جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة

كلـــية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة :

الاشهاد على الزواج بين الشريعة والقانون

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص: قانون اسرة

إعداد الطالب:

- فاروق قاسي
- عبد القادر حمراني

إشراف الأستاذ:

* د/أحمد عبادة.

اللجنة المناقشة

-أ/ د نوي عبد القادر ..... رئيسا

-د / احمد عبادة..... مقررا مشرفا

-أ/ محمد ملاك ..... ممتحنا

السنة الجامعية:2021-2022

شكـــر وعـرفـان

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الانسان مالم يعلم والشكر له على توفيقه

ايانا لاستكمال هذه المذكرة

وابرازه في صورتها الحالية ونتقدم بالشكر والعرفان للدكتور سي أحمد عبادة

على تكرمه وقبوله الاشراف على هذه المذكرة.

كما أشكر أساتذتنا الكرام أعضاء لجنة المناقشة على موافقتهم مناقشة هذا العمل.

كما نوجه خالص شكرنا وتقديرنا الى كل أساتذة كلية الحقوق والقائمين عليها

وجزاهم الله بكل خير دون أن ننسى زملائنا بالكلية

لكل هؤلاء كافة التقدير والاحترام والدعاء لهم الخالص المتواصل الى يوم دين.

اهــداء

نهدي هذا العمل

الى كل من له صلة علينا من مشايخ وأساتذة الى عائلاتنا الاحياء منهم والأموات .....

الى كل المسلمين عبر الأزمان والمكان وخاصة المرابطين بالقدس وأكنافه.....

الى كل علماء الأمة وطلبة العلم.....

عبد القادر حمراي

فاروق قاسي

مقدمة

مقدمة:

ان الشريعة الإسلامية رحمة للعالمين كافة عبر العصور والأزمان منذ أن خلق الله ادم عليه السلام وجعل منه زوجه، وجعل لهما نظاما ينضبطان به لتحقيق الحكمة وهي الاستحلاف في الأرض والاعمار.

وقد رفع الله قدر الارتباط بين الرجل والمرأة وسمى تلك العلاقة بالزواج والنكاح وذلك الشكل بالزوجية فاعتبره اية من آياته قال تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ذلك آيات لقوم يتفكرون " سورة الروم اية 21 ورش عن نافع.

ولما كان الإسلام هو الدين الوحيد للبشر بعد مجيئ النبي ﷺ، قال تعالى: ومن يتبع غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الاخرة من الخاسرين " ال عمران 85 وقد جاء معه نظام الاسرة كأساس للنظام الاجتماعي في الحياة، فان هناك مبادئ وضوابط حتى تتماسك وتستمر هذه.

وقد سماه الشارع الحكيم بالميثاق الغليظ وجعله السبيل الوحيد للاستثمار البشرية بشكل شرعي ومنتظم وعرف فقهاء الأمة الزواج بأنه عقد يفيد شرعا حل الاستمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع.

وعرفه المتأخرون من علماء الأمة كأبي زهرة بأنه: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يتحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما على مدى الحياة، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات.

ومن خلال هذا نجد أن للأسرة الناتجة عن هذا الزواج معالم وهي:

01-قيام الرابطة بين الرجل والمرأة بقصد الدوام.

02-نشوء مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين أفراد هذه الأسرة.

03-اعتراف المجتمع بهذه الرابطة المتبادلة وما ينتج عنها بصورة أو أخرى، وذلك عن طريق ابراز أركان وشروط عقد زواج خاصة الإعلان والاعلام ولا يتم ذلك الا بواسطة الإشهار.

الإشكالية:

ومن خلال ما سلف ذكره، حاولنا معالجة هذا الموضوع انطلاقا من الإشكالية التالية:

كيف عالج الفقه الإسلامي مسألة اشتراط الاشهار في عقد النكاح؟ وماهي أحكامه؟

- ما هو موقف المشرع الجزائري من الاشهار وأحكامه في عقد الزواج على ضوء المذاهب الفقهية الإسلامية؟

– ما مدى ملائمة وكفاية التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري في تنظيم مسائل الاشهار؟

وما موقف القضاء الجزائري؟

أسباب اختيار الموضوع:

01- الرغبة في دراسة الأحوال الشخصية والاطلاع على ما توصل اليه الفقهاء وأهل الاختصاص في هذا الشأن.

02- كشف أسرار ومفاتيح معالجة المواضيع بطريقة أكاديمية.

الصعوبات البحث:

لقد واجهنا صعوبات عدة من بينها الارتباطات العائلية والوقت ونقص الزاد والواقع.

المنهج المتبع: سنستعمل في موضوع هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن.

أ/ الاستقرائي: لاستقراء المسائل الفقهية من المذاهب الفقهية المختلفة وذلك بالاستناد الى مصادرها من القران والسنة النبوية.

ب/ التحليلي: سنتطرق بواسطة هذا المنهج الى تحليل نصوص قانون الأسرة الجزائري والخلفية الفقهية للمشرع الجزائري.

بيان مختلف الأحكام الفقهية في المسائل المختلف فيها مع توضيح موقف القانون والقضاء الجزائري.

ج/ المقارن: سنعتمد على هذا المنهج لبيان ما يلي:

- مقارنة أقوال فقهاء المذاهب الفقهية وترجيح الأنسب
- مقارنة موقف القانون الجزائري في بعض الأحكام والمسائل مع بيان موقف الفقه الإسلامي.
- مقارنة مدى انسجام الاجتهاد القضائي الجزائري في اختيار المذهب المتبع.

خطة البحث: لقد صممنا لدراسة هذا البحث ولتوضيح معالم الخطة التالية وهي:

تقسيم هذه المذكرة الى فصلين

الفصل الأول تحت عنوان: مفهوم الاشهاد على الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري وفق مبحثين:

المبحث الأول: معنى الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتحته مطلبين الأول تعريف الاشهار والثاني حقيقة الشهادة في عقد الزواج ومسألتي عمودي النسب والبدوي.

المبحث الثاني: عنوانه شروط صحة الاشهار على عقد الزواج وتحته مطلبين الأول أحكام عامة متعلقة بالشهود والثاني شروط الشهود في عقد النكاح.

أما الفصل الثاني: تحت عنوان أحكام الاشهاد على الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري وفيه مبحثين .

المبحث الأول: حكم الاشهاد على الزواج في الشريعة الإسلامية وفي مطلبين الأول حكم الاشهاد وموقف الفقهاء من تخلفه والثاني حكم نكاح السر وكتمان الشهود وشهادة الأبداد .

الفصل الأول: مفهوم الاشهاد على الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة

الفصل الأول:

مفهوم الاشهاد على الزواج بين الشريعة و القانون:

لقد اهتم الفقه الإسلامي بالعقود وخاصة عقد الزواج، لأن العقد أحد مصادر الالتزام وهو اتفاق ارادتين لا نشاء التزام معين وعقد الزواج ذو طبيعة خاصة مما جعلته عقد منفردا في تعريفه وأركانه وشروطه وهو يختلف عن بقية العقود وأما الركن هو جزء من العقد الذي لا يوجد الا به فاذا انعدم الركن بطل العقد وقد اتفق الفقهاء على أن الشريعة والمتمثلة في الايجاب والقبول ركن في عقد الزواج فاذا تحقق وجب توفر الشروط في العقد.

وأما الشرط هو ما يتوقف هوما يتوقف عليه وجود الشيء كان خارجا عن حقيقته وتنقسم شروط عقد الزواج الى شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم وتندرج الشهادة في عقد الزواج ضمن شروط صحته.

فلكي يكون العقد صحيحا غير فاسد لابد من توافر شرطين:

أولا: أن تكون المرأة محلا للنكاح.

ثانيا: حضور الشهود أقلهم شاهدين.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على الاشهاد في عقد الزواج في كتاب الزواج وقد اختلف الفقهاء في آرائهم في بعض الجوانب الخاصة بالشهادة في عقد الزواج

ومن خلال هذا الفصل نتطرق للإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبدا لنا أن نقسم هذا الفصل الى مبحثين الأول معنى الاشهاد في عقد الزواج والثاني شروط صحة الاشهاد في عقد الزواج

المبحث الأول:

معنى الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري:

من المعلوم أن أهم خاصية في العقود في الشريعة الإسلامية قيامها على التراضي بين الطرفين فمتى وجد الرضا الذي يعبر عن ايجاب أحد الطرفين وقبول الطرف الاخر انعقد العقد وخرج بذلك الى حيز الوجود، لكن عقد الزواج لخطورته يحتاج لصحته الى الاشهاد عليه حيث يعتبر عقدا شكليا لاحتياجه الى الإعلان والتوثيق.

ونظرا لأهمية الاشهاد في عقد الزواج بصفة خاصة ومسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة نتكلم في هذا المبحث ونقسمه الى مطلبين الأول تعريف الاشهاد وأدلته الشرعية والثاني حقيقة الشهادة في عقد الزواج من خلال هذا نتطرق الى تعريف الاشهاد لغة وشرعا وقانونا.

المطلب الأول تعريف الاشهاد وادلته الشرعية

و من خلال هذا نتطرق الى تعريف الاشهاد في عقد الزواج لغة وشرعا و قانونا

الفرع الأول: تعريف الاشهاد في عقد الزواج

أولا تعريف الاشهاد لغة: الشاهد هو العالم الذي يبين ما عملة شهد شهادة ومنه قوله تعالى" شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم". [1]

أي الشهادة بينكم شهادة اثنين فحذف الميثاق وأقام الميثاق اليه مقامه، ورجل شاهد وكذلك الأنثى لأن أعرف ذلك امنا هو في المذكر والجمع أشهاد وشهود، وشهيد والجمع شهداء، واشهد اسم للجمع

واستشهده المسألة الشهادة وفي التنزيل الكريم " واستشهدوا شهيدين من رجالكم..." [2]

والشهادة حين خير قاطع نقول شهد الرجل على كذا وربما قالوا شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف وقول لهم اشهد بكذا أي احلف.

والشهادة مصدر أصله شهد أي علم أو أصل بدل على حضور وعلم واعلام، ومن ذلك فان الشهادة تجمع الأصول التي ذكرت من الحضور والعلم والاعلام. [3]

وهي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور فيقال شهده شهودا أي حضورا لقوله تعالى" فمن شهد منكم الشهر فليصمه.(2)[1]

---

[1] سورة المائدة الآية رقم 106 برواية ورش عن الامام نافع

[2] سورة البقرة الآية رقم 282 ورش عن نافع

[3] . ابن منظور لسان العرب . بيروت، لبنان، دار الفكر ط6، 1997، ج3، ص238-239

وكذلك هي مشتقة من الشهادة بمعنى المعاينة. والمشهد هو محضر الناس. [2]

ثانيا تعريف الاشهاد شرعا: عرف الفقهاء الاشهاد بتعاريف كثيرة متقاربة منها:

أ/ تعريف الأحناف: اخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.

ب/ تعريف المالكية: اخبار حتكم من علم ليقضي بمقتضاه.

ج/ تعريف الشافعية: اخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد.

د/ تعريف الحنابلة: الاخبار بما عمله بلفظ أشهد أو اشهدت.

والمتبادر للذهن من هذه التعاريف أنها متفقة معنا وان اختلفت لفظا وعليه تعريف الاحناف هو المختار لوضوحه وشموله فقولهم اخبار هو صدور كلام من شخص الى اخر على سبيل الاعلام سواء اتصف بالصدق أو الكذب. [3]

وقولهم "صدق" إضافة الاخبار الى صدق فيخرج الخبر الكاذب وقولهم لإثبات حق قيد يخرج الانكار وقولهم بلفظ الشهادة في مجلس القضاء دلالة على أن الشهادة لابد ان تؤدى في مجلس القضاء وقد يراد بشهادة الشهود البينة وقد سمي الشهود بالبينة لوضوح البيان وانتفاء الاشكال بشهادتهم.

وقال ابن القيم رحمه الله أن البينة لم تأتي قط في القران الكريم مراد بها هما الشاهدان. [4]

وعليه وان اختلفت التعاريف بسبب اختلاف الأداء فان كان الاخبار بحق الغير فهي الشهادة وان كان الاخبار بحق المخبر على اخر فهي دعوى وان كان الاخبار بحق المخبر على نفسه فهو إقرار أما في عقد النكاح فليست الشهادة اخبارا وانما هي تحمل للشهادة أولا لصحة العقد ثم أداء لها في مجلس القضاء. [5]

ثالثا تعريف الاشهاد قانونا: لأم أعثر له على تعريف ولكن قانون الأسرة الجزائري أشار الى الاشهاد في كتاب الزواج على أنه شرط، والشهادة انما تكون مباشرة وهي التي يخبر بما راه أو سمعه والغيرة المباشرة او السماعية وهي المنقلة عن من سمع أو رأي.

---

[1] سورة البقرة اية رقم 158، ورش عن نافع

[2] د/ عبد الرحمان بن عبد الله بن مخضوب ،مقال الشهادة في عقد النكاح، موقع مسلم ص

[3] مازن مصباح الصباح ، أحكام الشهادة على النكاح في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة الازهر بصرة، سلسلة العلم الإنسانية 2009 ، المجلة 11، العدد01

[4] عز الدين مسعود ، الرابطة الزوجية، محاضرات نقلا عن الطالبة خليفة فضيلة ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور ، الجلفة2014/2013 ص12

[5] عبد الرحمان بن عبد الرحمان بن مخضوب ، المقال السابق ، ص10

الفرع الثاني: معنى الشهادة على الزواج في قانون الاسرة الجزائري

- الايجاب والقبول وهما ما يعبران عن الرضا لا يكفيان وحدهما في عقد الزواج في نظر المشرع الجزائري فلا بد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية ولابد من إعلانه واشهاره لأن عقد الزواج محاط بالأخطار القانونية والاجتماعية ولما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين فمن الواجب إعلانه للناس واخراجه من حدود الكتمان حتى لا يلتبس بالزنا وكي لا تكون علاقة الرجل بامرأته محل شبهة أو سوء ظن. [1]

- كما ترفع الشبهات والشكوك بالشهادة والاعلان لقوله ﷺ" أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدف. " [2]

وكذلك قوله ﷺ " فصل بين الحلال والحرام الصوت بالدف." [3]

_ وقد اشترط المشرع الجزائري في المادة "9 مكرر أ حضور شاهدين لصحة عقد الزواج ويسمع الشاهدان معا كلام المتعاقدين وأن يفهم المراد منه ليتحقق الهدف من الشهادة وهو الاشهاد والاعلان.

