

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



عنوان المذكرة

الإشهاد في الزواج

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذة:

- فريدة حايد

إعداد الطالبين:

- عبد العزيز بوعرة

- عبد الرحيم جعيوط

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ/ كمال راشد	أستاذ محاضر / أ	جيجل	رئيسا
أ/ فريدة حايد	أستاذة محاضرة / أ	جيجل	مشرفا ومقررا
أ/ سهيلة بوزبرة	أستاذة محاضرة / أ	جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية: 2019/2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد لله عزّ وجلّ الذي منحنا القدرة والعزيمة

لإتمام هذه المذكرة

نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة :

فريدة حايد

التي لم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها ومساعدتها لنا

في إتمام هذا البحث من بدايته إلى نهايته وإخراجه في أحسن صورة .

وأخيرا نتقدم بأسمى عبارات الاحترام والتقدير

لكل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

قائمة المختصرات:

- د ط: دون طبعة.
- د ب ن: دون بلد نشر.
- د س ن: دون سنة نشر.
- ج : جزء.
- ص : صفحة.
- م ع : محكمة عليا.
- غ أ ش م: غرفة الأحوال الشخصية و المواريث.

مقدمة

نظرا لعظم مكانة عقد الزواج في الإسلام وخطورته باعتباره وسيلة بناء اللبنة الأولى للمجتمع، فقد كانت عناية الله عز وجل به كبيرة، فتولى الشارع الحكيم رعايته بتفصيل قواعده وتحديد أحكامه منذ التفكير فيه إلى إتمامه، ولم يترك للناس يقيمون قواعده وأصوله ونظمه .

ولما كان لعقد الزواج هذه المنزلة والمكانة في الشريعة الإسلامية والقانون تميز عن سائر العقود الأخرى بأن جعله كل من الشرع والقانون لا يكفي لانعقاده الرضائية فقط بل لابد له من أركان و شروط حتى يتم صحيحا، ومن هذه الشروط الإشهاد الذي يعمل على حفظ حق الزوجين من الإنكار ومنع الظنون والشبهات وإخراج الزواج من السر إلى العلن، و هذا ما جعلنا نختار الإشهاد في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري موضوعا لمذكرتنا.

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث من زوايا عدة هي :

-تعلق موضوع البحث بأقدس وأرقى العقود ألا وهو عقد الزواج الذي له خطره القانوني والاجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية، وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين ولا يكون ذلك إلا بالإشهاد عليه، خاصة مع انتشار ظاهرة العلاقات غير الشرعية القائمة خارج إطار الزواج.

-إن موضوع الإشهاد في الزواج من الموضوعات المتجددة باستمرار ويرجع ذلك إلى ظهور صور مستحدثة للزواج تكون أقرب ما يكون إلى زواج السر، وهذا ما يستوجب تسليط الضوء على شرط الإشهاد فيها.

أسباب اختيار الموضوع :

اخترنا أن يكون موضوع بحثنا "الإشهاد في الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري" لسببين اثنين :

أحدهما ذاتي : يتمثل في رغبتنا في الجمع بين الجانب الشرعي والقانوني لموضوع الإشهاد في الزواج في بحث واحد، ووضعها بين أيدي طلبة القانون وضباط الحالة المدنية والموثقين المكلفين بإبرام عقود الزواج حتى يتحقق معنى الإشهاد في الزواج.

والآخر موضوعي : يعود للأهمية التي يكتسبها موضوع مذكرتنا السابق ذكرها، وعدم اهتمام الباحثين والمؤلفين بموضوع الإشهاد في الزواج مقارنة بأركان وشروط عقد الزواج الأخرى، وكذلك للتعرف على مدى التقارب أو التباعد بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري فيما يتعلق بموضوع مذكرتنا.

أهداف البحث :

تتمثل أهداف البحث في :

-محاولة وضع لبنة جديدة في البحث العلمي في مجال الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

-تحديد مفهوم الإشهاد في الزواج وأصل اشتراطه في الفقه الإسلامي واختيارات المشرع الجزائري.

-تسليط الضوء على الأحكام التي أغفلها المشرع الجزائري مقارنة بما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية.

-بيان أثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا.

-المساهمة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية في مجال الأحوال الشخصية.

إشكالية البحث :

تولى المشرع تنظيم الزواج في قانون الأسرة حيث نص على أركان يجب توفرها في عقد الزواج حتى ينعقد صحيحا و من بين هذه الأركان الإشهاد، لكنه اعطى تكييفا آخر للإشهاد بعد تعديله لقانون الأسرة و هذا ما أدى بنا الى وضع الاشكالية التالية:

هل وفق المشرع الجزائري في تغيير تكييفه للإشهاد في الزواج؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية :

-ما مفهوم الشهادة وما هي أهميتها في الزواج؟

-ما هي أقوال الفقهاء في اشتراط الإشهاد في الزواج ؟

-ما هي الشروط الواجب توافرها في الشهود؟

-على ماذا يشهد الشهود في عقد الزواج ؟

-وما هو أثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا ؟

منهج البحث :

من أجل إعطاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة استدعت طبيعة هذه الدراسة المقارنة استخدام عدة مناهج منها المنهج المقارن كأساس في الدراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وذلك بغرض الوصول إلى الأولى بالتطبيق واختيارات المشرع الجزائري إلى جانب استخدام المنهج التحليلي كأساس لمعرفة مضمون وعمق النصوص القانونية ومناقشته، كما استعنا بالمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية للإشهاد في الزواج وأنواعه شرعا وقانونا.

الصعوبات :

من أهم الصعوبات التي واجهتنا :

-إمكانية تناول موضوع الدراسة بأكثر من طريقة ومن عدة زوايا وهذا ما جعلنا نعيد النظر في جوانب الدراسة أكثر من مرة كلما تعمقنا أكثر في القراءة والبحث و تجمعت لدينا مادة علمية جديدة.

-قلة المراجع المتخصصة التي تناولت موضوع الدراسة خاصة القانونية منها.

خطة البحث :

قسمنا بحثنا إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية الإشهاد في الزواج حيث تطرقنا لمفهوم الإشهاد في المبحث الأول، والتكييف الشرعي و القانوني للإشهاد في الزواج في المبحث الثاني، أما الفصل الثاني فتناولنا فيه أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا، فتطرقنا لمحل وشروط الإشهاد في عقد الزواج في المبحث الأول، وأثر تخلف الإشهاد شرعا وقانونا في المبحث الثاني .

الفصل الأول:

ماهية الإِشهاد في الزواج

الفصل الأول ماهية الإشهاد في الزواج .

إن موضوع الإشهاد ذو أهمية كبيرة لاعتبارات كثيرة لذا تناوله الفقهاء في أغلب أبواب الفقه ومن أهم هذه الأبواب باب النكاح، فقد أولى الفقهاء للإشهاد في الزواج جانبا من الإهتمام وذلك من أجل إظهار أمره بين الناس ودفع التهمة عن الزوجين وكذا الاحتياط لإثباته، حيث أجمع جمهور الفقهاء على اشتراط الإشهاد في الزواج على الرغم من إختلافهم فيما بعد حول تكييفه الشرعي، وعلى خطى فقهاء الشريعة الإسلامية تناول المشرع الجزائري مسألة الإشهاد في الزواج سواء في قانون الأسرة لكن باقتضاب شديد.

ويأتي هذا الفصل لتسليط الضوء على مفهوم الشهادة في المبحث الأول، وعلى تكييف الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا في المبحث الثاني .

المبحث الأول : مفهوم الإِشهاد في الزواج.

من أجل تقديم مفهوم واضح للإِشهاد في الزواج، وجب علينا أولاً التعريف بالإِشهاد أو الشهادة و ذكر دليل مشروعيتها و أنواعها و ذلك في المطلب الأول، و بعدها سنتطرق الى الحكمة من تشريع الإِشهاد في الزواج في المطلب الثاني.

المطلب الأول : التعريف بالإِشهاد.

اعتنى الفقهاء و اللغويون و القانونيون بالشهادة من حيث مبناها و فحواها اعتناء تاماً، فكان لكل واحد منهم تعريفات خاصة للشهادة، لهذا سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الشهادة في اللغة و في الاصطلاحين الفقهي و القانوني، أما الفرع الثاني فسننتظر فيه الى دليل مشروعية الشهادة، أما الفرع الثالث فخصصناه لأنواع شهادة الشهود.

الفرع الأول: تعريف الشهادة.

سنتناول في هذا الفرع تعريف الشهادة في اللغة، وفي الاصطلاحين الفقهي و القانوني.

أولاً: تعريف الشهادة لغة.

الشهادة مصدر مشتق من الفعل شَهِدَ فهو شَاهِدٌ وشَهِيدٌ، وشُهُودٌ و أشهاد و الجمع شهداء¹، و تأتي الشهادة في اللغة بعدة معان منها:

- الخبر: فالشهادة خبر قاطع²، فشهد بمعنى أخبر.

¹ - أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج7، ط2، دار المعارف، القاهرة، ص324.

² - ابن منظور، لسان العرب، ج3، ط3، دار صادر، بيروت، 1993، ص339.

المعاينة و الاطلاع : و هما بمعنى واحد تقريبا¹، ويقال شهدت الشيء أي اطلعت عليه وعاینته.

- الإدراك و العلم : يقال شهدت العيد أي أدركته².

و شهد الشاهد عند القاضي أي بين و أظهر ما عنده.

ثانيا : تعريف الشهادة إصطلاحا.

المعنى الاصطلاحى للشهادة مشتق من المعنى اللغوي، فالإنسان لا يؤدي الشهادة إلا إذا عاين المشهود به و حضره و تأكد من الخبر يقينا، و تبعا لذلك فقد اختلف الفقهاء في تعريف الشهادة و الأمر كذلك بالنسبة لشرح القانون.

1. تعريف الشهادة في الاصطلاح الفقهي:

عرفها فقهاء المذاهب الأربعة (الحنفي، المالكي، الحنبلي و الشافعي) بعدة تعريفات نذكر منها:

أ- تعريف الحنفية: هي: " إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"³.

ب- تعريف المالكية: هي: "قول يوجب على الحاكم سماعه للحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه"⁴ .

1 - أحمد بن محمد الفيومي، المرجع السابق، ص324.

2- المرجع نفسه، ص324.

3 - كمال الدين محمد ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص364.

4- أبو عبد الله محمد الخرشى، شرح مختصر خليل مع حاشية العدوي، ج7، ط2، مطبعة الأميرية، مصر، 1990، ص175 .

و عرفت كذلك بأنها : " إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر علم ليحكم بمقتضاه"¹.

ج- تعريف الحنابلة: هي : "الإخبار بما علمه بلفظ خاص"².

د- تعريف الشافعية: هي: " إخبار بحق لغيره على غيره بلفظ مخصوص"³.

فمن التعاريف السابق ذكرها تظهر علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاح الشرعي، فالشهادة مشتقة من المشاهدة و هي المعاينة، و من الشهود و هم الحضور، لأن الشاهد يحضر حين تحمل الشهادة و عند أدائها في مجلس القضاء⁴، و عليه فالشهادة في الفقه الاسلامي هي: " اخبار الشاهد لإثبات حق لغيره على غيره في مجلس القضاء بألفاظ مخصوصة".

غير أن الشهادة في عقد الزواج ليست إخبارا فقط و إنما هي تحمل ابتداء لصحة العقد، ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة، فلا تكون الشهادة ملزمة بدون القضاء، و عليه فالشهادة على عقد النكاح جمعت بين كثير من المعاني السابقة كالحضور و المعاينة، ثم الأداء أمام القاضي إن لزم الأمر⁵.

¹-أبو العباس أحمد الصاوي، حاشية الصاوي على شرح الصغير، ج 4، د ط، دار المعارف، د س ن. ص 138.

²-منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ط1، مطبعة عالم الكتب، بيروت، 1997، ص349.

³- ابراهيم البيجوري، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي، ج2، ط2، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص658.

⁴-قاسم بن عبد الله القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص87.

⁵-عبد الناصر حمزة، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة معدة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص100.

ثالثا: تعرف الشهادة في الإصطلاح القانوني:

لم يرد في التشريع الجزائري سواء في القانون المدني أو في قانون الاجراءات المدنية و الادارية أو في قانون الأسرة تعريف للشهادة على غرار التشريعات العربية المقارنة، إذ اكتفت معظمها بتنظيم وتحديد مجالها وشروط قبولها وحجيتها وإجراءاتها، تاركة في ذلك المجال مفتوحا للاجتهاد القضائي و شراح القانون الذين نادرا ما تناولوا تعريف الشهادة، و من عرفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف فقهاء الشريعة إن لم يكن مقتبسا منهم¹.

عرفت بأنها: " إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره"²، و قيل هي: " أن ينقل الشاهد أمام مجلس القضاء وقائع عرفها معرفة الشخصية إما لأنه رآها بعينه، أو سمعها بأذنه، أو رآها و سمعها"³، و عرفت كذلك بأنها: " اثبات واقعة معينة من حلال ما يقوله أحد الاشخاص عما شهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة مباشرة"⁴.

فمن التعريفات السابقة للشهادة في الاصطلاح القانوني يمكن القول ان الشهادة هي: " هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء عن واقعة صدرت من شخص يترتب عليها حق لشخص آخر، سواء شاهدها هو بنفسه أو نقل الخبر عن الغير الذي شاهد الواقعة محل الإثبات"، غير ان هذه التعريف لا تصلح لتكون تعريفا للشهادة في الزواج لأن الشهادة في الزواج كما قلنا سابقا ليست اخبارا أو اداء لها في مجلس القضاء بل هي تحمل ابتداء و أداء أمام القضاء عند الحاجة، و عليه يمكن تعريف الشهادة في الزواج على أنها:

¹- أكلي زازون و أمال جبار، "الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة الجزائر، 1، ج4، العدد 31، ص21.

²- عبد المنعم فرج صده، الإثبات في المواد المدنية، ط2، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1954، ص228

³- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام، ج2، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص312.

⁴- العربي شحط عبد القادر و نبيل صقر، الإثبات في المواد الجنائية، د ط، دار الهدى، 2006، ص99.

" تحمل إبتداء لصحة الزواج في مجلس العقد، و إخبار بما رآه و سمعه أمام القضاء إذا لزم الأمر".

الفرع الثاني: مشروعية الشهادة.

