جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبة :
- خليفة فضيلة

إشراف الدكتور :
- عيسى أمعيزة

لجنة المناقشة :
- أ. بن يكن عبد المجيد.....رئيسا
- د.امعيزة عيسى.....مقررا
- أ. لدغش سليمة.....مناقشا

الموسم الجامعي : 2013\2014

شكـــر و عرفان

الحمد و الشكر لله الذي أنعم علي بأكمال هذه المذكرة و اخراجها على صورتها الحالية .
أتقدم بالشكر الجزيل للدكتور عيسى أمعيزة على تكرمه و قبوله الاشراف على هذه المذكرة .
أتفضل بالشكر إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة على موافقتهم مناقشة هذا العمل .
كما أوجه خالص شكري و تقديري إلى كل أساتذة كلية الحقوق الذين درسوني في مرحلة الماستر .
دون أن أنسى زميلاتي و زملائي و خاصة زميلتي شكشاك خديجة التى كانت لي سندا و عونا في هذه المرحلة .
لكل هؤلاء كافة تقديري و احترامي .

إهـــــــــداء

أهدي هذا العمل :

إلى روح والدي الطاهرة , رحمه الله و أسكنه فسيح جنانه .

إلى الوالدة الحبيبة و الغالية .

إلى أحبائي و أعزائي أخواتي و إخوتي و كل أبنائهم .

إلى زوجي الغالي و سندي في هذه الدنيا كل التبجيل و الاحترام له, و الذي يعود الفضل إليه في إنجاز هذه المذكرة .

مقدمة

إن رسالة الإسلام هي رحمة للعالمين في كل زمان و مكان , لقوله تعالى : " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴿١٠٧ الانبياء﴾ منذ أن خلق الله الإنسان الأول آدم (عليه

السلام) خلق منه زوجه , وجعل لهما نظاما يعيشان عليه , حيث يتعاونان لتحقيق الحكمة من خلقهما في الأرض وهي الاستخلاف و الاعمار .

وقد سمى الله حواء منذ أول تعريف بها في القرآن الكريم " زوجة" و نسبها إلى آدم في قوله ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ﴾ البقرة ٣٥ و قد رفع الله قدر الارتباط و العلاقة بهذا الشكل (الزوجية) في أكثر من موضع في القرآن,واعتبره آية من آياته :" ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ ٢١ الروم و لما كان الاسلام هو دين الله للبشر , و أنزله على الأرض , و قد جاء معه نظام الأسرة المحكم كأساس للنظام الاجتماعي في الحياة , فإن هناك مجموعة من المبادئ الأساسية حول الأسرة , حتى تبقى الأسرة الشرعية هي الأصل المتكون من زوج و زوجة بينهما رباط وثيق هو الزواج , لذلك فإن دعوة الاسلام إلى الزواج و الحث عليه و ترغيب أهله فيه تعد مسلمات واضحة جلية في النظام الاجتماعي في الإسلام.

بهذا فإن الزواج كما أسماه الشارع الحكيم الميثاق الغليظ , هو السبيل الوحيد لاستمرار البشرية بشكل شرعي و منتظم , و قد عرف علماء الفقه الإسلامي الزواج بأنه عقد يفيد شرعا حل استمتاع كل من الزوجين بالآخرعلى الوجه المشروع , و ما يؤخذ على هذا التعريف أنه قصر معنى الزواج على العلاقة الجنسية الشرعية بين الطرفين دون تبيان أهداف و مقاصد هذا النوع من العقود .

إلا أن الامام أبو زهرة قد وضع تعريفا شاملا لمعنى الزواج الحقيقي عل أنه :" عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة , بما يتحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني , و تعاونهما على مدى الحياة , و يحدد ما لكليهما من حقوق , و ما عليهما من واجبات ".

ومن خلال هذا نجد أن للأسرة الناتجة عن هذا الزواج معالم ثلاث و هي :

1 – قيام الرابطة بين رجل و امرأة يقصد بها الدوام .

2 – نشئ مجموعة من الحقوق و الواجبات المتبادلة بين أفراد هذه الأسرة .

3 –إعتراف المجتمع بهذه الرابطة و ما ينتج عنها بصورة او أخرى , وذلك عن طريق إبراز أركان و شروط عقد الزواج , خاصة الإعلان و الإعلام و لا يتم ذلك إلا بواسطة الإشهاد .

فقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية شروط الزواج إلى أربعة أنواع , بحسب المتفق عليه منه فإن توقف عليها انعقاده فهي شروط انعقاد , و إن توقف عليها صحته , فهي شروط صحة و إن توقف عليها نفاذه أو لزومه , فهي شروط نفاذ أو لزوم , و قد سوى عامة الفقهاء بين شروط الصحة و الانعقاد , و لم يفرقوا بينهما , و لم يعترفوا للعقد إلا بمرتبتين هما : الانعقاد أو عدم الانعقاد , على خلاف الحنفية الذين جعلوا الصحة مرتبة وسطى بينهما حيث يعترف للعقد غير الصحيح ببعض الأحكام , و يسمونه الفاسد , دون غير المنعقد و يسمونه الباطل , وعلى غرار إتفاق الفقهاء و اختلافهم , فإن المسائل الفقهية التى وقعت مورد الخلاف بين مذاهب الفقه الإسلامي مسألة الإشهاد على النكاح و في هذا الصدد يقول شمس الدين السرخسي : " إن النكاح عقد عظيم, خطره كبير , و مقاصده شريفة , و لهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائرالمعاوضات .

و انطلاقا من هذا , فإن إختلاف الفقهاء في اشتراط الإشهاد في عقد النكاح له انعكاسه على مستوى التشريعات و القوانين العربية .

و انطلاقا مما سبق ذكره سوف نتعرض للمقصود بالإشهاد في الفقه الإسلامي في عقد النكاح,و إظهار حقيقته بالإضافة إلى تحديد شروط صحته خاصة أن فقهاء الشريعة الإسلامية و إن كانوا قد اتفقوا على شروط معينة إلا أنهم اختلفوا في شروط أخرى تتعلق بصفة الشاهد , كما أنهم إختلفوا أصلا باعتبار الشهادة شرطا أم لا ؟ شرط صحة أو شرط تمام ؟ .

كما أثارت مسألة تواطأ الشهود على كتمان عقد الزواج, إختلاف فقهاء المذاهب الإسلامية رغم إنعقاد النكاح صحيحا و بهذا فإن موقف الفقهاء في هذه المسائل بين الإتفاقو الإختلاف جعل المشرع الجزائري في قانونه المتعلق بالأسرة يختلف إتجاهه في المسألة الواحدة خاصة

في مسألة الشهادة في عقد الزواج موضوع بحثنا ,فمن الركن إلى الشرط متداركا ذلك بعد حوالي عشرين سنة , و كان ذلك من خلال الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل لقانون الأسرة الجزائري .

و هذا ما أدى بالقضاء الجزائري التراجع مؤخرا عن ذلك في قراراته الحديثة .

إلا أن السبب الرئيسي في اختلاف موقف القضاء الجزائري في مسألة الإشهاد , يرجع في حقيقته الى نص المادة 222 من قانون الأسرة , و التى تحيل القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية, في كل ما لم ينص عليه هذا القانون , على غرار القوانين العربية الأخرى التى أحالت قضاءها على مذهب معين دون غيره , كالمشرع المغربي الذي أحال القاضي على المذهب المالكي , و المشرع السوري على المذهب الحنفي , و نظرا للإختلافات الفقهية الكبيرة , مثلما هو الحال في موضوع بحثنا , و في ظل غياب نص قانوني يحدد المذهب الذي يحال القاضي إليه .

الإشكالية :

ومن خلال ما سبق ذكره , حاولنا ان نعالج هذا الموضوع انطلاقا من الاشكالية التالية :

– كيف عالج الفقه الإسلامي مسألة إشتراط الإشهاد في عقد النكاح ؟ و ماهي أحكامه ؟

– ماهو موقف المشرع الجزائري من الإشهاد و أحكامه في عقدالزواج على ضوء مذاهب الفقه الإسلامي ؟

– ما مدى كفاية التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري في تنظيم مسائل الإشهاد ؟ و ما موقف القضاء الجزائري و القانون المقارن ؟

أسباب إختيار الموضوع :

الأسباب الشخصية :

1 / الرغبة في دراسة تخصص الأحوال الشخصية , و محاولة الإلمام بجميع ما يخص قضايا الأسرة خاصة المواضيع المختلف فيها فقها و قانونا و قضاءا .

2 / قلة اهتمام الباحثين و الدارسين في هذا الموضوع , و يتجلى ذلك من خلال عدم وجود بحوث و دراسات سابقة من رسائل أكاديمية و علمية .

الأسباب الموضوعية :

1 / كثرة انتشار ما يسمى بزواج السر , و ما ينتج عنه من آثار خطيرة في حالة عدم إثباته خاصة و نحن في زمن ضعف الوازع الديني .

2 / إرتباط موضوع البحث بمسألة إثبات عقد الزواج العرفي , الذي يعد صحيحا شرعا و قانونا , إلا أن إثباته لا يتم إلا بواسطة الشهود و أمام القضاء .

3 / تعديل قانون الأسرة الجزائري بالأمر 02/05 الذي غير أحكام أركان و شروط عقد الزواج .

4 / سكوت المشرع عن بعض الأحكام الخاصة بموضوع البحث , مما أدى إلى الرجوع للإجتهاد القضائي للمحكمة العليا , من خلال استقراء قراراتها المختلفة بحسب المذهب الفقهي المتفق.

5 / حاجة قانون الأسرة الجزائري لمذكرة إيضاحية تحدد أحكام المسائل الفقهية المختلفة و المذهب المتبع .

6 / قصور قانون الأسرة الجزائري في جمع و إلمام بعض الأحكام المتعلقة بمواده في القوانين كالقانون المدني , و قانون الحالة المدنية .

المنهج المتبع :

سأستعمل في موضوع هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن :

أ/ الاستقرائي :لاستقراء المسائل الفقهية من المذاهب الفقهية المختلفة و ذلك بالإستناد إلى مصادرها من القرآن و السنة النبوية .

ب/ التحليلي : – سأتطرق بواسطة هذا المنهج إلى تحليل نصوص قانون الأسرة الجزائري و الخلفية الفقهية للمشرع الجزائري .

– بيان مختلف الأحكام الفقهية في المسائل المختلف فيها مع تو ضيح موقف القانون و القضاء الجزائري في ذلك .

ج / المقارن : سأعتمد على هذا المنهج لبيان مايلي :

– مقارنة أقوال فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة فيما بينها و ترجيح الأنسب.

– مقارنة موقف القانون الجزائري في بعض الأحكام و المسائل , مع موقف الفقه الإسلامي .

– مقارنة مدى إنسجام الإجتهاد القضائي الجزائري في إختيار المذهب المتبع .

– مقارنة قانون الأسرة الجزائري في بعض المسائل مع القوانين العربية الأخرى

خطـة البحـث :

و لقد صممت لدراسة هذا البحث و لتوضيح معالمه وأهدافه الخطة التالية :

الفصل الأول : مفهوم الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : المقصود بالإشهاد في عقد الزواج

المطلب الأول : تعريف الشهادة و سندها الشرعي

المطلب الثاني : حقيقة الشهادة في عقد الزواج

المبحث الثاني : شروط صحة الإشهاد في عقد الزواج

المطلب الأول : أحكام عامة متعلقة بالشهود

المطلب الثاني : شروط الشهود في عقد الزواج

الفصل الثاني : أحكام الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : حكم الإشهاد في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : موقف الفقهاء من إشتراط الإشهاد

المطلب الثاني : حكم كتمان الشهود لعقد النكاح

المبحث الثاني : حكم الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول : حكم الإشهاد في انعقاد عقد الزواج

المطلب الثاني : حكم الإشهاد في إثبات عقد الزواج

الإقتراحات :

الخاتمة :

الفصل الأول

مفهوم الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول :مفهوم الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

لقد اهتم الفقه الإسلامي بالعقد عمـوما, و بعقد الزواج خصوصا ,حيث أن العقد هو أهم مصادر الالتزام ,و العقد هو اتفاق إرادتين على إنشاء التزام معين أما عقد الزواج ,فإن له طبيعة خاصة جعلته عقدا منفردا في تعريفه و أركانه و شروطه التى قد تختلف عن العقد عموما, فأما الركن فهو الجزء من العقد الذي لا يوجد إلا به ,فإن فقد الركن بطل العقد و قد اتفق الفقهاء على أن الصيغة (الإيجاب و القبول) ركنا في عقد الزواج فإذا تحقق الركـــن وجب توفر شروطه , و الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء كان خارجـــا عن حقيقته وتنقسم شروط عقد الزواج إلى شروط انعقاد و شروط صحة , شروط نفاذ و شـروط لزوم و تندرج الشهادة في عقد الزواج ضمن شروط صحته , فحتى يكون العقد صـــــحيحا غير فاسدا يجب أن تتوفر فيه شرطين :

أولا : أن تكون المرأة محلا للنكاح .

ثانيا : حضور الشهود و كحد أدنى شاهدين .

و قد نص قانون الاسرة الجزائري على الاشهاد في عقد الزواج في كتاب الزواج , كما نصت القوانين العربية في قوانينها في باب النكاح على مسألة الاشهاد ,وإن اختلفت آراء الفقهاء في بعض الجوانب الخاصة بالشهادة في عقد النكاح .

ومن خلال هذا الفصل نتطرق للإشهـــاد في عقد الزواج في الفقه الإســـــلامي و في قانون الأسرة الجزائري , و ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين في:

المبحث الأول : المقصود بالإشهاد في عقد النكاح .

المبحث الثاني : شروط صحة الاشهاد في عقد النكاح .

المبحث الأول : المقصود بالإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلاميو في قانون الأسرة الجزائري

إن من أهم خصائص العقود في الفقه الاسلامي قيامها على التراضي بين الطرفين , فمتى وجد الرضا الذي يعبر عن إيجاب أحد الطرفين و قبول الطرف الآخر انعقد العقد , و خرج بذلك الى حيز الوجود , لكن عقد الزواج بسبب خطورته يحتاج لصحته الى الإشهاد عليه , إذ يعتبر عقدا رضائيا لقيامه على الرضا من طرفيه , كما يعتبر عقدا شكليا لحاجته إلى الاعلان و التوثيق .

و نظرا لأهمية الاشهاد في عقد الزواج بصفة خاصة , و مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة , نتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: تعريف الشهادة و سندها الشرعي

المطلب الثاني : حقيقة الشهادة في عقد النكاح .

المطلب الأول : تعريف الشهادة في عقد النكاح و سندها الشرعي

الفرع الأول : التعريف اللغوي و الإصطلاحي

لغة : الشهادة مصدر أصله, شهد , أي علم , أو أصل يدل على حضور و علم و إعلام, ومن ذلك فإن الشهادة تجمع الأصول التى ذكرت من الحضورو العلم و الإعلام [1] ,وهي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور , فيقال شهده شهدا أي حضورا , لقوله تعالى :﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾[2].

