

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم: الحقوق



عنوان المذكرة

## الإشهاد في موضوعات الزواج والطلاق

مذكرة مكملّة لنيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف:

أ.د/ منصور رحمانى

من إعداد الطالبتين:

❖ أحمد شكاط ريان.

❖ الزيغدي ريان.

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

مشرفا ومقررا

مناقشا

أ.د/ بودفع علي

أ.د/ رحمانى منصور

أ/ جدع آمال

دورة سبتمبر 2022

## شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي ومشرفي الدكتور منصور رحمانى الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى كل أستاذة الحقوق الذين عملوا على تكويننا وتأطيرينا طيلة مرحلة الدراسات العليا.

أتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة مذكرتنا المتواضعة وحضورهم من أجل المشاركة في إثرائه.

## إهداء 1

أهدي مذكرتي إلى:

إلى روح أبي الطاهرة رحمة الله عليه.

إلى من أبصرت طريق حياتي، إلى الشامخة التي علمتني معنى الإصرار إلى أُمِّي الغالية

أطال الله في عمرها.

إلى أختي وسام وأختي مروة وابنها الكتكوت ساجد وإلى جميع عائلة ناصري.

وإلى كل عائلة الزيغد كبيرها وصغيرها.

وإلى كل زميلاتي في الدراسة وإلى كل صديقاتي وبالأخص وصال وغادة.

## إهداء 2

الحمد لله والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى وأهله أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى من قال الحق تعالى فيهما " قل ربي إرحمهما كما ربياني صغيراً " إلى من ساندتني وأنارت لي دربي بدعائها أُمي الغالية، ودون أن أنسى جدتي الغالية رحمها الله. إلى الرجل الأبرز في حياتي من علمني أن الدنيا كفاح واجتهاد ومثابرة وسلاحها العلم والمعرفة أبي العزيز.

إلى الذين كانوا وما زالوا عوناً وسنداً لي نذير، ابتسام، رمزي إخوتي.

إلى كل من شجعني على المثابرة وكان عوناً لي سواء من قريب أو من بعيد.

إلى من سعى لم يبخل علي بشيء من أجل دفعي إلى طريق النجاح.

إلى من صاغوا لي من علمهم حروفاً تنير لنا مسيرة العلم أساتذتي الكرام.

إلى كل هؤلاء أهدىكم هذا العمل، سائلين الله أن ينفعنا به ويمدنا بتوفيقه.

مقدمة

## مقدمة:

تعتبر مسألة الإثبات من أهم المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري ، حيث أنها تكتسي أهمية كبرى في مجال القضاء ، و قد عالج القانون طرق الإثبات بدقة باعتبار أنه الوسيلة الوحيدة للوصول إلى الحق فهو نظام قانوني يهدف إلى الكشف عن حقيقة قانونية ، إذ لا يمكن إثبات أية واقعة إلا أمام القضاء .

إن طرق و وسائل الإثبات متعددة و متنوعة لكن لكل دليل قيمته و مجالاته، على الرغم من توسع المجتمعات و تطور العصور، حيث نظم المشرع الجزائري أحكام الإثبات عن طريق شهادة الشهود في المواد 333 إلى 336 من القانون المدني الجزائري و المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يطلق على هذا النوع من الإثبات بالشهادة.

إن الشهادة من الوسائل المهمة في الإثبات و أعظمها مكانة و أقدمها استعمالا و لها مكانة عظيمة في الشريعة الإسلامية، حيث جعل الشرع الشهود شرطا لصحة أعظم العقود ألا و هو عقد الزواج، حيث يعتبر من العقود المهمة في حياة الإنسان، و لكي يثبت هذا العقد يعد حضور الشهود ضروريا لإخراج الزواج من الحدود السرية و إعلانه، و بناء على ذلك فلقد نظمت الشريعة و القانون و رعته أكثر من العقود الأخرى.

و يرى بعض العلماء أنه ينبغي إشهاد الشاهدين إذا تعلق الأمر بفك أقدم رباط و هو الزواج، أي بما أنه وجب توثيقه في عقد الزواج وجب توثيق انحلاله أيضا، فقال الله تعالى " فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف و أشهدوا ذوي عدل منكم " سورة الطلاق، الآية<sup>3</sup> و قد اختلف الفقهاء في هذا الموضوع حيث ذهب البعض إلى وجوب الإشهاد على الطلاق بينما يرى البعض الآخر يرى أن الطلاق يقع بغير إشهاد.

أسباب اختيار الموضوع :

اخترنا أن يكون موضوع بحثنا " الإشهاد في موضوعات الزواج و الطلاق " لسببين :

أحدهما ذاتي: إذ أن الطلاق من المسائل المهمة والموجودة في الواقع والحياة اليومية والتي اختلفت فيها آراء الفقهاء لاسيما في الإشهاد به، ورأينا الكثير من أحوال الطلاق التي تتم لأبسط الأسباب.

والآخر موضوعي: نظرا لأهمية البحث السابق ذكره وعدم اهتمام الباحثين بشكل كبير بالإشهاد سواء في الزواج أو الطلاق ولم نطلع على بحث كامل خاص يتحدث عن الإشهاد في الزواج والطلاق بشكل مستقل.

### أهداف الدراسة:

إن دراستنا لهذا الموضوع لها مجموعة من الأهداف أهمها:

- تحديد مفهوم الإشهاد في الزواج و الطلاق.
- بيان أثر تخلف الإشهاد في الطلاق شرعا وقانونا.

### الصعوبات:

- أثناء جمعنا للمادة العلمية المتعلقة بهذا الموضوع واجهتنا العديد من الصعاب كلها يتعلق بالوصول إلى المادة العلمية، وأبرز تلك الصعاب:
- قلة المراجع المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع.
  - صعوبة الوصول إلى المعلومة.
  - كل المراجع التي تتضمن موضوع الإشهاد عبارة عن جزئيات وبحوث قصيرة أي أن الموضوع لم يحظ بدراسة معمقة

### أهمية الدراسة :

يعتبر هذا الموضوع من المواضيع التي لها أهمية في الحياة الواقعية، والذي يثير إشكالا في الإشهاد على الطلاق حيث اختلفت آراء الفقهاء في هذا الموضوع، إذ الهدف الأسمى من الإشهاد هو تضيق دائرة الطلاق، وحفظ الحقوق، ومراعاة أحكام الشريعة.

ودراسة هذا الموضوع جد مهمة وهي بحاجة إلى المزيد من التعمق والبحث حيث نجد أن فيه العديد من الإشكالات الموجودة في القضايا المتعلقة وقد وجب الإشهاد للحد من بعض المحظورات، فإذا طلق الزوج و انتهت العدة ربما عاد إلى زوجته بغير عقد.

كما تظهر أهمية الموضوع في تزايد نسب الطلاق في المجتمع و ذلك ما يستوجب أن يقوم المشرع بدوره في جعل الشهادة طريقة من طرق الإثبات.

## المنهج المتبع:

- التحليلي: نظرا لطبيعة البحث وما يقتضيه من النظر في الآراء والأقوال الفقهية.
- الاستقرائي: من خلال استقراء النصوص من الكتاب والسنة فيما يخص الموضوع.

## الدراسات السابقة:

في عام 2006 قام المؤلف أحمد محمد علي داود، بتأليف كتاب القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، حيث تطرق إلى القضايا والأحكام الموجودة في المحاكم، ويشير إلى الاجتهاد القضائي والإجراءات المتبعة لحل هذه القضايا والمسائل.

في عام 2009 قام الطالب بوسفات علي هاشم، بإعداد مذكرة ماجستير في الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري حيث تحدث عن طرق إنهاء العلاقة الزوجية في القانون الجزائري.

في عام 2014 قام المؤلف لحسن بن الشيخ اث ملويا، بتأليف كتاب قانون الأسرة دراسة تفسيرية حيث تناول فيه تحليل النصوص القانونية الخاصة بقانون الأسرة الجزائري.

قامت الأستاذة رواق آمال بتأليف كتاب الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله حيث يتضمن دراسة بين الفقه الإسلامي و القانون وأثر الإشهاد في ترتيب الأحكام المترتبة عليه.

في عام 2011 قام الطالب خالد بن ناصر، بإعداد مذكرة ماجستير في التوثيق بالإشهاد و تطبيقاته في فقه الأحوال الشخصية، حيث تطرق إلى مفهوم التوثيق في الإشهاد و أدلته و مشروعيته و الجوانب التطبيقية بالإشهاد.

غير أن هذه المراجع تناولت الموضوع بشكل جزئي و لم تفصل في موضوع الإشهاد هذا.

**الإشكالية:**

أصبح معروفا للجميع أن الزواج لا يتم إلا بشاهدي عدل، فهل يشترط الإشهاد في موضوعات الطلاق كما يشترط في موضوعات الزواج؟

خصوصا وأن الآية الكريمة تأمرنا بذلك وما رأي الفقه في ذلك  
ما هي الأدلة التي استند إليها كل فريق

ما موقف القوانين المعاصرة من ذلك

هل يقع الطلاق دون إشهاد

**الخطة العامة:**

لدراسة هذا الموضوع رأينا أن يتم تناوله في مقدمة و فصل تمهيدي نفصل فيه بعض أحكام الشهادة و الشهود، وفصلين تعالج في الثاني الإشهاد في الزواج، و ي الفصل الثالث الإشهاد في الطلاق، وخاتمة على النحو التالي:

1. مقدمة

2. فصل تمهيدي: الأحكام العامة للشهادة

3. الفصل الأول: الإشهاد في الزواج

4. الفصل الثاني: الإشهاد في الطلاق

5. خاتمة

الفصل الأول:

الأحكام العامة

للسهادة

## الفصل الأول

### الأحكام العامة للشهادة

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة ودور الشهادة في العديد من المجالات، وذلك ما سندرسه في هذا الفصل الذي ينقسم إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الشهادة وأحكامها بينما يكون المبحث الثاني في مجالات الشهادة.

#### المبحث الأول: مفهوم الشهادة وشروطها

إن موضوع الشهادة من الموضوعات المهمة، ومن خلال هذا المبحث سنتعرف على تعريف الشهادة في المطلب الأول أما المطلب الثاني سنتطرق إلى شروط الشهادة و الشهود.

#### المطلب الأول : تعريف الشهادة وقيمتها في الإثبات

تعتبر الشهادة من أقوى البراهين و الأدلة في الشريعة الإسلامية وفي عقد الزواج الذي يعد من أهم أركانها كما هو الحال أيضا في قانون الاسرة الجزائري. سنتناول تعريف الشهادة لغة واصطلاحا وذلك من خلال تقسيمها الى فرعين:

#### الفرع الأول : تعريفها لغة و اصطلاحا

##### أولا : لغة

تطلق الشهادة في اللغة على عدة معاني أي أنها مصدر شهد، أي علم، ذلك على العلم أو الحضور فيقال شهدا شهدا أي حضورا، وهي أيضا مشتقة من المشاهدة بمعنى المعاينة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث للنشر، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ، 2000، ص239

ومن قوله تعالى: ( فمن شهد منكم الشهر فليصمه ) بمعنى شهد أو حضر و الشهادة خير قاطع تقول: منه شهد الرجل على كذا وربما شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف وبقولهم أشهد بكذا أي أحلف و التشهد في الصلاة معروف، ابن سيده " أشهد أن لا إله الا الله وأن محمد عبده ورسوله " وفي حديث ابن مسعود كان يعلمنا التشهد أي يريد تشهد الصلاة التحيات. <sup>1</sup> وللشهادة عدة معاني هناك الشهادة بمعنى الحلف لقوله تعالى: ( ويدراً عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين )<sup>2</sup>، الشهادة بمعنى العلم و الخبر و الشهادة بمعنى الحضور.

### ثانيا : اصطلاحا

استعمل الفقهاء لفظ الشهادة في وجوه كثيرة متوافقة مع الاستعمال اللغوي، فقد استعملوها في الإخبار بحق للغير على النفس، واستعملوا اللفظ في الموت في سبيل الله، وكما استعملوه في الإخبار بحق للغير على الغير في مجلس القضاء. <sup>3</sup> وعرفت الشهادة في المذاهب الفقهية ففيها جميعا لها نفس المعنى وهذا ما سنراه في المذاهب الأربعة الآتية:

الحنفية: عرفها ابن عابدين على أنها إخبار صدق إثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي المالكية: إخبار يتعلق بمعنى

الشافعية: إخبار شخص بحق غير بلفظ خاص.

الحنابلة: إخبار بما علمه بلفظ خاص.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ابن منظور، المرجع نفسه، ص 239

<sup>2</sup> - سورة النور، الآية 8

<sup>3</sup> - عبد الله صليبي عباس الكبيسي، الرجوع عن الشهادة وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2007، ص 18

<sup>4</sup> - مازن المصباح الصباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، مجلد 11، 2009، العدد 1، ص 3

و من بين هذه التعاريف نرى بأن تعريف الأحناف هو التعريف الأوضح و الأشمل من معنى الشهادات الأخرى ويتضح من شرح في اقو الهم ب " إخبار " هو تحرير نص من شخص إلى آخر عن طريق المعلومات سواء كان ذلك صحيحا أم لا.

أما قولهم " صدق " إضافة الأخبار أي صدق لإخراج الأخبار الكاذبة أي إضافة الخبر الى الحقيقة لإخراج الأخبار الكاذبة وكلماتهم لإثبات الحقيقة.

وبقولهم " قيد يخرج الإنكار حق يدعي به على المنكر. "

وبقولهم بلفظ الشهادة في مجلس القضاء " للدلالة على أن الشهادة لا بد أن تؤدى في مجلس الاخبار الصادقة التي تكون خارج مجلس القضاء.<sup>1</sup>

### ثالثا : تعريف الشهادة في القانون

لم يرد لها تعريف في التشريع الجزائري سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو في قانون الأسرة، كما أن شراح القانون نادرا ما تناولوا تعريف الشهادة.

و عرفها جميل الشرقاوي بأنها " الأقوال التي يدلى بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين. أو هي ما يدلى به في مجلس القضاء، وهي أن ينقل الشاهد أمام مجلس القضاء وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو رآها وسمعها.

نستنتج من هذه التعاريف أن كلها متشابهة المعنى لتعريف الفقهاء، ويؤخذ عن تعريف القانونيين ما يلي:

إن محل الشهادة هو الواقعة، أما بالنسبة للفقهاء فإن محل الشهادة هو الحق.

اشتراط القانونيون اليمين وهو شرط للشهادة في القانون، و الشرط لا يكون في التعريف<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر لطباعة والنشر، لبنان، الطبعة 4، 1999، ص 48

<sup>2</sup> - آكلي زازون، آمال حبار، الإشهاد في عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء

4، العدد 31، ص 16

## الفرع الثاني: قيمة الشهادة في الإثبات:

الشهادة وسيلة من وسائل الإثبات إلى جانب غيرها من الوسائل كالإقرار و الأمارات وهي من وسائل الإثبات المقيدة في القانون أي أنه لا يجوز الإثبات بالشهادة إلا في حالات معينة، و المتنبع لآيات القرآن

الكريم و السنة النبوية يجد الكثير من التفاصيل حول موضوع الشهادة سواء تعلق الأمر بفضلها، وشروطها، ومن تقبل شهادته ومن لم تقبل، و التحذير من شهادة الزور حيث هي من الكبائر ،وقد استنتج فقهاء الشريعة إسلامية مرجعية الشهادة في الإثبات بالكتاب و السنة ونوضح ذلك فيما يلي:

### الشهادة في القرآن الكريم :

وردت كلمة الشهادة في القرآن الكريم بصيغها المختلفة في مواضع كثيرة، بل إن أطول آية في القرآن الكريم وهي آية الدين في سورة البقرة تناولت الشهادة عدة مرات وأشارت إلى العديد من أحكامها، ومما ورد في القرآن الكريم عنها:

- 1 - قوله تعالى " وأشهدوا إذا تباعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد"<sup>1</sup> .
- 2 - وقوله أيضا : ( واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء )<sup>2</sup>.
- 3 - قوله تعالى : ( ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون. إلا الذين تابوا..<sup>3</sup>)

### الشهادة في السنة:

وردت أحاديث كثيرة جدا في موضوع الشهادة حتى خصص لها أصحاب السنن كتابا خاصا هو كتاب الشهادات، ومن الأحاديث النبوية الواردة في ذلك :

- 1 - قول الرسول -صلى الله عليه وسلم: " ألا أخبركم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته أو يحدثها قبل أن يُسألها"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - سورة بقرة 282

<sup>2</sup> - سورة بقرة 282

<sup>3</sup> - النور : 04-05

<sup>4</sup> - مسلم بن الحجاج النيسابوري- صحيح مسلم- دار طيبة للنشر والتوزيع - الرياض الطبعة الأولى 2006 ص1719.