ثبتت مشروعية الشهادة بالكتاب والسنة والإجماع على النحو التالي:

أولاً: القرآن الكريم

نزلت آيات عديدة حول مشروعية الشهادة ومنها:

1. قوله تعالى ﴿... وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ...﴾¹، فدللت هذه الآية على الأمر بالإشهاد مع الكتابة لزيادة التوثيق² وتسهيل الإثبات أمام القضاء.
2. قوله تعالى ﴿... وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۚ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ رِءْءَاثٌ مِّنْ قَلْبِهِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ۗ﴾³، فدللت الآية على أن الله سبحانه و تعالى نهى عن كتمان الشهادة، و النهي عن كتمانها أمر بأدائها و إقامتها، لأن النهي عن الشيء أمر بضده إذا كان له ضد واحد⁴.

ثانياً: السنة النبوية

هناك العديد من الأحاديث المروية على الرسول صلى الله عليه وسلم و منها:

1. عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: >> كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاخصمنا إلى رسول الله، فقال رسول الله شاهدك أو يمينه قلت: إنه إذا

¹- الآية 182، سورة البقرة.

²- عماد الدين اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج1، ط1، دار البيان الحديثة، القاهرة، 2004، ص398.

³- الآية 283، سورة البقرة.

⁴- حكمت محمد البسوس، الاشهاد على الطلاق و الرجعة و تطبيقاته في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2010، ص14.

يحلف ولا يبالي، فقال رسول الله " من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها
فاجر لقي الله وهو عليه غضبان">>¹.

2. عن ابن عباس رضي الله عنهما : " أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى بيمين و
شاهد"².

ثالثاً: من الإجماع

اجمعت الأمة على مشروعية الشهادة، و على أنها حجة شرعية و دليل للقضاء، و
وسيلة للإثبات، و لا خلاف بين الأمة في تعلق الحكم بالشهادة، حتى أصبحت معلومة من
الدين بالضرورة³.

و عليه فالشهادة مشروعة بالكتاب و السنة و الاجماع.

الفرع الثالث : أنواع شهادة الشهود.

لما كانت الشهادة في معناها اللغوي مشتقة من المشاهدة و هي المعاينة، و من الشهود
و هم الحضور، كان علينا التطرق إلى أنواع الشهود بعد التطرق أولاً إلى أنواع الشهادة.

أولاً: أنواع الشهادة.

تقسم الشهادة إلى ثلاث أنواع :

1-الشهادة المباشرة: الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة فيقول الشاهد ما وقع
تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة
شخصية إما لأنه رآها بعينه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع و إما لأنه رأى و

¹-البيهقي، السنن الكبرى، ج10، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، رقم(21339)، ص253.

²-مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ج3، د ط، دار احياء التراث العربي، د س ن، ص1337.

³-ابن قدامة المقدسي، المغنى، ج10، د ط، مكتبة القاهرة، مصر، 1968، ص128.

سمع¹، و هذا النوع من الشهادة هو المطلوب في الإشهاد على عقد الزواج حيث اخذ به القضاء في إثبات الزواج العرفي بحيث يدلي الشاهد في مجلس القضاء بما عاينه بنفسه مباشرة في مجلس العقد من رضا الزوجين و جود الولي و تسمية الصداق².

2- الشهادة السماعية : و تسمى في الفقه الاسلامي بالشهادة عن الشهادة و هي أن يشهد بها الشاهد نقلا عن شخص آخر، فالشاهد لا يكون قد شهد الواقعة و انما سمع بها من بها من شخص آخر، و هذه الشهادة لا يعول عليها لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر لأن الأخبار كثيرا ما تتغير عند النقل، على أن القول بعدم قبولها يجب ألا يؤخذ على اطلاقه، فاذا مات الشاهد الأصلي الذي شاهد الواقعة بنفسه أو استحال سماع شهادته لأي سبب آخر كان، فللقاضي أن يأخذ بشهادة من سمع منه مباشرة³، و قد استقر قضاء المحكمة العليا على قبول اثبات الزواج العرفي بالشهادة السماعية، حيث جاء في قرار لها ما يلي: "من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت الا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود و غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين..."⁴.

3- الشهادة بالتسامع: هي غير الشهادة السماعية، و هي شهادة بما يتسامعه الناس في شأن الواقعة و هي لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع بين الناس عن هذه الواقعة، و بصيغة أخرى فإن شهادة التسامع و لو أنها تتعلق بأمر معين الا أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهد الأمر بنفسه إذ يقول الشاهد سمعت كذا أو الناس

¹ عبد الله حاج أحمد، "إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات

الفقهية و القضائية، مجلد1، جامعة الوادي، 2015، ص135.

² -المجلة القضائية لسنة 1984، عدد1، ص64.

³ -رايح لالو، الشهادة في الإثبات الجزائي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015-2016، ص42.

⁴ - قرار رقم: 53272 بتاريخ: 1989/03/27، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد3، ص82.

يقولون كذا و كذا عن هذا الأمر دون أن يستطيع اسناد ذلك لأشخاص معينين¹، و قد اجازت الشريعة الاسلامية هذه الشهادة لا سيما في إثبات الزواج لأنها ضرورة دعت اليها المصالح و الحاجة²، هذا و قد أخذ القضاء الجزائري بالشهادة بالتسامع في اثبات الزواج العرفي حيث جاء في قرار لها مايلى: "...ان المتفق عليه فقها و قضاء ان الزواج يمكن اثباته حتى بالشهرة و التسامع وفقا لما هو مقرر شرعا و يجوز للشاهد وفق ذلك أن يشهد بالزواج و لو لم يحضر مجلس العقد متى كان ما يشهد به تسامعا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب..."³.

فما سبق ذكره يتبين أن الشهادة المعتبرة في عقد الزواج التي لا يصح إلا بها العقد هي الشهادة المباشرة التي يحضر الشهود فيها مجلس العقد، أما الشهادة السماعية و الشهادة بالتسامع فيستعملان لإثبات الزواج.

ثانيا : أنواع الشهود .

هناك أربعة أنواع من الشهود هم: شهود الإثبات وشهود النفي و شهود التعريف و شهود العدل.

1. شهود الإثبات: وهم أولئك الأشخاص الذين يصرحون أمام القاضي بأنهم شاهدوا أو سمعوا ما يدعيه الدائن في مواجهة المدين أو ما حصل بينهما من تصرف أو معاملة، يترتب عليه آثار قانونية أو مادية أو حتى معنوية⁴، و

¹- رابح لالو، المرجع السابق، ص 43.

²- عبدالله حاج أحمد، المرجع السابق، ص 136.

³- قرار رقم: 693621 بتاريخ: 2012/07/12، المجلة القضائية لسنة 2012، عدد 2، ص 272.

⁴- يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، د ط، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 50 .

شهادتهم مقبولة في إثبات الزواج العرفي سواء كانت شهادة مباشرة أو شهادة سماعية أو شهادة بالتسامح.

2. شهود النفي: يمكن لطرفي النزاع "المدعي والمدعى عليه" تقديم شهود تنفي ادعاءات الخصم، وتبين للقاضي عدم تطابق تصريحات شهود الإثبات على الواقعة محل النزاع¹، وتقدير شهادة شهود النفي يبقى متروكا للقاضي فله أن يأخذ بشهادة شهود أحد طرفي الدعوى دون الآخر أو يستبعد شهادة شهود الطرفين معا.

3. شهود التعريف: هم الشهود الذين يتم الاستعانة بهم من طرف الموثقين والقضاة وغيرهم ممن أجاز لهم القانون ذلك في حالة جهل هوية وحالة الأطراف المتعاقدة أو المتنازعة وكذا محل إقامتهم وتتحصر مهمتهم في التمكن من معرفة هوية الأشخاص.

4. شهود العدل: هم الأشخاص الذين يتم سماع شهادتهم في العقود الإحتفائية، وهم عادة من الأشخاص الذين يحسنون القراءة والكتابة والإمضاء، ويكونوا بالغين ومتمتعين بالأهلية القانونية، ويمكن سماع شهود العدل وشهود التعريف مجتمعين في عقد واحد أو حول واقعة واحدة وتكون في حالة عدم وجود هوية معروفة للأطراف وكان العقد في نفس الوقت من العقود الإحتفائية كعقد الزواج و الوصية.

¹ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 51 .

المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الإشهاد في الزواج.

لقد شرع الإشهاد في الزواج من أجل تحقيق مصالح العباد في الدنيا و الآخرة سواء للعاقدين أو للمجتمع ككل.

الفرع الاول: الحكمة من تشريع الإشهاد في الزواج بالنسبة للعاقدين.

وكون الشهادة تحقق مصلح للعاقدين، فلكونها تحميها من عدة جوانب هي:

1. في الشهادة إظهار لأمر الزواج بين الناس و دفع الظنة و التهمة عن الزوجين و بها يتميز الحلال عن الحرام، فشان الحلال الإظهار و شأن الحرام التستر عليه عادة¹، و في ذلك يقول الكاساني في تعليقه على حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم: " الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة" مايلي: " ولو لم تكن الشهادة شرطا لم تكن زانية بدونها، و لأن الحاجة مست الى دفع تهمة الزنا عنها، و لا تندفع إلا بالشهود لأنها لا تندفع إلا بظهور النكاح واشتهاره، ولا يشتهر الا بقول الشهود"².
2. إتاحة الفرصة للعاقدين للتفكير والتروي والتأني والتبصر في خطورة عقد الزواج وفي النتائج المترتبة على الأمر الذي يقدم عليه، فالشكلية التي تفرض على العاقدان ومنها شهادة الشهود تضع حدا لتسرعهما في إبرام عقد الزواج وتدفعهما إلى التأني والتروي واتخاذ القرار المناسب دون عجلة من الأمر، وبالنظر إلى الشروط التي وضعها الفقهاء للشهود والشهادة نجدها تعطي مجالا للعاقدين من للتروي، وهي محل دراسة في الفصل الثاني من بحثنا هذا.

3. هي وسيلة لإثبات عقد الزواج، فقد يجحد أحد الزوجين العقد بعد انعقاده للهروب من الآثار التي تترتب عليه كعد اعترافه بالحمل لزوجته أو التملص من مسؤولياته في

¹ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص73.

² -علاء الدين أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص394.

النفقة عليها وعلى الأولاد، كما قد تتكرر الزوجة أيضا هذا الزواج بهدف الخلاص منه، فلولا الشهادة لاستطاع أي طرف الخلاص من العقد ولشق على الطرف الآخر إثباته بوسيلة يصون بها حقوقه¹.

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الإشهاد في الزواج بالنسبة للمجتمع.

إن الشهادة تحقق مصلحة للمجتمع، في تشمل مصلحة العاقدين و مصلحة الغير، فالغير هنا يقصد به الولد الذي يكون نتاج العلاقة الزوجية، فعقد الزواج ليس كغيره من العقود تنحصر آثاره فيما بين العاقدين، بل تمتد إلى الغير وهم الأولاد، لهذا السبب أوجب الفقهاء الإشهاد في عقد الزواج حماية لحقوق الأولاد من الضياع والتشرد وفقدان هويتهم وما يترتب عن ذلك من أزمات نفسية صعبة²، كما تحقق كذلك مصلحة للأفراد الآخرين الذين يتأثرون بآثار عقد الزواج معا، وهذه المصلحة يصونها الفقه الإسلامي في عقد النكاح بصفة عامة، عن طريق إعتبار أحكامه من النظام العام والتي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، و قد وضح فقهاء الشريعة الاسلامية الاعتبارات التي أدت إلى ضرورة الإشهاد في عقد الزواج وتميزه في ذلك عن باقي العقود التي لا تحتاج إلى الإشهاد و اجملوها³:

1. -خطورة عقد النكاح وكونه سببا لبقاء النسل وسبب العفاف الحاسم للفساد

واختلاط الأنساب وسبب للمودة والمواصلة والسكون وغير ذلك من المصالح،

¹ - محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص137.

² - رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات الحلبي، لبنان، 2008، ص160.

³ - جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص128، 129.

والقاعدة أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه، ولذلك شدد الشرع في الزواج فاشتراط أموراً منها الشهادة.

2. - إن عقد النكاح أداة للخروج من الحرمة والدخول في باب التحليل، فالأصل في النساء التحريم حتى يعقد عليهن بالنكاح الصحيح، والقاعدة أن الشرع يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة.

3. - كما أن الزواج قد لا يجري في حياة الإنسان إلا مرة واحدة، فهو أمر لا تعم به البلوى، فلا مشقة على الأفراد إذا التزموا جانب التروي في انعقاده والتزموا بالأحكام الخاصة به التي أوجب الشارع مراعاتها فيه ومنها بطبيعة الحال الشهادة بخلاف عقد البيع، فالقاعدة تقضي التخفيف في كل ما عمت به البلوى و التشديد فيما لم تعم به البلوى.

و عليه فالإشهاد في الزواج ذو أهمية كبيرة في تعظيم الزواج و اظهار أمره للناس و تمييزه عن الحرام واستعماله كوسيلة للإثبات عند التخاصم

المبحث الثاني : التكيف الشرعي والقانوني للإِشهاد في الزواج .

اختلف الفقهاء في النكاح هل حكمه كحكم سائر العقود فلا تشترط الشهادة في صحته أو لابد فيه من الشهادة، فذهب القليل منهم إلى أن النكاح ينعقد صحيحا بدون شهادة حيث نظروا إلى النكاح كعقد من العقود فحسب ولم ينظروا إلى الأحاديث الواردة في اشتراط الشهادة في النكاح لأنها لا تصح عندهم، وذهب جمهور الفقهاء إلى القول باشتراط الشهادة في النكاح حيث نظروا إلى النكاح نظرة أسمى من نظرة الفريق الأول من حيث أنه عقد له خطره وأثره فيجب أن يمتاز عن سائر العقود باشتراط الشهادة فيه، لكنهم -جمهور الفقهاء- اختلفوا فيما بينهم في تكيف الشهادة في الزواج هل هي شرط في صحته؟ أو هي شرط في تمامه؟ أما بالنسبة للمشرع الجزائري سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده، فنجده قد اشترط الإِشهاد في الزواج لكنه انتقل به من مرتبة الركن إلى مرتبة الشرط.

وعليه سنتناول التكيف الشرعي للإِشهاد في الزواج في المطلب الأول، والتكيف القانوني في المطلب الثاني .

المطلب الأول : التكيف الشرعي للإِشهاد في الزواج .

يمكن إجمال أقوال الفقهاء في اشتراط الإِشهاد في الزواج في ثلاثة أقوال، الأول يعتبر الإِشهاد شرط لصحة الزواج، والثاني يرى أن الزواج يصح دون الإِشهاد عليه، والثالث يعتبر الإِشهاد شرط لنفاذ العقد، وفيما يلي تفصيل لهذه الأقوال مع ذكر أصحابها وأدلتهم.

