

دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العرفي

The role of jurisprudence in addressing procedural vacancy in proof of marriage customary

د. رتيبة عياش⁽¹⁾

جامعة لوئيسي علي - البليدة 2 (الجزائر)

عضو مخبر قانون الأسرة - جامعة الجزائر 1

ayacheratiba@gmail.com

تاريخ النشر
02 نوفمبر 2021

تاريخ القبول:
25 أوت 2021

تاريخ الارسال:
01 أبريل 2021

المخلص:

تميز مجال شؤون الأسرة بالشغور الإجرائي في معظم مسائله، ولم يتمكن المشرع من معالجته بإصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 الذي خص شؤون الأسرة بفصل مستقل، لأنه تضمن نصوصا عامة، ولكون قانون الأسرة ذا طبيعة خاصة، ولعل أهم المسائل التي شابها هذا الشغور مسألة إثبات الزواج العرفي، باعتباره من أهم الدعاوى الخاصة بقضايا الأسرة، الأمر الذي يحتم تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة، الذي يحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وبناء على ذلك انصبت هذه الدراسة على بحث مدى مساهمة الاجتهاد القضائي الصادر في المسائل المرتبطة بإثبات الزواج العرفي في معالجة هذا الشغور، من خلال استقراء قرارات المحكمة العليا وتحليلها، ومقارنة ما قضت به مع ما جاء من أحكام فقهية منظمة للجانب الإجرائي لتلك المسائل .

الكلمات المفتاحية : إثبات، زواج، عرفي، شغور، اجتهاد قضائي.

Abstract:

The field of family affairs was characterized by procedural vacancy in most of its issues, and the legislator was unable to address it by issuing the Civil and Administrative Procedures Law No. 08-09, which singled out the Family Affairs with an independent chapter; because it included general provisions, and because the family law is of a special nature. Perhaps the most important issue marred by this vacancy is that of proving Customary marriage, as it is one of the most important lawsuits concerning family issues which necessitates the application of the text of Article 222 of the Family Code, which refers the judge to the provisions of Islamic law. Accordingly, this study focused on examining the extent of the contribution jurisprudence issued in matters related to the proof of Customary marriage in addressing this vacancy, by extrapolating and analyzing decisions of the Supreme Court, and comparing what it has decided with the jurisprudential rulings that regulate the procedural aspect of these issues.

key words: Proof, marriage, customary, vacancy, Jurisprudence.



مقدمة:

نصت المادة 22 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 على ما يلي: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"¹، ويقصد بالزواج غير المسجل في الحالة المدنية الزواج العرفي الذي يعد مصطلحا حديثا أطلق على عقد الزواج غير الموثق بوثائق رسمية معينة، أو بعبارة أخرى عقد الزواج الذي توفرت شروطه ولم يوثق، وتتمثل شروط عقد الزواج بالإضافة إلى ركن الرضا في الصداق والولي والشاهدين، بموجب المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، هذا العقد يمكن إثباته إذا لم يكن مسجلا بحكم قضائي تطبيقا لنص المادة المذكورة أعلاه، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09²، الذي استحدثت المشرع بموجبه أحكاما إجرائية خاصة بكل قسم ذي طبيعة خاصة، ومنها قسم شؤون الأسرة الذي خصص له فصل مستقل به من المادة 324 إلى المادة 499، فإن المشرع أولى أهمية خاصة لإثبات الزواج بموجب المادة 324 التي تنص في فقرتها الثالثة على أنه: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص: دعاوى إثبات الزواج والنسب".

لكن الملاحظ أن النص جاء عاما مغفلا للمسائل الإجرائية المرتبطة بإثبات الزواج العرفي، الأمر الذي يحتم تطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، ولعل المعول عليه في الشريعة الإسلامية في إثبات الزواج هو الإشهاد عليه، حيث أن الحكمة من اشتراط الإشهاد ببيان خطوره الزواج وأهميته وإظهار أمره بين الناس لدفع التهمة عن الزوجين، كما يتحقق بالشهادة توثيق أمر الزواج والاحتياط لإثباته عند الحاجة إليه، وبالرجوع إلى المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة مباشرة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا.

لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا

الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق."

نلاحظ توسيع المشرع لدائرة الأشخاص الذين يعتد بشهادتهم في مجال قضايا الحالة والطلاق، بعدما منع قبول شهادتهم في غيرها من القضايا، وهذا ما سار عليه قضاء المحكمة العليا في مجال إثبات الزواج العرفي، حيث جاء في قرار لها ما يلي: "من المستقر عليه أنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق ومتى تبين- في قضية الحال- أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا

واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصادق، فإن قضاء الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن³، كما قضت في قرار آخر بالآتي نصه: "بما أن القضية متعلقة بحالة الأشخاص فكان على قضاء المجلس الاعتماد على شهادة أقارب الطاعنة الذين أكدوا أثناء التحقيق أنها تزوجت فعلا بالمدعى عليه في الطعن وهذا بحضور أشقائها ومنهم شقيقها بصفته ولي أمرها والذي صرح بدوره أن زواج أخته تم مع المدعى عليه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية وبرضاها وحدد الصادق... وهذا بحضور الشاهدين (ط.س) و(ح.م) الذي تم بين الطاعنة وبين المطعون ضده، ومن ثمة فأركان الزواج المنصوص عليها متوفرة، وبالتالي فالقرار المطعون فيه الذي قضى بإلغاء الحكم القاضي بتثبيت الزواج خالف أحكام قانون الإجراءات المدنية، مما يجعل الوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة"⁴.

