تاريخ استقبال المقال: 2018/5/28 تاريخ قبول نشر المقال: 2018/09/24 تاريخ نشر المقال: 2018/12/31

إشكالية الشهادة في عقد الزواج في التشريع الجزائري

Problématique de témoignage dans l'acte de mariage dans la législation algérienne

بوسنـــة رابـــح
جامعة 8 ماي 1945 – قالمة - الجزائر

الملخَّـص:

الأسرة هي أساس المجتمع، لذا كان الإحتياط في نشاتها، مسلكا شرعيا تشهد له نصوص القرآن والسنة، حيث جاءت هذه النصوص الشرعية لتعزيز هذا التوجه، فاقرت العديد من الأحكام التي عدها الفقهاء إما أركانا وإما شروطا يجب توفرها عند إنشاء العقد، ومن بين هذه الشروط الشهادة، ومن هنا كان البحث عن أحكامها وقواعدها وضوابطها، عملا يستحق الإهتمام والدراسة للوقوف على مكامن النقص في التشريع فنسدها، وعلى مواطن الخلل فنعالجها ونصححها.

الكلمات المفتاحية: الزواج – الشهادة - العقد – الشرط.

□ Résumé :

La famille est le fondement de la société Par conséquent, la réserve à sa création est un devoir légitime, qui a été abrégé par de nombreux textes, Ces textes ont approuvé les dispositions jurisprudentielles qui sont considérées comme des conditions du contrat de mariage.

Parmi ces conditions, nous trouvons une condition de témoignage, C'est une condition qui nous oblige à faire des recherches et à l'étudier sous tous ses aspects, afin que nous puissions rencontrer ses avantages et ses inconvénients.

Mots clés : mariage – témoignage – contrat - condition.

Abstract :

The family is the foundation of society, Therefore, the reserve in its inception is a legitimate duty, which has been abridged by many texts, These texts approved the jurisprudential provisions which are considered as conditions for the marriage contract.

Among these conditions, we find a condition of testimony, It is a condition that requires us to research and study in all its aspects, so that we can meet its advantages and disadvantages.

Keywords: mariage – testimonial – contrat - condition.

مقدمة :

لقد استقى المشرع الجزائري أحكام الزواج وقواعده من نصوص الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء دون التقيد بمذهب معين، وضمنها قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05[1].

من بين أهم المسائل التي تثير عديد الإشكالات في قانون الأسرة الجزائري هو مسألة الشهادة، فرغم أن المشرع كان حريصا على التأكيد عليها ضمن نص المادة 09 مكرر والمادة 33، إلا أنه يبدو أن هذين النصين لم يكونا كافيين لإزالة اللبس والغموض حول الكثير من الإشكالات التي أثيرت حول مسألة الشهادة، سواء من حيث طبيعة الشهادة ووظيفتها، أو من حيث الشروط المتعلقة بها، وأثر تخلفها؟ هذه التساؤلات وما يتفرع عنها هي التي جاء هذا المقال لإثارتها ومحاولة الإجابة عليها.

المبحث الأول: مفهوم الشهادة .

في هذا المبحث نتناول تعريف الشهادة ومشروعيتها، وذلك في مطلبين اثنين.

المطلب الأول: تعريف الشهادة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للشهادة.

للشهادة عدة معاني لغوية[2]، منها :العلم والبيان، والحضور والمعاينة والإخبار عن شيئ، واليمين.

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي للشهادة[3].

عرفها المالكية بقولهم:هي" إخبار الشاهد الحاكم إخبارا ناشئا عن علم لا عن ظن وشك"، وعند الأحناف:"هي إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء".أما الشافعية فقالوا: هي" إخبار عن شيئ بلفظ خاص"،

بينما قال الحنابلة بأنها:" الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت وأشهد".

المطلب الثاني: مشروعية الشهادة وتكييفها.

الفرع الأول: مشروعية الشهادة.

أولا/- النصوص القرآنية:

1- " واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء، أن تضل إحداهما فتذكر احداهما الاخرى"[4].

2- " واشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله"[5].

3- " فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله وكيلا"[6].

ثانيا/- **النصوص النبوية:**

1- "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"[7].

2- "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[8].

3- "أظهروا النكاح، واضربوا عليه بالغربال"[9].

الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للشهادة.

أولا : التكييف الشرعي للشهادة.

تعتبر الشهادة شرطا في عقد الزواج، وقد ذهب إلى ذلك من الصحابة علي وعمر وابن عباس وغيرهم ومن التابعين الشعبي وابن المسيب والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل، ومالك وقد نقل الشوكاني عن الترمذي أن هذا مذهب أهل العلم من الصحابة والتابعين لم يخالفهم إلا قوم من المتأخرين[10]، كأبي ثور[11]، وابن أبي ليلى، وأبي بكر الأصم[12]،

ولهذا قال بن رشد:(اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح)[13]،ودليلهم صراحة الأحاديث في اشتراط الشهادة، منها "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، لكن اختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول ،أم شرط صحة يؤمر به عند العقد[14]، فمن قال هي شرط صحة قال بأن النفي في قوله(ص):"لا نكاح.." يتوجه إلى الصحة، بل إن الأحناف إعتبروها شرط ركن العقد، بينما قال المخالفون أن النفي لا يتوجه إلى الصحة، ولهذا حكي عن مالك قوله أنه يكفي الإعلان[15]، لأنه لا يرى أن الشهادة شرط صحة في العقد، بل هي شرط تمام.

