

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

وسائل الإثبات في مسائل الزواج وآثاره

Means of proof in matters of marriage and its effects

فاسي عبد الله*

جامعة طاهري محمد بشار، (الجزائر)، facibks55@gmail.com، مخبر القانون والتنمية

تاريخ النشر: 2023/06/01

تاريخ القبول: 2023/05/01

تاريخ ارسال المقال: 2023/03/08

*المؤلف المرسل

الملخص:

الخطبة مجرد وعد بالزواج، ولأطرافها حق العدول عنها، ومتى تم العدول ألزم القانون الطرف العادل أن يرد الهدايا للمعدول عنه الذي قد يلحقه ضرر من هذا العدول، ومتى ثار النزاع حول الهدايا أو التعويض عن الضرر، فعلى المدعي تدعيم دعواه بوسائل إثبات، كما أن للزواج جملة من الآثار منها الصداق، النسب، والنفقة والأموال المشتركة، وقد يثور النزاع حول أحد هذه الآثار، فإن للقاضي أن يطالب بحق له أن يعزز طلبه بوسائل إثبات، والمشرع في مسائل الزواج لم يحدد وسيلة إثبات معينة وإنما ترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع ومن الوسائل الشائعة الإستعمال في هذا الموضوع الرسائل المكتوبة، الصور، التسجيلات الصوتية، شهادة الشهود، اليمين، الإقرار... إلخ، وكل ما يساهم في تكوين قناعة القاضي ليصدر حكماً عادلاً منصفاً.

الكلمات المفتاحية: الخطبة، الزواج، الهدايا، الإثبات، الشهادة، النسب، المدعي.

Abstract :

Engagement is just a promise of marriage, and the parties have the right to abandon them. And when the reversal takes place, the law obliges the just party to return gifts to the reverted person, who may be harmed by this reversal, Marriage also has a number of effects, including the dowry, lineage, alimony and joint funds. A dispute may arise over one of these effects, for the judge may claim a right for him to support his request by means of proof. In matters of marriage, the legislator did not specify a specific means of proof, but rather left that to the discretion of the case judge. Among the commonly used means in this matter are written messages, photographs, audio recordings, witness testimony, oath, confession... and everything that contributes to forming the judge's conviction to issue Just and equitable judgment.

Keywords: Engagement, marriage, gifts, proof, testimony, lineage, plaintiff.

مقدمة:

عملاً بقاعدة "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر" فإن كل متقاض لحق مطلوب سواء كان مدعياً في الخصومة أو مدعى عليه أو مدخلاً أو متدخلاً في الخصومة، ملزم بإثبات إدعائه، كون الإثبات سنداً للخصومة ودعمًا للمدعي ودليلاً للقاضي يهتدي به للفصل العادل في الخصومة وفق ما تقتضيه مبادئ العدالة، ومع اختلاف التشريعات في نظرتها إلى وسائل الإثبات وكيفية الأخذ بها، فإن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المختلط أين حدد وسائل الإثبات في وقائع معينة ذات أهمية وترك للقاضي حرية قبول أي وسيلة إثبات في الباقي من الوقائع. فمن الناحية الموضوعية وردت وسائل الإثبات في القانون المدني ضمن الفصل الأول من الباب السادس وحصرًا من المادة 323 إلى المادة 350، أما من الناحية الإجرائية فقد وردت أحكامها الإجرائية محصورة ضمن المواد 70 إلى 174 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتختلف وسائل الإثبات في المادة التجارية عنها في الجنائية أو المدنية أو العقارية أو الأحوال الشخصية، وعليه تطرح الإشكالية المراد البحث عن حلول لها في إطار موضوع الدراسة والتي تكمن في: ما هي أهم وسائل الإثبات التي تثور في مسائل الزواج وما يترتب عنها من آثار؟.

وقد حصرت هذا البحث في وسائل الإثبات في مادة الأحوال الشخصية وتحديدًا في الخطبة وآثارها والزواج وآثاره، حيث شطرته إلى مبحثين: الأول خصص لإثبات الخطبة وما يترتب عنها من آثار، كالعدول وإسترداد الهدايا والتعويض عن الضرر الناتج عن العدول، أما المبحث الثاني فقد عني بإثبات الزواج والصدّاق والنسب والأموال المشتركة.

المبحث الأول: وسائل الإثبات في مسائل الخطبة

لا يستقر حق المدعي ما لم يعزز إدعائه بوسيلة إثبات تحسباً لإنكار المدعى عليه أو رغبة في تكوين قناعة القاضي، لأن الإثبات يقلص من عمر الخصومة القضائية ويأخذ بالقاضي إلى الحكم بطمأنينة ويقين، ولذلك وجب تحديد مضمون الإثبات إذن والوسائل المستعملة لتحقيقه.

المطلب الأول: مفهوم الإثبات وتقسيماته

إن إظهار حق الشخص مرتبط بداية بالإثبات ذلك أن القاضي في سبيل الفصل في الخصومة المعروضة عليه يستند إلى مجموع الإثباتات المقدمة له باعتبارها عنصراً هاماً لدعم الحق وتأكيد، فصاحب الحق ملزم بإثبات وجود ذلك الحق والإعتداء عليه في ذات الوقت.

الفرع الأول: تعريف الإثبات

من حيث اللغة يقال ثبت الشيء ثباتاً وثبوتاً، فهو ثابت، أي قائم، والتثبيت هو الحجة، أما الإثبات والبيّنة فهما كلمتان تلتقيان في الدلالة على إظهار الحق وإقامة الحجة¹، أما في الفقه فهو تلك العناصر التي تتألف بها قناعة القاضي فيما تعلق بادعاء معين. وفي المجال القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بطرق محددة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها²، ويعرف أيضاً أنه الوسيلة التي يستعان بها للوصول إلى الحقيقة المبتغاة، والمقصود بالحقيقة في هذا الصدد، كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة لإعمال حكم القانون عليها³.

وتظهر أهمية الإثبات في إظهار حق شخص على شخص آخر ، حيث يعتمد القاضي في الفصل في الخصومة المعروضة عليه، حتى أن الحق المجرد من الدليل ، مجرد من قيمته .فصاحب الحق ملزم بإثبات الإعتداء على حقه، وإثبات وجود هذا الحق في ذات الوقت .وهو في حد ذاته ليس ركنا من أركان الحق ، وإنما هو عنصر هام لدعم الحق وتأكيد.

وإذا كان للإثبات أهمية لصاحب الحق فإنه في ذات الوقت يحق مصلحة اجتماعية ، كونه الفاصل بين من يدعي حقا ومن يدعي زورا أو كذبا.ومتى انتفى الإثبات خسر صاحب الحق دعواه .وبهذا المبدأ يتحقق ما يسمى بالاستقرار الاجتماعي لأن بفضلله يسحم النزاع ويفند الإدعاء الكاذب.

وفي الختام ، فإن الحق يتجرد من مصداقيته وقيمه إذا لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له قانونيا ، كان هذا الحادث أو ماديا.والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق⁴.

الفرع الثاني: تقسيمات الإثبات من حيث التحديد

في شأن لجوء القاضي إلى وسائل الإثبات، فإن التشريعات المقارنة تباينت من حيث تحديد وسائل الإثبات في مختلف الدعاوى منها ما يأخذ بالإثبات الحر، ومنها ما يأخذ بالإثبات المقيد، وهنالك من تبنى النظام الجامع بين ما سبق، في حين كان للمشعر الجزائري موقف آخر.