2 - وقوله صلى الله عليه وسلم : " شاهداك أو يمينه "<sup>1</sup>

و من هذه النصوص و غيرها مما لم تورده هنا اتفق فقهاء الشريعة على حجية الشهادة واعتبروها من أهم طرق الإثبات كما ذكر ابن مفلح: الشهادة حجة الحق ولا توجيه " وقال أيضا الإمام القرافي: أول ما يفيد حجة في الإثبات الشهادة.<sup>2</sup>

وبهذا يتضح أن الشهادة لها قيمة كبيرة في إثبات الحقوق المشروعة وتنفيذها لايزال إلى يومنا هذا، وتقبل شهادة الرجال في بعض الأمور التي لا تقبل شهادة النساء ومن بينها الزنا يستوجب أن يكون هناك أربعة شهود رجال.

إن الشهادة لها دور كبير في الإثبات حيث يتم الاعتماد عليها في جميع المراحل ويلجأ إليها جميع أطراف الدعوة لأنها غالبا ما تكون محور القضية ولكي نتمكن من التعمق أكثر في إبراز قيمة الشهادة مثلا في المسائل الجنائية يجب علينا أولا معالجة أنظمة الأدلة المختلفة. ويعد نظام الإثبات أحد أكثر أنظمة العقوبات وجودا منذ زمن بعيد ، حيث مرت بثلاث مراحل أساسية سبقتها مرحلتان في التطور الاجتماعي:

1 - المرحلة السحرية :حيث لجأ السحرة و الكهان إلى الشعوذة واستخدام السحر لمعرفة ذلك.

2 - المرحلة الثانية : و المتمثلة في المرحلة الدينية وفيها لجأت البشرية إلى أساليب غريبة تدعي أنها مرتبطة بالقوى الخارقة التي كانت تؤولها لتدلها على الحقيقة .

3 - المرحلة الأخيرة : وهي مرحلة الأدلة البشرية حيث كانت الأدلة في أوج تألقها إلى أن انتشر التعليم وزاد اعتمادهم على الكتابة<sup>3</sup>.

من خصائص الشهادة أن لها مرجعية متعددة أي أن ما يثبت بها يعتبر ثابتا لجميع الناس بخلاف الإقرار لأنه صادر من غير الخصوم ولا مصلحة ومع ذلك تظل الشهادة من المسائل الواضحة ويرجع تقديرها إلى ضمير القاضي أي أنه ينظر إلى قيمتها الإقناعية أي أن الشهادة هي دليل على حقيقة معينة من خلال ما يقوله الشخص عما شاهده أو سمعه أو يمكننا أن

<sup>1</sup> - البخاري محمد بن اسماعيل - كتاب الشهادات باب سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة؟ قبل اليمين، صحيح البخاري دار ابن كثير دمشق بيروت ، الطبعة الأولى 2002.ص651

<sup>2</sup> - الدسوقي الشيخ محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ج4، ص 1135-

1313

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، مصر الإسكندرية، الجزء1، ص519

نقول أيضا أن الشهادة في حقيقة الأمر و هي أن يدرك بحواسه هذه الواقعة وسيط نقل أخلاقي بين وقائع الجريمة التي يشهدها الشاهد نفسه بين المحقق و القاضي و هذا الأخير يتأكد من صحة هذا النقل من خلال ما يستكشفه و يستخلصه بالاعتماد على قدرته الخاصة بعد دراسة شخصية الشاهد و تحليل عناصرها و مكوناتها و مبادئها.<sup>1</sup>

فالشهادة كغيرها ترجع إلى إدانة المحاكمة لها من خلال ما تتمتع به من سلطة تقديرية وعبر ما تسمعه من الشهادة ومدى توافقها مع الحقائق.<sup>2</sup>

إن المصادقية في الشهادة شيء و الإخلاص فيها شيء آخر أي أن الأمانة تعني أن الانطباعات التي تظهر على لسان الشاهد تتناسب مع الواقع وقد يكون الشاهد صادقا في شهادته إلا أنه يعطي انطباعا لا يرد بينها وبين الحقيقة فيكون غير أمين في شهادته مهما كان صادقا فيها.<sup>3</sup>

من خلال دراستنا نستنتج أن الإشهاد شرع لتحقيق مصالح العباد في الدنيا و الآخرة، وضبط معاملاتهم، وتوثيق الحقوق بينهم وقد عظم الله شأن الشهادة ورفع مكانتها وإضافتها لذاته عز وجل وجاءت أحكامه صريحة في الكتاب والسنة.<sup>4</sup>

## المطلب الثاني : شروط الشهادة والشهود

كل المواضيع التي يمكن أن يحدث فيها نزاع تحتاج إلى إثبات، وأينما كان الإثبات مطلوبا كانت الشهادة إحدى وسائل ذلك الإثبات، ولذلك نجد الشهادة في إثبات الحقوق المختلفة ومنها الحقوق المادية كالديون والرهنون و الحقوق غير المادية كالنسب، كما تستعمل في إثبات الجرائم والإبراء منها، وشذ قانون العقوبات الجزائري وقوانين أخرى حين رفض القبول بالشهادة في

<sup>1</sup> محمود محمد عبد العزيز، مناقشة الشهود واستجوابهم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الجامعة الحديثة للنشر، مصر، 2004، ص 70

<sup>2</sup> - محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، الأردن، 1991، ص 317

<sup>3</sup> - رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ص 77

<sup>4</sup> - قطاف خديجة، الاشهاد في الطلاق، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 12

إثبات جريمة الزنى، وق اختلفت التشريعات في صفة الشهود، من حيث العدد و الجنس و السن و الصفات ، ولكل تشريع فلسفته الخاصة في ذلك.

### الفرع الأول: شروط الشهادة

فبالنسبة للشريعة الإسلامية يتردد عدد الشهود بين شهادة امرأة واحدة كما هو الحال في بعض القضايا الخاصة بالنساء، وشهادة رجل وامرأتان، وشهادة رجلين، وشهادة أربعة شهود حسب المواضيع المختلفة، و لا تتطلب جميع العقود أكثر من شاهدين بالإضافة الى الأحاديث المنصوص عليها ويكون ذلك بحضور شاهدين " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. " <sup>1</sup>

و قد اختلفت تشريعات الدول العربية في شروط عدد الشهود كما يلي:

1 - القانون المغربي نص المشرع المغربي على شاهدين نص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 13 من قانون الاسرة. <sup>2</sup>

2 - القانون اللبناني نص القانون رقم 203 الصادر بتاريخ 02-03-1993 في المادة الرابعة أن يكون عمر الشاهد في الوثيقة الخاصة بالأحوال الشخصية ثماني سنوات وعشر سنوات.

أما الشريعة الإسلامية كما تقدم فإن عدد الشهود وجنسهم يختلف باختلاف القضايا المنظورة على النحو التالي:

أ - الأصل في عدد الشهود هو اثنين وردت بذلك عدة نصوص كقوله تعالى 5 وأشهدوا ذوي عدل منكم) وهناك نصوص أخرى تدل على هذا العدد وهو المطلوب في جميع القضايا بصفة عامة.

ب - شهادة رجل وامرأتين، وهو بديل عن الشاهدين إذا تعذر ذلك، لقوله تعالى: (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) <sup>3</sup>

ج - شهادة أربع شهود: وهذه مطلوبة في اللعان، وفي القذف، قال تعالى: ( وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ \* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ

<sup>1</sup> - محمد سمارة، احكام اثار الزوجية شرح مقارنة الأحوال الشخصية ' دار القافة للنشر، ط1، 2001، ص 66

<sup>2</sup> - بن شويخ رشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص82

<sup>3</sup> - البقرة: 282

بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ \* وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ {<sup>1</sup>، وقال في القذف: (و الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ۚ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)<sup>2</sup> .

## الفرع الثاني : شروط الشهود

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا خاصا بالشاهد، وإنما وضع له بعض الشروط التي يُعتقد أنها تساهم في التعبير عن الحقيقة و العدالة، وقد وصف الفيلسوف الإنجليزي "بنتام " الشهود بأنهم عيون العدالة وأذانها ، وللشاهد دور كبير في إظهار الحقيقة وثبوت الحق ويوجد عدد من الشروط .

### شروط الأهلية:

إن الأهلية شرط مشترك لا بد أن تتوفر في كل شاهد وكما سبق أن عرفنا أن الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، أما بالنسبة للسن فهو شرط في الشهادة لكل النزاعات المدنية و الجزائية أما المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية فتتص في فقرتيها الأخيرتين على أنه يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز وتقبل باقي الشهادات من ناقصي الأهلية وأيضا بالرجوع إلى نص المادة 241 من قانون الإجراءات المدنية تنص على نفس الأحكام أي أنه لا يجوز سماع القصر الذين لم يبلغوا سن التمييز، وتسمع شهادة القصر الذين بلغوا سن التمييز.

### شروط عدم القرابة .

نصت عليه المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، ولا يجوز شهادة زوج أحد الخصوم في القضية وهذا ما ذهب إليه المشرع التركي وذلك بمنع شهادة الأقارب من خلال نص المادة 251 فقرة 2 قانون الإجراءات التركي ومن خلال ذلك لا تجوز شهادة الأصول و الفروع، شهادة أحد الزوجين، شهادة الشريك و الكفيل وكما

<sup>1</sup>-النور: 06-10

<sup>2</sup>-النور الآية 4

نصت المادة 33 من القانون المدني الجزائري على أنه " تتكون دائرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد " <sup>1</sup> و قد فرضت الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد ، وهي مظنة لتحقيق العدالة فيما تقدم من أجله ومنها موضوعات الزواج و الطلاق كما سنرى في الفصل الثاني .

## شروط الشهود في الشريعة الإسلامية

### أولا : الإسلام

لقد اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في الشاهد، إذا كان المشهود عليه مسلما فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم لأن الشهادة فيها معنى الولاية، وهو تنفيذ القول على الغير ، ولا ولاية الكافر على المسلم ، فلا شهادة له عليه ، وتقبل شهادة المسلم على الكافر لأن المسلم من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم.

### ثانيا : العقل

لقد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل حال أداء الشاهد لشهادته، فلا تقبل شهادة غير العاقل أي المجنون و الدليل على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق " <sup>2</sup> ومن ذهب عقله بسكر كالسكران لأنه ليس بمحصص، ولا تحصل الثقة بقوله، ومن لا يعقل ولا يعرف الشهادة لا يقدر على أدائها.

### ثالثا : البلوغ

لقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم قبول شهادة الصبي المميز قبل بلوغه، وذهب الشافعية و الشيعة إلى قبول شهادة الصبيان المميزين على مثلهم في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها.

<sup>1</sup> مبروك حدة، شهادة الشهود في الاثبات دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون (القانون الجزائري والتركي) ، مجلة كلية

العلوم الإسلامية، العدد 8، 2017، ص23

<sup>2</sup> - رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد

### رابعاً : العدالة

و العدالة هي الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محذور دينه<sup>1</sup> ، وقد اتفق الفقهاء على شرط العدالة في الشاهد وقد جاء ذلك في قول الله عز وجل "وأشهدوا ذوي عدل منكم"<sup>2</sup> وقوله أيضاً " ممن ترضون من الشهداء "<sup>3</sup> و الشاهد المرضي هو الشاهد العدل. وهذا الشرط على أهميته البالغة فإننا لم نره ضمن الشروط التي يتطلبها القانون في الشهود.

### خامساً: البصر

لا تقبل شهادة الأعمى أي يشترط بصر الشاهد عند أداء الشهادة، وعند أبي يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته إذا كان بصيراً وقت التحمل، وهذا إذا كان المدعى شيئاً لا يحتاج إلى الإشارة إليه وقت الأداء.<sup>4</sup>

### سادساً: النطق

لا تقبل شهادة الآخر لأن مراعاة لفظ الشهادة شرط لصحة أدائها، ذهب جمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة في الراجح من المذهب إلى القول بعدم جواز شهادة الآخر وذلك لأن لفظ الشهادة شرط لصحة أدائها، حيث خالف المالكية وابن المنذر من الشافعية وقالوا بجواز شهادة الآخر إذا أداها بخطه أو بإشارة مفهومة.<sup>5</sup>

## المبحث الثاني : دواعي الشهادة وأهمية الإثبات ومقاصده الشرعية

### المطلب الأول : دواعي الشهادة

إن الشهادة لازمة لإثبات الحق لأن شخصية الناس مبنية على العدا و الظلم، وقد أمر الله تعالى بالمحافظة على المال وعدم تضییعه كما في قوله تعالى ( ولا تسرفوا إنه لا يحب

<sup>1</sup> - الجرجاني علي بن محمد - كتاب التعريفات - شركة القدس للتصوير - القاهرة الطبعة الأولى 2007 ص 241

<sup>2</sup> - سورة الطلاق، الآية 2

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 282

<sup>4</sup> - احمد محمد علي داود القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية، الجزء 1، الطبعة 1، دارالثقافة للنشر و التوزيع ، 2006 ، ص 104, 106, 105

<sup>5</sup> - حكمت محمد البسوس، الاشهاد على الطلاق و الرجعة و تطبيقاته في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، استكمال لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القضاء، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية غزة، 2010، ص 44

المسرفين)<sup>1</sup>، وقوله أيضا: ( ولا تبذر تبذيرا إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفورا )<sup>2</sup> وعندما نأتي لأطول آية في القرآن الكريم نجد حديثا مطولا عن حماية الدين ودور الشهود في ذلك:

( وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُوبَهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُوبَهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٣﴾ .

كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال بقوله كما روى المغيرة بن شعبة أنه سمعه يقول عند انصرافه من الصلاة لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ثلاث مرات قال وكان ينهى عن قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال ومنع وهات وعقوق الأمهات ووأد البنات<sup>4</sup> .

لهذا السبب شرعت الشهادة ليحافظ كل صاحب حقا على حقه وبالتالي فهي طاعة لله سبحانه وتعالى، وأنها أيضا تدعم الروابط الاجتماعية لأنها تمنع البعض من التعدي على حقوق الآخرين خوفا من أن يراهم أحد ويشهد ضدهم فيبقى الناس متناغمين ومحبين.

ومن خلال ذلك نرى أن الشهادة سبب لإحياء الحقوق وعدم إضاعتها وبقائها في أيدي أصحابها، ومنعها من الاستيلاء عليها ظلما وإنكارا و الشاهد يعلم أن أداءها عبادة لله تعالى لأنها جزء من إيمانه لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم"<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الأعراف: 31

<sup>2</sup> - الإسراء: 27

<sup>3</sup> - البقرة: 282

<sup>4</sup> - البخاري المرجع السابق كتاب الرقائق - حديث رقم 6473 ص 1611.

<sup>5</sup> سورة النساء الآية 135

من حكمة الله ان يجعل حياة الانسان حياة جماعية لأنه يفي بالضروريات التي يحتاجها وحده، ففي الحياة الاجتماعية يفي كل فرد بجزء من متطلباته مما يؤدي الى تلبية احتياجاته خلال هذا التعاون، قال الله تعالى " ورفعنا بعضكم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا "

و لا يستغني الناس عن بعضهم بعضا في هذه الحياة منذ أن وجد الإنسان نفسه على سطح الأرض حتى يرث الله الأرض ومن عليها، إلا أننا نجد هناك عداوات وهجمات ومن الأمور التي بعضهم يتعدى على البعض الآخر، يحاول الاستيلاء على الممتلكات بغير حق كما جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودمائهم ولكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر .

الشهادة وسيلة عظيمة لرد المظالم وإثبات الحقوق وإعادتها إلى أصحابها الشرعيين في حال الاعتداء عليهم، وتمكين من إنزال العقوبة على من يستحقها. <sup>1</sup>

إن الحكمة من الشهادة هي حفظ الحقوق فإذا لم يتم تشريعها فستفقد العديد منها بعدم القدرة على إثباتها لأصحابها، مما يتعارض مع مقاصد الشريعة في أن كل شخص يحصل على حقه من دون نزاع، لذلك فإن تشريعات الشهادة كانت استجابة لحاجة مقصودة ومصلحة محددة ولها فوائد عديدة. <sup>2</sup>

1. الشهادة هي إحدى الطرق التي تدعم الروابط الاجتماعية بين الناس وتقوي الروابط بينهم، وقد أمر الله عز وجل الناس أن يشهدوا لحقوقهم و الزمهم بالوفاء بها وعدم كتمانها لقوله تعالى "ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه أثم قلبه " <sup>3</sup>

2. الشهادة إحدى وسائل الإثبات التي يتم من خلالها إثبات الحقوق سواء كان ذلك لله او لعبده.

3. الشهادة انتصار لحق المسلم على غيره.

4. الشهادة لها مكانة عظيمة إذ بها تتضح الحقيقة ويزول الظلم.

<sup>1</sup> - محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، 1987، الجزء 2، ص 131-132

<sup>2</sup> - إبراهيم جاسم محمد، المجلة الاكاديمية العلمية العراقية، جامعة تكريت كلية التربية للبنات، علوم القرآن الكريم والتربية الإسلامية، ص 5

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 283

5. الشهادة مشروعة لإثبات الحقوق وحفظها لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن

تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعلمون خبيراً<sup>1</sup> وعن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها. " وقد تقدم تخريجه.

وقد تجلت حكمة الله تعالى في أنه شرع الحدود التي تلائم غرائز الناس حفاظاً على أجسادهم وعقولهم وكرامتهم وأموالهم ومن تكريمه أنه شرع طرقاً لوضع هذه الحدود و الحقوق عندما يتشاجر الناس حولها ومن هذه الأساليب الشهادة التي يستنتج بها القاضي الحقيقة ويحكم بموجبها بعد اتخاذ الاحتياطات لضمان عدالة الشهود وغيرهم وعدم وجود حجة قاطعة أو افتراضية تمنع تغليب حجية الشهادة في القضية.

ولأهميتها نادى القرآن الكريم بفضلها لقوله تعالى " لكن الله يشهد بما أنزل اليك انزله بعلمه و الملائكة يشهدون. "<sup>2</sup>

و يعد الإشهاد وسيلة من وسائل حفظ المقاصد الضرورية كحفظ المال أو النسب أو النسل ، فكانت مشروعية الإشهاد في التعاملات المالية لحفظ المال، ومشروعية الإشهاد في الزواج لحفظ النسب و العرض.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني : أهمية الإثبات و مقاصده الشرعية

يحتل الإثبات أهمية كبيرة في حل معظم المشاكل و النزاعات، و نظراً لهذه الأهمية لقد اهتم به الفقهاء قديماً وحديثاً و لذلك سنحاول في هذا المطلب دراسة كل من أهميته و أهم مقاصده.

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 13

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 166

<sup>3</sup> - خالد بن ناصر بن محمد الحبسي، التوثيق بالإشهاد وتطبيقاته في فقه الأحوال الشخصية، رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية الشريعة بجامعة ال البيت، 2011، ص 31

## الفرع الأول : أهمية الإثبات و أهم مقاصده في الشريعة الإسلامية

اعتنت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بإثبات الحقوق سواء كانت هذه الحقوق لله عز وجل أم لحقوق العباد، فوضعت الشريعة الإسلامية لكل حالة ما يناسبها و الأهمية التي أولتها لقواعد الإثبات من أجل صورها في قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل غير مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب و ليمل الذي عليه الحق و لتق الله ربه و لا

يبخس منه شيئاً فإن كان عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى" <sup>1</sup>

استنبط العلماء أنه لا يقبل قول إنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل لابد من وجود بينة وذلك من أجل إحقاق الحق و إقامة الميزان بالعدل بين الناس ولقوله تعالى: اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم "

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

لقد كان هذا من المتبع في فصل الخصومة في ضوء ما كان ضوء الشريعة قد داع في شبه الجزيرة العربية و غيرها من المناطق التي فتحت منذ خمسة قرون في البلاد الإسلامية و التي كانت ومازالت شرفها العدل و السلام بفضل مبادئها القوية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة ، الآية 282

<sup>2</sup> رواق امال، الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله، نوميديا للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص35

## الفرع الثاني : أهمية الإثبات في القانون الوضعي

يحتل الإثبات أهمية كبيرة من الناحية العملية ففي الواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه<sup>1</sup>، و لذلك قيل أن الحق ذا لم يقم عليه الدليل يصبح عند المنازعة فيه هو و العدم سواء و أن الدليل هو الذي يحمي الحق و يجعله مفيدا.

إن الإثبات القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون و قد كان الإثبات القضائي مقيدا الى هذا الحد فإنه ينصب على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها فمحل الإثبات إذا ليس هو حق المدعي وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر و الواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام.

نسنتج مما سبق أن نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية و أكثرها تطبيقا في الحياة العملية أي هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية.<sup>2</sup>

و تزداد أهمية الإثبات في المواد الجزائية ذلك بأن الجريمة تضر بأمن المجتمع فتتسأ عنها سلطة للدولة في تتبع الجاني لتوقيع العقوبة عليه، كما أن الجريمة واقعة تنتمي إلى الماضي و من غير الممكن أن تعانيتها المحكمة بنفسها و من ثم تستعين بوسائل تعيد أمامها شريط الأحداث اللاحقة.

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

البعض منها يضع قواعد الإثبات الموضوعية و الشكلية معا في تقنين المرافعات، و البعض أفرد قواعد الإثبات جميعا الموضوعية منها ، أما الطائفة الثالثة اتجهت إلى وضع القوانين الموضوعية في الإثبات ضمن القانون المدني و القواعد الإجرائية ضمن قانون المرافعات كما فعل القانون الفرنسي و تبعته في ذلك الشرائع الغربية<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أبو الوفاء أحمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات، نشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1998

<sup>2</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، 1968، ص 15-16

<sup>3</sup> بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 32

# الفصل الثاني:

## الإشهاد في الزواج

إن اشتراط الشهادة في عقد الزواج الذي يعتبر عقدا أساسيا دون غيره من العقود ويدل ذلك على مدى الاهتمام بالزواج كعقد ونظام وقاعدة اجتماعية وسوف نعالج تلك المواضيع في مبحثين نتناول في الأول منهما الإشهاد في عقد الزواج ونتناول في الثاني الإشهاد على بعض آثار العقد.

### المبحث الأول : الإشهاد في عقد الزواج

اتفق الفقه على أن الشهادة في عقد الزواج شرط شكلي يدخل في إبرام العقد خلافا للشهادة في العقود الأخرى التي يكون فيها مجرد وسيلة للإثبات وشرط للشهادة.

#### المطلب الأول: طبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج

سنتناول في هذا المطلب تعريف العقد و الزواج وحكم الإشهاد فيه وهل الشهادة على عقد الزواج شرط أم ركن.

#### الفرع الأول : تعريف عقد الزواج

قبل تناول الإشهاد في عقد الزواج ، سنتطرق أولا للتعريف بعقد الزواج

#### أولا : التعريف بالعقد

##### لغة:

وهو الجمع بين الطرفين أو يعرف بأنه اتفاق بين طرفين يلتزم كل منهما بمقتضاه، وعرف أيضا على أنه ما يمسك الشيء ويوثقه كعقد الزواج و عقد البيع.<sup>1</sup>

##### اصطلاحا :

هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب و القبول شرعا،<sup>2</sup> ويظهر الاستعمال الاصطلاحي للعقد في مجال العلوم القانونية ويعرف أنه توافق بين إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء تعديل أو إنهاء التزام.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الفيومي أحمد محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2000، ص275

<sup>2</sup> الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص129

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات، ط5، 2007، ص41

## ثانيا : التعريف بالزواج و النكاح

### التعريف بالزواج لغة:

هو الاقتران و الازدواج و الارتباط يقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، قرنه به، لقوله تعالى " كذلك وزوجناهم بحور عين. <sup>1</sup>"

الزوج هو خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد، وزوج الشيء بالشرع.

الزواج يراد به كل من الرجل و المرأة اللذين تم العقد بينها، على استمتاع كل واحد منهما بالآخر <sup>2</sup>

وقال الله سبحانه و تعالى "أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم وما كانوا يعبدون" <sup>3</sup> أي أقرانهم المعتدين بهم في أفعالهم وقال الله تعالى " ومن كل شيء خلقنا زوجين" <sup>4</sup> من حيث أن له مثيلا أو ضدا <sup>5</sup>

ويطلق الزوج على الذكر و الأنثى لقوله تعالى " وقلنا يا آدم أسكن أنت و زوجك الجنة" <sup>6</sup>

### تعريف الزواج اصطلاحا:

لفظ الزواج هو اللفظ المستعمل لدى قوانين الأحوال الشخصية وشراحه على أن الزواج هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع. <sup>7</sup>

## ثالثا : تعريف النكاح

### لغة:

قال ابن فارس و غيره أنه يطلق عليه تارة الوطء وقيل نكحتها إذا وطئتها أو تزوجتها ويقال للمرأة حلت فانكحي بهمة وصل أي فتزوجي، ويقال أيضا تتاكحت الأشجار إذا انضم بعضها

<sup>1</sup> سورة الدخان، الآية 54

<sup>2</sup> قلعجي محمد رواس، قني حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس الأردن، ط 3، 1988 ص 234

<sup>3</sup> سورة الصافات، الآية 22

<sup>4</sup> سورة الذاريات، الآية 49

<sup>5</sup> الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار عمار، الأردن، الطبعة 1، 1996، ص 142

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 35

<sup>7</sup> زازون أكلي حبار امال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، حوليات الجزائر 1، ج 4، العدد 31

على بعض، أو من نكح المطر الأرض إذا اختلط بترابها وعلى هذا فيكون النكاح مجازاً في العقد و الوطء جميعاً، ويطلق النكاح تارة على العقد تقول نكحتها ونكحت هي أي تزوجت، و إذا قالوا نكح فلانة أرادوا تزويجها و العقد عليها، وإذا قالوا نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا المجامعة.<sup>1</sup>

و لم يرد لفظ النكاح بمعنى العقد إلا بوجود قرينة تدل على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " فانكحوهن بإذن أهلهن"<sup>2</sup> أي اشتراط إذن الأهل قبل العقد.

### اصطلاحاً:

- عند الحنفية عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً.
- الشافعية عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ نكاح أو تزويج.
- الحنابلة عقد يعتبر فيه لفظ النكاح أو تزويج في الجملة و المعقود عليه منفعة الاستمتاع.
- وعرفه أبو زهرة من المعاصرين على أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما من حقوق وما عليها من واجبات .
- وقد اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح إلى ثلاثة آراء:
- 1- الرأي الأول:** أن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد وهو ما ذهب إليه الحنفية في الصحيح و الشافعية في الأصح وبعض الحنابلة.
- 2- الرأي الثاني:** أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء وهو ما ذهب إليه المالكية و الشافعية في الأصح و الحنابلة في الصحيح.
- 3- الرأي الثالث:** أنه حقيقة في كل من العقد و الوطء وهو رأي عند الحنابلة على أنه مشترك لفظي فيهما، أو مشترك معنوي فيهما.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بخيت حميد اللهيبي، حضور الشهود في عقد النكاح في الفقه الإسلامي، حويليات كلية الدراسات الإسلامية للبنات،

الإسكندرية ، العدد 35، ص 596

<sup>2</sup> سورة النساء الآية 25

<sup>3</sup> بخيت حميد اللهيبي، المرجع السابق، ص 597

## الفرع الثاني : طبيعة الإشهاد في عقد الزواج

رغب الإسلام في الزواج وجعله آية من آياته لقوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لقوم يتفكرون "<sup>1</sup> وسنة من سنن الأنبياء وأنهم القدوة التي يجب علينا أن نقتدي بهادهم لقوله سبحانه وتعالى " ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلناكم أزواجا وذرية وما كان لرسول أن يأتي بآية إلا بإذن الله لكل أجل كتاب "<sup>2</sup> ولأجل ذلك جعل له أحكاما وأركاناً منتظمة ونضبطه لتمييزه عن غيره من العلاقات وجعل له شروطا ترتقي به من مجرد علاقة بين رجل وامرأة إلى ميثاق غليظ بينهما ومن بين هذه الضوابط التي جعلها الشارع له، الإشهاد الذي يعتبر بمثابة إقرار لما أمضاه الولي و الزوجان وإذا كان عقد الزواج بحاجة إلى إشهاد فهل هو ركن من أركان إنشائه أم شرط وهذا ما سنتطرق إليه<sup>3</sup>

### أولا الإشهاد على الزواج ركن أم شرط :

سنتناول في هذا العنصر مفهوم الركن و الشرط وذلك لمعرفة حكم الإشهاد في عقد الزواج

#### التعريف بالركن:

#### لغة

هو الجانب القوي في الشيء وهو الشيء فيقال حبل ركين أي له أحبال عالية، وهو يأوي إلى ركن شديد<sup>4</sup>، لقوله تعالى: (لو أن لي بكم قوة أو آوي إلى ركن شديد) <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة الروم، الآية 21

<sup>2</sup> سورة الرعد، الآية 38

<sup>3</sup> رواق امال، المرجع السابق، ص 116

<sup>4</sup> الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 132

<sup>5</sup> سورة هود، الآية 80.

### اصطلاحاً:

هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته وقيل هو ما يتم به الشيء وهو داخل به، و الماهية هي الحقيقة الكلية المعقولة<sup>1</sup>.

وقد عرف علماء أصول الفقه الركن بتعريفات كثيرة مختلفة نذكر منها:

عرفه البزدوي بقوله هو ما لا وجود للشيء إلا به.

عرفه مراقي السعود أن الركن هو جزء الذات.

عرفه أبو النور هو ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود مع كونه داخلاً في الماهية<sup>2</sup>.

ومن هذه التعاريف نستنتج أن الركن هو ما كان جزءاً من حقيقة الشيء غير أن وجوده لا يستلزم وجود الشيء إلا أن انعدامه يترتب عليه عدم الوجود، ومثال على هذا الإيجاب و القبول في عقد الزواج فهي أجزاء ماهية الزواج و وهي أركان يترتب على وجودها وجود الزواج و بانعدامها تكون منعدمة.<sup>3</sup>

### التعريف بالشرط

#### لغة:

الشرط بتسكين الراء هو الإلزام وإذا كان بفتح الراء فهو العلامة، وإذا قيل أشرط فلان نفسه لفعل شيء أي أعملها وأعدها له ومنه سمي الشرط لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها الواحد شرطاً وشرطي<sup>4</sup>، وقد تنوعت تعريفات الأصوليين للشرط حسب هذا الشرط اللغوي.

### اصطلاحاً:

لقد عرف علماء أصول الفقه الشرط بتعريفات متنوعة في عبارات متقاربة في معانيها فالشرط إما أن يكون شرعياً وهو ما كان مستقداً من الشرع كجعل طهارة الأعضاء من النجس شرط لصحة الصلاة، أما الشرط العقلي: هو ما كان مرده إلى العقل أما الشرط الثالث و الأخير هو

<sup>1</sup> عبد كريم نملة، المرجع نفسه، ص 1963

<sup>2</sup> أبو النور زهير، أصول الفقه، دار المدار الإسلامي، ليبيا، 2001، ج 1، ص 119

<sup>3</sup> رواق آمال، المرجع السابق، ص 118

<sup>4</sup> الرازي أبو بكر، المرجع السابق، ص 169

الشرط العادي هو ما كان مرد اشتراطه إلى العرف أو العادة كما في اشتراط الغداء شرطا لبقاء الحياة و الحيوانات.