_ واستقر اجتهاد المحكمة العليا على أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة مع مراعاة أركانه وشروطه.

والمقصود بالأشهاد على الزواج حضور الشهود في مجلس عقد للإفادة بأنه حدد الصداق وتم الايجاب والقبول في مجلس العقد.[4]

_ وقد باين عقد الزواج العقود المدنية الأخرى باشتراط الاشهاد لشرف محله وما يترتب عليه من اثارذات خطورة كالنسب والارث والعرض وغيرها.

الفرع الثالث: الأدلة الشرعية على الاشهاد في عقد الزواج:

لقد حبب المشرع الحكيم الزواج ودعا اليه وجعله السبيل الشرعي لحلّ المرأة للرجل وسماه بالميثاق الغليظ بالنظر لآثاره بين الزوجين كانت أو غيرهما كإثبات النسب ووجوب الحرمة والميراث وغيرها.

_ ولأهمية عقد النكاح حث الرسول ﷺ على وجوب الاشهاد عليه بأحاديث منها:

" البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"[1] الترمذي.

---

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، أحكام الزواج ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية 2010، ج1 ، ص252 ،المرجع السابق

[2] السيد سابق، فقه السنة ، دار الفكر، دمشق ، سورية 1993 ، المجلد الثاني ، ص271 .

[3] السيد سابق، المرجع نفسه، ج2، ص271.

[4] المحكمة العليا،غ،أ،ش،1993/09/28، ملف رقم 962328، غير منشور

وقوله ﷺ "لا نكاح الاّ بولي وشاهدي عدل" [2]الدار قطني

_ وكذلك قضاء عمر بن الخطاب فعن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه الاّ رجل وامرأة فقال" هذا نكاح السر ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت"[3]. مالك الموطأ

_ وقال الترميذي: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين وغيرهم قالوا: لا نكاح الاّ بشهود لم يختلف في ذلك من معنى منهم الاّ قوم من المتأخرين من أهل العلم.[4]

المطلب الثاني: حقيقة الشهادة في عقد الزواج ومسألتي عمودي النسب والبدوي:

لا تتباين الشهادة في عقد الزواج عن معناها الحقيقي والشرعي وعرّفت بأنها: اخبار عمّا شاهده أو سمعه الشاهد وبما أن النكاح عقد ينعقد بالإيجاب والقبول صادرين من كلا المتعاقدين كما يتناول هذا العقد مسألة رضا واذن الزوجة ضف الى ذلك المهر وعليه هل تتطلب الشهادة في عقد النكاح الاشهاد على كل هذه الأمور؟

الفرع الأول: الاشهاد على الايجاب والقبول والمهر

أولا: الاشهاد على الايجاب والقبول

_ اتفق الفقهاء على أنّ عقد الزواج ينعقد بلفظي" الزواج أو نكاح وقالوا بصيغة الفعل الماضي مثل قول أبي الزوجة زوجتك ابنتي بمهر قدره كذا ويقول الزوج أو وكيله قبلت أن أنكحتك موكلتي فلانة بمهر قدره كذا ويقول الزوج قبلت.

لأن لفظي الزواج والنكاح هما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد تخصيصا وهما الواردان أكثر في القران الكريم والسنة المطهرة.

وكي يتحقق الاشهاد على ايجاب القبول في عقد النكاح لابد أن يسمع الشاهدان ما صدر من كل المتعاقدين من ايجاب وقبول او بسماع الايجاب والقبول أو العكس[5]

ثانياً: الاشهاد على المهر

---

[1] السيد سابق، المرجع السابق،ج2، ص142

[2] المرجع نفسه

[3] المرجع نفسه.

[4] المرجع نفسه ص143.

[5] الامام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، موقع نوز،pdf، ص54.

1/ عند الفقهاء: فاذا سمع الشاهدان ذكر المهر مع الايجاب والقبول شهدا به وبالعقد، مع العلم أن تسمية المهر في العقد سنة والعقد بدون تسمية المهر عقد صحيح لقوله تعالى" لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة"[1]

فاذا سمي المهر في عقد النكاح وتم الاشهاد عليه دفعت هذه الشهادة الخصومة وأثبتت حق الزوجين.

2/ موقف القضاء الجزائري من الاشهاد على الايجاب والقبول: المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص في مسألة الاشهاد على الايجاب والقبول في عقد النكاح ولكن القضاء الجزائري اهتم بالاشهاد على الايجاب والقبول من خلال في مادة 22.ق.أ.ج الى الشريعة الإسلامية فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

_ أن الزواج لا يثبت الاّ بشاهدين عدلين وأن كل امرأة تدّعي أن فلانا نزوجها فلا بد تثبت ذلك بشهادة الشهود والطاعنة لم تأتي بأي شاهد يشهد بأنه حضر وسمع الايجاب والقبول.[2]

الفرع الثاني: الاشهاد على رضا واذن الزوجة

أولاً الاشهاد على اذن الزوجة

_ أصل اذن الزوجة في عقد النكاح حديث الرسول ﷺ " لا تنك الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن" قالوا يا رسول الله كيف اذنها قال أن تسكت."[3]

وقوله ﷺ" والبكر يستأمرها أبوها". [4]

واذن الزوجة شرط لصحة عقد النكاح اذا كانت كبيرة والأظهر من الأقوال في البكر الكبيرة ولذا قال بعض الفقهاء لابد من معرفة الشهود اسمها ونسبها وان يشهدان على صوتها برؤية وجهها فتكشف النقاب، فاذا رفضت ان تكشف وجهها ولكي يتحقق الاشهاد فالأولى أن يشهد على العقد أقاربها كالأعمام والأخوال حتى يميزوا صوتها أو يروا وجهها.

_ ويرى الامام ابن تيمية _رحمه الله_ أن الاشهاد على اذن الزوجة قبل النكاح ليس شرطا من شروط النكاح في المذاهب الفقهية الأربعة الاّ وجها ضعيفا عند الشافعية والحنابلة حيث جاء مجموع الفتاوى:

---

[1] سورة البقرة، الاية 226برواية ورش عن نافع

[2] المحكمة العليا، المجلة القضائية، ملف رقم 55706، بتاريخ 1989/12/11، العدد1 ، 1992، ص48

[3] السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص200

[4] المرجع نفسه

" لا تفتقر صحة النكاح الى الاشهاد اذن المرأة قبل النكاح الاّ وجها ضعيفا في مذهب الشافعي وأحمد بل قال: اذا قال الولي: أذنت جاز عقد النكاح والشهادة على الولي والزوج "[1]

ثانيا الاشهاد على رضا الزوجة

ذهب الشافعية والحنابلة الى الاشهاد على رضا الزوجة أمر مستحب فجاء في معنى المحتاج" ويستحب الاشهاد على رضا المرأة بالنكاح لقولها: رضيت أو اذنت فيه

الفرع الثالث: شهادة عمودي النسب والبدوي على القروي

أولاً شهادة عمودي النسب

1/ عند الفقهاء

لقد اختلف الفقهاء اذا كان الشاهدان في عقد النكاح من فروع أو أصول الزوجين أو كان من فروع أو أصول الموجب لعقد النكاح وهو الولي فافترقوا الى مذهبين:

_ المذهب الأول انعقاد النكاح بشهادة عمودي النسب الزوجين أو الولي وهو رأي الحنفية والصحيح عند الشافعية ووجه عند الحنابلة واختاره ابن قدامة.

أدلة المذهب الأول:

- حديث النبي ﷺ "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل"[2] فالحكم العام يتناول أي شاهد.
- الفقهاء اشترطوا عدالة الشهود والأصول والفروع إذا كانوا عدولا فلا مانع.

المذهب الثاني: عدم انعقاد النكاح بشهادة عمودي النسب للزوجين أو الوالي و هو مذهب الحنابلة وتوجه عند الشافعية .

ادلة المذهب الثاني:

لا تقبل شهادة الأب لابنه والعكس للتهمة ولقول الرسول ﷺ "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي عمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت"[3] أحمد وأبو داود.

المناقشة والترجيح:[4]

[1] مازن مصباح، مرجع سابق،ص145

[2] سبق تخريجه

[3] الإمام الصنعاني سبل السلام شرح بلوغ المرام. حقيق حازم علي , دار الفكر 2003م المجلد الربع ص1408

[4] مازن مصباح المرجع السابق ص21

– **مناقشة المذهب الأول:** هناك فرق بين الشهادة في الأموال والنكاح ففي الأموال فيها التهمة وفي النكاح تنتفي لأنها للتوثيق ولا تجر للمشهود له ولهذا تقبل.

– **مناقشة المذهب الثاني:** قالوا بأن الحديث غير صحيح لا ينهض حجة.

ترجيح المذهب الأول

– يظهر القول بقبول شهادة الفرع للأصل والعكس هو الراجح لدلالة الحديث "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[1] فهو على إطلاقه أذا توفرت الشروط .

– وفي شهادتهم تيسير على الناس ورفع للحرج.

2/ موقف المشرع الجزائري من شهادة عمودي النسب

– لقد أخذ المشرع الجزائري برأي المذهب الأول في مسالة عمودي النسب سوآءا بالنسبة للزوجين أو الولي باستثناء الفروع وقد نص على ذلك بموجب المادة 64 ق، إ، م، إ المعدل بموجب قانون 09/08/ المؤرخ في 25فبراير 2008 في مادة 153 التي تنص:

– لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم. [2]

– لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني الزوجة ولو كان مطلقا لا يجوز قبول شهادة الاخوة والاخوات وأبناء العمومة لاحد الخصوم غير ان الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.

– حيث ميز المشرع الجزائري بين الشهادة في الأموال ما يسمى بالمعاملات المالية والشهادة في مسائل أحوال الأشخاص.

3/ موقف القضاء الجزائري بالنسبة لشهادة عمودي النسب

– استقر اجتهاد المحكمة العليا بالنسبة لمسألة شهادة الأقارب أو الأصهار في عقد الزواج استنادا لنص مادة 64 / فـ2 ق إ م في بعض قراراتها ومن بينها القرار التالي. [3]

– حيث أنه بالفعل فالقرار المطعون فيه استبعد شهادة شقيقي الطاعنة واعتبر شهادتهما على سبيل الاستدلال ولكن حيث ان المادة 64 في فقرتها الثانية تنص على أن الأشخاص المذكورة في المادة أي أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب باستثناء الأبناء يجوز استدعائهم للشهادة في الدعاوي الخاصة بمسائل الحالة والطلاق.

– بالإضافة الى الاجتهاد القضائي الحديث للمحكمة من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق. [1]

---

[1] سبق تخريجه

[2] قانون رقم 08.09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج21 مؤرخة في 2008/04/23

[3] المحكمة العليا نشره القضاة . رقم 174102 بتاريخ 10/28/ 91 . العدد 55. ص 175

ثانيا: شهادة البدوي على القروي في عقد الزواج

- اختلف الفقهاء[2] في شهادة البدوي على القروي الى قولين:

➢ **القول الاول:** جائزة اذا كان عدلا وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي واستدلوا على ذلك بما يلي: [3]

الآيات والأحاديث الدالة على قبول شهادة الاحرار البالغين يوجب التسوية بين شهادة القروي والبدوي لأن الخطاب توجه اليهم بذكر الايمان بقوله تعالى: " يا أيها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل " [4]وهؤلاء من حبلة المؤمنين ثم قال تعالى: " واستشهدوا بشهيدين من رجالكم " يعني من رجال المؤمنين الاحرار وهذه من صفة هؤلاء، ثم قال:" من ترضون من الشهداء" واذا كان عدو له فهم مرضيون وفي تخصيص القروي بها دون البدوي ترك العموم بغير دلالة حديث بن العباس أن النبي ﷺ قبل شهادة الأعرابي في رؤية الهلال.

➢ **القول الثاني:** لا تجوز شهادة بدوي على قروي الا في الجراح وهو قول المالكية وأحمد واستدلوا على ذلك:

حديث النبي ﷺ:" لا تجوز شهادة البدوي على صاحب قرية"[5] أبو داوود بن ماجة

لما فيه من جفاء في الدين والغالب لا يضبطون الشهادة على وجهها.

ترجيح القول الاول:

يظهر الأرجح عدم التفرقة بين الشهود على أساس المساكنة وحمل الحديث على من لا تعرف عدا الله وقولهم فيهم جفاء فالحكم يدور مع العلة وجود وعد ما ويسد الخلل باستكثار الشهود في وجود البدويين فقط.

والبدوي هو ساكن الخيم الذي لا يستقر في مكان وهم البدو الرحل.

---

[1] المجكمة العليا اجتهاد قضائي بتاريخ 1998/03/17

[2]الامام الصنعاني. المرجع السابق. ج4 ص1409. 1410.

[3] السيد سابق. المرجع السابق. ج3.ص291

[4]سورة البقرة الاية 282 ورش عن نافع

[5] الامام الصنعاني . المرجع نفسه ج4. 1409

المبحث الثاني:

شروط صحة الاشهاد على عقد الزواج

- ان الشهادة في عقد الزواج تختلف عن الشهادة في العقود الاخرى لما يميز هذا العقد من خطورة على المجتمع بصفة عامة، وعلى أطرافه بصفة خاصة لما يترتب عليه من اثار من نسب وحقوق وغيرها.
- لذا فان الاشهاد على مثل هذا العقد المتميز لابد أن يحتاط له اذ لابد أن تتوفر في الشاهد شروط معينة كي تقبل شهادته على العقد
- بالإضافة الى أحكام تتعلق بالشهود فقد اختلف الفقهاء في اشتراطها من عدمها.
- كما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على شروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد ولكن يمكن استقراءها من مختلف النصوص القانونية التي أوردها في هذه المسألة ومن استقراء اجتهادات المحكمة العليا.
- وسنتطرق في هذا المبحث الى أحكام تتعلق بالشهود مع اختلاف الفقهاء والشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد حتى يكون العقد صحيحا ونقسمه الى مطلبين الأول احكام عامة متعلقة بالشهود و الثاني شروط الشهود في عقد النكاح

المطلب الأول: أحكام عامة متعلقة بالشهود في عقد الزواج

كي تقبل شهادة الشاهد في عقد النكاح لابد من توافر فيه شروط كأن يكون مكلفا وعاقلا وبالغا، وهو معتبر عند عامة الفقهاء ولا يوجد اختلاف كثير بخلاف بعض الصفات الأخرى كالصمم والخرص والعمى والكف والأنوثة.