الفرع الأول : الإِشهاد شرط صحة في الزواج.

أي أن عقد زواج المسلمين لا ينعقد إلا بحضور شاهدين ولا فرق بين حضورهما قصدا بأن حضرا وهما يقصدان أن يشهدا على عقد الزواج وحضورهما اتفاقا أي من غير أن يقصدا من أول الأمر أن يحضرا لكي يشهدا على العقد، وهذا هو ما يراه الأحناف والشافعية

وهو المشهور عن الإمام أحمد بن حنبل¹، لكن بعض فقهاء الشافعية يعدون الإِشهاد من أركان النكاح².

والركن هو ما كان جزءا من الشيء ولا يوجد ذلك الشيء إلا به، كالركوع و السجود بالنسبة الصلاة، أما شروط الصحة فهي الشروط التي بتحققها يكون العقد صحيحا و تترتب عليها أحكامه، فإذا لم تتوفر فسد العقد و كان منعقدا غير صحيح إن توفرت شروط الانعقاد دون شروط الصحة³، و تتمثل هذه الشروط في:

*الإِشهاد على العقد.

*ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء.

*ألا يكون الزواج مؤقتا.

واستدل أصحاب هذا الرأي بأحاديث متعددة وإن قيل أن بعضها ضعيف فإنها مع ذلك تصلح دليلا على وجوب الإِشهاد على عقد الزواج و ذلك لأن بعضها يقوي البعض الآخر، بالإضافة إلى أنها قد تقوت بما صح وثبت رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وإلى جانب السنة النبوية الشريفة فقد استدلوا كذلك بالآثار والعقول⁴.

1- أدلتهم من السنة:

استدل أصحاب هذا الرأي بعدة أحاديث نبوية شريفة نذكر منها:

¹-محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، د ط، د ب ن، د س ن، ص 299 .

²-حسين بن محمد المحلي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، ط1، دار القلم العربي، سوريا، 1995، ص 52.

³- بدران أبو العينين، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، بحث تحليلي و دراسة مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 54.

⁴-محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 299 .

أ- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : << لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل >>¹ وفي رواية: << لا نكاح الا بولي و شاهدي عدل >>².

ب- و قوله عليه الصلاة و السلام : << لا نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر قل أو كثر >>³.

ج- و قوله صلى الله عليه وسلم : << لا نكاح إلا بأربعة، خاطب وولي وشاهدين >>⁴.

تدل هذه الأحاديث بمنطوقها الصريح على أن وجود الشاهدين في عقد النكاح واجب يتوقف عليه صحة العقد، فقول النبي عليه الصلاة والسلام "لا نكاح" فيه دلالة واضحة على أن العقد تتوقف صحته على ما تضمنته تلك الأحاديث التي بدأت بتلك الصيغة ، ومن الأمور التي ذكرت في تلك الأحاديث الشاهدان فلا بد من وجودهما لكي يصح العقد وهذا ما تدل عليه الأحاديث بدلالة عباراتها الواضحة الصريحة⁵.

2- أدلتهم من الآثار:

استدل أصحاب هذا الرأي بآثار مروية عن عدد من الصحابة منها وما روي أيضا << أن عمر رضي الله عنه أتى له بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال >> هذا نكاح السر و لا أجزئه ولو كنت تقدمت فيه لرجمته >>⁶ أي لو كنت أدعت حكمه على عامة الناس لقمتم برجم هذين الزوجين لأنه لا يوجد عذر لهما حينئذ، ولكنني لم أذع هذا الحكم

¹-الدارقطني ، السنن ، ط1 ، ج4 ، مطبعة مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 2004 ، رقم (3553)، ص 323 .

²-البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، رقم (11719)، ص202.

³-الطبراني، المعجم الكبير ، ط2 ، ج 11 ، مطبعة ابن تيمية ، القاهرة ، رقم (11343) ، ص 155 .

⁴-البيهقي، المرجع السابق، رقم (13722)، ص 203 .

⁵-مازن مصباح، "أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد11، العدد1،

2009، ص 133.

⁶-مالك ابن أنس، الموطأ، ج1، ط3، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص 583 .

على الناس فلن أرجمهما لأنهما معذوران لجهلها بالحكم¹، فهذا يدل على أن وجود الشاهدين واجب ولذلك حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعدم إجازته لذلك العقد لعدم وجود الشهود، وقد علم بذلك الصحابة ولم ينكره عليه أحد منهم ومعلوم أن الصحابة إذا صدر من أحدهم أمر ولم يخالفوه فيه، عد ذلك إجماعا على ذلك الأمر لأنه لو كان ذلك الأمر مخالف للشريعة الإسلامية لما سكت عنه الصحابة².

3- أدلتهم من المعقول :

هذا وبجانب تلك الأحاديث والآثار فقد استدلت أصحاب هذا الرأي بالدليل العقلي فقالوا إن العقد كما يتعلق به حق المتعاقدين فإنه يتعلق به أيضا حق غير المتعاقدين وهو الولد الذي يأتي ثمرة من ثمار عقد الزواج، فكانت الشهادة لا بد منها في عقد الزواج لأن الأب قد يجده ولده فيؤذي هذا إلى ضياع نسبه³، كما أن الشهادة تصون الزوجين من تهمة الفاحشة وتحمي حقوق الزوجين و أولادهما في الميراث والنفقة وغيرهما.

وبناء على هذا الرأي يمكن القول أن عقد الزواج يعد عقدا شكليا من حيث الشهادة فلا يكفي لانعقاده شرعا مجرد اقتران الإيجاب بالقبول في المجلس وإنما لا بد من أن يكون الإيجاب والقبول أمام الشهود في مجلس العقد لكي يرتب العقد آثاره الشرعية⁴.

¹-محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 302 .

²-مازن مصباح، المرجع السابق، ص 133 .

³-ابن قدامة المقدسي، المغنى، ج 9، دار عالم الكتب، الرياض، ص 348 .

⁴-جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 121.

الفرع الثاني : عدم اشتراط الإشهاد في الزواج .

أي أن عقد الزواج يصح من غير شهود وهذا ما قال به أحمد بن حنبل في رواية¹، وهذا هو مذهب الشيعة الإمامية، الذين يرون أن الشهادة ليست شرطا من شروط صحة العقد ولا شرط من شروط التمام ولا تلزم الشهادة على عقد الزواج ويصح العقد بغير شهود².

واستدل أصحاب هذا الرأي بالكتاب و السنة النبوية الشريفة، و الآثار و المعقول.

1- أدلتهم من الكتاب :

أ- قال تعالى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَتِلْكَ وَرُزِعَ ۗ﴾³، فدللت الآية الكريمة بمنطوقها الصريح على إباحة النكاح دون تحديد أن صحته تتوقف على وجود الشاهدين، والنص مطلق غير مقيد فيبقى المطلق على إطلاقه لعدم ورود ما يقيد.

ب- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۗ﴾⁴، فدللت الآية على وجوب الوفاء بالعقود ومنها عقد النكاح و لم يرد في الآية ما يدل على وجوب الإشهاد على تلك العقود ومنها عقد الزواج، والوفاء بتلك العقود يتم وإن لم يوجد الشهود.

ج- قوله تعالى : ﴿...وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۗ﴾⁵، فالآية قد نذبت إلى الإشهاد على عقد البيع، فلو كان الإشهاد على عقد النكاح مطلوبا لذكر القرآن الكريم ما يدل

¹-ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق ، ص 347 .

²-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 157 .

³-الآية 3 ،سورة النساء .

⁴- الآية 1 ،سورة المائدة.

⁵- الآية 282 ،سورة البقرة .

على ذلك، فحيث لم يرد ما يدل على وجوب الإشهاد على عقد النكاح فلا يكون وجود الشاهدين واجبا.

2- أدلتهم من السنة النبوية الشريفة :

استدل أصحاب هذا الرأي بعدة أحاديث نبوية شريفة نذكر منها:

أ- عن أنس رضي الله عنه >> أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى جارية بسبعة أرؤس ، فقال الناس، ما ندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ؟ فلما أراد أن يركب صاحبها فعلموا أنه تزوجها <<¹، فالصحابة علموا بزواج النبي فقط من الحجاب، وهذا فيه دلالة واضحة على عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح، فلو كان ذلك مطلوبا لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وعدم فعله له يدل على عدم اشتراطه².

ب- عن عباد بن سنان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : >> ألا أنكحك آمنة بنت ربيعة بن الحارث؟ قال بلى، قال : قد أنكحتها ولم يشهد <<³، فعدم الإشهاد على عقد النكاح يدل على أنه غير واجب فلو كان كذلك لأشهد على عقد النكاح.

2- أدلتهم من الآثار:

روى عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن نافع عن حبيب مولى عروة بن الزبير قال >>حبعتي عروة إلى عبد الله بن عمر لأخطب له ابنة عبد الله، فقال عبد الله : نعم إن عروة لأهل لأن يتزوج ثم قال : ادعه، فدعوته لم يبرح حتى زوجه ، قال حبيب ، وما

¹-مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم، ج1، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1991، رقم (1356)، ص 1045 .

²-ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 348 .

³-مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج 4، مطبعة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة الإرشاد، الرياض، د س ن،

شهد ذلك غيري وعروة وعبد الله¹، فدل هذا الأثر على أن الإشهاد على عقد النكاح غير مطلوب، فلو كان كذلك لما تركه عبد الله بن عمر الذي كان معلوما عنه أنه أحرص الناس على التمسك بالسنة النبوية والتزام أحكامها، ففعله هذا يدل على عدم ورود ما يدل على ذلك لكان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما من أحرص الناس وأسرعهم التزاما بهذا الحكم وتنفيذا له².

4- أدلتهم من المعقول:

إن عقد النكاح لا بد فيه من حضور من تصدر عنه صيغة الإيجاب والقبول فقط، وبالتالي كل شخص لا يصدر عنه إيجاب ولا قبول ليس شرطا حضوره ، كالزوجة وسائر الأجنب الذين لا يكون حضورهم واجبا ومطلوبا³.

و بناء على ما تقدم يمكن القول بأن عقد الزواج وفقا لهذا الرأي لا يعد عقدا شكليا و إنما هو عقد رضائي يكفي لانعقاده إقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد و لا يحتاج إلى الشهادة، فالشهادة وفقا لهذا الرأي غير لازمة لإنعقاد العقد و لا لصحته و لا لتمامه، و بذلك يكون هذا الرأي قد جرد عقد الزواج من أي شكلية⁴.

الفرع الثالث : الإشهاد شرط لنفاذ الزواج .

أي يشترط في الزواج الشهادة، إلا أنها عند أصحاب هذا الرأي ليست من شروط الصحة وإنما هي من شروط التمام فتجوز الشهادة عندهم وقت إنشاء العقد عند النطق بالإيجاب

¹-عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ج 6، ط2، مطبعة المکتب الإسلامي، بيروت، 1983، رقم (10452)، ص 188.

²-مازن مصباح ، المرجع السابق ، ص 135 .

³-القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المجلد 3، ط 1، دار ابن عفان، مصر، 2008، ص 296

⁴-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 158 .

والقبول في المجلس كما تجوز عندهم عند الدخول، أي لا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول،¹ وهذا رأي الإمام مالك.

و شروط النفاذ هي الشروط التي يتوقف عليها ترتيب آثار العقد عليه بالفعل، فإذا فقد شرط منها وتوفرت شروط الانعقاد والصحة كان منعقدا صحيحا موقوفا،² أو هي تلك الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كلا العاقدين بغير وجودها و يستمر العقد موقوفا إذا لم تتوافر هذه الشروط حتى تكون الإجازة فيكون النفاذ³ و هي اثنان:

* أن يكون كل من العاقدين تام الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية.

* أن يكون كل من العاقدين ذا صفة تخول له أن يتولى العقد وتجعل له الحق في مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيلاً عنه أو ولياً عليه.⁴

واستدل المالكية على ذلك بما روي مرفوعا عن ابن عباس رضي الله عنهما >> لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد<<⁵، وقد عللوا إيجاب الإشهاد عند الدخول بالزوجة بأنه يخاف من كل اثنين رجل وامرأة اجتمعا على فساد خلقي، أن يدعيا أنه سبق أن عقدا عقد زواج بلا شهود، وهذا يؤدي في النهاية إلى أن لا يطبق حد الزنا على الزناة⁶، وسبب اختلاف المالكية مع من يشترطون الإشهاد في الزواج عند العقد يرجع إلى أمرين :

الأول: هو ما المقصود من الشهادة في عقد الزواج، هل هي حكم شرعي يجب العمل به، أم يقصد بها التوثيق وسد ذريعة الاختلاف؟ فمن قال أنها حكم شرعي قال أن الشهادة

¹-محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2013، ص339 .

²-بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص54.

³-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د ط، دار الفكر العربي، د ب ن، د س ن، ص51.

⁴-عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاکم، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص28.

⁵-حديث سبق تخريجه، ص 22.

⁶-محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 305 .

شروط صحة عقد الزواج ، ومن قال أنها توثيق لم يشترط الشهادة في عقد الزواج كالرهن والكفالة والبيوع وإنما اشترط الإعلان حتى يخرج الزواج من أن يكون سرا. والثاني: هو الإختلاف في تصحيح أحاديث اشتراط الشهادة كلها أو بعضها، فمن صححها قال باشتراط الشهادة في عقد الزواج، ومن رأى عدم صحتها قال بخلاف ذلك¹.

حيث جاء في بداية المجتهد : " واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شروط النكاح ، واختلفوا هل هي تشترط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد " ثم جاء في موضع آخر منه " وأما مالك فليس تتضمن عنده -أي الشهادة - الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتمان² ومعنى ذلك أنه إذا لم يوص الشاهدان بالكتمان فان الشهادة تعني الإعلان .

وجاء في القوانين الفقهية "المسألة الرابعة " في الشهادة على النكاح "ولا تجب في العقد ، وتجب في الدخول وهي شرط كمال في العقد ، وشرط جواز في الدخول " ³

وجاء في أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك: "" وصحته ، أي شرط صحة النكاح أن يكون بصداق وشهادة رجلين عدلين ... وإن بعد العقد وقبل الدخول ""⁴.