أولا: الإثبات الحر

مفاده أن المشعر أجاز للقاضي أن يأخذ بأي وسيلة إثبات يراها تناسبه في الفصل في النزاع المعروض أمامه، ولا يتقيد بوسيلة معينة . هنا تلعب السلطة التقديرية للقاضي فيما قدم له من إثباتات . وليس للقضاة مستوى واحد في هذا التقدير تبعا لتجربتهم وتبصرهم القضائي. غير أن منح القاضي كامل الحرية في تقدير ما قدم له من وسائل إثبات لن يحقق القضاء العادل ، ويزعزع ثقة المتقاضين في القضاء . ذلك، أن تقدير القضاة لوسائل الإثبات كما أسلفت يتباين فيما بينهم لعدة أسباب، ثم أن الوقائع تختلف وتتفاوت من حيث الأهمية والخطورة ولكل واقعة ما يلائمها من وسيلة إثبات، مع العلم أن وسائل الإثبات تتفاوت في القوة والمصدقية والأثر .

ثانيا: الإثبات المقيد بنص

هنا يحدد النص التشريعي طرق الإثبات في وقائع معينة أو في عموم الوقائع. فالنص أحيانا يوجب الكتابة الرسمية⁵، وأحيانا يكتفي بالعرفية أو شهادة الشهود أو الخبرة أو الإقرار أو اليمين ..ومتى حدد المشعر وسيلة الإثبات في واقعة معينة ، تقيد بها القاضي ولا يستبعداها ، وله أن يعززها بغيرها .وبالتحديد القانوني لوسيلة الإثبات يصبح دور القاضي سلبيا ليقصر على البحث في الأدلة التي قدمها الخصوم ، وفي مدى ملاءمتها للإدعاءات. وليس له أن يطالب بإكمال الأدلة أو يستبعد الدليل المقدم له .ويسبب هذا الأسلوب المقيد لوسيلة الإثبات جمودا في الأحكام . لأن المشعر لم يحيط بجميع الوقائع وما يمكن أن يقابلها من دليل ، بخلاف القاضي الذي يعد الأقرب إلى الخصومة من غيره ، وهو المخول له في تكيف النزاع وتحديد ما يناسبه من دليل .

ثالثا: الأسلوب المختلط

هو الجامع بين الأسلوبين السابقين، ويتحاشى ما يعتريهما من نقائص. حيث يترك للقاضي حرية اختيار وتقدير الدليل في مواطن معينة، في حين، يلزمة بالتقيد بوسائل إثبات في مواطن أخرى. بمعنى، ان المشرع جعل القاضي صماما للأمان متى غفل عن دليل لطائفة من الوقائع أو جاء بدليل لا يلائم واقعة محددة، ترك للقاضي حرية التقدير لإتمام النقص. ويعد هذا من أصوب الأساليب، كونه يبعث في نفس المتقاضي نوعا من الثقة في القضاء.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالأسلوب المختلط حيث حدد وسائل إثبات في وقائع ذات أهمية كالتصرفات المالية والتصرفات العقارية، كنقل الملكية، أو الإيجار أو التصرف في محل تجاري، أو صناعي، أو ما تعلق بالأراضي الزراعية، أو المؤسسات الصناعية، أخضعها للكتابة الرسمية، نظرا لخطورة التصرف فيها وترك للقاضي الحرية في تقدير الأدلة المعروضة عليه من حيث قوتها وآثارها في تصرفات أخرى⁶، كما حدد الإثبات بالشهود في مسائل أخرى⁷، وبالقرائن⁸، ثم الإقرار في جملة أخرى من الوقائع⁹، ليأتي اليمين كإثبات متى إنتفت كافة البيّنات¹⁰.

فإستنادا إلى الأسلوب المختلط الذي اعتنقه المشرع الجزائري في وسائل الإثبات، فإنه ألزم القاضي في ذات الوقت بالحياد، فلا يتدخل فيما بين الخصوم من حيث تقديم وسائل الإثبات، وإنما ينحصر دوره في تجميع ما بلغه من أدلة والأخذ بالراجح منها. وليس له أن ينصح أي خصم بكيفية تقديم دليل معين أو يطالبه بتعزيز إثباته أكثر مونه غير كاف. كما لا يجوز للقاضي الأخذ بدليل قدم خصم دون أن يعلم به الخصم الآخر، ليقدم هو أيضا ما يدحض به دليل خصمه، وما يعزز مبدأ حياد القاضي أنه ملزم بتسبب حكمه موضحا الأدلة المقدمة التي استند عليها في الحكم حتى تتأكد المحكمة العليا خلال رقابتها بسلامة وتام الأسباب أو من قصورها.

لا ينحصر دور القاضي في الحياد، وإنما يكون أحيانا إيجابيا، فله سلطة تقدير الدليل، ولا سيما حالة تعارض الأدلة أو تفاوتها في القوة، أو تشابها أو اقترابها من الواقعة، أو ابتعادها عنها. كما له أحيانا أن يطلب دليلا من تلقاء نفسه، كالمطالبة بإجراء خبرة¹¹ أو تحقيق معين في الواقعة موضوع النزاع¹². وليس له في ذات الحال أن يحكم على أساس أدلة تحصل عليها بنفسه، وإنما يتقيد بما ورد إليه من الخصوم¹³.

أما من حيث الخصوم فتتجلى أهمية الإثبات تجاههم أنه حق مقرر لهم، فللمدعي إثبات إدعائه بكل وسيلة متاحة قانونا لكسب دعواه، كما للمدعى عليه مواجهة أدلة الخصم بأدلة معارضة أو مفندة. ولكل متقاض أيضا الحق في الإطلاع على الأدلة المقدمة من طرف خصمه، وليس للقاضي الإستناد إلى دليل جهة واحدة عن الأخرى. ذلك أن اطلاع كل طرف على أدلة خصمه يعد مظهرا من مظاهر الوجاهية، ويجيز القانون أيضا لكل خصم أن يستحضر من الشهود من يرى شهادته تعزز الدعوى. وليس لأي مدع أيضا أن يصطنع دليلا لنفسه إلا ما ورد في المادة التجارية¹⁴.

المطلب الثاني: قاعدة عبء الإثبات في مسائل الخطبة

يقوم موضوع الإثبات على إقامة الدليل أمام القضاء وفقا لما يقتضيه القانون، بوجود قاعدة قانونية متنازع عليها وبالتالي يعتبر الإثبات الوسيلة القانونية التي من خلالها يتم تأكيد أو نفي الواقعة القانونية، وما يتبع ذلك من

آثار قانونية، فالعجز عن تقديم ما يثبت الحق يتعذر معه التمسك بالحق الذي يدعيه الشخص، وعليه فإن للمدعي تقديم الأدلة التي تثبت حقه وللمدعى عليه الحق في تفنيده ما يدعيه المدعي.