فما حكم شهادة من اتصف بصفة من هذه الصفات؟

الفرع الأول: شهادة الأصم والأخرس والأعمى في عقد النكاح

أولا عند الفقهاء:

1/ شهادة الأصم والأخرس:

الأصم هو الذي لا يسمع أي الفاقد لحاسة السمع الأخرس هو الذي لا ينطق أي الفاقد لحاسة النطق ويعبر عنه بالأبكم وهاتان الصفتان اما خلقة أو لعارض وهما صفتان قد تكونا متلازمتين فيكون الشخص أصم وأخرس وقد يفترقان.

أ / شهادة الأصم:

اتفقت المذاهب الأربعة على اشتراط السمع في الشاهد لأنه من المقرر أن يكون الشاهد سامع لما يصدر من كلا المتعاقدين من ايداب وقبول ليشهد على ذلك لو طلب منه فلو شهد على العقد أصم فان النكاح لا يصح اذ ان وجوده كعدمه.[1]

ب/ شهادة الاخرس: للفقهاء في قبول شهادة الاخرس مذهبان.[2]

المذهب الأول: وهو للأحناف والحنابلة ووجه عند الشافعية فيرون بأن الأخرس لا ينعقد به عقد النكاح.

المذهب الثاني: ينعقد عقد النكاح بشهادة الأخرس وهو وجه عند الشافعية

أدلة المذهب الأول:

- الشهادة تفتقد الى صريح اللفظ والأخرس ليس قادر على الكلام فاذا طلبت منه فلا يتمكن من أداءها فلو شهد على العقد أخرس فان النكاح لا يصح لذ وجوده كعدمه

أدلة المذهب الثاني:

- الأخرس اذا كانت اشارته مفهومة فإنها تؤدي الغرض فهي حينئذ تقوم مقام العبارة في الافهام0.

ترجيح المذهب الأول:

يترجح المذهب القائل بصحة شهادة الأخرس في عقد النكاح ولكن ليس على اطلاقه بل لابد من توافر شرطين:

الشرط الأول: الحاجة الماسة وهي عند عدم وجود غيره أو يكون قد تحملها وكان غير أخرس ثم أصبح أخرس.

الشرط الثاني: أن تكون اشارته تفيد العلم وتكون واضحة مفهومة أو كتابته واضحة بخط يديه وعليه اذا تخلف شرط فلا تصح .

ج/شهادة الأعمى: اختلف الفقهاء[3] في صحة عقد النكاح اذا كان الشاهد أعمى الى مذهبين:

المذهب الأول:

[1] السيد سابق. المرجع السابق .ج 2. ص 143

[2] عبد الرحمان. بن عبد الله بن مخضوب . المرجع السابق .ص 15

[3] السيد سابق. المرجع نفسه. ج3. ص292

ذهب أصحاب هذا الرأي بصحة عقد النكاح بشهادة الأعمى وهم الامام أحمد ووجه عند الشافعية وهو قول الامام ابن خدم الظاهري.

أدلة المذهب الأول:

✓ قالو بأن الشهادة انما هي على قول يصدر من كل المتعاقدين فكما تصح من البصير لسماعه ما يصدر من أقوال كذلك تصح من الأعمى لسماعه هو أيضا ما صدر من المتعاقدين وتعتبر شهادة الأعمى اذا كان متيقنا من الصوت ولا يشك فيه ولأن هذه الشهادة شهادة على القول فتصح كما في المعاملات.

✓ الأعمى يصح نكاحه ومبايعته وروايته واذانه ويلحق بذلك الى شهادته على ما استيقنه من الأصوات.

✓ ان الأدلة التي وردت في الشهادة اشترطت توافر شرط العدالة لقوله تعالى: " واشهدوا ذوا عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله والوم الاخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا.[1]

وقوله ﷺ " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل "[2] رواه دار قطني وعليه فالأعمى هذا توفرت فيه العدالة فلماذا لا تقبل شهادته ذهب أصحاب هذا القول بعدم صحة عقد النكاح بشهادة الأعمى وهو رأي الحنفية والصحيح في مذهب الشافعي.

أدلة المذهب الثاني:

✓ لا تقبل شهادة الأعمى لوجود الشبه وهي عدم تمييز الأصوات، فما دامت الشبهة موجودة فلا تصح شهادته.

✓ قياس الأعمى على الأصم في عدم قبول الشهادة للعلة المشتركة بينهما وهي عدم تحقق المعرفة التامة للعاقدين فلم تتحقق في كليهما معنى الشهادة وبالتالي ترد شهادتهما.

ترجيح المذهب الأول:

يترجح المذهب القائل بصحة شهادة الأعمى في النكاح وذلك للاتي:

✓ عموم الأدلة من الكتاب والسنة التي طلبت الاشهاد على عقد النكاح فهي لم تفرق بين المبصر والأعمى.

✓ الأعمى مكلف عدل اذا تيقن الصوت فقد انتفت الشبهة في شهادته ويكون قد حصل العلم المطلوب في الشهادة.

---

[1] سورة الطلاق. الاية 2 برواية ورش عن نافع

[2] سبق تخريجه

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من شهادة الأصم والأخرس والأعمى في عقد النكاح

✓ لم يتناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة شروط الشاهد في عقد النكاح بصفة عامة وبالخصوص مسألة شهادة الأصم والأخرس والأعمى وبالرجوع الى القواعد العامة فقد نص المشرع الجزائري في المادة 60/ق1 من ق. م ج.

✓ التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة والاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

✓ وبالرجوع الى المادة 222 ق. أ. ج التي الى أحكام الشريعة الاسلامية فلا يجوز شهادة الأصم باتفاق الفقهاء أما الأخرس والأعمى فقد اختلفوا في ذلك لعدم وجود نص صريح من الكتاب والسنة.

الفرع الثاني: شهادة الكافر في عقد النكاح

الفقهاء لم يختلفوا في اشتراط الاسلام في الشهود اذا كان العقد بين مسلم ومسلمة واختلفوا في شهادة غير المسلم فيما اذا كان الزوج وجده مسلما.

1/ المذهب الأول: وهو مذهب الامام أحمد والشافعي ومحمد بن الحسن أن الزواج لا ينعقد زواج مسلم لا تقبل فيه شهادة غير المسلم.

2/ المذهب الثاني: وهو للامام أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف قالا بجواز ذلك اذا تزوج مسلم كتابية أي شهادة كتابين. [1]

الفرع الثالث: شهادة النساء في عقد النكاح:

أولا: عند الفقهاء

اتفق الفقهاء على صحة شهادة الذكور العدول المسلمين في عقد النكاح، أما شهادة النساء منفردات على عقد النكاح فلا تصح ولا ينعقد عقد النكاح بشهادتين.

واستدلوا على ذلك بقول الزهري مضت السنة عن رسول الله ﷺ "أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق"[2]

أما شهادة رجل وامرأتين فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يصح عقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين وهو رأي الشافعية والحنابلة اذ يشترطون في الشهود الذكورة وهو مذهب المالكية أيضا.

[1] السيد سابق. مرجع سابق .ج2. ص145

[2] السيد سابق. المرجع نفسه .ج2.ص 144

- واستدلوا بما رواه أبو عبيدة عن الزهري " مضت السنة عن رسول الله ﷺ " أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق[1]

- ولأن عقد الزواج ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال غالبا فلا يثبت بشهادتين كالحدود.

القول الثاني: يرون شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كافية وهو قول الأحناف فلا يشترطون الذكورية في الشهود.

في عقد الزواج بل يكفي رجل وامرأتين واستدلوا بقوله تعالى: " واستشهدوا بشهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء. [2]

ولأنه مثل البيع في أنه عقد معاوضة فينعقد بشاهدين من الرجال [3]

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من شهادة النساء في عقد الزواج

- لقد نصت المادة 33 ق. ح. م الصادر بأمر 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 على أنه يجب أن يكون الشاهدين بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين.

- الا أن المحكمة العليا قد أخذت برأي الأول وهو قول الجمهور القائل بعدم صحة عقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين وذلك لخطورة هذا العقد وظهر ذلك في العديد من قراراتها حيث جاء

- ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أي حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتمد بشهادتهما في اثبات الزواج شرعا قان تقرير وجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطئ في فهم أنواع الشهادات الفقه.[4]

- الا أن القضاء الجزائري اتخذ موقفا مغاير لما سار عليه في قرار حديث، حيث أشارت المحكمة العليا الى أن شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتين للطاعنة الزوجة مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 64/ف2ق.ا.م الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقص والابطال. [5]

ومن خلال هذا القرار فان القضاء الجزائري أخذ بالقول الثاني رأي الأحناف استنادا لنص المادة 64 ق. ا. م التي لم تحدد جنس الشهود.

---

[1] السيد سابق. المرجع السابق ج2ص144

[2] سورة البقرة الاية 282 ورش عن نافع

[3] السيد سابق المرجع نفسه ج2ص144

[4] المحكمة العليا المجلة القضائية. ملف رقم43889 بتاريخ 1986/12/15. العدد 2 1993. ص37

[5] بلحاج العربي . قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرار المحكمة العليا المشهورة. الجزائر د م ج ط 4 2012 .خليفة فضيلة . المرجع السابق . ص29

المطلب الثاني: شروط الشهود في عقد النكاح:

هذه الشروط تتعلق بالذين يقولون باشتراط الشهود حين العقد، أما من يقول بالإعلان فلا يشترط هذه الشروط وهذه الشروط كثيرة يمكن جمعها في شرطين وهما الأهلية لتحمل الشهادة، والثقة في صدق الشهادة وعدم اتهامه بالكذب.

الفرع الأول: الأهلية لتحمل الشهادة:

ويتعلق به المسائل التالية:

1/ البلوغ: اتفق الفقهاء على أنه لا تصح شهادة الصبيان ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: " واستشهدوا بشهيدين من رجالكم"[1] والصبي ليس من الرجال وقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث، النائم حتى يستيقظ، عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل "[2] أبو داوود

فاذا كان الصبي لا يأمن على حفظ أمواله فكيف يؤمن على حفظ حقوق غيره.

2/ العقل: أجمع العلماء على أنه لا تصح شهادة غير العاقل، سواءا ذهب عقله بجنون أو سكر لأنه لا يعقل ما يقول أو يصف ولا ثقة في قوله.

3/ الحرية: وهنا بقي من التاريخ فقط والعبد هو المملوك لسيده واختلف الفقهاء في قبول شهادته على قولين:[3]

القول الأول: لا تجوز شهادة العبيد وهو قول جمهور الفقهاء واستدلوا على ذلك بما يلي:

- قياسا على الكافر فهو منقوص بالرق وذلك بالكفر قوله تعالى: " ضرب الله مثل عبدا مملوكا لا يقدر على شيء"[4] والشهادة شيء هو غير قادر عليها.

وقوله تعالى: " ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا "[5] فنهى الشهداء عن التخلف والاباء ومنافع العبد لسيده فله أن يتخلف ويأبى الا خدمة سيده ولسيده منعه.

- شهادة ولاية والعبد ليس من لأهل الولاية على غيره.

القول الثاني: تقبل شهادته وهو قول الحنابلة وقد أجازوا شهادته في كل شيء الا الحدود والقصاص واستشهدوا على ذلك بأدلة كثيرة منها:

---

[1] سورة البقرة. الآية 282. ورش عن نافع

[2] الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. مؤسسة المعارف. بيروت لبنان .ط4.2005. ج1.ص144

[3] القرطبي الجامع لأحكام القران .تحقيق عبد الرزاق الهدي. دار الكتاب العربي . بيروت .لبنان 2007. ج3.ص370

[4] سورة النحل اية 75 رش عن نافع

[5] سورة البقرة اية 282 ورش عن نافع

قوله تعالى: " وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا"[1] والوسط العدل الخيار ولا ريب في دخول العبد في هذا الخطاب فهو عدل بنص القران فدخل تحت قوله تعالى:" واشهدوا ذوا عدل منكم. " [2]

وقوله تعالى: " واشهدوا شهيدين من رجالكم "[3] ولا ريب أن العبد من رجالنا حديث النبي صلى الله عليه وسلم:" يحمل هذا العلم من كل خلق عدوله ينفون عنه تحريف الضالين وانتحال البطلين وتأويل الجاهلين"[4] والعبد يكون من حملة العلم فهو عدل بنص الكتاب والسنة اجماع العلماء على أن العبد اذا روى حديثا عن النبي ﷺ تقبل روايته فكيف يمنع من الشهادة عن الناس.

ترجيح القول الثاني: وكل هذا نظري لا يوجد في واقعنا لأن مرحلة العبيد كانت في الزمن الماضي وسبب ذلك الحروب والجهاد والأسر وان كان مازال في مناطق من العالم.

وعليه يترجح قول الحنابلة وهو قبول شهادة العبيد لأن الاجماع القديم ينص عليه فقد حكى الامام أحمد عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: ما علمت أحدا رد شهادة العبد.