وبناء على ما سبق يلاحظ الشغور فيما يخص إجراءات إثبات الزواج العرفي من حيث الضوابط الواجب توفرها في الشاهد، ومن حيث نوع الشهادة المعتمد بها في الإثبات، وكذا عدم وجود حلول قانونية للإشكالات التي يمكن أن تعترض إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود، ومع هذا الإغفال الإجرائي استلزم الأمر الرجوع إلى الاجتهاد القضائي الصادر في مجال إثبات الزواج العرفي، وذلك بموجب المادة 222 التي أحالت القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

والإشكال الذي يمكن طرحه بهذا الصدد يتمثل فيما يلي: ما مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إزالة الإغفال الإجرائي في قضايا إثبات الزواج العرفي؟

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي من خلال بحث الاجتهاد القضائي الصادر في المسائل المرتبطة بإثبات الزواج العرفي، ثم تحليل هذه القرارات بناء على المنهج التحليلي، مع الاعتماد على المنهج المقارن بالموازنة بين ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا من قرارات وبين ما جاء من أحكام فقهية، بغية الوصول إلى حلول إجرائية للشغور الذي شاب قضايا إثبات الزواج العرفي، والتي قد تكون موضوع نصوص قانونية لاحقا.

وللإجابة على الإشكال المطروح أعلاه تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، حيث يتضمن المبحث الأول تحديد خصائص إثبات الزواج العرفي بالشهادة في ظل الاجتهاد القضائي، أما المبحث الثاني فيشمل تفصيل الحلول الإجرائية المكرسة في اجتهاد المحكمة العليا للإشكالات التي تعترض إثبات الزواج العرفي بالشهادة.

المبحث الأول: خصائص إثبات الزواج العرفي بالشهادة

حرصا من الاجتهاد القضائي على حماية الزواج الذي توفرت فيه مقوماته الشرعية، فإنه خص إثبات الزواج العرفي بخاصيتين مهمتين، تتمثل الخاصية الأولى في إعمال مبدأ الاحتياط في الإثبات (المطلب الأول)، أما الخاصية الثانية فتكمن في اشتراط توفر مجموعة من الضوابط من أجل الإثبات بشهادة الشهود (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ الاحتياط في إثبات الزواج العرفي بالشهادة

جاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا ما يلي: "حيث أن وجه الطعن يؤخذ المطعون ضدها على رفع دعواها لإثبات زواجها العرفي بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاء الزوج (ر.ح)، غير أن حقها في طلب إثبات زواجها من المرحوم المذكور أنفا لا يحدده القانون بمهلة معينة ومادامت قد أثبتته بشهادة الشاهدين...".⁵

وجاء في قرارا للمجلس الأعلى ما يلي: "حيث أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين، وأن كل امرأة تدعي أن فلانا تزوج بها، فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود، والطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول، وأن الأشخاص الذين أتت بهم إلى الموثق لم تكن شهادتهم كافية لإثبات الزواج، وقد أعطاهما المجلس الأعلى فرصة عساها أن تثبت الزواج الذي تدعيه، ولكنها بقيت على حالتها كما جاءت إلى المجلس الأعلى في المرة الأولى، لذا ففضاء القرار المطعون فيه حينما أخذوا بعدم وجود الزواج لم يكن لهم طريق آخر غيره، وكانوا على صواب، والنعي عليهم بما ورد في الوجه في غير محله".⁶

وجاء في حيثيات قرار آخر ما نصه: "حيث أن القرار جاء فعلا مشوبا بالقصور وأساء تطبيق المادة 338 من القانون المدني⁷، ذلك لكون قضاء الموضوع بمجلس قضاء معسكر لم يبحثوا ولم يجروا التحقيق الضروري في قضية الحال، خاصة وأن الطاعنة أشارت إلى أن لها عدو شهود حضروا يوم إبرام زواجها العرفي بالمطعون ضده ومنهم كل من (ر.م) المولود بالبرج و(ع.م) ولد (ع.م) هو الآخر بالبرج، وقد أبديا استعدادهما للإدلاء بشهادتهما أمام قضاء الموضوع.

وحيث أن قضية الحال تعد من قضايا الحالة، وبالتالي فلا تطبق بشأنها المادة 338 من القانون المدني، لأن مثل هذه القضايا تعتمد غالبا على الشهود، وهؤلاء تارة يحضرون وأخرى يغيبون لتغيير إقامتهم وسكناهم مما يجعل بعض الأزواج يعجزون عن تقديم حججهم بسبب ذلك.

وحيث كان من المفروض على قضاء الموضوع القيام بإجراء تحقيق موسع لأهمية قضية الحال ومصير ولدين بسماع شهود الطاعنة والتأكد من أقوالهم وأيضا سماع زوج الطاعنة السابق

(ح.م.ح) إذا اقتضى الحال، وبهذا فقط يمكن الوصول إلى الحقيقة مهما كانت وسواء كانت في مصلحة الطاعنة أو ضدها.

ولما قضى قضاءً الموضوع بمجلس قضاء معسكر بخلاف هذا فإن قضاءهم المنتقد جاء مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون (المادة 338 من القانون المدني) مما يجعل الأوجه المثاراً وجيهة والقرار المنتقد عرضة للنقض والإبطال.⁸

كما جاء في قرار للمحكمة العليا الآتي نصه: "بدعوى أن الطاعنة أثارَت الدفع بسماع الشهود والولي والإمام الذي قرأ الفاتحة لإثبات الزواج الواقع بينها وبين المطعون ضده، ومع ذلك فالقرار المطعون فيه قضى بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض إثبات هذا الزواج دون مناقشة الدفع المثار حول سماع الشهود مخالفاً بذلك أحكام المادة 9 (مكرر)⁹ من قانون الأسرة.

حيث أنه بالفعل وبعد الإطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاءً المجلس قضاوا بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض إثبات الزواج العرفي الذي تدعي به الطاعنة، وأنه وقع سنة 1998 مع المطعون ضده دون أن يناقشوا الدفع المثار من طرف الطاعنة حول سماع الشهود الذين حضروا قراءة الفاتحة بينها وبين المطعون ضده ودون سماع الإمام الذي قرأ الفاتحة.

حيث كان من المفروض على قضاءً الموضوع بمجلس قضاء المسيلة منح فرصة للطاعنة لجلب شهودها ووليها والتأكد من واقعة الزواج المدعى به ومما إذا قد عين مهر لها.