الفرع الأول: مصدر الحق منشئ لحل الإثبات

إذا كان الإثبات يهدف إلى إقامة الدليل على وجود حق، فإن لهذا الحق مصدرا إما واقعة قانونية أو واقعة مادية، لذلك فمحل الإثبات ينصب أساسا على مصدر الحق المنشئ له وليس على الحق ذاته كحق الحاضنة في النفقة، فعليها أن تثبت أنها حاضنة، لأن واقعة الحضانة القانونية هي المنشئة لحق النفقة وكذلك الزوجية فليس للمرأة أن تطالب رجلا بنفقة ما لم تحز المركز القانوني للزوجة¹⁵، فالحضانة والزوجية مثلا هما واقعتان قانونيتان الأولى تحققت بموجب نص قانوني¹⁶، وبموجب حكم قضائي¹⁷، والثانية تحققت بموجب نص قانوني¹⁸، ويشترط في الواقعة القانونية حتى ترتب آثارها ما يلي¹⁹:

- أن تكون متعلقة بموضوع الدعوى متصلة بالحق المطالب به. أما لو كانت بعيدة الصلة بالحق فلا فائدة من إثباتها.

- أن تكون الواقعة جائزة القبول يمكن إثباتها، أما لو كانت مستحيلة الوقوع يستحيل إثباتها كما لو أقر شخص يبلغ من العمر 40 سنة أن شخصا آخر البالغ من العمر 30 سنة هو ابن له، كما يمنع القانون إثبات بعض الوقائع، إما لإعتبارات متعلقة بالنظام العام كإثبات التبني الممنوع شرعا وقانونا²⁰ أو دين سببه القمار²¹ أو لوجود قرينة قانونية تغني عن الإثبات، أو حدد القانون وسيلة إثبات معينة لواقعة موضوع النزاع.

- أن تكون الواقعة محددة تحديدا يجعل الدليل المقدم ذا صلة وطيدة بالواقعة، كمن يدعي دينا في ذمة شخص دون تبيان مصدر الدين.

- أن تكون الواقعة محل النزاع فتكون إما ارتباطا قانونيا كالبيع والرهن وغيرها أو واقعة مادية كالإغتصاب ووضع اليد والجنح... إلخ²².

الفرع الثاني: توزيع عبء الإثبات بين المتخاصمين

إستنادا إلى قاعدة "البينة على من إدعى واليمين على من أنكر" وعملا بما ورد في نص المادة 323 من القانون المدني، أن الدائن ملزم بإثبات الدين، وعلى المدين إثبات التخلص منه، فإن القاضي لا يستطيع الفصل في نزاع ما لم يقدم المدعي دليلا لإدعائه، ويقدم المدعى عليه أحيانا ما يفند هذا الدليل ومتى لم يقدم المدعي دليلا لإدعائه حكم القاضي بخلاف الإدعاء²³.

ولا يقصد بالمدعي دائما من رفع الدعوى كما هو شائع، وإنما من يدعي شيئا يخالف الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا، أو يخالف قرينة قانونية غير قاطعة كما هو الحال في الدفع، فمن يتمسك بدفع معين عليه إثبات صحة دفعه بدليل، لذلك فعبد الإثبات ليس مقصورا على من رفع الدعوى، وإنما يوزع بين الخصمين عدالة، هذا في حالة ما إذا ادعى المدعي حقا معينا وجاء بدليل على صحته فيقابله المدعى عليه بدفع جديد ليصبح في مركز المدعي من جديد، فيلزم بتقديم دليل على ادعائه موضوع الدفع.

ومسألة توزيع عبء الإثبات بين المتخاصمين هي مسألة قانون، يتعين على القاضي إحترامها، رغم أن هذا التوزيع ليس من النظام العام، لكن على القاضي الوقوف عنده²⁴، وسبب عدم إعتبار قواعد عبء الإثبات من النظام العام أنها وضعت لحماية الخصوم فقط لا لإرشاد القاضي، ويمكن تعديلها وجعل عبء الإثبات على عاتق أحد الطرفين بدل الآخر بإتفاقهما، وصاحب تلك الحماية يمكنه التنازل عنها في أثناء سير الدعوى أيضا²⁵. أما في مسائل الزواج وآثاره، وكسائر النزاعات، فإن عبء الإثبات يقع على من يدعى حقا معينا كزوج يدعي دفع كامل الصداق أو زوجة تدعي عدم تمكنها من النفقة الغذائية وعلى الطرف الآخر إما الإقرار بصحة الإدعاء أو بنفيه بتقديم دليل مقابل، سواء كان ذلك في نطاق الخطبة وآثارها أو الزواج وآثاره وهذا ما سأوضحه لاحقا.

الفرع الثالث: وسائل الإثبات في مسائل الخطبة

قبل التعرض لموضوع الإثبات وجب الإحاطة حول إعتبار الخطبة واقعة قانونية أم واقعة مادية، إن الخطبة تعد واقعة قانونية ونص على أحكامها موضوعا وإجراء قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية²⁶، وتعد تصرفا قانونيا بسط عليه القانون حمايته كحق، بحيث لو إعتدي عليه لجأ صاحبه إلى القضاء مطالبا بالتعويض عن الضرر اللاحق به على أساس الفعل الضار لا العقد ويجوز إثباته بجميع الوسائل.

وقد نصت المادة 5 من قانون الأسرة على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست زواجا بذاتها، ولم يحدد المشرع إجراءات شكلية للخطبة أو وسائل لصحتها، كالكتابة، أو الشهود، كما أنه لم يضع لها أركاناً أو شروطاً ولا صيغة معينة، إلا ما جاء به الفقه الإسلامي، ولم يحدد لها سنا معينة، فقد تتم بين راشدين كما تتم بين قاصرين عن طرق ولييهما لكن اعتبارها وعدا بالزواج فسح المجال لطرفيها بحق العدول، الذي يخلف أحيانا أضرارا مما يثير النزاع حول جبر الضرر، ولا تسمع دعوى الخطبة ما لم يثبت المدعي مركزه القانوني كخاطب أو مخطوبة، متضرر أو متضررة.

أولاً: إثبات الخطبة

يلجأ صاحب المصلحة إلى إثبات الخطبة حال النزاع، ولا يثور هذا الأخير إلا عند العدول، وغالبا ما يثور النزاع إما حول الهدايا المتبادلة أو الصداق المقدم مسبقا أو الضرر المادي أو المعنوي اللاحق بالمعدول عنه، فللمدعي قبل المطالبة بحقه إثبات مركزه القانوني، كطرف في الخطبة، وعليه أن يثبت وجود واقعة الخطبة أولا لأنها مصدر الحق المعتدى عليه ليكتسب المدعي الصفة الموضوعية التي تؤهله للمطالبة القضائية، فلا يجوز لأب المخطوبة مثلا أن يرفع دعوى ضد الخاطب مطالبا بالتعويض أو برد الهدايا، ويجوز إثبات واقعة الخطبة بأي وسيلة كانت مادام المشرع لم يحدد وسيلة بذاتها، ولا فرق بين بينة وقرائن أو صور فوتوغرافية أو تسجيلات صوتية إلى غير ذلك²⁷، أو شهادة سماع ممن حضروا مراسيم الخطبة لإثباتها ولو كانوا أقارب، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها²⁸.

ثانياً: إثبات الضرر الناتج عن العدول

نصت المادة 5 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة على أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، ويقع عبء إثبات الضرر على الطرف المتضرر سواء كان عادلا أو

معدولا عنه²⁹، وللإشارة فإن العدول ليس هو بالسبب المباشر لوقوع الضرر، مادام المشرع قد اعتبره حقا يمارسه أي من طرفي الخطبة، لكن الضرر ينتج من جراء الأفعال أو الأقوال الملازمة لمرحلة الخطبة ومن أمثلة ذلك كأن يأمر الخاطب المخطوبة بالتوقف عن العمل أو الدراسة، أو تطلب المخطوبة من الخاطب تغيير سكنه أو بيع منزله أو تغيير نشاطه المهني أو التجاري أو إطالة مدة الخطبة ثم العدول فيفوت للمخطوبة فرصة الزواج، أو المساس بشرف المخطوبة قذفا أو وشاية³⁰، أو كثرة تردد الخاطب على بيت أهل المخطوبة ثم يحدث العدول مما يجعلها عرضة للقدح والتشهير، ونظرا لعدم تحديد وسيلة إثبات في هذا الشأن، فإن سلطة القاضي التقديرية تبقى واسعة وله أن يأمر إن شاء بإجراء تحقيق لتعزيز قناعته وتوسيع نطاق الإثبات.