و كذلك هي مشتقة من المشاهدة بمعنى المعاينة , و المشهد هو محضر الناس .[3]

إصطلاحا :عرفت الشهادة عند المذاهب الفقهية عدة تعريفات , فنجد أنها تتفق جميعا في المعنى و إن اختلفت الألفاظ :[4]

أ / تعريف الأحناف "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء "

ب / تعريف المالكية "إخبار يتعلق بمعين "

ج / تعريف الشافعية " إخبار الشخص بحق غيره بلفظ خاص "

د / تعريف الحنابلة " الإخبار بما علمه بلفظ خاص ".

إلا أن تعريف الأحناف هو التعريف المختار من بين تلك التعريفات لأنه أوضح و شامل لمعاني الشهادة أكثر من غيره , و يوضح ذلك من خلال شرحه فقولهم "إخبار " وهو صدور كلام من شخص الى آخر على سبيل الإعلام , سواء كان صادقا أو كاذبا .

و قولهم "صدق" إضافة الإخبار الى صدق لإخراج الإخبار الكاذب و قولهم "لإثبات حق " قيد يخرج الإنكار , وقولهم "بلفظ الشهادة في مجلس القضاء " الدلالة على أن الشهادة لا بد أن تؤدى في مجلس قضاء .

---

[1] – ابن منظور , **لسان العرب** , بيروت , دار الفكر, 1994 , (ج 2348/4) .

[2] –سورة البقرة , الآية الكريمة (158) .

[3] – عبد الرحمان بن عبد الله بن مخضوب , **مقال الشهادة في عقد النكاح** , موقع مسلم , ص 1 .

[4] – مازن مصباح الصباح , **أحكام الشهادة على النكاح في الفقه الإسلامي** , غزة , جامعة الأزهر , 2009 , ص 1 .

و قد يقصد بشهادة الشهود "البينة" و قد سمي الشهود بالبينة لوضوح البيان و لعلو و ارتفاع الإشكال بشهادتهم , وقد قال ابن القيم أن البينة لم تأت قط في القرآن الكريم مراد بها الشاهدان .[1]

– و إن اختلفت التعاريف بسبب اختلاف الأداء فان كان الإخبار بحق للغير فهو الشهادة و إن كان الإخبار بحق للمخبر على آخر فهو الدعوى و إن كان إخبار بحق للمخبر على نفسه فهو إقرار , أما في عقد النكاح فليست الشهادة إخبارا , و إنما هي تحمل للشهادة أولا لصحة العقد ,ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة , فلا تكون الشهادة ملزمة بدون قضاء .[2]

الفرع الثاني : المقصود بالشهادة على الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن الرضا ليس وحده كافيا لصحة عقد الزواج في نظر المشرع الجزائري , إذ لا بد من حضور الشاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية و إعلانه و إشهاره , وذلك لأن عقدالزواج له خطره القانوني و الاجتماعي , ولما يترتب عليه من مصالح دنيوية و دينية وحقوق و إلتزامات متبادلة بين الزوجين إذ كان من الواجب إعلانه للناس و إخراجه من حدود الكتمان حتى لا يلتبس بالزنا ولا تكون علاقة الرجل بامرأته محل شبهة أو سوء ظن.[3]

كما ترفع الشبهات و الشكوك بالشهادة و الإعلان لقوله صلى الله عليه و سلم:" أعلنوا النكاح و اضربوا عليه بالدف ", و كذا قوله صلى الله عليه و سلم :" فصل ما بين الحرام و الحلال الدف و الصوت".

1 –عز الدين مسعود , **الرابطة الزوجية** , محاضرات قدمت لطلبة السنة الاولى ماستر, دفعة 1 , 2012.

2 – عبد الرحمان بن عبد الله بن مخضوب , المقال السابق , ص 10.

3– العربي بلحاج , **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** , أحكام الزواج ,الجزائر , ديوان المطبوعات الجامعية , 2010 , الجزء 1, ص 252.

بالإضافة الى ذلك فإن الاشهاد على الزواج يمثل وسيلة إثبات هامة يجوز الإعتمادعليهاأمام القضـــــاء للحكم بوجود الرابطة الزوجية في حالة جحود أحد الزوجين للعلاقـــــة الزوجية الصحيحة .[1]

– و قد اشترط المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر ق. أ , حضـــور شاهدين لصحة عقد الزواج و بأن يسمع الشـــاهدان معا كلام المتعـاقدين, و أن يفهما المراد منه حتى يتحقق الغرض من الشهادة وهو الإعلان و الإشهار .

و قد استقر اجتهاد المحكمة العليا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية و الشهرة و مراعاة شروطه و أركـانه و أن المراد بالإشهـــــادعلى الزواج حضور الشهـــود في مجلس العقد للإفادة بأنه حدد فيه الصداق و أنه تم تبادل الإيجاب و القبول .[2]

و بهذا فإن اشتراط الإشهاد إمتاز به عقدالزواج عن سائرالعقود المدنيـــــة الأخـرى, و ذلك لشرف محـله و لخطـورة آثاره المتعلقـــة بالأعراض و الأنساب,كثبوت النســب و الإرث و الحرمات و غيرها .

الفرع الثالث : السند الشرعي للإشهاد في عقد الزواج

لقد دعى الشارع الحكيم للزواج ,و جعله الطريق الوحيد و الشرعي لحل علاقة الرجل بالمرأة نظرا لخطورته , و قد سماه بالميثاق الغليظ بالنظر لآثاره سواء بين الزوجـين أو غيرهما من خلال اثبات النسب و وجوب الحرمة والميراث و غيرها من الحقوق المترتبـة عنه , ولأهمية العقد أي النكـاح حث الرسول صـــلى الله عليه و سلم على وجوب الإشهـــــاد عليه, في الأحاديث التالية :

وعن عائشة رضي الله عنها أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال : " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل "[3].

---

1 – العربي بلحاج ,أحكام الزواج , المرجع السابق , ص 253.

2–المحكمة العليا , غ. أ.ش , 1993/09/28 , ملف رقم 962328 , غير منشور .

3– البيهقي, **السنن الكبرى** , دار الكتب العلمية , بيروت , ط3 , 2003/1424,حديث رقم 13719, ص 202.

وعن ابن عباس رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال : " البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة [1]".

وعن عائشة , عنه صلى الله عليه و سلم قال : " لا بد في النكاح من أربعة : الولي و الزوج و الشاهدان " رواه الدارقطني .

و قال عليه الصلاة و السلام :" أعلنوا هذا النكاح و اجعلوه في المساجد , و اضربوا عليه بالدفوف" رواه الترميذي , باب ما جاء في إعلان النكاح, و قال ابوبكر رضي الله عنه قال صلى الله عليه و سلم :" لا يجوز نكاح السر , حتى يعلن و يشهد عليه ".

المطلب الثاني : حقيقة الشهادة في عقد النكاح

لا تختلف الشهادة في عقد النكاح عن معناها الحقيقي و الشرعي , و قد عرفت الشهادة بأنها إخبار لما شاهده أو سمعه الشاهد ,و بما أن النكاح عقد ينعقد بإيجاب و قبول صادرين من كلا المتعاقدين , كما يتناول هذا العقد مسألة رضا و إذن الزوجة بالإضافة الى المهر , فهل تتطلب الشهادة في عقد النكاح الإشهاد على كل هذه الأمور ؟

الفرع الأول :الإشهاد على الإيجاب و القبول و المهر

أولا : الإشهاد على الإيجاب و القبول

لقد اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي "الزواج " و " النكاح " بما يصاغ منهما لفظ الإيجاب و القبول , لأنهما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد تخصيصا ,وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن و السنة .[2]

و لكي يتحقق الإشهاد على الإيجاب و القبول في عقد النكاح , لا بد أن يسمع الشاهدان ما يصدر من كلا المتعاقدين من إيجاب و قبول أو بسماع الإيجاب دون القبول أو العكس .[3]

1– البيهقي, **المرجع السابق** , حديث رقم 13723, ص 204.

2 – محمد أبو زهرة , **الأحوال الشخصية** , بيروت , 1377 هـ /1975 م , ص 41.

3– علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي , **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** , بيروت , دار الكتب العلمية , طبعة 1986 , الجزء الثاني , ص 255 .

ثانيا :الإشهاد على المهر

إذا سمع الشاهدان مع الإيجاب و القبول ذكر الصداق شهدا به و بالعقد , مع العلم أن تسمية الصداق في العقد سنة , وأن العقد بدون تسمية صحيح لقوله تعالى:﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾ [1].

فإذا سمي المهر في عقد النكاح وتم الإشهاد عليه دفعت هذه الشهادة الخصومة و أثبتت حق الزوجين .

- موقف القضاء الجزائري :

إذا كان المشرع الجزائري من خلال مواد قانون الأسرة المعدل , لم ينص على مسألة الإشهاد على الإيجاب و القبول في عقد الزواج على غرار بعض القوانين العربية كالقانون السوري فإن القضاء الجزائري تصدى لهذه المسألة من خلال نص المادة 22 ق. أ , بالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية وجاء فيه قرار المحكمة العليا مايلي :

حيث أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين و أن كل إمرأة تدعي أن فلان تزوجها فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود و الطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد و سمع الإيجاب و القبول .[2]

الفرع الثاني:الإشهاد على رضاو إذن الزوجة

أولا : الإشهاد على إذن الزوجة

الأصل في إذن الزوجة في عقد النكاح , حديث أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال :" لا تنكح الأيم حتى تستأمر,و لا تنكح البكر حتى تستأذن , قالوا : وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت ".[3]

---

1 – سورة البقرة , الآية الكريمة (236) .

2 – المحكمة العليا , المجلة القضائية ,ملف رقم 55706, بتاريخ 1989/12/11 ,العدد1, 1992 ,ص 48 .

3 – صحيح البخاري , **كتاب النكاح** , باب لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها , المجلد الثالث , القاهرة , دار الحديث , حديث رقم (42/ 5136) .

و مسألة الإشـــــهاد على إذن الزوجة فهو شرط لصحة عقد النكاح إذا كانت كبيرة و على الأظهر من الأقـــــوال في البكر الكبيرة , و لذا قال بعض الفقهاء لا بد من معرفة الشهود اسمها و نسبها أو يشهدان على صوتها برؤية وجهها بأن تكشف لهم النقاب[1] , فإذا رفضت المرأة كشف وجهها و حتى يتحقق الإشهـاد كان أولى أن يشـهد على العقد أقاربهـا كالأعمام أو الأخوال حتى يميزوا صوتها أو ليروا وجهها .

<<و يرى شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – أن الإشهاد على إذن الزوجة قبل النـكاح ليس شرطا من شروط صحة النكاح في المذاهب الفقهيـة الأربعة إلا وجها ضعيفا عند الشافعية و الحنابلـــة جاء في مجموع الفتاوى " لا تفتقر صحة النكاح الى الإشهـاد على اذن المرأة قبل النكاح إلا وجها ضعيفا في مذهب الشافعـــــي و أحمد , بل قال : إذا قال الولي : أذنت لي جاز عقد النكاح و الشهادة على الولي و الزوج .[2]>>

ثانيا : الإشهاد على رضا الزوجة

ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن الإشهـــاد على رضا الزوجة أمر مستحب فجاء في مغنى المحـــتاج : و يستحب الإشهاد على رضا المرأة بالنكاح لقولها : رضيت أو أذنت فيه

الفرع الثالث : شهادة عمودي النسب في عقد النكاح

اختلف الفقهاء فيما إذا كان الشاهدان في عقد النكاح من فروع أو أصول الزوجين أوكان من فروع أو أصول الموجب لعقد النكاح وهو الولي فانقسموا فيما يلي إلى مذهبين :[3]

1– أبى محمد محمود بن أحمد العيني, **البناية في شرح الهداية** , دار الفكر , الجزء الثامن , 1411 هـ /1990 م , ص 512 .

2– مازن مصباح الصباح, المرجع السابق, ص 145.

3–المرجع نفسه , ص 146.

رأي المذهب الأول :

ذهب أصحابه إلى القول بانعقاد النكـــــاح بشهادة عمودي النسب للزوجين أو عمودي نسب الولـــي , و ممن ذهب إلى ذلك الحنفية, و الصحيح عند الشافعيـــة , ووجه عند الحنابـلة و اختاره ابن قدامـــــة[1] .

أدلة المذهب الأول :

1/ إســتدلالا بالحديث النبوي الشــريف :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل[2]" الذي لم يرد ما يخصص هذان الشاهدان , فالحكم عام يتناول أي شاهدين .

2/ إن الفقهاء اشترطوا العدالــة في الشهود , فإن كان الأصول و الفروع عدولا فهم أهـــلا للشهادة في أي عقد نكاح .

رأي المذهب الثاني :

ذهب أصحابه إلى القول بعدم انعقاد النــكاح بشهادة عمودي النــسب, للزوجين أو عمودي نسب الولي, وهو مذهب الحنابلة , ووجه عند الشافعية .

أدلة المذهب الثاني :

1/ لا تقبل شهادة الأب لإبنه أو العكس للتهمة, و لقول الرسول صـــــلى الله عليه سلم في حديث عائشـــة : " لا تجوز شهادة خائن و لاخائنـة , و لا مجلود حدا و لا مجلودة , ولا ذي غمرلأخيه و لا مجرب شهـــادة و لا القانـع أهل البيت لهم و لا ضنين في ولاء و لا قرابة[3]".

1 –ابن قدامة المقدسي, **المغني** , القاهرة , دار الحديث , 2004 , المجلد التاسع , ص 123 .

2– البيهقي , المرجع السابق , حديث رقم 13719, ص 202 .

3– ابن قدامة المقدسي , المرجع نفسه , ص 123.

و استدلالا لقوله "و لا ضنين [1]في ولاء و لا قرابة " فإن كل شاهد متهم في شهادته بسبب القرابـــــة ترد شهادته لما فيها من تهمة , فلا تقبل شهادة أصل لفرع أو العكس ولا ينعـــقد بها عقد النكاح .

المناقشـــــة و الترجيـــــــــح [2]:

مناقشة المذهب الأول :

هناك فرق بين الشهادة في الأموال و الشهادة على عقد النكاح ,ذلك لأن الشهادة في الأموال توجد فيها التهمة فربما يشهد الأصـــــل للفرع أو العكس, فتحصل منفعة للمشهود له بشهادة الشـــاهد , أما الشهادة في عقد النكاح فتنتفي تلك الشبهة , إذ أن الشهادة في عقد النـــــكاح تعد توثيـقا للعقد و لا تجر منفعة للمشهود له,ولا ترد تلك الشهادة بل تقبل في عقد النكاح .

مناقشة المذهب الثاني :

إن حديث عائشـة ضعيف لا يصلح للإحتجـاج به ولو سلمنا بصحته فإن عدم قبول الشهادة بسبب التهمـــة التي نفي ثبوتها في عقد النكاح فلا مانع من الشهـــادة على عقد النكاح , أي شهادة الأصل للفرع أو العكس .

الترجـــــــــــــيح :

بعد ذكر رأي المذهبين و أدلتهما و مناقشتهـــما , يتبين رجحان المذهب القائل بقبول شهادة الفروع للأصول أو العكـــــس في عقد النكاح , و ذلك بوضوح و دلالة الحديث الذيأستدل به أصحاب المذهب الأول .