ورد الحنابلة عن الجمهور بأن قياسهم العبد على الكافر هو أفسد القياس ولقوة الأدلة ووضوحها

4/ **البصر**: اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط وقد تحدثنا عن شهادة الأعمى في المطلب الأول من هذا المبحث الذي نحن فيه

- وبما أن الأصل في شروط الشهادات هو القدرة على التحمل والثقة في الأداء فان مناط قبول الشهادة للأعمى تحملا أو أداء هو التيقن من قدرته على التحمل.
- وقد استدل القطبي على هذا الأصل بقوله تعالى على لسان اخوة يوسف:" وما شهدنا الا بما عملنا. [5]

فقال تضمنت هذه الآية جواز الشهادة بأي وجه حصل العلم بها وعليه فان الشهادة مرتبطة بالعلم عقلا وشرعا، فلا تسمه الا ممن علم ولا تقبل الا منهم وهذا هو الأصل في الشهادات. [6]

[1] سورة البقرة اية 143 ورش عن نافع
[2] سورة الطلاق اية 2 ورش عن نافع
[3] سورة البقرة اية 182 ورش عن نافع
[4] الموسوعة الحديثة الدرر السنية
[5] سورة يوسق اية 81 ورش عن نافع
[6] القرطبي . المرجع السابق. ج9.ص208

وعقب القرطبي بتطبيقات هذا الأصل بقوله قال أصحابنا بجواز شهادة الأعمى والمستمع والأخرس اذا فهمت الاشارة وكذلك الخط اذا تيقن أنه خطه فكل من حصل له العلم اجاز أن يشهد به وان لم يشهده المشهود عليه قال تعالى: " الا من شهد بالحق وهو يعلمون "[1]

ولكن في هذه الحالة الأصل الاستكثار من الشهود حرصا على التوثيق ومراعاة لاختلاف الفقهاء ولخطورة عقد الزواج.

5/ النطق: وقد تطرقنا اليه كذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث الذي نحن فيه وقد ذكر بعض الفقهاء[2] الاجماع على اعتبار هذا الشرط، لكن القرطبي نفاه بقوله: وما ذكروه من الاجماع في شهادة الأخرس غلط، وقد نص مالك أن شهادته مقبولة اذا فهمت اشارته فانها تقوم مقام اللفظ بالشهادة وأما مع القدرة باللفظ [3] ولذا يمكن حصر الخلاف الى قولين:

القول الأول: لا تصح شهادة الأخرس وهو مذهب الجمهور واستدلوا على ذلك:

- افتقار الشاهد لأهم أدوات الشهادة وهي التعبير عن شهادته
- أن شهادته مستبه بها لأنه يستدل بإشارته على مراده وهي غير موجب للعلم فتتمن من شهادته تهمة يمكن التحرر منها بجنس الشهود.
- الطالب الأخرس يكون أصم فيقع الخلل في التحمل

القول الثاني: صحة شهادته اذا عرفت اشارته وهو قول المالكية وقال بعض الحنابلة بقبول شهادة الأخرس اذا أدها بخطه.

ترجيح القول الأول: يظهر الأرجح من الأقوال هو مذهب الجمهور بعدم صحة شهادته وافتقارها الى كثير من التفاصيل التي قد تعجز الاشارة عن الدلالة عليه وسدا لذريعة تأويل الاشارة، أما شهادة الأداء التي يتحملها صاحبها وهو سليم فإنها معتبرة ويتحرى في معرفة اشارته الثقات والخبراء حفاظا على الحقوق

6/ الضبط:

- فالمغفل الذي لا يضبط أصلا أو غالبا لا تقبل شهادته لعدم التوثق منها بقوله أما الذي لا يضبط نادرا فتقبل لأنه لا أحد من الناس يسلم من ذلك الا من عصم

[1] سورة الزخرف. ايه86. ورش عن نافع

[2] ابن حجر العسقلاني . فتح الباري بشرح صحيح البخاري. ط1.2003.مكتبة الصفا .القاهرة.ج9.ص97

[3] القرطبي.مرجع سابق. ج11.ص 97.

- وقد تكلم الفقهاء في بعض الأمور المرتبطة بالضبط كضبط التاريخ بالساعات واللحظات ولا يكفي يوم العقد لأن النكاح يتعلق به الحاق الولد لستة أشهر من حين العقد فعليهم ضبط التاريخ بذلك لحق النسب.

7/ الاسلام: وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء وقد تطرقنا اليه في المطلب السابق بل نقل الاجماع في ذلك في زواج المسلم بالمسلمة فلا ينعقد نكاح المسلم والمسلمة بشهادة الكفار لقوله تعالى: " واشهدوا ذوا عدل منكم "[1] وهو ليس بعدل ولا منا.

أما لو تزوج مسلم بكتابية بشهادة كتابين فقد اختلف الفقهاء الى مذهبين:

أ/ المذهب الأول: يجوز سواء كان موافقين لها في الملة أو محالفين وهو قول أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف وقالو بأن الشهادة في اللغة عبارة عن الاعلام والبيان والكافر من أهل الاعلام والبيان.

أن الشهادة من باب الولاية والكافر الشاهد يصلح وليا في هذا العقد ولاية نفسه ويصلح قابلا لهذا العقد بنفسه فبه صلح شاهدا.

ب/ المذهب الثاني: لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين وهو مذهب الشافعي وأحمد ومحمد وزفر والاباضية واستدلوا بأدلة منها قوله ﷺ " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والمراد منه عند الحنفية عدالة الدين لا عدالة السلوك واجماعهم على أن الغسق لا يمنع انعقاد النكاح.

ظاهر مغفل: صفاء السريرة واستقامة السيرة في ظن المعدل.[2]

1/ الدين

وذلك بأن لا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة لأن الله تعالى امر أن لا تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب لكبيرة، ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقوله تعالى:" الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم"[3]

واللمم هي صغائر الذنوب

واما الكبائر قد اختلف العلماء في حدها وتميزها من الصغائر اختلافا كبيرا ومن الاقوال الواردة فيها ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال: الكبائر كل ذنب ختمه الله تعالى بنار أو غضب أو لفتنة أو عذاب ولعل أحسن حد لها ما ذكره العز بن عبد السلام بقوله: اذا أردت معرفة الفرق بين الصغيرة والكبيرة فاعرض مفسدة الذنب على مغامد الكبائر المنصوص عليها

[1] سورة الطلاق. اية2, ورش عن نافع

[2] القرطبي. المرجع السابق. ج3. ص376

[3] سورة النجم. اية. 32. ورش عن نافع

- **أمثلة عن الكبائر**: الشرك بالله، عقوق الوالدين، السحر، الاستهانة بالرسل والكذب عليهم، وأكل مال اليتيم.
- **أمثلة عن الصغائر**: ترك صلاة الجماعة، ترك صلاة النافلة.....

2/ اجتناب خوارم المروءة:

واشتراط المروءة في العدالة لأنها تمنع الكذب.

وذكر الفقهاء منها الأكل في السوق وأما الان فصارت الموائد والمطاعم في الأسواق والطرقات ففيها نظر فمنها أن يكشف ما جرت العادة بتغطية من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يخاطب امرأته بحضرة الناس بالخطاب الفاحش وهي كل فعل دنيء.

وعليه لا تقبل شهادة مرتكب الكبيرة لأن النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبه وقال: " لا تجوز شهادة خائن ولا حائنة ولا مجلود ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة، ولا المانع أهل البيت لهم ولا طنين في ولاء أو قرابة. "[1]

وكذلك أصحاب الصنائع والأعمال ذات الدناءة كصناعة الآلات الموسيقية والمزامير واللهو والقاذورات.

ثانيا: حكم اشتراط العدالة في الشهادة على الزواج

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في شهود عقد الزواج على قولين:

القول الأول: اشتراط العدالة وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومن أدلتهم على ذلك ما يلي:

قوله ﷺ:" لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل." [2]

والشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان انما يثبت بالعدالة.

القول الثاني: عدم اشتراطها

وهو مذهب الحنفية ولكنهم قرّ قوانين بين أهلية الأداء وأهلية التحمل فأجازوا للفاسق وهو الخارج عن طاعة الله التحمل ولم يجيزوا له الأداء فينعقد بحضور المحدود في القذف ولو لم يتب لأنه يصلح وليا في النكاح.

ومن أدلتهم:

---

[1] موقع الدرر السنية. الموسوعة الحديثة . الراوي عائشة أم المؤمنين . المحدث محمد بن عبد الهادي : المصدر تنقيح التحقيق ص 82

[2] سبق تخريجه

- أن عمومات النكاح مطلقة عن هذا الشرط ثم اشتراط أصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها تثبت بالدليل فمن ادعى شرط العدالة فعلية البيان.
- الفسق لا يقدح في ولاية النكاح
- الفسق لا يقدح في أهلية التحمل وانما يفتح في الأداء فيظهر أثره في الاداء لا في الانعقاد.

ترجيح المذهب الأول:

لا شك أن اعتبار هذا الشرط لأن النصوص الشرعية قيدت الشهادة بالعدالة وخاصة اذا لم يحضر من الشهود الا اثنان حرصا على حفظ النسل والعرض ولذلك ينصح الفقهاء في زماننا هذا حضور جمع من الناس ليشهدوا على الزواج.

الشرط الثاني: عدم التهمة

وقد نقل الاجماع على عدم اعتبار الشهود المتهمين القرافي في قوله:' أعلم أن الأمة مجمعة على رد الشهادة بالتهمة من حيث الجملة لمن وقع الخلاف في بعض الرتب.'

ثم قال: وتحرير ذلك أن التهمة ثلاث أقسام مجمع على اعتبارها لقوتها ومجمع على الغاءها لخفتها.

ومختلف فيها هل تلحق بالرتبة العليا فتمنع أو بالرتبة الدنيا فلا تمنع.

وهي ثلاثة أقسام كما قسمها العز بن عبد وأشار لها القرافي

- ✓ **تهمة قوية:** موجبة لرد الحكم والشهادة ومن أمثلتها حكم الحاكم لنفسه، شهادة الشاهد لنفسه
- ✓ **تهمة ضعيفة:** غير معبرة مثل شهادة الاخ لأخيه والرفيق لرفيقه، وقد خالف مالك في الصديق الملاطف[1]فلم يعتبرها قال خليل وملاطف

تهمة مختلف في رد الشهادة والحكم بها وقد اختلف الفقهاء في بعض المسائل منها:

أ/ شهادة العدو لعدوه: وفيها قولين

القول الأول: شهادة العدو على عدوه غير مقبولة وهو قول أكثر أهل العلم كمالك والشافعي والثوري واسحاق.

قال ﷺ " لا تجوز شهادة خائن ولا الخائنة ولا زاني ولا زانية ولا ذي عمر[2] على أخيه.

[1] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر. الجزء4. ص169 .

[2] الغمر "الحقد".

القول الثاني: لا تمنع العداوة الشهادة وهو قول ابي حنيفة وابن حزم واستدلوا وقالوا بانها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة

ترجيح القول الثاني:

يظهر الراجح هو النظر الى عدالة المعادي وتقواه فالعبرة في الشهادة بعدالة الشهود لا بعلاقاتهم ولا سيما وقد رجحه ابن حزم وقال أدلتهم باطلة سندا.

ب/ شهادة القريب بقريبه: اختلف الفقهاء في هذه المسألة الى اقوال:

القول الأول: شهادة الوالد لولده أو ولد ولده لا تقبل وان نزلوا أبناء أبناء أبناء أو أبناء بنات وكذلك الفرع للأصل وهو قول شريح والخفي ومالك والشافعي والحنفية وظاهر مذهب الحنابلة واستدلوا بالحديث السابق " لا تجوز شهادة خائن ولا حائنة ولا مجلود ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة، ولا المانع أهل البيت لهم ولا ظنين في ولاء أو قرابة"

القول الثاني: اجازة شهادة الأقارب وقد روي عن عمر بن الخطاب وكثير من الصحابة وعمر بن عبد العزير وابن حزم وغيره واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أن أصحاب القول الأول واستدلالهم بالحديث" لا تجوز شهادة خائن ولا حائنة ولا مجلود ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة....."
- لا يصح لأنه عن زيد وهو مجهول أي طعنوا في السند
- واستدلوا بقول عمر بن الخطاب: تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه.
- وقالوا بأن على رضي الله عنه شهد لفاطمة رضى الله عنه شهد لفاطمة رضي الله عنها

ترجيح القول الثاني:

- يظهر الراجح هو قبول شهادة القريب لقريبه اذا توفرت عدالة القريب للحاجة التي تظهر لذلك ويستحب الاستكثار من الشهود خروجا من الخلاف وليس نصا صحيحا يمنع ذلك وانما من باب سد الذريعة

- قال الزهري لم يكن لم يكن يتهم السلف شهادة الوالد لولده ورد على ان المال للأب من ولده أننا كلنا لله والله يقول: " يا أيها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله "[1] فأمرنا الله بأن نشهد له ومن شكر الولد لوالديه بأن يشهد له بالحق.

ج/ **شهادة** المحدود

[1] سورة النساء. اية 135. ورض عن ناقع.

لما نص الله سبحانه وتعالى " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا واولئك هم الفاسقون".[1]

وقد اختلف الفقهاء في حال توبه المحدود على قولين:

القول الاول: شهادة القاذف لا تقبل ولو تاب وهو قول شريح وسفيان الثوري وابو حنيفة واخرون واستدلوا بما يلي:

ان الاستثناء اذا كان في معنى التخصيص وكانت الجملة الداخلة عليها الاستثناء عموما وجب أن يكون حكم العموم ثابتا وأن لا نرفعه باستثناء قد ثبت حكمة فيما يليه الا أن تقوم الدلالة على رجوعه اليها

القول الثاني: اذا تاب القاذف قبلت شهادته وهو قول الجمهور واستدلوا على ذلك بأن الاستثناء عامل في رد الشهادة وانما كان ردها لعلة الفسق فاذا زال بالتوبة قبلت شهادته مطلقا قبل الحد وبعده.

وقد اختلف أصحاب هذا القول في صورة توبته على الآراء التالية

- ✓ **الرأي الأول:** أن توبته لا تكون الا بأن يكذب نفسه في ذلك القذف الذي حد فيه وهو لعمر رضي الله عنه
- ✓ **الرأي الثاني:** توبته أن يصلح ويحسن حاله وان لم يرجع عن قوله بالتكذيب ويكفيه الندم والاستغفار وهو قول مالك
- ✓ **الرأي الثالث:** أنه اذا تاب وظهرت توبته لم يحد وقبلت شهادته وزال عنه التفسيق وهو مروى عن شعبي.

الترجيح: يظهر هذه المسألة ترجح الى اصل لغوي يحتمل كلا المعنيين فسرت من خلاله الآية.

الفرع الثالث: شهادة مستور الحال

أولا: عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في مسألة شهادة مستور الحال وهو من كان عدلا في الظاهر ولا يعرف عدالة في باطنه، فهل تقبل شهادته في عقد النكاح أم لا؟

أ/ المذهب الاول: صحة انعقاد النكاح بشهادته وهو قول الحنابلة ووجه عند الشافعية وكذلك الحنفية وقالوا بأن العدالة الباطنة يستدل عليها بقرينة ظاهرة واضحة هي العدالة الظاهرة.