ثالثا: إثبات الهدايا

هي ما يقدمه الخاطب للمخطوبة وما تقدمه هي للخاطب من منقولات أو غيرها في مرحلة الخطبة تقريبا للنفوس سوى أن العدول يجعل كل طرف يطالب باسترداد ما أعطى من هدايا، وقد إتفق الفقهاء إجماعا على وجوب إستردادها إلا إختلافا في التفاصيل.

فالحنفية يرون أن حكم الهدايا هو حكم الهبة يرد منها ما لم يستهلك بغض النظر عن المتسبب في العدول وقال الشافعية بوجوب ردها مطلقا، سواء إستهلك أم لم تستهلك لأنها في حكم المهر وما دام الزواج لم يتم وجب ردها، وقال الحنابلة بعدم الرد لأنها هبة والقبض في الهبة يمنع الرجوع فيها لأنها قدمت على سبيل التبرع، أما المالكية فيرون أن العدول إذا كان من جانب الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهده، فلا يجمع بين العدول وإسترداد الهدايا، أما لو كان العدول من طرف المخطوبة فللخاطب إسترداد ما أهدي، سواء كانت الهدية قيمة أو مثلية³¹، ولعل ما يفتي به المالكية هو الراجح لما في ذلك من العدالة وإنصاف الطرف غير المتسبب في العدول عن الخطبة ولما فيه من زجر لمن كان متسببا في العدول، أما إثبات إعطاء الهدايا من عدمه وإثبات ونوعها ومقدارها فيتم بكافة الوسائل، كالفواتير أو شهادة الشهود. وعند غياب الوسائل يلجأ قاضي الموضوع إلى اليمين.

رابعا: إثبات الضرر

ما من شك أن الخطبة مقدمة للزواج وكلا الطرفين يتطلعان إلى إنتمامها بإبرام عقد الزواج، غير أن ظرفا عارضة قد تدفع أحد طرفي الخطبة أو كليهما إتفاقا إلى العدول عنها، والعدول عادة ما يلحق ضررا بالعدول عنه إما ماديا أو معنويا، لذلك نص قانون الأسرة وفق التشريع الإسلامي بموجب الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون الأسرة على أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

المبحث الثاني: أحكام إثبات عقد الزواج

ورد في نص المادة 4 من قانون الأسرة أن عقد الزواج عقد رضائي، غير شكلي، يقوم على أساس صحة تراضي طرفيه، ثم تنص المادة 22 من ذات القانون أن عقد الزواج يثبت بمستخرج من سجلات الحالة المدنية أو بحكم قضائي عند عدم تسجيله، ولا يجرى العقد إلا من طرف موثق أو موظف مؤهل قانونا، مع توافر ركن الرضا وشروط صحة الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر³².

المطلب الأول: الإثبات في الزواج والرضاع كمانع للنكاح

من منطلق عناية التشريعات الأسرية بعقد الزواج بأن أحاطته ليرقى إلى العقود الشكلية التي يشترط فيها الكتابة، وعليه كان توثيق عقد الزواج وسيلة لحفظ الزواج وحماية طرفيه لكن لإعتبارات مرتبطة بواقع مجتمعنا التي مازالت تشهد الزواج العربي تم الاعتراف بإمكانية إثبات هذا النوع من الزواج، لكن قد تعتري موانع لعقد الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة بين المواد 23 إلى 30 ويعتبر الرضاع من الموانع الشرعية، لأن الرضيع دون إخوته يعد ابناً للمرضعة وزوجها وفي نفس الوقت أخاً لجميع أبنائهما إذاً فالتحريم يسري عليه كما يسري على جميع فروعه.

الفرع الأول: التوثيق قاعدة لإثبات الزواج والحكم القضائي إستثناء

يعد مستخرج سجلات عقود الزواج للحالة المدنية الوثيقة الرسمية لإثبات عقد الزواج وليس لإنشائه فيكون المشرع هنا قد حصر صراحة وسيلة إثبات عقد الزواج في المستخرج دون سواه، غير أنه أضاف في ذات المادة أنه عند غياب هذا المستخرج يثبت عقد الزواج بحكم قضائي، وتنصرف نية المشرع هنا إلى اعتبار عقد الزواج عقداً ينشأ بمجرد الرضا وتوافر شروط صحته المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة لأنه عقد غير شكلي، بمعنى آخر يمكن لطرفي العقد إبرامه بعيداً عن الموظف العام، أي ما يسمى بعقد الزواج العرفي وهذا التصرف متداول في حياتنا الاجتماعية.

غير أن القانون لم يوصد الباب في وجه هذا العقد وإنما أجاز للمعنيين به تثبيته بحكم قضائي، برفع الزوجين لدعوى قضائية أمام قاضي شؤون الأسرة من أجل تثبت الزواج العربي، معززين دعواهما بشاهدة شهود الواقعة أو حتى شهود التسامع ليتأكد من صحة قيام الزوجية الشرعية الصحيحة بين المدعين، بحسب ما نص عليه المشرع³³، هنالك يصدر حكماً علنياً ابتدائياً ونهائياً يثبت هذا الزواج الشرعي، لتسعى بعدئذ النيابة العامة كونها طرفاً أصلياً في جميع قضايا شؤون الأسرة³⁴ إلى تبليغ نسخة من الحكم لضابط الحالة المدنية وإصدار أمر بتسجيل هذا العقد، في سجلات عقود الزواج للحالة المدنية ليصبح بالتالي عقداً رسمياً تحفظ به حقوق الزوجين والأولاد.

الفرع الثاني: إثبات الرضاع المحرم للزواج

أولاً: أحكام الرضاع

يعد الرضاع من أجنبية دون الأم سبباً في قيام قرابة الرضاع المحرمة فيما بين الرضيع ومرضعته وزوجها وأولادها. فقد نصت المادة 28 من قانون الأسرة على أنه: "يعد الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولداً للمرضعة وزوجها وأخاً لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه"، بمعنى أن من رضع من امرأة دون أمه خلال مدة الرضاع يقوم مقام أحد أبنائها، ليحرم عليه الزواج بيناتها وينصرف ذلك التحريم إلى الفروع. ونظراً لخطورة الرضاع في حرمة الزواج، فقد وردت ضوابطه وأحكامه شرعاً وقانوناً لاسيما في مجال وصف الرضيع، كمية اللبن المتناولة، مدة الرضاع، ضابط الرضعة، إثبات الرضاع عند النزاع.

