

شرط العدالة ومناط تحقيقه في شاهدي إثبات الزواج العرفي

The sincerity of the witness and its impact on proving customary marriage

Dr. Anes Kaddour *
University of Oran1-Algeria

د. أناس قدور *
جامعة وهران 1 - الجزائر

kaddouranes18@gmail.com

معلومات المقال

الملخص:

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في شاهدي عقد النكاح، لكنهم لم يختلفوا في اشتراط عدالتهما عند إثباته، فأداء الشهادة أهم من تحمّلها، وإلى هذا استندت المحكمة العليا الجزائرية في بعض اجتهاداتها، فقد نصت على شرط عدالة الشاهدين عند إثبات الزواج العرفي.

ولا مناط لتحقيق عدالة الشاهد -عند الفقهاء- إلا التزكية والتعديل، وفي بعض الآراء الفقهية أن تحليف الشاهد يورث ظنية صدقه، وهذا ما تأخذ به المحكمة، فهي تكتفي في تحقيق مناط العدالة بتحليف الشاهدين.

فطرح البحث هذا الإشكال وحاول حله: فالمحكمة تشترط عدالة الشاهدين ثم تحلفهما ولا تحقق في عدالتهما، واقترح البحث لحله أنه على المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن يصرح بأن التحليف -عنده- يقوم مقام التعديل، أو أن يشترط وثيقة التزكية وحسن السيرة مع التحليف وهذا أحوط، خاصة عند التنازع في الزوجية.

تاريخ الارسال: 2022/04/24

تاريخ القبول: 2022 /12/20

تاريخ النشر: 2022 /12 /31

الكلمات المفتاحية:

قانون الأسرة.

الزواج العرفي.

عدالة الشاهد.

تزكية الشاهد.

تحليف الشاهد.

Abstract

The jurists differed in the requirement of the witness's sincerity in the marriage contract, but they did not differ in the requirement of honesty when proving.

On this the Algerian Supreme Court relied in some of its jurisprudence, as it stipulated the condition of the witness's sincerity when proving customary marriage.

The jurists know the sincerity of the witness by the praise of others. And In some jurisprudential opinions, the legal oath is sufficient. This is what the courts do.

To solve this problem The research suggested to the Algerian legislator in the family law to make an oath the equivalent of praise. Or a document of good conduct and behavior is required with the oath, and this is better.

Article info**Received**

24/04/2022

Accepted

20/12/2022

Publication

31/12/2022

Keywords: Family law. customary marriage.

witness sincerity.

praise of witness.

swearing of witness.



1. مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فلقد اعتنت الشريعة الإسلامية بالعقود والمواثيق عموماً، وخصّت عقد النكاح بمزيد عنايتها، فسمته ميثاقاً غليظاً، وحقته بجملة من الشروط حمايةً له، منها الإفشاء والإشهاد، وأن يكون الشهود من أهل العدالة والنزاهة.

واشترط عدالة الشاهد في عقد النكاح له حالتان:

الحالة الأولى: عدالة الشاهد عند تحمّل الشهادة، أي: عدالته وقت حضوره إبرام العقد، وهذه التي يتحدث عنها الفقهاء في شروط الشاهد في عقد الزواج.

الحالة الثانية: عدالة الشاهد عند أداء الشهادة عند القاضي، أي: عدالته وقت الإخبار والإدلاء بما قد شهد في العقد، وهذه التي يتحدث عنها القضاة في إثبات الزواج العرفي.

فأما العدالة في الحالة الأولى فلا إشكال فيها؛ فإنه وإن اختلف الفقهاء في بعض مسائلها فهذا الخلاف لا يظهر أثره؛ لأن العقد -غالبا- يفسو بمراسم العرس ويشتهر، ولأن العرف الجاري بالجزائر ينبع من صميم الشريعة، فالعقد (أو: الفاتحة) يشهده العدد الكبير، حيث تغني الكثرة عن العدالة. وعليه فعدالة الشاهد وقت التحمل أمرها يسير؛ إذ تعتضد بالإعلان والكثرة.

وأما الحالة الثانية فهي محل إشكال، لأنها إنما تقع عند القاضي عند إثبات الزواج العرفي، والقاضي لا يبحث ولا يحقق في عدالة الشاهدين! كيف وقد اشترطت المحكمة العليا العدالة في بعض اجتهاداتها؟!