وجاء في مواهب الجليل : ""الإشهاد إنما يجب عند الدخول، وليس من شروط صحة العقد، فان تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح، ويشهدان فيما يستقبل، إلا يكونا قصدا إلى

¹-أبو الوليد ابن رشد، المرجع السابق، ص 35.

²- أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر،

1975 ، ص 17.

³-محمد بن جزى الغرناطي، المرجع السابق، ص 339 .

⁴-أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا، 2000، ص 58 .

الإستمرار بالعقد، فلا يصح أن يثبتا عليه، لئنه عليه الصلاة والسلام عن نكاح السر¹.

وبناء على هذا الرأي يمكن القول أن التراضي يكفي لانعقاد عقد الزواج، فينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول في المجلس حتى ولو لم يكن هناك شهود، إلا أن العقد يكون موقوفا على الشهادة².

مما سبق ذكره من آراء الفقهاء في اشتراط الإشهاد في الزواج يتبين أن جمهور الفقهاء متفقون على إعلان الزواج والشهادة، لكن الاختلاف الحاصل ليس على ذلك وإنما الاختلاف على وسيلة الإعلان، والمالكية يرون أن الشرع لم يحدد الشهادة وسيلة وحيدة للإعلان، لأنه ليس في الشرع من دليل على حصر الإعلان في الزواج بالشهادة فقط، فهي ليست بشرط لانعقاد العقد ولكنها تشترط عند الدخول، أي عند ترتيب آثار العقد عليه، والناظر لابد أن يرى أن المالكية أكثر تشددا في موضوع الشهادة من الجمهور فالإتفاق على كتمان الزواج بين الشهود يبقى العقد صحيحا عند الحنفية، ويبطله عند المالكية لأن الإعلان المطلوب شرعا لا يحصل وإن كان على العقد شهود³.

¹-أبو عبد الله محمد الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مجلد 4، ط1، دار الرضوان، نواكشوط، 2010، ص 215 .

²-رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 156 .

³-محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 65 .

المطلب الثاني : التكييف القانوني للإشهاد في الزواج .

بصدور القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة¹ المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005² نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط الإشهاد في الزواج سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده.

الفرع الأول : التكييف القانوني للإشهاد في الزواج قبل تعديل قانون الأسرة

لقد كان الأمر الفرنسي رقم : 59 - 274 الصادر في 04 فيفري 1959 والمتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر يعتبر الإشهاد واجبا عند العقد حيث نصت المادة الثانية منه على أنه ينعقد الزواج برضا الزوجين، بأن يكون هذا الرضا شفويا وعلنيا من صاحب الشأن شخصا وبحضور شاهدين بالغين وذلك أمام القاضي أو ضابط الحالة المدنية، وإلا كان العقد باطلا³.

أما المادة 09 من قانون الأسرة قبل التعديل فنصت على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق"، فمن خلال هذه المادة اعتبر المشرع الجزائري الإشهاد من أركان عقد الزواج موافقا بذلك ما ذهب إليه بعض الشافعية، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه: "أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي

¹ قانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24 مؤرخة في: 1984/06/12.

² أمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27/02/2005 يعدل و يتم القانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في: 27/02/2005.

³ - العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012 ، ص 331 .

عدل.....، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

وجاء كذلك في قرار لها "من المقرر شرعاً وقانوناً أن للنكاح أركاناً أربعة هي : صيغة (رضا الزوجين)، صداق، وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية"².

و جاء في قرار اخر "من المقرر قانوناً وشرعاً بأن الزواج المشروع لابد أن يشتمل على أركان الزواج وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، كالرضا والصداق والولي والشهود والدخول"³.

وعليه يمكن القول بأن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة قد أخذ بقول جمهور الفقهاء من حيث اشتراط الإشهاد في الزواج، حيث اعتبر شهادة الشهود ركناً من أركان عقد الزواج- كما قال به بعض الشافعية- يجب توافرها أثناء العقد.

الفرع الثاني : التكييف القانوني للإشهاد في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة

لقد أدرج المشرع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة الإشهاد في المادة 09 مكرر التي جددت شروط عقد الزواج حيث جاء فيها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

-أهلية الزواج.

-الصداق.

¹- م ع ، غ أش م، قرار رقم : 34438 الصادر بتاريخ: 1984/09/24 ،مجلة القضائية لسنة 1990 ، عدد 1 ،ص 64

²- م ع ، غ أش م، قرار رقم : 51107 بتاريخ : 1989/01/02، المجلة القضائية لسنة 1992 ، ج 3 ، ص 53 .

³- م ع ، غ أش م، قرار رقم : 56707 صادر بتاريخ : 1989/12/11 غير منشور، انظر العربي بلحاج ، قانون

الأسرة مع تعديلات الأمر 25-02 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، ط3، ديوان

المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 60 .

-الولي.

-الشاهدان.

-انعدام الموانع الشرعية للزواج ."

و أول ما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل الإشهاد في الزواج شرطاً بعد أن كان ركناً و اكتفى بالرضا كركن وحيد للزواج، كما أنه لم يبين هل الإشهاد في الزواج شرط صحة يجب أن يتوفر عند العقد؟ أم شرط تمام يجب أن يكون عند الدخول؟ حيث عدت شروط الزواج دون تمييز فيما بينهما فكما أشرنا إليه سابقاً، فأهلية الزواج تعتبر من شروط النفاذ وانعدام الموانع الشرعية للزواج تعتبر من شروط الصحة.

لكن وبالرجوع إلى قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية نجدها قد حسمت الأمر وجعلت الإشهاد شرط صحة لا ينعقد عقد الزواج إلا بحضور شاهدين عدليين في مجلس العقد، لا شرط تمام بأن يشهد على عقد الزواج قبل الدخول¹ ونذكر منها ما يلي:

-قانون الأحوال الشخصية الكويتي² الذي نص في مادته 11 على أنه "يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين".

-وكذلك قانون الأحوال الشخصية الإماراتي³ الذي نص في مادته 48 على أنه "يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين".

¹ - أكلي زازون وأمال جبار، المرجع السابق، ص 26 .

² - قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر تحت رقم: 31 سنة 1984 والمعدل تحت رقم: 66 سنة 2007 .

³ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر تحت رقم: 28 سنة 2008 .

- وكذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني¹ الذي نص في مادته 08 على أنه "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين".

- وقانون الأحوال الشخصية الموريتاني² الذي نص في الفرع الرابع تحت عنوان الصيغة في المادة 273 على أنه "يشترط إشهاد عدلين على النكاح ولا يمكن الإشهاد على الصيغة إلا في مجلس العقد".

-و مدونة الأسرة المغربية³ التي نصت في مادتها 13 على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

-سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه

لكن بالرجوع الى المادة 2/33 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "إذ تم الزواج بدون شاهدين، يفسخ قبل الدخول .." فيمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد اعتبر الإشهاد في الزواج من شروط الصحة لا من شروط النفاذ، وبهذا فقد سائر ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الإشهاد في الزواج من شروط الصحة، وأن الشهادة تجب عند العقد، وان كانت الشهادة بعد ذلك فلا يصح العقد حتى ولو تحققت الشهادة قبل الدخول عكس المالكية الذين لا يشترطون الشهادة على عقد الزواج عند إنشائه ولكنهم يشترطونها عند الدخول، والعقد صحيح عندهم إذا لم يشهد عليه عند العقد مادام لم يتم الدخول.

وما يؤكد أن المشرع الجزائري قد سائر ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء هو نص المادة 21 من قانون الأسرة التي تنص على "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج " و بالرجوع إلى المادة 73 من الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في

¹-قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر تحت رقم: 36 سنة 2010 .

²- قانون الأحوال الشخصية الموريتاني الصادر تحت رقم: 52- 2001 بتاريخ: 19-06-2001 .

³-مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب الظهير الشريف رقم: 22 - 04 بتاريخ: 03 فيفري 2004 .

1970/02/19 المتضمن قانون الحالة المدنية المعدل و المتمم¹ نجدها تنص على: "يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي: ألقاب و أسماء و أعمار الشهود..."، كما يتعرض الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في الفصل الثاني المتعلق بعقود الزواج إلى العقوبات التأديبية دون الإخلال بالمتابعات الجزائية.²

وما يعزز قولنا باشتراط المشرع الجزائري حضور الشهود في مجلس العقد على الأقل بالنسبة لعقد الزواج المدني المبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية هو نص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني³ التي تلزم الضابط العمومي بتلقي العقود الإحتفائية بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان، وعقد الزواج من العقود الإحتفائية.

فمما سبق ذكره يمكن القول بأن جمهور الفقهاء اجمعوا على اشتراط الإشهاد في الزواج عل الرغم من اختلافهم في وقت الإشهاد، فقال الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن الإشهاد في الزواج شرط لصحة الزواج يجب أن يكون حال العقد، أما المالكية فقالو أن الزواج يصح بدون شهود و لكنه لا يتم بدون شهادة و تندب الشهادة عند العقد للخروج من الخلاف، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اشترط الإشهاد في الزواج و عده من أركان الزواج قبل تعديل قانون الأسرة، وعده من شروط صحة الزواج بعد تعديل قانون الأسرة.

¹ - أمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في: 1970/02/27.

² -المادة 2/77 قانون الحالة المدنية: "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل، إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما".

³ -أمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 30/09/1975.

الفصل الثاني:

أحكام الإِشهاد في الزواج

شُرعا و قانونا

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

مما لا شك فيه أن الإشهاد في الزواج لا يخرج في حقيقته عن المعنى الشرعي للشهادة، فهو إخبار بما شهده الشاهد وسمعه في مجلس العقد، ولما كان الزواج ينعقد بتطابق الإيجاب مع القبول الصادر من طرفي العقد فالإشهاد بالضرورة ينصب على الإيجاب والقبول وكذلك على مقدار الصدق وعلى إذن الزوجة.

ومادام أن الشهادة على عقد الزواج يستعملها الشاهد فلا بد أن تتوفر فيه شروط معينة لكي تقبل شهادته على العقد، وألا تكون هناك عبثية في إختيار الشهود.

وبما أن الإشهاد في الزواج قد شرع من أجل حفظ حق الزوجين من الإنكار والجحود وكذا إخراج الزواج من السر إلى العلانية وتمييزه عن السفاح، فإنه في مقابل ذلك شرعت أحكام عند تخلفه، وعليه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

سنتناول محل وشروط الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا في المبحث الأول، وأثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا في المبحث الثاني.

المبحث الأول : تحقق الإِشهاد في الزواج شرعا وقانونا .

لما كان الزواج ينعقد برضا العاقدین الذي يتم بتبادل الإيجاب و القبول، وذلك بحضور ولي الزوجة الذي يباشر العقد مكانها مع تحديد مقدار الصداق، فإن شهادة الشهود في الزواج ستنتصب على ذلك حتما.

وحتى تحقق الشهادة معناها يجب أن تتوفر في الشهود صفات معينة نظرا لقداسة المشهود عليه.

وعلى هذا سنتناول محل الإِشهاد في المطلب الأول، والشروط الواجب توفرها في الشهود في المطلب الثاني.

المطلب الأول : محل الإِشهاد في الزواج.

تتصب الشهادة في عقد الزواج على إيجاب و قبول العاقدین، وعلى رضا المرأة ، وعلى مقدار الصداق المتفق عليه في مجلس العقد.

الفرع الأول : الشهادة على الإيجاب و القبول.

الزواج من العقود الثنائية الطرف التي لا بد فيها من طرفین، بحيث يتم بإيجاب من أحد العاقدین وقبول من الآخر، وقد اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظي "الزواج" و "النكاح" بما يصاغ منهما لفظ الإيجاب والقبول لأنهما اللفطان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد تخصيصا، وهما المستعملان في أكثر نصوص القرآن الكريم¹، وعليه فلا بد من تحقق الشاهدين من رضا الزوجين في مجلس العقد حتى يكون بإمكانهما الإدلاء

¹-محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 41.

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

بالشهادة على صحة العقد في حال طلب منهما ذلك، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الشاهدان فاهمين أن الألفاظ التي قيلت من الطرفين أمامهما ألفاظ عقد الزواج.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يعتبر الرضا ركنا في عقد الزواج وفقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة التي تنص على "يعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " وكذلك المادة 1/10 منه التي تنص على : "يكون الرضا بإيجاب أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " وما دام أن الشاهدان شرط من شروط صحة عقد الزواج كما بينا سابقا، فإن الشهادة لا تحقق إلا إذا حضر الشاهدان مجلس العقد وشهدا وسمعا إيجاب وقبول العاقدين، وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا بالنسبة لإثبات الزواج الذي لم يوثق أمام الجهات الرسمية أو ما يعرف بالزواج العرفي، و ذلك في العديد من قراراتها حيث جاء في قرار لها ما يلي " إن الزواج العرفي الذي توافرت فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد و أفادوا بأنه حدد فيه الصداق و الإيجاب و القبولهو زواج صحيح و تترتب عليه آثاره و كافة الحقوق"¹.

أما بالنسبة لعقد الزواج المدني المبرم سواء من طرف ضابط الحالة المدنية أو من طرف الموثق فبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية الجزائري المعدل و المتمم نجدها تفرض حضور شهود عقد الزواج مجلس العقد عند إبرام عقد الزواج و معها بطاقة الهوية و إمضائهما على سجل عقود الزواج، و بهذه الكيفية تستطيع الشهادة أن تؤدي غرضها لأن الشاهدين قد سمعا العاقدان عند قيامهما بالإيجاب و القبول المكون للعقد.

¹ - قرار غير منشور صادر تحت رقم: 96238 بتاريخ: 28-09-1993، انظر العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال اربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص108.

الفرع الثاني : الإشهاد على مقدار الصداق .

الصداق أو المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها وهو حكم من أحكام عقد الزواج أما مقداره فلا يقدر أقله ولا أكثره بعدد معين فيصح عقد الزواج بما قل أو كثر مما له قيمة.¹ ويستحب تسمية الصداق وتحديده في العقد لقطع النزاع، كما يجوز أن يسمى ويحدد بعد العقد ولهذا ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن الصداق أثر من آثار عقد الزواج وليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروط صحته، أما المالكية فيرون بأن الصداق هو ركن من أركان العقد أو على الأقل شرط صحة فيه لا يصح إشتراط إسقاطه.²

و عليه فإذا سمع الشاهدان مع الإيجاب والقبول ذكر الصداق، شهدا به و بالعقد، وإن لم يسمعا ذكر الصداق، صح النكاح وشهدا بالعقد دون الصداق، وهذا لكون الصداق ليس بشرط في النكاح.³

لكن يجب القول أن النص على الصداق أمر ضروري عند إنشاء عقد الزواج لما في ذلك من دفع للخصومة وإثبات للحقوق.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر الصداق من شروط الزواج بموجب نص المادة 09 مكرر قانون الأسرة، بحيث يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وفي حالة عدم تحديده قيمته تستحق الزوجة صداق المثل، حسب المادة 15 من قانون الأسرة⁴ وعليه فإذا سمي الصداق عند إنشاء العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا وجب على الشاهدين

¹-صالح بن فوزان، الملخص الفقهي، ج2، ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض 2002 ، ص 356 .