حيث أن حرمان الطاعنة مما ذكر أعلاه يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بالقصور، مما يجعل الوجه مؤسسا، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه والإحالة إلى نفس المجلس".¹⁰

يستفاد من القرارات السابقة ما يلي:

- دعوى إثبات الزواج العرفي غير محدد بـأجل، ويمكن رفعها حتى بعد وفاة أحد الزوجين، وهذا من باب الاحتياط في إثبات الزواج العرفي.

- استقرار الاجتهاد القضائي على أن وسيلة إثبات الزواج العرفي هي الشهادة.

- استقرار الاجتهاد القضائي على الحرص على إثبات الزواج العرفي، ومنح فرصة لمن يدعيه بذلك، بتأكيد قضاء المحكمة العليا على ضرورة مناقشة الدفع بسماع الشهود، وحرمان الطاعنة من ذلك يؤدي إلى إشابة القرار بالقصور.

- إثبات الزواج العرفي يعد من قضايا الحالة، وبالتالي لا يمكن أن تطبق بشأنها أحكام المادة 338 من القانون المدني، أي يمكن نقض القرينة المتمثلة في اعتبار الحكم الحائز قوة الشيء المقضي به حجة بما فصل فيه من حقوق، لأنه يتعين على قضاءً الموضوع إجراء تحقيق موسع - نظرا لأهمية القضية - للوصول إلى الحقيقة، من خلال سماع شهادة الشهود وسماع زوج

الطاعنة، لأن سماع الشهود يعد من بين وسائل التحقيق المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادتين 859 و860، ومخالفة ذلك يؤدي إلى إشابة القرار بالقصور والخطأ في تطبيق القانون.

المطلب الثاني: ضوابط إثبات الزواج العرفي بالشهادة

أحاط الاجتهاد القضائي بإثبات الزواج العرفي بالشهادة بمجموعة من الضوابط، منها ما يخص الشهود أنفسهم (الفرع الأول)، ومنها ما يرتبط بالشهادة المعتبرة في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط الشاهد

قضى المجلس الأعلى في القرار المذكور أعلاه بأن: "الزواج لا يثبت إلا بشهادة شاهدين عدلين، وأن كل امرأة تدعي أن فلانا تزوج بها، فلا بد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود، والطاعنة لم تأت بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول، وأن الأشخاص الذين أتت بهم إلى الموثق لم تكن شهادتهم كافية لإثبات الزواج"¹¹.

وجاء في الوجه الوحيد للطعن: "المأخوذ من النقص في التسبب مما يساوي عدم التسبب وانعدام الأساس القانوني بدعوى أن المجلس القضائي لم يجب عن الوجوه الموجودة في عريضة ترجيع الدعوى أمامه، بحيث أن المدعى عليه لم يستأنف الحكم التمهيدي الذي قضى بين الطرفين في: 25/ 03/ 1978 بتعيين الموثق بتحرير رسم لفيض...".

كما قضى في قرار آخر بما يلي: "الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه جاء خالياً من أية حجة أو بيينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخطئاً في فهم أنواع الشهادات في الفقه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹².

وقضت المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2007 بأن: "شهادة شاهد وامرأتين وهما قريبتان للطاعنة مقبولة شرعاً وقانوناً وفق أحكام قانون الإجراءات المدنية، الأمر الذي يجعل القرار المنتقد عرضة للنقض والإبطال"¹³.

ويستفاد من الاجتهادات المذكورة نصوصها أعلاه ما يلي:

- اشتراط قضاء المحكمة لتعدد الشهود في إثبات الزواج العرفي، وهذا الشرط متفق عليه فقهاً في شهود الزواج،¹⁴ وقد نصت عليه المادة 9 مكرر من قانون الأسرة.

- تكريس الاجتهاد القضائي لشرط الذكورة في الشهود صراحة في القرار الثاني وضمنا في القرار الأول، معتمدا في ذلك على رأي جمهور الفقهاء غير الأحناف، إذ لا يصح الزواج بشهادة النساء وحدهن ولا بشهادة رجل وامرأتين، لخطورته الزواج وأهميته، بخلاف الشهادة في الأموال والمعاملات المالية¹⁵، وقد وافق في ذلك ما طبقه النبي - صلى الله عليه وسلم -، لما رواه أبو عبيد عن الزهري أنه قال: " مضت السنة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق"¹⁶، لكن الملاحظ تغير اتجاه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر سنة 2007 بالاستناد على رأي الأحناف الذين يرون جواز شهادة رجل وامرأتان في عقد الزواج كالشهادة في الأموال، لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها¹⁷، وقد جانب هذا القرار الصواب بمخالفة رأي الجمهور المبين أعلاه، وكذا مخالفة ما استقر عليه التطبيق القضائي والعملي لإبرام عقود الزواج.

- اشتراط الاجتهاد القضائي لعدالة شهود الزواج، اعتمادا على رأي جمهور الفقهاء في أرجح الروايتين عن أحمد وفي الصحيح عند الشافعية، وهذا على خلاف الأحناف الذين لا يعتبرونها شرطا في الشهود، ويقصد بالعدالة الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والانحراف¹⁸.

- يلاحظ أن الاجتهاد لم يعتد بشهادة الشهود أمام الموثق، الذي حرر رسم الليف كما جاء في القرار الأول، لكن الإشكال أن هذا الاجتهاد لم يكن دقيقا عندما قرر أن الشهادة المدلى بها أمام الموثق لم تكن كافية لإثبات عقد الزواج، فهل المقصود هو عدم الاعتماد على شهادة الليف أصلا، أم أن عدد الشهود أمام الموثق لم يبلغ النصاب المشروط في شهادة الليف، حيث أن عقد الزواج في الفقه المالكي لا يثبت إلا بشهادة عدلين اثنين، أو ما يقوم مقامهما من الليف المكون من اثني عشر شاهدا لا يحملون صفة العدل¹⁹، وشهادة الليف تعد وسيلة للإثبات في القضاء المغربي قررها الاجتهاد الفقهي المالكي منذ القرن الثامن الهجري تقريبا، وجرى عليها العمل إلى الآن، حيث قضى المجلس الأعلى المغربي في قرار له بما يلي: " لئن كانت المادة 16 من مدونة الأسرة أجازت بصفة انتقالية سماع دعوى الزوجية وإثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها شهادة الشهود، فإنه يجب أن تتوفر الشهادة على نصابها الشرعي المتمثل في شاهدين أو من يقوم مقامهما من اثني عشر شاهدا حاضرين حفل الزفاف وعارفين الصادق والولي، والمحكمة لما اعتمدت في إثبات الزوجية على مجرد تصريحات ثلاث شهود تكون قد جعلت قرارها ناقص التعليل، وهو بمثابة انعدامه وعرضته للنقض"²⁰.

