



جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية: الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

الرقم التسلسلي :

رقم التسجيل : M.DFA/04/12

مذكرة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

تخصّص: قانون الأسرة

العنوان:

**إثبات الزواج و الطلاق
بين النصوص التشريعية و التطبيقات القضائية
- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -**

إشراف الدكتور:

محفوظ بن صغير

إعداد الطالبة:

كيلييا بن عودة

تاريخ المناقشة : 2016/05/29

أمام لجنة المناقشة المكوّنة من السادة :

رئيسًا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ محاضر أ	د. عبد النور مبروك
مشرّفًا و مقرّرًا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ محاضر أ	د. محفوظ بن صغير
مناقشًا	جامعة الحاج لخضر باتنة	أستاذ محاضر أ	د. جمال بن دعاس
مناقشًا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ محاضر أ	د. مولود قارة
مناقشًا	جامعة محمد بوضياف المسيلة	أستاذ محاضر ب	د. فواز لجلط

السنة الجامعية: 2015 / 2016

الوهداء

إلى أبي وأمي وأهل الله في عمرهما

إلى إخوتي

وإلى فوزي

شكر و تقدير

اعترافاً بالفضل و الجميل أتوجّه بخالص الشكر و عميق التقدير
و الامتنان إلى الأستاذ

الدكتور محفوظ بن صغير

الذي أشرف على هذا العمل، و تعهده بالتصويب في جميع مراحل
إنجازه و زودني بالنصائح و الإرشادات التي أضأت أمامي سبيل
البحث

فجزاه الله عني كل خير

إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بقراءة هذه الرسالة و تقييمها
و إلى هيئة التدريس و جميع أعضاء إدارة كلية الحقوق الذين ساهموا في السير
الحسن لهذا الإنجاز العلمي.

- قائمة المختصرات :

للاختصار استعملت بعض الرموز و هذا مفتاحها:

● م.ق: المجلة القضائية

● ن.ق: نشرة القضاة

المقدّمة

من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية إقامة العدل في الأرض، و أعظم الوسائل التي تخدم هذا المقصد هو القضاء، التي جاءت به و ووضعت له القواعد و الضوابط و الأدوات التي تضمن سيره في كل عصر حتى يسد حاجات الناس، و شرع الله تعالى وسائل الإثبات التي تُعتبر الأداة الوحيدة التي تُستعمل أمام القضاء، من أجل صون حقوق الناس، و حمايتها من الإنكار و التجاحد.

فأهمية الإثبات كبيرة، فهو يؤكد وجود الحقوق و حجتها لأنه مرتبط بالحق، و هو أهم ما يشغل القاضي في عمله الذي يهدف إلى استقرار الحقوق و تأمين العدل، لأن الإنسان لا يستطيع اقتضاء حقوقه بنفسه، و إنما عليه الاستعانة بالقضاء، و العمل لإقناع القاضي عن طريق أدلة الإثبات التي يقدمها لكسب ما له من حقوق متنازع عليها أمام القضاء، و حيث لا يمكن الفصل في المنازعة دون اللجوء إلى طريق من طرق الإثبات المختلفة، التي يتقرر عليها مصير الدعوى، و إلا كانت ساقطة الاعتبار موصوفةً بالادعاء.

و قد ذهب الفقهاء إلى اعتبار أن كل من الزواج و الطلاق هما من الحقوق التي لا يمكن اقتضاؤها إلا عن طريق دعوى قضائية، و التي تُعتبر حقاً مشروعاً و وسيلةً أباحها المشرع لكل فرد لحماية حقه و استرداده ممن اعتدى عليه؛ و هو الأمر الذي تبناه قانون الأسرة الجزائري 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، باعتباره قانوناً يخضع في معظم مواده إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و خاصة فيما يتعلق بوسائل الإثبات المعتمدة لتأكيد الحقوق المترتبة عن الزواج و الطلاق، و لهذا كان مجال دراستي "إثبات الزواج و الطلاق بين النصوص القانونية و التطبيقات القضائية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي".

و بما أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع، طبقاً للمادة 02 من قانون الأسرة الجزائري، فبالثالي يجب تنظيم هذه الأسرة وفقاً لمواد قانونية تُوافق ما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام شرعية صالحة لكل زمان و مكان، و متماشية مع القضايا المستجدة في الواقع المعاش.

فموضوع هذا البحث هو محاولة لتبيين وسائل الإثبات المعتمدة في الفقه الإسلامي لإثبات واقعي الزواج و الطلاق، و لتأكيد الحقوق المترتبة عنها، و مدى أخذ المشرع الجزائري بها في نصوصه القانونية، و تأثير القاضي الجزائري بهذه الأحكام في قرارته القضائية.

و لهذا كانت دراستي موجهة للبحث في حقيقة وسائل الإثبات، و تبيين أهميتها، و الكشف عن المذاهب الفقهية و القانونية في مسألة تقييدها و إطلاقها، في صورة نظرية عامة، و بيان آراء الفقهاء في بعض القضايا الفقهية التي يمكن تصورها في حالة النزاع بين الزوجين، سواء في الزواج أو الطلاق، و مدى اعتبار هذه الوسائل في نصوص القانون الجزائري، و قرارات المحكمة العليا، مستبعدة بذلك الوسائل التي هي محل خلاف بين الفقهاء، ما عدا التي اعتمدها القانون، حتى تبقى الدراسة محتفظةً بموضوعها.

و تظهر ملامح أهمية دراسة موضوع إثبات الزواج و الطلاق من من عدّة جوانب أذكر منها:

- **من حيث حداثة الموضوع:** فيما يخص إثبات الزواج، يُعتبر هذا الموضوع حديث نسبيًا، و ذلك لازدياد عدد التيجات التي تُبرم خارج الجهة المكلفة بذلك، و هذا راجع لعدّة أسباب منها ماهو اجتماعي، كانهدام الثقافة القانونية، و التوعية بالمخاطر التاجمة عن عقد الزواج الغير موثق، و منها ماهو ديني، يمثّل في اكتفاء الأفراد بما ينص عليه الدين الإسلامي، من توافر أركان عقد الزواج و اعتباره صحيحًا، لا يحتاج تأكّده بموجب عقد إداري، و منها ماهو قانوني، مثل التصوص القانونية التي تحدّد سن الزواج، و كذلك ما جاءت به المادة 8 من قانون الأسرة فيما يتعلّق بتعدّد الزوجات و تقييد حرية الرجل في ذلك، فهذا الأمر استوجب القانون و لم تستلزمه الشريعة الإسلامية. أمّا ما يتعلّق بإثبات الطلاق، فظاهرة الطلاق أصبحت تهتدّد العديد من الأسر الجزائرية، حيث سجّلت الجزائر خلال السنة الماضية نحو أزيد من 60 ألف قضية طلاق من أصل 480 ألف عقد زواج، حسب إحصائيات وزارة الداخلية، ممّا يعني أنّ 12٪ من حالات الزواج تنتهي بالطلاق، الذي مازال يسجّل ارتفاعا قياسيّا من سنة إلى أخرى محلّفًا وراءه أضرارا وخيمة تعود بالدرجة الأولى على الأطفال.

- **من حيث القيمة العلمية للموضوع:** هذا الموضوع هو عبارة عن دراسة متكاملة لطرق إثبات الزواج و الطلاق من ناحية فقهية و قانونية، و كذلك من ناحية التطبيق القضائي، و بالتالي فه قيمة علمية و عملية في نفس الوقت، فالقيمة العلمية تتمثّل في أنّ أغلب القضاة و المحامين لم يقوموا بدراسات أكاديمية، و كذلك في الجزائر لا يوجد ما يُعرف بالقضاء المختص، و بالتالي ليسوا مطلعين على الجانب الفقهي لموضوع إثبات الزواج و الطلاق، فهم دائما يعتمدون على ماهو منصوص عليه في القانون، و بالتالي فهذه الدراسة ستساعد على إثراء المعرفة الفقهية لديهم، أمّا بالنسبة للقيمة العملية، فهي تساعد المتخرّجين الجدد في ميدان القانون، من معرفة الجانب التطبيقي لهذا الموضوع، مع غياب قانون إجرائي ينظّم هذه المسألة.

- **من حيث علاقته بالواقع:** يُعتبر الزواج الغير مسجّل، ظاهرة خطيرة تستوجب الحلّ التشريعي حفاظا على مصالح الزوجين و الأولاد، و لهذا فقد اهتمت الجزائر بإثبات الزواج و تسجيل عقود الزواج، إذ تميزت مرحلة بعد الاستقلال بوجود وضعية كبيرة جدا من عقود الزواج الغير مسجّلة، فصدرت عدّة نصوص تلزم المواطنين بضرورة تسجيل عقود الزواج التي أبرمت و لم يقع التصريح بها لدى الموظّفين المؤهلين قانونًا.

وأمّا الطلاق فلم يتّضح اهتمام المشرّع الجزائري بمسألة إثبات الطلاق، إلّا بعد صدور قانون الأسرة الجزائري 11/84 المعدّل و المتمم بالأمر 02/05، حيث أصبح الطلاق لا يمكن أن يتم إلّا بتصريح من القاضي بعد محاولة الصلح (المادة 49).

و تتمثل أهداف هذا البحث في ما يلي:

- تحديد وسائل إثبات الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، و قانون الأسرة الجزائري و اجتهادات المحكمة العليا .
- بيان الدور الذي تلعبه وسائل الإثبات في صيانة حقوق الأفراد، و مدى فعاليتها.
- تنبيه أصحاب الحقوق إلى طريقة الحفاظ على حقوقهم و صيانتها من الضياع.
- تعريف الناس بأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بطرق إثبات الزواج و الطلاق.
- بيان ثغرات القانون الجزائري في وضع وسائل إثبات تنسم بالثبات، إذ عادة ما تكون عرضةً للتعديل، في حين أنّ قواعد الشريعة الإسلامية ثابتة وصالحة لكل زمان و مكان.
- تزويد دوائر البحث العلمي في مجال التشريع الأسري بمثل هذه الدراسات، حتى يتسنى للباحثين الرجوع إليها و الاستفادة من نتائجها.

أما أسباب اختياري بأن يكون موضوع بحثي للمجستير بعنوان: "إثبات الزواج و الطلاق بين النصوص التشريعية و التطبيقات القضائية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، فهي لا تعدو أن تكون إلا:

- سبب ذاتي: و تتمثل في الرغبة الشخصية في تناول موضوع الإثبات في الأحوال الشخصية، و عرض الموضوع عرضاً متناسقاً يبرز ما في الفقه الإسلامي من نظريات فقهية و قانونية، و ما يتسم به من مرونة و سعة تجعله صالحاً للحكم و معالجا للقضايا، و مساهراً للحضارات في كل زمان و مكان.
 - سبب موضوعي: و تتمثل في قلة الدراسات الأكاديمية في الجامعة الجزائرية التي تتناول موضوع الإثبات في الأحوال الشخصية، فلم أجد أي دراسة تتكلم عنه من الناحية الفقهية و القانونية بصورة وافية - حسب اطلاعي - .
- فكل هذه الأسباب دفعتني إلى البحث في هذا الموضوع الذي يكتسي أهمية بالغة.

أما المنهج المستعمل في هذه المذكرة، فلم يخرج عن ثلاثة و هي:

- المنهج الاستقرائي: بحيث يتم في خلاله الانتقال من الجزئي إلى الكلي، و ذلك من خلال دراسة الجزئيات المتعلقة بموضوع إثبات الزواج و الطلاق، و المتمثلة في النصوص الشرعية من الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية، و كذا النصوص الفقهية المتعلقة بأقوال الفقهاء و النصوص القانونية و القضائية ذات الصلة بمجال موضوع البحث بغرض إظهار صحة الفكرة بالعموم.

المنهج التحليلي: يظهر من خلال تحليل و معالجة كلّ ما تم الوقوف عليه، من تعاريف لغوية و اصطلاحية و من مضمون نصوص فقهية و قانونية و أحكام و اجتهادات قضائية، و تبسيط مفاهيمها، و ذلك في نسق متسلسل حسب ترتيب الموضوع للعناصر.

المنهج المقارن: و هو كذلك من أنجع المناهج العلمية لمعالجة مثل هذا الموضوع، و ذلك من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية فيما بينها، مبرزاً أدلة كلّ فريق مع بيان الراجح منها، متبعة إياها بالنصوص القانونية و الأحكام و الاجتهادات القضائية و رأي فقهاء و شراح قانون الأسرة.

و تطبيق ذلك كان باتباع الخطوات التالية :

أ- بالنسبة للجانب القانوني:

- تناولت في هذا الموضوع طرق الإثبات في ظلّ القانون المدني، و بينت اتجاه المشرع الجزائري في ظلّ قانون الأسرة من هذه الوسائل في مسألة إثبات الزواج و الطلاق، كما أشرت بقدر المستطاع إلى قرارات و اجتهادات المحكمة العليا.

- قُمت بالمقارنة بين منهج القانون الوضعي و منهج الفقه الإسلاميّ مبيّنةً أوجه الاتفاق و الاختلاف.

- راعيت عند الكتابة أن تتسم بالسهولة و اليسر، و ذلك بعد فهم المواد القانونية و قرارات المحكمة العليا و تحليلها، و كتابتها بصيغة تُفهم دون المساس بعمق البحث.

- تناولت طرق الإثبات في القانون المدني المتعلقة بالبحث، و عدم الخوض في الموضوعات التي لا تتصل بالدراسة، حتى يظلّ البحث محتفظاً بموضوعه .

- قمت بتقديم الدراسة الفقهية على الدراسة القانونية، وذلك لعدم التنظيم الوافي للقانون الجزائري لموضوع إثبات الزواج و الطلاق، و ترك أحكامه للشريعة الإسلامية (المادة 222 ق.أ).

ب- بالنسبة للجانب الفقهي:

- لقد نهجت في ذلك منهجاً يعتمد على التحليل و التأصيل لكلّ موضوع من موضوعاته.

- حرصت على نسبة الآيات الكريمة إلى موضعها من السور في القرآن الكريم، كما حرصت على الرجوع إلى كتب التفسير الصحيحة و المعتمدة.

- خُرِجَت الأحاديث النبوية تخریجًا علميًا وفق الأصول المعتمدة و المتبعة في ذلك على قدر المستطاع، من متون الحديث بسندها، و إذا تكرر ذكرها، فأبّين أول موضع تم ذكره فيها حيث يوجد التخریج، مركزةً على الأحاديث الواردة في صحيح البخاري و مسلم، و كما ورد في كتب السنن الأخرى إذا لم يُرو في الصحيحين.

- و زيادةً على المنهج المتبع في كل من الجانب القانوني و الفقهي، قمت بالترجمة المختصرة لجميع الأعلام الذين تم ذكرهم في متن المذكرة، من الصحابة و الأئمة الأربعة، و فقهاء الشريعة و القانون القدامى منهم و المعاصرين — إلا في حالة عدم وجود ترجمة للعلم — و لم أستثن أيًا منهم، و ذلك لأن هذه الدراسة موجهة بالدرجة الأولى لطلبة القانون، الذين ليس لهم رصيد فقهي، إذ معرفة اسم علم أو اسم إمام مذهب، ليس بالضرورة معرفة حياته.

- و ختامًا لهذا البحث، تناولت أهم النتائج التي توصلت إليها، مع الإشارة إلى بعض الاقتراحات، لعلّي أسد القليل من الثغرات الكثيرة الموجودة في القانون الجزائري، و كان ذلك في حدود دراستي.

- ثم قمت بعمل فهرس لكافة المراجع التي استعنت بها في بحثي، سواء منها القانونية أم الفقهية، أو اللغة العربية أو كتب التراجم، مرتبةً ذلك على حروف المعجم، ثم قمت بعمل فهرس للموضوعات التي وردت في البحث.

أما الدراسات السابقة فمن خلال اطلاعي على كتب الفقه الإسلامي القديمة، وجدت مفردات هذا الموضوع متناثرة، و لكتبتى لم أعث على دراسة مستقلة و شاملة لهذا الموضوع، أما كتب الفقه الحديثة فقد وجدت كتابًا واحدًا، و الذي فصل موضوع اختلاف الزوجين في الفقه الإسلامي بطريقة مفصلة جدًا و دقيقة، و عنوان هذا الكتاب هو:

- "اختلاف الزوجين في الدعوى و أثره في الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي" للدكتور إسماعيل محمد عبد الحميد الشندي، و هو مدرس بقسم الفقه بكلية الشريعة و القانون — جامعة الأزهر، حيث تناول دراسته من خلال فصل تمهيدي و باين، فصل تمهيدي تعرّض فيه إلى تعريف الدعوى و أركانها و شروط صحتها، باب أول تناول فيه اختلاف الزوجين في دعوى الزواج و ما يتعلّق به من حقوق و المتمثلة في الصداق و متاع البيت و استحقاق النفقة، و باب ثاني تناول فيه الاختلاف في الطلاق و ما يتعلّق به من خلع و تفريق و رجعة و عدّة .

و قد استعنت به في دراستي الفقهية لهذا الموضوع، و ذلك من خلال إرشادي للكتب التي تتضمن موضوع بحثي، و كذلك اتبعت منهجيته في دراسته لهذا الموضوع.

أما بالنسبة للدراسات القانونية الحديثة، التي تناولت مواضيع ذات علاقة بموضوع دراستي هي:

- دراسة بعنوان: "الزواج العرفي و طرق إثباته"¹: اقتصرت على الزواج العرفي فقط، تكلمت فيها الباحثة عن مفهوم الزواج العرفي، و أسبابه و آثاره، و عن طرق إثباته، و إجراءات تسجيله، عكس دراستي التي اشتملت على إثبات الزواج سواء أكان مسجلاً أم غير مسجل، و ذلك من ناحية فقهية و قانونية و قضائية.

- دراسة بعنوان: "إجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي"²: هذه الرسالة تمت دراستها في 2004، أي قبل تعديل قانون الأسرة، و تطرقت صاحبها إلى إجراءات عقد الزواج بصفة عامة، و بينت طرق إثبات الزواج الرسمي و العرفي، و لكن من ناحية قانونية و فقهية لكن بشكل و جيز جداً، و امتاز عنها بحثي أنه جاء مشتملاً على الجانبين الفقهي و القانوني بشكل مفصل مع المقارنة بينهما، كما أشرت في بحثي إلى اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال.

- دراسة بعنوان: "إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مع القانون المصري"³:

اكتفت بدراسة طرق إثبات الطلاق من الناحية القانونية فقط، و تمت مقارنته بالقانون المصري، و تتقاطع دراستي معها في كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، فدراستها تمحورت على الجانب القانوني فقط في كل من الجزائر و مصر، أما مجال دراستي قانون الأسرة الجزائري مقارناً بالفقه الإسلامي.

فموضوعي اشتمل على كل من الزواج و الطلاق معاً، و كيفية إثباتها من الناحية الفقهية، القانونية و القضائية.

و ما من شك أن كل بحث علمي تعترض طريقه صعوبات، و هي تختلف من باحث إلى آخر، و من الصعوبات التي واجهتني في إنجاز هذا البحث:

- قلة المراجع في مكباتنا، التي تناولت هذا الموضوع، خاصة القانونية منها، وذلك بسبب الطابع الإجرائي لهذا الموضوع، و اكتفاء المؤلفين بإعادة كتابة ما ورد في المواد القانونية بدون شرح.

- صعوبة التعامل مع المادة الفقهية المتعلقة بالموضوع المتناثرة داخل المصادر، و كذلك الأسلوب اللغوي الصعب المستعمل في هذه الكتب.

¹ من إعداد الطالبة هبير ريمة، و هي رسالة ماجستير بجامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، قسم القانون، نوقشت سنة 2014.

² من إعداد الطالبة معزوز دليلة، و هي رسالة ماجستير بجامعة بن عكنون الجزائر، فرع عقود و مسؤولية.

³ من إعداد معامير حسبية، و هي رسالة ماجستير بجامعة بشار، قسم القانون الخاص.

و انطلاقاً مما سبق ذكره و لدراسة الموضوع أكثر ،يجاول البحث الإجابة على الإشكالية الرئيسية التي تتمحور حول وسائل إثبات واقعتي الزواج و الطلاق في كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و قرارات المحكمة العليا؟ و ما مدى قوة هذه الوسائل في الإثبات؟ .

و أثناء الإجابة عن هذه الإشكالية الرئيسية، ظهرت إشكاليات فرعية رأيت ضرورة طرحها و من ثم الإجابة عنها، الخطوة المستوجبة لتعميق موضوع البحث و هي كالآتي:

- باعتبار أنّ قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية، هل على القاضي اللجوء إلى طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية فقط، أو إلى قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون؟

- هل يكفي لإثبات الزواج و الطلاق دليل واحد، أو لابد من طرق أخرى تكمل هذا الدليل؟

- كيف نظمت الشريعة الإسلامية مسألة إثبات الزواج و الطلاق؟

- ما هي الاستثناءات التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص قواعد الإثبات الخاصة بالأحوال الشخصية، خروجاً عن القواعد العامة؟ وكيف يتم تثبت الزواج و الطلاق في القضاء؟ و ماهي الإجراءات المتبعة لذلك؟

- هل يجوز إثبات الزواج و الطلاق في دعوى واحدة؟

- هل يعتد المشرع الجزائري بالطلاق الذي يوقعه الزوج خارج المحكمة؟، أي هل حكم القاضي هنا يكون كاشفاً أو منشئاً للطلاق؟ وهل يحكم بتثبيت الطلاق العرفي بأثر رجعي، أو من تاريخ صدور الحكم؟

- كيف يتم تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري في القضاء؟ و ماهي الإشكالات الشرعية و القانونية التي تثيرها؟.

و لتحقيق الأهداف المرجوة من البحث جاءت الحطة مقسمة إلى مقدمة، و ثلاثة فصول يتقدمهم فصل تمهيدي، و خاتمة.

فالفصل التمهيدي: خصصته للحديث عن تعريف الإثبات في الفقه الإسلامي و القانون و أهميته، و مذاهب فقهاء الشريعة و القانون في مسألة تقييد و إطلاق طرق الإثبات، و أخيراً تأصيل و تحليل طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة، بحيث كان من الضروري إبراز تمهيد عن نظرية الإثبات ليتسنى للقارئ معرفة أحكام الإثبات.

أما الفصل الأول: فتناول كيفية إثبات الزواج في كل من الفقه الإسلامي، و القانون و القضاء، من خلال تعريفه، و مشروعيته، أركانه و شروطه، ثم الإجابة على بعض القضايا الفقهية و التي تتعلق بإثبات الزواج، ثم كيفية إثبات كل من الزواج الرسمي و الزواج الغير العرفي في القانون و القضاء.

أما الفصل الثاني: فتناول كيفية إثبات الطلاق في كل من الفقه الإسلامي، و القانون و القضاء، من خلال تعريفه، و مشروعيته، أركانه و شروطه و أنواعه، ثم الإجابة على بعض القضايا الفقهية و التي تتعلق بإثبات الطلاق، ثم كيفية إثبات الطلاق في القانون و القضاء.

و وفقاً لهذا جاءت الخطة مفصلة على النحو الآتي:

الإهداء

شكر و تقدير

المقدمة

و تظهر ملامح أهمية دراسة موضوع إثبات الزواج و الطلاق من

أما الدراسات السابقة ف

و

الفصل التمهيدي

المبحث الأول: ماهية الإثبات و أهميته

المطلب الأول: مفهوم الإثبات

المطلب الثاني: أهمية الإثبات

المبحث الثاني: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد

المطلب الأول: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد فقهاً

المطلب الثاني: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد قانوناً

المبحث الثالث: طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة

المطلب الأول: الإقرار

المطلب الثاني: الشهادة

المطلب الثالث: اليمين

الفصل الأول

المبحث الأول: أحكام الزواج

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للزواج

المطلب الثاني: انعقاد الزواج

المبحث الثاني: اختلاف الزوجين في ثبوت الزواج في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: ادعاء الرجل للزوجة

المطلب الثاني: ادعاء المرأة للزوجة

المبحث الثالث: إثبات الزواج نصاً و تطبيقاً

المطلب الأول: المحرر الرسمي كوسيلة لإثبات الزواج المسجل أو الرسمي
المطلب الثاني: إثبات الزواج الغير مسجل أو الغير رسمي - العرفي

الفصل الثاني

المبحث الأول: أحكام الطلاق
المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق
المطلب الثاني: أركان وشروط الطلاق
المطلب الثالث: أقسام الطلاق
المبحث الثاني: اختلاف الزوجين في ثبوت الطلاق في الفقه الإسلامي
المطلب الأول: اختلاف الزوجين في أصل الطلاق أو في عدده
المطلب الثاني: اختلاف الزوجين في حصول الشرط أو الصفة المعلق عليها الطلاق
المطلب الثالث: اختلاف الزوجين في نية الطلاق عند التخيير
المبحث الثالث: إثبات الطلاق نصاً و تطبيقاً
المطلب الأول: كيفية إثبات الطلاق من خلال النصوص القانونية و التطبيقات القضائية
المطلب الثاني: إجراءات و مراحل دعوى إثبات الطلاق

الخاتمة

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الأعلام المترجم لهم

قائمة المصادر و المراجع

فهرس الموضوعات

الفصل التمهيدي

المفاهيم والنظريات اللغوية

مُهَيْتًا :

قبل أن أشرع بالبحث و الدراسة في موضوع إثبات الزواج و الطلاق، و تبين كيفية معالجة كل من الفقه الإسلامي و القانون و القضاء لهذه المسألة، يستوجب أن أتحرى بعض المسائل و المفاهيم الأساسية التي تمهد له و تُيسر و تُنير الطريق أمامه، فأتناول ماهية الإثبات، أُبين فيه التعريف بالإثبات و الدور و الأهمية التي يقوم بها هذا الأخير، ثم أعرض الخلاف القانوني و الفقهي في مسألة تقييد و إطلاق طرق الإثبات، و ذلك ببيان مذاهب كل من فقهاء القانون و الشريعة الإسلامية، ثم أسعى إلى معرفة موقف المشرع الجزائري من هذا الخلاف، و أخيرًا أتناول بالتحليل و التأصيل طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة.

تلك هي المفاهيم النظرية للإثبات التي سأتناولها بالبحث و الدراسة، و ذلك من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية الإثبات و أهميته.

المبحث الثاني: طرق الإثبات بين التقييد و الإطلاق.

المبحث الثالث: طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة.

المبحث الأول: ماهية الإثبات وأهميته

أتناول في هذا المبحث الإثبات، حيث أتعرض فيه إلى تعريف الإثبات لغةً واصطلاحًا وقانونًا، وذلك في مطلب أول، ثم أقوم بتبيين أهميته في مطلب ثانٍ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الإثبات

في هذا المطلب، سأحاول تحديد مفهوم الإثبات لغةً واصطلاحًا، ثم أبين الفرق بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: الإثبات في اللغة والاصطلاح

أولاً- الإثبات في اللغة: من ثَبَّتَ الشَّيْءَ يَثْبُتُ ثَبَاتًا وَثُبُوتًا، بمعنى اسْتَقَرَّ وَصَحَّ وَتَحَقَّقَ وَأَقَامَ، فيقال: ثَبَّتَ الأمرُ إِذَا صَحَّ وَتَحَقَّقَ، و يقال: ثَبَّتَ فُلَانٌ فِي الْمَكَانِ، إِذَا أَقَامَ بِهِ، وَ يُقصد به كذلك: جَعَلَ الشَّيْءَ رَاسِخًا غَيْرَ مَائِلٍ أَوْ مُتَقَلِّبٍ، وَ أَثْبَتَهُ الثَّبْتُ: إِذَا لَمْ يُفَارِقْهُ، وَ رَجُلٌ ثَبَّتَ الْعَدْرَ: إِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي قِتَالٍ أَوْ كَلَامٍ، وَ كَانَ لِسَانُهُ لَا يَزَالُ عِنْدَ الْحُصُومَاتِ¹.

و منه أَثْبَتَ الشَّيْءَ أَي أَقَرَّهُ، وَ مَثَلُهُ قَوْلُهُ **عَلَيْكَ: ﴿يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثْبِتُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾**²، وَ تَثَبَّتَ فِي الأمرِ وَ الرَّأْيِ وَ اسْتَثْبَتَتْ: تَأَنَّى فِيهِ وَ لَمْ يَعْجَلْ، وَ اسْتَثْبَتَتْ فِي أمرِهِ: إِذَا شَاوَرَ وَ فَحَصَ عَنْهُ³، وَ يُقَالُ: أَثْبَتَ الْكِتَابَ: سَجَّاهُ، كَمَا يُفِيدُ الْحُجَّةَ وَ الْبُرْهَانَ، يُقَالُ أَثْبَتَ الْحَقَّ: أَي أَقَامَ حُجَّتَهُ⁴.

ثانياً- الإثبات في الاصطلاح: عزف كل من الفقه القانوني و الفقه الإسلامي القديم و المعاصر الإثبات تعريفات كثيرة أذكر منها:

1- الإثبات في اصطلاح الفقهاء: فلم يرد الإثبات في الكتب الفقهية القديمة كمصطلح له تعريف محدد، إذ لم يكن متبلورًا لدى الفقهاء قديمًا بالشكل الذي أصبح عليه حديثًا، فلم يتعد استعمالهم له المعنى اللغوي، أي: الاحتجاج و التوام و الإستقرار، وإقامة الحجّة و البيّنة — كما تم تبيينه سابقاً — فأريد به عند إطلاقه الإثبات القضائي بمعناه العام و هو إقامة الحجّة مطلقًا سواء أكان ذلك على حقٍّ أم على واقعة، و سواء أكان ذلك أمام القاضي أم غيره، أو

¹ ابن منظور: لسان العرب، تحقيق/عبد الله علي الكبير و آخرون، دار المعارف، القاهرة، ج.م.ع، ط 1، د.ت، ج 6، ص 467-468، مادة ثبت؛ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ج.م.ع، ط 4، 2004 م، ص 93، باب الناء؛ الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق/عبد العلم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ط 2، 1987 م، ج 4، ص 472 - 473، باب الناء؛ محمد رواس قلعه جي و حامد صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء (عربي - انجليزي)، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط 2، 1988 م، ص 28.

² سورة الرعد: الآية 39.

³ ابن منظور: لسان العرب، ج 6، ص 467، مادة ثبت.

⁴ مجمع اللغة العربية: المرجع نفسه، ص 93؛ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق/الدكتور عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ج.م.ع، ط 2، د.ت، ج 1، ص 80، كتاب الناء.

عند التنازع أو قبله، وأُطلق أيضا ليراد به توثيق الحقوق عند إنشائها، و على كتابة المحاضر و السجلات و الدعاوى¹.

و ظهر هذا جلياً في تعريف كل من **المرجاني**² و **الكفوي**³ حيث قالوا: "الإثبات هو الحكم بثبوت شيء آخر"⁴.

و يُطلق الإثبات و يُراد به كذلك إقامة الحجّة على وجود بعض الأمور الحسية و العلمية في الطب و الفلك و الرياضة و التاريخ و غير ذلك من المجالات العلمية، و ذلك لأنّ كل قولٍ في أي علمٍ من العلوم لا قيمة له إلاّ بإثبات صحّته⁵.

و أمّا الفقهاء المعاصرين، فقد عرّفوا الإثبات بتعريفات متقاربة، فقصدوا المعنى الخاص له، من هذه التعريفات:

- ما ذكره **رواس قلعه جي**⁶ من أنّ: "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القاضي على صحّة الإدعاء"⁷.
- و مثل هذا التعريف، أو قريب منه ما ورد في كتاب **طرق الإثبات الشرعية** و الذي ينص على أنّ: "الإثبات هو إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدّعيه قبل المدعى عليه"⁸.
- و نحو ذلك، ما جاء في **الموسوعة الفقهية الكويتية** أنّ: "الإثبات هو إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حقّ أو واقعة من الوقائع"⁹.

¹ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، بيروت، ط 1، 1982 م، ص 22؛ نور عيسى قواسمة: نظرية الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي و القانون (رسالة ماجستير)، جامعة الخليل، قسم القضاء الشرعي، 2011 م/2012 م، ص 34-35؛ سليم علي مسلم الرجوب: التعارض و الترجيح في طرق الإثبات (رسالة دكتوراه)، الجامعة الأردنية، قسم القضاء الشرعي، 2006 م، ص 14.

² هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالشريف المرجاني، فيلسوف من كبار العلماء بالعربية، ولد سنة 1340 م في تآكو قرب استر آباد (و هي قرية تقع في إيران)، له نحو خمسين مصنفًا منها: التعريفات، مقاليد العلوم، الكبرى و الصغرى في المنطق. إلخ، توفي سنة 1413 م. أنظر، الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 15، 2002 م، ج 5، ص 7، حرف العين.

³ هو أيوب بن موسى الحسيني القزويني الكفوي، أبو البقاء، ولد في مدينة كنهة بالقرم و هو من قضاة الأحناف، درس الفقه و الأصول و علم الكلام و علوم العربية، توفي قاضياً بالقدس سنة 1094 هـ، و له عدّة كتب من بينها: الكليات، و كتابا بالتركية عنوانه تحفة الشاهان و هو في فروع الحنفية. أنظر، البغدادي: هدية العارفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج 1، ص 229، باب الألف.

⁴ المرجاني: معجم التعريفات، تحقيق/محمد صديق المنشاوي، دار الفضيحة، القاهرة، د.ط، 2004 م، ص 11، باب الألف؛ الكفوي: الكليات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1998 م، ص 39، فصل الألف و الناء.

⁵ محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص 22-23.

⁶ هو محمد رواس قلعه جي، فقيه حنفي ولد في مدينة حلب بسورية سنة 1934م، تحصّل على الماجستير و الدكتوراه في فقه السلف من جامعة الأزهر، له عدة مؤلفات منها: موسوعة فقه ابن تيمية، الموسوعة الفقهية المبصرة، موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه. إلخ، توفي في 23 أبريل 2014 م بالكويت. أنظر، الموقع الإلكتروني: ar.wikipedia.org

⁷ محمد قلعه جي و قنبي: معجم لغة الفقهاء (عربي - انجليزي)، ص 28.

⁸ أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، ط 4، 2003 م، ص 31.

⁹ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط 2، 1986 م، ج 1، ص 232.

- و من ذلك أيضا ما اختاره **محمد الزحيلي**¹ في كتابه وسائل الإثبات و الذي ينص على أن: " الإثبات هو إقامة الحجّة أمام القاضي بالطرق التي حدّتها الشريعة على حقّ أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية"².

مناقشة التعريفات:

التعريف الأول:

- لم يحدّد هذا التعريف الوسائل التي يجب أن تُستعمل من أجل إقامة الحجّة على صحّة الادّعاء، و بالتالي يفهم منه أنّه جعل من الأدلّة العرفية و العادات و وسيلة من وسائل الإثبات.
- كما أنّه لم يبيّن الهدف و الغاية من الإثبات أيّ آثار الإثبات.

التعريف الثاني:

- خلّوه من ذكر الطّرق الشرعية التي يُثبت بها المدّعي ما يدّعيه.
- حصر هذا التعريف قبول الدليل إذا كان من قبل المدّعي فقط، رغم أنّ الدليل يُقبل كذلك من غيره.
- كما أنّه جاء خاليا من تعيين الجهة التي يجب أن يكون أمامها الإثبات، ألا وهي القضاء.

التعريف الثالث:

- يُعاب عليه أنّه لم يذكر آثار الإثبات، فلا قيمة للإثبات إن لم يحصل صاحبُ الحقّ على حقّه.

التعريف الرابع:

و قد شرح الأستاذ الدكتور **محمد الزحيلي** هذا التعريف على النحو الآتي³:

- 1- **إقامة الدليل:** يعني تقديمه إلى من يُراد إقناعه بصحّة الأمر، و لا يعني إنشاءه.
- 2- **أمام القضاء:** المراد أن الإثبات ينصبّ على أمر مُتنازع فيه، مرفوع أمام القضاء ليحكم فيه، و هذا القيد ضروري في الإثبات القضائي، و يخرج منه تأكيد الحقوق عند إنشائها بالإشهاد أو بالرهن... إلخ، و إذا لم يكن هناك نزاع أمام القضاء فلا معنى للإثبات.

¹ هو محمد مصطفى الزحيلي، ولد في ريف دمشق بسورية في 10 أوت 1941م، تحصل على الماجستير في عدّة تخصصات (الشرعية و الحقوق) و الدكتوراه في الفقه المقارن، تقلّد عدّة مناصب، حقّق و ألف العديد من الكتب منها: أصول الفقه الإسلامي، أصول المحاكمات المدنية و الشرعية، القوانين الفقهية في المذهب الحنفي و الشافعي... إلخ.

أظنر، الموقع الإلكتروني: www.ahlaltheeth.com

² محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 23.

³ محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص 23 - 24. (باختصار و تصرف)

3- **الطرق التي حدّتها الشريعة الإسلامية:** يُفهم من هذا أنّ للإثبات أحكاماً شرعية، فلا يجوز إقامة الحجّة أمام القضاء على حقّ أو واقعة إلاّ بالوسائل التي بيّنتها الشريعة الإسلامية بالنصّ أو الإجماع أو بالاستنباط، أمّا ما عداها من الطرق المتتوية و الغير أخلاقية فلا يجوز إثبات الحقوق بها.

4- **على حقّ أو واقعة:** يُبيّن هذا القيد محلّ الإثبات¹، و المراد بالحقّ هنا معناه العام الشامل وهو: ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله على الغير، و الواقعة الشرعية هي السبب المنشئ للحقّ، و ذلك لأنّ القاضي يجب أن يعلم شيئين: الواقعة الشرعية و الحقّ الذي يترتب على هذه الواقعة، فالإثبات ينصرف إلى إثبات الواقعة التي يترتب عليها الشارع حكماً معيّنًا، و ينشأ عنها حقوق و التزامات على الطرفين.

5- **تترتب عليها آثارٌ شرعية:** يمثل هذا القيد الغاية من الإثبات، فلا يصحّ إثبات أمر أو واقعة لا ينبني عليها أثر قضائيّ...

التعريف المختار:

إذا كان من شروط التعريف أن يكون جامعًا و مانعًا، فإنه يتبيّن أنّ التعريف الرابع هو التعريف الأفضل، حيث جاء مُكتملاً و مُحتويًا على جميع الشروط التي يجب أن يتوفّر عليها وهي:

- ضرورة تقديم المدعي البرهان الذي يُؤيد دعواه.
- أن يتصبّ الإثبات على أمر متنازع عليه أمام القضاء.
- إقامة الحجّة أمام القضاء بالوسائل أو الطرق الشرعية التي حدّتها الشريعة الإسلامية.
- محلّ الإثبات.
- الآثار الشرعية التي تترتب عن الإثبات.

و عليه يكون تعريف الإثبات فقهاً: إقامة الحجّة أمام القضاء بالطرق التي حدّتها الشريعة على حقّ أو واقعة تترتب عليها آثارٌ شرعية.

2- **الإثبات في اصطلاح القانونيين:** الإثبات في القانون لا يخرج في تعريفه و معناه، عمّا ورد عند الفقهاء المعاصرين _ المعنى الخاص للإثبات _ و قد ذكر سُراح القوانين تعريفات كثيرة للإثبات، و هي تعريفات متشابهة و متقاربة نذكر أهمّها:

¹ لم يُطلق الفقهاء القدامى اسم (محلّ الإثبات) في مؤلفاتهم، و إنما عبّروا عليه بالمضني فيه، أو المشهود به، أو المقرّ به، أو المحلوف عليه، أو المكتوب لأجله الوثيقة، و غيرها من المستعيات التي تختلف باختلاف وجهة النظر التي ينظرون منها إليه. أنظر، محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 61.

- فقد عرّفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري¹ بقوله: "هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها"².
- وعرّفه الدكتور سليمان مرقس بقوله: "الإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرًا لما يترتب عليه من آثار قانونية"³.
- وعرّفه الدكتور عبد المنعم فرج الصّدة بقوله: "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حقّ منازع فيه"⁴.
- وعرّفه الدكتور أحمد نشأت كذلك: "تأكيد حقّ متنازع فيه له أثر قانوني، بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحقّ"⁵.
- كما عرّفه الدكتور سمير تناغو على أنّه: "إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يُحددها و يُنظّمها القانون، على صحّة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحّة الواقعة المذكورة"⁶.

و عليه فإتني ألاحظ أنّ هذه التعريفات قد اشتملت على معنى واحد، وإن اختلفت فإنّها تختلف من الناحية اللفظية فقط.

أما **المشرّع الجزائري**، فقد خلا قانونه من تعريف الإثبات، و اكتفى بإفراد الباب السادس من الكتاب الثاني في القانون المدني⁷ لتنظيم طرق و وسائل الإثبات، تحت عنوان إثبات الالتزام.

و عليه فإتني أقترح على المشرّع الجزائري تخصيص مادة قانونية تتضمن تعريفًا للإثبات المدني و تكون كالاتي:
"الإثبات هو إقامة الحجّة أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على صحّة واقعة، تترتب عليها آثار قانونية".

¹ هو عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، كبير علماء القانون المدني في عصره، وُلد في الإسكندرية بمصر سنة 1895 م، تخرّج من كلية الحقوق بمصر، و تحضّل على الدكتوراه في القانون و الاقتصاد و السياسة من فرنسا، تولى وزارة المعارف بمصر عدّة مرّات، وضع قوانين مدنية لمصر و العراق و سورية و ليبيا و الكويت، توفي بمصر سنة 1971م، له عدّة مؤلفات أذكر منها: أصول القانون، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، شرح القانون المدني في العقود... إلخ. أنظر: الزركلي: الأعلام، ج 3، ص 350، حرف العين.

² عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، تنقيح/عبد الباسط الجميحي و مصطفى محمد الفقي، نهضة مصر، مصر، ط3، 2011م، ج 2، ص 13 - 14.

³ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- أصول الإثبات و إجراءاته، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ط 5، 1991 م، مج 1، ص 1.

⁴ عبد المنعم فرج الصّدة: الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، ط 2، 1954 م، ص 5.

⁵ أحمد نشأت بك: رسالة الإثبات في التعمدات، تقديم /فني جابر العقبلي، دن، ط 6، 1996 م، ج 1، ص 6.

⁶ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، 1997 م، ص 3.

⁷ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السلطة التشريعية (أمر متضمن القانون المدني)، رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي 2007 (الجريدة الرسمية، عدد 31، الصادرة في 13/05/2007 م)، ص 3 و ما بعدها.

و حيث إن موضوع البحث هو الإثبات في الأحوال الشخصية، و بما أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول في قانون الأسرة الجزائري¹، فإتني أقترح تعريفاً للإثبات في الأحوال الشخصية و يكون كالآتي: "الإثبات هو إقامة الحجة بالطرق التي حدتها الشريعة الإسلامية على صحة حق أو واقعة، تترتب عليها آثار شرعية، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"².

و يلاحظ أنه عند اقتراحي للتعريف المدني قيدت محلّ الإثبات بالواقعة فقط، أما بالنسبة لتعريف الإثبات في الأحوال الشخصية فلم أقيده و قلت: "على صحة حق أو واقعة"، و هذا هو الاختلاف الموجود بين الفقه الإسلامي و القانون في محلّ الإثبات، فهذا الأخير في القانون ينصبّ على وجود واقعة قانونية فقط (المصدر القانوني الذي ينشئ الحق)، و ليس على حق مدعى به، أما الفقه الإسلامي فقد وسّع من مفهوم محلّ الإثبات وجعله ينصبّ على حق مطلق مجرد من السبب كالتنازع في دين مثلاً، أو يقع على مصدر الحق و هو السبب المنشئ له كالتنازع في عقد أو واقعة مادية كالولادة.³

الفرع الثاني: تمييز الإثبات عن بعض المصطلحات المشابهة له

قد يختلط و يتداخل الأمر في تعريف الإثبات مع بعض المصطلحات الفقهية و القانونية الأخرى، كالثبوت و البينة و التوثيق، ولذلك سأحاول أن أذكر تعريف هذه المصطلحات و أبين وجه الاتفاق و الاختلاف بينها و بين الإثبات، و ذلك لإزالة كل لبس في معناه و تعريفه.

أولاً- الإثبات و الثبوت⁴:

الإثبات هو إقامة الحجة و الدليل و البرهان، و هو فعل صادر من المدعي، و سواء أكان هذا الدليل شهادة أم إقراراً أو قرينة أم غير ذلك، و هذه الأدلة تُفيد ظناً راجحاً و لا تصل إلى درجة اليقين. أما الثبوت، فهو الأمر الثابت يقيناً، أي هو وجود الأمر حقيقة بحسب الواقع، و هو وصف قائم بذات الشيء المدعى به قبل المدعى عليه.

و هذا الثبوت يختلف عن الإثبات لأنّ الإثبات وسيلة لإظهار الأمر الثابت في الواقع، و يصدر عن المدعي، فكلمة كان الدليل صحيحاً قوياً، كلما اقتربت الواقعة المراد إثباتها من الحقيقة الواقعية، و كان القضاء صحيحاً. و لكن قد يتمكّن المدعي من إثبات الواقعة أمام القاضي، و هي في الحقيقة ليست ثابتة، كالإثبات بشهادة الزور و الإقرار الكاذب و اليمين الآثم و الاحتيال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل التي يصير حقاً في الظاهر و يُحكم له به، و قد يكون المدعى به ثابتاً في الواقع و لا يستطيع صاحبه إثباته في الظاهر.

¹ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السلطة التشريعية (قانون متضمن قانون الأسرة). رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية، عدد 15، الصادرة في 2005/02/27 م)، ص 18 و ما بعدها.

² فمثلاً المشرع الجزائري في مسألة إثبات الزواج، نص في المادة 22 من ق.أ على أنه يثبت في حالة تسجيله مستخرج من سجلات الحالة المدنية، و قصد من هذا الوثيقة الرسمية (أي الكتابة) و جعلها الوسيلة الأصلية الأساسية للإثبات، أما في حالة عدم تسجيله فترك قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، و ذلك طبقاً لنص المادة 222 من نفس القانون و التي تنص على أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

³ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 15؛ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 61.

⁴ محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص 24 - 25؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، دط، 2004 م، ص 9 - 10؛ أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، ص 31 - 32.

وهذا التقسيم يقترب من مقارنة القانونيين بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، ومدى الصلة بينهما¹ كما سأوضحه لاحقاً. مع الفارق بين الشريعة الإسلامية والقانون هو أنّ الشريعة أقامت الوازع الديني والعقاب الأخروي لردع الادعاءات الباطلة، أما في القانون فلا وجود لهذا. غير أنّ هذا التفريق لا أثر له في الحياة العملية إلا من الناحية الدينية (التفريق بين الإثبات والشبوت).

ثانياً- الإثبات والبيّنة:

1- **البيّنة في اللغة:** مشتقة من الفعل بَانَ يَبِينُ، وهي مُؤَدَّتُ بَيِّنٍ، وجمعها بَيِّنَاتٌ، فتطلق ويُقصد بها الوُضُوحُ وَالْإِكْتِشَافُ فيقال: بَانَ الْأَمْرُ بَيِّنٌ فَهُوَ بَيِّنٌ إِذَا اتَّصَحَّ وَانْكَشَفَ²، وَمِنْهُ قَوْلُهُ **عَلَيْكَ**: **﴿قَالَ يَا قَوْمِ أَرَأَيْتُمْ لِي كُنُتُ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّي وَأَتَانِي رَحْمَةً مِنْ عِنْدِهِ. . .﴾**³، وَيُقَالُ: جَاءَ بَيِّنَانٍ ذَلِكَ وَبَيِّنَتِهِ أَيُّ بِحُجَّتِهِ⁴، وَمِنْهُ قَوْلُهُ **يُنَجِّئُكَ**: **﴿أَقْمَنُ كَانَ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّي وَيَتْلُوهُ شَاهِدٌ مِنْهُ...﴾**⁵.

وقد تُطلق ويُقصد بها البُعْدُ وَالْإِنْفِصَالُ وَالْإِنْقِطَاعُ: فيقال: بَانَ الشَّيْءُ عَنِ الشَّيْءِ بَيِّنًا، إِذَا انْقَطَعَ عَنْهُ وَانْفَصَلَ، وَمِنْهُ بَانَتِ الْمَرْأَةُ عَنْ زَوْجِهَا أَي انْفَصَلَتْ عَنْهُ بِطَلَاقٍ⁶.

2- **البيّنة في الاصطلاح:** فقد اختلف الفقهاء في المعنى المراد بالبيّنة على عدّة أقوال، أشهرها قولان⁷:

القول الأول: أنّ المراد بالبيّنة هي الشهادة، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء⁸.

القول الثاني: أنّ المراد بالبيّنة كلّ ما يبين الحقّ ويظهره، فكلّ دليل أو حجة أو وسيلة تؤدي إلى معرفة الحقّ هي بيّنة، وهذا التعريف يتفق مع التعريف اللغوي.

¹ قد تعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة القضائية، والسبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا بطريق القضاء الذي رسمه القانون، وقد يكون القاضي من أشدّ الموقعين بالحقيقة الواقعية، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يطرّق إليها الشك، ولكن بعدم أمامه الطريق القانوني لإثباتها. أنظر، عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 27.

² ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق/ عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط، د.ت)، ج 1، ص 388، باب الباء والياء وما يثلاثها؛ الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، 1986 م، ص 29؛ ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 403، باب الباء.

³ سورة هود: الآية 28.

⁴ الزمخشري: أساس البلاغة، تحقيق/ محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1988 م، ج 1، ص 88، باب الباء.

⁵ سورة هود: الآية 17.

⁶ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ص 80، باب الباء؛ الفيومي: المصباح المنير، ص 27، باب الباء والياء وما يثلاثها؛ ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 404، باب الباء.

⁷ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 20.

⁸ الدسوقي: حاشية الدسوقي، تحقيق/ محمد بن محمد الملقب بعلبش، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417 هـ - 1996 م، ج 6، ص 30 وما بعدها؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج 6، ص 273؛ الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به/ محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 4، ص 613؛ البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق/ محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 6، ص 488.

ذهب إلى ذلك¹: ابن فرحون² من المالكية، و الطرابلسي³ من الحنفية، و ابن تيمية⁴ و ابن القيم⁵ من الحنابلة.

فهذا الاختلاف الاصطلاحي لا دليل عليه من كتاب أو سنة، و من حيث العمل فإنّ الفقهاء يُطلقون البيّنة و يُريدون بها الحجّة مطلقاً في كثير من عباراتهم، إذ أنّهم في باب الدعوى و البيّنات يُعرّفون البيّنة بأنّها الشهادة، ثمّ يبحثون في هذا الباب وسائل كثيرة غير الشهود كاليمين، بل لا يتعرّضون للشهادة فيه مطلقاً لأنّهم يُفردون لها باباً خاصاً تحت عنوان "الشهادة".

و عليه فالتعميم في معنى البيّنة يجعلها تشمل جميع الطرق و الوسائل المتفق عليها و المختلف فيها، لأنّها بهذا المعنى تُرادف الحجّة و الدليل و الإثبات في معرفة الحقّ المدعى به، و تأكيد وجوده⁶.

أمّا القانون، فقد اتفق مع جمهور الفقهاء في تعريف البيّنة، و أطلقها على الشهادة كالقانون المدني الجزائري⁷ و القانون المدني المصري⁸، و لكنه يستعمل البيّنة في معناها العام أيضاً، فمثلاً القانون السوري⁹ صدر باسم "قانون البيّنات".

و خُروجاً عن هذا التضارب في الاصطلاح و الاستعمال، أشاطر الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي الرأي في

¹ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، خُزج أحاديثه و علّق عليه و كتب حواشيه /جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، 1422 هـ - 2001 م، ج 1، ص 172؛ الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ص 68؛ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، اعتنى به /عامر الجزار و أنور الباز، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1421 هـ - 2001 م، ج 18، ص 230؛ ابن القيم الجوزية: الطّرق الحكيمية في السياسة الشرعية، تحقيق / محمد جميل غازي، دار البيان العربي، القاهرة، (د.ط، د.ت)، ص 13.

² و هو القاضي إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين البعمرى، أصله مغربي، ولد و نشأ و مات في المدينة، تولى القضاء بها سنة 793 هـ، أصيب بشلل نصفي في شقه الأيسر ثمات بعلته عن نحو 70 سنة، عام 799 هـ، له العديد من المؤلفات نذكر منها: تسهيل المهتمات في شرح جامع الأعمام، ديباج الذهب في علماء المذهب، درة الفواص في محاضرة الخواص...إلخ. أنظر: الزركلي: الأعلام، ج 1، ص 52، حرف الألف: البغدادي: هدية العارفين، ج 1، ص 18، باب الألف.