²-العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص 268 .

³-أبو الحسين يحيى، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد 9، ط1، دار المنهاج، جده ، 2000، ص 224 .

⁴- المادة 15 قانون أسرة: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا او مؤجلا.

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"

أن يشهدا به، وهذا معناه ضرورة تضمين وثيقة عقد الزواج مقدار الصداق¹، لكن من الناحية العلمية نجد أن سجلات عقود الزواج لا تتضمن مكانا مخصصا لتسجيل مقدار الصداق لهذا يلجأ الموظفون المكلفون بتحرير عقود الزواج إلى تحرير محضر يبينون فيه هوية كل من الزوج و الزوجة و الولي و الشهود، و كذا مقدار الصداق إذا تم تحديد قيمته و يوقع على هذا المحضر من طرف الأشخاص المذكورين سابقا.

الفرع الثالث : الإشهاد على رضا الزوجة

إن رضا الزوجة معتبر في عقد الزواج فيجب الحصول على إذن المعقود عليها سواء كانت ثيبا أم بكرا، فلا يعقد الزواج إلا بعد طلب الأمر منها، ولذلك فالولي قبل إنشائه عقد الزواج يحتاج إلى إذن الزوجة فإن وافقت أنشأ العقد و إلا فلا.

أما بالنسبة للإشهاد على إذن الزوجة، فقال بعض الفقهاء لا بد من معرفة الشهود اسمها ونسبها، أو يشهدان على صوتها برؤية وجهها²، لكن هذا القول لا يسلم به على إطلاقه فربما ترفض المرأة كشف وجهها أمام الشهود ، وخروجا من ذلك وحتى يتحقق الإشهاد على إذن الزوجة الأولى أن يشهد على العقد أقارب الزوجة الذين يتمكنون من تمييز صوتها ، لكن في وقتنا هذا فالغالبية العظمى من النساء مكشوفات الوجه و لا يطرح إشكال في هذا الخصوص.

و قال الحنفية في هذا الشأن أنه لا بد أن يميز الشاهدان المرأة المعقود عليها وذلك حتى تنتفي الجهالة عند الشاهدين ، وإن كانت معها امرأة أخرى لا يجوز ذلك لعدم زوال الجهالة.

¹-مازن مصباح، المرجع السابق ، ص142 .

²-المرجع نفسه، ص 144 .

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية _ رحمه الله _ أن الإشهاد على إذن الزوجة قبل النكاح ليس شرطا من شروط صحة النكاح في المذاهب الفقهية الأربعة إلا وجها ضعيفا عند الشافعية والحنابلة¹ الذين قالوا بأن الإشهاد على إذن الزوجة أمر مستحب، جاء في معنى المحتاج: "ويستحب الإشهاد على رضا المرأة بالنكاح بقولها رضيت أو أدنت فيه".²

وجاء في كشف القناع: "والاحتياط بالإشهاد على خلوها من الموانع وعلى إذنها لوليها"³.

أما في القانون الجزائري فإن الزوجة يثبت بحضور الولي والزوجة وإمضاءهما معا في سجل عقود الزواج مع الشهود أمام ضابط الحالة المدنية ، مع العلم أنه تم إلغاء وثيقة الرضا بالزواج التي تحمل رقم : (ح م 3) من وثائق الحالة المدنية بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 14- 75 المؤرخ في: 2014/02/17 يحدد قائمة وثائق الحالة المدنية⁴ و الذي حل محل المرسوم التنفيذي رقم: 10-11 المؤرخ في: 2010/09/16.⁵

و عليه فمحل الإشهاد في الزواج هو الإيجاب و القبول الصادر من العاقدين و كذلك الصداق إن حدد في مجلس العقد بالإضافة الى رضا المرأة مادام أن وليها هو من يباشر العقد مكانها، اما في القانون الجزائري فمحل الاشهاد في عقد الزواج هو الإيجاب و القبول

¹ -مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد 32، مجمع الملاك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2009 ، ص 56 .

² -شمس الدين الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص 238 .

³ -منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 5، د ط، عالم الكتب، بيروت، 1983 ، ص 47 .

⁴ -مرسوم تنفيذي رقم: 14- 75 المؤرخ في: 17 / 02 / 2014 يحدد قائمة وثائق الحالة المدنية ، جريدة رسمية عدد 11 مؤرخه في: 26 - 02 - 2010 .

⁵ -مرسوم تنفيذي رقم: 10 - 211 المؤرخ في 2010/09/16 يحدد قائمة مطبوعات الحالة المدنية ، جريدة رسمية عدد 54 مؤرخة في: 2010/09/19 .

الصادر من العاقدين ومقدار الصداق إن حدد في العقد اما رضا المرأة فهو ثابت من حضور الزوجة مجلس العقد.

المطلب الثاني : شروط الإشهاد في الزواج شرعا و قانونا .

نظرا لأهمية الإشهاد في الزواج في إخراج النكاح من السرية وصيانتها من الجحود والإنتكار ، وفي إثبات النسب والحقوق والواجبات الزوجية، كان لابد أن تتوفر في الشهود صفات محددة حتى تتحقق الحكمة والهدف من الإشهاد في الزواج، لكن الفقهاء اختلفوا في بعض الصفات واتفقوا على البعض الآخر، وعليه سنتناول الشروط المتفق عليها في الفرع الأول والشروط المختلف فيها في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الشروط المتفق عليها .

اتفق الفقهاء على مجموعة من الشروط أو الصفات التي يجب أن تتوفر في شهود عقد الزواج وتتمثل في الأهلية، التعدد، الإسلام، السماع والفهم.

أولا : الأهلية.

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة(جمهور الفقهاء) إلى أنه يشترط في شاهدي عقد النكاح الأهلية أي أن يكونا عاقلين بالغين، فلا تقبل شهادة مجنون بالإجماع ولا شهادة صبي¹، واشترطت الأهلية في الشهادة على عقد الزواج لأن الشهادة فيها معنى الولاية لأنها تلزم المشهود به حيث ينبني عليها القضاء الملزم ، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلزام، وليس لغير البالغين والعقلاء ولاية حتى على أنفسهم فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم²؟

¹-الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 41، د ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامي، الكويت، ص 296 .

²- زازون أكلي و أمال جبار، المرجع السابق، ص 28 .

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

ومن ناحية أخرى فالمقصود من حضور الشهود هو إظهار خطر عقد الزواج بإعلانه وتكريمه، وبحضور الصبيان والمجانين لا يتحقق شيء من ذلك، بل يكون العقد بحضورهم كأنه غير موجود أي العدم¹، جاء في بدائع الصنائع "لا ينعقد النكاح بحضور الصبيان والمجانين"²، فكل من صلح أن يكون وليا في النكاح بولاية نفسه يصلح شاهدا فيه و إلا فلا، وهذا الإعتبار صحيح لأن الشهادة من باب الولاية كما قلنا سابقا، لأنها تنفيذ القول على الغير، والصبيان والمجانين ليس لهم ولاية النكاح، واستدل الجمهور من الفقهاء في اشتراطهم الأهلية في الشهود عقد الزواج بـ :

1. قوله تعالى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ عَاطِلًا﴾³، والصبي ليس من الرجال .

2. وقوله صلى الله عليه وسلم >> رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق <<⁴.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج فبعد أن عد الشهادة ضمن شروط عقد الزواج نجده في مقابل ذلك سكت عن الشروط الواجب توافرها في الشهود، و التساؤل الذي يجب طرحه هنا هل يجب الرجوع إلى القواعد العامة كما هو الحال في عيوب الرضا أم يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة طبقا للمادة 222 منه⁵، فبالنظر إلى القوانين السابقة على قانون الأسرة الحالي يتبين أنها كانت واضحة إلى حد ما فيما يتعلق بالشهادة و الشروط التي يجب توافرها في الشهود وقت أدائها و ترتيب النتائج عن سقوطها، حيث جاء في المادة 02 من الأمر

¹-ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 350 .

²- علاء الدين أبي بكر الكاساني، المرجع السابق ، ص 395 .

³- الآية 282، سورة البقرة .

⁴-البيهقي، المرجع السابق، حديث رقم 8612 ، ص 533 .

⁵-المادة 222 قانون أسرة: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية"

رقم: 59-247 الصادر بتاريخ: 1959/02/04 المتضمن الزواج و الطلاق " يكون العقد باطلا إن لم يكن التعبير عن الرضا شفويا و صادرا عن الزوجين شخصا بحضرة شاهدين بالغين راشدين"¹، بينما اشترط في المادة 33 من قانون الحالة المدنية بعد تعديل قانون الحالة المدنية بموجب القانون رقم: 14-08² أن يكون الشهود المذكورين في وثائق الحالة المدنية بالغين سن 19 سنة على الأقل حيث نصت على: " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل ، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس، و يتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين"، و بالإضافة إلى هذا فإن المادة 73 من قانون الحالة المدنية تنص على أنه يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثق بصراحة بان الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون .

كل هذا يؤدي بنا بالضرورة إلى التطرق للعلاقة بين قانون الأسرة و قانون الحالة المدنية و التي تبدو علاقة متينة ذات ارتباط وثيق وقوي ذلك لأن كل منها تضمن قواعد سبق و تضمنها الآخر، و لما كان صدور قانون الأسرة قد جاء لاحقا لصدور قانون الحالة المدنية فمن الطبيعي جدا أن يكون الأخير يخصص الأول وتصبح النصوص التي تضمنها الأول وشملها الثاني نصوص معدلة أو ملغاة ضمنا تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام بحيث تطبق قواعد قانون الحالة المدنية بشأن تحرير عقد الزواج و كيفية تسجيله و تقييده في سجلات الحالة المدنية فيما لم يرد عليه نص مخالف في قانون الأسرة أو فيما يحيل عليه هذا الأخير كما جاء في المادة 21 من قانون الأسرة التي نصت على:"تطبق أحكام قانون

¹ عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 173.

² قانون رقم: 14 - 08 المؤرخ في 09 /08 /2014 يعدل ويتمم الأمر رقم: 70-20 المتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخة في: 20 /08 /2014 .

الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج" و تطبق نصوص قانون الأسرة فيما عدا ذلك من القواعد.¹

و على هذا الأساس نستطيع إيجاز القول بأنه كان على المشرع الجزائري تعديل المادة 33 من قانون الحالة المدنية أو إضافة مادة جديدة في الفصل الثاني من الباب الثالث الخاص بعقود الزواج تتعلق بالصفات والشروط التي يجب توافرها في الشهود بدل اكتفائه بتعديلها فيما يخص سن الشهود بموجب القانون رقم: 08-14 السالف الذكر، إضافة إلى ذلك على المشرع الجزائري الإسراع من أجل تعديل قانون الأسرة بإضافة مواد أخرى تتعلق بشروط الشهود في عقد الزواج، كما هو الأمر بالنسبة للرضا والصداق مثلا اللذان خصص لهما المشرع أكثر من مادة، وهذا ما نتمنى أن يقوم به المشرع الجزائري في التعديل المرتقب لقانون الحالة المدنية، حيث راسلت وزارة الداخلية والجماعات المحلية جميع البلديات من أجل تقديم اقتراحاتهم بخصوص المواد الواجب تعديلها أو إلغائها أو إضافتها في قانون الحالة المدنية.

و بالرجوع إلى شرط الأهلية فقد ساير المشرع الجزائري ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و اشترط الأهلية في شاهدي عقد النكاح وذلك حسب نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي تشترط في الشهود المذكورين في عقود الحالة المدنية ومن بينها عقد الزواج أن لا تقل أعمارهم عن 19 سنة ، لكنه في مقابل ذلك خالفهم في سن الرشد .

ثانيا : التعداد.

أي أن يكون الشهود أكثر من واحد، وهذا الشرط ثبت بعموم النصوص المثبتة للشهادة كما في قوله تعالى : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3، دار هومة ، الجزائر، 1995، ص 35.

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

مِمَّن تَرَضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى¹ ، فالآية الكريمة قد نصت على التعدد في باب المداينة المطلوب فيها الشهادة على سبيل النذب والاستحباب فمن باب أولى يكون التعدد في الشهادة على عقد الزواج مطلوبا لوجوب الشهادة عليه لشرط لصحة العقد .

وقوله عليه الصلاة والسلام : << لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل >> وفي رواية << لا نكاح إلا بشهود >> فهذا الحديث يدل على أن الشهادة لا تقل عن اثنين ممن تصح شهادتهم²

و ما روي عن السيدة عائشة أنها قالت : " لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج الشاهدين" ومن هذا الحديث يتضح أن عدد الرجال في عقد الزواج لا يقل عن اثنين وهو الحد الأدنى في حين أن العدد الأقصى فهو غير محدد.³

ولم يقل أحد بأقل من الشاهدين إلا في المسألة التي يذكرها الحنفية والتي يكتفي فيها بشاهد واحد بناء على منهجهم في الولاية وهي : << أن من أمر رجلا بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما، جاز النكاح، لأن الأب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس، ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا، فيبقى المزوج شاهدا >>⁴.

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري سواء من خلال قانون الأسرة أو من خلال قانون الحالة المدنية حيث اشترط التعدد في الإشهاد على عقد الزواج ، وأن الزواج لا يصح بشاهد واحد ويتبين هذا من نص المادة 09 مكرر قانون أسرة حيث ذكر كلمة "شاهدان " وهي تفيد

¹ - الآية 282، سورة البقرة .

² -ابراهيم الشحات محمود، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، د ط ، د ب ن، د س ن، ص 134 .

³ -عيسى حداد، المرجع السابق، ص 163 .

⁴ -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 74 .

الفصل الثاني أحكام الإسهاد في الزواج شرعا وقانونا

التعدد، كما يتضح ذلك أيضا من خلال المادة 33 من قانون الحالة المدنية من خلال كلمة "الشهود" وهي تفيد كذلك التعدد، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا مايلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركاناً أربعة هي... وشاهدين..."¹، وجاء في قرار آخر: "إن حضور شاهد واحد لا يكفي للقضاء بصحة الزواج العرفي"².