إن هذه التعريفات يجمعها معنى واحد للشرط وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته، فيحترز القول الأول بقولهم ما يلتزم من عدمه العدم عن المانع فإنه لا يلتزم من عدمه شيء أما القول الثاني بقولهم ما يلتزم من وجوده وجود ولا عدم عن السبب فإنه يلتزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، أما القيد الثالث بقولهم لذاته عن مقارنة الشرط وجودا للسبب فإنه يلتزم من وجوده الوجود لكن لا لذات الشرط وإنما لذات الوجود و السبب.<sup>1</sup>

و من مجموع التعريفات يمكننا ملاحظة أنها تجتمع في نفس المعنى و بالمقارنة بين الشرط و الركن، فإن الركن ما يتوقف عليه وجود الحكم ، و يكون جزءا من ماهيته ، أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجد الحكم و يكون خارجا على حقيقته و ماهيته، و يظهر من هذا أن الركن و الشرط يتفقان بأن كلاهما يتوقف عليه وجود الحكم ، و إذا نقص الركن أو الشرط بطل أو فسد الحكم.<sup>2</sup>

## ثانيا : موقف الفقه الإسلامي والقانون من الإشهاد في الزواج

### موقف الفقه الإسلامي:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإشهاد في عقد الزواج ليس ركنا وإنما أطلقوا عليه في بعض الأحيان تسمية الركن إلا أن المقصود منها الشرطية لا الركنية.<sup>3</sup> انقسم الفقهاء في اعتبار الشهادة شرط لصحة عقد الزواج فهناك من قال أنها شرط لصحته و هنا من قال بخلاف ذلك، وهذا ما اختلف فيه فقهاء الشريعة في مسألة الإشهاد إلى مذهبين

### المذهب الأول:

الشهادة شرط لصحة عقد الزواج وهو قول الإمام أبي حنيفة، الشافعي، و المشهور عن الإمام أحمد<sup>4</sup>، وقال به من الصحابة أمير المؤمنين، علي وعبد الله ابن عباس رضي الله عنهم.

<sup>1</sup> عبد السلام عبد الفتاح محمد عفيفي، مفهوم الشرط عند الأصوليين وأثره في الفروع الفقهية، العدد31، الجزء 4، 2017،

كلية الريعة والقانون دقهلية، ص1940/ 1941

<sup>2</sup> عبد الكريم النملة، المرجع السابق، ص 404

<sup>3</sup> بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر، ص 61

<sup>4</sup> ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار أشرية، الجزء2، ص 17

أدلتهم: استدلووا بعدة أحاديث على اشتراط الشهود في عقد النكاح منها ما روي عن عائشة رضي الله عنها

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل، وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له<sup>1</sup>.

عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما قل أو كثر<sup>2</sup>.

### المذهب الثاني:

الشهادة ليست شرطاً لصحة عقد الزواج وهذا قول الإمام مالك، داوود الظاهري، وقال الإمامية يستحب الإشهاد على الزواج ولا يجب<sup>3</sup> أدلتهم: بقوله تعالى " فانكحوا ما طاب لكم من النساء"<sup>4</sup> وقوله أيضاً "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"<sup>5</sup>، و النكاح من العقود التي يجب الوفاء بها دون شهود.

عن أنس بن مالك رضي الله عنه اشترى الرسول صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس فقال الناس ما ندري اتزوجها رسول الله أم جعلها أم ولد، فلما أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها، ووجه الاستدلال على أنهم لم يستدلووا تزويجها إلا بالحجاب مما دل على عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح<sup>6</sup>.

### موقف القانون:

لقد نص قانون الاسرة الجزائري على أن حضور الشاهدين من بين أركان الزواج في المادة 9 التي تنص على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين، بولي الزوجة، وشاهدين وصادق، وهذا خلاف ما اتفق عليه الفقهاء ويمكن أن يكون المشرع الجزائري قد اعتمد فيما ذهب إليه على

<sup>1</sup> البيهقي أبو بكر السنن الصغير، أحمد قباي كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة 1،

1992، ج10، ص 10

<sup>2</sup> عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، عون القاري بالتعليق على شرح السنة للبرهاري، مركز عبد العزيز الراجحي للاستشارات والدراسات، السعودية، ط1، ج1، ص9

<sup>3</sup> محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، دار العلم للملايين، ط6، بيروت، 1976، ص 297

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 3

<sup>5</sup> سورة المائدة، الآية 1

<sup>6</sup> عبد المحسن بن حمد العباد البدر، شرح سنن أبي داود، العبادات الإسلامية، ج 1، ص15

الحديث الشريف الذي روته السيدة عائشة رضي الله عنها " كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب، وولي، و شاهدي عدل.<sup>1</sup>

بالنظر الدقيق للموقف الذي اعتمده المشرع الجزائري في نص المادة 9 نجد أنه اعتبر الشهادة ركنا من الأركان مخالفا للرأي الفقهي المتفق عليه من العلماء في اعتباره شرطاً كما القول في اعتباره ركنا مما يتوافق مع مقاصد الشريعة، وإن اعتباره شرطاً للصحة لا يتنافى مع مقاصد الشريعة وهذا هو المتفق عليه لدى الفقهاء.

وبالنظر إلى التضارب الناتج في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري الذي يجعل حضور الشاهدين ركنا من أركان الزواج وحيث نجد أن المشرع يعبر في مواده أن الإشهاد ركن ثم لا يترتب على فقدانه عن غيره من الأركان البطلان، في حين نجد أنه إذا انعدم الأشهاد مع ركن آخر كالولي أو الصداق فإنه يترتب عليه البطلان.

إن المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة أخذ بعين الاعتبار كل ما سبق إذ نص في المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

تنص المادة 13 من المدونة المغربية أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - سماع العدلين.

- التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين.<sup>2</sup>

أما عن طبيعة عقد الزواج فقد ذهب السنهوري عبد الرزاق إلى أنه " عقد رضائي وليس عقدا شكليا لأن الشهادة عنده أمر زائد على أصل التراضي بين الزوجين ولأن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج إذ يكفي فيه القبول بالإيجاب ويكون الرضا مع المتعاقدين منشأ.<sup>3</sup>

ينفي الشارع الحكيم اعتبار عقد الزواج ولا يترتب عليه أحكامه بمجرد تراضي الطرفين وإن كان الرضا أساسا فيه عند الجمهور، إذا انعقد الزواج يتم بتحقيق أركانه وشرائط انعقاده إلا أنه لا تترتب عليه الآثار الشرعية إلا بشهادة الشهود.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سبق تخريجه، ص 124

<sup>2</sup> رواق آمال، المرجع السابق، ص 127/128

<sup>3</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، 1968، ج1، ص 150

<sup>4</sup> السيد سابق، فقه السنة، دار الفتاح الإعلامي، مصر، ط1، 2000، ج2، ص39

### الفرع الثالث : وقت الإشهاد و الحكمة منه

إن عقد الزواج من العقود المهمة بخلاف سائر العقود فإن الإشهاد عليها في رأي الجمهور مندوب غير لازم، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في وقت لزومها.

#### أولاً: وقت الإشهاد

اتفق الفقهاء على أن الشهادة شرط من الشروط لكن قد اختلفوا في ذلك مما أدى إلى وجود رأيين وهما كالتالي:

- **الرأي الأول:** ذهب الحنفية و الشافعية والحنابلة إلى أن الشهادة شرط لصحة العقد فإن لم يقع الإشهاد وقع العقد باطلاً<sup>1</sup>، والزواج لا ينعقد عند الجمهور إلا ببينة ولا ينعقد إلا بوجود الشهود حال العقد وذهبوا إليه بما يأتي: عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " وقال أيضاً " لا بد للنكاح من أربعة الولي، الزوج، شاهدان "

إن اشتراط الشارع للشهادة في النكاح قد رسم طريق الإعلان ولم يترك أمره من غير حدود، وقد نفى الرسول صلى الله عليه وسلم النكاح من غير شهود دليل على أن الشهادة أمر لا بد منه وإنها كافية للإعلان<sup>2</sup>.

- **الرأي الثاني:** ذهب الإمام مالك رحمه الله على أن الشهادة ضرورة لا بد منها لكنها ليست شرطاً لإنشاء العقد إذ لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد. قال الإمام القرافي مجيباً على أدلة الجمهور وذلك بعدة وجوه:

- أن النفي دائر بين القضاء والفتوى.
- أنه دائر بين العقد والدخول.
- أن الصداق مذكور مع عدم شرطية العقد
- أن النفي في النصوص التي استند إليها الجمهور يحمل على الكمال وإذ ثبت بأنه ليس شرطاً في الصحة، ولقد احتج المالكية لتأكيد صحة ما ذهبوا إليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص 37

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، مصر، 92

<sup>3</sup> الشفقة محمد البشير، فقه الأحوال الشخصية، دار القلم، دمشق، ط1، 2003، ج3، ص 159

ما روى عن عائشة رضي الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال "أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه الدفوف".

ما روي عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال هذا نكاح السر، لا أجيئه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت".

### ثانياً: الحكمة من الإشهاد والإعلان عليه

إن الشهادة لازمة لإثبات الحق لأن شخصية الناس مبنية على العداء والظلم وهي سبب لإحياء الحقوق وعدم إضاعتها لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم"<sup>1</sup>. عظم الله

شأن الزواج في الإسلام لقوله تعالى: " وأخذنا منكم ميثاقاً غليظاً"<sup>2</sup> وخطورة آثاره على كل من الرجل والمرأة والأولاد هذا ما جعله جدير بأن:

- يداع أمره ويشهد الناس تكريماً له.<sup>3</sup>
- العلاقة الزوجية علاقة اجتماعية فمن حق هذه العلاقة أن يقرها وأن يشهرها وأن يعترف بها.
- الشهادة في الزواج تعتبر خبراً مانعاً للظنون وقطعاً السنة السوء.
- الشهادة تعتبر وسيلة لإثبات عقد الزواج وذلك توثيقاً لأمره، ويمكن أن يشهدوا به أمام القضاء.
- التمييز بين الحلال والحرام يكون بالإشهاد والإعلان على الزواج أي شأن الحلال والإظهار وشأن الحرام التستر.

### المطلب الثاني : دور الإشهاد في إثبات عقد الزواج

اهتمت الشريعة الإسلامية بالشهادة حيث اعتبرت وسيلة من وسائل الإثبات كما عرفها ابن المفلح على أن "الشهادة حجة الحق لا التوجيه"<sup>4</sup>

في الوقت الحاضر أولت التشريعات القانونية أهمية كبيرة لمسألة تسجيل عقد الزواج وتوثيقه بعد انتشار ظاهرة الزواج العرفي خاصة أن مثل هذه العقود قد سببت مشاكل قانونية

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 135

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 21

<sup>3</sup> بكري محمد عزمي، موسوعة الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 2002، ج1، ص115

<sup>4</sup> الدسوقي الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ج4، ص 1135

واجتماعية، ووفقا لما سبق سنتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول دور الإشهاد في حال الإقرار بالزوجية والفرع الثاني دراسة دور الإشهاد في حال إنكار العلاقة الزوجية

1

### الفرع الأول: دور الإشهاد في الإثبات في حال الإقرار بالزوجية

بينت الشريعة الإسلامية أركان وشروط الزواج إذ لم تشترط تسجيله فيكفي لانعقاده الإيجاب والقبول شفاهة بحضور ولي الزوجة وشاهدين وقد يترتب عن عدم التسجيل مشاكل متعددة كادعاء الزوجية بطلانا، أو التهرب من الحقوق، قال الرسول صلى الله عليه وسلم " على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره إلا أن يؤمر بمعصية فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" <sup>2</sup> وقانون الأسرة شأنه شأن القوانين العربية الأخرى حيث نصت المادة 18 من قانون الأسرة على <sup>3</sup> أنه يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري <sup>4</sup> على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين معا، الولي، الشاهدان، الصداق، مع انعدام الموانع الشرعية للزواج.

أما البيانات التي تسجل في عقد الزواج أن قانون الأسرة لم يتضمن أي نص يتضمن عناصر أو بيانات عقد الزواج غير أن المادة 79 من قانون الحالة المدنية نصت على أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بأن الزواج قد تضمن الشروط المنصوص عليها في القانون كالتالي:

- ألقاب وأسماء وتواريخ ومحل ولادة الزوجين
- ألقاب وأسماء ولي كل منهما.
- ألقاب وأسماء وأعمال الشهود.
- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء.
- الإعفاء من السن الممنوع من قبل السلطات إذا لزم الأمر <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> رواق آمال، المرجع السابق، ص146.

<sup>2</sup> البخاري محمد إسماعيل، كتاب الأحكام باب السمع و الطاعة ج9، ص78

<sup>3</sup> الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404، المتضمن قانون الأسرة

<sup>4</sup> الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1926 المعدل والمتمم للأمر 11/84 المتضمن قانون الأسرة

<sup>5</sup> الأمر 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1383، الموافق ل 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية

كل هذا يتم بتسجيل ضابط الحالة المدنية أو بموجب عقد توثيقي وقد نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أنه تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج وكذلك مجموع الوثائق التي يجب أن يتقدم بها كل الزوجين لإجراء العقد بصفة رسمية وهي كالتالي:

- شهادة ميلاد الزوج والزوجة أو بطاقة التعريف أو دفتر العائلي للأبوين إذا انعدم وجود الشهادة.

- شهادة إقامة الزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية.

- شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة 7 من قانون الأسرة أو الوكالة المكتوبة بصفة رسمية من قبل الزوج طبقا لنص المادة 20 قانون الأسرة.<sup>1</sup>

- نسخة عن وفاة الزوج السابق إن وجد.

إن تسليم دفتر عائلي إلى الزوجين يكون مثبتا للزواج إذا كان العقد قد أبرم أمام ضابط الحالة المدنية وإرسال ملخص عن العقد خلال ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية ليقوم بتدوين العقد في سجل عقود الزواج<sup>2</sup>، وكذلك لتسهيل العملية على الزوجين لاسيما إذا احتاج أحدهما أو كلاهما إلى إثبات الزواج من أجل الحصول على منافع يمنحها القانون لهما ولأولادهما.

إذا تم الزواج وكان مشتملا على جميع أركانه وشروطه فلا يعتبر رسميا إلا بإفراغه في مستند رسمي ويتم الإعلان عنه أمام الموظف المختص سواء كان ذلك موظف البلدية أو موثقا وتسمى هذه العملية بالتسجيل أي تسجيل عقد الزواج وإشهاره، وأهميته بارزة إذ أن عدم التسجيل يحرم الزوجين من عدة مزايا قانونية وينتفي الدليل على اعتبار الشخصين زوجين ومن ثم فلا يمكن الحكم لأحدهما على الآخر في أي حق من الحقوق كالتوارث مثلا أو النفقة.<sup>3</sup>

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ولا بد من اللجوء إلى المحكمة وتقديم طلب الزواج ويكون الفصل في المحكمة الواقعة بالإسناد إلى أقوال

<sup>1</sup> الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للأمر 184 المتضمن قانون الأسرة

<sup>2</sup> بن ملح الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 72

<sup>3</sup> سعد فضيل، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 111

الشهود ثم نقل منطوق الحكم وتدوينه ويكون هذا التدوين بسعي من النيابة العامة التي تدخل كطرف آخر من أجل إثبات الزواج من الناحية القانونية.<sup>1</sup>

. وقد قضت المحكمة العليا في كثير من قراراتها بإثبات الزواج العرفي متى توافرت أركان الزواج وشروطه ومن بين القرارات الصادرة نذكر ما يلي:

- من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج المشروع لا بد من أن يشمل على أركان الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية كالرضا و الصداق و الولي و الشهود ومن خلال القرارات نجد أن المحكمة العليا تقر أي علاقة لم تشمل أركان النكاح وشروطه حتى وإن طالت.

- متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة و الصحيحة فإن القضاء يقوم بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية.

- إن الاطلاع على ملف دعوى الطعن يثبت أن الزواج العرفي موضوع النزاع حيث تتوافر فيه الأركان الشرعية وفقا للقانون وذلك يكون بشهادة الشهود الذين حضروا العقد.

- إن الزواج العرفي الذي توافرت فيه الأحكام الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة من شهادة الشهود والصداق والإيجاب و القبول وقراءة سورة الفاتحة يعتبر زواجا صحيحا.

- لا يسوغ اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية إذا كان هذا الزواج صحيحا باعتبار الشريعة الإسلامية وأن إثبات الزواج بواسطة الشهود الذين حضروا العقد يخضع لسلطة قضاة الموضوع ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق.

من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد فيها بأنهم قد حضروا لقراءة الفاتحة وزفاف الطرفين.