³ هو علي بن محمد، الملقّب علاء الدين بن ناصر الدين الطرابلسي، أصله من دمشق و هو حنفي المذهب، كان علامة في القراءات و الفرائض و الحساب و الفقه و غيرها، توفي سنة 844 هـ، وله عدّة مؤلفات أشهرها: سكب الأنهر، المقدمة العلانية في التلاوة القرآنية، الأغايز العلانية...إلخ. أنظر: المحيي: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، المطبعة الوهيبية، د.ط، 1876 م، ج 3، ص 186؛ الزركلي: المرجع نفسه، ج 4، ص 245، حرف العين.

⁴ هو الإمام شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن أبي القاسم الحضرمي النخعي الحنبلي، ولد بجران (و هي مدينة تقع على الحدود السورية التركية و تتبع جمهورية تركيا حالياً) عام 661 هـ - 1263 م، كان كثير البحث في فنون الحكمة، داعية إصلاح في الدين، آية في التفسير و الأصول، فصيح اللسان، استدلل و برع في العلم و التفسير، و أفتى و درس و هو دون العشرين، مات معتقلاً بقلعة دمشق عام 728 هـ - 1328 م فخرجت دمشق كلّها في جنازته، أمّا تصانيفه فهناك من قال أنّها تزيد عن أربعة آلاف جزء، و هناك من قال أنّها تبلغ ثلاث مئة مجلد أذكر منها: الجوامع في السياسة الإلهية و الآيات النبوية، الرد على الأحنائي، رفع الملام عن الأئمة الأعلام، شرح العقيدة الأصفهانية، القواعد النورانية و المسائل...إلخ. أنظر: الزركلي: المرجع نفسه، ج 1، ص 144، حرف الألف.

⁵ هو الفقيه، المفتي، الإمام الرتاني شيخ الإسلام الثاني أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُرعي ثمّ التّمشقي الحنبلي الشهير بـ "ابن القيم الجوزية"، من علماء المسلمين في القرن الثامن هجري ولد سنة 691 هـ - 1292 م، يقال أنّه ولد في ازرع (و هي مدينة سورية تابعة لمحافظة درعا) جنوب سوريا و قيل في دمشق، عاش فيها و درس على يد ابن تيمية التّمشقي و لازمه قرابة 16 عاماً و تأثّر به، و هو الذي هذب كُتبه و نشر علمه و سُجِن معه في قلعة دمشق، توفي سنة 751 هـ - 1349 م، له العديد من المؤلفات أذكر منها: إغاثة اللهفان في حكم طلاق الغضبان، بدائع الفوائد، روضة المحبين و نزهة المشتاقين، زاد المعاد في هدي خير العباد، شفاء العليل في مسائل القضاء و القدر و الحكمة و التعليل، إعلام الموقعين...إلخ. أنظر: الزركلي: الأعلام، ج 6، ص 56، حرف الميم: الموقع الإلكتروني: ar.wikipedia.org

⁶ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 26.

⁷ عدّل عنوان الفصل الثاني من الباب السادس من الكتاب الثاني بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. 44، ص 25، إلى الإثبات بالشهود و هو الأدق، بعد ما كان محزّراً في ظلّ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي: الإثبات بالبيّنة.

⁸ جمهورية مصر العربية، السلطة التشريعية (قانون متضمن القانون المدني)، رقم 131 المؤرخ في 29 جويلية 1948.

⁹ الجمهورية العربية السورية، السلطة التشريعية (قانون متضمن قانون البيّنات)، رقم 359 المؤرخ في 10 جوان 1947.

تفضيله استعمال لفظ "إثبات"، وهذا ما جرى عليه الأمر في القانون المصري¹ وكذلك الجمهورية العربية المتحدة²، حيث صدرا تحت عنوان "قانون الإثبات"³.

ثالثاً: الإثبات و التوثيق:

1- التوثيق في اللغة: من وثق، و يأتي بمعنى الإتيان، و الأحكام، و التشديد، و التقوية، و الثبوت، و العهد، و العهد المحكم، يقال: وثق به يثق ثقةً، أي: ائتمنه، و وثق الشيء فهو وثيق: أي ثبت و قوي. و الوثيق: الشيء المحكم، و المؤتوث الوثيقة، و الجمع الوثائق. و الميثاق: العهد المحكم، و الجمع مَوَائِقُ و مِيَائِقُ و مِيَائِقُ، و الموائقة: المعاهدة ومنه قوله ﷺ: ﴿...وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ...﴾⁴، و أوثق ميثاقاً، و وثقه توثيقاً: أي أحكمه و شدّه و أثبته⁵، و التوثيق: التّسجِيلُ بالطريق الرّسْمِي، و المؤثّق: مَنْ يُوثِّقُ العُقُودَ وَ نَحْوَهَا بالطريق الرّسْمِي⁶.

2- التوثيق في الاصطلاح: فقد عرّف بعدة تعريفات نذكر أهمها:

فقد عرّفه الدكتور محمد الزحيلي على أنه: "علم يُبحث فيه عن كيفية إثبات العقود و التصرفات و غيرها على وجه يصح الاحتجاج و التمسك به"⁷، و عرّف أيضاً على أنه: "الأمر الذي يحصل به التقوي على الوصول للحق"، و عرّف كذلك على أنه: "مجموعة من العقود الشرعية المحكمة، لتأكيد الحق و استقراره في يد صاحبه، أو في ذمة الغير، أو إثباته عند النزاع أمام القضاء"⁸.

و عليه فينتبين أنّ جميع التعريفات السالفة الذكر أخذت نفس المجرى، و هو أنّ هدف التوثيق تقوية و تأكيد الحق لمنع طرفي العقد من الإنكار أو التجاحد أو النسيان أو الادعاء أو انقضاء الأجل.

فإن حصل النزاع و الخلاف، تُقدّم وسيلة التوثيق كوسيلة للإثبات أمام القضاء، و ذلك لأنّ فائدة التوثيق الأساسية هي إثبات الحق المتنازع عليه، إذ أنّ التوثيق ليس إلاّ إعداداً مقدماً للإثبات، و بذلك نرى أنّ التوثيق و الإثبات موضوعان لهدف واحد و غاية واحدة، و يكمل كلٌّ منهما الآخر، لأنّ الهدف منها معاً هو التوصل إلى إقامة الحجّة⁹.

¹ جمهورية مصر العربية، السلطة التشريعية (قانون متضمن قانون الإثبات)، رقم 25 لسنة 1968 المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 (الجريدة الرسمية، عدد 22، الصادرة في 1968/05/30).

² القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1992 و المتضمن قانون الإثبات في المعاملات المدنية و التجارية.

³ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 27.

⁴ سورة المائدة: الآية 07.

⁵ ابن منظور: لسان العرب، ج 53، ص 4764 مادة وثق؛ الرازي: مختار الصحاح، ص 295، مادة وثق؛ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج 6، ص 85، كتاب الواو؛ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 927، مادة وثق.

⁶ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ص 1012، مادة وثق.

⁷ محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص 27.

⁸ التعريف الثاني هو للأزهري صاحب كتاب الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين، و التعريف الثالث هو لعبد الله الحجيلي صاحب كتاب علم التوثيق الشرعي، أنظر، أحمد الدريويش: الزواج العرفي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، دط، 1426 هـ، ص 61.

⁹ محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص 27.

لكن لا يجب الخلط بين التوثيق أو الشككية التي تُعتبر ركناً شكلياً في بعض التصرفات، و بين الشككية كأداة إثبات، فإذا استلزمها القانون كانت شككية انعقاد، و إذا لم يستلزمها كانت شككية إثبات¹، فمثلاً الشككية المنصوص عليها في المادة 18 ق.أ هي شككية إثبات فقط²، لأنه لم يرتب عليها بطلان عقد الزواج في حالة تخلفها. و الفرق بينهما هو أنّ التوثيق يسبق الإثبات، و هذا الأخير يتم اللجوء إليه عند التنازع و الإنكار، بخلاف التوثيق الذي هدفه حفظ الحقوق و الاحتياط لها، إذ أنّ الإثبات يعتمد على التوثيق³، كما أنّ التوثيق يشمل جميع طرق الإثبات الممكن إعدادها مقدّماً، فكلّ توثيق إثبات و ليس العكس، فالتوثيق أعمّ من الإثبات⁴.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات

للإثبات أهمية عظيمة في التوصل إلى الحق و استرداده، ذلك أنّ عدم القدرة على إثبات مصدر الحق يؤدي إلى عدم إمكان الاعتراف به و تجريده من قيمته، و يُصبح في حكم العدم، حتّى و لو كان موجوداً في الحقيقة، لأنّ القاضي لا يستطيع أن يحكم بمجرد الادّعاء العاري عن الدليل.

لذلك يُعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يُعَوّل عليها القاضي في التحقق من الوقائع التي يعتمد عليها في صيانة حقوق الناس، فإن استطاع صاحب الحق إثباته فُضي له به و أصبح محمياً، و إن لم يستطع خسر دعواه و فقّد حقه، و لذلك قيل: أنّ الإثبات "يُحيي الحق و يجعله مفيداً"⁵.

المبحث الثاني: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد

تُعرّف طرق الإثبات فقهاً على أنّها: "هي الحجج الشرعية التي يقدّمها الخصوم أمام القضاء عند نظر الخصومة لإثبات دعوى المدعي، أو دفعها من قبل المدعى عليه⁶، أو إثبات واقعة معيّنة يتصل إثباتها بالفصل في الدعوى"⁷.

أمّا التعريف القانوني لطرق الإثبات فلا يختلف كثيراً عن التعريف الفقهي و هو كالآتي: "الوسائل التي حدّدت في القانون⁸، و التي يلجأ إليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدّعونها"⁹.

¹ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2011 م، ص 47؛ ملفح عواد الفضاة: البيّنات في المواد المدنية و التجارية _ دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ط1، 1430 هـ - 2009 م، ص 76.

² سليمان ولد خسال:الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 1432 هـ - 2010 م، ص 74.

³ محمد غياث ناصيف: عقود الزواج في الفقه الإسلامي ما بين التوثيق و الإثبات، مجلة ياسمين سوريا، العدد الحادي عشر، د.ت، ص 08 - 09.

⁴ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 31.

⁵ سليمان مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 2 - 3؛ آدم وهيب الندوي: دور الحاكم المدني في الإثبات - دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 2001 م، ص 22 - 23؛ رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية _ النظرية العامة للإثبات، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، 1993 م، ص 12 - 13؛ محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 2002 م، ص 9.

⁶ إسماعيل محمد عبد الحميد الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى و أثره في الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2011 م، ص 83.

⁷ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 13.

⁸ محمد جمال التين زكي: المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، د.ط، 1421 هـ - 2001 م، ص 25.

⁹ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، ص 91.

فما هي هذه الطرق؟ وهل هي محصورة في عدد معين أم لا؟، وما هي مذاهب كل من فقهاء الشريعة والقانون في هذه المسألة؟، وبأي مذهب من هذه المذاهب أخذ المشرع الجزائري؟

المطلب الأول: طرق الإثبات بين الإطلاق والتقييد فقهاً

للفقهاء في إطلاق طرق الإثبات و تقييدها، قولان مشهوران:

القول الأول: ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء¹، ومفاده أن طرق الإثبات محصورة في عدد معين لا يجوز للقاضي الخروج عنها، ولا أن يبني قضاءه على غيرها، وإلا كان قضاؤه غير صحيح ولا أساس له، وليس للخصوم أن يقدموا أدلة غيرها لإثبات ما يدعون، و يطلبون الحكم بها.

وأصحاب هذا القول متفقون مع بعضهم البعض على ثلاثة طرق، و يختلفون فيما بينهم في الباقي.

فأما ما اتفقوا عليه منها فهي: الشهادة والإقرار، واليمين.

وأما ما اختلفوا فيه بين موسع ومضيق فهي:

¹ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تحقيق و دراسة و تعليق /علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 2، ص 277؛ ابن جزير: القوانين الفقهية، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط. دت)، ص 253؛ ابن نجيم: الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1413 هـ - 1993 م، ص 247؛ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 605؛ نصر فريد واصل: نظرية الدعوى و الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 2002 م، ص 23؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 15.

النكول عن اليمين¹، الكتابة²، القسامة³، علم القاضي⁴، القرينة⁵، القيافة⁶، القرعة⁷.

واستدلوا على أنّ طرق الإثبات محصورة في عدد معين بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، تفيد في مجملها أنّ الشريعة حدّدت طرقاً معينة للإثبات، كالشهادة⁸، واليمين⁹، والإقرار¹⁰، والقرائن¹¹ وغيرها، وبالتالي لا يجوز الخروج عنها والحكم بغيرها¹².

القول الثاني: ذهب إلى ذلك ابن فرحون من المالكية¹³، والطرابلسي من الحنفية¹⁴، وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة¹⁵ وآخرون، ومفاده أنّ أدلة الإثبات غير محصورة في عدد معين، فهي تشمل كل وسيلة تبيّن وتُظهر

¹ النكول عن اليمين هو امتناع من وجهت إليه اليمين عن الحلف في مجلس القضاء. أنظر: أحمد فراج حسين: المصدر السابق، ص 440؛ نصر فريد واصل: نظرية الدعوى والإثبات، ص 134؛ أما المشرع الجزائري فلم يعرفه واكتفى بذكر آثاره في نص المادة 347 من القانون المدني بقوله: "كلّ من وُجّهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكلّ من زُدت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه".

² لم يعرّف الفقهاء الكتابة باعتبارها دليلاً في إثبات الحقوق، وإنما أطلقوا عليها ألقاباً مختلفة أخرى مثل: الصكّ، والحجة، والمحضر والسجل والوثيقة. أنظر تعريفات هذه الألفاظ، محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 416؛ أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الكتابة هي العقد الرسمي وعزفه في نص المادة 324 من القانون المدني بقوله: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

³ القسامة لغةً: من أقسم يقسم أي حلف، وقد تطلق على نفس الجماعة الذين يملفون الأيمان أو يشهدون، أما في الاصطلاح الشرعي: فهي الأيمان التي يقسم بها أولياء المقتول على استحقاق صاحبهم، أو المتهمون على نفي القتل. أنظر: ابن منظور: لسان العرب، ج 40، ص 3630 - 3631؛ محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص 528؛ أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، ص 645.

⁴ و صورة ذلك أن يعلم القاضي بحقيقة الحادثة بأن أطلع على واقعة من الوقائع بساع ألقاب المترجّح خارج مجلس القضاء يقرّر لرجل بمال، أو سمع أطراف التصرف وعملية التعاقد أو يُسمعه بطلاق امرأته أو يقتل انساناً أو نحو ذلك، ثم رفعت إليه الحادثة ليفصل بها، وقد اتفق الفقهاء على جواز الإثبات بعلم القاضي في حالات معينة فقط. أنظر، محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص 563 - 564؛ أحمد إبراهيم بك: المرجع نفسه، ص 67.

⁵ القرينة عند اصطلاح الفقهاء تأتي بمعنى الأمانة، وهي ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة إلى المطر فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر، أما قانوناً فتعرف على أنّها ما يستنبطه القاضي من واقعة قانونية، يُحدّدها للدلالة على أمر مجهول، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على القرائن وبيّن أحكامها في المواد: 337 - 338 - 339 من القانون المدني. أنظر، محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص 488 - 489؛ نصر فريد واصل: المرجع نفسه، ص 145؛ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص 170.

⁶ القيافة اصطلاحاً هي: إلحاق الوالد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم، والقائف هو الذي يعرف المنسب بفراسته - مهارته - ونظيره إلى أعضاء المولود، وبمعنى آخر هو الذي ينظر بفراسته في وجود الشبه بين شخصين أبنهما نسبة في البنوة أو الأخوة أم لا. أنظر، محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص 542؛ أحمد إبراهيم بك: المرجع نفسه، ص 715.

⁷ القرعة هي عمل يتعيّن به السهم والنصيب بطريق المصادفة والاتفاق، فتمتّ تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار، أنظر، أحمد إبراهيم بك: المرجع نفسه، ص 733.

⁸ فَمَثَلًا قَوْلُهُ ﷺ: ﴿... وَوَأَشْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾ سورة البقرة: الآية 282؛ وقوله ﷺ: "شاهدك أو يمينه".

⁹ قَوْلُهُ ﷺ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا...﴾ سورة آل عمران: الآية 77؛ وقوله ﷺ للحضري: "فلك يمينه".

¹⁰ قَوْلُهُ ﷺ: ﴿... شَهِدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ...﴾ سورة النساء: الآية 135؛ وأخذه ﷺ بإقرار كلّ من ماعز والغامدية بالزنا.

¹¹ قَوْلُهُ ﷺ: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ...﴾ سورة يوسف: الآية 18.

¹² ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 2، ص 101.

¹³ ابن فرحون: المرجع نفسه: ج 1، ص 172.

¹⁴ الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص 68.

¹⁵ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 18، ص 230؛ ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق/ عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط 3، 1417 هـ - 1997 م، ج 1، ص 88؛ وله: الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية، ص 13؛ وجاء فيه: "فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأيّ طريق كان فتمّ شرع الله، فأبى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست بمخالفة له".

الحق، فلا يتقيد الخصوم في إثبات الدعاوى و الدفع¹، و الحقوق عامة بدليل أو حجة، و لا يمنع القاضي عن قبول أي دليل أو حجة تقدم إليه ما دامت تؤيد الدعوى، و تثبت الحق المدعى به².

و استدلوا على أن أدلة الإثبات غير محصورة في عدد معين بأدلة كثيرة منها:

- قوله ﷺ: "البينة على المدعي"³، و لفظ البينة هنا جاء شاملاً لجميع طرق الإثبات، إذ هو اسم لكل ما يبين الحق، و لم يحدد له هذه الطرق بمقتضى هذا الدليل.

- كما أن النص على وسائل معينة لا يدل بالضرورة على نفي الأخرى، لأن البينة في لسان الشرع وردت مطلقة لكل ما يبين الحق و يظهره.⁴

و سبب هذا الخلاف في حصر وسائل الإثبات، راجع إلى اختلافهم في معنى البينة _ و قد تم توضيح هذا سابقاً⁵

الرأي الراجح:

هذه هي أقوال الفقهاء في إطلاق أدلة الإثبات و تقييدها، و بالنظر فيها يتبين لي أن أرحمها هو القول بعدم حصر الأدلة في عدد معين، لأن الغاية من القضاء هو تحقيق العدل بين الناس و إعطاء كل ذي حق حقه، و هذا لا يأتي إلا بإتاحة الفرصة أمام صاحب الحق بأن يثبته بأي طريق، ما دام ذلك ليس منهياً عنه شرعاً، و لأنه كذلك يتناسب مع ما يظهر في كل عصر من العصور من وسائل حديثة تخدم مجال الإثبات، سواء أكان ذلك في مجال الأحوال الشخصية، أم المدنية، أم الجنائية⁶.

¹ عرفت المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن الدفع هو: "وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم".

² محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 605؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 16.

³ أخرجه البخاري بشرحه فتح الباري، كتاب التفسير، باب إن الذين يشتركون بعهد الله و آيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم، حديث رقم 4552، تحقيق / محمد عبد الباقي، دار الريان للتراث، القاهرة، ج 8، ص 61؛ أخرجه مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، دار الريان، القاهرة، مج 4، ج 12، ص 2، ط 1، 1407هـ-1987م.

⁴ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 172؛ الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص 68؛ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 18، ص 230؛ ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق / عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط 3، 1417هـ-1997م، ج 1، ص 88؛ أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية، ص 38؛ إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 87.

⁵ أنظر الصفحة 10 من هذه المذكرة.

⁶ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 611 - 612؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 18؛ إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 88.

موقف المُشرِّع الجزائري من أقوال الفقهاء:

يبدو أنّ المُشرِّع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء في تحديد طرق الإثبات، و حصره لها في القانون المدني على أنّها: الكتابة (من المادة 323 إلى المادة 332)، الشهادة (من المادة 333 إلى المادة 336)، القرائن (من المادة 337 إلى المادة 340)، الإقرار (من المادة 341 إلى المادة 342)، اليمين (من المادة 343 إلى المادة 350).

و في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصّ على: التحقيق (من المادة 75 إلى المادة 107)، الخبرة (من المادة 125 إلى المادة 145)، المعاينة (من المادة 146 إلى المادة 149).

و تُعتبر هذه الطّرق منصوص عليها على سبيل الحصر، و لا يجوز الإثبات بغيرها.

المطلب الثاني: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد قانوناً

لطالما اهتمت القوانين الوضعية بتنظيم الإثبات، و ذلك لكونه وسيلة يتمّ الكشف بها عن "حقيقة قانونية" يتوقّف عليها تقرير أو ترتيب أثر قانوني في شأن حقّ متنازع فيه، و ما يثبت عن طريق القضاء عند الفصل في الخصومات يسمى "حقيقة قضائية"، هذه الحقيقة القضائية قد لا تتطابق بالضرورة مع الحقيقة الواقعية و تكون مخالفةً لها، و السبب في ذلك أنّ المُشرِّع عند تنظيمه للإثبات يتأثر باعتبارين و يعمل على الموازنة بينهما¹:

أ- الاعتبار الأوّل: هو السعي لتحقيق العدالة حتى تكون الحقيقة القضائية أقرب ما يمكن من الحقيقة الواقعية.

ب - الاعتبار الثاني: هو استقرار التعامل الذي يدفع المُشرِّع إلى تحديد الأدلة تحديداً دقيقاً يأمن به من تحكّم القاضي و استبداده.²

و للموازنة بين الاعتبارين اللذين تقدم ذكرهما _ اعتبار العدالة و اعتبار استقرار التعامل _ ظهرت ثلاثة مذاهب في الإثبات:

1- مذهب يميل إلى اعتبار العدالة و لو بالتضحية باستقرار التعامل، و هذا هو المذهب الحرّ أو المطلق أو الأدي.³

2- مذهب يتمسك باستقرار التعامل و لو على حساب العدالة، فيقتد القانون طرق الإثبات أشدّ التقييد حتى يستقرّ التعامل، و هذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيّد.

¹ محمد حسين منصور: قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002 م، ص 8؛ رمضان أبو السعود: أصول الإثبات، ص 9.

² عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ط1، 2005 م، ص 23.

³ الأستاذ أحمد نشأت بك هو الوحيد الذي أطلق على هذا النوع من المذاهب اسم المذهب الأدي. أنظر، أحمد نشأت بك: رسالة التعهدات، ج 1، ص 15.

3- مذهب ثالث يوازن و يوفق ما بين الاعتبارين، فيعتدّ بكليهما و لا يضحّي بأحدهما لحساب الآخر، وهذا هو المذهب المختلط أو التوفيقى أو المعتدل¹.

و سوف أتطرق لهذه المذاهب، ثمّ أبين موقف المشرع الجزائري منها، و ذلك كالآتي:

الفرع الأول: مذهب الإثبات الحرّ أو المطلق:

يميل هذا المذهب إلى إطلاق الحرية للقاضي في الوصول إلى الحقيقة القضائية بأيّة طريقة يراها مؤدية إلى إقناعه، دون التقيّد بطريقة معيّنة كالكتابة أو غيرها، و بالتالي يستطيع القاضي وفقاً لهذا المذهب الوصول إلى الحقّ بأيّة وسيلة تساعد على تكوين اعتقاده و استكمال ما نُقص منه، إذ له السلطة المطلقة في تحزي الوقائع التي تُعرض عليه، فيُسمح له إذا ما رُفِع إليه نزاع أن يتولّى بنفسه تحقيقه، و أن يتحرّى بكافة الوسائل².

و لهذا فإنّ للقاضي في هذا المذهب دور إيجابي في تسيير الدّعى، و له أيضاً أن يقضي بعلمه الشخصي، و يبرّر هذا رغبته في إظهار الحقّ مما يجعله يسمح بإطلاق أدلّته بغير قيد على حرية القاضي³.

يُضاف إلى ذلك أيضاً حرية الخصوم في تقديم ما يرونه من أدلّة تساعد على إقناع القاضي و الوصول إلى الحقيقة القضائية، التي يكون القاضي بصددها حرّاً في تقييمها، بل للقاضي أن يلجأ إلى أيّ شخص آخر غير الخصوم لاستكشاف الحقيقة⁴.

أولاً- مميزات هذا المذهب :

يعمل هذا المذهب كثيراً على التقريب بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة⁵، ممّا يحقّق العدل بين المتخاصمين، حيث لم يقف هذا المذهب القاضي بطريقة معيّنة من طرق الإثبات، الأمر الذي يجعل من هذا النظام نظاماً مثاليّاً للإثبات⁶.

ثانياً- عيوب هذا المذهب:

يُعبأ على هذا المذهب أنّ العدالة المرجوة من ورائه هي عدالة ظاهرية أكثر منها عدالة حقيقية، لأنّ إطلاق حرية القاضي في وسائل الإثبات قد يؤدي به إلى التعسف و الاستبداد، فإذا اضطهد و تحكّم في تعيين طرق

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ص 27.

² محمود عبد الرحيم الديب: أسس الإثبات المدني طبقاً للقانون المصري و القطري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2004 م، ص 14؛ آدم وهيب الندوي: دور الحاكم المدني في الإثبات، ص 64.

³ أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 1998 م، ص 17.

⁴ مفلح عواد القضاة: البيّنات في المواد المدنية و التجارية، ص 31-32؛ توفيق حسين فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 2004 م، ص 17؛ عبد المنعم فرج الصّدة: الإثبات في المواد المدنية، ص 7.

⁵ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ص 28.

⁶ رمضان أبو السعود: أصول الإثبات، ص 22؛ محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 11.

الإثبات و تحديد قيمتها، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في مذهب الإثبات القانوني أو المقيّد كما سأوضحه لاحقاً فالقاضي بشر غير معصوم من الخطأ¹.

يُضاف إلى ذلك أنّ هذا المذهب من شأنه أن يزعزع الثقة في التعامل، لأنّ تقدير الأدلة المطروحة على القاضي سوف يختلف من قاضي إلى آخر، و هذا الاختلاف في التقدير قد يُعرّض المتخاصمين للمفاجآت، إذ لا يكونون على بينة من الأدلة التي من شأنها إقناع القاضي، و هذا الأخير يمكن أن يحكم بما يهوى دون رقابة عليه من القانون².

و تأخذ بهذا المذهب القوانين ذات النزعة الجرمانية كلقانون الألماني و السويسري، و الأنجلوساكسونية كلقانون الإنجليزي و الأمريكي، كما يأخذ بهذا النظام بعض فقهاء الشريعة الإسلامية³.
غير أن كافة الشرائع تأخذ بهذا المذهب من حيث الأصل في المواد الجنائية، التي تعتمد أساساً على مبدأ اقتناع القاضي، و الذي هو بحسب طبيعته لا يقبل تحديد وسائل معيئة للإثبات⁴.

الفرع الثاني: مذهب الإثبات المقيّد أو القانوني:

هو المذهب الذي يُحدّد مسبقاً تحديداً دقيقاً طرق الإثبات الجائز قبولها أمام القضاء، و يحدّد لكلّ طريق قيمته، و هي بطبيعتها تختلف قوةً و ضعفاً، كما تختلف باختلاف الوقائع المراد إثباتها، و لهذا لا يجوز للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل⁵، و لا يملك القاضي أن يجعل لأيّ منها قيمة أكثر أو أقلّ مما حدّده القانون لها، و ليس له أن يستجمع الأدلة أو يكمل ما نُقص منها، و لا أن يقضيّ بعلمه الشخصي في شأن وقائع الدعوى المعروضة أيّاً كانت طبيعتها (مدنية أو تجارية أو جنائية)، و هو مقيّد في حكمه بما قدّمه له الخصوم من أدلة وفق الضوابط المنصوص عليها في القانون⁶.

كما يُمنع على القاضي وفقاً لهذا المذهب أن يقوم بدور إيجابي في تحصيل الأدلة، إذ أنّ موقفه سلبيّ في هذا المذهب⁷، بحيث يجعل دوره كالألة يقتصر فقط على الحكم بما يرتبه القانون، و في الحدود التي رسمها على الأدلة القانونية التي يقدّمها الخصوم، و لا يترك له أيّة سلطة تقديرية⁸.

¹ سليمان مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 6.

² رمضان أبو السعود: المرجع السابق، ص 22؛ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 11؛ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 9. سليمان مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 7.

³ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 28؛ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ص 24. رمضان أبو السعود: المرجع نفسه، ص 22.

⁴ محمود عبد الرحيم الديب: أسس الإثبات المدني، ص 15.

⁵ سليمان مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 7.

⁶ مفلح عواد القضاة: البينات في المواد المدنية و التجارية، ص 33؛ سليمان مرقس: المرجع نفسه، ص 7-8-9-10؛ آدم وهيب النداوي: دور الحاكم المدني في الإثبات، ص 96. عبد المنعم فرج الصّدة: الإثبات في المواد المدنية، ص 8.

⁷ أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، ص 17.

⁸ سعيد سعد عبد السلام: أحكام الالتزام و الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2000 م، ص 292.

أولاً- مميزات هذا المذهب:

يحقّق هذا المذهب الاستقرار في التعامل إلى حدّ بعيد، بحيث يعلم المتخاصمون مسبقاً الأدلة التي يمكن عن طريقها إقناع القاضي، و ليس لهذا الأخير أن يُجلبهم إلى أدلة أخرى لم ينصّ عليها القانون، كما يبعث الثقة و الاطمئنان في نفوس المتخاصمين، و من ناحية أخرى فإنّ هذا المذهب يحدّ من استبداد و اضطهاد القاضي، و يمنعه من التعسف الذي قد يعيب حكمه، و في هذا ضمان لحسن سير العدالة¹.

ثانياً- عيوب هذا المذهب:

يؤخذ على هذا المذهب أنّه قد يباعد كثيراً بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية²، إذ تصبح وظيفة القاضي آلية، لا يُترك له حرية في تقدير الأدلة المقدّمة، و إنّما هو مقيد بما رسمه له القانون، مع الأخذ في الاعتبار أنّه مُلزم بذلك و لو علم بمخالفة الواقع للحقيقة القضائية، ما دامت الأدلة لا تساعده لإثبات هذه المخالفة، و في هذا انتهاك لمبادئ العدالة³.

و يُلاحظ البعض أنّ مذهب الإثبات المقيد إنّما هي نوع من الشكلية في القانون، و بالتالي لا ينسجم مع مبدأ الرضائية في الالتزامات بخلاف مذهب الإثبات الحر⁴.

الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط أو التوفيقى أو المعتدل:

يُحاول هذا المذهب التوفيق و الموازنة بين المذهبين السابقين، فهو مذهب وسط بينهما، يجمع ما بينهما من مزايا، و يجتنب ما فيها من عيوب⁵، ففيه يفرض القانون بعض القيود على القاضي في بعض المسائل، بينما يترك له الحرية في إثبات البعض الآخر منها، و على سبيل المثال نجد أنّ المسائل الجنائية خاضعة بحسب الأصل لمبدأ حرية القاضي في إثبات الواقعة الجنائية بكافة الطرق، و حرية الإثبات أيضاً هي الأصل في المسائل التجارية، لما تقتضيه من سرعة في التعامل، بخلاف المسائل المدنية حيث يتقيد فيها بالإثبات⁶.

و لهذا فإنّ هذا المذهب هو خير المذاهب جميعاً، فهو يجمع بين استقرار التعامل و ثباته بما يفرضه من قيود، و بين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة الموضوعية بما يعطي للقاضي حرية في التقدير⁷.

¹ محمود عبد الرحيم الديب: أسس الإثبات المدني، ص 17.

² عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ص 29.

³ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ص 25.

⁴ محمود عبد الرحيم الديب: المرجع السابق، ص 18.

⁵ مفلح عواد القضاة: البينات في المواد المدنية و التجارية، ص 33؛ محمد حسين منصور: قانون الإثبات، ص 9.

⁶ رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 23.

⁷ سلمان مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 13؛ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 29.

و يأخذ بهذا المذهب القوانين اللاتينية، كالقانون الفرنسي و الإيطالي و البلجيكي، و كذا سائر قوانين الدول العربية، مع تفاوت نصيب الإطلاق و التقييد في المواد المختلفة، حيث يبلغ أقصاه في المسائل الجنائية و تليه في ذلك المواد التجارية، بينما أقربها للتقييد يكون في المدنية¹.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من هذه المذاهب:

اقتضى المشرع الجزائري أثر الشرائع اللاتينية و سائر القوانين العربية، فأخذ بالمذهب المختلط² في الإثبات، فعمد إلى تحديد طرق الإثبات، و بالمقابل جعل للقاضي دورًا إيجابيًا في تقديم الأدلة و في التحرك الذاتي الموصل إلى الحكم العادل، و أقام كل ذلك على ما ينبغي أن يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له³.

و يظهر موقف المشرع الجزائري في أخذه للمذهب المختلط فيما يلي:

فمثلاً في المسائل الجنائية، أخذ بالمذهب المطلق أو الحرّ كأصل عام، و أعطى للقاضي حرية واسعة في تقدير الأدلة و الوقائع، فنص في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية⁴ على ما يلي: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، و للقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الخاص"، إذن يكون القاضي حرًا في تكوين اقتناعه من أي دليل يُقدّم إليه.

و يكون في المسائل التجارية كقاعدة عامة حرًا، و ذلك لما تقتضيه هذه المسائل من سرعة في التعامل، و ما تنطوي عليه من ثقة و ائتمان، و يظهر هذا في نص المادة 30 فقرة 06 من القانون التجاري⁵ و التي تنص على أنه: "...أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"، إلا أنّ هناك بعض الحالات التي يقيد فيها المشرع الإثبات في هذه المسائل بقيود معينة.

و يكون الإثبات في المواد المدنية مقيدًا بطرق محدّدة لا يتم إلا من خلالها، فيحدّد طرق الإثبات و يعيّن قيمة البعض منها، و يترك البعض الآخر للقاضي، فتفترض الكتابة مثلاً لإثبات التصرفات التي تجاوزت قيمتها حدًا معينًا⁶.

¹ محمود عبد الرحيم الديب: أسس الإثبات المدني، ص 19؛ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 11؛ عبد المنعم فرح الصّدّة: الإثبات في المواد المدنية، ص 9.

² يوسف دلاندة: الوجيز في شهادة الشهود، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2005، ص 4؛ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 11.

³ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ص 28.

⁴ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السلطة التشريعية (أمر متضمن قانون الإجراءات الجزائية)، رقم 66 - 155 المؤرخ في 08 جوان 1966 (الجريدة الرسمية، عدد 48، الصادرة في 10/ 06/ 1966 م) ص 622 و ما بعدها، المعدل و المتمم بالأمر رقم 15 - 02 المؤرخ في 28 جويلية 2015 م (الجريدة الرسمية، عدد 40، الصادرة في 23 جويلية 2015 م)، ص 28 و ما بعدها.

⁵ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السلطة التشريعية (أمر متضمن القانون التجاري)، رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (الجريدة الرسمية، عدد، الصادرة في) ص 8 و ما بعدها، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 م (الجريدة الرسمية، عدد 11، الصادرة في 09 فيفري 2005 م)، ص 8 و ما بعدها.

⁶ تنص المادة 333 فقرة 01 من القانون المدني على أنه: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك".

أو لإثبات بعض العقود¹، و أجاز القانون للمحكمة أن تسمع الشهادة التي يقدمها الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي²، إذا وُجد مبدأ ثبوت بالكتابة³، و يعتبر المحرر الرسمي دليلاً قاطعاً⁴، و يجعل لليمين الحاسمة و القرائن القانونية⁵ و الإقرار⁶ قوة حاسمة في النزاع.

و على الجانب الآخر، منح المشرع الجزائري دوراً إيجابياً للقاضي، و يتجلى ذلك في حرية التقدير بالنسبة لبعض الأدلة التي لا يحدّد لها القانون حجّية معيّنة كالشهادة، إذ للمحكمة من تلقاء نفسها أن تستدعي من ترى لزوماً لسامع شهادته في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة⁷، و له أن يأخذ بها أو يتركها، و له عند الاختلاف بين الشهود أن يأخذ بشهادة القلة دون الكثرة متى اطمان إليها، و له كذلك حرية تقدير اليمين المتممة و الخبرة، كما يُترك لتقديره استنباط القرائن القضائية.

الفرع الخامس: مقارنة بين مذاهب الفقه القانوني و مذاهب الفقه الإسلامي: يظهر من استعراض مذاهب القانون في الإثبات، و آراء الفقهاء في عدد طرق الإثبات، التّشابه بين المذهب المطلق أو الحرّ في القانون مع رأي ابن تيمية و ابن القيم و ابن فرحون في ذلك، و هو رأي الفقه القانوني اليوم في المجال الجنائي⁸. كما يظهر التّشابه بين المذهب المقيّد أو القانوني من جهة، و رأي جمهور الفقهاء في تقييد طرق الإثبات، فالمذهب المقيّد أو القانوني هو المذهب الغالب في الفقه الإسلامي، فمثلاً يجب في الإثبات بالشهادة شهادة شاهدين، و لا يكفي بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية، كما أنّه إذا توافر نصاب الشهادة وجب على القاضي أن يأخذ بها دون أن يكون له أيّ حرية في التقدير، و يتفاوت أيضاً نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى⁹.

¹ تنص المادة 324 مكرر 01 في فقرتها 01 و 02 على مايلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمّن.....في شكل رسمي"

² تنص المادة 335 فقرة 01 من القانون المدني على أنّه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة".

³ مبدأ ثبوت بالكتابة: هو كل كتابة تصدر من الخصم، و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف قريب الاحتمال. أنظر محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 143.

⁴ تنص المادة 324 مكرر 05 على أنّه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجّة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

⁵ تنص المادة 337 من القانون المدني على أنّه: "القربنة القانونية تُعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات..".

⁶ تنص المادة 342 من القانون المدني أن: "الإقرار حجّة قاطعة على المقرّ".

⁷ تنص المادة 150 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنّه: "يجوز الأمر بسامع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، و يكون التحقيق فيها جائزاً و مفيداً للقضية".

⁸ محمد مصطفى الرحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 219؛ الديب محمود عبد الرحيم: أسس الإثبات المدني، ص 15؛ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 28؛ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ص 24؛ رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 22.

⁹ عبد الرزاق السنهوري: المرجع نفسه، هامش ص 29، رمضان أبو السعود: المرجع نفسه، هامش ص 23.

المبحث الثالث: طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة

إذا ما تمّ توثيق الوقائع المادية التي قد تحدث في حياة الإنسان و أهمتها واقعتي الزواج و الطلاق، فإنّ في حالة النزاع بين الزوجين، تكون طريقة إثباتها سهلة و بسيطة تتمثل في الكتابة، أما إذا لم يتمّ توثيقها، فإنّ أيّ نزاع ينشأ بينهما، يكون الإقرار، و الشهادة، و اليمين، الوسائل الغالبة في الاستعمال، و ذلك لأنّ المدعى عليه إمّا أن يُقرّ دعوى المدعى فيعمل بإقراره، أو يُنكر الدعوى و في هذه الحالة، إمّا أن يكون مع المدعى بيّنة و هم الشهود في المقام الأول، أو لا يكون معه بيّنة فتكون اليمين على المدعى عليه في المقام الثاني¹.

ولهذا فسوف أتعرض بالتفصيل لأهمّ طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة _ و هي الأدلة المتفق عليها فقهاً _ أما الكتابة فباعتبارها دليلاً مختلفاً فيه، فسأكتفي بدراستها من الناحية القانونية فقط في موضوع إثبات الزواج قانوناً.

و عليه فسأتناول بالدراسة كلّ من الإقرار، و الشهادة، و اليمين على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإقرار

و سأتكلم في: تعريفه، و مشروعيته، و أركانه، و شروط صحّته، و ذلك كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الإقرار

أولاً- الإقرار في اللغة: هو الاعتراف بالحقّ و إثباته، وَ هُوَ ضِدُّ النُّكْرَانِ، يُقَالُ أَقْرَ بِالْحَقِّ أَيُّ: اعْتَرَفَ بِهِ وَ اثْبَتَهُ².

ثانياً- الإقرار في الاصطلاح: فللفقهاء فيه تعريفات متعدّدة و ذلك تبعاً لاختلافهم في الأحكام المتعلقة به عندهم³.

- فعند فقهاء المالكية هو: "خبر يوجب صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه"⁴.

- و عند الحنفية هو: "الإخبار عن ثبوت حقّ للغير على نفسه"⁵.

¹ إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، هامش ص 88.

² ابن منظور: لسان العرب، ج 40، ص 3582، مادة قرر؛ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 461، مادة قرر؛ الرازي: مختار الصحاح؛ ص 221؛ ابن بطال: التّظّم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، دراسة و تحقيق و تعليق/مصطفى عبد الحفيظ سالم، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ط، 1408 هـ - 1988 م، ج 2، ص 383.

³ محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 233.

⁴ الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه و خرج أحاديثه/زكريا عميرات، دار عالم الكتب، بيروت، د.ط، 1423 هـ - 2003 م، ج 7، ص 215؛ الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل: صحّحه/محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 2، ص 198؛ الناودي: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم مطبوع مع البهجة في شرح النخبة للسنولي، ضبطه و صحّحه/محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1998 م، ج 2، ص 524.

⁵ الحصكفي: التّر المنتقى شرح المنتقى - بهامش مجمع الأنهر لنامادافندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج 2، ص 288؛ ابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه/زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 7، ص 423.

- و عند الشافعية هو: "إخبار عن حق ثابت - أو سابق - على المخبر".¹

- و عند الحنابلة هو: "الاعتراف، و هو إظهار الحق لفظاً، أو كتابة، أو إشارة".²

و عليه، فبالنظر إلى هذه التعريفات المتعددة، أجد أنها و إن اختلفت في عباراتها إلا أنها تلتقي في مضمونها، على أن الإقرار هو ما أوجب حقاً على المقر لغيره، و بهذا تكون ميّزت بينه و بين غيره من التصرفات الأخرى التي تحدث أمام القضاء كالدعوى و الشهادة، لأن الفرق بين الثلاثة أنه إذا كان الحق للمخبر فهو دعوى، و إن كان عليه فهو إقرار، و إن كان لغيره فهو شهادة.³

ثالثاً- الإقرار في القانون: فقد عرّف المادة 341 من القانون المدني الجزائري الإقرار بما لا يخرج عن التعريف السابق على أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدّعى بها عليه، و ذلك أثناء السير في الدعوى".

و الملاحظ أنّ هذا التعريف اقتصر على الإقرار القضائي فقط الذي يصدر من أحد الخصمين أثناء السير في الدعوى، أما ما يصدر من الخصم أثناء مراعاة سابقة و لو أمام نفس الجهة القضائية، فإنه يعتبر من قبيل الإقرار الغير قضائي.⁴

أما التعريف الشامل للإقرار، فقد عرّفه شراح القانون بتعريفات مختلفة نذكر منها:

- فقد عرّفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه: "اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد".⁵
- و عرّفه الدكتور سليمان مرقس بأنه: "اعتراف شخص مدّعى عليه به لآخر قصد اعتبار هذا الأمر ثابتاً في ذمته، و إعفاء الآخر من إثباته".⁶
- و عرّفه الدكتور عبد المنعم فرج الصّدة بأنه: "اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تُنتج آثاراً قانونية، مع قصده أن تُعتبر هذه الواقعة صحيحة في حقه".⁷

¹ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق / عادل عبد الموجود و علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج 4، ص 3؛ الشريفي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، ص 308؛ الرملي: نهاية المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط الأخيرة، د.ت، ج 5، ص 64.

² البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، ص 573؛ و له: الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق / عماد عامر، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1415 هـ - 1994 م، ص 595؛ ابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، خرّج أحاديثه / فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1422 هـ - 2001 م، ج 2، ص 377؛ ابن مفلح: المبدع شرح المنع، تحقيق / محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 8، ص 361.

³ إسماعيل الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 90؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 277 - 278.

⁴ ملف رقم 144603 بتاريخ 1996/11/13، المجلة القضائية، العدد 2، ص 49 و ما بعدها.

⁵ السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 471.

⁶ مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 587.

⁷ عبد المنعم فرج الصّدة: الإثبات في المواد المدّية، ص 378.

- وعزفه الدكتور أحمد نشأت بأنه: "اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدّعيه".¹

مقارنة بين التعريف القانوني للإقرار و التعريف الفقهي له²:

- يتفق كل من القانون و الفقه الإسلامي على حقيقة الإقرار، إذ كلاهما إخبار، كما يتفقان على تقييد صدور الإقرار من قبل المقر فقط، و تفريقه عن الدعوى و الشهادة.

- انصبّ تعريف المشرع الجزائري للإقرار على الاعتراف من الخصم بالواقعة القانونية³، أمّا في الفقه الإسلامي ينصبّ على حق و واقعة، و قد سبق أن وضحنا أنّ هناك اختلاف في محلّ الإثبات بين القانون و الفقه الإسلامي⁴.

- و يلاحظ أيضاً أنّ فقهاء الحنابلة و بعض القانونيين عرفوا الإقرار بأنه اعتراف، و ذا بحسب معناه اللغوي، و قد جرى العرف على استعمال لفظ الإقرار في الأمور المدنية، و لفظ الاعتراف⁵ في الأمور الجنائية.

الفرع الثاني: مشروعية الإقرار و الحكمة منه

أولاً- مشروعية الإقرار: الإقرار حجة مشروعية، و هو من أقوى الأحكام و أشدها، إذ يُعتبر سيّد الأدلة قديماً و حديثاً، و به ينتهي و يُقطع النزاع أمام القاضي، و لذلك فقد أجازته الفقه الإسلامي، و جعله وسيلة من وسائل الإثبات⁶، و يظهر ذلك في الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول⁷:

1- الكتاب: فقد وردت آيات كثيرة تدلّ على الإقرار صراحة أو ضمناً نذكر منها:

- قوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ... ﴾⁸.

فقد دلّت الآية الكريمة على حجّية الإقرار، لأنّ شهادة الإنسان على نفسه، إقراره بالحق و إلزام نفسه به⁹.

¹ أحمد نشأت: رسالة التعمدات، ج 1، ص 465.

² الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 240.

³ بن ملحمة، الغوثي: قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، 2001، ص 74.

⁴ أنظر الصفحة 09 من هذه المذكرة.

⁵ أنظر المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية و التي اصطُلحت على لفظ الاعتراف.

⁶ الزحيلي: المرجع السابق، ص 241؛ أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، ص 462؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 278.

⁷ الزحيلي: المصدر نفسه، ص 241.

⁸ سورة النساء: الآية 135.

⁹ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق/عبد الله التركي و محمد رضوان عرقسومي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1427 هـ - 2006م، ج 7، ص 173؛ الشوكاني: فتح القدير، دار النوادر، الكويت، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف و الدعوة و الإرشاد، 1431 هـ - 2010 م، ج 1، ص 523؛ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، وضع حواشيه و علّق عليه /محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419 هـ - 1998 م، ج 2، ص 383.

- و قوله ﷺ: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَضْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾¹.

- إن الله تعالى أقام الحجّة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق، فكان حجّة ملزمة في إثبات الحق، و التزام صاحبه به².

- و قوله ﷺ: ﴿...وَلِيُنْفِلَ إِلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيُتَّقِيَ اللَّهُ رَبَّهُ وَلَا يَتَخَسَّ مِنْهُ شَيْئًا...﴾³.

- إن الله تعالى أمر المدين أن يملي على الكاتب الحق الذي عليه للدائن، و الإملاء من المدين هو إقرار و اعتراف بالدين، و التزام به و إظهار له، فلو لم يكن الإقرار حجّة عليه يؤاخذ به لما كان فيه فائدة و لما أمر الله به فهو حجّة عليه، و لذلك نهى الله تعالى عن كتمان الحق و النقص فيه⁴.

2- السنّة النبوية: و فيها أحاديث كثيرة تدلّ على مشروعية الإقرار نذكر منها:

أ - جاء ماعز بن مالك⁵ إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال: "ويحك، إرجع فاستغفر الله و تبت إليه"، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال رسول الله ﷺ: "ويحك، إرجع فاستغفر الله و تبت إليه"، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء، فقال: يا رسول الله، طهرني، فقال النبي ﷺ مثل ذلك، حتى إذا كانت الرابعة قال النبي ﷺ: "فيم أطهرك؟"، فقال: من الزنى، فسأل رسول الله ﷺ: "أبى جئون؟"، فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: "أشرب حمراً؟"، فقال رجل فاستنكها⁶ فلم يجد فيه ريح حمراً، فقال رسول الله ﷺ: أزييت؟ قال: نعم، فأمر به فرجم⁷.

ب - جاءت امرأة من غامد من الأزدي إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله طهرني، فقال: ويحك ارجعي فاستغفري الله و ثوبي إليه. فقالت: أراك تُريد أن تُرددي كما رددت ماعز بن مالك، قال: و ما ذاك؟ قالت: إنّها حبلى⁸ من الزنى. فقال: أنت؟ قالت: نعم، فقال لها: حتى تصعي ما في بطنك، قال: فكملها رجل من الأنصار حتى

¹ سورة البقرة: الآية 84.

² القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 2، ص 236.

³ سورة البقرة: الآية 282.

⁴ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 4، ص 434؛ الزمخشري: تفسير الكشاف، اعتنى به و خرج أحاديثه و علق عليه /خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 3، 1430 هـ - 2009 م، ج 3، ص 156؛ الطبري: تفسير الطبري، تحقيق /بشار عواد معروف و عصام فارس الحرساني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1415 هـ - 1994 م، ج 2، ص 184؛ الماوردي: النكت و العيون تفسير الماوردي، راجعه و علق عليه /بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية و مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، (د.ط، دت)، ج 1، ص 355.

⁵ هو عريب بن مالك و ماعز لقب له، و هو من قبيلة أسلم؛ أنظر الموقع الإلكتروني: www.islamstory.com

⁶ أي شتم رائحة فيه.

⁷ حديث ماعز متفق عليه، رواه البخاري في صحيحه بشرحه فتح الباري، كتاب الحدود، باب هل يقول الامام للمقر لعلك لمست أو غمزت، حديث رقم 6824، ج 12، ص 138، و مسلم في صحيحه بشرح القاضي عياض، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث رقم 1692، تحقيق /يحيى إسحاق، دار الوفاء، المنصورة، ط2، 1425-2004م، ج5، ص 519.

⁸ أي حامل

وَصَعَت، قال: فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فقال: قَدْ وَصَعَتِ الْغَامِدِيَّةُ، فقال: إِذَا لَا تَرْجُمَهَا وَ نَدَعْ وَلَدَهَا صَغِيرًا لَيْسَ لَهُ مَن يُرْضِعُهُ، فَتَمَّ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ فقال: إِلَيَّ رِضَاعُهُ، يَا نَبِيَّ اللَّهِ، قَالَ: فَرَجَمَهَا¹.

ج - أتى رجل رسول الله ﷺ فقال: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْشِدْكَ اللَّهُ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ: قُلْ قَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا² عَلَى هَذَا فَرَفَى بِأَمْرَاتِهِ، وَإِنِّي أُحِبُّتُ أَنْ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ، فَأَفْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَ وَليدَةٍ: فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي إِنَّمَا عَلَى ابْنِي جَلْدٌ مِائَةٌ وَ تَغْرِيبٌ عَامٍ، وَ أَنَّ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا الرَّجْمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "وَ الَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لِأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ، الْوَلِيدَةَ وَ الْغَمَّ رَدًّا وَ عَلَى ابْنِكَ جَلْدٌ مِائَةٌ، وَ تَغْرِيبٌ عَامٍ وَ اَعْدُ يَا أُنَيْسَ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا، قال: فَعَدَا عَلِيًّا فَأَعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَرَجَمَهَا³.

و عليه فالنبي ﷺ قبل من ماعز و من الغامدية إقرارها بالزنا على نفسها، و عاملها بموجبه و أقام عليها الحد بناءً عليه، و كذلك الأمر في قصة العيسف، فلو لم يكن الإقرار حجة لما أقامه ﷺ عليهم، خاصة و أنّ الحدود تسقط بالشبهات⁴.

3 - الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية منذ زمن الرسول ﷺ إلى يومنا هذا على مشروعية الإقرار و حجّيته، و اعتماده وسيلة قوية من وسائل إثبات الحقوق على المقرّ أمام القضاء، دون مخالفة أو إنكار من أحد في ذلك⁵.

4 - المعقول:

إنّ أقوى وسائل الإثبات أمام القضاء الإقرار، لأنه ليس من عاقل تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في الشخص المقرّ على نفسه لقبول إقراره، و يشهد على نفسه بالضرر، إلا إذا كان صادقاً، و عليه فهو أقوى الحجج⁶.

ثانياً- الحكمة من مشروعية الإقرار:

شُرِعَ الإقرار للتوصل إلى إثبات الحقوق و إيصالها إلى أصحابها من أيسر الطرق و أقربها، لأنّ كلّ من القانون و الفقه الإسلامي يحرص على حفظ الأموال و صيانتها⁷.

¹ حديث الغامدية - حديث صحيح، رواه مسلم في صحيحه بشرح القاضي عياض، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، حديث رقم 1692، ج 5، ص 519، من حديث عمران بن الحصين.