ثانيا: التكييف القانوني للشهادة.

أخذ المشرع الجزائري بمذهب جمهور الفقهاء، حيث اعتبر الشهادة من شروط الزواج، ولهذا نجده قد نص عليها ضمن المادة 9 مكرر التي جاء فيها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:...الشاهدان...".

غير أن الأمر يكتنفه الغموض من حيث كون المشرع ذكر المادة 9 مكرر السابق ذكرها، والمتضمنة لشروط الزواج، تحت عنوان أركان الزواج، مما يبعث على التساؤل فيما إذا كان المشرع قد جعل شروط المادة 9 مكرر، والتي من ضمنها الشهادة، بمثابة أركان للزواج؟ وبالتالي فإن المشرع يسوي هنا بين الأركان والشروط. أم أن هذا يعد مجرد سهو؟ وإن كان كذلك فهو مدعو لتدارك هذا الخطأ في تعديلات لاحقة.

وعلى فرضية أن المشرع قد اعتبر الشهادة كركن في الزواج، فإن هذا ليس بدعا من القول، فقد سبقه إلى ذلك متقدموا المالكية، ومن ذلك ما جاء في رسالة إبن أبي زيد القيرواني[16] قوله:" ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل"، والجدير بالملاحظة أن هذا ما كانت تنص عليه المادة 9 قبل

تعديلها سنة 2005، والتي كانت تنص على أنه:" يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق".

المطلب الثالث: أقسام الشهادة

الفرع الأول: أقسام الشهادة من حيث زمن أدائها

أولا: أثناء العقد

اتفق جمهور الفقهاء من غير المالكية على وجوب حضور الشهود أثناء إبرام عقد الزواج[17]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، كما هو واضح من خلال قراءة المادة 18 من قانون الأسرة، بينما قال المالكية بأنه "لا يلزم أن يحضر الشهود عند العقد بل يندب ذلك فقط"[18]، فإن حضروا كان هذا مجزيا وكافيا وأغنى عن حضورهما فيما بعد.

ثانيا: أثناء الدخول.

أفتى المالكية بمفردهم بجواز تأخير الشهادة إلى وقت الدخول بالزوجة، فإن تم الدخول من غير إشهاد فسخ النكاح بطلقة لأنه عقد صحيح، فيكون فسخه طلاقا بائنا[19].

كما تصح الشهادة في الفترة ما بين العقد والدخول بالزوجة، وهي التي يسميها المالكية بشهادة الأبداد أي المتفرقين، وصورتها أن يلقى الولي شاهدين فيشهدهما بأنه قد زوج فلانا من فلانة، ويلقى الزوج شاهدين آخرين ويشهدهما بأنه قد تزوج من فلانة، فإن حصل ذلك صحت الشهادة وجاز الدخول بالزوجة[20].

الفرع الثاني: من حيث وظيفة الشهادة.

أولا: الوظيفة الموضوعية للشهادة.

الرأي الأول: إتفقت كلمة أغلب الفقهاء على إعتبار الدور الأساسي للشهادة هو إضفاء الصحة على عقد الزواج، بمعنى أنها تعتبر شرطا من شروط

الزواج، وذلك لصحة الأحاديث الواردة بشأن الشهادة ومنها: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، وهذا ما سلكه المشرع الجزائري عندما ذكر الشهادة ضمن شروط الزواج في المادة 9 مكرر.

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الشهادة ليست شرطا في عقد النكاح، وممن قال بذلك أبو ثور، ودليلهم: أن القرآن الكريم لم يأت على ذكر شرط الشهادة في الزواج، مع أنه ذكر أحكام المهر والمحرمات من النساء والولي... بالإضافة إلى أن الشهادة وردت بصيغة الأمر في آية البيع في قوله تعالى:(وأشهدوا إذا تبايعتم)، ومع هذا إعتبرها المخالفون أمرا مستحبا، فكيف تجب في الزواج الذي لم تذكر فيه مطلقا، أما الأحاديث المثبتة للشهادة فهي غير صحيحة والصحيح منها يحمل على الإستحباب كما قال بذلك المالكية.

الرأي الثالث: وهو المشهور عند المالكية، حيث أن الشهادة ليست شرطا لصحة الزواج بل هي شرط تمام، وظيفتها حل الدخول وترتيب الآثار[21]، بمعنى أن الإشهاد شرط صحة في الدخول لا في صحة العقد[22]، والبعض إعتبرها شرطا للنفاذ[23]، وهذا غير صحيح لأن شروط النفاذ هي التي يقع العقد معها صحيحا غير نافذ، بمعنى أنه نفاذه يتوقف على إجازة الغير.