من خلال هذه الاجتهادات القضائية نجد أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قد اعتمدت في كثير من الأحيان على شهادة الشهود في إثبات عقد الزواج، كما ولا بد من توافر شروط الشهود وذلك وفقا لأحكام الشريعة<sup>2</sup>.

وكذلك للتوثيق أهمية كبرى فإذا ألزم ولي الأمر بتوثيق عقود الزواج بالكتابة أو نهى عن الزواج العرفي أو غير الموثق.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج1، ص 138

<sup>2</sup> رواق أمال، المرجع السابق، ص 155/156/157

## الفرع الثاني : دور الإشهاد في حال إنكار الزوجية

إن إثبات الزواج من أخطر المشاكل في وقتنا الحالي لاسيما الزواج العرفي عكس عقد الزواج الذي يمكن إثباته بسهولة حيث يعتبر هذا الأخير من أخطر المواضيع المعاصرة في باب الزواج خاصة ومثل هذه العقود ازدادت وانتشرت كثيرا في السنوات الأخيرة الأمر الذي يستدعي لضرورة البحث في كيفية إثباته

خاصة أن أغلب التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري أمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع<sup>1</sup>.

إذا وقع نزاع بين الزوجين وادعاه أحدهما وأنكر الآخر فلا بد أن يثبت بشهادة الشهود الذين تتوفر فيهم شروط الشهادة.

إن المالكية والشافعية والحنابلة يقولون بعدم التفريق بين هذه الشروط لأن الغرض من الإشهاد هو الزواج.

لا ريب في القول أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية كانت جد واضحة عندما دعت إلى ضرورة توثيق عقد الزواج وذلك سعيا لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة، ولم يعالج قانون الأسرة الجزائري وسائل إثبات الزواج العرفي كما أن المادة 22 من هذا القانون نصت بصريح العبارة "... في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " دون بيان الأطراف التي يلجأ إليها لرفع الدعوى لإثبات هذا الزواج غير الموثق مما يؤدي إلى اللجوء للقواعد العامة في إثبات ذلك، رغم وجود العديد من قرارات المحكمة العليا لا تعترف إلا بالزواج الثابت في سجلات الحالة المدنية وهذا ما جاء في الملف رقم 20805 بتاريخ 17/04/1974 من المقرر قانونا عدم شرعية الزواج مالم يسجل بدفاتر الحالة المدنية.<sup>2</sup>

وقد نصت المادة 92 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما يلي " لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية و الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية أو سبق الإقرار بالزوجية في أوراق رسمية"، و يترتب على ذلك ما يلي:

- عدم قبول دعوى إثبات الزواج أو الإقرار به أمام القضاء.

<sup>1</sup> عفاف لامية العياشي، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية والسياسية، المركز الجامعي، الأغواط، العدد 3، 2019، ص162

<sup>2</sup> رحمان يوسف، الأساليب القانونية لإثبات الزواج الغير الموثق، مجلة القانون والعلوم السياسية تلمسان، العدد1، 2019،

- عدم قبول دعوى نفقة الزوجية في حال امتناع الزوج عن النفقة.
  - عدم قبول دعوى التطليق التي تقيمها الزوجة ضد زوجها الذي تزوجته عرفيا.
  - عدم قبول دعوى إثبات الطلاق في حال ايقاعه من الزوج في الزواج العرفي.
  - عدم قبول دعوى مؤخر الصداق.
  - عدم قبول دعوى الميراث.
- إن قوانين الأحوال الشخصية ترفض سماع دعوى إثبات العلاقة الزوجية في حالة الإنكار بأي وسيلة من وسائل الإثبات.<sup>1</sup>
- و قد يكون عقد الزواج عرضة لدعوى كيدية يدعي فيها البعض ذوي الأغراض السيئة إما بإنكار الزواج ووجوده زورا، أو ابتغاء غرض من أغراض الدنيا، وكذلك لسهولة إثبات الزوجية بشهادة الشهود، وقد يقرر القضاء عدم سماع الدعوى التي يهدف صاحبها إلى الحكم له بثبوت الزواج في حالة الإنكار مالم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الرسمي و التي من بينه النفقة، الصداق، الميراث، إلا باستثناء النسب كما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لنص المادة 32، 33 من نفس القانون، حيث حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من الضياع ووضعت أحكاما لثبوت النسب وجعله حقا للولد وأبويه وسائر القرابات.
- ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني : أثر تخلف الإشهاد في الزواج و الحكم بفساد العقد أو بطلانه

بعد أن رأينا مكانة الإشهاد في الزواج و العناية التي يحظى بها الشهود، في هذا القسم سنتطرق في المطلب الأول إلى أثر تخلف الإشهاد شرعا، وأثر تخلفه في القانون الجزائري أما المطلب الثاني الحكم بفساد العقد أو وبطلانه.

<sup>1</sup> رواق آمال، المرجع السابق، ص 164

<sup>2</sup> محفوظ بن الصغير، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه والقانون، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المسيلة، العدد 4،

## المطلب الأول : أثر تخلف الاشهاد في الزواج شرعا

اتفق أهل العلم على بطلان النكاح الذي يتم بغير شهود ولا إعلان، كما اتفقوا على صحة النكاح الذي شهد عليه رجلان وتم الإعلان عنه<sup>1</sup>، وبذلك سنناقش نوعين من الزواج، الأول هو الزواج من دون شهود و النوع الثاني يتمثل في الزواج بحضور الشهود مع التوصية بإبقائه سرا.

### الفرع الأول : الزواج دون شهود

إن الحديث عن الزواج دون شهود يقودنا إلى الحديث عن الزواج سرا، ذهب المالكية بأن الزوجين إذا دخلا بدون إشهاد فإن النكاح يفسخ بينهما بطلقة بائنة ولا حد على الزوجين إن كان النكاح و الدخول ظاهرا فاشيا بين الناس، أو شهد عليه شاهدا واحدا ولو علم أنه لا يجوز لهما الدخول بدون إشهاد، فإن لم يكن ذلك ظاهرا فاشيا بين الناس أو ثبت ببينة وكونه يفسخ بطلاق لأنه عقد صحيح.<sup>2</sup>

أما الجمهور فقالوا أن الزواج الذي لا يكون فيه شهود أثناء العقد ولا إعلان على الدخول يفسخ قبل الدخول أو بعده، ولكن لا حد فيه لوجود الشبهة فمتى سقط الحد بعد الدخول وجب المهر علما بوجود الإشهاد أو لم يعلم، وللمرأة كامل الصداق إن كان مسمى أو صداق المثل إذا لم يسم لها صداق.<sup>3</sup>

وقد ذهب الشيعة الإمامية فقالوا استحب الإعلان و الإظهار في النكاح و الإشهاد ليس شرطا لصحة العقد.<sup>4</sup>

### الفرع الثاني : زواج شهود تواصوا على كتمانهم

وقد ذهب إليه بعض الفقهاء

#### 1 /القول الأول:

<sup>1</sup> عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، الجزء 3، ص 163

<sup>2</sup> محمد الخرشي، شرح الخرشي علي الخليل، دار الفكر للطباعة، 1316، الجزء 3، ص168

<sup>3</sup> عبد العزيز بوعرة، عبد الرحيم جعيط، الإشهاد في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمـح الصديق بن يحيى جيجل، 2018-2019، ص56

<sup>4</sup> وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة 2، 1985، دمشق، ج 7، ص72

المشهور عند المالكية أن نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه، أوصي غيرهم أيضا على كتمه أم لا، لا بد أن يكون الموصي الزوج، انضم له كالزوجة أو وليها أم لا، هذه هي طريقة ابن عرفة في نكاح السر، أما الطريقة الثانية للباقي ويقول أن استكمام غير الشهود نكاح سر أيضا كما لو تَوَاصَى الزوجان و الولي على كتمه ولم يوصوا الشهود بذلك، وحكم نكاح السر فسخ هذا النكاح إن لم يدخل الرجل بالمرأة فإن دخل بها فرق بينهما.<sup>1</sup>

## 2/ القول الثاني:

ذهب الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن النكاح إذا شهد عليه شاهدان عدلان لم يكن سرا ولو تَوَاصَا بكتمانه، وعليه فهو نكاح جائز، وإن كانوا صرحوا بكراهته، وقد استدلوا بأن هذا العقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع ولأن إعلان النكاح و الضرب عليه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده، ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط، و ذهب المالكية إلى أن النبي صلى الله عليه و سلم نهى عن نكاح السر فنحن نقول بموجبه و لكن نكاح السر مالم يحضره شاهدان، فأما إذا حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر، إذ السر إذا تجاوز الإثنتين خرج من أن يكون سرا.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث: أثر تخلف الإشهاد قانونا

سنتناول في هذا المطلب أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج قبل وبعد تعديل قانون الأسرة

### أولا: أثر تخلف الإشهاد في الزواج قبل تعديل قانون الأسرة

إن الوصف الشرعي الذي يوصف به عقد الزواج من حيث الاعتداد به وترتيب آثاره عليه بسبب استيفائه لأركانه وشرائطه أو عدم ذلك هو أن يكون صحيحا أو فاسدا.

فالصحيح ما ترتب عليه آثاره ويشمل اللازم مع جواز فسخه بطلب من له حق الفسخ وهذا لا يمنع من أن تترتب عليه آثاره جميعا مادية ومعنوية.

أما الفاسد مالم يترتب عليه آثاره مالم يقترن بالدخول ويشمل الباطل و الفاسد فالباطل عندهم فاسد و الفاسد باطل كلاهما لا يترتب عليه شيء قبل الدخول وهو مانصت عليه المادة 33 من

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامي، الكويت ، مرجع سابق، ج 41، ، ص301

<sup>2</sup> عبد اللطيف بعجي، تفردات المالكية في باب النكاح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية قسم الشريعة الإسلامية، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص48

قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005 في فقرتها الثانية حيث جاء فيها كما يلي: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، بفسخ قبل الدخول ولا صداق" وما نلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر فسخ عقد الزواج مرتبطا باختلال أحد أركانه ولا يوجد فيه صداق.<sup>1</sup>

### ثانيا: أثر تخلف الإشهاد في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة

إن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري لقانون الأسرة حيث نصت المادة الرابعة على "أن الزواج عقد رضائي" وهذا ما كان مقررا في القانون القديم على النحو التالي الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على

الوجه الشرعي" كما أوضحت أن المشرع خالف جمهور الفقهاء في تكييفه لعقد الزواج واعتبره عقدا رضائيا حيث عدلت المادة 9 من قانون الأسرة على أنه "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وهنا نرى أن المشرع تخطى عن بقية الأركان التي أشار إليها في نفس المادة قبل التعديل وأدرجها في المادة 9 مكرر.

وبالنظر إلى المادتين 32 و33 من قانون الأسرة الجزائري والتي تضمنتا ما يلي:

نصت المادة 32 "أنه يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد" ونصت المادة 33 "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"

فالمشرع هنا اعتبر ضمنيا أن عقد الزواج عقد رسمي رغم الإشارة إليه في المادة 4 كما يلاحظ أن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 33 خالف ما ذهب إليه الجمهور وذلك بأن جعل الزواج يثبت بعد الدخول بصداق المثل،<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: الحكم بفساد العقد وبطلانه

عقد الزواج عقد شرعي ورسمي وعليه نظم المشرع الجزائري أحكامه حيث جعله من أهم المسائل القانونية في حين كما ذكرنا سابقا أن العقد الذي تخلف عنه شرط الإشهاد يعتبر عقدا ناقصا وبالتالي لا يكون صحيحا فقد يكون فاسدا أو باطلا وهذا ماسنتاوله في هذا المطلب.

<sup>1</sup> أكلي زازون، أمال حبار، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، حويلات الجزائر 1، ج 4،

العدد 31، ص 42

<sup>2</sup> عبد العزيز بوعرة، عبد الرحيم جعويط، المرجع السابق، ص 59

## الفرع الأول: تعريف الفساد و البطلان

سنتطرق في هذا في هذا العنصر إلى تعريف الفساد و البطلان في اللغة وفي الاصطلاح.

### أولا : تعريف الفساد

#### لغة:

الفساد نقيض الصلاح و المفسدة خلاف المصلحة و الاستفساد خلاف الاستصلاح، إذ المفسدة ضد المصلحة، ويعرف الفيروزآبادي الفساد بأنه فسد الشيء فسادا وفسودا ضد صلح و الفساد أخذ المال ظلما واستفسد ضد استصلح وقال الله تعالى " ويسعون في الأرض فسادا"

#### اصطلاحا

قال الإمام القرطبي في تفسير قوله تعالى ( و إذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث و النسل و الله لا يحب الفساد)<sup>1</sup>: قال العباس بن الفضل :

الفساد هو الخراب<sup>2</sup>، وهو تغيير الشيء عما كان عليه في الصلاح كقولنا فسد العقد بمعنى بطل لقوله تعالى " لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا"<sup>3</sup>

### ثانيا: تعريف البطلان

**لغة:** الباطل ضد الحق، بطل، بطلا، بطولا، بطلانا يضمنه، ذهب ضياعا و خسرا و الإبطال يقال في إفساد الشيء وإزالته، حقا كان ذلك الشيء أو باطلا وجمعه أباطيل<sup>4</sup> ، وقال الله عز وجل " فوقع الحق وبطل ما كانوا يعلمون"<sup>5</sup>

#### اصطلاحا:

يعرف جمهور الفقهاء البطلان كالاتي:

<sup>1</sup>-البقرة: 205.

<sup>2</sup>-القرطبي محمد بن أحمد - الجامع لأحكام القرآن - دار الغد الجديد القاهرة - الطبعة الأولى 2010 المجلد الثاني ص17.

<sup>3</sup>

<sup>4</sup> سورة الأنبياء، الآية 22

<sup>5</sup> ابن منظور، دار المعارف، القاهرة، ص 285

<sup>6</sup> سورة الأعراف، الآية 177

- جمهور المالكية، الشافعية و الحنابلة يرون كل ما يقابل الصحيح فهو باطل غير منعقد سواء كان الخلل في أركانه أو في أوصافه، جاء في المجموع: الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع كالربا و الغضب و السرقة و الخيانة و كل محروم ورد به الشرع.
- الحنفية يرون أن الباطل هو ما لم يشرع بأصله و لا وصفه<sup>3</sup> في القانون
- ذهب الدكتور جمال الدين زكي إلى أن البطلان جزاء صارم وضعه المشرع عند مخالفة القواعد التي أوجب إتباعها.
- وذهب الأستاذ نصر الدين محمد زغلول إلى تبني أن فكرة البطلان هو انعدام الأثر القانوني الذي ينفي وضعه للفعل.
- وقد نادى الدكتور الشرقاوي بأن البطلان وصف يخلق التصرف القانوني ذاته يتبعه عيب وليس جزاء وجبه إلى آثاره مباشرة ويلحق العيب بالتصرف إذا خالف قاعدة قانونية تتعلق بإبرام التصرف وينتهي إلى هذا الوصف يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف.
- وقد عرفه السنهوري بقوله بطلان العقد هو الجزاء الذي يترتب عليه المشرع على عدم استجماع العقد لأركانه الكاملة مستوفية لشرائطها<sup>1</sup>.
- و الملاحظ من هذا التعريف يتفق على أن البطلان هو الجزاء المترتب على اختلال أركان العقد وشروطه، و المتمثل في انعدام الآثار المترتبة عنه.

### الفرع الثاني : التمييز بين الفساد و البطلان في عقد الزواج بلا إشهاد

لا يقاس عقد الزواج بباقي العقود الأخرى على أنه عقد شرعي أكثر من مدني، وكل ما يميزه عن العقود الأخرى من ناحية الآثار فالآثار المالية تتمثل في الحقوق و الالتزامات أما الزواج فقد يترتب عليه عدة آثار نذكر منها:

- آثار هي حقوق لأصحابها كالنفقة الزوجية و التوارث.
- آثار فيها حقوق عامة للشرع كالعدة<sup>2</sup>.

إن مسألة الفساد و البطلان في الفقه الإسلامي تختلف بين الجمهور و الحنفية هناك من يرى الفساد و البطلان شيئاً واحداً و بين من يفرق في المسألة في أمر ويجعلها شيئاً واحداً في أمر آخر، فقد اتفق الجمهور و الأحناف أن الفساد هو نفسه البطلان في العبادات واتفقوا أن العبد

<sup>1</sup> السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ج1، 486 ص

<sup>2</sup> الزرقا المصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح الى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، العدد 27، 1981، ص31

الذي يرتكب عمدا تصرفا مشوبا بالفساد في العبادات أو المعاملات فإنه يأثم ويكون مستحقا لعقاب الله سبحانه وتعالى كالذي يصلي دون وضوء عمدا .