² العيسف وهو الأجير المستهان به، و جمعه عسفاء كأجير و أجراء. أنظر، ابن منظور: لسان العرب، 2943/33، باب العين؛ مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ص 601، حرف العين؛ الفيومي: المصباح المنير، 409/2، حرف العين.

³ متفق عليه، من حديث أبو هريرة و زيد بن خالد الجهني، رواه البخاري في صحيحه بشرحه فتح الباري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، حديث رقم 6827-6828، ج 12، ص 140؛ و مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم الحديث 1697-1698، ج 5، ص 520 و ما بعدها .

⁴ المسقلاني: فتح الباري، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة الريان، القاهرة، ط 1، 1407هـ - 1987 م، ج 12، ص 145؛ الصنعاني: سبل السلام، صحّحه و علّق عليه / محمد عبد العزيز الخولي، دار الجليل، بيروت، لبنان، (د.ط.د.ت)؛ الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ، حقّق أصوله و وثّق نصوصها و كتب مقدمتها الشيخ / عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، ط 1، 1424هـ - 2003 م، ج 4، ص 224.

⁵ الدمشقي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1407 هـ - 1987 م، ص 165؛ أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، ص 462؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 279.

⁶ الموصلی: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط.د.ت)، ج 2، ص 127.

⁷ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط 4، 1418 هـ - 1997 م، ج 8، ص 6080؛ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 93.

الفرع الثالث: حكم الإقرار

و سأتناول فيه الأثر المترتب عن الإقرار و حجّيته و ذلك كالآتي:

أولاً- الأثر المترتب عن الإقرار فقهاً و قانوناً:

يتمثل أثر الإقرار في أنه مظهرٌ و كاشفٌ للحقّ أو الواقعة و ليس منشئاً له، فمن أقرّ لغيره بحقّ أو واقعة كان هذا الإقرار دليلاً على ظهور الحقّ أو الواقعة و انكشافها و ثبوتها فيما مضى، و ليس دليلاً على إنشائها¹، و معنى ذلك أنّ الحقّ أو الواقعة التي أقرّ بها الخصم تصبح في غير حاجة للإثبات، و لهذا يُعتبر الإقرار طريقاً معني من الإثبات².

ثانياً- حجّية الإقرار فقهاً و قانوناً:

يُعتبر الإقرار حجّةً كاملةً و قاطعةً³ تُلزم المقرّ بمقتضى إقراره، و توجب على القاضي الحكم بموجبه، و لا يجوز إثبات عكسها، و لكن هذا لا يمنع من أنّ يطعن المقرّ في إقراره بأنّ صوري أيّ لا وجود له و تواطأ مع خصمه، أو أنّه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، أو أنّه صدر منه وهو ناقص الأهلية⁴. إلّا أنّه مع لزومه فهو حجّة قاصرة على نفس المقرّ فقط، و لا يتعداه إلى غيره _ إلّا في حالات معينة⁵، فيحاسب به المقرّ وحده دون سواه، لأنّ المقرّ لا ولاية له إلّا على نفسه، و لأنّ إقراره على نفسه تنفي فيه التهمة، بخلاف إقراره على غيره⁶.

الفرع الرابع: أركان الإقرار و شروط صحّته

أولاً- أركان الإقرار: سأعرض إلى أركان الإقرار أولاً في الفقه الإسلامي، ثمّ إليها في القانون و ذلك كالآتي:

1- أركان الإقرار فقهاً: اختلف الفقهاء في أركان الإقرار على قولين:

القول الأول: أركان الإقرار أربعة، و به قال جمهور الفقهاء⁷ و هي: المقرّ: و هو الشخص المعترف بالحقّ، و المقرّ له: و هو الذي يصدر الاعتراف لصالحه، و المقرّ به: و هو الحقّ المعترف به، الصيغة: و هي اللفظ أو ما يقوم مقامه.

¹ الدامادافندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، ج 2، ص 289؛ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 254.

² السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 498.

³ و هذا ما نصّت عليه المادة 342 من القانون المدني بقولها: "الإقرار حجّة قاطعة على المقر"

⁴ السنهوري: المرجع نفسه، ص 499؛ ابن فراموز، محمد الشهير بـ "مناخسرو": درر الحكماء شرح غرر الأحكام، مطبعة أحمد كامل، (دم، د.ط)، 1329 هـ، ج 4، ص 116؛ ابن عابدين: حاشية قرة عيون الأخبار، إشراف /مكتب البحوث و الدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، 1415 هـ - 1995 م، ج 8، ص 216؛ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 255.

⁵ كما لو أقرّ جميع الورثة بوارث معيّن، ثبتّ نسبه و لحقّ بمن أقرّوا عليه، اساعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في التعوى، هامش صفحة 94.

⁶ السنهوري: المرجع السابق، ص 501؛ أحمد حسين فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 281؛ محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص 255.

⁷ ابن فرحون: تبصرة الحكماء في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 2، ص 56؛ الرملي: نهاية المحتاج، ج 5، ص 65؛ الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، ص 308؛ الأنصاري: فتح الوهاب شرح منبه الطلاب، دار إحياء الكتب العربية، (دم، د.ط، د.ت)، ج 1، ص 223.

القول الثاني: الإقرار له ركن واحد هو الصيغة، و به قال الحنفية¹.

2 - أركان الإقرار قانوناً: تنص المادة 341 من القانون المدني بما يأتي: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة". و يتبين من هذا النص، أنّ الإقرار القضائي يستوجب توافر الأركان التالية: اعتراف الخصم، أن ينصّب الإقرار على واقعة قانونية، أن يتم أمام القضاء، أن يكون أثناء السير في الدعوى. و سأتكلم على هذه الأركان بشكل موجز، و ذلك كما يلي:

أ- اعتراف الخصم: لكي يكون الإقرار قضائياً، فيجب صدوره من الخصم في الدعوى، و هذا شرط بديهي لأنّ الخصم في الدعوى هو الذي يملك الاعتراف بالواقعة محل النزاع، و يستوي صدور الإقرار من الخصم أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار².

ب- أن ينصّب الإقرار على واقعة قانونية: يجب أن ينصّب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر، و يستوي أن تكون الواقعة القانونية، تصرفاً أو واقعة مادية، و لا يُشترط في هذه الواقعة أن تكون مصدرًا لحق من الحقوق، بل يكفي أن تكون واقعة يمكن الإدعاء بها و يجوز فيها الإقرار³.

ج- أن يكون الإقرار أمام القضاء: و هذا هو الركن الذي يميّز الإقرار القضائي عن الإقرار الغير قضائي، فالإقرار الذي لا يصدر أمام القضاء لا يُعدّ إقراراً قضائياً⁴، و يُعتبر الإقرار قضائياً سواء أكان أمام القضاء المدني أم الإداري⁵.

و لكن هل يُعتبر الإقرار الذي حصل أمام الخبير أو الموثق الذي تمّ تعيينها بموجب حكم بإجراء خبرة أو تصفية، قضائياً أم لا ؟

أجابت عن هذا التساؤل المحكمة العليا في قرار لها بقولها: "لا تُعدّ الأقوال المدلى بها أمام الخبير، إقراراً قضائياً"⁶، و يلحق نفس الحكم بالنسبة للأقوال المدلى بها أمام الموثق.

و بالتالي فلا بد أن يتمّ الإقرار أمام قاضي صاحب الاختصاص الذي طُرح أمامه النزاع⁷.

¹ و هذا بناءً على مفهوم الركن عندهم: أنّه ما كان جزءاً من حقيقة الشيء و كان داخلاً فيه. يُنظر: الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ص 207؛ الطرابلسي: معين الحكم فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص 125؛ ابن عابدين: حاشية قرة عيون الأخيار، ج 8، ص 216.

² محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 246.

³ مفلح عواد القضاة: البيّنات في المواد المدنية و التجارية، ص 293.

⁴ السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 492 - 493.

⁵ الغوثي بن ملحّة: قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ص 76.

⁶ ملف رقم 49562 بتاريخ 1988/12/07، المجلة القضائية، العدد 02، ص 38.

⁷ الغوثي بن ملحّة: المرجع نفسه، ص 76.

د- أن يكون أثناء السير في الدعوى: إذ يجب أن يصدر الإقرار أثناء سير الدعوى حول وقائع تتعلق بها، و يكون حجة على المقر، و عليه فإن الإقرار الذي يصدر من الخصم أثناء مرافعة سابقة و لو أمام نفس الجهة القضائية، يُعتبر إقرارًا غير قضائي، و تختلف حجته عن الأول¹.

ثانيا - شروط صحة الإقرار:

لكي يكون الإقرار صحيحًا و منتجًا لآثاره الشرعية و القانونية، لا بد أن تتوافر شروط معينة ذكرها الفقهاء، بعضها يتعلق بالمقر، و بعضها يتعلق بالمقر له، و بعضها يتعلق بالمقر به، و بعضها يتعلق بالصيغة، و هذه الشروط لم يتعرض إليها القانون الجزائري و ترك مسألة تنظيمها إلى الشريعة الإسلامية، و هذه الشروط هي:

1 - شروط المقر: اتفق الفقهاء² على أن الشخص الحرّ البالغ العاقل المختار غير المحجور عليه، و غير المتهم في إقراره، إذا أقر بحق لزمه و حُكم عليه بمقتضاه، و تفصيل ذلك فيما يلي:

أ - البلوغ و العقل: فيها شرط في المقر عند جمهور الفقهاء³ لأنها أساس التكليف، و عليه فلا يصح إقرار كل من المجنون و الصبي، لعدم أهليتهما لقوله ﷺ: "رَفَعَ الْقَامُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَ عَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفْقَلَ"⁴، و يلحق بهما النائم و المغمى عليه⁵.

و استثنى فقهاء الحنفية⁶ الصبي المأذون له في التجارة، فيصح إقراره فيما كان من لوازم تجارته _ كالوديعة و العارية، و عيب سلعة باعها _ و إلى هذا ذهب الإمام أحمد⁷ و مذهب الزيدية، إلا أنها خصًا ذلك بما أُذن للصبي فيه دون ما زاد على ذلك⁸.

إذن لا يصح إقراره بالمهر و النكاح و الجنايات و الكفالة و موجبات الحدود لأنها ليست لوازم تجارته⁹.

¹ ملف رقم 144603 بتاريخ 1996/11/13، المجلة القضائية، العدد 02، ص 49 و ما بعدها.

² دمشق: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص 165.

³ ابن السحنة: لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبوع مع معين الحكام للطرابلسي الحنفي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط. د.ت)، ص 265؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 2، ص 57؛ الفيروز آبادي: المهذب في فقه الإمام الشافعي: مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده، مصر، ط 3، 1396 هـ - 1976 م، ج 2، ص 438؛ البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، ج 6، ص 574 - 575؛ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تصحيح /القاضي عبد الله ابن عبد الكريم الجرائي، دار الحكمة البانية، صنعاء، اليمن، ط 1، 1366 هـ - 1947 م؛ المحقق الحلبي: شرائع الإسلام، تحقيق /عبد الحسين محمد علي، طبعة النجف الأشرف، العراق، نشر دار الأضواء، بيروت، ط 1، 1389 هـ - 1969 م، ج 3، ص 151، محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 248.

⁴ رواه الإمام أحمد في مسنده، دار صادر، بيروت، (د.ط. د.ت)، ج 6، ص 100-101؛ أبو داود في سننه مع شرحه عون المعبود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا، حديث رقم 4389، تحقيق / عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1422 هـ - 2001 م، ج 7، ص 472؛ و الترمذي في سننه مع شرحه تحفة الأحوذى للباركفوري، كتاب الحدود، باب فمين لا يجب عليه الحد، حديث رقم 1423، تحقيق / عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1421 هـ - 2001 م، ج 4، ص 337.

⁵ إسماعيل الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 96.

⁶ البعادفاندي: جمع الأنهر في شرح ملتنقى الأنهر، ج 2، ص 289 - 290؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 284.

⁷ هو أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبد الله، الشيباني الوائلي، إمام المذهب الحنبلي و أحد الأئمة الأربعة، ولد سنة 164 هـ - 780 م ببغداد، طلب العلم و هو ابن خمس عشرة سنة، و سافر لعدة بلدان من أجل ذلك، توفي سنة 241 هـ - 855 م، صتف عدة مؤلفات منها: المسند و يحتوي على 30 ألف حديث، الرد على الزنادقة فيما ادعت من متشابه القرآن، التفسير، فضائل الصحابة، المناسك، العلل و الرجال... إلخ، أنظر: الزركلي: الأعلام، ج 1، ص 203، حرف الألف؛ الذهبي: سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417 هـ - 1996 م، ج 11، ص 177 - 178، الطبقة الثانية عشر.

⁸ البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص 595؛ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، ص 3.

⁹ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 284.

ب - الحُرِّيَّة: و هي شرط في بعض الأشياء دون بعض، فيقبل إقرار العبد في الحدود و القصاص، و لكن لا يقبل في المال إلا إذا كان مأذونا له من قبل سيّده¹.

ج - الاختيار: يُشترط في المقرّ أن يكون مختاراً، فلا يقبل إقرار المكره عند جمهور الفقهاء²، هذا إذا كان الإكراه بغير حقّ أمّا إذا كان الإكراه بحقّ فيصحّ إقراره حال الضرب، و لكن لا أثر للإكراه في حالة ما لو أقرّ بغير ما أكره عليه، لأنه مختار في هذا³.

د - الصّحو و عدم السكر: و هنا نميّز بين حالتين:

- إذا كان السكر بطريق غير محظور: كأن شرب دواءً فأسكره، أو شرب المسكّر مكروهاً أو مضطراً، فلا خلاف بين الفقهاء في أنّ جميع إقراراته باطلة، لأنّ حكمه حكم المغمى عليه في كلّ شيء.

- إذا كان السكر بطريق محظور: كمن شرب السكر عالماً بتحريمه، مختاراً غير مضطر، فإقراره صحيح و يلزمه عند جمهور الفقهاء⁴.

هـ - الرشد: يُشترط في المقرّ أن يكون رشيداً إذا كان الإقرار يتعلق بالمال، و بالتالي فلا يصح إقرار السفية⁵ بدين.

أمّا إذا أقرّ السفية بغير مال قبل إقراره في الحدّ و القصاص، و غيره من الطلاق و الظهار⁶، أيّ كلّ ما لا علاقة له بمال⁷.

و - عدم التّهمة: يُشترط أن يكون المقرّ غير متهم في إقراره، فلو أقرّ المريض مرض الموت⁸ لغيره، فإنّما أن يكون المقرّ له وارثاً أو أجنبياً.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه / زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ج 7، ص 423؛ أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، ص 480.

² ابن نجيم: المرجع نفسه، ج 7، ص 423؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ج 2، ص 57؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 4، ص 9؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق إبراهيم بن أحمد بن عبد الحميد، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط، د.ت)، ج 4، ص 376؛ إسماعيل الشنيدى: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 97.

³ ابن نجيم: المرجع نفسه، ج 7، ص 423؛ ابن فرحون: المرجع نفسه، ج 2، ص 57.

⁴ ابن الشحنة: لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص 266؛ الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، ص 220؛ الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، ص 308؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 376؛ أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 285-286.

⁵ السفية و هو الشخص الذي يتصرّف في ماله على عكس مقتضى العقل السليم؛ أنظر: حسين طاهري: الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1430 هـ - 2009 م، ص 94.

⁶ هو تشبيه المسلم المكلف من تحلّ له من النساء بوطء، من تحرم عليه منهنّ تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو صهر، و يتحقّق بتشبيه المرأة أو جزئها بمحرّمة عليه، و كانت العرب تكتم عن ذلك بالظهر، فتقول: امرأتى عليّ كظهر أمي؛ أنظر: عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1428 هـ - 2007 م، ص 314.

⁷ الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، ج 2، ص 198.

⁸ يقصد بمرض الموت ما يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية، و يغلب فيه الهلاك و يلازمه حتى الموت، و لا تزيد مدّته عن سنة. أنظر، محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 295.

فإذا كان الإقرار لواثر فإقراره غير صحيح، وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء¹ من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة، وذلك لأن الإقرار هنا متعلق بحق الورثة، فيتهم فيه المقر، ولأن فيه إيقاع للعداوة بين الورثة.

أما إذا كان الإقرار لأجنبي فهو صحيح عند فقهاء الشافعية والحنابلة² لأنه غير متهم، أما المالكية³ فلم يفرقوا بين الوارث وغيره في عدم قبول إقرار المريض اتجاهه.

2- شروط المقر له: يُشترط في المقر له ثلاثة شروط هي⁴:

أ- أن يكون المقر له معيّنًا أو معلومًا: فلو كان المقر له مجهولًا جهالة فاحشة، كما لو قال المقر لإنسان علي ألف دينار، فهنا لا يصح إقراره، أما إذا كانت الجهالة يسيرة، كما لو قال المقر عليّ لأحد هذين الرجلين ألف دينار، ففي هذه الحالة يصح إقراره، ويطلب منه تعيين المقر له.

ب- أن يكون المقر له أهلاً للاستحقاق (أهلاً للملك): سواء أكانت الأهلية موجودة حالاً _ كقوله: لزيد عليّ ألف دينار _ أم مستقبلاً _ كما لو أقر لحملٍ بألف دينار ميراثاً أو وصية _ أو باعتبار ما يتعلق به من إصلاح مسجد أو وقف.

ج- ألا يكذب المقر له المقر فيما أقر به: فإن كذبه فيه كقوله ليس لي عليك شيء، أو لا علم لي بذلك ففي هذه الحالة يبطل هذا الإقرار.

3- شروط المقر به: يُشترط في المقر به ثلاثة شروط⁵:

أ- ألا يكون الشيء المقر به ملكاً للمقر وقت إقراره.

ب- أن يكون المقر به مما تجوز المطالبة به: بأن يكون مالا أو سيارة مثلاً، فلا يجوز الإقرار بما لا يقتنى كخزير أو حفنة من تراب.

ج- ألا يكون المقر به محالاً عقلاً أو شرعاً:

فالمحال العقلي: كما لو أقر زيد بأن عمر أقرضه ألف دينار في 05 جانفي 2015، ثم يتبين أن عمر قد مات قبل هذا اليوم.

والمحال الشرعي: كما لو مات شخص و ترك ابناً و بنتاً، فأقر الابن أنّ الميراث بينهما مناصفة، فهذا إقرار باطل لأنه جاء مخالفاً لما حكم به الشرع أنّ للذكر مثل حظ الأنثيين.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 431؛ الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، ص 310، ابن الفلج: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 365؛ أحمد حسين فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 289.

² الشريبي: المرجع نفسه، ج 2، ص 310؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المتقين، ج 4، ص 8؛ ابن الفلج الحنبلي: المرجع نفسه، ج 8، ص 365، أحمد حسين فراج: المرجع نفسه، ص 289.

³ الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، ج 2، ص 198.

⁴ الدمادفاندي: جمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، ج 2، ص 289؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ج 2، ص 58؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 378، محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 249-250.

⁵ الدمادفاندي: المرجع نفسه، ج 2، ص 290 - 296؛ الشريبي: المرجع نفسه، ج 2، ص 16 - 17 - 18؛ النووي: المرجع نفسه، ج 4، ص 16 - 17 - 18؛ ابن الفلج الحنبلي: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 362؛ محمد الزحيلي: المرجع نفسه، ص 250.

4 - شروط الصيغة : ليست للإقرار صيغة معينة عند الفقهاء، وإنما يصح عندهم بلفظ أقرّ و ما في معناه، من كلّ ما يدل على الاعتراف بالحقّ صريحاً كان أو غير صريح، طالما كان مشعراً بالالتزام، كقوله: نعم، أو بلى، أو لك عندي أو أنا مقتر بما تدعيه، و في معنى هذه الألفاظ ما يقوم مقامها من الكتابة مع النية، و الإشارة، و السكوت في بعض الأحيان، فمثلاً سكوت المرأة عند سؤالها قبل التزويج، يكون رضا بالزواج كقولها رضيت¹.

الفرع الخامس: الرجوع عن الإقرار:

أولاً- الرجوع عن الإقرار في الفقه الإسلامي: الحقوق المقرّ بها نوعان: حقّ لله تعالى، و حقّ للعباد.

حقّ العباد فلا يقبل الرجوع فيه، سواء كان حقّاً مالياً أو غير مالي، كالنسب و الطلاق لأنّه حقّ ثبت للغير، فلا يمكن إسقاطه دون رضاه، و كذلك حقّ الله تعالى إذا كان لا يسقط بالشبهة كالزكاة و الكفارة.

أمّا إذا كان حقّ الله تعالى ممّا يسقط بالشبهة كالزنا و السرقة و شرب الخمر، فإنّه يقبل فيه الرجوع.²

ثانياً- الرجوع عن الإقرار قانوناً:

هذا الحكم لم ينص عليه القانون المدني الجزائري، و لكنّه مستفاد من طبيعة الإقرار باعتباره اعترافاً بواقعة، و هو عمل انفرادي يترتب حكمه بمجرد صدوره من المقرّ، دون أن يتوقّف ذلك على قبول من المقرّ له فهو ملزم بذاته، ولا يستطيع المقرّ أن يرجع عنه سواءً كان بالعدول عنه أو بتعديله، أو بالإضافة إليه.

غير أنّه يجوز الرجوع عن الإقرار إذا كان صوري أي لا وجود له و تواطأ مع خصمه، أو أنّه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، أو أنّه صدر منه وهو ناقص الأهلية.³

¹ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 2، ص 57؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 4، ص 20 و ما بعدها؛ حسين، أحمد فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 334.

² نصر فريد واصل: نظرية الدعوى و الإثبات، ص 54-55.

³ السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص 499.

المطلب الثاني: الشهادة

الشهادة هي إحدى وسائل إثبات الحق المدعى به، وهي من أكد الأدلة في إظهار الحق وإثباته متى استكملت نصابها في نوع الحق المطلوب إثباته، لذا فإنها تنصّر وسائل الإثبات الشرعية سواء في كتب الفقهاء القدامى أو المحدثين¹، على عكس القانون الذي جعلها في المرتبة الثانية بعد الكتابة وذلك لسهولة هذه الأخيرة، وانتشار العلم في العصر الحديث، وكذلك فساد الأخلاق وضعف العقيدة²، لكنه لم يستطع الاستغناء عليها وتركها، وذلك لأنها الوسيلة الوحيدة في الإثبات في بعض الحالات كالوقائع المادية مثل الزواج والطلاق³، وحيث أنّ مواضيع الشهادة كثيرة ومتشعبة ولغرض الإحاطة بها، سأبحث فيها على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الشهادة

أولاً- الشهادة في اللغة: تُطلق على الإخبار بالشيء خبراً قطعاً، يُقال شَهِدْتُ عَلَى كَذَا شَهَادَةً أَيَّ أَخْبَرْتُ بِهِ خَبْرًا قَاطِعًا، لأنها مشتقة من المشاهدة فالشاهد يخبر بما شهد وعينه، وتُطلق كذلك على معاني أخرى منها: الحلف، والإدراك، والمعانة، والبيّنة، والإخبار، والإقرار، والحضور⁴.

ثانياً- الشهادة في الاصطلاح: تباينت تعريفات الفقهاء للشهادة في الاصطلاح، وذلك على النحو الآتي:

- فقد عرّفها فقهاء المالكية بأنها: "إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه"⁵.
- وعرّفها فقهاء الحنفية بأنها: "إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة"⁶.
- وعرّفها الشافعية بأنها: "إخبار عن شيء بلفظ خاص"⁷.
- وعرّفها الحنابلة بأنها: "إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص"⁸.

¹ اسماعيل الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 103، أحمد حسين فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 32.

² عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، ص 231.

³ محمد الرحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 133.

⁴ ابن منظور: لسان العرب، مج 4، ج 26، ص 2348 - 2349، مادة شهد: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1، ص 324، مادة شهد؛ القاموس المحيط، ص 292، حرف الشين؛ الرازي: مختار الصحاح، ص 147، باب الشين.

⁵ الكششناوي: أسهل المدارك في شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبطه وصحّحه /محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419 هـ - 1995 م، ج 2، ص 290.

⁶ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة القدسي، القاهرة، (د.ط. د.ت)، ج 4، ص 54.

⁷ الرملي: نهاية المحتاج، ج 8، ص 292؛ زكريا، الأنصاري: فتح الوهاب شرح منبه الطلاب، ج 2، ص 220.

⁸ البهوتي: كشف القناع، ج 6، ص 513؛ وله: الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص 588.

و بالنظر إلى هذه التعريفات أجد أنها أوضحت أنّ الشهادة عبارة عن: إخبار بلفظ خاص، و أنّه لا بد أن يكون أمام القاضي، لأنّه هو الذي سيحدّد صدق الشاهد من كذبه، كما أنّه يجب عليه أن يشهد بما علمه و قطع بمعرفته¹.

ثالثاً- الشهادة في القانون: لم يرد تعريفٌ للشهادة في القانون المدني الجزائري، كما أنّ شُراح القانون نادراً ما تناولوا تعريف الشهادة، و من عرّفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء إن لم يكن مقتبساً منهم، إذ عرّفوها كالاتي: "هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره"²

الفرع الثاني: مشروعية الشهادة، و الحكمة منها أولاً- مشروعية الشهادة:

الشهادة حجة شرعية تُظهر الحق و لا توجهه، و يجب على القاضي أن يقضي بموجبها بعد توافر شروطها³، و قد ثبتت مشروعية الشهادة بالكتاب و السنة و الإجماع و المعقول.⁴

1 - الكتاب:

- فقوله ﷺ: ﴿... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ...﴾⁵، و قوله: ﴿... وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...﴾⁶، و قوله: ﴿... وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾⁷.
فإنّ الله تعالى أمر بالإشهاد فيهنّ، و الأمر دليل المشروعية⁸.

2 - السنة النبوية: جاءت أحاديث كثيرة على لسان الرسول ﷺ يطلب فيها الشهادة، و من ذلك:

1 - عن الأشعث بن قيس⁹ قال: كَانَتْ بَيْنِي وَ بَيْنَ رَجُلٍ حُصُومَةٌ فِي بَيْتٍ فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ"، قُلْتُ: إِنَّهُ إِذْنٌ يَحْلِفُ وَ لَا يُبَالِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "مَنْ حَلَفَ عَلَيَّ

¹ حسين، أحمد فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 33.

² عبد المنعم فرج الصّدة: الإثبات في المواد المدنية، ص 228.

³ الموصلي: الإختبار لتعليل المختار، ج 2، ص 139.

⁴ الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 115؛ حسين، أحمد فراج: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 41.

⁵ سورة البقرة: الآية 282.

⁶ سورة البقرة: الآية 282.

⁷ سورة الطلاق: الآية 02.

⁸ ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج 1، ص 561-562: الطبري: تفسير الطبري، ج 7، ص 315.

⁹ هو الأشعث بن قيس بن معدني كرب الكندي أبو محمد، أمير كندة في الجاهلية و الإسلام، و لد سنة 23 ق هـ - 600 م، و هو زوج أخت أبي بكر الصديق ﷺ، توفي سنة 40 هـ - 661 م، و قد روى له البخاري و مسلم تسعة أحاديث؛ أنظر: الزركلي: الأعلام، ج 1، ص 332، حرف الألف؛ الذهبي: سير الأعلام، ج 2، ص 37، الصحابة رضوان الله عليهم.

يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالًا وَ هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ لَقِيَ اللَّهَ وَ هُوَ عَلَيْهِ عَصَابَانٌ " ¹، فَأَنْزَلَ اللَّهُ حَجَلًا تَصْدِيقَ ذَلِكَ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُرَكِّبُهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ ².

فالحديث الشريف صريح الدلالة في طلب الشهادة كحجة و دليل لفصل الخصومة، و قطع النزاع ³.

2 - عن ابن عباس ⁴ و عن وائل بن حجر ⁵ قال: جاء رجلٌ من حَضْرَمَوْتٍ وَ رَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ هَذَا عَلَبْتِي عَلَى أَرْضٍ لِي كَانَتْ لِأَيِّ، فَقَالَ الْكَنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي أَرَزَعَهَا لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ: "أَلَكِ بَيْتَةٌ؟" قَالَ: لَا، قَالَ: "فَلَكِ يَمِينُهُ"، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ الرَّجُلُ فَاجِرٌ، لَا يُبَالِي عَلَى مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، وَ لَيْسَ يَتَوَرَّعُ عَنْ شَيْءٍ فَقَالَ: لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ، فَأَنْطَلَقَ لِيُخْلِفَ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ لَمَّا أَدْبَرَ: أَمَا لَنْ حَلَفَ عَلَى مَا لَهُ لِيَأْكُلَهُ ظُلْمًا، لِيَلْقَيْنَ اللَّهَ، وَ هُوَ عَنْهُ مُعْرِضٌ" ⁶.

ففي هذا الحديث الشريف، سأل رسول الله ﷺ المدعي البيئته، و الشهادة نوع منها، و لو لم تكن مشروعة لما سأله إيّاها ⁷.

3 - الإجماع:

فقد أجمع العلماء في كلّ عصر على مشروعية الشهادة، و قبول الاحتجاج بها كدليل من أدلة الإثبات الشرعية و لم يُخالف في ذلك أحد، فكان إجماعاً ⁸.

¹ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، كتاب الشهادات، باب المين على المدعى عليه في الأموال و الحدود، حديث رقم 2670، ج 5، ص 332؛ صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم، مج 1، ج 2، ص 158.

² سورة آل عمران: الآية 77.

³ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 117.

⁴ هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم، صحابي جليل، و ابن عم النبي ﷺ، خبّر الأمة و فقيها و إمام التفسير و ترجمان القرآن، ولد ببني هاشم قبل الهجرة بثلاث سنين، توفي رسول الله ﷺ و ابن عباس لا يتجاوز عمره خمس عشرة سنة، و قد روي له 1160 حديثاً، و له من ذلك في الصحيحين خمسة و سبعون، و تفرد البخاري له بمئة و عشرين حديثاً، و تفرد مسلم بسبعة أحاديث؛ أنظر، الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 3، ص 331 - 332 - 333، 359، من صغار الصحابة.

⁵ هو أبو هنيذة الحضرمي، أحد الأشراف، كان سيّد قومه، و لد سنة 50 هـ - 670 م، و روى عن النبي ﷺ أحاديث، أنظر: الزركلي: الأعلام، ج 8، ص 106، حرف الواو.

⁶ صحيح مسلم بشرح القاضي عياض، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم ببين فاجرة بالنار، حديث رقم 139، ج 1، ص 436.

⁷ محمد الزحيلي: المرجع السابق، ص 118.

⁸ ابن المنذر: الإجماع، تحقيق /فؤاد عبد المنعم، مطبوعات المحاكم الشرعية و الشؤون الدينية، قطر، ط 1، 1401 هـ - 1981 م، ص 63.

4 - المعقول:

فلأن الحاجة داعية إليها، لما فيها من إحياء حقوق الناس و صون العقود من التجاحد، و حفظ الأموال لأصحابها.¹

ثانياً- الحكمة من مشروعية الشهادة:

شرع الله ﷻ الشهادة من أجل توثيق الحقوق و صيانتها، و ردها إلى أصحابها إذا اعتدي عليها، كذلك حجة للقضاء حتى يتمكن من توقيع العقوبة على من يستحقها.²

الفرع الثالث: حكم الشهادة

و يقصد به تحمّل الشهادة و آداؤها.

فمعنى **تحمّل الشهادة**: رؤية الشخص فعلاً أو سماعه قولاً و استحفاظه ليشهد به، فإن كان في حق من حقوق العباد توقف على الدعوى، و إن كان في حق من حقوق الله و جب من غير دعوى.

أما **آداء الشهادة**: فهي دعوة الشاهد ليشهد بما علمه و استحفظ إياه أمام القاضي.³

و تحمّل الشهادة و آداؤها فرض **كفاية**⁴، و ليس فرض **عين**⁵، لأن المقصود بالشهادة حفظ الحقوق، فيمكن للبعض آداؤها، و لا يحتاج إلى الكلّ، و مع أنّ هذا الحكم هو الأصل، إلا أنّ ذلك قد يكون فرض عين في حالة إذا كان في موضع لا يوجد فيه غيره للشهادة و لا يصلح لها إلا هو، و ذلك حسب النصاب المقرر لكلّ شهادة.⁶

و الشهادة هنا قد ثبتت في حقه لآداء الحق، لأنّه لا يُعرف إلا من جهته، فإذا تخلف عن آداؤها يكون في حكم من تخلف عن آداء فرض عيني كالصلاة و الزكاة، و يُجبر شرعاً على آداؤها و يُعاقب على تركها⁷، و ذلك لقوله ﷻ: **«... وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ...»**⁸ . إلا أنّ وجوب الآداء مشروط بالآ يصيب

¹ ابن قدامة: المغني على مختصر الخري، ضبطه و صححه /عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1414 هـ - 1994 م، ج 9، ص 106؛ بك، أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية، ص 115.

² الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 119؛ فراج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 41 - 42.

³ ابن فرحون: تبصرة الحكم في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 175؛ فراج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 46 - 48.

⁴ فرض كفاية هو الذي طلبه الشارع من مجموع المكلفين، و لم يطلبه من كلّ واحد منهم، فإن قام العدد الذي يكفي سقط عن الباقي، و إلا أتموا جميعاً.

⁵ فرض عين هو ما طلب الشارع فعلة من كلّ فرد من أفراد المكلفين طلباً جازماً كالصلاة و الزكاة و الصوم و الحج و بر الوالدين و صلة الأرحام. أنظر، الموقع الإلكتروني:

islamqa.info

⁶ ابن جزري: القوانين الفقهية، ص 267؛ واصل، نصر فريد: نظرية الدعوى و الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 61.

⁷ نصر فريد واصل: المرجع نفسه، ص 62.

⁸ سورة البقرة: الآية 283.

الشاهد ضرر، فإن أصابه ضرر في نفسه أو ماله، أو عرضه، أو بدنه لم يلزمه الأداء¹، لقوله ﷺ: ﴿وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ...﴾²، وقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"³.

و لم يرد في القانون شيء عن تحمّل الشهادة، و لم يلزم الأفراد ذلك و إنّما تركه إلى أصحاب الشأن يختارون من يشاؤون، و أمّا شهادة الأداء فقد أعطى لها القانون أهمية كبيرة، خاصة إذا كانت الدليل الوحيد في القضية المطروحة أمام المحكمة، فسمح للقاضي من تلقاء نفسه أن يقدر استدعاء الشهود فيما يجوز فيه الإثبات، و تبليغهم متى رأى في ذلك فائدة في إظهار الحق، و أوجبت عليهم الحضور لأداء الشهادة⁴.

الفرع الرابع: أركان الشهادة و شروط صحتها أولاً- أركان الشهادة:

للشهادة عند جمهور الفقهاء⁵ خمسة أركان و هي: شاهدٌ، و مَشْهُودٌ بِهِ، و مَشْهُودٌ لَهُ، و مَشْهُودٌ عَلَيْهِ و صيغة، و هذا خلافاً لفقهاء الحنفية⁶ الذين جعلوا لها ركناً واحداً هو الصيغة، و هي لفظ "أشهد" فقط لا غير.

ثانياً- شروط صحة الشهادة: شروط الشهادة نوعان: شروط تحمّل و شروط أداء

1- شروط تحمّل الشهادة: و هي ثلاثة⁷:

أ- العقل: فلا يصح تحمّلها من مجنون و صبي لا يعقل، لعدم فهمها للحادثة أو الواقعة.

ب- البصر: فلا يصح تحمّلها من أعمى، غير أنّ الحنابلة أجازوا تحمّل الأعمى الشهادة فيما يتعلق بالسماع فقط كالبيع مثلاً.

ج- معاينة المشهود به: بنفسه لا غيره، لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ...﴾⁸، فلا يصح تحمّل الشهادة لشيء لم يعاينه الشاهد، و شهد عليه بمجرد سماعه، إلّا في أمور معيّنة _ كالنسب و الموت _

¹ البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستتقع، ص 588.

² سورة البقرة: الآية 282.

³ أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج 1، ص 313؛ و ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضر بجاره، حديث رقم 2340، ج 2، ص 875، و البيهقي في معرفة السنن و الآثار، كتاب احياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس لما فيه صلاحهم و دفع الضرر عنهم على الاجتهاد، حديث رقم 12255، ج 9، ص 33.

⁴ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 136.

⁵ الشرييني: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ص 568؛ الرملي: نهاية المحتاج، ج 8، ص 292؛ نصر فريد واصل: نظرية الدعوى و الإثبات، ص 65.

⁶ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، ص 266؛ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 94؛ إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 109.

⁷ الموصل: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 143، 144؛ ابن جزئي: القوانين الفقهية، ص 265؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 174 - 175، 194؛ أحمد ابراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، ص 164.

⁸ سورة الإسراء: الآية 36.

2 - شروط أداء الشهادة: فلكل من الشاهد و المشهود به و الشهادة نفسها شروط خاصة منها:

أ - شروط الشاهد¹: يجب أن تتوفر في الشاهد شروط معينة أهمها ما يلي:

1- الإسلام: فلا تقبل شهادة الكافر عند جمهور الفقهاء؛ 2- البلوغ: إذ لا تقبل كذلك شهادة الصبي المميز قبل البلوغ عند جمهور الفقهاء؛ 3- العقل: لا تقبل شهادة المجنون و الصبي الصغير؛ 4- الحرية: لا تقبل شهادة العبد عند الجمهور، خلافاً لابن حزم²؛ 5- الرشد: فلا تقبل شهادة المحجور عليه لنقص عقل أو سفه؛ 6- البصر: و ذلك عند الإمام أبي حنيفة³، خلافاً لجمهور الفقهاء حيث قالوا: تقبل شهادته في الأقوال إذا تحققت الأصوات؛ 7- النطق: فلا تقبل شهادة الفاسق عند الجمهور خلافاً للحنفية؛ 8- التيقظ: فلا تقبل شهادة المغفل، و هو ما يعرف بكثرة الغلط؛ 9 - ألا يكون محدوداً في قذف: فإن تاب تقبل شهادته عند جمهور الفقهاء، خلافاً للحنفية، و منها ألا يكون متهما في شهادته بأن يجلب لنفسه نفعاً أو يدفع عنها ضرراً، و يظهر ذلك في صور:

- القرابة: فلا تقبل شهادة الولد لوالده، و لا الوالد لولده عند الجمهور.

- الخصومة و العداوة: بين الشاهد و المشهود له.

- الشهادة للدائن المفلس أو الشريك.

ب - شروط المشهود به⁴: الشروط التي يجب توافرها في الحق المشهود به عند الفقهاء هي:

- أن يكون الحق معلوماً للشاهد علماً كافياً، نافياً للجحالة وقت التحمل و ذاكراً له وقت الأداء، فإن كانت الشهادة بمجهول لم تقبل، لأن من شروط صحة حكم القاضي علمه بالمشهود به، فما لم يعلمه لا يمكن القضاء به.

- يشترط العدد في الشهادة، و هذا سيأتي بيانه.

- أن تتفق شهادة الشاهد الأول مع شهادة الشاهد الثاني، فإن اختلفتا فلا تقبل الشهادة.

¹ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 57؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 184؛ ابن جزىء: القوانين الفقهية، ص 264؛ نصر فريد واصل: نظرية الدعوى و الإثبات، ص 66 و ما بعدها، محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 128 و ما بعدها.

² هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، و أحد أئمة الإسلام، ولد في قرطبة سنة 384 هـ - 994 م، نشأ في تنعم و رفاهية، و رُزق ذكاءً مفرطاً، و ذهناً سيالاً و كتباً نفيسة كثيرة، توفي سنة 456 هـ - 1094 م، و له عدة مصنفات نذكر منها: الإيصال إلى فهم كتاب الخصال، كتاب الخصال الحافظ لجل شرائع الإسلام، حجة الوداع، المحلى في شرح المجلى بالحجج و الآثار... إلخ، أنظر، الزركلي: الأعلام، ج 4، ص 254 - 255؛ الذهبي: سير أعلام النبلاء، 18، ص 184، 211، الطبقة الرابعة و العشرون.

³ هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى التيمي، الكوفي مولى بني تيم الله بن ثعلبة، اختلف في تاريخ مولده، فهناك من قال أنه ولد في سنة 80 هـ على رواية الأكثرين التي يكاد يجمع عليها المؤرخون، و هناك رواية أخرى تقول أنه ولد سنة 61 هـ، في الكوفة، و هو أحد الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب المتبعة، و قد اشتهر بإمام أهل الرأي، و نشأ في أسرة صالحة غنية، و كان حسن النطق، قوي الحجّة، شديد الذكاء، فطناً سريع البديهة، مات سنة 150 هـ، و قيل 151 هـ، و قيل 153 هـ، كتب أبو حنيفة الكثير من الكتب منها: العلم و التعلّم، الزد على القدرية، الفقه الأكبر... إلخ، بالإضافة إلى أنّ أبا حنيفة قد انفرد بإخراج 215 حديثاً. أنظر، أبو زهرة، محمد: أبو حنيفة حياته - و عصره - آراءه - و فقهه، دار الفكر العربي، ط 2، دبت، ص 14 - 15، 59.

⁴ الموصل: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 146؛ الأنصاري: فتح الوهاب شرح منج الطلاب، ج 2، ص 224؛ الزحيلي: المرجع السابق، ص 132؛ بك، أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية، ص 77.

ج- شروط الشهادة نفسها: فتمثل في¹:

- أن يؤدي الشاهد الشهادة بلفظ "أشهد"، فلا تقبل بغيره من الألفاظ _ كأعلم و أتيقن مثلا _ غير أن المالكية لم يشترطوا لفظ "أشهد"، و قالوا أن الشهادة تصح بكل صيغة تؤدي معناها.
- أن تكون موافقة للدعوى، فإن خالفها لا تقبل.
- أن يسبق الشهادة الإنكار، لأن البينة لا تقوم على مقر، فإن أنكر المدعى عليه طلب القاضي الشهادة.
- أن تؤدي في مجلس القضاء.
- و هناك شروط أخرى كثيرة تختص في بعض الحالات _ كالذكرة مثلا _ و لن أتناولها لعدم الإطالة.

الفرع الخامس: أنواع الشهادة و نصابها

أولاً- أنواع الشهادة في الفقه الإسلامي و القانون: عدّد فقهاء الشريعة الإسلامية و فقهاء القانون أنواع الشهادة و حصروها فيما يلي²:

- الشهادة الأصلية: و هي تلك التي بموجبها يشهد الشاهد بما عاينه بالعين أو بالسماع بنفسه و هي الشهادة المباشرة في القانون، و تسمى كذلك المباشرة (م 62- 71- 72 ق.إ.م.إ.).
- الشهادة الفرعية: و هي الشهادة على الشهادة و تسمى الشهادة الغير مباشرة في القانون، أي الشسهادة التي يرويها الشاهد نقلاً عن شخص شاهد و سمع الواقعة .
- شهادة السامع: و هي التي تقوم فيها الشهرة مقام المعاينة، أي شهادة بما يتسامعه الناس و يتناقلوه و بعبارة أخرى هو عبارة عما يرويها شخص عن شخص أو عن أشخاص.
- شهادة التواتر: هو خبر جماعة يقع العلم بخبرهم، و لا يتصور اتّفاقهم على الكذب.
- شهادة الاستكشافات: و هي الإخبار من المخبر لمجرد الاستعلام و استطلاع للرأي، كإخبار أهل العلم و المترجم.

¹ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 222؛ الرحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 132 - 133.

² نصر فريد واصل: نظرية الإثبات و الدعوى: ص 81، براهيم صالح: الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، (رسالة الدكتوراه)، جامعة مولود معمري، تخصص قانون، 2012م، يوسف دلاندة: الوجيز في شهادة الشهود، ص 45 و ما بعدها.

ثانياً - نصاب الشهادة¹:

نصاب الشهادة يتحدد حسب نوع الحق المشهود به الذي يتحملة الشاهد، وهو إما أن يكون حقاً لله تعالى أو حقاً للعباد أو حقاً مشتركاً، وهو في كل هذا: إما يُراد به المال وإما أن يكون المقصود منه غير المال، وعليه فإن نصاب الشهادة قد ينحصر في البيئات الآتية، ولا يخرج عنها في الفقه الإسلامي².

1 - بيّنة تحتاج إلى أربعة شهود من الذكور جميعاً، وذلك في الزنا بالإجماع لقوله ﷺ: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ...﴾³.

و مثل الزنا القذف عند جمهور الفقهاء، لقوله ﷺ: ﴿لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾⁴.

2 - بيّنة لا تصح إلا من رجلين ذكّرين، وذلك في حقوق الله الخالصة، ويشمل ذلك الحدود ما عدا حدّي الزنا والقذف، وكذا حقوق العباد التي لا يُقصد بها المال أصلاً، و يطلع عليها الرجال كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والوكالة، والوصية، فهذه لا تثبت إلا بشاهدين عدلين ذكّرين عند جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة لقوله ﷺ: ﴿...وَأَشْهِدُوا دَوْبِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾⁵، وقوله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁶.

و ذهب فقهاء الحنفية والظاهرية إلى أنّ الحقوق التي لا يُقصد بها المال كالنكاح، والطلاق، والرجعة تثبت برجل واحد وامرأتين، لأنهنّ من أهل الشهادة في الجملة، فتقبل شهادتهن، لوجود الآداء والحفظ منهنّ كالرجال.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 101؛ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 55 - 56؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 181؛ ابن جزوي: القوانين الفقهية، ص 265، 266؛ الأنصاري: فتح الوهاب شرح منبه الطلاب، ج 2، ص 222 - 223؛ البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص 591، واصل: نظرية الإثبات والدعوى: ص 81 - 82.

² الشنديدي: اختلاف الزوجين في الفقه الإسلامي، ص 113 - 114 - 115.

³ سورة النساء: الآية 15.

⁴ سورة النور: الآية 13.

⁵ سورة الطلاق: الآية 02.

⁶ أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج 4، ص 394-413-418؛ و البيهقي في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، ج 7، ص 125، باب لا نكاح إلا بولي، ج 7، ص 107؛ و الترمذي في سننه مع التحفة، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 1101، ج 4، ص 191؛ و ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1880، ج 1، ص 605.

3 - بيّنة تحتاج إلى رجلين أو رجل و امرأتين، و ذلك في الحقوق التي يقصد بها إثبات المال أصلاً كالبيع، و الإجارة، و الهبة، و غيرها من عقود التصرفات المالية بالإجماع، لقوله ﷻ: ﴿... وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ..﴾¹.

4 - بيّنة لإثبات ما لا يطلع عليه النساء في الغالب، كالولادة و الرضاع، و العيوب التي تحت الثياب، و هذا النوع تقبل فيه شهادة الرجلين منفردين، و الرجل و المرأتين عند جمهور الفقهاء، و كذا شهادة النساء منفردات عند فقهاء المالكية، و الشافعية، و الحنابلة خلافاً للحنفية، حيث لا يثبت ذلك بشهادة النساء منفردات عندهم، بل لا بدّ من رجلين أو رجل و امرأتين، غير أنّ الجمهور اختلفوا في عدد النساء المنفردات، فاشتراط الشافعية أربعاً، و المالكية اثنتين، و أجاز الحنابلة شهادة امرأة واحدة.

5 - بيّنة بشهادة رجل مع يمين المدعى أو امرأتين مع يمين المدعي، و القاعدة أنّ كلّ ما يثبت بالشاهد و المرأتين يثبت بالشاهد و اليمين عند جمهور الفقهاء.

6 - بيّنة بشهادة رجل واحد، في رؤية هلال رمضان.

المطلب الثالث: : اليمين

و سأعرض فيها إلى : تعريفها، و مشروعيتها، و أقسامها، و شروطها، و الحقوق التي يجوز فيها اليمين، و ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف اليمين في اللغة و الاصطلاح و القانون

أولاً- اليمين في اللغة: لها عدّة معان، فيقال اليد اليمنى يمين، و تأتي اليمين بمعنى القوّة و المقدرة، قال الله ﷻ: ﴿لَأَحْذَرُنَّ مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾²، و قوله: ﴿فَرَأَعُ عَلَيْهِمْ صَرَطًا بِالْيَمِينِ﴾³ و تأتي كذلك بمعنى: الحلف و القسم.⁴

ثانياً- اليمين في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في تعريف اليمين نظراً لاختلافهم في الأحكام المتعلقة بها عندهم⁵:

فقد عرّفها المالكية بأنها: "تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله تعالى، أو صفته"⁶.

¹ سورة البقرة: الآية 282.

² سورة الحاقة: الآية 45.

³ سورة الصافات: الآية 93.

⁴ ابن منظور: لسان العرب، ج 55، ص 4967 - 4968 ؛ الفيومي: المصباح المنير، ج 2، ص 682 ؛ الرازي: مختار الصحاح، ص 310.

⁵ الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 317.

⁶ الدردير: الشرح الكبير - مطبوع مع حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ-1996م، ج 2، ص 161.

و عَرَفَهَا الحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: "عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك"¹.

و عَرَفَهَا الشافعية بِأَنَّهَا: "تحقيق أمر غير ثابت، ماضيًا كان أو مستقبلاً، نفيًا أو إثباتًا، ممكناً أو ممتنعاً"².

و عَرَفَهَا الحنابلة بِأَنَّهَا: "توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص"³.

و هذه التعريفات بجملة ما جاءت تفيد تأكيد الحق إثباتًا أو نفيًا، و هي تعريفات لليمين بمعناها العام، الذي يشمل اليمين على القيام ببعض الأعمال أو الامتناع عنها، و اليمين على إثبات الحقوق أو نفيها، و المقصود في بحثنا هي اليمين الواقعة في الخصومة، و هي بهذا الاعتبار تعني: "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي، بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته"⁴.

ثالثًا- اليمين في القانون

إنَّ وجود اليمين في القانون دليل على التقاء القانون مع العقيدة و الأخلاق، و أنَّ القانون لا يستغني عن اللجوء إلى ذمة الإنسان و ضميره و عقيدته⁵، و قد عَرَفَ شُرَّاح القانون اليمين بتعريفات مختلفة نذكر منها:

- فعَرَفَهُ الدُّكْتُور عبد الرزاق السنهوري على أنه: "قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهدًا على صدق ما يقول أو على إنجاز على ما يعد، و يستنزل عقابه إذا ما حنث"⁶.
- عَرَفَهُ الدُّكْتُور عبد المنعم فرج الصدَّة على أنه: "إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا القول و تعزيزًا له"⁷.
- و عَرَفَهُ الدُّكْتُور سليمان مرقس على أنه: "إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر"⁸.

و يلاحظ أنَّ التعريفات السابقة الذكر لا تتخالف التعريفات الشرعية، و إنَّما تتفق معها في المعنى العام.

¹ الغنبي: الباب شرح الكتاب، ج 4، ص 3.

² الشريبي: معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ص 320.

³ ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 57.

⁴ الزحيلي، محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 319؛ الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي و أدلته، ج 8، ص 6064.

⁵ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 362.

⁶ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، ج 2، ص 514.

⁷ عبد المنعم فرج الصدَّة: الإثبات في المواد المدنية، ص 419.

⁸ سليمان مرقس: أصول الإثبات و إجراءاته، ص 737.

الفرع الثاني: مشروعية اليمين والحكمة من جعل اليمين على المدعى عليه

أولاً- مشروعية اليمين: إن اليمين هي وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء، وهي مشروعَةٌ لتأكيد جانب الصدق على جانب الكذب في إثبات الحقوق أو نفيها، وإن مشروعية اليمين تكون بعد العجز عن الإتيان بالبينة¹، أي حين يُنكر المدعى عليه الدعوى و يعجز المدعي عن إقامة البينة على دعواه و يطلب تخليف المدعى عليه².

و يُستدل على مشروعية اليمين من الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول³.

1- الكتاب: ورد القسم في آيات كثيرة في القرآن الكريم، و أمر الله ﷻ نبيه ﷺ بالحلف في ثلاث مواضع في القرآن الكريم⁴.

- قال الله ﷻ: ﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلُّ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقُّ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ﴾⁵.

- و قال: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَأْتِينَا السَّاعَةُ قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ..﴾⁶.

- و قال: ﴿رَعِمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ..﴾⁷.

فهذه الآيات الكريمة صريحة في مشروعية اليمين.

2 - الستة النبوية:

إن في الستة أحاديث كثيرة تدل على مشروعية اليمين و منها:

1 - عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: "لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَ أَمْوَالَهُمْ، وَ لَكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ"⁸، و في رواية البيهقي: "لَكِنِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"⁹.

¹ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 119.

² فراج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 393.

³ الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 324.

⁴ محمد الزحيلي: المرجع نفسه: ص 324.

⁵ سورة بونس: الآية 53.

⁶ سورة سبأ: الآية 03.

⁷ سورة التغابن: الآية 07.