[1] سورة النور. ايه 4 ورش عن نافع .

ب/ المذهب الثاني: لا ينعقد عقد النكاح الا بمن عرفت عند الله الباطنية وهو مذهب الشافعية في وجه ووجه عند الحنابلة

وقالوا بأن الشهادة شرط لثبوت صحة النكاح، ومادام النكاح مفتقد الى الشهادة لإثباته لم يثبت بمجهول الحال وذلك كإثبات أمام الحاكم.

ترجيح المذهب الأول:

- يترجح المذهب الاول القائل بصحة عقد النكاح بشهادة مستور الحال لأنه القرى وليس عند الحاكم فالعامة لا تعرف حقيقة العدالة، فعند الحاكم مسلم به أن لا تقبل شهادته.
- الشهادة في عقد النكاح تحمل المقصود منها لاثبات عند النزاع لذا لا يصح قياسها على سائر الشهادات.
- ان اعتبار العدالة الظاهرة من باب رفع الحرج عن الناس بخلاف الباطنة ففي اعتبارها حرج عليهم غير أنه اذا تم عقد النكاح ثم تبين فسقه فهل يصح هذا العقد أم لا؟

وفي هذه المسألة مذهبان: [1]

أ/ المذهب الأول: وهو لابن قدامة الحنبلي وقول عند الشافعي حيث يرون بأن ظهور فسق الشاهدين بعد انعقاد العقد لا يبطله.

أدلة هذا المذهب: قالو بأن المعتبر لصحة عقد النكاح العدالة الظاهرة وحين العقد الفسق كان غير ظاهر فالأخذ بالظاهر وليس بالخفي

ب/ المذهب الثاني: لم يصح العقد اذا تبين فسقهما حال عقد النكاح لأن فسق الشاهدين مانع من قبول شهادتهما فيبطل العقد في النكاح.

ترجيح المذهب الأول:

يظهر الراجحان القول القائل بصحة عقد النكاح لأن العدالة الباطنة غير مشترطة في الشاهدين عند عقد النكاح.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من شهادة مستور الحال في عقد الزواج:

المشرع الجزائري لم يتعرض في قانون الاسرة لشروط صحة الاشهاد في عقد الزواج خاصة شرط العدالة، لكن القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا تضمنت حيثياته ما يلي:

[1] مازن مصباح . المرجع السابق.ص169

- حيث جاء في قول شيخ خليل الجزء الثاني ص203 وركنه أي النكاح أي أركانه الاربعة الأول ولي والثاني صداق والثالث محل زوج وزوجته معلومان خاليان من الموانع الشرعية والرابع الصيغة.

- وجاء في صفحة 199 الجزء الثاني للشيخ خليل وندب اشهاد عدلين فغير العدل من مستور وفاسق. [1]

[1] المحكمة العليا. المجلة القضائية. قرار رقم 51107 بتاريخ 1989/01/02. العدد 3. 1992. ص53

الفصل الثاني: أحكام الاشهاد على الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

من خلال هذا الفصل نتطرق الى حكم الاشهاد على زواج في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري ونبين موقف الفقهاء من تخلفه ونكاح السر وكتمان الشهود وشهادة الابداء وكذلك موقف المشرع الجزائري من ذلك ونعالجه في مبحثين الأول حكم الاشهاد على الزواج في الشريعة الإسلامية و الثاني حكم الاشهاد على الزواج في قانون الاسرة الجزائري

المبحث الأول:

حكم الاشهاد على الزواج في الشريعة الاسلامي

- من أهم الأسس التي يقوم عليها الزواج بصفته الشرعية الاشهاد عليه، ففيه يفرق بين الحلال والحرام ولذلك ينبغي أن لا يكون مجرد شرط قد يصح العقد بدونه بل هو ركن من اركان الزواج التي يتوقف عليها صحته

- وقد اختلف الفقهاء في أصل الشهادة في عقد النكاح فهل هي حكم شرعي يحب امتثاله والعمل بيه أم يقصد بيه التوثيق وسد ذريعة الاختلاف؟

فمن قال أنها حكم شرعي، قال ان الشهادة شرط في صحة عقد النكاح، ومن قال أنها للتوثيق لم يشترط الشهادة في عقد النكاح.

الاختلاف في تصحيح الأحاديث اشتراط الشهادة في عقد النكاح فمن صححها أو بعضها قال باشتراطها ومن رأى غير ذلك قال بخلاف ذلك، كما اختلف الفقهاء انطلاقا من الأمرين في مسألة كتمان الشهود لعقد النكاح والمتواطئ مع العاقدين أو الولي ولهذا سنتطرق الى هذا من خلال مطلبين:

المطلب الأول: حكم الاشهاد وموقف القضاء من تخلف الاشهاد.

المطلب الثاني: حكم نكاح السر وكتمان الشهود وشهادة الأبداد.

المطلب الأول: حكم الاشهاد في عقد الزواج وموقف القضاء من تخلف الاشهاد

نتكلم في هذا المطلب على حكم الاشهاد عند الفقهاء وموقفهم من تخلفه

الفرع الأول: حكم الاشهاد في عقد الزواج

أولا . الحكم التكليفي للإشهاد: يختلف حكم الاشهاد التكليفي بحسب الحالتين التاليتين

الحالة الاولى: حالة التحمل

وهو أن يدعى ليشهد ويستحفظ الشهادة وقد اختلف الفقهاء في نوع فرضية ذلك على قولين:

القول الاول الاجابة للشهادة فرض كفاية أي اذا قام بها البعض سقطت عن الاخرين واستدلوا على ذلك بأن الشاهد لا يصح أن يسمى شاهدا الا بعد أن يكون عنده علم بالشهادة ولا يدخل تحت قوله تعالى:" ولا يأبى الشهداء....."[1].

[1] سورة البقرة الاية282 ورش عن نافع.

الا من هو شاهد، فان قام بالغرض اثنان سقط الاثم عن البقية وان امتنع الكل اثموا جميعا وانما يؤثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ولا ترد.

لقوله تعالى:" ولا يضار كاتب ولا شهيد". [1]

وقوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار".[2]

ونص المالكية على أنه ان لم يكن هناك الا واحد تعينت عليه فان امتنع فهو عاص ويجبر بالضرب والسجن.

القول الثاني: واجب على كل من دعي الى الشهادة سوآءا ليستحفظ الشهادة أو يؤدي ما حفظ وهو قول لبعض أهل العلم ذكره ابن رشد واستدلوا عليه بقوله تعالى:" ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ".[3]

ترجيح القول الثاني: يظهر أرجحية القول الثاني لأنه قد يتخذ في أحيان كثيرة القول بالفرضية الكفائية ذريعة للفرار من أمثال خذه الواجبات، أما ما قاله أصحاب القول الأول فانه لا يتعارض مع هذا لأن الوجوب العيني يسقط ان تعلق به ضرر رفعا للحرج وازالة الضرر.

وعلى ذلك ينص قوله تعالى:" ولا يضار كاتب ولا شهيد".[4]

الحالة الثانية: حالة الأداء

وهو لأن يدعى ليشهد بما علمه واستحفظ اياه وقد اتفق الفقهاء في هذه الحالة.

لقوله تعالى:" ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه أثم قلبه والله بما تعملون عليم "[5] وخص القلب بالاثم لأنه موضع العلم.

وقوله تعالى " وأقيموا الشهادة لله ". [6]

- والشهادة أمانة يلزم أداؤها كسائر الأمانات واذا لم يدع فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عليه عند الحاكم. فان لم يخبر بها سقطت شهادته.
- ويستحب المسارعة لأدائها لقوله ﷺ:" ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها. [1]

---

[1] الآية نفسها.

[2] شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك .طبعة جديدة منقحة مصححة. دار الفكر بيروت. لبنان ج4. ص36.

[3] سورة البقرة اية 282.

[4] الآية نفسها.

[5] سورة البقرة اية 283 ورش عن نافع.

[6] سورة الطلاق اية 2 ورش عن نافع.

ثانيا: الحكم الوضعي للإشهاد:

- ذهب جمهور الفقهاء الى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج فلا يعتبر صحيحا بدونها ومن أدلة على ذلك:

- عن بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال:" البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة "
- وقوله ﷺ " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل "
- وقوله ﷺ" أعلنوا النكاح ولو بالدف "
- وفي رواية أظهروا النكاح واضربوا عليه غربال"
- حضر رسول الله ﷺ املاك رجل من الأنصار فقال: أين شاهدكم فأتى بالدف فأمر بأن يضرب على رأس الرجل.
- عن أبي الزبير المكي أن عمر رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامرأة فقال هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت". [2]
- كان لعائشة رضي الله عنها دف تعيره للأنكحة.
- القياس: أن هذا عقد لاستباحة البضع فلم يفتقر الى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة ولأن عقد على منفعة فلم تمن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالإجارة.
- سد الذريعة: فلو جاز لكل من وجد مع امرأة في خلوة أو أقر بجماعها أن يدعي النكاح لارتفع حد الزنا عن كل زان والتعزيز في الخلوة فمنع من ذلك ليرتفع هذا المعنى.
- وعليه اتفق الفقهاء في اشتراط الاشهاد على الزواج، ولكم الاختلاف لا يعدو أن يكون في بعض المسائل.

المتعلقة بالإشهاد، كوقت اشتراط الاشهاد، أو عدد الشهود، أو بعض مواصفاتهم والتي نتعرض لها فيما يأتي.

الفرع الثاني: وقت اشتراط الاشهاد

اختلف الفقهاء في الوقت الذي يشترط فيه الاشهاد على قولين:

القول الأول: لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وان كان ذلك مستحبا وانما يشترط الاعلان قبل الدخول فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصيا ويفرق بينهما، فالإشهاد على العقد شرط تمام وهو مذهب المالكية وابن أبي ليلى وعثمان البتي.

[1] الموسوعة الحديثة . المرجع السابق, صحيح ابن خبان.

[2] شرح الزرقاني . المرجع السابق. ج3. ص 173.

لقد لخص الحزمي رأي المالكية بقوله: الحاصل أن أصل الاشهاد على النكاح واجب، وأما احضارهما عند العقد فمستحب وان فقد وقت العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات الاستحباب، وان لم يوجد اشهاد عند العقد والدخول ولكن وجدت الشهادة عند واحد منهما فالفتحة قطعا وان لم يحصل الوجوب والاستحباب وان لم توجد شهود عند واحد منهما فالفساد قطعا.

ومن أدلتهم على ذلك:

- قوله ﷺ:" لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل "

فهو حديث ضعيف قال بن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال الامام أحمد: لم يثبت عن النبي ﷺ في الاشهاد على النكاح شيء ومع تقدير صحته فالمراد بالنكاح هنا البناء لا العقد أو المراد به لا نكاح كامل.

- واقامة النبي ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثا وبناؤه بصفية بنت حيي ودعوت المسلمين الى وليمة فما كان فيها من تمر والأقط والسمن فكانت وليمته فقال المسلمون: احدى أمهات المؤمنين أو ما ملكت يمينه فقالوا ان حجبها من أمهات المؤمنين، وان لم يحجبها فهي من ما ملكت يمينه فلما ارتحل وطأ لها خلفه وسدل الحجاب بينهما وبين الناس. [1]

- ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن أصحاب النبي ﷺ قالوا ان حجبها فهي من أمهات المؤمنين ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد.

- أن القول باشتراط الاشهاد عند العقد يبطل كثيرا من العقود في زواج المسلمين، فقد عقد المسلمين من عقود الزواج مالا يحصيه الا الله تعالى وليس في ذلك شهود، فعلم أن اشتراط الاشهاد دون غيره باطل قطعا.

- أما بطلان رأي مخالفيهم من جهة القياس فقال يزيد بن هارون أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطونها في البيع.

- البيوع هي التي ذكرها الله تعالى وفيها الاشهاد عند العقد، وقد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع، والنكاح الذي لم يذكر الله تعالى فيه الاشهاد أحرى بألا يكون الاشهاد فيه من شروطه وفرائضه، وانما الغرض الاعلان والظهور لحفظ النسب.

- **القول الثاني:** الاشهاد واجب وقت العقد فاذا وجد العقد بدون شهود كان الزواج غير صحيح وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والأوزاعي والثوري.

- ومن ادلتهم ما يلي:

- قوله ﷺ:" لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل "وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له

[1] فتح الباري. مرجع سابق. ج9. ص50

- قال الزيامي ولم يقل فيه وشاهدي عدل الا ثلاثة أنفس، سعيد بن يحي الأموي عن حفص عن خالد بن الحارث وعبد الله بن عبد الوهاب الحجي عن خالد بن الحارث وعبد الرحمان بن يونس الرقي عن عيسى بن يونس ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر.

- وقوله ﷺ " كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولي وشاهدان.

- قال عمر رضي الله عنه: لا أوتي برجل تزوج امرأة بشهادة رجل واحد الا رجمته.

- ان الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنها ولا تندفع الا بالشهود، لأنها لا تندفع الا بظهور النكاح واستشهاره ولا يشتهر الا بقول الشهود وبه تبين أن الشهادة في النكاح ما شرطت الا في النكاح لحاجة ألا وهي دفع الجحود والانكار.

الترجيح:

- يظهر الأوجه في المسألة والأضبط لحفظ الاعراض الجمع بين القولين، فيشترط الشهود في العقد لحفظ حقوق المرأة اذا ما طلقت قبل الدخول.

- ويشترط كذلك الشهود قبل البناء تاكيدا حتى لا يجحد الشهود حصول البناء، ويكفي في ذلك الاشهار بالنكاح بما يشهره به الناس عادة من الولائم والحفلات وغيرها، أما الاقتصار على الاشهاد في العقد وحده وبشاهدين فقط ودون توثيق فقد يموت الشهود او ينسون أو يغيبون أو لا تتوفر فيهم شروط الشهادة فتضيع الحقوق وهي التي قصدها المشرع أولا حين الاشهاد.

- وقد ذكر ابن رشد سبب الخلاف في المسألة وهو هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أو لسد ذريعة الاختلاف أو الانكار؟

- فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال للتوثيق قال شرط تمام.