وعليه: فعدالة الشاهد وقت الأداء أمرها جلل وينبغي أن يحتاط لها أكثر. وهذه الحالة الثانية هي موضوع البحث، الموسوم بـ "شرط العدالة ومناط تحقيقه في شاهدي إثبات الزواج العرفي" وقد اصطلحت في بحثي هذا على التفريق بين الإشهاد والشهادة، فأعني بالإشهاد تحمّل الشهادة عند إنشاء العقد، وأعني بالشهادة أدائها عند القاضي.

فما حكم الإشهاد والشهادة في عقد النكاح (تحملاً وأداءً) ؟

وما موقف الشريعة من عدالة شهود النكاح (تحملاً وأداءً) ؟

وما سبل معرفة عدالة الشاهد وتحقيق ظنية صدقه؟

وهل يغني تحليف الشهود عن طلب تزكيتهم وتعديلهم ؟
وفي محاولة لحل الإشكال والإجابة عن التساؤلات المطروحة اتبعت المنهج التحليلي وفق الخطة الآتية:

مقدمة: مهدت فيها للموضوع وإشكالاته.

المبحث الأول: اشتراط إشهاد العدول في عقد النكاح.

المطلب الأول: الشهادة والإشهاد واشتراطهما في عقد النكاح.

الفرع الأول: تعريف الشهادة والإشهاد.

الفرع الثاني: حكم الإشهاد في عقد النكاح.

المطلب الثاني: العدالة والتعديل واشتراطهما في الشهود.

الفرع الأول: تعريف العدالة والتعديل.

الفرع الثاني: شرط العدالة في شاهدي النكاح.

الفرع الثالث: حكم تحليف الشاهد.

المبحث الثاني: اشتراط المحكمة شاهدي عدل لإثبات النكاح.

المطلب الأول: النصوص القانونية.

الفرع الأول: اشتراط الشهادة في ابتداء العقد.

الفرع الثاني: اشتراط العدالة في إثبات الزواج العرفي.

المطلب الثاني: اقتراح ضابط العدالة ومناط إدراكه.

الفرع الأول: تحليف الشهود مناط إدراك الصديق.

الفرع الثاني: اقتراح "شهادة تزكية" من إمام مسجد إقامته.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والمقترحات.

2. المبحث الأول: اشتراط إشهاد العدول في عقد النكاح.

المطلب الأول: الشهادة والإشهاد واشتراطهما في عقد النكاح.

الفرع الأول: تعريف الشهادة والإشهاد.

تعريف الشهادة لغة: الشهادة مصدرُ شَهِدَ يَشْهَدُ (المتعدّي)، قال ابن فارس: "الشين والهاء والذال أصلٌ يدل على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه. من ذلك الشهادة، يجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم، والإعلام. يقال شَهِدَ يَشْهَدُ شهادة" (1).

فشَهِدَ الشيءَ شهادةً: أَطْلَعَ عليه، وشَهِدَ العيدَ: أدركه، وشَهِدَ المجلسَ: حضره (2).

تعريف الإشهاد لغة: الإشهاد مصدرُ أَشْهَدَ يُشْهَدُ، ونَبِئْتُ على هذا المبنى لدلالة الآية عليه، فقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وهو مزيد من الفعل "شَهِدَ".

قال ابن عاشور: "الإشهاد: جعلُ الغيرِ شاهداً، أي حاضراً" (3). وهو يتعدى لمفعولين.

والخلاصة أن معنى: أَشْهَدْتُ فلاناً العقدَ فشَهِدَهُ، أي: أَحْضَرْتُهُ وأُطْلَعْتُهُ عليه فحضر واطَّلَعَ.

تعريف الشهادة اصطلاحاً: قال الدردير: "الشهادة إخبارُ حاكمٍ عن علمٍ؛ ليقضي بمقتضاه" (4)، وعند ابن الشاط: الشهادة خبرٌ يترتب عليه فصلُ قضاءٍ (5). فعَرَفَها بالأداء، وهي واضحة والتطويل فيها فضول، حتى قال ابن عبد السلام: "ولا حاجة لتعريف حقيقتها؛ لأنها معلومة" (6).