أما بالنسبة للفقهاء فيما يخص التفريق بين فاسد النكاح و باطله من حيث الانعقاد ومن حيث الأحكام وعدم ترتيب الآثار، وهذه الأخيرة هي النوع الأول منها الذي لا يثبت إلا بنكاح صحيح وهو الزواج المستوفي لجميع أركانه وشروطه . أما النوعان الآخران من الآثار (النسب و العدة) فإنهما كما يثبتان شرعا في النكاح، وفي الحالات التي تعتبر فيها وجود شبهة صالحة لنفي عقوبة حد الزنا وحتى النسب و العدة يثبتان في حالة الوطء بشبهة دون أن يكون هناك عقد زواج .

إن النكاح الذي سمي فاسدا هو درجة الثالثة بين الصحيح و الباطل من حيث الآثار فإنه لا يثبت في جميع آثار النكاح الشرعية من العقد كما تثبت في الصحيح المنعقد ولو وقع دخول كما في الباطل غير المنعقد<sup>1</sup>.

لا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين عاقلين ومن هذا قال بن الهمام في شرحه للنكاح الفاسد بأنه النكاح بغير شهود ونكاح زوجة الغير دون علم بأنها متزوجة، ومفاد هذه النصوص أن النكاح الفاسد بغير شهود غير منعقد ومن هنا نستنتج أن النكاح الفاسد بغير شهود غير منعقد وبالتالي فإن حكمه حكم العدم، وقد نصوا على أن المرأة إذا تزوجت بغير شهود أو شاهد واحد، لم يجز النكاح لأنه اعتبر اقرارا بالعقد الفاسد ومن ثم فإن طلقها زوجها في النكاح بغير شهود لم يقع طلاقه عليها ولكنه متاركة للنكاح<sup>2</sup> .

وكذا الحكم بالنسبة لفقهاء المالكية، ومن ثم فإن عقد النكاح وإن لم يحضره شهود ثم أقر واشهد عليه قبل البناء لم يفسخ فإن وقع البناء على الوجه الممنوع فسخ ما ادعى من النكاح وإن دخل ولم يشهد إلا شاهدا واحد فسخ النكاح .

إن الإمام الشافعي رحمه الله قد نص على ضرورة وجود شروط النكاح حال العقد و الا فسخ وذكر منه أن يشهد شاهدان على النكاح .

وبما أن التمييز بين الفساد و البطلان في عقد الزواج بلا إشهاد فإن آثار هذا الزواج في هذه الحالة هي آثار الزواج الباطل وهنا نميز حالتين:

<sup>1</sup> الزرقا مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص32

<sup>2</sup> ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، ج3، ص199

### أولاً: آثار الزواج بلا إشهاد قبل الدخول

اتفقت المذاهب الثلاثة (الحنفية، الشافعية، الحنابلة) على ضرورة وجود الشهود عند العقد فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب و القبول بطل<sup>1</sup>، وخالف المالكية فقالوا إن وجود شاهدين ضروري ولكن لا يلزم أن يحضرا العقد بل يحضران الدخول أما حضورهما عند العقد فهو مندوب فقط، إلا إذا قصد الإستمرار به وعدم إعلانه في المستقبل<sup>2</sup>.

### ثانياً: آثار الزواج بلا إشهاد بعد الدخول

عند دخول الرجل على المرأة بدون إشهاد وجب عليهما أن يفترقا اختياراً والا قد يفرق القاضي بينهما لأن مثل هذه العلاقة غير جائزة عند الفقهاء.

إن الآثار التي تترتب على الدخول بلا إشهاد فهي تتمثل فيما يلي:

#### المهر:

لقد كانت المرأة تعاني ظلماً فادحاً وكانت النظرة لها نظرة احتقار فجاء الإسلام بتخليصها وحمايتها من الاستغلال ورفع شأنها بما يسمى " المهر " لقوله تعالى " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة<sup>3</sup> " ويدل ذلك على أن المهر حق وواجب.

و إذا كان المهر قد سمي في العقد فهنا يكون إما المهر المسمى أو مهر المثل وإن لم يسمى فلها مهر المثل مهما بلغ.

#### العدة:

تختلف من مذهب إلى آخر وإن كان الاختلاف يكمن في اللفظ وينصب على نفس المعنى فعند الحنفية عبارة عن تربص المرأة بعد زوال النكاح أو الشبهة، أما عند المالكية فهي تربص المرأة زمناً معلوماً فهي كل مفارقة لزوجها بحياة أو موت، إلا أن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها، أما بالنسبة للشافعية فهي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، بينما عند الحنابلة فهي التربص المحدود شرعاً.

<sup>1</sup> الجزيري عبد الرحمان، الفقه على الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ج4، ص 28

<sup>2</sup> ابن رشد محمد بن أحمد الجد، المقدمات الممهدة، دار صادر، بيروت، ج2، 366

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 4

النسب:

تعد رابطة النسب إحدى أهم نعم الله على عباده ومظهرها من مظاهر قدرته<sup>1</sup> لقوله تعالى "

وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا "2

ويثبت النسب لوجود شبهة العقد، رعاية لمصلحة الأولاد، ولذلك يشترط أن يولد الأبناء أثناء فترة هذا الأخير وفي مدة الحمل المحددة و التي حددها الفقهاء بستة أشهر من تاريخ الدخول وأكثرها سنة من تاريخ التفريق<sup>3</sup> لقوله تعالى " ووصينا الإنسان بوالديه حسنا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا "4 و بإثبات النسب تثبت حرمة المصاهرة فتحرم المرأة المدخول بها على أصول وفروع من دخل بها ويحرم عليها أصولها وفروعها<sup>5</sup>.

بعد التطرق ودراسة الزواج بلا إشهاد عند الفقهاء نتعرض إلى موقف المشرع من تخلف الشهادة في عقد الزواج ومن خلال نصوص القانون يرى المشرع أن هناك فرقا بين الفساد و البطلان وأن البطلان أقوى من الفساد وكلما قوي السبب كان النكاح باطلا وكلما قل كان فاسدا. إن المشرع الجزائري قد سائر رأي فقهاء الشريعة في تحديد الأوصاف التي تلحق عقد الزواج بأنها الزواج الصحيح، الزواج الفاسد، الزواج الباطل.

الزواج الصحيح:

هو الزواج الذي يستوفى فيه كل الشروط و الأركان وكل مقتضيات العقد طبقا لنص المادة 9 و التي تنص على أنه " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين و الصداق " وكذلك المادة 9

<sup>1</sup> لونيبي جهيدة، احتساب العدة في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الخاص تخصص قانون الأسرة،

جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق، 2016، ص2/1

سورة الفرقان: 54.

<sup>3</sup> رواق أمال، المرجع نفسه، ص180

<sup>4</sup> سورة الأحقاق، الآية 15

مكرر " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

### الزواج الفاسد:

عرفه الأحناف بأنه العقد المشروع بأصله لا بوصفه وضابط العقد الفاسد عندهم هو ما فاته شرط من شروط الصحة<sup>1</sup>، أو هو العقد الذي يتوفر فيه الرضا واختلال شرط من الشروط واشتمل على مانع من الموانع.<sup>2</sup> وعرفه الشافعية على أن النكاح عندهم هو ما اختل شرط من الشروط المقدمة، أما النكاح الباطل فهو ما اختل فيه ركن من أركانه<sup>3</sup>.

### الزواج الباطل:

هو الذي اختل فيه ركن أو فقد شرطاً من شروط الانعقاد كزواج فاقد الأهلية إذا باشر العقد بنفسه وتزوج المسلم بمسلمة لعدم محلية المرأة فيها، ولا يترتب على هذا العقد أي أثر من آثار الزواج لأن وجوده كعدمه فلا يحل به الدخول.<sup>4</sup> وعرفه السنهوي بأن بطلان العقد هو الجزء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه الكاملة المستوفية لشروطها<sup>5</sup>.

ونلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف واضح للزواج الباطل بل اكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها عقد الزواج باطلاً وبالرجوع لنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 التي نصت على: يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى مع مقتضيات العقد.

<sup>1</sup> عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 94

<sup>2</sup> سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1، شرك الأصالة، الجزائر، 2012، ص 72

<sup>3</sup> نورالدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث للطباعة، ط 1، القاهرة، ص 64

<sup>4</sup> نور الدين أبو لحية، المرجع نفسه، ص 61/62

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ص 532

# الفصل الثالث

## الإشهاد في الطلاق

يعتبر الطلاق وسيلة لفك النزاعات الأسرية، والتي يلجأ إليها أغلب الأزواج للقضاء على المشاكل النفسية التي قد يخلفها الزواج في حالة استحالة الحياة و العشرة الزوجية وكثرة المشاكل والخلافات حيث يعتبر كحل من الحلول لها.

ولقد أضحى الطلاق رائجا في الآونة الأخيرة في المجتمعات الإسلامية على غرار باقي المجتمعات، وقد فصله و نظمه الإسلام بطريقة تحفظ كرامة كل من الزوجين وذلك بوضع الآليات التي تحمي الأسرة من الشتات والضياع، قال الله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، من هنا يتبين لنا أنه ورغم أن الطلاق يعد من أبغض الحلال عند الله إلا أن ديننا الحنيف أباحه إذا اقتضت الضرورة له.

وسنتناول هذا الفصل في مبحثين، نخصص المبحث الأول لطبيعة الإشهاد في الطلاق ونخصص المبحث الثاني لدور الإشهاد في الإثبات والانحلال وأثر تخلفه عنه.

### المبحث الأول: طبيعة الإشهاد في الطلاق

نتطرق في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين المطلب الأول التعريف بانحلال الزواج، والمطلب الثاني إلى حكم الإشهاد في انحلال الزواج.

#### المطلب الأول: التعريف بانحلال الزواج

انحلال الرابطة الزوجية يمكن التعبير عنه بتعبير آخر و هو الفرقة بين الزوجين ذلك أن الانحلال في اللغة مشتق من مادة حل.

والفرقة الزوجية أو فرق الزواج بضم الفاء جمع فرقة ، والفرقة في اللغة تعني الافتراق الذي هو ضد الاجتماع .

وانحلال الرابطة الزوجية يمكن تقسيمه إلى عدة أقسام تختلف باختلاف اعتبارات هذا التقسيم أحدها يكون حسب طبيعة الانحلال والأخرى تكون حسب الإرادة المنشئة له إلى انحلال بإرادة الزوج وانحلال بغير إرادة الزوج ومن خلال هذه التقسيمات يمكن معرفة حقيقة الانحلال .

#### الفرع الأول : تقسيم الانحلال حسب طبيعته

يكون انحلال الرابطة الزوجية حسب طبيعته إما فسخا و إما طلاقا.

## أولاً : التعريف بالفسخ

### لغة:

هو النقص، يقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضه فاننقض.

### اصطلاحاً:

يراد به نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده و من الأمثلة التي يكون فيها الفسخ بسبب الخلل الواقع في العقد :

- إذا تم العقد و تبين فيما بعد أن الزوجة التي عقد عليها أخته من الرضاعة .
- إذا تم العقد بغير شهود ، أو تم على زوجة غيره أو معتدته ، لأن الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح ، فإذا لم يكن الزواج صحيحاً كانت الفرقة بالفسخ<sup>1</sup>

## ثانياً: تعريف الطلاق

**الطلاق في اللغة :** مشتق من الفعل طلق الذي يراد به التخلية ، و الإرسال و حل العقد<sup>2</sup> و في الاصطلاح : عرف الطلاق عند الفقهاء بتعريفات كثيرة تختلف باختلاف الفاضل لكن لها نفس المعنى.

فقد عرفه ابن الهمام من الحنفية بأنه رفع قيد النكاح من أهله في محله<sup>3</sup>

كما عرفه ابن حجر من الشافعية بأنه حل عقدة التزويج<sup>4</sup>

ونلاحظ من خلال هذه التعاريف أنها تفيد معنى الرابطة الزوجية ككل حيث أنها تشمل الطلاق و غيره من أنواع حل الرابطة الزوجية من الخلع و غيرها.

و يكمن تعريف الطلاق على أنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال أو المآل.

## ثالثاً: التمييز بين الطلاق و الفسخ

يتميز الطلاق عن الفسخ من عدة أوجه تتمثل فيما يلي:

1 عبد الحميد محمد الأحوال الشخصية ، دار الكتاب العربي ، مصر الطبعة الأولى 1404-1984م ص229.

2 ابن المنطور، المصدر السابق ، ج4، ص2694

3 ابن الهمام كمال الدين ،المصدر نفسه ، مادة طلق ، ص199

4 ابن حجر شهاب الدين ، المصدر السابق ، ج 9، ص346

الفسخ يكون بسبب خلل وقع في العقد جعله غير لازم من أول الأمر أو بسبب خلل عارض على العقد يمنع بقاءه و استمراره.

أما الطلاق سببه اللفظ الدال عليه من الزوج، أو من يقوم مقامه ويلحق بلفظ الطلاق الخلع والإيلاء وما في معناه في مقابل الفسخ.<sup>1</sup>

إن الفسخ يحل عقدة الزواج في الحال دائماً، على معنى أنه لا يستطيع الزوج أن يعيد زوجته إلى عصمته إلا بعقد جديد، و قد يمنع من ذلك أصلاً، أما الطلاق فإنه يتنوع إلى نوعين: بائن يحل عقدة الزواج في الحال، ورجعي لا يحل عقدة الزواج إلا بعد انقضاء العدة، بدليل أن للزوج فيه أن يعيدها إلى عصمته دون عقد و لا مهر جديدين، بل حتى دون توقف على رضاها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: تقسيم انحلال الزواج بحسب الإرادة المنشئة له

يتنوع انحلال الرابطة الزوجية بحسب الإرادة التي أصدرت التصرف إلى انحلال بإرادة الزوج وذلك عن طريق الطلاق وانحلال بإرادة الزوجة ويكون عن طريق الخلع والتفريق القضائي.

#### أولاً: الانحلال بإرادة الزوج

الانحلال بإرادة الزوج الذي يكون عن طريق الطلاق حق خالص للرجل دون المرأة يستعمله إذا ما يئس من تحقيق السعادة الزوجية واستحالة استمرار العلاقة بينهما .

#### ثانياً: انحلال الزواج بغير إرادة الزوج

لقد راعى الشرع للزوج ظروفه لما منحه الطلاق ولم يسلب حق المرأة في ذلك إن هي لم تتحمل العيش معه كأن كرهته أو كانت ظروفه تمنعه من استمرار في الحياة الزوجية ، فأعطاه الحق في الانفصال بالافتداء بالمال عن طريق الخلع، أو عن طريق رفع أمرها للقاضي ليحكم في التفريق بينهما .

#### أولاً : تعريف الخلع

إن الخلع هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بما تدفعه إليه ليتخلى عنها ، وهو جائز في حال استيفاء شروطه ، لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس وقد جاءته تقول عن

<sup>1</sup> فراج أحمد محي الدين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، المرجع السابق ، ص 231

<sup>2</sup> عبد الحميد محي الدين ، المرجع السابق ، ص231

زوجها " يا رسول الله، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر بعد الإسلام فقال لها أتردين عليه حديقته؟ " قالت نعم فقال رسول الله لزوجها: أقبل الحديقة و طلقها تطليقة <sup>1</sup> ويستحب في الخلع أن لا يأخذ من الزوجة أكثر مما مهرها به ، وإن كان بلفظ الخلع اعتدت المخالعة بحيضة واحدة كالمستبرئة لأمره صلى الله عليه وسلم " امرأة أن تعتد بحيضة وإن كان بلفظ الطلاق ، فإن الجمهور على أنها تعتد بثلاثة أقراء .

واختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الخلع تبعا لاختلاف مذاهبهم في كونه طلاقا أو فسخا <sup>2</sup> إن الخلع بذاته يبغضه الشرع وإنما أجازته الشارع الحكيم منعا للضرر عند عدم إقامة حدود الله تعالى ، وبين ذلك أن المرأة إذا حصل بينها وبين الرجل نزاع أفضى بهما إلى أن كل منهما يرغب في الانفصال،

وأن المرأة لم تطق معاشرة الرجل و لم تجد خلاصا من ذلك إلا الخلع و قال الله تعالى: " فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما إفتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها" <sup>3</sup>

وللخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة عموما ، حيث يعتبر المنفذ الشرعي و القانوني الوحيد، فهي إما أن تتفق مع زوجها على مقدار وتأخذ ذمتها منه وإما أن يحكم القاضي بصدّق المثل دون ضرر لأي أحد من الزوجين<sup>4</sup>، وقد عرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة في نص المادة 54 من القانون رقم 11/84 الذي ينص على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صدّق المثل وقت صدور الحكم ."

من خلال هذه المادة ركز المشرع الجزائري على أن يكون اتفاق الطرفين منصبا على مقابل مالي كبديل للزوجة في حالة عدم الاتفاق على شيء يرجع الأمر للقاضي الذي يحدد البديل نقدا، مثلا على أن يتجاوز المقابل المالي قيمة الصّدّق.

<sup>1</sup> علي أحمد عبد العال الطهطاوي ،تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار ،دار الكتب العلمية ، الطبعة 1، بيروت 2003، ص13

<sup>2</sup> ،محمد عبد الغفار الشريف ، الخلع وسلطة القاضي في إيقاعه ، رابطة العالم الإسلامي ،2006،ص6

<sup>3</sup> سورة البقرة ، الآية 229

<sup>4</sup> بوسفات علي هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة ،جامعة أبي بكر بلقايد وهران ، وهران ،كلية الحقوق ، 2009، ص16/14

إن الإسلام يراعي جميع الحالات الواقعية التي يتعرض لها الناس و يراعي جميع مشاعر القلوب، والخلع دليل على واقعية الإسلام فإذا كانت المرأة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب يخص مشاعرها

قال ابن رشد " والفقهاء أنّ الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع للمرأة إذا فركت الرجل " ، وفائدة هذا الأخير تخليص المرأة من الزوج على وجه لا رجعة فيه له عليها إلا برضاها .<sup>1</sup>

إن الهدف من هذا الأخير رفع الضرر عن الزوجة كما قال الإمام ابن قدامة الحنبلي يرحمه الله " الخلع شرع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه و تبغضه"، إن سوء العشرة التي تأتي من الزوج قد يكون سببها شعوره بكرهية الزوجة له أو تقصيرها في قيامها بحقوق الزوج فيقابلها

بتقصير فيما عليه من حقوق نحوها مما يؤدي إلى سوء العشرة فيما بينهما و يعني هذا التقصير الوقوع في تعدي حدود الله .<sup>2</sup>

إن الخلع عند جمهور الفقهاء لا يتحقق إلا برضا الزوجين و هي الحقيقة التي اعترف بها كل من كتب في موضوع الخلع من الفقهاء الباحثين و المعاصرين<sup>3</sup>

وقد عرفه الأستاذ عبد العزيز سعد على أنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة غايته إنهاء العلاقة الزوجية بحكم قضائي أو بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة وذلك مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة فينتفان على نوعه ومقداره في جلسة الحكم يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد بن علي جميل المطري، فقه الخلع ، بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس في تخصص

الدراسات الإسلامية ، كلية التعليم المفتوح ، قسم الدراسات الإسلامية والعربية ، 2012 ، ص17

<sup>2</sup> عبد الكريم زيدان ، مدى حق الزوجة في إنهاء عقد النكاح ، المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد 2006، ص11

<sup>3</sup> سعاد لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في قانون الخاص ، جامعة الجزائر 1، كلية

الحقوق 2015، ص303

<sup>4</sup> سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق ، دار هومة ، الجزائر ، ص 248

## ثانيا : التفريق القضائي أو التطلق

إن التطلق هو رغبة الزوج في حل الرابطة الزوجية القائمة بينهما وبين الزوج لسبب من الأسباب<sup>1</sup> المنصوص عليها في نص المادة 53 المعدلة و المتممة بالأمر المؤرخ في 27 فبراير أي يجوز أن تطلق للأسباب التالية:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
3. الهجرة من المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر
4. الحكم على الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة
5. الغيبة بعد مرور سنة دون عذر صالح أو دون نفقة
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8
7. إرتكاب فاحشة مبينة
8. الشقاق المستمر بين الزوجين
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
10. كل ضرر معتبر شرعا

وضع المشرع في هذا النص عدة حالات تسمح للزوجة بالمطالبة بالتطلق أمام القضاء و هذه الحالات المذكورة على سبيل المثال والحصر لأنه أورد في الحالة الأخيرة عبارة تؤكد ذلك بقوله " كل ضرر معتبر شرعا " وعلى ذلك كلما لحق بالزوجة ضرر من الزوج أمكنها ذلك بطلب التطلق خاصة إذا كان الطلب بسبب مخالفة الزوج لواجباته الزوجية وتبقى سلطة تقديرية واسعة في استنباط مدى وجود الضرر اللاحق بالزوجة من عدمه .

إن المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين فقد أجاز للزوجة التي تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطلق،

<sup>1</sup> إءات المدنية 08/، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم

السياسية ، 2016، ص 11 بن عيسى شريفة ، التطلق وإجراءاته من خلال قانون الإجراءات

إن الهدف من التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج متى توافرت مبرراته الشرعية، ويمكن إبراز الحكمة من ذلك من خلال حفظ حقوق المرأة ورفع مستوى الكرامة الإنسانية، تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، تهذيب الرجال و تخليصهم من روح التسلط، تحريم كل أساليب الإضرار والإيذاء.

### المطلب الثاني: حكم الإشهاد في انحلال الزواج

إن الرابطة الزوجية بيت مبارك، و دعامة اجتماعية يفترض فيها أن تكون ثابتة للمحافظة على روابط الأسرة وتمتين أركان المجتمع و من ثم يفترض فيها الدوام مدى الحياة بين الزوجين وعدم انحلالها إلا بوفاة أحدهما.

#### الفرع الأول: حكم الإشهاد على انحلال الزواج في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في مدى وجوب الإشهاد على الطلاق، و يرجع سبب اختلافهم إلى تفسير قوله تعالى "يأيتها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العدة و اتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة و تلك حدود الله و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف و أشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله<sup>1</sup>

وقال القرطبي " و أشهدوا " أمر بالإشهاد على الطلاق، و قيل على الرجعة و الظاهر رجوعه إلى الرجعة و الفرقة جميعا<sup>2</sup>

وقال الفخر الرازي " وأشهدوا ذوي عدل منكم " أي أمروا أن تشهدوا عند الطلاق و عند الرجعة ذوي عدل منكم<sup>3</sup>.

وقال البيضاوي " و أشهدوا ذوي عدل منكم " على الرجعة و الفرقة تبريا من الريبة وقطعا للنزاع، هو ندب كقوله تعالى " و أشهدوا إذا تبايعتم."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 1-2-3

<sup>2</sup> القطبري أبو عبد الله محمد ، المصدر السابق ، ج 18 ، ص 157

<sup>3</sup> ج 8، ص 287 الرازي فخر الدين محمد ، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية 1403-1990

البيضاوي عبد الله بن عمر ، تفسير البيضاوي ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية 1403-1983-، ج 8، ص 282<sup>4</sup>

و منهم من جعل الإشهاد عاما في كل من الطلاق و الرجعة كما قال ذلك القرطبي و الجصاص و السيوطي ، و ذهب أبو السعود إلى أن الإشهاد في الآية يراد به الوجوب و الرجعة و النذب للطلاق<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : حكم الإشهاد على انحلال الزواج في القانون

اختلفت مواقف تشريعات الأحوال الشخصية العربية في مدى الأخذ باشتراط الإشهاد في انحلال الرابطة الزوجية من عدمه.

فالمشرع الجزائري من خلال أحكام قانون الأسرة لم ينص على الإشهاد في فك الرابطة الزوجية، و هذا اتجاه تبعته معظم تشريعات الأحوال الشخصية العربية منها التشريع التونسي و التشريع السوري، و التشريع الكويتي.

بينما ذهب كل من التشريع المغربي في مدونة الأسرة، و التشريع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى اشتراط الإشهاد في الطلاق على وجه الإلزام حيث نصت المادة 138 من المدونة المغربية على ما يلي " يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد ، بعد إذن المحكمة أي بعد الإدلاء بمستند الزوجية ."

و أوجب المشرع الإشهاد في الطلاق سواء كان ذلك بالطلاق أم التطليق لحماية الأسرة من تتابع المشاكل ، و علاج ظاهرة إخفاء الأزواج لحالات الطلاق الذي يوقعونه في غيبة زوجاتهم بقصد النكابة.

إذن جعل كل من المشرع المغربي و المصري من الإشهاد وسيلة لإثبات الطلاق لا بد من وجودها .

### المبحث الثاني : دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه

العلاقة الزوجية سكن مبارك و دعامة اجتماعية يفترض أن تكون ثابتة للمحافظة على الروابط الأسرية ، و من ثم يفرض فيها الدوام مدى حياة الزوجين ، و عدم الفرقة إلا بوفاة أحدهما . و يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول ندرس فيه دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج ، أما المطلب الثاني نخصص في ذكره الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في انحلال الزواج .

<sup>1</sup> تفسير أبي السعود ، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم ج 8، ص 261

## المطلب الأول : دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج

يكمن دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج من خلال دراسته في الفقه الإسلامي و القانون .  
و هذا ما يجعلنا نقسم المطلب إلى فرعين الفرع الأول يكمن في دور الإشهاد في إثبات الانحلال في الفقه الإسلامي أما الفرع الثاني ندرس في دور الإشهاد في إثبات الطلاق في القانون .

### الفرع الأول : دور الإشهاد في إثبات الانحلال في الفقه الإسلامي

يتمثل دور الإشهاد في إثبات الانحلال في الفقه الإسلامي إما بإرادة الزوج و إما بغير إرادة الزوج

#### أولاً: بإرادة الزوج

شهادة الشهود حجية متعدية ، فالثابت بها ثابت على الكافة و لا يثبت على المدعى عليه وحده و سبب ذلك أن البيئة تعتبر حجة بالقضاء ، و للقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل و ذلك الإقرار الذي لا يفتقر إلى القضاء و للمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه ، نصاب شهادة الشهود لإثبات حل الرابطة الزوجية بالطلاق يختلف تبعاً لاختلاف المذاهب في مدى إجازة شهادة المرأة في ذلك من عدم جواز شهادتها ، إذ ذهب فقهاء المالكية و الشافعية إلى وجوب الشهود في الزواج و الطلاق ، والرجعة واستدلوا بعدة أدلة ، و ذهب المالكية إلى إن أتت بشاهدين نفذ الطلاق ، وإن أتت بشاهد واحد على دعواها يترتب على ذلك أن تعزل الزوجة عن زوجها ، و يطلب القاضي منها إقامة شاهد ثان ، و من الزوج دفع دعواها فإن عجز زوج عن الدفع ، والزوجة عن المجيء بشاهد ثان وجهت اليمين إلى الزوج و سقطت الدعوى و بقيت الزوجة حلاً لزوجها ، أما إن نكل الزوج و لم يحلف حبس حتى يقر أو يحلف و الذي عليه العمل عند فقهاء المذهب المالكي أنه يسجن سنة واحدة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ابن جزى ، المصدر السابق ، ص 236.

### ثانيا: دوره في إثبات انحلال الزواج بغير إرادة الزوج

انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج يكون بعدة طرق من خلال التفريق القضائي الذي يتم عن طريق القاضي بعد أن ترفع له الزوجة أمرها لسبب من الأسباب و التي تمنع الاستمرار في العلاقة الزوجية.

فإذا كان غائبا فلا بد أن تثبت الزوجية و إن دخل بها ، و تثبت الغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم و لم يمكن الإعذار إليه فيه ، فلا بد أن تشهد لها البينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة و في هذه الحال إن ادعت الطلاق طلقها أو أباح لها التطليق.

### الفرع الثاني دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج في القانون

لقد سبق بيان أن الإشهاد في الطلاق سواء كان بالإرادة المنفردة للزوج و هو الطلاق أم كان بغير إرادته عن طريق التفريق القضائي الذي يكون بواسطة القضاء ليس ركنا أساسيا في الانحلال .

قانون الأسرة الجزائري لم يتحدث عن الإشهاد في انحلال الرابطة الزوجية ركنا أو شرطا لا بد منه عند إرادة انحلال بالنص في المادة 49 على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى<sup>1</sup>.

تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة و الملاحظ لنص المادة يجد أن المشرع قصر و حدد نطاق إثبات انحلال الرابطة الزوجية بالحكم الصادر عن القاضي. و المعنى من ذلك عدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، و لا بطرق إثباته، و هو هذا القيد أي الإثبات بواسطة حكم قضائي لمن أراد التطليق لتفادي كثرة وقوع الطلاق.

و القول بالتضييق من وقوع الطلاق أمر مستحسن تقضيه السياسة الشرعية و لما كانت الشريعة الإسلامية تحاول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضورا ، و سمعوا بذلك من نفس الزوج أو بواسطة شهادة مستفيضة فإنه يجب على القضاة أن يقوموا بالتحقيق و ذلك لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و بعد هذا تتم الموافقة على صحة الطلاق

<sup>1</sup> الأمر رقم 02-05 ، المؤرخ : 18 محرم 1426 هـ الموافق 27 فيفري 2005 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 84-11 ،

المتضمن قانون الأسرة

، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على وجه من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ<sup>1</sup>.

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

لقد أباح لنا الدين الإسلامي انحلال الرابطة الزوجية التي تكون عن طريق الطلاق ، الذي يعتبر حقاً من حقوق الرجل الذي شرعه الله ، كما منح للزوجة الحق في المطالبة في التفريق بينها وبين زوجها إذا كانت هناك أسباب لذلك ، و من هنا يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول إمكانية التعسف في إيقاع الانحلال أما الفرع الثاني يتحدث عن استفعال ظاهرة الانحلال و إمكانية إنكاره .

### الفرع الأول: إمكانية التعسف في إيقاع الانحلال

وضع الله تعالى المقاصد الرئيسية و ما يتبعها من المصالح في تشريع الحقوق فليس للمجتهدين في مجال الشريعة سلطة ابتداء المصالح بل عليهم تقصيها و ذلك عن طريق الاستعانة بالأدلة من الكتاب و السنة.

ويمكن تعريف التعسف بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل<sup>2</sup>.

ولكي لا يكون الزوج متعسفاً في استعمال حقه لأبد من توفر فيه كل الأسس و المعايير التي يحكم فيها و نتقسم المعايير إلى معايير ذاتية ومعايير موضوعية.

### أولاً : المعايير الذاتية

وتتمثل في :

<sup>1</sup> 35026، المؤرخ في 03ديسمبر 1984، العدد 04 ، الصادرة سنة 1989 ص86. المجلة القضائية ، غرفة الأحوال

الشخصية والموارث ، قرار رقم

<sup>2</sup> أبو حجير محمود محيد ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة ،الدار العلمية ، الأردن ، الطبعة

الأولى ، 2002، ص 18

## تمخض قصد الإضرار :

لقد بين الشاطبي معنى هذا المعيار وحكمه وذلك بقوله : " فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا في ضرار الإسلام <sup>1</sup> .  
والمقصود هنا هو أن الطلاق من دون مبرر الإضرار بزوجه ودون وجه حق ، دون أن تكون له مصلحة في إضرارها و لتحقق هذا المعيار لأبد من توفر أمرين :  
- أحدهما أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير  
- أما الثاني أن يتمخض قصده لذلك .

## - استعمال الحق في غير ما شرع له من مصلحة

وهذا هو المعيار الغرضي، أو مناقضة قصد الشارع ، فهذا مناقضة المستعمل لحقه المشروع في أصله، و هذا ما ينطبق على المطلق الذي يتخذ من الطلاق أداة ضغط و لهو يستعملها متى يشاء كأنه يتحیل في إيقاع الطلاق .