الفرع الثالث: موقف الفقهاء من تخلف الاشهاد

- الاختلاف بين الفقهاء الذين اعتبروا شرط الاشهاد في عقد النكاح شرط صحة، والمشهور عن المذهب المالكي الذي اعتبره شرط تمام وبالتالي فأن أثر تخلف الشهادة في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أن العقد غبر صحيح لأنه لم يستكمل كل شروط صحته فيبطل قبل الدخول ولا أثر له لأن التفريق بينهما واجب.

- مثل ما قال عبد الرحمان الجزائري اتفق ثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد فاذا لم يشهد شاهد عند الايجاب والقبول بطل. [1]

أما بعد الدخول فيجب المهر، وحرمة المصاهرة، والعدة بعد التفريق.

[1] بلعواد الزبير. اركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما في الشريعة الاسلامية والقانون نقلا عن الطالبة خليفة فضيلة . مرجع سابق .ص46

- ورتب المذهب المالكي على تخلف الاشهاد في عقد النكاح الفسخ وهذا لا يكون اذا تخلف الاشهاد أثناء انعقاد العقد، فاذا جرى العقد ولم يحضر أحد صح، ولكن اذا أراد أن يدحل الزوج يجب أن يحضر شاهدين، فاذا دخل بلا اشهاد وجب فسخ العقد جبرا عنهما ويكون هذا الفسخ بمنزلة طلقة بائنة.

- قال خليل: وفسخ ان دخل بلاه، وقال الدريدي أي بلا اشهاد بطلقة بائنة لأنه فسخ جبري مالم يحكم حاكم حتمي بصحته قال الدسوقي.[1]

المطلب الثاني: حكم نكاح السر وكتمان الشهود وشهادة الأبداد

نتطرق في هذا المطلب الى حكم نكاح السر في الشريعة الاسلامية وكتمان الشهود وشهادة الأبداد.

الفرع الأول: حكم نكاح السر

اتفق الفقهاء على عدم جواز نكاح السر، وهو النكاح الخالي من الشهادة والاعلان لمن اختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس شرط.

أولا: مذاهب الفقهاء في حكم نكاح السر

القول الأول:

- هو نكاح سر ويبطل العقد ويفسخ ان وقع، وهو قول المالكية، قال ابن القاسم تلميذ الامام مالك عن مالك لو زوج ببينة وأمرهم بأن يكتموا ذلك لم يجز النكاح لأنه نكاح سر وان تزوج بغير بينة استسرارا جاز وأشهدا فيما يستقبلان.

- وروى ابن وهب عن مالك في الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويستكتمها كذلك هو من كل هذه الامام مالك قال يفرق بينهما بتطليقة ان كان أصابها ولا يعاقب الشاهدان. [2]

- وقال ابن حبيب يحدان اذا ثبت الوطء ما لم يكن فاشيا أي انتشر بين الناس.

- وقال ابن القاسم اذا لم يعذرا بالجهالة حدا وشهادة الولي لهما بالنكاح لا يفيد لأنه يتهم بأنه يريد الستر عن وليته.

- واستدلوا لذلك بأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن المطلوب في الزواج الاعلان كما حض عليه الرسول ﷺ لقوله:" أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف. [3]

- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر.

القول الثاني:

---

[1] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مرجع سابق . ج2. ص216

[2] تفسير القرطبي. المرجع السابق. ج3. ص76

[3] سبق تخريجه

- ان هذا لا يؤثر في العقد ولا يجعله سرا وهو مذهب الحنفية والشافعية[1] فقالوا كيف يكون سرا وقد حضره أربعة وهم العاقدان والشاهدان.

- قال محمد بن الحسن الشيباني في الرد على قول المالكية يبطلان زواج السر مبينا المصالح الشرعية التي قد تقول بإبطاله كيف يبطل وقد شهدت عليه العدول كرجل زوج ابنته بالبينة العدول واستكتم ذلك خوفا من سلطان

وقال في قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذا نكاح سر لا اجيزه ولو تقدمت فيه لرجمت وهو ما استدل به المالكية، قال نعم هذا من النكاح الذي لا يجوز لأن البينة لم تتكامل فيه ولا يجوز الا شاهدين عدلين أو رجل وامرأتان ممن ترضونهم من الشهداء، فاذا كملت الشهادة التي لا يحل بها النكاح فذلك نكاح العلانية وان حفي وليس نكاح سر.

ترجيح القول الاول:

- يظهر لأن الأرجح في المسألة ما دهب اليه أصحاب القول الأول، لأن الاشهاد هو الفاصل الأكبر بين الزواج والزنا واباحة زواج السر اشاعة للزنا وتضييع حقوق المرأة وأولادها.

-وهذا ما نص عليه الكثير من السلف فقد روي عن نافع مولى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: ليس في الاسلام نكاح السر، وعن عبد الله بن عتية قال: أشر النكاح السر، أما الاحتيال بإحضار الشهود ثم استكتامهم فهو منافي لمقصد الشارع الحكيم من الشارع من الاشهاد، وخاصة اذا كان في ذلك اهدار لحق المرأة.

-ومع ذلك قد تتيح ظروف معينة ذلك ولكن الشاذ يحفظ ولا يقاس عليه والضرورة تتيح المحضورة والمحضورة تقدر بقدرها، ونص الاباضية على أنه اذا استكتموه خوفا من ظالم فالظاهر أنه لا يحرم ولا يفرق بينهما.

ثانيا: نصاب الشهود في عقد الزواج

اتفق الفقهاء على أنه لا يثبت الزواج الا بشاهدين على الأقل الا في المسألة التي ذكرها الحنفية والتي يكتفي بيها بشاهد واحد بناء على مذهبهم في الولاية وهي من أمر رجلا بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما، فانه يجوز النكاح في هذه الحالة لأن الأب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الأب عائبا لم يجز لأن المجلس مختلفا فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا.

[1] تفسير القرطبي المرجع السابق.ج3.ص77

- وعلى هذا اذا كان زواج الأب لابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، ان كانت حاضرة جاز، وان كانت غائبة لا يجوز لأنها اذا كانت حاضرة تجعل كأنها هي التي باشرت العقد، وكان الأب مع ذلك الرجل شاهدين.

- أما لو أقر الوالد على الصغيرة أو الصغير بالنكاح فانه لا يثبت النكاح بإقراره ما لم يشهد به شاهدان عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد فانه يثبت النكاح بإقراره.

الفرع الثاني: حكم كتمان الشهود لعقد النكاح:

- اتفق جمهور الفقهاء[1] على أن الشهادة شرط للنكاح، واختلفوا هل هي شرط اتمام يؤمر به عند الدخول، أم شرط صحة يؤمر به عند العقد، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا شهد الشاهدان ووصيا بالكتمان هل هو نكاح سر أم ليس سر؟ ويرجع أساس الاختلاف بين الفقهاء هل شهادة الشاهدين في عقد النكاح كافية لإعلانه ولو تواصيا بكتمانه؟

- واذا كان اعلان النكاح مندوبا اليه ومرغبا فيه شرعا فهل يبطل النكاح أو يتأثر العقد بالتواصي على كتمانه بعد انعقاده صحيحا؟

- وذهب الفقهاء في هذا الى ثلاثة اراء:

أ/ القول الأول: قالوا بأن الشهادة في عقد النكاح وحدها هي الاعلان ولو تواصا الشاهدان بالكتمان وهو رأي أبي حنيفة والحنابلة والشافعي والظاهرية.

أدلتهم:

- ما ستفاظ من الأخبار من اشتراط الشهود وتعيينهم طريقا للإعلان وحدهم لما روي عن النبي ﷺ:" لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ول له".

- ويرى ابو حنيفة أن الشارع الحكيم باشتراطه للشهادة قد رسم طريق الاعلان ولم يترك أمره من غير حدود فكانت هي الحد المرسوم وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق مضى الجهر والاعلان، ولا تواصوا بالكتمان.

لأن السر لا يكون بين أربعة بل هو الجهر لقول الشاعر [2] وسرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي.

- ويقول الشافعي في كتابه الأم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامرأة فقال: "هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت"، فاذا أشهد شاهدين في نكاح

[1] محمد أبو زهرة . المرجع السابق. ص 52

[2] المرجع نفسه نفس الصفحة

ووصيا بالكتمان فليس بنكاح سر[1]، لأن مقصود الشهادة عنده تتضمن معنيين الاعلان والقبول بخلاف الحنفية فالمقصود بالشهادة هو الاعلان فقط.

- وقال الحنابلة لا يبطل النكاح بالتواصي بكتمانه لأنه يكون مع الشهادة عليه مكتوما فان كتمه الزوجان والولي والشهود قصدا صح العقد وكره كتمانه لأن السنة اعلان النكاح.[2]

- وعند مذهب الظاهرية فقد جاء في الحلى لابن حزم وقال: قوم اذا استكتم الشاهدان فهو نكاح السر وباطل.

- وقال ابن حزم وهذا خطأ من وجهين: أحدهما أنه لم يصح له قط نهي شرعي عن نكاح السر لذا شهد عليه عدلان، والثاني أنه ليس سرا ما علمه خمسة الناكح والمنكح والمنكوحة والشاهدان.

- قال الشاعر السر يكتمه اثنان بينهما وكل سر عدا الاثنين منتشر.

ب/ القول الثاني:

وهو المشهور عند المالكية وقالوا أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الاعلان.

فالشهادة لحل الدخول رغم أنها ليست شرطا للانعقاد، ولكنها شرط الترتيب الاثار والشهادة وحدها لا تكفي للإعلان واذا تواصيا الشاهدان بالكتمان بنشء العقد هو نكاح سر ويفسخ العقد.

وقد أجاب الدكتور محمد البلتاجي عن حكم كتم الشاهدان في أمر الزواج في مقولة فقهية نقلا عن الشيخ الدريدي شارح مصنف خليل في الشرح الكبير " ان من شرط صحة النكاح عدم التواطؤ على كتمه ومن ثم يفسخ عندهم (أي المالكية) نكاح السر أي الاستكتام هو باطل ويعاقب الزوجان اذا تواطئا ويعاقب الشهود اذا تعمدا. وفي المداولة الكبرى عن يونس أنه سأل ابن شهب عن رجل نكح سرا وأشهد رجلين قال: ان مسها فرق بينهما، واعتدت حتى تقضي عدتها وعوقب الشاهدان بما كتم من ذلك، وللمرأة مهرها ثم ان بدا له أن ينكحها حتى تقضي عدتها نكحها نكاح العلانية واستدلوا على ذلك بأن الرسول ﷺ كره نكاح السر حتى يضرب بالدف لإعلانها واشهاده بين الناس لقوله ﷺ "أعلنوا النكاح ولو بالدف

- كما أن القران الكريم لم يشترط في عقد الزواج الشهادة ولقد قال يزيد بن هارون أمر الله سبحانه وتعالى بالأشهاد في البيع لقوه تعالى: واشهدوا ذوا عدل منكر "[3] دون النكاح، فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشرطوها للبيع.[4]

---

[1] ابن رشد نقلا عن الطالبة حليفة فضيلة . المرجع السابق.ص48

[2] ابن رشد. مرجع سابق

[3] سورة البقرة .ايه. 282 ورش عن نافع

[4] محمد أبو زهرة. المرجع السابق. ص 54.

3/ **القول الثالث:** الاعلان وحده كاف لإنشاء العقد من غير حاجة مطلقا لتعين الشهادة حدا مرسوما للإعلان ومن غير اشتراط لترتب الاثار لأن القصد هو الاعلان، وهو فرق بين النكاح والسفاح، وهذا قول عند مالك رضي الله عنه، وهناك قول شاذ ذكره ابن رشد عن أبي ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح، لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي أنه تزوج بغير شهادة فم أعلن زواجه، ويرى أصحاب هذا القول أن الاعلان شرط كبعض المالكية والفرق بينه وبينهم أنهم يشترطون الاعلان عند وجود الصيغة وقبل الدخول.[1]

ترجيح قول المالكية:

- ان نكاح السر هو نكاح بدون شهود ولا اعلان وان حضره الولي فهو نكاح باطل اعتبره المالكية ويوافقهم في ذلك جمهور
- أما اذا تواطأ الشاهدان على كتمانه يعد نكاح سر عند المالكية يفرق بينهما أو يعاقب كما يرى القاضي
- وخالفهم جمهور باعتباره مكروها، والراجح هو قول المالكية لأن الأصل عدم جواز كتمان عقد النكاح لخطورته ولما يترتب عليه من حقوق واثار كوجوب النفقة وثبوت النسب ولأن الاشهاد والاعلان بفرق بين الحلال والحرام
- اعطاء الفرصة لمن له حق الاعتراض على شرعية النكاح مثل الرضاعة.

الفرع الثالث: حكم شهادة الأبداد وهم المتفرقون

-انفرد المالكية ببيان أحكام هذا النوع من الشهادة بناء على رأيهم في الشهادة فتجوز عندهم شهادة الأبداد في النكاح وهي أن لا يجتمع الشهود على شهادة الولي والزوج بل انهم عقدوا وتفرقوا وقال كل واحد لصاحبه أشهد من بقيت، فتتم عندهم بشهادة ستة شهود: منهم اثنان على الولي واثنان على الزوج واثنان على الزوجة ان كانت ثيبا، وفي البكر ذات الأب تتم بشهادة أربعة: منهم شاهدان على الزوج وشاهدان على الولي.

-أما ان أشهد كل واحد منهم الشهود الذين أشهدهم صاحبه مرة بعد مرة فليست شهادة أبداد قال ابن الهندي: شهادة الابداد لا تعمل شيئا اذا شهد كل واحد منهم بغير نص ما شهد به صاحبه وان كان معنى جميه شهاداتهم واحدا. حتى يتفق منهم شاهدان على نص واحد.

-لكن في خلاف فيما قاله ابن الهندي، ففي أحكام ابن سهل سئل مالك عن شاهدين شهد أحدهما في منزل أنه مسكن هذا وشهد اخر أنه حيزه فقال خصمه قد اختلفت شهادتهما، فقال مالك مسكنه وحيزه شهادة واحدة لا تفترق.[2]

---

[1] محمد أبو زهرة المرجع نفسه. ص53 .

[2] كتاب الموسوعة الفقهية الكويتية . شهادة الأبداد 61.