وما وُجِدَ في المذهب من تطويل في تعريف الشهادة فإنما ذلك لتخليصها من الرواية؛ لأنه وقعت فروغٌ في المذهب -وليسَت الشهادة في النكاح منها- تشابهت على الفقهاء أهي من باب الشهادة أم من باب الرواية؟ كالإخبار برؤية الهلال، وفي هذا المعنى قال القرافي: "الفرق الأول بين الشهادة والرواية: ابتدأت بهذا الفرق بين هاتين القاعدتين لأنني أقمت أطلبه نحو ثمان سنين ... " (7).

تعريف الإشهاد اصطلاحاً: يمكن استخلاص تعريفه من التعاريف اللغوية والاصطلاحية السابقة، فيقال: الإشهاد إحضار من يتحمل الشهادة ليخبر بها القاضي عند الاقتضاء.

(1) ابن فارس، أبو الحسين أحمد الرازي، مقاييس اللغة: (221/3).

(2) ينظر: الفيومي، أبو العباس أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: (324/1).

(3) ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير: (342/15).

(4) الدردير، أحمد الدردير، الشرح الكبير: (164/4).

(5) ينظر: ابن الشاط، قاسم بن عبد الله، إردار الشروق على أنوار الفروق (حاشية ابن الشاط مع الفروق): (13/1).

(6) الحطاب، أبو عبد الله شمس الدين، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: (161/8).

(7) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق: (12/1).

وفي الموسوعة الكويتية: "والإشهاد هو طلب تحمّل الشهادة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حكم الإشهاد في عقد النكاح.

لما كان موضوعنا (الشهادة) وهو أداء الشهادة عند القاضي، لا (الإشهاد) وهو تحمل الشهادة

حين العقد، فإننا لن نتوسع في ذكر المذاهب ومدارك أقوالها.

فنقول باختصار: جماهير من مضي من أهل العلم -حسب تعبير الترمذي- على أن الإشهاد من

شرط النكاح؛ قال: "والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين قالوا: لا نكاح إلا بشهود لم يختلفوا في ذلك من مضي منهم إلا قوما من المتأخرين من أهل العلم"⁽²⁾.

وإنما اختلفوا في وقت وجوب الإشهاد، قال ابن رشد: "اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على

أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد؟"⁽³⁾.

المطلب الثاني: العدالة والتعديل واشترائهما في الشهود.

الفرع الأول: تعريف العدالة والتعديل.

تعريف العدالة لغة: العدالة مصدر عدل يعدل (بالضم)، قال ابن فارس: العين والدا ل واللام

أصل صحيح يدل على استواء. وزاد "العدل من الناس: المرضي المستوي الطريقة"⁽⁴⁾. فعُدل الرجل عدالةً: كان عدلاً مستقيماً مرضياً مستوياً.

تعريف التعديل لغة: مصدر عدل يعدل، على وزن فعل، ومن معاني صيغة فعل نسبة الشيء

إلى أصل الفعل⁽¹⁾، فعُدلت الشاهد: نسبته إلى العدالة.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية: (32/5).

(2) الترمذي، محمد بن عيسى، السنن، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، بعد حديث: «الْبَغَايَا اللَّائِي يُنْكِحَنَّ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ».

(3) ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: (17/2). وينظر: السرخسي، أبو سهل محمد بن أحمد، المبسوط: (28/5)، ابن رشد الجدل، أبو الوليد محمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: (105/10)، الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم: (180/5).

(4) ابن فارس، مقاييس اللغة: (246/4).

تعريف العدالة اصطلاحاً: للفقهاء عبارات في تعريف العدالة:

قال ابن رشد: "وقد اختلف في حد العدالة والرضا الذي تجوز به شهادة الشاهد اختلافاً كثيراً، وأحسن ما قيل في ذلك عندي: أنه الشاهد الذي يجتنب الكبائر ويتوقى الصغائر"⁽²⁾.

وقال القرطبي: "قال علماءنا: العدالة هي الاعتدال في الأحوال الدينية، وذلك يتم بأن يكون مجتنباً للكبائر محافظاً على مروءته، وعلى ترك الصغائر، ظاهر الأمانة غير مغفل، وقيل: صفاء السريرة واستقامة السيرة في ظن المعيل"⁽³⁾.