⁸ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، كتاب التفسير، باب إن الذين يشتركون بعهد الله و أممهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم، حديث رقم 4552، ج 8، ص 61؛ صحيح

مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، دار الريان، القاهرة، ط 1، 1407هـ-1987م، مج 4، ج 12، ص 2.

⁹ سبق تحريجه، أنظر الصفحة 16 من هذه المذكرة.

2 - و في رواية أنّ النبي ﷺ "قضى باليمين على المدعى عليه".¹

3 - الإجماع:

فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية منذ عصر الخلافة الراشدة، و حتى وقتنا الحاضر على مشروعية اليمين.²

4 - المعقول:

إنّ كثيراً من المعاملات التي تجري بين الناس لا يشهد بها أحد، و قد يتعدّر على المدعي إحضار شهود الواقعة بسبب موتهم أو غيبتهم، أو عدم العلم بمكانهم أو بسبب آخر، و لا يجد من وسيلة لإثبات حقه إلا اللجوء إلى دين المدعي عليه و ضميره عساه يخشى الله و يعترف بالحق، فكانت اليمين لذلك مما يقتضيها العقل، و يراها ضرورية في الإثبات لإنهاء الخلاف عند العجز عن سواها.³

ثانياً- الحكمة من جعل اليمين على المدعى عليه

جُعِلت اليمين على المدعى عليه لقوة جانبه عن جانب المدعي، لأنّ الأصل فراغ ذمته و براءته بما يدعيه فكان الظاهر معه، و من ثمّ اكتفي منه باليمين و هي الحجّة الضعيفة لقوة جانبه، و جعلت البيّنة على المدعي ابتداءً لضعف جانبه، فاحتاج إلى حجّة قويّة و هي البيّنة.⁴

الفرع الثالث: ألفاظ اليمين و الأثر المترتب عليه

أولاً- ألفاظ اليمين:

اتفق الفقهاء⁵ على أنّ اللفظ الذي تتعقد به اليمين هو القسم بالله تعالى أو بصفة من صفاته، مثل: و الله، و رب العالمين، و ذلك لقوله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ يَبْهَاتُكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ"⁶، و قوله ﷺ: "مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ أَشْرَكَ"⁷.

¹ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن و المرتهن، حديث رقم 2514، ج 5، ص 172، و كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال و الحدود، حديث رقم 2668، ج 5، ص 331؛ صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، مج 4، ج 12، ص 3.

² العثاني: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص 332.

³ الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 326.

⁴ فرج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 395.

⁵ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 40؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 157؛ ابن جزير: القوانين الفقهية، ص 262؛ ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 59؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 255؛ إسماعيل الشنيدى: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 120.

⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأيمان، باب لا تحلفوا بآبائكم، حديث رقم 6646، ج 11، ص 538؛ و مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله، حديث رقم 1646، ج 3، ص 1267.

⁷ أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج 2، ص 170؛ و الترمذي في سننه، كتاب النذور و الأيمان، حديث رقم 1135، ج 4، ص 110.

ثانياً- الأثر المترتب على اليمين :

فائدة اليمين قطع الخصومة، و عدم المطالبة في الحال لإبراء الذمة، لكنها لا تُسقط الحق لاحتمال أن يكون الحالف كاذباً.¹

الفرع الرابع: شروط اليمين القضائية

لليمين القضائية شروط ذكرها الفقهاء، و هذه الشروط ما يلي:²

1 - أن يكون الحالف مكلفاً _ بالغاً عاقلاً _ مختاراً، فلا يحلف الصبيّ و المجنون و لا تعتبر يمين النائم و المكروه.

2 - أن يكون المدعى عليه مُنكراً حقّ المدعي، فإن كان مقراً فلا حاجة للحلف.

3 - أن يوجه القاضي اليمين بعد طلب المدعي.

4 - ألا تكون في الحقوق الخالصة لله تعالى كالحُدود و القصاص.

5 - أن تكون اليمين شخصية، فلا تقبل النيابة في اليمين.

6 - أن تكون في الحقوق التي يجوز الإقرار فيها فلا يحلف الوكيل، و الوصي؛ لأنه يصحّ إقرارهم على الغير.

الفرع الخامس: أقسام اليمين فقهاً و قانوناً

أولاً- أقسام اليمين في الفقه الإسلامي:

تنقسم اليمين إلى أقسام كثيرة باعتبارها مختلفة، و الذي يعيننا من هذه التقسيمات في هذه الدراسة تقسيمها باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات، و اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات تنقسم إلى يمين المدعى عليه و يمين المدعي.³

1 - يمين المدعى عليه: تسمى اليمين الدافعة أو اليمين الأصلية أو اليمين الرافعة، و يطلق عليها الحنفية اسم اليمين الواجبة، و هي التي يوجهها القاضي بناءً على طلب المدعي إلى المدعى عليه لتأكيد جوابه عن الدعوى، و تقوية جانبه في موضوع النزاع، و هذه اليمين متفق عليها في جميع المذاهب و مجمع العمل بها، و سُميت بالدافعة لأنها تدفع ادعاء المدعي، و بالرافعة لأنها ترفع النزاع و تقطع الخصومة، و بالواجبة لأنها تجب على المدعى عليه عند طلب

¹ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، ص 683.

² الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 9، ص 226؛ ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 57؛ ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، ج 9، ص 169 - 170؛ اسماعيل الشندي: المرجع السابق، ص 123.

³ فراج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 396.

المدعي، و سميت بالأصلية لأنها المقصودة عند الإطلاق، و هي التي وردت بها معظم النصوص، و ينصرف إليها الذهن لأول وهلة عند عدم التقييد، و هي التي يدور عليها الحديث كوسيلة في الإثبات تعريفاً و أهمية و أحكاماً.¹

2- يمين المدعي: و تنقسم إلى اليمين الجالبة و يمين الاستظهار

أ- اليمين الجالبة: و هي التي يثبت بها الحق عند وجود السبب المقتضي لها، و هذا الأخير قد يكون نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية و طلب ردّها على المدعي على ما سيأتي، و قد تكون أيمان القسامة في القتل و الجراح، و قد يكون عجز المدعي عن إثبات دعواه بشهادة شاهدين و اقتصراره على شاهد واحد...إلى غير ذلك من الأسباب.²

ب- يمين الاستظهار: و تسمى بيمين الاستيثاق، و يسميها المالكية و الحنفية بيمين القضاء و يمين الاستبراء، و هي اليمين التي يؤديها المدعي بناءً على طلب القاضي، لدفع الشبهة و الريبة و الشك و الإحتمال في الدعوى بعد تقديم الأدلة فيها، فاليمين تكمل الأدلة و يثبت بها القاضي من صحة الأدلة.³

ثانياً- أقسام اليمين في القانون:

و اليمين في القانون قضائية و هي التي تكون أمام القضاء، أو غير قضائية و هي التي تخلف أو يتفق على حلها في غير مجلس القضاء⁴، و هذه الأخيرة ليست هي المعنية في هذه الدراسة.

أما اليمين القضائية فنوعان يمين حاسمة و يمين ممتمة⁵:

1- اليمين الحاسمة: هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه حسماً للنزاع، و تعتبر اليمين الحاسمة تصرفاً قانونياً تنهي النزاع، و تكون عند فقد الأدلة في الدعوى، فهي الدليل الكامل بالاحتكام إلى ذمة المحلف و ضميره، و توجه اليمين الحاسمة في كلّ دعوى صحيحة و بطلب الخصم، و يجوز ردّها إلى الخصم الآخر (المادة 343 ق.م).⁶

2- اليمين الممتمة: هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، إلى أحد الخصمين ليتم اقتناعه في موضوع الدعوى، و يرجح بها دليلاً على آخر، و يصدر حكمه بعد ذلك، و لهذا سميت ممتمة، و قيمة اليمين الممتمة محدودة في الإثبات

¹ الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 357، فراج، أحمد حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 396؛ واصل: نظرية الدعوى و الإثبات، ص 132.

² الزحيلي: المرجع نفسه، ص 357 - 358؛ فراج، أحمد حسين: المرجع نفسه، ص 396.

³ محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص 385، أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 397.

⁴ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ص 514-515؛ سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته، ص 737.

⁵ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 262.

⁶ محمد صبري السعدي: المرجع نفسه، ص 263؛ عبد الرزاق السنهوري: نفس المرجع، ج2، ص 515 و ما بعدها.

فلا يلتزم القاضي بتوجيهها إذا طلبها أحد الخصمين، كما لا يلتزم بموجبها بعد آدائها، و لا تعتبر دليلاً مستقلاً في الدعوى، بل تكمل الأدلة المقدمة (المادة 348 ق.م).¹

الفرع السادس: أنواع الحقوق التي يجوز فيها التحليف²

هناك حقوق يجوز فيها اليمين بالاتفاق، و حقوق لا يجوز فيها اليمين باتفاق، و حقوق مختلف فيها:

- فالتى يجوز فيها اليمين باتفاق فهي: الأموال، و ما يؤول إلى الأموال، فيحلف على المدعى به نفيًا أو إثباتًا، وكذا الجنایات و القصاص، و بعض مسائل الأحوال الشخصية.

- و التى لا يجوز فيها اليمين باتفاق: فهي حقوق الله تعالى الخالصة، سواء كانت حدًا __ كالزنا و السرقة __ أو عبادة __ كالصلاة و الزكاة __ إلا إذا تعلق بها حق العباد، فيجوز لأن الحدود تُدفع بالشبهات.³

- و أمّا المختلف فيها: فهي بعض مسائل الأحوال الشخصية، و فيها ثلاثة أقوال:

القول الأول: و به قال فقهاء المالكية⁴، و مفاده أن التحليف لا يجوز في الزواج فقط، لأنه تجب فيه الشهادة و الإعلان، فإذا لم يوجد الشهود لم يصح الزواج، فلا يقبل اليمين.

القول الثاني: و به قال أبو حنيفة⁵ و فقهاء الحنابلة⁶، و مفاده أنه يُستثنى سبع مسائل لا يُستحلف فيها و هي: الزواج و الطلاق، و النسب، و الفیء في الإيلاء⁷، و العتق، و الولاء، و الإستيلاء، و ذلك لأن القصد من اليمين هو النكول عن الحلف، و هذه المسائل لا تجوز فيها الإباحة.

القول الثالث: و به قال الحنفية⁸، و الشافعية⁹، و الحنابلة¹⁰، و مفاده أنه يستحلف المنكر في كل هذا.

¹ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 284؛ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ص 573 و ما بعدها.

² إسماعيل الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 125 - 126.

³ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 9، ص 225 - 226؛ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 31؛ ابن جزير: القوانين الفقهية، ص 259؛ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، ص 686.

⁴ ابن جزير: المرجع نفسه، ص 259.

⁵ الغنيمي: نفس المرجع، ج 4، ص 31؛ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 353.

⁶ البهوتي: كشف القناع: ج 6، ص 567.

⁷ الفیء في الإيلاء هو و هو الرجوع إلى ما حلف على تركه و هو الوطاء، و هو بعد انقضاء مدة الترضص. أنظر الموقع الإلكتروني: ar.wikifeqh.ir

⁸ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 353.

⁹ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 8، ص 316.

¹⁰ ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، ج 9، ص 196.

الرأي الرابع: بعد عرض آراء المذاهب الأربعة و اختلاف أقوالهم في مسألة التحليف، أرى أنّ القول الذي يترجّح اختياره هو القول الثالث و ذلك لعموم قوله ﷺ: " و لكنّ اليمين على المدعى عليه"¹، حيث لم يفرّق بين دعوى و أخرى في وجوب اليمين على المدعى عليه.

¹ سبق تحريجه، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

الفصل الأول

إنباء الزواج نصًّا و تطبيقًا

و اختلاف الزوجين فيه في الفقه

الإسلامي

مَهَيِّدًا :

بعد و أن سبق التفصيل في المفاهيم النظرية للإثبات ، و طرق الإثبات المعتمدة في كلّ من القانون الجزائري و الفقه الإسلامي و ذلك من خلال فصل تمهيدي ، و بعد معرفة موقف التشريع الجزائري من هذه الطرق ، فإنه سيتم التطرق ضمن هذا الفصل الأول إلى الطرق المحددة في الفقه الإسلامي و المنصوص عليها في القانون الجزائري لإثبات الزواج .

و قد تمّ تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث ، حيث سيتم التطرق ضمن المبحث الأول لأحكام الزواج كتمهيد ، و أما المبحث الثاني فالحديث فيه عن بعض القضايا الفقهية و المتعلقة باختلاف الزوجين في ثبوت الزواج بينهما من عدمه في الفقه الإسلامي ، و أما المبحث الثالث فسيتم فيه تفصيل كيفية إثبات الزواج من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري و كذا التطبيقات القضائية ، و يكون ذلك من خلال الإشارة بقدر المستطاع إلى قرارات المحكمة العليا في هذا المجال.

المبحث الأول: أحكام الزواج

قبل الشروع في موضوع إثبات الزواج في كل من الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، لا بأس أن أتناول بعض أحكام الزواج التي تمهد له .

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للزواج

و الكلام فيه عن: تعريف الزواج و مشروعيته و الحكمة منه و وصفه الشرعي.

الفرع الأول: تعريف الزواج لغةً و اصطلاحاً و قانوناً

أولاً- الزواج في اللغة: و يُقصد بهم معانٍ عديدة منها¹:

1 - الصنف و النوع: فكلّ صنفين، أو شكلين، أو نوعين مقترنين زوجان، و يُقال للرجل و المرأة زوجان، فكلّ منهما زوج للآخر، و منه قوله ﷺ: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الذُّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَ الْأُنثَى﴾².

2 - الإقتران و المحالطة: يُقال: زوّج الشيء بالشيء و زوّجه إليه، إذا قرنه إليه، و كلّ شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان، و منه قوله ﷺ: ﴿... وَ زَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾³، أيّ و جعلنا لهم قرينات صالحات، و زوجات من الحور العين⁴، و قال ﷺ: ﴿أَوْ يَزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَ إِنَاثًا..﴾⁵، أيّ يقربهم.

3 - النكاح: بمعنى الضمّ و الجمع يُقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت و انضم بعضها إلى بعض، و النكاح و الزواج بمعنى واحد، يُقال: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً: إذا تزوجها، و أنكح المرأة: زوجه إياها، و منه قوله ﷺ: ﴿.. فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا...﴾⁶.

و النكاح في اللغة يُطلق على العقد و على الوطء، و إنما فرقت العرب بينهما بفرق بسيط، فإذا قالوا: نكح فلانة أو ابنة فلان، أرادوا: عقد عليها، و إن قالوا: نكح امرأته أو زوجته، أرادوا به: الوطء⁷.

¹ ابن منظور: لسان العرب، مج 3، ج 12، ص 1884 و ما بعدها، (مادة زوج): الرازي: مختار الصحاح، ص 117، (مادة زوج): مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، ص 405؛ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 192.

² سورة النجم: الآية 45.

³ سورة الطور: الآية 20.

⁴ الطبري: تفسير الطبري، ج 7، ص 131.

⁵ سورة الشورى: الآية 50.

⁶ سورة الأحزاب: الآية 37.

⁷ ابن منظور: المرجع نفسه، مج 3، ج 12، ص 1886.

ثانياً- الزواج في الاصطلاح: الزواج _ كما سبق _ مُرادف للنكاح، و عرّفه الفقهاء في الاصطلاح بتعريفات مختلفة، إذ لكلّ مذهب فقهي تعريفاً خاصاً به، و ذلك كالآتي:

- فقد عرّفه فقهاء المالكية بأنّه: "عقد حل تمتع بأنثى غير محرم، و مجوسية، و أمة كتابية بصيغة"¹.

- و عرّفه فقهاء الحنفية بأنّه: "عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً"².

- و عرّفه فقهاء الشافعية بأنّه: "عقد يتضمن إباحة و طء بلفظ إنكاح، أو تزويج"³.

- و عرّفه فقهاء الحنابلة بأنّه: "عقد تزويج، أيّ عقد يعتبر فيه لفظ نكاح، أو تزويج، أو ترجمته"⁴.

بعد عرض هذه التعريفات التي ذكرها الفقهاء للزواج، فإنّه يصعب اختيار تعريف بعينه حيث إنّ كلّاً منها لا يخلو من اعتراض، فتعريف المالكية قد ركّز على المرأة التي هي محلّ العقد فقط في التعريف، كما أنّ تعريف الحنفية ذكر أنّ عقد الزواج هو عقد لتملك المتعة، و ليس هذا هو الهدف بل الهدف هو ملك الانتفاع، أمّا الشافعية و الحنابلة فقد قصروا التعريف على بيان حكم الزواج، و الأصل في التعريفات أنّها لبيان المعرف لا لبيان حكمه، إلّا أنّ هذه التعريفات في مجموعها تُفيد أنّ النكاح عبارة عن عقد يتضمن حل استمتاع كلّ من الزوجين بالآخر على وجه مخصوص.⁵

و هو المعنى الذي ذهب إليه الفقيه المعاصر أبو زهرة⁶ في تعريفه بقوله: "عقد يُفيد حلّ العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونها، و يُحدّد ما لكليهما من حقوق، و ما عليه من واجبات"⁷.

ثالثاً- الزواج في نصوص قانون الأسرة:

عرّف قانون الأسرة الجزائري الزواج في المادة الرابعة منه بقوله: "هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب"⁸.

¹ الخطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 5، ص 19.

² الغنمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 3.

³ الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، ص 165.

⁴ البهوتي: الروض المرعب شرح زاد المستنقع، ص 437.

⁵ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 130 - 131.

⁶ هو الشيخ محمد أحمد مصطفى أحمد عبد الله أبو زهرة الششتاوي، واد في 29 مارس 1898م في مدينة الحلة الكبرى، إحدى محافظة الغربية بمصر، نشأ في أسرة كريمة عُنت بولدها، توفي في 19 لايح الأول 1394هـ عن عمر 76 عاماً، من مؤلفاته: الخطابة، تاريخ الجدل، تاريخ الديانات القديمة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره... إلخ. أنظر، الموقع الإلكتروني: www.islamsyria

⁷ أبو زهرة، محمد: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط، د.ت)، ص 17.

⁸ كانت محررة في ظل القانون 11/84 كالاتي: "الزواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

و يلاحظ بمقتضى التعديل الجديد لهذه المادة، اعتبار الزواج عقدًا رضائيًا يقوم أساسًا على الرضا باعتباره العنصر الجوهرى في العقد¹، أيّ مبنياً على إرادة الطرفين و هما الرجل و المرأة²، و بالمقابل استبعد عنه الشكلية التي تُعتبر ركناً أساسياً فيه³، و تخلفها يؤدي إلى نتائج وخيمة سيأتي ذكرها فيما بعد.

كذلك لم يتعرّض هذا التعريف لموضوع الزواج و آثاره القانونية، و لعلّ ذلك راجع إلى الخشية من أن يُظنّ أنّ عقد الزواج في الإسلام موضوع لمجرد الاستمتاع فقط⁴.

الفرع الثاني: مشروعية الزواج و حكمة ذلك

أولاً- مشروعية الزواج: الزواج مشروع، وقد دلّ على ذلك الكتاب، و السنة، و الإجماع.

1- في الكتاب: فآيات كثيرة منها:

- قوله ﷺ: **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ**..⁵

- و قوله ﷺ: **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ**..⁷

2- السنة النبوية: وردت أحاديث كثيرة تدلّ على مشروعية الزواج و تُرغّب فيه، منها:

قوله ﷺ: **"يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَعْصَىٰ لِلْبَصْرِ وَ أَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ"**⁹ ¹⁰.

¹ الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل_دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخادونية، الجزائر، ط 1، 1429 هـ - 2008 م، ص 24.

² حسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2014 م، ص 26.

³ سليمان ولد خصال: الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 20.

⁴ سليمان ولد خصال: المصدر نفسه، ص 20؛ بن صغير، محفوظ: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/25، دار الوعي، الجزائر، د.ط، 1434 هـ - 2013 م، ص 34 - 35.

⁵ سورة النساء: الآية 03.

⁶ الأباي جمع أيم، وهي من ليس لها زوج بكرأ كانت أو ثيبًا، و من ليس له زوج، و هذا في الأحرار و الحرائر، أو هو: الذي لا زوج له من رجال أو نساء، سواء تزوج من قبل أم لا. أنظر، الرازي: مختار الصحاح، ص 14-15.

⁷ سورة النور: الآية 32.

⁸ الباءة، و يقال: الباهة أيضًا، أيّ الجماع، و أصله الموضع الذي يتبوّوه و يأوي إليه، فمن شأن من يتزوج المرأة أن يُبوّها منزلاً، و قيل أيضا مؤن النكاح. أنظر، الفيومي: المصباح المنير، ص 67، مادة (ب و ء).

⁹ وجاء: أيّ وقاية و قاطع للشهوة. أنظر، ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث و الأثر، تحقيق/ محمود محمد الطناحي، المكتبة الإسلامية، ط 1، 1383 هـ- 1963 م، ج 1، ص 160.

¹⁰ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه و وجد مؤنه، حديث رقم 1400، ج 2، ص 10.

3 - الإجماع: فقد أجمع المسلمون على أنّ الزواج مشروع، لأنّ فيه مصالح الدين و الدنيا¹.

ثانياً: الحكمة من مشروعية الزواج:

شرع الله ﷻ الزواج لحكم و معانٍ كثيرة _ دينية و اجتماعية _ و أغراض نبيلة أهمها ما يلي²:

1- السكينة و الطمأنينة في النفس لقوله ﷻ: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴾³.

1 - إعفاف المرء نفسه عن الوقوع في الحرام، و نيل اللذة عن طريق شرعي.

2 - حفظ النوع الإنساني من الزوال و الإنقراض بالإنجاب، و التوالد، و حفظ النسل.

3 - إقامة الأسرة التي يتم بها تنظيم المجتمع، و إيجاد التعاون بين أفرادها، و شيوع التألف و المودة و الرحمة بين أفراد هذه الأسرة تحقيقاً للمصلحة.

الفرع الثالث: الوصف الشرعي للزواج:

يُقصد بالوصف الشرعي ما يُسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي⁴، و هو كون الزواج مباحاً، أو مندوباً، أو واجباً، أو مكروهاً⁵.

و الوصف الشرعي للزواج يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته على القيام بواجباته، و من حيث خشية الوقوع في الزنا، فقد يكون الزواج واجباً، إذا تيقن الإنسان الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، و كان قادراً على مصاريف الزواج و تكاليف ما يلزمه، و قد يكون الزواج حراماً، إذا تيقن الإنسان ظلم المرأة و الإضرار بها لعجزه عن الإنفاق، أو سوء العشرة، و قد يكون مكروهاً، إذا خاف الشخص من الوقوع في الظلم و الضرر خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين.

¹ العثاني: رمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص 211.

² بن شويع، الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 25؛ أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 20؛ إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 132.

³ سورة الروم: الآية 21.

⁴ الحكم التكليفي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تحجييراً، كطلب القيام بالصلاة و طلب الامتناع عن الكذب أو التخيير بين الفعل أو عدمه.

⁵ المباح: هو ما لم يتعلّق بالفعل على وجه الإلزام، المندوب: هو طلب ترك القيام بالفعل من غير إلزام، الواجب: هو طلب القيام بالفعل على وجه الإلزام، المكروه هو طلب ترك القيام بالفعل من غير إلزام. أنظر، الموقع الإلكتروني: elbassair.net

و قد يكون الزواج مُستحباً أو مندوباً، إذا كان الإنسان في حال اعتدال بين هذا و ذاك بحيث لا يخشى على نفسه الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، و لا الظلم إن تزوج، فيكون في هذه الحالة مندوباً إليه عند جمهور الفقهاء، خلافاً لبعض الشافعية حيث قالوا: بأنه مباح.¹

المطلب الثاني: انعقاد الزواج

نظراً لأهمية عقد الزواج و خطورته في المجتمع لكونه يتعلّق بأعراض الناس، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط و المقومات لا ينعقد إلا من خلالها.

و يمكن تقسيم هذه المقومات إلى قسمين هما: مقومات للانعقاد، و مقومات صحّة، فالأولى تسمّى أركان عقد الزواج، و الثانية تسمّى شروط صحّة.²

هذا و سأكتفي بذكرها على سبيل الإشارة فقط دون التفصيل فيها، لأنّها ليست الهدف من هذه الدراسة.

الفرع الأول: انعقاد الزواج فقهاً

أركان الزواج عند فقهاء المالكية³ خمسة وهي: الصيغة (الإيجاب و القبول)، و الزوج، و الزوجة، و الولي، و الصداق؛ و عند فقهاء الشافعية⁴: الصيغة، و الزوج، و الزوجة، و الولي، و الشاهدين؛ و عند الحنابلة⁵ ثلاثة أركان هي: الزوج، و الزوجة، و الصيغة.

أمّا فقهاء الحنفية⁶: فالزواج عندهم له ركن واحد، و هو: الصيغة فإذا وجدت الصيغة فقد وُجد العقد، و ماعدا ذلك فهو من شروط عقد الزواج.

الفرع الثاني: انعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أولاً - أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

لقد حدّد المشرّع الجزائري أركان عقد الزواج في المادة 09 من قانون الأسرة، و التي نصّت على أنّه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فبدون توقّر عنصر الرضا في عقد الزواج يكون العقد منعدم الركن الأساسي

¹ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، ص 23؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 5، ص 363. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 23 و ما بعدها.

² بن شويع، الرشيد: شرح قانون الأسرة المعدّل، ص 54.

³ الدردير: الشرح الكبير، ج 3، ص 13.

⁴ الشرييني: مغني المحتاج، ج 3، ص 188.

⁵ البيهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص 439.

⁶ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 3.

لانعقاده، و يترتب عليه حكم البطلان، وفقاً لنص المادة 33 فقرة 1 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، و بالتالي يجوز لكل واحد من الزوجين أن يدفع ببطلانه¹.

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في هذا الخصوص بقوله: "من المقرر شرعاً أنّ الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً، و من ثمّ فلا تُعتبر العلاقة الغير الشرعية بين الرجل و المرأة زواجاً، و لما كان كذلك، فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"².

و يبدو أنّ المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنفية في جعل الركن الوحيد لانعقاد الزواج الإيجاب و القبول المعبر عنها بالصيغة التي ينشأ بها العقد³، و ما عدا ذلك يُعتبر من الشروط.

ثانياً – شروط صحة الزواج في قانون الأسرة الجزائري⁴:

و يُقصد بها تلك الشروط التي يجب أن تتوافر حتى يكون العقد صالحاً لترتيب الآثار الشرعية له⁵، و هذه الشروط نصت عليها المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج – الصداق – الولي – الشاهدان – انعدام الموانع الشرعية".

و عليه فلكي يتم إبرام عقد زواج صحيح من الناحية القانونية، استلزم القانون جملة من الشروط لصحته، و اعتبره زواجاً فاسداً إذا تمّ الإخلال بها، و يظهر ذلك في المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة بنصها: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يُفسخ قبل الدخول، و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

و كذلك من نص المادة 34 بقولها: "كلّ زواج بإحدى المحرمات يُفسخ قبل الدخول و بعده، و يترتب عليه ثبوت النسب، و وجوب الاستبراء".

¹ محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، ص 104 – 105؛ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة بنوّه الجديد – أحكام الزواج و الطلاق، دار هومة، ط 3، 2011 م، ص 38.

² ملف رقم 34137 بتاريخ 1984/10/08، المجلة القضائية، 1989، العدد 4، ص 79، و يُنظر كذلك: ملف رقم 34438 بتاريخ 1984/09/24، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص 64.

³ محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 105.

⁴ تجدر الإشارة إلى أنّ شروط عقد الزواج في الفقه الإسلامي هي ثلاث أنواع: شروط انعقاد، و شروط صحة و شروط نفاذ. أنظر: عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط 2، 1410 هـ – 1990 م، ص 24.

⁵ طاهري، حسين: الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 24.

و عليه فإذا ثبت هذا: فإن عقد الزواج شأنه شأن أي عقد من العقود التي يحدث فيها نزاع بين العاقدين، فقد يحدث نزاع بين الرجل و المرأة في ثبوت الزوجية بينهما من عدمها، فيدعيه أحدهما و ينكره الآخر.

و لجديّة هذه المسألة _ ثبوت الزوجية من عدمها _ ولخطورة الآثار المترتبة عليها، اهتم كل من القانون و القضاء و الفقه الإسلامي بها، و ذلك بتنظيمها و النص عليها في نصوص قانونية محكمة، و كذلك تأصيلها و تبين أحكامها تبيناً دقيقاً، فما هو رأي كل من القانون و القضاء و الفقه الإسلامي في هذه المسألة .

المبحث الثاني: اختلاف الزوجين في ثبوت الزواج في الفقه الإسلامي

إن عقد الزواج شأنه شأن أي عقد من العقود التي قد يحدث فيها نزاع بين العاقدين، و عليه فقد يحدث نزاع بين الرجل و المرأة في ثبوت الزوجية بينهما أو عدم ثبوتها، فيدعيه أحدهما و ينكره الآخر، فإذا حدث مثل هذا النزاع، فلا يخلو الأمر من أن يدعي الرجل زوجية امرأة، أو تدعي المرأة زوجية رجل، و لكل حالة منها حكم خاص بها أتناوله من خلال مطلبين:

المطلب الأول: ادعاء الرجل للزوجية¹

إذا كان الرجل هو المدعي للزوجية فإنه يتعلّق بهذه الدعوى مسألة مهمّة يجب الإشارة إليها، و هي الصيغة التي تُسمع بها هذه الدعوى بين الإطلاق و التقييد، و ذلك قبل الشروع في البحث فيها و تبين أحكامها، و عليه فإذا ادعى رجل زوجية امرأة، فهل تُسمع منه هذه الدعوى مطلقاً أو أنها تفتقر إلى ذكر شرط صحّة العقد ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال، و سأكتفي بعرض أقوال الفقهاء دون الخوض فيما استدلوا عليه لبناء آرائهم، و ذلك لعدم الإطالة.

القول الأول: يرى أصحابه أنه لا تُسمع هذه الدعوى أمام القاضي حتّى يذكر الرجل في دعواه شروط صحّة العقد، كأن يقول: تزوجتها بولي، و شاهدي عدل، و رضاها، أو كانت الدعوى لمباشرة الزواج كأن يقول: تزوجت بهذه المرأة، أو كانت الدعوى لاستدامة الزواج كأن يقول: هذه زوجتي، و ذهب إلى ذلك² بعض المالكية و أغلبية المنتهين للمذهب الشافعي، وكذلك الإمام أحمد³.

¹ إسماعيل الشنيدبي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 137 إلى غاية 146.

² التيجلاني: شرح البواقيت الثمينة فيما اتى لعالم المدينة في القواعد و النظائر و الفوائد الفقهية، تحقيق / عبد الباقي بدوي، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1425 هـ - 2004 م، ج 2، ص 759؛ الشافعي: الأم، خزج أحاديثه و علّق عليه / محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1413 هـ - 1993 م، ج 5، ص 324؛ النووي: روضة الطالبين، ج 8، ص 293؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 155؛ إسماعيل الشنيدبي: المرجع نفسه، ص 137.

³ ابن قدامة: الكافي، ج 4، ص 326؛ ابن المنجد: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 196.

إلا أنّ فقهاء الحنابلة¹ زادوا على ذلك أنّه يجب على الزوج أن يعين المرأة إذا كانت حاضرة في المجلس، لأنّ اللبس ينتفي بذلك، وإلا بذكر اسمها ونسبها لأنّها لا تتميز إلاً بذلك.²

القول الثاني: خلافاً للقول السابق، لا يُشترط ذلك لصحة سماع الدعوى، فلا يجب ذكر الشروط فيها سواء كانت الدعوى لمباشرة الزواج أو استدامته، وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية³، و عامة المالكية⁴، وبعض الشافعية⁵، والإمامية⁶، و عامة الزيدية⁷.

القول الثالث: يرى أصحابه أنّ ذلك شرط في دعوى مباشرة الزواج فقط دون دعوى استدامته، وإلى هذا ذهب بعض الحنابلة⁸، وهو قول بعض الزيدية⁹ أيضاً.

القول الرابع: يرى أصحابه أنّه في هذه المسألة، يجب التفريق بين الزوجين الغير مقيمين في البلد، و بين المقيمين فيه، فتصحّ دعوى الزواج من الزوجين الغير مقيمين في البلد، حتّى و لم يذكر المدعي شروط صحّة العقد، و لا تصحّ الدعوى من الزوجين المقيمين في البلد إلاً بذكر شروط الصحة، و إلى ذلك ذهب بعض المالكية.¹⁰

و عليه فإذا افترضت وجوب ذكر شروط صحّة العقد لكي تكون الدعوى مسموعة، و ذكر الزوج ذلك في دعواه، فلا تخرج المسألة من أن تقرّ المرأة بالزوجية أو أن تُنكر ذلك، كما أنّها لا تخرج من أن يكون المدعي للزوجية رجلاً واحداً، أو يدعيها رجلان، كما لا تخرج من أن تكون المرأة المدعى عليها امرأة متزوجة أو لا، و المدعي في كلّ هذه الحالات هو الزوج، فإنّما أن تكون معه بيّنة أو لا.¹¹

و سأتناول هذه الحالات، من خلال ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: ادّعاء رجل زوجية امرأة غير متزوجة.

الفرع الثاني: ادّعاء رجل زوجية امرأة في عصمة رجل آخر.

الفرع الثالث: ادّعاء رجلين زوجية امرأة.

¹ البهوتي: كشاف القناع، ج 6، ص 439.

² اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 137.

³ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص 231.

⁴ القرافي: الذخيرة، تحقيق / محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994 م، ج 11، ص 6.

⁵ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 155؛ النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 8، ص 293.

⁶ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق / محمد الباقر البهودي، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، (د.ط. د.ت)، ج 8، ص 260.

⁷ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، ص 378.

⁸ ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 197؛ البهوتي: كشاف القناع، ج 6، ص 439.

⁹ ابن المرتضى: المرجع السابق، ج 4، ص 378.

¹⁰ ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 1، ص 112 – 113.

¹¹ اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 146.

الفرع الأول: ادعاء رجل زوجية امرأة غير متزوجة

إذا ادعى رجل زوجية امرأة غير متزوجة، فإنما أن تُقرّ المرأة هذه الدعوى و تصدّقه على ذلك، أو تُنكر هذه الدعوى و تكذّبه، و لكلّ حالة منها حكم خاص بها أتناوله كآلاتي:

أولاً- إقرار المرأة بالزوجية:

إذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجة له، و أقرت المرأة له بالزوجية، فقد اختلف الفقهاء في قبول إقرار المرأة بالزوجية، أو عدم قبوله على قولين:

القول الأول¹: يرى أصحابه أنه لا يُقبل إقرارها و لا يثبت به الزواج بينهما، و إلى هذا ذهب الإمام الشافعي² و أحمد بن حنبل.

و استدلل أصحاب هذا القول على عدم قبول إقرار المرأة بالزوجية بالمعقول من وجهين:

- 1- أن المرأة مثلها مثل الصبي، ليست من أهل مباشرة عقد الزواج، و بالتالي لا يُقبل إقرارها³.
- 2- أنّ المرأة هنا متّهمة في إقرارها بالزوجية، و ذلك لأنّها تدعي منفعةً، تتمثل في النفقة و الكسوة و السكن⁴.

القول الثاني: يرى أصحابه أنّ إقرار المرأة بالزوجية مقبول، و يثبت به الزواج و التوارث بينهما، و إلى هذا ذهب فقهاء المالكية⁵، و الحنفية⁶، و به قال فقهاء الإمامية⁷.

و لكي تصدّق المرأة عند أصحاب هذا القول، يجب أن يتوفّر فيها ما يلي:

1- أن تكون هذه المرأة غير متزوجة،

2- لا تكون ملتزمة بعدّة،

¹ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 156؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 8، ص 294.

² هو محمد بن إدريس أبو عبد الله القرشي ثم المطلب الشافعي المكي، الغزيّ المولد، الإمام و عالم العصر و ناصر الحديث، فقيه الملة، اتفق مولد الإمام بغزة سنة 150 هـ - 767م، و قد مات أبوه و هو صغير، فانتقلت به أمه إلى مكة و هو ابن سنّتين، و هو ثالث الأئمة الأربعة عند أهل السنة و الجماعة، و صاحب المذهب الشافعي في الفقه الإسلامي، و مؤسس علم أصول الفقه، و إمام في علم التفسير و علم الحديث، كان يتصف بالذكاء و غزارة العلم، و التواضع و الكرم و العبادة، توفي في آخر ليلة من رجب سنة 204 هـ - 820 م و قد بلغ أربعة و خمسين عاماً، له الكثير من المؤلفات أذكر منها: اختلاف مالك و الشافعي، الردّ على محمد بن الحسن، اختلاف العراقيين، فضائل قرين... إلخ، أنظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 10، ص 5 - 6؛ محمد أبو زهرة: الشافعي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2، 1978 م، ص 14.

³ العمراني: المرجع السابق، ج 13، ص 156.

⁴ ابن المفلح: المبدع شرح المنقح، ج 8، ص 376.

⁵ الأزهري: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 2، ص 454.

⁶ الموصل: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 138؛ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ص 228 - 229؛ البهوتي: كشاف القناع، ج 6، ص 440.

⁷ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 8، ص 260.

3- لا تكون أختها متزوجة بالمقتر له و هو الزوج،

4- و لا أن يكون هذا الأخير متزوجاً بأربع نسوة أخريات غيرها.¹

و استدلل أصحاب هذا القول على قبول إقرار المرأة بالزوجية وثبوتها به مع التوارث بينهما، بالمعقول من ثلاثة أوجه:

1- إنَّ المرأة في هذه الحالة قد أقرت بحق عليها، فيقبل إقرارها فيه و كأنَّها أقرت بمال، أو أي حق من الحقوق الأخرى.²

2- إنَّ المرأة راشدة، وأقرت بعقد يلزمها حكمه فيقبل إقرارها فيه.³

3- إنَّ المرأة عند إقرارها بالزوجية تكون قد أقرت على نفسها، فهي غير متَّهمة في هذا الإقرار، فيقبل منها حيث أنَّها لو أرادت مباشرة الزواج لا تُمنع منه.⁴

القول الرابع: بعد عرض أقوال الفقهاء و أدلتهم في المسألة، فالذي يترجح اختياره هو القول الثاني و ذلك لأنَّ الزوج مدعي و المرأة مدعى عليها، و المدعى عليه إمَّا أن يُقرَّ الدعوى و إمَّا أن ينكرها، فإذا أقرَّ أخذ بإقراره، و ذلك لأنَّ الإقرار يعدُّ من أقوى وسائل إثبات الحقِّ — كما سبق تبينه —

كما أنَّها بذلك قد تصادقا على العقد، و التصادق على العقد أثبت من البيِّنة.⁵

و عليه فتمت تثبت الزوجية بالإقرار ثبتت أحكامها و توابعها، و المتمثلة في أن يلتزم الزوج بالنفقة على زوجته، و تحرّم على أصوله و فروعها، و يحرّم عليه كذلك التزوُّج بأصولها مطلقاً، و بفروعها إذا دخل بها، و إذا مات أحدهما ورثه الآخر.⁶

ثانياً- إنكار المرأة للزوجية

أمَّا إذا أنكرت المرأة دعوى الزوجية المرفوعة من قبل الرجل، فنكون أمام حالتين: إمَّا أن يكون مع الرجل بيِّنة على هذه الدعوى أو لا يكون معه بيِّنة، و لكلِّ حالة منها حكم خاص بها أبيَّنه فيما يلي:

¹ بدران، أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، (د.ط. د.ت)، ص 290.

² ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج 8، ص 376.

³ ابن قدامة: المغني، ج 6، ص 360.

⁴ ابن المفلح: المرجع السابق، ج 8، ص 376.

⁵ الشندي: اختلاف الزوجين في الفقه الإسلامي، ص 152.

⁶ بدران، أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 290.

الحالة الأولى: ادّعاء الرجل للزوجية مع عدم البيّنة

إذا ادّعى رجل زوجية امرأة، فأنكرت ذلك، و لم يكن معه بيّنة على دعواه، فالقول قول المرأة في إنكار الزوجية، و لا يؤخذ بعين الاعتبار ادّعاء الرجل للزوجية عند جمهور الفقهاء من الحنفية¹، و المالكية²، و الشافعية³، و الحنابلة⁴، و الإمامية⁵، و الزيدية⁶.

و لكن السؤال الذي يطرح: هل يجب تحليف المرأة في هذه الحالة، أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يرى أصحابه أنّ القول هو قول المرأة بدون يمين، و إلى هذا ذهب أبو حنيفة⁷ و فقهاء المالكية⁸، و بعض فقهاء الحنابلة⁹.

استدلّ أصحاب هذا القول على عدم وجوب اليمين على المرأة في إنكارها الزواج بالمعقول من وجهين:

1 - إنّ فائدة اليمين هو النكول، و هو بمنزلة الإباحة، و النكاح لا تصحّ استباحته فلم يُستحلف فيه، فالنكول ليس بحجة قوية، إنّما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوف الشخص من اليمين، أو للجهل بحقيقة الأمر، أو للحياء من الحلف، و بالتالي لا يمكن استناداً عليها أن يعطى بها أمراً فيه خطر و إثم كبير، و يُمكنُ الرجل من وطء امرأة يُحتمل أن تكون أجنبية عليه¹⁰.

2 - إنّ كلّ دعوى لا تثبت إلّا بعدلين، و بالتالي لا يجب التّحليف¹¹.

¹ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 112؛ الغنمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 31.

² ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 185.

³ الشافعي: الأم، ج 6، ص 324؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 157.

⁴ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 342؛ البهوتي: كشاف القناع، ج 6، ص 440.

⁵ المحقّق الحلبي: شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج 4، ص 107.

⁶ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمناهب علماء الأمصار، ج 4، ص 404.

⁷ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 112.

⁸ ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 185.

⁹ ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 169.

¹⁰ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 112؛ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 157.

¹¹ الدردير: الشرح الكبير، ج 3، ص 186.

القول الثاني: يرى أصحابه أنّ القول هو قول المرأة مع يمينها أنّها ليست زوجةً لهذا الرجل، و إلى هذا ذهب الحنفية¹، و بهذا قال الشافعي²، وكذلك فقهاء الإمامية³ و الزيدية⁴.

استدلّ أصحاب هذا القول على وجوب اليمين على المرأة في إنكار الزواج، بالسنة و المعقول⁵:

1- من السنة: أنّ حديث النبي ﷺ بقوله: " البَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِيِ وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ " ⁶ جاء عاماً و شاملاً، و أوجب اليمين على المدعى عليه، و لم يخص يمينه في دعوى معينة⁷.

2- من المعقول:

- إنّ دعوى الزوجية هي دعوى صحيحة في حقّ للعباد، و بالتالي يُستحلف فيه كالمال⁸.

- كما أنّ النكول يدلّ على كون الممتنع عن اليمين كاذباً في إنكاره، و بالتالي يُعتبر إقراراً، و الإقرار يجوز في النكاح، فوجب اليمين استناداً لهذا⁹.

القول الرابع:

بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة و أدلّتهم، فالذي يترجح اختياره هو القول الثاني القائل بوجوب اليمين على المرأة إذا أنكرت الزواج، و ذلك لعموم حديث الرسول ﷺ و قوله: " و اليمين على المدعى عليه " ¹⁰، كما أنّه حقّ للعباد فيستحلف فيه كسائر الحقوق.

فإذا حلفت المرأة على عدم الزوجية، سقطت دعوى الرجل للزوجية، و إن امتنعت عن اليمين زوّدت على الرجل، فإن حلف ثبت الزواج بينهما، و هذا عند الشافعي¹¹، و به قال فقهاء الإمامية¹².

¹ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 112؛ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 31.

² الشافعي: الأمّ، ج 6، ص 324؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 157.

³ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 8، ص 260، المحقّق الحلبي: شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج 4، ص 107.

⁴ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، ص 404.

⁵ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى في الفقه الإسلامي، ص 158.

⁶ سبق تخريجه، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

⁷ الشافعي: الأمّ، ج 6، ص 324. ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 342؛ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، ص 404.

⁸ ابن قدامة: المرجع نفسه، ج 4، ص 342؛ وله: المغني، ج 9، ص 197.

⁹ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 112؛ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 31.

¹⁰ سبق تخريجه، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

¹¹ الشافعي: الأمّ، ج 6، ص 325؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 157.

¹² الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 8، ص 260، المحقّق الحلبي: شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج 4، ص 107.

و ذهب أبو حنيفة¹ و فقهاء الحنابلة² إلى أنه لا يقضى بالنكول، و لكن تُحبس حتى تُقتر أو تحلف، و عند أبي يوسف³ و محمد⁴ يقضى بنكول المرأة و يلزمها الزواج⁵.

الحالة الثانية: ادعاء الرجل للزوجة مع وجود البيّنة

إذا استطاع الزوج إقامة البيّنة على أنّ هذه المرأة هي زوجته، فإنّ الزواج يثبت بينها بناءً على هذه البيّنة⁶، سواء كانت البيّنة وثيقة زواج رسمية أو شهود على الزواج، و يستوي ما لو كان الشهود هم اللّذين عاينوا العقد و شهدوا عليه، أو شهود تسامع⁷.

و بالتالي إذا ثبتت الزوجية بينها ثبتت أحكامها، و يلزم الزوج نفقة زوجته، و تُحرّم على أصوله و فروعها و يُجرّم عليه التزوُّج بأصولها مطلقاً، و فروعها إن دخل بها، و إن مات أحدهما ورثه الآخر⁸، و غير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج الصحيح.

الفرع الثاني: ادعاء رجل زوجية امرأة في عصمة رجل آخر - متزوجة

صورة هذه الحالة، أن يعقد الرجل على امرأة معيّنة و هي معه في بيته، فيأتي رجل آخر و يدّعي أنّها زوجته، و هذه الدّعى لا يُعتدّ بها إلا إذا كان مع المدّعي بيّنة⁹.

فإذا أقام كلّ منهما بيّنته على أنّ هذه المرأة زوجته، فهل تُقدّم بيّنة الرجل الّذي هي في عصمته، أم لا؟

اختلاف الفقهاء على رأيين:

القول الأول: أنّه لا تُقدّم بيّنة من هي في عصمته، بل يُنظر في البيّنتين:

¹ المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، اعتنى به /أبْنُ صالحِ شعبان، المكتبة التوفيقية، القاهرة، (د.ط، د.ت). ج 2، ص 201.
² ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 197.
³ هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري المشهور بأبي يوسف، و لد سنة 113 هـ في الكوفة، و هو من تلاميذ الإمام أبي حنيفة حيث تفقّه منه، و مُنح لقب قاضي القضاة، توفي في عصر هارون الرشيد سنة 182 هـ، من مؤلفاته: الردّ على سير الاوزاعي، اختلاف أبي حنيفة و ابن أبي ليلى، الآثار... إلخ، أنظر، الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 8، ص 535 و ما بعدها.
⁴ هو ابن فرقد العلامة فقيه العراق أبو عبد الله الشيباني الكوفي، صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط (و هي محافظة تقع في العراق) سنة 132 هـ - 189 م، و نشأ بالكوفة، و أخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، و تمّ الفقه على القاضي أبي يوسف، من مؤلفاته: الجامع الصغير، الزيادات، اليسر الكبير... إلخ، أنظر، الذهبي: المصدر نفسه، ج 9، ص 135-136؛ الموقع الإلكتروني: ar.wikipedia.org
⁵ المرغيناني: المرجع السابق، ج 2، ص 201.
⁶ الخطاب: مواهب الجليل، ج 5، ص 227.
⁷ إساعيل الشنديدي: هامش ص 161.
⁸ بدران، أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 290.
⁹ إساعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدّعى، ص 163.

1 - إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين (أي بدون تاريخ) فقد تعارضتا فتسقطان، و لا يمكن القول هنا بالقسمة أو القرعة¹.

- و إن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين، قُدمت البيّنة التي سبق تاريخها، و بهذا قال فقهاء الشافعية²، و قد ذكر فقهاء المالكية³ أنّ البيّنة التي سبق تاريخها إن كانت غير كاملة كما لو جاء المدعي بشاهد واحد، فإنّ القاضي في هذه الحالة يأمر الرجل التي هي في عصمته بأن يعتزلها حتى يأتي هذا المدعي بشاهده الثاني الذي زعم أنه غائب غيبة لا ضرر عليها في انتظاره، فإن جاء بشاهده عملاً بالشهادة و يفسخ الزواج الأول و تُردّ إلى عصمة المدعي، و لا يقربها إلا بعد استبرائها من الأول إن كان وطئها، و إن لم يأت بالشاهد الثاني تبقى الزوجة في عصمة زوجها، و لا يمين عليه و لا عليها لأجل الشاهد الذي أقامه المدعي.

القول الثاني: يرى أصحابه أنّه تُقدّم بيّنة الرجل التي هي في عصمته، لأنّ ذلك يعدّ دليلاً على سبق عقده، و بهذا قال فقهاء الحنفية⁴.

الرأي الرابع:

بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة، فالذي يترجّح اختياره هو القول الأول، لأنّه يمكن افتراض أن تكون المرأة متزوجة برجل فتخرج من بيته ناشرة، و تذهب إلى بلد آخر و توهم غيرها من الرجال أنّها خالية من الموانع، فيعقد عليها أحد من الرجال بناءً على صدقها، فيعلم بذلك الزوج الأول، فإن أقام البيّنة على سبقه بالعقد كانت زوجته و هو أحقّ بها⁵.

الفرع الثالث: ادّعاء رجل زوجية امرأة غير متزوجة وهي بدورها في نفس الوقت تدّعي زوجية رجل غيره صورة هذه الحالة، أن يدّعي محمد على امرأة معيّنة أنّها زوجة له، فننكر المرأة ذلك، و تدّعي في نفس الوقت أنّها زوجة لعمر، و يقيم كلّ من الرجل و المرأة بيّنة على دعواه، فيقيم محمد البيّنة على أنّ هذه المرأة زوجته، و تقيم المرأة البيّنة على أنّها زوجة لعمر، فإن حدثت مثل هذه الدعوى فأيهما تقدم بيّنته أولاً ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

¹ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 8، ص 296.

² النووي: المرجع نفسه، ج 8، ص 296.

³ الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 1، ص 452.

⁴ ابن نجيم: الأشباه و النظائر، ص 131.

⁵ إسماعيل الشديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 165.

القول الأول: يرى أصحابه تقديم بيّنة الرجل على بيّنة المرأة، و إلى هذا ذهب فقهاء الحنفية¹، و ابن حداد² من الشافعية³، و ابن المرتضى⁴ من الزيدية⁵.

و استدلّ أصحاب القول الأول على تقديم بيّنة الرجل على بيّنة المرأة بما يلي:

1 - أنّ حقّ الرجل في النكاح أقوى من حقّ المرأة، فإن شاء أمسكها و إن شاء طلقها، و ما دام جانبه أقوى فالعمل ببيّنته أولى⁶.

2 - كما أنّ بيّنة الرجل هنا استندت إلى صيغة صحيحة في الدعوى، بخلاف دعوى المرأة⁷.

القول الثاني: يرى أصحابه أن البيّنتين هنا تسقطان و لا يعمل بأيّ منهما، و إلى هذا ذهب بعض الشافعية⁸، و الإمام يحيى من الزيدية⁹.

و استدلّ أصحابه على سقوط البيّنتين بما يلي:

1 - أنّه يتعدّر الأخذ بالبيّنتين في هذه الحالة لتعارضهما، و لا ترجيح لأيّ منهما على الأخرى و بالتالي تسقطان¹⁰.

2 - أنّ كلّ واحدة من البيّنتين معمول بها لو سلّمت من تعارض الأخرى، أمّا وقد تعارضتا حيث كدّبت بيّنة المرأة بيّنة الرجل أو العكس، فإنّهما في هذه الحالة يحكم عليهما بالسقوط كسائر صور التعارض¹¹.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 7، ص 399

² هو الإمام العلامة الثبت، شيخ الإسلام عالم العصر أبو بكر، محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر، الكنازي المصري الشافعي ابن حداد، ولد سنة 264 هـ، كان تقياً متعبداً، يحسن علوماً كثيرة: علم القرآن و علم الحديث و اختلاف العلماء و النحو و اللغة و الشعر... توفي سنة 345 هـ و قيل سنة 344 هـ، صنف كتاب أدب القاضي في أربعين جزءاً، و كتاب الفرائض في مئة جزء. أنظر، الذهبي: سير أعلام النبلاء، ص 446 و ما بعدها.

³ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 5، ص 572.

⁴ هو أحمد بن يحيى بن المرتضى المهدي لدين لله، أحد الأئمة الزايديين اللامعين، ولد في دمار، باليمن جنوبي صنعاء، سنة 763 هـ - 1362 م، و توفي ببلدة الظفير في جبل حجة غربي صنعاء، و دفن هناك، سنة 840 هـ - 1437 م، من مؤلفاته: عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، الشافية شرح الكافية... إلخ. أنظر، الموقع الإلكتروني:

ar.wikipedia.org

⁵ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 129.