الفرع الثاني: ضوابط الشهادة المعتمد بها في الإثبات

جاء في قرار للمجلس الأعلى الآتي نصه: " ادعاء المرأه أو إنكار الآخر له يعتمد في إثباته على البينة القاطعة التي تشهد بمعاينة العقد بينهما، والمعاينة تقتضي أن يشهد الحاضرون مجلس العقد شهادة قطعية تفصيلية تحدد فيها مبلغ الصداق المسمى وتعجيله أو تأجيل بعض منه ومن تولى العقد كولي على الزوجة، فالشهادة المجملة لا يثبت بها الزواج.

وبالرجوع إلى الحكم المعتمد من طرف المجلس يتبين منه أنه سلك مسلكا سهلا وأتى بأقوال شهود في إثبات الزواج كان أفضلهم من شهد بأنه حضر الفاتحة بين المدعية والمرحوم، وهي شهادة في غاية من الإجمال، ليس مما يثبت به الزواج، أما شهادة الشخصين الآخرين فكانت أضعف منها، والبينة على هذا النحو غير مقبولة شرعا ولا يثبت بها الزواج أيضا²¹. كما قضى في قرار آخر بما يلي: " من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة التي تشهد على معاينة العقد أو السماع الفاشي".²²

وجاء في قرار آخر ما يفيد أنه: " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله يستوجب الرفض.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاء الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".²³

كما قضت المحكمة العليا بما يلي: " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنه انتهى إلى إثبات واقعة الزواج استنادا إلى الحيثية التالية (حيث أن المجلس قام بسماع الشهود، بحيث أن الشاهد الأول هو أخ المستأنفة الأصلية والذي يزعم حضوره مجلس العقد والشاهد الثاني يؤكد أنه سمع أن الطرفين متزوجان) وهو تسبب غير كاف للانتهاء إلى النتيجة التي انتهى إليها، إذ كان على قضاء المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضرا مجلس العقد وما سمعاه وعيانه من تبادل الرضا وحضور الولي وتحديد الصداق، وأن الاعتماد على شهادة التسماع لا يكون إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسماعا أمرا متواترا، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، لأن الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن، مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبب مستوجب النقض".²⁴

يستفاد من القرارات السابقة ما مجمله :

- استقر الاجتهاد القضائي على أن الشهادة المعتد بها في إثبات الزواج العرفي هي شهادة العيان أي شهادة من حضر وعين مجلس العقد، وقد أعمل بذلك ما ذكره الفقه الإسلامي في أن الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدته وبيان.²⁵

- شهادة العيان التي يعتد بها في إثبات الزواج العرفي هي الشهادة القطعية التفصيلية التي يتبين لقضاء الموضوع بموجبها استكمال المقومات الشرعية لعقد الزواج، أما الشهادة المجملية فلا اعتداد بها في الإثبات.

- إن لم تتوفر شهادة العيان فيمكن الاستناد على شهادة السماع أو التسماع، والتي عرفها الفقه بأنها: لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، وقد اتفق الفقه على جواز اعتمادها قضاء للضرورة أو الحاجة، والثابت عند الدارسين أن أكثر المذاهب الإسلامية تسامحا في الأخذ بها هو المذهب المالكي.²⁶

- اشترط القرار الأول أن يكون السماع فاشيا ومستفيضا، وهذا الشرط متفق عليه فقها²⁷، بحيث من كثرة السماع وفشوه لا يمكن تعيين المسموع منه من الناس، وعدم التعيين شرط كذلك في شهادة السماع، وإلا اعتبرت شهادة نقل²⁸ أو شهادة على الشهادة، لكن بالرجوع إلى القرار الثاني الذي جاء فيه: "...أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين"، يمكن ملاحظة اتجاه قضاء المحكمة العليا إلى تفسير خاطئ للمقصود بشهادة السماع التي سبق تحديد مفهومها، حيث يقول ابن فرحون: "ولا يكون السماع بأن يقولوا سمعنا من أقوام بأعيانهم يسمونهم أو يعرفونهم، فتخرج عن حد شهادة السماع"²⁹.
- أعمل الاجتهاد القضائي الأخير الرأي القائل باشتراط العدول والثقة في شهادة التسماع، وهو رأي مرجوح عند المالكية، أما الرأي الراجح والمعول عليه عندهم فهو السماع من أهل العدالة وغيرهم، لأن حصر مصدر السماع في الثقة والعدول يخرجها من السماع إلى النقل.³⁰

المبحث الثاني: الحلول الإجرائية

للإشكالات المتعلقة بإثبات الزواج العرفي بالشهادة

قد يعترض إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود العديد من الإشكالات، سواء ما ارتبط منها بصفة الشاهد نفسه، خاصة مع توسيع المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية لدائرة الأشخاص الذين تقبل شهادتهم في قضايا الحالة، ولعل أهمها إثبات الزواج العرفي (المطلب الأول)، أو ما تعلق بمدى إمكانية إثبات الزواج العرفي في بعض المسائل ولو بالإعتماد على وسائل إثبات أخرى زيادة على شهادة الشهود لسبب من الأسباب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى اعتبار صفة الشاهد في مجلس العقد

تصدى الاجتهاد القضائي لمسألة صفة الشاهد، خاصة إذا كان هو ولي طالبة تثبيت عقد الزواج (الفرع الأول)، كما كان له موقف من مسألة شهادة الشخص الذي لم يكن له صفة الشاهد في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى إمكانية الاعتماد بشهادة الولي

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "إن الثابت في محضر البحث أن قضاء المجلس استمعوا إلى شهادة شاهدين، فصرح الشاهد (م.م) وأقر بالزواج العرفي، في حين أن الشاهد الثاني (ز.م) صرح بأنه ليس له علم بذلك، وقضاء المجلس اعتبروا تصريحات ولي الزوجة هي شهادة ثانية تضاف إلى شهادة خالها (م.م)، مع أن نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة يستوجب بالإضافة إلى ولي الزوجة، شاهدين وهو الشيء الذي لم يتحقق في هذه القضية.