1/ إن الحديث جاء على إطـــــلاقه في شهادة , سواء شهادة الفرع للأصل أو العكس , إذا توفرت لشروط الشهود .

1- أنظر :الضنين هو المتهم :أبي بكر الحسن بن حسن الكشناويالكسادي , **أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية**, ط 1 , 1431 هـ / 2010م , ص 83 .

2- مازن مصباح الصباح , المرجع السابق , ص 147 – 148 .

2/ إن شهادة الاصول و الفروع في عقد النكاح لا تهمة فيها بل تحقق مصلحـــــة هي زيادة التوثيق , فضلا عن معرفتهم بحال المعقود عليها .

3/ في شهادتهم تيســـيرا على النـــاسورفعـــا للحرج عنهم , لحضـورهم ووجــودهم في مــجلس العقد .

موقف المشرع الجزائري :

لقد أخذ المـــــشرع الجزائري برأي المذهب الأول , في مسألة إنعقاد عقد النكاح بشـــــهادة عمــودي النسب سواء بالنسبة للزوجين أو نسب الولي , باستثناء الفروع و قد نص على ذلك بموجــب المادة 64 ق.إ .م المعدل بموجـب قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 في المـــــادة 153 التى تنص :"لا يجوز ســـماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهـــادة زوج أحد الخصوم في القضية التى تعني زوجه , و لو كان مطلقا لا يجوز قبول شهادة الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم .

غير أن الأشـــخاص المذكـــورين في هذه المــادة – باستثناء الفروع – يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاقَ".

حيـــث ميــز المشــرع الجزائـــري بين الشهـادة في الأمــوال ما يسمى بالمعاملات المالية و الشهـــــادة في مسائل أحوال الأشخاص , مادام عقد الزواج يندرج ضمن حالة الأشخاص فإنه يجوز سماع الأقارب و الأصهار باستثناء الأبناء .

موقف القضاء الجزائري :

إستقر اجتهاد المحكـــــمة العليا بالنسبة لمسألة شهادة الأقارب أو الأصهار في عقد الزواج استنادا لنص المادة 64/ ف 2 ق إ م , في بعض قراراتها ومن بينها القرار التالي :[1]

1 – المحكمة العليا , نشرة القضاة, ملف رقم 174102 , بتاريخ 1997/10/28 , العدد 55, 1999, ص 175 .

حيث أنه بالفـعل فالقرار المطعون فيه استبعد شهادة شقيقي الطاعنة و اعتبر شهادتهما على سبيل الإستدلال .

و لكن حيث أن المــادة 64 في فقرتها الثانية تنص على أن الأشخاص المذكورين في المادة أي أقــارب أحد الخصوم أو أصــهاره على عمود النسب باستثناء الأبنـــاء يجوز إستدعاؤهم للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة و الطلاق .

– بالإضـــافة إلى الإجتهاد القضائي الحديث للمحكمة العليا في قرارها رقم 188707 الذي نص على :

من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج و الطلاق[1] .

1–المحكمة العليا , إجتهاد قضائي, بتاريخ 1998/03/17 , عدد خاص , 2001, ص 50 .

المبحث الثاني : شروط صحة الإشهاد على عقد الزواج

تختــلف الشهادة في عقد الزواج عن غيره من العقود , لما يميز هذا العقد من حيث خطورته على المــجتمع بصفــة عامة , وعلى أطرافه بصفة خاصة , و بصفة أخص لما يترتب عليه من آثار من نسب و حقوق و غيرها .

لذا فإن الإشهاد على مثل هذا العقد المتميز, لابد أن يحاط له, إذ لابد أن تتوفر في الشاهد شروط معينة , كي تقبل شهادته على العقد.

بالإضافة إلى أحكام تتعلق بالشهود فقد اختلف الفقهاء في اشتراطها أوعدم ذلك .

– كما أن المشــرع الجـــزائري لم ينص صراحة على الشروط الشاهد التى يجب أنتتوفر فيهحتى تقبل شـــهادته , و لكن يمكن استقراؤها من مختلف النصوص القانونية التي أوردها في هذه المسألة و من استقرار إجتهادات المحكمة العليا .

– و سنتناول في هذا المبحــث ببيان أحكام متعلقة بالشهود في عقد النكاح مع إختلاف آراء الفقهــاء في ذلك من عدمه, و الشروطالتى يجب أن تتوفر في الشاهد كي يعتبر عقد الزواج صحيحا .

المطلب الأول : أحكام عامة متعلقة بالشهود

المطلب الثاني :شروط الشهود في عقد الزواج

المطلب الأول : أحكام عامة متعلقة بالشهود

لا بـــــد أن تتوفر في الشاهد في عقد النكاح شروط معينة كي تقبل شهادته على العقد كاشتراط أن يكون الشاهد مكلفا عاقلا بالغا , وهو شرط معتبر عند عامة الفقهاء , و لا نجد فيه إختـــلاف كبير بينهم بخـــلاف بعض الصفـــات الأخرى كالأصم , الأخرس و الكـــافر و الأعمى و الفاسق ومستور الحال بالإضافة إلى شهادة النساء في عقد النكاح .

فماهو حكم شهادة هؤلاء الشهود في عقد النكاح ؟

الفرع الأول : شهادة الأصم و الأخرس و الأعمى في عقد النكاح

أولا : شهادة الأصم و الأخرس

الصمـــم هو عدم السماع و الأخـــرس هو عدم النطق[1], و هما صفتان قد تكون متلازمتين فيكون الشخص أصم و أخرس و قد تفترقا فيكون أصم أو أخرس فقط .

أ / شهادة الأصم :

اتفقت المذاهب الأربعـــة على اشتراط السمع في الشـــاهد , ذلك أنه من المقرر أن يكون الشاهـــد سامع لما يصدر من كلا المتعاقدين من إيجاب و قبول , ليـشهد على ذلك إذا طلبت شهادته فلا معنى لحضوره لمجـلس العقد و ذلك لعدم تحقق معنى الشهادة ذلك لأن عقد الزواج عقد خطير الأثر[2].

ب / شهادةالأخرس : للفقهاء في قبول شهادته مذهبان:[3]

المذهب الأول : رأي الأحناف و الحنابلـة ووجه عند الشافعيـــــة ,و عندهم لا ينعقد عقد النكاح بشهادة الأخرس .

---

1 – مجد الدين محمد بن يعقوب , القاموس المحيط , بيروت , دار الجيل , ج1 ,ص 65 ,ص 96 .

2 – مصطفى السباعي , **شرح قانون الأحوال الشخصية** , الزواج و انحلاله , بيروت , دار الوراق , ط 9 , 1466 هـ / 2001 م , ص 104 .

3 – عبد الرحمان ابن عبد الله ابن المخضوب , المرجع السابق , ص 15 .

أدلة المذهب الأول :

إن شهادة مفتقرة إلى صريـــح اللفظ و الأخرس غير قادر على ذلك ,فإذا طلبت منه الشهادة فلا يتمكن من أدائها فوجوده كعدمه و ذلك لإنتفاء معنى الشهادة في حقه .

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

أدلة المذهب الثاني :

إن الأخـرس إذا كانت إشارته مفهومة فإنها تؤدي الغرض فهي حينئذ تقوم مقـام العبارة فـــي الإفهام .

الترجيـــــــــح[1]:

يترجـــح لدى المذهـــب القائل بقبوله شهادة الأخرسفي عقد النكاح , ولكن هذا ليس على إطلاقه , بل يشترط توافر شرطين لقبولها :

الشرط الأول : الحاجـــة الماســـة إليهـا بأن لا يوجد غيرها , أو أن يكون الشاهد قد تحمل الشهادة , ثم أصبح أخرسا .

الشرط الثاني : أن تفيد إشارتـــه العلم بأن تكون واضحة مفهومة , أو كتابـة واضحة بخـط يده, فإن تخلف أحد الشرطين أو كلاهما فلا تقبل شهادته .

ثانيا : شهادة الأعمى :إختلف الفقهاء في صحة عقد النكاح إذا كان الشاهد أعمى الى مذهبين:

المذهب الأول :

ذهب أصحـــابه إلى القول بصحة عقد النكاح بشهادة الأعمى وهم الإمام أحمد , ووجه عند الشافعية , وهو قول ابن حزم الظاهري[2] .

1 – مازن مصباح الصباح , المرجع السابق , ص 149 .

2 – ابن حزم , **المحلى** , أحكام الشهادات , بيروت , دار الآفاق الجديدة ,9/ 397 .

أدلة المذهب الأول :

1/ إن الشـــهادة إنما هي شـهادة على قول يصـدر من كلا المتعـاقدين, فكما تصـتح من المبصـر لسمـاعه ما يصدر من أقـوال كذلك تصح من الأعمى لسماعه أيضا ما صدر من المتعـاقدين, وتعتبر شهـادة الأعمى إذا كان متيقنا من الصوت و لا يشك فيه[1] , و لأن هذه الشهادة شهادة على القول فتصح كما تصح في المعاملات .

2/ الأعمى يصح نكاحه و مبايعته و روايته و أذانه , ويلـحق بذلك شهادته على ما استيقنه من الأصوات .

3/ إن الأدلـــة التى وردت في الشهـادة اشترطت توافر شرط العدالة لقوله تعالى: **وَأَشْهِـــدُوا ذَوَيْ عَـدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِـيمُـوا الشَّهَادَةَ لِلَّـهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّـهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّـهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا** ﴿ الطلاق ٢﴾ , و قوله صلى الله عليه و سلم : " لا نكـاح إلا بولي و شاهدي عدل " فالأعمى إذا كان شرط العدالة متوفر فيه فلما لا تقبل شهادته .

المذهب الثاني :

ذهب أصحـابه إلى القول بعدم صحة عقد النكاح بشهادةالأعمى , وذهب الى ذلك الحنفية و الصحيح في مذهب الشافعي .

أدلة المذهب الثاني :

1/ لا تقبل شهادة الأعمـى لوجود الشبـهة وهي عدم تمييز الأصـوات , ما دامت الشبـهة موجودة فلا تصح شهادته[2].

2/ قياس الأعـمى على الأصم في عدم قبول الشهادة للعلة المشتركة بينهما وهي عدم تحقق المعرفـــة التامة للعـاقدين , فلم يتحقق في كليهما معنى الـهادة و بالـــتالي ترد شهادتهما .

الترجيح :

يرجح المذهب القائل بصحة شهادة الأعمى في عقد النكاح و ذلك للآتي :

---

1 – مصطفى السباعي , المرجع السابق , ص 104 .

2 –الكاساني , المرجع السابق , ص 245 .

1/ عموم الأدلة من الكتاب أو السنة التى طلبت الإشهاد على عقد النكاح فهي لم تفرق بين مبصر أو أعمى .

2/ الأعمى مكلف عدل إذا تيقن الصوت فقد انتفت الشبهة في شهادته و يكون قد حصل العلم المطلوب في الشهادة .

موقف المشرع الجزائري :

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة على شروط الشاهد في عقد الزواج بصفة عامة و بالأخص بمسألة شهادة الأصم و الأخرس و الأعمى و بالرجوع إلى القواعد العامة , فقد نص المشرع الجزائري في المادة 60 / ف1 من ق .م.ج.

"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

و بالرجوع الى المادة 222ق.أ.ج التى تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فلا تجوز شهادة الأصم باتفاق جميع الفقهاء , أما الأخرس و الأعمى فاختلفوا في ذلك لعدم وجود نص صريح في الكتاب و السنة .

الفرع الثاني : شهادة الكافر و الفاسق في عقد النكاح

أولا : شهادة الكافر

أجمع العلماء على أنه إذا كان الزوجان مسلمان فلا ينعقد عقد النكاح بشهادة الكافرين ,لأن الشهادة نوع من الولاية , فلا تكون لغير المسلم على المسلم , لقوله تعالى ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [1].

أما إذا كانت الزوجة ذمية فهل ينعقد الزواج بشهادة الذمي ؟

للفقهاء في هذه المسألة مذهبان :

1 – سورة النساء , الآية الكريمة (141).

الأول : لا ينعقد النكاح بشهادة ذميين وهو قول الشافعي و المذهب عند الحنابلة وهو المنصوص عن الإمام أحمد , وقال به زفر و محمد بن الحسن من الحنفية [1].

الثاني : ينعقد عقد النكاح بشهادة ذميين وهو قول أبي حنيفةو أبي يوسف[2] , سواء أكان الشاهدان موافقين للزوجة في الملة أم مخالفين و هذا قول لأبي الخطاب[3] من الحنابلة.

و يرجح الدكتور مازن الصباح المذهب الأول القائل بعدم قبول شهادة الكافر في عقد النكاح المسلم على الذمية للآتي :

1/ أن شهادته و إن كانت في حق الزوجة جائزة فلا تكون كذلك في حق الزوج المسلم .

2/ إن الشهادة نوع من الولاية , وشهادة الكافر غير جائزة لصريح الآية .

3/ إن الزواج فيه معنى العبادة فلا ينبغيأن نجيز شهادة الكافرعلى مثل هذا العقد.

4/ إن الكافر ليس عدلا و في قبول شهادته رفع لمنزلته وهذا غير جائز .

كما أقر مجمع البحوث الإسلامية, فقد نصت الفقرة (ب) من المادة الثامنة :

"يشترط إسلام الشاهدين إذا كان الزوجين مسلمين , و يكتفي بشهادة كتابيين في زواج المسلم بكتابية "[4].

ثانيا: شهادة الفاسق

إختلف الفقهاء في انعقاد عقد النكاح بشهادة الفاسق , و حيث قال أبو يوسف : << كل من سلم من الفواحش التى يجب فيها الحدود وكان يؤدي الفرائض و أخلاق البر فيه أكثر من المعاصي قبلنا شهادته[5]>>

و انقسم العلماء الى مذهبين[6] :

---

1 –الكساني , المرجع السابق , ج 2 / ص 253 – 254 .

2 – المرجع نفسه , ص 255 .

3 –ابن قدامة , المرجع السابق , ج 9 /123 .

4 – محمد كمال الدين إمام , **الزواج في الفقه الإسلامي** , الاسكندرية , دار الجامعة الجديدة للنشر, 1989 , ص 89 .

5– ابن حزم , المرجع السابق , ج 9/ 395 .

6– عبد الرحمان ابن عبد الله المخضوب , المقال السابق , ص 26 .

أ/ **المذهب الأول** : لا ينعقد عقد النكاح بشهادة الفاسق وهو مذهب الشافعية , ورواية في مذهب الإمام أحمدواستدلوا في ذلك بقوله تعالى:﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾الطلاق ٢ و الحديث الشريف :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل".

ب/ المذهب الثاني : ينعقد النكاح بشهادة الفاسق , وهو مذهب أبي حنيفة و رواية في مذهب الإمام أحمد , واستدلوا على أن الفاسق أهلا لأن يزوج نفسه ولا يقدح في أهليته كونه فاسقا فإذا صحت ولايته فمن باب أولى شهادته .