وقال ابن جزي: "العدل هو الذي يجتنب الذنوب الكبائر ويتحفظ من الصغائر ويحافظ على مروءته"⁽⁴⁾.

وحاصل ما ذكره ثلاثة أشياء: اجتناب الكبائر، التوقي عن الصغائر، الترفع عن خوارم المروءة. وضابط الكبيرة والصغيرة ثابتٌ يرجع فيه إلى الشرع، وضابط خوارم المروءة متغير يرجع فيه إلى العرف، قال الخرشي عن أمثلة عدها الفقهاء من الخوارم: "هذه الصنائع لا يتقيد فيها بالأمثلة التي ذكرها الفقهاء؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة كما قاله بعض المحققين"⁽⁵⁾.

تعريف التعديل اصطلاحاً: التعديل نسبة الشاهد للعدالة، ووصفه بها.

ويسميه الفقهاء -أيضاً- بالتزكية⁽⁶⁾، قال ابن فرحون: "ويكتفي القاضي بقول أمينه في التزكية، ويعول على قوله في تعديل من شهد عنده"⁽⁷⁾. فرادف بين التزكية والتعديل.

(1) الحملاوي، أحمد بن محمد، شذا العرف في فن الصرف: (ص: 31)

(2) ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد، المقدمات الممهدة: (285/2).

(3) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن: (396/3).

(4) ابن جزي، أبو القاسم محمد الغرناطي، القوانين الفقهية: (ص: 203).

(5) الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل: (177/7).

(6) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: (239/11).

(7) ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: (308/1).

الفرع الثاني: شرط العدالة في شاهدي النكاح. لما كان موضوعنا (الشهادة) وهو أداء الشهادة عند القاضي، لا (الإشهاد) وهو تحمل الشهادة حين العقد، فإننا لن نتوسع في ذكر المذاهب ومدارك أقوالها.

فنقول باختصار: جماهير الفقهاء على اشتراط العدالة في شاهدي النكاح، ومن أدلتهم على ذلك:

- قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»⁽¹⁾. فنص ﷺ على العدالة.
- وقوله تعالى في شهود الدين: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]، قال القرطبي: "وإذ قد شرط الله تعالى الرضا والعدالة في المداينة كما بينا، فاشتراطها في النكاح أولى"⁽²⁾.
- وقوله تعالى في الرجعة: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، فإذا شرط العدالة في شهود الرجعة وهي استئناف النكاح، فاشتراطها في ابتدائه أولى.
- وخالف أبو حنيفة في هذا وأجاز النكاح بشهادة الفاسقين، قال ابن الهمام الحنفي: "ولا تُشترط العدالة؛ حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا"⁽³⁾.
- ولا يخفى أن مذهب الجمهور أقوى أدلة، وأقرب إلى مقاصد الشرع في الاحتياط للأعراض، والحنفية - كما نرى - لم يشترطوا عدالة الشاهد عند الإشهاد، أي في التحمل، لكنهم في إثبات النكاح عند القاضي - وهو موضوعنا - يشترطونها:
- قال السمرقندي: "وأما جواز الشهادة عند القاضي فنقول: شهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام..."⁽⁴⁾.

وقال الكاساني: "والفسق لا يقدح في أهلية التحمل، وإنما يقدح في الأداء، فيظهر أثره في الأداء لا في الانعقاد، وقد ظهر!! (أي: كثر الفسق، وهذا عن زمنه!! 587هـ) حتى لا يجب على القاضي القضاء بشهادته، ولا يجوز أيضا إلا إذا تحرى القاضي الصدق في شهادته"⁽¹⁾.

(1) صحيح ابن حبان (موارد الظمان)، كتاب النكاح، باب ما جاء في الولي والشهود، رقم: 1247.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: (396/3).

(3) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير: (201/3).

(4) السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء: (362/3).

وبهذا نرى أن الخلاف في اشتراط عدالة الشاهد في النكاح إنما هو في ابتداء عقد النكاح لا في إثباته عند القاضي.

والخلاصة أن الفقهاء اختلفوا هل عدالة الشاهد شرط في انعقاد النكاح ابتداءً، وأما الإثبات فقد اتفقوا أنه لا يثبت نكاحٌ إلا بشهادة عدلين.