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإن قضاء المجلس وبعد التحقيق الذي أجروه أسسوا قرارهم المذكور على أنه وقع فعلاً زواج عرفي بين الطاعن وبين المطعون ضدها، وأن الزواج يتم عادة بحضور الأقارب وأن والد الزوجة المطعون ضدها وخالها يعتبران شهوداً في محضر التحقيق وتؤخذ أقوالهما كشهود بصرف النظر عن صفتهم في مجلس العقد.

وحيث أن هذا التسبب فيه خلط بين الولي من جهة والشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد، وقضاء المجلس استندوا إلى شخصين لإثبات زواج عرفي، مع أن أحدهما وهو الولي وأب

المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج".³¹

وقد أصاب القضاء السابق عندما قرر عدم إمكانية جواز اعتبار الولي أحد شاهدي عقد الزواج، لأنه من كان ولياً في النكاح لا يصح أن يكون شاهداً فيه، خاصة إذا كان هو الولي المباشر لعقد الزواج، وهو ما تحقق في هذه القضية، جاء في شرح مختصر خليل للخرشي: "شهادة الولي على عقد وليته لا تجوز، ولو مع غيره لأنه يتهم بالستر عليها"³²، كما جاء في روضة الطالبين وعمدة المفتين: "قال النووي: وأما أبوها فولّي عاقد، فلا يكون شاهداً"³³.

الفرع الثاني: مدى إمكانية الاعتماد بشهادة غير المعين كشاهد

جاء في حيثيات القرار السابق ما يلي: "خصوصاً أن الشاهد (م.م) صرح بأن الإمام الثاني الذي التجأوا إليه وهو (ب.ع) قام بقراءة الفاتحة، لذلك كان بإمكان قضاء المجلس سماعه كشاهد".

كما جاء في حيثيات قرار تم الاستناد عليه سابقاً الآتي نصه: "حيث أنه بالفعل وبعد الإطلاع على القرار المطعون فيه يتبين أن قضاء المجلس قضوا بتأييد الحكم المستأنف الذي رفض

إثبات الزواج العرفي الذي تدعي به الطاعنة، وأنه وقع سنة 1998 مع المطعون ضده دون أن يناقشوا الدفع المثار من طرف الطاعنة حول سماع الشهود الذين حضروا قراءة الفاتحة بينها وبين المطعون ضده ودون سماع الإمام الذي قرأ الفاتحة.³⁴

ويستفاد من حيثيات القرارين السابقين أن قضاء المحكمة العليا لم يقصر الشهاده على من طلب منه أن يشهد على عقد الزواج، بل كل من حضر عقد الزواج وشهد فهو شاهد، وإن لم يطلب منه ذلك ولم يوقع، حيث ذهب القضاء المذكور إلى إمكانية سماع الإمام كشاهد، وبالتالي إذا ما طرأ خلل في الشهاده على الزواج، كما في القضية المذكورة أعلاه التي صرح فيها الشاهد الثاني أنه ليس له علم بهذا الزواج، وكما لو شهد الولي مع شاهد آخر كما اعتبره قضاء الموضوع (قضاء المجلس)، وكان عدد ممن حضر العقد حال الشهاده، فإن عقد الزواج يكون صحيحا.

المطلب الثاني: مدى إمكانية إثبات الزواج العرفي في بعض الحالات الخاصة

قد لا تتثور مسألة إثبات الزواج العرفي إلا بعد موت أحد الزوجين، لذلك لا بد من بحث موقف الاجتهاد القضائي من إثبات الزواج العرفي في هذه الحالة (الفرع الأول)، أو كالحالة التي قد يحتاط فيها القاضي في الإثبات بشهاده التسامع، وفي هذه المسألة صدر اجتهاد قضائي اعتمد على قواعد القانون المدني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى إمكانية إثبات الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين

قضى المجلس الأعلى بما يلي: "إذا مات أحدهما وادعى الحي منهما الزوجية، وليس له إلا شاهد واحد يشهد بالزوجية شهاده مفصلة قطعية، فالزواج يثبت لكن مع يمين المدعي، وهو ما ليس موجودا لحد الآن في القضية".³⁵

وقضت المحكمة العليا بالآتي نصه: "مادامت المطعون ضدها أثبتت الزواج العرفي بشهاده الشاهدين المنوه بهما في الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه، وأنه قد أبرم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مستوفيا لجميع أركانه أمام الجماعة ودون أن يسجل بالحالة المدنية، وقضاء الموضوع بما لهم من سلطة تقديرية على الوقائع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، قد تبين لهم من خلال شهاده الشاهدين أن الزواج استكمل سائر أركانه الشرعية، وتعضد لديهم ذلك بقريته تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته ومنذ سنة 1969 وحتى وفاته، دون أن يعترض أو ينازع في هذا التسجيل، فاستكمل بذلك القضاء الأدلة الشرعية على ثبوت الزواج العرفي بين المطعون ضدها و(رح) المتوفى".³⁶

وجاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا ما يلي: "بدعوى أن أداء اليمين في الشريعة الإسلامية غير مقبولة لإثبات الزواج العرفي، بل يتم إثبات الزواج العرفي عن طريق الشهود،

وقضاهُ الموضوع قد خالفوا القانون لما حكموا بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها من الهالك، معتمدين على أن الشهادة المقدمة من طرف الشهود الذين تم سماعهم غير كافية. لكن حيث أنه بالفعل فإن المادة 22 من قانون الأسرّة تنص على أنه يثبت الزواج بحكم إذا توفرت فيه أركان الزواج وفقا لهذا القانون³⁷، وهذه الأحكام تنطبق بين الأزواج الأحياء، بخلاف ما إذا كان إثبات الزواج بعد موت أحدهما، فتصبح الدعوى قضية مدنية في خصوص الإرث والصداق، لأن وفقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة: (لا تكاح بعد الموت)، وبالتالي تقبل فيها سماع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شاهد ويمين، وعليه فالوجه غير مؤسس، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن³⁸.