و يتبين رجحان المذهب الأول باشتراط العدالة في الشهود و ذلك :

أنالأصل فيالشهادة العدالة لصريح الآية الكريمة﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾الطلاق ٢ و لصريح الحديث " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل " .

و لذلك لا بد أن يعتبر الفسق مانع من أداء الشهادة إلا أن واقعنا المعاش وكثرة هذا النوع من الناس , يفرض اعتبار شهادته لكن بالرجوع الى العرف نجد أن الكثير من الناس يختارون الأخيار ليشهدوا على عقود الزواج .

موقف المشرع الجزائري :

لم يعالج المشرع الجزائري مسألة اشتراط العدالة في شاهدي عقد الزواج , ولكن باستقراء بعض قرارات المحكمة العليا حيث جاء في قرار لها : أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدي عدل[1] ,و في قرار آخر حيث جاء في صفحة 199 , الجزء الثاني , الشيخ خليل " وندب اشهاد عدل فغير العدل من مستور و فاسق عدم "[2] .

الفرع الثالث : شهادة النساء و مستور الحال في عقد النكاح

1 – فضيل العيش , **شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد** , مطبعة طالب , 2007 – 2008 , ص 20 .

2– المحكمة العليا, المجلة القضائية ,ملف رقم 51107 , بتاريخ 1989/01/02, العدد3, 1992 ,ص52.

أولا : شهادة النساء

إتفق الفقهاء على صحة شهادة الذكور العدول المسلمين في عقد النكاح , أما شهادة النساء منفردات على عقد النكاح فلا تصح و لا ينعقد عقد النكاح بشهادتهن[1] , و استدلوا في ذلك لقول الزهري : " مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا في النكاح و لا في الطلاق[2] ."

أما شهادة رجلين و امرأتين , فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القـول الأول : يصـح عقـد الـنكـاح بشهـادة رجـل و امرأتـين , وهو قـول أبو حنيفـة و أصحابه[3],فتجوز شهادة رجل و امرأتين في عقد الزواج قياسا على الشهادة في الأموال لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة و أدائها و إنما لم تجز شهادتها في الحدود لأنها تدرأ بالشبهات , وشهادة النساء لا تخلو من الشبهة لما فيها من احتمال النسيان و الغفلة و عدم التثبت [4].

القــول الثاني : لا يصح عقد النكاح بشهادة رجل و امرأتين , وهو قول الشافعية و المذهب عند الحنابلة , و قول مالك .

فلا ينعقد النكاح بشهادة رجل و امرأتين بخلاف الشهادة في الأموال , فإن النكاح أعظم خطرا و أقل وقوعا , فلا يلحق بما هو أدنى خطرا و أكثر وجودا [5].

و مجمل هذا القول يجعل قول الله تعالى﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾[6] .

خاصا بالشهادة في الأموال وتوابعها,أما النكاح و الطلاق فهي كالحدود و القصاص لا تقبل

---

[1]– أنظر ابن حزم , المحلى , قال : فمن رأين أجزتم النكاح بشهادة أربع نسوة عدول ؟ قلن : و أما الأربع نسوة فلقول رسول الله (ص) : "شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل " , ج 9 /465 .

[2]– سيد سابق , **فقه السنة** , بيروت , دار الفكر ,الجزء 2, 1914 هـ / 1998 م , ص 40 .

[3]– الكساني , المرجع السابق , ص 255 .

[4]– مصطفى السباعي , المرجع السابق , ص 101 – 102 .

[5]– المرجع نفسه , ص 101 .

[6]– سورة البقرة , الآية الكريمة (282) .

فيها إلا شهادة الرجالكما استدلوا على الآية ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾الطلاق ٢ التى جاءت في الإشهاد على الرجعة , وجعلت فيها الشهادة للرجال فقط دون النساء, فمن باب أولى أن يشهد على عقد النكاح الرجال فقط [1].

موقف القضاء الجزائري في شهادة النساء في عقد الزواج :

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

إلا أن المحكمةالعليا قد أخذت برأي القول الثاني أي رأي الجمهور القائل بعدم صحة عقد النكاح بشهادة رجل و امرأتين , و ذلك لخطورة هذا العقد , وظهر ذلك في العديد من قراراتها حيث جاء :

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أي حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا , فإن تقرير وجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة و مخطئ في فهم أنواع الشهادات في الفقه[2].

إلا أن القضاء الجزائري إتخذ موقفا مغايرا لما سار عليه , في قرار حديث , حيث أشارت المحكمة العليا إلى أن شهادة شاهدا و امرأتين, وهما قريبتين للطاعنة (الزوجة) مقبولة شرعا و قانونا وفق أحكام المادة 64 /ف 2 .ق.إ.م , الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقض و الإبطال [3].

ومن خلال هذا القرار فإن القضاء الجزائري أخذ بالقول الأول (رأي الأحناف) , استنادا لنص المادة 64 ق.إ.مالتى لم تحدد جنس الشهود.

---

[1]– محمد فتح الله النشار , **أحكام شهادة النساء** , مصر, دار الجامعة الجديدة للنشر , 2006 , ص 40 .

[2]– المحكمة العليا , المجلة القضائية, ملف رقم 43889, بتاريخ 1986/12/15, العدد 2 , 1993 ,ص 37.

[3]– بلحاج العربي ,**قانون الأسرة (وفق أحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة**), الجزائر, د.م.ج, ط 4 , 2012 , ص 74 .

ثانيا : شهادة مستور الحال

إختلف الفقهاء في مسألة شهادة مستور الحال , وهو من كان عدلا في الظاهر و لا تعرف عدالة باطنه , فهل تقبل شهادته في عقد النكاح أم لا ؟

فذهب أصحاب المذهب الأول إلى القول بصحة انعقاد النكاح بشهادة مستور الحال وهو ما ذهب إليه الحنابلة , ووجه عند الشافعية , وكذلك الحنفية[1].

ذلك أن العدالة الباطنة يستدل عليها بقرينة ظاهرة واضحة هي العدالة الظاهرة فيكتفي بها هذا فضلا على أن الشاهد لم يظهر فسقه حتى تمنع شهادته[2].

– وذهب أصحاب المذهب الثاني إلى القول بأنه لا ينعقد عقد النكاح إلا بمن عرفت عدالته الباطنية ومن ذهب إلى ذلك وجه عند الشافعية , ووجه عند الحنابلة.

ذلك أن الشهادة شرط لثبوت صحة النكاح , وما دام النكاح مفتقر إلى الشهادة لإثباته لم يثبت بمجهول الحال و ذلك كالإثبات أمام الحاكم[3].

الترجيـــــح :

يترجح المذهب القائل بصحة عقد النكاح بشهادة مستور الحال ذلك أن الشهادة في عقد النكاح شرط لصحته ولا يثبت بشهادة مجهول الحال , غير مسلم به للأمور التالية :

الأول : إن هذا القول يؤخذ به في الشهادة التى تكون عند الحاكم ,أما عقد النكاح فيكون في القرى و البادية و بين عامة الناس مما لا يعرفون حقيقة العدالة .

الثاني : إن الشهادة في عقد النكاح تحمل المقصود منها للإثبات عند النزاع لذا لا يصح قياسها على سائر الشهادات .

الثالث : إن إعتبار العدالة الظاهرة إنما هو من باب رفع الحرج و التيسير على الناس بخلاف اعتبار العدالة الباطنة ففي اعتبارها حرج و مشقة تلحق بالعباد .

---

1 – أبى محمد محمود بن أحمد العيني , المرجع السابق , ج 496/4.

2– المرجع نفسه , ص 496 .

3 – ابن قدامة , المرجع السابق , ج 123/9 .

غير أنه إذا تم عقد النكاح و شهد عليه من كان مستور الحال ثم تبين فسقه, فهل يفسخ عقد النكاح أم لا ؟

وفي هذه المسألة للفقهاء مذهبان[1] :

المذهب الأول : ذهب أصحابه الى القول بأن ظهور فسق الشاهدين , بعد انعقاد العقد الذي شهدا عليه لا يبطله , و من ذهب إلى ذلك ابن قدامة من الحنابلة , وقول عند الشافعية .

أدلتـــــــه : إن المعتبر لصحة عقد النكاح العدالة الظاهرة , ولما كان الفسق غير ظاهر لحظة الشهادة على عقد النكاح , فإنه يؤخذ بالظاهر ولا يؤخذ بالخفي, و قد حكمنا بصحة العقد بناء على ذلك , فلا يجوز القول بفساد العقد بعد أن ظهر فسق الشاهدين .

المذهب الثاني : إذا تبين فسقهما حال عقد النكاح لم يصح العقد بشهادتهما , وذلك لأن فسق الشاهدين مانع من قبول شهادتهما فيبطل عقد النكاح .

الترجيـــــح :

يرجح القول القائل بصحة عقد النكاح و ذلك لأن العدالة الباطنة غير مشترطة في الشاهدين عند عقد النكاح , فالمعتبر عند الشاهدين هو العدالة الظاهرة حال العقد , فالأولى الأخذ بالقول الأول و عدم تأثير فسق الشاهدين إذا ظهر بعد انعقاد العقد .

موقف المشرع الجزائري من شهادةمستور الحال :

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لشروط صحة الإشهاد في عقد الزواج, خاصة شرط العدالة , لكن القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا تضمنت حيثياته مايلي :

1 – مازن مصباح الصباح , المرجع السابق , ص 169 .

– حيث جاء في قول الشيخ خليل الجزء الثاني ص 203 و ركنه أي النكاح , أي أركانه الأربعة الأولولي و الثاني صداق و الثالث محل زوج و زوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية و الرابع الصيغة .....

وجاء في صفحة 199 الجزء الثاني للشيخ خليل و ندب إشهاد عدلين فغير العدل من مستور و فاسق عدم[1].

المطلب الثاني : شروط الشهود في عقد الزواج

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الشروطالتى يجب توافرهافي شهود عقد الزواج وقد انعكس هذا الإختلاف على القانون الجزائري و بعض القوانين العربية فقد نص قانون الأسرة الجزائري على الإشهاد في الزواج دون أن يحدد شروط الشهود حتى تصح شهادتهم مما يتحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 ق .أ.

الفرع الأول : شروط شهود عقد الزواج في القانون الجزائري

نظرا لخطورة عقد الزواج , و لأهمية الإشهاد عليه , يشترط في الشاهدين الشروط التالية :

1 / العقـل : يجب أن يكون الشاهد عاقلا باعتبارأن الغاية من الإشهاد الإعلان و الإثبات في حالة الجحود [2], ومن ثمة فلا تصح شهادة المجنون و المعتوه , وفقا لنص المادة 42 ق.م و المادة 85 ق.أ

2/ البلـوغ :أشترط البلوغ في عقد الزواج لأن حضور الصبي غير المميز لا يتناسب مع أهمية و خطورة عقد الزواج , فهو ليس أهلا للولاية على نفسه , و بالتالي من الأجدر أن لا يكون واليا على غيره بالشهادة , ولهذا فقد اشترطت المادة 33 من قانون الحالة المدنية الصادر بأمر رقم 70/ 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 أن يكون الشاهدان على الزواج بالغين 21 سنة على الأقل.

[1]– المحكمة العليا , المجلة القضائية , قرار رقم 51107 , بتاريخ 1989/01/02 , , العدد 3, 1992 ,ص 53 .

[2]– وهبة الزحيلي , **الفقه الإسلامي و أدلته** , دمشق , دار الفكر , الجزء السابع , 1982, ص 73 .

3/ الإســلام :اتفق الفقهـاء على أنــه إذا كان الزوجيــن مسلميــن يجب أن يكـون الشهود مسلمين لقوله تعالى ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ .

و لكنهم اختلفوا في ما إذا كانت الزوجة كتابية , فجمهور الفقهاء اشترطوا أن يكون الشاهدين مسلمين , بخلاف الحنفية أجازوا أن يكون الشاهدين كتابيين .

4/ العدالــة : سكت القانون الجزائري عن اعتبار العدالة في شهود النكاح , غير أن المحكمة العليا سارت على رأي الجمهور في اشتراط العدالة في الشاهدين خلافا لرأي الحنفية الذين يجيزون شهادة الفاسق , و لأن الشهادة مجرد إعلان .

وفي ظل سكوت قانون الأسرة الجزائري برمته عن الشروط الواجب توافرها في الشهود ,مما يستوجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية المادة 222 ق.أ [1]

5/ الذكـورة : نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 02/05 , و التى جاءت بصيغة العموم و الإطلاق في مسألة الإشهاد إلا أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية السالفة الذكر , حيث نصت على أنه يجب أن يكون الشاهدان بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس , يختارون من قبل الأشخاص المعنيين .

وقداستقر القضاء الجزائري القديم في اشتراط الذكورة في الشاهدين في عقد الزواج آخذا برأي الجمهور " إن الشهادة المقررة في الزواج شهادة عدلين ذكرين[2] " .

و ذلك استنادا لما رواه أبو عبيدة الزهري عن ابن المسيب أنه :" مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم , أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا في النكاح ولا في الطلاق"[3] .

---

[1]- بلحاج العربي , المرجع السابق ,أحكام الزواج , ص 260 .

[2]- المحكمة العليا , غ.أ.ش , قرار رقم 43889, مذكور سابقا .

[3]- مصطفى السباعي , المرجع السابق , ص 101 .

غير أن المحكمة العليا في قرار حديث أشارت أن شهادة شاهد و امرأتين , وهما قريبتين للطاعنة (الزوجة) هي مقبولة شرعا و قانونا , وفقا لأحكام المادة 64 ق.إ.م [1]

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

6/ العـدد : اتفق الفقهاء على عدم صحة عقد الزواج بشاهد واحد استنادا الى الحديث الشريف :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل " , وجاء في قرار أن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي , فإن المحكمة العليا نقضت القرار الصادر عن المجلس القضائي .

الفرع الثاني : شروط شهود عقد الزواج في القوانين العربية

لم يتعرض المشرع الجزائري في نص المادة 9 مكرر ق.أ للشروط الواجب توافرها في الشاهد كالعقل ,و البلوغ , والحرية , و الإسلام , الذكورة و العدل تاركا ذلك للرجوع للفقه الإسلامي ,وفقا لنص المادة 222 ق.أ على غرار القوانين العربية الأخرى التى اختلفت في تحديد الشروط المطلوبة في شهود عقد الزواج .

***القانون الإماراتي** : تنص المادة 48 منه على أنه :

1/ يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين كلام المتعاقدين فاهمين أن المقصود الزواج .

2/ يشترط إسلام الشاهدين , ويكفي عند الضرورة بشهادة كتابيين في زواج المسلم بكتابية

* **القانون المغربي** : اشترط المشرع المغربي شاهدين سماهما بالعدلين في الفقرة الرابعة من المادة 13 من مدونة الأسرة [2].

1– أنظر القانون 09/08 المعدل للأمر 184/66 , المؤرخ في 2008/02/27 , المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية , المادة 153 منه المعدلة للمادة 64 .