لم يحتوي قانون الأسرة كافة أحكام الرضاع تفصيلاً بل تركها للفقهاء الإسلاميين وتعرض إلى البعض في نصوص المواد 27، 28 و 29، فأشار إلى تعريف الرضيع وعلاقته الشرعية بالمرضعة وزوجها وإخوته من الرضاع وإخوته البيولوجيين، كما تعرض إلى تحديد مدة الرضاع، فاعتبرها داخل الحولين الأولين من عمر الرضيع ما لم يفطم قبل

ذلك، فإن فطم قبل ذلك واستغنى عن اللبن بأغذية معينة استغناء كاملاً اعتبر غير رضيع حتى وإن عاد للرضاع بعد الفطام³⁵، كذلك لو اكتمل الحولين وإستمر في الرضاع من أجنبية، فلا يعتد بهذا الرضاع إطلاقاً³⁶ كما حسم المشرع النقطة الخلافية النائرة بين الفقهاء في شأن عدد الرضعات المحرمة، إذ منهم من قال برضعة واحدة ومنهم من قال بثلاث، وخمس، إذ جاء في الجزء الأخير من نص المادة 29 من قانون الأسرة "...سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً وهذا رأي الحنفية والمالكية³⁷ ولا فرق بين تناول اللبن من ثدي أو بواسطة آلة³⁸."

ثانياً: إثبات الرضاع

نصت المادة 24 من قانون الأسرة على أن الموانع المؤيدة للزواج هي القرابة والمصاهرة والرضاع، فالرضاع كما سلف مانع شرعي وقانوني للزواج، فيشترط في الزوجة ألا تكون من محارم الزوج رضاعاً، لأن الحرمة من الرضاع كالحرمة من النسب³⁹، ففي بعض الحالات ينشأ عقد زواج بين رجل وامرأة وقد تربطهما أخوة من الرضاع وهما يجعلانها، ليجدا أنفسهما في زواج شبيهة، فيظهر من يثير بشهادته هذه الرابطة إما المرضعة أو غيرها.

ونظراً لكون عملية الرضاع أمراً متعلقاً بالنساء ولا يمكن للرجال الإطلاع عليه، أجاز الفقه الإسلامي إثباته بشهادة النساء دون الرجال، وهذا إثناء من الأصل نظراً لخصوصية الرضاع، وقد تدلى الشهادة من طرف المرضعة في حد ذاتها إما أن تكون أما لأحد الزوجين وأرضعتهم في وقت معين، أو تكون امرأة أجنبية أرضعت الزوجين أيضاً. وتكفي شهادة المرضعة لإثبات الرضاع، وهذا ما إرتكزت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها على شهادة أم الزوج الطاعن التي أكدت أنها أرضعت الزوجة الطاعنة مع ابنها وعمرها ثلاثة (3) أشهر رضاعة مشبعة، وأن أم الطاعنة أيضاً شهدت أمها أرضعت الزوج الطاعن مع إبنتها، كما أن الشاهد صرح أمام المحكمة أنه حضر عند عقد الفاتحة والد الزوج وأخبر الحاضرين أن الزوجين (ش ع) و(ي ج) المراد عقد زواجهما إخوة من الرضاع⁴⁰، وقد أجاز الفقه شهادة إمرأتين من التقيات بشرط أن يكون الأمر فاشياً بين الناس⁴¹.

لذلك فوسيلة إثبات الرضاع محصورة إما في إقرار المرضعة أو في شهادة النساء على ذلك، مع العلم أن قانون الأسرة لم يتعرض إلى هذه المسألة رغم أهميتها وإرتباطها القانوني بنص المادة 28 من قانون الأسرة، وإنما أحالها إلى نص المادة 222 من ذات القانون التي تحلينا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني : إثبات ما يترتب من آثار الزواج

يمكن حصر آثار الزواج في كل من الصداق ومتاع البيت والأموال المشتركة، والنسب، لأن أغلب النزاعات الأسرية تدور حول هذه الآثار، وأن المشرع لم يحدد لها وسائل إثبات موحدة، الأمر الذي يؤدي إلى عرض وسيلة إثبات كل أثر على حدى.

الفرع الأول : إثبات الصداق ومتاع البيت

أولاً : إثبات الصداق

يثور النزاع حول الصداق من عدة جوانب سواء من حيث تسميته أو نوعه أو مقداره أو قبضه كلاً أو جزءاً، أما من حيث زمن دفعه فقد يدفع للزوجة أحياناً عند الخطبة، وغالباً ما يدفع في مجلس إبرام عقد الزواج.

أ - الصداق المسلم خلال مرحلة الخطبة

الأصل أن الصداق من شروط صحة الزواج بحسب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، وقد نظمت أحكامه المواد 14، 15 و 16 من ذات القانون، ومتى قبضته المخطوبة كلا أو بعضا قبل إبرام عقد الزواج فلا حق لها فيه، تطبيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب مشروع⁴²، فمتى إنتهت الخطبة بعدول، ولو من الخاطب، له أن يسترد ما دفعه للمخطوبة من صداق عينا أو قيمة، لأنه لا يرتبط بالخطبة تماما، وإنما بعقد الزواج الذي لم يبرم بعد، كما أن الصداق لا يخضع لحكم الهدايا المنصوص عليها في الفقرتين 3 و 4 من المادة 5 قانون الأسرة، فكان للمشرع كغيره أن يفرد للصداق المقدم خلال الخطبة نصا خاصا به، لأن ظاهرة تقديم الصداق قبل إبرام عقد الزواج أصبحت ظاهرة شائعة الحدوث، وعند العدول يثور النزاع بسبب تعجل المخطوبة في استهلاك قيمة الصداق باقتناء لوازم البيت، ويرى الفقه أن الخسارة الناتجة عن هذا التصرف يتحملها من تسبب في العدول، فإن كان العدول من الخاطب خيرت المخطوبة بين رد مبلغ الصداق أو رد الجهاز المشتري، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد مثل الصداق أو قيمته.⁴³

ب - الصداق المقدم عند إبرام عقد الزواج

قد يبرم عقد الزواج في مجلس مقترن بمجلس الخطبة أو بعده مستوفيا لأركانه وشروطه، وقد يلحقه دخول أو لا يلحقه، هي حالات متباينة يثور النزاع فيها من حيث إثبات الصداق وجودا وقبضا أو العكس ويمكن إجمال هذه الحالات في:

- إذا دفع الخاطب الصداق دون إبرام عقد الزواج بقصد تحضير المخطوبة للجهاز، ثم يطرأ عدول عن الخطبة اتفاقا أو انفرادا، فعند النزاع لا يعد الصداق من قبيل الهداي، ولا يأخذ حكمها لأنه شرط من شروط صحة الزواج لا الخطبة، لكن هذا لا يمنع من المطالبة بإسترداده، ليقع عبء الإثبات على الخاطب، أين يلزمه القاضي بإثبات صحة دفع الصداق من عدمه، ومتى إنتفت وسائل الإثبات دعاه إلى أداء اليمين وفقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة.

- إذا دفع الخاطب الصداق للزوجة بعد إبرام عقد الزواج دون الدخول، وإنفكت الرابطة الزوجية فللزوجة نصف الصداق⁴⁴، أين يسترد الزوج النصف الآخر، وعليه في هذه الحالة عبء إثبات دفع الصداق كونه مدعيا، ومتى إنتفت وسائل الإثبات يرجع القاضي إلى العمل بنص المادة 17 من قانون الأسرة مستعملا قرينة الدخول، أين يأخذ بقول الزوجة مع اليمين ما دام الدخول لم يتحقق بعد، أما لو تم الدخول فعلى الزوج أداء اليمين بدفع الصداق، والمقصد من هذا أن الزوجة بمجرد قبولها الدخول فهذا قرينة على قبضها الصداق، لأنه يسوغ لها قانونا وشرعا أن تمتنع عن الدخول ما لم تقبض صداقها ولا تعد ناشزا في هذه الحالة⁴⁵.