يستفاد من الاجتهادات القضائية السابقة ما يلي:

- يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين إذا ادعاه الحي منهما بشهادة الشهود المعضد بقرينة من القرائن بناء على السلطة التقديرية الواسعة لقاضي الموضوع، وقد طبق الاجتهاد القضائي في ذلك نص المادة 340 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"، والقرينة التي استنبطها قضاة الموضوع تتمثل في قيام المتوفي بتسجيل الولدين باسمه، وهذا ما جاء في القرار الثاني، كما يثبت بالشهادة مع يمين مدعي الزوجية وذلك في حالة الشاهد الواحد كما جاء في القرار الأول، أو اعتبار القضية قضية مدنية - ومن المفروض هي قضية حالة كما سيأتي توضيحه - تسمع فيها شهادة شاهدين رجلين أو رجل وامرأتان أو شاهد واحد ويمين باعتبار أحكام إثبات الزواج العرفي ترتبط بالأزواج الأحياء فقط كما جاء في القرار الأخير.

- يلاحظ أن القرار الأخير جانب الصواب عندما اعتبر القضية قضية مدنية وإنما هي قضية حالة ولكن الدعوى آلت من دعوى إثبات الزواج إلى قضية مرتبطة بالمال أو بالآثار المالية للزواج كالميراث، وهذا ما أشار إليه القرار نفسه "فتصبح الدعوى قضية مدنية في خصوص الإرث والصداق"، جاء في شرح مختصر خليل للخرشي ما مفاده: "والمعنى أن امرأة ادعت بعد موت رجل أنه تزوجها بصداق معلوم وأقامت على ذلك شاهدا وامرأتين أو أحدهما وحلفت معه، فإنه يثبت بذلك المال دون النكاح، عند ابن القاسم وهو المشهور، خلافا لأشهب القائل لا يصح الميراث إلا بعد ثبوت النكاح، وهو لا يثبت بذلك"³⁹، كما جاء في شرح منح الجليل على مختصر خليل: "ومثل الشاهد المرأتان، وورثت المرأة الميت عند ابن القاسم لأن دعواها آلت إلى مال وظاهره سواء كان له وارث أو لا وهو كذلك خلافا لبعضهم في تقييده بكونه لا وارث له... وهو المعتمد، ولا صداق لها"⁴⁰، وجاء في الشرح الكبير للدردير: "وورثت لأن الدعوى آلت إلى مال، ولو كان ثم وارث معين

ثابت النسب على أرجح القولين ولا صداق لها، لأنه من أحكام الحياض وعليها العدة لحق الله⁴¹، ويستشف من الأقوال السابقة للمالكية في شرح مختصر خليل أن الزواج لا يثبت، والدعوى تؤول إلى المال، والرأي الراجح عندهم هو ثبوت الإرث حتى ولو كان لمن تدعى زوجيته وارث، أما الصداق فلا يثبت لها، على خلاف الاجتهاد القضائي الذي أثبت لها الصداق.

- يلاحظ مجانية القرار الأول للصواب، عندما قضى بجواز إثبات الزواج بشاهد واحد ويمين، دون اعتبار الدعوى مرتبطة بالمال، لأن مجال الإثبات بشاهد ويمين عند الأئمة مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والفقهاء السبعة الأموال وما يؤول إليها دون غيرها، بينما ذهب أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق إلى عدم جواز الإثبات بيمين وشاهد، والقائلون بالإثبات باليمين مع الشاهد اختلفوا في اليمين مع المرأتين، فرأى المالكية جوازه، لأن المرأة قامت مقام الواحد مع الشاهد الواحد، بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم قبول شهادة امرأتين، لأن شهادتهما اعتبرت فيما لو كانت مع شهادة رجل⁴².

- يلاحظ تذبذب الاجتهاد القضائي في مسألة ادعاء الزوجية بعد موت أحد الزوجين، ففي سنة 1985 قضى بثبوت الزواج بشاهد ويمين، وفي سنة 1991 قرر ثبوت الزواج بشهادة معضد بقرينة، بينما قضى بعدم ثبوته واعتبار القضية مرتبطة بالمال أي ثبوت الإرث والصداق سنة 1998.

- من بين التناقضات التي تثيرها المسألة، هي ثبوت الميراث دون ثبوت الزوجية عند المالكية، مع أن الميراث متوقف على ثبوت الزوجية، ومسألة نسب الأولاد الناتجين عن الزواج العرفي المراد إثباته، فكيف يعقل أن ترثه دون أن يثبت نسب أولادها منه، وكان الأجدر أن يثبت الزواج بكل أحكامه، أولا يثبت إطلاقا.

الفرع الثاني: مدى حجية الإثبات بشهادة السامع في بعض القضايا

جاء في القرار الصادر سنة 2008 ما يلي: "عن الوجه الأول: المأخوذ من المخالفة والخطأ في تطبيق القانون، لكن خلافا لمزاعم الطاعنة، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتضح أنه أسس قراره على أنه تم الاستماع إلى شهادة الشهود في القرار الصادر في: 2004/12/01، وتم توجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها حول واقعة الزواج، وبالتالي فإنهم استمدوا قضاءهم من شهادة الشهود الذين أكدوا واقعة الزواج، مما يتعين رفض الوجه المثار لعدم وجاهته.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة قاعد جوهريّة وخرق قواعد الإثبات، لكن حيث من المقرر قانونا طبقا للمادة 348 من القانون المدني جواز توجيه اليمين المتممة من طرف

القاضي تلقائيا إلى أي من الخصمين متى رأى أن الدعوى ليست خالية من أي دليل وألا يكون فيها دليل كامل.

