ في : 9 رمضان 1424هـ ، الموافق 9 جوان 1984م ، المتضمن قانون الأسرة .
- 7- الأمر رقم: 02/05 ، المؤرخ في : 18 محرم 1426هـ ، الموافق : 29 فيفري 2005م المعدل والتمم للأمر رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة .
- 8- المرسوم التشريعي رقم: 59 الصادر في 17 سبتمبر 1959 ، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري .
- 9- القانون رقم 61 الصادر سنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني .
- 10- القانون رقم 2000/01 المعدل والتمم للقانون رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في مصر .
- 11- الأمر رقم 22/4/1 الصادر في: 12 ذي الحجة 1424 هـ ، الموافق: 3 فيفري 2004 المتعلق بتنفيذ الأمر رقم 70/03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية .

المجلات:

- 1- أبو البصل عبد الناصر ، مدى سلطة ولي الأمر في تنفيذ إيقاع الطلاق ، مجلة الحكمة ، العدد : العاشر-10- المدينة المنورة .
- 2- الزرقا مصطفى ، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل ، مجلة المسلم المعاصر ، العدد : السابع والعشرين 27 القاهرة . شوال 1401هـ - سبتمبر 1981 .
- 3- حكم الزواج العرفي وأهميته توثيق عقد الزواج بالكتابة ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة . العدد : السادس والثلاثين 36 المملكة العربية السعودية . 1418هـ .

الرسائل الجامعية :

- 1- رواقي فتيحة ، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه ، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر ، 1995م .

2- سطحي سعاد ، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، 1996م.

3- فكرة سعيد ، الشرط عند الأصوليين ، رسالة دكتوراه دولة في الفقه وأصوله ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، سنة 1997م.

مواقع الإنترنت :

WWW.ELCHAB.COM
WWW.ANNABAA.ORG
WWW.ALSONAN.NET

النفهارس

جامعة الأميين
القادر للعوم الإسلامية

فهرس الآيات

سورة البقرة		
الصفحة	رقمها	نص الآية
3	265	مثل الذين ينفقون أموالهم ابتغاء مرضات الله
12	282	واستشهدوا شهيدين من رجالكم
77	230	وإن طلقها فلا يحل له من بعد حتى تنكح
79	35	اسكن أنت وزوجك الجنة
141	233	والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين
157	237	وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن
180	228	هن لباس لكم وأنتم لباس لهن
169	187	وهن مثل الذي عليهن بالمعروف
215	227-624	للذين يؤلون من نسائهم
سورة آل عمران		
ج	18	شهد الله أن لا إله إلا هو
7	77	إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا
107	103	يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته
سورة النساء		
ج	41	فكيف إذا جئنا من كل أمة بشهيد وجئنا بك
8	135	يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط
28	06	وابتلوا اليتامى حتى إذا ما بلغوا النكاح
28	15	والتي يأتين الفاحشة من نسائكم
40	141	الذين يتربصون بكم فإن كان لكم فتح من الله
44	03	وإن خفتن ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا
78	25	فانكحوهن بإذن أهلهن
78	22	ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء

79	21-20	وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج
107	01	اتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام
112	59	يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله
179	34	واللاتي تخافون نشوزهن
179	35	وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا
180	127	وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا
سورة المائدة		
16	03	اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم
41	64	وقالت اليهود يد الله مغلولة
132	66	ويسعون في الأرض فسادا
12	106	يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر
سورة الأنعام		
11	57	قل إني على بينة من ربي
سورة الأعراف		
132	117	فوقع الحق وبطل ما كانوا يفعلون
سورة الأنفال		
4	30	وإذ يمكر بك الذين كفروا ليثبتوك
42	73	والذين كفروا بعضهم أولياء بعض
سورة هود		
3	120	وكلا نقص عليك من أنباء الرسل
21	103	إن في ذلك لآية لمن خاف عذاب الآخرة
84	79	لو أن لي بكم قوة أو آوي إلى ركن
سورة الرعد		
83	38	ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم
سورة الإسراء		