⁶ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 5، ص 572.

⁷ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 129.

⁸ النووي: المرجع السابق، ج 5، ص 572.

⁹ ابن المرتضى: المرجع السابق، ج 3، ص 129.

¹⁰ ابن المرتضى: المرجع نفسه، ج 3، ص 129.

¹¹ الرافعي: الشرح الكبير، ج 8، ص 225.

القول الرابع:

بعد عرض آراء الفقهاء و أدلتهم في هذه المسألة، فالذي يترجح اختياره هو القول الثاني، و ذلك لأنّ كلّ بيّنة إذا أخذناها على حدى عمّل بها، إضافةً إلى ذلك عموم حديث النبي ﷺ بقوله: "البيّنة على المدعي"¹، فالرجل - الذي يدعي الزوجية - يعتبر مدعي بالنسبة للمرأة، و المرأة بدورها تعتبر كذلك مدعية بالنسبة للرجل - غير الأول - و بالتالي لماذا يجب تقديم بيّنة الرجل على المرأة.

و قريب من هذه المسألة: لو أقام الرجل بيّنة على أنّه تزوج بامرأة، و عقد عليها عقداً صحيحاً، فأقامت أختها على هذا الرجل البيّنة بأنّه عقد عليها، فإن البيّنة في هذه الحالة هي بيّنة الرجل، و لا تؤخذ بعين الاعتبار بيّنة أخت المرأة، إلا إذا كانت بيّنتها قبل بيّنة الرجل، أو أن تكون بيّنتها أقوى كأن يكون قد دخل بها، فإن ثبت أحد هذين الشئيين أبطلت بيّنة الرجل.²

الفرع الرابع: ادعاء رجلين زوجية امرأة

إذا تنازع رجلان في زوجية امرأة، و أقام كلّ واحد منهما بيّنة تشهد له بأنّ هذه المرأة زوجة له، فنكون أمام حالتين: إما أن تكون بيّنة كلّ منهما مؤرخة أو لا تكون كذلك.

أولاً- إن كانت البيّنتان مؤرختين: فإما أن يتفق تاريخهما أو يختلف:

1- **فإن اتفق تاريخهما:** كأن كانتا في يوم واحد مثلاً، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية³، و الحنابلة⁴، و الزيدية⁵ إلى سقوط البيّنتين في هذه الحالة لتعارضهما و تعذر العمل بهما، إذ أنّ المحلّ - وهي المرأة - لا يقبل الاشتراك، و بالتالي يُفترق بين المرأة و الرجلين، و يفسخ زواجهما، و لا ترجيح لأيّ من البيّنتين هنا لكون المرأة في بيّنته أو في عصمته، و لا لكونه دخل بها، و لا مجال للقسمة أو القرعة في هذه الحالة.

و يلحق نفس الحكم و هو سقوط البيّنتين إذا كان تاريخ البيّنتين مجهولاً أو لم يؤرّخ.

و ذهب فقهاء الحنفية⁶ إلى ما ذهب إليه الجمهور من سقوط البيّنتين إن اتفق تاريخهما، أو كان تاريخهما مجهولاً، إلى أنّهم خالفوهم و استثنوا من ذلك:

¹ سبق تخريجه أنظر الصفحة 16 من هذه المذكرة.

² إسماعيل الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 170.

³ الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، ج 1، ص 453.

⁴ ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 212.

⁵ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 129.

⁶ الدماقندي: جمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، ص 273؛ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 32؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 117-118.

أ- إذا كانت المرأة على قيد الحياة: وكانت في بيت أحد الرجلين، أو دخل بها أحد منهما، فذهبوا إلى ترجيح بيّنة الرجل التي هي في بيته أو من دخل بها، على بيّنة الرجل الآخر، لأنّ تمكُّنه من الدخول بها و نقل المرأة إلى بيته دليل على سبق عقده، إلا إذا أثبت الرجل الآخر أنّه تزوّجها قبله فيكون هو الأولى، فإن لم يوجد شيء من ذلك يُرجع إلى تصديق المرأة¹.

ب- إذا كانت المرأة متوفّاة: فُضي بالزواج بينهما، و على كلّ منهما نصف المهر و يرثان ميراثاً واحداً.²

أمّا إذا أقرت لأحد الرجلين أو صدّقته، فتعتبر زوجةً له عند فقهاء الحنفية³، و الزيدية⁴، خلافاً للمالكية⁵ و الحنابلة⁶، حيث قالوا: لا يُقبل إقرارها لواحد منهما.

2- إن اختلف تاريخ البيّنتين: فإنه يُقدّم أسبقهما تاريخاً باتفاق جمهور الفقهاء⁷، و ذلك لأنّ النكاح المتأخر باطل.

المطلب الثاني: ادعاء المرأة للزوجية⁸

إذا كانت دعوى الزوجية مرفوعة من المرأة على الرجل، فلا تخرج هذه المسألة عن أن يقترن بهذه الدعوى طلب حق من حقوق الزواج، كالصداق و النفقة و الميراث، أو لا يقترن بها شيء من ذلك:

1- فإن كانت الدعوى مقترنة بطلب حق من حقوقها، فقد اتفق الفقهاء على أنّ هذه الدعوى مسموعة⁹، و ذلك لأبّتها تدعي حقاً لها تضيفه إلى سبب الدعوى و بالتالي تُسمع دعواها¹⁰.

2- أمّا إذا لم تقترن دعوى المرأة بطلب حق من حقوقها، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

¹ الدمادفاندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، ص 273؛ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 32؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 117-118.

² الغنيمي: المرجع نفسه، ج 4، ص 32.

³ المرجع نفسه، الجزء نفسه، الصفحة نفسها.

⁴ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 129.

⁵ الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، ج 1، ص 453.

⁶ ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 212؛ البيهقي: كشاف القناع، ج 6، ص 440.

⁷ الدمادفاندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، ص 273؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 2، ص 117؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 5، ص 431؛ البيهقي: كشاف القناع، ج 6، ص 440؛ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 129.

⁸ اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 175.

⁹ ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 197؛ ابن المرتضى: المرجع السابق، ج 4، ص 387؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 157؛ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 8، ص 260.

¹⁰ ابن قدامة: المرجع نفسه، ج 9، ص 197؛ ابن المرتضى: المرجع نفسه، ج 4، ص 387.

القول الأول: يرى أصحابه أنّ هذه الدعوى تُسمع من قبل المرأة، وذلك لأنّ للمرأة في الزواج حقوقاً تتمثل في الصداق، و النفقة، والميراث، و نسب الأولاد، و بالتالي أصبحت دعواها للزواج متضمنة لدعوى هذه الحقوق، و بهذا قال بعض الشافعية¹، و بعض الحنابلة²، و بعض الزيدية³، و الإمامية⁴.

القول الثاني: يرى أصحابه أنّ هذه الدعوى لا تُسمع من قبل المرأة، لأنّ الزواج حقّ للزوج عليها، فلا تُسمع دعواها حقاً لغيرها، لأنّ الملك للزوج، و من أقرّ لغيره بملك له، و أنكر المقر له لم يُقبل إقراره، و بهذا قال البعض الآخر من الشافعية⁵، و الحنابلة⁶، و الزيدية⁷.

القول الرابع:

بعد عرض آراء الفقهاء في هذه المسألة، فالذي يترجح اختياره هو القول الأول و القائل بسماع دعوى المرأة، و ذلك لأنّ حتى و إن لم تكن دعوى المرأة مقترنة بحقّ النفقة، و الصداق، و الميراث، و نسب الأولاد، فهي حقوق متعلّقة و متصلة بالدعوى ضمناً، و تُعتبر من توابعها، و تترتب عليها إن كانت الدعوى صحيحة و أنتجت أثرها.

و لكن هل يجب ذكر شروط صحّة العقد في دعوى المرأة للزوجية لكي تكون الدعوى صحيحة و مسموعة؟

هو نفس الخلاف المذكور سابقاً في دعوى الرجل.

فإذا ثبت هذا، فلا تخرج هذه المسألة عن حالتين: إمّا أن يقتر الرجل هذه الدعوى، و إمّا أن ينكرها.

الفرع الأول: إقرار الرجل بالزوجية

فإن أقرّ الزوج هذه الدعوى، ففي هذه الحالة يثبت الزواج بينهما لتصادقها عليه بشرط ألا يكون هناك مانع من موانع الزوجية، أمّا إذا كان هناك مانع من موانع الزوجية، كما لو كان المقرّ متزوجاً بمحرم لها _ كأختها أو عمّتها _ أو متزوجاً بأربع نسوة أخريات غيرها، أو كانت مجوسية، أو متزوجة بغيره أو في عدّته، فلا تثبت الزوجية بينهما لوجود المانع منها.⁸

¹ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 8، ص 295؛ العمراني: في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 157 - 158.

² ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام حنبل بن حنبل، ج 4، ص 327 و له: المغني على شرح الخرقي، ج 9: ص 197.

³ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، ص 387.

⁴ الطوسي: المرجع السابق، ج 8، ص 260.

⁵ العمراني: المرجع السابق، ج 13، ص 157.

⁶ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام حنبل بن حنبل، ج 4، ص 327؛ و له: المغني على شرح الخرقي، ج 9: ص 198.

⁷ ابن المرتضى: المرجع السابق، ج 4، ص 387.

⁸ بدران، أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 290.

الفرع الثاني: إنكار الرجل للزوجية

و إن أنكر الزوج هذه الدعوى، فلا يخرج الأمر في هذه المسألة: من أن يكون مع المرأة بيّنة على دعواها أو لا يكون معها بيّنة، و لكلّ حالة منها حكم خاص أبيّنه فيما يلي:

أولاً- حالة أن لا يكون مع المرأة بيّنة على دعواها: إذا أنكر الزوج الدعوى المرفوعة من قبل المرأة، و لم يكن معها بيّنة، فالقول قول الرجل في إنكار الزواج، و لا تؤخذ بعين الاعتبار دعوى المرأة للزوجية، وذلك عند جمهور الفقهاء من المالكية¹، والحنفية²، والشافعية³، والحنابلة⁴، والإمامية⁵، والزيدية⁶.

و لكن، هل يجب تحليف الرجل في هذه الحالة ؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان، كما سبق في دعوى الرجل للزوجية⁷.

و عليه فإن ثبت هذا، فله أن يتزوج أختها أو أربعاً سواها.

ثانياً- حالة أن يكون مع المرأة بيّنة على دعواها: إذا أقامت المرأة بيّنة تشهد لها بوجود الزواج بينها و بين الرجل، ففي هذه الحالة تثبت لها جميع توابع و حقوق الزواج من صداق، و نفقة، و ميراث، و نسب، أمّا دخوله بها و إباحتها له فهذا الأمر مبني على مدى صدقها في هذه الدعوى، لاحتمال أن تكون قد جاءت بشهود زور، و القاضي إنّمّا يحكم بالظاهر.

فإن علم الرجل أنّ هذه المرأة هي زوجته حقيقة حلّت له، لأنّ إنكاره للزوجية لا يعدّ طلاقاً و لم ينوي به الطلاق، أمّا إذا علم أنّ هذه المرأة ليست زوجته، إمّا لعدم العقد عليها، أو لبيئتها منه لم تحلّ له⁸.

¹ ابن جزىء: القوانين الفقهية، ص 185.

² الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 31؛ المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، ج 3، ص 318.

³ الشافعي: الأم، ج 6، ص 324؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 13، ص 157.

⁴ ابن قدامة: المغني على شرح الخرشي، ج 9، ص 198؛ البهوتي: كشف القناع، ج 6، ص 440.

⁵ المحقق الجلي: شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج 4، ص 170.

⁶ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، ص 404.

⁷ انظر الصفحة 57 و 58 من هذه المذكرة.

⁸ ابن قدامة: المغني، ج 9، ص 198؛ البهوتي: كشف القناع، ج 6، ص 440؛ ابن الملح: المبدع شرح المتع، ج 8، ص 197.

المبحث الثالث: إثبات الزواج نصاً وتطبيقاً

قبل البدء في تبين كيفية إثبات الزواج، يجب الإشارة إلى نقطة مهمّة و هي ضرورة التفرقة بين التصرفات القانونية و الوقائع المادية في الإثبات، و ذلك لأنّ الأصل في إثبات التصرفات القانونية هو الكتابة¹، أمّا الوقائع المادية فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، و ذلك لأنّ طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معيّن من الأدلّة².

و عليه فإنّ عقد الزواج الذي يتمّ تحريره و تسجيله أمام الموظف المؤهل قانوناً، هو عبارة عن تصرف قانوني، أداة إثباته هي الوثيقة الرسمية التي لها صفة المحرر الرسمي، و التي تُعتبر الوسيلة الأصلية لإثبات الزوجية³، و هذا ما نصّت عليه المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يثبت الزواج بمستخرج من سجلّ الحالة المدنيّة...".

أمّا إذا تمّ إبرام عقد الزواج طبقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية، لكن لم يتمّ تسجيله أمام الموظف المؤهل قانوناً، فهنا نكون أمام واقعة مادية، يستوجب إثباتها بجميع طرق الإثبات بعد اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم قضائي يقضي بإثبات واقعة الزواج، و هذا هو مضمون المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري بنصّها على أنّه: "...و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

و للإحاطة بتفاصيل هذه الأحكام، سأنظرُ إلى كيفية إثبات الزواج المسجلّ أو الرسمي في مطلبٍ أول، ثمّ إلى كيفية إثبات الزواج الغير المسجلّ أو الغير رسمي في مطلبٍ ثانٍ، و ذلك كالآتي:

المطلب الأول: المحرر الرسمي كوسيلة لإثبات الزواج المسجلّ أو الرسمي

إذا أردت تعريفاً للزواج المسجلّ أو الرسمي بناءً على ما تمّ توضيحه سابقاً، فسيكون كالآتي: "هو الزواج الذي تمّ إبرامه وفقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية، و تسجيله طبقاً للشروط الشكلية المنصوص عليها قانوناً".

و سبق أن قلت أنّه في حالة ما إذا تمّ تسجيل الزواج في سجلّات الحالة المدنيّة، أمكن وقتها إثباته بمستخرج من سجلّ الحالة المدنيّة، و الذي له صفة المحرر الرسمي.

فما هو المحرر الرسمي؟ و هل أي محرر له قوّة و حجّية في الإثبات؟ أو يجب توفّر شروط معيّنّة لكي يعتدّ بهذا المحرر؟ و إذا سلّمت بذلك و قلت بوجوب توفّر شروط معيّنّة، ما هي هذه الشروط؟ و ما هو جزاء تخلفها أو تخلف بعضها؟ و في حالة توفّرها كلّها في المحرر، ما هي قوّة هذا المحرر في الإثبات؟

¹ إلا استثناءً بالنسبة إلى الصرافات التي لا تتجاوز قيمتها نصاباً معيناً و هو 100.000 دج، و هذا من نصّت عليه المادة 333 من القانون المدني.

² محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنيّة و التجارية، ص 22.

³ العربي بلحاج: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2013 م، ص 461.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي

إذا تمّ توثيق عقد الزواج لدى المصالح المختصة و أصبح مدوّناً لدى الحالة المدنية، رتب هذا العقد جميع آثاره، فأمكن إثباته و الاعتراف به، و أمكن كذلك الاحتجاج به في مواجهة الغير، و ذلك باستظهار نسخة من عقد الزواج مستخرجة من سجلّ الحالة المدنية¹، و سبق أن قلت أن هذا المستخرج له صفة المحرر الرسمي.

فلكي يكون هذا المحرر الرسمي ذات قوة و حجّية في الإثبات، يجب أن تتوفر فيه شروط معينة، يمكن استخلاصها من المادة 324 من القانون المدني و التي تنصّ على أنّ: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة معينة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".

و الظاهر من هذه المادة، أنّه يتعيّن توافر شروط معينة في المحرر الرسمي²، و هي:

أولاً: أن يقوم بتحريره موظف مؤهل قانوناً.

ثانياً: أن يقوم بتحريره في حدود اختصاصاته.

ثالثاً: أن يراعي في تحريره الأوضاع و الأشكال التي أقرها القانون.

و هذا ما سوف أتناوله بالبحث على النحو الآتي:

أولاً- صدور المحرر الرسمي من الموظف المؤهل قانوناً لتحرير عقد الزواج
نصّت المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري³ على ما يلي: "يتمّ عقد الزواج أمام الموثّق أو أمام موظف مؤهل قانوناً و مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

كما أنّه و حسب المادة 3 فقرة 3 من قانون الحالة المدنية: "يكلّف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج".
فضلاً على أنّ المادة 71 من نفس القانون تنصّ على أنّه: "يختصّ بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي...".

و من خلال تحليل هذه المواد، يتّضح لي أنّ المشرّع الجزائري حصر وظيفة أو صلاحية تحرير و توثيق عقود الزواج في شخصين اثنين⁴، أي أنّ للزوجين جهمتان رسميتان فقط لإبرام زواجهما، و هما الموثّق وهو القاضي

¹ عبد العزيز سعد: اجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، دط، 2013 م، ص 127.

² أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2014 م، ص 14.

³ لم تذكر هذه المادة صراحة ضابط الحالة المدنية الذي ورد ذكره مع الموثّق (القاضي) في المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

⁴ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 69.

المكلف بتحرير عقود الزواج و توثيقها¹، بالإضافة إلى ضابط الحالة المدنية، و هو الموظف العمومي لتحرير عقود الزواج و تسجيلها²، هذا بالنسبة للموظف المختص بإبرام عقود زواج المواطنين الجزائريين، أما بالنسبة لعقد زواج الأجانب فإنّ الموظف المختص يمكن أن يكون أيضاً الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي أقام الخطيبان أو أحدهما بدائرة اختصاصه إقامة مستمرة مدّة شهر على الأقل حتى تاريخ انعقاد الزواج³، و هذا ما نصّت عليه المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

و هذا يعني أنّ أيّ عقد زواج يتمّ تحريره من قبل شخص غير الموثق، و غير ضابط الحالة المدنية، و غيرها من المؤهلين قانوناً، يُعتبر تحريراً غير قانوني بل إشهاراً⁴، و لا يمكن الاحتجاج بهذا العقد أمام الجهات الإدارية أو القضائية الجزائرية⁵.

1- الموثق:

نصّت المادة 3 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق بقولها: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولّى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

و نصّت كذلك المادة 72 فقرة 2 من قانون الحالة المدنية على أنه: "يحرّر القاضي عقداً عندما يتمّ الزواج أمامه و يسلم إلى المعنيتين شهادة..".

فمن هاتين المادتين، يتضح أنّ المشرع قد أسند مهمة توثيق عقود الزواج للموثق، و بالتالي يكون إثبات الزواج في هذه الحالة بموجب عقد توثيقي⁶.

و يقصد من لفظ " القاضي " في نص المادة الأخيرة السابقة الذكر الموثق، حيث كان في السابق يعمل داخل المحكمة، فكان يمارس مهامه كقاضي بالإضافة إلى مهمة توثيق العقود، بما فيها عقود الزواج، فهو في تلك الفترة كان غير مستقل عن المحكمة إلى غاية صدور قانون التوثيق لسنة 1988⁷، أين أسندت مكاتب التوثيق إلى موثقين يتولون تسييرها لحسابهم الخاص، و تحت مسؤوليتهم الشخصية، و أصبحت مستقلة عن المحاكم⁸.

¹ و هذا ما نصّت عليه المادة 5 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 و المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

² بلحاج، العربي: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 452.

³ سعد عبد العزيز: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، دط، 2011، ج 2، ص 63.

⁴ بلحاج، العربي: المرجع نفسه، ص 453.

⁵ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 70.

⁶ الغوثي بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2008، ص 70.

⁷ وهيبه بوطيش: الشكلية في عقد الزواج، (مذكرة ماجستير)، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، دت، ص 12.

⁸ أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات، ص 17.

و عليه فإنه يجب على الموثق أن يحترق عقداً بذلك و يسجله في سجلاته المعدّة لتسجيل عقود الزواج، ثمّ يسلم إلى الزوجين شهادة تثبت انعقاد زواجهما أمامه وفقاً للقانون و هذه الشهادة تسمى "لغيف زواج"¹، ثمّ يرسل خلال ثلاثة أيام ملخّصاً عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية، و هذا الأخير يجب عليه أن يقوم بتقييد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية المخصّص لتسجيل عقود الزواج، و ذلك خلال مهلة مدتها خمسة أيام ابتداءً من تاريخ استلامه، ثمّ يسلم الزوجين دفترًا عائليًا، كما يجب أن يؤشّر بهذا الزواج على هامش سجل ميلاد كلّ من الزوج و الزوجة²، و هذا ما أشارت إليه المادة 72 من قانون الحالة المدنية.

غير أنّ عدم قيام الموثق بحرّ العقد بتسجيله و قيده بدفاتر الحالة المدنية بمصالح البلدية، لا يؤثّر على صحّة الزواج الذي تضمّنه العقد، إذا تمّ الزواج برضا الزوجين، و بولي، و شاهدين، و حدّد الصداق في العقد المبرم أمام الموثق³، و هذا ما أكّده قرار المحكمة العليا بقوله أنّ: "عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية، لا يؤثّر على صحّة الزواج"⁴.

2- ضابط الحالة المدنية:

سبق القول أنّ المشرّع الجزائري لم يوضّح من هو الموظف المؤهل قانونًا المنصوص عليه في المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري، مثل ما فعل و بيته في نصّ المادة 71 من قانون الحالة المدنية.

إذن يُقصد بالموظف المؤهل قانونًا في المادة 18 من قانون الأسرة حسب ما نصّت عليه المادة 1 من قانون الحالة المدنية، ضابط الحالة المدنية، و التي عرفته بقولها: "لنّ ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه، و في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية".

فهذه المادة جاءت و ميّزت بين الموظف المؤهل قانونًا لإبرام عقد الزواج داخل الجزائر و خارجها، و سأفصّل في ذلك على النحو الآتي:

¹ عرفت المحكمة العليا عقد اللغيف بصفة عامة على أنّه: "عقد عرفي يحترق أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف و الشهود فقط، و من ثمة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ منعدم الأساس القانوني". انظر، ملف رقم 68467 بتاريخ 1990/10/21، المجلة القضائية 1992، العدد الأول، ص 48.

² سعد، عبد العزيز: نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج 2، ص 64.

³ العربي بلحاج: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 453.

⁴ ملف رقم 396339 بتاريخ 2007/06/13، المجلة القضائية، العدد 1، 2008، ص 253.

أ- ضباط الحالة المدنية داخل الجزائر:

و هم من حيث الأصل رئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه، و استثناءً هو العون البلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة و البالغين على الأقل 21 سنة، و هم الذين يفوضهم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت مسؤوليته¹.

و عليه فإذا وقع انعقاد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية وفقاً للشروط المنصوص عليها قانوناً، فإنه يجب عليه أن يسجل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية فوراً، و أن يسلم الزوجين دفترًا عائلياً يؤكد و يثبت صحته و شرعية العقد و تسجيله².

و ما يلاحظ في هذه المسألة، أن تسجيل عقود الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أصبح غير مقبول من طرف الكثير من المواطنين، و السبب في ذلك راجع إلى ما يعترى هذا العقد من نقص من الناحية القانونية، و بسبب مخالفته لتقاليد و أعراف مجتمعتنا الذي تعود لعشرات أو مئات السنين على إضفاء الصبغة الدينية على عقود الزواج، و على قراءة الفاتحة و إبرام عقد الزواج بين يدي إمام، و بحضور جماعة من كبار القوم المشهود لهم بالأمانة و الصدق، إلى جانب ذلك أن إبرام عقد الزواج بين يدي ضابط الحالة المدنية بالبلدية لا يوقر ضمان كافة الشروط اللازمة شرعاً و قانوناً لانعقاد الزواج، بحيث أنه لا يضمن تسمية مقدار الصداق و نوعه، و لا تسجيل الشروط التي يجوز أن يشترطها أحد الزوجين، كما لا يضمن حضور شاهدين عدلين و لا رضا الولي³.

ب- ضباط الحالة المدنية خارج الجزائر:

و هم رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة القنصلية، و رؤساء المراكز القنصلية⁴، فإذا كان طالبا الزواج من الرعايا الجزائريين المقيمين في البلد الأجنبي، و جب أن يحرر عقد الزواج في هذا البلد طبقاً للقانون الجزائري، و هذا ما نصت عليه المادة 96 من قانون الحالة المدنية و التي جاء فيها: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي، يعتبر صحيحاً إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقاً للقوانين الجزائرية".

و يبدو أن المشكلة في الجزائر معقدة مع وجود جهات متعددة لإبرام عقد الزواج، حيث نجد ضابط الحالة المدنية و الموثق و الإمام⁵، و لهذا فإنه ينبغي ألا تبقى صلاحية إبرام عقود الزواج بين المسلمين من الجنسية الجزائرية موزعة بين عدة جهات، بحيث يجب أن توحد هذه الجهات و تقلص في جهة واحدة للقضاء على هذه الازدواجية،

¹ و هذا ما نصت عليه المادة 2 من قانون الحالة المدنية بقولها: "يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي، و تحت مسؤوليته، أن يفوض إلى عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة و البالغين على الأقل 21 سنة، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية لتلقي تصريحات بالولادات و الوفيات و تسجيل و قيد جميع العقود أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، و كذلك لتحرير جميع العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه...".

² عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج 2، ص 64.

³ عبد العزيز: سعد المصدر نفسه، ص 65.

⁴ وهيبة بوطيش: الشككية في عقد الزواج، ص 83.

⁵ الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 122.

و يكون ذلك كما يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "إنشاء فرع لإبرام عقد الزواج في كل محكمة يشرف عليه أحد القضاة من ذوي الخبرة و رجحان العقل، كما ينبغي نتيجة لذلك القضاء على الاقتصر على الفاتحة وحدها لإبرام عقد الزواج و نقل هذا التقليد إلى المحكمة و تنظيمه بنصوص واضحة، و إخضاع الأعراس و حفلات الزفاف إلى رخصة من البلدية التي تُقام بها مرفوعة بنسخ من عقد الزواج المسجل، أو بدفتر عائلي إلى جانب النص على عقوبة صارمة لمن يُخالف ذلك"¹.

ثانياً- سلطة المحرّر في إصدار المحرّر و اختصاصاته به

1 - من حيث الموضوع:

و يقصد بها أن يكون الموظف ذا ولاية في تحرير الورقة، بأن يكون قائماً بعمله قانوناً وقت تحرير الورقة، فإن كان قد عزل أو نقل زالت ولايته، و فقدت الورقة صفة الرسمية، كما يجب أن تكون كتابة الورقة من اختصاصه_ و لقد تمّ توضيح هذا مسبقاً، فلا يجوز مثلاً أن يقوم كاتب الجلسة في المحكمة بتحرير عقد زواج².

2- من حيث المكان:

إنّ اختصاص الموظف يتحدّد بمكان تواجد مقرّ عمله، و لا يتعدّاه إلى اختصاص جهة أخرى³، فضابط الحالة المدنيّة لبلدية ما، لا يجوز أن يحترّر عقد الزواج لطالبيه إلا إذا كان محلّ إقامتها أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، يقع في نطاق دائرته، و هذا ما نصّت عليه المادة 04 من ق.ح.م و التي تنصّ على أنّه: "تكون لضباط الحالة المدنيّة، الأهلية في قبول التصريحات و تحرير العقود في نطاق دوائرهم فقط"، و كذلك المادة 71 من نفس القانون: "يختصّ بعقد الزواج ضباط الحالة المدنيّة أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محلّ إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج".

أمّا بالنسبة لاختصاص مكاتب التوثيق في تحرير الأوراق الرسمية و من بينها عقود الزواج، فقد أعطى لها المشرع الجزائري مجالات واسعة في تحرير الأوراق الرسمية على اختلاف أنواعها، بعد ما كان اختصاصها قبل إلغاء الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق منحصراً في دائرة اختصاص المحكمة الموجود بها، و لا يجوز للموثق أن يقوم بأيّ عمل يدخل في وظيفته خارج نطاق هذه الدائرة، التي بها يتحدّد اختصاصه المكاني، و إلاّ اعتُبر عمله باطلاً، و غير نافذ بسبب مخالفة قاعدة إجرائية أساسية، و لا يجوز له ذلك إلا في حالة واحدة، و هي حالة استثنائية، أين يُتندب من طرف وزير العدل للقيام بمهامه في دائرة اختصاص محكمة أخرى.

¹ عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنيّة في الجزائر، ج 2، ص 65 - 66.

² محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنيّة و التجارية، ص 52.

³ أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ص 24.

غير أنه بقانون التوثيق لسنة 1988 ثم لسنة 2006، فقد أصبح اختصاص مكاتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني، و به أصبح الاستثناء هو الأصل¹.

ثالثاً- مراعاة الأوضاع و الأشكال القانونية في تحرير المحرّر الرسمي

إنّ المشرّع الجزائري نظم أوضاعاً و قواعد لتحرير عقد الزواج، و يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يلتزم بها عند تحريره، حتى يصبح هذا العقد صحيحاً، و يرتب جميع آثاره القانونية، و عليه فإنّ هذه المسألة تقتضي تقسيم هذه الأوضاع أو الأشكال إلى ثلاثة مراحل أساسية لتوثيق عقد الزواج و هي: مرحلة ما قبل التحرير، و مرحلة التحرير، و مرحلة ما بعد التحرير، و هذا ما سأبيّنه كالاتي:

1- مرحلة ما قبل التحرير:

قبل أن يباشر الموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير وثيقة عقد الزواج، يجب عليه أن يتأكد من توفر المستندات أو الوثائق التي أوجب القانون على الخطيبين تقديمها لإثبات حالتهم المدنية القائمة قبل توثيق العلاقة الزوجية بينهما، و ذلك ضماناً لاحترام الشروط القانونية اللازمة لانعقاد هذا الزواج، هذا في الحالات العادية، غير أنّ هناك بعض الحالات الاستثنائية أين جعل المشرّع زواج بعض الأشخاص يخضع لرخصة أو إذن أو موافقة مسبقة من الإدارة المختصة² زيادة على الوثائق المطلوبة في الحالات العادية، و هذه الوثائق هي كالاتي:

1- المستندات المطلوب تقديمها في الحالات العادية³:

أ- شهادة ميلاد الزوج و الزوجة، فإن تعذر ذلك عليها يجوز لها تقديم بطاقة التعريف الوطني أو الدفتر

العائلي للأبوين، أو الدفتر العسكري.. المادة 74 من قانون الحالة المدنية.

ب- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي أو المكاني للمحكمة أو البلدية، و لقد استلزمها المشرّع لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق، و قد نصّت على ذلك المادة 75 من قانون الحالة المدنية.

ت- وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلو الزوجين من أيّ مرض قد يشكّل خطراً يتعارض مع الهدف من الزواج، و يتعيّن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، و من علمها بما قد تكشف عنه من أمراض، و إعلام الطرفين بذلك، و يؤشر بذلك في عقد الزواج، و هذا ما نصّت عليه المادة 7 من قانون الأسرة.

1- المستندات المطلوب تقديمها في الحالات الاستثنائية:

بالإضافة إلى المستندات التي أوجب القانون تقديمها من أجل تحرير عقود الزواج في الحالات العادية، فقد أوجب في بعض الحالات تقديم وثائق أخرى زيادة على الحالات العادية، و هي:

¹ أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ص 24 - 25.

² عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، ج 2، ص 85؛ بلحاج، العربي: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 449.

³ العربي بلحاج: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 447- 448؛ و له: الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010م، ص 266- 267.

أ- بالنسبة لزواج القصر: يجب تقديم نسخة من رخصة رئيس المحكمة إذا كان هناك مصلحة أو ضرورة لإبرام عقد زواج فتى لم يكمل 21 سنة، أو بزواج فتاة لم تكمل 19 سنة، وفقاً لنص المادة 7 فقرة 1 من قانون الأسرة.

ب- بالنسبة للرجل الذي يرغب بالزواج بزوجة ثانية: يجب تقديم نسخة من رخصة رئيس المحكمة، و هو إذن القاضي بالتعدّد لمن يريده، طبقاً للمادة 8 فقرة 3 من قانون الأسرة.

ت- بالنسبة للمرأة المطلقة أو الأرملة: يجب تقديم نسخة من حكم طلاق أو تطليق أو خلع، و الذي أصبح نهائياً حسب نص المادة 75 من قانون الحالة المدنية، بالنسبة للمرأة المطلقة، أو وثيقة وفاة الزوج السابق مع التحقق من انقضاء العدة الشرعية بالنسبة للمرأة الأرملة، وهذا طبقاً لمقتضيات المواد 30 و 47 و 58 و 59 من قانون الأسرة، و المادة 441 فقرة 1 من قانون العقوبات.

ث- بالنسبة لزواج الأجنبي: يجب تقديم رخصة كتابية مسلمة له من طرف والي الولاية التي يقيم بها، و هذا طبقاً لتعليمية وزارة الداخلية رقم 80/02 المؤرخة في 11/02/1980.

ج- بالنسبة للعسكريين: و هم أفراد الجيش الشعبي الوطني، و رجال الدرك الوطني، و كذا كلّ المجندين الحاضرين لمصالح الدفاع الوطني، فهذه الفئة يوجب عليها القانون ضرورة الحصول على رخصة مسبقة من الجهة المختصة ببيئة الدفاع الوطني¹.

ح- بالنسبة لرجال الشرطة و موظفي الأمن الوطني: يجب تقديم ترخيص كتابي مسبق صادر من الجهة التي لها سلطة التعيين، و إنّ طلب الزواج يجب أن يقدم قبل ثلاثة أشهر من يوم إبرام العقد بالزواج².

و تجدر الإشارة إلى أنّ إبرام عقد الزواج من طرف هؤلاء الأشخاص (في الحالة ج و ح) دون الإداء بالرخصة الواجبة عند إبرام العقد، لا يعيب العقد بالبطلان و لا بالفساد، متى توقّرت الأركان و الشروط المنصوص عليها شرعاً و قانوناً، و لا يمنع القاضي من إصدار حكم بإثباته، و تسجيله في سجلات الحالة المدنية وفقاً للمادتين 21 و 22 من قانون الأسرة³.

و هذا ما أكّده قرار المحكمة العليا بقوله: "أنّ رخصة الزواج التي تمنحها بعض الجهات الوصية لموظفيها و أسلاكها، لا تعدّ عنصراً أساسياً في الزواج، و لا تعتبر ركناً من الأركان التي نصّت عليها المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، بل هي مجرد رخصة إدارية يتعلّق أمرها بالموظف و الإدارة لا غير"⁴.

2 - مرحلة التحرير:

إنّ الموثق أو ضابط الحالة المدنية في هذه المرحلة، يقوم بتحرير الورقة الرسمية، مراعيًا البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الزواج ليكتسب صفة الرسمية، و هي:

¹ منشور وزارة العدل رقم 329 بتاريخ 13/06/1967، و كذلك منشور وزارة العدل رقم 364 المؤرخ في 25/06/1968.

² المادة 23 من المرسوم رقم 481/83 المتعلق بتحديد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني و الصادرة بتاريخ 13/08/1983.

³ العربي بلحاج: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 451؛ سعد، عبد العزيز: قانون الأسرة في توبه الجديد، ص 65، 67.

⁴ ملف رقم 357345 بتاريخ 14/06/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، ص 461.

يجب أن يبيّن في عقد الزواج المحرّر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثّق، بأنّ الزواج قد تضمّن الأركان و الشروط المنصوص عليها في القانون، أي مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من ق.أ، و هذا طبقاً لنصّ المادة 73 من ق.ج.م.

كما يجب فضلاً عن ذلك، أن يتضمّن عقد الزواج البيانات الآتية:

- أ- الألقاب و الأسماء و التواريخ و محلّ ولادة الزوجين، و صدور الايجاب و القبول منها شخصياً، و هما ممتنعان بالأهلية و التمييز و الاختيار.
- ب- مهنة الأزواج و موافقتهم و توقيعاتهم.
- ت- ألقاب و أسماء و أعمار الشهود و توقيعاتهم.
- ث- كما يتضمّن العقد اسم الولي و توقيعه عند الاقتضاء.
- ج- الترخيص بالزواج عند الاقتضاء.
- ح- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.
- خ- تحديد الصداق مع الإشارة فيه على المعجل منه و المؤجل، مع الإشارة إلى مقدار المعجل المقبوض قبل الدخول، و هذا ما نصّت عليه المادة 9 مكرر و 15 من ق.أ.
- د- الشهادة الطبيّة لكلّ من الزوج و الزوجة تثبت خلوهما من الأمراض المعدية، و هذا ما نصّت عليه المادة 7 مكرر من ق.أ.
- ذ- و يمكن أن تتضمّن وثيقة الزواج الشروط التي يجوز للزوجين أن يشترطانها، لا سيما شرط عدم تعدّد الزوجات، و عمل المرأة، و السكن المستقل عن الأهل... إلخ، بشرط أن لا تكون هذه الشروط منافية لأحكام قانون الأسرة، و لا مع مقاصد الزواج، فلا يعقل أن تشترط المرأة عدم الإنجاب مثلاً (المواد 9، 35، 32، 19 ق.أ).

3 - مرحلة ما بعد التّحرير:

بعد التأكّد من صحّة تطبيق المادة 9 و 9 مكرر من ق.أ، تطبيقاً صحيحاً أي ضرورة توافر: رضا الزوجين، و أهلية الزواج، و ولي الزوجة، و تسمية الصداق، و حضور الشاهدين، و انعدام الموانع الشرعية للزواج، تأتي مرحلة تسجيل عقد الزواج، حيث يقوم الموثّق بتسجيل العقد في سجلاته، و يسلم للزوجين نسخة من "لفيف زواج" للإثبات، ثمّ يقوم بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ تسجيل العقد لتسجيله بسجلات الحالة المدنية، و في خلال مدّة 5 أيام الموالية لوصول الملخص يسجل العقد في سجلات الحالة المدنية، و يسلم للزوجين دفترًا عائلياً، و يكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين¹.

¹ المادة 72 / 2 من ق.ج.م.

أما إذا قام ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزواج في البلدية المختصة محلياً، فإنه يسجل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه، و يسلم إلى الزوجين دفترًا عائلياً مثبتاً للزواج¹.

رابعاً- جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط

يبتدأ فيما سبق الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي لعقد الزواج، من أجل اعتباره ذات حجية و قوة في الإثبات، فإذا اختلف شرط من هذه الشروط، كانت المحرر الرسمي باطلاً².

فإذا تخلف أحد الشروط السابقة الذكر، كأن يصدر عقد الزواج من غير الموثق أو ضابط الحالة المدنية، و ذلك لأن هذين الموظفين حددهما المشرع الجزائري على سبيل الحصر فيما يخص مهمة تحرير عقود الزواج و توثيقها، أو من طرف موظف غير مختص من حيث المكان _ كأن يحترق ضابط الحالة المدنية عقد الزواج خارج دائرة اختصاصه، أو من حيث الزمان _ كأن يكون حرر العقد بعد أن عزل أو وقف عن عمله أو نُقل أو حل مكانه موظف آخر، أو أنه لم يراع في تحريرها الأوضاع التي ينظمها القانون، فإن العقد في جميع الحالات السابقة الذكر يكون باطلاً³.

و تجدر الإشارة إلى أن مسألة مراعاة الأوضاع و الأشكال القانونية تستلزم قدرًا من الإيضاح، حيث يجب التفرقة بين الأوضاع القانونية الجوهرية التي يترتب عليها البطلان، و بين الأوضاع القانونية الغير جوهرية الثانوية و التي لا يترتب على تخلفها بطلان المحرر⁴.

فمثلاً تعتبر من الأشكال القانونية الجوهرية في محرر عقد الزواج، اسم و لقب الموثق إذا تم إبرام عقد الزواج أمام الموثق و مكانه و مقر إقامته المهنية، و أن يتم التوثيق باللغة العربية... إلخ، أما البيانات التي تعتبر غير جوهرية، و لا بطلان على تخلفها كعدم دفع الرسوم، عدم ذكر ساعة تحريرها، عدم تثبيت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شاهدين أو مستند رسمي⁵... إلخ.

و لكن انعدام أحد الشروط السابق ذكرها أو كلها، و اعتبارها ورقة باطلة كورقة رسمية لا يفي أن تصبح و تتحول إلى ورقة عرفية متى استوفت شروط هذه الأخيرة، و هذا شبيه بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح آخر متى توفرت فيه أركانه، و اتجهت إليه تبة المتعاقدين (المادة 105 ق.م) و هذا ما أكدته المادة 326 مكرر 02 ق.م بنصها: " يُعتبر العقد غير رسمي، بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي، أو انعدام الشكل كمحرر عرفي، إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

¹ المادتان 1/72 و 117 من ق.ج.م.

² عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ص 135؛ مفلح عواد قضاة: البيئات في المواد المدنية و التجارية، ص 58؛ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 53.

³ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 53؛ عبد الرزاق السنهوري: شرح القانون المدني الجديد، ج 2، ص 135.

⁴ أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ص 36.

⁵ أحمد ميدي: المرجع نفسه، ص 37؛ عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 136.

الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي في الإثبات

إنّ الحجية مفترضة في الورقة الرسمية، متى كان مظهرها الخارجي سليماً، و لا يدلّ على أنّها غير ذلك مثل وجود كشط أو تحشير، و من يتمسك بذلك عليه أن يقيم الدليل على صحّتها¹، و قد أعطى المشرع الجزائري السلطة للقاضي لإسقاط صفة الرسمية عن المحرر².

و لقد نصّ المشرع الجزائري على حجية المحرر الرسمي في المادة 324 مكرر 05 ق.م على أنّه: "يُعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يُعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني"، و المادة 324 مكرر 06 على ما يلي: "يُعتبر العقد الرسمي حجةً لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن"، و المادة 324 مكرر 07 بقولها: "يُعتبر العقد الرسمي حجةً بين الأطراف حتى و لو يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء...".

و يتضح من النصوص السابق ذكرها أنّه إذا توافر للمحرر الرسمي الشروط التي تُكسبها صفة الرسمية وجدت بالنسبة إليها قرينة الرسمية، و مقتضى هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها، دون حاجة إلى الإقرار بها فهي بذاتها تنقل عبء الإثبات³.

هذا وقد وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة من خلال ما و رد في النصوص السالفة الذكر مفاده أنّ المحرر الرسمي له حجية مطلقة على الكافة متى توافرت فيه الشروط المطلوبة لاعتباره محرر رسمي، و لا يطعن فيه سواء من ذوي الشأن أو الغير إلا بالطعن بالتزوير، أما حجية ما صرح به ذوي الشأن فإنّها لا تتقرر إلاّ لهم و لغيرهم سواء أكان خلقاً عامّاً أو خاصّاً، و لا يطعن فيها إلاّ بالبطلان و عليه فسأتناول حجية المحرر الرسمي فيما بين الطرفين، ثمّ حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير.

أولاً- حجية المحرر الرسمي فيما بين الطرفين

إنّ المحرر الرسمي يُعتبر حجةً و دليلاً قاطعاً على حصول التعاقد الثابت فيه، و لا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا شيئاً مما جاء به لا من حيث التوقيعات الموقع بها عليه، و لا من حيث محتوياته و لا من حيث حصوله أمام الموظف المحرر له، إلاّ بالادعاء بحصول تزوير في البيانات التي تمت بمعرفة أو مشاهدة أو سماع الموظف شخصياً، أما فيما يتعلق ببطلان البيانات التي أثبتتها الموثق بناء على ما يقرره الخصوم له، لكونه لا يمكن له التأكّد منها شخصياً وقت تحرير العقد فهي تخضع للقواعد المقررة في الإثبات دون حاجة للطعن بالتزوير فيها، لأنّها لا تمس بأمانة الموظف و صدقه، و هذا ما أكّده المحكمة العليا في قرار لها أنّه: "حيث.. إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير معاً، فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتتها الموثق بما

¹ أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ص 43.

² أدلة الإثبات المطلقة، ص 17، محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 57.

³ محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص 56.

جرى تحت سمعه و بصره، و التي فيها مساس بأمانة الموثق و هذه حجتها مطلقة و لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير¹.

ثانيا- حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير

نصت المادة 324 مكرر من ق.م على أنّ العقد الرسمي يكون حجة "بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن"، و بالتالي فالذي يفهم من صياغة النص، أن حجية المحرر الرسمي تقتصر فقط على الأطراف المتعاقدة و ورثتهم، و لا ينفذ إلى كافة الناس، لأنّ النص الذي جاء به المشرع الجزائري كان في حقبة زمنية، كان الخلط فيها بين حجية المحرر كأداة إثبات و بين التصرف المدون فيه².

إنّ حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير هي نفسها نحو الطرفين المتعاقدين، و بالتالي يسري في حقه التصرف القانوني، الذي أثبتته الموظف في المحرر، و يُحتج بها نحوه، و لا يجوز له دحضها إلا عن طريق التزوير، و يكون هذا بالنسبة للبيانات التي تدخل في اختصاصه و عاينه بنفسه.

أما بالنسبة للبيانات الأخرى التي سبق التطرق لها، و التي حررها نقلا عن الأطراف المتعاقدة، دون أن يتحقق منها، فإنه يجوز له الطعن فيها بطرق الطعن العادية³.

المطلب الثاني: إثبات الزواج الغير مسجل أو الغير رسمي - العرفي

لأسباب معينة _ سيأتي بيانها فيما بعد _ يتم اللجوء إلى هذا النوع من الزواج، الذي يُعتبر و إن كان من الناحية الدينية صحيح، ظاهرة خطيرة تهدد مصالح الزوجين و الأولاد، لما يربته من نتائج وخيمة في حالة الإنكار و التجاحد، و لهذا فإنّ المشرع الجزائري قد وضع حلاً قانونياً يمكن به تسجيل الزواج و الحصول على وثيقة زواج تضمن عدم ضياع الحقوق و صيانتها، و هذا الحلّ _ و إن لم يكن الأمثل _ نصت عليه المادة 22 من ق.أ.

فما هو هذا الحلّ؟ و ماهي كيفية تطبيقه؟ و هل هذا الحلّ هو كافي للاعتراف بحقوق الأفراد؟ أو يمكن التقليل أو تفادي هذا النوع من الزواج بحلول قانونية أخرى ربما تكون أنجع لتفادي هذه الظاهرة؟

و لكن قبل هذا يجب تعريف الزواج العرفي أو الغير مسجل، و تبين الأسباب الذي أدت إلى انتشار هذا النوع من الزواج، ثم بيان آثاره السلبية على كلّ من الزوج و الزوجة و الأولاد، و ذلك قبل الشروع في البحث، و يكون ذلك كمايلي:

¹ قرار رقم 190514، المؤرخ في 2000/03/29، المجلة القضائية سنة 2000، عدد 01، ص 154.

² أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ص 47.

³ أحمد ميدي: المصدر نفسه، ص 47 - 48.

الفرع الأول: ماهية الزواج العرفي

و سأتكلم عن: تعريفه، و أسبابه و آثاره، و ذلك كالآتي:

أولاً- تعريف الزواج العرفي :

سبق أن عرّفت الزواج المسجل أو الرسمي و قلت أنه: "هو الزواج الذي تم إبرامه وفقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية، و تسجيله طبقاً للشروط الشكلية المنصوص عليها قانوناً"، و عليه فتعريف الزواج الغير مسجل أو الغير رسمي واضح من لفظه على أنه: "الزواج الذي تم إبرامه وفقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية، مرتباً بجميع آثاره الشرعية دون القانونية، بسبب عدم تسجيله في سجلات الحالة المدنية".

فالزواج العرفي هو عقد زواج تم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون، و هو يتوافر على جميع أركانه و شروطه الشرعية، غير أنه لم يتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً، و هي في القانون الجزائري ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ انعقاد العقد عندما يبرم الزواج داخل التراب الوطني، و مدة سنة عندما يبرم الزواج بين جزائريين مقيمين في بلد أجنبي، لكن لا يرتب هذا العقد آثاره القانونية إلا بعد التسجيل في سجلات الحالة المدنية.

و عليه فهذا النوع من الزواج يعتبر زواجا صحيحا إذا ما تم طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية¹، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها مفاده: " إذا توافرت الأركان الشرعية يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، و أن يقضوا في نفس الوقت الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، و ذلك بناءً على تثبيته بموجب حكم قضائي"².

ثانياً- أسباب الزواج العرفي: لكي يلجأ الشخص لهذا النوع من الزواج، لابد أنه هناك أسباب إما قانونية و إما إجتماعية، و منها ما هو ديني، و سأعرض لهذه الأسباب بنوع من الإيجاز :

1- أسباب دينية: تتمثل في الاكتفاء بما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر أركان عقد الزواج و اعتباره زواجا صحيحاً لا يحتاج إلى تأكيده بموجب عقد إداري وفقاً لإجراءات روتينية لا فائدة لها.

2- أسباب إجتماعية: منها انعدام الثقافة القانونية و التوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير موثق، كما أن انغزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التثقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائفة منه.

¹ عيسى حداد: عقود الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، د.ط، 2006م، ص 258.

² ملف رقم: 45867 بتاريخ 1987/06/01، المجلة القضائية 1992، العدد 4، ص 54، أنظر كذلك، ملف رقم: 28784، بتاريخ 1982/11/22، نشرة القضاة 1986، العدد 2، ص 32.

3- أسباب قانونية: التي يستوجبها القانون و لم تستلزمها الشريعة الإسلامية، و منها السنّ المحدّد بـ 18 سنة بالنسبة للبنات، و 21 بالنسبة للذكور، و كذلك شرط وجوب بعض رخصة مسبقة لبعض الفئات من الموظفين مثل فئة سلك الأمن و العسكريين، و كذلك وجوب علم الزوجة الأولى و اللاحقة في حالة التعدّد، و لهذا يرى الأفراد أنّه ما دام هذا العقد صحيحاً من الناحية الدّينية فلا داعي لتعقيد الإجراءات الإدارية.

ثالثاً- آثار الزواج العرفي: لهذا النوع من العقود أثر على الزوجين و على الأولاد:

1- من الناحية القانونية: إنّ القانون يشترط لإثبات عقد الزواج مستخرج عقد الزواج يقدهما ضابط الحالة المدنية، و هي الوثيقة الوحيدة دون سواها التي يظهرها الزوجين أمام القضاء لإثبات صفتهم كزوجين شرعيين.

أ- بالنسبة للزوجين¹:

- في حالة اللّجوء إلى القضاء من أجل فك الرابطة الزوجية، سواء أكان ذلك بطلب من الزوج أم الزوجة، ففي هذه الحالة يجب تقديم وثيقة الزواج التي بدونها يفصل القاضي برفض أي طلب سواء أتعلق الأمر بفك الرابطة الزوجية أم توابعها من نفقة و عدّة و مسكن. .. إلخ ، و إلاّ كان لزاماً قبل النطق بحكم الطلاق تثبيت الزواج العرفي، و هذا ما نصّ عليه قرار المحكمة العليا بقوله: " إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج، يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أنّ الزواج العرفي في حكم المسجّل بالحالة المدنية بقوة القانون، و ذلك بناءً على تثبيته بموجب حكم قضائي"².

- من الثابت قانوناً أنّ دعوى الحالة لا تكتسي أحكام الحجية إلاّ بعد الفصل نهائياً أمام المحكمة العليا أو عدم الطعن في القرار القضائي، و بالتالي لا يمكن رفع دعوى فك الرابطة الزوجية دون تقديم وثيقة زواج.

- كذلك على تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية، له أثر سلبي من ناحية أنّه إذا تمّ وفاة أحد الزوجين دون تسجيله، و ترك هذا الزوج المتوفي تركّة، إذ لا يمكن الادّعاء أمام القضاء إلاّ بعد إثبات عقد الزواج ، و إثبات صفته أنّه زوج الهالك، و هذا بناءً على ما نصّت عليه المادة 126 ق.أ على أنّ: " أسباب الإرث : القرابة ، و الزوجية".

ب- بالنسبة للأولاد³: هذه الآثار تتمثل في ما يلي:

¹ وهيبة بوطيش: الشكلية في عقد الزواج، ص 42.

² ملف رقم 125059 ، بتاريخ 1995/10/24، نشرة القضاة 1998، عدد 53، ص 56، أنظر كذلك، ملف رقم 34438 بتاريخ 1984/09/24، المجلة القضائية 1990، العدد 1، ص 64.

³ وهيبة بوطيش: الشكلية في عقد الزواج، ص 44.