ثالثا : الإسلام.

اتفق كل من يشترط الشهادة في النكاح على أن نكاح المسلمين لا يصح بغير شهادة المسلمين، كما اتفقوا على أن المسلم إذا تزوج بكتابية وشهد مسلمان على هذا النكاح صحت الشهادة، فلا ينعقد زواج المسلم بالمسلمة بشهادة الكفار لأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم³، قال الله تعالى: ﴿...وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁴، وقال أيضا ﴿... وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾⁵، والكافر ليس بعدل وليس من المسلمين ولأنه فاسق ويكذب على الله تعالى فلا يؤمن منه الكذب على خلق الله، والسبب في اشتراط إسلام الشهود في زواج المسلمين أن لهذا العقد خطورة واعتبار ديني، فلا بد من أن يشهده مسلم لينشر خبره بين المسلمين .

لكنهم اختلفوا فيما إذا أشهد غير المسلم في نكاح المسلم بغير المسلمة، هل يصح النكاح؟ أو لا يصح على قولين :

¹ -م ع ، غ أش م، قرار رقم: 51107 بتاريخ: 1989/01/02،المجلة القضائية لسنة 1992، ج3، ص 53 .

² -م ع ، غ أش م، قرار رقم: 102746 بتاريخ: 1994/03/22،النشرة القضائية، عدد 50 .

³ - علاء الدين أبي بكر الكاساني ، المرجع السابق ، ص 396 .

⁴ - الآية 141، سورة النساء.

⁵ - الآية 02، سورة الطلاق .

الفصل الثاني أحكام الإِشهاد في الزواج شرعا وقانونا

القول الأول : لا يشترط أن يكون الشاهدان مسلمين بل يصح أن يكونا كتابيين سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، واستدلوا بـ:

1. العموميات الواردة في القرآن الكريم في النكاح في قوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي آلِيَتَيْهِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾¹، فدللت هذه الآية أن الله أطلق النكاح من غير شرط إلا أن أصل الشهادة صار شرطا باتفاق المسلمين، وإسلام الشاهدين صار شرطا في نكاح الزوجين المسلمين بالإجماع فمن ادعى كونه شرط في نكاح المسلم بغير المسلمة فعليه بالدليل.

2. قوله صلى الله عليه وسلم : **<<لا نكاح إلا بشهود >>** فدل الحديث الشريف أنه عليه الصلاة و السلام لم يشترط في انعقاد الزواج إلا وجود الشهود ونكاح المسلم بالكتابية فيه شهود، لأن الشهادة في اللغة عبارة عن الإعلام والبيان والكافر من أهل الإعلام والبيان .

3. إن هذه شهادة على كتابية وليست شهادة على مسلم² .

القول الثاني : عدم صحة الزواج بشهادة غير المسلمين لأن الإسلام عندهم شرط في الشهود مطلقا كانت الزوجة مسلمة أو كتابية ، وهو قول مالك والشافعي وأحمد ومحمد وزفر من الحنفية³ واستدلوا بـ :

1. قوله صلى الله عليه وسلم : **<<لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل >>** فدل هذا الحديث الشريف أنه نفى إعتبار النكاح إلا بشهادة العدول، والكافر غير عدل لأن الكفر أعظم الظلم و أفحشه.

¹ - الآية 03، سورة النساء .

² - علاء الدين أبي بكر الكاساني، المرجع السابق، ص396

³ - أكلي زازون وأمال جبار، المرجع السابق، ص 30 .

2. أن هذه الشهادة على مسلم فلا تصح كما لو كان الزوجين مسلمين.

والراجع هو القول الثاني وذلك لقوة أدلتهم.

أما في القانون الجزائري فلا يوجد نص صريح خاص باشتراط الإسلام في شهود عقد الزواج سواء في قانون الأسرة أو قانون الحالة المدنية، وعليه يجب إعمال المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالنتيجة يمكن القول بأن المشرع الجزائري اشترط إسلام الشاهدين في زواج المسلمين مادام أن جميع الفقهاء أجمعوا على اشتراط إسلام شاهدي عقد زواج المسلمين.

رابعاً : السماع والفهم.

اتفقت المذاهب الأربعة على اشتراط سماع الشاهدين للإيجاب والقبول، فاهمين المقصود بهما ليشهدا على ذلك إذا طلبت منهما الشهادة عند الحاجة إليهما، فإذا لم يسمع الشاهد ما يصدر من كلام المتعاقدين فلا معنى لحضوره مجلس العقد وذلك لعدم تحقق معنى الشهادة فيه، فهو لا يسمع ما يصدر فكيف يشهد على ما لا يسمعه، ونفس الأمر بالنسبة للحاضر الذي كان نائماً أو كان بعيداً لا يسمع ما يقال، جاء في المغنى: "ولا ينعقد النكاح بشهادة أصمّين لأنهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم إمكان الأداء منهما".¹، وجاء في بدائع الصنائع "سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعاً، حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر أو سمع أحدهما كلام أحدهما، والآخر كلام الآخر ، لا يجوز النكاح لأن الشهادة- اعني حضور الشهود - شرط ركن العقد وركن العقد هو الإيجاب والقبول فما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن، فلا يوجد شرط الركن، والله أعلم".²، فلو سمع أحد الشهود الإيجاب والقبول وغادر المجلس، ثم أعيد في المجلس بحضور الشاهد

¹-ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق ، ص 350 .

²- علاء الدين أبي بكر الكاساني، المرجع السابق ، ص 401 .

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

الثاني لم يصح العقد¹، فالأصم والنائم ليسا من أهل أداء الشهادة ولا تحملها لأن الشهادة في الزواج تكون على الأقوال فلا بد أن يسمع الشاهد ما يقال في الإيجاب والقبول ليؤديها إذا طلب منه وهذا غير متوفر في الأصم والنائم، كما أن الشاهد يجب أن يفهم موضوع العقد، فإذا كان الشاهدان أو أحدهما لا يفهم لغة العاقدين فلا تقبل شهادته على العقد، لأنه لا يتمكن من أداء الشهادة عند الاختلاف.²

أما في القانون الجزائري فكما هو في شرط إسلام الشهود، لا يوجد نص صريح يفيد إشتراط سماع الشاهدين وفهمها لكلام العاقدين، لكن بالرجوع للمادة 222 قانون أسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية يمكن القول أن المشرع الجزائري يشترط في شهود عقد الزواج أن يكونا سامعين فاهمين لكلام العاقدين.

وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا، حيث جاء في قرار لها مايلى: "ولما ثبت في - قضية الحال - أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا بأن هذا الحفل يخص الطرفين، غير أن قضاة الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة أم هو مجلس عقد على معنى المادة 09 من قانون الأسرة مما عرض قرارهم للقصور في التسبب ومخالفة المادة 09 من قانون الأسرة مما يستوجب نقص القرار المطعون فيه".³

وجاء في قرار آخر: "حيث أنه بالاطلاع على ملف دعوى الطعن ثبت أن الزواج العرفي موضوع النزاع تتوفر فيه الأركان الشرعية وفقا لأحكام قانون الأسرة، بشهادة

¹ -عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 64 .

² -محمد سمارة، المرجع السابق، ص 69.

³ - قرار رقم: 81129 بتاريخ:17/03/1992،المجلة القضائية لسنة1994، عدد3 ، ص65.

الشهود الذين حضروا مجلس العقد وأفادوا بأنه حدد فيه الصداق والإيجاب والقبول، وكان ذلك بمعرفة الإمام الذي قرأ الفاتحة".¹

الفرع الثاني : الشروط المختلف فيها.

وهي مجموعة من الشروط لم يجمع الفقهاء على وجوب توافرها في شهود عقد الزواج، تتمثل في الذكورة، العدالة، البصر، القرابة:

أولا : الذكورة.

الشهود في عقد الزواج إما أن يكونوا ذكورا فشهادتهم صحيحة بالاتفاق وإما أن يكن نساء، فإن عقد الزواج بشهادة امرأتين فالعقد غير صحيح وهذا هو مذهب المالكية و هو مذهب الامام أحمد و الشافعي² لان الزواج ليس بمال و لا يقصد منه المال و يحضره الرجال عادة فلم يثبت بشهادتهن وحدهن كالحدود.

أما اذا كان الزواج بشهادة رجل و امرأتين فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يصح عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين وهو مذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة .

و القول الثاني: يصح عقد الزواج بشهادة رجل و امرأتين و هو مذهب الحنفية، لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة و أدائها وانما لم تقبل شهادتها في الحدود والقصاص بسبب

¹م ع ، غ أ ش م، قرار رقم : 96238 بتاريخ : 1993/09/28، غير منشور، انظر العربي بلحاج، قانون الأسرة مع

تعديلات الأمر 05-02 ومعلقا عليه مبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، المرجع السابق، ص 71.

²وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص74.

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

احتمال النسيان والغفلة و عدم التثبت¹، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُونَهَا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى²﴾ فهذه الآية الكريمة وردت في المداينة إلا أنها تفيد قبول شهادة النساء مع الرجال في العقود فلا ترد شهادتهن إلا بنص صريح.

غير أن الراجع في المسألة هو القول بقبول شهادة النساء مع الرجال في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا لقوة ما استدل به أصحاب هذا المذهب، ولأن الشهادة إنما شرعت لحفظ الحقوق والحرص على عدم ضياعها، والقول هنا بقبول شهادة النساء يحقق هذا الغرض، فقد أمر الله تعالى بإشهاد المرأتين لتوكيد الحفظ، وحيث أن مسائل الأحوال الشخصية كثيرا ما تقع بين أيدي النساء وتحت سمعهن وبصرهن، فالقول بشهادتهن مقبولة لا يتعارض مع طبيعة المرأة ولا مع مراد الشارع الحكيم المحافظة على الحقوق.³

أما في القانون الجزائري فاستنادا الى القواعد العامة فالمشرع الجزائري لم يفرق بين شهادة النساء و شهادة الرجال، أما في قانون الأسرة فيبدو أنه لا يقبل شهادة النساء في الزواج و ذلك من حلال كلمة "الشاهدان" الواردة في المادة 9 مكرر و التي تطلق على الذكور من دون الاناث، لكن اذا رجعنا الى المادة 33 من قانون الحالة المدنية نجد انها تقبل شهادة امرأتين في عقود الحالة المدنية حيث جاء فيها: " يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية ...دون تمييز فيما يخص الجنس..".

و بالرجوع الى قرارات المحكمة العليا نجد ان القضاة لم يقبلوا اثبات زواج عرفي بشهادة امرأتين حيث جاء في قرار لها: " من القواعد المقرر شرعا أن التنازع في الزوجية، إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 75.

² - الآية 282، سورة البقرة .

³ - محمد فتح النشار، أحكام شهادة النساء، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 40 .

السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ، يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت 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 تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ومخطف في أنواع الشهادات في الفقه. ومتى كان ذلك، استوجب نقض وإبطال القرار المطعون في".¹

ثانيا : العدالة.

لما كانت الشهادة وهي قبول قول الغير على الغير بهذه المرتبة العظيمة من الدين شرط الله تعالى فيها العدالة، فمن حكم الشاهد أن تكون له شمائل ينفرد بها و فضائل يتحلى بها حتى تكون له مزية على غيره، توجب له تلك المزية رتبة الاختصاص في قبول قوله و العدالة في الإصطلاح الشرعي هي ملكة تحمل على ملازمة التقوى و المروءة أدناها ترك الكبائر و الإصرار على الصغائر و ما يخل.²

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

القول الأول: لا يصح الزواج بشهادة الفاسق وهو مذهب الجمهور من مالكية و حنابلة و شافعية³، و استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل"، و قالوا إن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب، و الرجحان إنما يثبت بالعدالة

¹ - م ع ، غ أ ش م ، قرار رقم: 43889 صادر بتاريخ: 1986/12/15، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 2 ، ص 37

² - نور الدين أبولحية ، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د س ن، ص 162.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 75.

وأن الشهادة في باب النكاح لم تشترط إلا من أجل صيانتها من الجحود و الإنكار، و الصيانة لا تحصل إلا بالقبول، فإذا لم يكن مقبول الشهادة فلا تحصل الصيانة.

القول الثاني: عدم اشتراط العدالة في الشهود، فتجوز شهادة العدول وغير العدول في الزواج، و هو مذهب الحنفية¹، فقالوا أن أدلة النكاح مطلقة لم تقيد بشرط، ثم أن الشروط اللزوم توافرها في الشهادة قد تثبت بالدليل، فمن اشترط العدالة في شاهدي عقد الزواج فعليه بالدليل، و لم يَقم دليل على اشتراطها وأن الفاسق أهل لأن يزوّج نفسه و لا يُقدح في أهليته كونه فاسقا فإذا صحّت ولايته فمن باب أولى شهادته.

و يتبين مما تقدم أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اشتراط العدالة في عقد النكاح عملا بنص الحديث " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل، و ما من نكاح غير ذلك فهو باطل"، و ما تمسك به الأحناف من الروايات المطلقة فإنها تحمل على هذه الرواية المقيدة بالعدالة، لأن القاعدة الأصولية تقول أن المطلق يحمل على المقيد عند اتحاد الحكم و السبب، و ما هنا كذلك فيحمل المطلق على المقيد وفقا لهذه القاعدة.²

أما في القانون فلا يوجد نص صريح على اشتراط العدالة في الشهود عكس تشريعات الدول العربية التي نصت صراحة على اشتراط عدالة شهود عقد الزواج نذكر منها مدونة الاسرة المغربية حيث جاء في الفصل الخامس الفقرة الثانية: " سماع العدلين التصريح بالإيجاب و القبول من الزوجين و توثيقه"³، و بالرجوع الى قرارات المحكمة العليا نجدها تشترط في شهود عقد الزواج العدالة منها القرار رقم: 34438 الصادر بتاريخ: 1984/09/29 السابق ذكره.

¹- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص76.

²-ابراهيم الشحات منصور، المرجع السابق، ص 133.

³-أكلي زازون وأمال جبار، المرجع السابق، ص39.

ثالثا : البصر .