4	70	لقد كرمتنا بني آدم
04	27	يثبت الله الذين آمنوا
سورة طه		
11	133	وقالوا لولا يأتينا بآية من ربه
169	12	إني أنا ربك فاخلع نعليك
سورة الأنبياء		
132	22	ولو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا
سورة النور		
12	04	والذين يرمون المحصنات
21	08	ويدروا عنها العذاب أن تشهد
55	13	ولولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء
77	03	الزاني لا ينكح إلا زانية
89	32	وانكحوا الأيامن منكم
161	02	الزانية والزاني فاحلدا كل واحد منهما
173	22	ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة
183	06	الذين يرمون أزواجهم ولم يكن
سورة الروم		
83	21	ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم
سورة الأحزاب		
79	37	أمسك عليك زوجك
107	71	يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا
سورة الصافات		
80	22	أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم
سورة ص		
182	78	وإن عليك لعنتي إلى يوم الدين

سورة الشورى		
79	50	... أو يزوجهم ذكرانا وإناثا
سورة الزخرف		
33	86	ولا يملك الذين يدعون من دون الله الشفاعة
سورة الدخان		
79	54	وزوجناهم بحور
سورة الأحقاف		
141	15	ووصينا الإنسان بوالديه
سورة محمد		
85	18	فقد جاء أشراتها
سورة الحجرات		
47	06	يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ
72	12	يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن
سورة الذاريات		
80	49	ومن كل شيء خلقنا زوجين
84	40-39	فتولى بركته وقال ساحر أو ...
سورة الحديد		
10	25	ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات
سورة الطلاق		
13	02	فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف
سورة القيامة		
80	39	فجعل منه الزوجين الذكر والأنثى
سورة البينة		
10	04	وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد

فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث
7	شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك
8	ألك بينة؟ قلت: لا.
7	من رأى منكم منكرا فليغيره
9	إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون لدي
12	البينة أو حدا في ظهرك
16	لو يعطى الناس بدعواهم لأدى أناس دماء رجال
24	جاء رجل من حضرموت... قال ص ألك بينة؟ قال: لا. قال...
29	هل ترى الشمس؟ قال: نعم قال على مثلها فاشهد
32	خير الشهداء الذي يأتي الشهادة
33	انصر أخاك ظالما أو مظلوما
34	ألا إن في الجسد مضغة إذا صلحت
34	من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا...
34	لو سترته بثوبك لكان خيرا لك
41	لا ترث ملة ملة ولا تجوز شهادة ملة
42	... إيتوني بأربعة منكم يشهدون
44	لا نكاح إلا بشاهدين
44	لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل
47	لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية
62	رفع القلم عن ثلاث التائب من الذنب كمن لا ذنب
62	لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين
64	التائب من الذنب
72	من حدث بحديث ثم التفث فهي أمانة
79	إن من سنتنا النكاح

89	أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفيية ثم تزوجها
91	لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، فإن اشتجروا...
100	فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت
100	أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد
106	أنكحت عائشة رضي الله عنها... فقال صلى الله عليه وسلم أهيثم الفتاة؟
108	بارك الله لك أو لم ولو بشاة
108	الوليمة حق وسنة
108	لا بد للعروس من وليمة
108	شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء
110	كان يكره نكاح السر حتى يضرب
110	... وعي هذا وقولي بالذي كنت تقولين
110	يا عائشة هل كان معكم لهم؟
112	السمع والطاعة حق على المرء المسلم
157	من كشف خمار امرأته ونظر إليها
150	... لا حتى تذوق عسيلته، ويذوق عسيلتها
172	خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك
180	إجازة النبي صلى الله عليه وسلم سودة عن ليلتها
189	من عمل عملا ليس عليه أمرنا
191	لا صلاة لمن لم يقرأ بأم الكتاب
191	إنما الأعمال بالنيات
192	تزوج النبي صلى الله عليه وسلم امرأة... وقال ألحقي بأهلك
194	ارجع فصل فإنك لم تصل
194	مره فليراجعها ثم فليطلقها إذا طهرت
195	إن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثا
212	من النساء من ليس بينهن بينة