- إن هذا الولد يكون في وضع أن القانون لا يعترف به و لا يحمي أي حق من حقوقه، فلا يلحق نسب الطفل بأبيه، و التي تترتب عليه ضياع حقوقه المشروعة كحق التعليم مثلاً، و لا يكون هذا إلا بعد رفع دعوى قضائية من طرف الزوجين لتسجيل زواجهما، و منه يأمر القاضي في حكمه ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطفل بأثر رجعي من يوم ميلاده، و هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا و الذي مفاده: " متى كان الزواج العرفي متوقفاً على أركانه الثامة و الصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج و تسجيله في الحالة المدنية و إلحاق نسب الأولاد يكون قضاءً موافقاً للشرع و القانون".¹
- و كما هو الحال بالنسبة للزوج في حالة هلاك الزوج الآخر، هو الحال بالنسبة للأولاد في حالة هلاك أحد والديه، فلا يجوز لهذا الولد المطالبة بنصيبه في الميراث، إلا بعد إثبات صفة أنه ولد للهالك عن طريق تثبيت الزواج العرفي، و السند القانوني في هذا هي المادة 126 ق.أ السالفة الذكر.
- بالإضافة إلى ضياع حقهم في النفقة و الحضانة إذا طلق الزوج زوجته و هو غير مسجل في سجلات الحالة المدنية، و من أجل الاعتراف بهذه الحقوق أمام القضاء، يجب كذلك رفع دعوى قضائية.

2- من الناحية الإجتماعية:

أ- بالنسبة للزوجين:

- تتمثل في التأمين الصحي الذي يمنح للزوج العاطل عن العمل تحت كفالة الزوج العامل، و هذا الذي نص عليه القانون 11/83 الصادر بتاريخ 2 جويلية 1983 المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي 04/94 المؤرخ في 11 أفريل 1994²، و المادة 66 من قانون الضمان الاجتماعي، و المادة 26 التي تتعلق بالزوجة و التي تنص على تعويض المصاريف الطبية و الصيدلية و تعويض مصاريف إقامة الأم و المولود بالمستشفى.
- كذلك منحة الوفاة التي يستفيد منها ذوي الحقوق في حالة الزوج المؤمن له لدى الضمان الاجتماعي.
- منحة التقاعد على إثر وفاة صاحب المعاش التي تؤول إلى ذوي حقوقه و من بينهم الزوج، و التي تتوقف وجوباً حتى يثبت الزوج زواجه الشرعي من الهالك، و هذا بناء على نص المادة 31 و 32 من القانون 12/83 المؤرخ في 02 جويلية 1983 و المتعلق بالتقاعد.
- ضياع حق الزوجين في السكن، إذا لم يقدموا وثيقة عقد زواج ضمن وثائق ملف السكن، و هذا ما نصت عليه المادة 32 من نفس القانون السالف الذكر.

¹ ملف رقم: 58224 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية 1991، العدد 4، ص 110.

² الجريدة الرسمية رقم 28، قانون 12/83 بتاريخ 2 جويلية 1983، ص 1403.

و عليه فإن السهو بقصد أو بدون قصد لكتابة عقد الزواج يؤدي إلى الحرمان من هذه الحقوق الاجتماعية¹.
ب- بالنسبة للأولاد: تتمثل في:

- عدم إمكان الطفل الالتحاق بالمدرسة، إذا لم يثبت هويته الشخصية.
- الرعاية الصحية و المتمثلة في العلاج و الجراحة و الأدوية و الإقامة بالمستشفى، و هذا هو مضمون المادة 8 و 66 من قانون الضمان الاجتماعي، و كذلك المادة 31 من نفس القانون و التي تنص أنه: "تتحمل الهيئة التي ينتمي إليها الوالد دفع مصاريف الخدمات في حالة مرض الطفل".
- كذلك حرمانه من منحة الوفاة، كما هو الحال بالنسبة للزوجين.²

الفرع الثاني: كيفية إثبات الزواج العرفي من خلال النصوص القانونية والتطبيقات القضائية أولاً- كيفية إثبات الزواج العرفي من خلال النصوص القانونية:

نصت المادة 22 فقرة 1 من ق.أ على ما يلي: ".و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

و هكذا يكون المشرع الجزائري قد أقر الزواج العرفي، حيث سمح بتسجيله بصفة استثنائية عن طريق سماع دعوى الزوجية، و اعتماد البينة الشرعية في إثباتها³، و يكون ذلك باللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات عقد الزواج متى توافرت أركانه و شروطه وفقاً للمادة 9 و 9 مكرر من ق.أ، و من ثم يسجل مضمون الحالة المدنية وفقاً للأشكال التي يتطلبها قانون الحالة المدنية، و قد تم توضيح هذا سابقاً.

فإذا حصل الدخول بالزوجة، فإنه يتعين على الشخص المدعي للزوجية تقديم الأدلة و الإثباتات التي تؤكد ما يدعيه⁴، و وفقاً للقاعدة الجوهرية "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر"⁵، و هذا من أجل الحصول على حكم قضائي من رئيس المحكمة يعتبر تلك الواقعة المادية زواجاً⁶.

و طالما أنه لا يوجد نص في القانون يجرم أو يلغي أو يعاقب على الزواج "بالفاتحة" لا في قانون الأسرة و لا في القوانين الأخرى، فلا مانع من إدراجها في سجلات الحالة المدنية متى توقرت فيه الأركان و الشروط، و ذلك لأن تسجيل عقود الزواج يدخل ضمن قواعد النظام العام.⁷

¹ وهيبة بو طيش: الشكلية في عقد الزواج، ص 45-46.

² وهيبة بو طيش: المرجع نفسه، ص 46.

³ بلحاج العربي: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 462.

⁴ ملف رقم 248683 بتاريخ 2000/09/19، المجلة القضائية 2003، العدد 2، ص 276.

⁵ رقم القرار غير موجود بتاريخ 1971/02/17، ن.ق، 1972، عدد 2، ص 53.

⁶ بلحاج العربي: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 471.

⁷ بلحاج العربي: المصدر نفسه، ص 473.

ثانياً- كيفية إثبات الزواج من خلال التطبيقات القضائية:

إنّ القضاء الجزائري لا يعتد بزواج لا تتوفّر فيه أركان الزواج و شروطه، لذا يجب على القاضي أن يتأكد من توفرها لإثبات الزواج العرفي¹، و لا يحدّد مهلة معينة لدعوى الزواج²، كما أنه يجيز سماع الأقارب لإثبات واقعة الزواج³، كما أنّه قضى أنّ لا يثبت الزواج إلاّ بشهادة العيان التي يشهد أصحابها بها أنّهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنّهم سمعوا من الشهود و غيرهم أنّ الطرفين كانا متزوجين⁴، و أنّه يثبت الزواج العرفي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين و رجل، و لا يشترط أن يكون الولي محصوراً في الأب فقط⁵، إذا توفّي أحد الزوجين فإنّه يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود و يمين⁶، كما قضى على أنّ يتعيّن على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة⁷، كما أنّه يرفض دعوى تثبيت زواج عرفي ناتج عن علاقة غير شرعية⁸.

كما أنّ المحكمة العليا تفرض على قضاة الموضوع رقابة قانونية صارمة على البيئة القاطعة التي تشهد بمعاينة العقد على النحو الشرعي⁹، و هي شهادة عدلين ذكّرين¹⁰ و مبيّنين في شهادتهم أركان الزواج من رضا الزوجين و ولي و شاهدين و صداق¹¹، و أنّهم حضروا قراءة الفاتحة بمجلس العقد، و كذا وليمة الزواج أو زفاف الطرفين¹²، و أنّ الزواج قام على العلانية و الشهرة مع مراعاة شروطه و أركانه، و أنّ لا تكون الشهادة متناقضة¹³، و أنّ تتم الشهادة تحت مراقبة قضاة الموضوع و وفقاً لأحكام القانون¹⁴، و من ثمّ فإنّ إسناد المهمة لموثق أو خبير يعتبر تنازلاً منهم عن صلاحياتهم¹⁵، مما يجعل قرارهم عرضة للنقض¹⁶.

¹ ملف رقم 221329 بتاريخ 1999/04/20، المجلة القضائية، عدد خاص، ص 60؛ ملف رقم 34438 بتاريخ 1983/09/24، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص 64.

² ملف رقم: 71732 بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية 1993، العدد 2، ص 51.

³ ملف رقم 188707 بتاريخ 1998/03/17، إجتهد قضائي 2001، عدد خاص، ص 50.

⁴ ملف رقم: 53272 بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية 1990، العدد 3، ص 52.

⁵ ملف رقم: 381880 بتاريخ 2007/02/14، مجلة المحكمة العليا 2007، العدد 2، ص 483.

⁶ ملف رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22، المجلة القضائية 2000، العدد 2، ص 173، ملف رقم 37501 بتاريخ 1985/09/23، المجلة القضائية 1989، العدد 1، ص 95.

⁷ ملف رقم 262912 بتاريخ 2001/04/18، المجلة القضائية 2002، العدد 2، ص 409.

⁸ ملف رقم 261925 بتاريخ 2002/07/03، المجلة القضائية 2003، العدد 2، ص 271.

⁹ ملف رقم 40117 بتاريخ 1986/02/24، غير منشور.

¹⁰ ملف رقم 52440 بتاريخ 1989/01/02، غير منشور.

¹¹ ملف رقم 188707 بتاريخ 1998/03/17، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 50.

¹² ملف رقم 221329 بتاريخ 1999/04/20، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 60؛ ملف رقم 53272 بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية 1990، العدد 3، ص 82.

¹³ ملف رقم 58788 بتاريخ 1990/03/19، المجلة القضائية 1991، العدد 1، ص 59؛ ملف رقم 75344 بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية 1992، العدد 4، ص 65.

ملف رقم 8224 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية 1991، العدد 4، ص 110.

¹⁴ ملف رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25، المجلة القضائية 1994، العدد 4، ص 58.

¹⁵ ملف رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25، المجلة القضائية 1994، العدد 4، ص 58.

¹⁶ بلحاج العري: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 464-465.

فضلاً على هذا فإنّ حكم إثبات واقعة الزواج يكتسي حجة مؤقتة و يكون حسب توقّر الأدلة الشرعية و القانونية¹، كما أنّ يجوز لقضاة الموضوع أن يحكموا بتثبيت الزواج العرفي، و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أنّ الزواج العرفي في حكم المسجّل بالحالة المدنية بقوة القانون، و ذلك بناءً على تثبيته بموجب حكم قضائي².

و يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي و الطلاق و سماع الشهود، و لو لأول مرة على مستوى الاستئناف³.

و عليه فإنّ خلاصة القول أنّ القانون الجزائري يقع في تناقض و هذا رغم تعديلات التي طرأت على قانون الأسرة، حيث في المادة 18 منه جعل إبرام عقد الزواج أمام الموثّق أو أمام ضابط الحالة المدنية أمراً قانونياً لتمام توثيقه ثمّ يتراجع في المادة 22 ف2 من نفس القانون ليفتح ثغرة قانونية كبيرة يميز من خلالها إبرام عقد الزواج وفق الشكل العرفي.

كما أنّ قرارات المحكمة العليا يشوبها التناقض و عدم الاستقرار في إتخاذ موقف واضح يتم من خلاله إثبات الزواج العرفي، و طالما أنّ الزواج العرفي ما زال قائماً إلى جانب الزواج الرسمي، فإنّ التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة ما زالت ناقصة⁴.

¹ ملف رقم 211509 بتاريخ 1998/12/15، إ.ق.ع.أ.ش، عدد خاص، ص 56.

² ملف رقم 125059 بتاريخ 1995/10/24، ن.ق، العدد 53، ص 56.

³ ملف رقم 174102 بتاريخ 1997/10/28، ن.ق، 1999، العدد 55، ص 175.

⁴ بلحاج العرفي: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الاسرة الجزائري، ص 475.

الفصل الثاني

إنباء الظواهر نصًّا و تطبيقًا

و اختلاف الزوجين فيه في الفقه

الإسلامي

مَهَيِّدًا :

لقد أورد الفقهاء جملة من الطرق و الوسائل التي يتم بها إثبات الطلاق منها ما اتفقوا عليها و منها ما اختلفوا فيها ، و كذلك الحال بالنسبة للقانون الجزائري ، منها ما أوردوها بشكل صريح و منها ما تم إغفالها ضمن نصوص قوانينها ، و تركها لإحتهادات المحكمة العليا و قراراتها.

و في هذا الفصل سأتطرق إلى طرق و وسائل إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية في هذه المسألة.

حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث ، يتم التطرق ضمن المبحث الأول لأحكام الطلاق كتمهيد ، و أما المبحث الثاني فالحديث فيه عن بعض القضايا الفقهية و المتعلقة باختلاف الزوجين في ثبوت الطلاق من عدمه في الفقه الإسلامي ، و أما المبحث الثالث فسيتم فيه تفصيل كيفية إثبات الطلاق من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري و كذا التطبيقات القضائية ، و يكون ذلك من خلال الإشارة بقدر المستطاع إلى قرارات المحكمة العليا في هذا المجال.

المبحث الأول: أحكام الطلاق

سأتناول بالدراسة بعض أحكام الطلاق، و التي تتعلّق بتعريفه و مشروعيته، و حكمه الشرعي و أنواعه، و هو تمهيدٌ قبل الدخول في الدراسة الفقهية و القانونية لهذا الموضوع.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق

سأتعرّض لتعريف الطلاق في كلّ من اللغة و الفقه الإسلامي و القانون و ذلك في فرع أول، ثم إلى مشروعيتها في فرع ثان، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغةً و اصطلاحاً و قانوناً

أولاً- الطلاق لغةً: مصدر طَلَّقَ، يُطَلِّقُ، طَلَّاقًا، و الطلاق هو حلّ القيد و إزالته، و الطلاق مشتق من الإطلاق و معناها: الإرسال و الترك بعد الإمساك، يقال: أطلقت الأسير: إذا رفعت القيد عنه أيّ خليته، و طلقت إبلي أيّ أرسلتها و تركتها، و طَلَّقْتُ المرأةَ، فهي طَالِقٌ و طَالِقَةٌ، و طلق الرجل زوجته، و أطلق زوجته: إذا رفع عنها قيد النكاح، و يقال طلقت القوم: تركتهم كما يترك الرجل المرأة، و طلقت البلاد: تركتها و فارقتها¹. و عليه فالطلاق هو الإرسال و الترك و حلّ القيد و رفعه و التّخلية.

ثانياً- الطلاق اصطلاحاً: عرّف الطلاق شرعاً كالاتي :

- فقد عرّفه فقهاء المالكية بأنّه: "رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح"².

- و عرّفه فقهاء الحنفية بأنّه: "رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص"³.

- و عرّفه فقهاء الشافعية بأنّه: "حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه"⁴.

- و عرّفه فقهاء الحنابلة بأنّه: "حلّ قيد النكاح أو بعضه"⁵.

و معنى هذا أنّ الطلاق إمّا يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح، و يمنع استمرارها، أمّا إذا كان الزواج غير صحيح فرفع أحكامه لا يكون طلاقاً، بل يُسمّى فسحاً للعقد الذي وقع فاسداً، فالطلاق من أحكام الزواج الصحيح، و أثر من آثاره المترتبة عليه⁶.

¹ ابن منظور: لسان العرب، مج 4، ج 29، ص 2697 و ما بعدها، (مادة طلق)؛ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ص 904-905؛ الفيومي: المصباح المنير، ص 376-377؛ الرازي: مختار الصحاح، ص 166.

² التسولي: البهجة شرح التحفة، ج 2، ص 536؛ شرح الزرقاني على الموطن: ج 3، ص 252.

³ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 37؛ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 3، ص 410.

⁴ الأنصاري: فتح الوهاب شرح منبه الطلاب، ج 2، ص 72؛ الرملي: نهاية المحتاج، ج 6، ص 413.

⁵ البيهقي: كشف القناع، ج 5، ص 266.

⁶ بدران أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 302.

و عرّفه من الفقهاء المعاصرين عبد الرحمان الصابوني بأنّه: "هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال و المال الصادرة من أهله في محلّه قاصدًا لمعناه أمام الشهود".¹

و قد راعى في وضع هذا التعريف تضيق الطلاق كما شرّع في القرآن و السنة.²

ثالثًا- الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري:

لقد عرّف المشرّع الجزائري الطّلاق في نصّ المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

و الذي يتّضح من هذه المادة، أنّ تعريف المشرع الجزائري جاء مفتقرًا لخصائص التعريف الجامع المانع³، حيث اكتفى ببيان صور انحلال الرابطة الزوجية، و لم يتطرّق حقيقة إلى تعريفه و بيان أركانه و شروطه و ضوابطه، و ذلك من أجل التّمص من أيّ التزام يقع عليه في حالة تبنيّه تعريفًا من تعريفات الفقهاء، و ترك ذلك لما هو مقرّر في الفقه الإسلامي على غرار مسائل أخرى.⁴

الفرع الثاني: مشروعية الطّلاق و حكمة ذلك أولاً- مشروعية الطّلاق :

الكتاب و السنة و الإجماع هي الأدلّة الأصلية للأحكام الشرعية، و لا بد لمشروعية أيّ فعل انساني أن يكون له سند في أحد هذه الأدلّة.⁵

فالأصل في الطّلاق أنّه مشروع، و قد ثبت هذا بأدلّة متعدّدة من الكتاب و السنة النبوية، و على مشروعيته أجمع علماء الإسلام.⁶

¹ عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، تقديم/الشيخ محمد أبو زهرة و الدكتور مصطفى السباعي، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1968 م، ص 74.

² عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 74؛ محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوصي، الجزائر، د.ط، 1434 هـ - 2012 م، ص 30.

³ عبد الفتاح تقيّة: الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي (رسالة دكتوراه)، جامعة الجزائر، 2007 م، ص 25.

⁴ محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 23.

⁵ محمد كمال الدين إمام: أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2007 م، ص 19.

⁶ أحمد الغزالي: الطلاق الانفرادي و تدابير الحد منه، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1421 هـ - 2000 م، ص 25.

أ- في الكتاب: آيات كثيرة منها:

- قوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ... ﴾¹.
- وقوله ﷺ: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ... ﴾².
- وقوله: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ... ﴾³.

ب- في السنة النبوية: أحاديث كثيرة أذكر منها:

- 1- حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (طلق حفصة ثم راجعها)⁴.
- 2- و ما روي في الصحيحين أن ابن عمر رضي الله عنهما (طلق زوجته في حيضها فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بارتجاعها ثم طلاقها بعد طهرها إن شاء)⁵.
- 3- وقوله صلى الله عليه وسلم: " ما أحلّ الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق "⁶.
- ج - الإجماع: أجمع علماء الأمة من زمن النبي صلى الله عليه وسلم على مشروعية الطلاق⁷.

ثانياً- الحكمة من مشروعية الطلاق:

شُرع الطلاق للتخلص من رابطة الزوجية إذا تبين أنّها مصدر الشقاء، و أنّه لا يمكن المعاشرة و القيام بالحقوق الزوجية، و ذلك لأسباب كثيرة منها⁸:

- تباين الأخلاق و عدم توافق الطباع اللّذي لا يمكن معه تحقيق الرحمة و المودة المنشودة من عقد النكاح.
- التحقق من عدم الوصول إلى أهمّ مقاصد الزواج و تحقيق الهدف منه و هو الإنجاب، فقد يكون أحد الزوجين عقياً لا يُنجب.

¹ سورة الطلاق: الآية 01.

² سورة البقرة: الآية 229.

³ سورة البقرة: الآية 236.

⁴ صحيح: أخرجه أبو داود في سننه مع عون المعبود، كتاب الطلاق، باب المراجعة، حديث رقم 2280، ج 4، ص 270؛ و النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب الرجعة، ج 6، ص 213؛ ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، الحديث رقم: 2016، ج 1، ص 650؛ و البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع و الطلاق، باب إباحة الطلاق، ج 7، ص 321-322.

⁵ متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب قول اللّ تعالى: " يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ "، فتح رقم: 5251؛ و مسلم في صحيحه بشرح القاضي عياض، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها و أنّه لو خالف و أوقع الطلاق يؤمر برجعتها، حديث رقم 1471، ج 5، ص 5.

⁶ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب في كراهية الطلاق، حديث رقم 2177، ج 4، ص 271؛ و ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، حديث رقم 2018، ج 1، ص 650.

⁷ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 66.

⁸ إسماعيل الشديدي: اختلاف الزوجين في الدّعوى، ص 384.

- وجود عيب في أحد الزوجين من مرض معد، أو فقر مدقع، أو سوء عشرة، و الذي قد يحول دون المعاشرة بالمعروف، لذا شرعه الله **عَلَيْكَ** للحاجة الداعية إليه، و دفعاً للمفاسد التي قد تترتب على عدمه عند ضيق الحال.¹

الفرع الثالث: الوصف الشرعي للطلاق

مع اتفاق الفقهاء على مشروعية الطلاق، إلا أنهم اختلفوا في الأصل فيه، هل هو الحظر أو الإباحة؟ و الاتفاق قائم بينهم على أنه تعتربه الأحكام الخمسة²، و سأطرق للحكم التكليفي فقط دون ذكر الأدلة، مع التنويه أنني سأشير إلى حالاتٍ على سبيل المثال فقط، لأنه ليس مجال بسطها، و ذلك كالآتي :

فقد يكون واجباً في حالة الإيلاء³ إذا أبى الزوج العودة إلى زوجته بعد مدة الإيلاء و هي أربعة أشهر، و قد يكون مندوباً إليه إذا فرطت المرأة في حق من حقوق الله تعالى كالصلاة، و قد يكون مباحاً و ذلك عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة، و قد يكون مكروهاً و ذلك عند عدم الحاجة الداعية إليه، و قد يكون حراماً إذا أوقعه الزوج في حالة حيض المرأة أو في حالة طهر جامعها فيه.⁴

المطلب الثاني: أركان و شروط الطلاق

و سأذكر هذه الأركان و الشروط دون الخوض في تفاصيلها، مع الإشارة إلى المراجع في حالة المزيد من الاطلاع:

الفرع الأول: أركان الطلاق

أركان الطلاق عند فقهاء المذاهب هي:

1- عند فقهاء المالكية⁵ أربعة و هي: **أهل له**: و هو موقع الطلاق من زوج أو نائبه أو وليه إن كان صغيراً، و **قصد**: أي قصد النطق باللفظ الصريح و الكناية الظاهرة، و لو لم يقصد حل العصمة، و **لفظ**: أي لفظ الطلاق سواء كان صريحاً أو كناية، و **محل**: أي عصمة مملوكة.

2- عند فقهاء الشافعية⁶ خمسة أركان و هي: **مطلق**، و **صيغة**، و **محل**، و **ولاية** و **قصد**.

¹ أحمد غزالي: الطلاق الانفرادي و تدابير الحد منه، ص 29؛ بدران أبو العنين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 304 و ما بعدها؛ عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية، ص 129 و ما بعدها.

² إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 383.

³ و هو أن يقسم الرجل بالله على أن يعتزل زوجته مطلقاً، أو مدة تزيد أربعة أشهر إضراراً بها، لأن يتركها معلقة. أنظر: العربي نخعي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2013 م، ص 118.

⁴ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 3، ص 414، البهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 266، محمد كمال الدين إمام: أحكام الأسرة، ص 22 - 23 - 24.

⁵ الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 2، ص 477؛ عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ص 217.

⁶ الأنصاري: فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، ج 2، ص 72، إسماعيل الشنديدي: المصدر نفسه، ص 385.

3- عند فقهاء الحنفية¹ ركن واحد وهو: الصيغة أي اللفظ الذي جعل دلالة معنى الطلاق لغَةً أو شرعًا.

الفرع الثاني: شروط الطلاق

يُشترط في الطلاق عدّة شروط بعضها خاص بالمطلق، وبعضها خاص بالمطلّقة، وبعضها خاص بصيغة الطلاق، وهذه الشروط هي:

1- **شروط المطلق:** هو الذي يملك إيقاع الطلاق و يوقعه فعلاً² وهو الزوج أو ما يقوم مقامه، و يُشترط فيه: أن يكون بالغًا، عاقلًا، قاصدًا، مختارًا، و بالتالي لا يصح طلاق الصبي الغير مميّز، و المجنون، و المغنى عليه، و النائم، و كذلك السكران الذي يكون سبب سكره مباحًا³، و ذلك بسبب عدم توقّر الأهلية و القصد⁴، و لقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، و عن النائم حتى يستيقظ، و عن المجنون حتى يفبق"⁵.

و ذهب الجمهور⁶ إلى وقوع الطلاق من المريض، و السفية، و الغضبان، و السكران الذي كان سكره بطريق محرّم⁷، و عدم وقوعه من المكره و المخطئ، و الصبي المميّز⁸، و كذلك يقع طلاق الهازل، لقوله ﷺ: "ثلاث جدّهنّ جدّ و هزلهنّ جدّ: النكاح و الطلاق و الرجعة"⁹.

2- **شروط المطلّقة:** وهي الزوجة، و يُشترط فيها شرطان¹⁰:

أولاً- قيام الزوجية بعقد زواج صحيح حقيقةً بأن تكون زوجة للمطلق، أو حكمًا بأن تكون معتدّة من طلاق رجعي.

الثاني- تعيين المطلّقة بالإشارة، أو الصفة، أو النية.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 3، ص 410، إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 385.

² محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 47.

³ مثل الذي تناول مادة مخدّرة دون أن يعلم أنّها كذلك، أو كمن شرب الخمر مكرهًا أو مضطرًا.

⁴ إسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 385.

⁵ سبق تخريجه، أنظر الصفحة 30 من هذه المذكرة.

⁶ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، ص 137-140؛ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 40-45، بلقاسم شتون: الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، (د.ط، د.ت)، ص 116 و مابعداها.

⁷ كتناول الخمر و المواد المسكرة أو المخدّرة اختياريًا منه.

⁸ ابن رشد: المصدر نفسه، ج 2، ص 127؛ الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، ص 126.

⁹ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل، حديث رقم 2194، ج 4، ص 295؛ و الترمذي في سننه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجدّ و الهزل في الطلاق، حديث رقم 1184، ج 4، ص 57؛ و أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لأعتبا، حديث رقم 2039، ج 1، ص 657.

¹⁰ ابن رشد: المرجع السابق، ج 2، ص 127.

3- شروط الصيغة¹: وهي اللفظ للشخص الذي يستطيع الكلام، و يُشترط فيه القطع أو الظن بوقوعه و فهم معناه، وكذلك نية وقوع الطلاق باللفظ إذا كان كناية، أو كتابةً و يُشترط فيها أن تكون واضحة، أو إشارةً بالنسبة للشخص الذي لا يستطيع الكلام و يشترط فيها أن تكون صادرة من طرف شخص أخرس، و أن تكون مفهومة.

المطلب الثالث: أقسام الطلاق

يُقسم الطلاق إلى أقسام عدّة باعتبارات مختلفة كالآتي:

الفرع الأول: من حيث الصيغة المستعملة

ينقسم الطلاق من حيث الصيغة المستعملة فيه إلى نوعين: صريح، و كناية².

أ- الطلاق الصريح: وهو ما لا يحتاج المطلق معه إلى نية الطلاق، بل يكفي فيه لفظ الطلاق الصريح كأن يقول: "أنت طالق"، أو "طلقتك" أو نحو ذلك، فمتى نطق باللفظ الصريح للطلاق وقع الطلاق ولو قال لم أنو به الطلاق.

ب- الطلاق الكناية: وهو ما يحتاج فيه إلى نية الطلاق، إذ اللفظ غير صريح في الدلالة عليه كأن يقول: "الحقي بأهلك"، أو غير ذلك، فهنا لا بدّ في وقوع الطلاق من نية الطلاق، فلو قال لم أنو بهذا اللفظ الطلاق قبل منه ولم يقع طلاقاً.

الفرع الثاني: من حيث الرجعة و عدّتها

ينقسم الطلاق من حيث الرجعة من عدّتها إلى: رجعي و بائن³.

أ- الطلاق الرجعي: وهو ما يملك معه الزوج حق مراجعة مطلّقته في عدّتها من غير تجديد للعقد، وهو ما كان دون الثلاث في المدخول بها، وبدون صداق، فيثبت له حق الرجعة ما دامت في عدّتها، ويكفيه أن يقول لها: "لقد راجعتك"⁴.

ب- الطلاق البائن: الذي لا يملك المطلق معه حق الرجعة، أيّ هو رفع النكاح في الحال، وهو إمّا بينونة صغرى، كمن طلّقت مرّة أو مرتين و انتهت عدّتها، و إمّا بينونة كبرى: كمن طلّقت ثلاثاً فلا تحلّ لزوجها إلاّ بعد أن تنكح زوجاً آخر غيره⁵.

¹ ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج2، ص 127؛ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 3، ص 433؛ بدران أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 322 - 323، اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 387.

² الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 40 - 41.

³ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3، ص 109.

⁴ اسماعيل الشنديدي: المرجع السابق، ص 388.

⁵ المرجع نفسه، ص 388.

و عند البحث في قانون الأسرة الجزائري عن موضوع الطلاق، نجد أنّ المادة 51 منه أشارت إلى هذا الموضوع من الطلاق، و رجعت فيه الشريعة الإسلامية،¹ إذا جاء فيها ما يلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية إلاّ بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه، أو أن يموت عنها بعد البناء".

الفرع الثالث: من حيث موافقته للسنة و عدمها

ينقسم الطلاق من حيث موافقته للسنة و عدمها، أو من حيث صفته إلى نوعين: سني و بدعي.²

أ- الطلاق السني (الحلال): و هو ما وافق السنة في طريقة إيقاعه و عدده، و هو أن يطلق الرجل المرأة في طهر لم يجامعها فيه، و في حالة حمل ظاهر، و أن يوقعه طليقة واحدة فقط.³

ب- الطلاق البدعي (الحرام): و هو ما خالف السنة، وهو أن يطلق الرجل امرأته وهي في حالة حيض أو نفاس، أو في طهر قد جامعها فيه، أو يطلقها ثلاثاً في كلمة واحدة فيقول: أنت طالق ثلاثاً، أو ثلاثاً في كلمات متفرقة فيقول: أنت طالق، طالق، طالق.⁴

الفرع الرابع: من حيث التنجيز و التعليق و الإضافة⁵

الطلاق بالنظر للزمن و الصيغة ينقسم إلى: منجز و معلق و مضاف.

أ- الطلاق المنجز: هو ما قصد به الرجل إيقاع الطلاق في الحال، بأن تكون صيغته غير مضافة إلى زمن المستقبل، و لا معلقة على شرط، كأن يقول رجل لامرأته: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك، و حكمه وقوع الطلاق بمجرد التلفظ به، متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق و الزوجة محلاً لوقوعه.

ب- الطلاق المضاف: هو ما أضيف حصوله إلى زمن في المستقبل، و قصد به وقوع الطلاق عند حلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق، كأن يقول رجل لزوجته: أنت طالق غدًا، أو أول الشهر الفلاني، و حكمه وقوع الطلاق عند مجيء الزمن الذي أضيف إليه الطلاق.

ج- الطلاق المعلق: و هو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط، مثل إن، إذا، متى، لو، و نحوها...، كأن يقول الرجل لزوجته إن خرجت فأنت طالق. و هذا النوع من الطلاق يُشترط لوقوعه ما يلي:⁶

1- أن تصدر صيغة التعليق، و يحصل المعلق عليه، و أن تكون المرأة محلاً لوقوعه الطلاق عليها، بأن يكون ذلك حال قيام الزوجية الصحيحة، أو أثناء العدة من الطلاق الرجعي.

¹ بختي العربي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ص 99.

² الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 37.

³ بختي العربي: المرجع السابق، ص 93؛ اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 388، بلباسم شتوان: الطلاق في الفقه الإسلامي، ص 144.

⁴ بختي العربي: المرجع نفسه، ص 93؛ اسماعيل الشنديدي: المرجع نفسه، ص 388، بلباسم شتوان: المرجع نفسه، ص 150.

⁵ عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ص 239.

⁶ عبد القادر بن حرز الله: المرجع السابق، ص 239، اسماعيل الشنديدي: المرجع السابق، ص 390.

- 2- أن يكون المعلق وهو الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وقت إنشاء الصيغة، و لا يُشترط أن يكون أهلاً وقت حصول المعلق عليه، فلو علق الزوج طلاق زوجته بقوله: إذا ولدت بنتاً فأنت طالق، ثم جئ الرجل وقت تحقق الشيء المعلق عليه و هو إنجاب البنت، وقع الطلاق.
- 3- أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوماً _ غير متحقق _ وقت التعليق، فلو كان موجوداً وقع الطلاق منجزاً في الحال، و كذلك لو كان الشرط حاصلاً بالفعل مثل إن خرجت لأمس فأنت طالق، فنطلق في الحال، أو يمتنع حدوثه عادة أو عقلاً أو شرعاً، كمن يقول لزوجته: إن كنت صعدت إلى الساء فأنت طالق.

المبحث الثاني: اختلاف الزوجين في ثبوت الطلاق في الفقه الإسلامي

إذا حدث نزاع بين الزوجين في ثبوت الطلاق من عدمه، فلا يخرج هذا النزاع من أن يكون في أصل الطلاق، بحيث يدعي أحدهما أن الطلاق قد وقع و يُنكره الآخر، و قد يكون النزاع في عدد الطلاق، بحيث يحدث اتفاق بين الزوجين أن الطلاق قد وقع فعلاً، لكن المرأة تدعي أنه وقع ثلاثاً، في حين أن الرجل يُنكر ذلك و يدعي أنه أوقعه مرة واحدة، و قد يكون النزاع في تية الطلاق، بحيث يُخبر الزوج زوجته، فيقول لها اختاري نفسك، فنطلق نفسها ثم يدعي بعد ذلك أنه لم ينو بقوله اختاري وقوع الطلاق، و قد يكون النزاع في تحقق الشرط أو الصفة التي علق الزوج عليها الطلاق، بحيث يُعلق مثلاً طلاقها على حيضها، و يقول إن حضت فأنت طالق، فتدعي المرأة أنها حضت، و يُنكر الزوج ذلك، فهذه حالات رئيسية لاختلاف الزوجين في الطلاق.

و سأحاول تناول هذه الحالات بالتفصيل، و ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: اختلاف الزوجين في أصل الطلاق أو في عدده¹

إذا ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها، و ادعت عليه عدداً معيناً من الطلاق كثلاث طلقات أو طلقة واحدة، فإما أن يُقرّ الزوج زوجته على ذلك و يصدقها، و إما أن يُنكر أنه طلقها، و لكل حالة منها حكم خاص بها، سأتناوله من خلال فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: إقرار الزوج بالطلاق

إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها فصدقها على ذلك و أقرّ فإنه يُقبل إقراره، و يقع به الطلاق و العدد الذي أقرّ به، و ذلك بشرطين:

¹ إسماعيل الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 393 و ما بعدها.

الشرط الأول: أن يكون الإقرار بلفظ صريح لا يحتمل أيّ تأويل، كأن يُقرّ و يقول: طَلَّقت زوجتي، أو زوجتي طالق، وكذلك يقع الطلاق إذا ما سُئل الزوج و قيل له: أطلَّقت زوجتك؟ فيقول: نعم أو طلقت، فالزوجة في هذه الحالة تُطلق باتِّفاق الفقهاء¹.

و لا تُأخذ بعين الاعتبار في هذه الحالة نية الزوج في إيقاعه للطلاق، لأنّه بمجرد إجابته على السؤال يأخذ حكم الملفوظ به² — وكأنه تلفظ بالطلاق —

كيفية احتساب العدة في هذه الحالة:

1 - إذا لم يكن الزوج متهمًا في إقراره: تبدأ عدة المطلقة هنا من الوقت الذي أسند الزوج الطلاق إليه (الوقت الذي ادعى فيه الطلاق) و ليس من وقت إقراره بالطلاق، فمثلاً لو ادّعت الزوجة المطلقة أنّه طلقها منذ شهر، فأقرّ بهذا الطلاق فإنّ بداية احتساب العدة يكون من بداية الشهر لا من وقت إقرار الزوج بالطلاق.

2 - إذا كان الزوج متهمًا في إقراره: كأن يكون الزوج مريضًا يريد الاحتيال مع المرأة على إعطائها أكثر مما تستحق عن طريق الميراث مثلا، فيتفق معها على الإقرار بطلاق سابق و انقضاء العدة، حتى تصير أجنبية فتتقدّ وصيته لها، أو يُريد الزوج في الزواج بأيّ محرم لها، فالعدة هنا تبدأ من وقت إقرار الزوج و ليس من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، و ذلك نفيًا لهذه التهمة³ — ما تمّ الاتفاق عليه —

أما إذا كان الزوج مدعيًا للطلاق في زمن ماضٍ، و لكنّ الزوجة لم تقره على ذلك، و لم يستطيع الزوج إثبات ما يدّعيه، ففي هذه الحالة يُعتدّ بطلاق الزوج و يعدّ واقعا بإقراره، و لكن لا يثبت إلاّ من تاريخ الإقرار به و ليس من التاريخ الذي ادّعه⁴.

الشرط الثاني: أن يكون الإقرار صادرًا من طرف الزوج على سبيل الجزم و اليقين من أنّه طلق زوجته، فلو كان الإقرار على سبيل الشك، فإنّما أن يكون الشك من الزوج في أصل الطلاق، أو في عدده⁵.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 3، ص 439؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 10، ص 91؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 3، ص 114؛ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 5، ص 52؛ المحقق الحلبي: شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج 3، ص 18.

² ابن قدامة: المصدر نفسه، ج 3، ص 114.

³ بدران أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 471، اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدّعى، ص 394-395.

⁴ أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة و القانون، نادي القضاة، (د.م، د.ط)، 1414 هـ - 1994 م، ص 343 و ما بعدها؛ اسماعيل الشنديدي: المصدر نفسه، ص 395.

⁵ اسماعيل الشنديدي: المصدر نفسه، ص 397.

1 - أن يكون الشك في أصل الطلاق: و هنا يشك الزوج في أنه طلق زوجته أو لا، و في هذه الحالة لا يلزمه الطلاق بهذا الشك باتفاق الفقهاء¹، لأن الزواج ثابت بيقين، و أحكام الشريعة الإسلامية مستقرة على تغليب اليقين على الشك².

و عليه، فإذا مات الزوج و هو شاك في طلاقه، فإن امرأته ترثه³.

2 - أن يكون الشك في عدد الطلاق: و هنا يكون الزوج متأكدًا من أنه طلق زوجته، لكنه لا يعلم بالضبط كم مرة طلقها، هل طلقها واحدة أو ثلاث طلاقات؟، ففي هذه الحالة تقع طليقة واحدة على الأقل لأن الزوج متأكد من أنه طلق، و ذلك عند جمهور الفقهاء من الحنفية⁴، و الشافعية⁵، و الحنابلة⁶، و الزيدية⁷، و الإمامية⁸.

و ذلك لأن ما زاد عن العدد الذي تأكد منه الزوج يُعتبر طلاقًا مشكوكًا فيه، فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق⁹.

إلا أن الإمام مالك¹⁰ خالف ذلك: حيث ذهب إلى القول أن من شك في عدد الطلاق فإن طلاقه يقع

ثلاثًا، و لا تحل له هذه المرأة _ التي شك في عدد طليقاتها _ إلا بعد زواجها برجل آخر غيره¹¹، و ذلك بناءً على قاعدة فقهية¹² عند المالكية و هي: "أن الشك في الزيادة كتحققها"¹³.

¹ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص 61؛ ابن جزىء: القوانين الفقهية، ص 199؛ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 10، ص 225؛ البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 384؛ المحقق الحلبي: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج 3، ص 25؛ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 5، ص 73 - 74؛ ابن المرتضى: البحر الزخار، ج 3، ص 170.

² ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 165.

³ اساعيل الشنيدى: المرجع السابق، ص 399.

⁴ ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص 61.

⁵ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 10، ص 225.

⁶ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 165.

⁷ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 170.

⁸ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 5، ص 74.

⁹ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 10، ص 225؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 165.

¹⁰ هو أبو عبد الله بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري المدني، فقيه و محدث مسلم، و ثاني الأئمة الأربعة عند أهل السنة والجماعة، و صاحب المذهب المالكي في الفقه الإسلامي، و ولد سنة 93 هـ - 711 م، بالمدينة المنورة، و قبل أنه ولد بني المروة (و هي قرية تقع بوادي القرى بين تباه و خيبر)، نشأ في صون و رفاهية و تحفل، كان يتصف بقوة الحفظ و الصبر و الزكاء و الهيبة و الوفاق، توفي سنة 179 هـ - 795 م، من مؤلفاته: الموطأ، حساب مدار الزمان و منازل القمر... إلخ. أنظر، الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 8، ص 49 و ما بعدها؛ الموقع الإلكتروني: ar.wikipedia.org

¹¹ ابن جزىء: القوانين الفقهية، ص 199.

¹² القاعدة الفقهية هي أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكامًا تشريعية في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها. أنظر، راجح بن غريب: المدخل إلى

دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، د.ط، 2007 م، ص 297.

¹³ الونشريسي: ابضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، تحقيق /الصادق بن عبد الرحمن الفرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1427 خ - 2006 م، ص 81. قاعدة رقم 28 بعنوان: الشك في الزيادة كتحققها، اساعيل الشنيدى: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 400.

و القول الراجح و المختار من قبلي هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه لا شك أنّ الطلقة الواحدة لازمة لهذا الشخص، لأنّه متأكد منها، و ما زاد عليها فمشكوك فيه.

و عليه: ففي هذه الحالة يمكن للزوج مراجعة زوجته، و إذا راجعها وجبت النفقة، و جميع الحقوق المترتبة عن الزوجية، و يحلّ له وطؤها¹، خلافاً للخري² من الحنابلة حيث قال: أنّه يُحرّم وطؤها³.

الفرع الثاني: إنكار الزوج للطلاق

إذا ادّعت المرأة أنّ زوجها طلقها فأنكر، أو ادّعت عليه عددا معيناً من الطلقات، كأن تقول: إنّه طلقها ثلاثاً، و هو يقول: أنّه طلقها طلقة واحدة، فإنّما أن يكون مع المرأة بيّنة على ذلك أو لا يكون معها بيّنة، و لكل حالة منها حكم خاص بها أتناوله كالآتي:

أولاً- ادعاء المرأة للطلاق مع وجود البيّنة على دعواها: إذا ادّعت المرأة على أنّ زوجها طلقها، فهنا يمكن تصور حالتين من البيّنات إمّا تامة أو ناقصة لإقامة دعواها _ إثبات أنّ زوجها طلقها _ و تكون كالآتي:

1- فتكون بيّنة تامة بأن تأتي بشاهدين⁴ عدلين كما ذكر جمهور الفقهاء⁵، حيث لا يثبت الطلاق عندهم بأقل من ذلك، أو كان معها وثيقة طلاق رسمية.

2 - أن تكون بيّنتها على ذلك غير تامة أي ناقصة، و ذلك كما لو أتت بشاهد واحد عدل⁶.

فهاتان حالتان لإقامة المرأة البيّنة على دعواها لإثبات الطلاق، و لكلّ حالة منها حكم خاص بها كالآتي:

الصورة الأولى: إقامة المرأة البيّنة على الطلاق بشاهدين عدلين ذكرين:

إذا أقامت المرأة بيّنتها على أنّ زوجها طلقها _ أصل الطلاق _ أو على عدد الطلاق، و هذا بأن تأتي بشاهدين عدلين يشهدان على ذلك، فالأمر لا يخلو من أمرين:

-أن تتفق شهادة الأول مع الثاني على أصل الطلاق و على عدده.

¹ ابن قدامة: المغني على شرح الخري، ج 7، ص 165؛ البهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 385.

² هو العلامة شيخ الحنابلة أبو القاسم، عمر بن الحسين بن عبد الله، البغدادي الخري الحنبلي، كان من كبار العلماء، توفي سنة 834 هـ، كانت للخري عدة مؤلفات كتبها لم تظهر، و ذلك لأنّ خرج من بغداد لما ظهر بها سب الصحابة، فأودع كنبه في دار فاحترقت الدار. أنظر، الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 15، ص 364.

³ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 165.

⁴ تجدر الإشارة إلى أنّ مسألة الإشهاد على الطلاق، هي محلّ خلاف بين الأئمة الأربعة و الإمام ابن حزم الظاهري، حيث ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة و مالك و الشافعي و أحمد إلى القول باستحباب الإشهاد على الطلاق و الندب إليه لا وجوبه، فحقّ إذا طلق أحدهم و لم يشهد وقع طلاقه، و خالفهم ابن حزم الظاهري بالقول إلى وجوب الإشهاد على الطلاق. أنظر، خالد علي سلجان بني أحمد: مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الأربعة في فقه الأحوال الشخصية و المعاملات، دار الحامد، عمّان، الأردن، ط 1، 1427 هـ - 2006 م، ص 209.

⁵ ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ - 1997 م، ص 272؛ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 173.

⁶ إساعيل الشديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 413.

أن تختلف شهادتهما في ذلك، حيث يشهد الأول على أن الزوج طلق المرأة طليقة واحدة مثلا، و يشهد الثاني على أنه طلق ثلاثا.

فلكل حالة منها حكم خاص بها تتناوله كالاتي:

الحالة الأولى: اتفاق الشاهدين في شهادتهما على أصل الطلاق أو عدده

أ- إذا استطاعت المرأة أن تقيم البيّنة على أن زوجها طلقها، وأتت على ذلك بشاهدين عدلين ذكّرين، و اتفقت شهادتهما على الطلاق الذي ادّعته المرأة، بأن شهدا كليهما بإيقاع الطلاق، أو شهدا أن الزوج أقر بالطلاق، أو شهد الأول بإيقاع الطلاق و الثاني بالإقرار، أو اتفقت شهادتهما على عدد الطلاق، كما لو ادّعت المرأة عددا معينًا من الطلقات و وافقها على ذلك الشاهدين، فإنّ الطلاق في هذه الحالة يقع و يلتزم الزوج به و بعدده الذي شهد به الشاهدان¹.

هذا و يُشترط في شاهدي الطلاق²:

1- أن يكونا سمعا ذلك من المطلق و أبصره حين النطق، لأنّ الاعتماد على الصوت فقط غير كاف لجواز اشتباه الأصوات.

2- بيان اللفظ الذي صدر من الزوج، لكون ذلك يختلف باختلاف اللفظ من ناحية الصريح و الكناية و التنجيز و التعليق.

ب- أمّا إذا كانت بيّنة المرأة هي الوثيقة الرسمية (الحكم القضائي أو المحرّر الرسمي) التي تصدر من المحكمة³ — كما سأوضحه لاحقًا — فلا مجال للإنكار أصلا في هذه الحالة، و يُحكم لها بها.

كيفية احتساب العدة في هذه الحالة:

تبدأ عدة المطلقة في هذه الحالة من الوقت الذي أثبتت فيه المرأة بيّنتها وقوع الطلاق و ليس من وقت الحكم بالطلاق، فمثلا لو ادّعت المرأة أن زوجها طلقها في شهر جانفي، و قضت المحكمة به في شهر مارس، فالعدة هنا تبدأ من شهر جانفي، أي من وقت الطلاق لا من وقت القضاء⁴.

¹ ابن جزوي: القوانين الفقهية، ص 199.

² اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى في الفقه الإسلامي، ص 414 - 415.

³ اسماعيل الشنديدي: المرجع نفسه، ص 415.

⁴ بدران أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، ص 471، اسماعيل الشنديدي: المرجع نفسه، ص 415.

الحالة الثانية: اختلاف الشاهدين في شهادتهما على أصل الطلاق أو عدده

أما لو اختلف الشاهدان في شهادتهما، ولم يتفقا على أصل الطلاق أو عدده، فهنا نفرق بين ما إذا كان هذا الاختلاف مؤثرا في أصل الطلاق أو في عدده، أو غير مؤثر.

1- إذا كان الاختلاف غير مؤثر: و مثال ذلك، إذا كان الاختلاف في صيغة الطلاق نفسها، كما لو شهد الأول بأنه طلق و شهد الثاني أنه أقر بالطلاق، حيث إن صيغة الإقرار والإنشاء في الطلاق واحدة، وكذلك لو اختلفا في الزمان والمكان و كان من الممكن حدوثه عادة، كأن شهد الأول أنّ الزوج أقرّ يوم الخميس بالطلاق، و شهد الثاني أنّه أقرّ بالطلاق يوم الجمعة، ففي هذه الحالة تُجمع شهادة الشاهدين و يقع الطلاق¹.

2- إذا كان الاختلاف مؤثرا: و مثال ذلك، كما لو شهد الأول أنه طلق طليقة واحدة، و شهد الثاني أنه طلق ثلاثاً، فمثل هذا يؤثر في الشهادة، و قد اختلف الفقهاء فيما لو لم تتفق شهادة الشاهدين على عدد الطلاق على قولين: القول الأول: إنه لا يقع الطلاق أصلاً بهذه الشهادة، فهذه الأخيرة باطلة، و إلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة².

و استدلل على بطلان الشهادة و عدم وقوع الطلاق أصلاً، بأنّ الشاهدين اختلفا في المشهود به لفظاً و معنى فلا تُقبل الشهادة، لأنّ من شروط قبول شهادة الرجلين ألاّ يختلفا و إنّما يتفقا على لفظ واحد، فإذا اختلفا وجب ألاّ تُقبل³.

القول الثاني: أنه تقع بهذه الشهادة طليقة واحدة، و يُستحلف الزوج على نفي الزائد _ أي ما زاد عن طليقة واحدة _ و إلى هذا ذهب الإمام مالك⁴، و أبو يوسف و محمد صاحب أبي حنيفة⁵.

و صورة اليمين التي يحلفه الزوج في هذه الحالة، هو أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما طلق واحدة و لا أكثر، لإسقاط الزائد على الواحدة اللازمة بشهادة الشاهدين⁶.

و استدلل أصحابه على وقوع طليقة واحدة، بأنّ الشاهدين اتفقا على وقوع طليقة واحدة، لأنّ الذي شهد بالواحدة فقد شهد على وقوعها، و الذي شهد بالثلاث فقد شهد بالواحدة أيضاً، و بالتالي فقد اتفقا على وقوع الطليقة

¹ ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ص 473؛ ابن تيمية: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 2، ص 240.

² الدماقندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، ج 2، ص 206.

³ الدماقندي: المرجع نفسه، ج 2، ص 206-207.

⁴ ابن عبد الرقيق: معين الحكام على القضايا و الأحكام، ج 1، ص 306.

⁵ الدماقندي: المرجع نفسه، ج 2، ص 218.

⁶ الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 5، ص 503.

الواحدة.¹**القول الراجح:**

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة، فالذي يترجح اختياره في نظرنا هو القول الثاني من وقوع طلقة إذا اختلف الشاهدان في عدد الطلاق، لأنّ المُعتبر في الشهادة هو الاتفاق و لو في المعنى، و قد اتفق الشاهدان على واحدة و اختلفا في الباقي، و بالتالي يقع ما اتفقا عليه.

و مثل هذه المسألة، إذا كان للرجل أكثر من زوجة واحدة، و ادّعت إحداهن أنّه طلقها، و أنكر الزوج ذلك و شهد شاهدان على أنّه طلق إحدى زوجاته لكنّ نسيًا من هي، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إنّ الشهادة هنا باطلة، و ذلك لأنّ عدم تعيين الزوجة التي طُلقَت من قبل الزوج — و إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من المالكية²، و الحنفية³، و الحنابلة⁴.

غير أنّ فقهاء المالكية قالوا: إنّّه يجب أن يُستحلف الزوج — وجبت اليمين — في هذه الحالة، لأنّ البيّنة أوجبّت التهمة و إن بطلت الشهادة⁵.

القول الثاني: تُقبل شهادة الشاهدين على ذلك، و يُحال بين الزوج و بين زوجاته حتى يتم تعيين الزوجة التي طُلقَت، و ذلك لأنّ الثابت بشهادتهما كالثابت بإقرار الزوج، و بهذا قال زفر⁶ من الحنفية⁷، بعض الحنابلة⁸.

القول الراجح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة، فالذي يترجح اختياره هو القول الأول، لأنّ الشاهدين بهذا قد أقرّا على نفسيهما بالغفلة، و قد ضيّعا شهادتهما، و بالتالي فالقاضي لا يستطيع أن يقضي بطلاق إحداهن دون

¹ ابن عبد الرفيع: المرجع السابق، ج 1، ص 306.

² القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة، ص 269؛ الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، ص 386.

³ السرخسي: المبسوط، تحقيق / محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1421 هـ - 2001 م، ج 6، ص 168.

⁴ البهوتي: شرح منتهى الإردات، دار الفكر، (د.ط. د.ت)، ج 3، ص 542.

⁵ ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، ص 269؛ الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، ص 386.

⁶ وهو زفر بن الهذيل، أحد الفقهاء الكبار في المذهب الحنفي، ولد سنة 110 هـ - 728 م في العراق، و توفي في الثامنة والأربعين من عمره، سنة 158 هـ - 775 م، فعلى الرغم من سعة علم زفر و قدرته الفائقة على القياس، فإنّ لم يسهم في التأليف و ذلك بسبب انشغاله بالافتاء و التدريس في حياة أبي حنيفة، و بعد مماته، كما أنّ حياته القصيرة لم تمكنه من الانصراف إلى التأليف. أنظر الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 8، ص 39-40؛ الموقع الإلكتروني: ar.wikipedia.org

⁷ السرخسي: المبسوط، ج 6، ص 169.