حكم تحليف الشاهد عند تعذر التزكية:

اتفق المسلمون على اشتراط العدالة في الشاهد، وعلى رد شهادة الفاسق⁽²⁾، مستندين إلى قوله

تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾

[الطلاق: 2].

ولا تعرف عدالة الشاهد إلا بالتزكية وبالسؤال عنه، لاسيما عند تغير الزمان وظهور الفساد.

ولكن أيقوم تحليف الشاهد مقام تزكيته وتعديله ؟

والجواب باختصار: اختلف الفقهاء في مسألة تحليف الشاهد على قولين:

القول الأول: ذهب جماهير أهل العلم إلى أن الشاهد لا يحلف.

ومن حججهم: أنه "إن كان عدلاً فإنها تجوز الشهادة بعدالته، وإن كان غير عدل فيمينه لا تجيز

شهادته"⁽³⁾.

ولأن الشرع قد فرض قبول العدل، وهو صادق فلا وجه لتحليفه⁽⁴⁾.

ولأن تحليفه إهانة، وقد أمرنا بإكرامه، ولأن التحليف مبني على الخصومة ولا خصم للشاهد⁽⁵⁾.

القول الثاني: ذهب بعض الفقهاء كابن أبي ليلى⁽¹⁾، وابن وضاح والقاضي ابن بشر⁽²⁾، وابن

القيم وابن تيمية⁽³⁾، إلى جواز تحليف الشاهد عند الريبة تحصيلاً لغلبة الظن بصدقه، وهذا اختيار

مجلة الأحكام العدلية في المادة: (1737)، ومال إليه كثير من المتأخرين.

(1) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: (255/2).

(2) ابن رشد، الحفيد: بداية المجتهد: (462/2).

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام: (56/1).

(4) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير: (97/7).

(5) السرخسي، المبسوط: (104/16).

ومن حججهم: "أنه متعذرُ تزكية الشهود بسبب زيادة الفسق؛ حيث تكون عدالة الشاهد مجهولة، كما أن عدالة المزكي قد تكون مجهولة أيضاً، فلا تظهر عدالة الشاهد بتزكية المجهول المجهول، واختير تحليف الشهود لحصول غلبة الظن"⁽⁴⁾.
وأنه احتياط، قال الألوسي: "وفي بعض كتب الحنفية أن الشاهد إن لم يجد من يزكيه يجوز تحليفه احتياطاً"⁽⁵⁾.

وأنه موضع ضرورة، قال الطاهر بن عاشور: "إذا تعذرت العدالة أو ضعفت في بعض الأوقات ووقع الاضطرار إلى استشهاده غير العدول -كما هي حالة معظم بلاد الإسلام اليوم- فلا يبعد أن يكون لتحليف الشاهد المستور الحال وجهٌ في القضاء"⁽⁶⁾.
وقال الزحيلي: "لجأ القضاة في عصرنا الحاضر بسبب كثرة الناس بدلاً عن العمل بمبدأ تزكية الشهود اللجوء إلى تحليف الشاهد اليمين"⁽⁷⁾.

لكن نسائل: أيتعذر-حقاً- معرفة الشاهد واستتبارُ حسن سيرته؟

كيف؟ ونحن في عصر التواصل والاستخبار!

ولذلك؛ فالأحسن والأحوط ما قاله شارح المجلة جامعاً بين القولين: "والظاهر أن تحليف الشهود لا يغني عن التزكية السرية والعلنية، فإذا طلب تحليف الشهود بعد التعديل والتزكية جاز وفي هذه الصورة لا يكون تحليف الشهود بدلاً للتزكية"⁽⁸⁾.



(1) علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (457/4).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام: (216/2).

(3) ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: (378/1).

(4) علي حيدر، درر الحكام: (457 /4).

(5) الألوسي، محمود بن عبد الله، روح المعاني: (50/4).

(6) الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير: (97/7).

(7) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: (88/8).

(8) علي حيدر، درر الحكام: (457/4).

3. المبحث الثاني: اشتراط المحكمة شاهدي عدل لإثبات النكاح.

المطلب الأول: النصوص القانونية.

الفرع الأول: اشتراط الشهادة في ابتداء العقد.

جاء النص على الشهادة في قانون الأسرة الجزائري تحت المادة 9 مكرر: يجب أن تتوفر في عقد

الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.