وهناك قول مروي عن مالك يرى فيه بأن الإعلان هو الشرط الواجب تحققه قبل الدخول بالمرأة، وليس الشهادة، لحديث:(أعلنوا هذا النكاح وأضربوا عليه بالدف)، ويؤكد هذا ما روي عن الصحابة وسلف هذه الأمة من كون أنكحتهم كانت تتم بلا إشهاد[24]، ويرى المخالفون بأن الإعلان هنا المقصود به الشهادة نفسها، إذ بها يتحقق الإعلان، لأن الخبر إذا علمه أربعة نفر لم يعد سرا، والمقصود هنا العاقدان والشاهدان[25].

ثانيا: الوظيفة الإجرائية للشهادة.

1- الموقف الفقهي: إختلف الفقهاء القائلون بمشروعية الشهادة وشرطيتها حول الوظيفة الإجرائية للشهادة، هل هي مجرد الإعلان والإشهار، أم يضاف إلى ذلك كونها وسيلة إثبات عند الجحود والإنكار.

ذهب الأحناف إلى اعتبار الشهادة وسيلة لإعلان الزواج وإشهاره فقط، لذلك أجازوا شهادة الفاسق، لأن إشهار الزواج وإعلانه يتحقق بشهادة غير العدول، كما أجازوا شهادة الأصول والفروع لبعضهم البعض[26].

بينما ذهب بقية الفقهاء إلى أن الشهادة لها دور الإعلان والإشهار لتمييز النكاح عن السفاح، ولها دور إضافي آخر وهو الإثبات عند الجحود والنكران، لذلك فقد اشترطوا في الشهود أن يكونوا عدولا صادقين، حتى تقبل شهادتهم[27]، فإن لم يكن الشهود عدولا فتقبل عند المالكية الشهادة بكثرة العدد وكذا ببينة السماع[28].

لكن هل الشهادة كوسيلة للإثبات عند الإنكار والتجاحد بعد العقد وبعد الدخول أم بعد الدخول فقط؟ على خلاف جمهور الفقهاء القائلين بأن الشهادة شرط صحة أثناء العقد، فإن المالكية يرون بأن الإشهاد أثناء العقد مستحب، وبالتالي يطرح التساؤل عن كيفية إثبات العقد الذي تم بدون إشهاد حال حصول التجاحد قبل الدخول سواء فيما يتعلق بالمهر أو التوارث ؟

2- الموقف القانوني: ميز القانون بين صورتين من حيث إثبات الزواج، نوضحهما فيما يلي:

أ- **الشهادة في الزواج الرسمي:** حضور الشهود هنا بالإضافة إلى دورهم في تصحيح الزواج، فإن لهم دور آخر وهو المصادقة على وثيقة عقد الزواج، وعلى صحة المعلومات الواردة فيها، ومن المعلوم بان المشرع

يعتبر هذه الوثيقة سندا توثيقيا لإثبات الزواج، وهذا ما صرح به في المادة 22 بقوله: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية".

ب- **الزواج العرفي:** بالنسبة للزواج العرفي فإن دور الشهود يتجلى بصورة أكثر، حيث يتم الاستعانة بهم لإثبات الزواج العرفي أمام القاضي المرفوعة أمامه دعوى إثبات الزواج، قبل استصداره لحكم قضائي يقضي بصحة هذا الزواج، وشهود الإثبات هنا قد يكونوا ممن كان حاضرا أثناء إبرام العقد، وإلا فيمكن الإعتداد بشهادة التسامع، وعند صدور هذا الحكم يسجل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وعندئذ يمكن إثباته بالحكم القضائي الصادر بشأنه، كما يمكن إثباته بمستخرج من سجلات الحالة المدنية بعد تسجيله، وهذا واضح من عبارات المشرع في المادة 22 والتي جاء فيها: أن الزواج "في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.."

غير أن المحكمة العليا في حالة وفاة أحد الزوجين نجدها تفرق بين الشهادة المفصلة التي يخبر فيها الأطراف عما شاهدوه بالتفصيل أثناء إبرام العقد، من حيث الإيجاب والقبول وقيمة المهر، والمؤجل منه والمعجل...إلخ، وبين الشهادة المجملة التي يشهد فيها الشهود على حصول عقد الزواج بدون تفاصيل، وهذه الشهادة تحتاج لتدعيمها وتزكيتها إلى يمين المدعي[29].

المبحث الثاني:أحكام الشهادة في عقد الزواج.

في هذا المبحث سنتناول

المطلب الأول: شروط الشهادة والشاهد.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالشهادة.

أولا: من حيث إتحاد المجلس:

إتحاد المجلس[30]شرط في صحة عقد الزواج، ومعناه أن يجمع مجلس العقد جميع أطرافه في نفس الزمان والمكان، ويعد الشهود من بين

أهم الأطراف الواجب حضورهم، بخلاف المالكية القائلين بالإستحباب، وشرط إتحاد المجلس يختلف بحسب ما إذا كان العقد بين حاضرين أو غائبين.