ثانيا: إثبات متاع البيت

من أوسع النزاعات شيوعا بين الزوجين حال الطلاق، النزاع حول متاع البيت، لأن الزوجة تغادر بيت الزوجية بعد خلافها مع زوجها مخلفة وراءها كل متاع البيت ويعود سبب النزاع إلى عاملين إثنين :

- قد يشترك الزوجان في اقتناء متاع البيت وهذا بحكم طبيعة المتاع أولا ثم أن الزوجة أصبحت ذات دخل مالي ثانيا.

- إن عامل الود الذي يسود الحياة الزوجية يتحول إلى مانع أدبي يمنع كل زوج من تخصيص مشترياته لنفسه بواسطة فواتير أو وصولات شراء، وهنا تنتفي البيئة ومما يثير النزاع أيضا أهمية متاع البيت، إذ لم يعد متاعا عاديا كما كان، نظرا لتطور التجهيزات المنزلية من فرش وأسرة وأجهزة كهرومنزلية وغيرها، ونظرا لتحسن المستوى المعيشي للأفراد، فمتى ثار النزاع حول ملكية متاع البيت، فعلى كل مدع إثبات ما يدعيه بأي وسيلة إثبات كانت، كالوصولات والفواتير والرسائل الإلكترونية وشهادة الشهود... إلخ، وعند غياب هذه الوسائل يلجأ القاضي إلى نص المادة 73 من قانون الأسرة⁴⁶، وتحديد نوعية المتاع من اختصاص قاضي الموضوع دون سواه، وهي تخرج من مجال رقابة المحكمة العليا⁴⁷، أما لو اختلف الزوجان المنفصلان حول ما إذا أخذت الزوجة متاعها ومصوغها عند مغادرة بيت الزوجية من عدمه، والزوج يدعي أنها أخذت كل ما تملك دون بيئة، فللقاضي أن يوجه اليمين للزوج على إدعائه، فإن عجز أو نكل وجه اليمين للزوجة ويقضى لها بما إدعت⁴⁸.

أما عن أداء اليمين فتؤدى أمام قاضي الموضوع بالصيغة القانونية المألوفة، كما يعد نكل من وجهت إليه اليمين إقرارا منه بملكية الطرف الآخر الشيء المتنازع فيه، لأن نكل المدعي يعد شاهدا ضده، فيحلف المدعى عليه على الشيء فيستحقه⁴⁹، فإن نكل المدعى عليه أيضا بطل حقه، فيرجع القاضي للمدعي مرة ثانية دون يمين وفقا لقاعدة " النكول بالنكول تصديق للناكل الأول "⁵⁰.

الفرع الثاني: إثبات الديون المشتركة بين الزوجين

نصت المادة 37 من قانون الأسرة على أن لكل زوج ذمة مالية مستقلة عن الزوج الآخر وله أن يتصرف في أمواله وفق القواعد العامة للتصرف، وفي كافة أنواع التصرفات المالية المشروعة، تبعا لذلك يلتزم كل منهما بمواجهة المتعاملين معه من حيث الديون وإستيفائها، هذا دون تدخل الزوج الآخر أو إدخاله في أي نزاع متعلق بمعاملات زوجه المالية، هذه القاعدة مستقاة من الفقه الإسلامي الذي منح لكل زوج حق التصرف في ماله ما لم يكن قاصرا لقوله تعالى: " لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ "⁵¹ وقوله أيضا: " وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ "⁵²، وهذا دليل أن للزوجة مال مستقل يجوز للزوج أن يرث منه .

إستثناء من هذا الأصل، أنه يجوز للزوجين إنشاء ذمة مالية مشتركة⁵³، خلال حياتهما الزوجية من أجل استثمار أو تجارة مع تحديد الفائدة التي تؤول لكل واحد منهما، وبطبيعة الحال مع تحديد الديون التي تترتب على كل طرف أيضا، فلا تخلو الحياة الزوجية من نزاعات حول الديون المشتركة التي تنشأ بموجب النشاط المالي المشترك بين الزوجين، غير أن إتفاق الزوجين قد يحدد نسبة الربح والخسارة لكل طرف ونسبة الدين المترتب عليه، وغالبا ما تكون هذه الديون لفائدة مؤسسة مصرفية أو بنك معين أو لفائدة شخص طبيعي، وفي كافة هذه الحالات يتم إثبات الدين بالكتابة، أما لو كان الدين مشتركا دون قسمة فالزوجان متضامنان تجاه دائنهما، ولهذا الأخير ملاحقتهما في ذمتهم المالية المشتركة⁵⁴، هذا ما لم يتعرض إليه قانون الأسرة إلا ما ورد في أحكام العامة للقانون المدني⁵⁵.

الفرع الثالث: إثبات النسب

نصت المادة 4 من قانون الأسرة " ... من أهداف الزواج ... المحافظة على الأنساب ... " التي تقتضي زواجا صحيحا، فلا نسب بدون زواج شرعي، والنسب هو حقوق الولد بأبيه أو أمه لحوقا شرعيا وقانونيا، لذلك نصت المادة 46 من قانون الأسرة: " يمنع التبني شرعا وقانونا "، وتعد نزاعات النسب من أخطر النزاعات كونها متعلقة بشخص ووجود الإنسان وهويته، وعليه وسع المشرع في وسائل إثباته تيسيرا لذوي المصلحة، أين حددت المادة 40 قانون الأسرة وسائل إثبات النسب ترتيبا في كل من الزواج الصحيح، نكاح الشبهة، الإقرار، البينة، كل نكاح تم فسخه بعد الدخول، والطرق العلمية .

أولا: الزواج الصحيح كوسيلة إثبات أساسية للنسب.

هو كل زواج تم بين رجل وامرأة مستوفيا ركن الرضا وكافة شروط صحته الواردة في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ولا فرق بين زواج رسمي أبرم أمام موظف مؤهل لذلك، وبين زواجي تم بالفاخرة أمام جماعة من المسلمين دون كتابته رسميا، بل يكفي توافر الرضا والولي والشاهدين والصدوق، فلا يثبت النسب مجرد إبرام عقد الزواج، وإنما يجب تحقق إمكانية الاتصال فيما بين الزوجين إما اتصالا طبيعيا أو اتصالا بالوسائل العلمية كالتلقيح الإصطناعي⁵⁶، ولا يتحقق الاتصال من غير البالغ أو ذي العاهة الجنسية الحائلة دون الإنجاب، لأن الاتصال هو العملية اليقينية البيولوجية المحققة للإنجاب، يضاف إلى الاتصال مدة الحمل، فأدناها (6) ستة أشهر من تاريخ الاتصال وأقصاها (10) عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة⁵⁷.

ثانيا: الزواج الفاسد

هو كل زواج تم ركنه الأساسي بالإيجاب والقبول وانتفى فيه أو إختل شرط من شروط صحته كغياب الشهود أو حرمة الزوجة بسبب رضاع، وهو يجهل ذلك، فلا يحل به الدخول، ومتى تم فرق القاضي بينهما⁵⁸، ومما يترتب عنه من الآثار وجوب الإستبراء من طرف الزوجة وثبوت نسب الأولاد الناتجين عن هذا الزواج⁵⁹، ليعد هذا الزواج وسيلة من وسائل إثبات النسب رغم فساد عقده، أما إذا تم إغتصاب المرأة ونتج عن ذلك ولد فإنه ينسب لأمه بداءة لأنه ابن زنا⁶⁰.