## ثانيا : المعايير الموضوعية

ومن المعايير التي يحكم بها على اعتبار الشخص متعسفا:

## - الاختلاف البين في توازن المصالح المتعارضة

من خلال هذا المعيار يكون المطلق مسيئاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يقوم عليها إيقاعه للفرقة لا تتناسب مطلقاً مع الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذا التعسف سواء تعلق الأمر بالزوجة أم الأبناء . <sup>2</sup>

## ترتيب الضرر الفاحش

يكون هذا المعيار الموضوعي به الشخص مسيئاً في استعمال حقه إذا كان هذا الاستعمال يترتب عليه ضرر فاحش بالغير ، و هنا تزول المشروعية عن اللحظة التي ينشأ فيها عند هذا

<sup>1</sup> الشاطبي ، المصدر السابق ، ج 03 ، ص 55

<sup>2</sup> أبو حجير محمود ، المرجع السابق ، ص 45-46.

النوع من الضرر ، و ينظر من خلال هذا المعيار الموضوعي إلى الآثار المترتبة على استعمال الحق فقط .

إن كان الزوج يتصرف في خالص حقه يعتبر تعسفا إذا أضر بزوجه ضررا فاحشا وهذا ما يدفعها إلى الخلع و قانون الأسرة جزائي على إمكانية تعسف الزوج في طلاقه و أعطى للقاضي السلطة التقديرية في بيان ذلك و في حالة ما إذا تعسف حكم عليه بالتعويض .<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : استفحال ظاهرة انحلال الزواج وإمكانية إنكارها

جعل الإسلام الزواج في عدة صور من جهة يبين أنه من سنن الأنبياء و هدى المرسلين لقوله تعالى " و لقد أرسلنا رسلا من قبلك و جعلنا لهم أزواجا و ذرية "<sup>2</sup>

و من جهة أخرى ذكر أنه آية من آياته لقوله عزو جل " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون. "<sup>3</sup>

و لكن و من خلال حالات الانحلال التي تحدث في هذا الزمن أصبحت التفرقة و الانحلال من القضايا العادية في نظر المجتمع ، حيث أصبحت قضايا الطلاق تحتل المراكز الأولى في المحاكم ، و ذلك لنقص الوعي و عدم التفكير في عواقبها و آثارها على الأسرة بصفة خاصة و على المجتمع بصفة عامة ،

و رغم أنه مباح و مشروع إلا أنه يبقى أبغض الحلال إلى الله ، لقوله صلى الله عليه وسلم " أبغض الحلال إلى الله الطلاق "<sup>4</sup>

و يعتبر الإشهاد على فرقة الزوجين من أهم وسائل الإثبات في القضاء و له دور كبير على الحد من هذه الظواهر ، و يعتبر أيضا مانعا للحيلولة دون وقوع الإنكار<sup>5</sup>

<sup>1</sup> التعويض في اللغة هو : البذل ، وفي الاصطلاح يطلق ويراد به الضمان وهو : واجب رداتشي بعينه أو بدله أو المثل أو بالقيمة

<sup>2</sup> سورة الرعد، الآية 38

<sup>3</sup> سورة الروم، الآية 21

<sup>4</sup> سورة البقرة ، الآية 229

<sup>5</sup> أبو البصل عبد الناصر ، المصدر السابق ، ص44

خاتمة

في الختام من خلال دراستنا واستعراضنا لموضوع الإشهاد في الزواج الطلاق، نكون قد توصلنا إلا آخر نقطة من نقاط هذا البحث والتي سنعرض فيها عليكم أهم النتائج:

إن الإشهاد طريقة من طرق الإثبات سواء في الشريعة الإسلامية أو في قانون الأسرة الجزائري. الشهادة هي الخبر الصادق في مجلس القضاء ويستوجب أدائها. شرعت الشهادة لتحقيق مصالح الناس، حفاظا على ضياع الحقوق. إشتراط الفقهاء أن يكون للشاهد شروطا لابد من مراعاتها. الإشهاد شرط لصحة عقد الزواج. إن للشهادة دورا معتبرا في المواد المدنية عامة والمواد الجنائية خاصة. الإشهاد على الزواج شرط اتفق عليه الفقهاء إلا أنهم قد اختلفوا في وقته فقد ذهب الحنفية و الشافعية والحنابلة إلى جعله وقت العقد على عكس المالكية على اشتراطه عند الدخول. إن موضوع الطلاق يعد من المسائل الخطيرة التي تمس المجتمع. غياب الإشهاد في عقد الزواج يؤدي إلى شيوع زواج السر. إتفق أغلبية الفقهاء على أن يستحب الإشهاد على الطلاق ولابد من إحضار الشهود لكي يشهدوا على ذلك. يعتبر الطلاق بالإرادة المنفردة طريقة من طريقة من طرق فك الرابطة الزوجية بالنسبة للزوج أما الزوجة فيحق لها قطع العلاقة بالخلع أو التطلق.

**ب التوصيات:**

من خلال الدراسة التي قمنا بها والنتائج التي توصلنا إليها نوصي بما يلي:

التركيز أكثر على شروط وموانع الشهادة في الشريعة الإسلامية وأخذها في نطاق نصوصها الشرعية.

يجب على كلا الزوجين أن يشعر كل منهما بحقيقة الرابطة الزوجية القوية القائمة على الرحمة والأخلاق الحميدة وأن يحافظ كل منهما على العلاقات الطيبة مع بعضهما البعض.

ضرورة النظر في مسألة الإشهاد على انحلال الزواج و ذلك لما تحققه من فوائد على الأسرة عامة و على المجتمع خاصة .

# قائمة المراجع

## القرآن الكريم

### الكتب:

1. ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، ج3
2. ابن رشد محمد بن أحمد الجد، المقدمات الممهدات، دار صادر، بيروت، ج2
3. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار أشريفة، الجزء2
4. أبو النور زهير، أصول الفقه، دار المدار الإسلامي، ليبيا، 2001، ج1
5. احمد محمد علي داود القضايا و الاحكام في المحاكم الشرعية، الجزء 1، الطبعة1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2006
- البخاري محمد بن اسماعيل - كتاب الشهادات باب سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة؟  
قبل اليمين، صحيح البخاري دار ابن كثير دمشق بيروت ، الطبعة الأولى 2002
6. بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر
7. بكري محمد عزمي، موسوعة الفقه و القضاء، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2002
8. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات، ط5، 2007، ص41
9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،
10. بن شويخ رشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر 2008،
- بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005
11. البيضاوي عبد الله بن عمر ،تفسير البيضاوي ،دار الفكر ،بيروت ،الطبعة الثانية 1403-1983-، ج8

## قائمة المصادر والمراجع

12. البيهقي أبو بكر السنن الصغير، أحمد قباني كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة 1، 1992، ج10،
13. الجرجاني علي بن محمد - كتاب التعريفات - شركة القدس للتصوير - القاهرة الطبعة الأولى 2007
14. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ج4،
15. الدسوقي الشيخ محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ج4
16. الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار عمار، الأردن، الطبعة1، 1996،
17. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 77
18. رواق امال، الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله، نوميديا للطباعة و النشر، الجزائر، 2010
19. سعد فضيل، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986،
20. سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، شرك الأصالة، الجزائر، 2012،
21. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية القاهرة، 1968، ج1،
- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح الإعلامي، مصر، ط1، 2000، ج2،
22. الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص129
23. الشفقة محمد البشير، فقه الأحوال الشخصية، دار القلم، دمشق، ط1، 2003، ج3
24. عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، عون القاري بالتعليق على شرح السنة للبرهاري، مركز عبد العزيز الراجحي للاستشارات و الدراسات، السعودية، ط1، ج1

## قائمة المصادر والمراجع

25. عبد الله صليبي عباس الكبيسي، الرجوع عن الشهادة وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة 1 ، 2007
26. عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، الجزء 3
27. الفيومي أحمد محمد بن علي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2000
28. قلنجي محمد رواس، قني حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس الأردن، ط 3، 1988
29. مازن المصباح الصباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، مجلد 11 ، 2009، العدد 1،
30. مبروك حدة، شهادة الشهود في الاثبات دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون (القانون الجزائري و التركي) ، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد 8، 2017
31. محمد الخرشي، شرح الخرشي علي خليل، دار الفكر للطباعة، 1316، الجزء 3
32. محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، 1987، الجزء 2.
33. محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، دار الأبحاث للنشر، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ، 2000
34. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، دار العلم للملايين، ط6، بيروت، 1976
35. محمد سمارة، احكام اثار الزوجية شرح مقارنة الأحوال الشخصية ' دار القافة للنشر، ط1، 2001
36. محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة 1، الأردن، 1991، ص317
37. محمود محمد عبد العزيز، مناقشة الشهود واستجوابهم في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دار الجامعة الحديثة للنشر، مصر، 2004

38. مسلم بن الحجاج النيسابوري - صحيح مسلم - دار طيبة للنشر و التوزيع - الرياض الطبعة الأولى 2006
39. نورالدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث للطباعة، ط1، القاهرة
40. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة 2، 1985، دمشق، ج7

### المجلات:

1. إبراهيم جاسم محمد، المجلة الاكاديمية العلمية العراقية، جامعة تكريت كلية التربية للبنات، علوم القرآن الكريم و التربية الإسلامية
2. رحمان يوسف، الأساليب القانونية لإثبات الزواج الغير الموثق، مجلة القانون و العلوم السياسية تلمسان، العدد1، 2019
3. الزرقا المصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح الى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، العدد27
4. عفاف لامية العياشي، دور القضاء في إثبات الزواج العرفي، مجلة الباحث الأكاديمي في العلوم القانونية و السياسية، المركز الجامعي، الأغواط، العدد 3، 2019
5. مازن المصباح الصباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الازهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، مجلد 11 ، 2009، العدد 1،
6. محفوظ بن الصغير، إثبات النسب بالطرق العلمية في الفقه و القانون، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المسيلة، العدد 4، 2018

## الرسائل و المذكرات

1. بن عيسى شريفة، التطليق وإجراءاته من خلال قانون الإجراءات المدنية مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2016
2. بوسفات علي هاشم، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة ابي بكر بلقايد وهران، وهران، كلية الحقوق، 2009
3. سعاد لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في قانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2015
4. عبد العزيز بوعرة، عبد الرحيم جعيوط، الإشهاد في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2018-2019
5. عبد اللطيف بعجي، تفردات الملكية في باب النكاح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية قسم الشريعة الإسلامية، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص48
6. قطاف خديجة، الاشهاد في الطلاق، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، جامعة الجلفة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014
7. لونيبي جهيدة، احتساب العدة في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون الخاص تخصص قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق، 2016،

8. محمد بن علي جميل المطري، فقه الخلع ، بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة البكالوريوس في تخصص الدراسات الإسلامية ، كلية التعليم المفتوح ، قسم الدراسات الإسلامية و العربية ، 2012

### القرارات

1. الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404، المتضمن قانون الأسرة
2. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1926 المعدل و المتمم للأمر 11/84 المتضمن قانون الأسرة
3. الأمر 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1383، الموافق ل 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية
4. الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للأمر 184 المتضمن قانون الأسرة

# الفهرس

شكر وعرفان

إهداء

إهداء 2

|   |                   |
|---|-------------------|
| 1 | مقدمة.....        |
| 2 | أهداف الموضوع:    |
| 2 | الصعوبات:         |
| 2 | أهمية الموضوع :   |
| 3 | المنهج المتبع:    |
| 3 | الدراسات السابقة: |
| 4 | الإشكالية:        |
| 4 | الخطة العامة:     |

## الفصل الأول: فصل تمهيدي

|    |                                                 |
|----|-------------------------------------------------|
| 6  | الأحكام العامة للشهادة                          |
| 6  | المبحث الأول : مفهوم الشهادة و شروطها           |
| 6  | المطلب الأول : تعريف الشهادة وقيمتها في الإثبات |
| 6  | الفرع الأول : تعريفها لغة و اصطلاحا             |
| 9  | الفرع الثاني : قيمة الشهادة في الإثبات:         |
| 11 | المطلب الثاني : شروط الشهادة و الشهود           |

|    |                                                                    |
|----|--------------------------------------------------------------------|
| 12 | الفرع الأول : شروط الشهادة.....                                    |
| 13 | الفرع الثاني : شروط الشهود.....                                    |
| 15 | المبحث الثاني : دواعي الشهادة وأهمية الإثبات ومقاصده الشرعية.....  |
| 15 | المطلب الأول : دواعي الشهادة.....                                  |
| 18 | المطلب الثاني : أهمية الإثبات و مقاصده الشرعية.....                |
| 19 | الفرع الأول : أهمية الإثبات و أهم مقاصده في الشريعة الإسلامية..... |
| 20 | الفرع الثاني : أهمية الإثبات في القانون الوضعي.....                |

## الفصل الثاني

|    |                                                                 |
|----|-----------------------------------------------------------------|
| 21 | الإشهاد في الزواج.....                                          |
| 22 | المبحث الأول : الإشهاد في عقد الزواج.....                       |
| 22 | المطلب الأول: طبيعة الإشهاد في إنشاء عقد الزواج.....            |
| 22 | الفرع الأول : تعريف عقد الزواج.....                             |
| 25 | الفرع الثاني: طبيعة الإشهاد في عقد الزواج.....                  |
| 25 | أولا الإشهاد على الزواج ركن أم شرط : .....                      |
| 27 | ثانيا : موقف الفقه الإسلامي و القانون من الإشهاد في الزواج..... |
| 30 | الفرع الثالث : وقت الإشهاد و الحكمة منه.....                    |
| 30 | أولاً: وقت الإشهاد.....                                         |
| 31 | ثانيا: الحكمة من الإشهاد و الإعلان عليه.....                    |
| 31 | المطلب الثاني : دور الإشهاد في إثبات عقد الزواج.....            |

|    |                                                                                |
|----|--------------------------------------------------------------------------------|
| 32 | الفرع الأول: دور الإشهاد في الإثبات في حال الإقرار بالزوجية .....              |
| 35 | الفرع الثاني : دور الإشهاد في حال إنكار الزوجية .....                          |
| 36 | المبحث الثاني : أثر تخلف الإشهاد في الزواج و الحكم بفساد العقد أو بطلانه ..... |
| 37 | المطلب الأول : أثر تخلف الاشهاد في الزواج شرعا .....                           |
| 37 | الفرع الأول : الزواج دون شهود .....                                            |
| 37 | الفرع الثاني : زواج شهود تواصلوا على كتمانهم .....                             |
| 38 | الفرع الثالث: أثر تخلف الإشهاد قانونا .....                                    |
| 39 | المطلب الثاني: الحكم بفساد العقد وبطلانه .....                                 |
| 40 | الفرع الأول: تعريف الفساد و البطلان .....                                      |
| 41 | الفرع الثاني : التمييز بين الفساد و البطلان في عقد الزواج بلا إشهاد .....      |

### الفصل الثالث : الإشهاد في الطلاق

|    |                                                                         |
|----|-------------------------------------------------------------------------|
| 47 | المبحث الأول: طبيعة الإشهاد في الطلاق .....                             |
| 47 | المطلب الأول: التعريف بانحلال الزواج .....                              |
| 49 | الفرع الثاني: تقسيم انحلال الزواج بحسب الإرادة المنشئة له .....         |
| 53 | المطلب الثاني: حكم الإشهاد في انحلال الزواج .....                       |
| 53 | الفرع الأول: حكم الإشهاد على انحلال الزواج في الفقه الإسلامي .....      |
| 54 | الفرع الثاني : حكم الإشهاد على انحلال الزواج في القانون .....           |
| 54 | المبحث الثاني : دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج وأثر تخلفه عنه ..... |
| 55 | المطلب الأول : دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج .....                 |
| 55 | الفرع الأول : دور الإشهاد في إثبات الانحلال في الفقه الإسلامي .....     |

|    |                                                                      |
|----|----------------------------------------------------------------------|
| 56 | الفرع الثاني دور الإشهاد في إثبات انحلال الزواج في القانون .....     |
| 57 | المطلب الثاني : الأثر المترتب عن غياب الإشهاد في انحلال الزواج ..... |
| 57 | الفرع الأول: إمكانية التعسف في إيقاع الانحلال .....                  |
| 59 | الفرع الثاني : استفعال ظاهرة انحلال الزواج وإمكانية إنكارها .....    |
| 60 | الخاتمة:.....                                                        |
| 65 | قائمة المصادر والمراجع.....                                          |
| 73 | الفهرس.....                                                          |