- الصداق.

- شاهدان.

- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

ويلاحظ على هذا النص ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: أن قانون الأسرة الجزائري لم يبين هل الإشهاد شرط صحة يجب أن يتوفر

عند انعقاد العقد على مذهب الجمهور، أو هو شرط تمام يجب أن يتوفر عند الدخول على مذهب

المالكية ؟

واقترح بعض الباحثين أنه على قانون الأسرة الجزائري أن يصرح بعبارة "حضور شاهدين"

ويجعله شرط صحة، احتياطا للعقود وقطعا للنزاع⁽¹⁾.

الملاحظة الثانية: أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على مسألة عدالة الشهود عند

إبرام العقد، فهل يشترط العدالة أم لا؟

ومهما يكن فإن هذا القصور لا أثر له في صحة عقود الجزائريين كما بينا في المقدمة.

نعم؛ ضبط الألفاظ مهم، لكن الأهم في موضوعنا هو ما يقع عند القاضي عند إثبات الزواج

العرفي بشاهدين فقط، وقد رأينا أن أداء الشهادة أهم من تحملها، وهذا ما سنعالجه في المطلب

الموالي.

(1) ينظر: زازون أكلي، حبار آمال، "الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة

الفرع الثاني: اشتراط عدالة الشهود في إثبات الزواج العرفي.

إذا لم يَقم الزوجان بإبرام عقد زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق فإنه لا سبيل لهما إلى إثباته إلا باللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات عقد زواج صحيح؛ منسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية المنصوص في المادتين: 9، و9 مكرر من قانون الأسرة⁽¹⁾.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه يجب على قضاة الموضوع التأكد من توافر أركان وشروط عقد الزواج العرفي: الرضا، الصداق، الولي، الشاهدين.

وجاء في بعض القرارات النص على عدالة الشاهدين، ولفظه: "من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكّرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية..."⁽²⁾.

وفي قرار آخر تنقل المحكمة العليا من الفقه المالكي مباشرة، ونصه: "وجاء في صفحة 199 من ج 2 الشيخ خليل وندب إلهاد عدلين، فغيّر العدل من مستور وفاسق عدماً..."⁽³⁾.

ومن خلال هذين القرارين نلاحظ أن المحكمة العليا قد اشترطت عدالة الشاهدين لإثبات الزواج العرفي، مستندة إلى قواعد الشريعة الإسلامية؛ وقد رأينا في المبحث الأول أن المذاهب الإسلامية لم تختلف في اشتراط عدالة الشاهدين عند أداء الشهادة.

إذن نصت المحكمة العليا في اجتهاداتها على شرطية عدالة الشاهدين في إثبات الزواج العرفي، وبيّنت أنها تستند في اجتهادها ذلك إلى الشريعة الإسلامية، متمثلة في فروع الفقه المالكي.

فكيف تتحقق المحكمة من عدالة الشاهد، وما سبيل القضاة إلى ظنيها؟

هذا ما سنعالجه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مناط العدالة عند المحكمة واقتراح تعديله.

الفرع الأول: مناط العدالة في الشريعة الإسلامية.

(1) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: (ص 44).

(2) المحكمة العليا، الجزائر، المجلة القضائية، سنة: 1993، العدد: 2، ملف رقم: 43889، (ص: 37).

(3) المحكمة العليا، الجزائر، المجلة القضائية، سنة: 1992، العدد: 3، ملف رقم: 51107، (ص: 55).

أمر الله تعالى القضاة ألا يحكموا إلا بقول الشاهد الصادق، ومظنة الصديق هي العدالة. فقال عز حكمه:- ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: 282]، قال القرطبي: " قال العلماء: إن المخاطَب بذلك الحُكَّامُ؛ إذ هم الذين يعرفون المرضيَّ شرعا من غيره، فتثبتُ -بمن يرضَوْنَهُ- العقودُ، وتحفظ الأموالُ والدماءُ والأبضاعُ، ويحصل الفصل بين الخصوم فيما يتنازعون فيه من الحقوق، وذلك هو مقصود الشرع من قاعدة الشهادة قطعاً"⁽¹⁾.