⁸ ابن تيمية: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، و معه كتاب النكح و الفوائد على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية لابن الفلح، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط 2، 1404 هـ - 1984 م، ج 2، ص 245.

الأخرى بهذه الشهادة، لأنهما لم يعيناهما، وليست إحداها بأولى من الأخرى، فإذا تعدد القضاء بطلت الشهادة.¹

الصورة الثانية: إقامة المرأة البيّنة على الطلاق بشاهد واحد عدل:

إذا أتت المرأة بشاهدين ذكّرين عدلين يشهدان على الطلاق أو على عدده، فإنه يقع الطلاق و العدد الذي ادّعتة المرأة بشهادتهما، و لكن يمكن أن يحدث في بعض الأحيان أن تعجز بأن تأتي بشاهدين ذكّرين عدلين، و بالتالي فما هو الحكم إذا لم تستطع المرأة إقامة البيّنة على دعواها بالطلاق إلا بشاهد واحد عدل؟ وهل يُحكم لها بهذه البيّنة أم لا؟

إذا أتت المرأة بشاهد واحد فلا تحلف المرأة مع شاهدها، و لا يثبت لها بذلك الطلاق على زوجها، و ليس في هذه المسألة نزاع بين الأئمة²، و ذلك لأنه ببساطة لم تأت بالنصّاب المُحدّد للشهادة على الطلاق³.

ثانياً - دعوى المرأة للطلاق مع عدم وجود البيّنة على دعواها: إذا لم يكن مع المرأة بيّنة على دعواها، و كدّتها الزوج في ذلك و أنكر، فالقول هنا هو قول الزوج مع يمينه في إنكار أصل الطلاق، و كذلك في عدده، و هو قول جمهور الفقهاء من المالكية⁴، و الحنابلة⁵، و الشافعية⁶، و الزيدية⁷.

إلا أنّ فقهاء المالكية⁸، و الإمام أحمد في رواية⁹ ذهبوا إلى عدم استحلاف الزوج في هذه الدعوى، بل القول قوله بدون يمين، لأنّ الطلاق لا يُقضى فيه بالنكول فلا يُستحلف فيه كالزواج إذا ادّعى رجل زوجية امرأة و أنكرت ذلك.

الرأي الرابع: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن القول هو قول الزوج مع يمينه هو الرابع _ حسب رأيي _ و ذلك لعموم قوله ﷺ: "و اليمين على المدّعى عليه"¹⁰ و قوله ﷺ: "و اليمين على من أنكر"¹¹.

و لكن تختلف صفة اليمين باختلاف ادّعاء الزوجة لنوع الطلاق الموقع من طرف الزوج بين طلاق رجعي و طلاق بائن:

¹ السرخسي: المبسوط، ج 6، ص 168 - 169.

² ابن القيم: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ص 169؛ ابن جزّي: القوانين الفقهية، ص 259.

³ أنظر الصفحة 41 من هذه المذكرة.

⁴ ابن جزّي: القوانين الفقهية، ص 199.

⁵ البيهقي: كشاف القناع، ج 5، ص 390 - 391؛ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 173.

⁶ العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 10، ص 237 - 238.

⁷ ابن المرتضي: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 176.

⁸ ابن جزّي: القوانين الفقهية، ص 199.

⁹ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 173.

¹⁰ سبق تخريجه، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

¹¹ سبق تخريجه، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

- فإذا ادّعت الزوجة طلاقاً رجعيًا و أنكر الزوج ذلك: فعليه أن يحلف بالله ما هي طالقة منه الساعة.
 - أمّا إذا ادّعت عليه طلاقاً بائناً و أنكر هو ذلك: فعليه أن يحلف بالله ما هي بائن منه الساعة، و لا يحلف بالله أنه لم يطلقها ثلاثاً لاحتمال أن يكون قد طلقها قبل ذلك ثم عادت إليه بعد زواجها برجل آخر.¹
فإذا ثبت ذلك: و قلنا باستمرار قيام الزوجية لعدم وجود البينة من الزوجة و استمرار الزوج بحدوده و إنكاره لهذا الطلاق، فالسؤال هنا هل ترث الزوجة في هذه الحالة أم لا ؟
 اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنّ الزوجة لا ترث الزوج، و إلى هذا ذهب أبو حنيفة و أصحابه²، و الشافعي³، و أحمد بن حنبل⁴ و به قال ابن المنذر⁵.

و استدلل أصحابه على أنّ الزوجة لا ترث الزوج بالآتي⁶:

- إنّ الزوجة أقرت بانتهاء الزوجية، و عليه فإنّها لا ترثه.

- إنّ سبب الإرث غير محقق في هذه الحالة، و ذلك بسبب انتهاء الزواج بالوفاة و عليه فإنّها لا ترثه.

القول الثاني⁷: إنّ الزوجة ترث الزوج، و بهذا قال الحسن البصري⁸ و ابن أبي ليلى⁹ و الليث ابن سعد¹⁰.

و استدلل أصحاب هذا القول على أنّها ترثه بما يلي:

- إنّ المرأة هنا هي في حكم الزوجة ظاهراً، و بالتالي فهي ترث¹¹.

¹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 5، ص 365؛ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 4، ص 42؛ المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، ج 3، ص 322.

² السرخسي: المبسوط، ج 30، ص 183.

³ ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم، خراج أحاديثه/ عبد الله عمر البارودي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1414هـ-1993م، ج 1، ص 177.

⁴ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 173.

⁵ ابن المنذر: المرجع السابق، ج 1، ص 177.

⁶ السرخسي: المرجع السابق، ج 30، ص 183.

⁷ ابن المنذر: المرجع السابق، ج 1، ص 177.

⁸ و هو الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، كان إمام أهل البصرة، و جبر الأمة في زمنه، و هو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان النساك، ولد بالمدينة سنة 21 هـ - 642 م، و توفي بالبصرة سنة 110 هـ - 728 م، من مؤلفاته فضائل مكة... إلخ. أنظر، الزركلي: الأعلام، ج 2، ص 226.

⁹ هو إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم الهمداني الحموي، سهاب الدين، أبو إسحاق المعروف بابن لأبي الدم، مؤرخ بحاث، من علماء الشافعية، ولد في حجة بسورية سنة 583 هـ - 1187 م، و توفي فيها سنة 642 هـ - 1244 م، من تصانيفه: كتاب التاريخ، التاريخ المضفر، تدقيق العناية في تحقيق الرواية... إلخ. أنظر، الزركلي: المصدر نفسه، ج 1، ص 49.

¹⁰ هو ابن عبد الرحمان، الإمام الحافظ شيخ الإسلام، و عالم الديار المصرية أبو الحارث الفهيم مولى خالد بن ثابت بن طاغ، ولد بقرقشندة (و هي قرية من أسفل أعمال مصر) في سنة 94 هـ، كان فقيه مصر و محدثها و رئيسها توفي سنة 175 هـ. أنظر، الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج 8، ص 137.

¹¹ ابن قدامة: المغني، ج 7، ص 173.

- إن الزوج كذب الزوجة في إقرارها لما حلف على عدم الطلاق و قضى القاضي بقيام الزوجية بينهما، و متى كُذِّب المُقرُّ شرعاً في إقراره يبطل حكم ذلك الإقرار، و بالتالي كان لها الميراث إلا في حالة إذا أقرت في المستقبل بعد موته أنه طلقها ثلاثاً¹.

الرأي الرابع: بعد عرض قولي الفقهاء في هذه المسألة، فالذي يترجح اختياره، هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من عدم الإرث، ذلك أن المرأة تعلم أنها صارت أجنبية عن زوجها بإقرارها بالطلاق، وبالتالي فلا ترثه كسائر الأجنبيات².

المطلب الثاني: اختلاف الزوجين في حصول الشرط أو الصفة المعلق عليها الطلاق

الطلاق المعلق على شرط: هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر في المستقبل غير محقق الوقوع³، فيعلق الرجل طلاق زوجته على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط _ كإن فعلت كذا فأنت طالق _
حكمه: الوقوع عند تحقق الشرط المعلق عليه.

و يأخذ نفس الحكم، إذا كان الشرط المعلق عليه الطلاق متعلقاً بأفعال المرأة _ كما لو علق طلاقها على خروجها من البيت، أو ذهابها إلى بيت أهلها _ أو كان متعلقاً بأفعال الرجل _ كما لو علقه على دخوله هو البيت _ أو كان متعلقاً بالغير و لا دخل للزوج أو الزوجة فيه _ كما لو علقه بقدوم شخص معين من السفر _
و يستوي في ذلك أيضاً ما إذا كان هذا التعليق بقصد التخويف للزوجة أو بقصد وقوع الطلاق، فهذا كله يقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء من الحنفية⁵، و الشافعية⁶، و الحنابلة⁷، و ذلك إذا ما تحققت شروط صحة التعليق⁸.

¹ السرخسي: المبسوط، ج 30، ص 183.

² اسماعيل الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 411.

³ الغزالي، أحمد: الطلاق الانفرادي و تدابير الحد منه، ص 83.

⁴ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى في الفقه الإسلامي، ص 443.

⁵ الدماقندي: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 1، ص 416؛ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 47.

⁶ الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، تحقيق/علي عبد الحميد أبو الخير و محمد وهي سليمان، دار الخير، بيروت، ط 1، 1417 هـ - 1996 م، ج 2، ص 622-

623.

⁷ البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 326.

⁸ أنظر الصفحة 95 من هذه المذكرة.

وقد وافق ابن تيمية¹ و ابن القيم² جمهور الفقهاء على هذا، إلا أنها قالوا: إن كان قصد المعلق _ الزوج _ هو دفع الزوجة إلى فعل شيء معين و ليس الطلاق _ أي أنّ الطلاق في هذه الحالة متوقف على مقصود الزوج _ فهنا يعتبر يمينًا فقط لا يقع به الطلاق³.

غير أنّ فقهاء المالكية⁴ ذهبوا إلى القول: إنّ الطلاق المعلق على شيء، يقع منجرًا في الحال.

و خالف كلّ من ابن حزم الظاهري⁵ و الإمامية⁶ الآراء السابق ذكرهم بقولهم: لا يقع المعلق أصلًا، و اعتبروه

لغوًا لا يقع به شيء، لأنّ من شروط صيغة الطلاق تجريدتها عن الشرط و الصفة⁷.

و بغض النظر عن اختلاف آراء الفقهاء في هذه المسألة⁸، و بناءً على ما قرره جمهور الفقهاء من وقوع الطلاق المعلق على شرط أو صفة، فلو علق الزوج طلاق زوجته على حدوث شرط معين كقوله لها: إذا ذهبت إلى بيت أهلك فأنت طالق، أو: إذا خرجت من البيت فأنت طالق، ثم حدث خلاف بين الزوجين في أصل هذا التعليق، أو تحقّق هذا الشرط المعلق عليه الطلاق من عدمه، فهنا نفرّق بين ثلاث حالات:

الأولى: أن يدعي الزوج تعليق الطلاق على شرط معين، فتكذّبه الزوجة في ذلك.

الثانية: أن يكون هذا الشرط المعلق عليه الطلاق معلومًا لكلّ من الزوج و الزوجة، و يمكنها الاطلاع عليه، و التحقق من معرفة حدوثه أو لا.

الثالثة: أن تكون معرفة حصول هذا الشرط لا تُعلم إلا من جهة المرأة.

و يمكن تناول هاتين الحالتين من خلال مطلبين على النحو الآتي:

الفرع الأول: اختلاف الزوجين في أصل التعليق

إذا اختلف الزوجان في أصل التعليق، فيدعي الزوج أنه علق طلاق زوجته على شرط معين، فتكذّبه و تنكر ذلك و تدعي أنّ هذا لم يحدث، فالقول في هذه الحالة هو قول الزوج⁹.

¹ ابن تيمية: مجموع الفتاوى، ج 17، ص 126.

² ابن القيم: اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، ص 46.

³ الغزالي، أحمد: المرجع السابق، ص 86-87.

⁴ الدردير: الشرح الكبير، ج 3، ص 287.

⁵ ابن حزم الظاهري: المحلى بالآثار، تحقيق /عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج 9، ص 479، مسألة رقم 1966.

⁶ الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، ج 5، ص 26 - 27.

⁷ أحمد الغزالي: المرجع السابق، ص 86.

⁸ تعمدت عدم ذكر آراء الفقهاء و ترجيح الرأي، وذلك لأنّ البحث في هذه المسألة ليس الهدف من دراستي.

⁹ إساعيل الشنديدى: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 463.

الفرع الثاني: اختلاف الزوجين في حدوث شرط يطلع عليه كلّ منهما

إذا اختلف كلّ من الزوج و الزوجة على حصول الشرط أو الصفة المعلق عليها الزواج، و ادعى أحدهما حدوثه و أنكر الآخر ذلك، و كان هذا الشرط غير مَحْفِيًّا و يمكن للزوجين أن يشتركا فيه، إذ يمكن لكليهما الاطلاع عليه، كتعليق الزوج طلاق زوجته على خروجها من البيت أو ذهابها إلى بيت أهلها، فإذا قال الزوج: إذا دخلت البيت فأنت طالق، و قالت الزوجة: دخلتُ و أنكر الزوج ذلك، فهنا نَفرق بين حالتين:

- إما أن يكون مع المرأة بيّنة على حصول الشرط.

- و إما أن لا يكون مع المرأة بيّنة على حصول الشرط.

فإذا كان مع المرأة بيّنة على حصول الشرط الذي علّق عليه الزوج طلاقها _ و هو خروجها من البيت مثلا _ فإنه يُقبل قولها في ذلك و يقع الطلاق¹، لأتمها عزّزت و أثبتت دعواها بالحجّة و الدليل².

أمّا إذا لم يكن مع المرأة بيّنة على ذلك، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية³ و الحنابلة⁴، و الزيدية⁵ إلى أنّ القول في هذه الحالة هو قول الزوج.

و استدّلوا على ذلك بما يلي:

- عموم قوله ﷺ: " البيّنة على المدّعي و اليمين على من أنكر " ⁶، و بما أنّ ليس للمرأة بيّنة على دعواها، فالقول هو قول الزوج ⁷.

- إنّ البيّنة في مثل هذه الدعاوى هي مما يسهل الاطلاع عليه غالبًا، و يسهل إقامة البيّنة عليه أيّ إثباته، و بالتالي إذا لم تستطع المرأة إقامة البيّنة، كان القول قول الزوج ⁸.

- إنّ الزوج هنا منكرٌ و غير مقرّ بوقوع الطلاق، و هذا ما تدّعيه المرأة و ليس لها بيّنة، و القول قول المنكّر عند عدم البيّنة ⁹.

¹ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 47 - 48؛ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 4، ص 38.

² ابن الشحنة: لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص 327.

³ ابن نجيم: الأشباه و النظائر، ص 336؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 4، ص 181.

⁴ البيهقي: كشاف القناع، ج 5، ص 330؛

⁵ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 176.

⁶ سبق تخريجه، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

⁷ اسماعيل الشديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 448.

⁸ البيهقي: كشاف القناع، ج 5، ص 337.

⁹ ابن نجيم: البحر الرائق، ج 4، ص 37؛ ابن الشحنة: لسان الحكام في معرفة الأحكام، ص 327.

أما إذا أقام الزوج بيّنة على عدم حصول الشرط، و أقامت المرأة بيّنة على حصول الشرط، فالظاهر ترجيح بيّنة المرأة، لأنه إذا كان القول قوله _ قول الزوج _ كان برهانه لغوًا¹.

الفرع الثالث: اختلاف الزوجين في حدوث شرط لا يُعلم إلا من جهة المرأة

سبق و أن بيّنا حكم حالة إذا علق الزوج طلاق زوجته على شرط يسهل الاطلاع عليه من قبلها، و لكن إذا افترضنا أنّ الزوج علق طلاق زوجته على أمر لا يُعلم إلا من جهتها _ كما لو علق طلاقها على حيضها مثلاً _ فقال: إذ حضت فأنت طالق، و ادّعت المرأة أنها حاضت فعلاً و كذّبتها الزوج في هذه الدّعى، فهنا أفترق بين إذا ما كان للزوج زوجة واحدة أو كان له أكثر من ذلك، و لكلّ مسألة حكم خاص بها أيّنه من خلال الفروع الآتية:

أولاً- أن يكون للزوج زوجة واحدة

إذا كان للزوج زوجة واحدة و علق طلاقها على حيضها بأن قال لها: إن حضت فأنت طالق، فادّعت المرأة وجوده و قالت: حضت، و كذّبتها الزوج في ذلك قبل قول المرأة في حقّ نفسها، وقع الطلاق عند جمهور الفقهاء².

و استدّلوا على ذلك بالكتاب و المعقول الآتي:

1- من الكتاب: قوله ﷺ: ﴿... وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ...﴾³.

فيقصد من هذه الآية الحيض، فلو لا قولها مقبول فيه ما حرّم عليها كتمانها⁴.

2- من المعقول:

- إنّ الحيض لا يُعرف إلا من جهتها، و هي مؤتمنة في حقّ نفسها فقبّل قولها فيه⁵.

- إنّ ادّعاء وجود الحيض مما يتعدّر إقامة البيّنة عليه، لأنّ رؤية الدم لا تدلّ بالضرورة على أنّه حيض لاحتمال الاستحاضة، و لا يثبت ذلك إلا بها خاصة⁶.

و يجب تصديق المرأة في هذه الحالة، لأنّها مؤتمنة في حقّ نفسها فيما يخصّ انقضاء عدّتها بالأقراء، و الله ﷻ جعله سبباً لوقوع طلاقها، فبالتالي قولها مقبول⁷.

¹ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدّعى، ص 448.

² الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 48؛ الموصلي: الاختيار لتعليل المختار، ج 3، ص 141؛ النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، ج 5، ص 135 - 136؛

ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي ج 7، ص 134؛ البهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 336؛ ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 176.

³ سورة البقرة: الآية 228.

⁴ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي ج 7، ص 134.

⁵ الرافعي: الشرح الكبير، ج 9، ص 99؛ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 48.

⁶ إسحاق الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدّعى، ص 450.

⁷ إسحاق الشنديدي: المرجع نفسه، ص 451.

و لكن يُشترط لتصديق المرأة هنا: أن تحلف على ذلك عند فقهاء الشافعية¹، و بعض الحنابلة²، لاحتال صدق الزوج، و تهمتها في ذلك أنها تتخلص به من الزواج³.

خلاقاً للحنفية⁴، و البعض الآخر من الحنابلة⁵، حيث قالوا: إنه لا يمين على المرأة هنا، لأنها تدعي وجود الشرط المعلق عليه الطلاق، و مجرد قولها في ذلك ليس بحجة في حق الزوج، كما في حالة لو كان الشرط خروجها من البيت⁶.

ثانياً- أن يكون للزوج أكثر من زوجة واحدة

و هنا يمكن تصور عدّة حالات لتعليق الزوج الطلاق، و لكن تقتصر على ثلاثة منها هي كالاتي:

الحالة الأولى: أن يعلّق الزوج طلاق غيرها على حيضها.

الحالة الثانية: أن يعلّق طلاقها و طلاق غيرها على حيضها.

الحالة الثالثة: أن يعلّق طلاق الجميع على حيضهنّ.

الحالة الأولى: أن يعلّق الزوج طلاق غيرها على حيضها

كما لو قال الزوج لها: إن حضت فضررتك طالق، فتقول المرأة: حضتُ، فإن صدّقها الزوج طلّقَ ضرّتها، و إن كذّبها لا تطلّقَ ضرّتها و القول قوله مع يمينه، و لا تصدّق المرأة في حقّ ضرّتها، بل يُقبل قولها إلا في حقّ نفسها⁷.

الحالة الثانية: أن يعلّق طلاقها و طلاق غيرها على حيضها

ففي هذه الحالة، إمّا أن تكون المرأة هي المدّعية للحيض، و إمّا أن يكون الرجل هو المدّعي للحيض، و ذلك كالاتي:

أ- إذا كانت الزوجة هي المدّعية للحيض: كما لو قال لها: إذا حضت فأنت و ضرّتك طالقان، فقالت المرأة:

حَضْتُ، فهنا نفرّق بين فرضيتين:

¹ الزركشي: الديباج في توضيح المنهاج، تحقيق/بحي مراد، دار الحديث، القاهرة، دط، 1427 هـ - 2006 م، ج 2، ص 835.

² البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 335.

³ الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، ص 422؛ البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 335.

⁴ الحصكفي: الدر المنتقى شرح المنتقى، ج 1، ص 421.

⁵ البهوتي: المرجع السابق، ج 5، ص 336.

⁶ السرخسي: الميسوط، ج 6، ص 121؛ المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، ج 3، ص 244؛ الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 48؛ الدماقندي: جمع الأنهر

في شرح ملتقى الأنهر، ج 1، ص 421.

⁷ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 7، ص 133.

الفرضية الأولى: إذا كذب الزوج المرأة، فإنه يُقبل قولها بيمينها في حق نفسها فقط، ولا تصدق في حق ضررتها، و بالتالي تطلق وحدها دون ضررتها¹ وذلك لأن:

- 1- الأيمان لا تدخلها النيابة، إذ أن اليمين تؤثر في حق الحالف فقط دون غيره².
- 2- إنها صارت شاهدة في حق ضررتها، فهي متهمة و بالتالي لا يُقبل قولها في حق ضررتها، وإنما يُقبل في حق نفسها فقط³.

الفرضية الثانية: إذا صدق الزوج المرأة و لم يكذبها في قولها، فإن ضررتها تطلق أيضًا، لأنه أقر بوقوع الطلاق عليها بتصديقها.

و يلحق ذلك، إذا أقامت المرأة البيّنة على حيضها فإن ضررتها تُطلق كذلك⁴.

ب- إذا كان الزوج هو المدعي للحيض: بأن قال لها: قد حُضتِ و أنكرته القول، لها ذلك وحدها أو مع ضررتها طلقًا مؤاخذة له بإقراره على نفسه⁵، و ذلك لأن معرفتها بحيض غيرها كعرفة الزوج، و إنما أوثقت على نفسها في حيضها فقط⁶، و لكن في هذه الحالة يتم تحليف الزوج على تكذيبها، و هنا يكون محيرًا بين أن يحلف أن تلك لم تحض، أو يحلف أن ضررتها لم تُطلق⁷.

الحالة الثالثة: أن يعلق طلاق الجميع على حيضهن

و في هذه الحالة، إما أن يكون للزوج زوجتان أو أكثر من ذلك:

أ- إذا كان للزوج زوجتان: و علق طلاقهما على حيضهما بأن قال لهما: إن حُضتِ، فأنت و ضررتك طالقتان، فإن ادعت الزوجتان أنهما حاضتا فإما أن يصدقهما الزوج، و إما أن يكذبهما، و إما أن يصدق واحدة، و يكذب الأخرى⁸:

- فإن صدقهما طلقًا معًا: لأن الصفة المعلق عليها الطلاق قد وجدت باعترافه هو⁹.

¹ المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، ج 3، ص 244؛ الدماغاندي: جمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 1، ص 421؛ الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، ج 3، ص 48؛ البهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 337.

² الغنيمي: المرجع السابق، ج 3، ص 48؛ البهوتي: المرجع نفسه، ج 5، ص 337.

³ المرغيناني: المرجع السابق، ج 3، ص 244؛ الدماغاندي: المرجع السابق، ج 1، ص 421؛ السرخسي: المسوط، ج 6، ص 122.

⁴ البهوتي: المرجع السابق، ج 5، ص 337؛ و له: شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 159.

⁵ البهوتي: المرجع نفسه، ج 5، ص 337؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 7، ص 134.

⁶ ابن قدامة: المرجع السابق، ج 7، ص 134.

⁷ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 459.

⁸ الشنديدي: المرجع نفسه، ص 460.

⁹ الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، ص 423؛ البهوتي: كشف القناع، ج 5، ص 337 - 338؛ ابن المرتضي: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 201.

- وإن كذَّبها لم يُطَلَّقًا: لأنَّ طلاق كل واحدة منها معلق بحيضها و حيض ضرَّتْها، و قولها و إن كان مقبولاً في حق نفسها، فقول ضرَّتْها غير مقبول عليها¹.

- وإن صدَّق واحدة منها و كذَّب الأخرى: طُلِّقت المَكْذُوبَةُ وحدها دون المَصَدِّقَةِ، لأنَّ المَكْذُوبَةَ ثُبَّتْ حيض ضرَّتْها في حقها بتصديق الزوج، و قولها مع يمينها في حق نفسها كافٍ، و أمَّا المَصَدِّقَةُ فلم يثبت حيض ضرَّتْها في حقها مع تكذيب الزوج².

أمَّا لو أقامت كل واحدة منها بيِّنَةً على الحيض وقع الطلاق³.

ب- إذا كان للزوج أكثر من زوجتين: و علق طلاقهنَّ على حيضهنَّ كلهنَّ، بأن قال لنسائه الثلاث أو الأربع: إن حضنت فأنتن طُلَّقنَّ، فقلنَّ جميعًا: حضنا، فالحكم كالاتي:

- فإن صدقهنَّ كلهنَّ: طُلِّقنَّ جميعًا.

- و إن كذَّبهنَّ كلهنَّ أو كذَّب بعضهنَّ: لا تطلق واحدة منهنَّ، لأنَّ شرط طلاقهنَّ هو حيض جميعهنَّ و ليس بعضهنَّ، و لم يتحقق ذلك.

- إن صدَّق ثلاثًا و كذَّب واحدة: طُلِّقت المَكْذُوبَةُ وحدها، و لا يقع بالمصدقات طلاق، لأنَّ حيضها لم يثبت بالنسبة إليهنَّ، و طلاقهنَّ موقوف على ثبوت حيض الجميع⁴.

المطلب الثالث: اختلاف الزوجين في نية الطلاق عند التخيير

للزوج في طلاقه لزوجته ثلاثة أحوال⁵:

الأولى: أن يتولاه بنفسه مباشرة و يقول للزوجة: "أنت طالق".

الثانية: أن يستنيب فيه وكيلا لإيقاعه، أي أنَّ الزوج في هذه الحالة يوكل الغير في تطليق زوجته نيابة عنه.

الثالثة: و هو أن يخير الزوج زوجته بين البقاء معه أو الفراق، فيكون ذلك تمليكًا أو تخييرًا أو تفويضًا، و يجوز عند جمهور الفقهاء أن يخير الزوج زوجته فيقول لها: اختاري أو أمرك بيدك، و ذلك خلافًا لابن حزم الظاهري، و الذي قال: لا يقع بالتخيير شيء.

¹ الشريبي: المرجع نفسه، ج 3، ص 423؛ البهوتي: المرجع نفسه، ج 5، ص 337 - 338؛ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 201؛ ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 7، ص 143.

² البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 338؛ ابن المرتضى: البحر الرخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، ص 201؛ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 461.

³ الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، ص 423.

⁴ الرافعي: الشرح الكبير، ج 9، ص 102؛ البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 338.

⁵ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 465.

و أدلة مشروعية ذلك من الكتاب و السنة النبوية:

1- من الكتاب: قوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهُنَّ فَأَمَّا لِيَنَّكُمْ وَأَسْرَخَكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾¹.

2- من السنة النبوية: قول عائشة رضي الله عنها: "خيرنا النبي ﷺ فاخترناه، أفكان طلاقًا؟"²

و قد ذهب أكثر أهل العلم للقول:

- إنه إذا خير الزوج زوجته بأن _مثلاً_ قال لها: إن كنت تريدني الحياة معي فأخبريني، و إن كنت لا تريدني العيش معي فأخبريني، فقالت: أنا أريد العيش معك، فهنا اختارته وبالتالي لا يقع عليها بذلك شيء.

- أما من بين المسائل التي اختلف فيها بينهم، هي الزوجة التي اختارت نفسها، أي قالت: لا أريد العيش معك، هل يقع طلاق واحدة رجعية أم بائنة أم يقع ثلاثًا؟، و اختلفوا كذلك في العدد الذي يجوز للزوجة أن توقعه³... إلخ، و ليس هذا مجال بسط خلاف أهل العلم في هذه المسألة، لأنها ليست هدف الدراسة، وإثبات التنبيه لها فقط.

و عليه فقد يحدث خلاف أو نزاع بين الزوجين بشأن هذا التخيير⁴:

- إما في أصله _ في أصل وقوعه من عدمه _

- أو في نية الزوج من التخيير _ هل أراد الزوج من هذا التخيير الطلاق أم لا؟ _

- أو في نية الزوجة إذا اختارت نفسها _ هل نوت الزوجة الطلاق عند تخييرها نفسها أم لا؟ _

- أو في رجوع الزوج قبل التخيير _ إذا خير الزوج زوجته، ثم رجع عن ذلك قبل أن تطلق نفسها _

و لكل صورة من هذه الصور حكم خاص بها أتناوله كالآتي:

الفرع الأول: اختلاف الزوجين في أصل التخيير

إذا اختلف الزوجان في أصل التخيير، فتدعي الزوجة أن الزوج خيرها في تطليق نفسها، و ينكر الزوج ذلك، فالقول في هذه الحالة هو قول الزوج، لأن الأصل بقاء الزواج¹.

¹ سورة الأحزاب: الآية 28.

² متفق عليه: أخرجه البخاري في صحيحه مع الفتح، كتاب الطلاق، باب من خير نساءه، فتح رقم 5262، ج 9، ص 280؛ و مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته، حديث رقم 1477، ج 2، ص 1104.

³ أنظر: ابن جزوي: القوانين الفقهية، ص 201 - 202.

⁴ الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 466.

الفرع الثاني: اختلاف الزوجين في نية الزوج من التخيير

إذا خير الزوج زوجته بأن قال لها: اختاري نفسك، ثم ادّعى أنه لم يرد ولم يكن ينوي من هذا التخيير الطلاق، فكذبته الزوجة وقالت: بل أردت ذلك ونويته، فالقول قول الزوج مع يمينه أنه ما أراد الطلاق عند جمهور الفقهاء من الحنفية²، والحنابلة³.

و استدلووا على ذلك:

- إن الزوج أعلم وأعرف بنيتته، ولا سبيل إلى معرفة ذلك إلا من جهته⁴، فكان القول قوله عند تكذيبه من طرف الزوجة.
- إن قول الزوج لزوجته: اختاري، هو كلام يحتمل عدّة معاني، إذ يجوز أن يكون معناه النفقة أو الكسوة أو السكن، وفي الكلام المحتمل القول قول الزوج أنه لم يرد الطلاق مع يمينه، لكونه متهمًا في ذلك وإن نوي الطلاق⁵.

أما إذا كان مع الزوجة دليلاً على أنّ الزوج نوى الطلاق فعلاً، أو أنّ لفظ التخيير قد وقع جواباً لسؤال سألته الزوجة له، كأن قالت له: طلقني فقال لها: أمرك بيدك أو اختاري، فإنّ القول يكون في هذه الحالة هو قول الزوجة لوجود القرينة⁶.

الفرع الثالث: اختلاف الزوجين في نية الزوجة من التخيير

إذا خير الزوج زوجته بأن قال لها: اختاري، فقالت: اخترت ولكن اختلفا في النية، فقال الزوج لزوجته، ما نويت الطلاق عند التخيير، فقالت: بل نويت الطلاق، فالقول في هذه الحالة هو قول الزوجة مع يمينها عند جمهور الفقهاء⁷.

و استدلووا على ذلك:

- إنّ النية هي شيء معنوي وليس مادي لا يُعلم إلا من جهتها، ولا يمكن إقامة البينة عليها لأنّها أعرف وأعلم بضميرها، فكان القول قولها¹.

¹ الرافعي: الشرح الكبير، ج 8، ص 547.

² السرخسي: المبسوط، ج 6، ص 248.

³ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 104.

⁴ الرافعي: المرجع نفسه، ج 8، ص 548؛ ابن قدامة: المصدر نفسه، ج 7، ص 104.

⁵ السرخسي: المرجع السابق، ج 6، ص 248.

⁶ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 104.

⁷ الرافعي: الشرح الكبير، ج 8، ص 547 - 548؛ ابن قدامة: المغني على شرح الخرقي، ج 7، ص 104؛ ابن تيمية: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: ج 2، ص 56.

- إته قد وُجد سبب الطلاق _ و هو التخيير _ فالظاهر عدم التركيز بشيء آخر غير الطلاق².

و يكون هذا: إذا لم يكن الكلام قد خرج جوابًا لسؤال، أو كان هناك دليل على خلاف ذلك³.

الفرع الرابع: اختلاف الزوجين في رجوع الزوج قبل التخيير

إذا خير الزوج زوجته، ثم رجع قبل أن تُطلق نفسها بطل التخيير عند الإمام الشافعي، و أحمد بن حنبل، و ذلك خلافا للإمام أبي حنيفة و مالك، حيث قالوا: لا يبطل الاختيار، و لا أثر للرجوع⁴.

و عليه، فإذا خيرها فطلقت نفسها فقال الزوج: رجعت عن التخيير قبل طلاقك، و قالت الزوجة: بل بعده، أو أنكرت أصل الرجوع _ أي أنه لم يرجع أصلاً في التخيير _ فالقول قول الزوج⁵، لأنهما اختلفا فيما يختص به الرجل فكان القول قوله، كما لو اختلفا في نيته⁶، و لأن الأصل بقاء العصمة فيكون القول قوله لأنه أدري بنيته⁷.

المبحث الثالث: إثبات الطلاق نصًا و تطبيقًا

إنّ الطلاق في قواعد الشريعة الإسلامية كان يقع صحيحًا بمجرد التصريح به من الزوج استنادًا إلى إرادته المنفردة، أو بمجرد المحالعة استنادًا إلى الإرادة المشتركة للزوجين، أو بحكم من القاضي استنادًا إلى طلب الزوجة المتضررة، و لم يكن الطلاق في ذلك الوقت يحتاج إلى إشهاد شهود و لا إلى تسجيله أو تدوينه في سجلات معينة للاحتجاج به عند الاقتضاء تم له مصلحة فيه، و كان نظام الطلاق العرفي بتصريح من الزوج أمام الشهود أو أمام زوجته يعتبر هو النظام المتبع لمدة طويلة من الزمن، وظلّ الحال إلى غاية صدور النصوص القانونية المنظمة لقواعد إجراءات الطلاق باعتباره نظام يغلب عليه الطابع الديني أكثر من الطابع المدني⁸.

و لما كان الطلاق من التصرفات الإرادية المنفردة التي يملكها الزوج، و التي تترتب عليه آثار شرعية، فإنه يُشترط فيه ما يُشترط في سائر التصرفات البشرية تطبيقًا للقواعد العامة، إلا أنّ المُشرع الجزائري قد انفرد وحده⁹ حين أوجب شرطًا أساسيًا حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء، و هو أن يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني¹⁰ أو الشكلي، و هذا طبقًا للمادة 49 من ق.أ و التي نصت على مايلي: "لا يثبت

¹ ابن الفلج: المبدع شرح المتن، ج 6، ص 326.

² الشنديدي: اختلاف الزوجين في الدعوى، ص 469.

³ ابن قدامة: المغني على شرح الخري، ج 7، ص 104.

⁴ ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء، ج 1، ص 162.

⁵ ابن تيمية: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: ج 2، ص 56.

⁶ ابن الفلج: المبدع شرح المتن، ج 6، ص 326.

⁷ البيهقي: كشاف القناع، ج 5، ص 295.

⁸ عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996م، ص 371.

⁹ المرجع نفسه، ص 371.

¹⁰ عبد الفتاح تقيّة: محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، دار ثالة، الجزائر، دط، 2007 م.

الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

و هذا ما أكدته قرار المحكمة العليا و الذي مفاده: "من المقرر قانونًا أنه يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، و يثبت بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي".¹

فيتضح من خلال هذه المادة أنّ إرادة المشرع تتجه إلى إخضاع مسألة إثبات الطلاق إلى القضاء و ذلك بوضع قاعدة اجرائية صريحة و واضحة لصحة وقوع الطلاق²، و لكن الإشكال في هذه الحالة هي مسألة الطلاق الشفهي أو العرفي الذي يمكن للزوج أن يوقعه خارج المحكمة، و الذي يتم إثباته بحكم قضائي و بأثر رجعي.

و تجدر الإشارة إلى أنّ المقصود في موضوع البحث هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط، و ليس كل حالات الطلاق.

و عليه فكيف يتم إثبات الطلاق في خلال النصوص القانونية و التطبيقات القضائية؟، و ما هي الاجراءات و القواعد اللازمة لإثبات هذا الحق الإرادي أمام القضاء ؟

و سأحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال دراسة هذا الموضوع على النحو الآتي:

المطلب الأول: كيفية إثبات الطلاق من خلال النصوص القانونية و التطبيقات القضائية

الفرع الأول: كيفية إثبات الطلاق من خلال النصوص القانونية

من خلال استقراء نص المادة 49 من ق.أ. نجده غامضًا غير واضح، و ذلك لأنه لم يحدد بدقة طريقة الطلاق التي يمكن للزوج أن يوقعها، هل يمكن أن يقع الطلاق خارج المحكمة و بذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتدّ بالطلاق الشفهي أو العرفي؟ أو يجب على الزوج إفراغ إرادته بالطلاق باللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم قضائي يثبت هذه الإرادة؟

فبالرجوع إلى أحكام المادة 49 من ق.أ. نجدها تعتبر أنّ الطلاق لا يُعتدّ به إلا بموجب حكم قضائي³، و أنّ العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق من القاضي (المادة 58 ق.أ.)، و هذا يكون تعبيرًا صريحًا من المشرع الجزائري أنّه لا يُعتدّ بالطلاق الشفهي⁴.

¹ ملف رقم 138949 بتاريخ 1996/07/09، المجلة القضائية، 1996، عدد 2، ص 77.

² عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 371.

³ الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 180.

⁴ محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 24، عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 119.

و نصّت المادة 50 من ق.أ على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد صحيح، و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

و يرى الدكتور بن صغير محفوظ أنّ هاتين المادتين تثيران إشكاليات فقهية و هي كالآتي:

- لم تنصّ المادتين صراحة على نوعي الطلاق الرجعي و البائن بينونة صغرى، لذلك ينبغي إعادة صياغة المواد بالشكل الذي يستجيب لأحكام كلّ من الطلاق الرجعي و البائن.
- يمكن للزوج أن يتلقظ بالطلاق، و تطول إجراءات الحكم به طبقًا لنص المادة 49 ق.أ، و قد تتعدّد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية، التي يبدأ حسابها من وقت تلقظ الزوج بالطلاق، فإذا نجحت هذه الجلسة و راجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقًا للمادة 50 ق.أ، فقد حصل تعارض بين القانون و أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أنّ الطلاق صار بائنًا بينونة صغرى من الناحية الشرعية، يحتاج المطلق لإرجاع زوجته إلى عقد جديد، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 ق.أ.

- قد يؤدي تطبيق المادتين إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلقظ الزوج بالطلاق، و عدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، و هذا يؤدي إلى تعارض بين القانون و الشريعة على عدة مستويات، خاصة بعد فوات العدة الشرعية و استمرار العدة القانونية¹.

و تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري قد فترق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن في نصّ المادة 51 من ق.أ بقولها: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه عنها بعد البناء". و هذا ما أكّده قرار المحكمة العليا في قرار له بقوله: "من المتفق عليه فقهاً و قضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، و أنّ حكم القاضي به لا يغيّر من رجعيته لأنّ إنّما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو يقع بناءً على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلّص من الرابطة الزوجية معه، و كذلك الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها و حسم النزاع بينها و بين زوجها و إنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية و لذلك يستوجب نقض القرار"².

و هناك من يرى أنّ اشتراط المشرّع بأنّ الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، ليس شرطاً للإثبات و إنّما هو شرط للانقضاء، ذلك أنّ المشرّع عندما نصّ على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفى وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، و من ثمة يكون المشرّع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي،

¹ محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 24-25.

² ملف رقم 39463، بتاريخ 1986، المجلة القضائية لسنة 1986 م، عدد 1، ص 115.

فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقّه في الطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب أن يستوفي إجراء الصلح، و ينتهي استعمال الزوج لحقّه الإرادي بصدور إظهار¹ من القاضي يثبت فيه استفتاء إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك، و من ثمة يعدّ المحرر القضائي شرط لصحة وقوع الطلاق و ليس وسيلة لإثباته².

ف نجد أنّ المشرّع لم يستحدث أمرًا جديدًا، و إنّما أخذ برأي الفقهاء الذين يقولون بضرورة الإظهار على الطلاق³.

و يعاب على نص المادة 49 من ق.أ أنّ لم يشر إلى طبيعة حكم القاضي هل هو حكم منشيء للطلاق أم أنّه حكم كاشف لطلاق الزوج⁴؟

و الجواب على ذلك أنّ الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة بالطلاق هي أحكام منشيئة، بحيث يترتب عنها إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج، و في نفس الوقت تعتبر أيضًا كاشفة لأنّ القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق، فهو يكشف عن إرادة الزوج التي يكون تلقظها بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء، ممّا يقتضي لهذه الأحكام الإجراء السليم المميّز⁵.

و عليه يرى الدكتور بن شويخ الرشيد أنّه إذا كان المشرّع الجزائري لا يعتد بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فلا بد منه توضيح ذلك في النصوص القانونية حتّى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض، و يكون ذلك بتعديل المادتين 48 و 49 ق.أ حسب الحالتين:

الحالة الأولى: إذا المشرّع يقي حقّ الطلاق بالإرادة المنفردة قائمًا فعليه تعديل نصّ المادة 49 ق.أ و إبقاء المادة 48 كما هي، و تعديل المادة 49 يقتضي إعادة صياغتها على النحو التالي:

- "لا يقع الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجربها من طرف القاضي خلال مدّة ثلاثة أشهر.

- و إذا تبين للقاضي أنّ الزوج أوقع الطلاق يثبتته من تاريخ وقوعه.

على كلّ زوج تلقظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلقظ."

¹ تجدر الإشارة إلى أنّ هناك بين الشهادة و الإظهار، فالإظهار شرعًا هو ما يصدر عن شخص من تصرفه إقراره أو عقد أو التزام يطلب من الغير أن يشهد عليه، و المراد بالإظهارات هنا هو ما حصل أمام المحاكم الشرعية بصفة رسمية، أمام الموظف المختص بسماع الإظهارات و تسجيلها، و التسجيل هو كتابة الإظهار أو الحكم به في السجل الخاص به، و أعمال الإظهارات تنحصر في سماعها و تحرير سنداتها، و ليس لسماح الإظهارات أيّا كان نوعها اختصاص معين، لا من جهة نوعها و لا مكانها، فعلى كلّ محكمة أن تسمع و تضبط الإظهارات بجميع أنواعها متى طلب منها ذلك، و بعد ضبط الإظهار يعرض كاتب الضبط صيغة الإظهار على رئيس المحكمة أو القاضي الذي أمر أو أذن بسماحه و ضبطه. أنظر، يوسف دلاندة: الوجيز في شهادة الشهود، ص 49-50.

² زودة عمر: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، الجزائر، (د.ط.د.ت)، ص 31.

³ زودة عمر: المصدر نفسه، ص 33.

⁴ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 180.

⁵ عبد الفتاح تقيّة: محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، ص 143، بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة المعدل، ص 180.

و معنى ذلك أنه في حالة ما إذا كان الزوج قد اتجه إلى القضاء من أجل رفع دعوى لإفراغ إرادته المنفردة في المحرر القضائي، فهنا في كل بساطة تطبق عليه الفقرة الأولى من المادة المقترحة أعلاه.

أما إذا كان الزوج قد صرح بإرادته المنفردة قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بالطلاق، فلا بدّ عليه أن يثبت طلاقه من خلال حكم من الناحية القانونية و القضائية.¹

و أما ما قصدته الدكتور من الفقرة الثالثة من المادة المقترحة، هو الإشهاد على الزواج و هو النظام القائم في بعض الدول العربية.

الحالة الثانية: إذا كان المشرع لا يعتد بالإرادة المنفردة للزوج في إيقاعه للطلاق بالإرادة المنفردة، فلا بدّ من إعادة صياغة نص المادة 48 بحذف عبارة "و يتم بإرادة الزوج" لأنه لا وجود لهذه الإرادة من الناحية العملية، لأن إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما خلال نص المادة 49 ق.أ بقولها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم".

الفرع الثاني: كيفية إثبات الطلاق من خلال التطبيقات القضائية

من خلال تحليل القرارات القضائية القليلة الصادرة عن المحكمة العليا، نجد أنّ القضاء الجزائري يعتد بالطلاق الشفهي الذي قد يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة رغم عدم تنظيمه من قبل المشرع، فهذه تُعتبر حالة فرضها الواقع المعاش و كان يجب التأقلم معها، حيث إنّ للقضاء حرية في تقدير وسائل إثبات الطلاق التي أوكلها القانون لاجتهاده المطلق بشرط أن يكون مركزًا على عناصر تأخذ من تجميع تلك الوسائل²، و أنّ تصرّح الزوج بالطلاق ليس الوسيلة الوحيدة لإثباته³، و نصّت على أنّ إثبات الطلاق الشفهي يكون بشهادة الشهود⁴، بشرط أن يتم تحديد تاريخ و مكان هذا الطلاق، و ذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته، و إلا كانت هذه الشهادة غامضة⁵، إلا أنّه جعل من وفاة الزوج بعد رفعه لدعوى الطلاق سببًا لانقضاء الخصومة و ليس إلى انقطاعها، حيث لا يمكن لا للورثة و لا للقاضي تغيير موضوع دعوى الزوج من إيقاع الطلاق إلى تثبيته بأثر رجعي.⁶

فالفراغ القانوني الموجود في نصوص قانون الأسرة فيما يخص النصوص التي تحكم مشكل الزواج العرفي أدى إلى ظهور إشكالات هامة، خاصة و أنّ المشرع الجزائري قد نصّ في المادة 22 من ق.أ على كيفية إثبات الزواج العرفي، و سكت عن الطلاق العرفي، و هذه الإشكالات التي يمكن تصوّرها هي:

¹ بن شوخ الرشيد: شرح انون الأسرة الجزائري المعدل، ص 181.

² رقم الملف غير موجود بتاريخ 17/02/1971، نشرة القضاة 1972، عدد 2، ص 53.

³ ملف رقم 35026 بتاريخ 03/12/1984، المجلة القضائية 1989، عدد 4، ص 86.

⁴ ملف رقم 216850 بتاريخ 16/02/1999، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 100.

⁵ ملف رقم 38105 بتاريخ 04/11/1985، المجلة القضائية، 1989، عدد 1، ص 98.

⁶ ملف رقم 653324 بتاريخ 10/11/2011/مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 2، ص 238.

- فمثلاً في حالة ما إذا تم إبرام عقد زواج عرفي ثم يقدم الزوج على طلاق زوجته عرفيًا، فيجب أولاً أنه لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي أو الشفهي ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله، و عليه فيجب اللجوء أولاً إلى رفع دعوى لتسجيل الزواج ثم يتم رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي.

- كذلك في حالة ما إذا تزوج الزوج بمحرمة مؤقتة كأخت الزوجة (م 30 ف 2 ق.أ) مثلاً أو بالزواج بأكثر من أربعة نسوة (م 8 ق.أ، فهنا من الناحية الشرعية واقع، إلا أنه من الناحية القانونية موجود و قائم.

- كذلك في حالة إذا الزوجة الزواج بعد طلاقها عرفيًا، و قد تم التوضيح سابقاً أن المشرع اشترط تقديم وثيقة الطلاق تثبت أن الحكم أصبح نهائيًا و كذلك أنها أنهت عدتها، إلا أن في حالة عدم إثبات الطلاق العرفي، فلا وجود لهذا كله، و بالتالي يمكن متابعة المرأة حسب القانون الجزائري بجريمة الزنا.

المطلب الثاني: إجراءات و مراحل دعوى إثبات الطلاق

يستخلص من خلال ما تم بيانه في المطلب الأول، أنه المشرع لا يعترف بالطلاق الشفهي الذي قد يوقعه الزوج خارج المحكمة، عكس القضاء الذي يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، و عليه سأنتظر إلى إجراءات استصدار الحكم بإثبات الطلاق وذلك في دعوى إثبات الطلاق العرفي.

فمن خلال المادة 49 ق.أ و التي نصت أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوبًا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

فمن خلال هذه المادة، يتضح أنه لكي يكون الحكم القضائي الصادر بشأن إثبات الطلاق صحيحًا، و لا يشوبه أي خطأ إجرائي، يجب أن يتم وفق مراحل اعتبرها المشرع من النظام العام، وهي: 1- رفع الدعوى وفق الشروط المنصوص عليها قانونًا، 2- وجوب قيام القاضي بإجراء الصلح بين الزوجين خلا المدة المنصوص عليها قانونًا، 3- تحرير القاضي لمحضر الصلح، 4- تدخل النيابة العامة في تسجيل أحكام الطلاق.

و لهذا فسوف أتعرض لجميع هذه المراحل على النحو الآتي:

الفرع الأول: رفع الدعوى وفق الشروط المنصوص عليها قانونًا

و هذه الشروط هي :

أولاً- وجوب توافر كل من الصفة و المصلحة و الأهلية:

تعتبر المادة 13 و المادة 65 من ق.م.إ. المرجعية الإجرائية في شروط قبول الدعوى، حيث أنّ هذه الشروط تُعتبر ضرورية، و واجب توافرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة، فإذا انعدمت هذه الشروط رفضت الدعوى شكلاً، و هذه الشروط هي : شرط الصفة و شرط المصلحة و شرط الأهلية.

كما نصّت المادة 05 من القانون رقم 63-224 الصادر بتاريخ 1963/06/29 تقضي بأنّه: " لا يجوز لأحد أن يدعي أنّه زوج، و أن يطالب بما يترتّب عن الزواج من آثار، إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجّل أو مقيّد في سجلات الحالة المدنية".

فمن خلال هاتين المادتين، فإنّه يتبيّن أنّ القانون يشترط في الزوج الذي يتقدّم للمحكمة أن يكون ذا صفة أي بمعنى أن يكون المدّعي هو الزوج أو الزوجة نفسها، أو أحد ممثليها قانونًا كالمحامي أو الولي أو الوصي، و أن يتمتع بأهلية التقاضي كأن يكون متمتع بسن الرشد المدني و هو 19 سنة (م 40 ق.م.)، و متمتعًا أيضًا بقواه العقلية و غير محجور عليه (م 42 و م 44 ق.م.)، كما أنّه يشترط في الزوج الذي يتقدّم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع أي أنّه يهدف من الاتجاه إلى القضاء بتحقيق فائدة عملية مشروعة¹.

إلا أنّ الاستثناء الوارد على مسألة الأهلية، هو أنّ قانون الأسرة قد نصّ في المادة 7 ف 2 منه أنّه: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات"، و عليه فإنّ الزوج القاصر متى تزوج يصبح أهلاً لرفع دعوى الطلاق أو أن ترفع ضده.

ثانياً- أن تكون بعريضة مؤرخة و موقعة:

عندما يقرّر الزوج رفع دعواه طالباً الطلاق، يتعيّن علي تحرير عريضة على نسختين أصليتين وفقاً للأوضاع و الأشكال المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لرفع الدعوى بالمحكمة، تكون مؤرخة و موقعة منه أو من ممثله و تشتمل بصفة خاصة على بيان اسم المحكمة المختصة، و اسم و لقب و عنوان الزوجة المدّعي عليها و على عرض موجز للوقائع و الطلبات و وسائل الإثبات، و إيداعها بعد ذلك بأمانة الضبط بالمحكمة المختصة، مع وصل تسديد الرسوم القضائية لتسجيل الدعوى و نسخة من عقد الزواج².

¹ عبد الفتاح تقيّة: محاضرات في قانون الأسرة، ص 148-149.

² عبد العزيز سعد: إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، دط، 2013م، ص 77.

ثالثًا- أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة:

يجب أن ترفع دعوى الطلاق حسب المادة 40 ف 2 من ق.إ.م.إ. أمام المحكمة التي يقع دائرة اختصاصها مسكن الزوجية.

الفرع الثاني: وجوب إجراء محاولة الصلح قبل الفصل في دعوى الطلاق

يقصد بمحاولة الصلح في الإجراء هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه، لمحاولة اقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق، لكونه أن محاولة الصلح تعدّ عنصرًا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي، وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية، حكم بإبطال إجراءات الطلاق¹.

فمن خلال نص المادة 49 ق.أ. نجد أنها تنص على أن الطلاق لا يثبت بحكم إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وهذا يكون قد قيد حرية الزوج بالطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد محاولة الصلح يجريها القاضي خلال مهلة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى².