ثالثا: إثبات النسب بالإقرار

هو إخبار الإنسان بحق عليه للغير أو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة⁶¹، والإقرار بالنسب هو إقرار شخص بلحوق نسب شخص إليه وغالبا ما يكون بالأبوة أو الأمومة ويشترط في الإقرار المرتب لآثاره ما يلي:

- أن يكون المقر له مجهول النسب⁶² فلو كان معلوم النسب لا يصح فيه الإقرار وذلك أن الإقرار في هذه الحالة إعتداء شرعي وقانوني على نسب معلوم، ويعد أيضا ضربا من ضروب التبني الممنوع شرعا وقانونا.
- أن يكون راشدا وعاقلا وحرًا، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمكروه.
- ألا يصرح المقر أن المقر له ابنه من زنا أي أنه ناتج من زواج غير صحيح .
- أن يصدق العقل والعادة هذا الإقرار بمعنى أن يولد للمقر مثل المقر له.

وحفظا على مصلحة مجهولي النسب جاء المشرع بإستثناء مفاده أن الإقرار بالنسب يصح ولو في مرض الموت، رغم أن التصرفات في مرض الموت تعد متعلقة بالإجازة⁶³، لأنه يفترض أن المريض مرض الموت يتصرف بخلاف نيته، ويشترط في صحة الإقرار أن يتم أما القاضي فلو حدث خلاف ذلك لا يعد إقرارا قضائيا⁶⁴.

رابعا: إثبات النسب بالبينة :

أصل البينة هو شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين، وتعد وسيلة إثبات أقوى من الإقرار وهي أمر كاشف لإثبات النسب⁶⁵، كما إعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية البينة من أهم وسائل الإثبات في جميع التصرفات إلا ما خصه بنص⁶⁶، والجدير بالذكر أن واقعة الولادة لا تثبت إلا بشهادة طبية أو بشهادة النساء كما لا يصح للقاضي أن يحيل اختصاص سماع شهادة الشهود إلى الغير، ومتى كان كذلك تعرض القرار المتخذ على أساس هذه الشهادة للبطلان⁶⁷.

خامسا: إثبات النسب بالطرق العلمية :

ورد في نص المادة 40 من قانون الأسرة أن النسب يثبت أيضا بالطرق العلمية، ويعني بذلك الخبرة الطبية في استعمال البصمة الوراثية أو التحليل الجيني للحمض النووي ADN لأنها وسيلة يقينية بنسبة عالية في تحديد النسب، أين أقرت المحكمة العليا في عدة قرارات بصحة اعتماد الطرق العلمية أسلوبا لإثبات النسب عند الضرورة متى كانت العلاقة فيما بين أبوي المولود غير شرعية، أما لو كانت شرعية فالفرش يكفي لإثبات النسب إلا إذا نفاه الأب باللعان⁶⁸، مع الإشارة إلى أنه متى كان الزواج صحيحا وترتب عنه حمل أو مولود فأنكره الأب باللعان، ليس للأُم الحق في المطالبة بإجراء خبرة طبية، كون اللعان أقوى من كل وسائل إثبات أو نفي النسب وهذا ما أثارته المحكمة العليا في عدة قرارات لها مؤسسة على المبدأ الآتي : " يمكن طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من قانون الأسرة) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية⁶⁹ .

ففي شأن إعتبار اللعان وسيلة شرعية لنفي النسب بحسب نص المادة 41 من قانون الأسرة والمنصوص عليه قرآنا، تنور مسألة تنازع اللعان نفيا للنسب مع البصمة الوراثية تثبيتا له أين إختلف الفقه وإتخذ موقفين⁷⁰:

- الموقف الأول يرى أن البصمة الوراثية تحل محل اللعان وتناقضه لأنها يقينية، أما اللعان مبني على أساس الشك لا اليقين.
 - الموقف الثاني يرى أن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان ، لأن من شأن ذلك تعطيل نص قرآني قطعي في كتاب الله .
- أما المشرع الجزائري فلم يتخذ موقفا محدد في هذا التعارض إلا بإحالة النزاع إلى نص المادة 222 التي تحلينا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن القضاء المصري وفي بعض اجتهاداته عرضت عليه قضية يتنازع فيها اللعان مع البصمة الوراثية، حيث لاعن الزوج زوجته ونفى نسب البنت المولدة له فطالبت الزوجة بإجراء الخبرة الطبية التي بينت أن البنت ابنته بيولوجيا. فقضى بما يلي :
- التفريق بين الزوجين بمجرد اللعان.
 - تثبيت نسب البنت إلى والدها الملاعن⁷¹.

الخلاصة :

أشير في الختام أن مسألة الإثبات مسألة جد معقدة وهامة بالنسبة للقاضي والخصوم على حد سواء لا سيما في مجال الأحوال الشخصية وحالات الأشخاص وهويتهم، لأن أهمية الحالة المدنية أجدد بالإهتمام من التصرفات المالية من جهة، ولأن المشرع لم يوجب الكتابة كركن في عقد الزواج وآثاره، بل إعتبره عقدا رضائيا وما الكتابة إلا من أجل الإثبات، حتى لا تضع حق الزوج والأولاد، والمشرع في هذا الصدد أورد جميع وسائل الإثبات في نطاق الزواج وآثاره، إلا الكتابة، ذلك أن الوقائع تتفاوت قوة وأهمية، وتتفاوت أيضا وسائل الإثبات المحددة لها، فالإثبات في هدايا الخطوبة ليس هو في النسب حيث يختلفان قوة وأثرا واتصالا دائما بحياة الإنسان.

كما أن المشرع إعتد قواعد الفقه الإسلامي في شأن الإثبات كإثبات الرضاع، الولادة، الصداق، متاع البيت، الزوجية وغيرها، وإهتدى كسائر المشرعين إلى الطرق العلمية في الإثبات تبعا للتطور العلمي في هذا المجال كما منح للقاضي كامل السلطة التقديرية في تقييم وسيلة الإثبات والإقتناع بها، أما المحكمة العليا فقد إجتهدت وبقسط أوفر في هذا الصدد وكان لها الدور الإيجابي في تنوير القضاة للفصل في النزاعات الأسرية، وبعد هذه الإستنتاجات خلصت إلى المقترحات التالية :

- كان للمشرع أن يتعرض إلى إثبات التفرقة بين ما هو صداق مما هو هدايا مقدمة خلال مرحلة الخطوبة.
- كان للمشرع أن يبين موقفه من مسألة تنازع اللعان مع البصمة الوراثية .
- له أيضا أن ينص على وسائل إثبات الديون المترتبة على الزوجين حال الذمة المالية المشتركة.
- إثبات الرضاع لم يتعرض له قانون الأسرة رغم أهميته .
- تعديل نص المادة 22 من قانون الأسرة المتعلقة بإثبات عقد الزواج، وذلك ، بحذف الحكم القضائي كوسيلة إثبات لوضع حد للزواج العرفي .
- إعتبار الكتابة في عقد الزواج ركنا لقيامه ، ليصبح من العقود الشكلية .