2– بن شويخ رشيد , **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** , دار الخلدونية , الجزائر,1429 هـ/ 2008 م, ص 82 – 83

* **القانون التونسي** : اشترط القانون التونسي في الفصل الثالث شاهدين مما يعني أنهم من الرجال فقط , كما اعتبر الشهادة شرط لصحة العقد[1] حيث نص الفصل الثالث على مايلي :

الفصل الثالث : " لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين , ويشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة و تسمية مهر للزوجة ".

* **القانون العراقي:** نص قانون الأحوال الشخصية لعام 1959 رقم 188 في المادة السادسة:

1/ " لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيمايلي :

أ/ اتحاد مجلس الإيجاب و القبول .

ب/ سماع كل من العاقدين كلام الآخر و استيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج .

ج/ موافقة الإيجاب للقبول .

د/ شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج .

هـ/ أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة .

2/ ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرأه على الشاهدين و تسمعهما عبارته و تشهدهما على أنها قبلت .

و الجديد الذي أتى به المشرع العراقي من خلال الفقرة الثانية من هذه المادة هو انعقاد الزواج عن طريق الكتابة إذا كان غائبا , مع الإشهاد عليه من طرف شاهدين يقرأعليهما المكتوب و يسمعانه و يشهدان على أنها قبلت بهذا الزواج .

* **القانون اللبناني[2] :**

نص القانون رقم 203 الصادر بتاريخ 1993/03/02 في :

1- المرجع السابق , ص 84 .

2- القانون الصادر في كانون الأول 1951 الخاص بقيد وثائق الأحوال الشخصية اللبناني المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 1956/12/18 والقانون 70/71 الصادر بتاريخ 1975/12/22 و القانون 203 .

المادة الرابعة :" يجب أن يكون الشاهد في الوثيقة المختصة بالأحوال الشخصية بالغا ثمانية عشرة سنة كاملة " .

* **القانون السوري** : تضمن قانون الأحوال الشخصية السوري في الباب الثاني بعنوان أركان العقد و شرائطه , الفصل الأول : الرضا و العلانية في المادة 38 :"

1/ يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل و امرأتين مسلمين أو كتابيين في زواج المسلم بالكتابية حين الضرورة , عاقلين بالغين سامعين بالإيجاب و القبول فاهمين المقصود بهما .

2/ تجوز شهادة أصول و فروع الزوجين أو أحدهما .

3/ تجوز شهادة الذمي إذا كانت الزوجة كتابية , حين الضرورة و لكن لا يثبت الزواج إذا جحده الزوج المسلم , و يثبت إذا جحدته الكتابية " .

* **القانون الكويتي** : تعرضت مجموعة التشريعات الكويتية في الجزء الثامن , في الباب الثالث الخاص بشرائط عقد الزواج ,و في الفصل الأول الصيغة [1]:

المادة 11 : " يشترطفي صحة الزواج حضور شاهدين , مسلمين , بالغين , عاقلين رجلين ,سامعين معا كلام المتعاقدين فاهمين المراد منه .

وتصح شهادة الكتابيين في زواج المسلم بالكتابية ".

ومن خلال التطرق لمختلف القوانين العربية , وبيان موقفها من خلال مسألة الإشهاد على عقدالزواج , يتضح أن كلا من القانون السوري , ومجموعة التشريعات الكويتية كانت أكثر تفصيلا في هذا المجال , وذلك لتبيان أهمية حضور الشهود في العقد من خلال سماع و فهم المقصود بهما , بالإضافة إلى تحديد شروط الشاهد كالبلوغ و العقل و الإسلام , كما أثارا مسألة الإشهاد على زواج المسلم بالكتابية , حيث ميزا شروط الإشهاد في هذا النوع من الزواج .

1 – قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين : قانون 61 لسنة 1996 , قانون 29 لسنة 2004 , قانون 66 لسنة 2007 , الطبعة الاولى , 2011 .

الفصل الثاني

أحكام الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الاسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني : أحكام الاشهاد في عقد الزواج في الفقه الاسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول لمفهوم الشهادة و شروط صحتها في عقد النكاح و إختلاف الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في الشهود و في صفات بعضهم .

فسنتناول في هذا الفصل أحكام الإشهاد في عقد الزواج , مع بيان مذاهب الفقهاء في إعتبار الإشهاد شرط أم إن اشتراط الشهادة في عقد النكاح يحقق الإعلان عن هذا العقد و إظهار أمره بين الناس دفعا للريب و الشبهات.

و نظرا لأهمية عقد الزواج و ما يترتب عليه من آثار كبيرة بالنسبة للزوجين و الأولاد و حماية الاعراض و الأنساب , فقد تناول المشرع الجزائري الإشهاد في عقد الزواج, في قانون الأسرة القديم , وبعد تعديله .

بالإضافة إلى تكريس القضاء الجزائري في العديد من القرارات شهادة الشهود سواء باعتبارها ركن أو شرط صحة , أو وسيلة لإثبات عقد الزواج العرفي .

و لهذا سنتناول في هذا الفصل المبحثين التاليين:

المبحث الأول : حكم الإشهاد في عقد النكاح في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : حكم الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري .

المبحث الأول : حكم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح في الفقه الإسلامي

إختلف العلماء في أصل الشهادة في عقد النكاح , و عند تأمل أقوال الفقهاء يتبين لنا أن الخلاف في اشتراط الشهادة في عقد النكاح منحصر في قولين و أن سبب الخلاف يرجع الى أمرين :

الأول: المقصـود من الشهـادة في النكاح , فهل هي حكم شرعي يجب امتثاله و العمـل به أم يقصد به التوثيق و سد ذريعة الإختلاف ؟

فمن قال أنها حكم شرعي , قال أن الشهادة شرط في صحة عقد النكاح , ومن قال أنها توثيق لم يشترط الشهادة في عقد النكاح .

الثاني :الإختلاف في تصحيح أحاديث اشتراط الشهادة في عقد النكاح , فمن صححها أو صحح بعضها قال باشتراط الشهادة , ومن رأى عدم صحتها قال بخلاف ذلك , كما اختلف الفقهاء إنطلاقا من هذين الأمرين في مسألة كتمان الشهود لعقد النكاح , و التواطأ مع العاقدين أو الولي في ذلك .

و لهذا سنتطرق في :

المطلب الأول :موقف الفقهاء من اشتراط الشهادة

المطلب الثاني :حكم كتمان الشهود لعقد النكاح

المطلب الأول :موقف الفقهاء من إشتراطالإشهاد

إنقسم الفقهاء في اعتبار الشهادة شرط لصحة عقد النكاح , فهناك من قال بأنها شرط لصحته , فلا يرتب هذا العقد آثاره من دون إشهاد , و هناك من قال بخلاف ذلك .

و لدراسة هذا المطلب نتناوله من خلال المسائل التالية :

الفرع الأول : مذاهب الفقهاء في الإشهاد

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة الإشهاد إلى مذهبين .

المذهب الأول :الشهادة شرط لصحة عقد النكاح وهو قول الامام أبي حنيفة , و الشافعي و المشهور عن الامام أحمد [1], و قال به من الصحابة أمير المؤمنين عمر و علي و عبد الله بن عباس رضي الله عنهم , ومن التابعين سعيد بن المسيب , و جابر بن زيد و الحسن و النخعي و قتادة و الثوري و الأوزاعي رحمهم الله[2] .

أدلتـــــه :

* استدلوا بعدةأحاديث تدل على اشتراط الشاهدين في عقد النكاح منها :

- ماروي عن عائشة رضي الله عنها , أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل , وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل , و إن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " ففي هذا الحديث نص صريح على نفي صحة النكاح إلا بالشاهدين .

- وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال , قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :" لا نكاح إلا بولي و شاهدين و مهر ما قل أو كثر ", وهذا دليل ظاهر على وجوب الشاهدين في عقد النكاح .

-وعن أبي هريرة رضي الله عنهعن النبي صلى الله عليه:" لا نكاح إلا بأربعة :خاطب وولي و شاهدين " .

1- ابن رشد , **بداية المجتهد و نهاية المقتصد** , دار أشريفة , الجزء الثاني ,بدون طبعة, بدون سنة, ص 17 .

2 – المغني , المرجع السابق , ص 119 .

– وروى عن الحسن أن رسول الله صلى الله عليه و سلم :" لا يحل نكاح إلا بولي و صداق و شاهدي عدل ".

وقال الشافعي رحمه الله بهذا , فإن أكثر أهل العلم يقول به , ويقول هو الفرق بين النكاح و السفاح[1] .

* كما استدلوا أيضا بآثار مروية عن عدد من الصحابة منها :

– عن الحسن و سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل " , وروى أن عمر بن الخطاب : أوتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل و امرأة , فقال : هذا نكاح السر ولا أجيزه و لو كنت تقدمت فيه لرجمته[2] ".

– وقال الزركشي : خص النكاح باشتراط الشهادة , دون غيره من العقود لما فيه من تعلق حق غير المتعاقدين وهو الولد [3].

*كمااستدلوا أن اشتراط الشهادة في النكاح آكد من اشتراطها في البيع , لأن النكاح يتعلق به حق الولد , لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع و لأن في اشتراط الشهادة إحتياط للأبضاع , و صيانة للأنكحة عن الجحود .

المذهب الثاني : الشهادة ليست شرط لصحة عقد النكاح

وهذا هو قول الإمام مالك , داوود الظاهري , و رواية عن الإمام أحمد , و فعله ابن عمر رضي الله عنه , و قال به التابعين , الحسن بن علي و ابن الزبير و سالم وحمزة

1 –البيهقي , المرجع السابق , ص 203.

2 – محمد ناصر الدين الألباني , **التعليقات الرضية على الروضة الندية** , القاهرة , مصر , دار ابن عفان للنشر و التوزيع , المجلد الثاني , ص 162.

3 – شمس الدين محمد ابن عبد الله الزركشي ,**شرح الزركشي** , دار الكتب العلمية , بيروت , 2002 , ج 5 , ص 22.

ابنا عبد الله بن عمر , و عبد الله بن ادريس و عبد الرحمان بن المهدي و يزيد بن هارون و العنبري و أبو ثور و ابن المندر و الليث , و هو إختيار شيخ الإسلام ابن تيمية , و قال الإمامية : يستحب الإشهاد على الزواج , ولا يجب [1].

أدلتـــــه:

1/ استدلوا بالعموميات :

–بعموم قول الله تعالى﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ**﴾[2], فلم يذكر الله تعالى الشهادة فيبقى النص على الإطلاق ولا يشترط الشهادة .

– و بعمـوم قول الله تعالى﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[3] , و النكاح من العقود التى يجب الوفاء بها دون شهود .

2/ استدلوا بالسنة :

– عن أنس بن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله صلى الله عليه و سلم جارية بسبعة أرؤس وهي صفية بنت حيي , فقال الناس : ما ندري أتزوجها رسول الله أم جعلها أم ولد , فلما أراد أن يركب حجبها , فعلموا أنه تزوجها [4], ووجه الإستدلال أنهم لم يستدلوا على تزويجها إلا بالحجاب , مما دل على عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح .

– و ما روي عن عليا زوج أم كلثوم من عمر و لم يشهد .

3/ كما استدلوا على بعض التعليلات و القياس منها:

---

1 – محمد جواد مغنية , **الفقه على المذاهب الخمسة** , بيروت , دار العلم للملايين , ط 6 , 1976 , ص 297.

2 – سورة النساء , الآية (3).

3 – سورة المائدة , الآية (1).

4 – رواه الإمام مسلم في صحيحه , **كتاب النكاح** , باب فريضة إعتاق أمة ثم يتزوجها , 1432 هـ / 2010 , رقم الحديث 3389.

– قياس النكاح على الرهن و الكفالة في عدم اشتراط الإشهاد فيها , بجامع أن كلا منها عقد توثيق , كما قالوا : أن كل شخص لا يحتاج إليه في إيجاب و لا قبول لم يمكن حضوره شرطا في انعقاد النكاح كالزوجة و سائر الأجانب .

المناقشـــة و الترجيـــــح :

1/ مناقشة أدلة المذهب الأول :

إن الأحاديث التى استدلوا بها لا تخلوا في مجملها من مقال ,ولا يثبت في اشتراط الشهادة حديـث يتعين القـول به , و المصيـر إليه , فقد ضعف هذه الأحاديث بعامة عدد من الأئمة فمن أقوالهم :

قال الإمام أحمد رحمه الله في رواية الميموني : لم يثبت عن النبي صلى الله عليه و سلم في الشاهدين شيئ.

وقال ابن المنذر: لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر[1] .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية : وليس في اشتراط الشهادة في النكاح ثابت , لا في الصحاح ولا في السنن ولا في المسانيد [2].

– وقد أجاب بعض المالكية الذين يشترطون الشهادة في الدخول دون العقد , على أدلة القول الأول بالأجوبة التالية [3]:

أحدهما : أن النفـي دائـر بين القضـاء و الفتـوى , ولم ينـص علـى أحدها فهو مطلق فيها ونحن نحمله على القضاء فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا بينة , أما الحل فثابت دون بينة.

ثانيهما : إن النهي دائر بين العقد و الدخول ونحن نحمله على الدخول , لأن اللفظ فيه حقيقة , فيما ذكروه مجاز , و الحقيقة مقدمة على المجاز .

---

1 – سيد سابق , المرجع السابق , ص 39 .

2 – عبد الرحمان ابن عبد الله ابن مخضوب , المقال السابق , ص 27.

3 – مازن مصباح الصباح , المرجع السابق , ص 137 – 138 .

ثالثهما : أن الصداق المذكور في الحديث مقرون بالبينة , ولا يشترط ذكر الصداق في العقد فكذلك الشهادة قياسا عليه بطريق أولى , لأن الصداق ركن داخل في الحقيقة و البينة خارجة عن حقيقة العقد , ولفظ الحديث الذي صححه عدد من أهل العلم لم يذكر به الصداق فلا يستقيم القياس .

– أما قولهم اشتراط الشهادة في النكاح آكد من البيع , إذ قال يزيد بن هارون أمر الله تعالى: بالإشهاد على البيع دون النكاح [1], فهو مبني على علة لا تستقيم لهم , وهي علة حق إثبات نسب الولد , أما أصحاب المذهب الثاني يشترطون الشهادة في الدخول و إعلان النكاح , فكيف يجحده أبوه , أو يضيع نسبه و قد ثبت بالدخول .

2/ مناقشة أدلة المذهب الثاني :

إن استدلالهم بالعموميات في الآيات الكريمة التى سبق ذكرها, فهي أدلة عامة لم يذكر الشهادة التى هي محل نزاع ,ولم تذكر الولاية في النكاح .

أما استدلالهم بالسنة أجيب عنه كالآتي :

– نكاح النبي صلى الله عليه و سلم بغيرولي ولا شهود من خصائصه في النكاح , فلا يلحق به غيره و الحكمة من الإشهاد في الزواج دفع التهمة و إثبات الحقوق , و هذا لا يتأتى بالنسبة إليه [2].

– أما تزويج النبي صلى الله عليه و سلم لصفية بنت حيي ولم يشهد , فقد حضره شهود لم يقل لهم اشهدوا , إذ يبعد أن يخلوا مجلس الرسول صلى الله عليه و سلم من حضور نفسين فصاعدا .