1-**العقد بين حاضرين:**

- فمن حيث المكان فإنه يصح أداء الشهادة في أي مكان أبرم فيه العقد، مسجدا كان أو بيتا أو أي مكان آخر ولو كان مقهى، فيكفي فقط أن يكون مكان تواجد الشهود هو نفسه مكان إبرام العقد.
- أما من حيث الزمان، فيجب حضور الشهود في نفس لحظة إبرام العقد وسماعهما معا للإيجاب والقبول وهذا عند الجمهور، فلو سمع الشاهدان معا كلام أحد العاقدين ولم يسمعا كلام الاخر، أو سمع أحدهما كلام أحد العاقدين، وسمع الثاني كلام العاقد الآخر لم يصح العقد[31]، قال الشوكاني نقلا عن الترمذي أن أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم قالوا بعدم جواز النكاح حتى يشهد الشاهدان معا عند عقد النكاح، ونقل عن مالك بن أنس وبعض أهل المدينة جواز ذلك[32] أي جواز الشهادة بالتتابع، فإذا سمع أحد الشاهدين الصيغة (الإيجاب والقبول)، ثم غادر مجلس العقد وحضر آخر في نفس المجلس وشهد بعد إعادة الصيغة عليه، صحت شهادتهما، وهذا يتفق مع المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري -على ما يبدو- التي تشترط اتحاد المجلس دون اتحاد زمن شهادة الشهود. لكن لا يصح أن يشهد أحدهما على الإيجاب والآخر على القبول، بل على الإيجاب والقبول كليهما، وفي نفس المجلس.

2-**العقد بين غائبين:** فإذا كان طرفا العقد غائبين، فهل يمكن أن يتحقق شرط اتحاد المجلس، وعندئذ كيف يؤدي الشهود وظيفتهم؟

أجاز الفقهاء إبرام العقد بين غائبين[33]، كأن يكون أحد العاقدين في بلد والآخر في بلد غيره، ويتعاقدان بالرسالة أو يكون بينهما رسول، وفي هذه الحالة يكون مجلس العقد الذي يجب على الشاهدين حضوره هو المجلس الذي تم فيه علمهما بمضمون الرسالة أو خطاب الرسول (وهذا هو مجلس الإيجاب)، وعلمهما بالقبول من طرف المرسل إليه (وهو الزوج الآخر)، فلا بد أن يسمع الشهود ما في الكتاب أو رسالة الرسول ثم يسمعوا القبول ليكونوا قد سمعوا شطري العقد وشهدوا الإيجاب والقبول[34] معا.

ويقاس على الرسالة والرسول الوسائل الحديثة التي يتواصل بها الناس، كالهاتف والفاكس[35]، وجميع وسائل التواصل الإجتماعي عبر شبكة الإنترنت.

ثالثا: من حيث الإعلان بها

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز نكاح السر[36]، وهو النكاح الذي خلا من الشهود، واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان، هل هو سر أو ليس بسر؟

فمن جعل الشهادة شرط صحة، أجاز أن يكون عقد الزواج سرا، ولو تواطأ الأطراف على كتمانه، فيصح العقد مع الكراهة، وممن قال بذلك الحنابلة[37]، وأبو حنيفة والشافعي، حيث أن الشارع باشتراطه الشهادة قد رسم طريق الإعلان، وبحضور الشاهدين مع العاقدين يتحقق معنى الجهر والإعلان[38].

وقال مالك هو سر ويفسخ، لأن الشهادة من باب التوثق وسد ذريعة الإختلاف والإنكار، فوجب فيها عدم الكتمان، ولأن الشهادة –أيضا– لا تتضمن الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتمان[39]، ومشهور مذهب مالك أن الإعلان هو الغاية والشهادة هي الوسيلة لذلك، فإذا تخلفت الغاية فلا إعتبار

للوسيلة، بل إن المروي عن مالك أن إعلان الزواج هو الأصل والغاية من الشهادة أو غيرها، ودليل المالكية حديث " أعلنوا النكاح"[40]، وهذا ما جعل البعض[41] يقول بأن الشرط عند المالكية هو الإعلان وليس الشهادة، فلو تحقق الإعلان فلا حاجة للشهادة.

أما المشرع الجزائري فواضح من خلال المادة 09 مكرر والمادة 18، أنه يكتفي بإجراء العقد أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وأن توثيقه بهذه الصورة كاف وحده للقول بصحته دون حاجة للإعلان، بل ولو تواطأ الجميع على كتمانه، وهذا هو عين مذهب الجمهور بخلاف المالكية.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالشاهد.

أحال المشرع بخصوص إجراءات تسجيل عقد الزواج إلى قانون الحالة المدنية رقم 20/70[42] المعدل والمتمم، وهذا واضح من نص المادة 21(ق.أ)، وفيما سوى ذلك فيخضع لأحكام المادة 222(ق.أ)، وفيما يلي توضيح ذلك:

أولا:الشروط المتعلقة بالأهلية.

1- **الإسلام:** وهذا إذا كان كل من الزوجين مسلمين، فإن كانت المرأة كتابية، جاز أن يكون الشهود من غير المسلمين[43]عند الأحناف، ولا يصح عند غيرهم لأن الزوج مسلم، ولابد أن يظهر ويعلن الزواج في أوساط المسلمين[44]، وسبب الخلاف هو هل المعتبر في الشهادة هو الزوج أو الزوجة، فمن قال إن الشهود يشهدون على الزوج، والزوج لا يكون إلا مسلما، قال بعدم جواز شهادة غير المسلمين، ومن قال عكس ذلك أجاز شهادة غير المسلمين على بعضهم البعض[45].