إنفق الفقهاء على قبول شهادة المبصر في عقد النكاح، لكنهم اختلفوا في قضية شهادة الأعمى وانقسموا بذلك إلى مذهبين :

المذهب الأول: ذهب أصحابه إلى القول بصحة عقد النكاح بشهادة الأعمى بل يجوز ان يكونا ضريرين اذا تيقنا الصوت تيقنا لا شك فيه، وهو مذهب الجمهور من الحنفية و المالكية و الحنابلة ووجه عند الشافعية¹، وأدلتهم في ذلك:

1. أن الشهادة تكون على قول يصدر من طرفي العقد فكما أنها تصح من المبصر لسماعه ما يصدر من أقوال تصح أيضا من الأعمى لسماعه ما يصدر من أقوال المتعاقدين أو طرفي العقد، بحيث يكون هذا الأعمى متيقنا من الصوت ولا يشك فيه.
2. أن الأعمى يصح نكاحه ومبايعته وأذانه ويلحق بذلك شهادته على ما استيقنه من الأصوات والكلمات.

3. إن الأدلة التي وردت في الشهادة إنما اشترطت العدالة.

المذهب الثاني : وذهب أصحابه إلى القول بعدم صحة عقد النكاح بشهادة الأعمى لأن الأقوال لا تثبت الا بالمعاينة كالسماع، وهو قول الشافعية في الأصح²، وأدلتهم في ذلك:

1. وجود شبهة وتتمثل في عدم التمييز بين طرفي العقد (الموجب والقابل) ومادامت هناك شبهة فلا تصح الشهادة.
2. قياس الأعمى على الأصم في عدم قبول الشهادة لوجود علة مشتركة بينهما، والمتمثلة في عدم تحقق المعرفة التامة لطرفي العلاقة التعاقدية، فالأعمى لعدم القدرة على رؤيتهما والأصم لعدم القدرة على سماع ما يصدر منهما من أقوال.

¹-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص299.

²-نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص157.

غير أن الراجع لدى فقهاء الشريعة هو مذهب القائلين بصحة شهادة الأعمى في عقد النكاح وهذا لعموم الأدلة في الكتاب والسنة ، فهي لم تفرق بين مبصر أو أعمى ، وحيث أنه لم يقد دليل على هذه التفرقة، تبقى الأدلة على عمومها حتى يرد نص على خصوصها فالأعمى مكلف عدل إذا تيقن الصوت فقد انتقت الشبهة في شهادته، ويكون حصل لديه العلم المطلوب في الشهادة.¹

أما في القانون الجزائري فكما هو الأمر بالنسبة للشروط الأخرى فلا يوجد أي نص صريح بخصوص قبول شهادة الأعمى .

رابعاً: القرابة

اختلف الفقهاء فيما إذا تقبل شهادة فروع أو أصول الزوجين أو فروع وأصول الموجب للكناح و هو الولي في عقد النكاح على قولين :

القول الأول : ويرى أصحابه بجواز انعقاد النكاح بشهادة عمودي النسب بالنسبة للزوجين أو عمودي النسب للولي، و هذا هو مذهب الحنفية و الشافعية و المالكية كما يصح الزواج بشهادة الحواشي و الأعمام إذا كان الولي عند غير الحنفية غيرهم.²

القول الثاني : لا يصح النكاح بشهادة عمودي النسب للزوجين و هذا هو المذهب عند الحنابلة.³

أما في قانون الأسرة الجزائري فليس هناك ما يمنع ان يكون الشهود في عقد الزواج من عمودي نسب الزوجين باستثناء ولي الزوجة فانه لا يمكن له الجمع ان يجمع بين صفته كولي و صفته كشاهد في مجلس العقد حيث جاء في قرار للمحكمة العليا مايلي : "و حيث

¹ - ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص 185 .

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص77.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص300.

أن هذا التسبب فيه خلط بين الولي من جهة و الشاهدين من جهة أخرى الواجب حضورهما مجلس العقد، و قضاة الموضوع استندوا الى شخصين لإثبات زواج عرفي مع أن أحدهما و هو الولي و أب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج و الا اعتبر ذلك مخالفا لنص المادتين المذكورتين(المادة 9 قانون اسرة قبل التعديل و المادة9مكرر بعد التعديل)¹.

¹ - قرار رقم: 600991 بتاريخ: 2011/02/10، المجلة القضائية لسنة 2011، عدد2، ص267.

المبحث الثاني: أثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا.

بعد أن رأينا المنزلة التي حظي بها الإشهاد في الزواج و العناية التي عني بها الشهود سنتناول في هذا المبحث أثر تخلف الإشهاد في الفقه الاسلامي في المطلب الأول، و اثر تحلفه في قانون الأسرة الجزائري في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا

اتفق اهل العلم ممن يشترطون الاشهاد في الزواج على بطلان النكاح من غير الاشهاد عليه كما اتفقوا على صحة النكاح الذي شهد عليه¹ وهنا نتطرق إلى نوعين من أنواع الزواج، أما الأول فيتمثل في الزواج بدون شهود أصلا، والنوع الثاني فيتمثل في الزواج بحضور الشهود مع التواصي على كتمانهم .

الفرع الأول: الزواج بدون شهود.

إن الحديث عن الزواج بدون شهود يقودنا لا محالة للحديث عن نكاح السر، وهو الزواج الذي لا يقع الإشهاد على إبرامه مطلقا.

فقال المالكية أن الزوجين اذا دخلا بلا اشهاد فان الزواج يفسخ بينهما بطلقة بائنة و لا حد على الزوجين ان كان الزواج و الدخول ظاهرا فاشيا بين الناس أو شهد على الزواج شاهد واحد و لو علما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشهاد، فإن لم يكن ذلك ظاهرا فاشيا بين الناس فإنهما يحدان أن أقرا بالوطء أو ثبت ببينة، وكونه يفسخ بطلاق لأنه عقد صحيح².

¹ -عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د ط، دار النفائس، الأردن، د س ن، ص 163.

² -محمد الخرشي، شرح الخرشي على خليل، ج3، د ط، د ب ن، د س ن، ص 168.

أما الجمهور فقالوا أن الزواج الذي لا يكون فيه شهود أثناء العقد و لا اعلان على الدخول يفسخ قبل الدخول أو بعده، ولكن لا حد فيه لوجود الشبهة، و الحدود ندرا بالشبهات، فمتى سقط الحد بعد الدخول وجب المهر علما بوجود الاشهاد او لم يعلما، و للمرأة كامل الصداق ان كان مسمى و صداق المثل ان لم يسمى لها صداق¹.

لكن الشيعة الإمامية ترى أن الشهادة ليست شرطا من شروط صحة عقد الزواج وتاممه، ويصح الزواج عندهم بغير شهود²، ذلك أن التراضي يكفي لانعقاد الزواج قياسا على كفاية التراضي في باقي المعاملات كالبيع وما فحسبهم أن الآيات الواردة في شأن الزواج لا تشترط الإشهاد عليه، فيجب العمل بهذه الآيات على إطلاقها.

الفرع الثاني: زواج بشهود توأصوا على كتمانهم.

اتفق الفقهاء جميعا على استحباب إعلان النكاح وإظهاره، لكنهم اختلفوا في حكم العقد المشهود عليه وتم التواصي فيه على كتمان الشهادة ، مما جعل بعض الفقهاء هذا النوع زواج سر، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا النكاح على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية في المشهور من المذهب ان نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه، أوصي غيرهم أيضا بكتمه أم لا، ولا بد أن يكون الموصي هو الزوج انظم اليه غيره كالزوجة أو وليها أم لا، وهذه هي طريقة ابن عرفة في نكاح السر، و الطريقة الأخرى للباقي تقول أن استكمام غير الشهود نكاح سر أيضا، كما لو توأصي الزوجان و الولي على كتمه ولم يوصوا الشهود بذلك وحكم هذا النكاح عندهم الفسخ ان لم يدحل الرجل بالمرأة، فان دخل بها فرق بينهما³.

¹-ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص343.

²-وهبة الزحلي، المرجع السابق، ص72.

³-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص301.

القول الثاني: ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن النكاح إذا شهد عليه شهود لا يعتبر سرا ولو تواصلوا عليه بالكتمان، فهو نكاح جائز وان صرحوا بكراهته، واعتبروا أن حضور الشاهدين هو في حد ذاته علانية فما اطلع عليه أكثر من شخص لا يعتبر سرا، فالنكاح إذا جاوز اثنين من الشهود خرج للعلن وهو في حالة اجتماع طرفي النكاح من زوج وزوجة وولي وشاهدين فيعتبر علانيا¹.

المطلب الثاني: أثر تخلف الإشهاد في الزواج قانونا.

في هذا المطلب سنتطرق إلى تخلف شرط الإشهاد في الزواج من الناحية القانونية على مرحلتين أساسيتين مرتبطتين بتعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الامر رقم: 02-05 . وعليه سنبين أثر تخلف الإشهاد قبل التعديل وبعده.

الفرع الأول: أثر تخلف الإشهاد في الزواج قبل تعديل قانون الأسرة.

إن الوصف الشرعي الذي يوصف به عقد الزواج من حيث الاعتداد به وترتيب آثاره عليه بسبب استيفائه لأركانه و شروطه أو عدم ذلك هو أما زواج صحيح أو زواج فاسد، فالصحيح ما تترتب عليه آثاره والفاسد ما لا تترتب عليه آثاره مالم يقترن بالدخول و يشمل الباطل و الفاسد، فالباطل فاسد و الفاسد باطلو كلاهما لا يترتب عليه شيء قبل الدخول².

إن المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 لم يميز بين أركان الزواج وشروطه بل كان يدمج بينهما أو بعبارة أخرى كان يعتبر شهادة الشهود ركنا من أركان عقد الزواج، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري والتي حررت كما يلي: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق"

¹ عبد اللطيف بعجي، تفردات المالكية في باب النكاح، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الاسلامية، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص48 .

² -أكلي زازون وأمال جبار، المرجع السابق، ص41.

حيث اعتبر المشرع الجزائري تخلف حضور الشاهدين مؤدي إلى فسخ الزواج، وهذا ما نصت عليه صراحة المادتين 32 و 33 من نفس القانون قبل تعديله سنة 2005، حيث حررتا كما يلي:

المادة 32: "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".

المادة 33: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن".
هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر فسخ عقد الزواج مرتبط باختلال أحد أركانه أو اشتماله على مانع أو شرط منافي لمتطلبات العقد، أما إذا اختل أحد أركانه فيؤدي إلى فسخ الزواج قبل البناء ولا يوجب فيه صداق¹.

لكن إذا ما حصل الدخول بين الزوجين وكان الزواج مختلا في أحد أركانه وجب هنا تثبيته وأوجب فيه صداق المثل.

وفي حالة إبرام عقد الزواج واختل فيه ركن أو أكثر من أركانه المذكورة حصرا في نص المادة التاسعة السالفة الذكر، فإن ذلك يؤدي إلى إبطاله، بعبارة أخرى فإن اجتماع تخلف الشهود مع أحد الأركان الأخرى يؤدي إلى تحول فسخ عقد الزواج إلى جعله باطلا.

الفرع الثاني: أثر تخلف الإشهاد في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة.

إن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري لقانون الأسرة بموجب الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005، حيث نصت المادة الرابعة منه على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي" هذه المادة حررت في ظل القانون القديم على النحو التالي: "الزواج عقد يتم بين

¹ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 331.

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

رجل وامرأة على الوجه الشرعي...."، وهنا يتضح جليا أن المشرع قد خالف جمهور الفقهاء في تكييفه لعقد الزواج، واعتبره صراحة عقدا رضائيا.

ولقد عدلت المادة التاسعة نص من قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم: 02-05 وحررت كما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهنا المشرع نراه تخطى عن بقية الأركان الأخرى التي أشار إليها في نفس المادة قبل التعديل وأدرجها في مادة أخرى جديدة هي المادة 09 مكرر.

وبالنظر إلى نص المادتين 32 و 33 من ق.أ.ج المعدلتين واللتين حررتا كما يلي:

المادة 32: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"

المادة 33: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فالمشرع هنا اعتبر ضمنيا أن عقد الزواج من العقود الشكلية على الرغم من الإشارة إليه في المادة الرابعة السابقة الذكر إلى أنه عقد رضائي، و ما يلاحظ كذلك ان الشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 33 خالف ما ذهب اليه الجمهور ومعهم المالكية الذين قالوا بالتفريق بين العاقدین بطلقة بائنة بعد الدخول و ذلك بأن جعل الزواج يثبت بعد الدخول بصداق المثل و هذا الذي لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية¹.

و في الأخير و بعد الانتهاء من الفصل الثاني المتعلق بأحكام الإشهاد في الزواج شرعا و قانونا، يمكن القول أنه كان المشرع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم: 02-05 أن يتعرض للإشهاد في الزواج فيزيده بيانا و توضيحا، و الحاجة ماسة لذلك

¹-زازون أكلي وجبار أمال، المرجع السابق، ص42.

الفصل الثاني أحكام الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا

إذ بالإشهاد يتميز النكاح عن السفاح، كما أنه لا يقال أن قانون الأسرة قد أحال في مادته 222 الى مبادئ الشريعة الاسلامية فيما لم يرد فيه نص، إنما يقال هذا عندما يبذل المشرع قصارى جهده لسد الفراغ التشريعي خاصة وأن القاضي يجد نفسه في حرج على أي مذهب فقهي يعتمد في المسائل الخلافية، فليس هناك مبرر للمشرع في عدم أفراد شرط الإشهاد بمواد خاصة به في قانون الأسرة بحيث تتضمن شروط الشهود و محل الإشهاد بالتفصيل على غرار التشريعات العربية.

الخاتمة

لم يسلك المشرع طريقا واحدا و واضحا فيما يتعلق بالإشهاد في الزواج لا من حيث تكييفه الشرعي، ولا من حيث أثر تخلفه، ناهيك عن إهماله للأوصاف و الشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود ، كما أنه لم يحدد محل الإشهاد في عقد الزواج مقارنة بجل قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية .

فمن حيث الحكم فهو عد الإشهاد قبل تعديل قانون الأسرة ركنا من أركان عقد الزواج وفق رأي بعض الشافعية، أما بعد تعديل قانون الأسرة فلم يبين صراحة في المادة 9 مكرر هل الإشهاد شرط لصحة عقد الزواج، أي يجب أن يشهد على عقد الزواج في مجلس العقد وفق رأي جمهور الفقهاء، أم هو شرط لتمام عقد الزواج يجب أن يكون الإشهاد على العقد قبل الدخول وفق رأي المالكية .

أما فيما يتعلق بالصفات والشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود، فيمكن القول أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد أورد شرط التعدد فقط الذي يستشف من خلال كلمة "شاهدان" المذكورة في المادة 09 مكرر قانون أسرة، أما الشروط الأخرى فيجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا للمادة 222 قانون أسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة والرجوع كذلك إلى قانون الحالة المدنية .