– أما تزويج على لعمر بدون إشهاد , فيجاب عنه بأمرين[3]:

---

1 – سيد سابق , المرجع السابق , ص 39 .

2 – مصطفى السباعي , المرجع السابق , ص 99 – 100.

3 – عبد الرحمان ابن عبد الله ابن مخضوب , المقال السابق , ص 25 .

الأول : بعدم التسليم بذلك فقد روى البهيقي و الهيثمي أن عليا قال للحسن و الحسين زوجا عمكما .

الثاني : ولو سلمنا بصحة الخبر , فهو محمول على أنه حضره شهود ولم يقل لهما اشهدوا و كيف يصح عن عمر , وقد روى عنه أنه رد نكاحا حضره رجل و امرأة .

– أما استدلالهم بقياس النكاح على الرهن في عدم اشتراط الإشهاد و في انعقاده فلا يسلم به , لأن الشهادة و التوثيق شرط في الرهن لإثباته فكذلك عقد النكاح .

الترجيـــح :

إن النظر في القولين و تأمل الأدلة و المناقشات , وكذلك النظر في أوضاع الناس وواقع المجتمعات , يتأتى و العلم عند الله رجحان المذهب الأول القائل باشتراط الشهادة في عقد النكاح , وذلك لعدة أسباب منها :

1/ أن أحاديث اشتراط الشهادة كثيرة , وقد ذكرت بعضها وقد رويت بطريقة مختلفة و أسانيد متعددة , لذا يظهر أنها صالحة للإحتجاج بها , فأقل ما يقال في الشهادة في عقد النكاح أنها ثابتة بأحاديث حسنة .

2/ إن اشتراط الشهادة في عقد النكاح له فوائد عدة:

أ/ إثبات النكاح عند العقد و صيانة له من الجحود .

ب/ إن إختلاف أعراف الناس في إعلان الزواج , فكان أولى إشتراط الشهادة في العقد فقد يطرأ ما يمنع إعلانه .

ج/ إن في عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح إنتشار لنكاح السر , و ناهيك عن ما فيه من مفاسد و أضرار على الأفراد , و المجتمعات , ولا سيمافي هذا الواقع الذي كثر فيه التحايل على الحرام , و ماتت الغيرة في نفوس المسلمين بل و انتشرت الديانات التنتأباها الشريعة الإسلامية المستقيمة .

الفرع الثاني : موقف الفقهاء من تخلف الإشهاد

إن الإختلاف الموجود بين الفقهاء و الذين اعتبروا شرط الإشهاد في عقد النكاح , شرط صحة , و المشهور على المذهب المالكي الذي اعتبره شرطتمام , و بالتالي فإن أثر تخلف الشهادة في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أن العقد غير صحيح , لأنه لم يستكمل كل شروط صحته , فيبطل قبل الدخول و لا أثر له لأن التفريق بينهما واجب , مثل ما قال عبد الرحمان الجزائري : " إتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد , فإذا لم يشهد شاهدا عند الإيجاب و القبول بطل [1]" , أما بعد الدخول فيجب المهر , وحرمة المصاهرة و العدة بعد التفريق .

أما المذهب المالكي فرتب على تخلف الإشهاد في عقد النكاح , الفسخ , و هذا لا يكون إذا تخلف الإشهاد أثناء انعقاد العقد , فإذا جرى العقد ولم يحضر أحد صح , ولكن إذا أراد أن يدخل الزوج يجب أن يحضر شاهدان , فإذا دخل بلا إشهاد وجب فسخ العقد جبرا عنهما و يكون هذا الفسخ بمنزلة طلقة بائنة [2].

المطلب الثاني : حكم كتمان الشهود لعقد النكاح

إتفق جمهور الفقهاء على أن الشهادة شرط النكاح , و اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول , أم شرط صحة يؤمر به عند العقد , و اتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر و اختلفوا إذا شهد الشاهدان ووصيا بالكتمان , هل هو نكاح سر أم ليس سر[3] ؟ , و يرجع أساس الإختلاف بين الفقهاء هو هل شهادة الشاهدين في عقد النكاح كافية لإعلانه ولو تواصيا بكتمانه ؟.

---

1 –بلعواد الزبير ,**أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية و القانون** , مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء , الجزائر , الدفعة 12 , 2004/2001 , ص 25.

2 – محمد جواد مغنية , المرجع السابق , ص 297.

3– ابن رشد , المرجع السابق , ص 17 .

و إذا كان إعلان النكاح مندوبا إليه و مرغوبا فيه شرعا , فهل يبطل النكاح أو يتأثر العقد بالتواصي على كتمانه بعد انعقاده صحيحا؟

و لذلك انقسمت أقوال الفقهاء إلى ثلاثة أقوال :

الفرع الأول : القول الأول

إن الشهادة في عقد النكاح وحدها هي الإعلان , ولو تواصى الشاهد بالكتمان وهو رأي أبي حنيفة , وبعض الفقهاء , و إليه ذهب الشافعي , وقول الحنابلة , وبه أخذ مذهب الظاهرية و حجتهم ما استفاض من الأخبار من اشتراط الشهود , و تعيينهم طريقا للإعلان وحدهم لما رويعن النبي صى الله عليه و سلم :" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل , فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ".

ويرى أبي حنيفة أن الشارع الحكيم باشتراطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان , ولم يترك أمره من غير حدود , فكانت هي الحد المرسوم , وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر و الإعلان , ولو تواصوا بالكتمان , لأن السر لا يكون بين أربعة , بل هو الجهر ولذلك يقول القائل [1]:

و سرك ما كان عند امرئ وسر الثلاثة غير الخفي

و يقول الشافعي في "الأم " : ان عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل و امرأة فقال : هذا نكاح السر , ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت [2].

1- محمد أبو زهرة , المرجع السابق , ص 52 .

2- أكرم رضا , **قواعد تكوين البيت المسلم** , القاهرة , مصر , دار التوزيع و النشر , ط 1 , 1245هـ/2004م , ص280 .

فإذا أشهد شاهدين في نكاح ووصيا بالكتمان فليس بنكاح سر [1], لأن مقصود الشهادة عند الشافعي تتضمن معنيين الإعلان و القبول , بخلاف الحنفية فمقصود الشهادة هو الإعلان فقط.

وقال الحنابلــة : لا يبطل النكــاح بالتواصي بكتمانه , لأنه لا يكون مع الشهادة عليه مكتوما فإن كتمه الزوجان و الولي و الشهود قصدا صح العقد , وكره كتمانهم له لأن السنة إعلان النكاح [2].

وهذا مذهب الظاهرية أيضا فقد جاء في المحلى "لابن حزم " : وقال قوم : إذا استكتم الشاهدان فهو نكاح سر و باطل , قال ابن حزم : وهذا خطأ من وجهين : احداهما أنه لم يصح له قط نهي شرعي عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان .

و الثاني أنه ليس سرا ما علمه خمسة الناكح والمنكح و المنكحة و الشاهدان,قال الشاعر[3] :

السر يكتمه الإثنان بينهما و كل سر عدا الإثنين منتشر

الفرع الثاني : القول الثاني

وهو المشهور عند مالك أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل الشرط لإنشاء العقد مطلق الإعلان , فالشهادة شرط لحل الدخول , رغم أنها ليست شرطا للإنعقاد , ولكنها شرطا لترتيب الآثار , و الشهادة وحدها لا تكفي للإعلان و أن الشاهدان إذا تواصيا بالكتمان لا ينشأ العقد , هو نكاح السر , و يفسخ عقد النكاح[4].

و قد أجاب الدكتور محمد البلتاجي عن حكم كتم الشاهدان أمر الزواج في مقولة فقهية جليلة نقلا عن الدردير المالكي في الشرح الكبير :

1– ابن رشد , المرجع السابق , ص 17 .

2– أكرم رضا , المرجع السابق , ص 278.

3– ابن حزم , المرجع السابق ,ص 466 .

4 – ابن رشد , المرجع نفسه , ص 17 .

" إن من شرط صحة النكاح عدم التواطؤ على كتمه , ومن ثم يفسخ عندهم (أي المالكية) نكاح السر, أي الإستكمام- هو باطل- و يعاقب الزوجان إذا تواطؤوا على الكتمان ويعاقب الشهود إذا تعمدا [1], و في المدونة الكبرى عن يونس أنه سأل ابن شهاب عن رجل نكح سرا و أشهد رجلين ؟

قال : إن مسها فرق بينهما , و اعتدت حتى تنقضي عدتها , و عوقب الشاهدان بما كتما من ذلك , و للمرأة مهرها , ثم إن بدا له أن ينكحها حتى تنقضي عدتها نكحها نكاح العلانية[2], و يستدلون على ذلك بان الرسول صلى الله عليه و سلم كره نكاح السر حتى يضرب بالدف لإعلانه و إشهاده بين الناس لقوله : " أعلنوا النكاح ولو بالدف "

كما أن الكتاب الكريم لم يشترط الشهادة في انعقاد الزواج , و لقد قال يزيد بن هارون : أمر الله سبحانه و تعالى بالإشهاد في البيع لقوله تعالى﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ البقرة282, دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح و لم يشترطوها للبيع[3] .

الفرع الثالث : القول الثالث

يرى أن الإعلان وحده كاف لإنشاء العقد من غير حاجة مطلقا لتعيين الشهادة حدا مرسوم للإعلان , ومن غير اشتراط لترتب الآثار لأن القصد هو الإعلان , وهو فرق بين النكاح و السفاح [4], وهذا قول عند مالك رضي الله عنه , وهناك قول شاذ ذكره ابن رشد عن أبي ثور و جماعة ليس الشهود من شرط النكاح , لا شرط صحة و لا شرط تمام و فعل ذلك

---

1 –أكرم رضا , المرجع السابق , ص 279 .

2 – المرجع نفسه , ص 280.

3 – محمد أبو زهرة , المرجع السابق , ص 54 .

4 – المرجع نفسه , ص 52 .

الحسن بن علي أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن النكاح [1], و يرى أصحاب هذا القول أن الإعلان شرط كبعض المالكية و الفرق بينه و بينهم أنهم يشترطون الإعلان عند وجود الصيغة و قبل الدخول [2].

الترجيـــح :

إن نكاح السر هو النكاح بدون شهود و لا إعلان , و إن حضره الولي , وهو نكاح باطل اعتبره المالكية زنى و يوافقهم في ذلك الجمهور .

أما إذا تواطأ الشاهدان على كتمانه يعد نكاح سر , عند المالكية يفرق بينهما أو يعاقب كما يرى القاضي , وخالفهم الجمهور باعتباره مكروها[3] , و الراجح هو قول المالكية, لأن الأصل عدم جواز كتمان عقد النكاح لخطورته و لما يترتب عليه من حقوق و آثار كوجوب النفقة وثبوت النسب ....و لأن الاشهادو الإعلان يفرق بين الحلال و الحرام , و لتستر العابثون بإدعاء الزواج للهروب من الإتهام بالزنى .

وكذلك إعطاء الفرصة لمن له حق الإعتراض على شرعية النكاح , مثل الرضاعة أو غيرها.

1 – ابن رشد , المرجع السابق , ص 17 .

2 – محمد أبو زهرة , المرجع السابق , ص 53 .

3 – أكرم رضا , المرجع السابق , ص 280 .

المبحث الثاني :أحكام الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن تناولنا في المبحث الأول حكم الإشهاد في الفقه الاسلامي , وبيان مختلف آراء مذاهب الفقهاء في اشتراط الشهادة , و تبيان خطورة عقد الزواج الذي يكتمه شاهداه أو ما يسمى بنكاح السر ,نتطرق في هذا المبحث لأحكام الشهادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري , حيث نتعرض لموقف المشرع الجزائري من الإشهاد في هذا العقد , كيف عالج المشرع الجزائري مسألة الشهادة , قبل و بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري , و كذلك مسألة أهمية وسيلة الشهادة في إثبات عقد الزواج , مع إبراز موقف القضاء الجزائري من هذا ؟ و لهذا سوف نتناول هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : حكم الإشهاد في انعقاد عقد الزواج

المطلب الثاني : حكم الإشهاد في إثبات عقد الزواج

المطلب الأول : حكم الإشهاد في انعقاد عقد الزواج

تناول قانون الأسرة الجزائري مسألة الإشهاد في عقد الزواج , سواء قبل تعديله أو بعد التعديل , فما هو حكم المشرع الجزائري على الإشهاد في عقد الزواج ؟

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى :

الفرع الأول : الإشهاد في عقد الزواج قبل التعديل

أولا : الإشهاد ركن في عقد الزواج

نصت المادة 9 من قانون 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 , المتضمن قانون الأسرة القديم على أنه : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق " حيث جعل المشرع الجزائري حضور الشاهدين ركنا من أركان عقد الزواج , و الحقيقة أن المشرع قد انفرد بهذا الحكم , وذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على إعتبار الشهادة شرط صحة في عقد الزواج و إن اختلفوا في وقتها و أثر تخلفها إلا أن الأمر الفرنسي رقم 274/59 و المتضمن أحكام الزواج و الطلاق في الجزائر , في مادته الثانية قد جعل الإشهاد واجبا عند إنعقاد العقد , و فقدانه يؤدي إلى بطلان عقدالزواج بطلانا مطلقا[1].

ثانيا : أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج

تناول المشرع الجزائري أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج في نص المادتين 32 و33 منه فنصت المادة 32 :" يفسخ النكاح ,إذا اختل أحد أركانه ,أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج ".و المادة 33 : " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق , يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه , و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد , و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد ".

ومن خلال هاتين المادتين يمكن تقسيم أثر تخلف الإشهاد إلى ثلاث حالات :

1 – بلحاج العربي , أحكام الزواج , ج 1 , ص 256 .

أ/حالة فسخ الزواج :

يتم فسخ عقد الزواج إذا ما تخلف الإشهاد ,وكان ذلك قبل الدخول فالمشرع الجزائري جعل من غياب الشاهدين سببا من أسباب الفسخ[1], ولا تستحق الزوجة الصداق .

ب/ حالة إثبات عقد الزواج :

هذه الحالة نصت عليها المادة 33 ق.أ : " إذا تم الزواج بدون شاهدين , فإنه يفسخ قبل الدخول , و يثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

و يلاحظ أن المشرع في هذه الحالة قد تناقض مع نفسه إذ اعتبر الإشهاد في الزواج ركن ثم ينص على إثبات عقد الزواج بصحته بالدخول رغم تخلف ركن من أركانه [2].

ج/ حالة بطلان عقد الزواج :

تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 33 ق.أ القديم , بحيث يكون عقد الزواج باطلا إذا تخلف ركن الإشهاد مع ركن آخر من الأركان الثلاث : الرضا ,الولي و الصداق و سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده , فغياب الشهود هنا تحول إلى سبب من أسباب البطلان[3] و قد كرس القضاء هذه القاعدة في عدة قرارات منها القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه :" ..ومن المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا " [4].

1 – بلحاج العربي , **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** , الزواج و الطلاق , ديوان المطبوعات الجامعية , ج1 , ط 1999 , ص 132 .