ولما تبين أن القرائن قابلة للإتمام باليمين ووجهها للمطعون ضدها، فإنهم بذلك التزموا بصحيح القانون الأمر الذي يستوجب رد الوجه المثار لعدم التأسيس.⁴³ يستفاد من هذا القرار تطبيقه للقاعدة المقررة في القانون المدني في إثبات الالتزام باليمين المتممة تطبيقا لأحكام المادة 348 منه التي نصت على أنه: "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به. ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل."

ويتبين من رد المحكمة العليا على الوجه الأول للطعن أن الشهود أكدوا واقعة الزواج، إلا أنه يفهم من الوجه الأول للطعن الذي جاء فيه ما يلي: "والمطعون ضدها لم تحضر شاهدين والأشخاص الذين أخذ قضاء الموضوع بشهادتهم لم يشهدوا بمجلس العقد وتكون شهادتهم باطلة"، أن هذه الشهادة كانت شهادة تسمع أو استفاضة، وبالبحث في أقوال الفقهاء في أحكام اليمين تبين أن اليمين المتممة أو كما سماها الفقه يمين الاستيثاق أو يمين الاستظهار هي اليمين التي يحلفها المدعي بطلب القاضي لدفع التهمة عنه بعد تقديم الأدلة المطلوبة في الدعوى، فهي تكملة للأدلة المقدمة، والتي لا تعد دليلا للإثبات وإنما هي لزيادة التأكيد والاطمئنان واقناع القاضي بصحة الأدلة المقدمة إليه، فهو يوجهها للاحتياط في الحكم⁴⁴، وقد فسرها الدسوقي المالكي بأنها مقوية للحكم فقط فلا يُنقض الحكم بدونها⁴⁵، وهذه اليمين أجازها الفقهاء في أحوال استثنائية للضرورة أو الحاجة، وأجازها المالكية في شهادة التسماع أو الاستفاضة⁴⁶، وهو موضوع القضية محل الطعن، لذلك كان على قضاء المحكمة العليا تأسيسها على ما ذكر من أحكام فقهية، وليس على قواعد القانون المدني التي لا يمكن أن تطبق على القضايا المرتبطة بشؤون الأسرة، إعمالا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن اليمين المتممة يوجهها القاضي تلقائيا لأي من الخصمين، المدعى أو المدعى عليه، بينما يمين الاستظهار يوجهها القاضي إلى المدعي.

خاتمة:

من خلال استقراء الاجتهاد القضائي الصادر في إجراءات إثبات الزواج العرفي وتحليله، ومقارنة ما جاء فيه بما ورد من أحكام في الفقه الإسلامي تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات.

أما النتائج فيمكن إجمال أهمها فيما يلي:

- كان للاجتهاد القضائي دور فعال في وضع حلول إجرائية للمسائل المرتبطة بإثبات الزواج العرفي التي تميزت بالشغور والإغفال الإجرائي البين.
- حرص الاجتهاد القضائي على إثبات الزواج العرفي، بإعماله مبدأ الاحتياط في الإثبات.
- بالرغم من مساهمة الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في مسائل إثبات الزواج العرفي، باعتياده على آراء فقهية، إلا أنه يلاحظ عدم ذكره للأساس الفقهي المستند إليه، ما عدا الاجتهاد الأخير المرتبط بإثبات الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين.
- مجانية قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2007 للصواب، الذي اعتد بشهادة رجل وامرأتين، مخالفاً بذلك للمستقر عليه قضاء، ولما يجري عليه العمل في إبرام عقد الزواج، من حيث اشتراط ذكورة الشهود.
- غموض موقف الاجتهاد القضائي في مسألة شهادة اللضيف، إذ لم يتبين منه عدم الاعتداد بها، أو أن نصابها في تلك القضية غير كاف للإثبات.
- وقوع الاجتهاد القضائي في تفسير خاطئ للمقصود ببعض الأحكام الفقهية التي اعتمدها كاشتراطه تعيين المسموع منه، وهو الذي يتعارض مع شروط شهادة السماع، وإعماله لرأي مرجوح يتمثل في اشتراط العدول في شهادة السماع، وإهماله للرأي الراجح الذي لا يشترط ذلك.
- مجانية الاجتهاد القضائي للصواب في اعتبار القضية المرتبطة بإثبات الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين قضية مدنية، والصحيح أنها قضية حالة، لكن الدعوى آلت إلى ما يرتبط بالمال كما ذكر الفقه الذي استند إليه الاجتهاد.
- الأجر - في مسألة إثبات الزواج العرفي بعد موت أحد الزوجين - هو ثبوت أحكامه كلها، في حالة توفر وسيلة الإثبات طبعاً.
- يعاب على الاجتهاد القضائي إعماله لقواعد القانون المدني، بدلا من تأسيسه على الأحكام الفقهية المرتبطة باعتماد يمين الاستظهار في شهادة السماع، تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.
- وأما الاقتراحات - وبناء على النتائج السابقة - فيمكن تلخيصها في الآتي:
- ضرورة التعجيل في الاهتمام بالجانب الإجرائي لقضايا الأسرة لما تتميز به من خصوصية معتبرة.
- ضرورة وضع قانون إجرائي أسري خاص، وتأسيس قضاء أسري مستقل، بتكوين شرعي وقانوني يرقى إلى الخوض في قضايا شؤون الأسرة.

- ضرورة عقد دورات تكوينية خاصة للقضاء المكلف بشؤون الأسرة، تحت إشراف أهل الاختصاص كحل وقائي وعلاجي في نفس الوقت، بغية الوصول إلى توحيد الحلول القضائية المقترحة ولو مؤقتا، إلى حين صدور قانوني إجرائي أسري خاص.