المبحث الثاني: حكم الاشهاد في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن تناولنا في المبحث الأول حكم الاشهاد على الزواج في الشريعة الاسلامية وبيان مذاهب الفقهاء في اشتراط الشهادة وتبيان خطورة عقد الزواج الذي يكتمه الشهود أو ما يسمى بنكاح السر نتطرق في هذا المبحث لحكم الشهادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، حيث نتعرض لموقف المشرع الجزائري في مسألة الشهادة قبل وبعد تعديل قانون الأسرة الجزائري وكذلك مسألة أهمية وسيلة الشهادة في اثبات عقد الزواج، مع ابراز موقف القضاء الجزائري من هذا ولهذا نتناول هذا المبحث من خلال مطلبين

الأول حكم الاشهاد في انعقاد عقد الزواح والثاني حكم الاشهاد في اثبات عقد الزواج.

المطلب الأول: حكم الاشهاد في انعقاد عقد الزواج

تناول قانون الاسرة الجزائري الاشهاد في عقد الزواج سواء قبل تعديله أو بعد التعديل. فما هو حكم المشرع الجزائري على الاشهاد في عقد الزواج ؟ وسنتطرق في هذا الى فروع:

الفرع الأول: الاشهاد على العقد الزواج قبل التعديل

أ/ الاشهاد ركن في عقد الزواج

لقد نصت المادة 9 من قانون 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة القديم على أنه: لا يتم عقد الزواج بين الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق حيث جعل المشرع الجزائري حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج والحقيقة أن المشرع قد انفرد بهذا الحكم وذلك أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد اتفقوا على اعتبار الشهادة وأثر تخلفها الا أن الأمر فرنسي رقم59 /274 والمتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر، في مادته الثانية قد جعل الاشهاد واجبا عند انعقاد العقد، وفقدانه يؤدي الى بطلان عقد الزواج بطلانا مطلقا [1]

ب/ أثر تخلف الاشهاد في عقد الزواج: لقد تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الاشهاد في عقد الزواج في نص المادتين 33/32 منه فنصت:

المادة 32 بفسخ النكاح اذا أختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو تثبت ردة الزوج.

والمادة 33 اذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المحمل اذا اختل ركن واحد ويبطل اذا اختل اكثر من ركن واحد.

ومن خلال هاتين المادتين يمكن تقسيم أثر تخلف الاشهاد الى ثلاثة أحوال:

[1] بلحاج العربي . أحكام .ج1. ص256 .

❖ **حالة فسخ العقد:**

يتم فسخ العقد اذا تخلف الاشهاد وكان ذلك قبل الدخول، فالمشرع الجزائري جعل من غياب الشاهدين سببا من اسباب الفسخ. [1] ولا تستحق الزوجة الصداق

❖ **حالة اثبات عقد الزواج:**

- نصت على هذه الحالة المادة **33 ق. أ. ج** اذا تم الزواج بدون شاهدين، فانه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

- ويلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه الحالة قد تناقض مع نفسه اذ اعتبر الاشهاد في الزواج ركن لم ينص على اثبات عقد الزواج بصحته بالدخول رغم تخلف ركن من أركانه.

❖ **حالة بطلان عقد الزواج:**

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة**33 ق. أ.** القديم، بحيث يكون عقد الزواج باطلا اذا تخلف ركن الاشهاد مع ركن اخر من الأركان الثلاثة الرضا، الولي، والصداق سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده.

فغياب الشهود هنا تحول الى سبب من اسباب البطلان وقد كرس القضاء هذه القاعدة في عدة قرارات منها القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه ومن المقرر شرعا ان الزواج لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطل، وفي قرار اخر للمحكمة العليا من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان وهي الصيغة رضا الوالدين وشاهدين، بالإضافة الى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا أنه اذا اختل ركن من أركان العقد غير الرضا يبطل الزواج.

الفرع الثاني: الاشهاد في عقد الزواج بعد التعديل:

أولا: حكم الاشهاد في عقد الزواج: ان تعديل المشرع الجزائري لقانون 11/84 المؤرخ في 09يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 قد غير من طبيعة الاشهاد في عقد الزواج ، فقد نصت المادة التاسعة " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين

ومعنى هذا التعديل جعل الرضا ركنا لانعقاد الزواج . وأن الزواج لا ينعقد الا برضا المتبادل بين الزوج والزوجة وبمفهوم المخالفة أن المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل

ن فتجعل حضور الشاهدين شرطا لصحة عقد الزواج

وقد أضاف التعديل الجديد المادة 9 مكرر التي تنص على أنه: يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدين وانعدام و انعدام الموانع الشرعية للزواج ، وبهذا يتضح موقف المشرع الجزائري من اعتبار الاشهاد شرط من شروط صحة عقد الزواج.

[1] بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الزواج والطلاق . ديوان المطبوعات الجامعية. ج1. 199 ص 132

ثانيا تخلف شرط الاشهاد في عقد الزواج:

لقد نصت المادة 33 من قانون الأسرة والمعدلة بموجب الأمر 02/02 على أنه يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا اذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يصح قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل

وبذلك سار القانون الجزائري على نهج الجمهور الذين يعتبرون الاشهاد شرط صحة في عقد الزواج الا اذا كان العقد فاسدا يتضح أن هناك حالتين لتخلف شرط الاشهاد:

الحالة الاولى: حالة فسخ العقد

– لقد رتب المشرع الجزائري في تعديله الجديد للمادة 33/ ف 2 فسخ العقد اذا تم بدون شهود اذا كان قبل الدخول ولا صداق فيه

– الفسخ الأثر المترتب عن الزواج الفاسد سواء من قبل الطرفين أو أحدهما وهو المراد بالتفريق أو المشاركة [1] أو يفسخه القاضي ان لم يفسخه أحدهما.

الحالة الثانية: حالة اثبات عقد الزواج:

– لقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 33 المعدلة على أنه ادا تم الزواج بدون شاهدين يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

– وبهذا خالف المشرع الجزائري رأي الجمهور الذي اعتبر الاشهاد شرط لصحة عقد الزواج، وان تخلف هذا الشرط بعد الدخول الحقيقي فانه يجب مهر المثل وحرمة المصاهرة والعدة بعد التفريق وثبوت النسب أما غير هذه الأمور فلا تجب بالعقد غير الصحيح.

– كما خالف المقرر عند المالكية من أنه اذا دخل الزوج بزوجته ولم يشهد كان نكاحه فاسدا والفسخ في الزواج الفاسد يعتبر طلاقا .وعليه فقد اتفق فقهاء الشرع على أنه اذا تم عقد الزواج بدون اشهاد وتم الدخول يفسخ العقد لاعتباره عقد غير صحيح .

– أما المشرع الجزائري فقد نص على إثباته بصداق المثل .

ويقول العربي بلحاج وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما أعاد صياغة المادتين 33/32 القانونية وفقا للتعديلات الجديدة عام 2005 تفاديا للتكرار ومنعا للتعارض بين الأحكام فانه اذا تم الزواج بدون شاهدين يكون العقد فاسدا ويفسخ قبل الدخول ولا صداق في ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل [2]

– وعلى كل حال فان المشرع الجزائري لم يتخذ خطة منطقية واضحة في تناول نظرية فساد عقد الزواج

ن فيبقى قصور المادة 33/ق2 رغم التعديل في توضيح شروط الصحة التي تتطلب فسخ العقد قبل البناء وبعده والتصحيح بعده كالصداق مثلا .

[1] نبيل صقر قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيق الجزائر دار الهدى 2006 ص85

[2] بلحاج العربي أحكام الزواج المرجع نفسه ص256

وفي هذا السياق فان اجتهادات المحكمة العليا تشترط الاشهاد في عقد الزواج ويتجلى ذلك من خلال الاستقراء قراراتها ومنها القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي يجيز مسألة اثبات أو عدم اثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق وسماع الشهود لأول مرة على مستوى الاستئناف.[1]

المطلب الثاني: حكم الإشهاد في إثبات عقد الزواج في القانون الجزائري

– ان الشريعة الإسلامية اعتبرت الشهادة كوسيلة للإشهار والعلانية وكأداة لإثبات في حالة جحود الزوجية أو إنكارها من طرف أحد الزوجين ، كما أن كتابة العقد بقصد الإثبات ليست جديدة في الفقه الإسلامي ففي الخزائن للمحاكم الشرعية توثيقات لعقود الزواج يرجع بعضها للقرن الرابع هجري ، ولهذا أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يدخل في ضمن المصالح المرسلة ولتثبيت الحقوق.

– المشرع الجزائري عالج مسألة إثبات الزواج من خلال نص المادة 22 المعدلة بموجب الأمر 02/05 ولهذا نتطرق الى اثبات الزواج أمام الجهات الإدارية والقضائية.

1/ الفرع الأول : إثبات الزواج أمام الجهات الإدارية المختصة:

– نصت المادة 18 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 على انه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام أي موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون، كما نصت الفقرة الثالثة من قانون الحالة المدنية الصادرة عام 1970 بموجب الأمر رقم 20/70 على أن يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج، ونصت المادة 71 منه على أنه يختص بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الموثق الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن أو محل إقامة طالبي الزواج.

– ولهذا يجب يتضمن عقد الزواج أن الزواج قد تم وفقا للشروط المقررة قانونا حيث بين العقد ما يلي :

– أسماء وأعمار الشهود طبقا للقفرة الثالثة كم المادة 73 ق ح م

– الا أن الملاحظ أن المادة 71 ق ح م السالفة الذكر قد حددت الأشخاص المختصين بتحرير عقد الزواج دون الطلب منهم مراعاة ضرورة توافر أركان وشروط إبرام عقد الزواج على غرار المادة 73 ق ح م التي حددت بيانات عقد الزواج والتي من بينها الشهود .

والمادة 18 من قانون الأسرة السالفة الذكر فقد نصت على وجوب أن يلتزم كل من ضابط الحالة المدنية والموثق بمراعاة ما ورد في النص عليه في المادتين 9 و9 مكرر

– ولذلك يجب على الشخص المؤهل قانونا لابرام عقد الزواج التحقق من توفر أركانه 9. ق. أ .ج وشروطه م 9مكرر . ق. أ .ج.

والتي من بينها الشهود ، وتأكيد ذلك فان المادة 77 ق ح م نصت على معاقبة ضابط الحالة المدنية والموثق ان لم يحترما تطبيق شروط تحرير عقد الزواج.

2/ الفرع الثاني: إثبات عقد الزواج أمام الجهات القضائية

[1] المحكمة العليا مجلة المحكمة العليا ملف رقم 3154103 بتاريخ 2005/02/23 العدد1 /2005 ص275.

– نصت الفقرة الأولى من المادة 22 ق أ ج المعدلة بالأمر رقم 02/05 لسنة 2005 على أن يثبت عقد الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي

– فاذا كان الزوجان لم يقوما بإبرام عقد زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق لا سبيل لهما أو لأحدهما الى اثبات عقد زواجهما الا باللجوء الى المحكمة من أجل استدار حكم قضائي لإثبات وجود عقد زواج صحيح متوفر على الأركان والشروط، ومنسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة.

والجدير أن ينوه في هذا الصدد أن التعديلات الجديدة بموجب الأمر 02/05 أغفلت الإشارة الى أنه يثبت بحكم اذا توافرت أركانه وشروطه وهي الصياغة القديمة الواردة في المادة 22 ق أ زهو ما اشترطه المشرع الجزائري في نص المدة 18 المعدلة والسابقة الذكر. [1]

– ولهذا فان الجهة القضائية المختصة لاثبات عقد الزواج هي المحكمة مكان وجود المدعي عليه وهو ما أشارت اليه المادة 426 ف 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.

– وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه يجب على القضاة الموضوع التأكد من توفر أركان وشروط عقد الزواج العرفي لاثبات

وهي الرضا والصداق والولي والشاهدين [2] فانه يثبت الزواج العرفي أي بقراءة الفاتحة بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود واليمين المنتمية طبقا لنص المادة 384 من القانون المدني ، حيث تم الاستماع الى شهادة الشهود ثم توجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها حول واقعة الزواج ، وبالتالي أنهم أشهدوا قضاءهم من شهادة الشهود الذين أكدوا واقعة الزواج.[3]

كما رفض قضاء المحكمة العليا إثبات الزواج لعدم الإثبات بشاهدين وجاء في قرار لها:

حيث أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين وأن كل امرأة تدعي فلانا تزوجها فلا بد ان يثبت ذلك بشهادة الشهود والطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول.

وفي قرار أخر من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة اذا كانت مشتملة على أركانه بشهادة السماع ومن ثم فان النهي على القرار المطعون في بفرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب النقض . الذين حضروا يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق كما تتم تحت مراقبتهم وفقا لأحكام القانون ، ومن ثم فان انشاء المهمة لموثق أو خبير تنازل منهم عن صلاحياتهم مما يجعل قرارهم عرضة للنقض.[4]

وفي الأخير فان دعوى إثبات الزواج لا تحدد بمهلة معينة وهذا ما يتجلى من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا جاء فيه لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد

[1] بلحاج العربي أحكام الزواج ص274

[2] ا لمحكمة العليا المجلة القضائية ملف رقم 248683 العدد2ص276

[3] ا لمحكمة العليا مجلة المحكمة العليا ملف رقم 424799 بتاريخ 2002/02/13 العدد2 ص307

[4] المحكمة العليا . المجلة القضائية ملف رقم 906883 بتاريخ 1913/04/25 .العدد 4 1994 .ص 58

20سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج فان قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج صحيح القانون [1].

ومنه فان الشرع الجزائري لا يعترف بعقد الزواج إلا ما كان رسميا سواء محدد لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو المثبت بحكم قضائي ذلك اثار عقد الزواج من نفقة ونسب وميراث لا يمكن أن يتحجج بها إلا إذا كان هذا العقد مثبتا ولا يأتي ذلك الا بحضور الشهود.