وأما فيما يتعلق بأثر تخلف الإشهاد في الزواج الذي أشارت إليه المادة 2/33 قانون الأسرة فهو و إن اكتفى بالفسخ قبل الدخول موافقا في ذلك رأي الجمهور من الفقهاء من شافعية وحنفية وحنابلة، إلا أنه خالف رأي كل الفقهاء من شافعية وحنفية وحنابلة ومالكية فيما يتعلق بحكم تخلف الإشهاد بعد الدخول فجعله يثبت بعد الدخول بصداق المثل، بينما رأي كل الفقهاء هو الفسخ بعد الدخول .

ولهذا كان يفترض من المشرع الجزائري عند تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم: 05 - 02 أن يتعرض للإشهاد في الزواج بمزيد من التفصيل والتوضيح ، وكذلك الأمر

بالنسبة لتعديل قانون الحالة المدنية بموجب القانون رقم : 14-08 ، الذي أبقى على المادة 33 التي تجيز شهادة إمرأتين في عقود الحالة المدنية ومن بينها عقود الزواج، وعليه كان على المشرع الجزائري أن يبذل قصارى جهده لسد الفراغ التشريعي حتى يحد من حالات الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية .

وفي الأخير يمكن إجمال ما توصلنا إليه في :

- الإشهاد في الزواج شرط في صحة العقد لقوة أدلة أصحاب هذا الرأي، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري .
- شهادة عمودي نسب الزوجين مقبولة في النكاح ، بل هي أولى وذلك لمعرفة لمعرفتهم بالزوجين وخلو المرأة من الموانع الشرعية .
- حتى يتحقق معنى الإشهاد لا بد أن ينصب الإشهاد على الإيجاب والقبول، ولا يكون ذلك إلا بسماع الشاهدين الإيجاب و القبول في مجلس العقد .

أما بالنسبة للاقتراحات فتمثل في :

* على المشرع الجزائري التفصيل في الأحكام الخاصة بالإشهاد في الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة بذكر الصفات والشروط الواجب توافرها في الشهود وضرورة حضورهم مجلس العقد، و ذلك بإفراد هذا الشرط بأكثر من مادة قانونية كما هو الحال بالنسبة للصداق و الولي .

* تعديل المادة 33 من قانون الحالة المدنية أو إضافة مادة جديدة في الفصل الثاني الخاص بعقود الزواج تتعلق بالصفات و الشروط التي يجب توافرها في الشهود تكون متطابقة مع مواد قانون الأسرة بعد تعديل هذا الأخير .

* تعديل المادة 2/33 قانون أسرة بحيث يفسخ عقد الزواج الذي لم يشهد عليه سواء قبل أو بعد الدخول وفقا لرأي جمهور الفقهاء مادام أن المشرع الجزائري اعتبر الإشهاد في الزواج شرط صحة .

وفي الأخير نتمنى أن نكون قد أعطينا الموضوع ما يستحقه من الجهد و الدراسة .

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: المصادر

- القرآن الكريم برواية حفص.

القوانين:

ا. القوانين الوطنية:

أ- النصوص القانونية:

1. أمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 30/09/1975.
2. أمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في: 27/02/1970.
3. قانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24 مؤرخة في: 12/06/1984.
4. أمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 27/02/2005 يعدل و يتم القانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة، جريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في: 27/02/2005.
5. قانون رقم 14 - 08 المؤرخ في 09 /08 /2014 يعدل ويتم الأمر رقم: 70-20 المتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة في: 20 /08 /2014

ب- النصوص التنفيذية:

1. مرسوم تنفيذي رقم: 10 - 211 المؤرخ في 16/09/2010 يحدد قائمة مطبوعات الحالة المدنية ، جريدة رسمية عدد 54 مؤرخة في: 19/09/2010 .
2. مرسوم تنفيذي رقم: 14-75 المؤرخ في: 17 /02 /2014 يحدد قائمة وثائق الحالة المدنية ، جريدة رسمية عدد 11 مؤرخه في: 26 - 02 - 2010 .

II. القوانين الأجنبية:

1. قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر تحت رقم: 31 سنة 1984 والمعدل تحت رقم: 66 سنة 2007 .
2. قانون الأحوال الشخصية الموريتاني الصادر تحت رقم: 52- 2001 بتاريخ: 19-06-2001.
3. مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب الظهير الشريف رقم: 22 - 04 بتاريخ: 03 فيفري 2004.
4. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر تحت رقم: 28 سنة 2008.
5. قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر تحت رقم: 36 سنة 2010.

ثانيا: المراجع

ا. الكتب:

1. أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1975.
2. أبو الحسين يحيى، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، دار المنهاج، جده، 2000.
3. أبو العباس أحمد الصاوي، حاشية الصاوي على شرح الصغير، د. ط، دار المعارف .
4. أبو عبد الله محمد الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط1، دار الرضوان، نواكشوط، 2010.

5. أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل مع حاشية العدوي، ج7، ط2، مطبعة الأميرية، مصر، 1990.
6. أبو عبد الله محمد الخرشي ، شرح الخرشي على خليل، د ط، د ب ن، د س ن.
7. أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، بحث تحليلي و دراسة مقارنة، ط2، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
8. ابن قدامة المقدسي، المغنى ، د ط، مكتبة القاهرة، مصر، 1968.
9. ابراهيم البيجوري، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي ، ط2، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1990.
10. أحمد بن محمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، نيجيريا، 2000.
11. البيهقي، السنن الكبرى، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
12. الدارقطني ، السنن ، ط1 ، مطبعة مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 2004.
13. الطبراني، المعجم الكبير ، ط2 ، مطبعة ابن تيمية ، القاهرة. د س ن.
14. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
15. العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012 .
16. العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال اربعين سنة (1966-2006)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
17. العربي شحط عبد القادر و نبيل صقر، الاثبات في المواد الجنائية، د ط، دار الهدى، 2006..

18. القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط 1 ، دار ابن عفان، مصر، 2008.
19. جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الاسلامي و القانون و القضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.
20. كمال الدين محمد ابن الهمام، فتح القدير ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
21. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، ط 2 ، ج 7، دار الفكر ، دمشق، 1985 .
22. حسين بن محمد المحلي، الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، ط1، دار القلم العربي، سوريا، 1995.
23. يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاة المحكمة العليا، دار هومة ، الجزائر، 2005.
24. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة الإرشاد، الرياض.
25. مالك ابن أنس، الموطأ، ط 3، مطبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
26. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د ط، دار الفكر العربي، د ب ن، دس ن.
27. محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
28. محمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2013 .

29. محمد رأفت عثمان، عقد الزواج أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي،
د ط، د ب ن، د س ن.
30. محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية،
ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2002،
31. محمد فتح النشار، أحكام شهادة النساء، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر،
الإسكندرية، 2006 .
32. مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم، ط1 ، دار الحديث ، القاهرة
، 1991 .
33. محمود الشحات إبراهيم ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، د ط ، د ب
ن، د س ن.
34. منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ، ط1، مطبعة عالم
الكتب، بيروت، 1997 .
35. نور الدين أبولحية ، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، ط 1، دار الكتاب
الحديث، القاهرة، د س ن.
36. عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3، دار
هومة ، الجزائر، 1995.
37. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على
وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم ، ط2 ، دار القلم، الكويت،
1990 .
38. عبد المنعم فرج صده، الإثبات في المواد المدنية، ط2، مطبعة مصطفى
الحلبي، القاهرة، 1954.

39. عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ط2، مطبعة المكتب الإسلامي، بيروت،
1983.
40. علاء الدين أبي بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق
علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت،
2003.
41. عماد الدين اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط1، دار البيان
الحديثة، القاهرة، 2004..
42. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د ط، دار
النفائس، الاردن، د س ن.
43. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط1، دار الثقافة للنشر
والتوزيع، الأردن، 2008 .
44. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار،
عنابة، 2006.
45. صالح بن فوزان، الملخص الفقهي، ط1، دار العاصمة للنشر والتوزيع،
الرياض 2002.
46. رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم ، مسائل الأحوال
الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون القضاء
دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، منشورات الحلبي، لبنان،
2008.
47. شمس الدين الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، د
ط، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

48. قاسم بن عبد الله القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
49. مجموع فتاوى ابن تيمية، المجلد 32، مجمع الملاك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2009
50. الموسوعة الفقهية الكويتية، د ط، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامي، الكويت. د س ن.

II. الرسائل و المذكرات الجامعية:

1. رابح لالو، الشهادة في الإثبات الجزائي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016 .
2. عبد اللطيف بعجي، تفردات المالكية في باب النكاح، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الخاج لخضر، باتنة، 2009-2010
3. عبد الناصر حمزة، عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة، مذكرة معدة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.
4. حكمت محمد البسوس، الاشهاد على الطلاق و الرجعة و تطبيقاته في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2010.

III. المقالات:

1. أكلي زازون و أمال جبار، "الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة الجزائر 1، ج4، العدد 31.
2. مازن مصباح، "أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 11، العدد 1، 2009.
3. عبد الله حاج أحمد، "إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي الجزائري"، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، مجلد 1، جامعة الوادي، 2015.

IV. المعاجم و القواميس:

1. ابن منظور، لسان العرب ، ط3، دار صادر، بيروت، 1993.
2. أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ط2، دار المعارف، القاهرة.

V. القرارات القضائية:

1. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم : 34438 الصادر بتاريخ: 1984/09/24 ،مجلة القضائية لسنة 1990 ، عدد 1 .
2. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم: 43889 صادر بتاريخ: 1986/12/15، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 2 .
3. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم : 51107 بتاريخ : 1989/01/02، المجلة القضائية لسنة 1992 ، ج 3 .
4. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم: 53272 بتاريخ: 1989/03/27 ، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 3.
5. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم : 56707 صادر بتاريخ : 1989/12/11، غير منشور .
6. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم: 81129 بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 3 .

قائمة المصادر و المراجع

7. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم : 96238 بتاريخ : 1993/09/28، غير منشور.
8. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم: 102746 بتاريخ :1994/03/22، النشرة القضائية، عدد 50 .
9. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم:600991 بتاريخ: 2011/02/10، المجلة القضائية لسنة 2011، عدد2.
10. المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، قرار رقم:693621 بتاريخ:2012/07/12، المجلة القضائية لسنة 2012، عدد2.

الفهرس

01.....	مقدمة
05.....	الفصل الاول : ماهية الإشهاد في الزواج
06.....	المبحث الأول : مفهوم الإشهاد في الزواج
06.....	المطلب الأول : التعريف بالإشهاد
06.....	الفرع الأول: تعريف الشهادة
10.....	الفرع الثاني : دليل مشروعية الشهادة
11.....	الفرع الثالث: أنواع شهادة الشهود
15.....	المطلب الثاني : الحكمة من الإشهاد في الزواج
15.....	الفرع الاول: بالنسبة للعاقدين
16.....	الفرع الثاني: بالنسبة للمجتمع
18.....	المبحث الثاني : التكيف الشرعي والقانوني للإشهاد في الزواج
18.....	المطلب الأول : التكيف الشرعي للإشهاد في الزواج
18.....	الفرع الأول : الإشهاد شرط لصحة الزواج
22.....	الفرع الثاني : عدم اشتراط الإشهاد في الزواج
24.....	الفرع الثالث : الإشهاد شرط لنفاذ الزواج
28.....	المطلب الثاني : التكيف القانوني للإشهاد في الزواج
28.....	الفرع الأول : التكيف القانوني للإشهاد في الزواج قبل تعديل قانون الأسرة

- 29.... الفرع الثاني : التكيف القانوني للإشهاد في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة
- 33..... الفصل الثاني: أحكام الإشهاد في الزواج شرعا و قانونا
- 34..... المبحث الأول : تحقق الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا
- 34..... المطلب الأول : محل الإشهاد في الزواج
- 34..... الفرع الأول : الشهادة على الإيجاب و القبول
- 36..... الفرع الثاني : الإشهاد على مقدار الصداق
- 37..... الفرع الثالث الإشهاد على رضا الزوجة
- 39..... المطلب الثاني : شروط الإشهاد في الزواج شرعا و قانونا
- 39..... الفرع الأول : الشروط المتفق عليها
- 48..... الفرع الثاني : الشروط المختلف فيها
- 55..... المبحث الثاني: أثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا وقانونا
- 55..... المطلب الأول: أثر تخلف الإشهاد في الزواج شرعا
- 55..... الفرع الأول: الزواج بدون شهود
- 56..... الفرع الثاني : زواج بشهود تواصلوا على كتمانهم
- 57..... المطلب الثاني: أثر تخلف الإشهاد في الزواج قانونا
- 57..... الفرع الأول: أثر تخلف الإشهاد في الزواج قبل تعديل قانون الأسرة
- 58..... الفرع الثاني: أثر تخلف الإشهاد في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة

61.....الخاتمة:

64.....قائمة المراجع:

المخلص:

يعتبر الزواج من بين العقود المهمة في حياة الإنسان، ولهذا قامت الشريعة الإسلامية والقانون بتنظيمه ورعايته أكثر من العقود الأخرى بحيث لا يكفي لانعقاده الرضائية بل لا بد من الإشهاد عليه بشهود تتوفر فيهم شروط وصفات معينة، وذلك من أجل إخراجهم من السر إلى العلن وتمييزه عن العلاقات الأخرى غير الشرعية، لكن الفقهاء اختلفوا في تكييف الإشهاد في الزواج على أنه ركن أو شرط صحة أو شرط نفاذ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء وعد الإشهاد في الزواج من شروط الصحة، لكنه أغفل ذكر الشروط والصفات الواجب توافرها في الشهود، كما نص على أن الزواج بدون شهود يثبت بعد الدخول.

Abstract:

The marriage contract is one of the most important contracts in life of men ,this is why the Islamic Sharia has organized it more than other contracts.

it is not sufficient for it to be consensual. Rather,it must be certified by witnesses who have certain condotions and characterestics in order to make the marriage both public and legal.

However ;scholars differedafter agreeing on the requirement of attestation in marriage regarding its adaptation between the pillar and the condition of truthfulness and the condition of access.

As for the Algerian legislator ;he took the view of the majority of jurists and considered the presence of witnesss in marriage a conditions of its teuthfulness,but he ignored the condotions and qualities that witnesses must have.It also stated that marriage without witnesses is proven after consumption which is not .stated by the majority of jurists who requir attestation in marriage.