أما المشرع الجزائري وإن كان لم يشر إلى هذه المسألة لا في قانون الحالة المدنية ولا في قانون الأسرة، فإن الواجب هو الرجوع إلى نصوص

الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء، وهذا بناءا على نص المادة 222 (ق.أ).

2- **البلوغ:** هذا الشرط مبني على أساس أن الشهادة كالولاية من حيث نفاذ القول على الغير، ومعلوم أنه لا ولاية للصبي على نفسه، فعلى غيره إذن أولى[46]، وهذا الشرط متفق عليه بين جميع الفقهاء.

أما المشرع الجزائري فلم يكتف كما هو معتاد من اشتراطه بلوغ سن الرشد، فنجده بخصوص الشهادة قد أوجب أن يكون الشاهد بالغا من العمر 21 سنة، وهذا ما جاء في المادة 33 من قانون الحالة المدنية.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نص في المادة 153 على جواز سماع شهادة القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الإستدلال.

3- **العقل:** إذ يجب أن يدرك الشهود عبارات الإيجاب والقبول الصادرة من العاقدين، وأنهما يريدان إبرام عقد زواج، وهذ لا يتصور أن يحصل من مجنون ولا نائم ولا سكران[47]، كما لا يحصل من شخص لا يفهم لغة المتعاقدين[48]، غير أن الأحناف يرون عدم اشتراط فهم الشهود معنى اللفظ بخصوصه، وإنما يشترط أن يعلموا أن هذا اللفظ ينعقد به النكاح.

4- **العدالة:** إختلف أصحاب المذاهب الفقهية في اعتبار العدالة في شهود النكاح، فممّن اعتبرها مالك والشافعي وأحمد، وممّن لم يعتبرها أبو حنيفة[49]، وإنما اشترطها من اشترطها لثبوتها بالنص أولا[50]، ثم لأن الشهادة من باب الكرامة، والفاسق من أهل الإهانة، كما أن الشهادة الغرض منها هو صون العقد عن التجاحد، والعقد لا يثبت بشهادة الفاسق، فكذلك لا يصح بها، بينما يصح عند أبي حنيفة أن يشهد الفاسق كما تصح ولايته، كما أن الفاسق مردود الشهادة عند الأداء لوجود التهمة أثناء التجاحد، ولا تهمة عند إبرام العقد[51]، وأيضا لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط، بينما يرى

المخالفون بأن الشهادة تتضمن معنى الإعلان والقبول معا[52](أي عند الأداء، لأن الفاسق لا تقبل شهادته).

5- **الحرية:** إذ لا تصح عند الفقهاء جميعا شهادة العبد، لأنه مثل الصبي من حيث عدم ولايته على نفسه، فمن باب أولى ألا يكون وليا على غيره.

ثانيا:الشروط الأخرى.

1- **الجنس:** يرى البعض جواز شهادة رجل وامرأتين، وهذا –كما نقل الشوكاني– مذهب أحمد وإسحاق[53]، بل إن الذكورة شرط عند الجمهور غير الحنفية[54]، إذ لا يشترط وصف الذكورة عند الحنفية فيصح –عندهم– العقد بحضور رجل وامرأتين[55]. لكن لا يصح بالمرأتين وحدهما بل لا بد من وجود رجل معهما[56]، ويفهم من ذلك أن الأحناف لا يجيزون شهادة النساء وحدهن ولو كن أكثر من أربعة.

أما المشرع الجزائري فيثار التساؤل بشأن مدى جواز شهادة النساء من عدمها؟ فبالرجوع إلى نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية، الذي أحال إليه المشرع بخصوص تسجيل عقد الزواج، نجد بأن المشرع كان واضحا بخصوص هذه المسألة، حيث ألغى التمييز في الشهادة بين الذكور والإناث بقوله :" دون ميز فيما يخص الجنس"، وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء.

لكن إذا استندنا إلى نص المادة 9 مكرر، نجد أنها ذكرت الشهود بصيغة التذكير"شاهدين"، ولوشاء المشرع لأضاف عبارة أخرى لإشراك النساء في الشهادة، ولكنه لم يفعل، مما يعني بأنه إعتمد في هذا الشأن مذهب الجمهور في اشتراطهم الذكورة في الشهود، وهذا الرأي الذي ذكرناه هو الذي تبنته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1989/01/02.

2- **العدد:** اتفق الفقهاء على عدم جواز شهادة فرد واحد، لصراحة النصوص الواردة بهذا الشأن[57]، فإذا شهد رجلان صح العقد عند الجميع لتحقق شرط التعدد في الشهود، وإن شهد رجل وامرأة واحدة، لم تصح الشهادة عند الجميع، فإن شهد رجل وامرأتان فقد تحقق شرط التعدد عند الأحناف دون سواهم، ولكن لا يحصل التعدد عند الأحناف بشهادة النساء وحدهن ولو كثر عددهن[58]، وعلة ذلك أن المرأة المسلمة لا تغشى المجالس والمحافل[59].