وفي الفقه الإسلامي طرقٌ لمعرفة الشاهد وعدالته، المتمعن فيها يقرأ فيها إشارتين: الأولى: أن مقصد الطرق المذكورة هو استخبار حال الشاهد والتنقيب عن سلوكه. الثانية: أن تلك الطرق وسائلٌ وُصفت حسب ما يتاح في زمنهم، ولا ضير في تطويرها أو استحداث غيرها.

الفرع الثاني: مناط العدالة عند المحكمة الجزائرية.

إذا كان نظام تزكية الشهود غير معمول به في محاكمنا، فبماذا تعرف المحكمة عدالة الشاهد؟ الجواب: تلجأ المحكمة الجزائرية إلى تحليف الشاهد اليمين القانونية قبل أداء الشهادة، تنبهاً له وتحريكا لضميره لقول الحق ولا شيء غير الحق، وأنه يجعل الله عليه رقيباً، ويعرض نفسه لغضبه إن قال غير الحق.

فالتحليف إذن مناط العدالة، وبه يُحصَل القاضي ظنية صدق الشاهد، ويطمئن إلى أقواله. وبما قانون الأسرة الجزائري يستند إلى الشريعة الإسلامية ويستمد منها تشريعاته فلعله استند إلى الرأي القائل بجواز التحليف -لكنه لم يصرح بذلك-، ولو أخذ بالأحوط فإنه يحسن أن يضيف وثيقة عدالة الشاهد، ثم يحلفه القاضي بعد تحصيلها، جمعا بين القولين واحتياطاً للميثاق الغليظ، خاصة عند التنازع في الزوجية، إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر.

وسنذكر في الفرع الموالي اقتراحاً في تحصيل وثيقة عدالة الشاهد.

الفرع الثاني: اقتراح تعديل الشاهد من إمام مسجد إقامته.

(1) القرطبي، أبو العباس أحمد ابن عمر، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم: (1/110).

لتحصيل وثيقة التزكية¹ وحسن السيرة طرقاً كثيرة لا يعجز المختصون أن يتكروها⁽²⁾، وقد كانت القضاة - قديماً - ترأسل الجهة المسؤولة عن الشاهد، فإن كان طالباً تسأل عنه الجامعة، وإن كان جندياً فالثكنة، وهكذا³...

ويقترح الباحث أن يتم التنسيق في تحصيل هذه الوثيقة بين وزارة العدل ووزارة الشؤون الدينية، فيكلف الشاهد بإمضاء استمارة العدالة وحسن السلوك عند إمام مسجد سكنى الشاهد. ولهذه المراسلة شاهد في فروع الفقه المالكي، فقد سئل مالك عن شهود غرباء لا يعرفهم القاضي، ويدعي المتقاضي أنهم معروفون في مواضعهم بالعدالة، فقال: "فليكتب إليهم فيهم..."⁽⁴⁾. قال ابن رشد بعدها: "لأنه إنما يلزمه أن يكتب إلى قاضي موضعهم في تعديلهم إذا كان المطلب في حقِّ هو الله، من طلاق أو عتاق وشبهه؛ لأنه يلزمه أن يحتاط في الفروج بما يجد إليه السبيل..."⁽⁵⁾. أي: فليكتب إلى أهل منطقته في عدالتهم، احتياطاً للفروج، ولأزمه أن كتاب التعديل أو وثيقته مقبولة.

4. الخاتمة

بعد الإيماض السريعة حول موضوع عدالة الشاهدين ومناط تحقيقها في إثبات الزواج العرفي، والإشارة المقتضبة لأصول المسألة وأهم مداركها، وبعد النظر في مدى مسابقة قانون الأسرة الجزائري للشريعة الإسلامية في هذه المسألة. خرج البحث بهذه الخطوط العريضة:

- عدالة الشاهدين في إثبات الزواج عند القاضي أهم من عدالتهما عند إنشاء العقد.

(1) طريقة التزكية المعمول بها في المحاكم السعودية أن يطلب القاضي من الشاهد أن يأتي معه بمن يزكيه، فيأتي بمزك، فيقبله القاضي، وهذا فيه نظراً إذ المزكي يحتاج إلى من يزكيه، ويتسلسل هكذا ينظر:

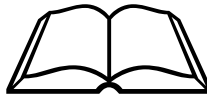
(2) كمنصة رقمية خاصة بالشهود وكم مرة يتردد اسمهم في المحاكم أو ...