[1] بلحاج العربي. قانون الأسرة .المرجع السابق 68

الخاتمة

خاتمة:

وفي ختام هذه المذكرة نحمد الله ذي الفضل والإنعام، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له صاحب العطاء والجود والصلاة والسلام على نبي الرحمة وبشير الأمة الموصى إليه وقل ربي زدني علما وعلى آله الأطهار وصحبه الأخيار وعلى كل من كان معلما أو متعلما أو صاغيا مستمعا فبعد لمح بصر واستعجال نظر لمسائل أحكام الإشهاد في عقد الزواج فيما استطعنا ووفقنا للإطلاع عليه وهو قلة القلة مما ألف من سادة الأمة في مجال الفقه الجزائري والخوض في مفاهيم الشهادة في عقد النكاح على ضوء المذاهب الإسلامية المشهورة عند أهل السنة وإظهار بعض الفرو قات و الاختلافات والميل إلى مراجع من الأداء وبيان موقف المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا.

كذلك التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري وإضافاته لبعض المواد وصياغة أخرى بصياغة جديدة ولاسيما أنه قد تناول أحكاما جديدة مغايرة لأحكام الشهادة في عقد الزواج – سابقا – وكنتيجة لذلك، وانطلاقا من نصف المادة222من قانون الأسرة الجزائري.

والتي تحيل القاضي الجزائري التمعن وتدارك الأمر وذلك بنصوص تشريعية واضحة ومحددة منعكسة مطردة غير حمالة الوجود لمعالجة كل مسألة تحتاج لذلك حتى لا تتضارب الاجتهادات القضائية لذهاب كل قاضي صوب مذهب مغاير للآخر فيحدث اللبس والتلفيق وهذا معيب عند أهل الشرع.

ونظرا لأهمية الموضوع، وما يثيره من إشكالات فقهية وقانونية وحتى قضائية تلخص إلى مايلي:

أولا: من الناحية الشرعية

1/الشهادة شرط صحة في عقد النكاح، فالرضا وحده لا يكفي ليكون العقد صحيحا فلا بد من إخراجها من شبهة ودائرة السرية حتى لا تكون العلاقة الزوجية مثار سوء ظن.

2/حقيقة الشهادة في عقد الزواج، تتضح بحضور الشاهدين لمحل العقد أي مجلسه وسماع الإيجاب والقبول كي يتحقق الإشهاد والإعلان معا لما ينطوي عليه هذا العقد من أخطار تهدد الطرفين والأمة، كالنسب والعرض فكيف تضبط إن لم تكن ثمة شهود.

3/عمودي النسب شهادته مقبولة في عقد النكاح لما يقرب من تيسير على الناس وزيادة التقليق دلالة الحديث.

4/ شروط شاهدي عقد النكاح،بلوغ وعقل وعدالة ويندب في زماننا هذا الاستكثار من الشهود كما يستحسن إذا لم يوجد إلا الأقارب والإسلام إن كان الزوجان مسلمان، كما يمنع زواج المسلم بكتابية

بشهادة كتابين لأن شهادتهما على المسلم لا تقبل، كما يشترط سماع الشاهدين معا لكلام المتعاقدين وفهمهما لمعنى ومقصود العقد.

5/ شرط الذكورة من الشروط المتفق عليها في عقد النكاح بالنسبة للشاهدين أما شهادة النساء وحدهن غير صحيحة أما رجل وامرأتين فيصبح لحالة الاضطرار لذلك .

6/ عدم كتمان الشهود هو الأصل لعقد النكاح، لما يترتب على ذلك من أخطار في النسب والميراث وحرمان، ولعدم تحقق المغزي من الإشهار وهو الإعلان وكي يتم التميز بين الحلال والحرام والسفاح والنكاح

ثانيا: بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

1/ المشرع الجزائري ساير في تعديله الجديد لقانون الأسرة التشريعات العربية في إعتبار الإشهاد شرط في عقد الزواج يتوقف عليه صحته في المادة 9 مكرر (المضافة) أخذا برأي جمهور الفقهاء.

2/ قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005إكتفى بذكر الشهادة في عقد الزواج دون أن ينص على الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد وذلك مؤداه الرجوع إلى الشريعة العامة حيث أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية نصت على أنه يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين.

– وهذا النص لا يمكن تطبيقه بشأن الشهود في عقد الزواج وما جاء فيه خاص بشهادات الحالة المدنية أما عقد الزواج فله طابع خاص، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات

3/ تكريس اجتهادات المحكمة العليا في قراراتها لبعض الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهدين كالعدالة والذكورة، وهي الشروط المتفق عليها بين المذاهب الفقهية الإسلامية، كما اعتبرت شهادة الأقارب ماعدا الأبناء وشهادة النساء مع الرجال في عقد الزواج مقبولة شرعا وقانونا.

4/موقف المشرع الجزائري المتضارب في اعتبار الإشهاد شرط في عقد الزواج في المادة 9مكرر ق، أ، إلا أنه جاء في نص المادة 3/33 (المعدلة) بعدم قبول أي طلب لإبطال عقد الزواج بعد الدخول ولو لم يحضر هذا العقد شاهدان، والمعنى أن المشرع لم يرتب على فقدان الشهادة البطلان أو الفسخ بعد الدخول.

5/ المادة 3/33 ق ،أ تجيز عدم حضور الشاهدين وهي منافية لأحكام الشريعة بإجماع الفقهاء على أنه لا يتم الزواج بدون شاهدين عند الأئمة الأربعة والدخول لا يمكن تصحيحه إلا بحضور الشاهدين للنص الصريح في السنة.

6/يوجد تعارض أحكام إثبات الزواج بين النص القانوني والواقع القضائي، فكيف يتسنى لطرفي عقد الزواج إثبات صحته بدون حضور الشاهدين وإقرارهما غير كافي في العريضة حيث ترفض دعوى إثبات الزواج لعدم التأسيس واقعا ولكن قانونيا ومن خلال المادة33/ف. 3 ق أ أجاز المشرع هذا الزواج بإثباته وهذا سببه اختلاط الحلال بالحرام وضعف الوازع الديني.

7/ أحكام الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري تدور بين الشرط والوسيلة، فالشهادة شرط في انعقاد مجلس العقد ووسيلة لإثبات الزواج إذ يشترط حضور الشاهدين أمام الموظف المؤهل قانونا لتسجيله.

كما يشترط القاضي لإثباته بحكم قضائي حضور الشهود سواء كانوا عيانا أو شهود سماع، حتى لا يتهاون الناس في إبرام عقودهم.

الاقتراحات:

مما سلف ذكره يظهر أن موضوع بحثنا يحتاج الى جملة من الاقتراحات على مستوى قانون الأسرة والقوانين التي لها علاقة به خاصة قانون الحالة المدنية

1/ للخروج من هذا المأزق واللغط على المشرع والجهة التي يبدها القرار أن تعهد بعقود الزواج للأئمة بكل إجراءاته وتمنح لهم سجلات تدون فيها كل المعلومات المتعلقة بالطرفين والشهود لأنهم يحضرون مجلس العقد الشرعي في المسجد غالبا أو خارجه بحضور إمام وهذه طبيعة المجتمع الجزائري والإمام بدوره يقدم نسخة ما دون للطرفين والأخرى لمصلحة الحالة المدنية.

كما ينبغي أن تمنح لهم مدونة أو مذكرة فيها كل الضوابط من طرف وزارة الشؤون الدينية للالتزام والسير وفق المرجعية الوطنية.

2/ لابد على المشرع الجزائري النظر في صياغة المادة 222 من قانون الأسرة نظرا لعموم صياغتها التي بالإضافة إلى اختلاف تضارب أداء الفقهاء في المسألة الواحدة مما يتوجب تحديد المذهب الفقهي المراد بعينه في حالة غياب النص القانوني.

3/ يظهر أنه يجب إضافة مادة جديدة تحدد الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج أو إضافة فقرة للمادة 9مكرر كالتالي: يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين ذكرين بالغين من العمر 19على الأقل متمتعين بقواهما العقلية أو إحالة مادة في قانون الحالة المدنية تحدد شروط شهود عقد الزواج.

4/ المادة 9 مكرر المضافة اشترطت الإشهاد في عقد الزواج غير أنه جاء في المادة 33/ف3ق أ المعدلة عدم قبول أي طلب لإبطال عقد الزواج بعد الدخول حتى في غياب حضور الشاهدين، ومؤدى

هذا أن الشرع لم يرتب على فقد الشهادة البطلان أو الفسخ بعد الدخول لذا يظهر إعادة صياغة الفقرة الثالثة من المادة 33 كالتالي: إذا تم الزواج بدون شاهدين أو ولي غي حالة وجوبه يفسخ العقد قبل الدخول وبعده.

5/ على الشرع الجزائري تفصيل وإتمام نص المادة22 ق أ فيما يتعلق بأحكام إثبات الزواج العرفي. لأن ليس كل زواج عرفي هو بالضرورة زواج شرعي وذلك بتقيد شروط صحة الإشهاد عليه لضرورة حضور شاهدي مجلس العقد خاصة في عقود الزواج الحديثة.

6/ تقتضي الضرورة اعادة صياغة المادة 33من قانون الحالة المدنية للأسباب الاتية:

صياغتها جاءت بصفة العموم وما ورد فيها خاص بشهادات الحالة المدنية وعقود الزواج لها ميزة خاصة ان هذا النص كان صادرا قبل صدور القانون المدني بالأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ومسايرة لتعديل قانون الأسرة والقانون المدني وضرورة توحيد سن الرشد القانوني لذا يظهر تعديل صياغة المادة 33 ق ح م كالاتي:

-يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنه على الأقل سواء كان من الأقارب أو غيرهم دون تمييز بين الجنسين ويختارون من طرف الأشحاص المعنيين.

- هذه أبرز النتائج والاقتراحات التي ظهرت لنا ونسأل الله أن ينظر الى هذه المذكرة بعين الرضا والحمد لله ربي العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم:

ب- اللغة

1. ابن منظور لسان العرب،ط6، 1997، دار الفكر.

ج- الشريعة

2. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط1، 2009م، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر
3. الإمام السنغالي، سبل السلام، شرح بلوغ المرام، تحقيق حازم علي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
4. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي.
5. تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق الهدى، دار الكتاب العربي، 2007م،بيروت، لبنان.
6. حاشية الدسوقي. على الشرح الكبير، دار لفكر.
7. الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته، ط4. 2005م مؤسسة المعارف، بيروت لبنان.
8. السيد سابق، فقه السنة، نظيفة –دمشق دار الفكر. دمشق .سورية.
9. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك طبقة جديدة منقحة مصححة، دار الفكر، بيروت، لبنان.

د- المراجع القانونية:

10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط6،2010.
11. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفق أحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، الجزائر، د، م ،ج، ط4، .2012.

هـ- المذكرات العلمية:

12. خليفة فضيلة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2013- 2014.

و- المجلات المقالات:

13. مازن مصباح، الصباح، أحكام الشهادة على النكاح في الفقه الإسلامي مجلة جامعة الأزهر، بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية،2009.

14. عبد الرحمان بن عبد الله بن مخطوب، مقال الشهادة في عقد النكاح.

ن- القوانين:

15. قانون الأسرة. رقم 11/84المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005الموافق 15 محرم 1426هـ،الجريدة الرسمية العدد 18.
16. قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية العدد 21.
17. القانون المدني، رقم 50/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق ل 23 مايو 2007 المعدل والمتمم 58/25.

القرارات القضائية

18. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك،ط1، الجزء 1 – 2013.
19. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك،ط1، الجزء 2 – 2013.
20. جمال سايس، الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك،ط1، الجزء 3 – 2013.

المواقع الالكترونية:

https //aboulahia.com/

https//almoslim.net

https//www.islamweb.net/ar/

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

البسملة

الشكر

الاهداء

مقدمة..... 5

مقدمة:..... أ

الفصل الأول: مفهوم الاشهاد على الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة 4

المبحث الأول: تعريف الاشهاد وأدلته الشرعية تمهيد:..... 5

المطلب الأول: معنى الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري: 6

الفرع الأول: تعريف الاشهاد في عقد الزواج..... 6

الفرع الثاني: معنى الشهادة على الزواج في قانون الاسرة الجزائري 8

الفرع الثالث: الأدلة الشرعية على الاشهاد في الزواج: 8

المطلب الثاني: حقيقة الشهادة في عقد الزواج ومسألتي عمودي النسب والبدوي:..... 9

الفرع الأول: الاشهاد على الايجاب والقبول والمهر..... 9

الفرع الثاني: الاشهاد على رضا واذن الزوجة.....10

الفرع الثالث: شهادة عمودي النسب والبدوي على القروي.....11

المبحث الثاني: شروط صحة الاشهاد على عقد الزواج 14

المطلب الأول: أحكام عامة متعلقة بالشهود في عقد الزواج 14

الفرع الأول: شهادة الأصم والأخرس والأعمى في عقد النكاح 14

الفرع الثاني: شهادة الكافر في عقد النكاح.....17

الفرع الثالث: شهادة النساء في عقد النكاح: 17

المطلب الثاني: شروط الشهود في عقد النكاح:.....19

الفرع الأول: الأهلية لتحمل الشهادة: 19

الفرع الثالث: شهادة مستور الحال.....26

الفصل الثاني: أحكام الاشهاد على الزواج بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري 29

تمهيد: 30

المبحث الأول: حكم الاشهاد على الزواج في الشريعة الاسلامي.....31

المطلب الأول: حكم الاشهاد وموقف القضاء من تخلف الاشهاد 31

الفرع الأول: حكم الاشهاد في عقد الزواج 31
الفرع الثاني: وقت اشتراط الاشهاد 33
الفرع الثالث: موقف الفقهاء من تخلف الاشهاد 35
المطلب الثاني: حكم نكاح السر وكتمان الشهود وشهادة الأبداد 36
الفرع الأول: حكم نكاح السر 36
الفرع الثاني: حكم كتمان الشهود لعقد النكاح: 38
الفرع الثالث: حكم شهادة الأبداد وهم المتفرقون 40
المبحث الثاني: حكم الاشهاد في قانون الأسرة الجزائري 41
المطلب الأول: حكم الاشهاد في انعقاد عقد الزواج 41
الفرع الأول: الاشهاد على العقد الزواج قبل التعديل 41
خاتمة 47
خاتمة: i
الاقتراحات: iii
قائمة المصادر والمراجع 5
قائمة المصادر والمراجع 6
فهرس الموضوعات 9