وقد يوجد العدد المطلوب من الشهود ولكن لم تتوفر فيهم بعض الشروط، كشرط العدالة عند من يوجبها، فيؤدي هذا إلى نقصان نصاب الشهادة، ويرى المالكية أنه إذا لم يوجد العدول يلزم الإكثار من عدد الشهود كالثلاثين والأربعين[60].

أما المشرع الجزائري فواضح من نص المادة 9 مكرر أنه يشترط التعدد، حيث أتى بلفظة " شاهدان"، وهي صيغة المثنى، والمقصود بها الإكتفاء بشهادة شخصين اثنين ولو حضر أكثر من إثنين.

3- **القرابة:** ينعقد النكاح – في الصحيح عند الشافعية- بشهادة إبني الزوجين أو إبني أحدهما، ولكن لا يثبت به النكاح –كما يقول الأحناف–[61]، عند التجاحد لأن فيه شهادة الفرع لأصله وهي غير مقبولة[62]. واشترط الحنابلة ألا يكون الشاهد أصلا ولا فرعا لأحد الزوجين[63]، أما المالكية فيرون أنه إذا تحقق الإعلان والفشو أغنى هذا عن الشهادة نفسها، فلا يهم إن شهد ذوو القربى أو غيرهم.

بينما نجد بأن المشرع الجزائري قد أجاز في قانون الحالة المدنية أن يكون الشهود من أقارب أحد الزوجين أو كليهما[64]، بينما نجده ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 153 وتقابلها المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية القديم، على جواز شهادة الأقارب دون الفروع في قضايا الحالة والطلاق.

4- **الحواس:** إذا كان الإتفاق قد حصل بخصوص العقل باعتباره آلة الإدراك والتمييز، فإن الخلاف قائم بخصوص سلامة حاستي السمع والبصر، و حاسة النطق.

والصحيح أن سلامة الحواس غير معتبرة، مادامت الجهالة منتفية، فيكفي أن يعرف الأصم والأعمى أن فلانا بعينه قد تزوج فلانة بعينها على مهر قدره كذا وكذا، ومع هذا فقد حصل الخلاف بشأن بعض المسائل.

يرى الأحناف أن الأصم لا يصلح شاهدا في النكاح[65]، بينما يصح العقد عندهم بشهادة الأعمى[66]، وهذا هو عينه مذهب الجمهور، إذ لا يعد البصر شرطا في الشاهد عندهم، إذ تصح شهادة الأعمى إذا سمع كلام العاقدين وميز صوتهما[67]، بينما ذهب الحنابلة إلى القول بأن الشاهد يجب أن يكون سميعا بصيرا، أي أنه لا تصح عندهم شهادة الأصم والأعمى[68].

وينعقد النكاح بشهادة الأخرس وفاقد النطق إذا كان يسمع ويفهم كلام العاقدين[69]، وقال آخرون لا ينعقد، والذي نعتقد صحته أن عدم النطق ليس شرطا في الشهادة عند تحملها، إذ لا تؤثر على نشوء العقد وصحته، أما عند أدائها فربما يكون لهذا الشرط معنى، لأن الشاهد عند أداء الشهادة بحاجة إلى الكلام، والخطاب أقوى في الدلالة من الإشارة والكتاب.

5- **ألا يجمع بين صفتين في العقد:** يجب على الشاهد حتى تصح شهادته أن يقتصر حضوره العقد لأداء وظيفة الشاهد فقط، فإن

حضر بوصفه شاهدا ووليا، لم تصح شهادته، إذ لا تصح شهادة المتعين للولاية[70]،إلا إذا كان حضوره بوصفه وليا ليس واجبا، كما لو كانت المرأة راشدة، فتستطيع أن تزوج نفسها عند الأحناف، فإذا زوجها وليها أعتبر وكيلا عنها[71]، فإذا حضر الوكيل مع الأصيل انتقلت عبارة الوكيل إليه، واعتبر هو(أي الأصيل) المباشر للعقد، واعتبر الوكيل بمثابة شاهد، وصورة هذه المسألة تتحقق أيضا لو وكل الولي غيره في تزويج ابنته بحضوره[72].

أما المشرع الجزائري فيكتنفه الغموض بخصوص مسألة وجوب الولي من عدمه، بسبب تضارب عبارات المادة 1/11 والمادة 3/32 من قانون الأسرة الجزائري، فعلى القول بعدم وجوب الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، يكون المشرع الجزائري متوافقا مع مذهب الأحناف، وبالتالي يمكن للولي أن يصبح شاهدا بالصورة السابقة.

كما تصح الشهادة – أيضا– إذا كان أحد الشهود إماما أجرى العقد للطرفين، بحضور شاهد آخر.

المطلب الثاني: الأثار المترتبة عن الشهادة.

الفرع الأول: الأثار المترتبة على الشهادة الصحيحة.