الهوامش:

- 1 - القانون رقم، 84- 11، المؤرخ في: 09 / 06 / 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع 24، سنة 1984، ص 910. المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05 - 02، المؤرخ في: 24 / 02 / 2005 الجريدة الرسمية، ع 15، سنة 2005، ص 18.
- 2 - القانون رقم: 08- 09 المؤرخ في: 25 / 02 / 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع 21، سنة 2008، ص 03.
- 3 - المحكمة العليا، بتاريخ: 17/03/1998، ملف رقم: 188707، اجتهاد قضائي، سنة 2001، ع خاص، ص 50.
- 4 - المحكمة العليا، بتاريخ: 28/10/1997، ملف رقم: 188707، نشره القضاء، سنة 1999، ع 55، ص 175.
- 5 - المحكمة العليا، بتاريخ: 23/04/1991، ملف رقم: 71732، المجلة القضائية، سنة 1993، ع 02، ص 51.
- 6 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 27/11/1989، ملف رقم: 56249، المجلة القضائية، سنة 1992، ع 01، ص 51.
- 7 - التي تنص على أنه: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.
- ويجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا". - القانون المدني رقم: 75 / 58 المؤرخ في: 26/09/1975، الجريدة الرسمية، ع 78، سنة 1975 ص 990. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 07 / 05، المؤرخ في: 13/05/2007، الجريدة الرسمية، ع 31، سنة 2007، ص 03.
- 8 - المحكمة العليا، بتاريخ: 18/04/2001، ملف رقم: 262912، المجلة القضائية، سنة 2002، ع 02، ص 409.
- 9 - هذا القرار صدر قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02. لذلك فإن عبارة (مكرر) زائدة على القرار.
- 10 - المحكمة العليا، بتاريخ 13/07/2005، ملف رقم: 424799، نشره القضاء، سنة 2006، ع 61، ص 323.
- 11 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 27/11/1989، ملف رقم: 56249، المجلة القضائية، سنة 1992، ع 01، ص 51.
- 12 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 15 / 12 / 1989، ملف رقم: 43889، المجلة القضائية، سنة 1993، ع 02، ص 37.
- 13 - المحكمة العليا، بتاريخ: 14 / 02 / 2007، ملف رقم: 381880، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، ع 02، ص 483.
- 14 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط 02، دار الفكر، دمشق، سنة 1985، ج 07، ص 74.
- 15 - المرجع نفسه، ج 07، ص 74.
- 16 - السيد سابق، فقه السنة، ط 13، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، سنة 1997، ج 02، ص 144.
- 17 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 07، ص 75.
- 18 - المرجع نفسه، ص 75.
- 19 - أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، دون ط، دار نشر المعرفة، الرباط، دون سنة، ج 01، ص 275.

- 20 - قرار بتاريخ: 19 يوليوز 2006، مجلة المعيار، ع 37، سنة 2007، ص 187، ومجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 66، سنة 2006، ص 122 - محمد الشافعي، مدونة الأسر في الاجتهاد القضائي (2004 - 2010) سلسلة البحوث القانونية، ع 19، مراکش، سنة 2011، ص 23.
- 21 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 1985/09/23، ملف رقم: 37501، المجلة القضائية، سنة 1989، ع 01، ص 95.
- 22 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 1989/11/27، ملف رقم: 56249، المجلة القضائية، سنة 1992، ع 01، ص 51.
- 23 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 1989/ 03/ 27، ملف رقم: 53272، المجلة القضائية، سنة 1990، ع 03، ص 82.
- 24 - المحكمة العليا، بتاريخ: 2015/ 02/ 12، ملف رقم: 0851807، مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، ع 01، ص 235.
- 25 - تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط 01، مطابع دار الصفوة، الكويت، سنة 1992، ج 26، ص 231.
- 26 - المرجع نفسه، ص 232.
- 27 - ابن فرحون، تبصره الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، سنة 2003، ج 01، ص 296، تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، ج 26، ص 234.
- 28 - المرجع نفسه، ص 296.
- 29 - المرجع نفسه، ص 296.
- 30 - تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 26، ص 232.
- 31 - المحكمة العليا، بتاريخ: 10/ 02/ 2011، ملف رقم: 600991، مجلة المحكمة العليا، سنة 2011، ع 02، ص 274.
- 32 - محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي، شرح مختصر خليل، دون ط، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون سنة، ج 03، ص 167.
- 33 - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط 03، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1991، ج 07، ص 46.
- 34 - المحكمة العليا، بتاريخ 13/ 07/ 2005، ملف رقم: 424799، نشره القضاء، سنة 2006، ع 61، ص 323.
- 35 - المجلس الأعلى، بتاريخ: 1985/09/23، ملف رقم: 37501، المجلة القضائية، سنة 1989، ع 01، ص 95.
- 36 - المحكمة العليا، بتاريخ: 1991/04/23، ملف رقم: 71732، المجلة القضائية، سنة 1993، ع 02، ص 51.
- 37 - هذا مضمون نص المادة قبل تعديل 2005، لأن القرار صدر سنة 1998.
- 38 - المحكمة العليا، بتاريخ: 1998/09/22، ملف رقم: 204254، المجلة القضائية، سنة 2000، ع 02، ص 173.
- 39 - محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، دون ط، دار الفكر، بيروت، دون سنة، ج 07، ص 203.
- 40 - محمد عيش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ط 01، دار الفكر، بيروت، سنة 1984، ج 03، ص 507.
- 41 - أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، دون ط، دار الفكر، بيروت، دون سنة، ج 02، ص 329 - 330.
- 42 - تأليف جماعي، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط 02، دار السلاسل، الكويت، سنة 1983، ج 01، ص 236.
- 43 - المحكمة العليا، بتاريخ 13/ 02/ 2008، رقم 424799، مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، العدد 02، ص 307.

⁴⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 06، ص 601-607.

⁴⁵ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دون ط، دار الفكر، دون سنة، ج 04، ص 162.

⁴⁶ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 06، ص 602.