2 –بلعواد الزبير , المرجع السابق , ص 25 .

3 – بلحاج العربي , المرجع نفسه , ص 132 .

4 – المحكمة العليا,المجلة القضائية ,رقم الملف 34137 , بتاريخ 1984/10/08 , العدد4 , 1989 , ص79.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا :"..من المقرر شرعا و قانونا أن للنكاح أربعة أركان و هي الصيغة (رضا الزوجين) و شاهدين , بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية ومن المقرر أيضا أنه إذا اختل ركن من أركان العقد غير الرضا يبطل الزواج[1].

الفرع الثاني : الإشهاد في عقد الزواج بعد التعديل

أولا : حكم الإشهاد في عقد الزواج

إن تعديل المشرع الجزائري القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة , بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 , قد غير من طبيعة الإشهاد في عقد الزواج , فقد نصت المادة التاسعة المعدلة :" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " و معنى هذا أن التعديل جعل الرضا ركنا لإنعقاد الزواج و أن الزواج لا ينعقد إلا برضا المتبادل بين الزوج و الزوجة [2].

و بمفهوم المخالفة أن المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل , فقد جعل حضور الشاهدين شرطا لصحة عقد الزواج .

و قد أضاف التعديل الجديد المادة 9 مكرر التى تنص على أنه : يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ,و الصداق ,و الولي ,الشاهدين و انعدام الموانع الشرعية للزواج , و بهذا يتضح موقف المشرع الجزائري من اعتبار الإشهاد شرط لصحة عقد الزواج .

ثانيا : تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج

نصت المادة 33 من قانون الأسرة و المعدلة بموجب الأمر 02/05 على أنه :" يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ".

---

1 – المحكمة العليا , المجلة القضائية,رقم الملف 51107,بتاريخ 1989/01/02, ,العدد3 ,1992 ,ص53.

2 – عبد العزيز سعد , **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد** , شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ,الجزائر , دار هومة , ط3 ,2001 , ص 44 .

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه , يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه , و يثبت بعد الدخول بصداق .

و بذلك سار القانون الجزائري على نهج الجمهور , الذين يعتبرون الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج , إلا إذا كان العقد فاسدا , لتخلف شرط من شروط صحته[1] , ومن خلال هذه المادة يتضح أن هناك حالتين لتخلف شرط الإشهاد.

أ/ حالة فسخ العقد :

رتب المشرع الجزائري في تعديله الجديد للمادة 33 /الفقرة الثانية , فسخ العقد ,إذا تم بدون شهود , إذا كان قبل الدخول و لا صداق فيه .

الفسخ هو الأثر المترتب عن الزواج الفاسد سواء من قبل الطرفين أو أحدهما و هو المراد بالتفريق أو المتاركة[2],أو يفسخه القاضي إن لم يفسخه أحدهما .

ب/ حالة إثبات عقد الزواج

نصت الفقرة الثالثة من المادة 33 المعدلة على أنه :" إذا تم الزواج بدون شاهدين ..... يثبت بعد الدخول بصداق المثل " .

وبهذا فقد خالف المشرع الجزائري, رأي الجمهور الذي اعتبر الإشهاد شرط لصحة عقد الزواج , و أن تخلف هذا الشرط بعد الدخول الحقيقي فإنه يجب مهر المثل ,و حرمة المصاهرة و العدة بعد التفريق , و ثبوت النسب أما غير هذه الأمور فلا تجب بالعقد غير الصحيح [3].

كما خالف المقرر عند المالكية من أنه إذا دخل الزوج بزوجته ولم يشهد , كان نكاحه فاسدا و الفسخ في الزواج الفاسد يعتبر طلاقا , وعليه فقد اتفق فقهاء الشرع على أنه إذا تم عقد

1 – بلحاج العربي , , أحكام الزواج , ج 1 , ص 255 .

2 – نبيل صقر, **قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا** , الجزائر , دار الهدى , 2006 , ص 85 .

3 – المرجع نفسه , ص 77 .

الزواج بدون إشهاد و تم الدخول , يفسخ العقد لاعتباره عقد غير صحيح , أما المشرع الجزائري فقد نص على إثباته بصداق المثل .

و يقول العربي بلحاج :" وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا , عندما أعاد صياغة المادتين 32 و 33 القانونية , وفقا للتعديلات الجديدة عام 2005 تفاديا للتكرار و منعا للتعارض بين الأحكام , فإنه إذا تم الزواج بدون شاهدين يكون العقد فاسدا , يفسخقبلالدخول و لا صداق فيه , و يثبت بعد الدخول بصداق المثل[1] .

وعلى كل حال فإن المشرع الجزائري لم يتخذ خطة منطقية واضحة في تناول نظرية فساد عقد الزواج , فيبقى قصور المادة 33 / ف 2 رغم التعديل في توضيح شروط الصحة التى تتطلب فسخ العقد قبل البناء و بعده (كالإشهاد) و شروط العقود التي تتطلب الفسخ قبل البناء و التصحيح بعده (كالصداق) مثلا.

وفي هذا السياق فإن إجتهادات المحكمة العليا تشترط الإشهاد في عقد الزواج و يتجلى ذلك من خلال إستقراء قراراتها و منها القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي يجيز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي و الطلاق , سماع الشهود لأول مرة على مستوى الإستئناف[2] .

المطلب الثاني : حكم الإشهاد في إثبات عقد الزواج

لقد إكتفت الشريعة الإسلامية بالشهادة كوسيلة للإشهار و العلنية , و كأداة للإثبات في حالة جحود الزوجية أو إنكارها من طرف أحد الزوجين , كما أن كتابة العقد بقصد الإثبات ليست جديدة في الفقه الإسلامي, فهناك فيخزائن المحاكم الشرعية توثيقات لعقود الزواج يرجع

1 – بلحاج العربي , أحكام الزواج , المرجع نفسه , ص 256 .

2 – المحكمة العليا , مجلة المحكمة العليا, ملف رقم 3154103, بتاريخ 2005/02/23, العدد1,2005, ص 275 .

بعضها للقرن الرابع الهجري[1], و لهذا أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يدخل ضمن المصالح المرسلة لتثبيت الحقوق , قد عالج المشرع الجزائري مسألة إثبات الزواج من خلال نص المادة 22 المعدلة بموجب الأمر 02/05 , و بهذا نتعرض لما يلي :

الفرع الأول : إثبات الزواج أمام الجهات الإدارية المختصة

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

و بهذا يجب أن يتضمن عقدالزواج, أن الزواج قد تم وفقا للشروط المقررة قانونا حيث يبين العقد مايلي :

– أسماء و أعمار الشهود , و ذلك طبقا للفقرة الثالثة من المادة 73 ق.ح.م.

إلا أن ما نلاحظه بهذا الصدد أن المادة 71 ق.ح.م , السالفة الذكر قد حددت الأشخاص المختصين بتحرير عقد الزواج , دون أن تطلب منهم مراعاة ضرورة توافر أركان و شروط إبرام عقد الزواج [2], على غرار المادة 73 ق.ح.م. منه التى حددت بيانات عقد الزواج و التى من بينها الشهود .

أما المادة 18 من قانون الأسرة السابقة الذكر , فقد نصت على وجوب أن يلتزم كل من ضابط الحالة المدنية و الموثق بمراعاة ما ورد النص عليه في المادتين 9 و 9 مكرر.

1 – محمد كمال الدين إمام , المرجع السابق , ص 99 .

2 – عبد العزيز سعد , المرجع السابق , ص 70 .

لذا يجبعلى الشخص المؤهل قانونا لإبرام عقد الزواج التحقق من توفر أركانه(9 ق.أ) و شروطه (م 9 مكرر ق.أ) و التى من بينها الشهود , و تأكيدا لذلك فإن المادة 77 ق.ح.م نصت على معاقبة ضابط الحالة المدنية و الموثق الذي لا يحترم تطبيق شروط تحرير عقد الزواج .

الفرع الثاني : إثبات عقد الزواج أمام الجهات القضائية المختصة

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

فإذا كان الزوجان لم يقوما بإبرام عقد زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق فإنه لا سبيل لهما أو لأحدهما إلى إثبات عقد زواجهما إلا باللجوء إلى المحكمة من أجل إستصدار حكم قضائي لإثبات وجود عقد زواج صحيح متوفر الأركان و الشروط , و منسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية و أحكام المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة [1].

و جدير بالتنويه في هذا الصدد أن التعديلات الجديدة بموجب الأمر 02/05 , أغفلت الإشارة إلى أنه يثبت بحكم إذا توافرت أركانه و شروطه ,وهي الصياغة القديمة الواردة في المادة 22 ق.أ , و هو ما اشترطه المشرع الجزائري في نص المادة 18 المعدلة و السالفة الذكر [2].

ولهذا فإن الجهة القضائية المختصة بإثبات عقد الزواج , هي محكمة مكان وجود المدعي عليه , وهو ما أشارت إليه المادة 426/ ف 4 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ,الصادر بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.

1 – المرجع السابق , ص 72.

2 – بلحاج العربي , أحكام الزواج , ص 274 .

و قد استقراجتهاد المحكمة العليا , على أنه يجب على قضاة الموضوع التأكد من توافر أركان و شروط عقد الزواج العرفي لإثباته و هي الرضا و الصداق و الولي و الشاهدين [1] و أنه يثبت الزواج العرفي (أي بقراءة الفاتحة) بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود و اليمين المتممة طبقا لنص المادة 348 قانون المدني , حيث أنه تم الإستماع إلى شهادة الشهود , ثم توجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها حول واقعة الزواج , و بالتالي فإنهم استمدوا قضاءهم من شهادة الشهود الذين أكدوا واقعة الزواج [2].

كما رفض قضاء المحكمة العليا إثبات الزواج لعدم الإثبات بشاهدين ,وجاء في قرار لها : " حيث أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين , و أن كل امرأة تدعى أن فلانا تزوج بها , فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود , و الطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد و سمع الإيجاب و القبول ".

و في قرار آخر : " ...من المقرر قانونا و شرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة , إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع , ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون و مخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب النقض ."

وعلى هذا الأساس فإن إثبات الزواج بواسطة الشهود الذين حضروا يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع , ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق , كما تتم تحت مراقبتهم وفقا لأحكام القانون , ومن ثم فإن اسناد المهمة لموثق أو خبير يعتبر تنازلا منهم عن صلاحياتهم , مما يجعل قرارهم عرضة للنقض[3].

1 – المحكمة العليا , المجلة القضائية , ملف رقم 248683 , العدد 2 , 2003 , ص 276 .

2 – المحكمة العليا , مجلة المحكمة العليا ,ملف رقم 424799, بتاريخ 2008/02/13, العدد2, 2008 ,ص 307.

3 – المحكمة العليا , المجلة القضائية , ملف رقم 90683 , بتاريخ 1993/04/25 , العدد 4, 1994, ص 58.

وفي الأخير فإن دعوى إثبات الزواج لا تحدد بمهلة معينة هذا ما تجلى من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه : " لما كان من الثابت –في قضية الحال – أن المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد 20 سنة من إنعقاده , و بعد وفاة الزوج فإن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناءا على شهادة الشهود و لتوفره على جميع أركان عقد الزواج ....يكونوا قد طبقوا صحيح القانون [1]".

و منه فإن المشرع الجزائري لا يعترف بعقد الزواج , إلا ما كان رسميا سواء محرر لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق , أو المثبت بحكم قضائي , ذلك أن آثار عقد الزواج من نفقة و نسب و ميراث لا يمكن أن يتحتج بها إلا إذا كان هذا العقد مثبت و لا يتأتى ذلك إلا بحضور الشهود .

1– بلحاج العربي , قانون الأسرة , المرجع السابق , ص 68 .

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمه تتم الصالحات , و الصلاة و السلام على من بعثه الله رحمة للعالمين وهاديا للناس أجمعين صلى الله عليه و سلم , و على صحبه و تسليما كثيرا, و في ختام هذا الموضوع , و بعد التطواف بين مسائل أحكام الإشهاد في عقد النكاح , في مجال الفقه الإسلامي و القانون الجزائري , و بعد التطرق لمفاهيم الشهادة في عقد النكاح على ضوء المذاهب الإسلامية , و إبراز مختلف الفروقات , و ترجيح الآراء الصائبة , و كذلك بيان موقف المشرع الجزائري سواءا من خلال النصوص القانونية أو الإجتهادات القضائية للمحكمة العليا .

كما أن التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري , من خلال إضافته لبعض المواد , و إعادة صياغتــه لأخرى , قد تناول أحكامـا جديدة مغايرة لأحكام الشهادة في عقد الزواج – سابقا– و كنتيجة لذلك , و إنطلاقا من نص المادة 222 من قانون الأسرة , التى تحيل القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون فعلى المشرع الجزائـري تدارك الأمــر و ذلك بنصـوص تشريعيــة واضحـة تعالج كل مسألة تحتاج لذلك حتى لا تتضارب الإجتهادات القضائية نتيجة إستناد كل قاضي على مذهب فقهي معين .

و نظرا لأهمية موضوع هذا البحث , و ما يثيره من إشكالات فقهية و قانونية و حتى قضائية يمكن إستخلاص النتائج التالية :

أولا : بالنسبة للفقه الإسلامي

1– إن الشهادة شرط صحة في عقد النكاح , ذلك أن الرضا وحده لا يكفي ليكون العقد صحيحا , إذ لا بد من إخراجه من نطاق السرية , حتى لا تكون العلاقة بين الزوجين مثار شبهة أو سوء ظن .

2– إن حقيقة الشهادة في عقد الزواج , تتجلى في حضور الشاهدين لمجلس العقد و سماع الإيجاب و القبول , حتى يتحقق الإشهاد و الإعلان معا , لما لهذا العقد من أثار خطيرة بين الطرفين , و التى قد تلحق غيرهما كثبوت النسب و التى لا يمكن أن تثبت في حالة التجاحد إذا لم يكن العقد مشهودا عليه .

3- إن شهادة عمودي النسب في عقد النكاح مقبولة , و ذلك لوضوح و دلالة نص الحديث و فضلا عن ذلك فإن بشهادتــهم رفعا للحرج و تيسيــرا للنــاس لوجودهـم في مجـلس العقـد و تحقيقا لمصلحة هي زيادة التوثيق .

4- يشترط في شاهدي عقد النكاح , البلوغ , و العقل و العدالة و الإسلام إذا كان الزوجان مسلمان , كما لا يجوز زواج المسلم بكتابية بشهادة كتابيين , لأن شهادتهما على المسلم لا تقبل , كما يشترط سماع الشاهدين معا لكلام المتعاقدين و فهمهما لمعنى و مقصود العقد .

5- إن شرط الذكورة في الشاهدين من الشروط المتفق عليها في عقد النكاح , أما شهادة النساء منفردات فلا تصح و لا ينعقد عقد الزواج بشهادتهن لأن خطورة هذا العقد تجعل مباشرته مفوضة إلى أولي الرأي الكامل من الرجال , و لأن النساء ناقصات العقل و الدين فكان نقصــان عقلهــا بصفـة الأنوثـة بمنزلة نقصان عقلها بصفة الصغر , أما شهادة رجل و امرأتين فيصح بها عقد النكاح و لكن في حالة الإحتياج لذلك .