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم

أولا: الكتب

- 1- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، القاهرة، المجلد 1، 2005.
- 2- أحمد لمراي، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة ، دار القلم، الرباط، المغرب، 2011.
- 3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، 2010.
- 4- عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 5- محمد نجيب عوضين، شروط الرضاع المحرم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

- 6- محمد نجيب عوضين، حكم الإنتفاع بينوك اللبن في الرضاع، دارالنهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 7- محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء المغرب، 2007.
- 8- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني والفقہ الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.

ثانيا: المقالات:

- 1- عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018.

ثالثا: النصوص التشريعية:

- 1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، العدد 101.
- 2- القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر، العدد 24.
- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، ج ر، العدد 21.

الهوامش:

- ¹ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني والفقہ الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 13.
- ² عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري. مقال بمجلة آفاق، جامعة زيان عاشور، الجلفة. 2018، ص 60.
- ³ مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، دار هومة للنشر، الجزائر، 2016، ص 7.
- ⁴ بكوش يحي، المرجع السابق، ص 18.
- ⁵ أنظر المواد 324 مكرر 1، 333 و 334 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- ⁶ أنظر المواد المذكورة أعلاه.
- ⁷ أنظر المادة 333 من القانون المدني.
- ⁸ أنظر المادة 337 من القانون المدني.
- ⁹ أنظر المادة 341 من القانون المدني والمادة 44 من القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- ¹⁰ أنظر المادة 343 من القانون المدني والمادة 73 من قانون الأسرة.
- ¹¹ أنظر المادة 126 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.
- ¹² أنظر المواد 28 و 75 إلى 81، والمادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكور سابقا.
- ¹³ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 46.
- ¹⁴ يحي بكوش، نفس المرجع، ص 51.
- ¹⁵ أنظر المادة 74 من قانون الأسرة الموجبة للنفقة والتي تقتضي أن تكون المرأة المطالبة بها إما زوجة مدخولا بها أو زوجة معقودا عليها ولم يتم الدخول بعد لكنها دعت الزوج إلى الدخول بها بينة.
- ¹⁶ أنظر المادة 64 من قانون الأسرة.
- ¹⁷ أنظر المادتين 6' و 72 من قانون الأسرة.
- ¹⁸ أنظر المادة 74 من قانون الأسرة.
- ¹⁹ عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 70.
- ²⁰ أنظر المادة 46 من قانون الأسرة.
- ²¹ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، القاهرة، المجلد 1، 2005، ص 36.
- ²² أحمد نشأت، نفس المرجع، ص 33.

- 23 يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 58.
- 24 يحيى بكوش، نفس المرجع، ص 64.
- 25 أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 88.
- 26 أنظر المادتين 5 و 6 من قانون الأسرة والمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 27 المحكمة العليا، ملف رقم 369494 بتاريخ 2006/10/11، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 2، ص 454.
- 28 المحكمة العليا، ملف رقم 53272 بتاريخ 1989/07/23، مجلة المحكمة العليا، 1990، العدد 3، ص 82.
- 29 الأصل أن المتضرر من العدول عن الخطبة غالبا ما يكون المعدول عنه لكن أحيانا يقوم أحد طرفي الخطبة بتجريح الطرف الثاني أو تشويه سمعته بمبتانا فيلجأ هذا الأخير إلى العدول عن الخطبة إضطرارا، كونه تضرر مما لحقه من تجريح، في هذه الحالة يجوز له المطالبة بالتعويض ولا سيما أن المشرع لم يسند الضرر للمعدول عنه، وإنما قال " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر لأحد الطرفين " دون تحديده.
- 30 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 108.
- 31 عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 42 و 43.
- 32 أنظر المادة 18 من قانون الأسرة المذكور سابقا .
- 33 ورد في نص المادة 4 من قانون الأسرة التي عرفت الزواج أنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، ولم يقل على الوجه الرسمي.
- 34 أنظر المادة 3 والفقرة الثانية من المادة 22 من قانون الأسرة .
- 35 محمد نجيب عوضين، شروط الرضاع المحرم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 261.
- 36 أنظر المادة 29 من قانون الأسرة .
- 37 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 175.
- 38 محمد نجيب عوضين، حكم الإنتفاع ببنوك اللبن في الرضاع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 85.
- 39 أنظر المادة 27 من قانون الأسرة.
- 40 المحكمة العليا، ملف رقم 232324 بتاريخ 2000/01/18، مجلة المحكمة العليا، 2001، العدد 1، ص 262.
- 41 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، 2010، ص 500.
- 42 المحكمة العليا، ملف رقم 92714 بتاريخ 1993/07/13، مجلة المحكمة العليا، 1995، العدد 1، ص 128.
- 43 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 97.
- 44 أنظر المادة 16 من قانون الأسرة .
- 45 أنظر المادة 17 من قانون الأسرة.
- 46 تنص المادة 73 من قانون الأسرة " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتراكات بينهما يقتسمانها مع اليمين، المحكمة العليا ملف رقم 397715 بتاريخ 1986/01/27 م ق 1989 العدد 1 ص 108، الملف 32131 بتاريخ 1984/11/5 م ق 1990 العدد 2 ص 78
- 47 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 336، المحكمة العليا ملف رقم 49302 بتاريخ 1988/04/11 م ق 1992 العدد 2 ص 40.
- 48 المحكمة العليا قرار رقم 50075 بتاريخ 1988/07/18 م ق 1990 العدد 4 ص 64.
- 49 المحكمة العليا / ملف رقم 81850 بتاريخ 1992/04/14 / ملف رقم 134417 بتاريخ 1996/09/07 م ق 2، 1998، ص 72.
- 50 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 336.
- 51 سورة النساء، الآية 32.
- 52 سورة النساء، الآية 12.
- 53 أنظر المادة 37 من قانون الأسرة .
- 54 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 337.
- 55 أنظر المواد 222، 223، 224، 225، 226، 227 و 228 من القانون المدني
- 56 أنظر المادة 45 مكرر من قانون الأسرة .
- 57 أنظر المادة 42 والمادة 43 من قانون الأسرة، المحكمة العليا، ملف رقم 222674 بتاريخ 1999/06/15، م ق، عدد خاص، ص 86، ملف رقم 57756 بتاريخ 1990/01/22 م ق 1992، العدد 2، ص 71

- 58 عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السابق، ص 191.
- 59 أنظر المادة 34 من قانون الأسرة .
- 60 أحمد لمراي، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة، دار القلم، الرباط، المغرب، 2011، ص 114.
- 61 المحكمة العليا، قرار رقم 72335 بتاريخ 1989/10/30 م ق 1991، العدد 2، ص 71، قرار رقم 144603 بتاريخ 1996/11/13 م ق 1996 العدد 2، ص 49. أنظر المادة 341 من القانون المدني .
- 62 أنظر المادة 44 من قانون الأسرة .
- 63 أنظر المادتين 408 و 409 من القانون المدني .
- 64 المحكمة العليا، قرار رقم 72335 بتاريخ 1989/10/30، مذكور سابقا.
- 65 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 389.
- 66 أنظر المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 67 المحكمة العليا، قرار رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25 م ق 1994، العدد 1، ص 58.
- 68 المحكمة العليا، قرار رقم 355180 بتاريخ 2006/3/5 م ق 2006، العدد 1، ص 469.
- 69 المحكمة العليا القرار 355180 المذكور سابقا .
- 70 محمد الكشور، البنية والنسب في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2007، ص 214.
- 71 محمد الكشور، المرجع نفسه، ص 214 و 215.