218	يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم
232	لا ضرر ولا ضرار

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الصفحة	طرف الأثر
30	قال شريح: القضاء حمر فيخه عنك يعودين
40	كان عبد الله بن الزبير يقضي شهادة الصبيان
47	أن رجلا سأل ابن عباس كم الكبائر؟ قال: هن إلى سبع مائة
53	قال عمر رضي الله عنه لا تجوز شهادة النساء في الطلاق
91	عن عائشة رضي الله عنها أنه لا بد في النكاح من أربعة
98	عن ابن عباس لا نكاح إلا بشاهدين وولي مرشد
100	أن عمر رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه..
107	قال ابن مسعود رضي الله عنه أتى رسول الله جوامع الخير
109	قول أبو هريرة رضي الله عنه أنتم العاصون في الدعوة
123	قول أبي بكر رضي الله عنه أطيعوني ما أطعت الله
153	قول عمر رضي الله عنه أعلنوا هذا النكاح وحصنوا هذه الفروج
157	قول زرارة قضى الخلفاء الراشدون أنه إذا أرخى الستور
159	قول عمر رضي الله عنه إذا أرخيت الستور وعلقت الأبواب
159	قول عمر رضي الله عنه ما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم
190	سئل عمران بن حصين رضي الله عنه... فقال بئس ما صنع طلق...
193	سئل جابر رضي الله عنه أفي الضبع؟ صيد قال نعم

الصفحة	العلم المترجم له
10	ابن فرحون
22	الكاساني
22	ابن عابدين
23	الدردير
23	الكشناوي
24	الحصني
25	البهوتي
25	الحجاوي
29	الصنعاني
29	وائل بن حجر
30	شريح
32	القرطي
40	عبد الله بن الزبير رضي الله عنه
41	الزهري
71	بلال بن رباح رضي الله عنه
71	ابن أم مكتوم رضي الله عنها
86	القارافي
88	ابن ابي ليلى
88	ابو ثور
103	ابن عاشور
106	محمد بن حاطب الجمحي رضي الله عنه
107	عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
132	الآمدي

133	الغزالي
133	السبكي
149	الليث بن سعد
180	سودة بنت زمعة رضي الله عنها
208	سحنون
210	ابن حبيب

جامعة أمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات:

الصفحة	الموضوع
	الشكر والتقدير
	الإهداء
أ-ط	مقدمة
74-1	فصل تمهيدي: مدخل للتعريف بمصطلحات البحث
3	المبحث الأول: ماهية الإثبات وأهميته
3	المطلب الأول: التعريف بالإثبات
3	الفرع الأول: مفهوم الإثبات
4-3	أولاً: التعريف اللغوي
6-5	ثانياً: التعريف الاصطلاحي
14-6	الفرع الثاني: أدلة الإثبات وحكمه
15	المطلب الثاني: أهمية الإثبات ومقاصده الشرعية
17-15	الفرع الأول: أهمية الإثبات في الفقه الإسلامي
19-17	الفرع الثاني: أهمية الإثبات في القانون
20	المبحث الثاني: ماهية الإشهاد وأنواعه
20	المطلب الأول: التعريف بالإشهاد
20	الفرع الأول: مفهوم الإشهاد
21-20	البند الأول: مفهوم الإشهاد لغة
22	البند الثاني: مفهوم الإشهاد اصطلاحاً
26-22	أولاً: مفهوم الإشهاد في الفقه الإسلامي
27-26	ثانياً: مفهوم الإشهاد في القانون
27-	الفرع الثاني: أدلة الإشهاد وحكمه
30-27	البند الأول: أدلة الإشهاد
35-31	البند الثاني: حكم الإشهاد

64-35	الفرع الثالث: خصائص الإشهاد
65	المطلب الثاني: أنواع الإشهاد
65	الفرع الأول: الإشهاد المباشر
69-65	الفرع الثاني: الإشهاد بالسمع والتسامع
71-69	الفرع الثالث: الشهادة على الشهادة
73-71	الفرع الرابع: شهادة الاستغفال
74-73	ملخص الفصل الأول
75	الفصل الأول: الإشهاد ودوره في إثبات الزواج، وأثر تخلفه عنه
76	المبحث الأول: طبيعة الإشهاد في عقد الزواج، ودوره في إثباته
76	المطلب الأول: طبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج
76	الفرع الأول: التعريف بعقد الزواج
76	البند الأول: التعريف بالعقد
82-77	البند الثاني: التعريف بالزواج
83	الفرع الثاني: حكم الإشهاد في إنشاء عقد الزواج
83	البند الأول: الإشهاد ركنا أو شرطا
85-84	أولاً: التعريف بالركن
88-85	ثانياً: التعريف بالشرط
88	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإشهاد على الزواج
92-88	أولاً: موقف الفقه الإسلامي
96-92	ثانياً: موقف القانون
97	الفرع الثالث: وقت الإشهاد والحكمة منه
97	البند الأول: وقت الإشهاد
98-97	القول الأول: عند العقد
100-99	القول الثاني: عند الدخول
103-101	ثالثاً: المناقشة والترجيح