6- الأصـل هو عدم كتمـان الشهـود لعقـد النكاح , لخطورة الآثار المترتبة عليه من نسب و ميراث و حرمات , و لعدم تحقق المعنى من الإشهاد و هو الإعلان , و حتى يميز بين الحلال و الحرام و بين السفاح و النكاح .

ثانيا : بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري

1- إن المشرع الجزائري قد ساير في تعديله الجديد لقانون الأسرة التشريعات العربية في اعتبار الإشهاد شرط في عقد الزواج تتوقف عليه صحته و في المادة 9 مكرر (المضافة) آخذا برأي جمهور الفقهاء .

2- إكتفاء قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 بذكر الشهادة في عقد الزواج , دون النص على الشروط التى يجب أن تتوفر في الشاهد مما ينبغي الرجوع إلى الشريعة العامة حيث أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية نصت على أنه يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة

على الأقل سواءا كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز فيما يخص الجنس و يختارون من قبل الأشخاص المعنيين .

و هذا النص لا يمكن تطبيقه بشأن الشهود في عقد الزواج , و ما ورد فيه خاص بشهادات الحالة المدنية و عقد الزواج له طابع خاص , و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات

3- تكريس إجتهادات المحكمة العليا في قراراتها لبعض الشروط التى يجب أن تتوفر في الشاهدين كالعدالة و الذكورة , وهي الشروط المتفق عليها بين مذاهب الفقه الإسلامي, كما اعتبرت أن شهادة الأقارب ما عدا الأبناء و شهادة النساء مع الرجال في عقد الزواج مقبولة شرعا و قانونا .

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

5- إن المادة 33 /ف3 ق.أ , تجيز عدم حضور الشاهدان و هي منافية للأحكام الشرعية لأنه بإجماع فقهاء المذاهب الأربعة لا يتم الزواج بدون شاهدين , و أن الدخول لا يمكن تصحيحه إلا بحضور الشاهدين لنص صريح في السنة .

6- تعارض أحكام إثبات الزواج بين النص القانوني و الواقع القضائي , فكيف يتسنى لطرفي عقد الزواج إثبات صحته بدون حضور الشاهدين, و لأن إقرارهما غير كافي في العريضة , حيث ترفض دعوى إثبات الزواج لعدم التأسيس واقعيا , و لكن قانونيا ومن خلال المادة 33 /ف3 ق.أ , أجاز المشرع هذا الزواج بإثباته , وهذا سببه إختلاط الحلال بالحرام .

7- إن أحكام الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري تدور بين الشرط و الوسيلة فالشهادة شرط في انعقاد مجلس العقد , ووسيلة لإثبات الزواج , إذ يشترط حضور الشاهدين

أمام الموظف المؤهل قانونا لتسجيله , كما يشترط القاضي لإثباته بحكم قضائي حضور الشهود سواء كانوا عيانا أو شهود سماع , حتى لا يتهاون الناس في إبرام عقودهم الزوجية .

الإقتراحات :

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول أن موضوع بحثنا , يحتاج إلى جملة من الإقتراحات سواء على مستوى قانون الأسرة الجزائري أو بخصوص القوانين التى لها علاقة به خاصة قانون الحالة المدنية .

1- على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة المادة 222 من قانون الأسرة , و ذلك نظرا لعموم الصيغة التى جاءت بها فأحكام الشريعة الإسلامية واسعة و شاملة, بالإضافة إلى إختلاف و تضارب آراء الفقهاء في المسألة الواحدة , و نتيجة لذلك تقتضي الضرورة تحديد المشرع الجزائري لمذهب فقهي محدد في حالة غياب النص القانوني .

2- نقترح إضافة مادة جديدة تحدد الشروط الواجب توفرها في شهود عقد الزواج أو إضافة فقرة للمادة 9 مكرر كالتالي : "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين ذكرين بالغين من العمر 19 سنة على الأكثر متمتعين بقواهما العقلية "أو الإحالة إلى مادة في قانون الحالة المدنية تحدد شروط شهود عقود الزواج .

3- إن المادة 9 مكرر (المضافة) إشترطت الإشهاد في عقد الزواج , غير أنه جاء في المادة 33 /ف3 ق.أ (المعدلة) عدم قبول أي طلب لإبطال عقد الزواج بعد الدخول حتى في غياب حضور الشاهدين , و مؤدى هذا أن المشرع لم يرتب على فقد الشهادة البطلان أو الفسخ بعد الدخول .

لذا نقترح إعادة صياغة الفقرة الثالثة من المادة 33 كالتالي : " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو ولي , في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول و بعده ".

4- على المشرع الجزائري تفصيل و إتمام نص المادة 22 ق.أ , فيما يتعلق بأحكام إثبات الزواج العرفي , ذلك لأنه ليس كل زواج عرفي هو بالضرورة زواج شرعي , و ذلك بتقييد

شروط صحة الإشهاد عليه لضرورة حضور شاهدي مجلس العقد خاصة في عقود الزواج الحديثة .

5- ضرورة إعادة صياغة المادة 33 من قانون الحالة المدنية و ذلك للأسباب التالية :

* إن صيغتها جاءت بصفة العموم و ما ورد فيها خاص بشهادات الحالة المدنية و عقود الزواج لها ميزة خاصة .

* إن هذا النص كان صادرا قبل صدور القانون المدني بالأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 , و مسايرة لتعديلي قانون الأسرة و القانون المدني و ضرورة توحيد سن الرشد القانوني .

لذا أقترح تعديل صياغة المادة 33 ق.ح.م كالتالي :

" يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 19 سنة على الأكثر , سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز في يخص الجنس و يختارون من قبل الأشخاص المعنيين ".

هذه أبرز النتائج و الإقتراحاتالمتوصل إليها , و لا تظهر جليا إلا لمن اطلع على هذا البحث , و أسأل الله الكريم بمنه و فضله أن يغفر لي زلتي و يجزي خيرا كل من سدد هفوتي , و المنصف يهب خطأ المخطأ لإصابته و سيئاته لحسناته , ومن ذا الذي يكون قوله كله صوابا , و هل ذلك إلا المعصوم الذي لا ينطق عن الهوى , و نطقه وحي يوحى سبحان ربك رب العزة عما يصفون و الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على نبينا محمد و على أله و صحبه أجمعين .

مصادر و
مراجع

المصادر و المراجع :

1- المصادر:

- **القرآن الكريم**
- البخاري, عبد الله بن محمد بن اسماعيل , صحيح البخاري , القاهرة , دارالحديث المجلد الثالث , 1425هـ /2004 م.
- الإمام مسلم ,صحيح مسلم ,بيروت, لبنان, دار الفكر , ط1 , 1431هـ/2010م
- البيهقي , السنن الكبرى, بيروت, لبنان , دار الكتب العلمية ,ط3 ,2003/1424.

2- المراجع الفقهية :

- أبى بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي , أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية , بيروت , لبنان, ط1 , 1431 / 2010 م.
- أبى محمد محمود بن أحمد العيني , البناية في شرح الهداية ,بيروت , دار الفكر, الجزء 8 , ط 1 , 1411 هـ / 1910 م .
- أكرم رضا , قواعد تكوين البيت المسلم , القاهرة , مصر , دار التوزيع و النشر , ط1 1425 هـ / 2004 م .
- ابن حزم, المحلى , لجنة إحياء التراث العربي , بيروت , دار الآفاق الجديدة , الجزء 9 .
- ابن رشد , بداية المجتهد و نهاية المقتصد , دار أشريفة .
- ابن قدامة المقدسي , المغنى , القاهرة , دار الحديث , ط 2004 .
- ابن منظور , لسان العرب المحيط , بيروت , دار الفكر , الجزء 4 , 1990.
- حسن حسن منصور ,المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية , أحكام عقد الزواج الاسكندرية , المجلد 2 ,2001 م.

– سيد سابق , فقه السنة , بيروت , دار الفكر , الجزء 2 , ط 1998/1419.

– شمس الدين محمد عبد الله الزركشي , بيروت , دار الكتب العلمية , الجزء 5 , 2002.

– علاء الدين الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , بيروت , دار الكتب العلمية الجزء 5 ,ط 1986 .

– محمد أبو زهرة , الأحوال الشخصية , بيروت , دار الفكر العربي ،1377 هـ/1975م .

– محمد جواد مغنية , الفقه على المذاهب الخمسة , بيروت , دار العلم للملايين , ط 6 1979 .

– محمد فتح النشار , أحكام شهادة النساء , مصر , دار الجامعة الجديدة للنشر , ط 2006 .

– محمد كمال الدين إمام , الزواج في الفقه الإسلامي , الاسكندرية , دار الجامعة الجديدة للنشر , 1998.

– محمد ناصر الدين الألباني , التعليقات الرضية على الروضة الندية , القاهرة , مصر دار ابن عفان للنشر و التوزيع , المجلد 2 .

– مجد الدين محمد ابن يعقوب , القاموس المحيط , بيروت, دار الجيل, الجزء الأول .

– مصطفى السباعي , شرح الأحوال الشخصية , الزواج و انحلاله , بيروت , دار الوراق ط 9 , 1466هـ /2011م .

– وهبة الزحيلي , الفقه الإسلامي و أدلته , دمشق , دار الفكر , ط2 ,1405هـ/1995م .

3- المراجع القانونية :

– بلحاج العربي , قانون الأسرة (وفق أحدث التعديلات , و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة) , الجزائر , د.م.ج , ط 4 , 2012 .

– بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري , أحكام الزواج , الجزائر , د.م.ج , ط6 , 2010 .

- بلحاج العربي ,الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري , الزواج و الطلاق , الجزائر د.م.ج , الجزء , 1999 .

- بن شويخ الرشيد , شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل , دراسة مقارنة , الجزائر , دار الخلدونية , ط 1 , 1429هـ/ 2005 م .

- عبد العزيز سعد , قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد, أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل , الجزائر , دار هومة , ط 3 , 2014 .

- فضيل العيش , شرح وجيز لقانون الأسرة , الجزائر , مطبعة طالب , طبعة جديدة 2007 /2008 .

- نبيل صقر, قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا , الجزائر , دار الهندى , 2006.

4- المذكرات العلمية:

- بولعواد الزبير , أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفهما في الشريعة الإسلامية و القانون , مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء , الجزائر , الدفعة 12 2004/2001 .

5- المجلات و المقالات :

- مازن مصباح الصباح , أحكام الشهادة في عقد النكاح في الفقه الإسلامي , مجلة جامعة الأزهر , كلية التربية , العدد 1 , 2009 .

- عبد الرحمان بن عبد الله بن المخضوب , الشهادة في عقد النكاح , 1427 هـ, موقع مسلم .

6- القوانين :

- قانون الأسرة , رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 , المغدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الموافق 15 محرم 1426 هـ , الجريدة الرسمية العدد 18 .

- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ,رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008 , الجريدة الرسمية , العدد 21 .

- القانون المدني , رقم 07 /05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق ل23 ماي 2007 , المعدل و المتمم 58/75 .

- الأمر 20/70 , المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ 13 ذي الحجة 1389هالموافق ل 18 فبراير 1970, الجريدة الرسمية , العدد 21 .

7- القرارات القضائية :

- جمال سايس , الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية , منشورات كليك , ط 1 الجزء 1 , 2013 .

- جمال سايس , الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية , منشورات كليك , ط 1 الجزء 2 , 2013 .

- جمال سايس , الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية , منشورات كليك , ط 1 الجزء3 , 2013 .

فهرس الموضوعات :

مقدمة.....1

الفصل الأول : مفهوم الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : المقصود بالإشهاد في عقد الزواج 10

المطلب الأول : تعريف الشهادة و سندها الشرعي..... 11

المطلب الثاني : حقيقة الشهادة في عقد الزواج..... 14

المبحث الثاني : شروط صحة الإشهاد في عقد الزواج 21

المطلب الأول : أحكام عامة متعلقة بالشهود 22

المطلب الثاني : شروط الشهود في عقدالزواج 32

الفصل الثاني : **أحكام الإشهاد في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و في قانون الأسرة الجزائري**

المبحث الأول : حكم الإشهاد في عقد النكاح في الفقه الإسلامي 39

المطلب الأول : موقف الفقهاء من إشتراط الإشهاد 40

المطلب الثاني : حكم كتمان الشهود لعقد النكاح 46

المبحث الثاني : حكم الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري 51

المطلب الأول : حكم الإشهاد في انعقاد عقد الزواج 52

المطلب الثاني : حكم الإشهاد في إثبات عقد الزواج..... 56

الخاتمة 61

الإقتراحات..... 65

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآيـــــــــــــــــــة الكريمة	السورة	رقم الأية	الصفحة
1	قوله تعالى : ﴿ " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾	الأنبياء	107	2
2	قولـــــه :" ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ﴾ .	البقرة	35	2
3	قوله تعالى: " ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	الروم	21	2
4	لقوله تعالـــى :﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾	البقرة	158	11
5	لقوله تعالى:﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾	البقرة	236	15
6	لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ "﴾	الطلاق	2	24
7	لقوله تعالى ﴿لَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾	النساء	141	25
8	قول الله تعالى﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾	البقرة	288	28
9	قول الله تعالى﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾	النساء	3	42
10	قول الله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة	1	42

فهرس الآحاديث النبوية

الرقم	الحديث الشريف	الصفحة
1	قال صلى الله عليه و سلم:" أعلنوا النكاح و اضربوا عليه بالدف "	12
2	قول صلى الله عليه و سلم :" فصل ما بين الحرام و الحلال الدف والصوت "	12
3	قال صلى الله عليه و سلم: " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل".	13
4	قال صلى الله عليه و سلم: " البغايا الــلاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"	14
5	قال صلى الله عليه و سلم: " لا بد في النكاح من أربعة : الولي و الزوج و الشاهدان"	14
6	قال صلى الله عليه و سلم:" أعلنوا هذا النكاح و اجعلوه في المساجد , و اضربوا عليه بالدفوف"	14
7	قال صلى الله عليه و سلم:" لا يجوز نكاح السر , حتى يعلن و يشهد عليه"	14
8	قال صلى الله عليه و سلم:" لا تنكح الأيم حتى تســتأمر,و لا تنكح الــبكر حتى تستأذن , قالوا : وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت"	15
9	قال صلى الله عليه و سلم :" لا تجوز شهادة خائن و لاخائنــة , و لا مجلود حدا و لا مجلودة , ولا ذي غمرلأخيه و لا مجرب شهـــادة و لا القانــع أهل البيت لهم و لا ضنين في ولاء و لا قرابة"	17
10	قال صلى الله عليه و سلم:" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل , وما كان من نكاح غير ذلك فهو باطل , و إن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له	40
11	قال رسول الله صــلى الله عليه و سلم :" لا نكاح إلا بولي و شاهدين و مهر ما قل أو كثر "	40