(3) ينظر: علي حيدر، درر الحكام: (4/445). عند المادة 1717: "تُزكى الشهود من الجانب الذي ينسبون إليه".

(4) العتبية، مع البيان والتحصيل: (9/198).

(5) البيان والتحصيل: (9/199).

- اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة عند التحمل، لكنهم لم يختلفوا في اشتراطها عند الأداء.
- أخذت المحكمة العليا الجزائرية بهذا المبدأ الشرعي، فاشتطت عدالة الشاهدين عند إثبات الزواج العرفي.
- مناط تحقيق العدالة عند المحكمة الجزائرية هو تحليف الشاهد اليمين القانونية.
- تحليف الشاهد مذهبٌ قال به بعض الفقهاء المتقدمين، واختاره كثير من المتأخرين، وهو موضع ضرورة واحتياط.
- الجمع بين تحليف الشاهد وتزكيته أحسن، خروجاً من الخلاف وصونا للميثاق الغليظ، خاصة عند التنازع في الزوجية.
- يسهل جدا -في زمننا- معرفة الشاهد وسلوكه، وثمة وسائل كثيرة، وقد اقترح البحث سؤال إمام مسجده عنه.
- ومن خلال ما سبق نقترح على المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن يصرح بأن التحليف -عنده- يقوم مقام التعديل، وإن أضاف وثيقة التزكية وحسنَ السيرة فهو أحسن وأحوط.
- والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.



5. قائمة المصادر والمراجع

- (1) ابن الشاط، قاسم بن عبد الله، إدرار الشروق على أنوار الفروق (حاشية ابن الشاط مع الفروق)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م.
- (2) ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تح: نايف أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة-المملكة السعودية، ط1، 1428هـ.
- (3) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، بيروت-لبنان، دط، دت.
- (4) ابن جزي، أبو القاسم محمد الغرناطي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، الجزائر، دط، 1408هـ/1987م.
- (5) ابن حبان، محمد بن حبان البستي، الصحيح (موارد الظمان).
- (6) ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تح: د محمد حيي وآخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط2، 1408هـ/1988م.
- (7) ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ/1988م.
- (8) ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط4، 1395هـ/1975م.
- (9) ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
- (10) ابن فارس، أبو الحسين أحمد الرازي، مقاييس اللغة، تح: عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1399هـ/1979م.
- (11) ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية ط1، 1406هـ/1986م.
- (12) الألوسي، محمود بن عبد الله، روح المعاني، تح: علي عبد الباري، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1415هـ.
- (13) الترمذي، محمد بن عيسى، السنن.
- (14) الخطاب، أبو عبد الله شمس الدين، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تح: زكريا عميرات، دار عالم الكتب، ط خاصة، 1423هـ/2003م.
- (15) الحملوي، أحمد بن محمد، شذا العرف في فن الصرف، تح: نصر الله عبد الرحمن، مكتبة الرشد، الرياض-المملكة السعودية.
- (16) الخرخشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت-لبنان، دط، دت.
- (17) الدردير، أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت-لبنان، دط/دت.

- (18) السرخسي، محمد بن أبي سهل، المبسوط، تج: خليل الميس، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1، 1421هـ/2000م.
- (19) السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2، 1414هـ/1994م.
- (20) الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دارالمعرفة، بيروت-لبنان، دط، 1410هـ/1990م.
- (21) الفيومي، أبو العباس أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت-لبنان.
- (22) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق، تج: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م.
- (23) القرطبي، أبو العباس أحمد ابن عمر، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، تج: معي الدين مستو وآخرين، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط1، 1417هـ/1996م.
- (24) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، تج: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة-مصر، ط2، 1384هـ/1964م.
- (25) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ/1986م.
- (26) المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد:2، 1993- العدد:3، 1993.
- (27) الموسوعة الفقهية الكويتية، دارالسلاسل، الكويت، ط2، 1404هـ.
- (28) زازون أكلي، حبار أمال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، عدد:31.
- (29) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هوم-الجزائر، ط3، 2001م.
- (30) علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجبل، لبنان، ط1، 1411هـ/1991م.
- (31) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق-سورية، ط4.