إذا كانت الشهادة صحيحة مستوفية لشروطها، وجامعة لأوصافها، ترتب على ذلك صحة عقد الزواج، ما دامت بقية الشروط والأركان قائمة، وبالتالي تنشأ جميع الآثار التي يرتبها العقد، من استحقاق كامل المهر ما لم يكن مؤجلا ووجوب النفقة على الزوجة والولد، وثبوت النسب بشروطه، وبقية الحقوق والواجبات..

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على الشهادة غير الصحيحة.

إذا حصل خلل في الشهادة أو تم إبرام العقد بدون شهود، فالأمر سواء، حيث يؤدي هذا إلى نشوء المسؤولية المدنية والجنائية.

أولا: المسؤولية المدنية

1-الموقف الفقهي:

أ- **موقف جمهور الفقهاء:** إذا اختل شرط الشهادة أثناء العقد كان الزواج فاسدا، ووجب على الزوجين الإفتراق وإلا فرق بينهما القاضي، سواء قبل الدخول أو بعده، أما من حيث الأثار فلا بد من التفريق بين حالة الدخول بالزوجة وحالة عدم الدخول بها:

- **قبل الدخول:** إن فساد شرط الشهادة قبل الدخول لا يترتب عليه أي أثر، فلا عدة على المرأة ولا مهر لها، ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان إذا توفي أحدهما.
- **بعد الدخول:** إذا دخل الزوج بزوجته فهنا تترتب جملة من الأثار ، وهي وجوب العدة على الزوجة، وثبوت حقها في المهر، وثبوت النسب للوالد، ونشوء حرمة المصاهرة بين الزوجين[73].

ب- **موقف المالكية:**

- **قبل الدخول:** يرى المالكية بأن عدم الإشهاد أثناء العقد لا يفسد النكاح، وبالتالي يستمر الزواج قائما إلى حين العقد، وبالتالي يمكن أن تنشأ بعض الأثار إن إنتهت الرابطة الزوجية بوفاة أو طلاق، بحيث يثبت للمرأة نصف الصداق، ويتوارث الزوجان.
- **بعد الدخول:** بينما عدم الإشهاد بعد الدخول يؤدي إلى فساد الزواج، وبالتالي وجب التفريق بين الزوجين بطلقة بائنة[74]، لكون العقد صحيحا. أما

من حيث الآثار فيثبت بالدخول وجوب المهر وثبوت النسب والحق في التوارث وحرمة المصاهرة.

الموقف القانوني:

عالج المشرع الجزائري مسألة تخلف شرط الشهادة في المادة 2/33 من قانون الأسرة ، حيث فرق بين صورتين:

- **قبل الدخول:** إن تبين تخلف شرط الشهادة قبل الدخول اعتبر الزواج فاسدا وبالتالي وجب فسخه، ولا يترتب على فسخه أي أثر لعدم صحة العقد.
- **بعد الدخول:** إن تبين بعد الدخول بأن العقد قد أبرم بغير شهود، فإن المشرع الجزائري يرى أن الدخول يصحح العقد، وبالتالي يستمر الزواج صحيحا ومنتجا لجميع أثاره، فتستحق المرأة كامل مهرها، وحقها في النفقة، وتنشأ حرمة المصاهرة بينهما، وكذا ثبوت النسب والحق في التوارث عند الوفاة.

ثانيا: المسؤولية الجنائية.

السؤال المطروح هنا، هو هل بالإمكان قيام المسؤولية الجنائية عند تخلف شرط الشهادة؟

في الحقيقة لا تقوم المسؤولية الجنائية بسبب تخلف شرط الشهادة، سواء بعدم حضور الشهود عقد الزواج، أو أنهم حضروا ولكن لم يتوفر فيهم شرط أو أكثر من شروط الشهادة، ولكن يمكن أن يكون الشاهد مسؤولا مسؤولية جنائية في الفقه الإسلامي، **كما لو** تواطأ أطراف العقد مع الشهود على كتمانه، حيث نقل ابن عرفة عن ابن وهب أنه يعاقب الشاهد العامد بشرط الدخول بالمرأة[75]، فإن لم يحصل دخول فلا يعاقب الجميع.

الخاتمة:

رغم أن الشهادة ذات دور مزدوج، فإن إعتبارها شرطا موضوعيا هو الواجب في الإعتبار، لأنه أسبق في وجوده لكونه يدخل في مرحلة إنشاء العقد، بينما وظيفتها الإجرائية متأخرة لأنها تكون بعد نشأة العقد. ومن ناحية أخرى فإن الشهادة كشرط موضوعي أهم من الناحية الوظيفية، لذا كان الأولوية في مراعاة الشروط الشرعية المتعلقة بها، وهذا ما جعل المحكمة العليا تقرر شرط الذكورة في الشاهد، إستنادا لمذهب جمهور الفقهاء، وهذا على خلاف ما يقرره القانون للشهادة بالنظر إلى وظيفتها الإجرائية.

لذا على المشرع أن لا يترك المجال للتفسير والتأويل بشأن أحكام الشهادة، بل لابد أن يَفصِل ويُفصّل في قواعدها، وخاصة الشروط الواجب توفرها فيها هي نفسها أو في الشاهد، وعلى سبيل المثال ما يتعلق بأهلية الشاهد وما هو السن القانوني الواجب توفره فيه.