و طبيعة إجراء الصلح هي طبيعة تتصف بالوجوب والسرية، وهذا يعني أن على قاضي شؤون الأسرة أن يقوم بمحاولة أو أكثر لعرض الصلح على الزوجين و تبصيرهما بما يمكن أن يترتب عن الطلاق من آثار سلبية و عواقب وخيمة عليهما و على الأولاد، و يجب على القاضي أن يقوم بمحاولات الصلح لمرة أو لعدة مرات خلال جلسة سرية في مكتبه أو في أي مكان مناسب لا يحضرها أفراد العائلة إلا إذا رغب الزوجان في ذلك، حيث يستمع القاضي إلى كل واحد منها على انفراد، ثم يستمع إليهما مجتمعين، و بحضور بعض أفراد عائلتيهما عند اللزوم لمساعدة القاضي على الإصلاح بينهما³.

و قد اعتبر كل من القانون و القضاء هذا الإجراء إجراءً جوهريًا من النظام العام⁴، إذ يجب على الزوج الطالب للطلاق حضور جلسة الصلح تحت طائلة رفض دعواه⁵، فإذا تم إصدار الحكم بالطلاق مباشرة دون المرور بفترة إجراءات الصلح يعيب الحكم بمخالفة القانون، و يعرضه للنقض و الإلغاء كليًا وقع الطعن فيه أمام المحكمة⁶.

الفرع الثالث: تحرير محضر بمساعي الصلح و نتائجه

نصت الفقرة 2 من المادة 49 ق.أ. أن على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح، سواء كانت هذه النتائج إيجابية أو سلبية، فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح بشأنها، و إذا

¹ عبد الفتاح تقيّة: محاضرات في قانون الأسرة، ص 154-155.

² عبد الفتاح تقيّة: محاضرات في قانون الأسرة، ص 155.

³ عبد العزيز سعد: إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ص 88.

⁴ ملف رقم: 34762 بتاريخ 1984/02/03، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص 108.

⁵ ملف رقم 200198 بتاريخ 1998/07/21، المجلة القضائية، العدد 56، ص 40.

⁶ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 120.

كانت سلبية يذكر القاضي أنّ محاولات الصلح فشلت، و يمكن أن يشير إلى أسباب فشلها، و بعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كلّ من القاضي و أمين الضبط و الزوجين.¹

و تجدر الإشارة أنّ هذا المحضر له طبيعة إجرائية، مما استوجب حجته على قاضي الموضوع هي نفس حجته إجراءات التحقيق و الأدلة عمومًا.²

الفرع الرابع: تسجيل حكم الطلاق

بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، أضاف المشرع الجزائري مادة إجرائية تتمثل في جعل النيابة العامة طرفًا أصليًا في قضايا الأسرة، و هذا يعني أنّ أية دعوى يتم رفعها من طرف أحد أفراد الأسرة بصفته زوجًا أو إبنًا أو أبًا، و ذلك ليس كمدعى عليها بالمعنى القانوني، و ليس الهدف الحكم لها أو عليها، و لكن كمرقب كمكلف بالسهر على حسن تطبيق القانون تطبيقًا سليمًا، و حارسًا على حماية الأسرة.³

و عليه فقد كلفت المادة 49 ق.أ وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة بوجوب القيام بالاتصال بضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها إبرام و تسجيل عقد الزواج، ليطلب منه تقييد منطوق حكم الطلاق في سجل عقد زواج المعنيين، بعد أن يكون قد أرفق بطلبه نسخة من الحكم بالطلاق.⁴

و عليه فإنه يتبين من خلال عرض تنظيم المشرع الجزائري لمسألة الطلاق، وجود فراغ كبير من خلال عدم تنظيمه لها، و هروبه من هذه المسؤولية بنصه في المادة 222 من ق.أ على أنّ كلّ ما لم يرد عليه النصّ في القانون يتم الرجوع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

¹ عبد العزيز سعد: المصدر نفسه، ص 120.

² عبد الفتاح تقيّة: المرجع السابق، ص 155.

³ عبد العزيز سعد: أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2011م، ص 172.

⁴ عبد العزيز سعد: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 120-121.

والتحفة

في ختام هذه الدراسة، التي تناولت كيفية إثبات الزواج و الطلاق في كل من الفقه الإسلامي، و النصوص التشريعية و التطبيقات القضائية، و وسائل الإثبات المختلفة المستعملة في ذلك، توصلت إلى عدة نتائج لن أعرضها كاملة و سأكتفي بعرض أهمها دون تكرار النتائج الأخرى الموجودة في متن المذكرة، ثم أحاول ذكر بعض التوصيات و الاقتراحات :

أ- النتائج :

1- لم ينظم المشرع الجزائري مسألة إثبات الزواج و الطلاق بطريقة محكمة و وافية ، و اكتفى بالنص على مادتين (المادة 22 بالنسبة للزواج و المادة 49 بالنسبة للطلاق).

2- مهمة تسجيل الزواج في الجزائر مسندة إلى عدة جهات، تتمثل في الموثق و ضابط الحالة المدنية، و هذا ما يبرز مشكلة ازدواجية الجهة التي يرم أمامها الزواج.

2- إذا ما تم توثيق واقعتي الزواج و الطلاق، فإن وسيلة إثباتها الوحيدة و الأصلية في حالة النزاع بين الزوجين، هي الكتابة و التي تتمثل في المحرر الرسمي أو الحكم القضائي بالنسبة للزواج، أو الحكم القضائي فقط بالنسبة للطلاق، و التي اعتبرها الفقه الإسلامي الحديث من المصالح المرسلة .

3- في حالة عدم تسجيل الزواج و الطلاق، يكون كل من الإقرار و الشهادة و اليمين على التوالي، الوسائل الغالبة في مسألة إثبات الزواج و الطلاق فقهاً و قانوناً.

4- لا يجب الخلط بين التوثيق كركن شكلي اشترطه القانون في بعض التصرفات، و بين التوثيق كأداة إثبات، فلم يعتبر المشرع الجزائري الشروط الشكلية لعقد الزواج ركناً من أركان انعقاده، بل تركه ليكون كوسيلة إثبات فقط في حالة النزاع، و لم يرتب على تخلف هذه الشروط بطلان هذا العقد.

5- اعتبرت الشريعة الإسلامية عقد الزواج عقدًا شكليًا، يُشترط فيه الإشهاد و الإعلان، على عكس قانون الأسرة الذي اعتبره عقدًا رضائيًا يتم بمجرد تبادل الرضا بين الرجل و المرأة.

6- لم ينص القانون صراحةً على وسائل الإثبات اللازمة لإثبات واقعتي الزواج أو الطلاق في حالة النزاع بين الزوجين، و تركها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

7- إن عقد الزواج شأنه شأن أي عقد من العقود التي قد يحدث بشأنها نزاع بين عقديه، فيما يخص ثبوته من عدمه، فيمكن أن يكون الرجل هو المدعي للزوجية كما يمكن أن تكون المرأة هي المدعية له.

8- اتفق كل من الفقه الإسلامي و القانون على ضرورة توفر شروط معينة لصحة دعوى إثبات الزواج، إذ لا يمكن ساعها مثلاً في حالة وجود علاقة غير شرعية بين الرجل و المرأة.

9- إذا حدث نزاع بين الزوجين في ثبوت الطلاق من عدمه، فإنما أن يكون هذا النزاع قائماً على أصله أو عدده، أو النية المبني عليها هذا الطلاق، أو في تحقق الشرط أو الصفة التي علق عليها الزوج طلاقه.

10- لم يعتد قانون الأسرة الجزائري بالطلاق الشفهي الذي قد يوقعه خارج المحكمة، و قيد هذا الحق باللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات هذا الحق .

11- لا يكفي لإثبات الزواج و الطلاق دليل واحد ، بل لا بدّ من طرق أخرى تكمل هذا الدليل.

12- نظمت الشريعة الإسلامية مسألة إثبات الزواج و الطلاق بشكل مفضل و محكم خال من أي تناقضات أو ثغرات.

13- دعوى إثبات الزواج غير محددة بمدة معينة ،على عكس دعوى الطلاق.

14- قضاء شهادة الشهود لا تكفي وحدها لإثبات الزواج العرفي ،بل يجب لرافع الدعوى سواء زوجاً أو زوجة تكلمة الدليل باليمين ،أمّا إذا أقر أحد الزوجين بالزواج ،فهذا يعتبر دليلاً كاملاً.

15- تصرّح الزوج بالطلاق ليس الوسيلة الوحيدة لإثباته ،بل يجب تأكيده بشهادة الشهود ،و بذلك يكون القضاء الجزائري قد أخذ برأي ابن حزم الظاهري في هذه المسألة.

16- قضاء، يمكن الحكم في دعوى واحدة - أي في حكم واحد- بإثبات الزواج و الطلاق معاً.

17- و أهم نتيجة يمكن أن أقولها فيما يخص موضوع إثبات الزواج و الطلاق، هي أنّ قانون الأسرة الجزائري مليء بالثغرات و النقائص و التناقضات، فلم ينظّم جميع أحوال الأسرة، محاولاً سدّ هذا النقص بنص المادة 222 منه، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى أمر سلبي و هي عدم توحيد الإجتهد القضائي على مستوى التراب الوطني، و كثرة التناقضات الموجودة في القرار الواحد بسبب عدم ثبات المادة القانونية، و ذلك لأنّ المشرّع عندما أحال القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لم يخص ذلك بمذهب معيّن و ترك المجال مفتوحاً أمامه بحجّة السلطة التقديرية.

فضلاً على أنّه من المفترض أن تكون القوانين الأخرى مكتملة لقانون الأسرة الجزائري، و موافقة لأحكامه، أو على الأقلّ تسدّ الثغرات الموجودة فيه، الأمر الغير موجود في القانون الجزائري.

ب- الاقتراحات و التوصيات :

1- ضرورة استحداث قانون جديد يُضاف إلى قائمة القوانين الجزائرية ، يُسمى " قانون الإثبات في الأحوال الشخصية "، يفضّل فيه المشرّع الجزائري حالات اختلاف الزوجين في كلّ من واقعتي الزواج و الطلاق و تحديد

الوسائل اللازمة لإثباتها، و جعلها قواعد قانونية ملزمة يتم اللجوء إليها لحلّ النزاع من أجل توحيد الأحكام القضائية في كامل التراب الوطني.

2- ضرورة النص و بشكل صريح في قانون الأسرة الجزائري على طرق و وسائل إثبات واقعي الزواج و الطلاق التي ورد ذكرها في الفقه الإسلامي، و أخص بالذكر الوسائل و الطرق التي أجمع عليها الفقهاء.

3- أقترح على المشرع الجزائري أن يتبنى الأقوال الراجحة للفقهاء و النص عليها بشكل صريح، و هي الأقوال التي سبق بيانها.

4- توضيح المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة ما إذا كان يعتد بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أم لا ؟

5- تعديل المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري، و المادة 71 من قانون الحالة المدنية، و ذلك بتقييد تسجيل الزواج في جهة واحدة، للقضاء على الازدواجية الموجودة في هذه المسألة.

6- تمكين جميع الأئمة من سجلات الحالة المدنية التي تحوي عقود الزواج، و ذلك لكي لا يعقد الإمام العقد الشرعي إلا بعد تأكده من إبرام العقد المدني.

7- تجريم عدم تسجيل الزواج في المدة المحددة قانوناً و ذلك بالنص على عقوبة ردعية، و إلحاقها بالجرائم الواقعة على الأسرة، و ذلك لما ترتبه ظاهرة الزواج العرفي من آثار سلبية على الأسرة.

8- تفعيل العقوبات الواردة في قانون الوظيف العمومي، فيمل يخص العقوبات التأديبية التي يمكن أن يتعرض لها الموظف في حالة عدم قيامه بوظيفته، و هنا أقصد الإمام الذي يقوم بإبرام العقد الشرعي دون تمام العقد المدني، و عدم الاكتفاء بالتعليمة الواردة من وزارة الشؤون الدينية، و التي تفرض على الأئمة التأكد من وجود العقد المدني قبل إبرام العقد الشرعي.

9 - استحداث قانون خاص بالإجراءات المتعلقة بممارسة دعاوى شؤون الأسرة، يتضمن إجراءات خاصة، ترشد القضاة و المتقاضين إلى معرفة إجراءات المحكمة، و اجراءات التقاضي، التي يجب عليهم السير في مناهجها بدلا من البحث في قواعد التطبيق المبعثر بين طيات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفهارس

■ فهرس الآيات القرآنية

■ فهرس الأحاديث النبوية

■ فهرس الأعلام المترجم لهم

■ قائمة المصادر والمراجع

■ فهرس الموضوعات

فهرس اللآك القرآنفة

الرقم	نص الآفة	السورة	رقم الآفة	الصفة
01	﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَآ تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَسْهَدُونَ﴾	البقرة	84	26
02	﴿الطَّلَاقِ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾	البقرة	229	92
03	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ...﴾	البقرة	236	92
04	﴿...وَاسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...﴾	البقرة	282	35
05	﴿... وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ...﴾	البقرة	282	35
06	﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ...﴾	البقرة	282	38
07	﴿...وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَحْسَ مِنْهُ شَيْئًا...﴾	البقرة	282	26
08	﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا...﴾	آل عمران	77	34
10	﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُرَكِّبُهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾	آل عمران	77	36
11	﴿... فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...﴾	النساء	03	53
12	﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ...﴾	النساء	15	41
13	﴿... شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ...﴾	النساء	135	25
14	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ...﴾	النساء	135	25
15	﴿... وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقْتُمْ بِهِ...﴾	المائدة	07	12
16	﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ...﴾	المائدة	89	
17	﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلُّ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ﴾	يونس	53	44
18	﴿أَقْمِنُ كَانَ عَلَى بَيْتِهِ مِنْ رَبِّهِ وَيَتْلُوهُ شَاهِدٌ مِنْهُ...﴾	هود	17	10
19	﴿قَالَ يَا قَوْمِ أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُ عَلَى بَيْتِهِ مِنْ رَبِّي وَأَتَانِي رَحْمَةٌ مِنْ عِنْدِهِ﴾	هود	28	10

15	18	يوسف	﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ...﴾	20
4	39	الرد	﴿يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُثَبِّتُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ﴾	21
38	36	الإسراء	﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ...﴾	22
41	13	النور	﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَقُلْ وَلَيْكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾	23
53	32	النور	﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾	24
54	21	الروم	﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	25
92	28	الأحزاب	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكِ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾	26
51	37	الأحزاب	﴿...فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا...﴾	27
44	03	سبأ	﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَا تَأْتِينَا السَّاعَةُ قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ...﴾	28
42	93	الصفات	﴿فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًا بِالْيَمِينِ﴾	29
51	20	الطور	﴿... وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾	30
51	45	النجم	﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الرُّوحَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾	31
44	07	التغابن	﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ...﴾	32
91	01	الطلاق	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...﴾	33
35	02	الطلاق	﴿...وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...﴾	34
42	45	الحاقة	﴿لَاخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾	35

فهرس الأءاءوسء النبوءة

الصفءة	أطراف الءءء النبوءة	الرقم
16	"البئنة على الءءء"	01
26	"ءءء ماعز"	02
26	"ءءء الغامءة"	03
27	"و اءء يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعءرفء فرءءها"	04
30	"رُفِعَ القَلَمُ عَن ثَلَاثٍ: عَن النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَ عَن الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَ عَن المَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ"	05
36	"كَاثُ بَنِي وَ بَيْنَ رَجُلٍ حُصَوْمَةٌ فِي بئرٍ فَأَخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ"	06
36	"ءاء رءلٌ إلى النبي ﷺ فقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ هَذَا عَلَنِي عَلَى أَرْضٍ لِي كَاثُ لَأَبِي"	07
38	"لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ"	08
44	"لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِءَعْوَاهُمْ لَأَدَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَ أَمْوَالَهُمْ، وَ لَكِن اليمِينُ عَلَى المءءى عَلَيْهِ"	09
44	"لَكِن البئنة على المءءى وَ اليمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"	10
45	"أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ "قضى باليمين على المءءى عليه"	11
45	"إِنَّ اللهَ يَبْهَأَمُ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمُتْ"	12
45	"مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أَشْرَكَ"	13
53	"يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتِطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَعَصَى لِلْبَصْرِ وَ أَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِءَاءٌ."	14
91	"أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ (طَلَّقَ حَفْصَةَ ثُمَّ رَءَعَهَا)"	15
91	"أَنَّ ابنَ عمرَ رضِيَ اللهُ عَنْهُمَا (طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي حَيْضِهَا فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِارْتِءَاعِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا بَعءَ طَهْرِهَا إِنْ شَاءَ)"	16
91	" مَا أَحَلَّ اللهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ "	17
112	"خَيْرَنَا النَّبِيُّ ﷺ فَأَخْتَرْنَاهُ، أَفَكَانَ طَلَاقًا ؟"	18
41	"لَا نِكَاحَ إِلَّا بولي وَ شَاهِءِي عءل"	19
93	"ثَلَاثٌ جَدَّهِنَّ جَدٌّ وَ هَزَلَهُنَّ جَدَّةٌ: النِكَاحُ وَ الطَّلَاقُ وَ الرَّءَعَةُ"	20

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	اسم العلم	الرقم
5	الجرجاني	1
104	ابن أبي ليلي	2
11	ابن القيم	3
65	ابن المرتضى	4
11	ابن تيمية	5
65	ابن حداد	6
39	ابن حزم الظاهري	7
11	ابن فرحون	8
39	أبو حنيفة النعمان	9
52	أبو زهرة	10
63	أبي يوسف	11
30	أحمد بن حنبل	12
35	الأشعث بن قيس	13
59	الإمام الشافعي	14
98	الإمام مالك	15
104	الحسن البصري	17
99	الخرقي	18
11	الطرابلسي	19
5	الكفوي	20
104	الليث ابن سعد	21
102	زفر	22
8	عبد الرزاق السنهوري	23
63	محمد (ابن فرقد)	24
5	محمد رواس قلعه جي	25
6	محمد مصطفى الزحيلي	26

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولاً- كتب التفسير:

1. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق/عبد الله التركي و محمد رضوان عرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1427 هـ - 2006م.
2. الزمخشري: تفسير الكشاف، اعتنى به و خرّج أحاديثه و علّق عليه /خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 3، 1430 هـ - 2009 م.
3. الشوكاني: فتح القدير، دار النوادر، الكويت، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف و الدّعوة والإرشاد، 1431 هـ - 2010 م.
4. الطبري: تفسير الطبري، تحقيق /بشار عواد معروف و عصام فارس الحريستاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1415 هـ - 1994 م.
5. ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، وضع حواشيه و علّق عليه /محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419 هـ -1998م.
6. الماوردي: النكت و العيون تفسير الماوردي، راجعه و علّق عليه /بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية و مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

ثانياً- كتب الحديث و شرحه:

7. البخاري: صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث، القاهرة، ط1، 1407هـ- 1987م.
8. ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق / فؤاد عبد الباقي، دار الريان للتراث، القاهرة، (د.ط، د.ت).
9. أبي داود: سنن أبي داود، مطبوع مع شرحه عون المعبود لشرف الحق العظيم آبادي، تحقيق / عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1422هـ- 2001م.
10. البيهقي: معرفة السنن والآثار، تحقيق / عبد المعطي أمين قلعي، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1411هـ- 1991م.
11. الترمذي: سنن الترمذي، مطبوع مع شرحه تحفة الأحمدي للمباركفوري، تحقيق / عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1421هـ- 2001م.
12. الزرقاني: شرح الزرقاني على الموطأ، حقق أصوله و وثق نصوصها و كتب مقدمتها الشيخ / عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، 1424هـ- 2003م.
13. الشيباني: مسند الإمام أحمد، و بهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال للمتقي الهندي، دار صابر، بيروت، (د.ط، د.ت).
14. الصنعاني: سبل السلام، صححه و علّق عليه / محمد عبد العزيز الخولي، طبعة دار الجليل، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
15. العسقلاني: فتح الباري، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة الريان، القاهرة، ط1، 1407هـ- 1987 م.
16. القاضي عياض: إكمال المعلم بفوائد مسلم، و هو شرح صحيح مسلم، تحقيق / يحيى إسماعيل، دار الوفاء، المنصورة، ط2، 1425هـ- 2004م.
17. مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي، دار الريان، القاهرة، ط1، 1407 هـ- 1987 م.

وفقه المالكي

18. ابن جزيء: القوانين الفقهية، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
19. ابن رشد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تحقيق و دراسة و تعليق /علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، د.ت.
20. ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ - 1997 م.
21. ابن عبد الرفيع: معين الحكام على القضايا و الأحكام، تحقيق / محمد بن قاسم بن عباد، دار الغرب العربي، بيروت، د.ط، 1989 م.
22. ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، خرّج أحاديثه و علّق عليه و كتب حواشيه / جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، 1422 هـ - 2001 م.
23. الأزهرى: جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، صحّحه / محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م.
24. التاؤدي: حلى المعاصم لفكر ابن عاصم مطبوع مع البهجة في شرح التحفة للتسولي، ضبطه و صحّحه / محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1998 م.
25. الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه و خرّج أحاديثه / زكريا عميرات، دار عالم الكتب، بيروت، د.ط، 1423 هـ - 2003 م.
26. الدردير: الشرح الكبير - مطبوع مع حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417 هـ - 1996 م.
27. الدسوقي: حاشية الدسوقي، تحقيق / محمد بن محمد الملقب بدعبلش، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417 هـ - 1996 م.
28. السنجلاني: شرح البواقيت الثمينة فيما انتهى لعالم المدينة في القواعد و النظائر و الفوائد الفقهية، تحقيق / عبد الباقي بدوي، ، مكتبة الرشد، الرياض ط 1، 1425 هـ - 2004 م.
29. القرافي: الذخيرة، تحقيق / محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994 م.
30. الكشناوي: أسهل المدارك في شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبطه و صحّحه / محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1419 هـ - 1995 م.

الفقه الحنفي

31. ابن الشحنة: لسان الحكماء في معرفة الأحكام، مطبوع مع معين الحكماء للطرابلسي الحنفي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
32. ابن عابدين: حاشية قرّة عيون الأخيار، إشراف /مكتب البحوث و الدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط ، 1415 هـ - 1995 م.
33. ابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه /زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ -1997 م.
34. ابن فراموز، محمد الشهير بـ "ملاخسرو": درر الحكماء شرح غرر الأحكام، مطبعة أحمد كامل، (د.م، د.ط)، 1329 هـ.
35. ابن نجيم: الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1413 هـ -1993 م.
36. ابن نجيم: البحر الرائق، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه /زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م.
37. الحصكفي: الدر المنتقى شرح الملتنقى - بهامش مجمع الأنهر لدامادافندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت).
38. الدامادافندي: مجمع الأنهر في شرح ملتنقى الأنهر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
39. السرخسي: المبسوط، تحقيق / محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1421 هـ - 2001 م.
40. الطرابلسي: معين الحكماء فيما يتردّد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
41. الغنيمي: الباب في شرح الكتاب، تحقيق / محمد محيي الدين عبد الحميد، مكتبة القدسي، القاهرة، (د.ط، د.ت).
42. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
43. المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، اعتنى به /أيمن صالح شعبان، المكتبة التوفيقية، القاهرة، (د.ط، د.ت).
44. الموصللي: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

الفقه الشافعي

45. الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - على متن منهاج الطالبين للنووي، اعتنى به /محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م.
46. الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، تحقيق /علي عبد الحميد أبو الخير و محمد وهبي سليمان، دار الخير، بيروت، ط 1، 1417هـ - 1996م.
47. ابن المنذر: الإجماع، تحقيق /فؤاد عبد المنعم، مطبوعات المحاكم الشرعية و الشؤون الدينية، قطر، ط 1، 1401هـ - 1981م.
48. ابن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم، خرّج أحاديثه /عبد الله عمر البارودي، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، 1414هـ - 1993م.
49. الأنصاري: فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار إحياء الكتب العربية، (د.م، د.ط، د.ت).
50. الدمشقي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1407هـ - 1987م.
51. الرملي: نهاية المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط الأخيرة، د.ت.
52. الزركشي: الديباج في توضيح المنهاج، تحقيق /يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1427هـ - 2006م.
53. الشافعي: الأمّ، خرّج أحاديثه و علّق عليه /محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1413هـ - 1993م.
54. العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به /قاسم محمد النووي، دار المنهاج، بيروت، ط 1، 1421هـ - 2001م.
55. الفيروز آبادي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده، مصر، ط 3، 1396هـ - 1976م.
56. النووي: روضة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق / عادل عبد الموجود و علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).

الفقه الحنبلي

56. ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق /عصام الصباطي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط 3، 1417 هـ-1997م.
57. ابن القيم الجوزية: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق / محمد جميل غازي، دار البيان العربي، القاهرة، (د.ط، د.ت).
58. ابن تيمية: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، و معه كتاب النكت و الفوائد على مشكل المحرر، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط3، 1404هـ-1984م.
59. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، اعتنى به /عامر الجزار و أنور الباز، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1421 هـ -2001م.
60. ابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، خرّج أحاديثه/ فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، د.ط، 1422 هـ -2001 م.
61. ابن قدامة: الكافي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق /إبراهيم بن أحمد بن عبد الحميد، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ط، د.ت).
62. ابن قدامة: المغني على مختصر الخرقي، ضبطه و صحّحه /عبد السلام محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1414 هـ -1994 م.
63. ابن مفلح: المبدع شرح المقنع، تحقيق /محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ -1997 م.
64. البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع، تحقيق /عماد عامر، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1415 هـ - 1994 م.
65. البهوتي: شرح منتهى الإردات، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
66. البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق /محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ - 1997 م.

الفقه الظاهري

67. ابن حزم الظاهري: المحلى بالآثار، تحقيق /عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت).

الفقه الشافعي

68. ابن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تصحيح /القاضي عبد الله ابن عبد الكريم الجرائي، دار الحكمة اليابانية، صنعاء، اليمن، ط 1، 1366 هـ - 1947 م.

الفقه الإباضي

69. الطوسي: المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق /محمد الباقر الهبودي، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، (د.ط، د.ت).

70. المحقق الحلبي: شرائع الإسلام، تحقيق /عبد الحسين محمد علي، طبعة النجف الأشرف، العراق، نشر دار الأضواء، بيروت، ط 1، 1389 هـ - 1969 م.

رابعاً- كتب عامة في الفقه:

71. أحمد إبراهيم بك: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة و القانون، نادي القضاة، (د.م، د.ط)، 1414 هـ - 1994 م.

72. أحمد إبراهيم بك: طرق الإثبات الشرعية، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، ط 4، 2003 م.

73. أحمد الدريويش: الزواج العرفي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، د.ط، 1426 هـ.

74. أحمد الغزالي: الطلاق الاتفادي و تدابير الحد منه، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1421 هـ - 2000 م.

75. أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، د.ط، 2004 م.

76. إسماعيل محمد عبد الحميد الشندي: اختلاف الزوجين في الدعوى و أثره في الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2011 م.

77. بدران أبو العينين بدران: الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، (د.ط، د.ت).
78. خالد علي سليمان بني أحمد: مخالفات الإمام ابن حزم الظاهري للأئمة الاربعة في فقه الأحوال الشخصية و المعاملات، دار الحامد، عمّان، الأردن، ط 1، 1427هـ - 2006م.
79. راجح بن غريب: المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، د.ط، 2007م.
80. عبد الرحمان الصابوني: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، تقديم/الشيخ محمد أبو زهرة و الدكتور مصطفى السباعي، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1968 م.
81. عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط 2، 1410 هـ - 1990 م.
82. محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط، د.ت).
83. محمد كمال الدين إمام: أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2007 م.
84. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، بيروت، ط1، 1982م.
85. نصر فريد واصل: نظرية الدعوى و الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 2002 م.
86. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية: الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط 2، 1986 م.
87. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، ط 4، 1418 هـ - 1997 م.

خامسا- الكتب القانونية:

88. أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 1998 م.
89. أحمد ميدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2014 م.
90. أحمد نشأت بك: رسالة الإثبات في التعهدات، تقديم /فتحي جاير العقيلي، دن، ط 6، 1996 م.
91. آدم وهيب النداوي: دور الحاكم المدني في الإثبات -دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 2001 م.
92. الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل _دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية،

- دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1429 هـ - 2008 م.
93. العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2013 م.
94. العربي بلحاج: الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2010 م.
95. الغوثي بن ملحمة: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2008 م.
96. الغوثي بن ملحمة: قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، 2001 م.
97. بلحاج، العربي: أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2013 م.
98. بلقاسم شتونان: الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، (د.ط، د.ت).
99. توفيق حسين فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 2004 م.
100. جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2013 م.
101. جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2013 م.
102. جمال سايس: قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2014 م.
103. حسين طاهري: الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 1430 هـ - 2009 م.
104. رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية _ النظرية العامة للإثبات، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، 1993 م.
105. زودة عمر: طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، الجزائر، (د.ط، د.ت).
106. سعيد سعد عبد السلام: أحكام الالتزام و الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2000 م.
107. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني- أصول الإثبات و إجراءاته، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ط 5، 1991 م.
108. سليمان ولد خسال: الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 1432 هـ - 2010 م.
109. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، 1997 م.

110. عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة، عمّان، الأردن، ط1، 2005 م.
111. عبد العزيز سعد: إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2013 م.
112. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، تنقيح/عبد الباسط الجمعي و مصطفى محمد الفقي، نهضة مصر، مصر، ط3، 2011 م.
113. عبد العزيز سعد: أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2011 م.
114. عبد العزيز سعد: إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2013 م.
115. عبد العزيز سعد: الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996 م.
116. عبد العزيز سعد: قانون الأسرة بثوبه الجديد - أحكام الزواج و الطلاق، دار هومة، ط3، 2011 م.
117. عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2011 م.
118. عبد الفتاح تقيّة: محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، دار ثالثة، الجزائر، د.ط، 2007 م.
119. عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1428 هـ-2007 م.
120. عبد المنعم فرج الصدّة: الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، ط2، 1954 م.
121. عيسى حداد: عقود الزواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، د.ط، 2006 م.
122. حسين بن شيخ آث ملويا: المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2014 م.
123. محفوظ بن صغير: أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر 02/25، دار الوعي، الجزائر، د.ط، 1434 هـ - 2013 م.
124. محفوظ بن صغير: قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدّل بالأمر 02/05، دار الوعي، الجزائر، د.ط، 1434 هـ - 2012 م.
125. محمد جمال الدين زكي: المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، د.ط، 1421 هـ - 2001 م.
126. محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 2002 م.
127. محمد حسين منصور: قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002 م.
128. محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2011 م.

129. محمود عبد الرحيم الديب: أسس الإثبات المدني طبقاً للقانون المصري و القطري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2004 م.
130. مفلح عواد القضاة: البيّنات في المواد المدنيّة و التجاريّة _ دراسة مقارنة، دار الثقافة، حَمّان، الأردن، ط1، 1430 هـ - 2009 م.
131. يوسف دلاندة: الوجيز في شهادة الشهود، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2005م.

ساوسا- ووريان و ايجان

131. محمد غياث ناصيف: عقود الزواج في الفقه الإسلامي ما بين التوثيق و الإثبات، مجلة ياسمين سوريا، العدد الحادي عشر، د.ت.

سابعا- الرسائل الجامعية:

132. براهيمي صالح: الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، (رسالة الدكتوراه)، جامعة مولود معمري، تخصص قانون، 2012م.
133. سليم علي مسلم الرجوب: التعارض و التّرجيح في طرق الإثبات (رسالة دكتوراه)، الجامعة الأردنية، قسم القضاء الشرعي، 2006 م.
134. عبد الفتاح تقيّة: الطّلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي (رسالة دكتوراه)، جامعة الجزائر، 2007 م.
135. قواسمة، نور عيسى: نظرية الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي و القانون (رسالة ماجستير)، جامعة الخليل، قسم القضاء الشرعي، 2011 م/ 2012 م.
136. وهيبه بوطيش: الشكلية في عقد الزواج، (مذكرة ماجستير)، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، د.ت.
- 137.

ثامنًا - كتب اللغة:

138. ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث و الأثر، تحقيق / محمود محمد الطناجي، المكتبة الإسلامية، ط 1، 1383هـ- 1963 م.
139. ابن بطال: التَّنْظُمُ المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، دراسة و تحقيق و تعليق / مصطفى عبد الحفيظ سالم، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، د.ط، 1988م.
140. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق / عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط، د.ت).
141. ابن منظور: لسان العرب، تحقيق / عبد الله علي الكبير و آخرون، دار المعارف، القاهرة، ج.م.ع، ط 1، د.ت.
142. الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف: معجم التعريفات، تحقيق / محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة،
143. د.ط، 2004 م.
144. الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت)، 1986 م.
145. الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق / عبد العليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ط 2، 1987 م.
146. الزمخشري: أساس البلاغة، تحقيق / محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1988 م.
147. الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق / الدكتور عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، القاهرة، ج.م.ع، ط 2، د.ت.
148. الكفوي، أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني: الكليات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1998 م.
149. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ج.م.ع، ط 4، 2004 م.
150. محمد روااس قلعه جي و حامد صادق قنيبي: معجم لغة الفقهاء (عربي - انجليزي)، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط 2، 1988 م.

تاسعا- كتب التراث جمع:

151. البغدادي، إسماعيل باشا: هدية العارفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د.ط، د.ت).
152. الذهبي: سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 11، 1417 هـ - 1996 م، ج 11، ص 177 - 178، الطبقة الثانية عشر .
153. الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 15، 2002 م.
154. المحبي: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، المطبعة الوهيبية، د.ط، 1876 م.
155. محمد أبو زهرة: الشافعي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2، 1978 م.
156. محمد أبو زهرة: أبو حنيفة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2، د.ت.

عاشرا- القوانين واللامر:

157. الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 ماي 2007، و المتضمن القانون المدني.
158. الأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 08 جوان 1966 (الجريدة الرسمية، عدد 48، الصادرة في 10/ 06/ 1966 م)، المعدل و المتمم بالأمر رقم 15 - 02 المؤرخ في 28 جويلية 2015 م، و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
159. الأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 م و المتضمن القانون التجاري.
160. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات.
161. المرسوم رقم 481/83 الصادرة بتاريخ 13/08/1983 المتعلق بتحديد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني.
162. القانون 11/83 الصادر بتاريخ 2 جويلية 1983، المعدل و المتمم بالمرسوم التشريعي 04/94 المؤرخ

في 11 أبريل 1994 المتضمن قانون التأمينات الاجتماعية.

163. القانون 12/83 المؤرخ في 02 جويلية 1983 و المتعلق بالتقاعد.
164. القانون رقم 131 المؤرخ في 29 جويلية 1948م المتضمن القانون المدني لجمهورية مصر العربية.
165. القانون رقم 359 المؤرخ في 10 جوان 1947م و المتضمن قانون البيئات للجمهورية العربية السورية.
166. القانون رقم 25 لسنة 1968، المعدل و المتمم بالقانون رقم 23 لسنة 1992م و المتضمن قانون الإثبات لجمهورية مصر العربية.
167. القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1992 و المتضمن قانون الإثبات في المعاملات المدنية و التجارية.
168. القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 و المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.
169. القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 و المتضمن قانون الأسرة.
170. تعليمية وزارة الداخلية رقم 80/02 المؤرخة في 11/02/1980.
171. منشور وزارة العدل رقم 329 بتاريخ 13/06/1967.
172. منشور وزارة العدل رقم 364 بتاريخ 25/06/1968.

حادي عشر - المجلد القضائي:

173. نشرة القضاة، العدد 02، لسنة 1972.
174. نشرة القضاة، العدد 02، لسنة 1986.
175. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1986.
176. المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1988.
177. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1989.

178. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1989.
179. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1989.
180. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1990.
181. المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1990.
182. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1991.
183. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991.
184. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1992.
185. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1992.
186. المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1993.
187. المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1994.
188. مجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1996.
189. نشرة القضاة، العدد 53، لسنة 1998.
190. نشرة القضاة، العدد 53، لسنة 1999.
191. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2000.
192. المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2000.
193. المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001.
194. المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2002.
195. المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2003.
196. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2006.
197. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2007.
198. المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2008.
199. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2012.

ثاني عشر - مواقع الإنترنت:

www.islamstory .com	.200
ar.wikipedia.org	.201
islamqa.info	.202
ar.wikifeqh.ir	.203
elbassair .net	.204
www.ahlalhdeeth.com	.205
www.islamsyria	.206
elbassair.net	.207

فهرس الموضوعات

الإهداء

شكر و تقدير

المقدمة

- أولاً- موضوع البحث.....ب
- ثانيا- أهمية البحث و أهدافه و أسباب اختياره.....ت-ث
- ثالثا- منهج البحث.....ث
- رابعا- الدراسات السابقة.....ح
- خامسا- الصعوبات.....خ
- سادسا- خطة البحث.....د

الفصل التمهيدي: المفاهيم النظرية للإثبات

- المبحث الأول: ماهية الإثبات و أهميته.....3
- المطلب الأول: مفهوم الإثبات.....3
- الفرع الأول: الإثبات في اللغة و الإصطلاح.....3
- أولاً- الإثبات في اللغة.....3
- ثانياً- الإثبات في الإصطلاح.....3
- الفرع الثاني: تمييز الإثبات عن بعض المصطلحات المشابهة له.....8
- أولاً- الإثبات و الشبوت.....8
- ثانيا- الإثبات و البينة.....9
- ثالثاً: الإثبات و التوثيق.....11
- المطلب الثاني: أهمية الإثبات.....12

12.....	المبحث الثاني: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد
13.....	المطلب الأول: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد فقهاً
13.....	القول الأول
14.....	القول الثاني
16.....	موقف المشرع الجزائري من أقوال الفقهاء
16.....	المطلب الثاني: طرق الإثبات بين الإطلاق و التقييد قانوناً
17.....	الفرع الأول: مذهب الإثبات الحرّ أو المطلّق
17.....	أولاً- مميزات هذا المذهب
17.....	ثانياً- عيوب هذا المذهب
18.....	الفرع الثاني: مذهب الإثبات المقيّد أو القانوني
19.....	أولاً- مميزات هذا المذهب
19.....	ثانياً- عيوب هذا المذهب
19.....	الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط أو التوفيقى أو المعتدل
20.....	الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من هذه المذاهب
21.....	الفرع الخامس: مقارنة بين مذاهب الفقه القانوني و مذاهب الفقه الإسلامي
22.....	المبحث الثالث: طرق الإثبات المتعلقة بموضوع الدراسة
22.....	المطلب الأول: الإقرار
22.....	الفرع الأول: تعريف الإقرار
22.....	أولاً- الإقرار في اللغة
22.....	ثانياً- الإقرار في الاصطلاح
23.....	ثالثاً- الإقرار في القانون
24.....	الفرع الثاني: مشروعية الإقرار و الحكمة منه
24.....	أولاً- مشروعية الإقرار
26.....	ثانياً- الحكمة من مشروعية الإقرار

27.....	الفرع الثالث: حُكم الإقرار.....
27.....	أولاً- الأثر المترتب عن الإقرار فقهاً وقانوناً.....
27.....	ثانياً- حجّية الإقرار فقهاً وقانوناً.....
27.....	الفرع الرابع: أركان الإقرار و شروط صحّته.....
27.....	أولاً- أركان الإقرار.....
29.....	ثانياً - شروط صحّة الإقرار.....
32.....	الفرع الخامس: الرجوع عن الإقرار.....
32.....	أولاً- الرجوع عن الإقرار في الفقه الإسلامي.....
32.....	ثانياً- الرجوع عن الإقرار قانوناً.....
33.....	المطلب الثاني: الشهادة.....
33.....	الفرع الأول: تعريف الشهادة.....
33.....	أولاً- الشهادة في اللّغة.....
33.....	ثانياً- الشهادة في الاصطلاح.....
34.....	ثالثاً- الشهادة في القانون.....
34.....	الفرع الثاني: مشروعية الشهادة، و الحكمة منها.....
34.....	أولاً- مشروعية الشهادة.....
36.....	ثانياً- الحكمة من مشروعية الشهادة.....
36.....	الفرع الثالث: حكم الشهادة.....
37.....	الفرع الرابع: أركان الشهادة و شروط صحّتها.....
37.....	أولاً- أركان الشهادة.....
37.....	ثانياً- شروط صحّة الشهادة.....
39.....	الفرع الخامس: أنواع الشهادة و نصابها.....
39.....	أولاً- أنواع الشهادة في الفقه الإسلامي و القانون.....
40.....	ثانياً - نصاب الشهادة.....

41.....	المطلب الثالث: : اليمين
41.....	الفرع الأول: تعريف اليمين في اللغة و الاصطلاح و القانون
41.....	أولاً- اليمين في اللغة.....
41.....	ثانياً- اليمين في الاصطلاح.....
42.....	ثالثاً- اليمين في القانون.....
43.....	الفرع الثاني: مشروعية اليمين و الحكمة من جعل اليمين على المدعى عليه.....
43.....	أولاً- مشروعية اليمين.....
44.....	ثانياً- الحكمة من جعل اليمين على المدعى عليه.....
44.....	الفرع الثالث: ألفاظ اليمين و الأثر المترتب عليه.....
44.....	أولاً- ألفاظ اليمين.....
45.....	ثانياً- الأثر المترتب على اليمين.....
45.....	الفرع الرابع: شروط اليمين القضائية.....
45.....	الفرع الخامس: أقسام اليمين فقهاً و قانوناً.....
45.....	أولاً- أقسام اليمين في الفقه الإسلامي.....
46.....	ثانياً- أقسام اليمين في القانون.....
47.....	الفرع السادس: أنواع الحقوق التي يجوز فيها التحليف.....

الفصل الأول: إثبات الزواج نصاً و تطبيقاً و اختلاف الزوجين فيه في الفقه الإسلامي

51.....	المبحث الأول: أحكام الزواج.....
51.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للزواج.....
51.....	الفرع الأول: تعريف الزواج لغةً و اصطلاحاً و قانوناً.....
51.....	أولاً- الزواج في اللغة.....
52.....	ثانياً- الزواج في الاصطلاح.....
52.....	ثالثاً- الزواج في نصوص قانون الأسرة.....
53.....	الفرع الثاني: مشروعية الزواج و حكمة ذلك.....

53.....	أولاً- مشروعية الزواج.....
54.....	ثانياً: الحكمة من مشروعية الزواج.....
54.....	الفرع الثالث: الوصف الشرعي للزواج.....
55.....	المطلب الثاني: انعقاد الزواج.....
55.....	الفرع الأول: انعقاد الزواج فقهاً.....
55.....	الفرع الثاني: انعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....
55.....	أولاً - أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....
56.....	ثانياً - شروط صحة الزواج في قانون الأسرة الجزائري.....
57.....	المبحث الثاني: اختلاف الزوجين في ثبوت الزواج في الفقه الإسلامي.....
57.....	المطلب الأول: ادعاء الرجل للزوجية.....
59.....	الفرع الأول: ادعاء رجل زوجية امرأة غير متزوجة.....
59.....	أولاً- إقرار المرأة بالزوجية.....
60.....	ثانياً- إنكار المرأة للزوجية.....
63.....	الفرع الثاني: ادعاء رجل زوجية امرأة في عصمة رجل آخر_ متزوجة.....
64.....	الفرع الثالث: ادعاء رجل زوجية امرأة غير متزوجة وهي بدورها في نفس الوقت تدعي زوجية رجل غيره.....
66.....	الفرع الرابع: ادعاء رجلين زوجية امرأة.....
66.....	أولاً- إن كانت البتنتان مؤرختين.....
67.....	المطلب الثاني: ادعاء المرأة للزوجية.....
68.....	الفرع الأول: إقرار الرجل بالزوجية.....
69.....	الفرع الثاني: إنكار الرجل للزوجية.....
69.....	أولاً- حالة أن لا يكون مع المرأة بيّنة على دعواها.....
69.....	ثانياً- حالة أن يكون مع المرأة بيّنة على دعواها.....
70.....	المبحث الثالث: إثبات الزواج نصاً و تطبيقاً.....
70.....	المطلب الأول: المحرر الرسمي كوسيلة لإثبات الزواج المسجل أو الرسمي.....

- الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي.....71
- أولاً- صدور المحرر الرسمي من الموظف المؤهل قانوناً لتحديد عقد الزواج.....71
- 1- الموثق.....72
- 2- ضابط الحالة المدنية.....73
- ثانياً- سلطة المحرر في إصدار المحرر و اختصاصاته به.....75
- 1 - من حيث الموضوع.....75
- 2- من حيث المكان.....75
- ثالثاً- مراعاة الأوضاع و الأشكال القانونية في تحرير المحرر الرسمي.....76
- 1- مرحلة ما قبل التحرير.....76
- 2 - مرحلة التحرير.....77
- 3 - مرحلة ما بعد التحرير:.....78
- رابعاً- جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط.....79
- الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي في الإثبات.....80
- أولاً- حجية المحرر الرسمي فيما بين الطرفين.....80
- ثانياً- حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير.....81
- المطلب الثاني: إثبات الزواج الغير مسجل أو الغير رسمي - العرفي.....81
- الفرع الأول: ماهية الزواج العرفي.....82
- أولاً- تعريف الزواج العرفي.....82
- ثانياً- أسباب الزواج العرفي.....82
- ثالثاً- آثار الزواج العرفي.....83
- الفرع الثاني: كيفية إثبات الزواج العرفي من خلال النصوص القانونية والتطبيقات القضائية.....85
- أولاً- كيفية إثبات الزواج العرفي من خلال النصوص القانونية.....85
- ثانياً- كيفية إثبات الزواج من خلال التطبيقات القضائية.....86

الفصل الثاني: إثبات الطلاق نصاً و تطبيقاً و اختلاف الزوجين فيه في الفقه الإسلامي

90.....	المبحث الأول: أحكام الطّلاق
90.....	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للطّلاق
90.....	الفرع الأول: تعريف الطّلاق لغةً و اصطلاحًا و قانونًا
90.....	أولاً- الطّلاق لغةً.....
90.....	ثانيًا- الطّلاق اصطلاحًا.....
91.....	ثالثًا- الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري.....
91.....	الفرع الثاني: مشروعية الطّلاق و حكمة ذلك.....
91.....	أولاً- مشروعية الطّلاق.....
92.....	ثانيًا- الحكمة من مشروعية الطّلاق.....
93.....	الفرع الثالث: الوصف الشرعي للطّلاق.....
93.....	المطلب الثاني: أركان و شروط الطّلاق.....
93.....	الفرع الأول: أركان الطّلاق.....
94.....	الفرع الثاني: شروط الطّلاق.....
95.....	المطلب الثالث: أقسام الطّلاق.....
95.....	الفرع الأول: من حيث الصّيغة المستعملة.....
95.....	الفرع الثاني: من حيث الرجعة و عدّمها.....
96.....	الفرع الثالث: من حيث موافقته للسّنة و عدمها.....
96.....	الفرع الرابع: من حيث التنجيز و التعليق و الإضافة.....
97.....	المبحث الثاني: اختلاف الزوجين في ثبوت الطّلاق في الفقه الإسلامي.....
97.....	المطلب الأول: اختلاف الزوجين في أصل الطّلاق أو في عدده.....
97.....	الفرع الأول: إقرار الزوج بالطّلاق.....
100.....	الفرع الثاني: إنكار الزوج للطّلاق.....
100.....	أولاً- ادعاء المرأة للطّلاق مع وجود البيّنة على دعواها.....
104.....	ثانيًا - دعوى المرأة للطّلاق مع عدم وجود البيّنة على دعواها.....

106.....	المطلب الثاني: اختلاف الزوجين في حصول الشرط أو الصفة المعلق عليها الطلاق
107.....	الفرع الأول: اختلاف الزوجين في أصل التعليق
108.....	الفرع الثاني: اختلاف الزوجين في حدوث شرط يطلع عليه كلّ منها
109.....	الفرع الثالث: اختلاف الزوجين في حدوث شرط لا يُعلم إلا من جهة المرأة
109.....	أولاً- أن يكون للزوج زوجة واحدة
110.....	ثانياً- أن يكون للزوج أكثر من زوجة واحدة
112.....	المطلب الثالث: اختلاف الزوجين في نية الطلاق عند التخيير
113.....	الفرع الأول: اختلاف الزوجين في أصل التخيير
114.....	الفرع الثاني: اختلاف الزوجين في نية الزوج من التخيير
114.....	الفرع الثالث: اختلاف الزوجين في نية الزوجة من التخيير
115.....	الفرع الرابع: اختلاف الزوجين في رجوع الزوج قبل التخيير
115.....	المبحث الثالث: إثبات الطلاق نصّاً و تطبيقاً
116.....	المطلب الأول: كيفية إثبات الطلاق من خلال النصوص القانونية و التطبيقات القضائية
116.....	الفرع الأول: كيفية إثبات الطلاق من خلال النصوص القانونية
119.....	الفرع الثاني: كيفية إثبات الطلاق من خلال التطبيقات القضائية
120.....	المطلب الثاني: إجراءات و مراحل دعوى إثبات الطلاق
121.....	الفرع الأول: رفع الدعوى وفق الشروط المنصوص عليها قانوناً
121.....	أولاً- وجوب توافر كلّ من الصفة و المصلحة و الأهلية
121.....	ثانياً- أن تكون بعريضة مؤرخة و موقعة
122.....	ثالثاً- أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة
122.....	الفرع الثاني: وجوب إجراء محاولة الصلح قبل الفصل في دعوى الطلاق
122.....	الفرع الثالث: تحرير محضر بمساعي الصلح و نتائجه
123.....	الفرع الرابع: تسجيل حكم الطلاق
124	الخاتمة

128	الفهارس
129	فهرس الآيات القرآنية
131	فهرس الأحاديث النبوية
132	فهرس الأعلام المترجم لهم
133	قائمة المصادر و المراجع
	فهرس الموضوعات

المخلص

حاولت من خلال هذا البحث، تسليط الضوء على كيفية إثبات واقعي الزواج والطلاق ، وتبيين الوسائل الواردة في الفقه والقانون لتحقيق ذلك . فنظرا إلى أن قانون الأسرة الجزائري يفتقر للنصوص القانونية التي بإمكانها إثبات كل حالات الزواج والطلاق فإن القاضي يكون دائما مجبرا على العودة لنصوص الشريعة الإسلامية التي تعتبر كاملة و دقيقة في هذا المجال. فتطرقنا على سبيل المثال، لمشكلتي الزواج العرفي والطلاق الشفهي اللتين لم يتطرق إليهما المشرع الجزائري بنصوص قانونية واضحة، بل اكتفى ببعض النصوص الإجرائية فقط للحدّ من الظاهرتين. وكخاتمة لهذا البحث، قدمنا بعض التوصيات المتمثلة في اقتراحات متعلقة بإثبات الزواج و الطلاق على أمل أن نملأ بعض الثغرات في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية: إثبات، إثبات الزواج، إثبات الطلاق، الزواج، الطلاق، النصوص، التشريعية، التطبيقات، القضائية، الفقه الإسلامي.

Résumé

Dans cette contribution de recherche, j'ai fait la lumière sur la façon de prouver le mariage et le divorce, et d'indiquer les moyens contenus dans la jurisprudence et la loi qui permettent d'y parvenir. Étant donné que le Code algérien de la famille manque de textes juridiques qui peuvent prouver tous les cas de mariage et de divorce, le juge se trouve contraint de retourner aux textes de la Charia islamiques qui sont, à notre avis, complets et précis dans ce domaine. Nous avons cité, à titre d'exemple, le cas du mariage coutumier ainsi que le cas de divorce par voie orale. Le législateur algérien n'a pas établi des textes de lois claires traitant ces deux cas, mais il s'est contenté d'installer des lois de procédures uniquement pour limiter l'occurrence de ces deux phénomènes. En conclusion de cette contribution, nous avons proposé des recommandations en relation avec la preuve de mariage et de divorce, dans l'espoir de combler certaines lacunes du Code algérien de la famille.

Mots Clés: *preuve, preuve de mariage, preuve de divorce, mariage, divorce, textes juridiques, applications juridiques, jurisprudence islamique (fikh).*

Abstract

I try through this research to clarify on how to prove the marriage and divorce, and to indicate the means within jurisprudence and the law that allow to achieve this. Since the Algerian Family Code lack of the legal texts that can prove all cases of marriage and divorce, the judge is compelled to return to Islamic texts that are complete and accurate in this area. We have cited, as an example, the case of customary marriage and the case of oral divorce; The Algerian legislator did not clear law texts treating these two cases, but he just install only procedural laws to limit the occurrence of these two phenomena. In conclusion of this research, we have proposed some recommendations in relation with the proof of marriage and divorce, hoping to fill some of the algerian family Code gaps.

Key words: *proof, proof of marriage, proof of divorce, marriage, divorce, judicial texts, judicial applications, islamic fikh.*