105-104	البند الثاني: الحكمة من الإشهاد والإعلان في الزواج
105	البند الثالث: أدلة إعلان الزواج ووسائله
106-105	أولاً: أدلة إعلان الزواج
111-106	ثانياً: وسائل الإعلان
111	المطلب الثاني: دور الإشهاد في إثبات الزواج
123-111	الفرع الأول: دوره في الإثبات في حال الإقرار بالزواج
130-123	الفرع الثاني: دوره في الإثبات في حال إنكار الزواج
131	المبحث الثاني: الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في عقد الزواج
131	المطلب الأول: الحكم بفساد العقد وبطلانه
135-131	الفرع الأول: تعريف الفساد والبطلان
146-135	الفرع الثاني: التمييز بينهما في عقد الزواج الحال من الإشهاد
146	المطلب الثاني: نماذج من زيجات تخلف عنها الإشهاد
146	الفرع الأول: الزواج العربي
146	البند الأول: التعريف بالزواج العربي
147-146	أولاً: باعتباره مركباً إضافياً
148-147	ثانياً: باعتباره علماً
151-148	البند الثاني: حكم الزواج العربي
151	الفرع الثاني: نكاح السر
153-151	البند الأول: التعريف بنكاح السر
155-153	البند الثاني: حكم نكاح السر
155	الفرع الثالث: الخلوة
156	البند الأول: التعريف بالخلوة
159-157	البند الثاني: استحقاق المسلم بالخلوة
161-160	البند الثالث: التمييز بين الخلوة والدخول
162-161	ملخص الفصل الأول

163	الفصل الثاني: علاقة الإشهاد بإثبات انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه
165	المبحث الأول: طبيعة الإشهاد في انحلال الزواج
165	المطلب الأول: التعريف بانحلال الزواج
165	الفرع الأول: تقسيم الانحلال بحسب طبيعته
166-165	البند الأول: التعريف بالطلاق
167-166	البند الثاني: التعريف بالفسخ
168-167	البند الثالث: التمييز بينهما
168	الفرع الثاني: تقسيم الانحلال بحسب الإرادة المنشئة له
169	البند الأول: انحلال الزواج بإرادة الزوج
169	البند الثاني: انحلال الزواج بغير إرادة الزوج
170-169	أولاً: الخلع
184-170	ثانياً: التطليق
185	المطلب الثاني: حكم الإشهاد في انحلال الزواج
198-185	الفرع الأول: حكمه في الفقه الإسلامي
203-198	الفرع الثاني: حكمه في القانون
204	المبحث الثاني: دور الإشهاد في إثبات الانحلال، وأثر تخلفه عنه
204	المطلب الأول: دور الإشهاد في إثبات الانحلال
204	الفرع الأول: دوره في إثبات الانحلال في الفقه الإسلامي
208-204	البند الأول: دوره في إثبات الانحلال بإرادة الزوج
216-208	البند الثاني: دوره في إثبات الانحلال في القانون
229-217	المطلب الثاني: دوره في إثبات الانحلال في القانون
230-229	المطلب الثاني: الأثر المترتب عن غياب الإشهاد
238-230	الفرع الأول: إمكانية التعسف في إيقاع الانحلال
240-238	الفرع الثاني: استفحال ظاهرة الانحلال، وإمكانية إنكاره
244-241	خاتمة

2588-2645	فقه الصفة المصالح والمفاسد والمراجحة
2589	الفقه العرفي
2653-2660	فهرس الآليات
2665-2664	فهرس الأخطار
2677	فهرس الآثار
2669-2668	فهرس الأعلام
2744-2770	فهرس الموضوعات

مكتبة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جدول الصواب

الخطأ	الصواب	الصفحة
إنحلله	انحلله	ص ع
وجعلوا	جعل	20
أو	أم	20
الإصطلاحية	الاصطلاحية	20
لا يخرج	لا يخرج معناها عودة للسطر	20
الإستكشاف	الاستكشاف	22
المالكي	المالكية	23
الحنفية	الحنفية	23
يؤدي	تؤدي	24
الحنفي	الحنفية	24
هشرح	شرح	25
الاشهاد	الإشهاد	26
واتل ابن حجر	بن حجر	29
للمشهود	للمشهود	32
تسأل منه	يسأل عنه	33
استر	الستر	34
الاسلام	الإسلام	43