الهوامش:

[1]- قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـــ 09 فبراير 1984 ، المعدل بالأمر رقم 02/05، مؤرخ في 08 محرم 1426، الموافق لـــ 27 فبراير 2005.

[2]- عبد الله بن محمد الزبن، معنى الشهادة في اللغة وفي إصطلاح الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، عدد 20، سنة 1407هـــ، ص 219.

[3]- أنظر في هذه التعريفات الفقهية وغيرها: أحمد الحصري، علم القضاء (أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي)، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة 1، سنة 1986، ج 1 ، ص ص 65 – 69.

[4]- سورة البقرة، الآية 282.

[5]- سورة الطلاق، الآية 2.

[6]- سورة النساء، الآية 6.

[7]- رواه الترمذي في السنن.

[8]- رواه إبن حبان في صحيحه.

[9]- رواه البيهقي في السنن الكبرى.

[10]- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار دار إبن حزم، الجزائر، ط1، سنة 2000، ص1260.

[11]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الشريفة، الجزائر، سنة 1989، ج2، ص 17.

[12]- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت ، لبنان،ج1،ص61.

– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، سنة 1992، ص 71.

[13]- ابن رشد ، مرجع سابق،ج2، ص 17.

[14]- ابن رشد، مرجع سابق، ص2 ، ص 17.

[15]- الشوكاني مرجع سابق، ص 1260.

[16]- صالح عبد السميع الآبي، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، طبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، سنة 1987، ص 436.

[17]- بدران أبو العينين ، مرجع سابق، ص 63.

[18]- أحمد محمد عساف، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ج2، ص 297.

[19]- أحمد محمد عساف ، مرجع سابق، ص 297.

[20]- نفس المرجع ، ص 297.

[21]- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، جمهورية مصر، ص.ص 52-54.

[22]- صالح عبد السميع الآبي، مرجع سابق، ص 437.

[23]- محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، ط 2، سنة 2000، ص 285.

[24]- نفس المرجع، ص 286.

[25]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. ص 52-54.

[26]- محمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص 56.

[27]. أنظر في المعنى: محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 55.

[28]- أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج2، ص 137.

[29]- قرار رقم 37501، صادر بتاريخ 1985/09/23، عن المجلس الأعلى، م ق عدد، ص 95.

[30]- ذكر المشرع الجزائري إتحاد المجلس صراحة في المادة 6 من قانون الأسرة، وضمنا في المادة 18.

[31]- بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 66.

[32]- الشوكاني، مرجع سابق، ص 1260.

[33]- أنظر: محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2006، ص 47.

[34]- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، دار القلم، مملكة الكويت، ط2، سنة 1990، ص 22.

[35]- أنظر: محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 48.

[36]- ابن رشد، مرجع سابق، ص 17.

[37]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ج7 ، ص 71.

[38]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 52.

[39]- ابن رشد، مرجع سابق، ص 17.

[40]- الحديث رواه أحمد وصححه الحاكم عن عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه (ض).أنظر : محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، سنة 1996،ج3، ص 184.

[41]- بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 63.

محمد أبو زهرة، مرحع سابق، ص 53.

[42]- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 139 الموافق 19 فيفري سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

[43]- محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص44.

[44]- في المعنى وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 76.

[45]- أنظر في المعنى: بدران أبو العينين ، مرجع سابق، ص 46 و65.

[46]- في المعنى: محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 44.

بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 64.

[47]- في المعنى: محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص44.

[48]- في المعنى: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 77.

[49]- الشوكاني، مرجع سابق، ص 1260.

– بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 66.

[50]- "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" رواه ابن حبان في صحيحه.

[51]- في المعنى: محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 44 و45.

أنظر أيضا: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 66

[52]- ابن رشد، مرجع سابق، ص 17.

[53]- الشوكاني، مرجع سابق ، ص 1260.

[54]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 74.

[55]- محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 44.

[56]- أحمد محمد عساف، مرجع سابق،ص 298.

[57]- منها " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" سبق تخريجه.

[58]- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 65.

[59]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 54.

[60]- صالح عبد السميع الأبي، مرجع سابق، ص 437.

- علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة إبن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، ج1، ص 35.

[61]- أحمد محمد عساف، مرجع سابق، ص 299.

[62]- محمد زيد الأبياني، مرجع سابق ، ص 45.

[63]- أحمد محمد عساف، مرجع سابق ، ص 301.

[64]- المادة 33 من قانون الحالة المدنية.

[65]- محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 46.

[66]- بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 67.

[67]- أحمد محمد عساف، مرجع سابق ، ص 299.

[68]- نفس المرجع ، ص300.

[69]- نفس المرجع ، ص 298.

[70]- نفس المرجع ، ص 299.

[71]- محمد زيد الأبياني، مرجع سابق ، ص 46.

[72]- أنظر تفصيل ذلك في: بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 65- 68.

[73]- في المعنى: عبد الوهاب خلاف ص ص، 39- 40.

[74]- محمد محدة، مرجع سابق ، ص 290.

[75]- أنظر: أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 106.